

UiO • Det juridiske fakultet

... men ikke sånne som deg

Om adgangen til å nekte EØS-borgere innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse

Kandidatnummer: 222

Leveringsfrist: 1. juni 2014

Antall ord: 37 659



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Emnet.....	1
1.2	Utgangspunktet om fri bevegelse.....	2
1.3	Oversikt over unionsborgerdirektivet.....	6
1.4	Unntakene fra retten til innreise og opphold	7
1.5	Oversikt over fremstillingen	9
2	METODISKE MERKNADER.....	11
2.1	Rettspraksis.....	11
2.2	Menneskerettigheter	13
2.3	Nasjonale virkemidler.....	18
2.4	Norsk rett	20
3	VILKÅRENE FOR INNGREP I RETTEN TIL INNREISE OG OPPHOLD..	22
3.1	Innledning.....	22
3.2	Legitime formål	23
3.2.1	Innledning	23
3.2.2	Offentlig orden	27
3.2.3	Offentlig sikkerhet	29
3.2.4	Offentlig helse	32
3.2.5	Sammenfatning og sammenligning	35
3.3	Den personlige adferd.....	36
3.3.1	Individuell begrunnelse	36
3.3.2	Virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel	39
3.3.3	Umiddelbar trussel	44
3.3.4	Betydningen av tidligere straffedommer.....	52
3.3.4.1	Innledning.....	52

3.3.4.2	Tiden som er gått	55
3.3.4.3	Handlingenes karakter	55
3.3.4.4	Forbryterens motiv	57
3.3.4.5	Handlingenes alvor	57
3.3.4.6	Personens kriminelle rullebane.....	60
3.3.4.7	Den ilagte straffen	63
3.3.4.8	Sammenfatning.....	63
3.3.5	Medlemskap eller tilhørighet	64
3.4	Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling	67
3.4.1	Repressive eller genuine og effektive tiltak mot egne statsborgere.....	67
3.4.2	Territoriale oppholdsforbud	74
3.5	Forholdsmessighetsprinsippet	78
3.5.1	Innledning	78
3.5.2	Beskyttelsesnivå og prøvingsintensitet	79
3.5.3	Egnethet og konsistens	80
3.5.4	Nødvendighet	81
3.5.5	Forholdsmessighet i streng forstand – en interesseavveining	82
3.5.5.1	Innledning.....	82
3.5.5.2	Alder, helsetilstand og økonomisk situasjon	85
3.5.5.3	Hensynet til familien	86
3.5.5.4	Oppholdets varighet.....	87
3.5.5.5	Graden av integrasjon.....	90
3.6	Prosessuelle garantier	91
4	NOEN TYPETILFELLE	94
4.1	Innledning	94
4.2	Medlemmer av tros- eller livssynssamfunn.....	94
4.2.1	Innledning	94
4.2.2	Legitime formål.....	95
4.2.3	Individuell begrunnelse	97

4.2.4	Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel	97
4.2.5	Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling	98
4.3	Demonstrasjoner og andre forsamlinger	100
4.3.1	Innledning	100
4.3.2	Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel	101
4.4	Prostituerte	104
4.4.1	Innledning	104
4.4.2	Legitime formål	104
4.4.3	Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling	107
4.5	Medlemmer i MC-klubber	110
4.5.1	Innledning	110
4.5.2	Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel	110
4.5.3	Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling	112
4.6	Romfolk	114
4.6.1	Innledning	114
4.6.2	Individuell begrunnelse	114
4.6.3	Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel	115
4.6.4	Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling	117
4.7	Sinnslidende personer	118
5	AVSLUTNING	121
	KILDER	123
1.	Konvensjoner og erklæringer	123
2.	Direktiver, forordninger og beslutninger fra EØS-komiteen	124
3.	Internasjonal rettspraksis	127
3.1.	EFTA-domstolen	127
3.2.	EU-domstolen	127
3.3.	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten	132
3.4.	Den europeiske menneskerettsdomstol	133
4.	Dokumenter fra Rådet og EU-kommisjonen	135

5.	Norske kilder	136
5.1.	Lover og forskrifter	136
5.2.	Forarbeider	138
5.3.	Rettspraksis	140
5.4.	Forvaltningspraksis	140
6.	Utenlandske avgjørelser	141
7.	Litteratur	142
8.	Empiriske undersøkelser.....	147
9.	Andre kilder	149

1 Innledning

1.1 Emnet

5. februar 2010 nektet islandske myndigheter Hells Angels-medlemmet Jan Anfinn Wahl innreise til Island. Etter det alminnelige folkerettslige suverenitetsprinsipp har statene full frihet til å nekte utlendinger innreise og opphold på denne måten. I historisk perspektiv ligger det nær å tenke på vår egen Grunnlovs opphevede § 2, som bestemte at jesuitter og munkeordener måtte «ikke taales» og at jøder var «udelukkede fra Adgang til Riget». Innskrenkninger av utlendingers innreise og opphold er en integrert del av staters innvandringspolitikk og et virkemiddel for å motvirke at kriminalitet skjer på deres territorium.

Ved å inngå EØS-avtalen forpliktet EØS-statene seg til det motsatte utgangspunkt – fri bevegelighet for personer over medlemsstatenes grenser. Men også EØS-retten tillater medlemslandene å begrense denne frie bevegeligheten dersom dette er nødvendig for å ivareta visse samfunnsmessige hensyn. Spørsmålet i denne avhandlingen er i hvilken grad EØS-stater kan gjøre inngrep i EØS-borgeres rett til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Temaet er ikke nytt. Allerede på 1970-tallet kom spørsmålet om innreisenekt opp for EU-domstolen i den såkalte *Van Duyn*-saken, som jeg kommer tilbake til flere ganger i denne avhandlingen.

22. juli 2013 avga EFTA-domstolen en rådgivende uttalelse i spørsmålet om den islandske innreisenektelsen av nordmannen Wahl var i samsvar med EØS-retten. Avgjørelsen dannet idéen for avhandlingen, hvis aktualitet viste seg da norske myndigheter fire uker etter avgjørelsen bortviste tyske og polske Bandidos-medlemmer som kom til Norge for å delta i klubbens femtenårsjubileum. Lørdag 14. september 2013 protesterte norske MC-klubber foran Stortinget mot det de mener er generell trakassering av en gruppe på bakgrunn av noen få medlemmers ulovlige handlinger.

Avhandlingen består av en gjennomgang av de EØS-rettslige vilkårene for å gjøre inngrep i innreise- og oppholdsretten. Vilråene drøftes ved hjelp av eksempler fra det virkelige liv.

Jeg vil behandle ulike persongrupper. EU- og EFTA-domstolenes avgjørelser har omhandlet medlemmer av livssynssamfunn, straffedømte, demonstranter, prostituerte, terrorister, rusmisbrukere og som nevnt medlemmer av MC-klubber. Det finnes også avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) om utsendelse av romfolk. Dessuten vil andre typetilfelle behandles, som for eksempel fotballhooligans og sinnslidende personer.

1.2 Utgangspunktet om fri bevegelighet

EØS-borgeres rett til fri bevegelighet ble introdusert i 1957 i Traktaten om opprettelsen av det europeiske økonomiske fellesskap (Romatraktaten). Arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere fikk rett til å reise inn og oppholde seg i andre medlemsstater.¹ Rettighetene skulle gjelde likt for de tre gruppene.² For arbeidstakernes del bestemte Romatraktatens artikkel 48 (3) uttrykkelig at de kunne oppholde seg i og flytte fritt innen en annen medlemsstat for å arbeide, samt forbli i medlemsstaten etter å ha arbeidet der. Rettighetene ble videreført i den konsoliderende traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) av 2007, og finnes også i EØS-avtalen av 1992.³

Direktiv 64/221/EØF (heretter 1964-direktivet) ble vedtatt 25. februar 1964 og er blant dem som var omfattet av EØS-avtalen da den ble undertegnet i 1994. Det skulle samordne medlemslandenes ulike regler om utlendingers innreise og opphold. Direktivet gjaldt medlemsstaters statsborgere som reiste til et annet medlemsland «enten for å utøve lønnet eller selvstendig virksomhet eller for å motta tjenester», jf. direktivets artikkel 1 (1). Senere ble personkretsen som hadde rett til fri bevegelighet betraktelig utvidet. Rettigheten er ikke lenger bare knyttet til økonomisk aktivitet.⁴ Først ble anvendelsesområdet til 1964-direktivet utvidet ved to anledninger.⁵ Deretter ble det gitt særskilte direktiver om ulike

¹ Romatraktaten artikkel 48, 52 og 59.

² Sak 48/75 *Royer* premiss 23.

³ TEUV artikkel 45, 49 og 56, og EØS-avtalen artikkel 28, 31 og 36.

⁴ Barnard (2013) s. 431.

⁵ Med direktivene 72/194/EØF og 75/35/EØF ble det utvidet til også å omfatte personer som ble boende i vertsstaten etter å ha arbeidet eller utøvd selvstendig næringsvirksomhet der.

persongruppers frie bevegelighet.⁶ Til slutt ble det såkalte unionsborgerskapet innført i 1992. I dag er dette nedfelt i artikkel 9 i traktaten om Den europeiske union (TEU) av 1992 og TEUV artikkel 20 flg.. Med unionsborgerskapet fikk *alle* statsborgere i EU-land en grunnleggende rett til å reise inn og oppholde seg fritt i medlemsstatene, uavhengig av om de var omfattet av den eksisterende EU-lovgivningen.⁷ Innføringen av et felles unionsborgerskap endret rettsområdets karakter og styrket den frie bevegelighet, noe praksis fra EU-domstolen illustrerer.⁸ Selv om TEUV artikkel 20 (1) bestemmer at unionsborgerskapet ikke erstatter nasjonalt statsborgerskap, har EU-domstolen omtalt unionsborgerskapet som «destined to be the fundamental status of nationals of the Member States».⁹

Direktiv 2004/38/EF (heretter unionsborgerdirektivet) ble vedtatt 29. april 2004. Det oppstiller vilkårene for innreise og opphold på medlemsstatenes territorium for unionsborgere og deres familiemedlemmer, jf. artikkel 1. Direktivet erstattet 1964-direktivet og de andre direktivene om fri bevegelighet for personer. Formålet var «å komme bort fra den sektorvise og oppstykkede tilnærmingen til retten til fri bevegelighet og fritt opphold og lette utøvelsen av denne rett», jf. unionsborgerdirektivets fortale avsnitt 4. Det skulle sikres en snevrere definisjon av omstendighetene som avgjorde om innreise eller opphold kunne nektes, og det skulle gis bedre garantier for rett saksbehandling i slike

⁶ Direktivene 68/360/EØF og 73/148/EØF opphevet krav om visum. Forordning (EØF) nr. 1612/68 ga rett til opphold til arbeidstakers familiemedlemmer. Direktiv 90/364/EØF ga ikke-yrkesaktive personer (og deres familiemedlemmer) opphold. Direktiv 90/365/EØF ga rett til opphold til personer som ble boende i vertsstaten etter å ha arbeidet eller utøvd selvstendig næringsvirksomhet der (og deres familiemedlemmer). Direktiv 90/366/EØF ga studenter opphold.

⁷ Innreise- og oppholdsretten følger av TEUV artikkel 21 (1). I tillegg fikk unionsborgere stemmerett og rett til å stille som kandidat ved valg til Europaparlamentet og ved kommunale valg i bostedsstaten, de fikk en særskilt rett til beskyttelse i tredjeland og en rett til å rette anmodninger til EU-institusjonene, jf. TEUV artikkel 20 (2).

⁸ EØS-rett (2011) s. 350. Det er særlig skjedd utviklinger i rettspraksis om unionsborgeres trygderettigheter og opphold med familiemedlemmer, jf. *Carlier* (2006) s. 47.

⁹ C-184/99 *Grzelczyk* premiss 31, jf. også forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 65.

tilfelle, jf. fortalens avsnitt 22. I noen bestemmelser gjentas ordlyden i 1964-direktivet. Unionsborgerdirektivet innebærer imidlertid ikke bare en presisering, men også en innføring av nye rettigheter. Blant annet fikk unionsborgere en rett til fast opphold etter i utgangspunktet fem år og en uttrykkelig rett til å bli behandlet på samme måte som medlemsstatens egne statsborgere innenfor traktatens virkeområde.¹⁰

Unionsborgerskapet er ikke en del av EØS-avtalen, men unionsborgerdirektivet er innlemmet. EØS-komiteen bestemte at begrepet «unionsborger(e)» for EØS-formål skulle erstattes med betegnelsen «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene».¹¹ Direktivets innreise- og oppholdsrettigheter kan dermed påberopes av alle EØS-borgere, uten at dette forankres i noe grunnleggende traktatfestet europeisk statsborgerskap.¹²

Fordi unionsborgerdirektivet gjelder i EØS, er det ikke avgjørende for de spørsmål avhandlingen reiser å drøfte forskjellene mellom rettsstillingen til unionsborgere og rettsstillingen til islandske, liechtensteinske og norske statsborgere. Samtidig vil det i en EØS-rettslig fremstilling som denne kunne oppstå spørsmål om EØS-avtalen i ett og alt skal gi grunnlag for de samme reglene som de EU-rettsreglene de er ment å gjenspeile. Med andre ord kan det bli spørsmål om hvor langt EØS-avtalens homogenitetsmålsetting rekker.¹³ Dersom EU-domstolen i en sak om direktivet anvender unionsborgerskapet som tolkningsfaktor, vil det variere om unionsborgerskapet var avgjørende eller unødvendig for tolkningsresultatet.¹⁴ EØS-komiteen har bestemt at det skal vurderes særskilt om slike avgjørelser er relevante i EØS-sammenheng.¹⁵ EFTA-domstolen har fulgt opp dette ved å uttale at det må vurderes fra sak til sak hvilken betydning det har at unionsborgerskapet ikke er en del av EØS-avtalen.¹⁶ Dette kan bli aktuelt der det oppstår spørsmål om hvilke

¹⁰ Direktiv 2004/38/EF artikkel 16, 17 og artikkel 24.

¹¹ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 artikkel 1 (1) c).

¹² EFTA-domstolens saker E-15/12 *Wahl* premiss 76 og E-4/11 *Clauder* premiss 33.

¹³ EØS-rett (2011) s. 223

¹⁴ Vevstad (2010) s. 631.

¹⁵ Felleseklæringens annen setning i EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 og EØS-rett (2011) s. 350.

¹⁶ E-15/12 *Wahl* premiss 75.

rettigheter familiemedlemmer fra land utenfor EØS («tredjelandborgere») har.¹⁷ Slike eventuelle forskjeller mellom EØS- og EU-rettsreglene vil drøftes når de melder seg.

Unionsborgerdirektivet gir unionsborgeres familiemedlemmer, herunder tredjelandborgere, nærmest tilsvarende rett til innreise og opphold. Det er en forutsetning for at en unionsborger skal kunne utøve sin grunnleggende rett til fri bevegelighet at hans familieliv ikke blir brutt.¹⁸ Tredjelandsborgeres oppholdsrett er en rettighet som er avledet av unionsborgeren.¹⁹ Eksempelvis gir artikkel 7 (1) d) tredjelandborgere rett til opphold i over tre måneder dersom de «kommer sammen med eller slutter seg til» en unionsborger med oppholdsrett. Samtidig er tredjelandborgere gitt en selvstendig rett til opphold ved unionsborgerens død og ved samlivsbrudd, jf. artikkel 12 (2), 13 (2) og 18.

Selv om EØS-avtalen i utgangspunktet ikke omfatter tredjelandborgere, gjelder direktivets regler om dem i EØS-sammenheng.²⁰ EU-domstolens rettspraksis om disse personene kan imidlertid ikke overføres direkte. Reglene Domstolen har utviklet her, er knyttet til idéen om det grunnleggende unionsborgerskapet i TEUV artikkel 20 flg., og tredjelandborgerne er gitt sterke rettigheter på grunn av dette. EØS-komiteen fremhever derfor at tredjelandsborgeres direktivfestede rettigheter ikke berører «den framtidige utvikling av uavhengige rettigheter for tredjelandborgere, som ikke faller innenfor EØS-avtalens anvendelsesområde.»²¹

Avhandlingen vil omhandle EØS-borgere, men ikke deres familiemedlemmer. De spørsmål familiemedlemmers rettigheter reiser er omfattende.²² En nærmere behandling av disse vil sprengne rammene for avhandlingen.

¹⁷ E-15/12 *Wahl* premiss 77.

¹⁸ Sak C-127/08 *Metock* premiss 63.

¹⁹ Vevstad (2010) s. 628.

²⁰ Felleseklæringens femte setning i EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007. Se også Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 27, 62 og 65, samt Vevstad (2010) s. 662-666.

²¹ Felleseklæringens siste setning i EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

²² For eksempel var spørsmålet i sakene C-200/02 *Zhu og Chen* og C-86/12 *Alokpa* om mødre fra tredjeland skulle få opphold i EU-land fordi deres mindreårige barn og unionsborgere ellers ville måtte flytte tilbake til

Jeg behandler heller ikke den rett til likebehandling EØS-borgere har *under* oppholdet i vertsstaten etter direktivets artikkel 24. EØS-borgerens krav på sosiale ytelser og andre fordeler i vertslandet er ikke tema i det følgende, men utelukkende i hvilken grad vedkommende har rett til å reise over grensen og forbli i landet.

1.3 Oversikt over unionsborgerdirektivet

Avhandlingens tema – adgangen til å begrense retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse – reguleres av direktivets kapittel 6. Adgangen må sees i lys av innholdet i *hovedregelen* om fri bevegelighet, som fremgår av kapittel 2 til 5. Det gis en kort oversikt over denne delen av unionsborgerdirektivet her.

Kapittel 2 regulerer retten til utreise og innreise. Alle EØS-borgere med gyldig identitetskort eller pass har rett til å forlate en EØS-stat og å reise inn i en annen, jf. artikkel 4 (1) og 5 (1). Kapittel 3 omhandler retten til opphold. For opphold under tre måneder pålegges EØS-borgeren fremdeles ingen andre vilkår enn å inneha et gyldig identitetskort eller et pass, jf. artikkel 6 (1). For opphold over tre måneder, må personen falle inn under én av fire kategorier i artikkel 7 (1): lønsmottakere eller selvstendig næringsdrivende; personer med tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer samt en sykeforsikring; studenter; eller familiemedlemmer som kommer sammen med eller slutter seg til en EØS-borger som omfattes av en av de tre nevnte kategoriene.²³

tredjeland og tape de grunnleggende rettigheter unionsborgerskapet gir. Et annet interessant spørsmål er hvor lenge en unionsborger og dets familiemedlem må oppholde seg i en annen medlemsstat for at familiemedlemmet skal få rett til opphold ved retur til unionsborgerens hjemland, jf. sakene C-291/05 *Eind* og C-456/12 *O. og B.*

²³ Artikkel 7 (1) b) gir altså rett til opphold til alle EØS-borgere med tilstrekkelige ressurser til seg selv og sine. Dette viser hvor lite som skal til for å oppnå opphold. Det eneste kravet er at EØS-borgeren ikke blir «en byrde for vertsstatens sosialhjelpssystem» under oppholdet. Det skal mye til for å omfattes av dette uttrykket. Utsendelse skal ikke være en automatisk følge av at en person får innvilget trygd, jf. direktivets fortale avsnitt 16. Personen må utgjøre en langvarig og urimelig belastning på vertsstatens trygdesystem, jf. COM(2009) 313 s. 8-9 og sak C-184/99 *Grzelczyk* premiss 43-44.

Direktivets kapittel 4 gir EØS-borgere rett til såkalt fast opphold dersom de har oppholdt seg lovlig i vertslandet i et sammenhengende tidsrom på som hovedregel fem år, jf. artikkel 16 og 17. Personer med en slik permanent oppholdsrett har større rettigheter enn andre EØS-borgere, herunder et sterkere vern mot å bli sendt ut av landet etter artikkel 28 (2). Direktivets kapittel 5 inneholder fellesbestemmelser om rett til midlertidig og fast opphold. Det stilles ingen andre vilkår enn at EØS-borgere oppholder seg i vertsstaten i den tidsperioden direktivet oppstiller, jf. artikkel 25.²⁴

Endelig inneholder kapittel 7 visse sluttbestemmelser. Medlemsstatene er blant annet gitt adgang til å motvirke misbruk av direktivets rettigheter (for eksempel ved proformaekteskap) og til å ilegge sanksjoner ved overtredelse av reglene, jf. artikkel 35 og 36. EØS-borgerne kan også gis mer gunstige rettigheter, jf. artikkel 37. Sistnevnte kan det synes som om norsk lovgiver har gjort, se avslutningsvis i kapittel 3.3.2 om hvilken grad av trussel som kreves for utsendelse.

1.4 Unntakene fra retten til innreise og opphold

Retten til innreise og opphold for arbeidstakere, selvstendig næringsdrivende og tjenesteytere kan begrenses av hensyn til beskyttelsen av vertsstatens offentlige «orden», offentlige «sikkerhet» eller «folkehelsen», jf. TEUV artikkel 45 (3), 52 (1) og 62. Det samme følger av EØS-avtalens artikkel 28 (3), 33 og 39.

Folkeretten forbyr stater å nekte egne statsborgere innreise og opphold.²⁵ Tiltakene vil dermed bare ramme utlendinger og utgjør en nasjonalitetsbestemt og direkte

²⁴ Medlemsstatene kan pålegge EØS-borgerne å registrere seg dersom de skal oppholde seg i landet i over tre måneder, jf. artikkel 8. Dette har norsk lovgiver gjort, jf. utlendingsloven § 117 (1). Det kan også gis formelt bevis om rett til permanent opphold, jf. direktivets artikkel 19. Se utlendingsloven § 119 (1). Slike formalia er imidlertid ingen forutsetning for rettigheten.

²⁵ Verdenserklæringen artikkel 13 (2), EMK TP 4 artikkel 3 og EU-domstolens sak 41/74 *Van Duyn* premiss 22. Se også unionsborgerdirektivets artikkel 27 (4), som pålegger medlemsstatene å ta imot egne statsborgere som er blitt nektet innreise eller opphold i andre medlemsstater. Det vil sprengte rammene for denne fremstillingen å drøfte om medlemsstatene kan frata en person statsborgerskap for så å utsende vedkommende.

forskjellsbehandling, jf. TEUV artikkel 18 og EØS-avtalens artikkel 4. De tre hensynene som er oppregnet i traktaten er derfor uttømmende.²⁶

1964-direktivets artikkel 2 (1) hjemlet den samme adgangen til å gjøre unntak fra den frie bevegelighet. I dag følger dette av unionsborgerdirektivets artikkel 27 (1), som gjelder for alle EØS-borgere. Denne unntaksbestemmelsen er den sentrale rettskildefaktoren for denne avhandlingen. Direktivets artikkel 28 gir nærmere vilkår for utsendelser som er begrunnet i den offentlige orden eller offentlige sikkerhet. Restriksjoner av hensyn til beskyttelsen av den offentlige helse reguleres av artikkel 29. Det er tale om en adgang til å beskytte «offentlige» interesser, slik som den sosiale orden, offentlige institusjoner, militære interesser, internasjonale relasjoner og befolkningens trygghet og helse. I samme forbindelse vernes naturligvis også individers private interesser.

Det redegjøres nærmere for de tre hensynene i kapittel 3.2. I tillegg til å forfølge et slikt legitimt offentlig formål, må inngrep i innreise- eller oppholdsretten oppfylle andre ulovfestede og direktivfestede vilkår. Det gis en oversikt over disse i innledningskapitlet 3.1.

Artikkel 27 får tilsvarende anvendelse på restriksjoner i retten til utreise etter artikkel 4 som i retten til innreise og opphold etter artikkel 5 flg.. Et eksempel er saken C-357/98 *Yiandom* fra 2000 hvor britiske myndigheter nektet en nederlandsk menneskesmugler utreise fra Storbritannia av hensyn til den offentlige orden. Slike avgjørelser er relevante for de spørsmål som behandles i avhandlingen fordi EU-domstolen tolker innholdet i

²⁶ EU-domstolens praksis må sies å operere med et prinsipielt skille mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling. Direkte forskjellsbehandling kan ikke forfølge andre enn traktatfestede formål, mens indirekte forskjellsbehandling kan begrunnes i ytterligere ulovfestede allmenne hensyn, jf. EØS-rett (2011) s. 294 og 381. Dette åpner for utvikling av unntak som ikke var forespeilet i 1957. Skillet mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak er blitt kritisert blant annet fordi det skaper unødvendige ulikheter mellom de fire frihetene og anstrengelser fra EU-domstolen om å følge et tosporet system, jf. Oliver (2010) s. 217-220. Det synes imidlertid å være meget klart at skillet gjelder på området for denne avhandlingen – inngrep i utlendingenes innreise og opphold kan *bare* begrunnes i de tre traktatfestede hensynene, jf. Barnard (2013) s. 497.

unionsborgerdirektivet. Imidlertid avgrenses det mot en nærmere behandling av inngrep i utreiseretten siden dette er en prinsipielt annen type situasjon. Angrepsvinkelen i avhandlingen er at en vertsstats myndigheter ønsker å verne om sitt territorium.

En EØS-borger kan like fullt bli pålagt å forlate et EØS-land dersom vedkommende ikke oppfyller direktivets vilkår for innreise eller opphold. Personen mangler eksempelvis gyldig identitetskort eller pass, tilstrekkelige midler til seg selv og sine familiemedlemmer, eller det foreligger et misbruk av direktivet. Dette er ikke temaet for denne avhandlingen fordi det ikke foreligger en trussel mot den offentlige orden, sikkerhet eller helse.²⁷ I det følgende *oppfyller* EØS-borgeren vilkårene for rett til innreise eller opphold, men rettighetene begrenses fordi vedkommende utgjør en trussel mot visse samfunnsmessige interesser.

1.5 Oversikt over fremstillingen

Det er hittil gitt en oversikt over utgangspunktet om retten til innreise og opphold (kapittel 1.2 og 1.3) og unntakene fra dette (kapittel 1.4). Avhandlingens hoveddel består av en gjennomgang av vilkårene for EØS-statenes adgang til å begrense retten til innreise og opphold av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. De tre traktatfestede legitime formålene drøftes i kapittel 3.2; vilkåret om en truende personlig adferd i kapittel 3.3; forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling i kapittel 3.4; kravet til forholdsmessighet i kapittel 3.5; og unionsborgerdirektivets prosessuelle garantier i kapittel 3.6.

I kapittel 4 anvendes disse abstrakte rettslige betingelsene på visse typetilfelle fra det virkelige liv. Adgangen til å nekte innreise og opphold til medlemmer av tros- eller livssynssamfunn drøftes i kapittel 4.2; demonstrasjoner og andre forsamlinger i kapittel 4.3; prostituerte i kapittel 4.4; MC-klubbmedlemmer i kapittel 4.5; romfolk i kapittel 4.6; og sinnslidende personer i kapittel 4.7. I kapittel 5 vil jeg kort oppsummere og konkludere.

²⁷ Unionsborgerdirektivets artikkel 15 (1) omtaler dette som «alle vedtak som begrenser unionsborgeres og deres familiemedlemmers frie bevegelighet av andre grunner enn hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller helse».

Men først behandles noen metodiske spørsmål av betydning for avhandlingen. Visse særtrekk ved rettspraksis drøftes i kapittel 2.1; forholdet til menneskerettighetene i kapittel 2.2; de nasjonale virkemidlene utsendelse og innreisenekt forklares i kapittel 2.3; og det gis en kort oversikt over den norske gjennomføringen av de EØS-rettslige reglene i kapittel 2.4.

2 Metodiske merknader

2.1 Rettspraksis

Utgangspunktet for den videre drøftelsen er unionsborgerdirektivet. Samtidig bygger hoveddelen av EU-domstolens rettspraksis på 1964-direktivet og de andre opphevede direktivene om fri bevegelighet for personer. Flere avgjørelser er derfor av eldre dato. De er imidlertid relevante fordi noen av Domstolens tolkninger i disse sakene ble kodifisert i unionsborgerdirektivet. I tillegg bygger rettspraksis om unionsborgerdirektivet på prinsippene fra de eldre avgjørelsene og henviser uttrykkelig til disse.²⁸ Jeg kan derfor ikke se at rettsstilstanden endret seg drastisk med innføringen det nye direktivet.

Rettspraksis om avhandlingens tema er hovedsakelig såkalte prejudisielle avgjørelser fra EU-domstolen. Et særtrekk ved dem er at de tar stilling til tolkningsspørsmål, men ikke faktum.²⁹ Dette har betydning for hvorledes avgjørelsen brukes.³⁰ Behovet for å kunne fravike en slik generelt utformet avgjørelse vil for eksempel være større enn ved Høyesterettsdommer, blant annet fordi man ikke har den samme muligheten til å la forskjeller i faktum spille inn. Samtidig følger EU-domstolen sin tidligere rettspraksis nærmest som om den var bindende.³¹

Det knytter seg visse utfordringer til tolkningen av slike avgjørelser. I noen er Domstolens svar såpass detaljert at resultatet i den nasjonale saken gir seg selv.³² I andre er det vanskeligere å konkludere ut fra premissene om den konkrete innreisenektelsen eller utsendelsen er i tråd med EØS-retten. I tillegg er faktum etter mitt syn ikke alltid så godt belyst hverken i avgjørelsene eller i Generaladvokatens uttalelser. Dette er særlig utfordrende fordi det er nødvendig å forstå hva EØS-borgeren gjorde før han som følge ble

²⁸ Se sakene C-349/06 *Polat* premiss 32-34 og 38, C-33/07 *Jipa* premiss 23, 25 og 29, C-145/09 *Tsakouridis* premiss 50, 52 og 54 og C-348/09 *P.I.* premiss 21.

²⁹ EØS-rett (2011) s. 138.

³⁰ EØS-rett (2011) s. 235.

³¹ EØS-rett (2011) s. 235.

³² EØS-rett (2011) s. 138 og Craig (2011) s. 474.

nektet innreise eller sendt ut av vertslandet. En annen egenskap ved EU-domstolens praksis er nyansforskjellene mellom de ulike språkversjonene. I det følgende har jeg valgt ikke å vise til danske, men til engelske versjoner.³³

Det finnes også et mindre antall traktatbruddsøksmål fra EU-domstolen, det vil si saker reist av EU-kommisjonen mot en medlemsstat.³⁴ I slike tilfelle tar EU-domstolen stilling til både faktum og jus.³⁵ At denne typen avgjørelse er i mindretall, er neppe en refleksjon av at EU-kommisjonen er tilbakeholden med å innskrenke medlemsstatenes skjønnsmargin på dette rettsområdet. Tvert imot rettet kommisjonen i 2008 kritikk mot at unionsborgerdirektivets regler ikke var godt nok gjennomført og uttalte at den vil bruke «fully its powers under the Treaty and launch infringement proceedings when necessary.»³⁶

At det er færre traktatbruddsøksmål enn prejudisielle avgjørelser, skyldes nok snarere prosessuelle forhold. EU-landenes domstoler har en adgang til, og deres øverste domstoler har en plikt til, å forelegge spørsmål for EU-domstolen om EU-rett i verserende saker, jf. TEUV artikkel 267 (2) og (3). Dette øker mengden prejudisielle avgjørelser. En person som har blitt nektet innreise eller opphold vil ha klaget over vedtaket og tatt saken inn for nasjonale domstoler før kommisjonen eventuelt rekker å involvere seg. Det er mer tenkelig at kommisjonen griper inn dersom en medlemsstat innfører en generell regel som strider mot unionsborgerdirektivet. Men også i slike tilfelle er det ikke vanlig at saken ender opp som traktatbruddsøksmål i EU-domstolen. Før dette eventuelt skjer skal det pågå en lengre prosess med korrespondanser hvor de nasjonale myndighetene har tid og anledning til å endre sin lovgivning eller praksis, jf. TEUV artikkel 258 (1).

³³ Selv om de fleste forfattere innen europarett viser til de danske versjonene i sine fremstillinger, har jeg av konsekvenshensyn valgt å sitere på engelsk fordi det vekselvis vises til rettspraksis fra EMD. Ofte gjengir de engelske versjonene også best innholdet i den franske originalen.

³⁴ Se sakene C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland*, C-503/03 *Kommisjonen mot Spania* og C-50/06 *Kommisjonen mot Nederland*.

³⁵ EØS-rett (2011) s. 235.

³⁶ COM(2008) 840 s. 10.

EU-domstolens rettspraksis er av avgjørende betydning for drøftelsene i en EØS-rettslig fremstilling som denne. Dette følger av EØS-avtalens artikkel 6 og Overvåkings- og domstolsavtalen (ODA) av 1994 artikkel 3, sammenholdt med prinsippet om dynamisk ensartethet.³⁷ EU-domstolens avgjørelser anvendes så langt homogenitetsmålsettingen rekker.³⁸ Fra vår egen EFTA-domstol finnes det én avgjørelse av interesse for denne avhandlingen – Hells Angels-saken nevnt ovenfor, E-15/12 *Wahl*.³⁹ Denne bygger på EU-domstolens praksis. Slike rådgivende uttalelser tar i likhet med EU-domstolens prejudisielle avgjørelser ikke stilling til nasjonal rett, bevis eller subsumpsjon.⁴⁰ Saken er imidlertid et interessant eksempel på at EFTA-domstolen går så langt i å gi et klart svar på tolkningsspørsmålene at den i realiteten løser den underliggende saken.⁴¹

Til slutt nevnes det at EU-kommisjonen har gitt retningslinjer til medlemsstatene om anvendelse av 1964-direktivet og unionsborgerdirektivet.⁴² Disse brukes hyppig i denne avhandlingen, men det tas selvsagt samtidig forbehold om deres rettskildeværdi. Som kommisjonen selv presiserer, inneholder retningslinjene «the views of the Commission and are without prejudice to the case-law of the Court of Justice ... and its development.»⁴³

2.2 Menneskerettigheter

Formålet med EU-samarbeidet var å opprette et felles indre økonomisk marked, ikke å styrke enkeltpersoners menneskerettslige vern.⁴⁴ I dag er det imidlertid klart at

³⁷ EØS-rett (2011) s. 159. Det er ingen forskjell i den rettslige betydningen av avgjørelser avsagt før og etter 1992 slik ODA artikkel 3 skulle synes å innebære, jf. EØS-rett (2010) s. 224.

³⁸ EØS-rett (2011) s. 224.

³⁹ E-4/11 *Clauder* fra 2011 gjaldt et annet tema innen unionsborgerdirektivet.

⁴⁰ EØS-rett (2011) s. 165.

⁴¹ E-15/12 *Wahl* premiss 91.

⁴² COM(2009) 313 av 2. juli 2009 gjelder unionsborgerdirektivet. Retningslinjen COM(99) 372 av 23. juli 1999 gjaldt 1964-direktivet, men er likevel behjelpelig i dag. Retningslinjen fra 2009 sier selv at den bygger på dokumentet fra 1999 og at innholdet i den eldre retningslinjen «is still generally valid, even if it refers to Directive 64/221», jf. COM(2009) 313 s. 10.

⁴³ COM(2009) 313 s. 2.

⁴⁴ EØS-rett (2011) s. 71.

menneskerettigheter inngår som en integrert del av EØS-retten. For det første utviklet EU-domstolen allerede på 1960-tallet de såkalte «general principles of EU law». Disse prinsippene bygger på felles forfatningsmessige tradisjoner, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 1950 og andre konvensjoner som medlemsstatene er bundet av.⁴⁵ TEU artikkel 6 (3) bestemmer at menneskerettighetene i EMK og i felles forfatningstradisjoner «skal inngå i unionsretten som allmenne prinsipper.» EMK blir i tillegg rettslig bindende når EU tiltrer konvensjonen, jf. TEU artikkel 6 (2).

For det andre har EU utviklet en egen menneskerettskatalog. Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (EU-pakten) fikk rettslig bindende status på lik linje med de andre traktatene i EU i 2009, jf. TEU artikkel 6 (1).⁴⁶ Pakten bygger på bestemmelser i EMK, medlemsstatenes konstitusjonstradisjoner og de allerede nevnte «general principles».⁴⁷ I tråd med subsidiaritetsprinsippet gjelder pakten bare når medlemsstatene anvender EU-rett, jf. artikkel 51 (1). Selv om det finnes en viss sanksjonsmekanisme i TEU artikkel 7, viser dette at EMD nok fortsatt er den primære «ankeinstans» i menneskerettssammenheng. I tillegg skal EU-paktens materielle innhold tolkes på samme måte som, eller videre enn, likelydende bestemmelser i EMK, jf. paktens artikkel 52 (3). Derfor er EMDs praksis om EMK avgjørende for tolkningen av store deler av EU-pakten.⁴⁸

Et spørsmål er hvilken betydning EU-pakten, som ikke er inntatt i EØS-avtalen, har for en EØS-rettslig fremstilling som denne. Det følger av unionsborgerdirektivets fortale avsnitt 31 at pakten skal legge føringer for hvordan direktivet skal tolkes. Med slike uttrykkelige henvisninger til pakten i EØS-bindende direktiver, kan pakten indirekte få betydning i EØS-sammenheng.⁴⁹ Ganske særlig gjelder dette når EØS-komiteens beslutning om å

⁴⁵ Craig (2011) s. 362.

⁴⁶ Craig (2011) s. 394.

⁴⁷ Barnard (2007) s. 413.

⁴⁸ Et eksempel er forente saker C-293/12 og C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd*, hvor EU-domstolen i premisser 35, 47, 54 og 55 støtter seg på EMDs praksis om EMK artikkel 8 for å begrunne at datalagringsdirektivet er i strid med EU-paktens artikkel 7 og 8.

⁴⁹ Fredriksen (2013) punkt 4.2.

innlemme direktivet i EØS-avtalen ikke inneholder noen modifikasjon.⁵⁰ En tenkelig situasjon er at EU-domstolen i en sak om direktivet vektlegger en av paktens bestemmelser med samme ordlyd som EMK, og gir et sterkere rettighetsvern etter paktens bestemmelser enn det som følger av EMDs praksis. I slike tilfelle er EMDs tolkninger rettslig bindende for EFTA-statene, mens homogenitetsmålsettingen tilsier at direktivet skal tolkes i samsvar med EU-domstolens syn. Dette betyr at EØS-statene kan måtte legge til rette for et sterkere menneskerettighetsvern enn det som følger av EMK. Praksis hittil viser imidlertid at EU-domstolen og EMD søker å unngå konflikt med hverandres praksis og henviser til hverandre.⁵¹

Det kan stilles spørsmål ved hva det innebærer at EU-rettsens «general principles» og EU-pakten bygger på såkalte forfatningsmessige tradisjoner. EU-paktens artikkel 52 (4) fastslår at de av paktens bestemmelser som bygger på slike tradisjoner, skal tolkes i samsvar med disse. EU-domstolen har anvendt denne rettskildefaktoren i mindre grad enn konvensjonene, noe som blant annet kan forklares med at det ofte er vanskelig å fastlegge hva som er «felles».⁵² Én konstitusjonsregel er ikke tilstrekkelig dersom denne utgjør et avvik sammenlignet med andre regler.⁵³ Og selv om en forfatningsregel er utbredt, er det ikke sikkert at den gir uttrykk for noen europeisk konsensus.⁵⁴ Også der en menneskerettighet må sies å være «felles» for de fleste forfatninger, oppstår det spørsmål om hvordan innholdet skal tolkes (for eksempel om hvorvidt retten til liv omfatter et forbud mot abort).⁵⁵

Vedtak om innreise- eller oppholdsnekt skal ifølge EU-domstolen være i samsvar med menneskerettighetene, herunder EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatliv og

⁵⁰ EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007.

⁵¹ Craig (2011) s. 405. EU-domstolens forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 99 viser eksempelvis til EMDs dom *Boultif mot Sveits*. EMDs *Maslov mot Østerrike* avsnitt 93 viser igjen til forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri*.

⁵² Craig (2011) s. 369.

⁵³ Craig (2011) s. 370 om T-112/98 *Mannesmannröhren-Werke*.

⁵⁴ Craig (2011) s. 371 om C-550/07 P *Akzo Nobel*.

⁵⁵ Craig (2011) s. 371.

familieliv.⁵⁶ At menneskerettighetene skulle bli en selvsagt del av vurderingen av om slike vedtak er forholdsmessige, var noe Domstolen forutså allerede i 1975.⁵⁷ På grunn av homogenitetsmålsettingen og fordi EU-statene og EFTA-statene har felles forpliktelser etter EMK, gjelder dette tilsvarende for EØS-formål. Inngåelsen av EØS-avtalen skulle ikke berøre de rettigheter som var sikret gjennom eksisterende konvensjoner før minst tilsvarende rettigheter var oppnådd i avtalen, jf. felleserklæring nr. 20 i EØS-avtalens sluttakt.⁵⁸ Det skal altså foretas to vurderinger: for det første om inngrepet i innreise- eller oppholdsretten er i samsvar med unionsborgerdirektivet, og for det andre om inngrepet er i samsvar med EMK.⁵⁹ Derfor er EMDs rettspraksis om EMK artikkel 8 av stor betydning for denne avhandlingen.

Samtidig er det verd å merke seg at EMK, i motsetning til EØS-retten, *ikke* gir en rett til innreise eller opphold.⁶⁰ I tillegg er EØS-rettens forholdsmessighetsprinsipp (se kapittel 3.5) mer vidtrekkende enn en ren menneskerettslig vurdering av om et inngrep er «nødvendig i et demokratisk samfunn». ⁶¹ I 1999 uttalte EU-kommisjonen at EMDs rettspraksis om EMK artikkel 8 gir verdifulle retningslinjer for hvilke momenter som er relevante, men at bestemmelsen ikke tar i betraktning den frie bevegelighet for personer.⁶² Testen av om inngrepet er forholdsmessig kan således være mer i favør av individet hos EU-domstolen enn hos EMD.

⁵⁶ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 97-98, sak C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 109, sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 52-53 og Barnard (2013) s. 507.

⁵⁷ I saken 36/75 *Rutili* premiss 32 uttalte Domstolen at forbud mot inngrep i fagforeningsmedlemmers rettigheter i forordning (EØF) nr. 1612/68 artikkel 8, kravet til en individuell begrunnelse samt forbudet mot inngrep begrunnet i økonomiske formål, er spesielle uttrykk for et mer generelt prinsipp i EMK: inngrep av hensyn til den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet skal ikke gå ut over det som kreves «i et demokratisk samfunn», jf. EMK artikkel 8 til 11 og TP 4 artikkel 2.

⁵⁸ Fredriksen (2013) punkt 4.3.2.

⁵⁹ COM(99) 372 s. 8.

⁶⁰ *Boultif mot Sveits* avsnitt 39 og *Üner mot Nederland* premiss 54. Jf. Guild (2014) s. 267.

⁶¹ Vevstad (2010) s. 699.

⁶² COM(99) 372 s. 20.

Denne synsvinkelen kan virke fornuftig, spesielt siden EMD tross alt ikke vektlegger unionsborgerskapet eller EØS-rettslige integreringsmålsettinger i saker om utsendelse av EØS-borgere. Men selv om EMK ikke gir en rett til innreise eller opphold, gir den en grunnleggende rett til respekt for privat- og familieliv. I tillegg er EMK siden 1999 blitt en mer integrert del av EU-retten, og kommisjonens standpunkt er ikke gjentatt i dens retningslinjer fra 2009.⁶³ Forskjellene mellom individenes vern mot utsendelse etter EMK og EØS-retten må derfor etter det jeg kan forstå være marginale.

I denne fremstillingen vises det til de menneskerettighetene som er felles for EU- og EFTA-statene. Jeg begrenser meg til EU-pakten og EMK, selv om det også finnes relevante bestemmelser i andre konvensjoner, slik som Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 og Barnekonvensjonen av 1989.

De mest anvendte rettighetene i denne avhandlingen er retten til respekt for privatliv og familieliv i EU-paktens artikkel 7 og EMK artikkel 8, retten til foreningsfrihet i EU-paktens artikkel 12 og EMK artikkel 11, samt forbudet mot kollektiv utsendelse av utlendinger i EU-paktens artikkel 19 og EMK TP4 artikkel 4.

Flere andre menneskerettigheter er relevante når det gjøres inngrep mot utlendinger. Stater kan ikke returnere personer til land hvor de risikerer tortur eller umenneskelig behandling, jf. EU-paktens artikkel 4 og EMK artikkel 3.⁶⁴ Dette forbudet er ikke bare praktisk ved utsendelse til tredjeland, men gjelder også når EØS-statene returnerer tredjelandsborgere til europeiske land i medhold av Dublin II-forordningen, som for eksempel til Hellas.⁶⁵ Videre må frihetsberøvelse i forbindelse med innreisekontroll og utsendelser være i samsvar med retten til frihet og sikkerhet i EU-paktens artikkel 6 og EMK artikkel 5 (1) f) (som er ulikt formulert). Utenlandske EØS-borgere har også en rett til et effektivt prøvningsmiddel etter EU-paktens artikkel 47, EMK artikkel 13 og TP7 artikkel 1 (se kapittel 3.6 om

⁶³ COM(2009) 313 s. 3.

⁶⁴ Se for eksempel *Hirsi Jamaa mfl. mot Italia* avsnitt 113-121.

⁶⁵ Se *M.S.S. mot Belgia og Hellas* om forordning (EF) nr. 343/2003. EMK artikkel 3 ble funnet krenket på flere punkter: forholdene under frihetsberøvelse i Hellas (avsnitt 223-234); livsforholdene i landet (avsnitt 249-264); og mangelfulle asylprosedyrer (avsnitt 294-321).

unionsborgerdirektivets prosessuelle garantier). I tillegg kan diskrimineringsforbudet i EU-paktens artikkel 21 og EMK artikkel 14 påberopes sammen med de materielle rettighetene. Endelig oppstiller EMK TP4 artikkel 2 en rett til bevegelsesfrihet innenfor et territorium (i kapittel 3.4.2 behandles territoriale oppholdsforbud).

2.3 Nasjonale virkemidler

I medlemslandene vil vedtak om innreise- og oppholdsnekt ta forskjellige navn og former, avhengig av begrepsbruk og forvaltningsrettslige regler. Unionsborgerdirektivets artikkel 27 får anvendelse på alle nasjonale tiltak om å «begrense» den frie bevegelse, og sonderer ikke mellom hvilke typer tiltak det er tale om.⁶⁶

Samtidig opererer direktivet med et prinsipielt skille mellom virkemidlet «expulsion» og andre vedtakstyper. Dette innebærer å pålegge en person å forlate landet etter innreise, i motsetning til å nekte vedkommende innreise ved grensen.⁶⁷ Skillet har rettslig betydning fordi vedtak om «expulsion» underkastes strengere regler. Ifølge artikkel 28 (1) skal vertsstaten før den fatter et slikt vedtak foreta en ekstra vurdering av blant annet «varigheten av den berørte persons opphold på vertsstatens territorium, vedkommendes alder, helsetilstand, familiesituasjon og økonomiske situasjon samt sosiale og kulturelle integrering i vertsstaten og tilknytning til hjemstaten.» Denne siden ved forholdsmessighetsprinsippet behandles i kapittel 3.5.5. Artikkel 28 (2) og (3) stiller enda strengere vilkår for utsendelse dersom EØS-borgeren har oppholdt seg i vertsstaten i lang tid, se kapittel 3.2.1 og 3.2.3 om kravet til «tungtveiende» og «tvingende» nødvendighet.

⁶⁶ Barnard (2013) s. 502 og Guild (2014) s. 250. Det vil si formell lovgivning og individuelle beslutninger, herunder forvaltningsvedtak og domstolsavgjørelser, jf. sakene 36/75 *Rutili* premiss 21 og 30/77 *Bouchereau* premiss 17 og 20-24 om daværende 1964-direktivets artikkel 3.

⁶⁷ Jeg finner ingen legaldefinisjon av begrepet «expulsion» i dokumenter fra EU-kommisjonen eller Europaparlamentet, men skillet mellom «expulsion» og «exclusion» følger av sammenhengen i regelverket og av blant annet Barnard (2013) s. 502.

Motsetningsvis har medlemsstatene ved nektelser av EØS-borgeres innreise et videre handlingsrom fordi integrasjonsmomentet ikke gjør seg gjeldende.⁶⁸

Begrepet «expulsion» omfatter altså ethvert vedtak om å sende en EØS-borger ut av landet etter innreise. Guild mener at artikkel 28 også må være anvendelig dersom en person med rett til fast opphold blir nektet innreise ved retur til vertslandet etter et kortvarig besøk i utlandet. Hvis ikke ville integrerte EØS-borgere ved enhver kortere utreise fra vertslandet risikere å miste den særlige beskyttelsen bestemmelsen gir dem.⁶⁹ Løsningen kan virke rimelig siden det i begge tilfelle er tale om personer med sterk tilknytning til vertsstaten, og de samme hensynene kan derfor gjøre seg gjeldende. Dette innebærer imidlertid ikke en utvidende tolkning av begrepet «expulsion», men etter mitt syn en analogisk anvendelse av begrepet på de tilfeller som vanligvis dekkes av ordet «exclusion», se for eksempel artikkel 32.

Begrepet «expulsion» er i direktivets norske versjon oversatt til «utvisning». Begrepet utvisning har imidlertid et snevrere innhold i norsk rett. Der omfatter det bare oppholdsforbud med varige eller tidsbegrensede forbud mot senere innreise.⁷⁰ Begrepet «bortvisning» omfatter innreisenekt i forbindelse med en grensekontroll, samt å nekte opphold til en person som har oppholdt seg i landet i kortere eller lengre tid.⁷¹ Det er altså avgjørende for sondringen mellom de to vedtakstypene om det foreligger et vedtak med innreiseforbud (utvisning) eller et vedtak uten innreiseforbud (bortvisning). Siden unionsborgerdirektivets «expulsion» omfatter alle oppholdsnektelser (og muligens også innreisenektelser i visse tilfelle, jf. ovenfor), kan den norske oversettelsen av direktivet virke misvisende.⁷²

⁶⁸ Se for eksempel EU-kommisjonens poeng i E-15/12 *Wahl* premiss 69.

⁶⁹ Guild (2014) s. 264.

⁷⁰ Utlendingsloven § 124, Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 280 og Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 40.

⁷¹ Utlendingsloven § 121 (3), Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 271 og Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 40.

⁷² I EØS-sammenheng har varigheten av et innreiseforbud bare den betydning som er nevnt i direktivets artikkel 15 (3), nemlig at innreiseforbud bare kan vedtas dersom oppholdsnektelsen er begrunnet i hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse etter artikkel 27, jf. Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 40. Slike innreiseforbud skal ifølge artikkel 32 være tidsbegrensede, jf. kapittel 3.3.3.

Direktivets vide begrepsbruk er gjennomført slik at utlendingslovens § 122 om utvisning av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet får tilsvarende anvendelse på vedtak om bortvisning etter § 121 (1) c). Denne lovgivningsteknikken får imidlertid ikke frem at § 122 (2) og (4), som tilsvarende unionsborgerdirektivets artikkel 28, i utgangspunktet ikke gjelder for bortvisningsvedtak fattet i forbindelse med en grensekontroll. Kanskje har norsk lovgiver ønsket å innføre gunstigere regler for EØS-borgere enn det EØS-retten krever.

I det følgende vil utlendingslovens begrepspar (bortvisning og utvisning) anvendes i drøftelsene om norsk rett. For øvrig velger jeg ikke å anvende begrepet «utvisning», men «utsendelse» når jeg taler om «expulsion». Dette er mer i samsvar med den danske versjonens begrep «utsændelse» og den franske «éloignement». ⁷³ Og i stedet for «bortvisning» anvendes begrepet «innreisenekt». Fremgangsmåten er i tråd med EØS-rettslige fremstillinger. ⁷⁴ Samme sonndring mellom utsendelser og innreisenektelser anvendes i EMK. ⁷⁵

Utlevering er et annet nasjonalt virkemiddel som også medfører en plikt til å forlate landet. ⁷⁶ Men mens utsendelse og innreisenekt er vedtak i forbindelse med utlendingskontroll, skal utlevering sikre en effektiv straffeforfølgning over landegrensene. Dette reguleres ikke av unionsborgerdirektivet, og faller utenfor rammene for denne avhandlingen.

2.4 Norsk rett

Avhandlingen inntar et overordnet EØS-rettslig perspektiv og er ikke en gjennomgang av norsk utlendingsrett. Norske regler og faktiske omstendigheter vil imidlertid anvendes som eksempler for å illustrere hvordan de EØS-rettslige reglene slår ut. Det er derfor nyttig med en kort redegjørelse for de norske rettskildene.

⁷³ Direktivets språkversjoner er likeverdige, jf. EØS-rett (2011) s. 44.

⁷⁴ Barnard (2013) s. 502 og Guild (2014) s. 289.

⁷⁵ Sammenlign for eksempel «expelled» med «deprived of the right of entry» i EMK TP4 artikkel 3 (1) og (2).

⁷⁶ NOU 2004: 20 «Ny utlendingslov» pkt. 12.1, utleveringsloven § 19 og arrestordreloven § 1.

1964-direktivet var gjennomført i den nå opphevede utlendingsloven av 1988 kapittel 8. Unionsborgerdirektivet ble gjennomført i kapittel 13 i utlendingsloven av 2008. De mest sentrale bestemmelsene er §§ 121 til 123 om bortvisning og utvisning av hensyn til offentlige orden, sikkerhet eller folkehelse. Utlendingsforskriften gir nærmere regler om bestemmelsene. Ifølge § 19-29 siste ledd kan Utlendingsdirektoratet (UDI) gi nærmere retningslinjer. Dette er gjort i rundskriv RS 2010-022 «Bortvisning og utvisning av EØS-borgere av hensyn til offentlig orden eller sikkerhet», publisert 20. juli 2011. Rundskrivet er senere justert ved Justis- og beredskapsdepartementets instruks 2013-002-GI av 17. juni 2013.

EØS-avtalens betydning for norsk utlendingsrett illustreres godt av en eldre uttalelse fra forarbeidene til den nå opphevede utlendingsloven av 1988. I 1983 skrev lovutvalget at etter

«gjeldende norsk rett er det som regel klart at utlendinger ikke har krav på opphold uten videre, og det er neppe noen stat som gir alle utlendinger en slik rett, idet enhver stat etter folkeretten som utgangspunkt har full rådighet over adgangen til sitt territorium. Adgang og opphold kan derfor fritt gis eller nektes når ikke annet er bestemt i traktat eller bindende praksis.»⁷⁷

Traktatene det ble vist til, omfattet naturligvis ikke EØS-avtalen fra 1992. Etter gjennomføringen av unionsborgerdirektivet, som utelukkende krever at EØS-borgere må inneha tilstrekkelige midler til seg og sine familiemedlemmer samt sykeforsikring, kan det nå hevdes at rett til opphold nærmest gis «uten videre» til EØS-borgere.

⁷⁷ NOU 1983:47 s. 179.

3 Vilkårene for inngrep i retten til innreise og opphold

3.1 Innledning

Inngrepet i EØS-borgerens rett til innreise eller opphold må oppfylle en del direktiv- og ulovfestede vilkår, som behandles i dette tredje kapitlet. En viktig betingelse er at inngrepet er «utelukkende» begrunnet i EØS-borgerens «personlige atferd», jf. direktivets artikkel 27 (2) første setning. Det vil blant annet si at det er forbud mot begrunnelser som ikke berører den enkelte sak eller som bygger på allmennpreventive hensyn. Dette kravet til individuelle begrunnelser drøftes i kapittel 3.3.1.

Den personlige adferden må utgjøre en «virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse», jf. artikkel 27 (2) tredje setning. Dette kravet behandles i kapittel 3.3.2 og 3.3.3. Med andre ord er det ikke en hvilken som helst samfunnsskadelig handling som kan rettferdiggjøre en innreise- eller oppholdsnekt. I forlengelsen av dette kan en straffedom ikke «alene» utgjøre grunnlaget for inngrepet, jf. artikkel 27 (2) annen setning. I praksis vil dette si at det må foreligge gjentakelsesfare, se kapittel 3.3.4.

EU- og EFTA-domstolene har tillatt stater å vektlegge at utenlandske EØS-borgere er medlemmer i særskilte uønskede organisasjoner. Det har vært tale om henholdsvis den scientologiske kirke og Hells Angels.⁷⁸ Betydningen av medlemskap og tilhørighet drøftes derfor i kapittel 3.3.5.

Videre må innreise- eller oppholdsnektelsen, som alle andre restriksjoner i de fire friheter, være i samsvar med EØS-rettens forholdsmessighetsprinsipp. Det vil si at inngrepet må være egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand, se kapittel 3.5. Disse tre kravene til forholdsmessighet er nært knyttet andre vurderingstemaer i avhandlingen, og ofte vil de ulike spørsmålene overlape. Dette gjelder blant annet EU-domstolens ulovfestede forbud mot vilkårlig forskjellsbehandling. Utenlandske EØS-borgere kan ikke

⁷⁸ Sakene 41/74 *Van Duyn* og E-15/12 *Wahl*.

nektes innreise eller opphold med mindre vertsstaten iverksetter motvirkende tiltak mot egne statsborgere ved tilsvarende uønsket adferd. En vertsstat kan ikke utsende en EØS-borger fordi han utgjør en trussel mot interesser som staten i praksis ikke beskytter. Dette behandles i kapittel 3.4.

Til slutt skal inngrep i EØS-borgeres innreise og opphold som nevnt i kapittel 2.2 ikke krenke menneskerettighetene. Dette vurderingstemaet vil dukke opp flere steder i avhandlingen. For øvrig må inngrepet være i tråd med direktivets saksbehandlingsregler, noe som drøftes i kapittel 3.6 om prosessuelle garantier.

For at disse vilkårene i det hele tatt kan drøftes, må vertsstaten ha påberopt et av de tre traktatfestede legitime formålene som begrunnelse for inngrepet. Det er derfor avgjørende først å begynne med en redegjørelse av innholdet i begrepene offentlig orden, offentlig sikkerhet og offentlig helse.

3.2 Legitime formål

3.2.1 Innledning

EØS-statene kan som nevnt nekte EØS-borgere innreise eller opphold for å beskytte deres offentlige «orden», offentlige «sikkerhet» eller «folkehelsen». EU-domstolen pålegger ikke medlemsstatene en ensartet verdiskala ved vurderingen av om en adferd er av en slik karakter at den kan begrenses av hensyn til den offentlige orden.⁷⁹ Den grunnleggende avgjørelsen 41/74 *Van Duyn* fra 1974 gjaldt en nederlandsk scientolog som ble nektet innreise til Storbritannia. EU-domstolen uttalte at hvilke handlinger som anses i strid med den offentlige orden «may vary from one country to another and from one period to another».⁸⁰ Det er derfor nødvendig «to allow the competent authorities an area of discretion within the limits imposed by the Treaty.»⁸¹ Det er opp til medlemsstatene å definere innholdet i begrepene offentlig orden og sikkerhet i samsvar med deres nasjonale

⁷⁹ Sak C-268/99 *Jany* premiss 60.

⁸⁰ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18.

⁸¹ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18. Statenes skjønnsmargin fremheves også i COM(99) 372 s. 19.

behov.⁸² Én medlemsstats verdivurderinger må kunne avvike fra det som ellers er vanlig innenfor EØS-området.⁸³ Som Generaladvokaten fremhever, kan det i ett medlemsland være væpnede grupper som utgjør et samfunnsproblem, i et annet narkotikakriminalitet.⁸⁴ Dette henger sammen med at statene i utgangspunktet har frihet til å fastsette et høyt eller lavt «beskyttelsesnivå» ved ivaretagelsen av offentlige interesser, jf. kapittel 3.5.2.⁸⁵

Denne nasjonale handlefriheten innskrenkes imidlertid for det første ved at hensyn som begrunner restriksjoner i de fire friheter skal tolkes snevert.⁸⁶ EU-domstolen har uttalt at rekkevidden av begrepet offentlige orden ikke kan defineres av den enkelte medlemsstat alene uten EU-institusjonenes kontroll.⁸⁷ Statene har bevisbyrden for at restriksjonen i den frie bevegelse kan begrunnes i et av de traktatfestede hensynene.⁸⁸ Den snevre tolkningen er ifølge EU-domstolen også «required by virtue of a person's status as a citizen of the Union.»⁸⁹ Denne formuleringen viser hvorledes innføringen av unionsborgerskapet får praktisk innvirkning.

Prinsippene nevnt ovenfor om forholdet mellom den forholdsvis vide nasjonale skjønnsmarginen og den snevre tolkningen av de tre formålene som begrunner inngrep i den frie bevegelse, er gjentatt i flere avgjørelser etter prinsippavgjørelsen *Van Duyn*.⁹⁰ EU-domstolens prøvingsintensitet ved vurderingen av vertsstatenes skjønnsbruk, drøftes nærmere i kapittel 3.5.2 om forholdsmessighetsprinsippet.

⁸² Sak C-33/07 *Jipa* premiss 23.

⁸³ Rt-2009-705 premiss 45.

⁸⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 72.

⁸⁵ EØS-rett (2011) s. 339.

⁸⁶ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18 og sak C-348/96 *Calfa* premiss 23.

⁸⁷ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18. Se også COM(99) 372 s. 10 om at medlemsstatene ikke kan «freely define and interpret these concepts according to their own practices and traditions.»

⁸⁸ Barnard (2013) s. 497 og Guild (2000) s. 63.

⁸⁹ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 65.

⁹⁰ Se blant annet sakene 36/75 *Rutili* premiss 26-27, 30/77 *Bouchereau* premiss 33-34, C-348/96 *Calfa* premiss 22-23, C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 64, C-33/07 *Jipa* premiss 23 og EFTA-domstolens avgjørelse E-15/12 *Wahl* premiss 83.

For det andre innskrenkes medlemsstatenes handlefrihet av unionsborgerdirektivets artikkel 28 (2). EØS-borgere med rett til fast opphold (se kapittel 1.3) kan ikke utsendes av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet med mindre disse interessene er «tungtveiende». Dette er en høyere terskel enn det alminnelige trusselkravet i artikkel 27. Det er sparsomt med rettspraksis fra EU-domstolen om artikkel 28 (2).⁹¹ Men det er klart at for eksempel organisert narkotikasalg omfattes.⁹² Om hensynene er tungtveiende, vil til syvende og sist bero på en forholdsmessighetsvurdering av om utsendelsen er nødvendig og om EØS-borgerens subjektive forhold tilsier at utsendelse ikke skal skje (se kapittel 3.5 om forholdsmessighetsprinsippet).

Det er ikke tilstrekkelig at et av de tre hensynene påberopes. Inngrepet må i tillegg være *saklig* begrunnet i den offentlige orden, sikkerhet eller helse.⁹³ Det vil si at en medlemsstat som nevnt ikke kan nekte utenlandske EØS-borgere innreise eller opphold med mindre staten treffer motvirkende tiltak mot egne statsborgere ved tilsvarende uønsket adferd, jf. kapittel 3.4 om forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling.

Det er landets *egen* offentlige orden, sikkerhet eller helse som kan beskyttes. Vertsstaten kan ikke begrunne inngrep utelukkende i hensynet til beskyttelsen av en annen medlemsstats nasjonale interesser. Dette fremgår ikke av artikkel 27, men av EU-domstolens rettspraksis. I saken C-33/07 *Jipa* nektet rumenske myndigheter en av sine egne statsborgere utreise til Belgia fordi han tidligere var utsendt derfra etter å ha oppholdt seg der ulovlig. Domstolen uttalte at begrensninger «cannot be based exclusively on reasons advanced by another Member State».⁹⁴

Det følger av artikkel 27 (1) annet punktum at hensynene ikke må «gjøres gjeldende for økonomiske formål.» Det er et grunnleggende EØS-rettslig prinsipp at rent økonomiske

⁹¹ Guild mener at dette skyldes at bestemmelsen gir en skjønsmessig adgang til å utsende, men sier intet om når medlemsstaten *ikke* kan gjøre dette, jf. Guild (2014) s. 277.

⁹² Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 54.

⁹³ EØS-rett (2011) s. 337.

⁹⁴ C-33/07 *Jipa* premiss 25.

hensyn ikke kan begrunne restriksjoner.⁹⁵ Saken C-249/11 *Byankov* fra 2012 gjaldt en bulgarsk statsborger som ble nektet utreise fra Bulgaria fordi han ikke hadde tilbakebetalt gjeld til et privat selskap. EU-domstolen fant at det ikke kunne utelukkes at utreisenektelsen hadde «an exclusively economic objective.»⁹⁶ Innreise- og oppholdsforbud med den hensikt å verne om statens økonomiske interesser vil stride mot formålet om et integrert økonomisk marked. EØS-borgere kan som nevnt i kapittel 1.3 ikke automatisk utsendes dersom de benytter seg av vertsstatens sosialhjelpssystem. EØS-landene kan heller ikke nekte arbeidstakere opphold på grunn av høy arbeidsledighet i landet.⁹⁷

I det følgende klarlegges nærmere innholdet i de tre legitime hensynene. Det er tale om fleksible begreper. EU-kommisjonen har uttalt at rekkevidden av begrepene ikke bør begrenses på kunstig vis ved å forsøke å gi dem en presis og uttømmende definisjon. Det ville være svært vanskelig og ikke ivareta noe reelt formål.⁹⁸ Innholdet i begrepene offentlig orden og offentlig sikkerhet er ikke positivt definert i EU-lovgivningen.⁹⁹ EU-domstolen tar heller ikke så ofte uttrykkelig stilling til om en nasjonal interesse omfattes av disse begrepene, særlig ikke i eldre rettspraksis. Noe kan likevel utledes av rettspraksis, og dette gjennomgås i det følgende. Hensynet til offentlig helse er derimot mer eller mindre klarlagt gjennom medisinske begreper. Som vi skal se i kapittel 3.2.4 adskiller dette hensynet seg på flere punkter fra de to andre.

⁹⁵ Se for eksempel en noe nyere storkammeravgjørelse i forente saker C-105/12, C-106/12 og C-107/12 *Essent* premiss 51-52 om fri bevegelse av kapital.

⁹⁶ C-249/11 *Byankov* premiss 39.

⁹⁷ EØS-rett (2011) s. 383, Barnard (2013) s. 497 og Guild (2014) s. 256.

⁹⁸ COM(99) 372 s. 10.

⁹⁹ Det er gjort et forsøk på et annet rettsområde. Fortalens avsnitt 41 i direktiv 2006/123/EF («tjenestedirektivet») uttaler at den offentlige orden «kan særlig omfatte spørsmål som gjelder menneskeverd, beskyttelse av mindreårige og utsatte voksne samt dyrs velferd. Tilsvarende omfatter begrepet offentlig sikkerhet spørsmål om offentlig trygghet.» Jf. Rossi dal Pozzo (2013) s. 76.

3.2.2 Offentlig orden

Trusler mot den offentlige orden omfatter for det første straffbare handlinger. Medlemsstatene må ha frihet til å bestemme hvilke samfunnsinteresser som skal beskyttes med straffebud såfremt slike bestemmelser ikke er i strid med øvrig EU-lovgivning.¹⁰⁰ I flere saker for EU-domstolen om utsendelse av EØS-borgere har begrunnelsen vært at personene har begått straffbare overtredelser. Sakene har blant annet gjeldt drap, tyveri og brudd på narkotikalovgivning, herunder kjøp, bruk og salg.¹⁰¹

For det andre omfattes annen uønsket og samfunnsskadelig adferd. EU-kommisjonen har uttalt at offentlig orden generelt tolkes som «preventing disturbance of social order».¹⁰² Som vi skal komme tilbake til i kapittel 3.3.2, trenger det ikke være tale om ulovlige handlinger. Det er imidlertid en forutsetning at en «grunnleggende» samfunnsinteresse er truet, jf. unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2) tredje setning. Hva en grunnleggende samfunnsinteresse er, vil variere. Rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen har omhandlet angivelig samfunnsskadelig adferd fra medlemmer av den scientologiske kirke, prostituerte, uønskede diplomater og Hells Angels-medlemmer.¹⁰³ Én ting er i alle fall klart – en medlemsstat kan ikke hevde at en samfunnsinteresse er «grunnleggende» med mindre staten fører en sammenhengende og systematisk praksis til beskyttelse av den aktuelle interessen med andre virkemidler enn bare innreise- og oppholdsnektelser. Dette behandles i kapittel 3.4 om forbudet mot forskjellsbehandling og kapittel 3.5.3 om kravet til konsistens.

1964-direktivets vedlegg bokstav B bestemte at rusavhengighet og sinnslidelse kunne utgjøre en trussel mot den offentlige orden eller sikkerhet. Dette er ikke uttrykkelig videreført i unionsborgerdirektivet, men det må være klart at vertsstaten kan begrense

¹⁰⁰ Sak C-348/96 *Calfa* premiss 17.

¹⁰¹ Se sakene 67/74 *Bonsignore*, 30/77 *Bouchereau* og C-348/96 *Calfa*, forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri*, samt sakene C-349/06 *Polat* og C-145/09 *Tsakouridis*.

¹⁰² COM(2009) 313 s. 10.

¹⁰³ Sak 41/74 *Van Duyn*, forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille*, C-268/99 *Jany*, forente saker C-65/95 og C-111/95 *Shingara og Radiom* og EFTA-domstolens E-15/12 *Wahl*.

innreise og opphold til personer som har overtrådt narkotikalovgivningen eller som på grunn av en sinnslidelse utgjør en fare for samfunnet.¹⁰⁴

Selv om begrepet offentlig orden som nevnt skal tolkes snevert, viser drøftelsen at EU-domstolen ikke stiller strenge rammer for hva som kan omfattes av begrepet. Begrepet har blitt beskrevet som en «unruly horse».¹⁰⁵ Et sted går imidlertid grensen. Utøvelse av fagforeningsrettigheter, som streik og fredelig demonstrasjon, kan ikke utgjøre en trussel mot den offentlige orden.¹⁰⁶ Det er klart at EU-domstolen er skeptisk til inngrep i slike arbeidsrettslige rettigheter som EØS-retten tross alt bygger på og som beskyttes av EU-paktens artikkel 12 (1) og EMK artikkel 11 (1). Disse bestemmelsene behandles nærmere i kapittel 4.3 om demonstrasjoner og andre forsamlinger.

Norske forarbeider har beskrevet begrepet offentlig orden som «grovt sagt bekjempelse av kriminalitet og annen adferd som anses å være i strid med tradisjonelle moralnormer.»¹⁰⁷ Her kan det være hensiktsmessig å minne om at hensynet til beskyttelsen av den offentlige *moral* ikke er en legitim begrunnelse for begrensninger i den frie bevegelse for personer. Motsetningsvis kan den offentlige moral begrunne restriksjoner i det frie varebytte, jf. EØS-avtalens artikkel 13. Grensen mellom offentlig «orden» og «moral» kan være vanskelig å trekke. Dette illustreres i EU-domstolens forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* fra 1982, som gjaldt utsendelse av franske prostituerte fra Belgia. Myndighetene begrunnet utsendelsene i hensynet til den offentlige orden, men de underliggende vurderingene var nærmest utelukkende moralske. Dette drøftes nærmere i kapittel 4.4 om prostituerte.

Til slutt kan det være verd å merke seg at begrepet «public policy» har et annet innhold i EØS-rettslig sammenheng enn det har i «common law».¹⁰⁸ Der sikter det til

¹⁰⁴ Se for eksempel sak C-348/96 *Calfa* premiss 22 om rusmisbruk. Merk at den norske utlendingsforskriften § 19-29 (3) fortsatt oppstiller rusavhengighet og sinnslidelse som begrunnelser for bortvisning og utvisning.

¹⁰⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 30/77 *Bouchereau* s. 2025.

¹⁰⁶ Sak 36/75 *Rutili* premiss 31.

¹⁰⁷ NOU 2004:20 s. 305. Sitatet anvendes av Høyesterett i Rt-2009-705 avsnitt 42.

¹⁰⁸ Oliver (2010) s. 251 og Goodwin-Gill (1978) s. 356.

ugyldighetsgrunner i kontraktsretten og unntak fra anvendelse av en ellers gjeldende utenlandsk lov i internasjonal privatrett.¹⁰⁹

3.2.3 Offentlig sikkerhet

Begrepet «offentlig ... sikkerhet» i artikkel 27 (1) tar sikte på vern av mer fundamentale statlige samfunnsinteresser. Det er tale om «very sensitive matters».¹¹⁰ De fleste straffbare handlinger utgjør ikke trusler mot den offentlige sikkerhet, men bare mot den offentlige orden, selv om de er så alvorlige at de virker særlig opprørende for folk flest.¹¹¹

Den offentlige sikkerhet omfatter beskyttelsen av statens interne og eksterne sikkerhet.¹¹² Avgjørelser fra EU-domstolen har omhandlet trusler mot offentlige institusjoner og tjenester, befolkningens overlevelse, internasjonale relasjoner og staters militære interesser.¹¹³ På området for denne avhandlingen har det vært tale om terrorisme, organisert narkotikakriminalitet og grove seksuelle overgrep.¹¹⁴ Et eksempel fra et annet saksområde enn utlendingsretten kan også være illustrerende. I saken 72/83 *Campus Oil* fra 1984 fant Domstolen at avbrudd i nasjonal petroleumsforsyning alvorlig kunne påvirke den offentlige sikkerhet fordi produktene

«because of their exceptional importance as an energy source in the modern economy, are of fundamental importance for a country's existence since not only its economy but above all its institutions, its essential public services and even the survival of its inhabitants depend upon them.»¹¹⁵

Selv om offentlig orden og offentlig sikkerhet kan synes å overlappe, er det viktig å holde dem adskilt. Begrepet offentlig sikkerhet kan ikke anvendes på forhold som dekkes av

¹⁰⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 30/77 *Bouchereau* s. 2025.

¹¹⁰ COM(99) 372 s. 11.

¹¹¹ Rossi dal Pozzo (2013) s. 78.

¹¹² Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 43.

¹¹³ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 44.

¹¹⁴ Sakene C-100/01 *Olazabal*, C-145/09 *Tsakouridis* og C-348/09 *P.I.*.

¹¹⁵ Sak 72/83 *Campus Oil* premiss 34.

begrepet offentlig orden.¹¹⁶ Dette skyldes at grensedragningen mellom begrepene har rettslig betydning. Ifølge unionsborgerdirektivets artikkel 28 (3) kan mindreårige og personer som har oppholdt seg i vertsstaten i de ti foregående årene bare utsendes dersom det er «tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet slik den er definert av medlemsstatene». Hensynet til den offentlige orden kan altså ikke rettferdiggjøre utsendelse av denne personkretsen, bare hensynet til den offentlige sikkerhet. I tillegg må utsendelse være tvingende nødvendig. Dette utgjør et sterkere vern mot utsendelse enn de alminnelige bestemmelsene i artikkel 27 og 28 (1) og den spesielle regelen for dem med fast opphold i artikkel 28 (2).¹¹⁷

Formuleringen «offentlig sikkerhet slik den er definert av medlemsstatene» betyr ikke at den enkelte medlemsstat definerer innholdet i begrepet offentlig sikkerhet uten EU-institusjonenes kontroll. Meningen er bare at medlemsstatene ikke pålegges en ensartet verdiskala, men gis en skjønnsmargin i vektleggingen av forskjellige samfunnsinteresser etter deres nasjonale behov, jf. prinsippene nevnt foran i innledningskapittel 3.2.1.¹¹⁸

Unionsborgerdirektivets artikkel 28 (3) har vært oppe for EU-domstolen noen få ganger. Saken C-145/09 *Tsakouridis* fra 2010 gjaldt en gresk statsborger som var født i Tyskland og hadde bodd der i over 20 år. Han ble dømt for organisert narkotikavirksomhet og ble utsendt. EU-domstolen fant at han kunne være en trussel mot den offentlige sikkerhet fordi slik virksomhet utgjør en sosial og økonomisk fare som, dersom den har en viss alvorlighetsgrad, kan true borgernes trygghet.¹¹⁹ Dette var imidlertid ikke tilstrekkelig for

¹¹⁶ COM(2009) 313 s. 10.

¹¹⁷ For mindreårige gjøres det unntak fra kravet til tvingende nødvendighet dersom utsendelsen skjer av hensynet til barnets beste etter barnekonvensjonen, jf. artikkel 28 (3) b). Det er interessant at i likhet med artikkel 29 (1), som skal tolkes i samsvar med Verdens helseorganisasjons bestemmelser (se kapittel 3.2.4), vises det her til et utenforstående folkerettslig regelsett, jf. Guild (2014) s. 249-250. For øvrig er begrepet mindreårige ikke definert i direktivet, men må vel tolkes i samsvar med barnekonvensjonens artikkel 1, jf. Guild (2014) s. 271. Denne definerer barn som «ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet».

¹¹⁸ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18, jf. Rossi dal Pozzo (2013) s. 82.

¹¹⁹ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 45 og 47.

utsendelse etter artikkel 28 (3). Det måtte foreligge en «particularly high degree of seriousness», noe som kunne være tilfelle ved organisert narkotikavirksomhet.¹²⁰ Generaladvokaten hadde fremhevet at det at artikkel 28 (3) også får anvendelse på mindreårige illustrerer at bestemmelsens utsendelsesadgang «may be adopted only as an exception, having regard to the extreme seriousness of the conduct alleged.»¹²¹

EU-domstolen tolket bestemmelsens innhold nærmere i saken C-348/09 *P.I.* fra 2012. En italiensk statsborger med et 19 års opphold i Tyskland ble vedtatt utsendt etter en straffedom for gjentatte seksuelle overgrep mot et barn. EU-domstolen uttalte at denne typen straffbare handlinger var det særlig behov for medlemsstatene å bekjempe på felles grunnlag etter TEUV artikkel 83 (1). Denne bestemmelsen gir Europaparlamentet og Rådet myndighet til å fastsette minsteregler for hva som skal anses som straffbare handlinger og straffereaksjoner. Den omfatter følgende kriminalitetstyper:

«terrorisme, menneskehandel og seksuell utnyttning av kvinner og barn, ulovlig narkotikahandel, ulovlig våpenhandel, hvitvasking av penger, korrupsjon, forfalskning av betalingsmidler, datakriminalitet og organisert kriminalitet.»¹²²

Slik kriminalitet utgjorde direkte trusler mot befolkningens ro og fysiske trygghet og kunne omfattes av artikkel 28 (3).¹²³ Forutsetningen var at «the manner in which such offences were committed discloses particularly serious characteristics».¹²⁴ Denne presiseringen innebærer at noen seksuelle overgrep mot kvinner og barn ikke er tungtveiende nok til å rettferdiggjøre utsendelse av personer som har oppholdt seg i en vertsstat i over ti år. Dette var ikke tilfelle i den aktuelle saken. Italieneren hadde ukentlig i en ni års periode seksuelt misbrukt sin tidligere samboers åtte år gamle datter med vold og trusler. EU-domstolens

¹²⁰ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 41 og 56.

¹²¹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 92.

¹²² TEUV artikkel 83 (1) annet avsnitt. Det finnes ingen parallell i EØS-avtalen, men det må være klart at EU-domstolens vektlegging av bestemmelsen er relevant for tolkningen av unionsborgerdirektivet i EØS-sammenheng fordi det tross alt er tale om handlinger som også EFTA-landene anser som meget alvorlige.

¹²³ Sak C-348/09 *P.I.* premiss 28.

¹²⁴ Sak C-348/09 *P.I.* premiss 28.

presisering vil også si at det ikke er et vilkår at gjerningsmannen har begått seksuelle overgrep mot flere personer. Det er klart at et slikt overgrep mot én enkeltperson kan utgjøre en trussel mot det *offentlige* hensynet til sikkerhet, ikke bare mot privatpersonens interesser. Det er tale om en trussel mot en grunnleggende samfunnsverdi som staten beskytter gjennom sin straffelovgivning.

Til syvende og sist vil spørsmålet om en person med ti års opphold kan utsendes etter artikkel 28 (3) bero på en vurdering av om inngrepet er egnet, nødvendig og forholdsmessig i snever forstand, jf. kapittel 3.5 om forholdsmessighetsprinsippet. At utsendelsen skal være «tvingende nødvendig» pålegger medlemsstatene å foreta en meget streng forholdsmessighetsvurdering, hvor hensynene som taler for utsendelse må veie adskillig mer enn hensynene som taler imot.

3.2.4 Offentlig helse

Hensynet til den offentlige helse omfatter beskyttelse mot sykdommene som er opplistet i unionsborgerdirektivets artikkel 29 (1). Dette er sykdommer som ifølge Verdens helseorganisasjon (WHO) er epidemiske, samt andre infeksjonssykdommer eller smittsomme parasittsykdommer dersom de omfattes av vernetiltak som gjelder for vertsstatens egne borgere.¹²⁵ Som nevnt i kapittel 3.2.2 er rusavhengighet og sinnslidelse sykdommer som kan utgjøre en fare for den offentlige orden eller sikkerhet, men *ikke* den offentlige helse.¹²⁶

Artikkel 29 (1) viderefører 1964-direktivets artikkel 4, som henviste til et vedlegg som i tillegg opplistet tuberkulose i åndedretsorganene i aktivt stadium eller med utviklingstendens, samt syfilis. 1964-direktivet beskrev sykdommene som «diseases or

¹²⁵ WHO's gjeldende bestemmelser er «International Health Regulations» fra 2005, se særlig vedlegg 2. Det er rettskildemessig interessant at EØS-lovgivningen anvender forskriftene til WHO. Den globale organisasjonen er et FN-organ med 194 medlemsstater, og skiller seg fra EU som regional organisasjon. Samtidig er det selvsagt naturlig at de to organene inngår samarbeid når WHO er et ekspertorgan på det aktuelle området og alle EUs medlemsland er medlem av WHO.

¹²⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 30/77 *Bouchereau* s. 2027 og COM(99) 372 s. 12.

disabilities». I den norske versjonen av direktivet var dette omtalt som «sykdommer eller lignende tilstander». Selv om oversettelsen ikke er nøyaktig, er «lignende tilstander» en bedre beskrivelse av de smittsomme sykdommene enn «disabilities», som gir assosiasjoner til funksjonshemming. Ordet «disabilities» er i dag sløyfet i unionsborgerdirektivets artikkel 29.¹²⁷

Medlemsstatenes mulighet til å påberope hensynet til folkehelsen er begrenset i tid. Artikkel 29 (2) gir ikke hjemmel for utsendelse dersom sykdommen oppstår senere enn tre måneder etter innreisedatoen. Dette er en innstramming av 1964-direktivets artikkel 4 (2), hvor grensen var seks måneder etter innreise.¹²⁸ At en sykdom «oppstår» må sikte til enhver måte en sykdom kan pådras. Det synes ikke å være nødvendig at det har skjedd et utbrudd. Det er tilstrekkelig at én enkelt utenlandsk EØS-borger er smittet innen tre måneder etter innreise. Det kan synes som om Hartley mener at sykdommer som først viser symptomer etter et langt opphold i vertslandet, kan begrunne utsendelse såfremt de er pådratt før innreise.¹²⁹ Guild mener derimot at ingen personer som har oppholdt seg i vertsstaten i over tre måneder etter artikkel 7 kan bli utsendt.¹³⁰ Jeg heller til sistnevnte tolkning av reglene.

En sykdom vil kunne oppdages dersom myndighetene pålegger EØS-borgeren å gjennomgå en kostnadsfri medisinsk undersøkelse, jf. artikkel 29 (3). Det skal imidlertid «sterke holdepunkter» til for at dette er nødvendig, og personer skal ikke rutinemessig bli underkastet undersøkelser. Slike sterke holdepunkter vil foreligge dersom personen har åpenbare symptomer.¹³¹

¹²⁷ Den engelske ordlyden i 1964-direktivets artikkel 4 (1) samsvarer med den franske versjonens begrep «maladies ou infirmités». Av hensyn til konsekvens og forståelighet har jeg i teksten valgt å sammenligne den norske versjonen av 1964-direktivet med den engelske versjonen, ikke den franske, selv om engelsk først ble et offisielt språk da Storbritannia ble medlem av EU i 1973.

¹²⁸ Direktiv 64/221/EØF artikkel 4 (2) og 5 (1).

¹²⁹ Hartley (1978) s. 154.

¹³⁰ Guild (2014) s. 279-280.

¹³¹ Fairhurst (2012) s. 520.

Jeg har ikke funnet avgjørelser fra EU- eller EFTA-domstolen om inngrep i innreise- eller oppholdsretten begrunnet i folkehelsen. Dette adskiller seg fra rettspraksis om eksempelvis det frie varebytte, hvor befolkningens helse er det hensynet som hyppigst påberopes av medlemsstatene.¹³² I én sak har imidlertid EU-domstolen på mer generelt grunnlag uttalt at den uttømmende kasuistikken over sykdomsgrupper i 1964-direktivets artikkel 4 skulle forhindre overdrevne begrensninger i rettigheten.¹³³ Dette er nok også årsaken til at det ikke finnes rettspraksis fra EU-domstolen om tolkningen av hensynet. En liste over sykdommer med et medisinsk faglig innhold innbyr ikke til mange tolknings spørsmål. Forfattere fremhever at hensynet til den offentlige helse «causes few problems of interpretation»¹³⁴ og er «more concrete and less a matter of opinion».¹³⁵

Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak. Det er flere eksempler fra 1980- og 90-tallet om at EUs medlemsland innførte uttrykkelige innskrenkninger i bevegelsesfriheten til personer som var smittet av HIV/AIDS, selv om denne sykdommen ikke smitter ved alminnelig fysisk kontakt.¹³⁶ I retningslinjene fra 1999 fant EU-kommisjonen derfor grunn til å påpeke at medlemsstatene ikke måtte begrense innreise- eller oppholdsretten på en måte som kunne føre til «social exclusion, discrimination or stigmatisation of persons with HIV/AIDS.»¹³⁷

Til slutt kan det stilles spørsmål om hensynets relevans i dag. I 1999 uttalte EU-kommisjonen at den offentlige helse er et hensyn som er «somewhat outdated given the current level of integration of the European Union and the development of new means to handle public health problems.»¹³⁸ Jeg kan være enig i at innreisenektelser ikke kan brukes som et generelt virkemiddel for å håndtere et lands helseproblemer. Standpunktet om at

¹³² Barnard (2013) s. 163.

¹³³ C-237/91 *Kus* premiss 34. Saken gjaldt tolkningen av assosieringsavtalene mellom Tyrkia og EU, men inneholder prinsipielle uttalelser om 1964-direktivet.

¹³⁴ Rossi dal Pozzo (2013) s. 83.

¹³⁵ Hartley (1978) s. 153.

¹³⁶ Hendriks (1990) s. 197-198 og Overbeek (1990) s. 792, 803-804 og 812-814.

¹³⁷ COM(99) 372 s. 12.

¹³⁸ COM(99) 372 s. 12.

hensynet er utdatert kan imidlertid problematiseres. Retningslinjene fra 1999 ble gitt da EU-samarbeidet besto av 15 medlemsland, mens tallet i dag er 28.¹³⁹ I et ekspandert EØS-område med stor mobilitet i en tid med genuin fare for resistens mot antibiotika, er det ikke utelukket at innreisenektelser kan være et kurant tiltak for å beskytte helsen til en vertsstats befolkning.¹⁴⁰

3.2.5 Sammenfatning og sammenligning

Innreise- og oppholdsnektelser må altså kunne begrunnes i hensynet til den offentlige orden, offentlige sikkerhet eller offentlige helse. Den offentlige orden har ikke et nøyaktig definert innhold, den offentlige sikkerhet er noe utpenslet i rettspraksis, mens den offentlige helse er mer eller mindre klarlagt. Den offentlige orden er det mest vidtfavnende hensynet og påberopes oftest av medlemsstatene.

Det er viktig å være oppmerksom på at det er to grunnleggende forskjeller mellom vedtak begrunnet i den offentlige helse og vedtak begrunnet i den offentlige orden og sikkerhet. For det første behøver det ikke foreligge en «personlig atferd» som utgjør en «virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse» der inngrepet er begrunnet i folkehelsen, jf. artikkel 27 (2). Tanken er kanskje at de opplistede sykdommene i artikkel 29 *er* alvorlige, og derfor utgjør personens «personlige atferd» (eller tilstand i dette tilfelle) allerede en trussel.

For det andre bestemmer artikkel 28 (1) at utsendelsesvedtak begrunnet i hensynene til den offentlige orden eller sikkerhet, men ikke den offentlige helse, må ta tilbørlig hensyn til EØS-borgerens tilknytning til vertsstaten, familiesituasjon osv.. EU-lovgiveren har bestemt

¹³⁹ http://europa.eu/about-eu/countries/index_en.htm [sitert 24. mai 2014]

¹⁴⁰ Det følger av Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 44 at norske myndigheter ikke tror de vil bruke unntaket om folkehelsen: «Utvisning av omsyn til folkehelsen er i dag svært upraktisk.» Departementet taler imidlertid om «utvisning». Dersom hensynet til folkehelsen først skal påberopes, vil det være mer å være aktuelt ved «bortvisning», det vil si ved innreisenekt eller utsendelser *uten innreiseforbud* (sykdommer er jo som regel helbredelige).

at slike personlige forhold ikke har noen vekt i forhold til den trusselen de opplistede sykdommene utgjør.

Samtidig er det klart at inngrep begrunnet i den offentlige helse, som alle andre restriksjoner i de fire friheter, må være i samsvar med EØS-rettens generelle forholdsmessighetsprinsipp. Dette gjelder selv om prinsippet ikke fremgår uttrykkelig av artikkel 29. Som vi vil se i kapittel 3.5, kan forholdsmessighetsprinsippet på mange måter sies å omfatte for det første kravet til en «tilstrekkelig» alvorlig trussel. For det andre må det også omfatte en vurdering av personlige forhold som taler imot inngrep. Dermed får det neppe store konsekvenser at artikkel 27 (2) og artikkel 28 (1) ikke er uttrykkelig anvendelige. Prinsippet om proporsjonalitet utgjør, som ellers i EØS-retten, en sikkerhetsventil. Dersom isolasjon er et mindre inngripende virkemiddel som i like stor grad oppfyller formålet om å beskytte folkehelsen, kan ikke utsendelse aksepteres som nødvendig. Og som oftest vil jo nettopp medisinsk behandling i vertsstaten være det mest effektive virkemidlet for å begrense spredning.

Dersom en nasjonal interesse omfattes av et av de tre legitime formålene, blir spørsmålet om de øvrige vilkårene for innreise- eller oppholdsnekt er oppfylt. Dette drøftes i det følgende. Som nevnt gjelder vilkårene ikke *uttrykkelig* ved inngrep begrunnet i den offentlige helse.

3.3 Den personlige adferd

3.3.1 Individuell begrunnelse

Innreise- eller oppholdsnektelser skal være individuelt begrunnet. Dette følger av unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2) første setning, som bestemmer at inngrep av hensyn til den offentlige orden eller sikkerhet skal være «utelukkende» begrunnet i en EØS-borgers «personlige atferd», på engelsk «personal conduct».¹⁴¹ Ordlyden er en videreføring av 1964-direktivets artikkel 3 (1). Den norske versjonen av denne bestemmelsen talte imidlertid om personlige «forhold». Unionsborgerdirektivets erstatning av «forhold» med

¹⁴¹ Dette samsvarer med den franske versjonens begrep «comportement personnel».

«atferd» er snevrere og mer i samsvar med begrepet «conduct». Det er interessant å merke seg at endringen ikke er fulgt opp i norsk rett.¹⁴²

Artikkel 27 (2) siste setning presiserer at begrunnelser «som ikke berører den enkelte sak, eller som bygger på hensynet til allmenn forebygging» ikke godtas. Dette er en kodifisering av en tolkningsuttalelse fra EU-domstolens sak 67/74 *Bonsignore* fra 1975. En italiensk statsborger ble dømt for ulovlig våpenbesittelse og for uaktsomt drap på sin bror som følge av uaktsom håndtering av skytevåpenet, og han ble utsendt fra Tyskland. Straffedommen ble ikke fullbyrdet på grunn av mannens psykiske lidelser etter ulykken. Det var ingen risiko for gjentakelse, og utsendelsen var begrunnet i allmennpreventive og innvandringspolitiske hensyn. Utsendelsen skulle ha avskrekkende virkning på innvandrerbefolkningen i en tid med oppblomstring av vold i bysentrene.¹⁴³ EU-domstolen fant det klart at 1964-direktivets artikkel 3 ikke tillot utsendelser begrunnet i slike allmennpreventive hensyn.¹⁴⁴ Inngrepet kunne ikke

«be justified on grounds extraneous to the individual case ... [T]he concept of 'personal conduct' expresses the requirement that a deportation order may only be made for breaches of the peace and public security which might be committed by the individual affected.»¹⁴⁵

Der allmennpreventive hensyn begrunner et tiltak, er hensikten å avskrekke andre personer fra å utføre samme handlinger. Tiltaket retter seg mot andre potensielle gjerningsmenn enn den gjerningsmann saken gjelder og kan ikke rettferdiggjøre å utsende ham. Allmennprevensjon må ikke forveksles med hensynet til å opprettholde ro og trygghet i samfunnet. Dette retter seg mot potensielle offer og kan begrunne utsendelser. Samtidig kan det være en hårfin grense mellom disse to vurderingstemaene. Den tyske utsendelsen av italieneren i *Bonsignore* kunne kanskje ikke begrunnes i et ønske om å avskrekke andre potensielle gjerningsmenn, men kunne legitimt vært forankret i at samfunnets borgere må beskyttes mot personer som bruker skytevåpen på en uaktsom måte.

¹⁴² Utlendingsloven § 122 (1) taler fortsatt om «personlige forhold».

¹⁴³ Sak 67/74 *Bonsignore* premiss 4.

¹⁴⁴ Sak 67/74 *Bonsignore* premiss 7.

¹⁴⁵ Sak 67/74 *Bonsignore* premiss 6.

I flere avgjørelser har Domstolen kritisert nasjonal lovgivning som ikke åpner for individuelle vurderinger, men som lar utsendelse være en automatisk reaksjon ved særskilt angitte forbrytelser.¹⁴⁶ Et eksempel er saken C-348/96 *Calfa* fra 1999. En italiensk statsborger ble dømt for narkotikabesittelse under et turistopphold i Hellas og utsendt fra landet med et livsvarig forbud mot innreise. Gresk lovgivning påla utsendelse ved narkotikabesittelse, med mindre tvingende grunner tilsa det motsatte. Domstolen fant at dette var i strid med 1964-direktivets artikkel 3. Utsendelse fulgte automatisk visse straffbare handlinger, og det skulle ikke vektlegges hvilken fare gjerningsmannens personlige adferd utgjorde mot samfunnet.¹⁴⁷

Et annet eksempel er forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* fra 2004, som gjaldt utsendelse av greske og italienske straffedømte rusmisbrukere fra Tyskland. Etter tysk lovgivning var utsendelse en automatisk reaksjon ved forsettlig overtredelse av særskilt angitte bestemmelser i narkotikalovgivningen, såfremt overtredelsen medførte ungdomsfengselsstraff i minst to år eller fengselsstraff, og avsoningen av straffen ikke var gjort betinget. Også dette var i strid med 1964-direktivets artikkel 3 fordi lovregelen hadde en karakter av automatikk eller inneholdt iallfall en presumsjon for utsendelse.¹⁴⁸

Til slutt kan det nevnes at EU-domstolen har bestemt at det skal foretas en individuell trusselvurdering også der hvor personen som nektes innreise eller opphold er registrert i SIS (Schengen informasjonssystem om etterlyste personer mv.).¹⁴⁹

¹⁴⁶ Se også EU-kommisjonens COM(99) 372 s. 17.

¹⁴⁷ Sak C-348/96 *Calfa* premiss 27.

¹⁴⁸ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 70 og 92. Se også sak C-50/06 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 46, hvor EU-domstolen uttalte at nederlandsk lovgivning oppstilte «a systematic and automatic connection between a criminal conviction and a measure ordering expulsion». Sml. saken C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 43, hvor EU-domstolen fant det motsatte.

¹⁴⁹ Sak C-503/03 *Kommisjonen mot Spania* premiss 59 (saken gjaldt tredjelandsborgere, men er generelt utformet). Avgjørelsen inneholder også uttalelser om forholdet mellom Schengen-regler og unionsborgerdirektivet i premiss 48-53. Ved motstrid går TEUV og direktivet foran, jf. Barnard (2013) s. 501.

3.3.2 Virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel

EØS-borgerens adferd må utgjøre «en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse», jf. artikkel 27 (2) tredje setning. Hvilke handlinger som omfattes av dette uttrykket, kan ikke besvares generelt. Det er i alle fall klart at manglende overholdelse av formelle regler om innreise og opphold ikke i seg selv kan utgjøre en slik trussel. Det vil si manglende overholdelse av regler om meldeplikt etter innreise, jf. artikkel 5 (5), eller om registreringsplikt etter tre måneders opphold, jf. artikkel 8. Slike overtredelser kan bare medføre andre sanksjoner, som for eksempel bøter.¹⁵⁰ Det kan synes som om norske rettsanvendere tidligere har hatt en noe annen praksis.¹⁵¹

For øvrig har EU-kommisjonen blant annet fremhevet disse momentene: faren personen utgjør på territoriet, handlingenes art, hyppighet, kumulative fare og skadefølger, samt tiden som er gått siden handlingene ble begått og personens adferd i denne perioden.¹⁵² Hva som utgjør en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel er forsøkt forklart nærmere med eksempler underveis i dette kapitlet og med typetilfellene i kapittel 4.

At personen må utgjøre en «tilstrekkelig» alvorlig trussel vil si at det skal foretas en avveining mellom trusselen og forhold som taler *imot* inngrep. Denne interesseavveiningen drøftes i kapittel 3.5.5 om kravet til forholdsmessighet i såkalt «streng forstand».

Kravet til en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel fantes ikke i 1964-direktivets artikkel 3, men ble innfortolket av EU-domstolen i to avgjørelser fra 1970-tallet. Den første var

¹⁵⁰ Sak 48/75 *Royer* premiss 42 og 51, COM(2009) 313 s. 11 og Rogers (2012) s. 253.

¹⁵¹ Justis- og beredskapsdepartementet har uttalt at grove eller gjentatte brudd på 1988-utlendingsloven har kunnet rettferdiggjøre utvisning og at mindre alvorlige brudd på 2008-utlendingsloven kan medføre bortvisning, jf. Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 43 og Vevstad (2010) s. 694-695. Dette spørsmålet skulle ifølge forarbeidene reguleres nærmere i forskrift. Utlendingsforskriftens §§ 19-11 og 19-22 oppstilte imidlertid ingen uttrykkelig adgang til å bortvise eller utvise utenlandske EØS-borgere som ikke overholder melde- eller registreringsplikten. Og UDIs retningslinjer fra 2010 fremhever at manglende overholdelse av de formelle pliktene kan medføre straff, men kan ikke i seg selv danne grunnlag for bortvisning eller utvisning, jf. RS 2010-022 punkt 3.3.5.

¹⁵² COM(2009) 313 s. 13.

saken 36/75 *Rutili* fra 1975. Italienske Roland Rutili var født i Frankrike, hadde bodd der hele sitt liv og var gift med en fransk kvinne som han hadde tre barn med. Av hensyn til den offentlige orden ble han pålagt ikke å oppholde seg i fire bestemte områder i Frankrike, hvorav ett var det han bodde i. Dette skyldtes at han som fagforeningsmedlem angivelig hadde deltatt i valgkampen til Frankrikes regjeringsvalg i 1967, begått undergravende handlinger mot staten («subversive activity») i de såkalte 1968-demonstrasjonene og deltatt i politiske aksjoner på Frankrikes nasjonaldag samme år (se kapittel 4.3 om demonstranternes frie bevegelighet).¹⁵³ Rutili benektet at han hadde begått handlingene.¹⁵⁴ EU-domstolen aksepterte ikke det franske inngrepet. Italienerens tilstedeværelse og adferd utgjorde ikke

«a genuine and sufficiently serious threat to public policy.»¹⁵⁵

Standpunktet ble nærmere utviklet i 1977 i saken 30/77 *Bouchereau*. En fransk statsborger som arbeidet i Storbritannia, ble funnet skyldig i besittelse av små mengder narkotika. Han tilstod og fikk betinget dom. Samme år skjedde det igjen, og en britisk domstol anbefalte at han skulle utsendes fra landet. EU-domstolen uttalte:

«[R]ecourse by a national authority to the concept of public policy presupposes, in any event, the existence, in addition to the perturbation of the social order which any infringement of the law involves, of a genuine and sufficiently serious threat to the requirements of public policy affecting one of the fundamental interests of society.»¹⁵⁶

Det er to sider ved denne tolkningsuttalelsen som vil drøftes i det følgende. For det første bestemte EU-domstolen at adferden måtte true en *grunnleggende samfunnsinteresse*. I dag er dette som nevnt kodifisert i unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2). Dette skjerpet kravene i *Rutili*. Det er ikke tilstrekkelig med en alvorlig forstyrrelse av den sosiale orden for at et inngrep i den frie bevegelighet skal være legitimt – en grunnleggende

¹⁵³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 36/75 *Rutili* s. 1238.

¹⁵⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 36/75 *Rutili* s. 1238.

¹⁵⁵ Sak 36/75 *Rutili* premiss 28. Saken gjaldt tolkningen av Romatraktaten artikkel 48 (3) (EØS-avtalens artikkel 28 (3)) om arbeidstakeres frie bevegelighet.

¹⁵⁶ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 35. Også denne saken gjaldt Romatraktaten artikkel 48 (3) (EØS-avtalens artikkel 28 (3)).

samfunnsinteresse må i tillegg være påvirket.¹⁵⁷ Som regel vil nok dette være tilfellet når den offentlige orden er truet. Imidlertid kan presiseringen ha praktisk betydning. Eksempelvis førte *Bouchereau*-saken til at den britiske domstolen omgjorde utsendelsesvedtaket til en bot på 35 pund. Dommeren kunne ikke finne at franskmannens «small amount of drugs in his possession brings him into that category».¹⁵⁸

For det andre er spørsmålet hva som menes med uttrykket «in addition to the perturbation of the social order which *any infringement of the law* involves» (min uth.).¹⁵⁹ Spørsmålet er om EU-domstolen krever at det foreligger en overtredelse av en nasjonal regel, med andre ord en ulovlig handling, eller om det er tilstrekkelig at adferden er samfunnstruende uten å være forbudt. Uttrykket «infringement of the law» er nøytralt og sikter ikke til bare straffbare overtredelser.

Det er klart at Domstolen forutsetter at det foreligger et regelbrudd. Samtidig *forelå* det nettopp en slik ulovlig handling i *Bouchereau*, og spørsmålet er hvilken rekkevidde setningen har generelt. Barav tolker uttalelsen slik at det ikke gjelder et generelt vilkår om ulovlighet:

«[T]here must be a perturbation of the social order. The Court concedes that any violation of the law causes such a perturbation but it does not necessarily follow that actions not involving infringement of the law may not cause perturbation of the social order.»¹⁶⁰

På den ene siden er uttrykket «infringement of the law» gjentatt flere ganger i EU-domstolens praksis.¹⁶¹ I likhet med *Bouchereau* gjaldt disse sakene personer som hadde

¹⁵⁷ Barav (1977) s. 35 og Barnard (2013) s. 501.

¹⁵⁸ Usher (1977) s. 452. Det finnes andre eksempler på at vilkåret ikke bare er tomme ord. I saken C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland* tillot tysk lovgivning utsendelse ved «'serious' grounds relating to public security or public policy». EU-domstolen fant at dette ikke «sufficiently clearly» gjennomførte kravet til en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse, jf. premiss 74.

¹⁵⁹ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 35.

¹⁶⁰ Barav (1977) s. 35.

overtrådt lovgivningen. Også EU-kommisjonen har i én sammenheng talt om utsendelse av «criminals». ¹⁶² Utsendelse og innreisenekt er strenge reaksjoner, og hensynet til forutsigbarhet tilsier at adferden som utløser slik tiltak bør være ulovlig. Som regel vil det også være slik at «grunnleggende samfunnsinteresser» er vernet gjennom rettsregler. Det vil dermed normalt foreligge et regelbrudd, eller sannsynlighet for at et regelbrudd vil skje, dersom den offentlige orden eller sikkerhet er truet.

På den annen side ble det ikke inntatt noe vilkår om ulovlighet i unionsborgerdirektivet i 2004. Regelbrudd var heller ingen forutsetning i *Van Duyn*. Denne avgjørelsen ble avsagt tre år før *Bouchereau*. En kvinne skulle arbeide som sekretær ved en scientologikirke i Storbritannia. Verken organisasjonen, medlemskap i den eller dens aktiviteter, var forbudt. Det var således ingen risiko for at kvinnen ville gjøre noe ulovlig. Avgjørende var ifølge EU-domstolen om medlemsstaten hadde inntatt et klart standpunkt om at organisasjonens virksomhet var samfunnsskadelig og hadde iverksatt administrative tiltak for å motvirke virksomheten. ¹⁶³ Avgjørelsen er ikke uttrykkelig fraveket i senere saker.

Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* ble avsagt fem år etter *Bouchereau* og gjaldt to franske prostituerte som ble utsendt fra Belgia, hvor prostitusjon var lovlig. EU-domstolen viste til *Bouchereau* og gjentok kravet om at den uønskede adferden måtte utgjøre en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Uttrykket «infringement of the law» ble imidlertid ikke sitert. Domstolen innførte i stedet et ulovfestet vilkår om at vertsstaten måtte iverksette «repressive measures or other genuine and effective measures intended to combat» prostitusjonsvirksomhet utøvet av statens egne statsborgere (se kapittel 3.4.1). ¹⁶⁴ EU-domstolen krevde ikke dermed at handlingene måtte være forbudt.

¹⁶¹ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premis 66, C-503/03 *Kommisjonen mot Spania* premiss 46, C-441/01 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 35, C-50/06 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 43, C-33/07 *Jipa* premiss 23, C-434/10 *Aladzhev* premiss 35, C-249/11 *Byankov* premiss 40.

¹⁶² COM(2008) 840 s. 7.

¹⁶³ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 19. Som Usher fremhever, «In the Van Duyn case the Court held that a Member State can have regard to activities which are not in themselves unlawful.», jf. Usher (1977) s. 542.

¹⁶⁴ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 8.

Også i enkelte andre saker har Domstolen anvendt premissene fra *Boucherau*, men utelatt forutsetningen om regelbrudd.¹⁶⁵ Det samme gjelder EFTA-domstolens nylig avsagte tolkningsavgjørelse E-15/12 *Wahl*.¹⁶⁶ Det norske Hells Angels-medlemmet Jan Anfinn Wahl ble nektet innreise til Island fordi det ble ansett overveiende sannsynlig at han skulle innlemme den islandske MC-klubben Fáfírnir som en ny underavdeling i Hells Angels. Dette ville etter islandske myndigheters oppfatning føre til økt organisert kriminalitet i landet. Islandsk straffelov forbød «to connive with another person in the commission of certain acts which form part of the activities of a criminal association».¹⁶⁷ Innreisenektelsen bygget imidlertid ikke på dette straffebudet.¹⁶⁸ Den tok utgangspunkt i at Wahl skulle opprette en underavdeling til en lovlig organisasjon, hvis aktiviteter heller ikke var forbudt. Som EU-kommisjonen fremhevet i saken, var det

«no evidence that the Plaintiff was coming to Iceland to commit crime on that particular day. However, the link here is more indirect. The Plaintiff was coming to Iceland in order to assist with the systematic organisation of organised crime.»¹⁶⁹

EFTA-domstolen fant at Wahls handlinger utgjorde en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse, selv om han ikke hadde overtrådt eller ville overtre en nasjonal regel.¹⁷⁰

Rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen synes å tyde på at en medlemsstat må kunne forhindre visse former for adferd, ordensproblemer, samfunnsutviklinger osv., uten at den spesifikke adferden nødvendigvis må være forbudt.¹⁷¹ Også EU-kommisjonen har uttalt at unionsborgere kan utsendes som følge av ulovlig adferd eller alternativt andre handlinger

¹⁶⁵ Sakene C-348/96 *Calfa* premiss 21, C-100/01 *Olazabal* premiss 39 og C-268/99 *Jany* premiss 59.

¹⁶⁶ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 85.

¹⁶⁷ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 35.

¹⁶⁸ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 114.

¹⁶⁹ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 72.

¹⁷⁰ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 90 og 91.

¹⁷¹ Vevstad fremhever at det ikke er noe krav om straffbare handlinger fordi det kan tenkes former for adferd som samfunnet mener bryter med grunnleggende verdier, uten at kriminalisering har vært ansett som et ønskelig virkemiddel for å bekjempe adferden, jf. Vevstad (2010) s. 696.

«to which other genuine and effective measures intended to combat such conduct were taken».¹⁷² Politikere kan anse forbud som forverrende fordi de kan føre til at aktiviteten går «under jorden». Et eksempel er prostitusjonsvirksomhet. At forbud ikke alltid er en hensiktsmessig reaksjon, er et tema vi kjenner igjen fra rettssosiologien. Noen ganger kan lovlige handlinger utgjøre større trusler enn ulovlige handlinger. Eksempelvis vil nyopprettelsen av en lovlig, men angivelig samfunnsskadelig MC-klubb i Norge være en større trussel mot den offentlige orden enn dersom en gruppe turister overtrer det norske snøscooterforbudet.¹⁷³

Etter mitt syn opererer ikke EØS-retten med et ulovfestet vilkår om regelbrudd. I det følgende tas det utelukkende utgangspunkt i unionsborgerdirektivets krav om at adferden må utgjøre en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse.

Medlemsstatene har selvsagt adgang til å innføre et *bedre* vern om den frie bevegelighet enn det unionsborgerdirektivet krever, jf. direktivets artikkel 37. Eksempelvis bestemmer den norske utlendingsforskriften § 19-29 (1) og (2) at det må foreligge en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot et grunnleggende samfunnshensyn «utover den forstyrrelse av samfunnsordenen enhver lovovertrødelse innebærer», og at det må være adgang til «sanksjoner» mot norske borgere for tilsvarende forhold. Med andre ord stilles det krav om at det foreligger en ulovlig handling. Det kan tyde på at norsk rett går lenger i å beskytte den frie bevegelighet enn det som kreves etter EØS-retten. Men i praksis blir nok forskjellen liten.

3.3.3 Umiddelbar trussel

I tillegg til å være virkelig og tilstrekkelig alvorlig, må trusselen personen utgjør være «umiddelbar», jf. artikkel 27 (2) tredje setning. Også dette er en kodifisering av en tolkningsuttalelse fra EU-domstolens sak *Bouchereau*. En tidligere straffedom kunne bare

¹⁷² COM(2009) 313 s. 11.

¹⁷³ Lov om motorferdsel i utmark og vassdrag § 3 og vegtrafikkloven § 7, jf. forskrift om forbud mot bruk av beltemotorsykel (snøscooter) på offentlig veg § 1.

tas i betraktning dersom handlingene var bevis på personlig adferd som utgjorde en «present threat».¹⁷⁴ Hvilken vekt vertsstaten kan tillegge tidligere straffedommer, kommer vi tilbake til i kapittel 3.3.4.

Trusselen må altså være eksisterende, det vil si ikke opphørt. Spørsmålet om dette er tilfelle vil særlig oppstå i tre tilfeller: når vurderingen av trusselen foretas lenge etter at handlingene ble begått; når det er gått lang tid mellom utsendelsesvedtaket og gjennomføringen av utsendelse; og dersom personen etter en viss periode forsøker å reise inn i landet på nytt og påberoper fornyede omstendigheter.¹⁷⁵ I det følgende drøftes hvilket faktum som skal legges til grunn i vurderingen av om det fremdeles foreligger en trussel, og hvem som skal foreta denne vurderingen. Først behandles to bestemmelser i unionsborgerdirektivet som i likhet med artikkel 27 (2) stiller krav til en nåtidig vurdering av EØS-borgeres adferd. Deretter drøftes EU-domstolens ulovfestede prinsipp om at vilkårene for utsendelse må foreligge på utsendelsestidspunktet.

Ifølge artikkel 32 skal innreiseforbud være tidsbegrensede. Dette er en kodifikasjon av EU-domstolens praksis.¹⁷⁶ En EØS-borger kan søke om å få opphevet et innreiseforbud etter et rimelig tidsrom, men i alle tilfeller etter tre år ved å påberope seg «enhver vesentlig endring i de forhold som lå til grunn for vedtaket», jf. artikkel 32 (1). Fra og med et «rimelig tidsrom», men i alle fall etter tre år etter at innreiseforbudet ble vedtatt, er altså vertsstaten forpliktet til å foreta en fornyet vurdering av om EØS-borgeren fremdeles utgjør en trussel dersom vedkommende søker om dette. Staten må ta stilling til søknaden senest seks måneder etter at den ble gitt, jf. artikkel 32 (1). EØS-borgeren har ingen rett til å oppholde seg i vertsstaten i det tidsrommet vertsstatens myndigheter behandler søknaden, jf. artikkel 32 (2). Retten til fornyet innreisesøknad i artikkel 32 omfatter innreiseforbud som er «lovlig vedtatt i samsvar med fellesskapsretten». Dersom det opprinnelige innreiseforbudet

¹⁷⁴ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 28.

¹⁷⁵ COM(99) 372 s. 14.

¹⁷⁶ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 12, C-65/95 og C-111/95 *Shingara og Radiom* premiss 40 og C-348/96 *Calfa* premiss 26.

ikke var i samsvar med EØS-retten, er det klart at personen også har krav på en fornyet vurdering.¹⁷⁷ Den norske gjennomføringen av artikkel 32 avviker noe.¹⁷⁸

Videre regulerer artikkel 33 (2) den situasjon at et utsendelsesvedtak som er fattet som sanksjon eller rettsvirkning av en fengselsstraff, gjennomføres mer enn to år etter at det ble vedtatt. I slike tilfelle skal vertsstaten «kontrollere om den berørte person fortsatt utgjør en virkelig trussel mot den offentlige orden eller sikkerhet og vurdere om forholdene er blitt vesentlig endret».¹⁷⁹ Toårsperioden kan vel ikke regnes fra tidspunktet for domfellelsen eller fra det opprinnelige utsendelsesvedtaket. Det avgjørende tidspunktet må være det endelige utsendelsesvedtaket, det vil si etter at klagefristen er utgått eller etter at klagemulighetene er utnyttet.¹⁸⁰ Igjen, som i artikkel 32, er spørsmålet om forholdene er blitt «vesentlig» endret etter at utsendelsesvedtaket ble fattet. Dersom toårsperioden medfører at personen oppnår et fem- eller tiårig opphold, vil vedkommende omfattes av det særskilte vernet mot utsendelse etter artikkel 28 (2) eller (3) a). Dette kan etter omstendighetene utgjøre en vesentlig endring av forholdene.¹⁸¹

Det samme mener jeg *ikke* kan sies dersom toårsperioden medfører at EØS-borgeren fyller 18 år og taper det særskilte utsendelsesvernet for mindreårige etter artikkel 28 (3) b). Riktignok vil ikke utlendingsmyndighetene ved den nye vurderingen kunne anvende

¹⁷⁷ Sak C-249/11 *Byankov* premiss 80-82 og Guild (2014) s. 290.

¹⁷⁸ Utlendingsloven § 124 (2) gjennomfører ikke minstekravet om rett til ny søknad etter tre år, men uttrykker generelt at innreiseforbud kan «etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det». Et minstekrav er således heller ikke nødvendig. Vevstad fremhever at vertsstatens myndigheter ved fastsettelsen av innreiseforbudets varighet tross alt vurderte trusselen personen utgjorde mot den offentlige orden eller sikkerhet. En «søknad før tiden er ute har nok derfor jevnt over lite for seg», jf. Vevstad (2010) s. 702. I tillegg inneholder § 124 (2) en rettighet direktivet ikke inneholder: adgang til kortvarige besøk i vertslandet uten at innreiseforbudet oppheves, jf. Vevstad (2010) s. 702.

¹⁷⁹ Direktiv 2004/38/EF artikkel 33 (2).

¹⁸⁰ Et hensyn bak artikkel 33 (2) må være å gi den berørte person en rett til ny vurdering dersom vertsstaten har *forsømt seg* ved å bruke lang tid på gjennomføringen av utsendelsen. Dersom en vanlig klagesaksbehandling for eksempel tar halvannet år kan ikke staten være forpliktet til å foreta en ny vurdering etter et halvt år igjen. I tillegg får jo den berørte i klagesaksbehandlingen fortløpende fornyede vurderinger.

¹⁸¹ Guild (2014) s. 292.

artikkel 28 (3) b) fordi personen ikke lenger omfattes av bestemmelsen. Imidlertid må et hensyn bak artikkel 33 (2) være å gi EØS-borgere en fornyet vurdering fordi tilknytningen til vertslandet formodes å ha blitt sterkere etter to år. At personen i denne perioden har fylt 18 år fordi staten drøyer utsendelse, er ikke et moment som kan tale i den berørtes disfavør.¹⁸²

Guild mener at det er problematisk at artikkel 33 (2) bare gjelder vedtak fattet som følge av straffbare handlinger og først gir rett til fornyet vurdering to år etter at utsendelsesvedtaket blir fattet.¹⁸³ Tanken er vel at mangel på en generell regel i direktivet øker mulighetene for at medlemsstatene utsender personer som ikke utgjør eksisterende trusler. Til dette kan det innvendes at EU-domstolen må sies å ha oppstilt et generelt ulovfestet prinsipp om at vilkårene for utsendelse må foreligge på utsendelsestidspunktet.

Dette ble stadfestet i avgjørelsen *Orfanopoulos og Oliveri* fra 2004. Som nevnt i kapittel 3.3.1 gjaldt saken utsendelse av to straffedømte rusmisbrukere fra Tyskland. Etter fast tysk praksis var forvaltningsdomstoler ved prøving av utlendingsmyndighetenes utsendelsesvedtak avskåret fra å ta i betraktning faktiske omstendigheter inntrådt mellom vedtakstidspunktet og prøvingstidspunktet, med mindre det nye faktumet støttet utlendingsmyndighetenes standpunkt. I den aktuelle saken hadde den ene rusmisbrukeren imellomtiden blitt dødssyk som følge av AIDS. EU-domstolen fant at den tyske ordningen var i strid med 1964-direktivets artikkel 3. Domstolen uttalte at

«the requirement of the existence of a present threat must, as a general rule, be satisfied at the time of the expulsion.»¹⁸⁴

Selv om det var medlemsstatenes oppgave å innføre prosessuelle regler om EU-lovgivningens rettigheter, måtte ikke disse gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig

¹⁸² Her kan det synes som om Guild har et annet syn, jf. Guild (2014) s. 271 og 292.

¹⁸³ Guild (2014) s. 292.

¹⁸⁴ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 79. Dette er gjentatt i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 50.

å utøve rettighetene («effektivitetsprinsippet»).¹⁸⁵ Begrensningen av den tyske forvaltningsdomstolens prøvingsrett til rettsfaktum oppstått før vedtakstidspunktet var egnet til å skade retten til fri bevegelighet, spesielt dersom det hadde gått en lengre periode mellom vedtakstidspunktet og domstolsprøvingen.¹⁸⁶ I dette tidsrommet kan det ha oppstått omstendigheter som har redusert eller fjernet den trussel EØS-borgeren utgjør mot den offentlige orden.¹⁸⁷ EU-domstolen uttalte generelt at EØS-retten var til hinder for at nasjonale *domstolers* prøvingsrett skulle begrenses til faktum på vedtakstidspunktet:

«Article 3 of Directive 64/221 precludes a national practice whereby the *national courts* (min uth.) may not take into consideration, in reviewing the lawfulness of the expulsion of a national of another Member State, factual matters which occurred after the final decision of the competent authorities which may point to the cessation or the substantial diminution of the present threat which the conduct of the person concerned constitutes to the requirements of public policy.»¹⁸⁸

Dersom EU-domstolen med uttrykket «national courts» sikter til EØS-rettens autonome domstolsbegrep, er uttalelsen meget generell. Ifølge TEUV artikkel 267 og ODA artikkel 34 er en nasjonal «domstol» med rett til å forelegge tolkningsspørsmål for EU- og EFTA-domstolen både ordinære domstoler og ethvert annet permanent og uavhengig organ med kompetanse til å fatte bindende avgjørelser.¹⁸⁹

I det følgende er spørsmålet om EU-domstolen i *Orfanopoulos og Oliveri* påla medlemsstatenes ordinære domstoler å legge prøvingstidspunktet, ikke forvaltningens vedtakstidspunkt, til grunn ved prøvingen av innreise- eller oppholdsnektelser.

¹⁸⁵ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 80 og EØS-rett (2011) s. 81-82.

¹⁸⁶ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 81.

¹⁸⁷ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 78.

¹⁸⁸ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 82. Dette er gjentatt i sak C-467/02 *Cetinkaya* premiss 47 (gjaldt assosieringsavtalen med Tyrkia).

¹⁸⁹ Se for eksempel C-17/00 *De Coster* premiss 10 og EFTA-domstolens sak E-1/94 *Restamark* premiss 24, jf. Fairhurst (2012) s. 183 og EØS-rett (2011) s. 167.

Unionsborgerdirektivets artikkel 31 (1) pålegger medlemsstatene å gi innreise- eller oppholdsnektede EØS-borgere adgang til «domstolsbehandling og eventuelt behandling av forvaltningsmyndighet» i vertsstaten, men sier intet om arbeidsfordelingen mellom nasjonal forvaltning og ordinære domstoler, eller hvilket tidspunkt som skal legges til grunn hos den enkelte myndighet. Dette gjorde heller ikke 1964-direktivets artikkel 8 eller 9.

For å besvare spørsmålet, kan det være hensiktsmessig å ta en omvei om menneskerettighetene. EMD har oppstilt regler om hvilket faktum den selv skal legge til grunn, noe som er blitt omtalt som «EMDs nåtidsvurdering». ¹⁹⁰ Dersom et utsendelsesvedtak er gjennomført når en sak kommer opp for EMD, legger Domstolen faktum til grunn slik det forelå på utsendelsestidspunktet. Dersom utsendelse enda ikke er skjedd, er faktum på Domstolens prøvingstidspunkt avgjørende. ¹⁹¹

At nasjonale domstoler imidlertid ikke er forpliktet til å anvende en tilsvarende nåtidsvurdering, illustreres blant annet av den norske plenumssaken Rt-2012-1985. En iransk familie fikk avslag på søknad om asyl og opphold. Mellom vedtakstidspunktet og prøvingstidspunktet var barna i familien blitt mer integrert og det var angivelig innført en endring i iransk straffelov om dødsstraff for iranere som forlot statens offisielle religion. ¹⁹² Saksøkerne anførte at norske domstoler måtte legge prøvingstidspunktet til grunn ved prøving av vedtakenes gyldighet. Etter norsk rett overprøver Utlendingsnemnda vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet. ¹⁹³ Alminnelige domstoler etterprøver så vedtakenes gyldighet som hovedregel med grunnlag i faktum på vedtakstidspunktet. Saksøkeren er nødt til å begjære omgjøring i forvaltningen dersom det har oppstått nye omstendigheter etter vedtakstidspunktet. Høyesteretts flertall fant ikke grunn til å fravike denne fremgangsmåten. ¹⁹⁴ Verken barnekonvensjonen eller EMK påla norske domstoler å

¹⁹⁰ Se for eksempel Rt-2012-1985 avsnitt 93.

¹⁹¹ *Maslov mot Østerrike* avsnitt 91.

¹⁹² Rt-2012-1985 avsnitt 49.

¹⁹³ Utlendingsloven § 76 (1).

¹⁹⁴ Rt-2012-1985 avsnitt 98.

anvende en nåtidig vurdering.¹⁹⁵ Det avgjørende var om en nasjonal myndighet gir en effektiv prøvingsrett som er innrettet slik at den omfatter nye forhold.¹⁹⁶ Utlendingsnemnda oppfylte disse kravene og måtte anses som en domstol etter EMK.¹⁹⁷ Det var intet vilkår at *ordinære domstoler* måtte foreta den oppdaterte prøvingen.¹⁹⁸

EU-domstolens generelle uttalelse i *Orfanopoulos og Oliveri* om at «national courts» må legge prøvingstidspunktet til grunn må ordlydsmessig tolkes slik at EØS-retten legger opp til et annet system enn EMK. Som nevnt i kapittel 2.2 følger det av EU-paktens artikkel 52 (3) at EU-domstolen står fritt til å gi et videre menneskerettighetsvern enn det som følger av konvensjonen. Det er ikke utelukket at EU-domstolen mener at det er urimelig at den foreleggende domstolen ifølge en nasjonal regel er forhindret i å legge faktum til grunn slik det fremstår når saken er oppe for prøving.

På den annen side må *Orfanopoulos og Oliveri* leses i sin kontekst. Saken gjaldt en tysk forvaltningsdomstol («Verwaltungsgericht»), en anneninstans som i norsk rett tilsvarer Utlendingsnemnda. Dessuten har EMD i storkammerdommen *Maslov mot Østerrike* fra 2008 anvendt EU-domstolens uttalelse som belegg for at det nettopp er opp til statene selv å organisere sitt nasjonale prøvingssystem:

«[T]he Court would point out that its task is to assess the compatibility with the Convention of the applicant's actual expulsion, not that of the final expulsion order. *Mutatis mutandis*, this would also appear to be the approach followed by the CJEU which stated in its *Orfanopoulos and Oliveri* judgment that Article 3 of Directive 64/221 precludes a national practice whereby the national courts may not take into consideration, in reviewing the lawfulness of the expulsion of a national of another member State, factual matters which

¹⁹⁵ Rt-2012-1985 avsnitt 83.

¹⁹⁶ Rt-2012-1985 avsnitt 84-87.

¹⁹⁷ Rt-2012-1985 avsnitt 88.

¹⁹⁸ Rt-2012-1985 avsnitt 87. Det samme ble lagt til grunn i plenumssaken avsagt samme dag, Rt-2012-2039. Et mindretall i de to sakene var enig med flertallet i at norske domstoler ikke var folkerettslig forpliktet til å foreta en nåtidsbedømmelse av faktum, men mente at dette likevel burde gjøres fordi det best ivaretar hensynet til at sluttresultatet i utlendingssaker er forenlig med blant annet EMK artikkel 13 om retten til et effektivt nasjonalt rettsmiddel, jf. Rt-2012-1985 avsnitt 178.

occurred after the final decision of the competent authorities ... *Consequently*, (min uth.) in such cases it is for the State to organise its system in such a way as to be able to take account of new developments.»¹⁹⁹

Videre siterte Høyesteretts mindretall i Rt-2012-1985 EU-domstolens uttalelse i *Orfanopoulos og Oliveri*, men var samtidig enig med flertallet i at det «ikke gjelder noe generelt konvensjonsrettslig krav» om domstolsbehandling med en oppdatert prøving av faktum.²⁰⁰ Det er for øvrig interessant å merke seg at flertallet gjenga EMDs uttalelse i *Maslov mot Østerrike*, men utelot setningen om *Orfanopoulos og Oliveri*.²⁰¹ Dette kan skyldes at spørsmålet for Høyesterett gjaldt menneskerettighetene, ikke EØS-rett. Utelatelsen kan imidlertid også være et bevisst valg fordi ordlyden i EU-domstolens avgjørelse jo strengt tatt taler tvert imot flertallets syn.

Jeg heller under tvil til at EU-domstolen ikke pålegger medlemsstatene et system hvor *ordinære domstoler* må foreta den endelige vurdering av et oppdatert faktum. Som nevnt fremhevet EU-domstolen at det er medlemsstatenes oppgave å innføre prosessuelle regler som ivaretar rettighetene i EU-lovgivningen, såfremt disse reglene ikke gjør det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene.²⁰² Avgjørende må være om en nasjonal myndighet (slik som Utlendingsnemnda) gir en effektiv prøvingsrett av om vilkårene for utsendelse er oppfylt når vedtaket faktisk effektueres, det vil si på utsendelsestidspunktet, jf. vilkåret om at «a present threat must, as a general rule, be satisfied at the time of the expulsion».²⁰³ Organer med en slik effektiv prøvingsrett vil for øvrig mest sannsynlig oppfylle kravene til en «domstol» etter TEUV artikkel 267 og ODA

¹⁹⁹ *Maslov mot Østerrike* avsnitt 93. Saken gjaldt en 15-år gammel bulgarsk rusmisbruker sammen med andre gjengmedlemmer hadde begått flere ran. Gutten ble dømt til ungdomsfengsel og vedtatt utsendt med et tiårig forbud mot innreise. Dette ble gjennomført nesten to år etter at vedtaket ble fattet. Gutten hadde fullført skolegang i fengselet, hadde arbeidet i farens firma i ett og et halvt år etter løslatelsen og ikke begått ytterligere forbrytelser.

²⁰⁰ Rt-2012-1985 avsnitt 173 og 174.

²⁰¹ Rt-2012-1985 avsnitt 86.

²⁰² Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 80.

²⁰³ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 79.

artikkel 34 med mulighet til å forelegge EU- eller EFTA-domstolen spørsmål om tolkning av EØS-retten.

3.3.4 Betydningen av tidligere straffedommer

3.3.4.1 Innledning

De fleste EØS-borgere som ønskes utsendt eller nektet innreise, har begått straffbare handlinger. Unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2) annen setning bestemmer at en straffedom «alene skal ikke gi grunnlag for» slike inngrep. Det skal mer til enn en straffbar overtredelse for å konstatere at en person utgjør en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Dersom en utsendelse i stedet automatisk følger en straffedom, kan utsendelsen få karakter av en «dobbelstraff».²⁰⁴ Utsendelser og innreisenektelser skal ikke fungere som ekstra pønale sanksjoner. Én generaladvokat har gått så langt som å hevde at utsendelse, som straff, bør ha et individualpreventivt formål.²⁰⁵

Spørsmålet om hvilken betydning straffbare handlinger kan tillegges var oppe i saken *Bouchereau* om franskmannen som ble utsendt fra Storbritannia etter å ha fått betinget dom for besittelse av små mengder narkotika. Saken gjaldt tolkningen av 1964-direktivets artikkel 3 (2), som hadde den noe mindre strenge ordlyd om at straffedommer «alene kan ikke uten videre begrunne» inngrep. EU-domstolen uttalte at vurderingen av trusselen må holdes adskilt fra bedømmelsen som ligger til grunn for domfellelsen. Disse to vurderingene er ikke sammenfallende. En straffedom kan bare vektlegges dersom

«the circumstances which gave rise to that conviction are evidence of personal conduct constituting a present threat to the requirements of public policy.»²⁰⁶

²⁰⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-348/96 *Calfa* s. I-16 og Guild (2000) s. 69-70.

²⁰⁵ Siden ett av straffeinstituttets formål (i alle fall i europeiske land) er å rehabiliterer forbryteren, så kan heller ikke utsendelse som følge av en straffedom virke i motsatt retning av dette. Dette mener Generaladvokat Bot i sitt forslag til avgjørelse i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 95.

²⁰⁶ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 28.

Omstendighetene rundt straffedommen må altså tilsi at det foreligger en «umiddelbar» trussel, jf. kapittel 3.3.3. Denne setningen er gjentatt i flere avgjørelser.²⁰⁷ Domstolen uttalte deretter:

«Although, in general, a finding that such a threat exists implies the existence in the individual concerned of a propensity to act in the same way in the future, it is possible that past conduct alone may constitute such a threat to the requirements of public policy.»²⁰⁸

Jeg tolker denne uttalelsen slik at en straffbar handling i utgangspunktet bare kan begrunne innreise- eller oppholdsnektelser dersom personen har en tilbøyelighet til å handle på samme måte igjen. Unntaksvis kan imidlertid én enkelt straffedom utgjøre en umiddelbar trussel, selv om det ikke er risiko for gjentakelse. Som eksempel på straffbare handlinger som i seg selv utgjør en slik trussel, har norsk lovgiver nevnt «strengt fengselsstraffer i samband med alvorleg organisert kriminalitet».²⁰⁹ Andre fremhever overtredelser som har medført «significant public revulsion».²¹⁰

EU-domstolens uttalelse er imidlertid ikke gjentatt i dens senere praksis. I og med den nevnte ordlydsinnstrammingen av 1964-direktivets artikkel 3 (2) i unionsborgerdirektivet artikkel 27 (2), kan det være grunn til å anvende uttalelsen med forsiktighet. Dette foreslås også av Vevstad.²¹¹ I vilkåret om en «umiddelbar» trussel ligger det etter mitt syn nettopp et krav om fare for gjentakelse. Det er klart at én enkelt straffedom kan begrunne utsendelse, men da fordi den utgjør en eksisterende trussel.²¹² Noen straffbare handlinger er av en slik art at de i seg selv tilsier tilsier gjentakelse: ved pedofili foreligger det en spesiell

²⁰⁷ Se sakene C-348/96 *Calfa* premiss 24, C-503/03 *Kommisjonen mot Spania* premiss 44, C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 33, C-50/06 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 41 og C-349/06 *Polat* premiss 32.

²⁰⁸ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 29.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) s. 42.

²¹⁰ Goodwin-Gill (1978) s. 356.

²¹¹ Vevstad (2010) s. 695-696.

²¹² Guild (2014) s. 260.

preferanse; ved narkotikamisbruk en avhengighet; og ved terrorvirksomhet en overbevisning.

EU-domstolen har ikke fastlagt hvilken sannsynlighetsgrad EØS-retten krever ved vurderingen av gjentakelsesfare. Høyesterett tok stilling til dette i en sak om utvisning av en polsk statsborger i Rt-2009-705, uten at spørsmålet ble forelagt for EFTA-domstolen. Høyesterett uttalte at det var vanskelig å si noe generelt om sannsynlighetskravet for gjentakelse.²¹³ Kravet kunne ikke stilles særlig høyt ved narkotikaforbrytelser.²¹⁴ Ellers måtte risikoen for gjentakelse være

«så stor at utvisning fremstår som et nærliggende og velbegrunnet tiltak for å beskytte samfunnsinteressene ... Det må være klart at det i hvert fall for de mer alvorlige forhold ikke kan gjelde et krav om sannsynlighetsovervekt; slik grad av sannsynlighet vil bare unntaksvis kunne konstateres.»²¹⁵

Også UDI mener at EØS-retten ikke stiller krav til verken alminnelig eller kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Det er nok at det «antas» at vedkommende i fremtiden vil begå straffbare handlinger eller ordensforstyrrelser av et tilstrekkelig alvor.²¹⁶

Disse standpunktene virker fornuftige. EU-domstolen har ikke har uttalt annet enn at de straffbare handlingene må utgjøre en «umiddelbar» trussel, noe som åpner for slike helhetsvurderinger. Imidlertid er det grunn til å merke seg at Høyesterett i Rt-2009-705 uttalte at ved terrorhandlinger gjelder det «overhodet ikke noe krav om at det skal være risiko for nye handlinger av samme art».²¹⁷ Riktignok har en slik forbrytelse som nevnt som regel en karakter som i seg selv tilsier gjentakelse. I tillegg er den som oftest såpass alvorlig at den alene utgjør en eksisterende trussel. Samtidig kan det oppstå unntakstilfelle hvor det ikke er risiko for at terroristen vil begå nye forbrytelser. I slike tilfelle ville en

²¹³ Rt-2009-705 avsnitt 47.

²¹⁴ Rt-2009-705 avsnitt 62.

²¹⁵ Rt-2009-705 avsnitt 47 og 48.

²¹⁶ RS 2010-022 punkt 3.3.3.

²¹⁷ Rt-2009-705 avsnitt 46.

utsendelse etter mitt syn være i strid med direktivets vilkår om en «umiddelbar» trussel. For eksempel gjaldt avgjørelsen C-100/01 *Olazabal* fra 2002 begrensning av oppholdsretten til en terrorist. EU-domstolen presiserte at vertsstaten måtte foreta en konkret vurdering av om personens adferd utgjorde en trussel og om inngrepet var i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.²¹⁸

Til syvende og sist vil adgangen til å utsende en utenlandsk EØS-borger på grunn av en straffedom avhenge av en rekke forhold. I det følgende drøftes betydningen av tiden som er gått siden overtredelsen, handlingenes karakter, forbryterens motiv, handlingenes alvor, personens kriminelle fortid og den ilagte straffen.²¹⁹ Med andre ord «the circumstances which gave rise to that conviction», som EU-domstolen skriver.²²⁰

3.3.4.2 Tiden som er gått

At tiden som er gått siden overtredelsen har betydning ved vurderingen av om det foreligger gjentagelsesfare, er allerede illustrert i kapittel 3.3.3. For det første kan tidsforløpet tilsi at trusselen ikke lenger eksisterer – den er ikke «umiddelbar». For det andre kan det bli spørsmål om personen har endret adferd i denne perioden, eksempelvis ved god oppførsel i fengsel.²²¹

3.3.4.3 Handlingenes karakter

Måten handlingene er utført på har også betydning. Dersom vinningskriminalitet er begått av en person som ikke har midler til å forsørge seg selv og som ikke har et dokumenterbart formål med opphold i vertsstaten, er det ofte risiko for at vedkommende vil begå nye lovbrudd.²²² Men manglende mulighet til å forsørge seg selv kan ikke være den eneste målestokken i vurderingen, idet dette ville forskjellsbehandle fattige uteliggere og velstående hvitsnippforbrytere.

²¹⁸ Sak C-100/01 *Olazabal* premiss 44.

²¹⁹ Momentene er hentet fra sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 50-53 og RS 2010-022 punkt 3.3.4.

²²⁰ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 28.

²²¹ COM(99) 372 s. 15.

²²² 2013-002-GI punkt 5.

Et annet eksempel på en særskilt karakteristikk er smuglervirksomhet hvor bilene er utstyrt på en måte som tilsier at de vanligvis brukes til dette formål. De har for eksempel vertsstatens bilskilter, ekstra fjærer og skjulte rom. Det er tale om en profesjonell profittmotivert kriminalitet hvor aktørene ikke akter å stanse sin inntektskilde. Det samme er tilfelle for annen organisert kriminalitet, som narkotika- og hallikvirksomhet.

Andre forbrytelser med høy gjentakelsesfare er de hvor gjerningsmannens personlige preferanser eller vanemønstre tilsier dette. Eksempler er overtredelser utført av «seriemordere», rusavhengige personer og pedofile som allerede nevnt. Motsetningsvis vil det være mindre gjentakelsesfare ved uaktsomt drap, drap i affekt og overtredelser i alkoholpåvirket tilstand.

Et eksempel fra norsk rettspraksis illustrerer at det vektlegges hvorledes handlingene er begått. Borgarting lagmannsretts dom av 19. mars 2013 gjaldt en polsk statsborger som arbeidet i Norge som ble dømt til ti måneders fengsel for grove voldshandlinger og trusler.²²³ Han ble som følge utvist fra landet. Sammen med to andre polakker hadde han brutt seg inn hjemme hos en polakk og begått uprovoserte grove legemskrenkelser under særdeles skjerpene omstendigheter med det formål å kreve inn penger (torpedohandlinger). To dager senere dro de hjem til en annen person, men vedkommende klarte å forsvare seg. Lagmannsretten fant «under tvil» at mannen utgjorde en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel.²²⁴ Utslagsgivende var de grove overtredelsene, at mannen ikke hadde vist noen form for anger, og at handlingene viste «en manglende evne eller vilje til å sette grenser for egen atferd».²²⁵ Det forela derfor gjentakelsesfare.

Dersom de straffbare handlingene er planlagt og begått av flere i felleskap, blir forholdet mer alvorlig, jf. eksempelvis straffelovens § 60 a om straffeskjerpelse ved organisert kriminalitet. I slike tilfelle er spørsmålet i hvor stor grad personen deltok i handlingene.²²⁶ Uavhengig av om de straffbare handlingene er begått i regi av en slik organisert gruppe, er

²²³ LB-2013-116383.

²²⁴ LB-2013-116383.

²²⁵ LB-2013-116383.

²²⁶ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 50.

det klart at medlemskap i såkalte «kriminelle gjenger» må kunne vektlegges i en helhetsvurdering av en persons adferd.²²⁷ Siden slikt medlemskap kan begrunne innreisenekt når en person ikke har begått straffbare handlinger, jf. *Wahl*-saken nevnt i kapittel 3.3.2, er det klart at medlemskapet også må kunne vektlegges når ulovlige handlinger *er* begått.

3.3.4.4 Forbryterens motiv

Utlendingsmyndighetene må også kunne vektlegge hvilket motiv, eller mangel på motiv, forbryteren hadde da de straffbare handlingene ble begått. Skyldformene varierer alt fra overveide beslutninger (forsett, eventuelt med overlegg) til mangel på oppmerksomhet (ubevisst uaktsomhet).²²⁸ Dersom begrunnelsen bak et samboerdrap er at offeret var utro, kan det være lav sannsynlighet for gjentakelse. Relasjonen mellom de to personene foranlediget drapet. Motsatt er det høy gjentakelsesfare dersom en notorisk sløv person og dårlig bilfører kjører tvers over en rundkjøring. Samtidig kan kanskje det være større grunn til å utsende drapsmannen enn bilføreren fordi sistnevnte mangler ond vilje.

3.3.4.5 Handlingenes alvor

I forlengelsen av dette er det klart at handlingenes alvor må tillegges betydelig vekt. Saken C-349/06 *Polat* fra 2007 gjaldt en tyrkisk statsborger som ble utsendt fra Tyskland fordi han flere ganger ble dømt til betinget fengsel og ilagt bøter for narkotikalovbrudd og tyveri.²²⁹ Ved slik mindre alvorlig kriminalitet vil det ofte være høy gjentakelsesfare. EU-domstolen uttalte at utsendelse bare var berettiget dersom den personlige adferden ga antydninger om en særlig risiko for nye alvorlige handlinger i strid med den offentlige orden – «the existence of several criminal convictions is, in itself, irrelevant.»²³⁰

²²⁷ Uttrykket «kriminell gjeng» er hentet fra Kripós (2013) s. 32-36. Begrepet er et populæruttrykk og betyr ikke at medlemskap i gjengene er *forbudt*, jf. forsamlings- og foreningsfriheten i EU-paktens art. 12 og EMK art. 11. Norske eksempler er ifølge Kripós B-gjengen, Young Guns, Bandidos og Hells Angels.

²²⁸ Andenæs (2004) s. 241-244.

²²⁹ Saken gjaldt tolkningen av assosieringsavtalen med Tyrkia, men inneholder generelle uttalelser.

²³⁰ Sak C-349/06 *Polat* premiss 35 og 36.

Denne uttalelsen kan tolkes på forskjellige måter. Én mulighet er at minst ett av de enkelte mindre lovbruddene må overstige terskelen for hva som er å anse som en virkelig og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. De mange overtredelsene kan ikke kumuleres. Dersom ingen av dem enkeltvis overstiger alvorlighetsterskelen, foreligger det en umiddelbar, men ikke tilstrekkelig alvorlig trussel.

Et annet alternativ er å kumulere de straffbare handlingene. Mange overtredelser er ikke i seg selv tilstrekkelig med mindre den kriminelle løpebanen sett i sammenheng utgjør en alvorlig trussel. Slik har EU-kommisjonen tolket avgjørelsen. Den fremhever at medlemslandene må foreta en samlet vurdering av overtredelsenes karakter, hyppighet og skadefølger.²³¹ Guild mener at et slikt standpunkt ikke kan utledes av EU-domstolens praksis.²³² Jeg heller imidlertid til at dette er det mest praktiske tolkningsalternativet og i tråd med den helhetsvurdering som EU-domstolen legger opp til. Terskelen for hva som utgjør en «tilstrekkelig alvorlig» trussel er jo nettopp variabel. Hvilke handlinger som anses i strid med den offentlige orden, varierer nettopp over tid og fra ett land til et annet (som nevnt i kapittel 3.2.1).

Dette kan illustreres med et eksempel fra Norge. Antall grove tyverier fra person på offentlig sted («lommetyverier») har økt med 79,1 prosent fra 2008 til 2012.²³³ UDIs rundskriv fra 2011 åpnet for at EØS-borgere kunne utvises ved rettskraftig dom eller vedtatt forelegg for grovt tyveri, tyveri av en samlet verdi på kr. 25 000 eller mer, eller flere naskerier og/eller tyverier innenfor en toårsperiode av en verdi på kr. 10 000 eller mer.²³⁴ På bakgrunn av den markante økningen i grenseoverskridende vinningskriminalitet, ga Justis- og beredskapsdepartementet i 2013 en instruks om justering av direktoratets rundskriv. Nå skal det alltid vurderes om det er grunnlag for å utvise EØS-borgere ved vedtatt forelegg for simpelt tyveri eller for naskeri, selv om det er tale om mindre

²³¹ COM(2009) 313 s. 12 om «persistent petty criminality».

²³² Guild (2014) s. 263.

²³³ Kripos (2013) s. 13.

²³⁴ RS 2010-022 punkt 10.3.

verdier.²³⁵ Departementet begrunner dette med at endringer i kriminalitetsbildet medfører at «forhold som tidligere ikke ble sett på som alvorlig, nå anses å utgjøre et betydelig samfunnsproblem som truer den offentlige orden.»²³⁶

Det kan hevdes at slik utsendelse med innreiseforbud («utvisning») er en uforholdsmessig reaksjon mot ett enkeltstående naskeri. EU-domstolen og EU-kommisjonen taler om «several» straffbare handlinger og «persistent» mindre alvorlig kriminalitet.²³⁷ Samtidig fremgår det av departementets instruks at den sikter til planlagt og målrettet vinningskriminalitet. Det skal blant annet vektlegges om naskeriet er begått kort tid etter innreise, i ledtog med andre og om personen ikke har et dokumenterbart formål med oppholdet.²³⁸ Dersom et medlemsland etter en finanskrisen i Europa blir et mål for organisert vinningskriminalitet, er dette en endring som må kunne reflekteres i landets beskyttelsesnivå. Også dansk høyesterett har i en dom av 19. oktober 2009 akseptert at «trickyveri af taske» (lommetyveri) kan begrunne utsendelse.²³⁹ Samtidig er departementets instruks meget streng, og det blir interessant å se om et slikt utvisningstilfelle vil bli akseptert av EU- eller EFTA-domstolen.

En annen ytterlighet er svært alvorlig kriminalitet. Et eksempel er terrorhandlinger, som kan utgjøre en trussel mot den offentlige sikkerhet, jf. kapittel 3.2.3. Etter norsk rett kan en person som begår terrorhandlinger eller som gir trygt tilholdssted til en slik person, ifølge utlendingslovens § 122 (3) utvises uten at det skal foretas noen vurdering av om det foreligger «tungtveiende» hensyn til offentlig orden eller sikkerhet eller om utsendelse er «tvingende nødvendig». Her gjøres det unntak fra vilkårene i unionsborgerdirektivets artikkel 28 (2) og (3). Dette er i utgangspunktet i strid med direktivet siden artikkel 28

²³⁵ 2013-002-GI punkt 2 og 5.

²³⁶ 2013-002-GI punkt 4.

²³⁷ Sak C-349/06 *Polat* premiss 36 og COM(2009) 313 s. 12.

²³⁸ 2013-002-GI punkt 5.

²³⁹ Vevstad (2010) s. 696.

gjelder generelt. Imidlertid vil terrorhandlinger selvsagt i praksis som regel oppfylle kriteriene «tungtveiende» og «tvingende nødvendig».²⁴⁰

Overtredelser av narkotikalovgivningen tar ulike former med forskjellige alvorlighetsgrader. Organisert narkotikavirksomhet kan som nevnt i kapittel 3.2.3 utgjøre en trussel mot den offentlige sikkerhet. Også *bruk* av narkotika kan være en utsendelsesgrunn.²⁴¹ Det kan imidlertid ikke reageres like strengt mot bruk som mot omsetning.²⁴² Ved bruk vil det ofte på grunn av en avhengighet eller livsstil være stor gjentakelsesfare, men overtredelsen er samtidig ikke like alvorlig som salg. Rusavhengige er i tillegg en syk og sårbar personkrets.²⁴³

3.3.4.6 Personens kriminelle rullebane

Ovenfor har jeg argumentert for at en persons kriminelle løpebane må sees i sammenheng. Det følger av artikkel 27 (3) at en vertsstat, i forbindelse med en grensekontroll eller senest tre måneder etter en persons innreise, kan anmode hjemstaten eller andre medlemsstater om opplysninger om hvorvidt vedkommende er oppført i strafferegisteret. Slike anmodninger skal imidlertid ikke gjøres rutinemessig, men bare der vertsstaten anser det som «absolutt nødvendig». Dette bygger på 1964-direktivets artikkel 5 (2).

Et spørsmål er hvor gamle overtredelser en vertsstat kan vektlegge ved vurderingen av gjentakelsesfare. Eksempelvis kan et MC-klubbmedlem som begikk straffbare handlinger som ung «hangaround» eller «prospect» (prøvemedlem, se kapittel 3.3.5), anføre at han

²⁴⁰ Vevstad (2010) s. 698.

²⁴¹ Sak C-348/96 *Calfa* premiss 22 og forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 67.

²⁴² Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 74 og *Maslov mot Østerrike* avsnitt 80.

²⁴³ Som nevnt i kapittel 3.2.2 bestemmer den norske utlendingsforskriften § 19-29 (3) a) at en EØS-borger kan bortvises eller utvises dersom vedkommende er «avhengig» av narkotiske stoffer eller andre giftstoffer. Med ett kan det synes som om norske utlendingsmyndigheter utviser på bakgrunn av ren *rusavhengighet*. Det er imidlertid klart at personen i tillegg må ha begått en «lovovertrødelse», jf. § 19-29 (2), det vil for eksempel si overtrødelse av legemiddeloven § 24.

ikke har begått lovovertrædelser siden. Jeg har ikke funnet EØS-rettslige kilder som gir svar på spørsmålet. UDI presiserer for sin del at tidligere straffbare forhold skal vurderes, og at det skal opplyses om når disse ble begått, uten at det settes noen begrensninger for hvor gamle forhold som kan vektlegges.²⁴⁴ At det skal opplyses om når handlingene ble begått, viser at det har betydning om straffedommen er gammel.

Et annet spørsmål er hvilken handling som skal utgjøre grunnlaget for vurderingen av gjentakelsesfaren. Eksempelvis har en person begått flere mindre alvorlige vinningsforbrytelser og ett bankran. Spørsmålet er da om man skal vurdere sannsynligheten for gjentakelse av bankranet eller sannsynligheten for gjentakelse av de mindre alvorlige vinningsforbrytelsene. Spørsmålet er om overtrederen har en tilbøyelighet til å handle «in the same way» i fremtiden, jf. EU-domstolens uttalelse i *Bouchereau*.²⁴⁵

I den allerede nevnte høyesterettsdommen Rt-2009-705 ble utvisningen av den polske statsborgeren fattet som følge av at han hadde begått narkotikavirksomhet. Høyesterett mente at det ved vurderingen av gjentakelsesfare måtte sees hen til mer enn bare polakkens tidligere narkotikaforbrytelser. Selv om hans øvrige lovbrudd var mindre alvorlige (bilbrukstyveri, tyveri, heleri, dokumentfalsk og overtrædelse av veitrafikkloven), og ifølge Høyesterett ikke kunne gi grunnlag for utvisning dersom de gjentok seg, måtte «den omfattende kriminelle løpebanen» være relevant ved vurderingen.²⁴⁶ UDI synes å innta et mer restriktivt syn i sine retningslinjer. Ifølge direktoratet må den utførte handlingen vurderes mot risikoen for «samme type kriminelle forhold».²⁴⁷ Det vil si straffbare handlinger som rammes av forskjellige bestemmelser i straffeloven eller særlovgivningen, men som er av «samme art».²⁴⁸ Et eksempel er brudd på straffelovens bestemmelser om

²⁴⁴ RS 2010-022 punkt 9.2.

²⁴⁵ Sak 30/77 *Bouchereau* premiss 29.

²⁴⁶ Rt-2009-705 premiss 52.

²⁴⁷ RS 2010-022 punkt 3.3.3.

²⁴⁸ RS 2010-022 punkt 3.3.3.

narkotikaforbrytelser og brudd på legemiddeloven.²⁴⁹ Et annet eksempel er forskjellige typer vinningskriminalitet, som tyveri, heleri og bedrageri.²⁵⁰

Denne vektleggingen av «samme type kriminelle forhold» ligner på ordlyden i straffeprosesslovens § 38 om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom. Bestemmelsen fastslår at norske domstoler ikke kan pådømme andre forhold ved siden av eller i stedet for «det forhold tiltalen gjelder» (sml. §§ 51, 254 og 254). Dette innebærer blant annet at retten kan subsumere en handling på en annen lovbestemmelse enn den som fremgår av tiltalebeslutningen eller av partenes påstander (for eksempel dømme for grovt tyveri i stedet for tyveri), såfremt forholdet ikke skifter «identitet».²⁵¹ Og dersom retten ved ulikeartet idealkonkurrens ønsker å anvende et annet straffebud enn det personen er tiltalt for, har det i praksis vært avgjørende om straffebudene tar sikte på å beskytte like «interesser».²⁵² For eksempel verner forbudet mot uaktsomt drap om andre interesser enn forbudet mot overtredelse av vegtrafikklovgivningen.²⁵³

Disse prinsippene er begrunnet i at den tiltalte skal kunne forberede sitt forsvar i en hovedforhandling. Dette kan kanskje ha overføringsverdi til utlendingsretten. Unionsborgerdirektivets artikkel 30 (2) pålegger utlendingsmyndighetene ved innreise- eller oppholdsnektelser å opplyse nøyaktige og fullstendig om hvilke hensyn «som ligger til grunn for» utsendelsesvedtaket. Meningen er å gi den berørte person en mulighet til effektivt å få prøve vedtaket etter artikkel 31, med andre ord en mulighet til å forberede sitt forsvar.²⁵⁴ Bestemmelsene skal tolkes i lys av retten til et effektivt rettsmiddel og retten til rettferdig rettergang i EU-paktens artikkel 47 (sml. EMK artikkel 6).²⁵⁵ Dersom en slik klagesaksbehandling tar i betraktning eldre straffedommer som ikke utgjorde grunnlaget

²⁴⁹ RS 2010-022 punkt 3.3.3.

²⁵⁰ RS 2010-022 punkt 3.3.3.

²⁵¹ Bjerke (2011) s. 132.

²⁵² Bjerke (2011) s. 132.

²⁵³ Bjerke (2011) s. 133 om Rt-1980-360.

²⁵⁴ Sak C-300/11 ZZ premiss 48.

²⁵⁵ Sak C-300/11 ZZ premiss 51.

for det opprinnelige utsendelsesvedtaket, kan samme forutberegnelighetshensyn kanskje gjøre seg gjeldende som i hovedforhandlingen i en straffesak.

3.3.4.7 Den ilagte straffen

Til slutt har strafferammen og den ilagte straffen betydning for om en straffedom utgjør en eksisterende trussel. Den utmålte straffen kan være lav eller høy sett hen til strafferammen og praksis for utmåling av straff for samme forhold.²⁵⁶ I slike tilfelle må begrunnelsen bak den konkrete utmålingen ha betydning for vurderingen av gjentakelsesfare. Én ting er begrunnelser som kan knyttes til handlingen, som gjerningsmannens subjektive skyld og handlingenes farlighet.²⁵⁷ Slike sider ved straffedommen må utlendingsmyndighetene ta i betraktning dersom de ønsker å utsende eller nekte innreise til en EØS-borger.

Noe annet er forhold som ikke har tilknytning til den straffbare handlingen. For eksempel er det gitt varetektsfradrag eller gjerningsmannens helsetilstand medfører at en form for straffavsoning vil virke særlig hard.²⁵⁸ Dette er forhold som har vært formildende omstendigheter ved straffeutmålingen, men som en utlendingsmyndighet ikke nødvendigvis kan forventes å vektlegge ved vurderingen av om en person er så farlig at vedkommende skal nektes innreise eller opphold.

3.3.4.8 Sammenfatning

Fremstillingen over har vist at EØS-statene ikke kan nekte EØS-borgere innreise eller opphold utelukkende fordi personene har begått straffbare handlinger. Innreise- og oppholdsnektelser skal ikke fungere som pønale sanksjoner i tillegg til en straffedom. Inngrepenes funksjon er å verne vertsstatens institusjoner og befolkning mot alvorlige trusler mot grunnleggende samfunnsinteresser. For det første vil ingen slik trussel foreligge dersom en straffedom faktisk har hatt individualpreventiv effektiv. For det andre har de forskjellige omstendighetene rundt den enkelte straffedommen betydning for hvor stort

²⁵⁶ RS 2010-022 punkt 9.2.

²⁵⁷ Andenæs (2004) s. 463-472.

²⁵⁸ Andenæs (2004) s. 472-475.

behovet er for å utsende personen eller nekte vedkommende innreise (jf. momentene behandlet i kapitlene 3.3.4.2 til 3.3.4.7).

3.3.5 Medlemskap eller tilhørighet

En EØS-borger kan tilhøre en organisasjon eller gruppe som vertsstatens myndigheter anser som samfunnsskadelig (selv om det ikke har gitt seg utslag i tidligere straffedommer, sml. forrige drøftelse). Spørsmålet om hvilken vekt et medlemskap kan tillegges, var oppe for EU-domstolen i den allerede omtalte saken *Van Duyn* fra 1974. En nederlandsk kvinne, Yvonne van Duyn, ble nektet innreise til Storbritannia fordi hun skulle arbeide som sekretær ved den scientologiske kirke, som på den tiden hadde sitt globale hovedkontor i landet. Kvinnen var praktiserende scientolog og hadde arbeidet ved en scientologikirke i Amsterdam. Den britiske domstolen forela spørsmål for EU-domstolen om en medlemsstat kan ta i betraktning tilknytning til en organisasjon hvis aktivitet ikke er ulovlig, men som staten anser for å være i strid med den offentlige orden.²⁵⁹ EU-domstolen uttalte at tidligere tilknytning til en organisasjon ikke «in general» kan rettferdiggjøre restriksjoner i den frie bevegelse. Eksisterende tilknytning, derimot,

«which reflects participation in the activities of the body or of the organization as well as identification with its aims and its designs, may be considered a voluntary act of the person concerned and, consequently, as part of his personal conduct ...».²⁶⁰

Uttalelsen er ikke gjentatt i EU-domstolens praksis, men trekkes frem i EU-kommisjonens retningslinjer fra 2009.²⁶¹ Det samme gjøres av EFTA-domstolen i den allerede omtalte saken *Wahl*.²⁶² Det norske Hells Angels-medlemmet Wahl, som ble nektet innreise til Island i 2013, anførte at et medlemskap, uavhengig av organisasjonens karakter, aldri i seg selv kan utgjøre en trussel mot den offentlige orden.²⁶³ Bare lederfigurer eller medlemmer

²⁵⁹ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 16.

²⁶⁰ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 17.

²⁶¹ COM(2009) 313 s. 11.

²⁶² Sak E-15/12 *Wahl* premiss 88.

²⁶³ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 58.

som aktivt deltar i den samfunnsskadelige virksomheten kunne anses for å være tilknyttet organisasjonen.²⁶⁴ Og dersom man skulle legge til grunn at Hells Angels var tilknyttet organisert kriminalitet, var dette et for vagt grunnlag til å kunne nekte et medlem innreise.²⁶⁵ Det var heller ikke nødvendigvis årsakssammenheng mellom opprettelsen av en underavdeling og økt kriminalitet på Island.²⁶⁶ Islandske myndigheter anførte på sin side at når en organisasjon utgjør en trussel mot den sosiale trygghet, kan aktivt medlemskap også være det.²⁶⁷

EFTA-domstolen fant at unionsborgerdirektivets artikkel 27 tillater å nekte en EØS-borger innreise dersom vedkommende er medlem i en organisasjon som har forbindelse med og erfaringsvis øker risikoen for, organisert kriminalitet.²⁶⁸ En forutsetning var imidlertid at

«the circumstances of the membership are evidence of personal conduct constituting a genuine, present and sufficiently serious threat to one of the fundamental interests of society».²⁶⁹

Wahls personlige adferd var ifølge EFTA-domstolen «not limited to mere membership».²⁷⁰ Han spilte mest sannsynlig en sentral rolle i en operasjon som antakelig ville bidra til organisert kriminalitet.²⁷¹

De to sakene *Wahl* og *Van Duyn* har flere likhetstrekk. I begge tilfeller var det tale om innreisenekt i forbindelse med en grensekontroll; de to utlendingene var ikke tidligere straffet; og innreisenektelsene var hovedsakelig begrunnet i at EØS-borgerne var medlemmer i gitte organisasjoner. Jeg utleder to konklusjoner fra avgjørelsene.

²⁶⁴ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 59.

²⁶⁵ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 61.

²⁶⁶ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 61.

²⁶⁷ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 65.

²⁶⁸ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 92.

²⁶⁹ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 89.

²⁷⁰ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 90.

²⁷¹ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 90.

For det første oppstilte *Van Duyn* to vilkår for at tilknytning til en organisasjon kan regnes som en del av en EØS-borgers personlige adferd: deltagelse i virksomheten og aksept av dens motiver. Passivt medlemskap er altså ikke tilstrekkelig.²⁷² Samtidig er det ikke nødvendig å inneha en organisatorisk lederrolle. Yvonne van Duyn skulle arbeide som sekretær. Og i kriminelle gjenger er det ofte medlemmer av lav rang som utfører de kriminelle handlingene.

Hvilken grad av deltagelse som kreves vil i tillegg avhenge av organisasjonens karakter.²⁷³ Ved særlig samfunnstruende organisasjoner, som terrorgrupper, skal det ikke mye til før nasjonale myndigheter anser en person som tilknyttet. Dessuten må det sees hen til hvilke krav organisasjonen selv stiller for å oppnå medlemskap. Interesserte i én-prosent MC-klubber må eksempelvis «gå gradene» som prøvemedlem, først som «hangaround» uten uniformering, deretter som «prospect» med jakkemerke som knytter dem til klubben.²⁷⁴ En «prospect» blir stemt inn i klubben etter å ha utført pålagte lovlige eller ulovlige oppgaver.²⁷⁵ Med en slik forutgående innsats illustrerer nok medlemskapet *alene* at personen utgjør en integrert del av klubben, deltar i dens virksomhet og aksepterer dens motiver.

For det andre må medlemskapet ifølge *Wahl* utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Dette er en viktig påminnelse om vilkåret i direktivets artikkel 27 (2) tredje setning. At medlemskapet måtte utgjøre en konkret trussel ble ikke i like stor grad fremhevet i *Van Duyn*-saken i 1974. Selv om ansatte ved det globale hovedkontoret til den scientologiske kirke nok ville bidra mer enn passive medlemmer, fremgår det ikke av EU-domstolens avgjørelse hvilken alvorlig innflytelse Yvonne van Duyns sekretærarbeid kunne ha. Domstolen fremhev bare at organisasjonen *som sådan* ble ansett som samfunnsskadelig og ble motvirket med administrative tiltak.²⁷⁶

²⁷² Brinch Jørgensen (1996) s. 98.

²⁷³ Brinch Jørgensen (1996) s. 98.

²⁷⁴ Politiet (2012) s. 8 og Meld. St. 7 (2010-2011) s. 67.

²⁷⁵ Politiet (2012) s. 8.

²⁷⁶ Sak 41 /74 *Van Duyn* premiss 19.

Den enkeltes tilhørighet må imidlertid vurderes konkret. At uskyldige medlemmer ikke automatisk skal identifiseres med andre medlemmers samfunnsskadelige adferd, er noe én-prosent MC-klubbene fremhever (se kapittel 4.5.2). Dette henger sammen med kravet til en «utelukkende» individuell begrunnelse i direktivets artikkel 27 (2) første setning, jf. kapittel 3.3.1 om dette vilkåret.

Kort oppsummert kan tilhørighet til en gruppe eller organisasjon vektlegges i en persons disfavør dersom vedkommende er en aktiv deltaker og utgjør en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel etter artikkel 27 (2).

3.4 Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling

3.4.1 Repressive eller genuine og effektive tiltak mot egne statsborgere

At utenlandske EØS-borgere kan nektes innreise eller opphold, innebærer som nevnt en nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling, idet folkeretten forbyr stater å iverksette slike tiltak mot sine egne statsborgere. En slik forskjellsbehandling vil være vilkårlig dersom vertsstaten ikke samtidig reagerer mot tilsvarende adferd utvist av egne statsborgere. En angivelig samfunnsskadelig adferd kan ikke utelukkende motvirkes med inngrep mot *utlendinger*. Det er derfor et vilkår at vertsstaten treffer repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot deres egne statsborgere ved tilsvarende adferd.²⁷⁷ Dette fremgår ikke av unionsborgerdirektivets artikkel 27, men er resultat av en gradvis utvikling i EU-domstolens praksis, som behandles nedenfor.

Før dette kan det nevnes at det finnes et direktivfestet forbud mot vilkårlig forskjellsbehandling ved inngrep begrunnet i hensynet til den offentlige helse. Ifølge artikkel 29 (1) kan infeksjonssykdommer eller smittsomme parasittære sykdommer som ikke er opplistet av WHO bare begrunne innreise- eller oppholdsnekt «dersom de omfattes av vernetiltak som gjelder for vertsstatens egne borgere.»²⁷⁸

²⁷⁷ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 8.

²⁷⁸ Direktiv 2004/38/EF artikkel 29 (1).

Spørsmålet om vilkårlig forskjellsbehandling av nasjonale og utenlandske statsborgere var først oppe i 1974 i saken om innreisenektelsen til den nederlandske scientologen i *Van Duyn*. Den britiske helseministeren hadde karakterisert scientologi som en

«pseudo-philosophical cult ... The Government are satisfied having reviewed all the available evidence that Scientology is socially harmful. It alienates member of families from each other and attributes squalid and disgraceful motives to all who oppose it; its authoritarian principles and practice are a potential menace to the personality and well-being of those so deluded as to become its followers; above all its methods can be a serious danger to the health of those who submit to them».²⁷⁹

Britiske myndigheter hadde bestemt at alle utlendinger som arbeidet eller utførte oppgaver for scientologikirken, ikke skulle tillates innreise til Storbritannia.²⁸⁰ Lovgivningen inneholdt imidlertid intet forbud mot scientologikirken, og det fantes heller ingen andre begrensninger i briteres rett til å arbeide i organisasjonen eller studere og praktisere scientologi.²⁸¹ Britiske scientologer var utsatt for «little more than public condemnation».²⁸²

EU-domstolen fant at et forbud mot en organisasjons aktiviteter ikke er en nødvendig betingelse for at et vedtak om innreisenekt skal være legitimt.²⁸³ Myndighetene måtte imidlertid på forhånd ha inntatt et klart standpunkt om at organisasjonens virksomhet var samfunnsskadelig og ha truffet «administrative measures to counteract these activities».²⁸⁴ Domstolen fant at en utenlandsk EØS-borger kunne nektes innreise fordi vedkommende skulle ta et særskilt arbeid «even though the Member State does not place a similar restriction upon its own nationals».²⁸⁵

²⁷⁹ Sak 41/74 *Van Duyn* s. 1339.

²⁸⁰ Sak 41/74 *Van Duyn* s. 1340.

²⁸¹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 41/74 *Van Duyn* s. 1358 om at briterne var «free to study and practise Scientology and also to work at the organization's establishment.»

²⁸² Wyatt (1978) s. 226.

²⁸³ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 19.

²⁸⁴ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 19.

²⁸⁵ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 23.

Dette vil si at en vertsstat kan nekte en EØS-borger innreise på grunn av et arbeidsforhold som overhodet ikke er gjenstand for reaksjoner når det utføres av statens egne statsborgere. Dette har naturligvis blitt kritisert for å være i strid med forbudet mot forskjellsbehandling i TEUV artikkel 18 (EØS-avtalens artikkel 4).²⁸⁶ At folkeretten forbyr en vertsstat å nekte ens egne statsborgere innreise og opphold, betyr ikke at staten ikke kan reagere mot personenes adferd på andre måter.²⁸⁷ Senere rettspraksis fra EU-domstolen må sies å ta avstand fra denne uttalelsen ved å innføre strengere krav til en viss likebehandling av egne og utenlandske statsborgere.²⁸⁸

Dette skjedde i 1982 i den allerede omtalte avgjørelsen *Adoui og Cornuaille* om de to franske prostituerte kvinnene som ble nektet opphold i Belgia (jf. kapittel 3.2.2 og 3.3.2). Det var intet forbud mot prostitusjon i landet. Kvinnene anførte at den belgiske lovgivningen beskyttet prostituerte og skattla deres inntekter, samt at virksomheten i praksis var «carried on without hindrance by several thousands of people».²⁸⁹ Lovgivningen forbød bare oppfordring til og utnyttelse av prostitusjon, uforsvarlig bordelldrift og å erverve inntekter på umoralsk vis («living on immoral earnings»)²⁹⁰ Politivedtektene til Liège-regionen regulerte prostitusjon nærmere. Prostituerte kunne ikke vise seg frem for forbipasserende eller stå i gatene ved virksomhetens lokaler, og dets vinduer og dører måtte være lukket.²⁹¹

EU-domstolen uttalte at myndighetene ikke kunne basere inngrep i innreise- eller oppholdsretten på en vilkårlig forskjellsbehandling, «arbitrary distinction», av egne statsborgere og andre medlemsstaters statsborgere.²⁹² Utlendingenes uønskede adferd

²⁸⁶ Barnard (2013) s. 500 og Guild (2014) s. 252.

²⁸⁷ McNew (1983) s. 247-248.

²⁸⁸ Brinch Jørgensen (1996) s. 101, Craig (2011) s. 756, EØS-rett (2011) s. 385, Barnard (2013) s. 500 og Guild (2014) s. 252.

²⁸⁹ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* s. 1673-1674.

²⁹⁰ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 3.

²⁹¹ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 3.

²⁹² Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 7.

kunne ikke anses for å utgjøre tilstrekkelige alvorlige trusler mot den offentlige orden dersom vertsstaten

«does not adopt, with respect to the same conduct on the part of its own nationals repressive measures or other genuine and effective measures intended to combat such conduct.»²⁹³

Dette skjerpet kriteriene i *Van Duyn*.²⁹⁴ For det første er det forskjell på et generelt krav om iverksettelse av administrative tiltak, og et vilkår om at slike tiltak må rettes mot vertsstaten *egne statsborgere*. For det andre er det en nyanseforskjell mellom et krav til administrative tiltak, og en ekstra betingelse om at disse må være *repressive eller genuine og effektive*. Uttalelsene i *Van Duyn* om et klart myndighetsstandpunkt og iverksettelse av administrative tiltak er så vidt jeg kan se ikke gjentatt i senere rettspraksis fra EU-domstolen. Vilkåret i *Adoui og Cornuaille* er imidlertid opprettholdt.²⁹⁵ Det er interessant å merke seg at EFTA-domstolen anvender begge avgjørelsens tolkningsuttalelser i *Wahl*, uten at det drøftes om den ene svekker betydningen av den andre.²⁹⁶

I det følgende drøftes hva som utgjør «repressive measures or other genuine and effective measures intended to combat such conduct».²⁹⁷ Repressive tiltak er utvilsomt et alternativ til genuine og effektive tiltak, jf. «or». Vertsstaten behøver altså ikke iverksette repressive sanksjoner mot egne statsborgere. Det er nok at handlingene motvirkes med såkalte genuine og effektive tiltak. Dette henger sammen med at det heller ikke er et krav at handlingene er ulovlige, jf. diskusjonen i kapittel 3.3.2.²⁹⁸ Dette til tross for en avgjørelse fra EU-domstolen i 2001 som tyder på det motsatte.

²⁹³ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 8.

²⁹⁴ EØS-rett (2011) s. 385.

²⁹⁵ Se bla. sakene C-268/99 *Jany* premiss 60 og C-100/01 *Olazabal* premiss 42.

²⁹⁶ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 101 og 105.

²⁹⁷ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 8.

²⁹⁸ På dette punkt kan det synes som om den norske gjennomføringen adskiller seg fra EØS-retten, som nevnt i kapittel 3.3.2. Utlendingsforskriftens § 19-29 (1) bestemmer at bortvisning og utvisning av EØS-borgere bare kan skje dersom det er adgang til «sanksjoner» mot norske borgere for tilsvarende forhold, og § 19-29 (2) forutsetter at det foreligger en «lovovertrødelse».

Saken C-268/99 *Jany* gjaldt seks polske og tsjekkiske statsborgere som fikk avslag på søknad om opphold i Nederland fordi de skulle arbeide som vindusprostituerte (saken gjaldt tolkningen av assosieringsavtalene med Polen og Tsjekkia, men inneholder generelle uttalelser om TEUV). Vindus- og gateprostituasjon var legalisert i Nederland og nærmere regulert i lokale forskrifter. EU-domstolen gjentok kravet fra *Adoui og Cornuaille* om repressive eller andre genuine og effektive tiltak.²⁹⁹ Deretter ble det imidlertid uttalt at en vertsstat må iverksette «effective measures to monitor *and* repress activities of that kind when they are also pursued by its own nationals» (min uth.).³⁰⁰ Sammenholdt med avgjørelsens franske og svenske versjon kan sitatet tolkes slik at repressive tiltak ikke er et alternativ, men et påbud. EU-kommisjonen kan sies å ha inntatt samme standpunkt i sine retningslinjer fra 1999.³⁰¹ Den danske og tyske versjonen av *Jany* taler imidlertid om at vertsstaten må kontrollere og bekjempe uønsket adferd, noe som ikke utelukker at andre genuine og effektive tiltak kan være tilstrekkelige. Videre viser senere rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen til *Adoui og Cornuaille*, ikke til *Jany*.³⁰² Også EU-kommisjonens retningslinjer fra 2009 og juridisk litteratur omtaler genuine og effektive tiltak som et alternativ til repressive tiltak.³⁰³

Repressive tiltak vil for det første omfatte offentligrettslige sanksjoner med pønalt formål som ilegges ved overtredelse av regler. Opplagte eksempler er strafferettslige reaksjoner som frihetsstraff, samfunnsstraff, bøtestraff, rettighetstap, tap av stemmerett, kontaktforbud, tvungent psykisk helsevern, tvungen omsorg, betinget dom, meglings i konfliktråd, inndragning og påtaleunntatelse.³⁰⁴ For det andre må forvaltningsrettslige sanksjoner omfattes, som gebyr, tilleggsbetaling, tap av trygdeytelser og administrativt ilagt rettighetstap, som for eksempel inndragning av førerkort eller legesertifikat.³⁰⁵ Det samme gjelder kanskje avskjedigelse av tjenestemann eller ordensstraff ved utilbørlig adferd, siden dette jo er reaksjoner fra en statlig arbeidsgiver.³⁰⁶

Tilbakekall av en offentlig tillatelse begrunnet i at innehaveren ikke lenger fyller vilkårene for å ha den, for eksempel ved sviktende helse, kompetanse, økonomi eller vandel, er ifølge

²⁹⁹ C-268/99 *Jany* premiss 60.

³⁰⁰ C-268/99 *Jany* premiss 61.

³⁰¹ COM(99) 372 s. 9.

³⁰² Sakene C-100/01 *Olazabal* premiss 42 og E-15/12 *Wahl* premiss 105.

³⁰³ COM(2009) 313 s. 11, Hartley (1983) s. 142, EØS-rett (2011) s. 385 og Vevstad (2010) s. 696.

³⁰⁴ Eksemplene er bla. hentet fra straffeloven av 2005 kapittel 5 og 6.

³⁰⁵ NOU 2003:15 kapittel 11.3.

³⁰⁶ Tjenestemannsloven §§14 (1) b) og 15 (1) b).

norsk rett ikke en sanksjon fordi formålet ikke er pønalt.³⁰⁷ Dette er tilfelle selv om tilbakekallet skyldes et lovbrudd.³⁰⁸ Formålet er å hindre en person i å utføre en virksomhet vedkommende ikke lenger er skikket til.³⁰⁹ Denne norske klassifiseringen forhindrer ikke at EU-domstolen vil kunne anse slike tilbakekall som repressive. I alle fall vil slike tilbakekall kunne utgjøre genuine og effektive tiltak.

Når det gjelder uttrykket genuine og effektive tiltak, gir praksis fra EU-domstolen ikke et klart svar på hva som omfattes. En viss veiledning gis imidlertid i *Adoui og Cornuaille*. Som nevnt forbød lokale ordensforskrifter prostituerte å vise seg frem for forbipasserende eller å stå i gatene ved virksomhetens lokaler, og dets vinduer og dører måtte være lukket.³¹⁰ Domstolen anså ikke disse reglene for å utgjøre genuine og effektive tiltak mot nederlandsk prostitusjon. Slike tiltak måtte ha til hensikt «to combat such conduct».³¹¹ Dette vil si at tiltakene må ha et motvirkende, ikke et rent regulerende, formål. En praksis fra politiet om å bortvise personer fra offentlig sted må ha til hensikt å slå ned på den uønskede adferden og å fjerne aktiviteten fra samfunnsbildet.

Sammenstillingen av ordene «repressive measures or other genuine and effective measures» kan tolkes slik at genuine og effektive tiltak må ha noenlunde samme alvorlighetsgrad som de repressive. Det ene alternativet kan påvirke hvordan innholdet i de to andre alternativene skal tolkes. Samtidig er «other genuine and effective measures» et vidt og vagt uttrykk. For det første er det ikke gitt at en medlemsstat har hatt mulighet til å reagere mot egne borgere dersom den uønskede aktiviteten er et nytt fenomen.³¹² For det andre er det ikke sikkert at vertsstaten har iverksatt tiltak mot nøyaktig tilsvarende handlinger, men mot lignende adferd. Hartley anvender eksemplet om EØS-borgeren som

³⁰⁷ NOU 2003:15 kapittel 11.4.3.

³⁰⁸ NOU 2003:15 kapittel 11.4.3.

³⁰⁹ NOU 2003:15 kapittel 11.4.3.

³¹⁰ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 3.

³¹¹ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 8.

³¹² Hartley (1983) s. 142.

ønsker å lage en film i vertslandet om sexlivet til Jesus. Det er kanskje ingen praksis om slike filmer, men det må være tilstrekkelig at vertsstaten slår ned på blasfemi.³¹³

For det tredje bør enkelttiltak kunne sees i sammenheng dersom de hver for seg ikke er tilstrekkelig effektive. Dersom en stat fører en generell forvaltningspraksis hvor det anvendes et bredt spekter av virkemidler i den genuine hensikt å motvirke en aktivitet, og dette viser seg å være effektivt, antar jeg at en slik praksis må omfattes av EU-domstolens kriterium. For eksempel kan et medlemsland ha innført en landsdekkende slagplan for å motvirke prostitusjon uten at virksomheten forbys. Det settes i verk økonomiske tiltak, informasjonskampanjer, undervisning, uropatrukker, praksis om bortvisning fra offentlig sted og fra leiligheter, nedlegging av offentlige hjelpetiltak og forbud mot kjøp av sex. Samlet gir tiltakene uttrykk for at medlemsstaten ønsker å motvirke virksomheten og at den ikke vilkårlig forskjellsbehandler egne og utenlandske EØS-borgere.

Tidligere har jeg nevnt reaksjonen tilbakekall av tildelte rettigheter, noe som innebærer at personer taper noe de har. Noe annet er manglende tildeling av en ytelse fordi personen ikke anses for å oppfylle vilkårene for tildeling. Dersom en vertsstat konsekvent nekter en særskilt gruppe personer offentlige tillatelser og ytelser, kunne dette kanskje utgjøre en genuin og effektiv praksis for å motvirke gruppen. Siden *Van Duyn* gjaldt scientologer, passer det å anvende dem som eksempel. I Norge har Fylkesmannen i Oslo og Akershus nektet å anse scientologi som et «trudomssamfunn» med rett til økonomisk støtte etter lov om trudomssamfunn og ymist artikkel 19. Scientologikirken er i stedet blitt ansett som et livssynssamfunn med en anvendt metodisk filosofi, ikke en selvstendig religiøs tro.³¹⁴ Saken er under klagebehandling i Kulturdepartementet.³¹⁵ Den manglende tildelingen betyr at organisasjonen ikke får tildelt en viktig inntektskilde. Formålet er imidlertid ikke å motvirke scientologers virksomhet, men å opprettholde velbegrunnede lovpålagte vilkår for at et trossamfunn kan oppnå støtte. Scientologikirken tillater for eksempel sine medlemmer å være medlem i andre religioner samtidig, noe som er i strid med lovens § 8. Det må

³¹³ Hartley (1983) s. 142.

³¹⁴ Fylkesmannen (2001).

³¹⁵ Kulturdepartementet (2014) og NOU 2013:1 s. 337.

derfor være klart at norske myndigheters manglende økonomisk støtte ikke kan anses som et genuint og effektivt tiltak for å bekjempe scientologi.

Til slutt kan det hevdes at også det å møte rettsstridig adferd med sivilrettslige sanksjoner, som ileggelse av erstatning eller tvangsmulkt, kan anses som genuine og effektive tiltak for å motvirke en særskilt adferd. McNew oppstiller dette som et alternativ.³¹⁶ En forutsetning må vel være at domstolene ved ileggelsen har til hensikt å verne om «offentlige» interesser og ikke hovedsakelig enkeltindividers interesser i en privat tvist.

Kort oppsummert er de klare utgangspunktene at straff åpenbart dekkes av uttrykket «repressive measures or other genuine and effective measures», mens lokale regulerende ordensforskrifter faller utenfor. Til syvende og sist må grensedragningen bero på en vurdering av om den konkrete forskjellsbehandlingen er vilkårlig. Dersom en vertsstat for eksempel ikke motvirker nasjonal prostitusjon, kan den ikke nekte utenlandske prostituerte innreise eller opphold fordi «there is no ground for saying that foreign prostitutes are, as such, more objectionable than local ones.»³¹⁷ At statene må føre en slik konsekvent politikk er også et element i EØS-rettens forholdsmessighetsprinsipp – vilkåret om såkalt konsistens. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 3.5.3.

3.4.2 Territoriale oppholdsforbud

Også i saker om oppholdsnektelser som bare gjelder bestemte deler av vertslandet, skal det skje en viss likebehandling av vertsstatens egne statsborgere og utenlandske EØS-borgere. Situasjonen adskiller seg fra utsendelse og innreisenekt fordi EØS-borgeren ikke blir tvunget til å forlate et medlemsland. Det er imidlertid klart at også bevegelighet innenfor et medlemslands territorium omfattes av oppholdsretten for personer, og at slike territoriale inngrep må oppfylle vilkårene i unionsborgerdirektivets artikkel 27 flg..³¹⁸

³¹⁶ McNew (1983) s. 247.

³¹⁷ Hartley (1983) s. 142.

³¹⁸ Dette var noe uklart etter saken 36/75 *Rutili* premiss 46-48, men ble stadfestet i saken C-100/01 *Olazabal* premiss 38.

Kanskje gjelder dette for den norske straffereaksjonen kontaktforbud med forbud mot «å oppholde seg i bestemte områder», jf. straffelovens § 33 (2) a). EU-domstolen har ikke stilt noe krav til et inngreps størrelse for at det skal anses som en restriksjon i den frie bevegelse. Straffelovens besøksforbud er som oftest begrunnet i en særskilt relasjon mellom gjerningsmann og offer (typisk familievoldssaker).³¹⁹ I slike tilfelle utgjør gjerningsmannen ofte bare en trussel mot én person. Likevel kan det ikke være tvil om at et slikt besøksforbud ikke bare tar sikte på å beskytte private interesser, men også offentlige hensyn, som orden og sikkerhet. Gjerningsmannen har krenket grunnleggende samfunnsmessige verdier som vertsstaten beskytter gjennom sin straffelovgivning.

Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad en vertsstat ved territoriale oppholdsforbud mot utenlandske EØS-borgere må treffe de samme tiltakene mot sine egne statsborgere. Dette spørsmålet har vært oppe for EU-domstolen i to saker og er regulert i unionsborgerdirektivets artikkel 22. Jeg finner det hensiktsmessig å forklare rettsutviklingen kronologisk.

Saken *Rutili* fra 1975 gjaldt som nevnt i kapittel 3.3.2 et italiensk fagforeningsmedlem og demonstrant som ble nektet opphold i fire bestemte områder i Frankrike. Etter fransk rett kunne territoriale oppholdsforbud bare iverksettes mot franske statsborgere i spesielle tilfelle: ved særskilte forbrytelser og ved kunngjort nasjonal krisetilstand.³²⁰ EU-domstolen tok utgangspunkt i forbudet mot forskjellsbehandling i daværende artikkel 7 (i dag TEUV artikkel 18) og fant at inngrepet var i strid med denne bestemmelsen.³²¹ Territoriale oppholdsforbud kunne bare iverksettes mot utenlandske EØS-borgere dersom slike tiltak ble truffet mot vertsstatens egne statsborgere.³²²

Det kan synes som om EU-domstolen endret sitt standpunkt i 2002 i den allerede omtalte saken *Olazabal*. En spansk statsborger og medlem av ETA ble dømt til 18 måneders fengsel av franske domstoler for trusler og terrorvirksomhet. Han ble nektet opphold i 31

³¹⁹ Andenæs (2004) s. 437.

³²⁰ Sak 36/75 *Rutili* premiss 41.

³²¹ Sak 36/75 *Rutili* premiss 49.

³²² Sak 36/75 *Rutili* premiss 50.

franske regioner. Hensikten var å holde ham unna den spanske grensen og dermed hindre hans kontakt med ETA. EU-domstolen mente at det ikke kunne være avgjørende om en vertsstat iverksatte identiske tiltak mot sine egne statsborgere ved samme uønskede adferd for at territoriale oppholdsforbud mot utlendinger var i samsvar med Romatraktatens artikkel 48 (3) (i dag TEUV artikkel 45 (3), se kapittel 1.4).³²³ Avgjørende måtte være at det ble iverksatt repressive eller andre genuine og effektive tiltak, jf. *Adoui og Cornuaille*.³²⁴ Forutsetningen var at vertsstaten hadde adgang til å nekte den utenlandske EØS-borgeren opphold i *hele* statens territorium, og slikt sett anvendte et mindre inngripende tiltak mot den berørte.³²⁵ Franske myndigheter hadde valgt et mindre inngripende tiltak mot en terrorist som i utgangspunktet kunne utsendes fra landet.³²⁶ Her anvender altså EU-domstolen et «fra det mer til det mindre»-resonnement.

Unionsborgerdirektivets artikkel 22 ble deretter innført i 2004 og bestemmer at det kan innføres geografiske oppholdsbegrensninger

«bare dersom de samme begrensningene også gjelder for medlemsstatens egne borgere.»

Denne ordlyden gjenspeiler EU-domstolens standpunkt i *Rutili*.³²⁷ Det vil si at en vertsstat som iverksetter territoriale inngrep mot utenlandske EØS-borgere må ha hjemmel til og praksis for å gjøre det samme mot nasjonale statsborgere ved den samme uønskede adferd. Andre lignende genuine og effektive tiltak aksepteres ikke i slike situasjoner.

Rettskildesituasjonen er dermed at EU-domstolen i *Olazabal* foretok en tolkning av traktaten, mens det senere ble innført en bestemmelse i unionsborgerdirektivet som kan synes å tilsi en annen regel. Dette reiser det prinsipielle spørsmålet om forholdet mellom traktat og direktiv.³²⁸ Traktaten har høyere rang, og dens rettigheter kan ikke innskrenkes

³²³ Sak C-100/01 *Olazabal* premiss 41

³²⁴ Sak C-100/01 *Olazabal* premiss 42.

³²⁵ Sak C-100/01 *Olazabal* premiss 45.

³²⁶ Sak C-100/01 *Olazabal* premiss 36.

³²⁷ Barnard (2013) s. 506.

³²⁸ Barnard (2013) s. 507.

av en sekundærkilde.³²⁹ *Olazabal*-saken og direktivets artikkel 22 tar prinsipielt forskjellige utgangspunkter. Direktivet løser spørsmålet ut ifra likebehandlingsprinsippet i TEUV artikkel 18, mens EU-domstolens fremgangsmåte i *Olazabal* synes å være mer preget av forholdsmessighetsprinsippetets nødvendighetskriterium (dvs. at forvaltningen skal velge et mindre inngripende tiltak dersom dette like effektivt kan oppnå formålet, se kapittel 3.5.4).³³⁰ Spørsmålet er hvilken fremgangsmåte som skal følges.

Formålet til artikkel 22 er klart å styrke EØS-borgeres rett til fri bevegelighet, noe EU-lovgiver kan gjøre ved hjelp av et direktiv uten å krenke traktaten. Samtidig skal EU-lovgivers rettsakter tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet, jf. kapittel 3.5.1.³³¹ På den ene siden er det lite hensiktsmessig at en vertsstat som har rett til å utsende en person, ikke kan velge et mindre inngripende territorielt tiltak, selv om det ikke nødvendigvis reageres på nøyaktig samme måte mot nasjonale statsborgere. I tillegg kan en underlig situasjon oppstå dersom det er et likebehandlingsvilkår ved territoriale oppholdsforbud, mens det ved utsendelser er et mindre strengt krav om andre genuine og effektive tiltak. Det skal da mer til for å pålegge en utenlandsk EØS-borger et territorielt oppholdsforbud enn det skal til for å utsende vedkommende. I norsk rett er dette ikke en praktisk problemstilling fordi besøksforbud ikke er en utlendingsrettslig reaksjon, men en straffesanksjon etter straffelovens § 33 (2) a) som gjelder likt for utlendinger og nordmenn. Kanskje vil direktivets artikkel 22 ha større betydning i føderalstater som Tyskland, som kan ha valget mellom utsendelse fra territoriet og utsendelse fra en delstat.

På den annen side er det rimelig at artikkel 22 innskrenker medlemsstatenes adgang til å ilegge territoriale oppholdsforbud mot utenlandske EØS-borgere. Behovet for regelen om repressive eller andre genuine og effektive tiltak har vært at folkeretten forbyr stater å nekte sine egne statsborgere innreise eller opphold. Derfor har man ikke kunnet stille krav til likebehandling. Når en vertsstat iverksetter territoriale oppholdsforbud mot utenlandske EØS-borgere, slår ikke det samme behovet inn fordi vertsstaten jo nettopp *har* adgang til å

³²⁹ Craig (2011) s. 108-109.

³³⁰ Barnard (2013) s. 507.

³³¹ Lilli (1999) s. 520 og Craig (2011) s. 168.

treffe samme tiltak mot nasjonale statsborgere. Derfor er det ingen grunn til, og det strider mot hensynet til forutberegnelighet, at utenlandske EØS-borgere og vertsstatens statsborgere ikke skal behandles likt. Etter innføringen av artikkel 22 har vertsstaten valget mellom utsendelse, territoriale oppholdsforbud som gjelder generelt, eller intet inngrep i det hele tatt.

Konklusjonen må etter mitt syn være at EØS-statene ikke kan begrense utenlandske EØS-borgeres bevegelsesfrihet innenfor deres territorier med mindre de har hjemmel til og praksis om å anvende den samme reaksjonen mot nasjonale statsborgere ved samme uønskede adferd. Slik sett kan man kanskje si at handlefriheten er mindre ved territoriale inngrep enn ved utsendelser og innreisenektelser.³³²

3.5 Forholdsmessighetsprinsippet

3.5.1 Innledning

Inngrep i EØS-borgeres rett til innreise og opphold skal ifølge unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2) første setning være «i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet». Dette generelle EØS-rettslige prinsippet innebærer at restriksjoner i de rettigheter EØS-retten gir, skal være proporsjonale i forhold til de formål medlemsstaten søker å oppnå, i dette tilfelle hensynet til beskyttelsen av den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Det skal foreligge en rimelig balanse mellom mål og middel, og mellom individets og medlemsstatens interesser.³³³

Prinsippet innebærer at det stilles krav til flere forhold: vertsstatens beskyttelsesnivå; innreise- eller oppholdsnektelsens egnethet og nødvendighet; og inngrepets forholdsmessighet i streng forstand.³³⁴ Disse begrepene drøftes nedenfor. I utgangspunktet skal alle forholdene tilfredsstillende kravene, men ofte unnlater EU-domstolen å drøfte alle

³³² Vevstad synes å ha en noe annen angrepsvinkel enn den jeg her har brukt, se Vevstad (2010) s. 634-635.

³³³ COM(99) 372 s. 8.

³³⁴ EØS-rett (2011) s. 295.

forholdene ved vurderingen av om et inngrep er forholdsmessig.³³⁵ Denne varierende stilen adskiller seg fra metoden til EMD, som nesten unntaksfritt stiller spørsmål om et inngrep har hjemmel i lov, forfølger et legitimt formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn. Samtidig kan det synes som om EU-domstolen i nyere avgjørelser om temaet for denne avhandlingen oftere foretar en systematisk vurdering av de forskjellige forholdene.³³⁶

Forholdsmessighetsprinsippet anvendes ved prøving av nasjonal lovgivning og forvaltningsavgjørelser.³³⁷ I samsvar med subsidiaritetsprinsippet må også EU-lovgivers egne rettsakter være proporsjonale – «the EU should not regulate ‘unnecessarily’».³³⁸ Unionsborgerdirektivets bestemmelser må således tolkes i lys av forholdsmessighetsprinsippet, som for eksempel artikkel 22 om territoriale oppholdsforbud, jf. diskusjonen i kapittel 3.4.2.

3.5.2 Beskyttelsesnivå og prøvingsintensitet

Statene har i utgangspunktet frihet til å fastsette deres beskyttelsesnivå ved ivaretagelsen av den offentlige orden, sikkerhet eller helse.³³⁹ Som nevnt i kapittel 3.2.1 kan innholdet i begrepet offentlig orden «vary from one country to another and from one period to another».³⁴⁰ EU-domstolens prøvingsintensitet vil derfor variere avhengig av hvilken medlemsstat det er tale om.³⁴¹

Prøvingsintensiteten varierer også avhengig av hvilken interesse medlemsstaten søker å verne om.³⁴² Enkelte forfattere har fremhevet at statenes skjønnsmargin er større når det

³³⁵ Lilli (1999) s. 520 og Mathisen (2007) s. 90.

³³⁶ Se sak C-100/01 *Olazabal* premiss 43, forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 99, sak C-33/07 *Jipa* premiss 29, sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 49 og 53. Se også EFTA-domstolens sak E-15/12 *Wahl* premiss 87.

³³⁷ Lilli (1999) s. 521 og Fenger (2004) s. 628.

³³⁸ Craig (2011) s. 168 og TEU artikkel 5 (4).

³³⁹ EØS-rett (2011) s. 339.

³⁴⁰ Sak 41/74 *Van Duyn* premiss 18.

³⁴¹ Craig (2011) s. 532.

³⁴² Craig (2011) s. 532.

gjelder «sensitive interesser» som offentlig orden, sikkerhet og helse, enn andre legitime hensyn, som for eksempel forbrukervern.³⁴³ Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det stemmer at EU-domstolen er tilbakeholden med å prøve statenes skjønnsmargin i saker om innreise- og oppholdsnektelser. Kravet til en «virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse» i artikkel 27 (2) kan innebære at statene har en mer begrenset frihet til å fastsette sitt beskyttelsesnivå enn ellers i EØS-retten.³⁴⁴ Vilkåret gir anvisning på en streng forholdsmessighetsvurdering.³⁴⁵

Videre har EU-domstolens prøvingsintensitet blitt mer intens med tiden.³⁴⁶ Domstolens aksept av at scientologer ble nektet innreise i *Van Duyn* kan sammenlignes med nyere saker, som *Jany* og *Calfa*, hvor Domstolen kritiserer at medlemsland utsender prostituerte og personer som har brukt narkotika.³⁴⁷

3.5.3 Egnethet og konsistens

Innreise- eller oppholdsnektelsen må være egnet til å oppnå formålet om å beskytte den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Det vil si at målsettingen må kunne nås med det anvendte virkemidlet, gitt at de øvrige faktiske og rettslige omstendighetene gjør seg gjeldende.³⁴⁸ Det valgte virkemidlet trenger ikke være mer effektivt enn andre.³⁴⁹ I praksis er det tilstrekkelig at det ikke er klart *uegnet*.³⁵⁰ Innreise- eller oppholdsnekt trenger altså ikke være det mest optimale virkemidlet for å motvirke kriminalitet, prostitusjon, opptøyer eller MC-virksomhet på vertsstatens territorium (se kapittel 4 om typetilfellene).

Som nevnt er det et vilkår at vertsstaten treffer repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot egne borgere ved tilsvarende adferd. Dette forbudet mot vilkårlig

³⁴³ EØS-rett (2011) s. 339.

³⁴⁴ Vevstad (2010) s. 699.

³⁴⁵ Vevstad (2010) s. 699.

³⁴⁶ Craig (2011) s. 532.

³⁴⁷ Sakene 41/74 *Van Duyn*, C-268/99 *Jany* og C-348/96 *Calfa*.

³⁴⁸ Fredriksen (2012) s. 78.

³⁴⁹ Fredriksen (2012) s. 78.

³⁵⁰ Fenger (2004) s. 632.

forskjellsbehandling har også en side til forholdsmessighetsprinsippet, nærmere bestemt kravet til såkalt *konsistens*.³⁵¹ Det vil si at inngrepet må stå i sammenheng med den øvrige politikken, lovgivningen og praksis som vertsstaten fører – beskyttelsesnivået må være konsekvent gjennomført.³⁵² Innreiseforbud mot utenlandske MC-klubbmedlemmer er ikke egnet til å oppnå formålet om reduksjon av narkotikakriminalitet i vertslandet dersom myndighetene ikke også på andre måter motvirker nasjonal MC-klubbkriminalitet.

3.5.4 Nødvendighet

Videre må innreise- eller oppholdsnektelsen være *nødvendig*. Det vil si at hensynet til den offentlige orden, sikkerhet eller helse ikke like effektivt kan oppnås ved mindre inngripende virkemidler.³⁵³ Om en innreise- eller oppholdsnekt er unødvendig inngripende, beror for det første på hva utlendingsmyndighetene ønsker å oppnå – vertsstatens beskyttelsesnivå er avgjørende.³⁵⁴ Stater med et høyt beskyttelsesnivå mot MC-klubbkriminalitet, må i større grad kunne nekte klubbmedlemmer innreise enn stater som ikke opplever slik aktivitet som et samfunnsproblem. Medlemsstatene har bevisbyrden for at inngrepet i innreise- eller oppholdsretten er nødvendig.³⁵⁵

For det andre har det betydning hvor stor trussel EØS-borgeren utgjør mot de nasjonale interessene. Ett element i nødvendighetstesten er spørsmålet om det foreligger en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse etter unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2).³⁵⁶ Jo hardere en regel eller et vedtak rammer individers interesse i fri bevegelse, jo viktigere er det at forvaltningen forsikrer seg om

³⁵¹ EØS-rett (2011) s. 340.

³⁵² EØS-rett (2011) s. 340, Fredriksen (2012) s. 79 og Bull (2002) s. 603. Om konsistens er et generelt EØS-rettslig vilkår, er omdiskutert, jf. EØS-rett (2011) s. 296. På området for denne avhandlingen er det imidlertid meget relevant.

³⁵³ EØS-rett (2011) s. 340, Fredriksen (2012) s. 80 og blant mange saker; C-145/09 *Tsakouridis* premiss 49.

³⁵⁴ Fenger (2004) s. 637-638, EØS-rett (2011) s. 340-341 og Fredriksen (2012) s. 80.

³⁵⁵ EØS-rett (2011) s. 340.

³⁵⁶ Vevstad (2010) s. 698 og Brinch Jørgensen (1996) s. 99.

at personen utgjør en slik trussel.³⁵⁷ Innreise- og oppholdsnektelser er meget inngripende virkemidler. De utgjør en innskrenkning av den fundamentale traktatfestede retten til fri bevegelse og av menneskerettigheten respekt for privatliv og familieliv, jf. EU-paktens artikkel 7 og EMK artikkel 8. Virkemidlene rammer hardest personene med langvarige opphold. Dette illustreres av at de legitime hensynene skal være «tungtveiende» og av at utsendelsesvedtak skal være «tvingende nødvendig» der det er tale om å utsende en person med fast eller tiårig opphold i vertsstaten, jf. direktivets artikkel 28 (2) og (3) a).

Det alternative tiltaket skal være realistisk tilgjengelig, like godt egnet for å oppnå vertsstatens målsetting og ikke unødig spesielt eller komplisert.³⁵⁸ Et praktisk eksempel er å forkorte varigheten av et ilagt innreiseforbud. I Borgarting lagmannsretts dom om den polske statsborgeren som ble utvist etter å ha begått torpedovirksomhet (kapittel 3.3.4.3), hadde Utlendingsnemnda eksempelvis omgjort UDIs vedtak fra et varig til et femårig innreiseforbud.³⁵⁹

En restriksjon er heller ikke nødvendig dersom målsettingen allerede er blitt tilstrekkelig ivare tatt med andre tiltak.³⁶⁰ Dersom en lovbrøyer har sonet sin straff og individualpreventive formål er oppnådd, som vil si at personen ikke lenger utgjør en «umiddelbar» trussel, skal utsendelse ikke fungere som en dobbelstraff (se kapittel 3.3.4.1).

3.5.5 Forholdsmessighet i streng forstand – en interesseavveining

3.5.5.1 Innledning

Selv om et tiltak både er egnet og nødvendig, kan det også bli spørsmål om tiltaket er forholdsmessig i «streng forstand».³⁶¹ Det foretas en generell interesseavveining mellom

³⁵⁷ Fenger (2004) s. 641.

³⁵⁸ Fredriksen (2012) s. 80-81.

³⁵⁹ LB-2013-116383.

³⁶⁰ Fredriksen (2012) s. 82.

³⁶¹ EØS-rett (2011) s. 295.

størrelsen på inngrepet i den frie bevegelse og EØS-statens ønske om å oppnå en målsetting.³⁶² Et uttrykk for en slik avveining finnes i *Orfanopoulos og Oliveri*:

«It is for the competent national authority to take into account, in its assessment of where lies the fair balance between the legitimate interests in issue, the particular legal position of persons subject to Community law and of the fundamental nature of the principle of the free movement of persons.»³⁶³

Fordi dette kan åpne for politiske vurderinger som normalt er forbeholdt lovgiver og forvaltningen, og fordi situasjonen er den at det ikke finnes et like effektivt mindre inngripende tiltak, skal det i utgangspunktet mye til før EU-domstolen konkluderer med at et virkemiddel er uforholdsmessig i streng forstand.³⁶⁴ Vevstad har imidlertid uttalt at «spørsmålet om utvisning kan langt på vei ses som et unntak fra dette».³⁶⁵ I saker om oppholdsnektelser synes denne delen av forholdsmessighetsprinsippet å være et sentralt vurderingskriterium.³⁶⁶

Dette illustreres av unionsborgerdirektivets artikkel 28 (1). Bestemmelsen gir en veiledning for avveiningen mellom hensynet til individets rett til opphold og medlemsstatens ønske om å beskytte den offentlige orden eller sikkerhet.³⁶⁷ Dersom en vertsstat finner at en EØS-borger utgjør en tilstrekkelig alvorlig trussel etter artikkel 27 (2) og ønsker å utsende vedkommende, bestemmer artikkel 28 (1) at vertsstaten skal foreta en ekstra vurdering av blant annet

³⁶² EØS-rett (2011) s. 295 og Fredriksen (2012) s. 84.

³⁶³ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 96. Se også sak C-441/02 *Kommisjonen mot Tyskland* premiss 107.

³⁶⁴ Fredriksen (2012) s. 84, Fenger (2004) s. 646-647 og EØS-rett (2011) s. 295.

³⁶⁵ Vevstad (2010) s. 698.

³⁶⁶ Se for eksempel unionsborgerdirektivets fortale avsnitt 23, forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 96-99 og sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 50-53.

³⁶⁷ Vevstad (2010) s. 698-699.

«varigheten av den berørte persons opphold på vertsstatens territorium, vedkommendes alder, helsetilstand, familiesituasjon og økonomiske situasjon samt sosiale og kulturelle integrering i vertsstaten og tilknytning til hjemstaten.»³⁶⁸

En lignende bestemmelse fantes ikke i 1964-direktivet. Det er tale om en interesseavveining mellom trusselen personen utgjør etter artikkel 27 (2) og forhold som taler imot utsendelse etter artikkel 28 (1). Disse to størrelsene kan imidlertid også overlape. Dersom den berørte er blitt syk eller nylig har en forbedret familiesituasjon, taler dette imot utsendelse etter artikkel 28 (1), men kan også tilsi at det ikke foreligger gjentagelsesfare eller en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel etter artikkel 27 (2).³⁶⁹

En utsendelse utgjør som nevnt en innskrenkning av retten til respekt for privatliv og familieliv etter EU-paktens artikkel 7 og EMK artikkel 8. Det EØS-rettslige spørsmålet om en utsendelse er forholdsmessig i streng forstand er nært tilknyttet det EMK-rettslige spørsmålet om utsendelse er nødvendig i et demokratisk samfunn. Kriteriene i unionsborgerdirektivets artikkel 28 (1) tilsvarer mer eller mindre de momenter EMD vurderer i utsendelsessaker om EMK artikkel 8.³⁷⁰ Særlig interessante er sakene *Boultif mot Sveits* fra 2001, *Üner mot Nederland* fra 2006 og *Maslov mot Østerrike* fra 2008. EU-domstolen henviser aktivt til denne praksis.³⁷¹ Denne tilslutningen er et eksempel på at det er liten risiko for ulik praksis hos EMD og EU-domstolen, jf. diskusjonen i kapittel 2.2.

I det følgende drøftes de ulike momentene medlemsstatene ifølge artikkel 28 (1) skal vektlegge i en utsendelsessak. Disse er ikke uttømmende, jf. «blant annet». Andre forhold

³⁶⁸ Direktiv 2004/38 EF artikkel 28 (1).

³⁶⁹ Se for eksempel Høyesteretts uttalelse i Rt-2009-705 premiss 49: «Forhold til ektefelle og barn samt behov for medisinsk bistand vil nok normalt primært være av betydning ved forholdsmessighetsvurderingen etter fjerde ledd, men kan også være relevant ved vurderingen av risikobildet.»

³⁷⁰ Guild (2014) s. 247 og 267. Se *Boultif mot Sveits* avsnitt 48, *Üner mot Nederland* avsnitt 57-58 og *Maslov mot Østerrike* avsnitt 68-69.

³⁷¹ Se forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 99 og sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 52-53. Denne henvisningspraksisen har også Høyesterett fremhevet i Rt-2009-705 premiss 55.

som har betydning er for eksempel tiden som er gått siden de samfunnstruende handlingene.³⁷² Dette påvirker ikke bare vurderingen av om vedtaket er forholdsmessig, men også som vi har sett vurderingen av om vilkårene for utsendelse i det hele tatt er oppfylt, jf. kapittel 3.3.3 om kravet til en eksisterende trussel. I tillegg påvirker tidsforløpet i hvilken grad en straffedom kan tillegges betydning, jf. kapittel 3.3.4.2.

3.5.5.2 Alder, helsetilstand og økonomisk situasjon

Etter artikkel 28 (1) skal EØS-borgerens alder tas i betraktning. Mindreårige har allerede et særskilt vern mot utsendelse i artikkel 28 (3) b). Bestemmelsens første ledd vil vel derfor ha størst betydning for unge personer som ikke er mindreårige, og eldre.³⁷³

At helsetilstand kan ha betydning illustreres av den allerede omtalte avgjørelsen *Orfanopoulos og Oliveri*. Raffaele Oliveri var en italiensk statsborger som var født i Tyskland og hadde bodd der siden fødselen. Etter å ha begått narkotikarelaterte forbrytelser, ble han som 23-årig rusmisbruker med HIV og kronisk hepatitt C utsendt fra landet. Han var døende, og det var risiko for at han ikke ville oppnå nødvendig medisinsk behandling i Italia.³⁷⁴ Som nevnt i kapittel 3.3.1, fant EU-domstolen at mangelen på mulighet i lovgivningen til å foreta individuelle vurderinger var i strid med 1964-direktivets artikkel 3.³⁷⁵ Domstolen omtalte ikke Oliveris sykdom eller alder uttrykkelig, men avgjørelsen må tolkes slik at Domstolen ikke aksepterte utsendelsen.

Artikkel 28 (1) pålegger også medlemsstatene å vurdere personens økonomiske situasjon. Jeg har ikke funnet avgjørelser fra EU-domstolen som belyser dette spørsmålet. Det er heller ikke uttrykkelig opplistet blant de forhold som vektlegges av EMD ved vurderingen av om EMK artikkel 8 er krenket. Jeg antar at hensynet til den utsendtes økonomiske situasjon har mindre vekt enn de andre subjektive momentene, i alle fall slik at det ikke

³⁷² Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 79 og *Üner mot Nederland* avsnitt 57.

³⁷³ Guild (2014) s. 265.

³⁷⁴ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 38.

³⁷⁵ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 70.

kreves mer enn at vertsstaten forsikrer seg om at personen har et minimum av ressurser. Og dersom en person har betydelige ressurser, kan dette kanskje gjøre at utsendelse fremstår som mindre problematisk.

3.5.5.3 Hensynet til familien

Personens familiesituasjon må naturligvis også tas i betraktning i en vurdering av et utsendelsesvedtaks forholdsmessighet. *Orfanopoulos og Oliveri* gjaldt også Georgios Orfanopoulos, en gresk statsborger som kom til Tyskland som 13-åring. Han giftet seg med en tysk statsborger som han fikk tre barn med. Som 42-årig rusmisbruker begikk han narkotikarelaterte forbrytelser og ble utsendt fra landet. Tysk domstol stilte EU-domstolen spørsmål om hvilken betydning det hadde at det ikke kunne forventes at den berørtes familie skulle flytte med ham til Hellas. EU-domstolen viste til kriteriene oppstilt i EMDs prinsipielle dom *Boultif mot Sveits* fra 2001.³⁷⁶ Denne gjaldt en algerisk statsborger som på grunn av straffbare forhold ble nektet fornyet oppholdstillatelse i Sveits etter et seksårig opphold. Hans sveitsiske kone

«complained of being expected to follow her husband to Algeria. While admitting that she spoke French, she claimed that she would have no work in Algeria and no money. She found it most shocking that a married couple was being separated.»³⁷⁷

EMD fant at utsendelsen krenket EMK artikkel 8. Mannen utgjorde ingen stor trussel mot den offentlige orden, han hadde vist forbedret adferd etter overtredelsene og hans kone kunne ikke forventes å bo i Algerie.³⁷⁸ Det skulle blant annet legges vekt på ekteskapets varighet, om ekteskapet er genuint og om ektefellen har hatt kunnskap om de straffbare overtredelsene siden begynnelsen av samlivet.³⁷⁹ Det har også betydning om ektefellene har barn og deres alder.³⁸⁰ Eventuelle vanskeligheter i hjemlandet skal vektlegges,

³⁷⁶ Forente saker C-482/01 og C-493/01 *Orfanopoulos og Oliveri* premiss 99.

³⁷⁷ *Boultif mot Sveits* avsnitt 16.

³⁷⁸ *Boultif mot Sveits* avsnitt 51, 53 og 55.

³⁷⁹ *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

³⁸⁰ *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

«although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion.»³⁸¹ Disse såkalte «Boultif-kriteriene» er gjentatt i senere rettspraksis fra EMD.³⁸²

3.5.5.4 Oppholdets varighet

Artikkel 28 (1) pålegger også medlemsstatene å vurdere varigheten av personens opphold i vertsstaten. Direktivets fortale fremhever at jo sterkere en EØS-borger «er integrert i vertsstaten, desto sterkere bør vernet mot [utsendelse] være.»³⁸³ Det skal mer til for å utsende en EØS-borger som har oppholdt seg i vertslandet i sin barndom eller som er født der, enn en som har kommet til landet i voksen alder.³⁸⁴ Varigheten av oppholdet er også et sentralt moment etter fast EMD-praksis, og Europarådet har oppfordret sine medlemsstater om ikke å utsende utlendinger som er født eller oppvokst i vertsstaten.³⁸⁵ Å utsende en turist er noe prinsipielt annet enn å utsende en person som er født i vertsstaten.³⁸⁶

At oppholdets varighet er et viktig og ofte avgjørende argument imot utsendelse, fremgår av den systematiske oppbygningen til artikkel 28. Som nevnt i kapittel 3.2.1 og 3.2.3, gir bestemmelsens annet og tredje ledd et sterkere vern mot utsendelse av EØS-borgere som har oppholdt seg i vertsstaten i lengre perioder. EØS-borgere med rett til fast opphold (se kapittel 1.3) kan ifølge artikkel 28 (2) ikke utsendes med mindre hensynet til den offentlige orden eller sikkerhet er «tungtveiende». Og dersom personen har oppholdt seg i vertsstaten de ti foregående årene, må utsendelse ifølge artikkel 28 (3) a) være «tvingende nødvendig» av hensyn til den offentlige sikkerhet. De subjektive kriteriene i bestemmelsens første ledd gjelder generelt, hvilket vil si at «varigheten» av oppholdet etter artikkel 28 (1) må vurderes også ved utsendelse av disse særskilt integrerte personene.³⁸⁷ En person med et

³⁸¹ *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

³⁸² Se bla. *Üner mot Nederland* avsnitt 57 og 58 og *Maslov mot Østerrike* avsnitt 68.

³⁸³ Direktiv 2004/38/EF fortale avsnitt 24.

³⁸⁴ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 53.

³⁸⁵ Rec(2000)15 punkt 4 c), jf. *Maslov mot Østerrike* avsnitt 73.

³⁸⁶ COM(99) 372 s. 19 og COM(2009) 313 s. 13.

³⁸⁷ Sak C-348/09 *P.I.* premiss 32 og Guild (2014) s. 265.

30-årig opphold vil for eksempel ha en sterkere beskyttelse mot utsendelse enn en person med et tiårig opphold.³⁸⁸

Artikkel 28 (1) gir ingen anvisning på hvordan «varigheten» av oppholdet skal *beregnes*. Slik veiledning finnes imidlertid for fem- og tiårsperiodene i artikkel 28 (2) og (3) a). I det følgende forklares hvordan disse periodene beregnes.

Fem- og tiårsoppholdene skal være «sammenhengende».³⁸⁹ Spørsmålet er om oppholdet i vesentlig grad er avbrutt slik at personen ikke lenger kan forvente det særskilte vernet mot utsendelse som artikkel 28 (2) og (3) a) gir. Artikkel 21 bestemmer at slik sammenheng godtgjøres med «ethvert bevis som brukes i medlemsstaten» og at sammenhengen blir avbrutt av «alle behørig gjennomførte vedtak om [utsendelse]». Om femårsperioden i artikkel 28 (2) bestemmer artikkel 16 (3) at den ikke avbrytes av

«midlertidige fravær som ikke overstiger til sammen seks måneder per år, eller av fravær av lengre varighet på grunn av obligatorisk militærtjeneste, eller av ett fravær på høyst tolv sammenhengende måneder av viktige årsaker som graviditet og fødsel, alvorlig sykdom, studier eller yrkesrettet opplæring, eller utsending til en annen medlemsstat eller tredjestat.»³⁹⁰

Dette har vesentlige likhetstrekk med EU-domstolens praksis om fastleggelse av om et tiårig opphold er oppnådd etter artikkel 28 (3) a). Oppholdet skal i utgangspunktet være uavbrutt, men eventuelle fravær kan aksepteres.³⁹¹ Disse må vurderes konkret. Det skal blant annet tas hensyn til varigheten av de enkelte fravær, den samlede varigheten og hyppigheten av fraværene.³⁹² Også fraværets art må vektlegges, det vil si om unionsborgerens personlige interesser og familie- eller arbeidsinteresser er forflyttet til en annen medlemsstat.³⁹³ Saken C-400/12 *M.G.* gjaldt en kvinnelig portugisisk statsborger

³⁸⁸ Guild (2014) s. 265.

³⁸⁹ Direktiv 2004/38 EF artikkel 16 (1) og sak C-400/12 *M.G.* premiss 27.

³⁹⁰ Direktiv 2004/38 EF artikkel 16 (3).

³⁹¹ Sak C-400/12 *M.G.* premiss 27.

³⁹² Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 33.

³⁹³ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 33.

som hadde bodd i Storbritannia i over ti år før hun fikk en fengselsstraff på 21 måneder og deretter ble vedtatt utsendt. EU-domstolen fant at kvinnen falt utenfor artikkel 28 (3) a). Oppholdsperioden måtte regnes ved å telle bakover fra tidspunktet for utsendelsesvedtaket, ikke fra begynnelsen av personens opphold i vertsstaten, og perioder med fengselsopphold kunne ikke medregnes.³⁹⁴ Fengselsoppholdet beviste at portugiseren ikke respekterte de verdier som kom til uttrykk i vertsstatens lovgivning.³⁹⁵ Vertsstaten kunne imidlertid i en helhetsvurdering velge å ta hensyn til en slik fengselsperiode og å vektlegge at personen hadde lovlig opphold i mange år før vedkommende begikk de straffbare handlingene.³⁹⁶

Endelig nevnes to forskjeller mellom fem- og tiårsoppholdene i artikkel 28 (2) og 28 (3) a). For det første skal det mer til for å tape vernet mot utsendelse i artikkel 28 (2) enn i artikkel 28 (3) a).³⁹⁷ Når et femårig opphold etter artikkel 28 (2) først er oppnådd, går dette bare tapt «ved et fravær fra vertsstaten som overstiger to sammenhengende år», jf. artikkel 16 (4). Sistnevnte bestemmelse kan ikke anvendes analogisk på artikkel 28 (3) a).³⁹⁸ Det vil si at en EØS-borger kan avbryte et tiårig opphold med et midlertidig fravær fra vertsstaten og falle utenfor vernet mot utsendelse i artikkel 28 (3) a), men samtidig opprettholde sin faste oppholdsrett og omfattes av vernet i artikkel 28 (2).

For det andre må et opphold være «lovlig» dersom det skal kunne gi grunnlag for fast opphold etter artikkel 16 (1) og omfattes av vernet mot utsendelse i artikkel 28 (2). Dette er ikke et vilkår for å omfattes av artikkel 28 (3) a). Det vil si at personer som har oppholdt seg ulovlig i vertsstaten i over ti år, kan likevel oppnå en særskilt beskyttelse mot utsendelse etter denne bestemmelsen, men uten at de har krav på fast opphold og de privilegiene dette gir.³⁹⁹

³⁹⁴ Sak C-400/12 *M.G.* premiss 24 og 32.

³⁹⁵ Sak C-400/12 *M.G.* premiss 31.

³⁹⁶ Sak C-400/12 *M.G.* premiss 36.

³⁹⁷ Guild (2014) s. 272.

³⁹⁸ Sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 30 og 38, jf. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-145/09 *Tsakouridis* premiss 109 og 124.

³⁹⁹ Guild (2014) s. 273.

3.5.5.5 Graden av integrasjon

I nær sammenheng med varigheten av oppholdet, bestemmer artikkel 28 (1) at også personens «sosiale og kulturelle integrering i vertsstaten» skal vektlegges ved vurderingen av om en utsendelse er forholdsmessig. Dersom personen arbeider i vertsstaten, vil dette eksempelvis styrke integreringen.⁴⁰⁰ Det skal med andre ord foretas en kvalitativ vurdering av oppholdet. Dette illustreres av at forhold som fengselsopphold som hovedregel ikke medregnes, jf. ovenfor. Etter EMDs praksis har det betydning om en person har bodd i vertslandet i den viktigste delen av sitt livsløp («the formative years») og om vedkommende har gått på skole og kan språket i vertslandet eller i hjemlandet.⁴⁰¹ Også EU-kommisjonen har uttalt at det skal sees hen til personens «strength of ties (*relatives, visits, language skills*) – or lack of ties – with the Member State of origin and with the host Member State ...».⁴⁰² At personens tilknytning til sin *hjemstat* også må tas i betraktning, følger av artikkel 28 (1).

Til slutt kan det kort nevnes at det har vært en diskusjon om det skal innfortolkes et slikt kvalitativt krav til integrering i spørsmålet om EØS-borgere oppfyller vilkårene for beskyttelsen mot utsendelse i artikkel 28 (3) a). Etter sin ordlyd inneholder denne bestemmelsen bare et tidsmessig vilkår om et tiårig opphold. Generaladvokat Bot har ment at selv om en person oppfyller kravet til ti års opphold, kan vedkommende ikke omfattes av bestemmelsen dersom adferden viser en uvilje til å integrere seg i vertsstaten. I hans forslag til avgjørelse i saken *P.I.* mener han at det ville være urimelig om en person som har begått grove overtredelser i skjul i mange år skulle oppnå en styrket beskyttelse mot utsendelse.⁴⁰³ Det er tilfeldig at de ti årene ikke er blitt avbrutt av en tiltale og en utsendelse.⁴⁰⁴ Saken gjaldt som nevnt i kapittel 3.2.3 grove seksuelle overgrep mot et barn. Denne tolkningen av artikkel 28 (3) a) ble ikke lagt til grunn av EU-domstolen. De fleste som vurderes utsendt

⁴⁰⁰ Guild (2014) s. 266.

⁴⁰¹ *Maslov mot Østerrike* avsnitt 96-97, jf. også *Üner mot Nederland* avsnitt 58 og *Boultif mot Sveits* avsnitt 48.

⁴⁰² COM(2009) 313 s. 13.

⁴⁰³ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-348/09 *P.I.* premiss 56-61.

⁴⁰⁴ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-348/09 *P.I.* premiss 56-61.

etter ti år vil jo nettopp ha begått alvorlige straffbare handlinger, og vil ha begått disse i skjul. Bestemmelsen inneholder dermed utelukkende et tidsmessig vilkår om ti års opphold, og vurderingen av personens integrasjon foretas med hjemmel i artikkel 28 (1).⁴⁰⁵

3.6 Prosessuelle garantier

Noen av unionsborgerdirektivets prosessuelle garantier er allerede nevnt – artikkel 32 om forbudet mot livsvarige innreiseforbud og artikkel 33 om rett til fornyet vurdering dersom et utsendelsesvedtak som følger en fengselsstraff gjennomføres to år etter at det ble fattet (kapittel 3.3.3). Foran er også kort nevnt artikkel 30 om vertslandets opplysningsplikt og 31 om den berørtes klagerett (kapittel 3.3.4.6). I det følgende foretas en noe utdypet drøftelsen av de to siste bestemmelsene.

Direktivets prosessuelle regler er blant annet en kodifisering av EU-domstolens tolkninger av 1964-direktivet. Dette direktivets vanskelig tilgjengelige prosessuelle garantier var en av grunnene til behovet for et nytt direktiv. Unionsborgerdirektivets prosessuelle regler skal tolkes i lys av EU-paktens artikkel 47 om retten til et effektivt rettsmiddel og retten til rettferdig rettergang (sml. EMK artikkel 6).⁴⁰⁶

Etter artikkel 30 skal personer som er nektet innreise eller opphold skriftlig underrettes om vedtaket. Dette skal skje slik at den berørte kan forstå vedtakets innhold og følger, jf. artikkel 30 (1). Personen skal få nøyaktige og fullstendige opplysninger om de forhold som ligger til grunn for vedtaket med mindre dette strider mot statens sikkerhetsinteresser, jf. artikkel 30 (2). Vedkommende skal også opplyses om fristen for å forlate territoriet, som i utgangspunktet er en måned fra underretningsdatoen, og om sine klagemuligheter etter artikkel 31, jf. artikkel 30 (3).

⁴⁰⁵ Rogers (2012) s. 264, Rossi dal Pozzo (2013) s. 82 og Guild (2014) s. 273 og 278.

⁴⁰⁶ Sak C-300/11 ZZ premiss 51.

Et av formålene med opplysningsplikten i artikkel 30 er nettopp å gjøre den berørte i stand til å ta «effective steps to prepare his defence».⁴⁰⁷ Dette fører over til artikkel 31, som gir EØS-borgere en adgang til «domstolsbehandling og eventuelt behandling av forvaltningsmyndighet» i vertsstaten for å få overprøvd vedtaket mot dem. Det kan synes som om EU-lovgiver ønsker at medlemsstatene skal gi adgang til domstolskontroll, som er mest betryggende ved slike inngripende vedtak, mens administrativ kontroll skal være tilgjengelig dersom slik overprøving gjelder etter vedkommende lands rett.⁴⁰⁸ Overprøvingen skal innebære en lovlighetskontroll og en materiell prøving av vedtakets gyldighet, jf. artikkel 31 (3).⁴⁰⁹ Blant annet skal det foretas en fornyet vurdering av om utsendelsesvedtak er i samsvar med artikkel 28 (1), med andre ord om utsendelsen er forholdsmessig i «streng forstand» (se kapittel 3.5.5). En klage har oppsettende virkning dersom det søkes om dette, jf. artikkel 31 (2). Dette gjelder ikke for utsendelsesvedtak som er tvingende nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet etter artikkel 28 (3). Det gjøres også unntak fra retten til oppsettende virkning dersom vedtaket bygger på en tidligere rettsavgjørelse eller personen tidligere har hatt klageadgang, jf. artikkel 31 (2).

Medlemsstatene kan nekte den berørte opphold på sitt territorium i påvente av klagebehandlingen, men de kan ikke hindre personen i å forsvare seg personlig, jf. artikkel 31 (4). EØS-borgeren har imidlertid ingen rett til personlig forsvar dersom vedkommende er nektet innreise eller hvis hans tilstedeværelse kan få alvorlige følger for den offentlige orden eller sikkerhet, jf. artikkel 31 (4). Idet vertsstaten allerede anser personen som en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse, antar jeg at det ikke er uvanlig at vertsstater nekter EØS-borgere å forsvare seg personlig.

⁴⁰⁷ Sak 36/75 *Rutili* premiss 39. Se også forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 13 og sak C-300/11 ZZ premiss 48.

⁴⁰⁸ Den engelske og franske versjonen av direktivets artikkel 31 (2) taler om «application for appeal against or judicial review» og «le recours formé». Dette er oversatt til «klagen», antagelig fordi norsk rett i første rekke legger opp til forvaltningsbehandling.

⁴⁰⁹ Sak C-300/11 ZZ premiss 47.

Til slutt kan det nevnes at EØS-borgere som får avslag på søknad om oppheving av et tidligere ilagt innreiseforbud etter artikkel 32, også kan påberope opplysnings- og klagerettighetene i artikkel 30 og 31.⁴¹⁰

⁴¹⁰ Forente saker C-65/95 og C-111/95 *Shingara og Radiom* premiss 42 om 1964-direktivets artikkel 8 og 9, jf. Guild (2014) s. 290.

4 Noen typetilfelle

4.1 Innledning

Foran er det redegjort for de vilkårene som må være oppfylt dersom en EØS-stat skal kunne gjøre inngrep i en EØS-borgers rett til fri bevegelighet av hensyn til den offentlige orden, sikkerhet eller helse. Det må foreligge et legitimt formål; inngrepet må være individuelt begrunnet i at en personlig adferd utgjør en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel; det må iverksettes repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot egne statsborgeres tilsvarende adferd; inngrepet må være forholdsmessig; og menneskerettighetene må ikke være overtrådt.

Nedenfor drøftes seks typetilfelle med utgangspunkt i vilkårene som er gjennomgått. Formålet er å illustrere hvordan reglene fungerer i praksis. Det foretas ingen systematisk drøftelse av alle vilkårene, men det fokuseres på de som er mest interessante for det enkelte typetilfelle. Jeg behandler først medlemmer av tros- eller livssynssamfunn, demonstranter og deltakere i andre typer forsamlinger, prostituerte samt MC-klubbmedlemmer. Denne rekkefølgen gjenspeiler den kronologiske utviklingen i rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen. Videre drøftes romfolk og deretter sinnslidende personer.

4.2 Medlemmer av tros- eller livssynssamfunn

4.2.1 Innledning

Spørsmålet er om en EØS-borgers rett til innreise eller opphold kan begrenses fordi vedkommende tilhører et tros- eller livssynssamfunn. Umiddelbart ligger det nær å besvare dette spørsmålet benektende. Enhver har rett til tanke-, samvittighets- og religionsfrihet, jf. EU-paktens artikkel 10 og EMK artikkel 9. Friheten er avgjørende i demokratiske og pluralistiske samfunn.⁴¹¹ Fordi religiøse personer som oftest danner organiserte strukturer, kan rettigheten måtte sees i lys av forsamlings- og foreningsfriheten, jf. EU-paktens

⁴¹¹ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 31.

artikkel 12 og EMK artikkel 11.⁴¹² Inngrep mot religiøse samfunn kan ikke ifølge EMD begrunnes med at det simpelthen er nyttig eller ønskelig.⁴¹³ At det skal mer til enn dette, illustreres også av de EØS-rettslige vilkårene som allerede er drøftet. Unionsborgerdirektivet gir for eksempel ikke en adgang til å begrense religiøses frie bevegelse av hensyn til den offentlige moral, jf. kapittel 3.2.2.

4.2.2 Legitime formål

Betydningen av religiøs tilhørighet var som vi har sett oppe for EU-domstolen i 1974 i *Van Duyn* om den britiske nektelsen av innreise til den nederlandske scientologen Yvonne van Duyn. Hensynet til den offentlige orden ble påberopt for å forhindre henne i å arbeide som sekretær ved scientologikirkens daværende globale hovedkontor.

Her kan det være nyttig å redegjøre kort for hva scientologi er, og kritikken mot organisasjonen. Den ble grunnlagt i 1951 og bygger på den mytologiske historien om romvesendiktatoren Xenu som for 75 millioner år siden bombet jordkloden og påførte mennesket lidelser som de bærer på den dag i dag.⁴¹⁴ Scientologi er viten om at mennesket evner å løse sine problemer og oppnå nye bevissthetstilstander.⁴¹⁵ Gjennom «dianetik» skal mennesket hjelpes til å bearbeide erfaringer med tap og smerte.⁴¹⁶ Det skjer med såkalt «auditering», samtaler med en «auditør» autorisert av scientologikirken.⁴¹⁷ Ved hjelp av et elektropsykometer, et «E-meter», måles angivelig forandringer i menneskesinnet.⁴¹⁸ Hensikten er at sinnet skal renses – at personen skal bli «clear».⁴¹⁹ Når dette er oppnådd,

⁴¹² Kjølbro (2010) s. 733.

⁴¹³ *Gorzelik mfl. mot Polen* avsnitt 95.

⁴¹⁴ Lewis (2004) s. 360, 427 og 458.

⁴¹⁵ Hubbard (1998) s. 61.

⁴¹⁶ Hubbard (1998) s. 62.

⁴¹⁷ Hubbard (1998) s. 82-83.

⁴¹⁸ Hubbard (1998) s. 83.

⁴¹⁹ Hubbard (1998) s. 66-67. En «clear» person er blant annet befridd for sykdom, i stand til å oppfatte forhold på et nivå langt over normen, mentalt stabil, mer beskyttet mot ulykker, i stand til å trekke raske slutninger osv.

kan vedkommende fortsette med behandlinger for å gjennomgå 15 «Operating Thetan»-nivåer, det vil si forskjellige nivåer med personlige «evner».⁴²⁰

Scientologikirken er blitt kritisert for iherdig verving av medlemmer, dyre kurs, inngripende metoder samt for at auditeringen ikke er offentlig regulert og forbeholdt dem med psykiatrisk utdanning.⁴²¹ Organisasjonen er også kjent for sin omstridte og tidvis kriminelle virksomhet på 1960- til 1980-tallet. Kritikere ble alvorlig trakassert og scientologikirkenes ledere ble dømt for konspirasjon, innbrudd og tyveri av hemmelige dokumenter fra amerikanske offentlige etater.⁴²²

Denne kritikken er nok forklaringen på at religionsfrihet ikke var et tema i saken om innreisenektelsen av Yvonne van Duyn. Britiske myndigheter mente som nevnt i kapittel 3.4.1 at scientologi var en samfunnsskadelig «pseudo-philosophical cult».⁴²³ På grunn av manglende europeisk konsensus er spørsmålet om scientologi er omfattet av EMK artikkel 9 avhengig av hvilken status organisasjonen har i den enkelte nasjonale lovgivningen.⁴²⁴ I Norge er det ikke anerkjent som et trossamfunn, men som et livssynssamfunn.⁴²⁵ I slike tilfelle kan scientologers situasjon måtte vurderes ikke med grunnlag i religionsfriheten, men med utgangspunkt i retten til respekt for privatliv og familieliv etter EU-paktens artikkel 7 og EMK artikkel 8.

En forutsetning for at en medlemsstat som Storbritannia skal kunne legge til grunn at scientologi er samfunnsskadelig, må være at de uønskede aktivitetene faktisk kan tilskrives organisasjonen som sådan. Dersom en organisasjon utad tar avstand fra enkeltmedlemmers

⁴²⁰ Hubbard (1998) s. 99 og 167-168.

⁴²¹ Scientologi er beskrevet som å legge stor vekt på kopibeskyttelse av sitt korssymbol, saksøker utbrytere som vil bruke kirkens «merkevare» (scientologer omtaler scientologisymbolet og korssymbolet som varemerker), og er beskyldt for å organisere økonomien som et pyramidespill der nykommere betaler til de etablerte, jf. et uavhengig utvalg i NOU 2013:1 s. 337.

⁴²² *United States v. Heldt og Lewis* (2004) s. 309.

⁴²³ Sak 41/74 *Van Duyn* s. 1339.

⁴²⁴ *Kimlya mfl. mot Russland* avsnitt 79-81, hvor EMD la vekt på russiske myndigheters syn. Jf. tilsvarende i *Church of Scientology Moscow mot Russland* avsnitt 64, hvor spørsmålet ikke var omstridt.

⁴²⁵ Fylkesmannen (2001).

handlinger eller offisielt distanserer seg fra tidligere praksis, taler dette mot å identifisere uskyldige medlemmer med slik virksomhet. Det er eksempler på at scientologikirken har tatt avstand fra skandaler, herunder da lederne ble straffedømt på 1970-tallet.⁴²⁶ Samtidig er det heller ikke tilstrekkelig at en organisasjon offisielt tar avstand fra samfunnsskadelige handlinger dersom disse til stadighet utføres av medlemmer uten inngripen, se kapittel 4.5.2 om MC-klubblederes samtykke til ulovlige handlinger.

4.2.3 Individuell begrunnelse

I *Van Duyn* hadde britiske myndigheter bestemt at ingen personer som utførte oppgaver for eller arbeidet for, scientologikirken skulle tillates innreise eller opphold i landet.⁴²⁷ Med en slik generell praksis er det risiko for at det ikke skjer en «utelukkende» individuell vurdering, jf. artikkel 27 (2) første setning. Riktignok var vedtaket til *Van Duyn* begrunnet i hennes personlige tilhørighet, men et verv eller arbeid for en organisasjon er tross alt bare en *del* av personligheten.

4.2.4 Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel

Et slikt verv må i tillegg utgjøre en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse, jf. artikkel 27 (2) tredje setning. Det kan stilles spørsmål om Yvonne van Duyns personlige adferd ville tilfredsstilt dette vilkåret, som ikke var utviklet da avgjørelsen ble avsagt.

Kvinnen skulle arbeide som sekretær ved hovedkontoret til en angivelig samfunnsskadelig organisasjon. Fordi hovedkvarteret var plassert i Storbritannia, var scientologi «of particular concern» for britiske myndigheter.⁴²⁸ Leses avgjørelsen i sammenheng, er det klart at EU-domstolen aksepterte innreisenektelsen. Generaladvokaten kan nærmest sies å rose britenes politikk: «there is no power under past or existing national law to take

⁴²⁶ Lewis (2004) s. 309.

⁴²⁷ Sak 41/74 *Van Duyn* s. 1340.

⁴²⁸ Sak 41/74 *Van Duyn* s. 1345.

measures prohibiting the establishment of Scientology. That is one consequence of a particularly liberal form of government.»⁴²⁹

Jeg antar at vurderingen ville blitt en annen i dag. *Bouchereau* ble avsagt tre år senere og innførte vilkåret om en trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Videre er menneskerettighetene blitt en mer integrert del av EU-retten siden 1974. Dessuten har *Van Duyn*-saken som nevnt i kapittel 3.4.1 i ettertid blitt kritisert for å være i strid med forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling av nasjonale og utenlandske statsborgere. Endelig kan opprettelsen av et felles unionsborgerskap ha prinsipiell betydning.⁴³⁰

4.2.5 Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling

Spørsmålet er om det finnes adferd utvist av scientologer som i dag kan legitimere utsendelse. Tenkelige ulovlige handlinger kan være overtredelse av markedsføringslovgivningen, svindel ved salg av kursmateriale og krenkelse av andres privatliv ved trakassering. Svindel var tema i Borgarting lagmannsretts dom 14. oktober 1996.⁴³¹ Scientologikirken ble dømt til å betale erstatning på kr. 600 000 til et tidligere medlem for lån han hadde tatt opp til betaling av kurs og kursmateriell. Mannen var blitt forledet av kirken. Den hadde brutt Forbrukerombudsmannens forbud mot markedsføring av at «E-meteret» blant annet kunne måle menneskers mentale tilstand, avdekke dyptliggende konfliktområder i sinnet og bidra til rehabilitering av narkomane, sinnslidende og alkoholikere.⁴³²

Lagmannsretten sluttet seg til Oslo byretts beskrivelse av scientologi, som ikke ga et positivt bilde av bevegelsen. Byretten redegjorde blant annet for den 14-dagers såkalte

⁴²⁹ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak 41/74 *Van Duyn* s. 1359.

⁴³⁰ Med homogenitetsmålsettingen kan denne integreringsmålsettingen i sin tur få innvirkning i EØS-sammenheng. Guild er for sin del uenig i at unionsborgerskapet medfører endringer i rettstilstanden på området for utsendelse og innreisenekt, jf. Guild (2000) s. 74. Om unionsborgerskapet vil medføre store endringer på dette rettsområdet, gjenstår å se.

⁴³¹ RG-1997-846.

⁴³² RG-1997-846 om Forbrukerombudsmannen (1980).

«Purification rundown», en intens fysisk rensningsprosess som skal fjerne kjemiske gifter.⁴³³ Videre fortalte retten om «Operating Thetan»-nivåene og uttalte at bevegelsen «fremtrer som sterkt amerikansk preget i tenkemåte (vellykkethetsiktemål), i teknologi (bruk av løgndetektorlignende instrumenter for å oppnå en selvutvikling), med smeltedigelpreget (synkretistisk) idegrunnlag med sterkt islett av tidens tankemessige moteretninger, samt preget av sterk sans for det ‘dennesidige’ profitable, ikke minst i økonomisk henseende.»⁴³⁴

Jeg har tidligere reist spørsmålet om slike sivilrettslige reaksjoner kan anses for å utgjøre genuine og effektive motvirkende tiltak som kan legitimere utsendelse av utenlandske EØS-borgere. Prinsipielt kan dette kanskje tenkes, men den siterte lagmannsrettsdommen er spinkelt bevis for en praksis om motvirkning av scientologers virksomhet. Innreise- eller oppholdsnekt av scientologer er svært usannsynlig i Norge i dag.

En religiøs adferd som kanskje *kan* rettferdiggjøre innreise- eller oppholdsnekt, er såkalt utilbørlig proselyttisme. Det vil si utilbørlige forsøk på å omvende en person fra én religion til en annen ved å tilby fordeler eller utøve utilbørlig press, vold eller hjernevask.⁴³⁵ Spørsmålet er nok mest aktuelt for Jehovas Vitner, men adferden kan også utvises av scientologer. EMDs dom *Kokkinakis mot Hellas* fra 1993 gjaldt et gresk Jehovas Vitne som ble straffet for proselyttisme. Domstolen uttalte at retten til å gi uttrykk for sin religion i EMK artikkel 9 (1) omfatter det å kunne overbevise andre.⁴³⁶ Samtidig må dette kunne begrenses for at også andres tro blir respektert.⁴³⁷ EMD sonderer mellom den ekte kristne forkynnelsen og utilbørlig proselyttisme.⁴³⁸ Greske domstoler hadde ikke presisert på hvilken måte klageren hadde opptrådt utilbørlig, og straffen krenket derfor artikkel 9 (2).⁴³⁹

⁴³³ Oslo byretts dom nr. 94-00168 A/45 s. 7 og Hubbard (1998) s. 125-133.

⁴³⁴ Oslo byretts dom nr. 94-00168 A/45 s. 8.

⁴³⁵ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 48.

⁴³⁶ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 31.

⁴³⁷ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 33.

⁴³⁸ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 48.

⁴³⁹ *Kokkinakis mot Hellas* avsnitt 49 og 50

Selv om den konkrete straffen ikke var i samsvar med EMK, er det greske forbudet mot proselyttisme et eksempel på et repressivt tiltak som kan begrunne utsendelse, såfremt de øvrige betingelsene for dette er oppfylt. Og medlemsland uten eksplisitte forbud mot proselyttisme kan ha generelle straffebud som omfatter slik adferd. I Norge er det ikke utelukket at det etter omstendighetene kunne bli spørsmål om å anvende straffelovens § 390 a, som forbyr «skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd krenker en annens fred eller som medvirker hertil». Utsendelse av utenlandske EØS-borgere på grunn av religiøs adferd synes imidlertid å være en hypotetisk problemstilling i Norge i dag.

4.3 Demonstrasjoner og andre forsamlinger

4.3.1 Innledning

Å nekte innreise eller opphold til demonstranter eller deltakere i andre typer forsamlinger, er muligens et mer praktisk tema i dagens religionstolerante Europa. Det er tale om å beskytte den offentlige orden eller sikkerhet siden hensynet til den offentlige helse antakelig ikke er så aktuelt her.

Utgangspunktet er at enhver har rett til å delta i fredelige forsamlinger og frihet til forening med andre, jf. EU-paktens artikkel 12 og EMK artikkel 11. Forsamlings- og organisasjonsfrihetene er grunnleggende for demokratiet, blant annet fordi de bidrar til å gjennomføre andre menneskerettigheter, som ytringsfrihet, religionsfrihet og økonomiske og sosiale rettigheter.⁴⁴⁰ Demonstrasjoner skal vernes mot statlige inngrep, men også mot inngrep fra andre individer, som motdemonstranter.⁴⁴¹ Den tilsynelatende begrensningen i EMK artikkel 16 kan ikke ha praktisk betydning.⁴⁴²

⁴⁴⁰ *Adali mot Tyrkia* avsnitt 266 og Kjølbros (2010) s. 839.

⁴⁴¹ Kjølbros (2010) s. 840 og 844.

⁴⁴² EMK artikkel 16 bestemmer at forsamlings- og foreningsfriheten i artikkel 11 ikke er til hinder for at stater «fastsetter innskrenkninger i utlendingers politiske virksomhet». Det kan synes som om dette innskrenker utlendingers forsamlings- og foreningsfrihet og gjør unntak fra universalitetsprinsippet, dvs. prinsippet om at menneskerettighetene tilkommer enhver, jf. Møse (2002) s. 101. Det har vært forslag om å oppheve

4.3.2 Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel

Forsamlingsfriheten verner bare «fredelige» demonstrasjoner.⁴⁴³ Parallelt følger det som vi vet av unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2) at en demonstrants frie bevegelighet kan begrenses dersom vedkommende utgjør en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse.

Dette vilkåret var ikke oppfylt i EU-domstolens sak *Rutili* fra 1975. Det politisk aktive fagforeningsmedlemmet Roland Rutili ble som nevnt ilagt et territorielt oppholdsforbud etter blant annet å ha aksjonert under de såkalte 1968-demonstrasjonene i Frankrike (se kapitler 3.3.2 og 3.4.2). Dette var en serie hendelser som startet med studentdemonstrasjoner og som endte med en generalstreik.⁴⁴⁴ Åtte-ti millioner arbeidere streiket, noe som medførte politisk krise for De Gaulle-regjeringen.⁴⁴⁵ Enkelte steder oppstod gatekamper og konfrontasjon med politiet, og franske myndigheter fryktet revolusjon.⁴⁴⁶

EU-domstolen viste til daværende forordning (EØF) nr. 1612/68 om fri bevegelighet for arbeidstakere (i dag forordning (EU) nr. 492/2011). Artikkel 8 ga utenlandske statsborgere krav på lik behandling som vertsstatens egne borgere ved utøvelse av fagforeningsrettigheter. Disse rettighetene kunne ikke begrenses av hensyn til den offentlige orden.⁴⁴⁷ Det er naturlig at EU-domstolen viser skepsis til inngrep mot EØS-borgere som viser politisk motstand med fagforeningsvirksomhet. Dette er aktiviteter som

bestemmelsen og det finnes ingen lignende bestemmelse i SP, jf. Møse (2002) s. 101. Bestemmelsen har vært oppe for EMD én gang, og Domstolen fant at den ikke kunne påberopes, jf. *Piermont mot Frankrike* avsnitt 64. Det finnes ingen parallell i EU-pakten og den strider med EØS-rettens formål om å fjerne forskjellsbehandling mellom medlemsstatenes statsborgere. Disse forholdene tilsier at bestemmelsen ikke drøftes videre i denne avhandlingen.

⁴⁴³ *Stankov og The United Macedonian Organisation Ilinden mot Bulgaria* avsnitt 77.

⁴⁴⁴ Eriksen (2005) s. 457.

⁴⁴⁵ Eriksen (2005) s. 457.

⁴⁴⁶ <http://snl.no/studentoppr%C3%B8ret> [sitert 26. mai 2014].

⁴⁴⁷ Sak 36/75 *Rutili* premiss 31.

EØS-retten beskytter.⁴⁴⁸ I tillegg nevner EU-paktens artikkel 12 og EMK artikkel 11 uttrykkelig fagforeninger som en organisasjonstype som vernes av foreningsfriheten.⁴⁴⁹

Spørsmålet er hvilke typer demonstrasjoner eller andre typer forsamlinger som kan utgjøre en trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Ved vurderingen er demonstrasjonens formål i utgangspunktet irrelevant, men kan få betydning for adgangen til å gripe inn etter EMK artikkel 11 (2).⁴⁵⁰ Det er lett å ha sympati for demonstrasjoner med formål om forbedring av arbeidsrettslige forhold eller innføring av demokratiske verdier. Eksempler er Den arabiske vår, demonstrasjonene i Kiev i 2014 og de allerede nevnte 1968-demonstrasjonene. Vanskeligere kan det være å beskytte demonstrasjoner med støtende innhold. Eksempelvis må en vertsstat kunne utsende utenlandske nynazister etter en særlig støtende demonstrasjon, såfremt vertsstaten iverksetter repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot lignende ytringer fra nasjonale nynazister. Her må imidlertid forsamlingsfriheten tolkes i lys av ytringsfriheten.

Avgjørende for om inngrep i bevegelsesfriheten er legitimt, må være om det foreligger voldelige sammenstøt eller risiko for dette. EMDs avvisningsavgjørelse *Dritsas mfl. mot Italia* fra 2011 gjaldt en gresk gruppe personer som skulle demonstrere ved G8-summitten i Genova i 2001. De ble nektet innreise til Italia, og spørsmålet var om dette var i strid med blant annet forsamlingsfriheten i EMK artikkel 11. Domstolen fant at innreisenektelsen utgjorde et inngrep i retten til å delta i forsamlinger, men ivaretok hensynet til den offentlige sikkerhet og var ikke uforholdsmessig. Demonstrantene var potensielt farlige («potentiellement dangereux»)⁴⁵¹

⁴⁴⁸ EØS-rett (2011) s. 383.

⁴⁴⁹ Det vil bla. si at statene er forpliktet til å tillate og muliggjøre fagforeningsmedlemmers yrkesmessige interesser. Det gis imidlertid ingen prinsipiell rett til lønnsfordeler, tariffavtaler eller ubetinget rett til å streike, jf. Kjølbro (2010) s. 857-861.

⁴⁵⁰ Møse (2002) s. 485.

⁴⁵¹ *Dritsas mfl. mot Italia* avsnitt 3. Klagerne påberopte også forbudet mot kollektiv utsendelse av utlendinger i EMK TP artikkel 4, men dette ble avvist som åpenbart ugrunnet, jf. *Dritsas mfl. mot Italia* avsnitt 7.

EU-kommisjonen har gitt eksempler på mulige situasjoner der spørsmålet om inngrep i bevegelsesfriheten kan oppstå:

«specific situations are *gatherings attended by large numbers of people*, possibly from different Member States, for example large sports events, rock concerts, political demonstrations and other organised protests.»⁴⁵²

Fotballhooligans er en gruppe som til tider har vært et felles europeisk problem, idet de reiser over medlemsstatenes grenser og begår voldshandlinger på internasjonale fotballkamper. EU-rådet har flere ganger anbefalt hvorledes dette skal håndteres.⁴⁵³ Ved slike store sportsarrangementer er det selvsagt en risiko for manglende individuelle vurderinger. EU-kommisjonen har derfor minnet om at innreisenekt av fotballhooligans skal være individuelt begrunnede og ikke vilkårlig diskriminerende.⁴⁵⁴ Et eksempel fra britisk rett er illustrerende. I *Gough and Smith* fra 2002 ble to britiske fotballsupportere som tidligere hadde begått voldshandlinger ved stadioner, nektet utreise fra Storbritannia.⁴⁵⁵ Vedtakene var begrenset til de tidsperiodene hvor internasjonale kamper skulle finne sted. Den britiske domstolen fant det klart at utreisenektelsene kunne begrunnes i hensynet til den offentlige orden, at de var forholdsmessige og at de ikke var i strid med EMK artikkel 8.⁴⁵⁶ Som nevnt i kapittel 3.2.1 kan EØS-stater ikke begrunne inngrep i bevegelsesfriheten i hensynet til beskyttelsen av en *annen* stats offentlige interesser. Den britiske domstolen presiserte imidlertid at utreisevedtakene var gjort av hensyn til Storbritannias offentlige orden. Blant annet ødela britisk fotballhooliganisme landets gode rykte og kunne føre til at britiske fotballklubber ble nektet å delta i internasjonale turneringer.⁴⁵⁷

⁴⁵² COM(99) 372 s. 15-16.

⁴⁵³ Se bla. Rådsresolusjon 2010/C 165/01 om politisamarbeid ved internasjonale fotballkamper.

⁴⁵⁴ COM(99) 372 s. 16.

⁴⁵⁵ *Gough and Smith v. Chief Constable of Derbyshire*.

⁴⁵⁶ Deards (2002) s. 766-770.

⁴⁵⁷ Deards (2002) s. 767.

Fotballhooliganisme har vold og hærverk som eneste formål. De fleste demonstrasjoner eller andre typer forsamlinger har imidlertid legitime hensikter i startfasen, men kan så dessverre komme ut av kontroll. Om en utsendelse eller innreisenekt er legitimt, må til syvende og sist bero på en konkret vurdering av om den enkelte demonstrants handlinger, eller risiko for handlinger, utgjør en tilstrekkelig stor trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse.

4.4 Prostituerte

4.4.1 Innledning

Som tidligere belyst omhandler praksis fra EU-domstolen også utsendelse av prostituerte. Virksomheten er blitt ansett som en selvstendig næringsvirksomhet omfattet av etableringsreglene og tjenestereguleringene.⁴⁵⁸ Det er altså i utgangspunktet forbudt etter EØS-avtalens artikkel 31 og 36 å innskrenke prostituertes adgang til å krysse medlemsstatenes grenser for å utøve sin næringsvirksomhet. Retten til privatliv i EMK artikkel 8 (1) omfatter også seksuelle aktiviteter.⁴⁵⁹

4.4.2 Legitime formål

EU-domstolen har ikke tatt stilling til om prostitusjon er av en slik karakter at det kan betraktes som en trussel mot den offentlige orden. I de allerede omtalte sakene *Adoui og Cornuaille* og *Jany* om utsendelse av franske, tsjekkiske og polske prostituerte fra Belgia og Nederland (kapittel 3.4.1), har det springende punkt vært et annet: om statene har overholdt forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling, jf. nedenfor. Ut ifra EMDs praksis er det i alle fall klart at retten til privatliv i EMK artikkel 8 ikke medfører at statene er avskåret fra å forby forhold som bordellvirksomhet og oppfordring til prostitusjon.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Sak C-268/99 *Jany* premiss 48 til 50.

⁴⁵⁹ Kjølbrot (2010) s. 638.

⁴⁶⁰ *S.B. og D.B. mot Belgia* avsnitt 2 og 4.

I *Adoui og Cornuaille* og *Jany* hadde myndighetene begrunnet utsendelsene med at prostitusjon bidrar eller har tilknytning til kriminalitet.⁴⁶¹ Selv om det kan stilles spørsmål ved den direkte årsakssammenhengen, er det klart at prostitusjon ofte har sammenheng med kriminalitet eller andre samfunnsskadelige forhold. Virksomheten kan være helsefarlig og kvinnediskriminerende, siden voldtekt og mishandling av prostituerte er meget vanlig.⁴⁶² I tillegg er menneskehandel og hallikvirksomhet forhold som gjør at prostitusjonsdebatten ikke bare omhandler kvinnens selvbestemmelsesrett, men også bekjempelse av større organisert kriminalitet, hvor bakmenn utgjør den reelle trusselen. Blant annet har EU, FN og Europarådet gjennomført rettsakter for å bekjempe denne siden ved prostitusjonsvirksomhet.⁴⁶³

Det må etter mitt syn være klart at motvirkning av prostitusjon kan omfattes av hensynet til beskyttelsen av den offentlige orden. Tilsvarende gjelder kanskje den offentlige helse dersom det florerer alvorlige kjønnssykdommer. Den offentlige sikkerhet er også aktuell dersom det er tale om menneskehandel, jf. kapittel 3.2.3 om TEUV artikkel 83 (1). Noen vil selvsagt forfekte et mer liberalt syn – at prostitusjon ikke er i strid med den offentlige orden fordi kvinner bestemmer over sin kropp og sitt valg av yrke.

Hensynet til den offentlige moral kan derimot, som nevnt i kapittel 3.2.2, ikke begrunne inngrep i prostituertes innreise- eller oppholdsrett. Det kan rettferdiggjøre restriksjoner i det frie varebytte, men ikke i den frie flyt av personer.⁴⁶⁴ I *Adoui og Cornuaille* var de belgiske utsendelsene av de to franske kvinnene begrunnet i beskyttelsen av den offentlige orden, men vedtakene bar samtidig preg av moralske vurderinger. Dominique Cornuaille ble beskrevet som «a waitress of questionable moral character who ‘in scant dress displays

⁴⁶¹ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 10 og sak C-268/99 *Jany* premiss 51.

⁴⁶² Pro Senteret (2012) s. 4.

⁴⁶³ Direktiv 2011/36/EU artikkel 4 pålegger EU-statene å gjøre menneskehandel straffbart (direktivet er ikke inntatt i EØS-avtalen). FNs protokoll for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn av 2000, supplerer konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet. Europarådet innførte konvensjonen om tiltak mot menneskehandel 16. mai 2005.

⁴⁶⁴ EØS-rett (2011) s. 335 og Oliver (2010) s. 248-250 om sakene 34/79 *Henn og Darby* og 121/85 *Conegate*.

herself to clients' ...». ⁴⁶⁵ Vedtaket som gjaldt Rezguia Adoui var hovedsakelig likt begrunnet. ⁴⁶⁶ Spørsmålet er om belgiske myndigheter med dette anvendte EØS-rettens legitime hensyn på en korrekt måte.

På den ene siden er det klart at moralske verdivurderinger spiller inn i nasjonalt lovgivningsarbeid, rettspraksis og administrativ praksis. Dette gjelder særlig på området for seksuelle forhold. Moralske begrunnelser utgjør en del av bakgrunnen for de norske forbudene mot seksuell omgang mellom søsken og salg av pornografi. ⁴⁶⁷ Dersom en medlemsstat anser prostitusjon for å være i strid med både moralske og ordensmessige verdier, vil begge hensyn utgjøre grunnlaget for myndighetenes motvirkning av virksomheten. En medlemsstat må kunne begrunne en innreise- eller oppholdsnekt i hensynet til den offentlige orden og samtidig oppnå beskyttelse av andre nasjonale interesser, selv om disse interessene ikke *i seg selv* kan legitimere et inngrep. ⁴⁶⁸

På den annen side kan ikke utsendelser av prostituerte begrunnes i beskyttelsen av den offentlige orden, men i realiteten misbrukes til å oppnå andre formål. Medlemsstatene kan ikke påberope såkalte «vikarierende motiv» for vedtak som egentlig har til hensikt å stanse innvandring eller oppnå andre formål enn de EØS-retten tillater. ⁴⁶⁹ Dersom kvinner som Adoui og Cornuaille opprinnelig blir utsendt av hensyn til samfunnets moral, men den offentlige orden påberopes senere når saken kommer opp for EU- eller EFTA-domstolen, vil vertsstaten ha bevisbyrden for at tiltaket ikke er i strid med EØS-retten. ⁴⁷⁰ En del forfattere mener imidlertid at statens bakenforliggende og opprinnelige hensikter ikke bør

⁴⁶⁵ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* s. 1669.

⁴⁶⁶ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* s. 1668.

⁴⁶⁷ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) punkt 9.2.4, 9.1.1 og 11.1.2 om straffelovens §§ 198 og 204.

⁴⁶⁸ En restriksjon som forfølger et legitimt formål kan oppnå også andre nasjonale interesser som ikke kan begrunne restriksjoner, såfremt disse er tilfeldige virkninger eller har underordnet karakter, jf. bla. EFTA-domstolens traktatsbruddsak E-1/06 *Gevinstautomat* premiss 39 og 40, som gjaldt gambling.

⁴⁶⁹ EØS-rett (2011) s. 385 og 338. Her trekkes det en parallell fra reglene om fri bevegelighet for personer til forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling og skjulte handelshindringer i reglene om fritt varebytte, jf. EØS-avtalen artikkel 13.

⁴⁷⁰ Barnard (2013) s. 497 og Guild (2000) s. 63.

være avgjørende dersom vedtaket objektivt sett kan tilstrekkelig begrunnes i et legitimt formål.⁴⁷¹

4.4.3 Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling

Både i *Adoui og Cornuaille* og i *Jany* var det avgjørende for om utsendelsene av de prostituerte var legitime, om vertsstaten traff repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot nasjonale prostituerte. Dersom et medlemsland har legalisert prostitusjon, er det opplagt at dette vilkåret ikke er oppfylt. Det drives for eksempel bordeller, helsekontroll av prostituerte og tillatelsessystemer. I *Jany* fant EU-domstolen det klart at utsendelse av prostituerte fra Nederland, som hadde legalisert prostitusjon, utgjorde en vilkårlig forskjellsbehandling.⁴⁷²

En annen ytterlighet er forbud mot prostitusjon. Et slikt repressivt tiltak må kunne legitimere utsendelse av prostituerte dersom de øvrige vilkårene for utsendelse er oppfylt. Kanskje kan personene også nektes innreise. Her er det imidlertid en prinsipiell forskjell mellom innreisenekt og oppholdsnekt. At en person er prostituert, er vanskelig å konstatere. Det oppstår en risiko for vilkårlige innreisenektelser. Fremmedloven av 1956 § 11 (1) d) er illustrerende. Denne godtok innreisenekt av personer som ville «ernære seg på ulovlig eller uhederlig måte eller som omstreifer o.l.». Bestemmelsen ble fjernet fordi den ikke kunne anvendes i praksis:

«I praksis har man visstnok hittil antatt at prostitusjon må anses som en uhederlig måte å ernære seg på, og derfor falle inn under frl § 11 første ledd bokstav d. Det er imidlertid svært vanskelig å bedømme hvorvidt en utlending er prostituert eller ikke. Selv om det erfaringsmessig kan følge kriminalitet i prostitusjonens kjølvann, synes det liten grunn til å opprettholde en avvisningsgrunn som i praksis nesten ikke benyttes.»⁴⁷³

⁴⁷¹ EØS-rett (2011) s. 338 og Oliver (2010) s. 225.

⁴⁷² Sak C-268/99 *Jany* premiss 62.

⁴⁷³ NOU 1983:47 s. 210.

De fleste medlemsstater har verken legalisert eller forbudt prostitusjon. Det avgjørende er om det iverksettes genuine og effektive motvirkende tiltak mot nasjonale prostituerte. Spørsmålet i det følgende er hvilke virkemidler dette omfatter.

Kommunale forskrifter som gir politiet adgang til å forflytte prostituerte fordi de sjenerer bybildet eller forstyrrer den offentlige ro og orden er, som vi har sett i kapittel 3.4.1, ikke et tilstrekkelig genuint og effektivt tiltak for å motvirke prostitusjon.⁴⁷⁴ Det samme må gjelde den norske politilovens § 7, som gir politiet adgang å stanse forstyrrelser eller frykt for forstyrrelser av den offentlige ro og orden. At forskrifter har lavere rang enn formell lov, kan imidlertid ikke være avgjørende for om de kan legitimere utsendelse. Dersom en forskrift forbyr prostitusjon, er dette eksempelvis et repressivt tiltak som kan legitimere innreise- eller oppholdsnekt.

Medlemsstater kriminaliserer som oftest forhold som er en følge av eller har sammenheng med prostitusjon: oppfordring til prostitusjon, menneskehandel, hallikvirksomhet, seksuell omgang med mindreårige mot vederlag osv.⁴⁷⁵ Det fremgår av både *Adoui og Cornuaille* og *Jany* at slike tilgrensende straffebud ikke kan rettferdiggjøre utsendelse av prostituerte.⁴⁷⁶ Tiltakenes formål er å hindre utnytting av prostitusjon, ikke å reagere mot prostituerte. Tvert imot er hensikten å beskytte dem.

Det kan stilles spørsmål om det norske forbudet mot kjøp av sex er et genuint og effektivt tiltak som kan rettferdiggjøre utsendelse av prostituerte EØS-borgere fra Norge. Dette ble innført i 2009 i straffelovens § 202 a, etter mønster av Sverige og Finland.⁴⁷⁷ Siden innføringen har bestemmelsen vært oppe for norske domstoler flere ganger. Forbudets formål er å motvirke kjøp av seksuelle tjenester fra ofre for menneskehandel og å svekke rekruttering av nye prostitusjonskunder.⁴⁷⁸ Som repressivt tiltak retter forbudet seg bare

⁴⁷⁴ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 3 og 8-9.

⁴⁷⁵ Sak C-268/99 *Jany* premiss 52. Se bla. straffelovens §§ 202 (1), 202 (2), 203 og 224 (1) a).

⁴⁷⁶ Forente saker 115/81 og 116/81 *Adoui og Cornuaille* premiss 3 og 8-9 og C-268/99 *Jany* premiss 52 og 60-62.

⁴⁷⁷ Ot.prp. nr. 48 (2007-2008) s. 4.

⁴⁷⁸ Innst. O. nr. 3 (2008-2009) punkt 1.2.2.

mot kjøperne. Disse vil således kunne bortvises eller utvises. Det er klart at forbudet i praksis også påvirker prostituerte siden deres inntektskilder fratras dem og deres virksomhet vanskeliggjøres. I tillegg reageres det på andre måter mot prostitusjon. Eksempler er den nevnte politilovens § 7 og forbudet mot hallikvirksomhet i straffelovens § 202. Sistnevnte medfører at utleiery tilkaller politiet for å kaste ut prostituerte.

I likhet med straffebudene om hallikvirksomhet og menneskehandel er imidlertid ikke hensikten bak sexkjøpsparagrafen å straffe prostituerte.⁴⁷⁹ De kan for eksempel ikke dømmes for medvirkning til overtredelse av bestemmelsen.⁴⁸⁰ I tillegg kombineres forbudet mot kjøp av sex med offentlig finansierte hjelpetiltak. I forarbeidene uttalte Justiskomiteén at NAV måtte hjelpe prostituerte å skaffe seg arbeid og utdanning.⁴⁸¹ Det ble også fremhevet viktigheten av blant annet ROSA-prosjektet, en koordinering av krisesentre som bistår kvinner utsatt for menneskehandel, politiets Koordineringsenhet for ofre for menneskehandel (KOM-prosjektet) og organisasjoner som bistår prostituerte, herunder Pro Senteret, ADORA-prosjektet og Kirkens bymisjon.⁴⁸² Ofre for menneskehandel har også rett til inntil fem timer fri rettshjelp.⁴⁸³

I forarbeidene fremstilles prostituerte som en sårbar gruppe. I tillegg synes hovedformålet med sexkjøpsparagrafen å være å motvirke den siden ved prostitusjonsvirksomhet som utgjør menneskehandel og annen utnyttning. Konklusjonen er at forbudet mot kjøp av sex ikke rettferdiggjør å nekte utenlandske EØS-borgere som driver med prostitusjon i Norge innreise eller opphold. Dette ville utgjøre en vilkårlig forskjellsbehandling.

⁴⁷⁹ Selv om det selvsagt kan diskuteres om slike tiltak i praksis rammer prostituerte hardere enn de andre aktørene, jf. Civita (2014) s. 49-50. Se Innst. O. nr. 3 (2008-2009) punkt 2 hvor mindretallet (FrP og Høyre) mener at et forbud mot kjøp av sex medfører at prostitusjon går «under jorda, og det vil gjøre hverdagen vanskeligere for den enkelte prostituerte. Dette kan føre til økt makt til halliker og bakmenn.»

⁴⁸⁰ Innst. O nr. 3 (2008-2009) punkt 1.3.1.

⁴⁸¹ Innst. O nr. 3 (2008-2009) punkt 2.

⁴⁸² Innst. O nr. 3 (2008-2009) punkt 2. Disse har mandat eller er bistått økonomisk av det offentlige, jf. ROSA-prosjektet (2013) s. 5, KOM (2013) s. 5, <http://prosentret.no/om-oss/> [sitert 24. mai 2014], Adora-prosjektet (2011) s. 3 og Prop.1 S (2013-2014) s. 102.

⁴⁸³ Innst.O nr. 3 (2008-2009) punkt 2 og rettshjelploven § 11 første ledd nr. 6.

4.5 Medlemmer i MC-klubber

4.5.1 Innledning

En personkrets som ofte er gjenstand for debatt er medlemmer i såkalte «én-prosent» MC-klubber. Betegnelsen har antagelig sin opprinnelse i en uttalelse fra American Motorcycle Organization etter et motorsykkeltreff i California i 1947, hvor ulovlige handlinger fant sted. Organisasjonen skal ha villet distansere seg fra hendelsene ved å uttale at 99 % av motorsyklistene var lovlidige, som innebar at det fantes én prosent lovløse medlemmer som skapte et dårlig inntrykk av organisasjonen.⁴⁸⁴ Uttrykket festnet seg som betegnelse på de verdensomspennende MC-klubbene som er assosiert med organisert kriminalitet.⁴⁸⁵ I Norge er de mest sentrale klubbene Hells Angels, Bandidos, Outlaws, Coffin Cheaters, Mongols og Gladiators.⁴⁸⁶ Organisasjonene adskiller seg fra ordinære motorsykelklubber i Norsk Motorcykel Union ved at de blant annet har en hierarkisk oppbygning, uniformering, særskilte regler og krav til medlemskap.⁴⁸⁷

4.5.2 Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel

Det er ikke uvanlig at medlemmer i slike klubber blir nektet innreise til EØS-land i forbindelse med klubbarrangementer. Spørsmålet er om det stemmer at slike personer på grunn av deres spesielle medlemskap utgjør virkelige, umiddelbare og tilstrekkelig alvorlige trusler mot grunnleggende samfunnsinteresser etter unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2).

Ifølge EFTA-domstolens sak *Wahl* er det som nevnt i kapittel 3.3.5 klart at personer kan nektes innreise dersom de er medlemmer i organisasjoner som har forbindelse med og

⁴⁸⁴ Politiet (2012) s. 8. Organisasjonen skal senere ha benektet utsagnet, jf. Dulaney (2005).

⁴⁸⁵ Se for eksempel Politiet (2012) s. 1 og Innst. 58 S (2011-2012).

⁴⁸⁶ Politiet (2012) s. 9.

⁴⁸⁷ Justis- og beredskapsdepartementet beskriver dem som «den delen av MC-miljøet som definerer seg ut av det etablerte samfunn, eller i hvert fall utenfor det lovlidige motorsykkelmiljøet, og følger sine egne lover og regler», jf. Meld. St. 7 (2010-2011) s. 67.

erfaringsvis øker risikoen for organisert kriminalitet.⁴⁸⁸ Domstolen tok stilling til faktum i saken, noe som er uvanlig ved rådgivende tolkningsuttalelser. Den uttalte uttrykkelig at Jan Anfinn Wahls planlagte opprettelse av en Hells Angels-underklubb på Island utgjorde en slik trussel.⁴⁸⁹ Domstolen gikk så langt som å mene at han kunne utgjøre en alvorlig trussel ikke bare mot den offentlige orden, men også mot den offentlige sikkerhet.⁴⁹⁰

Selv om én-prosentklubber ofte betegnes som «kriminelle gjenger», har medlemsstater som regel ikke nedlagt forbud mot klubbene eller medlemskap i disse, jf. foreningsfriheten i EU-paktens artikkel 12 og EMK artikkel 11.⁴⁹¹ Den norske straffelovens § 60 a, den såkalte «mafia-paragrafen», oppstiller en generell straffeskjerpelse dersom en straffbar handling er utøvet som ledd i aktivitetene til «en organisert kriminell gruppe». Det vil i korthet si et samarbeid mellom tre eller flere personer om å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst tre år.⁴⁹² En én-prosentklubb, som i seg selv er en lovlig organisasjon, er ingen slik kriminell gruppe. Dette illustreres av Hålogaland lagmannsretts dom av 5. desember 2013 («mafiasaken»). Syv personer med tilknytning til Hells Angels ble dømt for alvorlig narkotikakriminalitet. Lagmannsretten fremhevet at de straffbare handlingene ikke var utøvet i regi av Hells Angels som klubb.⁴⁹³

Noe prinsipielt annet er tilfelle dersom handlingene åpenbart kan tilskrives MC-klubbene. I Oslo tingretts dom av 24. april 2014 ble Hells Angels MC Oslo Norway («Hamcon») ilagt foretaksstraff for heleri og for oppbevaring av våpen i klubbhuset i Strømsveien 222. Tingretten fant at oppbevaringen var skjedd enten i regi av klubben eller med dens samtykke, og at foretaksstraff ville virke særlig preventivt.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 92.

⁴⁸⁹ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 91.

⁴⁹⁰ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 92.

⁴⁹¹ Som tidligere nevnt anvendes uttrykket «kriminell gjeng» av det offentlige, jf. bla. Kripas (2013) s. 32-36.

⁴⁹² Straffeloven § 60 a (2).

⁴⁹³ LH-2013-137778 kapittel 2.2. Anken over dommen ble nektet fremmet av Høyesterett 19. mai 2014, jf. HR-2014-00993-U.

⁴⁹⁴ TOSLO-2013-176606 punkt 4.

Om medlemsland skal kunne nekte én-prosentklubbmedlemmer innreise, vil til syvende og sist bero på en individuell og forholdsmessig trusselvurdering. Den norske debatten preges av uenighet om faktiske omstendigheter. Rune «Supern» Olsgaard, et fremtredende medlem i Hamcon, er sterkt uenig i politiets statistikk om at over 70 % av Hells Angels-medlemmene er straffedømt. Han mener at tallet er lavere enn «andelen blant menn i denne aldersgruppen generelt».⁴⁹⁵ Atle Jørgensen, lederen for Payback Norge, en organisasjon med det formål å forbedre befolkningens inntrykk av klubbene, har uttalt at myndighetene stigmatiserer og diskriminerer medlemmer.⁴⁹⁶ Politiet fremhever på sin side at 71 % Hells Angels-medlemmer, 62 % Bandidos-medlemmer og 56 % Coffin Cheaters-medlemmer var domfelt i 2010-2012.⁴⁹⁷ Det er i hovedsak tale om narkotikakriminalitet, men også grov vold, trusler, pengeinnkreving, trakassering, samt oppbevaring og bruk av våpen.⁴⁹⁸ Handlingene utføres med støtte fra mindre én-prosentklubber eller andre offisielle støttegrupperinger, som voldelige ungdomsmiljøer.⁴⁹⁹

4.5.3 Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling

Medlemsstatene kan ikke nekte utenlandske én-prosentklubbmedlemmer innreise med mindre de også motvirker nasjonale medlemmers samfunnsskadelige handlinger. Dette forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling vil nok som regel vært overholdt hva gjelder dette typetilfelle. EØS-landene motvirker i stor grad én-prosentklubbenes aktivitet, noe som jo illustreres av at norske Hells Angels-medlemmer som nevnt hevder at myndighetene stigmatiserer dem. I *Wahl* fremhevet EFTA-domstolen at de nordiske landene var enige om at Hells Angels utgjør en trussel mot den offentlige orden, og at islandske myndigheter lenge hadde iverksatt tiltak for å hindre at den lokale

⁴⁹⁵ VG-nett (2013).

⁴⁹⁶ Politiet (2012) s. 28.

⁴⁹⁷ Politiet (2012) s. 8.

⁴⁹⁸ Kripas (2012) s. 11, Politiet (2012) s. 8 og 12 og Kripas (2013) s. 32.

⁴⁹⁹ Politiet (2012) s. 19.

motorsykelklubben Fáfñir skulle bli en del av Hells Angels.⁵⁰⁰ Blant annet var utenlandske Hells Angels-medlemmer gjentatte ganger nektet innreise til landet.⁵⁰¹

Samtidig er det interessant å merke seg hvorledes EFTA-domstolen anvender premissene fra EU-domstolens sak *Adoui og Cornuaille*. Domstolen uttalte at islandske myndigheter måtte iverksette repressive eller andre genuine og effektive tiltak mot egne statsborgere.⁵⁰² Imidlertid mente EFTA-domstolen at fordi den islandske motorsykelklubben trengte støtte av et utenlandsk Hells Angels-medlem for å opprette en underavdeling på Island, kunne det aktuelle tiltaket bare rette seg mot utlendinger – «only a foreigner could represent a genuine, present and sufficiently serious threat ...».⁵⁰³ Dette er etter mitt syn en noe spinkel tolkning av vilkåret om at en vertsstat må motvirke dens egne borgeres samfunnsskadelige handlinger. For det første vil det ikke alltid i slike tilfelle stemme at bare utenlandske Hells Angels-medlemmer kan utgjøre en trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Islendinger kan tross alt kan være medlemmer av utenlandske Hells Angels-avdelinger, slik som Hamcon.⁵⁰⁴ For det andre, selv om det er riktig at et utenlandsk Hells Angels-medlem var nødvendig for den konkrete operasjonen, er det klart at islandske myndigheter har en generell plikt til å reagere mot samfunnsskadelig adferd utvist av nasjonale MC-klubbmedlemmer. Det fremgår indirekte av avgjørelsen at islandske myndighetene motvirket den lokale klubben Fáfñir.⁵⁰⁵ Etter mitt syn kunne imidlertid EFTA-domstolen klarere fremhevet kravet til en viss likebehandling av utenlandske og nasjonale EØS-borgere.

⁵⁰⁰ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 102.

⁵⁰¹ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 102.

⁵⁰² Sak E-15/12 *Wahl* premiss 105.

⁵⁰³ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 107.

⁵⁰⁴ Hells Angels-medlem Nilsen (2014).

⁵⁰⁵ Sak E-15/12 *Wahl* premiss 70, 95, 96 og 99.

4.6 Romfolk

4.6.1 Innledning

Interessante spørsmål oppstår dersom de EØS-rettslige betingelsene gjennomgått i kapittel 2 og 3 anvendes på en befolkningsgruppe – rom. I denne avhandlingen anvendes populærbetegnelsen «romfolk».⁵⁰⁶ Med ett kan det virke hårreisende å stille spørsmål om etniske grupper kan nektes innreise eller opphold. Den norske fremmedlovens § 11 (1) d) om «omstreifere» ble opphevet i 1988, hvis historiske forløper var «sigøyner-paragrafen» i fremmedloven av 1927.⁵⁰⁷ Praksis fra europeiske land, herunder Belgia og Frankrike, viser imidlertid at spørsmålet er aktuelt. Kollektiv utsendelse av romfolk skjer den dag i dag. Et nylig fremmet forslag om forbud mot tigging viser at spørsmålet kan bli aktuelt også i Norge, jf. nedenfor.

4.6.2 Individuell begrunnelse

Kollektiv utsendelse av utlendinger er forbudt etter EU-paktens artikkel 19 og EMK TP4 artikkel 4. Det vil si ethvert tiltak som tvinger utlendinger som gruppe å forlate et land såfremt ikke beslutningen er rimelig, objektivt og individuelt begrunnet.⁵⁰⁸ Dette kravet til individuell behandling følger som nevnt også av unionsborgerdirektivets artikkel 27 (1). Etter en gjennomgang av et sparsommelig rettskildetilfang, heller jeg under tvil til at EMK TP4 artikkel 4 også omfatter kollektive *innreisenektelser*.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Befolkningsgruppen «rom» i Norge omfatter trolig 300 til 400 personer som hovedsakelig er bosatt i Oslo-området. Flesteparten er opprinnelig fra Balkan. De organiserer seg i storfamilier og reiser i sommerhalvåret, jf. St. Meld. nr. 15 (2000-2001) punkt 1.5 og 4.3.2. Begrepet «romfolk» anvendes fordi «rom» samsvarer dårlig med norske bøyningmønstre og fordi det virker unødvendig politisk korrekt å anvende et annet begrep enn det som har festnet seg i politisk debatt. I tillegg illustrerer begrepsbruken spørsmålsstillingens stigmatiserende karakter.

⁵⁰⁷ NOU 1983:47 s. 210.

⁵⁰⁸ *Čonka mot Belgia* avsnitt 59, jf. *Andric mot Sverige* punkt 1.

⁵⁰⁹ Ordlyden «any measure compelling aliens, as a group, to leave a country» i *Čonka mot Belgia* avsnitt 59 er generell. I *Dritsas mfl. mot Italia* om den italienske innreisenektelsen av greske demonstranter (kapittel 4.3.2), ble en påberopelse av EMK TP artikkel 4 avvist fordi anførselen var åpenbart ugrunnet, jf. avsnitt 7.

Vilkåret om individuell behandling var ikke overholdt i EMDs dom *Čonka mot Belgia* fra 2002. En slovakisk romfamilie ble utsendt fra Belgia samme dag som en rekke andre slovakiske romfolk. Myndighetene talte om behov for en «collective repatriation» av slovakiske asylsøkere, og operasjonen ble betegnet som «Operation Golf».⁵¹⁰ Familiene ble sendt tilbake til Slovakia med ett fly, og flysetenumrene deres var skrevet på hendene deres med kulepenn.⁵¹¹ EMD fant at inngrepet blant annet krenket EMK TP4 artikkel 4. Det var ikke tilstrekkelig garanti for at personene var blitt individuelt behandlet. Et stort antall mennesker av samme opprinnelse led samme skjebne, myndighetene hadde på forhånd talt om kollektive utsendelser, utlendingene måtte møte opp samtidig på politistasjonen, påleggene om å forlate landet var identisk formulert, det var vanskelig for utlendingene å kontakte juridisk bistand og deres søknader om asyl var ikke ferdigbehandlet.⁵¹²

4.6.3 Virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel

Det er klart at romfolk ikke kan anses for å utgjøre en trussel mot den offentlige orden på grunn av deres etnisitet. Spørsmålet om «romfolk» kan utsendes er slik sett provoserende. I den videre drøftelsen anvendes imidlertid konkrete og praktiske eksempler på adferd som ofte forbindes med minoritetsgruppen. Spørsmålet er om *handlingene* utgjør virkelige, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlige trusler mot grunnleggende samfunnsinteresser. Drøftelsen er utelukkende rettslig og ikke uttrykk for noen politiske preferanser.

Vinningskriminalitet utgjør klart en trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse. Mindre alvorlig vinningskriminalitet utgjør i dag en utvisningsgrunn etter instruks fra Justisdepartementet, jf. diskusjonen i kapittel 3.3.4.5.⁵¹³ Litauiske, rumenske og polske statsborgere er ifølge Kripos i klart flertall blant utlendingene i lommetyverisaker.⁵¹⁴

Avvisningen ble således ikke begrunnet med at bestemmelsen var uanvendelig. Kanskje kan disse forholdene tilsa at «collective expulsion» ikke bare omfatter utsendelser, men også innreisenektelser.

⁵¹⁰ *Čonka mot Belgia* avsnitt 23 og 56.

⁵¹¹ *Čonka mot Belgia* avsnitt 22.

⁵¹² *Čonka mot Belgia* avsnitt 61-62.

⁵¹³ 2013-002-GI punkt 5.

⁵¹⁴ Kripos (2013) s. 13.

Flere romfolk bor utendørs og driver tiggervirksomhet, noe som kan medføre sanitære og ordensmessige problemer. Et argument har vært at tiggervirksomheten ikke skjer frivillig, men er et ledd i menneskehandel. Ifølge nyere forskning er dette ikke riktig. Personene er som hovedregel «selvstendige næringsdrivende familier».⁵¹⁵ Spørsmålet i det følgende er dermed om *frivillig* tigging kan utgjøre en alvorlig trussel mot den offentlige orden.

EU-domstolen har som nevnt ikke definert innholdet i uttrykket «grunnleggende samfunnsinteresse» i unionsborgerdirektivets artikkel 27 (2). På den ene siden er tigging som regel et resultat av fattigdom og kan virke uverdigg. I tillegg kan tigging medføre ordensproblemer dersom aktiviteten drives i et stort omfang.⁵¹⁶ På den annen side kan en slik tankegang medføre at én enkelt tigger utsendes fordi han, sammen med andre tiggere, er blitt et samfunnsproblem. *Alene* ville han kanskje ikke utgjøre en tilstrekkelig alvorlig trussel. I tillegg er det i strid med forholdsmessighetsprinsippet å utsende personer med det formål å redusere tiggervirksomhet dersom det finnes mindre inngripende, men like effektive, virkemidler for å motvirke aktiviteten. Et eksempel kan kanskje være en meldeplikt kombinert med «målrettede tiltak som kan avhjelpe underliggende årsaker til tigging, som nød og fattigdom i hjemlandet til tiggerne.»⁵¹⁷

Det er stor uenighet om temaet tigging. Avgjørende må være om vertsstaten som ønsker å utsende romfolk som tigger, overholder forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling, jf. nedenfor.

Én ting er imidlertid klart – å nekte romfolk *innreise* i forbindelse med en grensekontroll vil kunne være i strid med EØS-retten. For det første vil det kunne utgjøre etnisk diskriminering. For det andre er det i slike tilfelle ingen holdepunkter for at personene vil tigge, utføre vinningskriminalitet eller bo utendørs, annet enn eventuelle beviser om at personene mangler midler til å forsørge seg selv. Også fattige EØS-borgere har en

⁵¹⁵ Høringsbrev 13/5833-SWO punkt 2.1.

⁵¹⁶ Eksempelvis kom det flere enn hundre tiggere til Molde dagene i forkant av jazzfestivalen i juli 2013, jf. høringsbrev 13/5833-SWO punkt 2.2.

⁵¹⁷ Innst. 427 L (2012-2013) s. 4 om innføringen av meldeplikt i den norske politilovens § 14 nr. 8, se nedenfor i kapittel 4.6.4.

grunnleggende rett til å reise over medlemsstatenes grenser, og inngrep i personers frie bevegelighet kan som nevnt i kapittel 3.2.1 ikke begrunnes i økonomiske hensyn.

4.6.4 Forbudet mot vilkårlig forskjellsbehandling

Flere EØS-land har nedlagt forbud mot tiggevirksomhet eller regulert dette nærmere med regler om meldeplikt eller tidsmessige og stedlige begrensninger.⁵¹⁸ I det følgende reises spørsmålet om de norske reglene utgjør repressive eller genuine og effektive motvirkende tiltak som kan rettferdiggjøre utsendelse av romfolk som tigger.

Politolovens § 14 nr. 8 gir kommuner adgang til i vedtekter å sette vilkår for pengeinnsamling «med hensyn til tid og sted» og å gi politiet adgang til å pålegge meldeplikt og føre et register over pengeinnsamlere.⁵¹⁹ Dette er etter mitt syn klart et regulerende tiltak, ikke et virkemiddel som genuint og effektivt motvirker tigging. I tillegg er det ikke tale om et riksdekkende forbud, men en delegasjonshjemmel til den enkelte kommune. At bestemmelsen ikke kan rettferdiggjøre utsendelser er også Justis- og beredskapsdepartementets syn. I tråd med utlendingsforskriftens § 19-29 (1) forutsetter departementet at utenlandske tiggere bare kan bortvises eller utvises dersom det er adgang til å ilegge norske tiggere sanksjoner.⁵²⁰

21. mars 2014 foreslo departementet å endre § 14 nr. 8 slik at kommunene gis adgang til å forby tigging.⁵²¹ Forslaget er under behandling. Det er begrunnet med at dagens regel om meldeplikt og regulering ikke i tilstrekkelig grad forbygger kriminalitet, sørger for ro og orden eller sikrer innbyggernes behov for trygghet.⁵²² På den ene siden vil innføringen av

⁵¹⁸ Ifølge Prop.152 L (2012-2013) kapittel 3 er tigging ikke forbudt i Frankrike eller Nederland, men kommunene bestemmer om det skal reguleres eller forbys. I Danmark er tigging ulovlig, og kan straffes med seks måneders fengsel såfremt tiggeren allerede har fått en advarsel. Østerriksk forfatningsdomstol har derimot i to dommer av 30. juni 2012 og 6. desember 2012 har kommet til at lokale, generelle tiggeforbud er i strid med ytringsfriheten i EMK artikkel 10, jf. høringsbrev 13/5833-SWO punkt 3.3.

⁵¹⁹ Politiloven § 14 nr. 8 og politiregisterloven § 14.

⁵²⁰ Høringsbrev 12/2415- JAA punkt 2.2 og Prop. 152 L (2012-2013) kapittel 4.3.

⁵²¹ Høringsbrev 13/5833-SWO.

⁵²² Høringsbrev 13/5833-SWO punkt 1.2.

en slik regel utgjøre et repressivt tiltak som gir uttrykk for at flertallet i det norske Storting anser tigging som et samfunnsproblem. Forbudet hadde kanskje vært innført sentralt, hadde det ikke vært for hensynet til lokalt selvstyre.⁵²³ I det nye forslaget ønsker departementet dessuten at kommunene ikke skal være forpliktet til å kombinere tiggeforbud med sosialpolitiske tiltak.⁵²⁴

På den annen side legger forslaget opp til, i likhet med den nåværende bestemmelsen i politilovens § 14 nr. 8, at det er *kommunene* som skal forby aktiviteten. Dersom bare særlig utsatte kommuner, som Oslo og Drammen, innfører et slikt forbud, er det ikke legitimt å bortvise eller utvise en EØS-borger fra hele statens territorium. Også dersom flesteparten av kommunene innfører tiggeforbud, vil bortvisning eller utvisning innebære en vilkårlig forskjellsbehandling fordi det ikke reageres mot de norske tiggerne som oppholder seg i kommunene uten forbud. Et alternativ, som kan være i samsvar med EØS-retten, er at kommunene med tiggeforbud ilegger tiggere geografiske oppholdsforbud i samsvar med direktivets artikkel 22, jf. kapittel 3.4.2.

4.7 Sinnslidende personer

1964-direktivets vedlegg bestemte uttrykkelig at «alvorlige psykiske og mentale forstyrrelser, åpenbare psykoser med opphisselsestilstander, vrangforestillinger eller hallusinasjon ... og forvirringstilstander» kunne være en fare for den offentlige orden eller sikkerhet.⁵²⁵ Dette er ikke videreført i unionsborgerdirektivet, men må som nevnt i kapittel 3.2.2 gjelde like fullt i dag. 1964-direktivet sikter til en bredere personkrets enn dem som har begått straffbare handlinger og rettslig sett kan karakteriseres som såkalt «utilregnelige». Også andre sinnslidende personer kan uavhengig av en straffesak nektes innreise eller opphold dersom de utgjør en fare for samfunnet. Det er for eksempel ikke utelukket at en åpenbart sinnslidende person blir nektet innreise i forbindelse med en

⁵²³ Høringsbrev 13/5833-SWO punkt 3.1.

⁵²⁴ Høringsbrev 13/5833-SWO punkt 3.1.

⁵²⁵ Direktiv 64/221/EØF vedlegg bokstav B. I avhandlingens tekst er direktivets norske versjon tolket i samsvar med den franske («... de psychose délirante ou hallucinatoire et de psychose confusionnelle»). Den engelske versjonen har en noe annen formulering («... delirium, hallucinations or confusion»).

grensekontroll. Det forhåpentligvis mest praktiske er vel imidlertid at utilregnelige personer blir utsendt som følge av straffbare handlinger. Dette drøftes i det følgende.

Jeg har ikke funnet avgjørelser fra EU-domstolen om dette temaet. Spørsmålet var oppe i Borgarting lagmannsretts dom av 7. februar 2011. En spansk statsborger ble dømt til sikring for trusler og legemsbeskadigelse med særlig farlig redskap. Dette ble senere omgjort til tvungent psykisk helsevern, og det ble fattet vedtak om utvisning. Lagmannsretten uttalte at det ikke er til hinder for utvisning at EØS-borgeren er ilagt en slik særreaksjon. Det ble vist til utlendingslovens forarbeider, hvor departementet fremhever at også utilregnelige lovbrøtere bør kunne utvises siden

«begrunnelsen for utvisningsinstituttet ... også vil slå inn her, og da særlig hensynet til at samfunnet kan beskyttes mot personer som antas å utgjøre en samfunnsfare. Departementet understreker også at utvisning ikke er en straffereaksjon ... Skyldene er ikke et grunnvilkår for utvisning slik det er for straff.»⁵²⁶

Ved vurderingen av om spanjolen utgjorde en trussel mot samfunnet måtte det tas utgangspunkt i den situasjon at mannen ikke var underlagt tvungent psykisk helsevern eller tok sine medisiner. Uten medisiner var det en vesentlig risiko for alvorlig voldshandlinger, og derfor utgjorde han en umiddelbar og alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn. Samtidig fant lagmannsretten at utvisningen var uforholdsmessig blant annet fordi risikoen for nye alvorlige handlinger var liten hvis han *tok* sine medisiner. Dessuten var forholdsmessighetsvurderingen strengere ved utvisning av sinnslidende personer enn ved utvisning av tilregnelig.⁵²⁷

Dette er etter mitt syn fornuftige standpunkter. På den ene siden kan behovet for å beskytte samfunnet mot utilregnelige personer være betydelig, og som fremhevet i kapittel 3.3.4.1 har ikke utsendelsesinstituttet et pønalt formål. På den annen side er det tale om en meget inngripende reaksjon mot en gruppe mennesker som ikke kan stilles strafferettslig

⁵²⁶ LB-2010-23574.

⁵²⁷ LB-2010-23574.

ansvarlige for sine handlinger. Det bør derfor stilles strengere krav for å utsende disse enn tilregnelige personer.

5 Avslutning

Denne avhandlingen befinner seg i et grenseland mellom utgangspunktet om statenes territorielle *suverenitet* og EØS-avtalens formål om *fri bevegelse* over EØS-statenes grenser. Avveiningen mellom disse to prinsippene reguleres i unionsborgerdirektivet. EØS-borgere gis «en grunnleggende og individuell rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium», jf. fortalens første avsnitt. Samtidig kan medlemsstatene beskytte sine territorier dersom slike personer truer grunnleggende samfunnsmessige interesser, jf. unntaksbestemmelsen i artikkel 27.

Avhandlingen har vist at EØS-borgeres *rett* til innreise og opphold står sterkt. Det kreves intet annet enn at man unngår å bli en langvarig og urimelig byrde på vertsstatens sosialhjelpssystem. Samtidig har medlemsstatene en vid adgang til å *innskrenke* disse to rettighetene av hensynet til beskyttelsen av den offentlige orden, sikkerhet og folkehelse. Jeg har eksempelvis konkludert med at det ikke er et vilkår at man må ha begått straffbare handlinger for å bli nektet innreise eller opphold. Det sentrale kriterium – en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot en grunnleggende samfunnsinteresse – åpner nettopp for konkrete skjønnsmessige vurderinger. Avgjørende synes å være hvorledes vertsstaten behandler sine egne statsborgere. For å utvise rumenske tiggere, må norske myndigheter eksempelvis iverksette genuine og effektive tiltak mot nordmenn som tigger.

Den norske gjennomføringen av de EØS-rettslige reglene er interessant. For å bortvise eller utvise en utenlandsk EØS-borger, må det etter utlendingsforskriften § 19-29 være adgang til å ilegge «sanksjoner» mot norske borgere for tilsvarende forhold. I tillegg må EØS-borgeren ha begått en «lovovertrødelse». Det kan tyde på at EØS-borgere har en sterkere rett til innreise og opphold enn det EU- og EFTA-domstolen faktisk krever av medlemsstatene, selv om den reelle forskjell nok blir liten. Av de praktiske typetilfellene som er behandlet i avhandlingen, synes det for øvrig som om det særlig er medlemmer av MC-klubber og romfolk som er av interesse for norsk rett.

Selv om restriksjoner i de fire friheter skal tolkes snevert, er det medlemsstatene selv som bestemmer hvor sterkt og på hvilken måte hensynene til den offentlige *orden og sikkerhet* skal beskyttes. Behovene vil variere over tid og fra ett land til et annet. Et eksempel er at norske myndigheter innførte strengere praksis om utvisning av utenlandske lommetyver. Før finanskrisen og økningen av mobil vinningskriminalitet var ikke dette nødvendigvis et like aktuelt tiltak. Hensynet til den offentlige *helse* gir derimot mindre rom for slik nasjonal skjønnsutøvelse. Det skyldes at dette formålets innhold er nærmere definert med medisinske begreper. Folkehelsen er heller ikke en utpreget praktisk begrunnelse for innreise- eller oppholdsnektelser.

Vertsstatene anvender som regel to virkemidler for å oppnå formålene: *innreisenekt* i forbindelse med grensekontroll og *utsendelse* etter innreise. Dette er prinsipielt forskjellige situasjoner. Ved innreise gjør ikke hensynet til personens grad av integrasjon seg gjeldende. Derfor skal det mindre til for å nekte innreise enn opphold. Dette til tross for at en innreisenekt baserer seg på en preventiv vurdering. Problemstillingen illustreres av EFTA-domstolen i *Wahl*-saken fra 2013, hvor et norsk Hells Angels-medlem ble nektet innreise til Island. Siden graden av integrasjon i vertsstaten er et viktig kriterium, vil EØS-borgere også ha mindre beskyttelse mot utsendelse jo kortere et opphold i vertslandet har vært.

Avhandlingen illustrerer et samspill mellom EU-lovgiver og EU-domstolen. Romatraktaten og 1964-direktivet ga grunnlaget for en utvikling i rettspraksis, som så delvis ble kodifisert ved unionsborgerdirektivet i 2004. Den offentlige orden er det hensynet som hyppigst har vært oppe for EU-domstolen. Et fåtall avgjørelser omhandler den offentlige sikkerhet. Hensynet til den offentlige helse synes derimot ikke å ha vært påberopt som begrunnelse for innreise- eller oppholdsnektelser i sakene for EU- eller EFTA-domstolen. Det har skjedd en utvikling siden *Van Duyn*-saken fra 1974, hvor EU-domstolen aksepterte at britene nektet innreise til en scientolog. For det første har *unionsborgerskapet* styrket målsettingen om europeisk integrasjon. For det andre har *menneskerettighetene*, særlig EMK artikkel 8, fått vesentlig innflytelse på EU-domstolens praksis.

Kilder

1. Konvensjoner og erklæringer

Verdenserklæringen	Verdenserklæringen om menneskerettigheter, Paris 1948
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
EMK TP4	Tilleggsprotokoll nr. 4 til EMK om beskyttelse av visse rettigheter og friheter som ikke allerede er omfattet av konvensjonen og av første tilleggsprotokoll til Konvensjonen, Strasbourg 1963
EMK TP7	Tilleggsprotokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, Strasbourg 1984
Romatraktaten	Traktaten om opprettelsen av Det europeiske økonomiske fellesskap, Roma 1957
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, New York 1966
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York 1989
TEU	Traktaten om Den europeiske union, Maastricht 1992
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992

ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, Oporto 1992
	FNs protokoll for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker, særlig kvinner og barn (supplement til konvensjonen mot grenseoverskridende organisert kriminalitet), Palermo 2000
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007
EU-pakten	Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, Lisboa 2007
	Europarådets konvensjon om tiltak mot menneskehandel, Warszawa 2005

2. Direktiver, forordninger og beslutninger fra EØS-komiteen

Direktiv 64/221/EØF	Rådsdirektiv av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen
Forordning (EØF) nr. 1612/68	Rådsforordning (EØF) nr. 1612/68 av 15. oktober 1968 om fri bevegelighet for arbeidstakere innen Fellesskapet
Direktiv 68/360/EØF	Rådsdirektiv av 15. oktober 1968 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for arbeidstakere fra medlemsstatene og deres familie

Direktiv 72/194/EØF	Rådsdirektiv av 18. mai 1972 om utvidelse av virkeområdet for rådsdirektiv av 25. februar 1964 om samordning av de særbestemmelser om innreise og opphold for utenlandske statsborgere som er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen, til også å omfatte arbeidstakere som utøver retten til å bli boende på en medlemsstats territorium etter å ha hatt arbeid der
Direktiv 73/148/EØF	Rådsdirektiv av 21. mai 1973 om opphevelse av reise- og oppholdsrestriksjoner innen Fellesskapet for statsborgere i medlemsstatene med hensyn til etablering og tjenesteytelse
Direktiv 75/35/EØF	Rådsdirektiv av 17. desember 1974 om utvidelse av virkeområdet for direktiv 64/221/EØF om samordning av særbestemmelsene om innreise og opphold for utenlandske statsborgere, i den utstrekning disse er begrunnet med hensynet til den offentlige orden og sikkerhet samt folkehelsen, til også å omfatte de statsborgere i en medlemsstat som utøver sin rett til å bli boende på en annen medlemsstats territorium etter å ha utøvd selvstendig næringsvirksomhet der
Direktiv 90/364/EØF	Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett
Direktiv 90/365/EØF	Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om oppholdsrett for lønnsinntakere og selvstendig næringsdrivende som har avsluttet sin yrkesvirksomhet

Direktiv 90/366/EØF	Rådsdirektiv av 28. juni 1990 om studenters oppholdsrett
Forordning (EF) nr. 343/2003	Rådsforordning (EF) nr. 343/2003 av 18. februar 2003 om fastsettelse av kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i en medlemsstat av en borger av et tredjeland (Dublin II-forordningen)
Direktiv 2004/38/EF	Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2004/38/EF av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium, om endring av forordning (EF) nr. 1612/68 og om oppheving av direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF («unionsborgerdirektivet»)
Direktiv 2006/123/EF	Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2006/123/EF av 12. desember 2006 om tjenester i det indre marked («tjenestedirektivet»)
Besl. nr. 158/2007	EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 av 7. desember 2007 om endring av EØS-avtalens vedlegg V (Fri bevegelighet for arbeidstakere) og vedlegg VIII (Etableringsrett)
Forordning (EU) nr. 492/2011	Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) nr. 492/2011 av 5. april 2011 om fri rørsle for arbeidstakere innanfor Unionen

Direktiv 2011/36/EU Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 2011/36/EU av 5. april 2011 «om forebyggelse og bekæmpelse af menneskehandel og beskyttelse af ofrene herfor, og om erstatning af Rådets rammeafgørelse 2002/629/RIA»

3. Internasjonal rettspraksis

3.1. EFTA-domstolen

Tilgjengelige ved <http://www.eftacourt.int/cases/>

<i>Restamark</i>	Sak E-1/94	Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark	REC 1994 s. 15
<i>Gevinstautomat</i>	Sak E-1/06	EFTA Surveillance Authority mot Norge	REC 2007 s. 8
<i>Clauder</i>	Sak E-4/11	Arnulf Clauder	REC 2011 s. 218
<i>Wahl</i>	Sak E-15/12	Jan Anfinn Wahl mot Island	Ikke trykket

3.2. EU-domstolen

Tilgjengelige ved <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<i>Van Duyn</i>	Sak 41/74	Yvonne Van Duyn mot Home Office	ECR 1974 s. 01337
<i>Bonsignore</i>	Sak 67/74	Carmelo Angelo Bonsignore mot Oberstadtdirektor der Stadt Köln	ECR 1975 s. 00297

<i>Rutili</i>	Sak 36/75	Roland Rutili mot Ministre de l'intérieur	ECR 1975 s. 01219
<i>Royer</i>	Sak 48/75	Jean Noël Royer	ECR 1976 s. 00497
<i>Henn og Darby</i>	Sak 34/79	Régina mot Maurice Donald Henn og John Frederick Ernest Darby	ECR 1979 s. 03795
<i>Bouchereau</i>	Sak 30/77	Régina mot Pierre Bouchereau	ECR 1977 s. 01999
<i>Adoui og Cornuaille</i>	Forente saker 115/81 og 116/81	Rezguia Adoui og Dominique Cornuaille mot Belgia	ECR 1982 s. 01665
<i>Campus Oil</i>	Sak 72/83	Campus Oil Limited mfl. mot Minister for Industry and Energy mfl.	ECR 1984 s. 02727
<i>Conegate</i>	Sak 121/85	Conegate Limited mot HM Customs & Excise	ECR 1986 s. 01007
<i>Kus</i>	Sak C-237/91	Kazim Kus mot Landeshauptstadt Wiesbaden	ECR 1992 s. I-06781
<i>Shingara og Radiom</i>	Sak C-65/95	The Queen mot Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara og Abbas Radiom	ECR 1997 s. I-03343

<i>Calfa</i>	Sak C-348/96	Donatella Calfa	ECR 1999 s. I-00011
<i>Mannesmannröhren- Werke</i>	Sak T-112/98	EU-kommisjonen Mannesmannröhren-Werke AG	mot ECR 2001 s. II-00729
<i>Yiadom</i>	Sak C-357/98	The Queen for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom	mot Secretary of State ECR 2000 s. I-09265
<i>Albore</i>	Sak C-423/98	Alfredo Albore	ECR 2000 s. I-05965
<i>Grzelczyk</i>	Sak C-184/99	Rudy Grzelczyk public d'aide sociale d'Ottignies- Louvain-la-Neuve	mot Centre ECR 2001 s. I-06193
<i>Jany</i>	Sak C-268/99	Aldona Malgorzata Jany Staatssecretaris van Justitie	mfl. mot ECR 2001 s. I-08615
<i>De Coster</i>	Sak C-17/00	François De Coster des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort	mot Collège ECR 2001 s. I-09445
<i>Olazabal</i>	Sak C-100/01	Ministre de l'Intérieur Oteiza Olazabal	mot Aitor ECR 2002 s. I-10981
<i>Orfanopoulos Oliveri</i>	og Forente saker C- 482/01 og C-	Georgios Orfanopoulos Raffaele Oliveri	mfl. og ECR 2004 mot Land Baden- s. I-05257

	493/01	Württemberg	
<i>Zhu og Chen</i>	Sak C-200/02	Kunqian Catherine Zhu og Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department	ECR 2004 s. I-09925
<i>Kommisjonen Tyskland</i>	<i>mot</i> Sak C-441/02	EU-kommisjonen mot Tyskland	ECR 2006 s. I-03449
<i>Cetinkaya</i>	Sak C-467/02	Inan Cetinkaya mot Land Baden-Württemberg	ECR 2004 s. I-10895
<i>Kommisjonen Spania</i>	<i>mot</i> Sak C-503/03	EU-kommisjonen mot Spania	ECR 2006 s. I-01097
<i>Eind</i>	Sak C-291/05	Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R.N.G. Eind	ECR 2007 s. I-10719
<i>Kommisjonen Nederland</i>	<i>mot</i> Sak C-50/06	EU-kommisjonen mot Nederland	ECR 2007 s. I-04383
<i>Polat</i>	Sak C-349/06	Murat Polat mot Stadt Rüsselsheim	ECR 2007 s. I-08167
<i>Jipa</i>	Sak C-33/07	Gheorghe Jipa mot Ministerul Administrației și Internelor – Direcția Generală de Pașapoarte București	ECR 2008 s. I-05157

<i>Akzo Nobel</i>	Sak C-550/07 P	EU-kommisjonen mot Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd	ECR 2010 s. I-08301
<i>Metock</i>	Sak C-127/08	Blaisse Baheten Metock mfl. mot Minister for Justice, Equality and Reform	ECR 2008 s. I-06241
<i>Tsakouridis</i>	Sak C-145/09	Land Baden-Württemberg mot Panagiotis Tsakouridis	ECR 2010 s. I-11979
<i>P.I.</i>	Sak C- 348/09	P.I. mot Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid	Ikke trykket
<i>Aladzhov</i>	Sak C-434/10	Petar Aladzhov mot Zamestnik direktor na Stolichna direktsia na vatreshnite raboti kam Ministerstvo na vatreshnite raboti	ECR 2011 s. I-11659
<i>Byankov</i>	Sak C-249/11	Hristo Byankov mot Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti	Ikke trykket
<i>ZZ</i>	Sak C-300/11	ZZ mot Secretary of State for the Home Department	Ikke trykket
<i>Alokpa</i>	Sak C-86/12	Adzo Domenyo Alokpa, Jarel Moudoulou og Eja Moudoulou mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration	Ikke trykket

<i>Essent</i>		Forente saker C-105/12, C-106/12 og C-107/12	Essent NV mfl. Mot Staat der Nederlanden	Ikke trykket
<i>M.G.</i>		Sak C-400/12	Secretary of State for the Home Department mot M.G.	Ikke trykket
<i>Digital Ireland</i>	<i>Rights</i>	Forente saker C-293/12 og C-594/12	Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications og Kärntner Landesregierung mfl.	Ikke trykket
<i>O. og B.</i>		Sak C-456/12	O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel	Ikke trykket
<i>S. og G.</i>		Sak C-457/12	S. og G. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel	Ikke trykket

3.3. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Tilgjengelige ved <http://curia.europa.eu/> og <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<i>Van Duyn</i>		Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mayras 13. november 1974 i sak 41/74 Yvonne van Duyn mot Home Office	ECR 1974 s. I-01337
<i>Rutili</i>		Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mayras 14. oktober 1975 i sak 36/75 Roland Rutili mot Ministre de l'intérieur	ECR 1975 s. 01219

<i>Bouchereau</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Warner 28. september 1977 i sak 30/77 Régina mot Pierre Bouchereau	ECR 1977 s. 01999
<i>Adoui og Cornuaille</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Capotorti 16. februar 1982 i forente saker 115/81 og 116/81 Rezugia Adoui og Dominique Cornuaille mot Belgia	ECR 1982 s. 01665
<i>Calfa</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat La Pergola 17. februar 1998 i sak C-348/96 Donatella Calfa mot Hellas	ECR 1999 s. I-00011
<i>Tsakouridis</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot 8. juni 2010 i sak C-145/09 Panagiotis Tsakouridis mot Land Baden-Württemberg	ECR 2010 s. I-11979
<i>P.I.</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot 6. mars 2012 i sak C-348/09 P.I. mot Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid	Ikke trykket

3.4. Den europeiske menneskerettsdomstol

Tilgjengelig ved <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/Pages/search.aspx#>

<i>Kokkinakis mot Hellas</i> , no. 14307/88	25. mai 1993
<i>Piermont mot Frankrike</i> , no. 15774/89	27. april 1995
<i>Andric mot Sverige</i> , no. 45917/99	23. februar 1999

<i>S.B. og D.B. mot Belgia</i> , no. 63403/00	15. juni 2006
<i>Boultif mot Sveits</i> , no. 54273/00	2. august 2001
<i>Stankov og The United Macedonian Organisation Ilinden mot Bulgaria</i> , no. 29221/95 og 29225/95	2. oktober 2001
<i>Čonka mot Belgia</i> , no. 51564/99	5. februar 2002
<i>Gorzelik mfl. mot Polen</i> [GC], no. 44158/98	17. februar 2004
<i>S.B. og D.B. mot Belgia</i> , no. 63403/00	15. juni 2006
<i>Üner mot Nederland</i> [GC], no. 46410/99	18. oktober 2006
<i>Church of Scientology Moscow mot Russland</i> , no. 18147/02	5. april 2007
<i>Maslov mot Østerrike</i> [GC], no. 1638/03	23. juni 2008
<i>Kimlya mfl. mot Russland</i> , no. 76836/01 og 32782/03	1. oktober 2009
<i>M.S.S. mot Belgia og Hellas</i> [GC], no. 30696/09	21. januar 2011
<i>Dritsas mfl. mot Italia</i> , no. 2344/02	2. februar 2011
<i>Hirsi Jamaa mfl. mot Italia</i> [GC], no. 27765/09	23. februar 2012

4. Dokumenter fra Rådet og EU-kommisjonen

Tilgjengelige ved <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

- COM(99) 372 *Commission Communication to the Council and the European Parliament on the special measures and residence of citizens of the Union which are justified on grounds of public policy, public security or public health* 23. juli 1999
(<http://aei.pitt.edu/50370/> [sitert 24. mai 2014])
- COM(2008) 840 *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States* 10. desember 2008
- COM(2009) 313 *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 right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States* 2. juli 2009
- 2010/C 165/01 *Council Resolution concerning an updated handbook with recommendations for international police cooperation and measures to prevent and control violence and disturbances in* 3. juni 2010

connection with football matches with an international dimension, in which at least one Member State is involved

5. Norske kilder

5.1. Lover og forskrifter

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 (historisk versjon)
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1927 Fremmedloven av 22. april 1927 nr. 4 (opph.)
- 1956 Lov om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven) av 27. juli 1956 (opph.)
- 1965 Lov om vegtrafikk (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr. 4
- 1969 Lov om trdomssamfunn og ymist anna av 13. juni 1969 nr. 25
- 1975 Lov om utlevering av lovbrytere m.v. (utleveringsloven) av 13. juni 1975 nr. 39
- 1977 Lov om motorferdsel i utmark og vassdrag av 10. juni 1977 nr. 82
- 1980 Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven) av 13. juni 1980 nr. 35
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

- 1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3
- 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64 (opph.)
- 1992 Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132
- 1995 Lov om lotterier m.v. (lotteriloven) av 24. februar 1995 nr. 11
- 1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr. 53
- 2001 Forskrift om forbud mot bruk av beltemotorsykkel (snøscooter) på offentlig veg av 14. desember 2001 nr. 1411
- 2008 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35
- 2009 Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286
- 2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
- 2010 Lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven) av 28. mai 2010 nr. 16
- 2012 Lov om pågriping og overlevering til og frå Noreg for straffbare forhold på grunnlag av ein arrestordre (arrestordreloven) av 20. januar 2012 nr. 4

5.2. Forarbeider

- NOU 1983:47 *Ny fremmedlov*
- Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) *Om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)*
- NOU 2003:15 *Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff*
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*
- Ot.prp. nr. 48 (2007-2008) *Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)*
- Ot.prp. nr. 72 (2007-2008) *Om lov om endringer i utlendingslovgivinga (reglar for EØS- og EFTA-borgarar o.a.)*
- NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*
- Innst.O. nr. 3 (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 1902 og straffeprosessloven (kriminalisering av kjøp av seksuell omgang eller handling mv.)*
- St. Meld. 7 (2010-2011) *Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats*
(http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/2010-2011/meld-st-7-20102011.html?regj_oss=1&id=629113
[sitert 24. mai 2014])

- Innst. 58 S (2011-2012) *Om representantforslag fra stortingsrepresentantene Anders B. Werp, André Oktay Dahl, Linda C. Hofstad Helleland, Arve Kambe og Ingjerd Schou om bekjempelse av 1 % MC-klubber*
- Innst. 427 L (2012-2013) *Om endringer i politiloven*
- Prop.152 L (2012-2013) *Endringer i politiloven*
- NOU 2013:1 *Det livssynsåpne samfunn: En helhetlig tros- og livssynspolitik*
- Prop.1 S (2013–2014) *For budsjettåret 2014 Utgiftskapitler: 600-667, 2470, 2541-2542, 2620-2690 Inntektskapitler: 3600-3642, 5470, 5571, 5607, 5701-5705*
- Høringsbrev 12/2415-JAA *Høring – forslag til endring i politiloven (adgang til å pålegge meldeplikt for pengeinnsamling og til å regulere pengeinnsamling på offentlig sted)*
(http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoering_sdok/2013/horing--forslag-til-endring-i-politilove/horingsbrev.html?id=714647 [sitert 24. mai 2014])
- Høringsbrev 13/5833-SWO *Høring – forslag til endring i politiloven (adgang for kommunene til å forby tiggings på offentlig sted)*
(http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoering_sdok/2014/Horing--forslag-til-endring-i-politiloven-adgang-for-kommunene-til-a-forby-tigging-pa-offentlig-sted/Horingsbrev.html?id=753879 [sitert 24. mai 2014])

5.3. Rettspraksis

Høyesterett:

Rt-2009-705

Rt-2012-1985

Rt-2012-2039

HR-2014-00993-U (sak nr. 2014/600) av 19. mai 2014

Underretter:

RG-1997-846

LB-2010-23574

LB-2013-116383

LH-2013-137778

Oslo byretts dom nr. 94-00168 A/45 av 23. november 1994 (tilsendt av Oslo tingrett per e-post 14. januar 2014)

TOSLO-2013-176606 av 24. april 2014

5.4. Forvaltningspraksis

Forbrukerombudsmannen	Vedtak	24. mars 1980	Sitert i Borgarting lagmannsretts dom RG-1997-846
Fylkesmannen	Ref. SHO	01/15358- 19. desember 2001	Oppnådd ved begjæring om innsyn fra Kulturdepartementet

Utlendingsdirektoratet	RS-2010-022, Saksnr. 09/4621	20. juli 2011	<a href="https://www.udirege
lverk.no/no/rettskild
er/udi-rundskriv/rs-
2010-022/">https://www.udirege lverk.no/no/rettskild er/udi-rundskriv/rs- 2010-022/ [sitert 24. mai 2014]
Justis- beredskapsdepartementet	og 2013-002-GI, Saksnr. 13/3208	17. juni 2013	<a href="http://www.udiregel
verk.no/no/rettskilde
r/departementets-
rundskriv-og-
instrukser/2013-
002-gi/">http://www.udiregel verk.no/no/rettskilde r/departementets- rundskriv-og- instrukser/2013- 002-gi/ [sitert 24. mai 2014]

6. Utenlandske avgjørelser

United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit	<i>United States v. Heldt</i>	668 F.2d 1238 (D.C. Cir. 1981), 2. oktober 1981
Court of Appeal (Civil Division)	<i>Gough and Smith v. Chief Constable of Derbyshire</i>	[2002] EWCA Civ 351, 20. mars 2002

7. Litteratur

De fleste tidsskriftsartiklene er tilgjengelige via <http://www.ub.uio.no/>

- Andenæs, Johs.,* Alminnelig strafferett 5. utg. Oslo, 2004
Georg Fr. Rieber-Mohn, Magnus Matningsdal
- Barav, Ami og Sandy Thomson* Deportation of EEC Nationals from the United Kingdom in the Light of the Bouchereau Case I: Legal Issues of European Integration (1977), s. 1-37
- Barnard, Catherine* The Substantive Law of the EU: the four freedoms 2. utg. Oxford, 2007
- Barnard, Catherine* The Substantive Law of the EU: the four freedoms 4. utg. Oxford, 2013
- Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud, Knut Erik Sæther* Straffeprosessloven : lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer 4. utg. Oslo, 2011
- Brinch Jørgensen, Ellen* Union Citizens: free movement and non-discrimination København, 1996
- Bull, Henrik* Det indre marked for tjenester og kapital: import av finansielle tjenester Oslo, 2002

- Carlier, Jean-Yves og Elspeth Guild* *The Future of Free Movement of Persons in the EU* Brussel, 2006
- Craig, Paul og Gráinne de Búrca* *EU Law: texts, cases and materials* 5. utg. Oxford, 2011
- Deards, Elspeth* Human rights for football hooligans? *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire* I: European Law Review (2002), s. 765-770
- Dulaney, William L.* A Brief History of 'Outlaw' Motorcycle Clubs I: International Journal of Motorcycle Studies Vol. 1, november 2005 (<http://ijms.nova.edu/November2005/> [siteret 24. mai 2014])
- Eriksen, Trond Berg og Petter Henriksen* *Aschehoug og Gyldendals store norske leksikon: bind 5 (Fav-Ga)* 4. utg. Oslo, 2005
- EØS-rett* Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011
- Fairhurst, John* *Law of the European Union* 9. utg. Harlow, 2012

- Fenger, Niels* Forvaltning og fællesskab: om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsret: konfrontation og frugtbar sameksistens København, 2004
- Fredriksen, Halvard Haukeland* Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten I: Jussens Venner (2013), s. 371-199
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen* EØS-rett Bergen, 2012
- Goodwin-Gill, Guy S.* Ordre Public Considered and Developed I: The Law Quarterly Review (1978), s. 354-358
- Guild, Elspeth og Paul Minderhound* Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe Hague, 2000
- Guild, Elspeth, Steve Peers og Jonathan Tomkin* The EU Citizenship Directive: a commentary Oxford, 2014
- Hartley, Trevor* EEC Immigration Law I: European studies in law: volume 7 Amsterdam, 1978

- Hartley, Trevor* 135. Joined Cases 115 and I: Common (1983), s. 116/81, *Adoui v. Belgian State* Market Law 131-145 and City of Liège and *Cornuaille* Review *v. Belgian State*. Preliminary Rulings of 18 May 1982 requested by the President of the *Tribunal de Première Instance*, Liège, not yet published
- Hendriks, Aart* The Right to Freedom of I: Nordic (1990), s. Movement and the Journal of 186-203 (Un)lawfulness of AIDS/HIV International Specific Travel Restrictions from Law a European Perspective
- Hubbard, L. Ron* Hva er scientologi?: den store København, encyclopedi om verdens raskest 1998 voksende religion
- Kjølbrot, Jon Fridrik* Den europæiske 3. utg. København, menneskerettigheds konvention: 2010 for praktikere
- Lewis, James R.* The Oxford handbook of new Oxford, religious movements 2004
- Lilli, Marco* Forholdsmessighetsprinsippet i I: Lov og Rett (1999), s. EU-retten og dets betydning i 515-535 norsk rett

- Mathisen, Gjermund* Om proporsjonalitet som skranke I: Jussens (2007), s.
for tiltak som gjør inngrep i EØS- Venner 80-92
avtalens fire friheter
- McNew, Charles* Recent Developments I: Virginia (1983), s.
Sanders Journal of 235-257
International
Law
- Møse, Erik* Menneskerettigheter Oslo, 2002
- Oliver, Peter* Oliver on Free Movement of 5. utg. Oxford,
Goods in the European Union 2010
- Overbeek, Junia Pais* AIDS/HIV Infection and the Free I: Common (1990), s.
Macedo van Movement of Persons within the Market Law 791-824
European Economic Community Review
- Rogers, Nicola, Rick* Free Movement of Persons in the 2. utg. London,
Scannell og John Enlarged European Union 2012
Walsh
- Rossi dal Pozzo, Francesco* Citizenship Rights and Freedom Alphen aan
of Movement in the European den Rijn,
Union 2013
- Usher, John A.* How fundamental is public I: European (1977), s.
policy? Law Review 449-453
- Vevstad, Vigdis (red.)* Utlendingsloven: Lov 15. mai Oslo, 2010

2008 nr. 35 om utlendingers
adgang til riket og deres opphold
her: kommentarutgave

- Wyatt, Derrick The «Public Policy» Proviso I: European (1976), s.
Law Review 217-221
- Wyatt, Derrick Annotation on Case 30/77 I: Common (1978), s.
Market Law 221-227
Review

8. Empiriske undersøkelser

- Pro Senteret «Farlige forbindelser»: En Oslo, 2012 <http://prosentret.no/1351/nyheter/ny-rapport-om-volden-prostituerte-utsettes-for/> [sitert 24. mai 2014]
- ROSA Rosa Årsrapport 2013 Oslo, 2013 http://www.rosa-help.no/rapporter_rosa.html [sitert 24. mai 2014]
(Reetablering, Oppholdssteder, Sikkerhet, Assistanse)
- KOM Rapport fra Oslo, 2013 <https://www.politi.no/>

	<i>Koordineringsenheten for Ofre for Menneskehandel 2012</i>		vedlegg/rapport/Vedlegg_2195.pdf [sitert 24. mai 2014]
Adora-prosjektet	<i>Årsrapport Adora-prosjektet 2011</i>	Oslo, 2011	http://www.rosa-help.no/rapporter_rosa.html [sitert 24. mai 2014]
Civita	<i>Trenger vi en ny prostitusjonspolitikk?</i>	Oslo, 2014	http://www.civita.no/publikasjon/trenger-vi-en-ny-prostitusjonspolitikk [sitert 24. mai 2014]
Politiet	<i>Én-prosent MC-kriminalitet (Magasinet Norsk Politi nr. 2)</i>	Juni 2012	https://www.politi.no/aktuelt/magasinet_norsk_politi/ [sitert 24. mai 2014]
Kripos	<i>Den organiserte kriminaliteten i Norge – trender og utfordringer 2013-2014</i>	Oslo, 2013	https://www.politi.no/kripos/publikasjoner/ [sitert 24. mai 2014]
Kripos	<i>Den organiserte kriminaliteten i Norge – trender og utfordringer i 2011-2012</i>	Oslo, 2012	https://www.politi.no/kripos/publikasjoner/ [sitert 24. mai 2014]

9. Andre kilder

Europarådets ministerkomité	<i>Committee of Ministers Recommendations Rec(2000)15 concerning the security of residence of long-term migrants</i>	Strasbourg, 13. september 2000	https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=371475&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864 [sitert 24. mai 2014]
Verdens helseorganisasjon (WHO)	<i>International Health Regulations</i>	Sveits, 23. mai 2005	http://www.who.int/ihreg/en/ [sitert 24. mai 2014]
VG-nett	<i>Politiker om Hells Angels- utstilling: Kunnskapsløst og naivt</i>	27. november 2013	http://www.vg.no/nyheter/innenriks/politiker-om-hells-angels-utstilling-kunnskapsloest-og-naivt/a/10133442/ [sitert 24. mai 2014]
Kulturdepartementet	E-post	Oslo, 27. februar 2014	
Hells Angels-medlem Glenn Nilsen	Samtale	Oslo, 25. mai 2014	