



NORGES HØYESTERETT

Den 14. juni 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-01252-A, (sak nr. 2016/561), sivil sak, anke over dom,

A (advokat Brynjar N. Meling – til prøve)

mot

Staten v/Justis- og
beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Christian Reusch)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder gyldigheten av vedtak truffet av Justis- og beredskapsdepartementet om utvisning av utlending av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser. Spørsmålet er om ordningen med særskilt oppnevnt advokat tilfredsstiller kravet i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 13 om effektivt rettsmiddel som vil gjelde ved vurderingen av om utvisningen krenker EMK artikkel 3 og artikkel 8.
- (2) A (heretter A) er afghansk statsborger. Han kom til Norge i 2001 som overføringsflyktning gjennom FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR), etter at han hadde kommet på kant med Taliban i hjemlandet. Utlendingsdirektoratet (UDI) hadde på forhånd gitt ham og familien oppholdstillatelse og flyktningstatus.
- (3) Den 11. juli 2014 vedtok Justis- og beredskapsdepartementet varig utvisning av A av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser, jf. utlendingsloven § 126 andre ledd. Han var da noen dager før blitt uttransportert til Kabul med hjemmel i et tidligere utvisningsvedtak med en annen begrunnelse. Det nye vedtaket var begrunnet med at A hadde ekstreme islamistiske holdninger, at han radikalisererte andre muslimer og fungerte som en mentor for disse på en slik måte at det var en risiko for at de ville begå terrorhandlinger på hans vegne. Som grunnlag for vedtaket hadde departementet lagt vekt på sikkerhetsgraderte opplysninger. A fikk ikke tilgang til disse opplysningene, som ble behandlet i en gradert del av vedtaket. Departementet la til grunn at A ikke hadde absolutt vern mot tilbakesending, og at vedtaket ikke var uforholdsmessig selv om han har familie i Norge.

- (4) A hadde fått forhåndsvarsel om vedtaket av UDI etter instruks fra departementet i april 2011. Saksbehandlingen var da blitt stilt i bero i påvente av nye regler i utlendingsloven for saker som berører grunnleggende nasjonale interesser og utenrikspolitiske hensyn. Slike regler ble gitt ved lov 21. juni 2013 nr. 92 ved at utlendingsloven fikk et nytt kapittel 14. Lovendringen trådte i kraft 1. januar 2014.
- (5) A tok ut stevning mot staten 27. august 2014 med påstand om at utvisningsvedtaket skulle kjennes ugyldig. Under saksforberedelsen for tingretten ga Kongen samtykke etter tvisteloven § 22-1 andre ledd i at graderte opplysninger og den graderte delen av vedtaket ble ført som bevis i saken. Advokat Harald Stabell ble oppnevnt som As særskilte advokat, jf. utlendingsloven § 133.
- (6) Oslo tingrett avsa dom 20. mars 2015 med slik domsslutning:
- "Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes."**
- (7) Tingretten baserte dommen både på ugraderte og graderte opplysninger. Den graderte delen av bevisføringen ble ført for lukkede dører der den særskilte advokaten var til stede, men ikke A og hans ordinære advokat – den han selv hadde engasjert. På samme måte besto dommen i en ugradert del og en gradert del. A og hans ordinære advokat fikk bare se den ugraderte delen.
- (8) A anket til Borgarting lagmannsrett, som 14. januar 2016 avsa dom med slik slutning:
- "Anken forkastes."**
- (9) Også lagmannsretten behandlet bevisføring av gradert materiale for lukket rett. Lagmannsretten fant imidlertid å kunne avsi dom som i sin helhet er basert på ugraderte opplysninger, men bemerket at de graderte opplysningene underbygger anklagene som har vært rettet mot A.
- (10) A har anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse og saksbehandling og retter seg mot flere forhold ved dommen. Høyesteretts ankeutvalg traff 27. april 2016 beslutning med slik slutning:
- "Anken over saksbehandlingen tillates fremmet for så vidt gjelder spørsmålet om ordningen med særskilt advokat, jf. utlendingsloven kapittel 14 del II, tilfredsstillende kravet til et effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13. For øvrig tillates ikke anken fremmet."**
- (11) Den ankende part – A – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (12) Lagmannsrettens dom lider av saksbehandlingsfeil ved at reglene om særskilt advokat og måten disse praktiseres på ikke gir A et effektivt rettsmiddel som tilfredsstillende kravene som følger av EMK artikkel 13.
- (13) Måten den særskilte advokaten velges på, bryter med prinsippet om fritt advokatvalg, noe som ikke kan forsvares ut fra de spesielle forholdene i denne type saker. Det er ingen grunn til at ikke hans egen advokat kan fungere i en slik rolle. Det er helt ordinært at advokater pålegges taushetsplikt som innebærer at opplysninger ikke kan gis til klienten.

- (14) Ordningen er på dette punktet mindre restriktiv i Danmark, der utlendingen ifølge forarbeidene har "vettorett" med hensyn til oppnevnt advokat dersom denne har berettiget innvending mot vedkommende. Noen slik regel er ikke kommet til uttrykk verken i lov, forskrifter eller forarbeider hos oss.
- (15) Regelverket begrenser muligheten for kommunikasjon mellom den særskilt oppnevnte advokaten og utlendingen og dennes ordinære advokat på en uakseptabel måte. Slik regelverket er utformet, gis det i praksis høyst begrensede muligheter for kommunikasjon før advokaten har fått innsyn i det graderte materialet, noe som utelukker gjensidig kontakt. Den norske ordningen er på dette punktet mer restriktiv enn den danske og den britiske, noe som må hensyntas når dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) som gjelder ordningene i disse landene, skal vurderes.
- (16) Konsekvensen av bruk av hemmelige dokumenter kombinert med den sterkt begrensede muligheten for kommunikasjon med den særskilte advokaten er at A ikke har hatt tilstrekkelig grunnlag for å imøtegå anklagene som har vært rettet mot ham. Han stiller seg helt uforstående til at han skal representere en risiko for skade på grunnleggende nasjonale interesser.
- (17) Når utlendingen ikke har hatt innflytelse på valget av særskilt advokat, må det kreves at regelverket gir garanti for at advokaten tar oppgaven på alvor, blant annet ved å sørge for den kommunikasjonen som regelverket gir åpning for. Regelverket gir imidlertid ingen regler for hvordan advokaten skal utføre oppdraget overfor utlendingen. Utlendingen er således helt prisgitt den særskilte advokatens eget initiativ. En henvisning til de advokatetiske regler er ikke nok til å bøte på dette.
- (18) EMK artikkel 13 skal ikke bare vurderes i sammenheng med spørsmål om brudd på artikkel 8 om retten til familieliv. A har også anført brudd på artikkel 3 om vern mot umenneskelig behandling ved retur. Det stilles strengere rettssikkerhetskrav når spørsmålet er om artikkel 3 er brutt enn ved spørsmål om brudd på artikkel 8, jf. EMDs storkammerdom 15. november 1996 *Chahal mot Storbritannia*. Selv om ikke artikkel 6 nr. 1, jf. Grunnloven § 95, direkte gjelder, er de hensyn som disse bestemmelsene hviler på relevante også ved artikkel 13-vurderingen.
- (19) A har lagt ned slik påstand:
- "Borgarting lagmannsretts dom oppheves."**
- (20) Ankemotparten – *staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (21) Den norske ordningen med særskilt advokat i utlendingssaker som angår grunnleggende nasjonale interesser, er i samsvar med de krav som følger av EMK artikkel 13.
- (22) Poenget med reglene i kapittel 14 II er å gi saksbehandlingsregler som, samtidig som de tar tilbørlig hensyn til utlendingens interesse og kravet i artikkel 13 om effektivt rettsmiddel, sørger for tilstrekkelig hemmelighold av graderte opplysninger slik at hensynet til rikets sikkerhet blir ivaretatt. EMD har gjennom flere dommer akseptert at det i slike saker er visse begrensninger i de rettssikkerhetsgarantier som ellers vil gjelde.

- (23) For at graderte opplysninger skal kunne benyttes som bevis, må regelverket sikre at det ikke skjer lekkasjer. Det er bakgrunnen for at det frie forsvarervalget ikke kan gjelde, og at det må skje en forhåndsklarering på strengeste sikkerhetsnivå av advokater som skal kunne oppnevnes som særskilt advokat for utlendingen.
- (24) Av samme grunn kan den særskilte advokaten ikke kommunisere med utlendingen og dennes ordinære advokat etter at det graderte materialet er overlevert, kun motta skriftlige henvendelser. Dette er akseptert av EMD i flere avgjørelser.
- (25) Det er ikke noe som forhindrer dommeren som oppnevner den særskilte advokaten fra å etterkomme ønske fra utlendingen, dersom denne har innvendinger mot den som er valgt.
- (26) Regelverket er ikke slik at det forhindrer kommunikasjon før overlevering av materialet. Det er opp til den særskilte advokaten å vurdere i hvilken grad dette er påkrevd, og vedkommende kan vente med å motta dokumentene til forhåndssamtale er gjennomført.
- (27) At det ikke er detaljerte regler for hvordan advokaten skal forholde seg overfor utlendingen, er ikke en mangel ved ordningen. Advokater skal ivareta utlendingens interesse, og det vil være opp til advokaten å vurdere, ut fra situasjonen, hva som kreves for oppfyllelse av oppdraget.
- (28) Reglene om særskilt advokat i utlendingssaker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser, tilfredsstiller kravet i artikkel 13 både ved påstått krenking av artikkel 8 og av artikkel 3. For så vidt gjelder spørsmålet om krenking av artikkel 3, bygger lagmannsretten helt ut på åpne kilder, og A har således hatt full adgang til å imøtegå disse.
- (29) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har lagt ned slik påstand:
- "Anken forkastes."**
- (30) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*
- (31) A har ikke hatt tilgang til sakens sikkerhetsgraderte opplysninger. Dette gjelder både ved den forvaltningsmessige behandlingen av saken og ved behandlingen i tingretten og lagmannsretten. Dette er opplysninger som holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet og hensynet til fremmed stat, jf. tvisteloven § 22-1, men som Kongen har samtykket i blir benyttet i saken som bevis.
- (32) At A ikke har hatt tilgang til sentrale bevis i saken, bryter med prinsippet om at en part skal ha rett til å kunne argumentere mot vedtaket ved en rettslig prøving – det kontradiktoriske prinsippet. Denne retten forutsetter at parten selv får tilstrekkelig informasjon til at vedkommende kan imøtegå bevisene. Det kontradiktoriske prinsippet inngår i kravet om rettferdig rettergang som er nedfelt i EMK artikkel 6 nr. 1, og som nylig er inntatt i Grunnloven § 95. I EMDs storkammerdom 5. oktober 2000 *Maaouia mot Frankrike* er det imidlertid slått fast at vedtak om utvisning faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 6.
- (33) I saker som gjelder spørsmål om krenkelse av rettigheter etter EMK, fastsetter artikkel 13 at enhver skal ha en "effektiv prøvingsrett ved en nasjonal myndighet". EMD har i saker

som gjelder grunnleggende nasjonale interesser, akseptert at det gjøres prosessuelle begrensninger i denne prøvingsretten. I dom 20. juni 2002, *Al-Nashif mot Bulgaria*, heter det i avsnitt 136:

"It is true that the scope of the obligation under Article 13 varies according to the nature of the applicant's complaint under the Convention (see above cited Kudla judgment, § 157).

Where national security considerations are involved certain limitations on the type of remedies available to the individual may be justified."

- (34) Men EMD fastsatte at visse minimumskrav likevel må gjelde ved utvisningsvedtak for at kravet til effektiv overprøving i artikkel 13 skal være oppfylt. Om dette heter det i avsnitt 137:

"Even where an allegation of a threat to national security is made, the guarantee of an effective remedy requires as a minimum that the competent independent appeals authority must be informed of the reasons grounding the deportation decision, even if such reasons are not publicly available. The authority must be competent to reject the executive's assertion that there is a threat to national security where it finds it arbitrary and unreasonable. There must be some form of adversarial proceedings, if need be through a special representative after a security clearance. Furthermore, the question whether the impugned measure would interfere with the individual's right to respect for family life and, if so, whether a fair balance is struck between the public interest involved and the individual's rights must be examined."

- (35) Ved innføringen av nytt kapittel 14 II i utlendingsloven tok man sikte på å gi prosessuelle regler innenfor rammene av EMK artikkel 13 som åpnet for at opplysninger som ellers er unntatt fra bevisføring av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn, kunne føres som bevis. Dermed sikret man en reell overprøving av utvisningsvedtaket. Sentralt i denne forbindelsen står oppnevning av en særskilt advokat som er sikkerhetsklarert, og som har som oppgave å ivareta utlendingens interesser under rettergangen, jf. utlendingsloven § 133.
- (36) Etter § 134 skal den særskilte advokaten gjøres kjent med alle opplysninger og bevis som legges fram for retten etter samtykke i henhold til tvisteloven § 22-1 andre ledd. Vedkommende har rett til å være til stede i alle lukkede rettsmøter og uttale seg og framsette begjæring, blant annet om holdbarheten av å holde opplysninger skjult for utlendingen, jf. § 135 tredje ledd. Det legges altså opp til at hensynet til kontradiksjon skal ivaretas gjennom den særskilte advokaten.
- (37) Ordningen med særskilt advokat for ivaretagelse av en parts interesse hva angår bevisføring med sikkerhetsgraderte opplysninger, er ikke i seg selv bestridt som konvensjonsstridig av A. Den har da også – hensett til disse sakenes særegne karakter og viktighet – vært akseptert av EMD. I storkammerdom 19. februar 2009 *A. m.fl. mot Storbritannia*, som riktignok ikke gjaldt artikkel 13, men artikkel 5 nr. 4 i anledning fengsling på utlendingsrettslig grunnlag av personer som ble ansett å utgjøre en trussel mot rikets sikkerhet, uttales i avsnitt 220:

"The Court further considers that the special advocate could perform an important role in counterbalancing the lack of full disclosure and the lack of a full, open, adversarial hearing by testing the evidence and putting arguments on behalf of the detainee during the closed hearings."

- (38) I dommen forutsettes imidlertid at tilstrekkelig informasjon om grunnlaget for avgjørelsen gjøres tilgjengelig for utlendingen. A anfører at ved at de graderte opplysningene er holdt skjult for ham, har han ikke fått tilstrekkelig opplysning om hva utvisningsvedtaket bygger på. Han har dermed heller ikke, hevder han, kunnet gi den særskilte advokaten informasjon som denne kunne benytte for å motbevise beskyldningene mot ham. Lagmannsretten har konkludert med at A, blant annet gjennom forhåndsvarselet og den åpne delen av vedtaket, har fått tilstrekkelig presis informasjon om departementets begrunnelse for utvisningen til at han har kunnet argumentere effektivt mot anklagene som har vært rettet mot ham. Denne del av lagmannsrettens avgjørelse er ikke henvist til behandling i Høyesterett, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.
- (39) A har imidlertid reist innvendinger mot selve oppnevningen av den særskilte advokaten og anfører dessuten at det verken er gitt tilstrekkelig mulighet for kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og ham selv eller mellom denne og hans ordinære advokat.
- (40) Når det gjelder oppnevningen, er denne regulert i utlendingsforskriften kapittel 19A. Av § 19A-8 framgår at Oslo tingrett utpeker en gruppe advokater som skal sikkerhetsklareres for høyeste nivå. Ved oppnevning av særskilt advokat skal som hovedregel en advokat fra gruppen benyttes.
- (41) A anfører at denne framgangsmåten er unødvendig restriktiv. Også i straffesaker kan det hende at advokater pålegges taushetsplikt overfor egen klient om klausulerte dokumenter. Han mener at det burde være tilstrekkelig at dette gjøres også i den sakstypen vi her står overfor.
- (42) Dette må etter mitt syn ses i sammenheng med regelen i utlendingsloven § 136 om at den særskilt oppnevnte advokaten er avskåret fra å kommunisere både muntlig og skriftlig med utlendingen og dennes ordinære advokat etter at vedkommende har fått innsyn i de hemmelige opplysningene. Slik kommunikasjon må i tilfelle finne sted på et tidligere tidspunkt. Den særskilte advokaten kan imidlertid motta skriftlige henvendelser fra utlendingen gjennom dennes ordinære advokat, og departementet kan samtykke i annen kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen eller dennes ordinære prosessfullmektig, jf. utlendingsforskriften § 19A-11 tredje ledd.
- (43) Om berettigelsen av ordningen heter det i proposisjonen til lovendringen, jf. Prop. 141 L (2012–2013), på side 43:
- "Departementet mener imidlertid at det er helt nødvendig å begrense adgangen til kommunikasjon mellom den særskilte advokaten og utlendingen etter at den særskilte advokaten har fått innsyn i de graderte opplysningene, jf. lovforslagets § 136 første ledd. Det kan være helt avgjørende for om myndighetene kan fremlegge de graderte opplysningene i lukket rett, at det er sikkerhet for at disse ikke blir gjort kjent for utlendingen ved for eksempel feil eller uforsiktighet fra den særskilte advokatens side. Departementet vil understreke at sikkerhetssaker etter utlendingsloven gjelder pålegg til en utenlandsk statsborger om å forlate Norge fordi vedkommende anses som en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. De prosessuelle reglene i utlendingsloven må vurderes med grunnlag i dette."**
- (44) Siden sakenes karakter tilsier at den særskilte advokaten ikke skal ha kontakt med utlendingen etter å ha fått innsyn i sakens opplysninger, utelukker dette en ordning med at utlendingens egen advokat kan ha denne funksjonen selv om vedkommende pålegges taushetsplikt. Klarering av advokater for strengeste sikkerhetsnivå kan dessuten være en

tidkrevende prosess, noe som tilsier at denne bør foretas uavhengig av den konkrete saken. Departementet kan imidlertid samtykke i at en advokat utenfor gruppen oppnevnes, jf. utlendingsforskriften § 19A-8 første ledd andre punktum.

(45) Ved vurderingen av hvordan utvelgelsen av den særskilte advokaten og den begrensede muligheten for kommunikasjon med utlendingen og dennes ordinære advokat står seg sammenlignet med kravet til effektiv rettsmiddel i artikkel 13, viser jeg til to avvisningskjennelser fra EMD – *I.R. og G.T. mot Storbritannia*, 28. januar 2014, og *Saeed mot Danmark*, 24. juni 2014. Begge gjelder spørsmål om kravet i artikkel 13 var oppfylt ved vurdering av utlendingens rett til familieliv etter artikkel 8 ved utvisning av hensyn til nasjonal sikkerhet.

(46) Den første avgjørelsen gjaldt Storbritannias ordning med en sikkerhetsklarert særskilt advokat som skal opptre på vegne av utlendingen. Prøvingen av vedtakets gyldighet foretas av en særskilt forvaltningsmyndighet – SIAC. Ordningen er i avsnitt 31 gitt følgende beskrivelse:

"Before closed material has been served on the special advocate, he may communicate freely with the appellant and his representative. Once closed material has been served, the special advocate is not permitted to communicate with any person about any matter connecting with the proceedings, subject to limited exceptions. . . . The special advocate may request directions from SIAC authorising him to communicate with the appellant or his representative. Rule 36 does not prohibit the appellant from communicating with the special advocate after the Secretary of State has served closed material on him, but such communication must be through a legal representative in writing and the special advocate must not reply to the communication other than in accordance with directions of SIAC."

(47) Den ordningen som her er beskrevet, sammenfaller i det vesentlige med den jeg nettopp har beskrevet som vår lovs ordning.

(48) Jeg går så over til å se på hvordan EMD vurderte ordningen. I avsnitt 63 foretar retten en samlet vurdering av prosedyren for bedømmelsen av om artikkel 8 er overholdt, jf. det jeg har sitert fra avsnitt 137 i *Al-Nashif*-saken. Om ivaretagelsen av hensynet til kontradiksjon heter det:

"Third, there is some form of adversarial proceedings before SIAC, with appropriate procedural limitations – in the form of the special advocates – on the use of classified information. During the closed sessions before SIAC, the special advocate can make submissions on behalf of appellants, both as regards procedural matters and as to the substance of the case. Importantly, Rule 38 of the SIAC 2003 Rules (see paragraphs 30-34 above) provides explicitly for a procedure where the special advocate may challenge the Secretary of State's objections to disclosure of the closed material (see paragraph 33 above). In this way, the special advocate provides an important, additional safeguard through questioning the State's witnesses on the need for secrecy and through making submissions to the judge regarding the case for additional disclosure (see A. and Others, cited above, § 219). While contact between the appellant and the special representative generally ceases once the closed material has been served in order to preserve the confidentiality of the information, it is not wholly excluded. There is provision for requesting authorisation from SIAC to permit contact in specific circumstances. In particular, the appellant may still contact the special advocate, through his representative, and the special advocate can then request permission for contact if he deems it necessary (see paragraph 31 above)."

- (49) EMD konkluderte i avsnitt 65 med at den var "satisfied that there were sufficient guarantees in the SIAC proceedings as required by Article 8 taken alone and together with Article 13 of the Convention".
- (50) EMD kom til samme konklusjon i *Saeed mot Danmark*. Som i saken mot Storbritannia, gjennomgikk EMD den danske ordningen med særskilt advokat, som – spesielt hva angår kommunikasjonen mellom den særskilte advokaten og utlendingen og dennes ordinære advokat – synes å ha vært mønster for utarbeidelsen av utlendingsloven § 136, jf. Prop. 141 L (2012–2013) side 43.
- (51) Siden den norske ordningen i det vesentlige er lik ordningen i Storbritannia og i Danmark, gir de to avvisningskjennelsene en klar indikasjon på at også den norske ordningen tilfredsstillers artikkel 13 ved vurdering av om artikkel 8 er overholdt.
- (52) A har imidlertid på to punkter hevdet at det foreligger en forskjell mellom den norske og den danske ordningen.
- (53) Han har for det første vist til at det i utlendingsforskriften § 19A-9 første punktum heter at den særskilte advokaten skal gis innsyn i det graderte materialet "straks oppnevningen har funnet sted", samtidig som det i andre punktum heter at "[a]dvokaten skal uten ugrunnet opphold gjøre seg kjent med bevisene." Når det så ses hen til at den særskilte advokaten ikke har adgang til å ha kontakt med utlendingen etter at det graderte materialet er gitt advokaten, blir det, etter hans mening, liten anledning til konsultasjon med utlendingen.
- (54) Jeg ser den refererte bestemmelsen i utlendingsforskriften slik at den sikrer at den særskilte advokaten får anledning til å delta i sakens behandling på et tidligst mulig tidspunkt. Derimot hindrer den ikke advokaten i å vente med å motta materialet til vedkommende har hatt den kommunikasjon med utlendingen og dennes advokat som saken foranlediger.
- (55) For det andre hevder A at utlendingen etter den danske ordningen har større innflytelse på valget av den særskilte advokaten enn etter den norske ordningen. Også i Danmark velges den særskilte advokaten fra en liste av sikkerhetsklarte advokater. A har vist til at det av forarbeidene til den danske utlendingsloven § 45 e nr. 2 framgår at "det forudsættes, at retten i almindelighed beskikker den advokat, der 'står for tur' til at blive beskikket, men at der beskikkes en anden advokat, hvis udlændingen har begrundede indsigelser mod den pågældende".
- (56) Selv om vi ikke har noen tilsvarende forarbeidsuttalelse eller uttrykkelig regel, har jeg vanskelig for å se at ikke det samme vil gjelde. En saklig begrunnet innsigelse mot den valgte advokaten vil være av de faktorene som forvaltningen eller retten må ta i betraktning for å sikre en betryggende prosess.
- (57) Endelig har A anført at regelverket er mangelfullt fordi det ikke mer detaljert avklarer hvilke plikter den særskilte advokaten har overfor utlendingen. Uten et slikt regelverk er utlendingen med hensyn til advokatens oppfølging, prisgitt dennes forgodtbefinnende. Det anføres at dette gir utlendingen en for usikker rettsstilling så lenge utlendingen ikke selv har direkte innflytelse på valget av advokat.

- (58) Etter utlendingsloven § 134 første ledd skal den særskilte advokaten, hvor det føres bevis etter samtykke i henhold til tvisteloven § 22-1 andre ledd, "ivareta utlendingens interesser i forbindelse med rettens behandling av disse". Hva som kreves for å ivareta utlendingens interesse, vil variere fra sak til sak, og må avgjøres ut fra advokatetiske retningslinjer for god advokatskikk. Det kan nok forekomme at det i enkelttilfelle kan vise seg at den særskilte advokaten ikke har foretatt det som de advokatetiske regler skulle tilsi, og som kunne ha vært unngått med mer detaljerte regler. Men etter den EMD-praksisen ved påstått krenkelse av artikkel 8 som jeg har vist til, synes oppnevningen av en særskilt advokat som har i oppdrag å ivareta utlendingens interesse i seg selv å være tilstrekkelig til at kravet i artikkel 13 anses oppfylt.
- (59) Jeg er etter dette kommet til at ordningen med særskilt advokat, jf. utlendingsloven kapittel 14 del II, tilfredsstillende kravet til effektivt rettsmiddel i EMK artikkel 13 ved vurderingen av om konvensjonens artikkel 8 har vært overholdt i denne saken.
- (60) A har også anført at utsending til Afghanistan for hans vedkommende vil representere et brudd på konvensjonens artikkel 3 om forbud mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det blir derfor et spørsmål om ordningen med særskilt advokat tilfredsstillende kravet til et effektivt rettsmiddel i denne sammenheng.
- (61) Som jeg tidligere siterte fra avsnitt 136 i *Al-Nashif*-saken, vil rekkevidden av kravet til effektivt rettsmiddel etter artikkel 13 variere avhengig av hva det påståtte konvensjonsbruddet nærmere består i. Det er derfor på det rene at de prosessuelle krav vil kunne være andre ved vurdering av brudd på artikkel 3 enn ved brudd på artikkel 8.
- (62) Dette følger også av EMDs storkammerdom 15. november 1996 i *Chahal mot Storbritannia*. Retten påpekte i avsnitt 149 at i en sak som gjelder spørsmål om en utlending vil lide overlast ved hjemsending, vil det forholdet at vedkommende representerer en nasjonal risiko, ikke være et relevant moment i vurderingen. EMD gikk så over til å vurdere hvilken betydning dette har for de prosessuelle krav som artikkel 13 stiller i slike saker. EMD viste til to dommer – *Klass med flere mot Tyskland*, 6. september 1978, og *Leander mot Sverige*, 26. mars 1987. Begge dommene gjaldt utvisning på grunn av nasjonale sikkerhetshensyn, noe som tilsa at sensitiv informasjon ikke måtte avdekkes. I en slik situasjon måtte man akseptere at artikkel 13 ikke krevde mer av prosessuelle garantier enn at de var "as effective as can be", noe som indikerer en viss renonsering i de kravene som man ellers ville ha stilt. Disse sakene gjaldt imidlertid spørsmål om brudd på artikkel 8 og artikkel 10. Når det gjelder tilfelle der påstanden er at utsending vil representere brudd på artikkel 3, måtte det stilles strengere krav til saksbehandlingen. EMD uttalte avslutningsvis i avsnitt 150 og i avsnitt 151:

"The requirement of a remedy which is 'as effective as can be' is not appropriate in respect of a complaint that a person's deportation will expose him or her to a real risk of treatment in breach of Article 3, where the issues concerning national security are immaterial.

151. In such cases, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of ill-treatment materialised and the importance the Court attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent scrutiny of the claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3. This scrutiny must be carried out without regard to what the person may have done to warrant expulsion or to any perceived threat to the national security of the expelling State."

- (63) I vår sak har lagmannsretten vurdert risikoen for at A vil lide overlast ved hjemsending i sammenheng med utlendingsloven § 73 andre ledd, som inneholder et tilsvarende returvern som det som følger av artikkel 3. Lagmannsretten har basert konklusjonen om at A ikke vil lide overlast ved retur, på åpne kilder, det vil si opplysninger som i sin helhet har vært kjent for A, og som han og hans ordinære advokat har kunnet argumentere mot. De særlige prosessreglene som er forbundet med sikkerhetsgradert bevismateriale – herunder ordningen med særskilt oppnevnt advokat – har således ikke vært aktuelle for den delen av saken som gjelder artikkel 3-vurderingen, og foranlediger således ingen drøfting i denne sammenhengen.
- (64) Lagmannsrettens vurdering av returvernet er ikke henvist til behandling.
- (65) Utvisningsvedtaket er etter dette gyldig, og staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har vunnet saken. A har fri sakførsel, og det er derfor ikke nedlagt påstand om sakskostnader.
- (66) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (67) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (68) Kst. dommer **Sæbø:** Likeså.
- (69) Dommer **Falch:** Likeså.
- (70) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (71) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: