**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV230 Rettsstat og menneskerettigheter

Eksamensdato: 18.12.2020

Kandidat: Liam Bjørnskau Wyke

Besvarelse kommentert av:

Heidi Stendal

I samarbeid med



Overført fra originaldokument av Nora Yasmin Olsen, fagansvarlig JUFO 2021. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

Våren 2021 øker antallet flyktninger fra Midt-Østen til Europa igjen, på bakgrunn av stor uro i i MidtØsten, og på bakgrunn av vanskeligheter når det gjelder samarbeidet mellom EU og Tyrkia om mekanismer for hvordan flyktningesituasjonen skal håndteres. Dette får betydning også for Norge. I april-mai dette året opplever Norge en stor tilstrømning av asylsøkere blant annet på grensen mellom Norge og Russland. Ved flere anledninger opplever norske styresmakter at asylsøkere forsvinner etter å ha hatt mottakssamtale og blitt sendt videre til et asylmottak. Det er også noen få episoder hvor asylsøkere som har forsvunnet fra asylmottak blir involvert i voldshendelser.

Regjeringen opplever et sterkt press om å sette i verk tiltak for å få flyktningesituasjonen under kontroll. Like ved grensen, i tilknytning til en nedlagt militærleir (la oss kalle den «Kirkenes-leiren») blir det i midten av mai opprettet et mottakssenter for asylsøkerne. Det blir satt opp en mengde brakker, slik at senteret skal ha god kapasitet til å huse de asylsøkere som kommer dit. Regjeringen vedtar, med hjemmel i utlendingsloven, en forskrift om at alle asylsøkere som ankommer den norskrussiske grensen skal sendes til dette mottakssenteret, og holdes der mens asylsøknaden deres blir vurdert, eller de velger å dra tilbake til Russland.

I følge forskriften kan de holdes på mottakssenteret i maksimalt 3 måneder uten ytterligere prøving av grunnlaget for å holde dem der. Dersom de skal holdes der i lengre tid, på mottakssenteret eller annetsteds, må vilkårene i utlendingsloven §§ 106 til 108 være innfridd.

Det settes opp høye gjerder rundt mottakssenteret, og gjennomført et strengt vakthold. Ingen asylsøkere får lov til å forlate mottakssenteret før en første vurdering av asylsøknaden er gjennomført. Unntaket er dersom de vil forsøke å dra tilbake til Russland. De vil da bli sluppet bort til den russiske grensen. Om de ikke slippes tilbake over den russiske grensen, må de komme tilbake til mottakssenteret.

Fra midten av mai er det jevnt over cirka 300 asylsøkere på mottakssenteret til enhver tid. Mottakssenteret dekker et område på cirka 60 mål (tilsvarende cirka 8 fotballbaner), med bygg, brakker, områdene mellom byggene, lekeplasser, ballspillbaner og skog. Asylsøkerne kan bevege seg fritt inne på dette området. Asylsøkerne kan kommunisere fritt med hverandre, og kan også motta besøk på bestemte tidspunkt, for eksempel av advokat eller av familie eller venner i Norge.

Det blir lagt til rette for at personer fra utenfor senteret etter søknad kan komme inn på senteret på bestemte tidspunkt for å gjennomføre religiøse møter, filmvisninger eller andre kulturelle arrangementer. Som en konsekvens av dette blir det flere dager i uken gjennomført et eller flere arrangementer av religiøs eller kulturell art inne på mottakssenterets område, som asylsøkerne kan velge å delta på. Det er også et provisorisk bibliotek inne på området, hvor asylsøkerne kan låne bøker på mange forskjellige språk. I tilknytning til biblioteket kan asylsøkerne også skrive seg opp på lister for å kunne gå på internett på egne datamaskiner for dette formålet. Det er mange nok datamaskiner til at den enkelte asylsøker jevnt over har mulighet til å være på internett mellom 2 og 3 timer hver dag.

Asylsøkerne får mat servert i leiren, i egne matsaler. Hver asylsøker får dagpenger, som er tilstrekkelig til å kjøpe nødvendige toalettartikler, og eventuelt noen brusflasker eller lignende i en egen kiosk for dette inne på mottakssenterets område.

Asylsøkerne blir plassert på forholdsvis romslige enmannsrom. Mellom 5 og 10 personer må dele på toalett-og dusjfasiliteter. Familier blir så langt som mulig plassert på egne familierom. De fleste asylsøkerne er uansett menn mellom 20 og 40 år gamle som ikke har familie med seg. Aziz er fra et land i Midt-Østen. Han ankommer den norsk-russiske grensen for å søke asyl den 1. juni 2021, og blir sendt til Kirkenes-leiren

Aziz blir værende i Kirkenes-leiren i 30 dager, til den 1. juli 2021. Den dagen får han avslag på sin asylsøknad av Utlendingsdirektoratet (UDI), og blir pålagt å forlate landet. Han klager umiddelbart avslaget til Utlendingsnemnda (UNE). Han blir sluppet fri fra Kirkenes-leiren samme dag som han får avslag på sin søknad, da det ikke blir vurdert som nødvendig å holde ham innesperret lengre. Han får bo på et vanlig asylmottak i Alta mens klagen hans blir behandlet av UNE.

Aziz er misfornøyd med at han måtte oppholde seg i Kirkenes-leiren hele juni måned 2021. Han tar ut søksmål mot staten med krav om erstatning for urettmessig frihetsberøvelse. Når saken kommer opp for tingretten, erkjenner staten at om innesperringen i Kirkenes-leiren først skal regnes som frihetsberøvelse, så var ikke inngrepsvilkårene i EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94 innfridd. Staten hevder imidlertid at det ikke innebar frihetsberøvelse i følge disse bestemmelsene at Aziz måtte oppholde seg 30 dager i Kirkenes-leiren, blant annet fordi han kunne velge å dra tilbake til Russland. Aziz på sin side erkjenner at han sannsynligvis hadde sluppet tilbake over den russiske grensen om han hadde villet det, men understreker at han ikke hadde tro på at han ville fått en rask og rettferdig vurdering av sin asylsøknad av russiske styresmakter, til tross for at Russland også er en av partene til Flyktningekonvensjonen. Han valgte derfor å bli værende i Norge, for å søke asyl her

Det eneste som er bestridt mellom partene foran tingretten er etter dette om Aziz’ opphold i Kirkenes-leiren skal regnes som frihetsberøvelse, slik at EMK artikkel 5 og Grunnloven § 94 kommer til anvendelse.

**Spørsmål 1: Har Aziz blitt utsatt for frihetsberøvelse i følge EMK artikkel 5 og/eller Grunnloven § 94?**

Tvisten står mellom Aziz og den norske stat.

Aziz ankom den norsk-russiske grensen for å søke asyl og ble sendt til Kirkenes-leieren. Asylsøkerne på Kirkenes-leieren får ikke forlate den frem til søknaden deres er behandlet. Aziz satt i leieren i 30 dager før søknaden hans ble avslått.

Grunnloven er lex superior i norsk rett, og det må tas utgangspunkt i denne. Det følger av §94 at «[f]rihetsberøvelsen» må være «nødvendig» og «ikke utgjøre et uforholdsmessig inngrep».

Det heter i forarbeidene til §94 at det er «liten sannsynlighet for at man i Norge vil anse det som aktuelt å berøve noen frihet i situasjoner som ikke faller inn under EMK artikkel 5 nr.1.», jf. Dok. 16, 2011-2012 (s. 116). Grunnloven må altså tolkes i lys av EMK artikkel 5 og det omfattende rettskildematerialet som følger denne bestemmelsen.

Det er altså den formodning at frihetsberøvende inngrep som faller utenfor kategoriene i EMK artikkel 5 nr. 1 også er uforholdsmessige etter Grunnloven §94. Og dersom man er innenfor en av disse kategoriene, vil den også omfattes av §94.

EMK er gjort til norsk lov via menneskerettsloven §2.

Det overordnede rettsspørsmålet i saken er om Aziz har blitt «berøvet sin frihet», jf. EMK artikkel 5 nr. 1.

Det primære rettsgrunnlaget er EMK artikkel 5

Det heter i artikkel 5 nr. 1 at «[e]nhver» har rett til «personlig frihet» og «sikkerhet». Det følger av langvarig og konsekvent EMD-praksis at vilkåret «sikkerhet» ikke har noen selvstendig betydning, og det er således Aziz sin «personlige frihet» som må vurderes.

Det er klart at Aziz regnes som «[e]nhver» da dette vilkåret omfatter fysiske personer. Dette forstås også på bakgrunn av ordlyden av «personlig frihet». EMD har lagt til grunn i konsekvent rettspraksis at med «frihet» menes individets fysiske bevegelsesmulighet.

Det er hensiktsmessig å trekke et nedre skille mellom «personlig frihet og sikkerhet» etter artikkel 5 og «bevegelsesfriheten innen territoriet» etter 4. tilleggsprotokoll artikkel 2. Sistnevnte bestemmelse vil være overfladisk og miste sin selvstendige betydning dersom den skulle omfattes av førstnevnte.

EMK artikkel 5 verner enhver frihetsberøvet. Bestemmelsen omfatter likevel ikke enhver frihetsinnskrenkning. Ved vurderingen av om bestemmelsen kommer til anvendelse, er det dette begrepet som er avgjørende.

Frihetsberøvelse har ingen fast definisjon i konvensjonens sammenheng, men presiseres gjennom rettspraksis. EMD har oppstilt generelle retningslinjer gjennom rettspraksis.

Sentralt i denne sammenheng er Engel. Domstolen la til grunn at det må tas utgangspunkt i inngrepets art, varighet og gjennomføringsmåte. Disse kriteriene ble videreført i Guzzardi hvor EMDs flertall foretok en samlet helhetsvurdering av Engel-kriteriene, med særlig vekt på inngrepets art.

For så vidt gjelder den påståtte frihetsberøvelsens intensitet er innlåsing den sterkeste. Her kan artikkel 5 komme til anvendelse selv om varigheten er kort. I Witold Litwa la EMD til grunn at en 6 ½ times tilbakeholdelse i avrusningsklinikk, omfattes av artikkel 5. I den foreliggende sak er det tale om et opphold i et asylmottak. Inngrepets alvorlighet er mye lavere, noe som taler for å gi staten en videre skjønnsmargin. På den annen side var oppholdet (30 dager) mye lengre. Asylsøkerne kunne ikke forlate mottakssenteret. Romligheten vil således måtte tillegges stor vekt i Aziz sin sak.

I Guzzardi konstaterte Domstolen med krenkelse av artikkel 5 da en mafia-mistenkt ble plassert på et område på 2 ½ kvadratkilometer. Klageren var under konstant overvåkning og hadde begrenset kontaktmuligheter med andre i en periode på 16 måneder. I den foreliggende sak er det tale om oppholdelse på et langt mindre område, men også en langt mindre oppholdsperiode.

Mottakersenteret var omringet av høye gjerder og et strengt vakthold. I Guzzardi var en konstant overvåkning og nærvær av politi momenter som veide tungt for frihetsberøvelse. Mottaksoppholdet er likevel bedre gjennomført i Kirkenes-leieren. Mens den mafiamistenkte hadde svært begrensede kontaktmuligheter med andre, kunne asylmottakerne fritt kommunisere med hverandre, og hadde muligheter for besøk fra omverden. Diverse religiøse og kulturelle arrangementer tok plass flere ganger ukentlig, og asylsøkerne hadde lekeplasser, ballspillbaner og skog tilgjengelig.

På asylmottaket var det cirka 300 asylsøkere til enhver tid. Mottakssenteret hadde et areal på rundt 60 mål. Det kan dermed sies å være noe trangt om plassen, men dette kan ikke tale med styrke for anvendelse av artikkel 5. Asylmottakerne ble imidlertid plassert på egne ettmannsrom, og kunne fritt kommunisere med hverandre og motta besøk på bestemte tidspunkt. Dette taler for at oppholdets art er relativt lite inngripende. I Austin mfl. mot Storbritannia la Domstolen vekt på at inngjerdete demonstranter kunne finne en trøst i å dele samme skjebne med mange andre. Dette var et moment som var med på å fastslå ikke krenkelse som også må gjøre seg gjeldende i Aziz sin sak.

På den annen side må Aziz dele på dusj- og toalettfasiliteter med 5 til 10 andre asylsøkere. Dette kan tale for noe ubehag, men kan likevel ikke trekke med nevneverdig styrke i retning frihetsberøvelse. Dette er helt normalt for eksempel i ordinære bofellesskap, og noe mange må leve med. Tyngre vekt må tillegges det forholdet at asylmottakerne ikke fikk lov til å forlate mottaket. Et opphold i 30 dager på et relativt trangt område uten muligheten for å forlate er noe inngripende, og vil tale for at artikkel 5 kommer til anvendelse i helhetsvurderingen. På bakgrunn av Engel-kriteriene må det i grensetilfeller ses hen til sammenhengen mellom frihetsberøvelsens varighet og intensiteten i den romlige begrensning

Som følge av en samlet helhetsvurdering, der det er hensyntatt momentene fremkommet i avgjørelser fra EMD, må det legges størst vekt på at inngrepets intensitet og varighet samlet sett taler for at det ikke foreligger krenkelse av Aziz sine menneskerettigheter. Selv om han ikke hadde mulighet for å forlate mottakssenteret, levde han under gode forhold, hadde kontaktmuligheter med omverden, han kunne bevege seg fritt og hadde et tilbud av flere kulturelle og religiøse arrangementer i uken. Gjennomføringsmåten trekker med styrke i retning av ikke-krenkelse. Selv om inngrepets intensitet skal veie tyngst, var den ikke i seg selv sterk nok i den foreliggende sak for å gjøre artikkel 5 anvendelig.

Av de grundige forarbeidene til de nye bestemmelsene som fulgte grunnlovsreformen i 2014 følger det at §94 må tolkes i lys av EMK artikkel 5, og kommer til anvendelse i samme tilfeller som konvensjonsbestemmelsen gjør. Aziz har dermed verken blitt frihetsberøvd etter Grunnloven §94 eller EMK artikkel 5.

**Konklusjon:** Aziz ikke har blitt «berøvet sin frihet», verken etter Grunnloven eller EMK.

De 30 dagene Aziz bodde i Kirkenes-leiren, fant det sted en utvikling når det gjaldt rammeverket for religiøse arrangement i leiren. Det hadde fra begynnelsen blitt satt av egne rom for å avholde religiøse møter, inkludert egne rom for muslimske møter og kristne møter (flere av asylsøkerne tilhører Midt-Østens kristne minoriteter). I begynnelsen av juni kommer det frem at det har blitt holdt et muslimsk møte med ytterliggående forkynnelse fra en religiøs leder kalt Mullah Akkad, som hadde blitt invitert til akkurat dette møtet. På møtet uttrykte Mullah Akkad sympati med terroraksjoner rettet mot medier som har trykt Muhammad-karikaturer, og understreket at det er de som trykker slike tegninger som har hovedansvaret for eventuelle etterfølgende terrorangrep.

Norske styresmakter vedtar etter dette en forskrift, med hjemmel i utlendingsloven, som innebærer regulering og overvåkning av muslimske religiøse møter i Kirkenes-leiren. Den som vil få tilgang til leirens møterom for å arrangere et muslimsk religiøst møte må søke leiren for mottakssenteret om godkjennelse, og møtet kan bare gjennomføres på et tidspunkt da noen av de språkmektige i administrasjonen i leiren kan være tilstede og følge med på hva som blir sagt. Dersom det i forkynnelsen blir gitt uttrykk for ytterliggående synspunkter, kan dette få betydning for senere søknader fra den aktuelle arrangøren. Forskriften gjelder kun for muslimske religiøse møter, og ikke for andre typer religiøse møter eller øvrige kulturarrangement.

Aziz er muslim, og satte pris på å få delta på muslimske møter mens han måtte oppholde seg i Kirkenes-leiren. Etter det nye regimet for religiøse møter, som trådte i kraft den 10. juni, ble det, på grunn av begrenset kapasitet hos de språkmektige i leiradministrasjonen, holdt færre muslimske møter enn før den 10. juni. Mellom 10. juni og 30. juni var det kun to til tre møter hver uke som Aziz kunne delta på, mot fire til fem møter hver uke før den 10. juni. Aziz opplever seg diskriminert på grunn av dette, og tar dette opp med advokaten sin, for å få en vurdering av grunnlaget for å klage til Diskrimineringsnemnda. Aziz vedkjenner at det i og for seg kunne være grunnlag for en viss kontroll med hvilke religiøse møter som fant sted, men mener det var urettferdig at det skulle gjelde andre regler for muslimske møter i forhold til kristne møter og andre typer arrangement.

**Spørsmål 2: Har Aziz blitt utsatt for krenkelse av EMK artikkel 14 og/eller Grunnloven § 98?**

Det overordnede rettsspørsmålet er om Aziz har blitt utsatt for krenkelse av EMK artikkel 14 eller Grunnloven §98.

Det fremgår av EMK artikkel 14 at de øvrige konvensjonsrettighetene skal sikres «uten diskriminering». Det heter i Grunnloven §98 at ingen skal utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».

Av ordlyden i artikkel 14 følger det at diskrimineringsvernet er aksessorisk. Den foreliggende sak må altså berøre en annen konvensjonsrettighet for at artikkel 14 kan anvendes. Det er tilstrekkelig at sakens faktiske forhold faller innenfor en annen rettighets virkeområdet, se blant annet Rasmussen. Artikkel 14 krever den ikke krenket for å anvendes. Det er klart at saken berører religionsfriheten i EMK artikkel 9.

Grunnlovsbestemmelsen rekker tilsynelatende lengre enn den tilsvarende konvensjonsbestemmelsen da den omfatter all forskjellsbehandling, og ikke bare de som følger av de øvrige konvensjonsrettighetene. Dette er imidlertid uviktig i den foreliggende sak da forskjellsbehandlingen berører religionsfriheten i EMK artikkel 9. Både konvensjons og grunnlovsbestemmelsen kommer til anvendelse.

Det er ikke enhver forskjellsbehandling som er konvensjonsstridig. Artikkel 14 rammer bare diskriminering – altså den usaklige forskjellsbehandling.

For at noe skal anses som diskriminerende har EMD gjennom sin praksis utviklet en vurderingsprosess med tre kumulative kriterier. Først må sakens faktum falle innen en eller flere andre rettighetsbestemmelsers virkeområde. Dernest må det foreligge en forskjellsbehandling av personer i analoge situasjoner. Sist må det vurderes om forskjellsbehandlingen hadde en objektiv og rimelig forklaring. Det første vilkåret er alt klargjort at er oppfylt.

Høyesterett uttalte i Rt. 2010 s. 1565 at uttrykket «forskjellsbehandling» i Grunnloven §98 måtte forstås i lys av uttrykket i SP artikkel 26: «[d]et må være en slik grad av sammenlignbarhet mellom de tilfeller som sammenlignes at ulikhetene ikke kan forklare den ulike behandlingen», jf. avsnitt 31. Personene må altså befinne seg i analoge situasjoner. Det er klart at dette vilkåret er oppfylt. Det samme tilbudet om religiøse arrangementer var i realiteten bedre for kristne enn for muslimske. Aziz og de andre muslimske religiøse utøverne er i en analog situasjon som de kristne, men har et dårligere tilbud.

Det dårligere tilbudet er begrunnet i at i de muslimske religiøse møtene ble det av en religiøs leder uttrykt sympati for terroraksjoner rettet mot medlemmer som har trykt Muhammad karikaturer. Spørsmålet i saken er om forskjellsbehandlingen hadde en objektiv og rimelig forklaring.

Ved saklighets- og forholdsmessighetsvurderingen i HR-2018-872-A var det relevant hvorvidt man befant seg i «kjerneområdet for diskrimineringsvernet», jf. avsnitt 70. Det vil i seg selv være usaklig å forskjellsbehandle på grunnlag av kjennetegn som individet ikke kan noe for, for eksempel kjønn, rase, opprinnelse og lignende. Hvor strengt forbudet er, er altså avhengig av hvilke forhold forskjellsbehandlingen er basert på. I den foreliggende sak forskjellsbehandles det på bakgrunn av «religion», som er et moment som fremgår av artikkel 14.

For så vidt angår forskjellsbehandling på grunn av rase og etnisitet reguleres det med et tilnærmet absolutt forbud mot diskriminering. Religion er ofte sammenfallende med disse momentene, og vil derfor være like strengt vernet.

Forskriften om regulering og overvåkning av muslimske religiøse møter i Kirkenes-leieren tok ikke sikte på å gi et tilbud om færre religiøse møter, men på grunn av begrensninger i språkmektige på leieren som kunne overvære møtene, ble det i realiteten avholdt færre møter. Det er imidlertid uviktig hvorvidt normens hensikt var å diskriminere. Dette kan ikke være et moment ettersom det er den diskriminerende virkningen som er avgjørende, jf. D.H. mfl. mot Tsjekkia. Aziz hadde erkjent at det var grunnlag for en viss kontroll med hvilke religiøse møter som kunne finne sted. Selve kontrollen er ikke bestridt. Det er utfallet av den som er påstått å være diskriminerende.

Alvorlighetsgraden av møtene var stor. I møtene ble det uttrykt et skremmende budskap som, om ikke oppfordret til, viste sympati for terrorhandlinger. Hensynet til egne innbyggere og kampen mot såkalt hellig krig («jihad») er et tungtveiende formål som kan tilsi rimelige forskjellsbehandlende inngrep i religionsfriheten.

I Refah Partishi aksepterte et tyrkisk politisk parti religionsdiskriminering, de ønsket videre å innføre sharialov og tok ikke avstand fra jihad. Myndighetene oppløste partiet. EMD konkluderte med at dette var konvensjonsmessig. Denne saken omhandlet forsamlingsfriheten i artikkel 11, men har likevel en side mot den foreliggende sak. Hensynet til sammenheng mellom konvensjonsrettighetene taler for at dette må tillegges en viss vekt. Formålet for inngrep kan videre være den samme selv om det er tale om to forskjellige konvensjonsbestemmelser.

Frykten for at ukontrollerte møter av denne karakter kan utspille seg til uønskede terrorhandlinger er verken usannsynlig eller hypotetisk. Den norske stat hadde tidligere hatt problemer med asylsøkere fra Kirkenes-leieren som hadde forsvunnet fra asylmottaket og senere blitt involvert i voldshendelser. Rekruttering og opplæring i terrorhandlinger er videre noe verden i nyere tid har forholdt seg svært strengt mot, og nødvendigheten av inngrep i slik undervisning og forkynnelse er stort.

Selve kontrollen av møtene er ikke bestridt, og er heller ikke diskriminerende. Den følger et klart legitimt formål – voldsforebyggelse. Avgjørende blir således om kontrollen kunne vært mindre inngripende.

Aziz anfører at det var urettferdig at det gjaldt andre regler for muslimske møter i forhold til kristne møter og andre arrangementer.

Forskriften innskrenket ikke selve muligheten for religiøse møter, men la bare opp til kontroll. Språkmektige ved leieren skulle overvære møtene, og dersom slike uttalelser som lederen Mullah Akkad gjentok seg, ville dette kunne få betydning for senere møter av den aktuelle arrangøren. Dette må sies å være et svært lite inngripende tiltak sett opp mot det formålet det følger, og legger opp til en likebehandling og ivaretakelse av interessene i religiøs utøvelse så godt som mulig.

Videre har ikke de kristne møtene og andre arrangementer vært preget av et lignende farlig innhold. I så henseende er ikke de to tilfellene i analoge situasjoner. Det ville vært konvensjonsstridig å pålegge tilsvarende kontroll av kristne møter da det legitime formålet som begrunner kontroll av de muslimske møter ikke gjør seg gjeldende for førstnevnte. Forskjellsbehandlingen har altså en objektiv og rimelig forklaring og er dermed verken «usaklig eller uforholdsmessig», jf. Grunnloven §98. Den er da heller ikke konvensjonsstridig da den oppfyller kravene som er gjennomgående i EMDs praksis for så vidt angår artikkel 14.

**Konklusjon:** Aziz har ikke blitt utsatt for krenkelse av EMK artikkel 14 eller Grunnloven §98.

Aziz får avslag på sin asylsøknad også hos UNE, som kommer med sitt vedtak den 1. oktober 2021. Aziz er veldig skuffet, og får hjelp av sin advokat til å ta ut søksmål for Oslo tingrett, for å få UNEs vedtak kjent ugyldig. Grunnlaget for søksmålet er at Aziz hevder å ha rett til asyl i følge utlendingsloven § 28.

Tingretten gjennomfører hovedforhandling i saken den 15. februar 2022, med Aziz tilstede. Hovedforhandlingen går over to dager, med dokumentgjennomgang, forklaring fra Aziz selv, sakkyndigforklaringer fra sakkyndige vitner innkalt av både Aziz og UNE, og prosedyrer fra Aziz’ advokat og fra UNEs advokat.

Tingretten avsier dom den 1. mars 2022. UNE frikjennes, altså sier tingeretten seg enig med UNE i at Aziz ikke har rett på asyl fordi han ikke er i fare for å bli forfulgt eller på annen måte bli utsatt for overgrep om han vender tilbake til sitt hjemland. For å komme til dette resultatet, har tingretten lagt vekt på blant annet det UNE sitt sakkyndigvitne forklarte om situasjonen i Aziz sitt hjemland for de som har utvist den typen politisk aktivitet som Aziz blir funnet å ha utvist. Tingretten har også lagt vekt på en del skriftlig materiale om situasjonen i Aziz’ hjemland.

Aziz anker til lagmannsretten. Staten krever i sitt anketilsvar at anken skal nektes tatt til behandling fordi det er klart at den ikke vil føre frem, jf. tvisteleoven § 29-13(2). Den 15. mai 2022 kommer lagmannsretten med en avgjørelse hvor den tar statens krav til følge.

Det fremgår av lagmannsrettens avgjørelse at lagmannsretten har lagt vekt på det skriftlige materialet som hadde blitt lagt frem for tingretten og på tingrettens dom. I tillegg hadde lagmannsretten lagt en viss vekt på en oppdatert sakkyndigrapport om situasjonen i Aziz’ hjemland, som staten hadde sendt inn i etterkant av anketilsvaret. Ved en feil hadde denne rapporten ikke blitt formidlet til Aziz eller hans advokat, som dermed ikke har fått uttalt seg om den. Aziz’ advokat anker på dette grunnlaget ankenektelsen inn for Høyesterett, og hevder at om lagmannsrettens avvisningsavgjørelse blir stående, så vil rettergangen ha vært i strid med EMK artikkel 6 og Grunnloven § 95. Staten på sin side beklager det som har skjedd, men bestrider at det innebærer en krenkelse av nevnte bestemmelser.

Høyesterett nekter anken fremmet, jf. tvisteloven § 30-9 andre ledd.

**Spørsmål 3: Har Aziz blitt utsatt for en krenkelse av EMK artikkel 6 og/eller Grunnloven § 95?**

Det overordnede rettsspørsmålet er om Aziz har blitt utsatt for krenkelse av EMK artikkel 6 eller Grunnloven §95.

Det heter i Grunnloven §95 at «[e]nhver» har rett til å få «sin sak» avgjort av en «uavhengig og upartisk domstol». EMK artikkel 6 kommer bare til anvendelse for å få avgjort ens «borgerlige rettigheter og plikter» eller en «straffesiktelse». Felles for de to bestemmelsene er at rettergangen skal være «rettferdig og offentlig» og avgjøres innen «rimelig tid».

EMD har slått fast i Maaouia at artikkel 6 ikke får anvendelse i saker om immigrasjon og statsborgerskap, og saker om utlevering, avvisning og utvisning av utlendinger. Vurderingsmomentet i den foreliggende sak blir således om Aziz har blitt utsatt for krenkelse av Grunnloven §95.

Det er klart at Aziz omfattes av vilkåret «[e]nhver» da dette omfatter fysiske personer. Det er videre klart at det er hans «sak» som er oppe for domstolene. Videre er det ikke bestridt at lagmannsretten er en «domstol». Deres uavhengighet og upartiskhet er heller ikke bestridt i denne saken, og sakens offentlighet er heller ikke problematisk.

Fra UNE vedtok sitt avslagsvedtak til lagmannsrettens fattet sin endelige avgjørelse tok til sammen seks og en halv måned. Dette kan ikke anses som en urimelig lang saksbehandling i en administrativ og to rettslige instanser. I Johansen mot Norge ble ett år og ni måneder som ble behandlet av tre administrative og to rettslige instanser akseptert av EMD. Denne saken gjaldt foreldreansvar, noe som utløser et særlig effektivitetshensyn.

Spørsmålet er om rettergangen er «rettferdig», jf. Grunnloven §95.

Rettferdighetsbegrepet er vagt, men det er ubestridt at muligheten for reell kontradiksjon er sentralt her. Det kontradiktoriske prinsipp må, etter langvarig og konsekvent rettspraksis, innfortolkes i rettferdighetskravet i Grunnloven §96. I Rt. 2014 s. 1045 ga Høyesterett uttrykk for at EMK-retten utfyller grunnlovsbestemmelsene på dette området. EMD-praksis blir relevant for denne vurderingen selv om bestemmelsen i EMK ikke kommer til anvendelse.

Direkte fra ordlyden «rettferdig» og i forlengelsen av det kontradiktoriske prinsipp utledes det et likebehandlingsprinsipp («equality of arms»). Partene må ha like muligheter til å føre sin sak og til å kontradiktere det motparten fører og anfører.

Lagmannsretten hadde i sin vurdering lagt i stor grad vekt på det skriftlige materiale som forelå tingretten. De la også en viss vekt på en oppdatert sakkyndigrapport som staten hadde sendt inn i etterkant av anketilsvaret. Ved en feil hadde denne rapporten ikke blitt tilsendt Aziz eller hans advokat som følgelig ikke fikk uttalt seg om den. Staten beklager denne feilen, men bestrider at det innebærer en krenkelse av EMK artikkel 6 og Grunnloven §95.

I Kaminski innhentet den nasjonale domstolen en utredning uten å meddele denne til tiltalte for å gi han muligheten til å forklare seg. EMD kom til at EMK artikkel 6 var krenket som følge av manglende mulighet for reell kontradiksjon. EMK kommer, som nevnt, ikke til anvendelse i den foreliggende sak, men kontradiksjonsprinsippet er sentralt i rettferdighetsbegrepet i Grunnloven så vel som EMK. I Bendenoun, som gjaldt tilleggsskatt, hadde klager krav på visse saksdokumenter dersom han begrunnet de. Dette hadde han ikke gjort til tross for at han ikke kunne forsvare seg uten kopi av saksdokumentene. All den tid det var klager selv som hadde unnlatt å gi begrunnelse for innsyn i saksdokumentene forelå det ingen krenkelse.

Den oppdaterte sakkyndigrapporten kom til domstolenes oppmerksomhet i etterkant av anketilsvaret. I M.S. mot Finland uttalte EMD at dersom parten ikke har hatt anledning til å se relevante dokumenter ville det foreligge en krenkelse.

Verken Aziz eller hans advokat hadde mulighet til å sette seg inn i eller kontradiktere de momentene som fremkom i det nye dokumentet. De visste ikke at den engang eksisterte. Ettersom lagmannsretten tilla den en viss vekt var den også relevant. Ved at Aziz, sammen med hans advokat, ikke kunne selv innhente dette dokumentet eller motsette seg det som fremgikk i den, har saksbehandlingen brutt både det kontradiktoriske prinsipp og likebehandlingsprinsippet. Dette er to sentrale faktorer som inngår i rettferdighetsbegrepet. På bakgrunn av dette kan saksbehandlingen ikke sies å være «rettferdig» – verken etter EMK artikkel 6 eller Grunnloven §95. Ettersom førstnevnte ikke kommer til anvendelse i denne saken, er det bare sistnevnte som er krenket.

**Konklusjon:** Aziz har blitt utsatt for krenkelse av Grunnloven §95.