



## SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNSS

í máli E-15/12

BEIÐNI samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins, frá Hæstarétti Íslands, í máli

**Jan Anfinn Wahl**

gegn

**íslenska ríkinu**

varðandi túlkun á 27. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB frá 29. apríl 2004 um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna.

### **I Inngangur**

1. Með bréfi dagsettu 5. desember 2012, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 17. desember sama ár, óskaði Hæstiréttur Íslands eftir ráðgefandi áliti í máli sem rekið er fyrir dómstólnum, milli Jan Anfinn Wahl, (stefnandi), og íslenska ríkisins, (stefndi).
2. Stefnandi, norskur ríkisborgari og meðlimur í vélhjólasamtökum Vítisengla (e. „Hell's Angels“), var vísað frá Íslandi. Stjórnsýslukæru stefnanda sem fylgdi í kjölfarið var hafnað á grundvelli þess að einstaklingar sem tilheyrðu samtökunum væru taldir raunveruleg ógn við allsherjarreglu og almannaoýruggi vegna meintra athafna samtakanna og tengsla þeirra við skipulagða glæpastarfsemi. Sú vernd allsherjarreglu sem um væri að ræða væri fólgin í því að meina félögum í Vítisenglum landgöngu á Íslandi.
3. Í máli þessu reynir á hvort stjórnvöldum í EES-ríki sé samkvæmt reglum EES-réttar heimilt að telja ríkisborgara aðildarríkis ógn við allsherjarreglu eða almannaoýruggi einungis á grundvelli þeirrar staðreyndar að viðkomandi sé meðlimur í samtökum sem

talin eru hafa tengsl við skipulagða glæpastarfsemi, þótt samtökin séu sem slík ekki bönnuð í umræddu aðildarríki. Jafnframt er borin fram sú spurning, hvort ákvæði hegningarlaga sem lýsi þá háttsemi refsiverða að sammælast við annan mann um að fremja verknað og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, teljist grundvallarregla samfélagsins, eða hvort líta beri á slíkt ákvæði sem almenna forvarnarforsendu. Þar að auki vaknar sú spurning, hvort EES-ríki þurfi að leiða líkur að því að ásetningur viðkomandi einstaklings standi til þess að viðhafa háttsemi sem felst í tilteknum aðgerðum þannig að framferði einstaklingsins teljist, raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins.

4. Ágreiningur aðila í málinu fyrir landsdómstólnum snýr að óvissu um túlkun viðeigandi ákvæða landsréttar og takmarkanir á matskenndum heimildum yfirvalda, sem leiða af EES-samningnum.

## II Löggjöf

### *EES-réttur*

5. Í 7. gr. EES-samningsins segir:

*Gerðir sem vísað er til eða er að finna í viðaukum við samning þennan, eða ákvörðunum sameiginlegu EES-nefndarinnar, binda samningsaðila og eru þær eða verða teknar upp í landsrétt sem hér segir:*

- a. gerð sem samsvarar reglugerð EBE skal sem slík tekin upp í landsrétt samningsaðila;*
- b. gerð sem samsvarar tilskipun EBE skal veita yfirvöldum samningsaðila val um form og aðferð við framkvæmdina.*

Tilskipun 2004/38/EB<sup>1</sup>

6. Tilskipun 2004/38/EB var tekin upp í 1.-lið V. viðauka og 3.-lið VII. viðauka EES-samningsins.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB frá 29. apríl 2004 um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna, um breytingu á reglugerð (EBE) nr. 1612/68 og niðurfellingu tilskipana 64/221/EBE, 68/360/EBE, 72/194/EBE, 73/148/EBE, 75/34/EBE, 75/35/EBE, 90/364/EBE, 90/365/EBE og 93/96/EBE, Stjtið. ESB 2004 L 158, bls. 157 (leiðrétt í Stjtið. ESB 2004 L 229, bls. 35)

<sup>2</sup> Viðbót samkvæmt ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007 (Stjtið. ESB 2008 L 124, bls. 20, og EES-viðbæti nr. 26, 8.5.2008, bls. 17). Gekk í gildi 1. mars 2009.

7. Í 27. gr. tilskipunarinnar segir:

*Almennar meginreglur*

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

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

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

8. Í 31. gr. tilskipunarinnar segir:

*Réttarfarsreglur*

1. Viðkomandi einstaklingar skulu eiga kost á að skjóta máli sínu til dómstóla (e. *judicial redress procedures*) og, þar sem við á, stjórnsluyfirvalds (e. *administrative redress procedures*) í gístiaðildarríkinu til að óska endurskoðunar á hvers konar ákvörðun sem tekin hefur verið í máli þeirra á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða lýðheilsu.

2. Ef beiðni um málsskot til eða endurskoðun dómstóla á ákvörðun um brottvísun fylgir beiðni um að fresta framkvæmd ákvörðunarinnar getur brottvísun frá yfirráðasvæðinu ekki átt sér stað fyrr en ákvörðun hefur verið tekin um frestunarbeiðnina, nema:

- ákvörðunin um brottvísun sé byggð á fyrri dómsniðurstöðu eða
- viðkomandi einstaklingar hafi áður fengið endurskoðun dómstóls eða
- ákvörðunin um brottvísun sé byggð á brýnum ástæðum um almannaöryggi skv. 3. mgr. 28. gr.

3. Málskotsleiðirnar skulu fela í sér rannsókn á lögmæti ákvörðunarinnar og einnig á þeim staðreyndum og aðstæðum sem fyrirhuguð ráðstöfun er byggð á. Með þeim skal gengið úr skugga um að meðalhófs hafi verið gætt við töku ákvörðunarinnar, einkum í ljósi kröfunnar sem mælt er fyrir um í 28. gr.

4. Aðildarríki geta meinað viðkomandi einstaklingi aðgang að yfirráðasvæði sínu meðan á málsmeðferð vegna málskots stendur en þau mega ekki koma í veg fyrir að einstaklingur geti haldið uppi vörnum í eigin persónu nema slíkt geti valdið verulegum erfiðleikum varðandi allsherjarreglu eða almannaöryggi eða í þeim tilvikum þegar málsskotið eða endurskoðun dómstóls varðar bann við því að koma inn á yfirráðasvæðið.

9. Í 37. gr. tilskipunarinnar segir:

*Ákvæði þessarar tilskipunar skulu ekki hafa áhrif á lög eða stjórnsýslufyrirmæli sem aðildarríki setja og eru hagstæðari þeim einstaklingum sem þessi tilskipun tekur til.*

Ákvörðun sameiginlegu EES-nefndarinnar nr. 158/2007<sup>3</sup>

10. Í 8.-lið formálsorða ákvörðunarinnar segir:

*Hugtakið „ríkisfang í Sambandinu“ kemur ekki fyrir í samningnum.*

11. Í 1. gr. ákvörðunarinnar segir:

*VIII. viðauki við samninginn breytist sem hér segir:*

1) ...

...

*Ákvæði tilskipunarinnar skulu, að því er samning þennan varðar, aðlöguð sem hér segir:*

a. ...

b. ...

c. *Í stað hugtaksins „borgarar Sambandsins“ komi hugtakið „borgarar aðildarríkja EB og EFTA-ríkjanna“*

12. Í sameiginlegri yfirlýsingu samningsaðila vegna ákvörðunar nr. 158/2007 um að fella tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2004/38/EB inn í samninginn segir:

*Hugtakið ríkisfang í Sambandinu, sem kom fyrst fyrir í Maastrichtsáttmálanum (nú 17. gr. EB-sáttmálans og áfram), á sér enga hliðstæðu í EES-samningnum. Tilskipun 2004/38/EB er felld inn í EES-samninginn með fyrirvara um mat á því með hvaða hætti löggjöf Evrópusambandsins og dómaframkvæmd Evrópu-dómstólsins í tengslum við hugtakið ríkisfang í Sambandinu hefur áhrif á Evrópska*

---

<sup>3</sup> Sama.

efnahagssvæðið í framtíðinni. Í EES-samningnum eru engin ákvæði um stjórn mála réttindi ríkisborgara EES-ríkjanna.

*Landsréttur<sup>4</sup>*

13. Í 22. gr. laga um útlendinga nr. 96/2002 segir:

*Lögreglustjóri tekur ákvörðun um frávísun skv. a–i-lið 1. mgr. 18. gr. Útlendingastofnun tekur aðrar ákvarðanir samkvæmt kafla þessum. Lögregla undirbýr mál sem Útlendingastofnun tekur ákvörðun um. Nú telur lögregla skilyrði vera til að vísa útlendingi frá landi eða úr landi og sendir hún þá Útlendingastofnun gögn málsins til ákvörðunar.*

14. Í 41. gr. laga um útlendinga, sem innleiddi 27. gr. tilskipunarinnar, segir:

*Heimilt er að vísa EES- eða EFTA-útlendingi frá landi við komu til landsins eða allt að sjö sólarhringum eftir komu ef:*

- a. ...*
- b. ...*
- c. um er að ræða háttsemi sem greinir í 1. mgr. 42. gr., eða*
- d. það er nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, krefjandi þjóðarhagsmuna eða almannaheilbrigðis.*

*Lögreglustjóri tekur ákvörðun um frávísun skv. a- og b-lið 1. mgr., en Útlendingastofnun skv. c- og d-lið. Nægilegt er að meðferð máls hefst innan sjö sólarhringa frestsins.*

*Ef meðferð máls skv. 1. mgr. hefur ekki hafist innan sjö sólarhringa má vísa EES- eða EFTA-útlendingi frá landi með ákvörðun Útlendingastofnunar samkvæmt ákvæðum b-, c- og d-liðar innan þriggja mánaða frá komu til landsins.*

15. Í 42. gr. laga um útlendinga segir:

*(1) Heimilt er að vísa EES- eða EFTA-útlendingi, eða aðstandanda hans, úr landi ef það er nauðsynlegt með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaöryggis.*

*(2) Brottvísun skv. 1. mgr. má framkvæma ef útlendingurinn sýnir af sér eða ætla má að um sé að ræða persónubundna háttsemi sem felur í sér raunverulega og nægilega alvarlega ógn gagnvart grundvallarþjóðfélagssjónarmiðum. Ef útlendingurinn hefur verið dæmdur til refsingar eða sérstakar ráðstafanir*

---

<sup>4</sup> Þýðingar á ákvæðum landsréttar yfir á ensku eru ekki opinberar og byggðar á þeim þýðingum sem fram koma í gögnum málsins.

*ákvarðaðar má brottvísun af þessari ástæðu því aðeins fara fram að um sé að ræða háttsemi sem getur gefið til kynna að útlendingurinn muni fremja refsivert brot á ný.*

16. Efni tilskipunarinnar var nánar útfært með 87. gr. reglugerðar nr. 53/2003. Þar segir:

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

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

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

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

17. Í 175. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940, eins og henni var breytt með 5. gr. laga nr. 149/2009, segir:

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

*Með skipulögðum brotasamtökum er átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulegum hætti refsiverðan verknað sem varðar að minnsta kosti 4 ára fangelsi, eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.*

18. Í 10 gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 segir:

*Stjórnvald skal sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.*

19. Í 12. gr. stjórnsýslulaga segir:

*Stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.*

### III Málavextir og meðferð málsins

20. Með bréfi dagsettu 5. desember 2012, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 17. desember sama ár, óskaði Hæstiréttur Íslands eftir ráðgefandi áliti í máli sem rekið er fyrir dómstólnum, milli Jan Anfinn Wahl og íslenska ríkisins.

21. 5. febrúar 2010 kom stefnandi með flugi til Íslands. Hann var stöðvaður af tollvörðum og leitað í farangri hans. Þar fundust hlutir sem merktir voru vélhjólasamtökum Vítisengla.

22. Stefnanda var haldið á flugvellingum á meðan hann var beðinn um að gera grein fyrir fortíð sinni og ástæðu heimsóknar hans til Íslands. Hann kvaðst vera meðlimur í vélhjólasamtökum Vítisengla í Drammen í Noregi. Hann upplýsti að hann hefði engan sakaferil. Hann sagðist hafa í hyggju að skoða land og þjóð og heilsa upp á vini sína í íslenska vélhjólaklúbbnum Fáfni (sem síðar varð MC Iceland). Hann sagðist einnig eiga bókað flug til Oslóar 8. febrúar 2010. Í kjölfarið var honum vísað frá landi samkvæmt ákvörðun Útlendingastofnunar, sem honum var birt samdægurs. Á blaði, sem virðist hafa fylgt ákvörðuninni og áritað er með fangamarki stefnanda og tveggja lögreglumanna, kemur fram að borgara í EES-ríkis megi neita um inngöngu í Ísland sé það nauðsynlegt með tilliti til [allsherjarreglu] eða almannaöryggis.

23. Stefnandi kærði ákvörðun Útlendingastofnunar til innanríkisráðuneytis. Í kærinni segir meðal annars að hann sé 36 ára háskólanemi frá Noregi og skráður félagi í vélhjólafélag með lögmætan tilgang. Vélhjólafélagin sem hann tilheyri hafi aldrei gerst brotleg við lög, hvorki á Íslandi né í heimalandi hans og starfi í samræmi við lög.

24. Stefnandi og Útlendingastofnun skiluðu greinargerðum til innanríkisráðuneytisins. Í greinargerð Útlendingastofnunar er upplýst að stofnunin hafi samdægurs og stefnandi kom til landsins móttækið beiðni frá lögreglustjóranum á Suðurnesjum um að stofnunin tæki ákvörðun um hvort beita ætti c. lið 1. mgr. 41. gr. laga nr. 96/2002 í því skyni að vísa stefnanda frá landinu. Með þeirri beiðni hafi fylgt „Opíð hættumat greiningardeildar ríkislögreglustjórans vegna komu félaga Vítisengla til Íslands dags. 5. febrúar 2010.“ Í hættumatinu kom fram að líklegt væri að koma stefnanda tengdist fyrirhugaðri inngöngu fyrrgreinds íslensks vélhjólafélags í samtök Vítisengla, að inngönguferlinu hafi verið stýrt frá Noregi og að við inngönguna myndi íslenski hópurinn fá stöðu fullgildrar og sjálfstæðrar deildar innan Vítisengla. Þá segir í hættumatinu að alls staðar þar sem samtökin hafi náð að skjóta rótum hafi aukin skipulögð glæpastarfsemi fylgt í kjölfarið.

25. MC Iceland fékk fulla aðild að samtökum Vítisengla 4. mars 2011. Tillaga Noregsdeildar samtakanna var samþykkt í febrúar 2011, á fundi evrópskra foringja Vítisengla í Manchester á Englandi.

26. 16. júní 2010 kvað innanríkisráðuneytið upp úrskurð í málinu og hafnaði kærinni. Í rökstuðningi segir að hin kærða ákvörðun hafi verið byggð á c. lið 1. mgr. 41. gr. laga nr. 96/2002 eins og ákvæðinu hafi verið breytt með lögum nr. 86/2008. Ráðuneytið taldi að það ákvæði, ásamt 1. mgr. 42. gr. sömu laga, þar sem kveðið er á um í hvaða tilvikum heimilt sé að vísa frá landinu útlendingum sem séu ríkisborgarar aðildarríkja EES eða EFTA, hafi verið réttur lagalegur grundvöllur ákvörðunarinnar. Grundvöllur laganna væru skuldbindingar Íslands samkvæmt EES-samningnum og tilskipun 2004/38.

27. Innanríkisráðuneytið kvað heimilt samkvæmt EES-samningnum og tilskipun 2004/38, að vísa ríkisborgara EES-ríkis frá landi ef viðkomandi væri meðlimur í félagi eða samtökum sem ógna allsherjarreglu eða almannaöryggi og ekki væri nauðsynlegt að félagið eða samtökin væru bönnuð. Ráðuneytið útskýrði að í mati þess væri tekið tillit til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins og stuðst við orðsendingu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins til Evrópuþingsins og ráðherraráðs Evrópusambandsins frá 2. júlí 2009.

28. Ráðuneytið hélt því einnig fram að við túlkun og beitingu ákvæða um allsherjarreglu hefðu stjórnvöld svigrúm til að skilgreina nánar eigin þarfir og hvenær aðstæður væru slíkar að nauðsynlegt væri að takmarka frjálsa för til verndar slíkum hagsmunum. Matið yrði þó ávallt að byggja á málefnalegum grundvelli auk þess að taka mið af skuldbindingum Íslands samkvæmt EES-samningnum.

29. Ráðuneytið benti á að litið væri á „skipulögð glæpasamtök vélhjólamanna“ líkt og Vítisengla sem vaxandi ógn við samfélagið og að ríkislögreglustjórar Norðurlandanna hefðu mótað þá skýru stefnu að berjast gegn slíkri starfsemi. Frá árinu 2002 hafi ríkislögreglustjóri lagt fyrir lögreglustjóra að framfylgja þeirri stefnu. Í samræmi við það hafi félögum í Vítisenglum ítrekað verið synjað um landgöngu við komu sína til Íslands með vísan til allsherjarreglu og almannaöryggis.

30. Ráðuneytið tók undir þá afstöðu að í ljósi eðlis og starfsemi Vítisengla væru einstaklingar sem tilheyra samtökunum raunveruleg ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi á Íslandi. Koma meðlima samtakanna til landsins væri til þess fallin að greiða fyrir fullri aðild MC Iceland að samtökunum. Að mati ráðuneytisins myndi slík aðild styrkja ítök samtakanna hér á landi og útbreiðslu skipulagðrar brotastarfsemi.

31. Ráðuneytið taldi að nægilega hafi verið sýnt fram á að heimsókn stefnanda tengdist fullri aðild MC Iceland að samtökum Vítisengla. Aðild stefnanda að samtökunum sýndi að hann hafi samsamað sig markmiðum þeirra, fyrirætlan og þeirri starfsemi samtakanna sem talin væri ógna allsherjarreglu og almannaöryggi. Það var því, að mati ráðuneytisins, persónubundin háttsemi hans sjálfs sem hafi verið ástæða þess að



honum hafi verið vísað frá landinu 5. febrúar 2010. Koma hans hingað til lands hafi falið í sér alvarlega og raunverulega ógn við þá grundvallarhagsmuni samfélagsins að vernda allsherjarreglu og almannaoöryggi.

32. Kröfu stefnanda fyrir héraðsdómi um miskabætur og skaðabætur vegna fjártjóns var hafnað og héraðsdómur taldi enga stjórnsýslulega annmarka hafa verið á ákvörðun Útlendingastofnunar og úrskurði innanríkisráðuneytisins um að vísa honum frá landi.

33. Stefnandi skaut málinu til Hæstaréttar og gerir einungis kröfu um miskabætur vegna frelsissviptingar að ósekju og álitshnekkis sem hann varð fyrir vegna hennar. Byggir stefnandi kröfu sína á því að ákvörðun Útlendingastofnunar hafi verið ólögmat. Hann telur hættumat ríkislögreglustjóra hafa að geyma órökstuddar fullyrðingar um alla meðlimi vélhjólasamtakanna en sjálfur hafi hann ekkert til saka unnið, annað en að vera félagi í samtökunum og að eiga einkennisklæðnað þeirra. Hann heldur því jafnframt fram að innanríkisráðuneytið hafi ekki kannað grundvöll staðhæfinga sem komi fram í mati ríkislögreglustjóra.

34. Stefndi heldur því fram að koma erlendra meðlima samtakanna hafi verið til þess fallin að greiða fyrir fullri aðild innlands vélhjólafélags að samtökunum. Slík aðild myndi styrkja ítök samtakanna og útbreiðslu skipulagðrar brotastarfsemi. Að mati stefnda verður að telja að nægilega hafi verið sýnt fram á að heimsókn stefnanda tengdist fullri aðild félagsins að samtökunum. Enn fremur, að aðild hans að samtökunum sýni að hann hafi samsamað sig markmiðum þeirra, fyrirætlan og starfsemi, sem talin væru ógna allsherjarreglu og almannaoöryggi. Þessi persónubundna háttsemi hans sjálfs hafi því verið ástæða þess að honum hafi verið vísað frá landinu, þar sem hann uppfyllti skilyrði viðeigandi ákvæða landslaga. Auk þess mats lá skýrsla lögreglu til grundvallar ákvörðuninni. Ekki væri þó hægt að greina nánar frá innihaldi hennar.

35. Þátttaka í vélhjólasamtökum á borð við Vítisengla er ekki ólögmat sem slík og starfsemi slíkra samtaka hefur ekki verið bönnuð á Íslandi. Á hinn bóginn liggur refsing við því að sammælast við annan mann um að fremja verknað sem er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, samkvæmt 175. gr. a almennra hegningarlaga.

36. Hæstiréttur telur ósamræmi vera á milli íslenskra lagaákvæða um skilyrði þess að mönnum verði vísað frá landi, að því leyti að annars vegar heimili þau yfirvöldum að meina þeim landgöngu á grundvelli allsherjarreglu og almannaoöryggis og hins vegar kveði þau á um að aðeins megi vísa EES- og EFTA-ríkisborgurum frá landi ef heimilt sé að grípa til þess gagnvart íslenskum ríkisborgara við sambærilegar aðstæður. Hæstiréttur ákvað því að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um skýringu á tilteknum reglum EES-réttar sem ákvæði landsréttar taka mið af.

37. Við flutning málsins fyrir Hæstarétti 5. nóvember 2012 beindi rétturinn því til lögmannna aðila að þeir tjáðu sig um, hvort tilefni væri til þess að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins. Hvorugur aðilinn mælti því í mót að það yrði gert.

#### **IV Spurningarnar sem beint var til dómstólsins**

38. 17. desember 2012 ákvað Hæstiréttur Íslands að leita ráðgefandi álits dómstólsins og beindi eftirfarandi spurningum til hans:

- 1. Hafa ríki sem aðild eiga að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið í ljósi 7. gr. samningsins val um form og aðferð við að taka upp í landsrétt ákvæði tilskipunar Evrópuþingsins og Ráðsins 2004/38/EB um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkjanna?**
- 2. Ber að skýra ákvæði 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB svo að sú staðreynd, ein og sér, nægi til að telja borgara Sambandsins ógna allsherjarreglu og almannaöryggi í ríki sem aðild á að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, ef þar til bær yfirvöld í viðkomandi ríki telja, á grundvelli hættumats, að samtök, sem viðkomandi einstaklingur á aðild að, tengist skipulagðri brotastarfsemi og matið er byggt á því að þar sem slík samtök hafi náð að skjóta rötum hafi aukin og skipulögð brotastarfsemi fylgt í kjölfarið?**
- 3. Skiptir máli þegar annarri spurningunni er svarað hvort aðildarríkið hefur lýst samtök þau sem viðkomandi einstaklingur á aðild að ólögleg og bann hvílir í ríkinu við aðild að slíkum samtökum?**
- 4. Nægir það til að telja allsherjarreglu og almannaöryggi ógnað í skilningi 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB, að ríki sem aðild á að samningnum um Evrópska efnahagssvæðið hefur í löggjöf lýst refsiverða háttsemi sem felst í því að sammælast við annan mann um að fremja verknað og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka, eða teldist slík lagasetning almenn forvarnarforsenda í skilningi 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar? Er í spurningunni lagt til grundvallar að með skipulagðri brotastarfsemi í skilningi landsréttar sé átt við félagsskap þriggja eða fleiri manna sem hefur það að meginmarkmiði, beint eða óbeint í ávinningsskyni, að fremja með skipulögðum hætti refsiverðan verknað, eða þegar verulegur þáttur í starfseminni felst í því að fremja slíkan verknað.**
- 5. Ber að skilja 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB svo, að það sé forsenda fyrir beitingu úrræða samkvæmt 1. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar gagnvart tilteknum einstaklingi, að aðildarríkið þurfi að leiða að því líkur að ásetningur viðkomandi einstaklings standi til þess að viðhafa háttsemi sem felst í tiltekinni eða tilteknum aðgerðum eða aðgerðarleysi svo framferði einstaklingsins teljist, raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af [grundvallarhagsmunum] samfélagsins?**

## V Skriflegar greinargerðir

39. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. starfsreglna hans hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Stefnanda, í fyrirsvari er Oddgeir Einarsson, hæstaréttarlögmaður.
- Stefnda, í fyrirsvari er Óskar Thorarensen, hæstaréttarlögmaður, hjá embætti Ríkislögmans.
- Ríkisstjórn Noregs, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Pål Wennerås, lögmaður á skrifstofu ríkislögmans, og Janne Tysnes Kaasin, ráðgjafi hjá utanríkisráðuneytinu.
- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Xavier Lewis, framkvæmdastjóri lögfræði- og framkvæmdasviðs, Auður Ýr Steinarsdóttir og Catherine Howdle, lögfræðingar á lögfræði- og framkvæmdasviði.
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Christina Tufvesson og Michael Wilderspin, lögfræðilegir ráðgjafar.

## VI Samantekt yfir málsástæður og rök aðila

### *Stefnandi*

40. Stefnandi telur að túlka beri þröngt ákvæði sem kveða á um undanþágur frá frjálsu flæði innan EES þar sem um mikilvæga stoð í ESB og EES-rétti er að ræða. Af þeim sökum geti aðilar að EES-samningnum ekki ákveðið einhliða hvernig túlka beri undanþágur sem grundvallast á allsherjarreglu og almannaöryggi. Stefnandi vísar til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins, en þar segir „að túlka beri allar undantekningar frá því frelsi sem einstaklingur hefur í skjóli sambandsborgararéttar sérstaklega þröngt“<sup>5</sup> Stefnandi vísar í þessu sambandi til 22. liðar formálsorða tilskipunarinnar en þar segir orðrétt að „samkvæmt sáttmálanum [megi] takmarka réttinn til frjálsrar farar og dvalar á grundvelli allsherjarreglu, almannaöryggis eða lýðheilsu. Til að tryggja nákvæmari skilgreiningu á aðstæðum og réttarfarsreglum sem heimila að synja megi borgurum Evrópusambandsins og aðstandendum þeirra um leyfi til komu inn í land eða vísa þeim brott skal þessi tilskipun koma í stað tilskipunar ráðsins 64/221/EBE ...“. Stefnandi byggir á að ákvæði tilskipunarinnar dragi úr heimildum EES-ríkjana til að takmarka frjálst flæði og svigrúmi þeirra við að túlka slíkar takmarkanir.

---

<sup>5</sup> Vísað er til sameinaðra mála C-482/01 til C-493/01 *Orfanopoulos and Oliveri* [2004] ECR I-5257.

### Fyrsta spurningin

41. Stefnandi heldur því fram að það leiði af 7. gr. EES-samningsins að samningsaðilar hafi val um form og leiðir við að taka upp í landsrétt ákvæði tilskipunarinnar. Hins vegar séu þessari heimild settar skorður í 37. gr. tilskipunarinnar. Það leiðir af ákvæðinu að löggjöf sem byggist á sjálfræði aðildarríkisins verði að vera stefnanda í hag. Jafnframt beri þegar mismunandi túlkun kemur til greina að velja þá leið sem er hagstæðust einstaklingnum sem fellur undir tilskipunina.

42. Stefnandi telur að svar dómstólsins við fyrstu spurningunni eigi að vera:

*Samningsríkin hafa að teknu tilliti til 7. gr. EES-samningsins val um form og aðferð við hvernig þau taka ákvæði tilskipunar 2004/38/EB upp í landsrétt. Hins vegar skulu ákvæði tilskipunarinnar ekki hafa áhrif á lög, reglur eða stjórnslufyrirmæli sem aðildarríkin setja og eru hagstæðari þeim einstaklingum sem tilskipunin tekur til. Þar af leiðandi verður löggjöf sem byggir á sjálfræði ríkisins að vera stefnanda hagstæð. Auk þess skal tilskipunin túlkuð einstaklingunum sem falla undir hana í hag.*

### Önnur spurningin

43. Stefnandi telur að aðeins sé heimilt að synja um landgöngu samkvæmt 27. gr. tilskipunarinnar ef viðkomandi einstaklingur hefur viðhaft framferði sem talist getur verið ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi samkvæmt 2. mgr. 27. gr. Þar af leiðandi sé stjórnvöldum óheimilt að beita öðrum reglum eða vísa til stjórnsluframkvæmdar þegar þau synja um landgöngu.<sup>6</sup> Stefnandi telur að aðild að samtökum, án tillits til eðlis þeirra, geti aldrei ein og sér leitt til þess að einstaklingur verði talin ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi, ef almenn regla eða framkvæmd gildir um aðgerðir gegn öllum einstaklingum sem aðild eiga að samtökunum án þess að persónulegt framferði einstaklingsins sem í hlut á sé metið sérstaklega.

44. Stefnandi byggir á að til þess að aðild að samtökum verði talin persónulegt framferði í skilningi 27. gr. tilskipunarinnar verði meðlimurinn að vera virkur í starfi félagsins. Aðeins þeir sem eru stjórnendur eða virkir í starfsemi geti talist ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi. Stefnandi byggir á að fara verði fram einstaklingsbundið mat í hverju máli svo hægt sé að meta hvort meðlimur í samtökum tengist stefnu og starfsemi þeirra. Með vísan til hvernig tilskipunin var tekin upp í norskum rétti, telur stefnandi að hún heimili ekki að landgöngu sé hafnað einvörðungu á þeim forsendum að einstaklingur sé aðili að samtökum sem talin eru stunda skipulagða glæpastarfsemi.

---

<sup>6</sup> Vísað er til máls C-503/03 *Framkvæmdastjórnin gegn Spáni* [2006] ECR I-1097, 59. mgr.

45. Stefnandi vísar til dóms Evrópudómstólsins í hinu svonefnda *Van Duyn*<sup>7</sup> máli til stuðnings þeirri málsástæðu að hvað sem líði afstöðu stjórnvalda til félags eða með hvaða hætti einstaklingur tekur þátt í starfsemi þess, geti aðild að því aldrei leitt til þess að einstaklingur verði talin ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi nema stjórnvöld hafi gripið til aðgerða gagnvart félaginu og skilgreint afstöðu sína til þess. Stefnandi telur að einstaklingur sem hyggst ferðast til landsins verði að geta séð fyrir hvort honum verður meinuð landgang á grundvelli aðildar að félagi, til dæmis á grundvelli opinberra yfirlýsinga eða settra reglna. Auk þess byggir stefnandi á að skilyrðin við mat á hvort aðild að samtökum sé talin ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi hafi orðið strangari eftir að dómur gekk í *Van Duyn* málinu.

46. Jafnframt telur stefnandi að stjórnvöld verði að sýna fram á að samtök séu í raun tengd skipulagðri glæpastarfsemi til þess að þau geti talist ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi. Stjórnvöld verði að sýna fram á að glæpum hafi fjölgað eftir að samtökin voru stofnuð. Stefnandi telur stjórnvöld ekki geta gengið út frá þessu á grundvelli almenns áhættumats. Verði spurningunni svarað játandi muni það draga úr virkni réttarins til frjálsrar farar, þar sem stjórnvöld geti þá réttlætt takmarkanir á grundvelli fullyrðinga, sem ýmist er ekki nægileg stoð fyrir eða eru efnislega rangar, án þess að málsaðili fái hreyft við athugasemdum.

47. Að mati stefnanda eru viðmið um tengsl samtaka við skipulagða glæpastarfsemi of víðtæk og óljós til að hægt sé að líta til þeirra þegar landgöngu er hafnað. Þá sé ótækt að tengja stofnun samtaka við að skipulögð glæpastarfsemi aukist, þar sem slík aukning geti átt sér allt aðrar ástæður. Jafnvel þótt sýnt væri fram á orsakatengsl, væri ekki þar með sagt að aðild einstaklings að slíkum samtökum hefði áhrif þar á. Telur stefnandi að svo geti aðeins verið þegar meðlimurinn kemur að stofnuninni, til dæmis ef honum er fengið tiltekið hlutverk í samtökunum.

48. Stefnandi telur að svar dómstólsins við annarri spurningunni eigi að vera:

*Ákvæði 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB er ekki hægt að túlka á þá leið að sú staðreynd að þar til bær yfirvöld í viðkomandi ríki telji, á grundvelli hættumats, að samtök, sem viðkomandi einstaklingur á aðild að, tengist skipulagðri brotastarfsemi og matið er byggt á því að þar sem slík samtök hafi náð að skjóta rótum hafi aukin og skipulögð brotastarfsemi fylgt í kjölfarið, geti leitt til þess að borgari annars EES-ríkis sé talinn ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi í viðkomandi ríki.*

---

<sup>7</sup> Vísað er til máls 41/74 *Van Duyn v Home Office* [1974] ECR 1337.

### Þriðja spurningin

49. Stefnandi vísar til þess að í þeim hluta *Van Duyn* málsins sem varðar þessa spurningu hafi það verið niðurstaða dómstólsins að alþjóðalög legðu bann við að ríki synjuðu eigin ríkisborgurum um landgöngu. Stefnandi byggir á að samkvæmt nýlegum dómafordæmum sé óheimilt að mismuna ríkisborgurum EES-ríkja á grundvelli athafna þeirra. Leiðir það til þess að *Van Duyn* málið getur ekki lengur átt við þessa spurningu. Í samræmi við tilskipun ráðsins nr. 64/221/EBE um samræmingu á sérstökum ráðstöfunum er varða flutninga og búsetu erlendra ríkisborgara og réttlættar eru með skírskotun til allsherjarreglu, almannaöryggis og almannaheilbrigðis sé þar af leiðandi ekki hægt að synja eða vísa ríkisborgara annars EES-ríkis úr landi ef sams konar aðgerðum er ekki beint gegn ríkisborgurum viðkomandi aðildarríkis.<sup>8</sup> Stefnandi telur að „athæfi sem aðildarríki leyfa eigin ríkisborgurum geti ekki talist vera raunveruleg ógn við allsherjarreglu“.<sup>9</sup> Jafnframt er stjórnvöldum EES-ríkja ekki heimilt að takmarka ferðafrelsi ríkisborgara annarra EES-ríkja á grundvelli stjórnmalaskoðana þeirra ef sambærilegt bann hefur ekki verið lagt á ríkisborgara viðkomandi aðildarríkis.<sup>10</sup> Stefnandi heldur því fram að svo hægt sé að beita 27. gr. tilskipunarinnar beri Íslandi að kveða á um að starfsemi og aðild að samtökunum sé ólöglegt. Ef ekki er gripið til slíkra aðgerða er ekki hægt að leggja til grundvallar að einstaklingur feli í sér ógn við allsherjarreglu og almannaöryggi. Stefnandi byggir einnig á til vara að ef ekki er talið nauðsynlegt að banna samtökin í aðildarríki og þriðju spurningu verði þar með svarað neitandi standi eftir að annarri spurningu verði að svara neitandi þar sem grípa verði til aðgerða gegn einstaklingi búsettum í viðkomandi ríki sem er í sams konar stöðu og stefnandi.

50. Stefnandi telur að svar dómstólsins við þriðju spurningunni eigi að vera:

*Það hefur áhrif hvort EES-ríki hafi bannað starfsemina sem viðkomandi einstaklingur er aðili að og að bann hefur verið lagt við aðild að samtökunum.*

### Fjórða spurningin

51. Stefnandi bendir á að ákvæði íslenskra hegningarlaga hafi verið sett til að uppfylla skyldur Íslands um að innleiða samning Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarfsemi frá 2000 og eru ekki tengd reglum landsréttar um að takmarka landgöngu á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis. Einstaklingur geti því ekki séð fyrir að honum kunni að verða meinud landganga á grundvelli aðildar að samtökum. Stefnandi tekur fram að ákvæðið geri það ekki ólöglegt að koma á fót skipulagðri glæpastarfsemi heldur feli það einungis í sér refsihækkunarástæðu. Þar sem ákvæðið taki ekki til framferðis stefnanda sé ekki hægt að horfa til þess við mat á hvort skilyrði 27. gr.

---

<sup>8</sup> Vísað er til sameinaðra mála 115/81 til 116/81 *Adoui and Cornuaille v Belgium* [1982] ECR 1665, 9. mgr.

<sup>9</sup> Vísað er til máls C-268/99 *Jany and Others v Staatssecretaris van Justitie* [2001] ECR I-8615, 61. mgr.

<sup>10</sup> Vísað er til máls 36/75 *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur* [1975] ECR 1219, 53. mgr.

tilskipunarinnar séu uppfyllt. Samkvæmt stefnanda verður ákvæðið að vísa til tiltekinna samtaka svo heimilt sé að takmarka rétt einstaklings til frjálsra ferða. Eins og orðalagi þess er nú háttað feli ákvæðið aðeins í sér almennar takmarkanir innan marka 27. gr. tilskipunarinnar. Dómafordæmi styðja að ekki sé hægt að hafna einstaklingi landgöngu eða vísa honum úr landi á grundvelli almennra forvarnarforsenda.<sup>11</sup>

52. Stefnandi telur að svar dómstólsins við fjórðu spurningunni eigi að vera:

*Þótt EES-ríki hafi í löggjöf skilgreint það refsiverða athöfn að sammælast við annan mann að framkvæma verknað sem hluta af glæpasamtökum er það ekki nægilegur grundvöllur til að telja að allsherjarreglu og almannaöryggi sé ógnað í skilningi 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB. Með skipulögðum glæpum samkvæmt landsrétti er átt við samtök þriggja eða fleiri einstaklinga sem hafa það beint eða óbeint að meginmarkmiði að fremja glæpi eða þegar stór hluti af starfi samtakanna felst í að fremja glæpi. Slík löggjöf er talin vera almenn forvarnarforsenda samkvæmt 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar.*

Fimmta spurningin

53. Stefnandi byggir á að sönnunarbyrði á grundvelli 27. gr. tilskipunarinnar liggi hjá EES-ríkjunum. Samkvæmt dómaframkvæmd hafi hugtökin allsherjarregla og almannaöryggi verið metin svo að framferði einstaklings þurfi að fela í sér raunhæfa, yfirvofandi og nægilega aðsteðjandi ógn við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins.<sup>12</sup> Það sé undir landsdómstóli komið að meta hvort stjórnvöld hafi fært fram nægar sönnur fyrir máli sínu.

54. Stefndi telur að svar dómstólsins við fimmtu spurningunni eigi að vera:

*Skilja ber 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB á þann veg að það sé forsenda fyrir beitingu úrræða samkvæmt 1. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar gagnvart tilteknum einstaklingi, að aðildarríkið leiði að því líkur að ásetningur viðkomandi einstaklings standi til þess að viðhafa háttsemi sem felst í tiltekinni eða tilteknum athöfnum eða athafnaleysi til þess að framferði einstaklings teljist raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins.*

---

<sup>11</sup> Vísað er til máls 67/74 *Bonignore v Stadt Köln* [1975] ECR 297, 7. mgr., og áður tilvitnað máls *Framkvæmdastjórnin gegn Spáni*, 59. mgr.

<sup>12</sup> Vísað er til máls 30/77 *Regina v Bouchereau* [1977] ECR 1999, sérstaklega 35. mgr.

## Stefndi

### Fyrsta spurningin

55. Stefndi vísar til þess að 7. gr. EES-samningsins veiti aðilum hans val um form og aðferð við innleiðingu – hvort sem það er með almennri löggjöf eða reglugerð – án þess að takmarka rétt dómstóla til að túlka landsrétt í samræmi við EES-rétt og markmiða EES samkvæmt 3. gr. EES-samningsins.

### Önnur spurningin

56. Stefndi vísar til dómaframkvæmdar við mat á hvernig túlka beri tilskipun 64/221/EB<sup>13</sup> en sú dómaframkvæmd eigi jafnframt við um mál þetta. Meta verði svigrúm ríkisins við mat á hvort grípa eigi til aðgerða á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis, til dæmis vegna samtaka sem talin eru skaðleg fyrir þjóðfélagið, á grundvelli þessarar dómaframkvæmdar.<sup>14</sup> EES-réttur leggi ekki niður fastmótaðar reglur sem aðilar samningsins verða að fylgja við mat á hvað fer gegn allsherjarreglu<sup>15</sup> og samningsaðilum er frjálst að ákveða hvaða skilyrða ber að líta til við mat á allsherjarreglu og almannaöryggi, svo framarlega sem þau séu í samræmi við EES-rétt.<sup>16</sup> Samkvæmt 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar sé þetta skilyrði uppfyllt þegar um er að ræða raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins.<sup>17</sup> Stefndi heldur því fram að þessi túlkun hans sæki stoð í það svigrúm sem dómstólar hafi játað EES-ríkjum í tengslum við fjórfrelsið og þeim skilyrðum sem þeim hafa verið sett þegar þau hafa beitt fyrir sig réttlætunarástæðum á borð við allsherjarreglu og almannaöryggi.<sup>18</sup> EES-ríkin hafi umtalsvert svigrúm við mat á hvort aðgerð réttlæti að takmörkunum sé beitt jafnvel þótt dómaframkvæmd setji ströng skilyrði við því að vikið sé frá grundvallaréttindum fjórfrelsisins.

57. Stefndi heldur því einnig fram að hugtökin allsherjarregla og almannaöryggi séu samtengd. Bent er á að glæpastarfsemi, þar með taldir glæpir tengdir eiturlyfjaneytendum, skipulögð sala eiturlyfja og kynferðisbrot gegn einstaklingum undir lögaldri feli í sér nægilega alvarlega ógn gegn grundvallarhagsmunum samfélagsins, geti

---

<sup>13</sup> Tilskipun ráðsins nr. 64/221/EBE frá 25. febrúar 1964 um samræmingu á sérstökum ráðstöfunum er varða flutninga og búsetu erlendra ríkisborgara og réttlættar eru með skírskotun til allsherjarreglu, almannaöryggis og almannaheilbrigðis, sbr. enska sérútgáfu tilskipunarinnar sem birt var í Stjórnartíðindum ESB, 1963-1964, bls. 117.

<sup>14</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 18. mgr.

<sup>15</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Jany and Others*, 60. mgr.

<sup>16</sup> Vísað er til máls C-33/07 *Jipa* [2008] ECR I-5157, 23. mgr. og máls C-36/02 *Omega Spielhallen* [2004] ECR I-9609, 31. mgr.

<sup>17</sup> Vísað er til áður tilvitnaðra mála *Jipa*, 23. mgr., og *Orfanopoulos and Oliveri*, 66. mgr.

<sup>18</sup> Vísað er til máls C-54/99 *Église de scientologie* [2000] ECR I-1335, 17. mgr., og máls C-394/97 *Criminal Proceedings against Sami Heinonen* [1999] ECR I-3599, 43. mgr.



ógnað öryggi samfélagsins með beinum hætti og þar með réttlætt ákvörðun um brottvísun einstaklings sem hefur dvalið lengi í EES-ríki á grundvelli brýnna ástæðna sem varða almannaöryggi samkvæmt 3. mgr. 28. gr. tilskipunarinnar.<sup>19</sup> Þar af leiðandi getur að mati íslenska ríkisins ekki verið neinn vafi á að það falli innan heimilda þess að ákveða að starfsemi skipulagðra glæpasamtaka vélhjólamanna sé ógn við íbúa ríkisins, bæði hvað varðar persónulegt öryggi þeirra og réttinn til að njóta almennrar friðsældar. Slík starfsemi teljist þar með vera ógnun við grundvallarhagsmuni samfélagsins og því sé réttlætanlegt að gripið sé til aðgerða til þess að takmarka hana á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis.

58. Stefndi tekur það fram að fyrir landsdómstóli hafi verið lögð fram skjöl, meðal annars skýrsla frá Europol, þar sem fram hafi komið að Vítisenglar teldust til glæpasamtaka sem hefðu með höndum skipulagða brotastarfsemi og legðu áherslu á að hasla sér völl á nýjum svæðum. Stefndi tekur fram að norræn stjórnvöld hafi sett skýra stefnu um hvernig sporna eigi við skipulögðum glæpum vélhjólasmátaka og að lögregluþingvöld ríkjanna vinni saman að þessu marki. Aðgerðir stjórnvalda í þessum ríkjum hafi falist í að berjast gegn því að vélhjólaklúbbar af þessu tagi skjóti rótum til þess að stunda afbrot. Í því samhengi verður að vekja athygli á að íslensk stjórnvöld hafa upplýsingar um samvinnu á milli íslenskra vélhjólaklúbba og Vítisengla. Margir starfshópar hafa verið stofnaðir til að safna upplýsingum um þessa starfsemi og að berjast gegn henni.

59. Stefnandi heldur því fram að aukin samvinna að undirlagi Evrópusambandsins í að berjast gegn glæpum tengdum vélhjólaklúbbum hafi áhrif á hvernig skilgreina beri hugtökin allsherjarreglu og almannaöryggi.<sup>20</sup> Þegar horft er til þess hversu mjög félög af þessu tagi reiða sig á samstarf á milli landa og tengsl sín við sambærileg félög annars staðar til að hefja starfsemi í landi, þá feli innbyrðis tengsl þeirra í sér vaxandi ógnun við almenning, auk þess sem þau skapi ótta og óróa í samfélaginu.

60. Stefndi telur að þegar ógnun við allsherjarreglu og almannaöryggi sem stafar af hópi sem tengist skipulagðri glæpastarfsemi sé metin verði að leggja til grundvallar sömu viðmið og framkvæmdastjórnin hefur lagt til að beita beri í sérhverju máli<sup>21</sup> – sem eru eðli brotsins og skaðinn eða tjónið sem það hefur í för með sér. Þar af leiðandi geti aðgerðir sem fela í sér að meina aðila að samtökum eins og í þessu máli landgöngu fallið innan marka allsherjarreglu og almannaöryggis.

---

<sup>19</sup> Vísað er til máls C-145/09 *Land Baden-Württemberg v Panagiotis Tsakouridis* [2010] ECR I-11979, 46.-47. mgr., máls C-348/96 *Criminal Proceedings against Donatella Calfa* [1999] ECR I-11, 22. mgr., og máls C-348/09 *P.I. v Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, dómur frá 22. maí 2012, enn óbirtur.

<sup>20</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Tsakouridis*, 46.-47. mgr., og máls C-137/09 *Marc Michel Josemans v Burgemeester van Maastricht* [2010] ECR I-13019.

<sup>21</sup> Leiðbeinandi tilmæli framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins til Evrópuþingsins og ráðs Evrópusambandsins um betri innleiðingu og beitingu tilskipunar 2004/38/EBE um rétt borgara Sambandsins og aðstandenda þeirra til frjálsrar farar og dvalar á yfirráðasvæði aðildarríkja (COM 2009 313 final (“2009 tilmælin”), liður 3.2.

61. Af hálfu stefnda er því haldið fram að þegar samtök feli í sér ógnun við sjálfa samfélagsgerðina, þá leiði það af dómaframkvæmd að virk aðild að slíkum samtökum nægi til þess að unnt sé að slá því föstu að framferði einstaklings feli sér nægilega alvarlega ógnun við samfélagsgerðina.<sup>22</sup> Þar með uppfylli aðildin að slíkum samtökum, auk þeirrar röskunar sem sérhvert lögbrot felur í sér á hagsmunum samfélagsins, einnig skilyrðið um að teljast raunverulega og nægilega alvarleg ógnun við grundvallarhagsmuni samfélagsins.<sup>23</sup> Í þessu máli hafi ákvörðun stjórnvalda ekki aðeins verið byggð á virkri þátttöku stefnanda í samtökunum heldur einnig á einstaklingsmiðuðu mati um að heimsóknin hafi tengst inngöngu innlends félags í umrædd samtök.

62. Stefndi telur að svar dómstólsins við annarri spurningunni eigi að vera:

*Skýra ber 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB á þann veg að EES-ríki geti gripið til aðgerða til að takmarka ferðafrelsi ríkisborgara EES-ríkis á grundvelli allsherjarreglu og almannaoýruggis til að vernda almenning frá þeirri hættu sem steddjar af glæpastarfsemi og skipulagðri glæpastarfsemi. EES-ríki hefur svigrúm til að meta hvaða stefnu ber að taka í baráttunni við glæpi og skipulagða glæpastarfsemi, að virtum form- og efnisreglum tilskipunarinnar. Það er í verkahring landsdómstóls að meta á grundvelli fyrirliggjandi málsatvika hvort af einstaklingnum stafi raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn við grundvallarhagsmuni samfélagsins. Við þetta mat er nægilegt að einstaklingurinn sé virkur meðlimur í samtökum sem stjórnvöld telja að raunveruleg ógn stafi af við allsherjarreglu og almannaoýruggi.*

### Þriðja spurningin

63. Stefndi heldur því fram að ekki sé nauðsynlegt að samtök séu ólögsmæt samkvæmt landsrétti til þess að unnt sé að takmarka ferðafrelsi einstaklings vegna aðildar hans að þeim og meina honum landgöngu, svo framarlega sem ríkið hefur gripið til einhverra stjórnvaldsaðgerða til að koma böndum á starfsemi samtakanna.<sup>24</sup> Þetta leiði af því svigrúmi sem EES-ríkjum er veitt á þessu sviði og því að einungis sé gert ráð fyrir að viðhorf stjórnvalda EES-ríkis séu afmörkuð gagnvart félagasamtökum sem talin eru skaðleg fyrir samfélagið.<sup>25</sup> Af hálfu stefnda er því haldið fram að ekki sé byggt á því viðmiði hvort stjórnvöld hafi gripið til sams konar aðgerða gagnvart eigin ríkisborgurum, enda sé þeim óheimilt að vísa eigin ríkisborgurum frá landi.<sup>26</sup> Þess í stað beri að líta til

<sup>22</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 17. mgr.

<sup>23</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Orfanopoulos and Oliveri* og máls C-349/06 *Murat Polat v Stadt Rüsselsheim* [2007] ECR I-8167, 34.-36. mgr.

<sup>24</sup> Vísað er til liðar 3.3. í tilmælunum frá 2009.

<sup>25</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 19. mgr.

<sup>26</sup> Vísað er til máls C-434/09 *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department* [2011] ECR I-3375, 29. mgr. og dómafordæma sem þar er vísað til.

þess hvort gripið hafi verið til aðgerða til að draga úr starfseminni, eða annarra raunhæfra og virkra aðgerða til að berjast gegn henni.<sup>27</sup> Þar sem sambandsborgararéttur sé ekki hluti af EES-samningnum verði að leggja þetta skilyrði til grundvallar í þessu máli. Af þeim sökum telur stefndi að líta verði til þess hvort stjórnvöld hafi leitast við að sporna gegn háttsemi sem tengist aðild að samtökunum og að um sé að ræða fastmótaða opinbera stefnu þar sem gripið er til þvingunarráðstafana þegar þær eiga rétt á sér. Aðgerðir á grundvelli refsiréttar eða stjórnsýsluréttar geti falið í sér takmarkanir eða bann við fundum samtakanna.

64. Stefnandi telur að svar dómstólsins við þriðju spurningunni eigi að vera:

*Það hefur engin áhrif hvort EES-ríki hefur lýst samtök þau sem viðkomandi einstaklingur er aðili að ólögleg og/eða að bann hvíli í ríkinu við aðild að slíkum samtökum.*

#### Fjórða spurningin

65. Að mati stefnda leiðir það af svörum hans við spurningum tvö og þrjú að það hefur ekki þýðingu við mat á réttmæti skerðingar á ferðafrelsi sem byggir á allsherjarreglu og almannaöryggi hvort háttsemin sem hún beinist að sé sem slík lýst refsiverð. Hins vegar geti refsiverð athöfn haft áhrif þegar metið er hvort af henni stafar nægileg ógn til að heimilt sé að hafna ríkisborgara EES-ríkis um landgöngu í öðru EES-ríki. Stefndi byggir á að þó svo að athöfn sé lýst refsiverð í samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar þá sé ekki þar með sagt að slík aðgerð feli fyrst og fremst í sér almenna forvarnarforsendu, sbr. svar stefnda við fimmtu spurningu.

#### Fimmta spurningin

66. Stefndi vísar til dóms Evrópuðómstólsins *Van Duyn*<sup>28</sup> til stuðnings því að virk þátttaka í samtökum sé nægjanleg svo um persónulegt framferði sé að ræða í skilningi 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar. Aðild að samtökum endurspeglir þátttöku í starfsemi þeirra og að auki samsömun við markmið þeirra og fyrirætlanir. Líta megi á slíka aðild sem sjálfviljuga ákvörðun einstaklings og þar af leiðandi sem hluta af persónulegri háttsemi hans. Í þessu máli hafi sú áhætta sem um var að ræða verið fólgin í yfirvofandi aðild íslensks vélhjólaklúbbs að tilteknum samtökum.

67. Stefndi heldur því fram að samkvæmt ákvæðum tilskipunar 2004/38 sé heimilt að vísa ríkisborgara EES-ríkis, jafnvel eftir langa búsetu, úr landi á grundvelli dóms vegna refsiverðar háttsemi. Aðeins sjálfkrafa brottvísun úr landi vegna dæmdrar fangelsisvistar,

---

<sup>27</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Adoui and Cornuaille*, 7. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Jani and Others*, 61. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Polat*, 37.-38. mgr.; og máls C-100/01 *Ministre de l'Intérieur v Olazabal* [2002] ECR I-10981, 40. mgr.

<sup>28</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 17. mgr.

án einstaklingsbundins mats, feli í sér brot gegn 27. gr. tilskipunarinnar.<sup>29</sup> Þar af leiðandi sé heimilt að takmarka frjálsa för ef einstaklingsbundið mat hefur farið fram. Þetta mat getur byggst á hversu líklegt að einstaklingur muni sýna af sér tiltekna háttsemi og hvort hann hafi tilhneigingu til þess, t.d. ef hætta er á að hann brjóti aftur af sér.<sup>30</sup> Stefnandi telur að almennt mat sem byggir á fyrri háttsemi og forspá um háttsemi í framtíðinni sé nægilegt til að staðfest sé hvort ógn stafi af háttsemi einstaklings. Þegar um virka aðild að samtökum sé að ræða þá sýni slík þátttaka fram á persónulega háttsemi. Af því leiðir að allt frekara mat á persónulegri háttsemi, sem er í verkahring landsdómstóls að meta, verður að taka tillit til þeirrar hættu sem stafar af samtökunum. Í þessu sambandi verði því ekki lögð sú skylda á stjórnvöld að sýna fram á líkindi þess að einstaklingur ætli sér að taka þátt í ákveðnum athöfnum til þess að þau geti takmarkað frelsi hans á grundvelli allsherjarreglu og almannaoýruggis.

68. Stefndi byggir á að jafnvel þó að tilskipunin heimili ekki aðgerðir sem hafa það að markmiði að fæla erlenda ríkisborgara frá því að fremja sömu glæpi og viðkomandi einstaklingur,<sup>31</sup> þá girði hún ekki fyrir aðgerðir sem stefna að því að draga úr starfsemi ákveðins hóps og hafa afmarkað markmið þar sem þessar aðgerðir eru sérstakar í eðli sínu.

69. Stefndi heldur því fram að höfnun um landgöngu – sem felur ekki í sér bann við síðari endurkomu - geti verið í samræmi við meðalhóf,<sup>32</sup> sem á sér stoð í almennum reglum stjórnsluréttar, ef hætta er á að hagsmunir samfélagsins bíði alvarlegt tjón.

### *Ríkisstjórn Noregs*

#### Fyrsta spurningin

70. Ríkisstjórn Noregs telur að samkvæmt 7. gr. EES-samningsins sé samningsaðila heimilt að velja form og aðferð við innleiðingu. Það leiði af dómaframkvæmd að það sé ekki alltaf nauðsynlegt að innleiða með formlegum hætti skilyrði tilskipunar í sérstakri lagagrein í ljósi almenns lagalegs samhengis og hvernig dómstóll EES-ríkis hefur túlkað ákvæði landsréttar.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Orfanopoulos and Oliveri*, og mál C-50/06 *Framkvæmdastjórnin gegn Hollandi* [2007] ECR I-4383.

<sup>30</sup> Vísað er til tilmæla framkvæmdastjórnarinnar frá 2009.

<sup>31</sup> Vísað er til áður tilvitnaðra mála *Bonsignore* og *Orfanopoulos and Oliveri*, 68. mgr.

<sup>32</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Jipa*, 29. mgr.

<sup>33</sup> Vísað er til máls C-233/00 *Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi* [2003] ECR I-6625, 76. og 84. mgr., máls C-300/95 *Framkvæmdastjórnin gegn Bretlandi* [1997] ECR I-2649, 37. mgr., og máls C-452/01 *Ospelt* [2003] ECR I-9743, 53. mgr.

## Önnur til fimmta spurningin

71. Ríkisstjórn Noregs heldur því fram að eftirstandandi spurningum sé hægt að svara saman. Með spurningunum sé í grundvallaratriðum leitað eftir leiðsögn um hver séu skilyrði þess að EES-ríki geti takmarkað ferðafrelsi ríkisborgara EES-ríkis á grundvelli allsherjarreglu og almannaöryggis í samræmi við 27. gr. tilskipunarinnar.

72. Samkvæmt ríkisstjórn Noregs er það ljóst af orðalagi 27. gr. tilskipunarinnar að „allsherjarregla“ og „almannaöryggi“ séu ólík og aðskilin hugtök sem réttlætt geti takmarkanir. Það geti hins vegar haft mismunandi réttarlegar afleiðingar til hvors þeirra er vísað þegar réttlæta á takmörkun á ferðafrelsi.<sup>34</sup> Þar sem hugtakið almannaöryggi felur í sér öryggi aðildarríkisins gagnvart hættum jafnt innan frá sem utan<sup>35</sup> geti ýmsir þættir haft þýðingu í því sambandi, þar á meðal ógnir við virkni stofnana og nauðsynlega almannajónustu, svo og líf og tilvist almennings.<sup>36</sup> Hugtakið almannaöryggi geti þar af leiðandi falið í sér baráttu gegn skipulögðum glæpum, til dæmis í sambandi við verslun með fíkniefni sem skipulögð samtök standa fyrir.<sup>37</sup>

73. Ríkisstjórn Noregs byggir á að hugtakið „allsherjarregla“ lúti að „raunverulegri og aðsteðjandi ógn við grundvallarhagsmuni samfélagsins“.<sup>38</sup> Þótt hugtakið beri að túlka þröngt og EES-ríki geti ekki lagt mat á það einhliða án aðkomu stofnana EES,<sup>39</sup> sé það viðurkennd dómaframkvæmd að „þær tilteknu aðstæður sem réttlætt geta tilvísun til allsherjarreglu kunni vera breytilegar frá einu landi til annars og eftir því hvaða tímabil er um að ræða. Stjórnvöld í aðildarríki verði þess vegna að hafa svigrúm til mats innan marka sáttmálans.“<sup>40</sup> Ríkisstjórn Noregs vísar til margvíslegra markmiða löggjafans sem talist geta til „grundvallarhagsmuna samfélagsins“,<sup>41</sup> þar með talið baráttunnar gegn

---

<sup>34</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Tsakouridis*.

<sup>35</sup> Vísað er til máls C-273/97 *Sirdar* [1999] ECR I-7403, 17. mgr.; máls C-285/98 *Kreil* [2000] ECR I-69, 17. mgr.; máls C-423/98 *Albore* [2000] ECR I-5965, 18. mgr.; og máls C-186/01 *Dory* [2003] ECR I-2479, 32. mgr.

<sup>36</sup> Vísað er til máls 72/83 *Campus Oil and Others* [1984] ECR 2727, 34.-35. mgr.; máls C-70/94 *Werner* [1995] ECR I-3189, 27. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Albore*, 22. mgr.; og máls C-398/98 *Framkvæmdastjórnin gegn Grikklandi* [2001] ECR I-7915, 29. mgr.

<sup>37</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Tsakouridis*, 45.-47. mgr.

<sup>38</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Bouchereau*, 35. mgr.

<sup>39</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 18. mgr.

<sup>40</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Omega*, 31. mgr.

<sup>41</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Omega*, 32.-35. mgr.; áður tilvitnað máls *Église de scientologie*, 4. mgr. og 17.-20. mgr.; máls C-319/06 *Framkvæmdastjórnin gegn Lúxemborg* [2008] ECR I-4323, 50.-53. mgr.; máls E-12/10 *ESA v Iceland* [2011] EFTA Ct. Rep. 117, 59. mgr.; máls C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR I-13963, 88.-89. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 18.-23. mgr.; og áður tilvitnað máls *Josemans*, 62. mgr. og 65.-66. mgr.

glæpum<sup>42</sup> sem réttlætir ýmsar takmarkanir, þar á meðal á aðild að samtökum sem talin eru skaðleg almannahagsmunum.<sup>43</sup>

74. Ríkisstjórn Noregs telur dóminn í máli *Van Duyn* sérlega mikilvægan hvað varðar túlkun á þeim ákvæðum sem um ræðir í málinu. Þótt þar sé fjallað um túlkun á 3. gr. tilskipunar ráðsins 64/221/EBE, eigi sömu lagasjónarmið og liggja að baki 27. gr. tilskipunar 2004/38 við.<sup>44</sup> Þar af leiðandi liggur það skýrt fyrir að mati norskra stjórnvalda að aðild að félagi, sem endurspeglir þátttöku í starfsemi þess og samsömun með markmiðum þess og áætlunum, sé til marks um sjálfviljuga athöfn einstaklings og þar með þáttur í persónulegu framferði hans<sup>45</sup> í skilningi tilskipunar 64/221, og samkvæmt sömu grundvallarökum og 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB byggist á. Í öðru lagi sé EES-ríkjum ekki skylt að banna starfsemi samtaka til að takmarka ferðir meðlima, svo framarlega sem stjórnvöld hafi gripið til aðgerða gegn starfseminni.<sup>46</sup> Í þriðja lagi sé ekki óheimilt að synja ríkisborgara annars EES-ríkis landgöngu á þeirri forsendu að sömu aðgerðum hefur ekki verið beitt gegn ríkisborgum ríkisins sem hafnaði landgöngu.<sup>47</sup>

75. Ríkisstjórn Noregs telur að svar dómstólsins við annarri til fimmtu spurningu eigi að vera:

*Túlka ber 27. gr. tilskipunarinnar á þá leið að EES-ríki sé heimilt að líta til persónulegs framferðis einstaklings sem í hlut á við mat á því hvort takmarka eigi frjálsa för ríkisborgara EES-ríkis á grundvelli allsherjarreglu og almannaoýruggis, og þá nánar tiltekið þess hvort einstaklingurinn sé tengdur við einhvers konar félagslega heild eða samtök sem ríkið telur fela í sér ógn við samfélagið jafnvel þó þau séu ekki ólögæt. Gildir það þrátt fyrir að ríkið hafi ekki beitt sams konar takmörkunum gagnvart innlendum ríkisborgurum.*

#### *Eftirlitsstofnun EFTA*

#### Fyrsta spurningin

76. ESA byggir á því að samkvæmt 7. gr. EES-samningsins hafi EES-ríkin val um form og aðferð við að innleiða tilskipun nr. 2004/38/EB í landsrétt. Við innleiðinguna

---

<sup>42</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Bouchereau*, 27.-29. mgr.

<sup>43</sup> Vísað er til áður tilvitnaðra mála *Van Duyn*; *Église de scientologie*; *Omega*; og *Josemans*.

<sup>44</sup> Vísað er til máls C-434/10 *Aladzhev*, dómur frá 17. nóvember 2011, enn óbirtur, 32. mgr., máls C-430/10 *Gaydarov*, dómur frá 17. nóvember 2011, enn óbirtur, 31. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *McCarthy*, 29. mgr.

<sup>45</sup> Vísað er til máls *Van Duyn*, 17. mgr.

<sup>46</sup> Sami 19. mgr.

<sup>47</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 23. mgr., og áður tilvitnaðs máls *Polat*, 38. mgr.

verði þau að taka tillit til meginreglunnar um skilvirkni og verða að tryggja að markmið tilskipunarinnar séu uppfyllt.<sup>48</sup>

### Önnur spurningin

77. ESA vísar til leiðbeininga framkvæmdastjórnarinnar<sup>49</sup> og dómaframkvæmdar<sup>50</sup> til stuðnings afstöðu sinni um að almannaoýggi skírskoti bæði til innri og ytra öryggis, en að allsherjarregla sé almennt túlkuð á þann veg að hún vísi til sjónarmiða um að koma í veg fyrir röskun á samfélagsskipaninni. Enn fremur njóti EES-ríkin ákveðins svigrúms við mat á skilyrðum allsherjarreglu og almannaoýggis. Auk þess beri að taka fram að bannið við landgöngu sem á reynir byggðist á c-lið 1. mgr. 41. gr., sbr. 42. gr. útlendingalaga nr. 96/2002, sem heimilar takmarkanir ef þær eru taldar nauðsynlegar með skírskotun til allsherjarreglu eða almannaoýggis og ef einstaklingarnir sem um ræðir stunda eða eru taldir stunda athæfi sem felur í sér raunhæfa og verulega ógnun við grundvallarhagsmuni samfélagsins. ESA byggir á að þar sem telja megi „aðild að félagi, sem endurspeglir þátttöku í starfsemi þess og samsömun með markmiðum þess og áætlunum, til marks um sjálfviljuga athöfn einstaklings og þar með til framferðis“,<sup>51</sup> sé unnt að líta til aðildar einstaklings að samtökum sem talin eru stunda starfsemi sem metin er ógn við samfélagið við mat á framferði hans sjálfs.

78. ESA telur að í málinu fyrir landsdómstólunum hafi ákvörðun Útlendingastofnunar verið tekin á grundvelli þeirra upplýsinga sem lögreglan lagði fram, þar með talið opið áhættumat sem miðaði við komudag stefnanda. Þessi ákvörðun hafi verið í samræmi við fastmótaða framkvæmd Ríkislögreglustjóra. ESA bendi á að stjórnvöld annarra ríkja telji viðkomandi samtök vera skipulögð glæpasamtök. Á þeim tíma sem matið var gert lágu fyrir upplýsingar um að vélhjólaklúbburinn, sem þeir einstaklingar sem stefnandi ætlaði að hitta voru félagar í, hafði í hyggju að gerast aðili að viðkomandi samtökum. Í inngönguferli á borð við það sem vélhjólaklúbburinn tók þátt í sé framkvæmdin almennt sú að það félag sem gengur í samtökin sem stefnandi var aðili að taki upp hætti síðastnefndu samtakanna, með þeim afleiðingum að skipulögð glæpastarfsemi aukist. ESA byggir því á að í ljósi þess matssvigrúms EES-ríkjanna sem áður er vitnað til hafi Ísland haft réttmæta ástæðu til að ætla að skilyrðin um allsherjarreglu og almannaoýggi væru uppfyllt.

79. ESA telur að svar dómstólsins við annarri spurningunni eigi að vera:

---

<sup>48</sup>Vísad er til máls E-1/07 *Criminal Proceedings against A* [2007] EFTA Ct. Rep. 246, paragraphs 37-39, og máls C-104/10 *Patrick Kelley v National University of Ireland*, dómur frá 21. júlí 2011, enn óbirtur, 35. mgr.

<sup>49</sup> Vísad er til leiðbeinandi tilmæla framkvæmdastjórnarinnar frá 2009, bls. 10.

<sup>50</sup> Vísad er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 18. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Bouchereau*, 34. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Olazabal*, 44. mgr.; og álits Bots lögsögumanns í máli *Tsakouridis*, sem vitnað er til að ofan, liða 69-70.

<sup>51</sup> Vísad er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 17. mgr.

*Skýra ber 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB á þann veg að ef lögbær yfirvöld í EES-ríki telja, á grundvelli hættumats, að samtök sem einstaklingur á aðild að séu tengd skipulagðri glæpastarfsemi og að það mat er byggt á því að afbrotatíðni og skipulögð glæpastarfsemi hafi aukist þar sem slík samtök hafa náð að skjóta rótum, þá sé það atriði nægilegt til þess að ríkisborgari EES-ríkis verði talin ógn við allsherjarreglu og almannaoýrggi í því ríki sem um ræðir.*

#### Þriðja spurningin

80. ESA byggir á því að samkvæmt dómafordæmum sé heimilt að takmarka frjálsa för EES-borgara samkvæmt 27. gr. tilskipunarinnar jafnvel þótt umrætt ríki hafi ekki bannað starfsemi samtakanna, svo framarlega sem stjórnvöld hafa gripið til aðgerða til að vinna gegn starfseminni.<sup>52</sup> Þetta leiðir af því svigrúmi sem stjórnvöld hafa við val á aðgerðum sem þau geta gripið til við að vinna gegn starfsemi skipulagðra glæpasamtaka. ESA telur að stjórnvöld aðildarríkja séu best í stakk búin til að meta hvaða aðgerðir skila mestum árangri og einnig að meta neikvæð áhrif þeirra. Þá fari það ekki gegn tilskipuninni þótt stjórnvöld takmarki rétt ríkisborgara annarra EES-ríkja til frjálsrar farar þótt þau takmarki ekki rétt sinna eigin ríkisborgara þar sem samkvæmt alþjóðalögum sé ríki óheimilt að banna sínum eigin ríkisborgunum landgöngu eða búsetu.<sup>53</sup>

81. ESA telur að svar dómstólsins við þriðju spurningunni eigi að vera:

*Það skiptir ekki máli hvort EES-ríki hafi lýst samtök þau sem viðkomandi einstaklingur á aðild að ólögleg og hvort aðild að slíkum samtökum sé bönnuð í ríkinu.*

#### Fjórða spurningin

82. ESA tekur það fram að íslensk stjórnvöld byggðu ekki ákvörðun sína um að hafna landgöngu á þeim ákvæðum landsréttar sem vísað er til í spurningunni. Samt sem áður geti þau ákvæði landsréttar sem hér eru til umræðu falið í sér sönnun um viðtekna framkvæmd um aðgerðir gegn skipulagðri glæpastarfsemi. ESA telur þó að almenn tilvísun til ákvæða landsréttar sem kveður á um að skipulögð glæpastarfsemi sé refsiverð geti ekki talist vera nægilegur grundvöllur til að hafna landgöngu. Samkvæmt 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar sé yfirvöldum aðildarríkis skylt að meta sérstaklega hvort framferði einstaklingsins sem um ræðir feli í sér ógn.

83. ESA telur að svar dómstólsins við fjórðu spurningunni eigi að vera:

*Sú staðreynd að EES-ríki hafi í löggjöf lýst refsiverða háttsemi sem felst í því að sammælast við annan mann um að fremja verknað og framkvæmd verknaðarins er*

<sup>52</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn* og 19. mgr., og leiðbeininganna frá 2009, sbr. bls. 11-12.

<sup>53</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 20.-23. mgr., og áður tilvitnaðs máls *Olazabal*, 40.-42. mgr.



*liður í starfsemi skipulagðra brotasamtaka getur ekki talist vera nægilegur grundvöllur þess að allsherjarreglu og almannaoeryggi teljist ógnað í skilningi 1. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB.*

#### Fimmta spurningin

84. ESA telur að til að sýnt sé fram á að einstaklingsbundið framferði feli í sér raunverulega, yfirvofandi og nægilega alvarlega ógn við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins sé nóg að viðkomandi einstaklingur eigi aðild að samtökum sem talin eru stunda starfsemi sem fer gegn hagsmunum samfélagsins, þar hann hefur þá með aðild sinni samsamað sig markmiðum samtakanna sem um ræðir.<sup>54</sup> Í þessu samhengi girði sú staðreynd að einstaklingur hafi hreina sakaskrá ekki fyrir að stjórnvöld aðildarríkis álykti sem svo að af honum steðji ógn.

85. ESA telur að svar dómstólsins við fimmtu spurningunni eigi að vera:

*Við mat á því hvort framferði einstaklings teljist raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógn við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins samkvæmt 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38/EB getur EES-ríkið litið til staðreynda á borð við að einstaklingurinn sé aðili að samtökum sem tengjast skipulagðri glæpastarfsemi.*

#### Framkvæmdastjórnin

##### Fyrsta spurningin

86. Framkvæmdastjórnin byggir á að það sé ljóst af 7. gr. EES-samningsins að samningsaðilar hafa val um form og aðferð við innleiðingu tilskipunar, að því gefnu að tryggt sé tilskipunin hafi verið innleidd á réttan hátt í landsrétt og tryggt að ef landsréttur og EES-réttur fari ekki saman gangi EES-réttur fyrir.<sup>55</sup>

##### Önnur til fimmta spurning

87. Framkvæmdastjórnin byggir á því að svara megi þeim spurningum sem eftir standa sameiginlega. Í spurningunum sé leitað eftir leiðsögn um hvernig túlka beri 1. og 2. mgr. 27. gr. tilskipunarinnar. Sérstaklega sé leitað eftir leiðsögn um það atriði hvort aðild að samtökum sem tengd séu skipulagðri glæpastarfsemi og eru sem slík talin ógn við allsherjarreglu og almannaoeryggi í gístaðildarríki geti ein og sér réttlætt að hafna

---

<sup>54</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 17. mgr.

<sup>55</sup> Vísað er til bókunar 35 við EES-samninginn um innleiðingu EES-reglna.

landgöngu ríkisborgara annars EES-ríkis ef gístiaðildarríkið hefur ekki bannað aðild að samtökunum.

88. Framkvæmdastjórnin vísar um þetta atriði til skýrslu sinnar frá 2009<sup>56</sup> þar sem tekin var opinber afstaða til þeirra efnisatriða sem mál þetta lýtur að.

89. Í þessu samhengi tekur framkvæmdastjórnin fram að stefnanda hafi verið meinuð landganga en ekki vísað úr landi. Framkvæmdastjórnin tekur fram að varðandi brottvísun úr landi þurfi samkvæmt 23 lið formálaroða tilskipunarinnar að gæta meðalhófs við slíka aðgerð og hafa hliðsjón af því hversu mikið einstaklingur hefur aðlagast samfélaginu. Á hinn bóginn hafi stjórnvöld í gístiaðildarríki, þrátt fyrir orðalag 27. gr. tilskipunarinnar, mun víðtækara svigrúm til mats við að hafna landgöngu einstaklings en þegar þau vísa honum brott úr landi, ef einstaklingur hefur ekki aðlagast samfélagi gístiaðildarríkis.

90. Framkvæmdastjórnin telur að dómur Evrópuðómstólsins í máli *Van Duyn*<sup>57</sup> hafi hér verulega þýðingu, þó svo að málið hafi varðað tilskipun 64/221. Í fyrsta lagi hafi það þýðingu að telja megi aðild að félagi, sem endurspeglir þátttöku í starfsemi þess og samsömun með markmiðum þess og áætlunum, til marks um sjálfviljuga athöfn einstaklings og þar með til framferðis hans í skilningi 3. gr. tilskipunar 64/221, og nú, samkvæmt rökréttari ályktun, 2. mgr. 27. gr. tilskipunar 2004/38. Í öðru lagi sé ekki gerð krafa um það í EES-rétti að aðildarríki EES-samningsins þurfi að banna samtök áður en þau geta takmarkað frjálst frjálsta för félaga í slíkum samtökum og borið fyrir sig allsherjarreglu. Hins vegar verða stjórnvöld ríkisins að grípa til aðgerða gegn samtökunum og ógninni sem stafar af þeim og meðlimum þeirra og gera í því sambandi ráðstafanir sem hafa raunhæfa þýðingu.<sup>58</sup> Í þriðja lagi leggur framkvæmdastjórnin áherslu á niðurstöðu Evrópuðómstólsins í máli *Van Duyn* að bann við landgöngu inn á yfirráðasvæði EES-ríkis á grundvelli allsherjarreglu, og þar með við því að einstaklingur búi þar og starfi, sé ekki óheimilt þótt umrætt ríki hafi ekki lagt sams konar kvaðir á eigin ríkisborgara.<sup>59</sup>

91. Framkvæmdastjórnin tekur fram að íslensk stjórnvöld álíti að veruleg ógn stafi af skipulögðum vélhjólasamtökum og að þau hafi gripið til samræmdra aðgerða gegn þeim án þess þó að banna aðildina sem slíka. Það virðist koma reglulega fyrir að erlendum félögum vélhjólasamtaka Vítisengla sé synjuð landganga. Framkvæmdastjórnin telur að fyrirfram megi ætla að nægilegur grundvöllur sé fyrir hendi til þess að stjórnvöld geti meinað einstaklingi eins og stefnanda landgöngu.

---

<sup>56</sup> Vísað er til leiðbeininganna frá 2009, bls. 10 o.áfr.

<sup>57</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*.

<sup>58</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*, 20.-23.

<sup>59</sup> Vísað er til áður tilvitnaðra mála *Adoui and Cornuaille*, 8. mgr., *Jany and Others* og *Olazabal*, 42. mgr.

92. Að því er snertir hugleiðingar Hæstaréttar um hvort það geti talist almenn forvarnarforsenda að ríki hafi lýst refsiverða háttsemi sem felst í því að sammælast við annan mann um að fremja verknað, og framkvæmd verknaðarins er liður í starfsemi skipulagðra glæpasamtaka, þá bendir framkvæmdastjórnin á að ekki sé unnt að réttlæta aðgerðir sem byggjast á allsherjarreglu á grundvelli annarra sjónarmiða en reynir á í fyrirliggjandi máli.<sup>60</sup> Frávik frá reglum um frjálsta för verði að túlka þröngt í ljósi eðlis þeirra sem undantekninga og heimildir til frávikaráðist eingöngu af framferði þess einstaklings sem í hlut á.<sup>61</sup> Að áliti framkvæmdastjórnarinnar geta takmarkanir á heimildum ríkja um að byggja á almennum forvarnarforsendum þó ekki útilokað að stjórnvöldum EES-ríkis sé heimilt að grípa til forvirkra aðgerða til að koma í veg fyrir að ógn verði að veruleika, ef stjórnvaldið gerir það á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og í samræmi við meðalhóf. Í þessu samhengi tekur framkvæmdastjórnin fram að koma stefnanda til Íslands var talin tengjast undirbúningi fyrir fullri aðild að samtökum Vítisengla, sem myndi leiða til þess að skipulögð glæpastarfsemi ykist.

93. Framkvæmdastjórnin vekur athygli á því til samanburðar að í máli *Van Duyn*<sup>62</sup> hafi stefnanda aðeins verið ætlað að sinna lítilvægum störfum fyrir Vísindakirkjuna, sem hafi ekki tengst skipulagðri glæpastarfsemi, þrátt fyrir að starfsemi hennar teldist óæskileg. Í þessu máli sé stefnandi hins vegar talinn gegna forystuhlutverki í starfi samtaka sem talin eru tengjast skipulagðri glæpastarfsemi.

94. Varðandi þá spurningu Hæstaréttar hvort EES-ríki, sem hyggst beita úrræðum til að skerða rétt einstaklings til frjálstrar farar, þurfi að leiða að því líkur að ásetningur viðkomandi einstaklings standi til þess að viðhafa háttsemi sem felst í tiltekinni eða tilteknum aðgerðum eða aðgerðarleysi svo framferði einstaklingsins teljist raunveruleg, yfirvofandi og nægilega alvarleg ógnun við einhverja af grundvallarhagsmunum samfélagsins, leggur framkvæmdastjórnin áherslu á þær málsmeðferðarreglur sem settar eru í tilskipuninni í þágu réttaröryggis, einkum í 31. gr. hennar. Er það álit framkvæmdastjórnarinnar að réttur manna til að fá úrlausn um réttindi sín fyrir dómstólum samkvæmt ákvæðinu feli í sér tryggingu fyrir endurskoðun ákvörðunar í samræmi við réttarfarsreglur aðildarríkisins, að gættu samræmi við grundvallarreglur EES-réttar um jafnræði við málsmeðferð og skilvirka framkvæmd EES-réttar.<sup>63</sup> Það sé undir landsdómstólnum komið að taka afstöðu til þess hvort stjórnvöldum hafi tekist að færa fullnægjandi sönnur að því að þau hafi haft nægileg gögn til að ætla að stefnandi myndi taka þátt í þeim athöfnum sem af er látið. Það verður einnig að skoða hvort ákvörðunin sé í samræmi við meðalhóf, þ.e. að aðgerðin sé til þess fallinn að ná því

---

<sup>60</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Bonsignore*, 5.-7. mgr.

<sup>61</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Orfanopoulos and Oliveri*, 65. mgr.

<sup>62</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Van Duyn*.

<sup>63</sup> Vísað er til máls C-286/06 *Impact* [2008] ECR I-2483.

markmiði sem stefnt er að og hún fari ekki út fyrir þau mörk sem eru nauðsynlegt í því samhengi.<sup>64</sup>

95. Framkvæmdastjórnin telur að svar dómstólsins við annarri til fimmtu spurningunum eigi að vera:

*Við túlkun 27. gr. tilskipunar 2004/38 er unnt að líta til aðildar einstaklings að samtökum þegar lagt er mat á framferði hans, ef hann tekur þátt í starfi samtakanna og samsamar sig markmiðum þeirra og fyrirætlunum. Ekki er gerð krafa um að EES-ríki hafi gert aðild að samtökunum refsiverða eða bannað starfsemi þeirra til þess að það geti borið fyrir sig 27. gr., svo framarlega sem gripið hefur verið til aðgerða gagnvart samtökunum með þeim hætti að þær hafi raunhæfa þýðingu. Þar sem ákvæðið girðir fyrir að EES-ríki grípi til aðgerða á grundvelli almennra forvarnarsjónarmiða, verða þær ráðstafanir sem gripið er til að byggjast mati á hegðun þess einstaklings sem þær beinast að eða líklegri hegðun hans. Ekki er hægt að réttlæta ráðstafanir af þessu tagi með vísan til almennra varnaðarsjónarmiða sem ekki eiga stoð í atvikum málsins.*

Carl Baudenbacher  
Framsögumaður

---

<sup>64</sup> Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Olazabal*, 43. og 44. mgr.