



**Meistararitgerð
í lögfræði**

**Frávísun útlendinga á grundvelli allsherjarreglu og
almannaöryggis**

Brynhildur Bolladóttir

Leiðbeinandi: Björg Thorarensen, prófessor

Júní 2014



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

**Meistararitgerð
í lögfræði**

**Frávísun útlendinga á grundvelli allsherjarreglu og
almannaöryggis**

Brynhildur Bolladóttir

Leiðbeinandi: Björg Thorarensen, prófessor

Júní 2014



HÁSKÓLI ÍSLANDS
FÉLAGSVÍSINDASVIÐ

LAGAÐEILD

FORMÁLI

Með hækkandi sól hefur þungi meistararitgerðarskrifa til magister juris gráðunnar aukist í þungu lofti lesstofu Lögbergs. Áhugi minn á málum sem varða útlendinga í tengslum við ákvarðanir lögreglu hefur aukist jafnt og þétt, en störf lögreglunnar og verklag hafa ávallt heillað mig. Réttarstaða útlendinga er mismunandi eftir því hvaðan þeir koma og hvernar þjóðar þeir eru. Í útópískri jafnréttishugsun minni finnst mér skrýtið til þess að hugsa, en rökhugsunin leiðir mann á raunsæri slóðir. Björgu Thorarensen leiðbeinanda mínum þakka ég fyrir góðar og gagnlegar ábendingar og leiðsögn við skriftir.

Bestu þakkir færi ég foreldrum mínum, Ástu Thoroddsen og Bolla Héðinssyni, fyrir yfirlestur og stuðning sem og Atla Bollasyni bróður mínum fyrir ráðgjöf við þýðingar. Sigurður Kári Árnason stórvinur minn fær einnig bestu þakkir fyrir að lesa yfir og veita góð ráð. Kaffifundameistararitgerðafélagið fær miklar þakkir fyrir að hafa alltaf verið til í að drekka kaffi, veita ráðleggingar og vera til staðar þegar bugunin lét á sér kræla. Einnig þakka ég sambýliskonum mínum að Tjarnargötu 10 fyrir að létta lundina þegar á þurfti að halda. Öllum þeim sem ég hef kynnst í lagadeildinni, störfum mínum fyrir Stúdentaráð og Röskvu eru færðar bestu þakkir fyrir að gera sl. fimm ár að þeim bestu, viðburðarríkustu og mest þroskandi á lífsferlinu hingað til (ef frá eru talin fyrstu fimm ár ævinnar).

„Wer nicht liebt Wein, Weib, Gesang, der bleibt ein Narr sein Leben lang“

Lögbergi, 2. maí 2014

EFNISYFIRLIT

1 Inngangur	2
2 Helstu hugtök og ákvæði um frávísun í lögum og alþjóðasamningum.....	5
2.1 Yfirlit yfir réttarheimildir	5
2.2 Hugtakið frávísun	5
2.3 Hugtakið ríkisborgari.....	6
2.4 Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.....	6
2.5 Mannréttindasáttmáli Evrópu	8
2.6 Alþjóðasamningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi	9
2.7 Evrópska efnahagssvæðið og sérreglur um EES borgara	10
2.8 Schengen samstarfið	11
2.8.1 Ákvæði um þjóðaröryggi og allsherjarreglu í Schengen samningnum og reglugerð um för yfir landamæri.....	12
2.8.2 Framkvæmd Schengen samningsins	14
2.9 Reglur tilskipunar 2004/38/EB um frjálsa för og dvöl á á yfirráðasvæði aðildarríkja	16
2.9.1 Markmið tilskipunarinnar og heimild til að beita fyrirvörum	16
2.9.2 Leiðbeiningar um túlkun tilskipunar 2004/38/EB	18
2.10 Rökstutt álit Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) 514/12	20
2.11 Lög um útlendinga.....	21
2.11.1 Ákvæði varðandi þjóðaröryggi og allsherjarreglu í lögum um útlendinga nr. 96/2002	22
2.11.2 Málsmeðferð í málefnum útlendinga sem vísað er frá	24
2.11.3 Frumvarp til breytinga á útlendingalögum	25
2.12 Reglugerð um útlendinga nr. 53/2003	26
2.13 Norsk löggjöf um útlendinga.....	27
2.14 Stutt samantekt	29
3 Túlkun Evrópudómstólsins á tilskipunum um frjálsa för.....	30
3.1 Aðfararorð	30
3.2 Helstu mál.....	30
3.3. Ályktanir af framkvæmd Evrópudómstólsins.....	37
4 Brottvísun á grundvelli allsherjarreglu eða þjóðaröryggis í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu	39
4.1 Samspil dómstóla.....	39
4.2 Helstu mál um brottvísun útlendinga á grundvelli allsherjarreglu eða þjóðaröryggis.....	39
4.3 Ályktanir af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins	43
5 Dómur Hæstaréttar frá 17. október 2013 í máli nr. 191/2012 í máli frávísunar norsks Vítisengils.....	45
5.1 Atvik og málsmeðferð í máli nr. 191/2012.....	45
5.2 Ráðgefandi álit EFTA dómstólsins nr. E-15/12	46
5.2.1 Fyrsta spurning um innleiðingu tilskipunar í innlendan rétt	46
5.2.2 Önnur spurning um áhrif tengsla einstaklinga við samtök	47
5.2.3 Þriðja spurning um áhrif þess að samtök eru ólögleg	48
5.2.4 Fjórtða spurning um hvenær allsherjarreglu og almannaöryggi er ógnað.....	49
5.2.5 Fimmta spurning um mat á ógn á grundvallarreglum samfélagsins.....	50
5.3 Niðurstaða Hæstaréttar og ályktanir af henni	50
6 Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. desember 2011 í máli E-6158/2010 varðandi frávísun norsks Vítisengils	53
6.1 Atvik og málsástæður	53

6.2 Niðurstaða héraðsdóms	55
6.3 Ályktanir af niðurstöðu héraðsdóms.....	56
7 Álit UA 3820/2003 um frávísun meðlima Falun Gong hreyfingarinnar á Íslandi og í flugstöðvum erlendis	58
7.1 Atvik og málsástæður	58
7.1.1 Niðurstaða UA frá 29. desember 2003 (3820/2003)	58
7.1.2 Úrskurður Persónuverndar um skrá lögreglu yfir meðlimi Falun Gong	60
7.1.3 Álit UA frá 5. desember 2005 (3820/2003)	60
8 Inntak hugtakanna allsherjarregla, almannaoöryggi o.fl.	62
8.1. Inngangur.....	62
8.2 Hvað felst í allsherjarreglu og almannaoöryggi?.....	63
8.2.1 Allsherjarregla.....	63
8.2.1.1 Allsherjarregla í íslenskum rétti.....	65
8.2.1.2 Allsherjarregla í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.....	67
8.2.2 Almannaöryggi.....	68
8.3 Samanburður við norska löggjöf	69
8.4 Frávísanir og vélhjólasamtök á Íslandi og í Noregi.....	70
8.5 Norsk dómaframkvæmd um frávísanir og brottvísanir útlendinga.....	71
8.6 Ályktanir af norskri dómaframkvæmd	75
8.7 Samantekt	75
9 Lokaorð	77
HEIMILDASKRÁ	79
DÓMASKRÁ	83
LAGASKRÁ	84

1 Inngangur

Ein af undirstöðum þjóðaréttar og stjórnskipunarréttar er að ríki séu fullvalda og hafi þar með fullt og óskorað vald yfir yferráðasvæði sínu. Í því felst að hverju og einu ríki er í sjálfsvald sett hvort og með hvaða skilyrðum erlendum borgurum er hleypt inn í landið. Síðari málsliður 2. mgr. 66. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjórnarskrá) kveður á um að með lögum skuli skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir hægt sé að vísa þeim úr landi. Löggjafinn hefur sett lög um útlendinga nr. 96/2002 (útlendingalög) og er það helsta heimild íslensks réttar um komu útlendinga til landsins. Þar er tryggt að málsmeðferðarreglum og jafnræðis sé gætt varðandi mál erlendra ríkisborgara og að ákvarðanir séu ekki byggðar á geðþótta. Þá er Ísland aðili að ýmsum alþjóðasamningum sem geta takmarkað sjálfstætt vald ríkja til að velja og hafna hverjir sæki landið heim.

Sá samningur sem mest áhrif hefur haft í íslenskri löggjöf er samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið (EES samningurinn) sem Ísland er aðili að og gekk í gildi 1. janúar 1994 sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. EES samningurinn veitir ákveðnum hópi útlendinga betri rétt, þ.e. ríkisborgurum aðildarríkja svæðisins enda tilgangur samningsins m.a. að tryggja frjálsa för fólks milli aðildarríkja hans. Lög um útlendinga eiga að vera í samræmi við skyldur sem EES samningurinn leggur á herðar aðildarríkjum en vankantar hafa verið á innleiðingu tilskipunar Evrópusambandsins (ESB) nr. 2004/38/EB um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yferráðasvæði aðildarríkjanna, en hún er afar mikilvæg og leiðandi tilskipun á þessu réttarsviði. Um þá vankanta verður fjallað í kafla um rökstutt álit Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA). Í lögum um útlendinga eru sérákvæði í VI. kafla er varða borgara EES ríkja en önnur ákvæði varða þá sem falla utan þess hóps. Ekki hefur verið talið að slík sérákvæði fari í bága við jafnræði þar sem almennt liggja málefnaleg og hlutlæg sjónarmið til grundvallar aðgreiningu útlendinga og reglurnar eru lögákveðnar.

Með Schengen samstarfinu sem Ísland varð fyrst aðili að árið 1996 samhliða hinum Norðurlöndunum, er tryggt að borgarar aðildarríkja innan Schengen svæðisins geti ferðast um án þess að sæta persónubundnu eftirliti og færast ytri landamæri ríkja þannig raunar út fyrir þeirra eigin yferráðasvæði. Hins vegar eru heimildir fyrir þátttökuríki til að endurupptaka tímabundið eftirlit á innri landamærum sínum ef aðstæður krefjast. Schengen samstarfinu er einnig ætlað að treysta samvinnu evrópskra lögregluliða og tryggja aukið öryggi borgara á

Schengen svæðinu, t.d. með sameiginlegum gagnagrunni (SIS) þar sem skráðar eru m.a. upplýsingar um einstaklinga sem talið er að séu varhugaverðir eða hafa gerst brotlegir við lög, sem og um ætlað þýfi.

Ákvæði b-liðar 2. mgr. 1. gr. EES samningsins er ætlað að tryggja frjálsa fólksflutninga og er ríkisborgurum aðildarríkjanna þannig heimilaður aðgangur og dvöl í aðildarríkjum. Undantekningar á þeirri frjálsum för fólks skal skýra þröngt. Í ritgerð þessari verða nokkrar slíkar undantekningar skoðaðar á grundvelli ákvæða í evrópskri löggjöf og útlendingalögum, sem innihalda ákvæði sem heimila frávísun og brottvísun útlendinga frá landinu á grundvelli þess að slíkt sé nauðsynlegt vegna allsherjarreglu, þjóðaröryggis eða alþjóðasamskipta ríkisins eða annars ríkis sem tekur þátt í Schengen samstarfinu. Í Evrópu er mjög óalgengt að ríki beiti takmörkunum á komu annarra ríkisborgara til landsins á grundvelli þess að þeir ógni allsherjarreglu eða almannaöryggi eins og heimildir standa til, þ.e. *vísi þeim frá*. Algengara er að einstaklingum sé *vísað á brott* á þeim grundvelli og þá oftast vegna brota gegn refsilögum. Munurinn á því hvað felst í brottvísun og frávísun verður kannaður í ritgerðinni. Hér verður sjónum aðallega beint að frávísun útlendinga og einnig verður kannað hvað felst í hugtökunum „allsherjarreglu og almannaöryggi“.

Aðild Íslands að EES samningnum og að Schengen samstarfinu verður stuttlega reifuð ásamt þeim skyldum sem slíkir samningar leggja á ríkið sem og aðrar lagaheimildir fyrir takmörkun á aðgangi útlendinga til komu hingað til lands. Nokkrir dómur Evrópudómstólsins er varða frávísun og brottvísun verða reifaðir og jafnframt kannað hvort túlkun íslenskra stjórnvalda og dómstóla á lagaheimildum sé í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Nokkur mál sem Evrópudómstóllinn hefur tekið fyrir hafa veitt vísbendingar um túlkun tilskipunar ESB nr. 2004/38/EB. Ísland hefur einnig fullgilt samninginn um verndun mannréttinda og mannfrelsis (Mannréttinasáttmála Evrópu, MSE) og Alþjóðsamning um borgaraleg og stjórnálaleg réttindi (SBSR) sem vernda mannréttindi ríkisborgara Íslands en einnig ríkisborgara annarra ríkja sem staddir eru á íslenskri grundu. Dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) á tengdum málum verður einnig könnuð.

Framkvæmd íslenskra stjórnvalda byggð á grundvelli heimilda í útlendingalögum til frávísa verður skoðuð sem og nýleg dómaframkvæmd. Þann 17. október 2013 féll dómur *Hæstaréttar í máli nr. 191/2012* varðandi heimild sem reist var á ákvæði í útlendingalögum þar sem norskum meðlimi Vítisengla (e. *Hells Angels*) var vísað frá við komuna hingað til lands. Hæstiréttur leitaði ráðgefandi álits EFTA dómstólsins áður en dómur féll, til skýringa á túlkun og skyldum Íslands byggðum á EES samningnum og þá sérstaklega á grundvelli

tilskipunar 2004/38/EB. Þá verður einnig reifaður dómur *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. desember 2011 í máli nr. E-6158/2010* um frávísun annars Vítisengils sem kom til Íslands frá Noregi og verður hann einnig reifaður og staða slíkra vélhjólasamtaka og einstaklinga innan þeirra skoðuð. Í álitum *umboðsmanns Alþingis frá 5. desember 2005 í máli nr. 3820/2003* var fjallað um synjun landgöngu meðlima Falun Gong meðan á opinberri heimsókn forseta Kína stóð hér á landi árið 2002 og verður það álit reifað. Ályktanir verða dregnar af framkvæmd stjórnvalda á beitingu ákvæða sem takmarka komu útlendinga hingað til lands, niðurstöðum dómstóla og umboðsmanns Alþingis. Til samanburðar verður norsk löggjöf á sambærilegum lögum skoðuð sem og norsk dómaframkvæmd eins og hægt er, en ekki er um ofgnótt dóma að ræða á þessu sviði.

Með ritsmíð þessari er ætlunin að varpa ljósi á helstu réttarheimildir sem varða frávísanir útlendinga frá Íslandi bæði í Evrópulöggjöf sem og íslenskri og rannsaka framkvæmd á ákvæðum útlendingalaga um frávísun út frá evrópskum, norskum og íslenskum dómum og álitum umboðsmanns Alþingis. Með slíkri yfirferð er reynt að ná fram hlutlægri niðurstöðu varðandi það hvort framkvæmd á frávísun útlendinga sé í samræmi við íslensk lög sem og evrópska löggjöf og framkvæmd stjórnvalda í þeim löndum sem Ísland ber sig alla jafna saman við á alþjóðavettvangi.

2 Helstu hugtök og ákvæði um frávísun í lögum og alþjóðasamningum

2.1 Yfirlit yfir réttarheimildir

Í upphafi verða skoðaðar þær réttarheimildir sem gilda varðandi frávísun útlendinga í Evrópulöggjöf, íslenskri og norskrri löggjöf. Í *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)* og *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)*, sem báðir verða kannaðir sérstaklega, voru útlendingalög nr. 96/2002 helst til skoðunar sem og 27. gr. tilskipunar ESB nr. 2004/38/EB auk reglugerðar um útlendinga nr. 53/2003. Í *UA 5. desember 2005 (3820/2003)* voru þágildandi útlendingalög nr. 45/1965 helst til skoðunar en auk þeirra komu ákvæði í Schengen samningnum til skoðunar. Mannréttindi sem m.a. eru vernduð í MSE og SBSR geta einnig haft áhrif á framkvæmd frávísana og niðurstöður úrskurða og dóma.

2.2 Hugtakið frávísun

Hugtökin brottvísun og frávísun hafa ekki sömu merkingu.¹ Útlendingalög gera greinarmun á þessum tveimur hugtökum þannig að í brottvísun felst að vera vísað úr landi og því fylgir endurkomubann um tiltekinn tíma, sbr. 3. mgr. 20. gr. útlendingalaga. Það er því strangara og afdrifaríkara úrræði en frávísun, sem felur í sér að útlendingi er vísað frá landi og þannig gert skylt að yfirgefa landið við komuna til lands eða innan sjö sólarhringa frá komu sbr. 18. gr. útlendingalaga, en aðrar afleiðingar verða ekki af þeirri ákvörðun. Í raun er ekkert sem bannar útlendingi að koma aftur til landsins strax daginn eftir að honum hefur verið vísað frá, þar sem engar afleiðingar verða til framtíðar af frávísun.²

Í lögum um eftirlit með útlendingum nr. 45/1965, sem féllu úr gildi við gildistöku núgildandi laga nr. 96/2002 um útlendinga, var ekki notast við hugtakið frávísun heldur synjun landgöngu. Var þar tekið fram að meina mætti útlendingi landgöngu ef hann teldist geta ógnað allsherjarreglu, þjóðaröryggi eða alþjóðasamskiptum ríkisins eða annars ríkis sem tók þátt í Schengen samstarfinu. Í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr 96/2002 um útlendinga er tekið fram, varðandi IV. kafla sem fjallar um frávísun og brottvísun, að hugtakið frávísun eigi að koma í stað synjunar um landgöngu um það þegar útlendingi er meinuð landgangi og ekki eigi lengur að tala um synjun landgöngu í þessu sambandi.³ Enn eimir hinsvegar eftir af þessari hugtakanotkun, bæði í núgildandi útlendingalögum þar sem

¹ *Skýrsla vinnuhóps um möguleika stjórnvalda til þess að efla eftirlit og viðbrögð við brotastarfsemi útlendinga*, bls. 10.

² Vigdis Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 100.

³ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3176.

m.a. í 1. mgr. 52. gr., sem er sérákvæði vegna öryggis ríkisins, er kveðið á um að meina megí útlendingi landgöngu sem og í dómaframkvæmd. Orðalagið synjun landgöngu var t.a.m. notað í máli EFTA dómstólsins *EFTAD, mál E-15/12, EFTACR 2013, bls. 537*. Þannig er ekki samræmi í hugtakanotkun og ekki hefur tekist fullkomlega að leggja af notkun synjun landgöngu, en frávísun og synjun landgöngu hafa í raun sömu merkingu svo ekki kemur að sök.

Í norskum rétti er gerður samskonar greinarmunur á frávísun (n. bortvisning) og brottvísun (n. *utvisning*) og í íslenskum rétti,⁴ en hugtakanotkun í norskum lögum er almennt mjög áþekk þeirri íslensku.

2.3 Hugtakið ríkisborgari

Það að vera ríkisborgari ríkis leiðir til þess að maður nýtur sérstakra réttinda og hefur skyldur gagnvart ríki sínu umfram aðra.⁵ Síðustu áratugi hafa réttaráhrif tengd ríkisborgararétti breyst, sérstaklega í Evrópu. Dregið hefur úr því að ákveðin réttindi séu aðeins veitt ríkisborgurum hvers ríkis og þeim einum. Sum réttindi hafa verið rýmkuð og ná til allra ríkisborgara þeirra sem aðilar eru að alþjóðlegum samningum eins og t.d. ESB eða EES.⁶ Í slíkum samningum felst aukinn aðgangur og réttur ríkisborgara þeirra landa sem aðild eiga að samningunum til þeirra réttinda sem samningunum er ætlað að veita. Í löggjöf ríkja um útlendinga geta þannig ríkisborgarar aðildarríkja að alþjóðlegum samningum öðlast meiri rétt en ríkisborgarar þriðju ríkja, þ.e. ríkja sem ekki eru aðilar að slíkum samningum og eru þeir oft nefndir „þriðja ríkis borgarar“.

2.4 Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Mikilvægi þess að hafa ríkisborgararétt og tilheyra þannig einhverju ríki og raunar samfélagi er óumdeilanlegur.⁷ Samkvæmt 1. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar verða íslenskir ríkisborgarar ekki sviptir ríkisborgararétti sínum og hafa skilyrðislausan landvistarrétt og þá verður útlendingum aðeins veittur ríkisborgararéttur samkvæmt lögum. Í 2. mgr. 66. gr. er svo kveðið á um að engum íslenskum ríkisborgara verði meinað að koma til landsins eða vísað úr landi og að skipa skuli með lögum rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast, svo og fyrir hverjar sakir hægt sé að vísa þeim úr landi. Ákvæðið veitir útlendingum ekki sjálfstæðan

⁴ Björn Vandvik, Kristen Ottesen Kvigne, Runa Bunæs: *Utlendingsrett*, bls. 301.

⁵ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og einkenni íslenskrar stjórnskipunar*, bls. 39.

⁶ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og einkenni íslenskrar stjórnskipunar*, bls. 39 og Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 121.

⁷ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og einkenni íslenskrar stjórnskipunar*, bls. 39.

rétt til að koma til landsins en kveður á um að slík réttindi og skilyrði fyrir komu skuli vera lögákveðin og uppfylla t.d. jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar.⁸ Þannig væri ekki hægt að banna t.d. einstaklingum af ákveðnum kynþætti að koma til landsins því það bryti gegn jafnræðisreglunni. Þó er það svo að ríkisborgurum landa sem eru aðilar að alþjóðasamningum sem Ísland er einnig aðili að geta verið tryggð aukin réttindi umfram aðra útlendinga. Raunar er það svo að langalgengast er að einhverjar takmarkanir séu á því hvaða hömlur ríki geta sett útlendingum sem vilja sækja ríkið heim vegna ákvæða í hinum ýmsu alþjóðasamningum sem ríki hafa samið sig undir.⁹ Sem dæmi um slíka samninga eru Mannréttindasáttmáli Evrópu sem fjallað verður um í næsta kafla og samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið sem fjallað verður um í kafla 2.7. Slík sérréttindi sumra ríkisborgara eru þó ekki talin brjóta gegn jafnræðisreglunni þar sem málefnaleg, hlutlæg og almenn sjónarmið liggja til grundvallar.¹⁰ Jafnt gengur (eða á að ganga) yfir alla ríkisborgara hvernar aðildarþjóðar. Ekki er fjallað um útlendinga í samhengi við öryggi ríkisins eða allsherjarreglu í stjórnarskránni, enda kveður 2. mgr. 66. gr. aðeins á um að með lögum skuli skipað rétti útlendinga til komu til landsins og dvalar og er það því hlutverk löggjafans að setja lög um málefnasviðið.

Þegar um stjórnarskrárákvæði er að ræða er einnig vert að minnst á félagafrelsið sem tryggt er í 74. gr. stjórnarskrárinnar, þar sem hin litla dómaframkvæmd á Íslandi um frávisanir útlendinga hefur aðallega hverfst um einstaklinga sem eru meðlimir í vélhjólasamtökum. Ákvæði 1. mgr. 74. gr. hljóðar svo:

Rétt eiga menn á að stofna félög í sérhverjum löglegum tilgangi, þar með talin stjórnmalafélög og stéttarfélög, án þess að sækja um leyfi til þess. Félag má ekki leysa upp með ráðstöfun stjórnvalds. Banna má þó um sinn starfsemi félags sem er talið hafa ólöglegan tilgang, en höfða verður þá án ástæðulausrar tafar mál gegn því til að fá því slitið með dómi.

Mat á því hvenær tilgangur félags er ólöglegur veltur á löggjafanum, en í íslenskri löggjöf er engin tæmandi talning um tilgang félaga og hvaða félög beri að banna.¹¹ Hins vegar má nefna ákvæði í almennum hegningarlögum nr. 19/1940 þar sem t.d. segir í 175. gr. a.:

Sá er sammælist við annan mann um að fremja verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi og framkvæmd hans er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka skal sæta fangelsi allt að 4 árum, nema brot hans varði þyngri refsingu samkvæmt öðrum ákvæðum laga þessara eða öðrum lögum.

Með skipulögðum brotasamtökum er átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti

⁸ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 485 – 486.

⁹ *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, bls. 12.

¹⁰ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 487.

¹¹ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 411.

refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi, eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.

Í þessu ákvæði eru samtök eða félög ekki sjálf lýst ólögleg enda er slíkt hægara sagt en gert og aldrei hefur komið til þess hér á landi.¹² Til að beita 175. gr. a. almennra hegningarlaga þarf að vera ljóst að tilgangur samtakanna sé skipulögð brotastarfsemi samkvæmt því sem kveðið er á um í 2. mgr. Slíkt mat getur verið erfiðleikum háð.

Síðar verða eins og áður segir reifaðir dómur þar sem meðlimum í vélhjólasmötökunum Vítisenglum (e. *Hells Angels*) var vísað frá landi. Samtökin, sem og önnur áþekkt, höfðu og hafa ekki verið bönnuð en þau eru talin stunda skipulagða brotastarfsemi samkvæmt skilgreiningu Evrópulögreglunnar (e. *Europol*) á því hvað teljist vera skipulögð brotastarfsemi. EFTA dómstóllinn fjallaði um hvort máli skipti að ríki hefði lýst samtök ólögleg í þriðju spurningu ráðgefandi álits síns til Hæstaréttar, eins og lesa má um í kafla 5.2.3.

Í 3. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar er fundafrelsið verndað, þ.e. réttu manna til að safnast vopnlausir saman. Vernd ákvæðisins er ekki bundin við íslenska ríkisborgara, en hins vegar eiga útlendingar ekki sjálfstæðan rétt á því að koma til Íslands aðeins á grundvelli fundafrelsisins ef önnur skilyrði t.d. útlendingalaga eru ekki uppfyllt.¹³

2.5 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu var fullgiltur af Íslands hálfu 19. júní 1953 en ekki lögfestur fyrr en með lögum nr. 62/1994. Við MSE hefur verið bætt samningsviðaukum og í 7. samningsviðauka sem fullgildur var af Íslands hálfu 22. maí 1987, en öðlaðist ekki gildi fyrr en ári síðar þegar lágmarksfjöldi þjóða höfðu fullgilt hann, var bætt við ákvæðum sem ekki hafði áður verið kveðið á um í MSE.¹⁴ Réttindin sem MSE veita eru ekki aðeins tryggð ríkisborgurum ríkjanna, heldur öllum sem dveljast innan þeirra sbr. 14. gr. MSE.

Í 8. gr. MSE er rétturinn til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu verndaður. Sú grein kemur aðallega til skoðunar ef um er að ræða brottvísanir útlendinga sem ekki eru aðalumfjöllunar-efni þessarar ritgerðar, þar sem oft er um að ræða brottvísanir á ríkisborgurum annarra landa sem hafa komið sér fyrir og eignast fjölskyldu í því landi sem verið er að vísa þeim á brott frá og þeim er gert að yfirgefa. Brot gegn 8. gr. MSE koma oft fyrir í dómareifunum í 4. kafla þótt í raun hafi hún ekki bein tengsl við frávísun útlendinga.

Í fyrrnefndum 7. samningsviðauka MSE er kveðið á um í 2. mgr. 1. gr. að heimilt sé að vísa útlendingi, sem löglega er búsettur á landsvæði ríkis, á brott áður en hann hefur neytt

¹² Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 413.

¹³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 426.

¹⁴ *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, bls. 23.

réttar síns til réttlátrar málsmeðferðar (a. – c. liðir 1. mgr. 1. gr.) ef slíkt er nauðsynlegt vegna allsherjarreglu eða á grundvelli þjóðaröryggis. Greinin fjallar hvorki um á hvaða grundvelli vísa megji útlendingi á brott né um þá sem eru staddir á landamærum ríkis eða eru ekki búsettir þar, heldur tekur aðeins til þeirra sem eru löglega búsettir í ríkinu.¹⁵ Það takmarkar gildissvið lagagreinarinnar nokkuð mikið, enda falla aðallega þeir sem fengið hafa tímabundin dvalarleyfi þar undir. Sem dæmi myndi greinin ekki ná til máls meðlima Vítisengla sem vísað var frá Íslandi þar sem þeir voru aðeins ferðamenn staddir á landamærum ríkisins.

Í lögskýringargögnum með samningsviðaukanum (e. *explanatory report*) er tekið fram að hugtakið „brottvísun“ (e. *expulsion*) sé notað í almennri merkingu en taki ekki til framsals. Brottvísun er skýrt sem sjálfstætt hugtak í framkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) sem tengist merkingu þess í landsrétti ekki.¹⁶

Athygli vekur að í 2. mgr. 1. gr. 7. samningsviðauka við MSE er aðeins kveðið á um brottvísun en ekki frávísun. Er átt við brottvísun skv. hugtaksskilgreiningu laga um útlendinga eða er átt við frávísun, þar sem ekki er um endurkomubann að ræða? Það sama á við í alþjóðsamningnum um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Þar sem ljóst er að brottvísun er skýrð sem sjálfstætt hugtak í framkvæmd MDE ætti að vera hægðarauki að finna hvað átt er við í dómaframkvæmd MDE, en höfundur hefur ekki fundið nein mál er varða aðeins frávísun í dómaframkvæmd MDE, heldur er ávallt um brottvísun að ræða sem fylgir endurkomubann skv. íslenskri hugtaksafmörkun.

2.6 Alþjóðasamningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi

Í 13. gr. alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi sem var fullgiltur í ágúst 1979 er kveðið á um rétt útlendinga, sem á löglegan hátt er á landsvæði aðildarríkis, til að ákvörðun verði tekin í samræmi við lög um að honum skuli vera vísað frá landinu og að hægt sé að krefjast endurskoðunar á brottvísun fyrir stjórnvöldum, nema brýnar ástæður vegna þjóðaröryggis krefjist annars. Lengi vel var Ísland með fyrirvara við ákvæðið þar sem engin kæruleið var í stjórnsýslunni vegna ákvarðana um brottvísun, en nú er slíkt til staðar sbr. umfjöllun í kafla 2.11.2 um málsmeðferð í málefnum útlendinga. Ákvæðið er efnislega sambærilegt við 1. gr. 7. viðauka MSE.

Í 3. mgr. 12. gr. SBSR er leyfi til að takmarka rétt þeirra sem löglega eru innan landsvæðis ríkis til að hafa fullt umferðarfrelsi og frelsi til að velja sér dvalarstað á því landsvæði ef slíkt

¹⁵ *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, bls. 23.

¹⁶ *Explanatory Memorandum with Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 10. efnisgrein.

er nauðsynlegt til þess að vernda m.a. þjóðaröryggi, allsherjarreglu, heilbrigði almennings eða siðgæði.

2.7 Evrópska efnahagssvæðið og sérreglur um EES borgara

Ísland er aðili að EES, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, en í því felst aðgangur að innri markaði ESB, þ.e. fjórfrelsið svokallaða hefur gildi hér á landi. Ákvæði um fjórfrelsið í EES samningnum eru nánast samhljóða samsvarandi ákvæðum í sáttmálanum um framkvæmd Evrópusambandsins.¹⁷ Í fjórfrelsinu felst að vöruflutningar, fólksflutningar, þjónustustarfsemi og fjármagnsflutningar eru frjálssir innan svæðisins sbr. 2. mgr. 1. gr. sammingsins og þannig má ekki byggja mismunun á fyrrgreindu frelsi á grundvelli þjóðernis.¹⁸ Í ritgerð þessari er það eingöngu frjálssir för fólks sem tekin er til umfjöllunar. Túlkunin á því hvað felst í frjálssri för fólks hefur þróast mikið. Meðal annars eru þeir einstaklingar sem koma til gistiríkis í allt að þrjá mánuði en ætla sér ekki að stunda þar vinnu hluti af skilgreiningunni á frjálssri för fólks¹⁹ og þannig fellur réttur einstaklinga til ferðalaga án persónubundins eftirlits undir þennan rétt til frjálssrar farar.²⁰ Réttur til að ferðast án persónubundins eftirlits er einnig eitt meginmarkmiða Schengen samstarfsins sem fjallað verður um í kafla 2.8. Meginreglan er að borgarar aðildarríkja EES, sem eru öll 28 aðildarríki Evrópusambandsins auk ríkisborgara Íslands, Noregs og Lichtenstein, geta flust milli aðildarríkja og starfað þar á jafnréttisgrundvelli gagnvart ríkisborgurum viðkomandi lands sbr. 1. kafla III. hluta laga um EES.

Stöðu ríkisborgara annarra EES ríkja verður ekki jafnað til stöðu íslenskra ríkisborgara á Íslandi. Ísland hefur enn ríkari skyldum að gegna gagnvart ríkisborgurum sínum en öðrum, en ýmis konar réttindi og skyldur fylgja því þegar ríki gerist aðili að alþjóðlegum samningum líkt og EES samningnum. Ríkisborgarar EES landa njóta góðs af fjórfrelsinu, og eru t.a.m. sérákvæði um rétt þeirra í útlendingalögum sem fjallað verður um í kafla 2.11. EES samningurinn veitir þeim útlendingum sem undir samninginn falla betri rétt í mörgu tilliti en útlendingum frá þriðju ríkjum.²¹

Í 3. mgr. 28. gr. EES sammingsins er kveðið á um réttindi launafólks og sjálfstætt starfandi einstaklinga með þeim takmörkunum sem réttlætast af allsherjarreglu, almannaoöryggi og

¹⁷ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 128.

¹⁸ Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 18.

¹⁹ Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 239 og *Skýrsla innanríkisráðherra um Schengen samstarfið júní 2012*, bls. 14.

²⁰ Valgerður María Sigurðardóttir: *Schengen samstarfið*, bls. 437-438.

²¹ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3156.

almannaheilbrigði. Þannig mega og geta einstaklingar þegið atvinnutilboð innan aðildarríkja, ferðast um og dvalist þar ef slíkt er ekki takmarkað á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigðis. Í 33. gr. samningsins er einnig kveðið á um slíkar takmarkanir á staðfesturétti ríkisborgara (e. *right of establishment*), sem er rétturinn til að setjast að í aðildarríki og koma á fót atvinnurekstri.²²

Í athugasemdum við EES samninginn segir um 28. gr. að afnema skuli „alla mismunun milli einstaklinga í aðildarríkjum EB [þáverandi Evrópubandalagið] og EFTA sem byggð er á ríkisfangi og lýtur að atvinnu, launakjörum og öðrum starfs- og ráðningarskilyrðum.“ Síðar segir:

[F]ramangreint er einungis heimilt að takmarka með því að byggja það á allsherjarreglu, almannaöryggi og almannaheilbrigði. Eru það í reynd sömu reglur og hvert ríki hefur rétt á að beita gagnvart sérhverjum útlendingi. Er þar um að ræða reglur um öryggi ríkisins, hættulegar farsóttir og þess háttar.²³

Af þessu er ljóst að ríkjum er heimilt að takmarka rétt sem ríkisborgurum EES ríkjanna hefur verið veittur, ef það er á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigði. Slíkan rétt er ekki hægt að takmarka varðandi íslenska ríkisborgara, þ.e. íslenska ríkið getur hvorki meinað ríkisborgurum sínum að koma til landsins né vísað þeim úr landi sbr. fyrri málslíð 2. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar. Þá er einnig tekið fram í athugasemdum við EES samninginn um V. viðauka að takmörkun vegna allsherjarreglu og öryggis verði að byggjast eingöngu á persónulegri hegðun viðkomandi,²⁴ en það hefur einnig verið margtítrekað í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins eins og fjallað verður um í 3. kafla.

2.8 Schengen samstarfið

Schengen samstarfinu er ætlað að afnema persónueftirlit á landamærum aðildarríkja og efla samstarf löggæsluaðila. Ísland gerðist aðili að Schengen með þingsályktun nr. 6/125 sem lögð var fram á 125. löggjafarþingi (1999-2000) þar sem svokallaður Brusselsamningur (samningur sem ráð Evrópusambandsins, Ísland og Noregur gerðu með sér um þátttöku hinna síðarnefndu í framkvæmd, beitingu og þróun Schengen-gerðanna) um aðild Íslands og Noregs að Schengen við ESB var fullgildur. Eftir að Schengen fór undir hatt ESB var gerður sérstakur samningur milli ESB annars vegar og Íslands og Noregs hins vegar um samstarfið, en Schengen málefni falla utan EES samningsins. Ekki eru öll ríki ESB aðilar að Schengen samstarfinu, Bretland, Írland, Króatía og Kýpur standa t.a.m. fyrir utan Schengen og

²² Björn Friðfinnsson: „Staðfesturéttur“ <http://www.utanrikisraduneyti.is>.

²³ Alþt. 1992, A-deild, bls 107.

²⁴ Alþt. 1992, A-deild, bls 108.

Danmörk hefur sérstöðu þannig að hver og ein Schengengerð þarf að vera samþykkt af danska löggjafanum.²⁵ Þá eru Búlgaría og Rúmenía ekki aðilar að samstarfinu en stefna að aðild.²⁶

Reglur Schengen samningsins tengjast framkvæmd á reglum innri markaðar ESB, sem EES samningurinn nær yfir að mestu leyti. Schengen samningurinn er þannig nánari útfærsla og útvíkkun á samstarfinu sem í EES samningnum felst,²⁷ þótt Schengen málefni falli utan EES samningsins. Á milli aðildarríkja eru engin landamæri eða landamæraeftirlit, heldur eru landamærin talin vera ytri landamæri þess Schengen lands sem á landamæri að því ríki sem ekki er þátttakandi í Schengen samstarfinu, en þau ríki eru nefnd „þriðju ríki“.²⁸ Þannig hefur verið fellt niður eftirlit með ferðum einstaklinga yfir landamæri innan svæðisins. Þá er samstarfinu einnig ætlað að tryggja öryggi borgara á svæðinu og styrkja baráttuna gegn alþjóðlegri afbrotastarfsemi með aukinni samvinnu lögregluyfirvalda²⁹, en bylting varð á alþjóðlegu samstarfi íslensku lögreglunnar við inngöngu í Schengen.³⁰ Því markmiði er ætlað að nást t.d. með því að starfrækja Schengen-upplýsingakerfi (SIS), sem lög nr. 16/2000 fjalla um. Í þetta upplýsingakerfi eða gagnabanka eru færðar upplýsingar um stolna muni sem og einstaklinga sem eru t.a.m. eftirlýstir, týndir eða á að neita um inngöngu inn á Schengen svæðið t.d. vegna öryggis ríkisins.³¹ Ákvörðun um hvað felst í ógnun við öryggi ríkisins eða allsherjarreglu svo að einstaklingar verði færðir inn í SIS kerfið fer eftir reglum hvers og eins ríkis en ekki sameiginlegum viðmiðunum.³²

Þrátt fyrir að ekki sé um eftirlit á landamærum að ræða þá verða einstaklingar að geta sannað á sér deili með gildum persónuskilríkjum, en vegabréf eru einu slíku gildu íslensku skilríkin.³³

2.8.1 Ákvæði um þjóðaröryggi og allsherjarreglu í Schengen samningnum og reglugerð um för yfir landamæri

Ýmis ákvæði Schengen samningsins taka á aðstæðum er varða þjóðaröryggi eða allsherjarreglu. Eðli máls samkvæmt eru það undantekningar frá meginmarkmiðum samningsins þegar heimila má takmörkun eða frávísun ríkisborgara á slíkum grundvelli þar sem tilgangur samstarfsins er að afnema persónueftirlit á landamærum. Nokkur ákvæði í upp-

²⁵ Skýrsla innanríkisráðherra um Schengen samstarfið júní 2012, bls. 13.

²⁶ „Schengen Area“, <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen>.

²⁷ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 1841.

²⁸ Skýrsla um málefni útlendinga utan Evrópska efnahagssvæðisins, bls. 15.

²⁹ „Almennar upplýsingar um Schengen“, <http://www.utanrikisraduneyti.is>.

³⁰ Skýrsla innanríkisráðherra um Schengen samstarfið júní 2012, bls. 2 og 21.

³¹ „Alþjóðleg lögreglusamvinna innan Schengen svæðisins“, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

³² Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU*, bls. 538.

³³ Skýrsla innanríkisráðherra um Schengen samstarfið júní 2012, bls. 2.

runalega samningnum giltu ekki fyrir Ísland og Noreg, t.d. 2. gr. þar sem í 2. mgr. segir að þegar allsherjarregla eða þjóðaröryggi krefjist þess geti samningsaðili ákveðið, að höfðu samráði við aðra samningsaðila, að taka tímabundið upp landamæraeftirlit á innri landamærum í samræmi við tilefni. Þá er í 2. málsl. 2. mgr. 2. gr. veitt heimild til að bregðast við án tafar, þurfi þess, og láta aðra samningsaðila vita um slíkt eins fljótt og unnt er.³⁴

Reglugerð nr. 1212/2007 um för yfir landamæri felldi úr gildi 2. mgr. 2. gr. Schengen samningsins sbr. 29. gr. reglugerðarinnar en með henni var reglugerð Evrópuþingsins og ráðsins, 2006/562/EB um Schengen landamæri (e. *Schengen Borders Code*) innleidd í íslenskan rétt með stoð í 58. gr. útlendingalaga. Samkvæmt 1. gr. Schengen landamæra reglugerðarinnar hefur hún að geyma ákvæði um eftirlit með för fólks yfir ytri, og í sérstökum tilvikum innri, landamæri Schengen svæðisins. Skilyrði fyrir komu útlendinga til svæðisins (þ.e. einhvers sem ekki er EES ríkisborgari) eru m.a. að hann megi ekki vera talinn ógna þjóðaröryggi, allsherjarreglu, almannaeilsu eða alþjóðasamskiptum ríkisins eða annars Schengen ríkis sbr. e-lið 1. mgr. 5. gr. Ákvæði 1. mgr. 5. gr. reglugerðarinnar er orðrétt samhljóða 1. mgr. 5. gr. Schengen samningsins. Þessi lagaheimild á við um flesta ferðamenn sem koma frá löndum utan Schengen svæðisins.

Í 8. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um ítarlegt eftirlit sem hægt er að láta útlendinga sæta og skal þá ganga úr skugga um að útlendingurinn, ferðamáti hans og þeir hlutir sem hann hefur með sér séu ekki líklegir til að stofna allsherjarreglu, þjóðaröryggi, almannaeilsu eða alþjóðlegum samskiptum Schengen ríkjanna í hættu. Ef útlendingur uppfyllir ekki skilyrði fyrrnefndrar 5. gr. reglugerðarinnar kveður 14. gr. á um synjun um landgöngu með frávísun, í samræmi við útlendingalög og reglugerð um útlendinga. Í 29. gr. er mælt fyrir um tímabundið eftirlit á innri landamærum, og er þar heimild fyrir ráðherra til að taka upp slíkt eftirlit vegna alvarlegrar ógnar við allsherjarreglu eða þjóðaröryggi. Senda skal framkvæmdastjórn og ráðherraráði Evrópusambandsins skýrslu um aðgerðina að henni lokinni. 31. gr. heimilar upptöku landamæraeftirlits án tafar, ef allsherjarregla eða þjóðaröryggi krefjast þess.

Í 6. gr. Schengen samningsins er fjallað um ytri landamæri svæðisins og a-liður 2. mgr. 6. gr. tekur á því að þar til bær yfirvöld í samningsríkjum skuli ekki aðeins sannprófa ferðaskilríki einstaklinga heldur einnig taka til rannsóknar og varna gegn ógnunum við þjóðaröryggi og allsherjarreglu samningsaðilanna. Aðallega skal vera eftirlit við komu einstaklinga inn á svæðið, en d-liður 2. mgr. 6. gr. kveður einnig á um eftirlit við brottför til varna gegn ógnunum við þjóðaröryggi og allsherjarreglu samningsaðilanna en í e-lið er

³⁴ Alþt. 1999-00, A-deild, bls. 1956.

kveðið á um að það skuli þó mæta afgangi ef raða verði í forgangsröð og að eftirlit við komu hafi forgang.

Í 3. tölul. 23. gr. samningsins er ákvæði til að vísa útlendingi tafarlaust á brott vegna þjóðaröryggis eða allsherjarreglu fari hann ekki sjálfviljugur úr landi. Ákvæði 46. gr. kveður enn fremur á um að hver og einn samningsaðila geti sent öðrum samningsaðila upplýsingar án beiðni, í samræmi við innlenda löggjöf, til þess að aðstoða ríkið við að koma í veg fyrir verknaði sem ógna allsherjarreglu eða almannaöryggi. Ákvæði 79. gr. tekur á bönnuðum skotvopnum og skotfærum, en í 2. mgr. er heimild fyrir yfirvöld til að gefa út leyfi fyrir þeim skotvopnum sem bönnuð eru að teknu tilliti til almannaöryggis og allsherjarreglu. Í 83. gr. er leyfi til þess að kaupa og eiga skotvopn takmarkað, þannig að m.a. í c-lið 1. mgr. er kveðið á um að viðkomandi hafi ekki verið dæmdur fyrir refsiverðan verknað eða aðrar ástæður séu ekki til þess að ætla að hann stofni almannaöryggi og allsherjarreglu í hættu. Í 93. gr. er fjallað um SIS upplýsingakerfið og markmið þess að tryggja almannaöryggi og allsherjarreglu, þar með talið öryggi ríkisins, á yfirráðasvæði samningsaðilanna og tryggja beitingu þeirra ákvæða samningsins sem varða för fólks.

Ljóst er að margar reglur í samningnum um Schengen svæðið fjalla á einn eða annan hátt um allsherjarreglu, almannaöryggi eða þjóðaröryggi og reyna að tryggja að öryggi sé tryggt eftir fremsta megni innan samningsríkjanna. Mikilvægt er að reglur um slíkt séu til staðar og heimildir nokkuð skýrar þar sem samningurinn afnemur persónueftirlit innan svæðisins og minnkar þar með eftirlit með ferðamönnum, en nauðsynlegt er að geta tekið slíkt eftirlit upp að nýju ef þörf krefur og einnig leggur samningurinn línurnar um athuganir og úrræði gagnvart þeim sem koma utan frá svæðinu.

2.8.2 Framkvæmd Schengen samningsins

Leiðbeiningar um í hvaða aðstæðum megi taka upp tímabundið landamæraeftirlit eru í öðrum viðauka við leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar um Schengen frá 2011.³⁵ Þar segir að landamæraeftirlit megi taka upp t.d. vegna fyrirsjáanlegra stórvíðburða eins og íþróttavíðburða, mótmæla eða vegna mikilvægra stjórn mála fundu. Í slíkum aðstæðum eigi aðildarríki að láta framkvæmdastjórnina og önnur aðildarríki vita af því sex vikum áður en taka á eftirlitið á upp. Annað dæmi sem tekið er eru áríðandi, ófyrirsjáanlegir og stuttir atburðir. Það gæti t.d. átt við vegna hryðjuverkaárása en í slíkum aðstæðum mega aðildarríki

³⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Schengen governance – strengthening the area without internal border control, bls. 10-11.*

setja upp landamæraeftirlit í mest fimm daga, en verða að láta framkvæmdastjórnina og önnur aðildarríki vita ef þann tíma á að lengja. Þriðju aðstæðurnar sem nefndar eru varða viðvarandi erfiðleika ríkis á að stjórna ytri landamærum. Slíkt væri lokaúrræði ef aðildarríki stæðist ekki kröfur sem settar eru um stjórnun ytri landamæra svo að Schengen svæðið væri ekki að virka sem skyldi. Fjórðu aðstæðurnar eru aðstæður sem mögulega geta haft mikil áhrif til skemmri eða lengri tíma, t.d. ef mjög margir þriðja ríkis borgarar fara í gegnum land á skömmum tíma.

Aðildarríki skulu láta önnur aðildarríki og framkvæmdastjórnina vita af því ef tekin er upp tímabundin landamæravarsla svo fljótt sem auðið er og skila skýrslu um framkvæmdina og áhrif þeirra til Evrópuþingsins, ráðsins og framkvæmdastjórnarinnar. Frá því reglugerð Evrópusambandsins 2006/562/EB tók gildi í október 2006 og þar til í október 2010 hafði landamæraeftirlit verið sett upp alls 22 sinnum innan Schengen svæðisins og var það í flestum tilvikum vegna stórra íþróttaviðburða, pólitískra mótmæla eða mikilvægra stjórnmalafunda.³⁶ Í skýrslum framkvæmdastjórnar ESB til Evrópuþingsins og Evrópuráðsins um framkvæmd Schengen samstarfsins, sem gefin er út hálfárslega, hefur frá því fyrsta skýrslan kom út í maí 2012 verið sett upp landamæraeftirlit innan svæðisins alls fjórum sinnum.³⁷ Takmarkanirnar voru vegna G20 fundar þjóðarleiðtoga í Frakklandi, fundar Evrópska seðlabankans á Spáni, Evrópukeppninnar í knattspyrnu í Póllandi og vegna afhendingu friðarverðlauna Nóbels í Noregi. Af þessum dæmum má sjá að um mjög stóra viðburði er að ræða þar sem búist er við fjölda fólks og/eða mótmælendum.

Sérstaða Íslands felst í því að landið er eyja og því eru leiðirnar inn í landið öðruvísi en á meginlandi Evrópu og geta haft minni heildaráhrif. Íslenska ríkið hefur tvívegis beitt heimild til að taka upp landamæraeftirlit. Í fyrri skiptið á grundvelli 2. mgr. 2. gr. Schengen samnings en í hið seinna á grundvelli 29. gr. reglugerðar nr. 1212/2007 um för yfir landamæri, til samræmis við 31. gr. þ.e. í aðkallandi tilvikum.³⁸ Í hvorugri fréttatilkynningu frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu um upptöku landamæraeftirlits er tekið fram hverjar ástæðurnar séu, að öðru leyti en því að í fyrri tilkynningunni segir: „[G]ripið er til tímabundins landamæraeftirlits af sérstöku tilefni á næstu dögum sem ógna allsherjarreglu og þjóðaröryggi“³⁹ en í seinna skiptið „í tilefni atburðar sem áætlað er að muni eiga sér stað

³⁶ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Schengen governance – strengthening the area without internal border control*, bls. 4.

³⁷ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council. First biannual report on the functioning of the Schengen area*, bls. 5.

³⁸ Skv. Valgerði M. Sigurðardóttur, starfsmanni í innanríkisráðuneytinu, 7. mars 2014.

³⁹ Fréttatilkynning frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu 2007, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

laugardaginn 7. mars 2009⁴⁰. Síðar kom í ljós að tilefni eftirlitsins í báðum tilvikum var koma meðlima í samtökum Vítisengla til landsins.⁴¹

Í bréfi *UA frá 29. desember 2003 (3820/2003)* um meðlimi Falun Gong sem var synjað um landgöngu taldi umboðsmaður, byggt á gögnum málsins, ekki tilefni til að gera athugasemd við mat stjórnvalda á hættu á brotum gegn allsherjarreglu og almannaoýruggi vegna fámennis lögreglunnar hér á landi. Umboðsmaður vísaði ekki í að tekið hefði verið upp landamæraeftirlit, heldur að hverjum og einum meðlim hafi verið vísað frá, bæði á flugvöllum erlendis sem og við komuna hingað til lands. Í *áliti UA frá 5. desember 2005 (3820/2003)*, einnig varðandi meðlimi Falun Gong, þá komst umboðsmaður að þeirri niðurstöðu að eftirlit íslenskra stjórnvalda hefði átt að fara fram á viðurkenndri landamærastöð hér á landi en að ekki hefði mátt stöðva för farþega á flugvöllum erlendis. Umboðsmaður taldi ekki tilefni til að gera athugasemdir við mat stjórnvalda á hættunni varðandi komu Kínaforseta í bréfi og áliti sínu. Þótt ekki sé um jafn stóra viðburði að ræða og þá sem undantekningin á landamæraeftirliti hefur verið notuð fyrir í Evrópu, þá verður að taka tillit til smæðar og fámennis landsins og íslensku lögreglunnar.

Í málum A, *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)* og K, *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* var ekki um upptöku landamæraeftirlits að ræða, heldur heimild til að vísa einstaklingum frá þegar tollverðir leituðu í farangri þeirra sem leiddi svo til gruns um aðild að Vítisenglum sem talin var geta ógnað allsherjarreglu.

2.9 Reglur tilskipunar 2004/38/EB um frjálsa för og dvöl á á yfirráðasvæði aðildarríkja

2.9.1 Markmið tilskipunarinnar og heimild til að beita fyrirvörum

Tilskipanir binda aðildarríki ESB, en þau hafa val um það með hvaða aðferðum og á hvaða formi markmiðum tilskipananna er náð, t.d. hvort það sé með lagasetningu eða reglugerðarsetningu. Tilskipunum er beint að stjórnvöldum ríkja en ekki borgurum þess⁴² og dómstólum aðildarríkja ber að skýra lög sín til samræmis við tilskipanir, jafnvel þótt þær hafi ekki verið lögfestar, enda er það skylda ríkisins að leiða tilskipanir í landsrétt sama með hvaða hætti.⁴³ Til að tryggja að sömu reglur gildi um allan innri markaðinn sem er eitt af markmiðunum með

⁴⁰ Fréttatilkynning frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu 2009. <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁴¹ Fyrirlestur Rögnu Árnadóttur í Háskóla Íslands, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

⁴² Robert Shütze: *An Introduction to European Law*, bls. 120.

⁴³ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 59.

ESB og aðalmarkmið EES, er til markmiðið um einsleitni (e. *homogeneity*)⁴⁴, og þannig er gert ráð fyrir því að samningurinn um EES sé uppfærður, fylgi ýmsum réttargerðum ESB og taki regluverk ESB upp að verulegum hluta en þó ekki öllum. Til að ná þessu markmiði um einsleitni ber einnig að taka tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins við túlkun EES reglna.⁴⁵ EFTA dómstóllinn starfar samhliða Evrópudómstólnum og til kasta hans koma tvenns konar mál, mál sem eru höfðuð beint fyrir dómstólnum vegna ákvarðana, athafna eða athafnaleysis EFTA ríkja eða að dómstólar aðildarríkja óski eftir ráðgefandi áliti sem ekki eru formlega bindandi.⁴⁶

Í *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)* sagði Hæstiréttur að ekki væri samræmi milli skilyrða frávísunar í lögum um útlendinga nr. 96/2002 og reglugerðar um útlendinga nr. 53/2003, og þar sem reglurnar væru byggðar á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB frá 29. apríl 2004 um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálstrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna⁴⁷ og 3. gr. laga um EES legði skyldu á aðildarríki að skýra lög og reglur í samræmi við EES samninginn, þá væri rétt að óska ráðgefandi álits EFTA dómstólsins til að skýra nokkur atriði eins og nánar verður fjallað um í 5. kafla.

Í inngangsorðum að tilskipun 2004/38/EB segir í 22. lið að samkvæmt sáttmálanum megi takmarka réttinn til frjálstrar farar og dvalar á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða lýðheilsu (áður almannaheilbrigðis). Til að tryggja nákvæmari skilgreiningu á aðstæðum og réttarfarsreglum sem heimila að synja megi borgurum Sambandsins og aðstandendum þeirra um leyfi til komu inn í land eða vísa þeim brott skuli þessi tilskipun koma í stað tilskipunar ráðsins 64/221/EBE frá 25. febrúar 1964 um samræmingu á sérstökum ráðstöfunum er varða flutninga og búsetu erlendra ríkisborgara og réttlættar eru með skírskotun til allsherjarreglu, almannaöryggis og almannaheilbrigðis.

Samkvæmt 1. mgr. 6. gr. skulu borgarar Sambandsins eiga rétt á því að dvelja á yfirráðasvæði annars aðildarríkis í allt að þrjá mánuði án þess að uppfylla önnur skilyrði eða formsatriði en að hafa gilt kennivottorð eða vegabréf og er það meginreglan. Í VI. kafla tilskipunarinnar er síðan kveðið á umtakmarkanir á rétti til komu og dvalar á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða lýðheilsu. Var 27. gr. innleidd inn í 41. gr. laga um

⁴⁴ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 123.

⁴⁵ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 124, 127.

⁴⁶ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 153-156 & M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law*, bls. 40.

⁴⁷ Nokkrum tilskipunum og reglugerðum var steypt saman í þessa einu tilskipun til að samræma reglur varðandi frjálsa för fólks. Þær tilskipanir sem féllu úr gildi voru 64/221/EBE, 68/360/EBE, 72/194/EBE, 73/148/EBE, 75/34/EBE, 75/35/EBE, 90/364/EBE, 90/365/EBE og 93/96/EBE.

útlendinga nr. 96/2002 (sjá þó umfjöllun um rökstutt álit Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) í kafla 2.10).

Ákvæði 1. og 2. mgr. 27. gr. eru svohljóðandi:

1. Með fyrirvara um ákvæði þessa kafla er aðildarríkjunum heimilt að takmarka frjálsa för og dvöl borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra, óháð ríkisfangi, á grundvelli allsherjarreglu, almannaoýrggis eða lýðheilsu. Ekki má bera þessar aðstæður fyrir sig í efnahagslegum tilgangi.

2. Ráðstafanir, sem gerðar eru með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaoýrggis, skulu vera í samræmi við meðalhófsregluna og alfarið byggjast á framferði hlutaðeigandi einstaklings. Fyrri refsilagabrot nægja ekki ein og sér til þess að slíkum ráðstöfunum sé beitt.

Framferði hlutaðeigandi einstaklings þarf að teljast raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins. Rök sem varða ekki atriði málsins eða sem byggja á almennum forvarnarforsendum skulu ekki tekin gild.

Hér eru nokkur skilyrði tekin fram svo að beita megi ákvæðinu; framferði einstaklings þarf að teljast raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við grundvallarhagsmuni samfélagsins. Ríki geta ekki borið fyrir sig ákvæði í efnahagslegum tilgangi t.d. til að vernda ríkisborgara síns ríkis svo fyrir þá séu störf t.a.m. þegar atvinnuleysi geisar, heldur verði undantekning að vera á grundvelli allsherjarreglu, almannaoýrggis eða lýðheilsu.⁴⁸

Orðalag 27. gr. er þannig að ekki er beint fjallað um frávísun, heldur takmörkun til komu og dvalar. Þá er orðalag nokkurra greina tilskipunarinnar oft svo að ekki er fullljóst hvort munur sé á frávísun eða brottvísun, líkt og í bæði íslenskum og norskum rétti, þar sem ávallt er vísað til brottvísunar.⁴⁹ Ákvæði 28. gr. hefur t.d. titilinn „vernd gegn brottvísun“ en síðan í 32. gr. er fjallað um endurkomubann eins og slíkt þurfi ekki endilega að felast í brottvísun. Í lögskýringargögnum (e. *explanatory memorandum*) er fjallað um „decisions refusing leave to enter or ordering expulsion“ varðandi 29. gr. sem varðar lýðheilsu og takmörkun á frjálsri för vegna faraldssjúkdóma. Virðist því gerður greinarmunur á því að vera vísað frá (*refusing leave*, neitað um leyfi) eða vísað brott (*expulsion*).⁵⁰

2.9.2 Leiðbeiningar um túlkun tilskipunar 2004/38/EB

Framkvæmdastjórn ESB gaf út leiðbeiningar um túlkun tilskipunar 2004/38/EB árið 2009. Innleiðing tilskipunarinnar í löggjöf aðildarríkja hafði valdið vonbrigðum og því voru gefnar

⁴⁸ Louis H. Singer: „Free Movement of Workers in the European Economic Community: The Public Policy Exception“, bls. 1285.

⁴⁹ Vigdís Vevstad: Utlendingsloven, bls. 690.

⁵⁰ *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 22.

út leiðbeiningar við túlkun til upplýsinga og aðstoðar við aðildarríkin.⁵¹ Varðandi 27. gr. er tekið fram að hvert aðildarríki hafi frelsi til að ákveða hvaða skilyrði séu nauðsynleg til að aðstæður teljist ógna allsherjarreglu eða almannaöryggi og viðurkennt er að slík skilyrði geti verið mismunandi frá einum tíma til annars og á milli aðildarríkja. Hins vegar þurfi að skýra þessi skilyrði þröngt. Í leiðbeiningunum segir enn fremur að mikilvægt sé að gera skýran greinarmun á allsherjarreglu og almannaöryggi og að aðstæður sem falla eigi undir almannaöryggi megi ekki vera sagðar eiga undir allsherjarreglu.

It is crucial that Member States define clearly the protected interests of society, and make a clear distinction between public policy and public security. The latter cannot be extended to measures that should be covered by the former.

Public security is generally interpreted to cover both internal and external security along the lines of preserving the integrity of the territory of a Member State and its institutions.

Public policy is generally interpreted along the lines of preventing disturbance of social order.⁵²

Þetta mætti þýða þannig að almannaöryggi (e. *public security*) sé almennt túlkað svo að það nái til innra og ytra öryggis, þ.e. að haldið sé uppi lögum og reglu þannig að trúverðugleiki aðildarríkisins og stofnana þess sé yfir allan vafa hafinn. Allsherjarregla (e. *public policy*) er almennt túlkuð þannig að hún kemur í veg fyrir að unnið sé gegn þjóðskipulaginu.

Ekki kemur fram hvers vegna svo mikilvægt er að gera greinarmun á þessum tveimur hugtökum eða hvort ekki sé í lagi að þau skarist, eins og líklegt er að verði raunin. Við mat á ógnunum gegn allsherjarreglu og almannaöryggi ber að gæta að meðalhófsreglum og mannréttindum þess er vísa á frá, en öll ríki ESB eru aðilar að MSE þótt sambandið sjálft sé það ekki.⁵³

Ekki er hægt að mæla fyrir um algildar reglur eða viðmið hvað varðar ógnanir við allsherjarreglu eða almannaöryggi sem eru heimfærðar upp á einstaklinga, heldur þarf að meta hvert og eitt tilvik með tilliti til atvika og hvort framferði teljist raunveruleg, nægileg og alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins. Alltaf þarf að líta til aðstæðna og ekki má gefa fyrri refsikenndri hegðun of mikið vægi, heldur þarf að horfa til

⁵¹ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 2.

⁵² *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 10.

⁵³ *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the special measures concerning the movement and residence of citizens of the Union which are justified on grounds of public policy, public security or public health*, bls. 8.

þess að ógn sé yfirvofandi og raunveruleg. Líta má til aðildar að félögum þegar viðkomandi tekur þátt í athöfnum og samsamar sig markmiðum félagsins og áætlunum eins og staðfest var í dómi Evrópudómstólsins í *EBD, mál C-41/74, ECR 1974, bls. 1337 um Van Duyn* sem fjallað verður um í 3. kafla. Þessi túlkun, ásamt niðurstöðu EFTA dómstólsins í ráðgefandi álit *E-15/12* varðandi spurningu númer þrjú sem beint var til dómsins, hefur áhrif á dómsniðurstöðu Hæstaréttar í máli *Hrd. 17. október 20103 (191/2012)*. Tekið er fram að aðildarríki þurfi ekki að hafa bannað starfsemi félags til að geta takmarkað frjálsa för ríkisborgarans. Í sumum tilvikum geta mörg smærri afbrot myndað ákveðna ógn við allsherjarreglu sem þau myndu ekki gera ein og sér. Yfirvöld þurfa að líta til þriggja þátta við ákvörðun um hvort slíkt safn brota sé ógn við allsherjarreglu, þ.e. eðli brota, tíðni þeirra og skaða af þeirra völdum. Margar sakfellingar eru ekki nægur grundvöllur einn og sér.⁵⁴

Ljóst er að stjórnvöldum er falið nokkuð frjálst mat á því að meta hvort einstaklingar séu ógn við allsherjarreglu eða almannaöryggi ríkja og leiðbeiningar frá ESB skýra ekki náði út hvaða viðmið skuli notast við þegar slíkar ákvarðanir eru teknar annað en að framferði teljist raunveruleg, nægileg og alvarleg ógnun við grundvallarhagsmuni samfélagsins. Treysta verður því að stjórnvöld misnoti ekki þessar heimildir og fylgi meginreglum eins og meðalhófi og jafnræði í ákvarðanatöku sinni.

2.10 Rökstutt álit Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) 514/12

Eftirlitsstofnun EFTA sendi íslenska ríkinu rökstutt álit (e. *reasoned opinion*) *ESA, álit 514/12* í desember 2012 varðandi vankanta á innleiðingu tilskipunar 2004/38/EB og var það lokaáðvörun áður en farið yrði með málið til EFTA dómstólsins.⁵⁵ Gefinn var tveggja mánaða frestur fyrir íslenska ríkið til að bregðast við en höfundur hefur ekki fundið nein viðbrögð ríkisins eða dómsmál hjá EFTA dómstólnum varðandi efnið og má leiða að því líkum að hvorki ríkið né EFTA hafi brugðist við og beðið sé réttar innleiðingar. Í athugasemdum með frumvarpi að útlendingalögum sem nú liggur fyrir Alþingi á 143. löggjafarþingi er þó tekið fram að brýnt sé að þær breytingar sem lúti að því að innleiða tilskipanir ESB á viðunandi hátt nái fram að ganga til að ekki verði höfðað mál gegn íslenska ríkinu fyrir EFTA dómstólnum eða aðrir eftirmálar verði fyrir ríkið.⁵⁶

⁵⁴ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 12.

⁵⁵ „Innri markaður: EES reglur um búseturéttindi ekki að fullu innleiddar af Íslands hálfu“, <http://www.eftasurv.int>.

⁵⁶ Þskj. 457, 143. lögp. 2013-14, bls. 18 (enn óbirt í A-deild Alþt.)

Varðandi 1. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar, sem er sú grein sem máli skiptir varðandi frávísun útlendinga, hafði íslenska ríkið svarað því til að d-liður 41. gr. sem og 1. mgr. 52. gr. útlendingalaga hefðu innleitt tilskipunina efnislega. Báðar greinar fjalla um frávísun, sú fyrri á grundvelli öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaeilbrigðis, hin seinni á grundvelli utanríkisstefnu ríkisins, öryggis ríkisins eða mikilvægra þjóðarhagsmuna. Ákvæði 1. mgr. 27. gr. kveður á um takmörkun á frjálsri för og dvöl borgara á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða lýðheilsu. ESA hnýtti í að í 1. mgr. 52. gr. væri bætt við skilyrðunum um „utanríkisstefnu ríkisins“ og „mikilvæga þjóðarhagsmuni“ og sagði að þrátt fyrir að Evrópudómstóllinn hefði lagt í hendur aðildarríkja að meta hvað fælist í allsherjarreglu eða öryggi ríkisins eftir aðstæðum hverju sinni, sem gæti verið breytilegt frá einu ríki til annars, þá þyrfti túlkun á tilskipuninni að vera túlkuð þröngt til að efnissvið hennar væri ekki einhliða ákveðið milli aðildarríkja án aðkomu eða yfirsýnar stofnana Evrópusambandsins.⁵⁷ Hið sama kom efnislega fram í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB sem áður er um fjallað.⁵⁸ Að mati ESA má skilja skilyrðin í 1. mgr. 52. gr. sem svo að gildissvið tilskipunarinnar sé víkkað í meðförum íslenska ríkisins og vekur athygli á að ástæður til takmörkunar frjálsrar farar og dvalar eru tæmandi taldar í 1. mgr. 27. gr. og að bæta við skilyrðum færi gegn tilskipuninni. Íslenska ríkið veitti engar skýringar á því hvers vegna 1. mgr. 52. gr. væri orðuð svo eða tengsl hennar við d-lið 1. mgr. 41. gr. og áleit ESA svo að Ísland hefði ekki innleitt tilskipunina með réttum hætti.⁵⁹ Í áliti ESA var ekki fjallað um reglugerð 53/2003. Hæstiréttur leitaði ráðgefandi álits EFTA dómstólsins m.a. varðandi reglugerð 53/2003 og ósamræmi milli hennar og lagaákvæða útlendingalaga sem og túlkun á þeim lagaákvæðum í samræmi við tilskipun 2004/38/EB í *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)*. Verður því máli nánar lýst í 5. kafla.

2.11 Lög um útlendinga

Eins og áður er greint frá er í 2. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar kveðið á um að rétt útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir hægt sé að vísa þeim úr landi, skuli skipað með lögum. Með því á að tryggja að framkvæmdavaldið hafi ekki óskorað

⁵⁷ Reasoned opinion delivered in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice concerning Iceland's failure to correctly transpose the Residence Directive, bls. 17.

⁵⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, bls. 10 - 12.

⁵⁹ Reasoned opinion delivered in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice concerning Iceland's failure to correctly transpose the Residence Directive, bls. 18.

ákvörðunarvald til að ákveða hver megi koma til landsins og hver ekki.⁶⁰ Að þjóðarétti á útlendingur ekki rétt til að flytja til annars lands og setjast þar að heldur fer slíkt eftir landslögum og geta ríki stjórnað komu ríkisborgara annarra landa til síns ríkissvæðis.⁶¹ Lög um útlendinga nr. 96/2002 með síðari breytingum hafa verið sett og gilda skv. 1. mgr. 1. gr. um heimild útlendinga til að koma til landsins og dvöl þeirra hér á landi, en með útlendingi er átt við hvern þann einstakling sem ekki er íslenskur ríkisborgari. Í 2. mgr. 1. gr. er hins vegar kveðið á um að sérreglur gildi varðandi útlendinga sem falla undir EES samninginn eða stofnsamning EFTA sbr. ákvæði VI. kafla laganna en einnig eru sérreglur varðandi landamæraeftirlit og för yfir innri landmæri Schengen svæðisins sbr. 1. mgr. 4. gr. laganna. EES samningurinn hefur mikil áhrif á réttarstöðu útlendinga sem falla undir samninginn og veita þeim ýmis réttindi hér á landi.⁶² Við samningu útlendingalaga var litið til norskra útlendingalaga vegna sambærilegrar stöðu við Ísland í alþjóðasamfélaginu. Noregur er ekki aðili að ESB en á aðild að bæði EES og Schengen.⁶³

2.11.1 Ákvæði varðandi þjóðaröryggi og allsherjarreglu í lögum um útlendinga nr. 96/2002

Almennar reglur um frávísun og brottvísun útlendinga koma fram í IV. kafla laganna um frávísun og brottvísun og ýmis ákvæði varða þjóðaröryggi og allsherjarreglu í útlendingalögum. Í 3. mgr. 4. gr. er heimild fyrir ráðherra til að setja nánari reglur um för yfir landamæri og skilyrði fyrir komu til landsins og er höfð hliðsjón af reglugerð um för yfir landamæri nr. 1212/2007 sem felur í sér heimild til að taka upp tímabundið persónueftirlit á innri landamærum vegna allsherjarreglu eða þjóðaröryggis.⁶⁴ Ákvæði d-liðar 1. mgr. 11. gr. laganna kveður á um að ekki megi veita einstaklingi dvalarleyfi ef atvik liggja fyrir sem valdið geta því að honum verði meinuð landgangi eða dvöl hér á landi samkvæmt öðrum ákvæðum í lögum, t.d. á grundvelli 18. - 20. gr. sem komið verður að hér neðar.

Í 2. mgr. 12. gr. h. er mælt fyrir um að sé rökstuddur grunur um að óskað sé eftir stöðu fórnarlamb mansals í þeim eina tilgangi að afla dvalarleyfis, eigi ekki að veita það og að slíkt hið sama gildi ef veiting dvalarleyfis er andstæð allsherjarreglu. Væntanlega er átt við að ef rökstuddur grunur er á að viðkomandi sé ekki í raun og veru fórnarlamb mansals, heldur sé það yfirskin, og slíkt sé talið ógna allsherjarreglu eigi ekki að veita dvalarleyfi. Lagaákvæðið

⁶⁰ Alþt. 1994-95, A-deild, bls 2087.

⁶¹ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3166.

⁶² Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3168.

⁶³ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3149.

⁶⁴ Alþt. 2001-02, A-deild, bls. 3168.

er nokkuð óskýrt orðað og almennar athugasemdir með frumvarpi varpa ekki frekara ljósi á það.⁶⁵

Í j-lið 1. mgr. 18. gr. er heimild til frávísunar útlendinga á grundvelli nauðsynjar vegna allsherjarreglu, þjóðaröryggis eða alþjóðasamskipta ríkisins eða annars ríkis sem tekur þátt í Schengen samstarfinu. Þessi almenna heimild skiptir miklu varðandi viðfangsefni þessarar ritgerðar, en hún er efnislega sú sama og forveri hennar, 10. tölul. 1. mgr. 10. gr. laga nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum, sem á reyndi í bréfi UA 29. desember 2003 og álitu UA 5. desember 2005 (3820/2003) um Falun Gong liða. Þá er í a-lið 2. mgr. 21. gr. um frávísun eða brottvísun útlendinga sem hefur búsetuleyfi o.fl. kveðið á um að aðeins megi vísa útlendingi sem hefur búsetuleyfi frá eða úr landi að það sé nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, sbr. d-lið 1. mgr. 20. gr. sem kveður á um heimild brottvísunar útlendinga ef slíkt er nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins eða almannahagsmuna. Ákvæðið gæti átt við um útlending, sem hefur leyfi til að búa hér á landi skv. 15. gr. útlendingalaga og jafnvel dvalið hér langdvölum (a.m.k. fjögur ár skv. 1. mgr. 15. gr.) en verið vísað frá vegna öryggis ríkisins. Munurinn á ríkisborgurum Íslands og ríkisborgurum annarra landa sést þarna glögglega, þar sem útlendingur gæti hafa búið hér á landi í mörg ár en verið vísað frá landi vegna öryggis ríkisins, en slíkt kæmi aldrei til greina gagnvart ríkisborgurum ríkisins.

Í sérreglum um útlendinga sem falla undir EES og EFTA samningana í VI. kafla laganna er fjallað um frávísun í d-lið 1. mgr. 41. gr. en heimilt er að vísa EES- eða EFTA útlendingi frá landi við komu til landsins eða allt að sjö sólarhringum eftir komu ef það er nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaheilbrigðis. Þetta ákvæði var eins og áður sagði innleitt í lögum eftir tilskipun 2004/38/EB með lögum um breytingu á lögum um útlendinga nr. 96/2002 með síðari breytingum, sjá þó rökstutt álit ESA í kafla 2.10.

Í VII. kafla útlendingalaga um vernd gegn ofsóknum og flóttamenn er í 1. mgr. 45. gr. lagt bann við því að vísa fólki brott eða endursenda þangað sem líf þess eða frelsi kunni að vera í hættu. Í 3. mgr. er þó undantekning frá 1. mgr. ef skynsamlegar ástæður eru til að álíta viðkomandi hættulegan öryggi ríkisins eða hann hefur hlotið endanlegan dóm fyrir mjög alvarlegt afbrot og er af þeim sökum hættulegur samfélaginu. Taka verður fram að hér virðist átt við brottvísun en í endursendingu felst þó frávísun frá landinu. Í 4. mgr. er tekið fram að

⁶⁵ 12. gr. h. hljóðar svo í heild:

[1. mgr.] Eftir umsókn þar um og að fenginni umsógn lögreglu skal Útlendingastofnun veita útlendingi, sem grunur leikur á að sé fórnarlamb mansals, dvalarleyfi í sex mánuði þótt ekki sé fullnægt öllum skilyrðum 11. gr. Þrátt fyrir ákvæði 20. gr. skal ekki vísa viðkomandi einstaklingi brott úr landi á þessu tímabili.

[2. mgr.] Nú er rökstuddur grunur um að gert sé tilkall til stöðu fórnarlamb í þeim tilgangi einum að afla dvalarleyfis, og ekki er sýnt fram á annað með óyggjandi hætti, og veitir það þá ekki rétt til dvalarleyfis. Sama gildir ef veiting dvalarleyfis er andstæð allsherjarreglu.

[3. mgr.] Leyfi samkvæmt ákvæði þessu getur ekki verið grundvöllur búsetuleyfis.

við ákvörðun um frávísun eða brottvísun geti stjórnvöld ákveðið að útlendingar njóti ekki verndar skv. 1. mgr. ef nauðsynlegt er vegna öryggis ríkisins, sbr. j-lið 1. mgr. 18. gr., d-lið 1. mgr. 20. gr. eða a-lið 2. mgr. 21. gr.

Sérákvæði vegna öryggis ríkisins o.fl. er í 52. gr. Þar segir:

Meina má útlendingi landgöngu og synja um útgáfu dvalarleyfis og búsetuleyfis eða setja takmarkanir eða skilyrði ef nauðsynlegt þykir vegna utanríkisstefnu ríkisins, öryggis ríkisins eða mikilvægra þjóðarhagsmuna. Af sömu ástæðum má framkvæma ákvörðun fyrr en greinir í 31. og 32. gr. Útlendingastofnun tekur ákvörðun samkvæmt þessari málsgrein.

Ráðherra getur, ef nauðsynlegt þykir vegna öryggis ríkisins, sett nánari reglur um tilkynningarskyldu en segir í 17. gr. eða reglum skv. 54. gr.

Óljóst er hverju þessi grein á að bæta við það sem nú þegar er heimilað í öðrum lagagreinum og athugasemdir með frumvarpi skýra ekki hvers vegna hún var sett, enda gerði ESA athugasemdir við þessa grein í rökstuddu álitinu.

Ákvæði 31. og 32. gr. fjalla um birtingu ákvörðunar um frávísun og brottvísun og hvenær ákvörðun getur komið til framkvæmda. 17. gr. og 54. gr. fjalla báðar um tilkynningarskyldu. Af framangreindri samantekt sést að ýmis ákvæði kveða á um heimildir framkvæmdavaldsins til að vísa útlendingum frá, bæði „þriðja ríkis“ útlendingum sem og ríkisborgurum EES aðildarríkja og taka ákvæði útlendingalaga til skyldna ríkisins gagnvart EES samningnum.

2.11.2 Málsmeðferð í málefnum útlendinga sem vísað er frá

Í 3. gr. laga um útlendinga er kveðið á um framkvæmd laganna. Innanríkisráðherra fer með yfirstjórn mála en Útlendingastofnun, lögregla og önnur stjórnvöld annast að mestu framkvæmd laganna skv. 2. mgr. 3. gr. Í 2. mgr. 22. gr. er kveðið á um að ef lögregla telji skilyrði til að vísa útlendingi frá eða á brott þá sendi hún Útlendingastofnun gögn máls til ákvörðunar.

Í V. kafla útlendingalaga er fjallað um málsmeðferð. Í 1. mgr. 23. gr. er tekið fram að stjórnarsýslulög nr. 37/1993 skuli gilda um meðferð mála nema annað leiði af útlendingalögum. Í 30. gr. er kveðið á um kærheimild, en ákvörðun lögreglunnar má kæra til Útlendingastofnunar. Ákvörðun Útlendingastofnunar sem æðra stjórnvalds verður ekki kærð, en ef það er ekki æðsta stjórnvald í máli má kæra ákvörðun til innanríkisráðuneytisins. Í 1. mgr. 31. gr. er síðan kveðið á um að ákvörðun um frávísun skv. 18. gr. megi framkvæma þegar í stað.

Hvað varðar frávísun EES ríkisborgara þá tekur Útlendingastofnun skv. 3. mgr. 41. gr. útlendingalaga einnig þá ákvörðun þegar það er talið nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaheilbrigðis skv. d-lið 1. mgr. 41. gr.

2.11.3 Frumvarp til breytinga á útlendingalögum

Frumvarp til breytinga á útlendingalögum hefur verið lagt fram á núverandi löggjafarþingi (143. löggjafarþing) af innanríkisráðherra og er til meðferðar í allsherjar- og menntamálanefnd Alþingis eftir fyrstu umræðu þegar þetta er ritað. Á 141. löggjafarþingi var einnig lagt fram frumvarp til nýrra útlendingalaga sem ekki náði fram að ganga. Það frumvarp sem nú er lagt fram er ekki heildarfrumvarp eins og það sem ekki náði fram að ganga, en er svipað því efnislega að því marki sem það tekur til breytinga á gildandi lögum. Frumvarpinu er ætlað að innleiða tilskipun 2004/38/EB að fullu, en íslenska ríkið var sem fyrr segir áminnt af ESA í rökstuddu álitu sínu fyrir að hafa ekki innleitt öll ákvæði tilskipunarinnar.

Helstu breytingar fela í sér að kveðið er á um að sett verði á laggirnar sjálfstæð stjórnarsýslunefnd sem úrskurðar í kærumálum skv. 30. gr. laganna og muni hún hafa sömu valdheimildir og ráðherra hefur nú til að úrskurða í kærumálum. Úrskurðum nefndarinnar verður ekki unnt að skjóta til æðra stjórnvalds. Hins vegar eiga þær kærur sem fjalla um frávísun og brottvísun á grundvelli d-liðar 1. mgr. 41. gr. eða núverandi j-liðar 1. mgr. 18. gr. ekki undir nefndina „vegna eðlis þeirra mála sem þar eiga í hlut“ eins og segir í athugasemdum með frumvarpi.⁶⁶ Slíkar ákvarðanir yrðu því kærarlegar til ráðuneytisins, skv. 8. gr. frumvarpsins.

Öllum VI. kaflanum varðandi sérreglur um útlendinga sem falla undir EFTA og EES samninginn verður breytt nái frumvarpið fram að ganga. Ákvæðin eiga við ríkisborgara sem falla undir EES samninginn sem og aðstandendur þeirra sem fylgja þeim til landsins eða koma til þeirra. Ákvæði o-liðar 15. gr. frumvarpsins (sem yrði að d-lið 1. mgr. 41. gr. laganna rétt eins og í nágildandi lögum) fjallar um frávísun. Orðalagi er breytt úr því að frávísun sé nauðsynleg vegna öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaheilbrigðis í það að frávísun sé nauðsynleg vegna allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigðis til samræmis við tilskipun 2004/38/EB.⁶⁷ Ekki er gert ráð fyrir því í frumvarpinu að 52. gr. um sérákvæði ríkisins breytist, sem er athyglisvert í ljósi leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um túlkun á tilskipun 2004/38/EB sem og álits ESA þar sem gildissvið tilskipunarinnar er talið rýmkað um of í 1. mgr. 52. gr. Mannréttindaskrifstofa Íslands hefur í umsögn sinni um frumvarpið gagnrýnt að hugtökin frávísun og brottvísun séu ekki skilgreind. Ennfremur segir í álitu hennar:

⁶⁶ Þskj. 457, 143. lögþ. 2013-2014, bls. 28 (enn óbirt í A-deild Alþt.)

⁶⁷ Þskj. 457, 143. lögþ. 2013-2014, bls. 37 (enn óbirt í A-deild Alþt.)

Ætla má að betur færi á því að sett væru fram einhver viðmið í lögin sjálf, reglugerð eða lögskýringargögn, hvað teljist vera ógn við öryggi ríkis eða almannahagsmuni til þess að takmarka huglægt mat stjórnvalda. Í frumvarpi með lögum nr. 96/2002 er aðeins á einum stað (sjá athugasemdir um 43. gr.) fjallað lítilsháttar um hvað í hugtakinu almannahagsmunir felst en sú útlitun er langt í frá fullnægjandi, ef eitthvað gerir hún hugtakið jafnvel óljósara.⁶⁸

2.12 Reglugerð um útlendinga nr. 53/2003

Í 1. mgr. 3. gr. laga um útlendinga er ráðherra veitt heimild til að setja nánari reglur um framkvæmd laganna og heimildir og skilyrði útlendinga til að koma til landsins. Á víð og dreif um löggjöfina er heimild fyrir ráðherra til að setja nánari reglur um framkvæmd í reglugerð. Þá er almenn reglugerðarheimild í 58. gr. laga um útlendinga.

Í IX. kafli reglugerðarinnar er fjallað um frávísun og brottvísun en XII. kafli fjallar um dvöl útlendinga sem falla undir EES samninginn eða stofnsamning EFTA á Íslandi sbr. 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar en einnig undir önnur ákvæði þar sem við á.

84. gr.

Undanþágur vegna allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigðis.

Heimilt er að víkja frá ákvæðum 75.-83. gr. ef það er nauðsynlegt vegna allsherjarreglu, almannaöryggis eða almannaheilbrigðis, sbr. 87. gr.

87. gr.

Frávísun og brottvísun með skírskotun til allsherjarreglu og almannaöryggis.

Heimilt er að vísa EES- eða EFTA-útlendingi frá landi eða úr landi ef það er nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu og almannaöryggis, sbr. c-lið 1. mgr. 42. gr. og 1. mgr. 43. gr. útlendingalaga.

Frávísun eða brottvísun skv. 1. mgr. er m.a. heimil ef útlendingurinn:

- a. er háður fíkniefnum eða öðrum eiturlyfjum og hefur orðið það áður en honum er veitt fyrsta dvalarleyfi, eða
- b. er haldinn alvarlegum geðrænum truflunum eða geðrænum truflunum sem einkennast af uppnámi, óráði, ofskynjunum eða hugsanabrenslun, enda hafi slíkt ástand hans hafist áður en honum er veitt fyrsta dvalarleyfi.

Ákvörðun um frávísun eða brottvísun með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaöryggis skal eingöngu byggð á framferði hlutaðeigandi útlendinga og má því aðeins framkvæma að heimilt sé að grípa til úrræða gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður.

Við setningu nýrra laga um útlendinga árið 2002 og fyrrgreindrar reglugerðar sem sett var með stoð í lögnum, var m.a. gagnrýnt hve mikið vald væri framselt ráðherra til að fjalla um skilyrði fyrir dvöl útlendinga í landinu og brottvísunar þeirra sem og valdframsal til Útlendingastofnunar til ákvarðanatöku.⁶⁹

⁶⁸ Umsögn Mannréttindaskrifstofu Íslands um frumvarp til breytingu á lögum um útlendinga, 143. löggjafarþing 2012-2013, þingskjal nr. 457 – 249. mál. <http://www.humanrights.is>.

⁶⁹ Hilmar Magnússon: „Hælisleitendur – réttaraðstoð“, bls. 21-22.

Upptalning í dæmaskyni eins og í 2. mgr. 87. gr. gæti takmarkað gildissvið reglugerðarinnar nokkuð mikið og ekki er ljóst hvers vegna nákvæmlega þessi dæmi eru valin í dæmaskyni eða hvers vegna tekið er fram að aðeins megi framkvæma frávísun ef heimilt sé að grípa til úrræða gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður. Mögulegt er að það eigi að vísa til sjónarmiða sem komið hafa fram í dómaframkvæmd Evrópu-dómstólsins líkt og farið verður yfir í 3. kafla. Hvergi í lögskýringargögnum með neinu ákvæði varðandi ógnanir við allsherjarreglu eða almannaöryggi hafa verið talin upp slík dæmi en þeim bregður fyrir í norski löggjöf eins og lesa má um í næsta kafla.

2.13 Norsk löggjöf um útlendinga

Ný heildarlög um útlendinga voru sett í Noregi árið 2008, en þau tóku gildi 1. janúar 2010. Gerður er samskonar greinarmunur á frávísun (n. *bortvisning*) og brottvísun (n. *utvisning*) í norsku lögunum og þeim íslensku,⁷⁰ en íslensk löggjöf um útlendinga byggir að miklu leyti á þeirri norsku.

Í d-lið 10. gr. laganna er varða Schengen reglur segir að sá sem óskar eftir að fá að koma inn í landið í þrjá mánuði eða skemur á sex mánaða tímabili er það leyfilegt ef þau skilyrði eru uppfyllt að útlendingurinn ógni ekki allsherjarreglu, þjóðaröryggi, almannaheilbrigði, eða alþjóðasamskiptum Noregs eða annars Schengen ríkis og ekki liggi fyrir gögn í gagnagrunnum aðildarríkja um að synja skuli viðkomandi um vegabréfsáritun á þeim grundvelli.⁷¹ Til viðbótar við mat Noregs er öðrum Schengen aðildarríkjum heimilt að meta skilyrði þessara innlendu aðstæðna fyrir frávísun.⁷²

Ákvæði 14. gr. kveður á um að ekki megi setja upp landamæravörslu til bráðabirgða innan Schengen svæðisins nema fyrir liggi alvarleg ógnun við allsherjarreglu eða þjóðaröryggi og er þetta ákvæði í samræmi við 1. mgr. 23. gr. reglugerðar ESB 2006/526/EB rétt eins og íslenska reglugerðin um för yfir landamæri nr. 1212/2007.⁷³

Í l-lið 1. mgr. 17. gr. laganna er kveðið á um frávísun útlendinga ef slíkt er talið nauðsynlegt á grundvelli almannaöryggis, lýðheilsu, allsherjarreglu eða alþjóðasamskipta ríkisins eða annars Schengen ríkis. Staflíðurinn er nokkuð áþekkur j-lið 1. mgr. 18. gr.

⁷⁰ „Utvisning og bortvisning fra Norge“, <http://www.regjeringen.no/>.

⁷¹ d-liður 10. gr. hljóðar svo á norsku:

En søker har rett til visum for besøk inntil tre måneder i løpet av en periode på seks måneder når følgende vilkår er oppfylt:

d) utlendingen anses ikke som en trussel for Norges eller andre Schengenlands offentlige orden, indre sikkerhet, folkehelse eller deres internasjonale forbindelser, særlig hvis det ikke foreligger noen melding i medlemsstatenes nasjonale dataregistre med henblikk på nekting av innreise på samme grunnlag.

⁷² Vigdis Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 72.

⁷³ Vigdis Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 83-84.

Íslenskra laga um útlendinga þar sem kveðið er á um frávísun á grundvelli allsherjarreglu, þjóðaröryggis eða alþjóðasamskipta ríkisins eða annars Schengen ríkis. Í íslensku lagagreininni er lýðheilsu sleppt, en kveðið er á um almannaeilbrigði (sem á að vera sambærilegt hugtak við lýðheilsu) í d-lið 1. mgr. 41. gr. um sérreglur vegna EES borgara. Aðeins norska Útlendingastofnunin (n. *Utlendingsdirektoratet*) hefur vald til að vísa einstaklingum frá á grundvelli l-liðar 1. mgr. 17. gr. sbr. c-lið 1. mgr. 18. gr.

Ákvæði 121. gr. laganna fjallar um frávísun og er í 13. kafla um sérréttindi EES borgara. Þar segir í c-lið að EES borgurum og fjölskyldumeðlimum þeirra megi vísa frá þegar fyrir liggja ástæður sem valdið geta brottvísun sbr. 122. gr. og 123. gr.⁷⁴ Sú fyrri fjallar um brottvísanir með tilliti til allsherjarreglu eða almannaeilbriggis, en 123. gr. fjallar um brottvísun með tilliti til lýðheilsu. Í 29. gr. tilskipunar 2004/38/EB er fjallað um almannaeilbrigði sem og í 41. gr. laga um útlendinga en þar er ekki sérstök lagagrein tekin undir þær frávísunar- eða brottvísunarástæður. Ljóst er að íslenskar lagagreinar endurspegla ekki þær norsku fullkomlega, en ef allar lagagreinar er varða frávísun eru skoðaðar kemur hið sama efnislega fram.

Reglugerð *FOR-2009-10-15-1286* (n. *forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)*) dregur saman þær reglur sem fram koma í norsku lögunum, tilskipun 2004/38/EB og virðast taka mið af framkvæmd og skýringum Evrópu-dómstólsins á túlkun á fyrrnefndri tilskipun sem og forverum hennar. Þar koma einnig fram dæmin sem tekin voru upp í reglugerð nr. 53/2003 um útlendinga um andleg veikindi og fíkniefnaneyslu.

⁷⁴ 121. gr.

Bortvísning

EØS-borgere og deres familiemedlemmer kan bortvises når

c) det foreligger forhold som gir grunnlag for utvisning.

122. gr.

Utvisning av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet.

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.

123. gr.

En utlending med oppholdsrett etter § 111 kan utvises når det er nødvendig av hensyn til folkehelsen og myndighetene har iverksatt beskyttelsestiltak i forhold til egne borgere.

2.14 Stutt samantekt

Af yfirliti yfir réttarheimildir sem varða málefni útlendinga að dæma er ljóst að ákvæði varðandi takmarkanir á komu og dvöl útlendinga á grundvelli allsherjarreglu og/eða öryggis ríkisins eru viðteknar, jafnt í alþjóðasamningum eins og EES og MSE sem og í löggjöf Íslands og Noregs. Hvergi virðist farið mikið nánar í saumana á því hvað í öryggi ríkisins eða allsherjarreglu felst, hvorki í lagagreinum né lögskýringargögnum. Þannig er framkvæmda- valdinu veittar heimildir til að meta hvenær þessar undantekningarreglur eru viðhafðar og hvað nákvæmlega felst í hugtakanotkuninni. Það er rannsóknarefni næstu kafla að kafa í hugtökin og framkvæmd á frávísunum á grundvelli almannaöryggis, öryggis ríkisins og/eða allsherjarreglu og hvernig slíkt mat fer fram.

3 Túlkun Evrópudómstólsins á tilskipunum um frjálsa för

3.1 Aðfararorð

Nokkur mál Evrópudómstólsins skipta máli við túlkun á tilskipun 2004/38/EB (eða forverum hennar, einkum tilskipun 64/221/EBE). Þar hafa mótast nokkrar meginreglur um skýringu á allsherjarreglu og almannaöryggi og túlkun á skilyrðum fyrir takmörkun á réttindum fólks á þeim grundvelli. Flest málin varða synjun á atvinnuleyfi í öðru ríki vegna ástæðna sem taldar eru stríða gegn allsherjarreglu og öryggi ríkisins. Þau varða þannig ekki frávisun útlendinga við landamæri við komuna til lands eins og helst hefur á reynt á Íslandi. Málin veita þó haldgóðar vísendingar um hvað Evrópudómstóllinn telur nægilegt til að ógna allsherjarreglu og almannaöryggi ríkja. Málin verða reifuð stuttlega í tímaröð.

3.2 Helstu mál

1) Van Duyn málið

Í máli Van Duyn *EBD mál C-41/74, ECR 1974, bls. 1337* var hollenskum ríkisborgara meinað að koma til Bretlands til að vinna sem ritari fyrir Vísindakirkjuna, en bresk yfirvöld höfðu litið svo á að starfsemi kirkjunnar færi gegn allsherjarreglu (e. *public policy*). Yfirvöld bönnuðu ekki aðild að söfnuðinum, þar sem engar lagaheimildir voru fyrir slíku, en athafnir kirkjunnar voru taldar skaðlegar samfélaginu (e. *socially harmful*). Van Duyn mótmælti á grundvelli frjálsrar farar fólks og benti á 3. gr. tilskipunar 64/221/EBE (forvera tilskipunar 2004/38/EB) sem sagði að aðgerðir teknar á grundvelli almannahagsmuna skyldu einvörðungu byggðar á háttsemi þess er aðgerðin beindist að.

Breskir dómstólar óskuðu forúrskurðar hjá Evrópudómstólnum og spurðu hvort 48. gr. Rómarsáttmálans, varðandi frjálsa för fólks, hefði bein lagaáhrif þannig að einstaklingar aðildarríkja gætu byggt rétt sinn á sáttmálanum fyrir dómstólum aðildarríkja, sem og hvort tilskipun 64/221 hefði bein lagaáhrif sem veittu einstaklingum réttindi fyrir sömu dómstólum. Evrópudómstóllinn staðfesti að einstaklingar gætu byggt rétt sinn á bæði sáttmálanum og tilskipuninni fyrir dómstólum aðildarríkja.

Þriðja spurningin fjallaði um hvort Bretland hefði brotið gegn ákvæðum tilskipunarinnar með því að meina Van Duyn að koma til landsins á grundvelli þess að hún ógnaði allsherjarreglu með því að vera viðriðin samtök sem ríkið teldi ógna allsherjarreglu, almannaöryggi eða almanniheilsu en væru ekki talin ólögleg og hvort slíkar hindranir þyrftu ekki líka að eiga við um ríkisborgara annarra aðildarríkja. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að

taka mætti tillit til, sem lið í heildarmati á framferði einstaklings og ógn hans við allsherjarreglu, aðildar einstaklings að félagi eða samtökum sem stjórnvöld hefðu talið skaðleg jafnvel þótt þau væru ekki talin ólögleg. Dómstóllinn taldi að fyrrum aðild að félagi gæti ekki ein og sér verið grundvöllur takmarkana á réttindum viðkomandi en núverandi aðild að félagi væri þáttur í persónulegu framferði einstaklings þar sem viðkomandi samsamaði sig markmiðum og tilgangi félagsins. Dómstóllinn staðfesti einnig að það væri breytilegt frá einu aðildarríki til annars hvað teldist nauðsynlegt á hverjum tíma.

Þá taldi dómstóllinn að reglur um félagsaðild og frávísun á grundvelli hennar ættu við þótt ekki væri hægt að beita sömu reglu gegn ríkisborgurum viðkomandi ríkis, enda væri það meginregla alþjóðlegs réttar að aðildarríki gætu ekki meinað ríkisborgurum sínum um landvist. Sú niðurstaða var umdeild og fer gegn markmiðum ESB um einsleitni, enda komst dómstóllinn að gagnstæðri niðurstöðu í sameinuðum málum Adoui og Cornuaille, *EBD C-115/81, ECR 1981, bls. 1665* og *EBD, C-116/81, ECR 1982, bls. 1665* sbr. hér á eftir.

Van Duyn málið er grundvallarmál í túlkun á tilskipun 64/221/EBE sem hægt er að heimfæra á tilskipun 2004/38/EB. Það mikilvægasta sem staðfest var er að þátttaka í samtökum sem talin eru skaðleg samfélaginu af stjórnvöldum en hafa ekki verið lýst ólögleg getur verið talin ógnun við allsherjarreglu sem og að hvert og eitt aðildarríki hefur nokkuð svigrúm til að meta hvað telst ógnun við allsherjarreglu og að slíkt getur verið breytilegt milli aðildarríkja sem og á mismunandi tímum.

2) *Bonsignore* málið

Í *EBD, máli C-67/74, ECR 1975, bls. 297* var staðfest að almenn varnaðarsjónarmið nægja ekki til að teljast ógnun við allsherjarreglu eða almannaoýggi heldur verður að byggja slíka ákvörðun eingöngu á framferði einstaklings. Þannig mátti ekki vísa ítölskum ríkisborgara frá Pýskalandi vegna brota á skotvopnalögum og fyrir morð af gáleysi þegar hann skaut bróður sinn eftir óvarlega meðhöndlun skotvopns, þar sem talið var að það væri einungis gert til að vera öðrum víti til varnaðar en varðaði ekki allsherjarreglu eða almannaoýggi.

3) *Rutili* málið

Í *EBD, máli C-36/75, ECR 1975, bls. 1219* var *Rutili*, ítölskum ríkisborgara sem bjó í Frakklandi og átti fjölskyldu þar bannað að fara til sumra sýslna (f. *départements*) í Frakklandi (m.a. þeirrar sem hann bjó í með fjölskyldu sinni) vegna tengsla sinna við ákveðnar stjórn málahreyfingar og verkalýðsfélög á árunum 1967 og 1968, á þeim grundvelli

að það ógnaði allsherjarreglu og var ferðafrelsi hans því takmarkað. Ekki var hægt að taka til slíkra úrræða gagnvart frönskum ríkisborgurum á sama grunni.

Þeirri spurningu var beint til Evrópudómstólsins hvað fælist í orðunum „*limitation justified*“ eða réttlætanlegar takmarkanir, (e. „*subject to limitations justified on grounds of public policy*“). Dómurinn svaraði því til að hverju og einu ríki væri í sjálfsvald sett að meta hvenær þyrfti að takmarka réttindi á grundvelli allsherjarreglu, en að slíkar undantekningar á grundvallarréttindum þyrfti að túlka þröngt og að hvert og eitt aðildarríki gæti ekki ákveðið umfangið án þess að stofnanir Evrópusambandsins gætu endurskoðað þær ákvarðanir. Slíkar takmarkanir mættu aðeins byggja á framferði viðkomandi einstaklingsins en ekki vera byggðar á almennum varnaðarsjónarmiðum, sem og að raunveruleg og nægjanlega alvarleg ógn þyrfti að vera til staðar. Þá vísaði dómstóllinn til réttinda í 8. gr., 9. gr., 10. gr., og 11. gr. MSE sem og 2. gr. 4. viðauka við MSE um ferðafrelsi og að ekki væri hægt að takmarka það við ákveðnar sýslur, heldur ef að takmarka ætti ferðafrelsið þá þyrfti það að ná til alls ríkisins og að aðildarríki gæti ekki sett slíkar takmarkanir á ferðafrelsi nema það gæti einnig átt við um ríkisborgara þess ríkis.

4) *Jean Noël Royer málið*

EBD, mál C-48/75, ECR 1976, bls. 497 er um franskan ríkisborgara sem var ákærður og dæmdur fyrir vopnuð rán í Frakklandi. Eftir dómsuppkvaðningu fór hann til Belgíu þar sem hann var síðar handtekinn og átti að vísa honum úr landi (e. *deport*) þar sem framferði hans ógnaði allsherjarreglu (þ.e. það að hafa áður hlotið refsidóm í Frakklandi). Einnig uppfyllti hann ekki formskilyrði fyrir því að vera í landinu, þ.e. hann hafði ekki skráð sig hjá þjóðskrá. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að skortur á formsatriðum væri ekki nægjanlega alvarlegur til að teljast ógn við allsherjarreglu. Einnig var ítrekað að meta þyrfti hvert og eitt tilvik fyrir sig en ekki væri hægt að setja almennar reglur um hvað teldist ógnun við allsherjarreglu eða almannaoöryggi.

5) *Watson & Belmann málið*

Sambærileg niðurstaða fékkst í *Watson & Belmann* málinu, *EBD, mál C-118/75, ECR 1976, bls. 1185* og í fyrrnefndu *Jean Noël Royer* máli, þar sem ítölsk stjórnvöld ákærðu breska konu fyrir að hafa ekki greint yfirvöldum frá dvalarstað sínum á Ítalíu innan þriggja daga frá því hún kom til landsins. Dómurinn taldi að slík skilyrði um tilkynningu væru lögleg, en að ekki væri hægt að vísa fólki úr eða frá landi vegna brota á slíkum formreglum. Slíkar reglur þyrftu að vera sanngjarnar, í samræmi við alvarleika brots og gætu ekki heft frjálsa för fólks.

6) *Bouchereau málið*

EBD, mál C-30/77, ECR 1977, bls. 1999 varðaði franskan ríkisborgara sem vann í Bretlandi og hafði tvisvar verið sakfelldur fyrir ólöglega vörslu fíkniefna. Af þeim sökum átti að vísa honum úr landi. Í 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 64/221/EBE kom fram að fyrri sakfellingar gætu ekki einar og sér skapað grundvöll til að takmarka frjálsa för vegna ógnunar við allsherjarreglu. Enn var staðfest af dómstólnum að það væri dómstóla hvers ríkis að meta hvort yfirvofandi ógn væri til staðar og hvað fælist í allsherjarreglu, einu skilyrðin væru að það væri túlkað þröngt en að það væri ekki á færi stofnana Evrópusambandsins að ákveða það.

7) *Adoui og Cornuaille málið*

Sameinuð mál *EBD C-115/81, ECR 1981, bls. 1665* og *EBD, C-116/81, ECR 1982, bls. 1665* varða franskar vændiskonur sem vildu starfa í Belgíu en var synjað um dvalarleyfi á grundvelli þess að þær væru ógnun við allsherjarreglu. Vændi var ekki bannað í Belgíu. Taldi dómstóllinn að ekki væri hægt að mismuna ríkisborgurum Belgíu annars vegar og annarra landa hins vegar með því að neita þeim um dvalarleyfi á þeim grundvelli að þær væru vændiskonur og að engin raunveruleg eða yfirvofandi ógnun væri til staðar þegar ríkisborgurum sumra aðildarríkja væri leyfð háttsemin.

Niðurstaðan í þessu máli er í raun í mótsögn við niðurstöðuna í máli *Van Duyn* þar sem sagði að frávísun annarra ríkisborgara en ríkisins væri í lagi þar sem það væri meginregla alþjóðaréttar að aðildarríki gætu ekki meinað ríkisborgurum sínum um landvist (sbr. t.d. 1. mgr. 66. gr. stjórnarskrár Íslands). Þannig gátu ríkisborgarar heimaríkisins verið aðilar að samtökum, eða hefðu t.d. getað stundað vændi líkt og í þessu máli, án áhrifa en það ætti ekki við um ríkisborgara annarra landa skv. *Van Duyn*. Þeirri niðurstöðu var snúið við í þessum málum, þ.e. eitt verður að ganga yfir alla ríkisborgara, bæði heimaríkis sem og annarra aðildarríkja.

8) *Mál Jany o.fl.*

EBD, mál C-268/99, ECR 2001, bls. I-8615 varðaði dvalarleyfi vændiskvenna frá Póllandi og Tékklandi til að starfa sjálfstætt sem slíkar í Hollandi, en samkvæmt þarlendum lögum er vændi lögleg starfsemi. Í dómnum var m.a. aftur staðfest að þrátt fyrir að aðildarríki eigi að fara að ákvæðum sáttmálans þá mega þau víkja frá ákvæðunum á grundvelli allsherjarreglu og að bandalagslögin (e. *community law*) ákvörðuðu ekki ákveðin eða samræmd skilyrði eða viðmið hvað varðar ógnun eða brot á allsherjarreglu.

Dómstóllinn skar úr um að þrátt fyrir að ríkjum sé í sjálfsvald sett að meta hvað teljist nægileg ógnun við allsherjarreglu og hvort einstaklingum sé neitað um dvalarleyfi eða vísað frá ríki, þá getur það ekki verið mismunandi mat hvað varðar ríkisborgara annarra aðildarríkja en þess sjálfs. Þannig var staðfest að raunveruleg og nægilega alvarleg ógnun sem varðar grunnstoðir samfélagsins þurfi að vera til staðar sbr. fordæmi dómstólsins m.a. í sameinuðum málum *Adoui og Cornuaille*. Framferði sem aðildarríki samþykkir af hendi síns eigin ríkisborgara getur ekki verið talin raunveruleg og nægilega alvarleg ógn við allsherjarreglu.

9) Mál *Olazabal*

Mál *EBD, mál C-100/01, ECR 2002, bls. I-10981* varðaði spænskan ríkisborgara af baskneskum uppruna, *Olazabal*, sem fór til Frakklands árið 1986 og óskaði hælís sem honum var neitað um. Árið 1988 var hann stöðvaður og yfirheyrður í Frakklandi í tengslum við málshöfðun vegna mannráns í Bilbao á Spáni sem Aðskilnaðarhreyfing Baska (ETA) lýsti á hendur sér. Hann var dæmdur í fangelsi fyrir samsæri til að trufla allsherjarreglu (*ordre public*) með hótunum eða hryðjuverkum.

Ferðafrelsi hans var takmarkað mikið innan Frakklands samkvæmt ákvörðun innanríkisráðherra vegna tengsla hans við Aðskilnaðarhreyfinguna og síðar var honum bannað að yfirgefa sýsluna *Hauts-de-Seine* án þess að fá til þess leyfi. Kærandi kærði þá úrskurði og komust neðri dómstólar í Frakklandi að þeirri niðurstöðu að bannað væri að takmarka ferðafrelsi hans svo, m.a. á grundvelli niðurstöðu Evrópudómstólsins í máli *Rutili*. Innanríkisráðherra áfrýjaði þeirri niðurstöðu til Ríkisráðsins (f. *Conseil d'État*) sem er æðsti stjórnarsýsludómstóll í Frakklandi. Hann komst að þeirri niðurstöðu að það að takmarka ferðafrelsi væri léttvægari aðgerð en að vísa einhverjum á brott og væri því réttlætunleg.

Evrópudómstóllinn bar mál *Rutili* saman við mál kæranda, þar sem kærandi hafði verið dæmdur í fangelsi en *Rutili* ekki. Þá benti dómstóllinn á að í máli *Rutili* höfðu dómstólar efasemdir um að tengsl hans við stéttarfélag ógnuðu allsherjarreglu. Í máli kæranda væri honum bannað að vera á landsvæðinu vegna allsherjarreglu.

Niðurstaða dómstólsins var að hvorki Evrópulöggjöfin né innlend löggjöf fyrirbyggja að aðildarríki setji ríkisborgunum annarra aðildarríkja takmarkanir ef slíkt er byggt á réttmætum grundvelli allsherjarreglu og m.a. framferði einstaklingsins. Þannig mátti takmarka ferðafrelsi kæranda. Niðurstöðu í máli *Rutili* var því í raun snúið við. Takmörkun á ferðafrelsi innan ríkis er vægara úrræði en frávísun frá landinu og getur því verið réttlætunlegt.

10) *Jipa málið*

EBD, mál C-33/07, ECR 2007, bls. I-05157 fjallaði um rúmenskan ríkisborgara sem fór til Belgíu þar sem hann átti að hafa dvalið ólöglega og var því sendur aftur til baka. Þetta mál greinir sig frá fyrri málum að því leyti að það er dæmt eftir að tilskipun 2004/38/EB tók gildi. Rúmenski dómstóllinn beindi þeirri spurningu til Evrópudómstólsins hvort 18. gr. ESB-samningsins og 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB útilokuðu að þarlend löggjöf sem setti takmarkanir á för ríkisborgara sinna til annarra landa gilti.

Evrópudómstóllinn lagði áherslu á að þar sem *Jipa* væri rúmenskur ríkisborgari í aðildarríki ESB hefði hann rétt á að fara til annarra aðildarríkja. Markmiðið með frjálsri för fólks væri merkingarlaust ef slík réttindi væru takmörkuð. Aðeins mætti takmarka þann rétt vegna ógnana við allsherjarreglu, almannaoýruggi eða lýðheilsu og þrátt fyrir að aðildarríki hefðu nokkuð frjálsar hendur til að meta hvað teldust vera slíkar ógnanir þá þyrfti samt að túlka þær þröngt. Þær yrðu að vera teknar á grundvelli framferðis einstaklingsins og háttsemi viðkomandi yrði að teljast raunveruleg, yfirvofandi og nægjanlega alvarleg ógn við allsherjarreglu og almannaoýruggi og almenn varnaðarsjónarmið gætu ekki komið til, eins og dómaframkvæmd hafði áður staðfest.

Í þessu máli virtist ekki vera nægjanleg ógn til staðar af gögnum málsins, þótt lokaákvörðun um slíkt sé ávallt á hendi dómstóla ríkjanna eftir efnislega athugun. Þannig var niðurstaða dómstólsins einnig að innlend löggjöf mætti setja takmarkanir á för ríkisborgara, en aðeins á grundvelli ógnar við grundvallarhagsmuni samfélagsins.

11) *Mál Hristo Byankov*

Í *EBD, mál C-249/11, 2012, enn óbirt* var búlgarska ríkisborgaranum *Byankov* bannað að yfirgefa Búlgaríu og fékk ekki gefið út vegabréf vegna útistandandi skuldar við félag þar í landi. Engin önnur leið var fyrir *Byankov* til að fara frá Búlgaríu en að greiða skuldina. Þremur árum síðar óskaði *Byankov* eftir að yfirgefa ríkið og byggði rétt sinn m.a. á frjálsri för ESB, 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB og niðurstöðu dómsins í máli *Jipa* sem áður er reifað.

Niðurstaða dómstólsins var að innlend lög sem leyfðu að ferðafrelsi hans væri skert á slíkum grunni væru andstæð Evrópulöggjöf, og stæðust t.a.m. ekki kröfur 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB þar sem ekki má beita ákvæðinu í efnahagslegum tilgangi sem var raunin í þessu tilfelli.

12) Mál ZZ

Í EBD, mál C-300/11, 2013, enn óbirt voru málsatvik þau að tvöföldum ríkisborgara, frönskum og alsírskum, var vísað á brott frá Bretlandi árið 2005 þar sem hann hafði dvalist löglega síðan árið 1990 og var giftur breskri konu og átti með henni átta börn. Kærandi hafði farið til Alsír en á meðan var búsetuleyfi hans afturkallað á grundvelli þess að vera hans færi gegn almannaheill (e. *his presence was not conducive to the public good*, 23. efnisgrein dómsins). Árið 2006 ætlaði hann aftur til Bretlands en var neitað um inngöngu á grundvelli almannaöryggis og hann færður til Alsír. Kærandi áfrýjaði ákvörðuninni, en úrskurðarnefnd um málefni innflytjenda (úrskurðarnefndin, e. *SIAC, Special Immigration Appeals Commission*) vísaði málinu frá því ákvörðunin væri réttlæt看leg á mikilvægum grundvelli almannaöryggis. Fyrir úrskurðarnefndinni naut hann aðstoðar lögmanna (e. *special advisors, barrister and solicitor*) sem og sérstaks lögmanns (e. *special advocat*) í samræmi við lög um úrskurðarnefndina. Við málsmeðferðina voru gögn sem yfirvöld höfðu byggt á afturköllun dvalarleyfis kæranda sýnd sérstökum lögmanni hans en ekki honum sjálfum og lögmönnum hans. Sérstaki lögmaðurinn mátti ekki ræða við kæranda né lögmenn hans nema undir eftirliti úrskurðarnefndarinnar.

Úrskurðarnefndin komst að bæði „opinni“ og „lokaðri“ niðurstöðu (e. *open and closed judgements*), sú lokaða var aðeins birt utanríkisráðherra og þessum sérstaka lögmanni kæranda. Af opnu niðurstöðunni að ráða töldu yfirvöld að kærandi hefði verið viðriðinn Hóp herskárra íslamista (e. *Armed Islamic Group*) og hryðjuverk framin árin 1995 og 1996. Úrskurðarnefndin lauk opnu niðurstöðunni sem svo að á grundvelli ástæðna sem útskýrðar væru í lokuðu niðurstöðunni væri ljóst að kærandi væri talinn nægjanlega alvarleg ógn við almannaöryggi sem vægju þyngra en friðhelgi einkalífs og fjölskyldu hans.

Kærandi áfrýjaði þeirri niðurstöðu til áfrýjunardómstóls sem taldi af lestri beggja niðurstaðna úrskurðarnefndarinnar að rétt hefði verið að vísa kæranda frá á grundvelli þess sem þar kom fram, en dómstóllinn var ekki viss um hvort réttmætt hefði verið að úrskurðarnefndin birti kæranda ekki á hvaða grundvelli honum var vísað frá og leitaði því til Evrópu dómstólsins um hvort nauðsynlegt væri að veita upplýsingar um ástæður að baki því að einstaklingum er vísað frá á grundvelli almannaöryggis.

Evrópu dómstóllinn svaraði því til að þeim sem vísað væri frá þyrfti að vera ljóst á grundvelli hvaða ástæðna hann væri talinn ógn við allsherjarreglu eða almannaöryggi, nema slíkt væri talið andstætt öryggi ríkisins sbr. 2. mgr. 30. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Almennt má ekki víkja frá málsmeðferðarreglum þótt um frávísun á grundvelli öryggis ríkisins sé að ræða. Til þess að aðilar geti nýtt sér rétt sinn að fullu þurfa þeir þannig að vita um ástæður

þess að þeir séu taldir ógnun við allsherjarreglu eða öryggi ríkisins, og aðeins má víkja frá þeim rétti í undantekningartilvikum sem túlkuð eiga að vera þröngt.

Ef slíkt undantekningartilvik er uppi, að aðili eigi ekki að fá að kynna sér öll gögn málsins þá sagði Evrópudómstóllinn að aðildarríki þurfi að tryggja að landsdómstólar hugi að öllum málsmeðferðarreglum og að dómstólar hafi endurskoðunarvald til að meta bæði ákvörðun um frávísun og röksemdirnar að baki því að öryggi ríkisins sé ógnað sem og röksemdirnar að baki því að viðkomandi fái ekki aðgang að þeim upplýsingum. Þar til bær yfirvöld verða að sanna að öryggi ríkisins sé í raun og veru stefnt í hættu ef einstaklingi verði veittar þær upplýsingar sem frávísunarákvörðun byggir á. Dómstólar þurfi svo að geta kannað sjálfstætt allar sannanir og grundvöll fyrir ákvörðuninni og geta staðfest hvort ástæður tengdar öryggi ríkisins standi í vegi fyrir því að aðila sé veittur aðgangur að gögnunum.

Ef dómstóll kemst að þeirri niðurstöðu að öryggi ríkisins standi ekki í vegi fyrir því að aðila séu birt gögn fyrir ákvörðuninni, þá gefur það þar til bærum yfirvöldum tækifæri til að útvega þau gögn og sýna viðkomandi, þ.e. bæta úr vanköntum á ákvörðun. Ef yfirvaldið heimilar ekki birtinguna þrátt fyrir niðurstöðu dómstólsins, þá getur dómstóllinn kannað lögmæti ákvörðunarinnar eingöngu á þeim gögnum sem hafa verið birt.

Ef hins vegar dómstóllinn kemst að þeirri niðurstöðu að öryggi ríkisins stendur í vegi fyrir því að gögn séu birt þá þarf málsmeðferð að vera í jafnvægi hvað varðar hagsmuni ríkisins og hagsmuni viðkomandi, þannig að takmörkun á málsmeðferðarreglum hans séu takmarkaðar við það sem er bráðnauðsynlegt. Tryggja verður að viðkomandi geti haldið uppi málsvörn og hann verður að fá að vita meginástæðu eða kjarna (e. *essence*) þess að hann teljist ógna öryggi ríkisins.

3.3. Ályktanir af framkvæmd Evrópudómstólsins

Af öllu framangreindu má sjá að Evrópudómstóllinn hefur verið nokkuð samkvæmur sjálfum sér í niðurstöðum sínum, ef frá er talið þegar hann breytti fordæmi sínu sem markað hafði verið í máli *Van Duyn* um að ekki þyrfti það sama að ganga yfir ríkisborgara heimaríkis og ríkisborgara annarra aðildarríkja varðandi takmarkanir, en nú er það svo að „athæfi sem aðildarríki leyfa eigin ríkisborgurum geta ekki talist raunveruleg ógn við allsherjarreglu“ samkvæmt t.d. 61. mgr. Evrópudómstólsins í máli *Jany o.fl.* frá 2001.

Í raun eru ákvæði 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB (og forvera hennar, tilskipunar 64/221/EBE) aðeins skerpt í dómaframkvæmdinni, þar sem ógn við allsherjarreglu eða almannaöryggi þarf að vera raunveruleg, yfirvofandi og nægjanlega alvarleg, byggjast aðeins

á persónulegu framferði einstaklings (en ekki t.d. setja almennar varnaðarreglur) og ekki vera í efnahagslegum tilgangi.

Þá er mál *Olazebal* merkilegt þar sem þar er fordæmi úr máli *Rutili* snúið við, þ.e. takmarka má ferðafrelsi innan lands þar sem það er talið vera vægara úrræði en frávísun. Hins vegar kemur á mótí að ef mat sem leyfir að ferðafrelsi sé takmarkað er túlkað of vítt þá eru réttindi ríkisborgara takmörkuð sem þau væru annars ekki, þ.e. ef skilyrðum um frávísun væri ekki fullnægt.

Mál ZZ er einnig athyglisvert en þar hefur Evrópudómstóllinn staðfest að halda megi ástæðum og gögnum fyrir því að einstakling sé vísað á brott frá viðkomandi, á þeim á grundvelli að öryggi ríkisins sé verndað. Hins vegar sé það landsdómstóla að meta hvort það sé réttmætt og tryggja að málsmeðferðarreglum sé fylgt eftir fremsta megni. Þannig komi endurskoðunarvald dómstóla til. Einnig þarf sá sem vísa á brott ávallt að fá að vita meginástæður þess.

4 Brottvísun á grundvelli allsherjarreglu eða þjóðaröryggis í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu

4.1 Samspil dómstóla

Samspil dómstóla milli landa sem og alþjóðlegra dómstóla eins og Evrópudómstólsins og Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) getur verið afar flókið þegar leitast er við að skilgreina hugtök eins og allsherjarreglu eða þjóðaröryggi, en ekki er sjálfgefið að sama merking sé lögð í hugtök þeirra á milli. Í tilviki ESB er stefnt að einsleitni um skýringu reglna á sviði Evrópuréttar, þótt hvert og eitt ríki hafi sína löggjöf og dómstóla. Sambandið á milli reglna á sviði Evrópuréttar og MSE er ekki fyllilega skýrt og bent hefur verið á að það hafi áhrif á þróun hugtaksins „ordre public“, þ.e. að óljóst sé hvort grundvallarréttindi séu hluti af hugtakinu eða hvort í því felist að takmarka megi grundvallarréttindi sem annars eru veitt ríkisborgurum t.d. vegna ósamræmis í hugtakanotkun í niðurstöðum Evrópudómstólsins, MDE sem og niðurstaðna landsdómstóla.⁷⁵

Hér á eftir verða tekin nokkur dæmi úr dómaframkvæmd MDE, sem varða brottvísun útlendinga en ekki frávísun þar sem engir dómur varðandi frávísun fundust við leit. Brottvísun er afdrifaríkara úrræði vegna endurkomubannsins sem því fylgir að jafnaði, en ályktanir af því hvernig MDE beitir ákvæðum MSE í málum um brottvísun geta haft þýðingu fyrir mat á því hvenær skilyrði fyrir frávísun eru uppfyllt. Einnig fjalla flest málin um þjóðaröryggi eða almannaöryggi en ekki allsherjarreglu. Um muninn á hugtökunum og hvort máli skipti hvert þeirra sé notað vísast til 8. kafla

4.2 Helstu mál um brottvísun útlendinga á grundvelli allsherjarreglu eða þjóðaröryggis

1) *Moustaquim gegn Belgíu*

Í MDE, *Moustaquim gegn Belgíu*, 18. febrúar 1991 (12313/86) var marokkóska ríkisborgaranum M, sem búsettur var í Belgíu, vísað brott. Hann hafði verið búsettur þar frá eins árs aldri og öll fjölskylda hans bjó þar. Við átján ára aldur hafði unglíngadómstóll í Belgíu fjallað um alls 147 ákærur gegn honum vegna bæði vopnaðra og óvopnaðra rána. Á milli sautján og átján ára aldurs átti hann 26 óafgreidd sakamál hjá dómstólum og var hann dæmdur til fangelsisvistar. Dómsmálaráðuneyti Belgíu vísaði máli kæranda til nefndar um málefni útlendinga (e. *Advisory Board on Aliens*) sem gaf það álit að það væri heimilt samkvæmt lögum að vísa honum á brott, en að það væri óviðeigandi m.a. vegna þess hve lengi hann

⁷⁵ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, bls. 20.

hefði dvalið í Belgíu og að öll fjölskylda hans væri búsett þar. Dómsmálaráðuneytið vísaði honum engu að síður á brott með endurkomubanni til tíu ára á grundvelli þeirra fjölmörgu brota sem hann hafði framið sem væru m.a. ógn við allsherjarreglu og slíkt vægi þyngra en tengsl hans við fjölskyldu sína sem og önnur félagsleg tengsl. Sex árum eftir brottvísunina fékk hann leyfi til að koma aftur til Belgíu sem hann og gerði m.a. með því skilyrði að hann bryti ekki eða ógnaði allsherjarreglu og almannaoöryggi.

Dómurinn taldi að brotið hefði verið á kæranda og 8. gr. MSE varðandi rétt til friðhelgi einkalífs og fjölskyldu með því að vísa honum á brott þegar hann hafði m.a. verið búsettur svo lengi í Belgíu.

Kærandi taldi einnig að brotið hefði verið gegn 14. gr. MSE um bann við mismunun, þar sem hvorki væri hægt að vísa belgískum ríkisborgurum brott né ríkisborgurum aðildarríkja ESB vegna sakfellinga fyrir glæpi. Dómstóllinn taldi ekki að um mismunun væri að ræða þar sem belgískir ríkisborgar ættu rétt á að vera í sínu eigin landi og gæti ekki verið vísað frá, sem og að réttlæt看legt væri að ríkisborgarar ESB nytu þeirra réttinda þar sem sérstakt lagakerfi Evrópusambandsins lyti að þeim og veitti þeim þar með betri, en réttlæt看legan og hlutlægan rétt. Þannig taldist það ekki ólöglegt mismunun þótt hann fengi aðra meðferð af þeirri ástæðu að hann var marokkóskur ríkisborgari.

2) *Mál C.G. og fl. gegn Búlgaríu*

Í *MDE C.G. og fleiri gegn Búlgaríu*, 24. apríl 2008 (1365/07) hafði tyrkneskur ríkisborgari sest árið 1992 að í Búlgaríu, gifst þarlendri konu og eignast með henni dóttur, en þau eru öll aðilar að málinu. Í júní 2005 var honum vísað á brott og bannað að koma aftur í tíu ár á grundvelli þess að hann ógnaði þjóðaröryggi, en enginn röksemdafærsla fylgdi þeirri ákvörðun. Tekið var fram að hægt væri að kæra ákvörðunina til innanríkisráðuneytisins, en að hún væri ekki háð endurskoðun dómstóla. Einnig átti ákvörðunin að taka gildi strax og var hann fluttur til Tyrklands morguninn eftir, án þess að hafa fengið að hafa samband við fjölskyldu sína eða lögfræðing. Þegar hann svo kærði niðurstöðuna til innanríkisráðuneytisins eftir að hann var kominn til Tyrklands var kærinni vísað frá, með þeim rökum að rétt yfirvald hefði tekið ákvörðunina um brottvísun í máli hans og væri í samræmi við formreglur og markmið laganna og uppfyllti því lagaskilyrði.

Málið fór fyrir dómstóla í Búlgaríu og við meðferð málsins kom fram að mat yfirvalda á því hvers vegna hann ógnaði þjóðaröryggi byggðist á því að hann hefði tengsl við glæpagengi sem versluðu með ólögleg fíkniefni. Vitnað var í leynilega skýrslu stofnunar sem starfar gegn skipulagðri glæpastarfsemi (e. *National Service for Combating Organised Crime*) en

upplýsingar sem fram komu í skýrslunni hafði m.a. verið aflað með hlerunum og notkun tálbeita. Kærandi áfrýjaði niðurstöðu lægri réttarins til Hæstaréttar Búlgaríu sem komst að sömu niðurstöðu og undirréttur, að ekki hefði verið brotið á honum og að vísa mætti í slíkar leynilegar skýrslur þótt ekki væri t.d. getið heimilda.

MDE tók fram að merkingu þjóðaröryggis (e. *national security*) væri ekki hægt að skilgreina til hlítar, að hún væri mjög víðfeðm og að stjórnvöld hefðu mikið svigrúm til að meta hvað teldist falla undir þjóðaröryggi ríkisins. Það þýddi þó ekki að seilast mætti langt út fyrir eðlilega merkingu hugtaksins og að þótt fíkniefni væru hættuleg og skaðleg þá ógnuðu þau ekki þjóðaröryggi þannig að ef kæranda væri ekki vísað á brott væri hann ógn við þjóðaröryggi til framtíðar.⁷⁶

Dómurinn taldi það sérstaklega sláandi að kæranda hefði ekki verið tilkynnt um röksemdir fyrir brottvísun hans heldur aðeins að hann teldist ógn við þjóðaröryggi. Þá taldi MDE að niðurstaða undirréttar í Búlgaríu væri ekki rétt, varðandi það að hvorki væri hægt né nauðsynlegt að endurskoða mat innanríkisráðuneytisins byggt á leynilegri skýrslu. Þannig hefðu búlgarskir dómstólar brugðist í að kanna mikilvægan þátt málsins, hvort stjórnvöld gætu staðreynt grundvöll þess að viðkomandi væri ógn við þjóðaröryggi. Hæstiréttur Búlgaríu fjallaði ekki að neinu leyti um það að áfrýjandi neitaði því að hafa tekið þátt í þeim ólöglegu athöfnum sem honum voru gefnar að sök. Þetta leiddi MDE að þeirri niðurstöðu að innlendir dómstólar teldu sig aðeins bundna af því að kanna hvort formreglna hefði verið gætt við ákvörðun um brottvísun áfrýjandans en neituðu að skoða önnur sönnunargögn til þess að staðfesta eða hrekja ásakanir gegn kæranda, en byggðu eingöngu á leynilegum upplýsingum frá innanríkisráðuneytinu sem ekki voru studdar neinum öðrum gögnum. MDE sagði að slíkt skapaði sérstaklega vandamál í búlgönskum rétti þar sem ekki væri tryggt að búlgönskum lögum að yfirvöld legðu skriflega fram rétt gögn.

Dómurinn taldi að brotið hefði verið gegn réttindum kæranda samkvæmt 8. gr. MSE og að ekki hefðu verið uppfyllt skilyrði takmarkana sem heimilar eru samkvæmt 2. mgr. 8. gr, þ.e. að ógn við allsherjarreglu hefði verið til staðar. Einnig var brotið á 13. gr. MSE um réttinn til raunhæfs úrræðis til að leita réttar síns sem og 1. gr. 7. viðauka við MSE þar sem honum var ekki gefið tækifæri á að nýta sér þau réttarfarslegu réttindi sem sú grein á að veita honum.

⁷⁶ Úr 43. efnisgrein dómsins: „It can hardly be said, on any reasonable definition of the term, that the acts alleged against the first applicant – as grave as they may be, regard being had to the devastating effects drugs have on people’s lives – were capable of impinging on the national security of Bulgaria or could serve as a sound factual basis for the conclusion that, if not expelled, he would present a national security risk in the future.“

3) Mál Kaushal o.fl. gegn Búlgaríu

Mál MDE Kaushal og fleiri gegn Búlgaríu, 2. september 2010 (1537/08) varðaði indverskan ríkisborgara sem búsettur var í Þessalóníku á Grikklandi og konu hans og dætur sem voru búlgarskir ríkisborgarar, búsettir í Sófíu. Hann og fjölskyldumeðlimir hans, sem öll voru aðilar málsins, kvörtuðu yfir því að honum hefði verið vísað brott með vísan til þjóðaröryggis (e. *national security*) án þess að nokkrar ástæður væru gefnar upp þegar brottvísunin átti sér stað. Hann kærði brottvísunina og við réttarhöld í Búlgaríu kom fram að hann væri grunaður um tengsl við öfgahópa og mansal. Sá dómstóll taldi brottvísunina vera í samræmi við lög og hafa verið framkvæmda af lögmætu stjórnvaldi. Þá taldi dómstóllinn að fjölskylduaðstæður hans skiptu ekki máli. Hæstiréttur í Búlgaríu staðfesti dóm undirdómstólsins.

MDE taldi að a.m.k. ásökunin um tengsl kæranda við öfgahópa gæti verið ógn við þjóðaröryggi, en það hugtak væri vítt og dómstólum aðildarríkja væri ætlað að leggja merkingu hvað í slíkri ógn fælist. Hins vegar taldi dómstóllinn að framfylgja þyrfti ákveðinni málsmeðferð sem tryggðu mannréttindi fólks, eins og að geta áfrýjað slíkum úrskurðum um brottvísun. MDE taldi það stangast verulega á við grundvallarmannréttindi að vera ekki greint frá því hvaða ástæður lögju að baki brottvísuninni, þ.e. grunurinn um tengsl við öfgahópa og mansal kom ekki fram sem rökstuðningur fyrir en síðar. Einnig taldi MDE að b-liður 1. mgr. 1. gr. 7. viðauka við MSE hefði verið brotinn, þ.e. um að fá mál hans tekið upp að nýju.

4) Geleri gegn Rúmeníu

Mál MDE, Geleri gegn Rúmeníu, 15. september 2011 (33118/05) varðaði tyrkneskan ríkisborgara sem bjó í Moldavíu en hafði verið veitt hæli í Rúmeníu, gift þarlendri konu og eignast með henni barn. Ákærvaldið í Búkarest bannaði honum að koma til Rúmeníu í tíu ár á grundvelli þess að bæði áreiðanlegar og nægjanlegar upplýsingar gæfu til kynna að hann væri viðriðinn starfsemi sem ógnaði þjóðaröryggi (e. *national security*). Aðrar eða nánari ástæður fyrir brottvísuninni voru ekki gefnar. Dómstóll í Búkarest taldi að þar sem ástæður brottvísunar væru leynilegar þá væri ekki við nokkrar kringumstæður hægt að upplýsa þann einstakling sem vísa ætti á brott um ástæður fyrir brottvísuninni.

MDE taldi að Geleri hefði ekki verið verndaður gegn geðþóttaákvörðun, enda hefði t.d. dómstóllinn sem tók ákvörðun um brottvísunina til endurskoðunar ekki tekið hana til efnislegrar endurskoðunar heldur aðeins formlegrar og taldi hana standast lög sem slíka. Geleri voru dæmdar skaðabætur vegna brota gegn 8. gr. MSE vegna brota gegn friðhelgi einkalífs og fjölskyldu sem og á grundvelli 1. gr. 7. viðauka við MSE.

5) Mál Takush gegn Grikklandi

Loks má nefna mál *MDE Takush gegn Grikklandi*, 17. janúar 2012 (2853/09) þar sem albönskum ríkisborgara sem hafði tímabundið dvalarleyfi í Þessalóníku á Grikklandi var vísað á brott vegna ásakana um að aðstoða útlendinga við að koma ólöglega til Grikklands. Var vísað til þess að hann teldist ógn við allsherjarreglu og öryggi. MDE dæmdi honum skaðabætur á grundvelli 1. gr. 7. viðauka við MSE þar sem stjórnvöld hefðu ekki sýnt fram á hvernig hann væri ógn við allsherjarreglu eða almannaoöryggi og þar sem honum var vísað tafarlaust á brott þá hafði hann ekki tækifæri til að andmæla og láta rannsaka málið frekar.

4.3 Ályktanir af dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins

Af framangreindu dómum sést að brottvísun er talin vera mikið inngríp inn í líf einstaklinga, sérstaklega ef þeir hafa verið lengi búsettir í landinu en er svo vísað brott á grundvelli mismunandi ástæðna. MDE hefur ekki gert athugasemdir við að ríkisborgarar aðildarríkja ESB njóti betri réttinda en ríkisborgarar annarra ríkja. Einnig hefur dómstóllinn gert það ljóst að málsmeðferðarreglum þarf að fylgja, eins og á hvaða grundvelli aðilum sé vísað á brott, að mál séu rannsökuð til fulls og að aðilar geti leitað réttar síns, telji þeir á honum brotið. Sé um brottvísun að ræða þarf að gefa ástæður og rökstuðning fyrir henni m.a. til að koma í veg fyrir að geðþóttaákvæðanir stjórnvalda séu teknar. Einna athyglisverðast er mál *C.G. o.fl. gegn Búlgaríu*, þar sem farið er yfir hvort búlgarskir dómstólar hafi endurskoðað mat yfirvalda efnislega eða ekki og að ekki væri talið að ætluð brot hans á fíkniefnalöggjöf gætu talist varða allsherjarreglu eða þjóðaröryggi. Það var síðar staðfest af MDE í máli *Geleri gegn Rúmeníu*, að dómstóllinn telur að innlendir dómstólar eigi að vera færir um að endurskoða ákvæðanir stjórnvalda efnislega, en ekki aðeins formlega.

Mál MDE virðast vera í samræmi við niðurstöður Evrópuþingdómstólsins þar sem þau skarast. Hér má nefna í máli *C.G. o.fl. gegn Belgíu* þar sem MDE tekur sérstaklega fram að það sé alvarlegt að honum hafi ekki verið greint frá ástæðum þess að hann hafi verið talinn ógna þjóðaröryggi og svo niðurstöðuna í nýlegu máli ZZ fyrir Evrópuþingdómstólnum þar sem niðurstaðan var að sá sem vísa ætti frá eða á brott þyrfti ávallt að fá að vita meginástæðuna fyrir því að hann teldist ógna þjóðaröryggi, sem og að dómstólar ættu að taka ákvörðun til efnislegrar endurskoðunar.

Hér verður að gera þann fyrirvara að grundvallarmunur er á því hvort útlendingi sem dvelur og á fjölskyldu og heimili í tilteknu landi er vísað á brott eða hvort útlendingi sem ætlar að koma til lands og á þar engin tengsl er vísað frá. Í síðarnefnda tilvikinu vaknar

sjaldnast álitamál um 8. gr. MSE en 1. gr. 7. viðauka varðar málsmeðferðarreglur og getur því átt við í slíkum málum er varða frávísun.

5 Dómur Hæstaréttar frá 17. október 2013 í máli nr. 191/2012 í máli frávísunar norsks Vítisengils

5.1 Atvik og málsmeðferð í máli nr. 191/2012

Í *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)*, hafði norski ríkisborgarinn A áfrýjað máli gegn íslenska ríkinu og krafðist miskabóta þar sem honum hafði verið vísað frá Íslandi á grundvelli c-liðar 1. mgr. 41. gr. laga um útlendinga sbr. 1. mgr. 42. gr. sömu laga. Hæstiréttur leitaði að eigin frumkvæði ráðgefandi álits EFTA dómstólsins varðandi 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB og lagði fyrir dómstólinn fimm spurningar til aðstoðar við túlkun á samningnum. Slíkar óskir um álit eru ekki algengar en sýnir hve áríðandi dómstólnum þótti að skýra lagaheimildirnar í sem mestu samræmi við samningsskuldbindingar ríkisins.

Atvik voru þau að við komu áfrýjanda til landsins þann 5. febrúar 2010 fundu tollverðir fatnað merktan vélhjólasmátökunum Vítisenglum í farangri hans og var lögregla í kjölfarið kvödd á staðinn og tekin skýrsla af áfrýjanda þar sem hann kvaðst vera meðlimur í samtökunum í Noregi. Þá kvað hann tilgang heimsóknarinnar vera að sækja landið heim sem ferðamaður og heilsa upp á vini sína í vélhjólaklúbbnum Fáfni (síðar MC Iceland). Hann kvaðst ekki eiga sakaferil að baki. Greiningardeild ríkislögreglustjóra vann hættumat vegna komu A til landsins samdægurs þar sem fram kom að allar líkur væru á því að koma hans til landsins tengdist fyrirhugaðri inngöngu Fáfnis í alþjóðleg samtök Vítisengla, en slíkt myndi skapa aukna hættu á skipulagðri glæpastarfsemi á Íslandi, eins og það hefði gert annars staðar þar sem Vítisenglar hefðu náð að skjóta rötum, sem fæli í sér ógn við samfélagið.

Á grundvelli þessa hættumats tók Útlendingastofnun ákvörðun um að vísa áfrýjanda frá landi þann 5. febrúar 2010 þar sem hann gæti talist ógn við almannaoýggi og allsherjarreglu og staðfesti (þáverandi) dómsmála- og mannréttindaráðuneytið ákvörðunina með úrskurði 16. júní 2010 eftir kærðu áfrýjanda. Áfrýjandi kom því m.a. á framfæri að hann hefði aldrei komist í kast við lögin, hvorki í Noregi né á Íslandi, enda væri þetta fyrsta heimsókn hans hingað til lands og að hann væri skráður í Vítisengla sem væri félag með lögmætan tilgang. Í kjölfar úrskurðar ráðuneytisins höfðaði áfrýjandi mál til heimtu miska- og skaðabóta vegna fjártjóns sem hann varð fyrir við frávísunina. Héraðsdómur sýknaði íslenska ríkið af þeim kröfum. Áfrýjandi skaut málinu til Hæstaréttar en féll frá skaðabótakröfu sinni og gerði aðeins kröfu um miskabætur vegna framgöngu íslenskra stjórnvalda gagnvart honum, þar sem hann byggði á því að hafa m.a. verið sviptur frelsi sínu er hann var vistaður í fangaklefa þangað til hann var sendur aftur til Noregs.

Hæstiréttur benti á í úrskurði sínum að orðalag 3. mgr. 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003 gengi lengra en orðalag útlendingalaga og takmarkaði að nokkru hvenær unnt væri að beita frávísun og brottvísun í málum varðandi ríkisborgara Evrópska efnahagssvæðisins. Taldi dómurinn að ósamræmi væri á milli skilyrða þess að mönnum verði vísað frá landi, að því leyti að annars vegar heimila þau yfirvöldum að meina þeim landgöngu á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis og hins vegar kveða þau á um að aðeins megi vísa ríkisborgurum EES frá landi ef heimilt sé að grípa til þess gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður. Bæði 87. gr. reglugerðarinnar og 41. og 42. gr. útlendingalaga byggja á 27. gr. tilskipunar nr. 2004/38/EB sem tekin hafði verið upp í EES samninginn. Þar sem ekki var samræmi milli skilyrða c-liðar 1. mgr. 41. gr. sbr. 2. mgr. 42. gr. útlendingalaga og þeirra skilyrða sem fram komu í 87. gr. reglugerðarinnar nr. 53/2003 og tengsl þessara ákvæða við tilskipun nr. 2004/38/EB leitaði Hæstiréttur ráðgefandi álits EFTA dómstólsins um skýringu á atriðum er vörðuðu reglur um frávísun ríkisborgara EFTA ríkjanna frá Íslandi.

Við málsmeðferð fyrir héraðsdómi var áfrýjanda enn neitað um að koma inn í landið þegar hann hugðist mæta og vera viðstaddur réttarhöldin og gaf hann því símaskýrslu frá Keflavíkurflugvelli. Ekki kemur fram hve lengi hann var í haldi, en samkvæmt samtali við starfsmann innanríkisráðuneytisins var honum að nýju vísað frá landi og kærði þá ákvörðun einnig, en það mál er í vinnslu.⁷⁷

5.2 Ráðgefandi álit EFTA dómstólsins nr. E-15/12

Hæstiréttur beindi fimm spurningum til EFTA dómstólsins varðandi skuldbindingar íslenska ríkisins og túlkun á EES samningnum sem svarað var í *EFTAD, álit E-15/12, EFTACR 2013, bls. 537*. Hvorki íslenska ríkið né áfrýjandi málsins töldu að tilefni hefði verið til að leita slíks álits, en settu sig ekki upp á móti því. Ráðgefandi álit eru ekki bindandi, en túlkun dómstólsins er endanleg um efnislegt inntak EES samningsins.⁷⁸

5.2.1 Fyrsta spurning um innleiðingu tilskipunar í innlendan rétt

Hafa ríki sem aðild eiga að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið í ljósi 7. gr. samningsins val um form og aðferð við að taka upp í landsrétt ákvæði tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/38/EB um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna?

EFTA dómstóllinn taldi að ríki hefðu val um form og aðferð við innleiðingu tilskipunar, en einnig að mögulega væri efni tilskipunar nú þegar í löggjöf viðkomandi ríkis og hún þyrfti

⁷⁷ Tölvupóstsamskipti við Hinriku Söndru Ingimundardóttur 3. apríl 2014.

⁷⁸ Sigurður Línal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins*, bls. 156.

því ekki að vera innleidd eftir orðanna hljóðan, ef efnislega væru löggjöf og tilskipun samhljóða. Þá kvað dómstóllinn á um að tryggja þyrfti forgang gagnvart ósamrýmanlegum reglum landsréttar og að tryggja þyrfti skilvirka framkvæmd hennar sem og að einstaklingar gætu öðlast vitneskju um rétt sinn og geti byggt á honum fyrir dómstólum.

5.2.2 Önnur spurning um áhrif tengsla einstaklinga við samtök

Ber að skýra ákvæði 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB svo að sú staðreynd, ein og sér, nægi til að telja borgara Sambandsins ógna allsherjarreglu og almannaoýruggi í ríki sem aðild á að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, ef þar til bær yfirvöld í viðkomandi ríki telja, á grundvelli hættumats, að samtök, sem viðkomandi einstaklingur á aðild að, tengist skipulagðri brotastarfsemi og matið er byggt á því að þar sem slík samtök hafi náð að skjóta rótum hafi aukin og skipulögð brotastarfsemi fylgt í kjölfarið?

Í raun felst þessi spurning í því hvort hættumat ríkislögreglustjóra eitt og sér hafi nægt til að vísa áfrýjanda frá landinu vegna aðildar hans að Vítisenglum. Stefndi, stefnandi, ríkisstjórn Noregs og Hæstiréttur vísuðu öll til áður reifaðs máls *Van Duyn* máli sínu til stuðnings. Stefnandi, sá norski, vísaði til þess að aðild að félagi eða samtökum ein og sér gæti aldrei leitt til þess að einstaklingur væri talin ógn við allsherjarreglu, alltaf þyrfti að meta persónulegt framferði viðkomandi. Stefndi, íslenska ríkið, vísaði til þess að aðildarríkjum væri veitt svigrúm til að meta hvort gripið væri til aðgerða á grundvelli allsherjarreglu og almannaoýruggis, t.d. vegna samtaka sem talin væru skaðleg fyrir samfélagið og að norræn stjórnvöld ynnu saman að því að sporna við framgöngu slíkra vélhjólasamtaka.

Framkvæmdastjórn ESB gaf álit sitt til dómsins og sagði varðandi aðra spurninguna, „framkvæmdastjórnin bendir á að stefnanda hafi verið synjað um landgöngu og að honum hafi ekki verið vísað frá landi“ (69. efnisgrein dómsins). Telja verður að þarna sé mis-skilningur í hugtakanotkun á ferð. Í dómnum er margsinnis vísað til synjunar landgöngu þrátt fyrir að það hugtak eigi að vera afmáð úr lögum og leiða má líkur að því að framkvæmdastjórnin hafi átt við að stefnanda hafi ekki verið vísað á brott.

EFTA dómstóllinn svaraði annarri spurningunni þannig að skv. 27. gr. tilskipunarinnar hefðu EES ríki heimild til að synja ríkisborgurum annarra aðildarríkja um landgöngu með skírskotun til allsherjarreglu og/eða almannaoýruggis á grundvelli hættumats eins og sér, þar sem metið er hlutverk einstaklingsins við inngönguferli að samtökum sem ályktað er að hafi tengsl við skipulagða glæpastarfsemi. Aðild stefnanda að samtökunum sem álitin eru tengjast skipulagðri glæpastarfsemi var ekki það sem ógnaði allsherjarreglu, heldur aðkoma hans að því að koma slíkum samtökum á fót á Íslandi. Framferði hlutaðeigandi einstaklings verður að fela í sér raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn við einhverja af grundvallar-

hagsmunum samfélagsins til að unnt sé að réttlæta takmarkanir. Einnig þarf að gæta meðalhófs. Almennar forvarnarforsendur eða réttlætningarástæður óháðar efnisatriðum eru hvorki tækar til að vísa einstaklingi frá né fyrri sakfelling vegna glæpsamlegrar háttsemi ein og sér. Í þessu tilviki var hættumat unnið en aðild viðkomandi að samtökum sem álitin eru hættuleg ekki ein og sér talin vera ógn við allsherjarreglu. Þetta svar er í samræmi við dómafordæmi Evrópudómstólsins. Þá kvað svarið á um að það væri á valdi landsdómstóla að leggja mat á hvort skilyrðin væru uppfyllt með hliðsjón af þeim staðreyndum og málalítilbúnaði aðila sem þýðingu hafa hverju sinni.

5.2.3 Þriðja spurning um áhrif þess að samtök eru ólögleg

Skiptir máli þegar annari spurningunni er svarað hvort aðildarríkið hefur lýst samtök þau sem viðkomandi einstaklingur á aðild að ólögleg og bann hvílir í ríkinu við aðild að slíkum samtökum?

Álit EFTA dómstólsins var að EES ríki væru ekki skyldug til að lýsa samtök eða aðild að þeim ólögumæt áður en þau gætu synjað aðilum að samtökunum, sem væru ríkisborgarar annarra EES landa, um landgöngu (vísað þeim frá) á grundvelli 27. gr. tilskipunarinnar, að því gefnu að slík aðgerð teldist viðeigandi í ljósi aðstæðna. Lögbær stjórnvöld þyrftu hins vegar að hafa skilgreint afstöðu sína til starfsemi þeirra samtaka sem um ræðir með skýrum hætti og að hafa gripið til stjórnvaldsathafna í því skyni að vinna gegn starfseminni. Dómstóllinn nefndi að brugðist hefði verið skipulega við starfsemi Vítisengla síðan árið 2002 og þau væru almennt talin ógn af hálfu lögbærra stjórnvalda á Norðurlöndunum. Erlendum meðlimum hafði ítrekað verið synjað um landgöngu með skírskotun til allsherjarreglu og almannaöryggis.

Þriðja spurningin vakti upp álitefni hvort áskilja þyrfti að ríki gripu til sambærilegra aðgerða gagnvart eigin ríkisborgurum, en niðurstaðan var að þetta væru aðgerðir sem ekki væri hægt að beita eigin ríkisborgara þar sem réttur þeirra til landvistar er verndaður (m.a. í 2. mgr. 66. gr. stjkskr.) og heimila þyrfti að gera greinarmun á, en lögð áhersla á að stjórnvöld mættu ekki byggja ákvarðanir um frávísun á geðþótta. Þá sagði EFTA dómstóllinn að þar sem Fáfñir (síðar MC Iceland) hefði þurft stuðning staðfestrar deildar Vítisengla til þess að geta orðið fullgildur aðili að samtökunum og þar sem engin slík deild væri starfandi á Íslandi þá lægi fyrir að aðgerðir stjórnvalda gætu aðeins beinst að erlendum aðilum.

Telja verður að þessi liður svars EFTA dómstólsins sé gagnrýniverður miðað við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins þar sem skýrt hefur verið vikið frá fordæmi sem sett hafði verið í *Van Duyn* málinu, m.a. í málum *Adoui og Cornaille* og máli *Jany o.fl.* um

aðgerðir sem beinast að innlendum og erlendum ríkisborgurum. Framkvæmdastjórnin vísaði einnig í álitinu sínu um málið til EFTA dómstólsins til forsendna í *Van Duyn* dómnum um að ríkjum væri frjálst að synja ríkisborgunum annarra ríkja um landgöngu (vísa frá) með skírskotun til allsherjarreglu þótt viðkomandi ríki beitti ekki sínum eigin ríkisborgurum sömu takmörkunum. Ljóst er að Evrópuþingurinn hefur horfið frá þessu dómafordæmi sínu eins og lesa má m.a. í fyrrnefndum málum þar sem ljóst var að ekki er hægt að banna ríkisborgurum annarra ríkja háttsemi sem ríki leyfir sínum eigin ríkisborgurum.

Það að Vítisenglar hafi ekki verið til á Íslandi og íslensk vélhjólasmáttök sem óskuðu eftir aðild þyrftu að njóta stuðnings erlendra aðila til að verða fullgildir meðlimir, og þannig gætu aðgerðir stjórnvalda ekki beinst að öðrum en erlendum ríkisborgurum verður að teljast hæginn rökstuðningur. Gæti norska ríkið þá aldrei beitt sömu aðgerðum gegn íslenskum ríkisborgurum, t.d. meðlimum MC Iceland, á sínum landamærum þar sem nú þegar eru til deildir Vítisengla þar? Mat á því hvort um ógnun við allsherjarreglu eða almannaoöryggi er að ræða er ekki endilega rangt en forsendur EFTA dómstólsins í svari við þessum lið eru hægjar.

5.2.4 Fjórhá spurning um hvenær allsherjarreglu og almannaoöryggi er ógnað

Nægir það til að telja allsherjarreglu og almannaoöryggi ógnað í skilningi 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB, að ríki sem aðild á að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið hefur í löggjöf lýst refsiverða háttsemi sem felst í því að sammælast við annan mann um að fremja verknað og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, eða teldist slík lagasetning almenn forvarnarforsenda í skilningi 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar? Er í spurningunni lagt til grundvallar að með skipulagðri brotastarfsemi í skilningi landsréttar sé átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulögðum hætti refsiverðan verknað, eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.

Í þessari spurningu er álitafnið hvort heimilt sé að vísa til 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 sem kveður á um refsingu þegar verknaður er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka eða hvort það væri of almenn forvarnarforsenda í skilningi 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar. Dómstóllinn taldi rétt að taka fram að íslenskir dómstólar reistu ákvörðun sína um synjun landgöngu ekki á grundvelli þessa ákvæðis almennra hegningarlaga. Brot gegn ákvæðinu einu og sér, þ.e. að sammælast við annan mann um að fremja verknað og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, myndi ekki vera nægilegur grundvöllur að því að telja allsherjarreglu og/eða almannaoöryggi ógnað í merkingu 1. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar að mati dómsins.

5.2.5 Fimmta spurning um mat á ógn á grundvallarreglum samfélagsins

Ber að skilja 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB svo, að það sé forsenda fyrir beitingu úrræða samkvæmt 1. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar gagnvart tilteknum einstaklingi, að aðildarríkið þurfi að leiða að því líkur að ásetningur viðkomandi einstaklings standi til þess að viðhafa háttsemi sem felst í tiltekinni eða tilteknum aðgerðum eða aðgerðarleysi svo framferði einstaklingsins teljist, raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarreglum samfélagsins?

Þarf ríkið að leiða að því líkur að háttsemi og ásetningur viðkomandi teljist raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarreglum samfélagsins til að geta beitt úrræðum tilskipunarinnar?

Dómstóllinn skar úr um að til að takmarka réttindi EES borgara á grundvelli 27. gr. tilskipunarinnar þyrftu stjórnvöld að sýna fram á að til staðar væri raunveruleg og nægilega alvarleg ógn við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins. Það væri á forræði landsdómstóla að meta hvort stjórnvöld hafi leitt að því líkur með nægum sönnunargögnum að tiltekinn einstaklingur viðhafi eða sé líklegur til að viðhafa háttsemi sem telst raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins. Slík háttsemi gæti falið í sér eiginlega aðild að vélhjólaklúbbsi sem hefði tengsl við skipulagða glæpastarfsemi.

Tryggja verður að málsmeðferðarreglum sé fylgt og athugun á því hvort ákvörðun samræmist lögum og að aðstæðurnar sem ákvörðunin byggir á séu réttlætanager. Þá sagði dómstóllinn að dómstólum þurfi að vera gert það kleift að endurskoða ákvörðun, þ.e. leggja mat á lögmæti hennar með því að rannsaka allar þær ástæður og þau sönnunargögn sem liggja til grundvallar ákvörðun, sbr. mál ZZ fyrir Evrópudómstólnum.

5.3 Niðurstaða Hæstaréttar og ályktanir af henni

Að fengnu áliti EFTA dómstólsins komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að ákvörðun um frávísun norska ríkisborgarans hefði átt sér næga lagastoð og að skilyrðum laga og reglugerða, í samræmi við alþjóðaskuldbindingar Íslands, hefði verið fullnægt. Var íslenska ríkið því sýknað af miskabótakröfu hans.

Hæstiréttur taldi að hættumat ríkislögreglustjóra hefði ekki verið haldið annmörkum, að rannsóknarregla 10. gr stjórnsýslulaga hefði ekki verið brotin við rannsókn málsins heldur hefði verið nægjanlega upplýst hjá íslenskum stjórnvöldum m.a. á grundvelli hættumats, leit tollvarða í farangri áfrýjanda sem og við skýrslutöku hjá lögreglu. Þá taldi Hæstiréttur að ákvæði tilskipunar 2004/38/EB giltu á Íslandi, í samræmi við svar við fyrstu spurningunni sem beint var til EFTA dómstólsins. Með því hafnaði Hæstiréttur að ákvörðun íslenskra

stjórnvalda um að vísa áfrýjanda frá landinu hefði ekki stuðst við nægjanlega skýrar heimildir í lögum og farið í bága við lögmætisregluna.

Hæstiréttur vísaði næst til svars EFTA dómstólsins við annarri spurningunni, varðandi synjun landgöngu byggða á hættumati, þ.e. hvort að nægilegt væri að byggja ákvörðun skv. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB á hættumati einu og sér. Hæstiréttur taldi að á grundvelli hættumats ríkislögreglustjóra hefðu „stjórnvöld fyllstu ástæðu til að ætla að koma áfrýjanda til landsins tengdist inngönguferli vélhjólaklúbbsins Fáfnis í alþjóðleg samtök Vítisengla.“

Hæstiréttur fjallaði næst um þriðju spurninguna sem beint var til EFTA dómstólsins um hvort forsenda fyrir því að synja ríkisborgara EFTA ríkis um landgöngu á grundvelli 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB væri að ríki hefði áður lýst samtök sem viðkomandi væri aðili að ólögleg. Niðurstaða EFTA dómstólsins var að ekki væri nauðsynlegt að samtök hefðu verið lýst ólögleg, en að stjórnvöld hefðu þurft að hafa afmarkað afstöðu sína til starfsemi samtakanna með skýrum hætti og hafa gripið til stjórnvaldsathafna til að sporna við starfsemi þeirra. Þar sem fram kom í hættumati ríkislögreglustjóra að ríkislögreglustjórar á Norður-löndunum hefðu mótað skýra stefnu og unnið saman að því að sporna við skipulagðri glæpastarfsemi taldi Hæstiréttur að því skilyrði væri fullnægt. Hæstiréttur taldi einnig að nægjanleg sönnunargögn lægju fyrir í málinu sem gerði ríkislögreglustjóra kleift að meta hvort áfrýjandi væri líklegur til að ógna grundvallarhagsmunum íslensks samfélags, en áfrýjandi hafði haldið því fram að ákvörðunin virtist hafa verið tekin á grundvelli almennra varnaðarsjónarmiða sem byggðu á félagsaðild hans að Vítisenglum, en ekki á persónubundinni háttsemi hans, eins og skylt er að gera samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins. Hæstiréttur taldi að með því að taka þátt í starfsemi samtakanna samsamaði hann sig gildum þeirra og markmiðum og gæti því talist ógn við samfélagið.

Hæstiréttur fór ekki sérstaklega út í það hvort dómstólnum væri kleift eða ætti að meta þann grundvöll sem lögreglan byggði hættumat sitt á, en um það var fjallað í héraðsdómnum sem áfrýjað var, sem og í *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 E-6158/2010* sem féll sama dag og varðar sambærilegt mál en fjallað er um hann í 6. kafla.

Hæstiréttur hafnaði því að aðeins mætti vísa útlendingum sem væru háðir fíkniefnum eða haldnir alvarlegum geðrænum truflunum frá, eins og talið er upp í 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003 þar sem ljóst væri að það væri aðeins í dæmaskyni. Ekki var beint fjallað um ákvæði 87. gr. reglugerðar 53/2003 um útlendinga í spurningum beindum til EFTA dómstólsins. Hæstiréttur taldi að skilyrði 3. mgr. 87. gr. væri fullnægt í málinu eins og segir í reifun dómsins:

Loks var talið að skilyrði 3. mgr. 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003 um útlendinga, að stjórnvöld gætu beitt einhverjum úrræðum gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður, væri fullnægt í málinu, þar sem íslensks stjórnvöld gætu gripið til margvíslegra þvingunarráðstafana og annarra raunverulegra skilvirkra aðgerða gagnvart eigin borgurum. Að auki hefðu aðgerðir íslenskra stjórnvalda aðeins getað beinst að erlendum aðilum í því tilviki sem um ræddi.

Líkt og vikið var að í kaflanum um þriðju spurningu sem beint var til EFTA dómstólsins um að í þessu máli gætu ráðstafanirnar ekki beinst gegn íslenskum ríkisborgurum, verður að telja að þessi niðurstaða sé gagnrýniverð samkvæmt dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í seinni tíð.

Þá tók dómstóllinn engin dæmi um þær margvíslegu þvingunarráðstafanir sem ríki gæti gripið til gagnvart sínum eigin borgurum. Ef íslenskur ríkisborgari, sem væri aðili í einhverri deild Vítisengla t.d. í Noregi, kæmi til landsins, hvað væri þá hægt að gera gagnvart honum? Eða ef hann væri nú þegar staddur á Íslandi en væri meðlimur í samtökunum? Það er ekki dómstóla að svara lögspurningum, en þar sem Hæstiréttur tekur svona til orða hefði ekki verið úr vegi að taka dæmi. Höfundur sér ekki til hvaða aðgerða lögregla eða stjórnvöld gætu gripið gagnvart slíkum einstaklingi, ekki mætti vísa honum frá landi og ekki væri hægt að dæma hann í fangelsi þar sem hann hefði ekkert til saka unnið. Hans „verknaður“ fælist í því að vera félagi í samtökum sem ekki hefðu verið lýst ólögleg og myndi það brjóta gegn félagafrelsinu sem verndað er í 74. gr. stjórnarskrárinnar ef til aðgerða væri gripið á þeim grundvelli. Ljóst er hins vegar að lögreglan getur gripið til aðgerða ef allsherjarreglu eða almannaoöryggi telst ógnað eins og talið er upp í 2. mgr. 15. gr. lögreglulaga. Slíkar aðgerðir myndu duga skammt gagnvart einstaklingi sem aðeins væri félagi í samtökum Vítisengla.

Leiða má líkur að því að ákvæði reglugerðar 53/2003 hafi verið ætlað að vera í samræmi við evrópska dómaframkvæmd, þar sem staðfest hefur verið, eins og áður sagði, að ekki sé hægt að mismuna ríkisborgurum aðildarríkja á þeim grundvelli að ógn gegn allsherjarreglu sé til staðar, þegar ríkisborgurum þess ríkis sé leyfð háttsemi. Af fréttum að dæma er félagið MC Iceland orðið aðili að Vítisenglum á alþjóðavísu,⁷⁹ og þannig eru íslenskir ríkisborgarar orðnir félagar í samtökum Vítisengla. Hins vegar hefur ekki reynt á hvaða úrræði væru möguleg gagnvart þeim einstaklingum sem eru meðlimir og Hæstiréttur hefur ekki tekið dæmi um hvaða úrræðum beitt gæti verið gegn þeim.

⁷⁹ „MC Iceland fær inngöngu í Hells Angels næstu helgi“, <http://visir.is>.

6 Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 22. desember 2011 í máli E-6158/2010 varðandi frávisun norsks Vítisengils

6.1 Atvik og málsástæður

Sama dag og fyrrgreint mál *Hrd. 191/2012* var dæmt í héraði var einnig dæmt í máli *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* er varðar K, einnig norskan ríkisborgara og meðlim Vítisengla sem hafði komið til landsins með flugi frá Noregi þremur dögum síðar en A, þ.e. 8. febrúar 2010. Hann var stöðvaður af tollvörðum, neitaði að svara spurningum lögreglu í kjölfarið en klæddist vesti merkt Vítisenglum sem hann hafði með sér í handfarangri. Með honum var norskur lögmaður hans, en við skýrslutöku hjá lögreglu var honum neitað um að hafa norska lögmanninn með sér, en Oddgeir Einarsson hdl. var kallaður til. K kvaðst vera að fara á fund Oddgeirs Einarssonar til að ræða aðgerðir íslenskra stjórnvalda gagnvart „okkur“. Einnig kom fram að meðlimir í MC Iceland (áður Fáfni) hefðu skipulagt fundinn, hann staðfesti að hann væri meðlimur í Vítisenglum og að MC Iceland hefði stöðu „prospect“ innan Vítisengla, en með því er átt við hugsanlega eða væntanlega aðild að samtökunum.

Greiningardeild ríkislögreglustjóra vann hættumat vegna komu hans samdægurs, rétt eins og í máli A, þar sem kom fram að stefnandi væri talinn leiðtogi Vítisengla í Noregi. Efni hættumatsins eins og það er rakið í dómnum er orðrétt það sama og gert var fyrir héraði í *Hrd. 191/2012*, þ.e. efnislegt innihald þess var á þá leið að allar líkur væru á því að koma hans til landsins tengdist fyrirhugaðri inngöngu MC Iceland í alþjóðleg samtök Vítisengla, en slíkt myndi skapa aukna hættu á skipulagðri glæpastarfsemi á Íslandi, eins og það hefði gert annars staðar þar sem Vítisenglar hefðu náð að skjóta rótum, sem fæli í sér ógn við samfélagið. Líkt og í máli A tók Útlendingastofnun ákvörðun um að vísa stefnanda frá landi með vísan til c-liðar 1. mgr. 41. gr. laga um útlendinga, sem hann kærði til (þáverandi) dóms- og kirkjumálaráðherra sem staðfesti hann með úrskurði.

Stefnandi, K, byggði m.a. kröfur sínar á því að ákvörðun Útlendingastofnunar væri ólögmat og gerði verulegar athugasemdir við hættumat ríkislögreglustjóra þar sem í því kæmu fram órökstuddar fullyrðingar um Vítisengla, MC Iceland og tengsl félaganna sem og um tilgang ferðar stefnanda. Matið tæki jafnt til allra þúsunda meðlima Vítisengla hvarvetna um heim, sama hvort þeir hefðu gerst sekir um afbrot sem fullyrt væri að meðlimir samtakanna tækju þátt í eða ekki. Taldi stefnandi að þar sem hann hefði ekki aðgang að þeim gögnum sem ríkislögreglustjóri byggði mat sitt á væri erfitt að taka til varna gagnvart fullyrðingum í hættumatinu sem unnið hafði verið en að hann teldi að hættumatið væri afar

villandi og beinlínis rangt. Engin fylgiskjöl hefðu fylgt með því og það varðaði ekki hans undirfélag á nokkurn hátt eða hann sem einstakling. Þá byggði stefnandi m.a. á því að takmarkaðar vísbendingar væri að finna í lögskýringargögnum með 41. og 42. gr. útlendingalaga um þau viðmið sem hafa bæri til hliðsjónar við mat á því hvenær vísa skuli útlending af landi brott á grundvelli almannahagsmuna og allsherjarreglu og að því væri eðlilegt að túlka allan vafa stefnanda í hag. Einnig vísaði stefnandi til 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003 um útlendinga hvað varðar heimild til að beita íslenskan ríkisborgara úrræðum við sambærilegar aðstæður og að ekki hefði verið bent á nein slík úrræði í þessu tilviki.

Persónuleg háttsemi hans var í úrskurði ráðuneytisins talin felast í því að hafa viðurkennt að vera meðlimur í samtökum Vítisengla og vísaði ráðuneytið til úrskurða Evrópudómstólsins því til rökstuðnings. Taldi stefnandi að nauðsynlegt væri að ítarlegur rökstuðningur studdur gögnum þyrfti að fylgja hvers vegna samtökin væru talin hættuleg ef slík persónuleg háttsemi ætti að teljast ógna allsherjarreglu eða almannaoöryggi.

Íslenska ríkið, stefndi, vísaði til þess að ríki væru fullvalda og að skylda væri fyrir það að halda uppi lögum og reglu og koma í veg fyrir athafnir sem röskuðu öryggi borgaranna og ríkisins. Stefndi byggði á skilgreiningu Evrópulögreglunnar um skipulagða glæpastarfsemi og að vélhjólasamtökin Vítisenglar féllu þar undir. Þá vísaði stefndi í hættumat ríkislögreglustjóra þar sem fram kom að talin væri hætta á að aukin skipulögð glæpastarfsemi ykist við komu Vítisengla til landsins og fæli því í sér ógn við samfélagið. Stefndi neitaði því að hættumatið væri órökstutt, heldur að það væri fullkomlega lögmætt og eðlilega að því staðið. Þá vísaði stefndi til þess að Útlendingastofnun og ráðuneyti verði, sérstaklega þegar um EES borgara sé að ræða, að treysta á mat og skýrslur lögreglu þegar um frávísun eða brottvísun sé að ræða þar sem hvorugt embætti sé í aðstöðu til að draga í efa mat lögreglu á yfirvofandi hættu eða hvenær allsherjarreglu eða öryggi sé ógnað. Hlutverk þeirra sé að meta hvort skilyrðum útlendingalaga fyrir frávísun eða brottvísun sé fullnægt á grundvelli þeirra upplýsinga sem lögregla hefur lagt fram í viðkomandi máli. Stefndi mótmælti því að sú krafa væri gerð til Útlendingastofnunar og ráðuneytisins að það endurskoðaði efnislega hættumat ríkislögreglustjóra.

Stefndi vísaði í mál *Van Duyn* þar sem staðfest hafði verið að heimilt væri að vísa einstaklingi frá landi, væri hann meðlimur í félagi eða samtökum sem ógni allsherjarreglu eða almannaoöryggi þar sem í því fælist persónuleg háttsemi og hann samsami sig markmiðum, fyrirætlan og starfsemi samtakanna. Hagsmunir samfélagsins og borgaranna af því að verjast skipulagðri glæpastarfsemi og sporna gegn fótfestu samtaka eins og Vítisengla á Íslandi vægju þyngra en réttur stefnanda sem EES borgara til að koma til landsins. Einnig hafnaði

stefndi þeim skilningi á 3. mgr. 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003 um útlendinga að þar sé gerð krafa um að heimilt verði að vera að vísa íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður frá heldur þurfi aðeins önnur úrræði að vera til staðar.

6.2 Niðurstaða héraðsdóms

Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að samkvæmt 2. mgr. 5. gr. lögglulaga nr. 90/1996 væri það meðal sérstakra verkefna ríkislögreglustjóra að starfrækja lögreglurannsóknardeild og greiningardeild sem leggi m.a. mat á hættu á hryðjuverkum og skipulagðri glæpastarfsemi. Í hættumati felst samkvæmt skilgreiningu í 2. gr. reglugerðar nr. 404/2007 um greiningardeild ríkislögreglustjóra að gera kerfisbundið grein fyrir þeirri vá sem fyrir hendi er. Í hættumatinu sem unnið var í þessu tilviki var ekki tekið fram á hverju það væri byggt öðru en umfjöllun Fréttablaðsins tiltekinn dag. Í umsögn ríkislögreglustjóra til dómsmálaráðuneytisins hafði komið fram að stuðst hefði verið við trúnaðarupplýsingar frá lögreglunni á Norðurlöndunum sem og skýrslur frá Evrópulögreglunni.

Dómurinn taldi ekki að annmarkar væru á hættumatinu sem framkvæmt hafði verið, það væri lögbundið hlutverk greiningardeildar ríkislögreglustjóra að framkvæma slíkt mat og að hafa yrði í huga að upplýsingar varðandi það gætu verið viðkvæmar trúnaðarupplýsingar. Stefnandi taldi að brotið hefði verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga þar sem hvorki Útlendingastofnun né dómsmálaráðuneytið hefðu gert tilraun til að staðreyna hættumat ríkislögreglustjóra. Dómurinn taldi að hvorki Útlendingastofnun né ráðuneytið hefðu verið í aðstöðu til að endurskoða hættumatið, heldur hafi hlutverk þeirra að fengnu hættumatinu verið að meta hvort skilyrðum laga nr. 96/2002 til frávísunar hafi verið fullnægt.

Einnig taldi dómurinn að tengsl stefnanda við Vítisengla, sem hann hafði staðfest að vera meðlimur í, hefðu í för með sér að hann tæki afstöðu með starfsemi og markmiðum samtakanna, að heimsókn hans væri til þess að greiða leið íslensku samtakanna MC Iceland inn í alþjóðleg samtök Vítisengla og það yki við hættu á skipulagðri brotastarfsemi sem fæli í sér raunverulega og alvarlega ógn við allsherjarreglu og almannaoöryggi.

Varðandi ákvæði reglugerðar um útlendinga taldi dómurinn að þar sem 2. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar kvæði á um að íslenskum ríkisborgurum yrði ekki meinað að koma til landsins eða vísað úr landi gæti reglugerðin ekki haft þau áhrif að grípa þyrfti til sömu úrræða gagnvart íslenskum ríkisborgara og útlendingum. Yfirvöld gætu gripið til ýmissa lögmatra úrræða þegar íslenskir ríkisborgarar ógnuðu almannafriði og allsherjarreglu.

6.3 Ályktanir af niðurstöðu héraðsdóms

Af dómi héraðsdóms sést að það var hvorki talið á færi Útlendingastofnunar né ráðuneytisins að endurskoða efnislega hvað fælist í hættumati ríkislögreglustjóra. Það væri lögbundið hlutverk ríkislögreglustjóra að framkvæma hættumat. Í samræmi við álit EFTA dómstólsins sem og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, sem komu þó bæði eftir dóm héraðsdóms en eru í samræmi, telur EFTA dómstóllinn að skv. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB megi vísa EES ríkisborgara frá á grundvelli hættumats eins og sér, ef það er aðeins byggt á framferði hlutaðeigandi einstaklings sem verður að fela í sér raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn við grundvallarhagsmuni samfélagsins. Þótt því sé alls ekki haldið fram að valdið sem lögreglunni sé veitt í þessum málum til að meta aðstæður sé eða hafi einhverntíman verið misnotað, vekur það eftirtekt að efnislegt mat lögreglunnar er í raun endanlegt og verður ekki endurskoðað af stjórnvöldum, heldur aðeins formið í kringum matið og hvort t.d. málsmeðferðarreglum hafi verið fylgt. Ef Útlendingastofnun metur aðeins hvort farið hafi verið að málsmeðferðarreglum og hvort formið sé í lagi þá er ákvörðunarvaldið í raun í höndum lögreglunnar þar sem Útlendingastofnun hefur engar forsendur til að rengja mat hennar.

Endurskoðunarvald dómstóla er umdeilt, þ.e. hvort það sé á færi dómstóla að endurskoða mat stjórnvalda á ákvörðunum. Dómstólar hafa oft játað stjórnvöldum svigrúm við mat á stjórnvaldsákvörðunum eða talið að það sæti ekki endurskoðun dómstóla.⁸⁰ Ef um er að ræða ákvarðanir sem byggja að verulegu leyti á sérfræðilegum atriðum hefur Hæstiréttur sagt að það sé ekki á færi dómstóla að endurskoða sérfræðilegt mat t.d. dómnefndar eins og í máli *Hrd. 2000, bls. 2131 (486/1999)* þar sem dómstóllinn taldi sér ekki fært að endurskoða sérfræðilegt mat nefndar sem réð í stöðu lektors í sálfræði við Háskóla Íslands

Staðan í máli K fyrir héraði og A fyrir Hæstarétti og í héraði er hins vegar sú að lögreglan vann hættumat sem síðan var sent til Útlendingastofnunar sem tók ákvörðun. Héraðsdómur sagði orðrétt:

[V]erður ekki talið að Útlendingastofnun eða dómsmála- og mannréttindaráðuneytið hafi verið í aðstöðu til að endurskoða hættumat lögreglu, heldur hafi hlutverk þeirra verið, að fengnu því mati, að meta hvort skilyrðum laga nr. 96/2002 til frávísunar hafi verið fullnægt.

Af þessum orðum að dæma tók þannig lögreglan raunar ákvörðunina með mati sínu, þar sem það er ekki á færi stjórnvalda, né dómstóla, að endurskoða það sérhæfða mat.

⁸⁰ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“, bls. 297.

Af framkvæmd Evrópudómstólsins að dæma í máli ZZ frá júní 2013 telur dómurinn að það sé á færi dómstóla að endurskoða efnislega hvort ákvörðun um brottvísun teljist réttmæt eða ekki, sbr. 59. efnisgrein,

In the context of the judicial review, provided for in Article 31 of Directive 2004/38, of the legality of the decision taken under Article 27 thereof, it is incumbent upon the Member States to lay down rules enabling the court entrusted with review of the decision's legality to examine both all the grounds and the related evidence on the basis of which the decision was taken.

Einnig er vísað í þennan rökstuðning í rökstuddu álitni EFTA dómstólsins varðandi fimmtu spurningu.

Einnig má nefna mál *C.G. o.fl. gegn Búlgaríu* sem og mál *Geleri gegn Rúmeníu* en í þeim fjallaði MDE (í 43. efnisgrein) um það að landsdómstólar í málunum höfðu ekki endurskoðað efnislegt mat heldur könnuðu aðeins hvort formreglna væri gætt og að það væri andstætt reglum MSE.

Af þessari dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og MDE má sjá að gert er ráð fyrir því að æðri stjórnvöld og dómstólar geti endurmetið mat lögreglunnar, þótt dómstóllinn taki ekki endilega nýja efnislega ákvörðun þá getur hann dæmt um lögmæti þeirrar sem til álita kemur.

Með hliðsjón af þessu er rétt að velta fyrir sér hvort niðurstaða héraðsdóms sem er svo afdráttarlaust orðuð og vísað til sömu röksemda í Hæstaréttardómi sambærilegs efnis, sé í samræmi við niðurstöður Evrópudómstólsins og Mannréttindadómstóls Evrópu, þótt hættumat lögreglunnar sé á engan hátt dregið í efa, enda ekki grundvöllur til slíks.

7 Álit UA 3820/2003 um frávísun meðlima Falun Gong hreyfingarinnar á Íslandi og í flugstöðvum erlendis

7.1 Atvik og málsástæður

Í júní árið 2002 var meðlimum kínversku Falun Gong hreyfingarinnar neitað um landgöngu við komuna til Íslands, en einnig var þeim meinað af starfsmönnum Icelandair að stíga um borð í flugvélar félagsins bæði í Evrópu og Norður Ameríku, vegna fyrirhugaðra mótmæla þeirra af tilefni opinberrar heimsóknar Kínaforseta til Íslands. Starfsmenn Icelandair fóru eftir lista yfir Falun Gong iðkendur sem íslensk stjórnvöld létu flugfélaginu í té. Falun Gong liðar, sem kínversk stjórnvöld bönnuðu árið 1999 vegna ógnar við kommúníska stjórn, sögðu í fjölmiðlum að mótmælin yrðu friðsamleg, meðlimir myndu iðka æfingar sínar en „[M]ótmælin eru ákall til yfirvalda um að ofsóknum í Kína linni.“⁸¹ Íslensk yfirvöld mátu það svo að nauðsynlegt væri að tryggja allsherjarreglu og takmarka fjölda erlendra mótmælenda sem kæmu til landsins vegna fámennis íslensks lögregluliðs. Vísuðu þau til lagaheimilda í þágildandi útlendingalögum nr. 45/1965 og Schengen samningsins.

7.1.1 Niðurstaða UA frá 29. desember 2003 (3820/2003)

A og B kvörtuðu fyrir hönd *Falun Gong Iceland Dialouge Committee* þar sem þau staðhæfðu að aðgerðir íslenskra stjórnvalda hefðu haft bein áhrif á 231 meðlim Falun Gong þar sem einhverjir þeirra hefðu verið á „svörtum lista“ í flughöfnum erlendis, öðrum haldið í gæslu í 18 klukkustundir við komuna til Íslands en síðar gert að skrifa undir yfirlýsingu hjá lögreglu þess efnis að viðkomandi færi að fyrirmælum lögreglu í einu og öllu og var undirskrift skilyrði fyrir því að vera látin laus og enn öðrum hafi verið hleypt án tafar inn í landið gegn því að skrifa undir slíka yfirlýsingu. Inni í þessari upptalningu væru ekki þeir sem enga vegabréfsáritun fengu til landsins. Hélt A því fram að brotið væri gegn ýmsum mannréttindum eins og hugsana-, trú- og tjáningafrelsi sem og funda- og félagafrelsi. Einnig að aðgerðirnar væru siðlausar og óréttlátar og fælu í sér mismunum sem og brot gegn Schengen samningnum og milliríkjasamningum um afnám vegabréfsáritana.

Umboðsmaður Alþingis (UA) lauk sjö kvörtunum af átta með bréfi, án þess að telja tilefni til að aðhafast frekar í *UA 29. desember 2003 (3820/2003)* og benti á að „það falli almennt utan við starfssvið umboðsmanns að láta í ljósi álit sitt á því hvort ákvarðanir eða athafnir stjórnvalda, sem taldar verða samrýmast gildandi lögum, stangist á við almenn réttlætis- eða

⁸¹ „Félagi í Falun Gong ítrekar að mótmælin verði friðsamleg“, <http://www.mbl.is>.

siðferðisviðmið.“ UA benti á að í 10. tölul. 1. mgr. 10. gr. þágildandi laga um eftirlit með útlendingum nr. 45/1965 væri stjórnvöldum veitt töluvert svigrúm til mats á því hvort heimila skyldi útlendingi landgöngu en í ákvæðinu var heimild til að meina útlendingi landgöngu ef hann teldist geta ógnað allsherjarreglu, þjóðaröryggi eða alþjóðasamskiptum ríkisins eða annars ríkis sem tæki þátt í Schengen samstarfinu. Rökstuðningur stjórnvalda var á þá leið að lögreglan væri fámenn og ef hundruðir mótmælenda kæmu hingað til lands væri það til þess fallið að slíkt færi úr böndunum og ylli almannahættu. Taldi UA að stjórnvöld hefðu haft fullnægjandi lagagrundvöll fyrir ákvörðun sinni um að meina þessum einstaklingum landgöngu þar sem þeir hefðu komið til landsins í þeim eina tilgangi að mótmæla komu Kínaforseta. UA fjallar ekki beinum orðum um það hvort landamæravarsla hafi verið tekin upp í málinu, en af lestri þess að dæma var ekki um slíkt að ræða, heldur synjun landgöngu hvers og eins. Umboðsmaður notar hugtakið „synjun landgöngu“ enda var það notað þegar lög nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum giltu.

Umboðsmaður taldi að íslenskum stjórnvöldum hefði ekki verið óheimilt að lögum að binda leyfi til landgöngu við undirskrift yfirlýsingar um að undirritaðir myndu fara að fyrirmælum lögreglu við framkvæmd fyrirhugaðra mótmæla miðað við svigrúm lögreglunnar að lögum. Ekkert sem skerti mannréttindi meðlimanna, eins og tjáningar- eða félagafrelsi kom þar fram. UA taldi að það að synja útlendingum landgöngu fæli ekki í sér brot gegn tjáningarfrelsinu sem t.d. 10. og 11. gr. MSE færi mönnum, ef slík ákvörðun væri byggð á lögmætum sjónarmiðum, þar sem útlendingar eiga ekki sjálfstæðan rétt til komu og dvalar í landinu. Þá taldi UA ekki að bréf dóms- og kirkjumálaráðuneytisins sem dreift var til flugfarþega á leið til Íslands hefði verið gildishlaðið, ærumeiðandi eða skaðaði orðstír Falun Gong iðkenda. Einnig taldi UA að ákvörðun lögreglu um að færa fólk úr flugstöðinni og í Njarðvíkurskóla hafi ekki brotið í bága við lög þar sem lögreglunni hafi borið að tryggja návist einstaklinganna meðan þeir biðu úrskurðar og vegna fjölda sem beið úrlausnar mála hafi ráðstöfunin rúmast innan 15. gr. þágildandi útlendingalaga. UA fjallaði einnig um mál C, þýsks ríkisborgara og D, bandaríks ríkisborgara, sem báðum var meinuð landganga við komuna til landsins. UA taldi ekki rétt að gera neinar athugasemdir við málsmeðferð lögreglunnar í þeim málum. Þannig dró UA efnislegt mat lögreglunnar eða ráðuneytisins ekki í efa í málinu.

Umboðsmaður taldi ástæðu til að skoða nánar lagagrundvöll þess að meðlimum Falun Gong var meinað að stíga um borð í flugvélar Icelandair á flugvöllum víða erlendis. Um það fjallaði hann í álitu sínu frá 5. desember 2005, sjá kafla 7.1.3.

7.1.2 Úrskurður Persónuverndar um skrá lögreglu yfir meðlimi Falun Gong

Úrskurður Persónuverndar 5. júní 2003 (2002/76) varðaði skrá lögreglu yfir meðlimi Falun Gong og notkun dómsmálaráðuneytisins á skránni þegar meðlimunum var meinuð landganga í júní 2002 og m.a. send til Icelandair auk sendiráða. Persónuvernd úrskurðaði að skráning lögreglunnar hefði verið heimil til að lögreglan gæti rækt hlutverk sitt við að koma í veg fyrir alvarlega og aðsteðjandi hættu á röskun á allsherjarreglu og öryggi, en miðlun dómsmálaráðuneytisins á upplýsingunum, eins og til Icelandair, var talin óheimil. UA taldi ekki tilefni til að gera athugasemd við þessa niðurstöðu Persónuverndar.

7.1.3 Álit UA frá 5. desember 2005 (3820/2003)

Í UA 5. desember 2005 (3820/2003) fjallaði UA um einn lið af þeim átta sem kvartað hafði verið yfir, þ.e. varðandi framkvæmd stjórnvalda á synjun landgöngu sem átti sér í mörgum tilvikum stað á flugvöllum erlendis, framkvæmda af starfsmönnum Icelandair sem er einkaréttarlegur aðili.

Í bréfi sem dóms- og kirkjumálaráðuneytið sendi Icelandair, og UA vísar í, sagði m.a. að heimild þekktra félaga í hreyfingunni til að koma til landsins hefði verið takmörkuð og að vegabréfaskoðun á innri landamærum Schengen hefði verið tekin upp af sama tilefni.⁸² Þá sagði einnig að lögregluyfirvöld hefðu gert lista yfir nokkurn hóp fólks sem talið væri að væru í hópi áhangenda Falun Gong og neitað yrði tímabundið um landgöngu hér á landi, að listinn væri meðfylgjandi og óskað væri eftir því að viðkomendum væri synjað um flugfar til landsins til að „spara umstang við landgöngusynjun og sendingu viðkomandi til baka“ eins og segir í álitni UA. Forsætisráðuneytið vísaði í þágildandi 10. tölul. 1. mgr. 10. gr. laga nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum sem lagagrundvöll fyrir þessari ákvörðun. UA sendi dóms- og kirkjumálaráðuneytinu bréf og gerði grein fyrir samskiptum sínum við forsætisráðuneytið og benti á að stjórnvöld hefðu ekki vísað til neinna lagaheimilda fyrir því að framselja einkaaðila og starfsmönnum hans vald til að leggja mat á hvaða einstaklingum yrði synjað um flutning til landsins. Svaraði ráðuneytið því til að ekkert vald hefði verið framselt til Icelandair til mats á því hvaða einstaklingum ætti að synja um flutning til landsins heldur hefði flugfélaginu aðeins verið afhentur listi með nöfnum sem synja ætti um flutning sem lögregluyfirvöld hefðu tekið saman og matið hefði því alfarið verið þeirra.

⁸² Höfundur finnur hvergi tilkynningu frá ráðuneytinu, tilkynningu til framkvæmdastjórnar ESB né umfjöllun í fréttamiðlum um slíka upptöku á vegabréfaskoðun né landamæravörslu. Í fyrra bréfi sínu vísaði UA heldur ekki til þess að til slíkra aðgerða hefði verið gripið, heldur að hverjum og einum einstaklingi hefði verið synjað um landgöngu.

Umboðsmaður rakti alþjóðlegar skuldbindingar og lagaákvæði sem átt gætu við og taldi að af þágildandi 2. gr. laga nr. 45/1965 og reglugerð nr. 223/2001 (sem felld var úr gildi með tilkomu reglugerðar nr. 53/2003 um útlendinga) gæti ekki önnur ályktun verið dregin en að eftirlit íslenskra stjórnvalda á ytri landamærum Schengen svæðisins ætti að lögum að fara fram á viðurkenndri landamærastöð sem staðsett væri hér á landi. Þá fjallaði UA um afnám persónueftirlits innan Schengen svæðisins en að undantekningar á þeirri meginreglu væri hægt að byggja á grundvelli ógnunar við allsherjarreglu eða þjóðaröryggi og væri þá tímabundið persónueftirlit á innri landamærum Schengen ríkja sett upp, en tók fram að þegar atvik málsins áttu sér stað hefðu slíkar reglur hins vegar ekki verið settar. Þá bætti hann við að þrátt fyrir það hefði slíkt persónueftirlit átt að fara fram á landamærastöðvum viðkomandi ríkis en ekki í flugstöðvum erlendis.

Þá rakti UA að af texta 3. mgr. 10. gr. þágildandi útlendingalaga mætti draga þá ályktun að viðkomandi lögreglustjóri væri ekki bær að úrskurða um synjun landgöngu nema útlendingurinn væri kominn til landsins og að það væri í samræmi við meginreglu þjóðaréttar að ríki færu almennt einungis með stjórnarsýsluvald á forráðasvæði sínu. Einnig taldi UA að þrátt fyrir að lög nr. 60/1998 um loftferðir giltu um borð í flugförum þá væri ekki hægt að álykta að hægt væri að taka ákvörðun um synjun útlendinga um landgöngu þegar viðkomandi væri ekki kominn til landsins. Þá væri ekki hægt að fela einkaréttarlegum aðila að framkvæma ákvörðunina.

Umboðsmaður taldi ljóst að réttur útlendinga til að andmæla ákvörðuninni og óska rökstuðnings sem og aðrar reglur sem gera aðilum kleift að hafa áhrif á niðurstöðu og ferli máls hefði verið verulega takmarkaður. Einnig gerði hann athugasemdir við að enginn greinarmunur hefði verið gerður á ríkisborgurum sem fallið gætu undir EES samninginn, einstaklinga sem óskuðu hér pólitísks hælís eða hvort ferðast var um í gegnum Schengen svæðið, en að slíkar aðstæður hefðu getað skipt máli varðandi stjórnarsýslulega meðferð málsins.

Þá taldi UA ekki fullljóst af gögnum sem hann fékk frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu á hvaða lagagrundvelli ákvörðun ráðuneytisins um að láta starfsmenn Icelandair framkvæma synjun landgöngu á flugvöllum erlendis var reist. UA taldi að það gæti ekki talist málefnaleg ástæða að víkja frá gildandi rétti, bæði stjórnarsýslureglum og ákvarðanatöku um synjun landgöngu, til þess að spara umstang við að framfylgja reglum. Taldi UA því að enginn lagagrundvöllur hefði verið fyrir þeirri framkvæmd að tilteknum einstaklingum hefði verið synjað fyrirfram um landgöngu og að einkaréttarlegi aðilinn Icelandair framkvæmdi þá ákvörðun í flugstöðvum erlendis.

8 Inntak hugtakanna allsherjarregla, almannaöryggi o.fl.

8.1. Inngangur

Í þessum kafla verður nánar kannað inntak hugtakanna allsherjarregla og almannaöryggi að íslenskum rétti með vísan til skrifa fræðimanna, niðurstaðna Mannréttindadómstóls Evrópu og Evrópuþingdómstólsins sem og með vísan til *Hrd. 17. október 2013 (191/2010)*, *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* og *álits UA (3820/2003)* sem veita vissar leiðbeiningar við hugtakaafmörkun. Einnig verður norsk lögjöf og dómaframkvæmd könnuð.

Í réttarheimildum sem vísað var til í 2. kafla má sjá að orðalag ákvæða um markmið takmarkana á réttindum er ekki ávallt hið sama en hugtökin allsherjarregla, almannaöryggi, þjóðaröryggi, lýðheilsa / almannaheilbrigði, utanríkisstefna ríkisins, mikilvægir þjóðarhagsmunir og alþjóðleg samskipti koma fyrir, í mismiklum mæli þó. Álitafni er hvort lagður sé sami skilningur í sömu hugtök við mismunandi aðstæður og hvort er hægt að greina á milli þess efnislega inntaks sem þau hafa. Hér verður sjónum aðallega beint að þeim hugtökum sem oftast eru notuð, þ.e. allsherjarreglu og almannaöryggi en einnig þjóðaröryggi og öryggi ríkisins.

Í flestum tilvikum hefur takmörkun réttinda á grundvelli allsherjarreglu eða almannaöryggis verið talin heimil, eins og t.d. sjá má af fyrr tilvitnuðum Hæstaréttardómi og áliti umboðsmanns Alþingis. Hvernig mat fer fram á því hvenær takmarka má réttindi á grundvelli þessa er önnur spurning og getur verið örðugt að svara því þar sem mörg gögn eru leynileg t.d. hjá lögreglu og ekki er hægt að fá aðgang að gögnum.

Hættumat er unnið af lögreglunni, sem sendir það svo til Útlendingastofnunar sem tekur ákvörðun um hvort matið fullnægi skilyrðum útlendingalaga um frávísun. Af dómi *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* sem og í *Hrd. 17. október 2013 (191/2012)* má ráða að hvorki Útlendingastofnun né ráðuneytið hafi verið í aðstöðu til að endurskoða hættumat lögreglu eins og áður er um getið, heldur sé þeirra hlutverk að meta hvort skilyrðum útlendingalaga til frávísunar hafi verið fullnægt, þ.e. lögreglan segir að einstaklingur sé ógn við allsherjarreglu og það metur og heimfærir Útlendingastofnun upp á rétta lagagrein ef svo ber undir. Efnislegt mat lögreglu er því sjaldan eða aldrei dregið í efa. Hæstiréttur sagði í sínum dómi að niðurstaða áfrýjaðs dóms um að ekki hefðu verið þeir annmarkar á hættumatinu að ekki yrði á því byggt við ákvarðanatöku um það hvort vísa ætti áfrýjanda frá landinu umrætt sinn m.a. vegna lögbundins hlutverks ríkislögreglustjóra og er því sammála.

Lagaleg merking verður ekki ráðin með því að horfa á hvert og eitt hugtak án þess að taka tillit til heildarmats á samhengi ákvæðisins.⁸³ Innra og ytra samhengi lagaákvæða þarf að kanna, en í því ytra felst m.a. skoðun á lögskýringargögnum, forsögu ákvæðis og markmiði löggjafans.⁸⁴ Í þeim ákvæðum sem áður hefur verið gefið yfirlit yfir er samhengið ávallt að vernda ríkið og borgara þess gegn mismunandi utanaðkomandi vá. En skiptir máli hvaða hugtak er notað hverju sinni, hvort t.d. ákvörðun sé byggð á verndun allsherjarreglu eða þjóðaröryggi? Hver er mælikvarðinn á hvort t.d. allsherjarreglu sé ógnað? Ljóst er að stjórnvöldum er ætlað svigrúm til að skilgreina hvað í þessum hugtökum felst og hvenær því sé ógnað.⁸⁵ Einnig er ljóst að þessi hugtök verða ekki skilgreind út í hörgul, stjórnvöld eiga að hafa svigrúm til að meta og taka á nýjum aðstæðum sem upp geta komið. Fleiri spurningar sem kvikna eru hvort stjórnvöld fari út fyrir þann ramma sem Evrópulöggjöfin ætlaði þeim eða hvort ríki hafi haldið sig innan þess ramma sem undantekningin, sem skilgreina á þröngt þar sem um skerðingu á mikilvægum réttindum fólks er að ræða, veitir þeim? Dómaframkvæmd bæði evrópsk og hérland gefur vísbendingar um hvort ríki fari út fyrir það sem löggjöfin ætlaði þeim.

8.2 Hvað felst í allsherjarreglu og almannaöryggi?

8.2.1 Allsherjarregla

Almennt hafa hugtök eins og allsherjarregla og almannaöryggi ekki verið skýrð í lögskýringargögnum, eins og áður hefur komið fram í yfirferð 2. kafla. Þó var tekið fram í leiðbeiningum með tilskipun 2004/38/EB að mikilvægt væri að gera skýran greinarmun á allsherjarreglu og almannaöryggi en ekki rökstutt hvers vegna það væri mikilvægt. Almannaöryggi (e. *public security*) er almennt túlkað svo að það nái til innra og ytra öryggis, þ.e. að haldið sé uppi lögum og reglu þannig að trúverðugleiki aðildarríkisins og stofnana þess sé yfir allan vafa hafinn. Allsherjarregla (e. *public policy*) er almennt túlkuð þannig að hún kemur í veg fyrir að unnið sé gegn þjóðskipulaginu.⁸⁶ Spurningin sem eftir stendur er hvort ekki væri í lagi að allsherjarregla og almannaöryggi sköruðust og gerist það ekki oft og tíðum?

⁸³ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 47.

⁸⁴ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 24.

⁸⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 10.

⁸⁶ „Public security is generally interpreted to cover both internal and external security along the lines of preserving the integrity of the territory of a Member State and its institutions. Public policy is generally interpreted along the lines of preventing disturbance of social order.“ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better*

Þrátt fyrir leiðbeiningar um túlkun tilskipunar ESB nr. 2004/38/EB eru aðstæður þar sem takmarkanir á réttindum eru byggðar á allsherjarreglu sem og almannaoýruggi enn afar matskenndar. Af dómaframkvæmd og leiðbeiningum frá framkvæmdastjórninni að ráða hafa aðildarríki sjálf mat um hvað í hugtökunum felst, en þar sem um undantekningu frá einu af fjórfrelsinu er að ræða þarf að skýra þær undantekningar þröngt.

Á ensku hefur hugtakið *public policy* verið notað um allsherjarreglu, en *ordre public*⁸⁷ upp á frönsku er einnig gjarnan notað á meginlandi Evrópu.⁸⁸ Notkun beggja orða hefur margar hliðar, og getur haft mismunandi áhrif eftir því hvert umfjöllunarefnið er.⁸⁹ Að vísu eru ekki allir fræðimenn sammála eða jafnvel vissir um hver munurinn á hugtakanotkuninni á allsherjarreglu á frönsku og ensku er, þ.e. á *ordre public* og *public policy*.⁹⁰ Sem dæmi um mismunandi notkun má þó taka að í alþjóðlegum einkamálarétti vísa hugtökin m.a. til þess að erlendir dómur eigi ekki að vera viðurkenndir né þeim framfylgt ef slíkt væri talið andstætt allsherjarreglu⁹¹ og á því ekki beint við í umfjöllun sem þessari en sýnir fram á margbreytileika hugtakanna. Þá er talinn vera ákveðinn eðlismunur á hugtökunum tveimur, þ.e. *public policy* í fordæmisrétti (e. *common law*) og *ordre public* í meginlandsrétti (e. *civil law*), en hann sést aðallega á því að *ordre public* er skrásett regla eins og venjan er í meginlandsrétti en hefur þróast í dómssölum engilsaxnesks réttar sem styðst við fordæmisrétt.⁹²

Roel de Lange segir að hugtakið *ordre public* hafi margar hliðar, í Frakklandi vísar það til undirstöðu réttarríkisins en *public policy* sem notað er í ensku inniheldur ekki undirstöðu réttarríkis né grundvallarréttindi ríkisborgara, heldur er *public policy* einmitt oft notað til takmörkunar á grundvallarréttindum fremur en að auka við þau, þannig að ákvarðanir byggðar á *public policy* hugtakinu ganga framar grundvallarréttindum oft og tíðum.⁹³ Varðandi frávísun útlendinga á grundvelli allsherjarreglu er ljóst að ef um ríkisborgara EES landa er að ræða, þá er verið að takmarka grundvallarréttindi sem þeim hafa verið veitt, þ.e. frávísunin gengur framar grundvallarréttindum.

transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, bls. 10.

⁸⁷ Í þessum kafla verður oft vísað til erlendar hugtakanotkunar til skýringarauka.

⁸⁸ Lori Wood: „Public Policy” Discrimination in the EEC: A Proposal for assuring the Free Movement of Workers”, bls. 456.

⁸⁹ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights”, bls. 7.

⁹⁰ Catherine Kessedjian: „Public Order in European Law”, bls. 26.

⁹¹ Ekkehard Regen: „Ordre Public”, <http://www.ordrepublic.de>.

⁹² Kent Murphy: *The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law*, bls. 599.

⁹³ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights”, bls. 9.

Rian de Jong skilgreinir hugtakið *ordre public*,

...eins og það er almennt notað á meginlandinu. Það vísar til viðhalds gilda og hagsmuna sem eru skilgreindir nauðsynlegir í ákveðnu samfélagi eða réttarkerfi.⁹⁴

Gerhard Van der Schyff vísar til verka Alexandre Kiss til að rökstyðja,

...að hugtökin „*ordre public*“ og „*public policy*“ eru hugtök sem ekki eru algild eða nákvæm og geta ekki fylgt ákveðinni forskrift en verða að virka á hverjum tíma, stað og við hvaða aðstæður sem er. Í bæði meginlandsrétti sem og fordæmisrétti þarf einhver óháður valdsmaður að koma til að meta mismunandi hagsmuni í hverju máli.⁹⁵

Niðurstaða þessara fræðimanna er að þótt hugtökin séu lík, geti þau tekið til ólíkra aðstæðna. Í frönsku væri hugtakið samheiti yfir velferð almennings bæði í allsherjar- og einkamálarétti. Þrengri túlkun, þar sem *public order* væri samheiti við *public security*, kæmist nærri því að merkja það „að koma í veg fyrir óreglu í samfélaginu“ segir í grein Roel de Lange.⁹⁶ Sú niðurstaða stangast á við það að bæði hugtökin eru t.d. talin upp í tilskipun 2004/38/EB sem og athugasemd í grein Catherine Kessedjian um að gera þurfi greinarmun á hugtökum eins og *public morality*, *public policy* og *public security* þar sem í greinum stofnsáttmála Evrópubandalagsins sé vísað til þessara þriggja hugtaka af ástæðu en ekki eitt yfirhugtak látið nægja, þótt svo geti borið við að vísað verði til allra hugtakanna í einu og sama málinu.⁹⁷ Skýringar á því hvers vegna svo mikilvægt sé að gera greinarmun á þessum tveimur hugtökum eru vandfundnar.

8.2.1.1 Allsherjarregla í íslenskum rétti

Lögfræðiorðabók sem og íslensk orðabók skýra allsherjarreglu svo:

Það að haldið sé uppi lögum og reglu í samfélaginu eftir því sem nauðsynlegt verður að teljast. Getur verið heimilt markmið takmörkunar á mannréttindum, t.d. á tjáningarfrelsi, sbr. 3. mgr. 73. gr. stjkskr. Um aðgerðir lögreglu í þágu allsherjarreglu og almannafríðar er fjallað í 15. gr. lögreglulaga 90/1996 → *ordre public*.

Í stjórnarskránni er minnst á allsherjarreglu í sambandi við bæði trúfrelsi og tjáningarfrelsi. Tjáningarfrelsinu má aðeins setja skorður með lögum í þágu allsherjarreglu

⁹⁴ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, bls. 8. „...usually has on the continent. It refers to maintenance of the values and interests that are considered essential in a certain society or legal system.“

⁹⁵ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, bls. 9. „is a concept that is not absolute or precise, and cannot be reduced to a rigid formula but must remain a function of time, place and circumstances. In both civil and common law systems it requires someone of independence and authority to apply it by evaluating the different interests in each case.“

⁹⁶ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, bls. 9.

⁹⁷ Catherine Kessedjian: „Public Order in European Law“, bls. 27.

segir í 3. mgr. 73. gr. stj.skr. Það sem talið væri brjóta í bága við allsherjarreglu gæti t.d. verið hvatning um að fremja afbrot eða skerðing á rétti fanga til að eiga samskipti utan veggja fangelsisins.⁹⁸ Varðandi trúfrelsi sagði Ólafur Jóhannesson á síðustu öld „hvað telja skuli til góðs siðferðis og allsherjarreglu sé breytilegt eftir siðaskoðun og löggjöf á hverjum tíma“.⁹⁹ Þar sem um undantekningu á meginreglu er að ræða hefur verið bent á að túlka beri þröngt hvað í allsherjarreglu felst.¹⁰⁰

Hvorug grein stjórnarskrárinnar veitir miklar leiðbeiningar um túlkun hugtaksins, hvort stuðst sé við sambærilegt mat í tilvikum þar sem allsherjarreglu er ógnað eða hvort hægt væri að nýta réttarframkvæmd á þeim í tilvikum þegar allsherjarreglu telst ógnað svo að vísa þurfi útlendingum frá.

Í 75. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um að ekki megi setja atvinnufrelsi skorður nema almannahagsmunir krefjist þess. Hæstiréttur hefur m.a. fjallað um atvinnufrelsi m.a. í *Hrd. 20. febrúar 2003 (542/2002)* þar sem einkasýningar á nektardansi voru bannaðar á grundvelli lögreglusamþykktar, sem áfrýjandi taldi vega að atvinnufrelsi hans samkvæmt stjórnarskrá. Hæstiréttur taldi leyfilegt að „setja þeirri atvinnustarfsemi almennar skorður í þágu velsæmis og allsherjarreglu“ eins og segir í dómsniðurstöðu og að bannið væri ekki brot gegn atvinnufrelsi hans. Erfitt er að draga einhverja nákvæma ályktun af niðurstöðu Hæstaréttar varðandi notkun þessa hugtaka; í stjórnarskránni má setja atvinnufrelsi skorður ef almannahagsmunir krefjast þess en í lögum nr. 36/1988 um lögreglusamþykktir er í 3. gr. kveðið á um að í lögreglusamþykktum megi kveða á um það sem varði allsherjarreglu, s.s. samkvæmt b-lið um skemmtanahald.

Hvernig íslensk stjórnvöld meta allsherjarreglu og almannaöryggi er nokkuð óljóst. Líta má til lögreglulaga nr. 90/1996 þar sem í 15. gr. er lögreglunni heimilað að grípa til aðgerða í þágu almannafríðar, allsherjarreglu o.fl. Í lögskýringargögnum er ekki farið í saumana á því hvað í allsherjarreglu felst og virðist lögreglan því hafa í hendi sér mat á því hvort þessi óskilgreindu hugtök eigi við í hvert og eitt sinn. Ríkislögreglustjóri svaraði ekki fyrirspurn um það hvort ákveðnar leiðbeiningar eða viðmiðanir væru til við mat á því hvenær allsherjarreglu, almannaöryggi eða þjóðaröryggi væri ógnað. Ekki er hægt að fá aðgang að hættumatinu sem ríkislögreglustjóri vann þegar Vítisengillinn í *Hrd. frá 17. október 2013 nr. 191/2010* kom til landsins. Heildarmat ríkislögreglustjóra var að viðkomandi ógnaði allsherjarreglu og almannaöryggi m.a. vegna tengsla við alþjóðleg samtök sem talin væru

⁹⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur, mannréttindi*, bls. 374.

⁹⁹ Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 430.

¹⁰⁰ Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 265.

auka líkur á skipulagðri glæpastarfsemi á Íslandi. Við gerð hættumatsins var litið til skýrslna sem Evrópulögreglan hafði gert sem taldi Vítisengla vera skipulögð alþjóðleg glæpasamtök, en Evrópulögreglan hefur búið til skilgreiningu með 11 atriðum þar sem a.m.k. sex atriði þurfa að vera uppfyllt svo að samtök teljist stunda skipulagða glæpastarfsemi.

8.2.1.2 Allsherjarregla í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins

Allsherjarregla veitir ríkjum ekki frjálsar hendur til að útiloka EES ríkisborgara ef engin almenn stefna hefur verið mörkuð um hvað í brotum á reglunni felst.¹⁰¹ Hins vegar þarf að meta hvert og eitt tilvik fyrir sig en ekki byggja brot á allsherjarreglu á almennum, fyrirbyggjandi ástæðum eða að frávísun eða brottvísun verði sjálfkrafa vegna einhverra fyrirfram ákveðinna aðstæðna.¹⁰² Hvernig kvarðinn nákvæmlega á að vera er matskennt í hverju og einu tilviki fyrir sig, en Evrópudómstóllinn hefur gefið leiðbeiningar í hvaða átt kvarðinn eigi að liggja líkt og lesa má úr dómum sem áður voru reifaðir í 3. kafla. Það að framfylgja ekki eða fullnægja stjórnáskilum formsatriðum er ekki nóg til að brjóta gegn allsherjarreglu, sbr. áður reifaða Evrópudómstólsdóma í málum bæði *Jean Noël Royer* og *Watson & Belmann*. Almenn varnaðarregla er ekki nóg eins og áður hefur komið fram samkvæmt t.d. máli *Bonsignore* og minni háttar brot á löggjöf eins og varsla eiturlyfja nægir heldur ekki sbr. mál *Bouchereau*.

Í máli *Van Duyn* var hinsvegar staðan sú að Vísindakirkjan var talin *socially harmful* og var hollenskri konu sem tilheyrði henni því vísað frá Bretlandi. Það var talið í lagi af Evrópudómstólnum þrátt fyrir að hið sama gildi ekki um ríkisborgara Bretlands. Í *Adoui & Cornaille* blasti það við að dómstóllinn taldi að hið sama þyrfti að ganga yfir alla, bæði innlenda og erlenda ríkisborgara. Lori Wood telur dómana þó ekki fara gegn hvorum öðrum þar sem í *Van Duyn* gátu stjórnvöld ekki bannað Vísindakirkjuna með neinum hætti en gátu reynt að setja ýmsar skorður við starfsemi hennar. Í *Adoui & Cornaille* kom hins vegar til skoðunar að vændi var leyft í Belgíu og þannig var ekki hægt að banna frönskum ríkisborgurum að stunda vændi þegar belgískum ríkisborgurum var það frjálst. Það sama var uppi á teningnum í máli *Jany o.fl.* þar sem aðildarríki gátu ákvarðað hvað fælist í ógnun eða broti á allsherjarreglu, en það gæti ekki verið önnur háttsemi en sú sem ríkisborgurum aðildarríkja væri leyfð.

¹⁰¹ Lori Wood: „Public Policy” Discrimination in the EEC: A Proposal for assuring the Free Movement of Workers”, bls. 454-455.

¹⁰² *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, bls. 11.

Catherine Kessdijan dregur þær ályktanir af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins að a.m.k. tvær forsendur þurfi að vera til staðar svo að regla sé talin vera allsherjarregla (e. *public policy*), 1) hún verður að vera nógu alvarleg hættu en ekki aðeins brot á hvaða reglu sem er og 2) markmið allsherjarreglunnar verður að vera að vernda grundvallarréttindi samfélagsins sem um ræðir.¹⁰³ Einnig dregur hún þær ályktanir af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins að hann veigri sér ekki við að meta hvort regla sem aðildarríki telur að sé lögboðin falli í raun og veru undir undantekningu frá allsherjarreglu. Þá vísar hún til tilskipunar 2000/31/EB (*Electronic Commerce Directive*) þar sem talið er upp í dæmaskyni hvað talið er stangast á við allsherjarreglu, en það er t.d. vegna mismununar á grundvelli kynþáttar, kyns, trúar eða þjóðernis. Þótt listinn sé ekki tæmandi talinn þá munu þessi dæmi hjálpa til við og beina túlkun á reglunni í ákveðnar áttir.¹⁰⁴

8.2.2 Almannaöryggi

Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) fjallaði um hugtakið almannaöryggi í *Hrd. 191/2010* og taldi að í því fælist hvoru tveggja innra og ytra öryggi, en allsherjarregla væri almennt túlkuð þannig að hún tæki til þess að varna truflun á þjóðskipulagi. Þá taldi ESA að heimila yrði EES ríkjum ákveðið svigrúm við að afmarka skilyrði allsherjarreglu og almannaöryggis. Þetta almenna orðalag segir ekki margt nýtt, en er í samræmi við leiðbeiningar um túlkun tilskipunar 2004/38/EB frá framkvæmdastjórn ESB.

Í *UA 29. desember 2003* taldi UA ekki ástæðu til að draga efnislegt mat lögreglustjóra um ógnanir við allsherjarreglu og þjóðaröryggi í efa af þeim gögnum sem fyrir hann voru lögð, einkum vegna fámennis íslensku lögreglunnar og fjölda fyrirhugaðra mótmælenda.

Leiða má líkur að því að þjóðaröryggi og almannaöryggi séu afar lík hugtök, en þjóðaröryggi gæti verið yfirhugtak yfir almannaöryggi - í öryggi þjóðarinnar felst öryggi almennings. Lögfræðiorðabók skýrir þjóðaröryggi sem svo að það sé „ytra sem innra öryggi þjóðarinnar. Þjóðaröryggi getur verið ástæða fyrir takmökunum á mannréttindum, sbr. t.d. 2. mgr. 8. gr. MSE.“¹⁰⁵ Almannaöryggi er ekki skilgreint í lögfræðiorðabók né íslenskri orðabók. Ekki er til nein einhlít skilgreining á því hvað felst í orðinu eða hugtakinu öryggi við þessar aðstæður.¹⁰⁶

¹⁰³ Catherine Kessdijan: „Public Order in European Law“, bls. 29.

¹⁰⁴ Catherine Kessdijan: „Public Order in European Law“, bls. 32.

¹⁰⁵ Páll Sigurðsson ritstj.: *Lögfræðiorðabók með skýringum*, bls. 512.

¹⁰⁶ Silja Bára Ómarsdóttir: *Öryggissjálfsmynd Íslands*, bls. 138.

Almenn málvenja og hugrenningartengsl leiða að verndun ríkis gegn árásum eins og í stríði eða hryðjuverkum þegar um þjóðaröryggi er að ræða. Þverpólitísk nefnd um mótun þjóðaröryggisstefnu fyrir Ísland skilaði af sér tillögum fyrir slíka stefnu þann 7. mars 2014.

Markmið þjóðaröryggisstefnu fyrir Ísland er að tryggja sjálfstæði þess og fullveldi, tryggja friðhelgi landamæra Íslands og öryggi borgaranna, tryggja vernd stjórnkerfisins og grunnvirkja samfélagsins.“ ... „Nefndin skiptir stefnunni í þrjá þætti: virk utanríkisstefna, varnarstefna og almannaöryggi. Nefndin leggur ekki til að ógnum og áhættuþáttum verði forgangsraðað með beinum eða línulegum hætti. Hins vegar telur nefndin æskilegt að gerð sé grein fyrir því hvaðan helstu hættur kunni að steðja og notast við sveigjanlegri aðferð í því tilliti.¹⁰⁷

Af tillögum nefndarinnar að dæma er ljóst að hún telur þjóðar- og almannaöryggi geta verið ógnað af mjög alvarlegum aðstæðum og geta þar undir líka fallið aðstæður sem eru ekki af mannavöldum eins og náttúruhamfarir sem og t.d. netglæpir sem ekki virða landamæri. Slíkar ógnanir varða ekki frávisun útlendinga en gefa vísbendingar um að mikið þurfi að koma til að þjóðaröryggi teljist ógnað.

Eins og áður hefur fram komið er ekki kveðið jafn fast að orði um hugtökin, líkt og þjóðaröryggisstefnan gerir, í leiðbeiningum um túlkun tilskipunar 2004/38/EB, almannaöryggi nær til innra og ytra öryggis, þ.e. að haldið sé uppi lögum og reglu þannig að trúverðugleiki aðildarríkisins og stofnana þess sé yfir allan vafa hafinn. Leiða má líkur að því að dómstólar eins og Evrópudómstóllinn eða MDE eigi að skýra hugtök eins og allsherjarreglu í sem mestu samræmi við stjórnarskrá þeirra ríkja sem á henni byggja.¹⁰⁸

8.3 Samanburður við norska löggjöf

Norsk löggjöf virðist nokkuð áþekk þeirri íslensku að miklu leyti, enda eru bæði ríki aðilar að Schengen og EFTA en standa utan ESB. Ákvarðanatöku um bæði frávisanir og brottvísanir er með svipuðum hætti í Noregi og á Íslandi, Útlendingastofnun (n. *Utlendingsdirektoratet*) tekur slíkar ákvarðanir eftir undirbúning lögreglu.

Norðmenn hafa innleitt tilskipun ESB nr. 2004/38/EB og telja að hugtök eins og allsherjarregla og almannaöryggi geti falið í sér mismunandi merkingu eftir stað og stund rétt eins og Evrópudómstóllinn hefur einnig margítrekað.

Hugtakið allsherjarregla [n. *offentlig orden*] á sér langa sögu og er tengt dómaframkvæmd í öðrum löndum Evrópu. Evrópudómstóllinn hefur í mörgum málum skilgreint og afmarkað svið hugtaksins.¹⁰⁹

¹⁰⁷ „Nefnd um mótun þjóðaröryggisstefnu fyrir Ísland. Tillögur“, bls. 3 og 8.

¹⁰⁸ Roel de Lange: „The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights“, bls. 21.

¹⁰⁹ Vigdis Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 84.

Þrátt fyrir það þá á hugtakið sér þó ekki langa sögu í norsku lagamáli en er ekki svo frábrugðið *tvingende samfunnsmessige hensyn*, sem kemur fyrir í 57. gr. útlendingalaga um EES ríkiborgara, þótt allsherjarregla (n. *offentlig orden*) sé víðtækara.¹¹⁰ Grunnhugsunin á bakvið hugtakið allsherjarreglu er að koma einstaklinga til lands megi ekki stríða gegn opinberum hagsmunum almennings en slíkt getur verið mismunandi milli staðar, stundar og aðstæðna. Sem dæmi væru alþjóðlegir fundir og samkomur þar sem ljóst er að margir munu mæta og einnig ef ljóst er að von er á hópum af ofbeldismönnum til landsins eða vélhjólasamtökum.¹¹¹ Þegar friðarverðlaun Nóbels voru veitt í Osló árið 2009 var takmörkun á grundvelli síkra hagsmuna tekin upp.¹¹² Einnig má taka sem dæmi mun á því hvar atburðir gerast, sem dæmi ef útlenskar vændiskonur streyma inn í lítið samfélag þá raskar það allsherjarreglu meira en það myndi gera í stærra samfélagi.¹¹³

Hugtakið þjóðaröryggi (n. *indre sikkerhet*) getur skarast á við allsherjarreglu en þar undir getur einnig fallið atvik og aðstæður sem eru alvarleg ógnun við sjálfstæði ríkisins, stjórnarskrána, yfirvöld og ráðamenn.¹¹⁴ Hugtakið *nasjonale sikkerhet* er að mestu í samræmi við *rikets sikkerhed*, en í því síðarnefnda geta einnig falist önnur ríki eins og t.a.m. önnur aðildarríki að Schengen.¹¹⁵ Þá getur einnig merking *rikets sikkerhed* verið mismunandi á milli lagabálka, enda kemur það fyrir í hinum ýmsu lögum en afar sjaldgæft er að einhverjum sé vísað frá eða á brott á grundvelli þess.¹¹⁶

8.4 Frávísanir og vélhjólasamtök á Íslandi og í Noregi

Fyrir tíu árum voru frávísanir á grundvelli allsherjarreglu eða almannaoöryggis í Noregi mjög sjaldgæfar.¹¹⁷ Þær eru það einnig á Íslandi, en með tilkomu vélhjólasamtaka eins og Vítisengla hefur þeim fjölgað. Það eru nánast einu dæmin um að frávísunarheimildinni hafi verið beitt, að frátalinni komu Falun Gong liða til Íslands eins og áður hefur verið fjallað um. Norsk stjórnvöld hafa, rétt eins og þau íslensku, reynt að sporna við útbreiðslu og framgangi samtaka Vítisengla sem og annarra vélhjólasamtaka þar í landi og með því hefur frávísunum eitthvað fjölgað, þótt ekki séu þær mjög algengar. Til dæmis hefur dönskum, þýskum og lúxemborgískum Vítisenglum verið vísað frá á grundvelli 122. gr. norsku útlendingalaganna

¹¹⁰ *Lögskýringargögn með lögum um Schengen upplýsingakerfið og breytingalögum á útlendingalögum (Om lov om Schengen Informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven 1998-1999)*, bls. 133.

¹¹¹ Bjørn Vandvik, Kristen Ottesen Kvigne, Runa Bunæs: *Utlendingsrett*, bls. 312.

¹¹² Vigdís Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 84.

¹¹³ Bjørn Vandvik, Kristen Ottesen Kvigne, Runa Bunæs: *Utlendingsrett*, bls. 312.

¹¹⁴ Vigdís Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven*, bls. 84.

¹¹⁵ *Lögskýringargögn með lögum um Schengen upplýsingakerfið (SIS) og breytingalögum á útlendingalögum (Om lov om Schengen Informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven 1998-1999)*, bls. 133.

¹¹⁶ NOU 2004:20 Ny utlendingslov, kafli 13.5.1.

¹¹⁷ Bjørn Vandvik, Kristen Ottesen Kvigne, Runa Bunæs: *Utlendingsrett*, bls. 312.

sem varða allsherjarreglu og almannaoeryggi.¹¹⁸ Einnig hefur forseta Vítisengla á Íslandi, íslenskum ríkisborgara, verið vísað frá Noregi.¹¹⁹

Síðast í október 2013 var ellefu manns vísað frá Íslandi vegna ætlaðra tengsla við vélhjólaklúbbinn Val kölska (e. *Devil's Choice*) sem er stuðningsklúbbur Vítisengla.¹²⁰ Einum Dana var leyft að halda för sinni til landsins áfram þar sem hann taldist ekki vera ógn við allsherjarreglu eða almannaoeryggi,¹²¹ sem og „sex fylgiskonum þeirra.“¹²²

Ljóst er að í Noregi eru starfandi samtök Vítisengla sem og fleiri vélhjólagenja sem bendluð eru við skipulagða glæpastarfsemi. Þar má nefna Ræningja (s. *Bandidos*), Útlaga (e. *Outlaws*), Svindlara líkkistunnar (e. *Coffin Cheaters*) og fleiri¹²³ og hefur þannig ekki náðst að takmarka útbreiðslu þeirra samtaka jafn vel og á Íslandi. Mismunandi vélhjólasmötök hafa eldað grátt silfur um árabil og er því mikilvægt að koma í veg fyrir að mismunandi samtök nái fótfestu hér á landi þar sem af því gætu hlotist alvarlegar afleiðingar.¹²⁴ Sem dæmi má taka að í Danmörku hefur geisað gengjastrið milli Vítisengla og Ræningja undanfarin ár, á tíunda áratugnum létu minnst ellefu manns lífið í blóðugum átökum.¹²⁵

Árið 2009 var fullyrt að vélhjólaklúbburinn Fáfñir hefði tekið upp nafnið MC Iceland og væri orðinn opinber stuðningsaðili Vítisengla.¹²⁶ Í mars 2011 fullyrti ríkislögreglustjóri að MC Iceland fengi fulla aðild að samtökum Vítisengla¹²⁷ og var það einnig tekið fram í ráðgefandi áliti EFTA dómstólsins E-15/12. Í mati ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum árið 2013 segir að borið hafi á forystukreppu innan Vítisengla og „að umsvif klúbbsins séu minni en áður.“¹²⁸

8.5 Norsk dómaframkvæmd um frávísanir og brottvísanir útlendinga

Ekki er um auðugan garð að gresja í norski dómaframkvæmd varðandi frávísanir útlendinga á grundvelli allsherjarreglu eða öryggis ríkisins. Við leit í norska dómasafninu var eitt mál sem varðaði frávísun útlendinga, og það óbeint.

¹¹⁸ „Norge kan bli saksøkt av Hells Angels“, <http://www.abcnyheter.no>.

¹¹⁹ „Forseta Hells Angels vísað frá Noregi“, <http://www.visir.is>.

¹²⁰ „Ellefta manningum vísað úr landi“, <http://www.mbl.is>.

¹²¹ „Lögreglan með Norðmann til skoðunar“, <http://www.mbl.is>.

¹²² „Fleiri mótorhjólsmenn á leiðinni“, <http://www.visir.is>.

¹²³ *Forebygge og bekjempe kriminalitet fra énprosentmiljøet og kriminelle MC-gjenger*, bls. 11.

¹²⁴ „MC Iceland ekki þeir einu sem leita fylgis við vafasóm mótorhjólasmötök“, <http://eyjan.pressan.is>.

¹²⁵ „Stríð hafið að nýju á milli Hells Angels og Bandidos í Danmörku“, <http://www.visir.is>

¹²⁶ „Fáfñir lagðir niður – Hells Angels staðreynd á Íslandi“, <http://www.visir.is>.

¹²⁷ „MC Iceland fær inngöngu í Hells Angels næstu helgi“, <http://www.visir.is>.

¹²⁸ *Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum*, bls. 17.

1) Lögbann við frávísun Vítisengla

Dómur norsks undirdómstóls í Osló (*Oslo byfogdembete*), *TOBYF 2011, 125335* sem staðfestur var af héraðsdómi (*borgarting lagmannsretten*), *Rg. 2011, bls. 897* fjallaði um mál tuttugu meðlima Vítisengla, ríkisborgara í öðrum löndum en Noregi, sem ætluðu til Stafangurs í ágúst 2011 að fagna fimmtán ára afmæli MC Stavanger, sem er deild innan norsku Vítisenglanna. Þeir vildu fá lögbann þess efnis að lögreglunni yrði meinað að nota lögregluvald á grundvelli útlendingalaga í tengslum við komu þeirra til Noregs á ákveðnu tímabili í ágúst 2011. Þeir höfðu ætlað að koma til landsins í apríl sama ár en var þá vísað frá, en þeir töldu þær aðgerðir einnig ólöglegar, og óttuðust að sagan myndi endurtaka sig. Þannig kröfðust þeir einnig munnlegrar sem og hraðrar málsmeðferðar. Þeir kröfðust að lögreglunni og norsku útlendingastofnuninni yrði meinað að nýta heimildir útlendingalaga til að handtaka þá, fangelsa og vísa þeim frá landi.

Norski dómstóllinn féllst ekki á þær kröfur. Með slíku lögbanni myndi dómurinn samþykkja að lögregluvald væri ekki aðeins takmarkað af dómstólum heldur myndi hann einnig útiloka að heimildir laganna yrðu nýttar ef til þess þyrfti að koma, dómstóllinn myndi veita lögreglunni bindandi fyrirmæli til framtíðar. Norski dómstóllinn vísaði til þrískiptingar ríkisvalds, að það væri ekki á valdi dómstóla að takmarka svo vald framkvæmdavaldsins til framtíðar að þeir gætu ekki farið að lögum sem þingið hefði sett. Dómstóllinn taldi að það að ákvarða um möguleg atvik í framtíðinni eða svara slíkum lögspurningum um lögbann myndi ekki standast stjórnarskrána, norsk lög og væri fordæmalaust. Þótt dómstólar hefðu stundum vald til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir væri það eftir á en fæli ekki sér fyrirfram skoðun. Dómstóllinn vísaði kröfunum því frá.

Eins og áður sagði eru fá mál um frávísanir útlendinga á grundvelli allsherjarreglu eða öryggis ríkisins. Einhver mál varða brottvísanir útlendinga, en sjaldnast á grundvelli allsherjarreglu. Þegar um refsidóma er að ræða eru þau brot oft og tíðum talin brjóta gegn grunnildum samfélagsins sem geti þannig réttlætt brottvísun, þar sem í raun sé brotið gegn allsherjarreglu.

Matið er öðruvísi þegar um brottvísanir er að ræða þar sem oftast nær hafa útlendingarnir fest rætur í landinu sem verið er að vísa þeim á brott frá, og þarf því að taka fjölskylduhagi og félagslegar aðstæður með inn í reikninginn við ákvörðun sem stangast oft á við t.d. 8. gr. MSE sem það myndi ekki gera varðandi frávísun, eins og áður hefur komið fram.

2) Endurskoðunarvald dómstóla um brottvísanir

Í *Rt. 2000 bls. 591* var það staðfest að dómstólar hafa rétt til að endurskoða ákvarðanir um brottvísun, bæði hvað varðar hlutlæg skilyrði og hvort meðalhófs hafi verið gætt við ákvörðun. Þar var pólskum ríkisborgara sem hafði fengið hæli í Noregi vísað á brott eftir að hafa fengið dæmda á sig refsidóma. Málið snerist ekki um ógn við allsherjarreglu, en lagði línurnar um endurskoðunarvald dómstóla.

3) Brottvísun ótilhlýðileg niðurstaða

Í *Oslo Tingrett TOSLO 2008, 155642*, átti að vísa spænskum ríkisborgara sem búsettur hafði verið í Noregi í fimmtán ár frá á grundvelli 58. gr. útlendingalaga sem kveða á um að útlendingi megi vísa frá ef hann telst ógna allsherjarreglu eða almannaoýruggi, t.d. ef framferði hans telst ógnun við samfélagið. Hann átti við geðræn vandamál að stríða og hafði m.a. framið vopnaða árás með hníf. Dómstóllinn felldi ákvörðun Útlendingastofnunar um brottvísun úr gildi á þeim grundvelli að það væri óforsvaranlegt frá lækisfræðilegu sjónarmiði að vísa svo veikum einstakling brott án þess að ljóst væri að hans biði lækisfræðileg meðferð í heimalandi sínu þar, sem aðeins stutt hlé á meðferð gæti valdið geðrofi að nýju. Þá hefði viðkomandi búið lengur en í tíu ár í Noregi og ekki teldust alvarlegar ástæður liggja að baki brottvísun á grundvelli allsherjarreglu eða almannaoýruggis líkt og a-liður 3. mgr. 28. gr. tilskipunar 2004/38/EB tiltekur. Að öllu virtu teldist brottvísun vera ótilhlýðileg niðurstaða. Hér er því um viðsnúning á niðurstöðu að ræða, þar sem dómstóllinn fellir ákvörðun Útlendingastofnunar úr gildi.

4) Brottvísun vegna refsidóma

Þá er dómur *Rt. 2009, bls. 705* er varðar pólskan ríkisborgara sem dæmdur var fyrir fíkniefnaglæp, en hafði áður verið dæmdur fyrir ýmsa aðra refsiverða verknaði, bæði í Noregi og Póllandi. Honum var vísað á brott með endurkomubanni í fimm ár eftir ákvörðun Útlendingastofnunar vegna ógnar við allsherjarreglu. Undirdómur í Noregi ógilti ákvörðun Útlendingastofnunar m.a. vegna fjölskyldutengsla pólska ríkisborgarans í Noregi, en hann átti þarlenda konu og dóttur með henni. Hæstiréttur Noregs sneri þeim dómi hins vegar við og sagði að allsherjarregla næði til baráttunnar gegn glæpum, refsidómar eins og hann hefði hlotið sýndu ekki vilja til að aðlaga sig samfélaginu. Því væri brottvísunin ekki ósanngjörn gagnvart honum og fjölskyldu hans.

5) *Brottvísun fyrir eiturfjasmýgl*

Í dómi *TOSLO 2011, 123742* var hollenskur ríkisborgari sem átti þrjú börn sem kom til Noregs árið 2000 og nýtti sér rétt sinn sem ríkisborgari í ESB til að vera þar og vinna. Hann eignaðist barn með norski eiginkonu sinni sem hann síðar skildi við. Hann gerðist brotlegur við norsk refsilög með því að reyna að smygla inn eiturfjum og vísa átti honum á brott samkvæmt ákvörðun Útlendingastofnunar. Norski dómstóllinn, *Oslo Tingrett*, komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri ágreiningur um að brot hans á norskum refsilögum fæli í sér ógn við grundvallarhagsmunum samfélagsins og að enginn vafi væri á því að skilyrði um að brottvísun væri leyfileg á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis væru uppfyllt. Að öllu virtu taldi dómurinn að brottvísun hans væri forsvaranleg og ekki andstæð meðalhófsreglu eftir þau brot sem hann hafði framið, þrátt fyrir tengsl hans við Noreg enda hefði hann enn tengsl við Holland þar sem hann átti einnig börn.

6) *Brottvísun eftir nauðgun*

Í máli *LB 2011, 25337* var pólskur ríkisborgari sem flutti til Noregs og starfaði þar. Hann hafði ekki komist í kast við lögin þangað til hann nauðgaði. Hann gaf sig fram við lögreglu tveimur dögum eftir að árásin átti sér stað fullur eftirsjár og vildi bæta hvað hann gat fyrir brotið. Hann hjálpaði við að upplýsa málið og var tekið tillit til þess við ákvörðun refsingar. Efri réttur (*lagmannretten*) komst að þeirri niðurstöðu að nauðgun væri alvarlegur glæpur sem ógnaði grundvallarhagsmunum samfélagsins, á því lægi enginn vafi. Hins vegar verði brottvísun að grundvallast á framferði hvers og eins en megi ekki setja almennar varnaðarreglur og spurningin í þessu máli væri því hvort framferði hans væri ógn við allsherjarreglu. Nauðgun væri mjög alvarlegur glæpur og sá sem slíkan glæp gæti framið sýndi af sér grimmt og miskunnarlaust ofbeldi og það sýni persónuleg tengsl sem teljist alvarleg ógn við grunnildi samfélagsins. Að öllu virtu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að hann hefði sýnt iðrun og reynt að bæta sig m.a. með því að hætta að drekka áfengi þá væru skilyrði fyrir því að vísa honum á brott til staðar og ákvörðun Útlendingastofnunar var staðfest.

7) *Brottvísun vegna fíkniefnabrota*

Í *Rt. 1996, bls. 551* var A, kólumbískum ríkisborgara, vísað á brott frá Noregi eftir að hafa hlotið dóm fyrir brot gegn ávana- og fíkniefnalögum. Hann hafði búið í Noregi í tæp tuttugu ár með B. Þau höfðu áður hlotið dóm fyrir fíkniefnabrot sem og A í slagtogi við C einnig. A hélt því fram að það að vísa honum á brott færi gegn verndun 8. gr. MSE um friðhelgi

einkalífs og fjölskyldu, þar sem hann ætti fjölskyldu í Noregi en einnig þar sem hann hafði aflað sér ýmissa réttinda þar í landi, eins og ellilífeyris, sem annars myndi glatast. Hæstiréttur féllst ekki á þá röksemdafærslu þar sem hann hafði gerst sekur um alvarlegan glæp og m.a. verið dæmdur í sjö ára fangelsi, innflutningur fíkniefna væri alvarlegur glæpur gegn allsherjarreglu og lýðheilsu. Allsherjarregla og almannaoöryggi væri mikilvægara en réttur hans til að njóta samvista með fjölskyldu sinni eftir slíkt brot.

8.6 Ályktanir af norskri dómaframkvæmd

Í raun er erfitt að draga afdráttarlausar ályktanir af norskri dómaframkvæmd. Af frétttaflutningi að dæma hafa norsk yfirvöld vísað einstaklingum sem tengjast m.a. vélhjólasamtökum frá á grundvelli undantekningareglna um allsherjarreglu og almannaoöryggi. Af leit í dómasafni norskra dómstóla, bæði hjá undirrétum og Hæstarétti, sést að dómaframkvæmd er nánast engin um frávísanir, hvað þá á grundvelli allsherjarreglu eða öryggis ríkisins eða á efstu dómstigum. Af dómaframkvæmd um brottvísun að dæma þá hefur ýmsum ríkisborgurum annarra landa verið vísað á brott eftir að þeir hafa fengið refsidóma, en slíkt verður alltaf að byggjast á framferði þeirra sjálfra og má ekki setja almennar varnaðarreglur.

8.7 Samantekt

Ekki liggur fyrir ákveðin skilgreining á hugtökunum allsherjarreglu, almannaoöryggi eða þjóðaröryggi, hvað í þeim felst eða takmörkunum á þeim. Ríki eiga að geta metið það eftir því sem nýjar aðstæður koma upp. Engu máli virðist skipta hvort vísað sé til allsherjarreglu eða almannaoöryggis, þessi tvö hugtök geta skarast eða verið notuð bæði tvö og skiptir það litlu máli í framkvæmd. Gildissvið lagagreina sem nota bæði hugtökin eða fleiri, víkkar með því að hafa þau í texta lagagreina og mögulegt getur verið að fleiri aðstæður falli þar undir ef þau eru bæði eða öll höfð með.

Þó má sjá af 52. gr. útlendingalaga að þegar gildissviðið er útvíkkað um of að mati ESA, þ.e. þegar utanríkisstefna ríkisins, öryggi ríkisins og mikilvægir þjóðarhagsmunir eru talin upp í því ákvæði, þá telst ákvæðið ekki vera í samræmi við Evrópulöggjöf heldur auka við þau skilyrði sem Evrópulöggjöfin hefur sett og að Ísland hafi því ekki innleitt tilskipun 2004/38/EB rétt. Þannig er það talið skipta máli hvaða hugtök eru notuð að mati ESA.

Álitaefnið um það hvað felst í ógnun er jafnvel matskenndara en hugtökin sjálf. Það er lítil mælikvarði á það annað en að um persónulegt framferði einstaklings verður að vera að ræða en ekki almenna varnaðarreglu. Það að hafa gerst sekur um fíkniefnalagabrot og fengið á

sig dóm getur varðað brottvísun frá landi þar sem viðkomandi er ekki ríkisborgari eins og sjá má af norskri dómaframkvæmd og vega mannréttindi þess aðila sjálfs, eins og 8. gr. MSE er varðar friðhelgi einkalífs og fjölskyldu minna í þeim tilvikum þar sem allsherjarregla samfélagsins er talin vega þyngra, þ.e. samfélag án fíkniefna.

Lítil sem engin dómaframkvæmd er um frávísanir, aðeins brottvísanir sem geta verið annars eðlis þar sem einstaklingar hafa oft á tíðum fest rætur í nýju landi sem gerir matið enn flóknara. Af könnun norskra dómaframkvæmdar að dæma hefur þeim ákvörðunum um frávísanir sem teknar hafa verið þar í landi á undanförunum árum, eins og í tengslum við komu félaga í vélhjólasmötum, ekki verið vísað til dómstóla eða þau mál hafa ekki enn hlotið úrlausn.

9 Lokaorð

Hverju og einu aðildarríki EES samningsins er í sjálfsvald sett að meta hvað í allsherjarreglu, almannaöryggi og fleiri hugtökum felst í samræmi við tilskipun 2004/38/EB og hvað telst ógna þeim, en ljóst er að það getur verið mismunandi frá einum tíma til annars og einum stað til annars hvað í þeim felst. Hins vegar hefur í meðförum Evrópudómstólsins sem og MDE mótast dómaframkvæmd, þar sem vissar leiðbeiningareglur hafa verið gefnar og erfitt væri fyrir aðildarríki að víkja frá þeim takmörkunum sem dómstólarnir hafa sett eða ítrekað, eins og að til staðar sé nægjanleg og alvarleg ógn og að brot á formreglum eins og að skrá sig inn í land nægi ekki til frávísunar. Varðandi brottvísun spilar 8. gr. MSE stóran þátt í réttarvernd ríkisborgara sem flytja til annarra landa og stofna þar t.d. til fjölskyldu en slíkt á aðeins við um brottvísanir með endurkomubanni þar sem rætur hafa verið festar.

Ljóst er að lögreglu og framkvæmdavaldinu er falið mikið vald við að ákveða hvað brýtur í bága við allsherjarreglu eða öryggi ríkisins. Lögreglan vinnur hættumat vegna komu útlendinga til landsins sem taldir eru að geti ógnað allsherjarreglu og öryggi ríkisins. Útlendingastofnun tekur ákvörðun byggða á því mati, en eins og fram kom í dómi héraðsdóms í máli *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* þá telur dómstóllinn að hvorki Útlendingastofnun né innanríkisráðuneytið geti efnislega endurskoðað það mat og dómstóllinn gerir það ekki heldur. Í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í máli ZZ sem og í dómaframkvæmd MDE í málum *C.G. gegn Búlgaríu* og *Geleri gegn Rúmeníu* má sjá að dómstólarnir telja að dómstólum í aðildarríkjum eigi að vera fært að endurskoða ákvarðanir og mat stjórnvalda efnislega.

Ákvæði í íslenskum lögum og reglugerðum er að mestu í samræmi við norska löggjöf og reglur og tilskipanir ESB. Af rökstuddu álitni Eftirlitsstofnunar EFTA fer 1. mgr. 52. gr. útlendingalaga út fyrir það sem ESB gerir ráð fyrir, þ.e. vísað er til frávísunar á grundvelli „utanríkisstefnu ríkisins“ og „mikilvægra þjóðarhagsmuna“ sem gengur lengra en orðalag ESB, „allsherjarregla, almannaöryggi eða lýðheilsa“. Engar skýringar hafa borist frá íslenskum stjórnvöldum á þessu orðalagi en Eftirlitsstofnun EFTA hnýtti í þetta orðalag og þessa viðbótargrein í rökstuddu álitni sínu.

Ákvæði 3. mgr. 87. gr. reglugerðar 53/2003 um útlendinga getur skapað nokkra erfiðleika í framkvæmd. Almenn lög ganga framár en reglugerðir við lögskýringu og útlendingalög eru í ágætu samræmi við tilskipun 2004/38/EB, en engu að síður er ótækt að vera með réttarheimildir sem ekki fara saman eða skapa ákveðna réttaróvissu. Orðalagi ákvæðisins er að öllum líkindum ætlað að vera í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins en getur

skapað réttaróvissu þar sem óljóst er til hvaða úrræða við sambærilegar aðstæður er hægt að grípa til þegar um íslenskan ríkisborgara er að ræða, t.d. ef um meðlim í samtökum sem talin eru stunda skipulagða glæpastarfsemi er að ræða. Röksemdafærsla Hæstaréttar Íslands um að aðgerðir stjórnvalda í máli Vítisengilsins í *Hrd. frá 17. október 2013 (191/2012)* og ákvæði 3. mgr. 87. gr. reglugerðar um útlendinga væri í lagi þar sem íslensk stjórnvöld gætu gripið til margvíslegra þvingunarráðstafana og annarra raunverulegra skilvirkra aðgerða gagnvart eigin borgurum og að í því tilviki sem um ræddi hefðu aðgerðirnar aðeins getað beinst að erlendum aðilum verða að teljast hæpnar en málið myndi ekki falla á því einu. Þrátt fyrir að dómstólar í því máli sem og *Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)* hafi sagt í dómsniðurstöðum að ýmiss úrræði væru til staðar þá gengur höfundur erfiðlega að finna út til hvaða mögulegu úrræða verið er að vísa.

Fæstir vilja að skipulögð glæpasamtök eins og Vítisenglar skjóti rótum hér á landi. Aðgerðir gegn slíkum samtökum eru erfiðar framkvæmdar og geta verið á gráum svæðum laganna. Ekki virðist sem heimildin til að vísa útlendingum frá hafi verið misnotuð undanfarin ár af stjórnvöldum hvorki hér né í Noregi, miðað við fá mál í dómskerfinu. Aðgerðir stjórnvalda í kringum komu Kínaforseta og mótmælenda í hreyfingu Falun Gong hafa lengi verið umdeildar og verða það enn.

Miðað við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins og MDE og þann lagaramma sem Evrópusambandið hefur sett hafa íslensk stjórnvöld ekki farið út fyrir þann ramma sem þeim hefur verið settur en báðir dómstólar sem og EFTA dómstóllinn hafa fjallað um endurskoðunarvald dómstóla á ákvörðunum stjórnvalda í tengslum við brottvísanir.

HEIMILDASKRÁ

„Almennar upplýsingar um Schengen“, <http://www.utanrikisraduneyti.is> (skoðað 22. janúar 2014)

Alþingistíðindi.

„Alþjóðleg lögreglusamvinna innan Schengen svæðisins“, <http://www.innanrikisraduneyti.is> (skoðað 23. janúar 2014)

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Undirstöður og einkenni íslenskrar stjórnskipunar. Handrit til kennslu við lagadeild Háskóla Íslands.* Reykjavík, 2013.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi.* Reykjavík 2008.

Björn Friðfinnsson: „Staðfesturéttur“ <http://www.utanrikisraduneyti.is> (skoðað 14. mars 2014)

Bjørn Vandvik, Kristen Ottesen Kvigne, Runa Bunæs: *Utlendingsrett.* Osló 2004.

Catherine Barnard: *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms.* 3. útgáfa. New York 2010.

Catherine Kessedjian: „Public Order in European Law“. *Erasmus Law Review*, 1. tbl. 2007, bls. 25-36.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the rights of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. Commission of the European Communities, Brussel 2009.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Schengen governance – strengthening the area without internal border control. European Commission, Brussel 2011.

Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on the special measures concerning the movement and residence of citizens of the Union which are justified on grounds of public policy, public security or public health. Commission of the European Communities, Brussel 1999.

Ekkehard Regen: „Ordre Public“, <http://www.ordrepublic.de> (skoðað 2. apríl 2014)

„Ellefta manningum vísað úr landi“, <http://www.mbl.is>, 26. október 2013 (skoðað 11. apríl 2014)

„*Explanatory Memorandum with Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*“ Council of Europe, Strasbourg 1984.

„Fáfnir lagðir niður – Hells Angels á Íslandi staðreynd“, <http://www.visir.is>, 28. ágúst 2009 (skoðað 11. apríl 2014)

„Félagi í Falun Gong ítrekar að mótmælin verði friðsamleg“, <http://www.mbl.is>, 7. júní 2002 (skoðað 23. febrúar 2014)

„Fleiri mótörhjólamenn á leiðinni“, <http://www.visir.is>, 24. október 2013 (skoðað 14. apríl 2014)

Forebygge og bekjempe kriminalitet fra énprosentmiljøet og kriminelle MC-gjenger. Politidirektoratet, Oslo 2014.

„Forseta Hells Angels vísað frá Noregi“, <http://www.visir.is>, 16. september 2011 (skoðað 11. apríl 2014)

Fréttatilkynning frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu 2007, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

Fréttatilkynning frá dóms- og kirkjumálaráðuneytinu 2009, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

Fyrirlestur Rögnu Árnadóttur í Háskóla Íslands, <http://www.innanrikisraduneyti.is>.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík, 1999.

Hilmar Magnússon: „Hælisleitendur – réttaraðstoð“. *Lögmannaþingið*, 1.tbl. 2003, bls. 21-23.

„Innri markaður: EES reglur um búseturéttindi ekki að fullu innleiddar af Íslands hálfu“, <http://www.eftasurv.int/press--publications/press-releases/internal-market/nr/1824>, 19. desember 2012 (skoðað 1. mars 2014)

Kent Murphy: „The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law“. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 11. tbl. 1981, bls. 591-615.

Lori Wood: „Public Policy“ Discrimination in the EEC: A Proposal for assuring the Free Movement of Workers“. *Fordham International Law Journal*, 8. tbl. 1985, bls. 447-478.

Louis H. Singer: „Free Movement of Workers in the European Economic Community: The Public Policy Exception“. *Stanford Law Review*, 6. tbl. 1977, bls. 1283-1297.

„Lögreglan með Norðmann til skoðunar“, <http://www.mbl.is>, 25. október 2013 (skoðað 14. apríl 2014)

Lögskýringargögn með lögum um Schengen upplýsingakerfið (SIS) og breytingalögum á útlendingalögum. Om lov om Schengen Informasjonssystem (SIS) og lov om endringer i utlendingsloven. Justis- og beredskapsdepartementet, Oslo 1999.

M. Elvira Méndez-Pinedo: *EC and EEA Law, A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*. Amsterdam, 2009.

Mat ríkislögreglustjóra á skipulagðri glæpastarfsemi og hættu á hryðjuverkum. Ríkislögreglustjóri, Reykjavík 2013.

„MC Iceland ekki þeir einu sem leita fylgis við vafasöm mótorhjólasamtök“, <http://eyjan.pressan.is>, 3. maí 2011 (skoðað 12. apríl 2014)

„MC Iceland fær inngöngu í Hells Angels næstu helgi“, <http://www.visir.is>, 3. mars 2011 (skoðað 12. apríl 2014)

Nefnd um mótun þjóðaröryggisstefnu fyrir Ísland. Tillögur. Utanríkisráðuneytið, Reykjavík 2014.

„Norge kan bli saksøkt av Hells Angels“, <http://www.abcnyheter.no>, 1. júlí 2011 (skoðað 14. apríl 2014)

NOU 2004:20 Ny utlendingslov. Kommunal- og regionaldepartementet, Oslo 2004.

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands.* Reykjavík 1960.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Endurskoðunarvald dómstóla á matskenndum stjórnvaldsákvörðunum – hvaða þættir ákvörðunar hafa komið til endurskoðunar dómstóla?“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. tbl. 2008, bls. 261-301.

Páll Sigurðsson ritstj.: *Lögfræðiorðabók með skýringum.* Reykjavík 2008.

The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2001.

Proposal for a European Parliament and Council Directive on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. Commission of the European Communities, Brussel 2001.

Reasoned opinion delivered in accordance with Article 31 of the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice concerning Iceland's failure to correctly transpose the Residence Directive. EFTA Surveillance Authority, Brussel 2012.

Report from the Commission to the European Parliament and the Council. First biannual report on the functioning of the Schengen area. European Commission, Brussel 2012.

Robert Schütze: *An Introduction to European Law.* Cambridge 2012.

Roel de Lange: „*The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights*“. *Erasmus Law Review*, 1. tbl. 2007, bls. 3-24.

Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða.* Reykjavík 2007.

„Schengen Area“, <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/> (skoðað 3. febrúar 2014)

Sigurður Líndal og Skúli Magnússon: *Réttarkerfi Evrópusambandsins og Evrópska efnahags-
svæðisins. Megindrættir*. Reykjavík 2011.

Silja Bára Ómarsdóttir: „Öryggissjálfsmynd Íslands. Umræða um varnarmála- og
almannavarnalög á Alþingi vorið 2008“. *Stjórnsmál og stjórnsýsla*, 2. tbl. 2008 bls. 133- 157.

Skýrsla innanríkisráðherra um Schengen samstarfið júní 2012. Innanríkisráðuneytið,
Reykjavík 2012.

Skýrsla um málefni útlendinga utan Evrópska efnahagssvæðisins. Innanríkisráðuneytið,
Reykjavík 2012.

*Skýrsla vinnuhóps um möguleika stjórnvalda til þess að efla eftirlit og viðbrögð við
brotastarfsemi útlendinga*. Dóms- og mannréttindamálaráðuneytið, Reykjavík 2010.

Tölvupóstsamskipti við Hinriku Söndru Ingimundardóttur, starfsmann innanríkisráðuneytisins
3. apríl 2014.

Tölvupóstsamskipti við Valgerði Maríu Sigurðardóttur, starfsmann innanríkisráðuneytisins,
10. mars 2014.

Umsögn Mannréttindaskrifstofu Íslands um frumvarp til breytingu á lögum um útlendinga,
143. löggjafarþing 2012-2013, þingskjal nr. 457 – 249. mál, www.humanrights.is.

„Utvisning og bortvisning fra Norge“,
[http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/innvandring/utvisning_og_bortvisning_fra_norge.h
tml?id=12186](http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/innvandring/utvisning_og_bortvisning_fra_norge.html?id=12186) (skoðað 2. mars 2014)

Valgerður María Sigurðardóttir: „Schengen samstarfið“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 2011
bls. 437 – 449.

Vigdis Vevstad o.fl.: *Utlendingsloven, kommentarutgave*. Oslo 2010.

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstaréttar Íslands:

Hrd. 2000, bls. 2131 (486/1999)

Hrd. 20. febrúar 2003 (542/2002)

Hrd. 17. október 2013 (191/2012)

Dómur héraðsdóms:

Hérd. Rvk. 22. desember 2011 (E-6158/2010)

Álit umboðsmanns Alþingis:

UA 5. desember 2005 (3820/2003)

Úrskurður:

Úrskurður Persónuverndar 5. júní 2003 (2002/76)

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

MDE, Moustaquim gegn Belgíu, 18. febrúar 1991 (12313/86)

MDE C.G. og fleiri gegn Búlgaríu, 24. apríl 2008 (1365/07)

MDE Kaushal og fleiri gegn Búlgaríu, 2. september 2010 (1537/08)

MDE, Geleri gegn Rúmeníu, 15. september 2011 (33118/05)

MDE Takush gegn Grikklandi, 17. janúar 2012 (2853/09)

Dómar Evrópudómstólsins:

EBD mál C-41/74, ECR 1974 bls. 1337

EBD mál C-67/74, ECR 1975 bls. 297

EBD mál C-36/75, ECR 1975 bls. 1219

EBD mál C-48/75, ECR 1976 bls. 497

EBD mál C-118/75, ECR 1976 bls. 1185

EBD mál C-30/77, ECR 1977 bls. 1999

EBD mál C-115/81, ECR 1981 bls. 1665

EBD mál C-116/81, ECR 1982 bls. 1665

EBD mál C-268/99, ECR 2000 bls. I-8615

EBD, mál C-100/01, ECR 2002, bls. I-10981

EBD mál C-33/07, ECR 2007 bls. I-05157

EBD mál C-249/11, 2012, enn óbirt

EBD, mál C-300/11, 2013, enn óbirt

Dómur EFTA dómstólsins:

EFTAD, álit E-15/12, EFTACR 2013, bls. 537

Norskir dómar:

Rt. 1996, bls. 551

Rt. 2000 bls. 591

Rg. 2011, bls. 897

LB 2011, 25337

TOSLO 2008, 155642

TOBYF 2011, 125335

TOSLO 2011, 123742

LAGASKRÁ

Almenn lög:

Almenn hegningarlög, nr. 19/1940
Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944
Lög um eftirlit með útlendingum, nr. 45/1965
Lög um lögreglusamþykktir nr. 36/1988
Lög um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993
Stjórnsýslulög nr. 37/1993
Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994
Lögreglulög nr. 90/1996
Lög um loftferðir nr. 60/1998
Lög um Schengen-upplýsingakerfið á Íslandi nr. 16/2000
Lög um útlendinga nr. 96/2002

Reglugerðir:

Reglugerð um landamærastöðvar og tilkynningaskyldu innflytjenda nr. 223/2001
Reglugerð um útlendinga nr. 53/2003
Reglugerð um greiningardeild ríkislögreglustjóra nr. 404/2007
Reglugerð um för yfir landamæri nr. 1212/2007

Þingsályktunartillaga:

Tillaga til þingsályktunar um fullgildingu samnings sem ráð Evrópusambandsins og lýðveldið Ísland og konungsríkið Noregur gera með sér um þátttöku hinna síðarnefndu í framkvæmd, beitingu og þróun Schengen-gerðanna nr. 6/125 frá 125. löggjafarþingi.

Tilskipanir Evrópusambandsins

64/221/EBE
2004/38/EB
2006/562/EB
2000/31/EB