

UiO • Det juridiske fakultet

Utvisning: En dobbeltstraff?

Er utvisning av utlendinger etter utlendingsloven § 68 b), på bakgrunn av ilagt straff, en dobbeltstraff og i strid med internasjonale menneskerettigheter?

Kandidatnummer: 659

Leveringsfrist: 25.4.2014

Antall ord: 17901



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling	1
1.2	Avgrensning og innhold.....	2
1.3	Rettskilder og metode	4
2	UTVISNING	8
2.1	Statssuverenitetsprinsippet.....	8
2.2	Utvisningsinstituttet	8
2.3	Utlendingsloven	9
3	FORBUDET MOT DOBBELTSTRAFF	13
3.1	Ne bis in idem prinsippet	13
3.2	Norsk rett	14
3.3	EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (EMK P7-4).....	15
3.4	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	17
3.5	Andre konvensjonsbaserte forbud.....	19
3.6	Konklusjon	19
4	STRAFF	20
4.1	Straffebegrepet i norsk rett.....	20
4.2	Straffebegrepet i EMK	22
4.2.1	Artikkel 6.....	23
4.2.2	Artikkel 7.....	25
4.2.3	P7-4.....	27
4.3	Konklusjon	35
5	ER UTVISNING EN DOBBELTSTRAFF?	36
5.1	Norsk lovgiver og høyesterett	36
5.1.1	Forarbeidene til utlendingsloven	36
5.1.2	Praksis.....	38
5.1.3	Teori	40

5.1.4	Konklusjon	44
5.2	EMD.....	44
5.2.1	Esen v. The Netherlands	46
5.2.2	Maaouia v. France	46
5.2.3	Konklusjon	51
6	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OG KONKLUSJON.....	53
7	LITTERATURLISTE	55
7.1	Litteratur	55
7.2	Norsk Lovkommentar på Gyldendal Rettsdata.....	56
7.3	Internett	57
7.4	Norske lover.....	57
7.5	Forarbeider	57
7.6	Traktater	58
7.7	Praksis	58
7.7.1	Høyesterett.....	58
7.7.2	Tingretten	59
7.7.3	Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.....	59
7.8	FN-dokumenter	60

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Problemstillingen i oppgaven er som følger: *Er utvisning av utlendinger etter utlendingsloven § 68 b), på bakgrunn av ilagt straff, en dobbeltstraff og i strid med internasjonale menneskerettigheter?*

Problemstillingen springer ut fra faglig nysgjerrighet i forhold til den rettslige klassifiseringen av utvisning som sanksjon. Utvisningsvedtak er inngripende vedtak som får store konsekvenser for de det gjelder, og for domfelte med lang tilknytning til Norge kan utvisning føles som en langt mer alvorlig reaksjon enn langvarig fengselsstraff.¹ For utlendinger som blir utvist på grunnlag av straffbare handlinger etter endt soning, oppleves nok et etterfølgende utvisningsvedtak som å bli straffet en gang til for noe de alt har sonet for. Man hører jevnlig advokater, forelesere og politikere hevde at utvisning av utlendinger på bakgrunn av kriminelle handlinger er en dobbeltstraff og i strid med internasjonale menneskerettigheter.² Det er likevel mer sjelden å høre rettslige begrunnelser for disse meningene. Hva vil det for eksempel si at noe er en dobbeltstraff i juridisk forstand, og finnes det rettslig grunnlag for å si at utvisning er en dobbeltstraff?

I 2001 gjorde to tidligere medarbeidere i Juss-Buss' innvandringsgruppe Gunhild Bolstad og Irene Palm, i forbindelse med sin masteroppgave, en undersøkelse av utlendingsmyndighetenes praksis i utvisningssaker. Om dobbeltstraff skriver de:

Lovgiver og utlendingsmyndigheter benytter i stor grad strafferettslige argumenter for å utvise en utlending. En kan da stille seg spørsmålet om ikke strafferetten i tilstrekkelig grad ivaretar disse hensynene: Hvorfor skal vi ha en ekstramulighet til å «straffe» utlendinger som begår kriminalitet. Som den utbredte bruken av strafferettslige argumenter for vedtak om utvisning indikerer, har utvisning en klar straffefunksjon. Utvisning oppfattes også i stor grad som en straff av de utvisningsrammer. Det kan på bakgrunn av dette reises spørsmål om forholdet til dobbeltforfølgning i

1 Eskeland (2006), s. 447

2 Se for eksempel: Aftenbladet (19.7.2002) Advokat reagerer på utvisning av ung polakk:

<http://www.aftenbladet.no/nyheter/lokalt/Advokat-reagerer-pa-utvisning-av-ung-polakk-2736880.html#UyQRmIadDvM>

EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr.1. Denne problemstillingen ble inngående behandlet i to avgjørelser avsagt av Høyesterett i plenum (Rt. 2002:557 og Rt. 2002:479), som omhandlet administrativ ileggelse av forhøyd tilleggsatt og straffeforfølgning for samme forhold. Vi mener det er grunn til å se nærmere på denne problemstillingen i forhold til utvisning på bakgrunn av ilagt straff. Det er å håpe at dette blir fulgt opp, da avhandlingens omfang ikke tillater at vi går inn på en teoretisk vurdering av dette spørsmålet.³

Da jeg leste dette begynte jeg å undersøke om det var noen i Norge som hadde fulgt opp denne oppfordringen om å gjøre en teoretisk vurdering av om utvisning på bakgrunn av ilagt straff utgjør en dobbeltstraff. Jeg gjorde kun to funn: En klausulert masteroppgave og en bacheloroppgave i kriminologi hadde berørt problemstillingen.⁴ Kriminologistudenten konkluderte, på bakgrunn av en litteraturstudie, med at utvisning av utlendinger etter endt soning er dobbeltstraff, dette fordi utvisning som sanksjon har mange likhetstrekk med straff.⁵ Om dette rent juridisk var i strid med internasjonale menneskerettigheter ble ikke drøftet.

I Norsk Lovkommentar på Gyldendal rettsdata, under utlendingslovens kapittel om utvisning hevdes det: «*Utvisning regnes ikke som straff etter EMK artikkel 6 [...] Det må antas (min understrekning) at utvisning heller ikke er straff etter EMK artikkel 7 eller EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 (forbudet mot dobbeltstraff).*»⁶ En slik antagelse indikerer at dobbeltstraff problematikken er uavklart, iallfall i forhold til EMK. Denne uklarheten og mangelen på teoretiske vurderinger av temaet, er bakgrunnen for at jeg i denne oppgaven ønsker å undersøke hva autoritative nasjonale og internasjonale rettskilder sier om utvisning som sanksjon i relasjon til forbudet mot dobbeltstraff.

1.2 Avgrensning og innhold

Utvisningsvedtak kan fattes på ulike grunnlag. For å avgrense oppgaven har jeg valgt å ta utgangspunkt i utl. § 68 b), som omhandler utlendinger med permanent oppholdstillatelse som kan utvises på bakgrunn av straffbare handlinger begått i Norge. Med *utlending* menes enhver person som ikke har norsk statsborgerskap jf. utl. § 5, og med *permanent oppholdstillatelse* menes oppholdstillatelse som gir en utlending rett til å oppholde seg i Norge uten tidsbe-

³ Bolstad (2001) s. 183

⁴ Storaker (2004) og Abdulkader (2011).

⁵ Abdulkader (2011) s. 30

⁶ Rettsdata Utlendingsloven kap 8. Note (178)Ved Terje Einarsen. Noten er sist hovedrevidert 04.12.2011

grensning. Permanent oppholdstillatelse innvilges når utlendingen fyller vilkårene i utl.§ 62. Oppholdstillatelsen gir innreiserett i alle Schengen- land.⁷

En undersøkelse av om utvisning er en dobbeltstraff krever en definisjon av utvisning og en fremstilling av reglene om utvisning. Utvisning er hovedsakelig regulert i utlendingsloven (utl.).⁸ Loven er fra 2008, den har grundige forarbeider og viderefører reglene om utvisning fra den gamle utlendingsloven.⁹ I kapittel 2 gis det en framstilling av ulike argumenter som begrunner statenes rett til å utvise utlendinger. Det foretas her også en gjennomgang av utvisningsgrunnlagene i utlendingsloven, og det redegjøres for utvisningens rettslige klassifisering som sanksjon og de juridiske konsekvensene av et utvisningsvedtak. Jeg ser også på ulike begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger.

Myndighetenes adgang til å utvise, i tillegg til å straffe, kan begrenses av både nasjonale og internasjonale skranke. En slik skranke er *ne bis in idem* prinsippet. Prinsippet gir uttrykk for en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti og hjemler et forbud mot å bli straffet to ganger for samme gjerning. I kapittel 3 forklares det hva dette prinsippet går ut på, og det undersøkes i hvilke nasjonale og internasjonale rettskilder prinsippet er nedfelt. Deretter drøftes det i hvilken grad de ulike rettskildene gir en klar juridisk forpliktelse i forhold til norske myndigheter. Den tydeligste forpliktelsen for Norge følger av EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (P7-4).¹⁰ Utl. § 68 b) analyseres så opp mot denne bestemmelsen. For at to sanksjoner skal utgjøre en dobbeltstraff i strid med EMK P7-4 må begge sanksjonene som anvendes kunne sies å være «saker om straff». For å avgjøre om utvisningsvedtak etter utl. § 68 b) utgjør en «straff», er en definisjon av straffebegrepet både i relasjon til norsk rett og EMK nødvendig.

I kapittel 4 gis det en fremstilling av hvordan teori og praksis har definert de ulike sidene av begrepet «*straff*», og det drøftes hvilke definisjoner som bør legges til grunn ved forståelsen av straffebegrepet i EMK P7-4.

⁷ Norge har siden 2001 deltatt i Schengen-samarbeidet sammen med Island, Sveits, Liechtenstein og EU landene (med unntak av Storbritannia og Irland). Samarbeidet har som formål å gi fri ferdsel mellom medlemslandene. Regelverket baserer seg på Schengen-avtalen (1985) og Schengenkonvensjonen (1995). Regelverket handler i hovedsak om å avskaffe grensek kontroll mellom medlemslandene og etablerer et omfattende politisamarbeid. For mer om Schengen-samarbeidet, se: Skard (2013), s.48.

⁸ Lov 15.mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

⁹ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr. 64

¹⁰ Se punkt 3.3

I kapittel 5 gis en fremstilling og en vurdering av de ulike begrunnelsene som har blitt brukt både nasjonalt og internasjonalt, i teori og praksis og av lovgiver for ikke å klassifisere utvisning som straff. Det undersøkes også i hvilken grad forbudet mot dobbeltstraff har blitt drøftet i relasjon til utvisning i lovforarbeider, Høyesterettspraksis, underrettspraksis, juridisk teori og EMD sin praksis.

På bakgrunn av en beskrivelse av utvisning som sanksjon og undersøkelser av hjemmelsgrunnlagene for forbudet mot dobbeltstraff, holdt opp mot drøftinger av begrepet «straff» og rettspraksis på området, vil det til slutt i kapittel 6 konkluderes i forhold til problemstillingen.

1.3 Rettskilder og metode

For å besvare problemstillingen har jeg undersøkt norsk internrett på utlendingsrettens og strafferettens område. Jeg har brukt lovforarbeider, Høyesterettspraksis og teori for å synliggjøre hvilke argumenter og definisjoner som brukes angående den rettslige klassifiseringen av utvisning som sanksjon.¹¹ Disse rettskildene tolkes etter alminnelige norske metoderegler. For å avgjøre om sanksjonen er i strid med internasjonale forpliktelser har jeg undersøkt internasjonale rettskilder og rettspraksis. Disse har blitt tolket etter en folkerettslig metodelære.

EMK har vært en sentral rettskilde for å besvare oppgavens problemstilling. EMK med tilleggsprotokoller gjelder som norsk lov jf. menneskerettsloven (mrl.)¹² § 2, og skal ved motstrid gå foran annen norsk lov jf. mrl. § 3. Men selv om EMK gjelder som norsk lov er den primært en internasjonal konvensjon og en del av folkeretten, derfor må en folkerettslig metodelære legges til grunn ved tolkningen av vilkårene i EMK.¹³ På menneskerettighetenes område legger man som regel vekt på gjennomføringsorganenes metode ved tolkning av konvensjonene. Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er gjennomføringsorganet for EMK.¹⁴ EMD skal ikke være en fjerdeinstans som skal overprøve de nasjonale domstolene, men kun føre kontroll med at rettighetene i EMK blir respektert.¹⁵ Selv om gjennomførings-

¹¹ Jeg har ikke brukt forvaltningspraksis da denne var vanskelig tilgjengelig, og heller ikke har stor rettskildemessig vekt når det gjelder å fastslå hva som er gjeldene rett.

¹² Lov 21.05 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

¹³ Høstmølingen (2012) s. 90

¹⁴ Jf. Golder v. the United Kingdom 1975

¹⁵ Elgesem (2003)s. 228

organene tolker menneskerettighetene er det nasjonalstatene som har ansvaret for gjennomføringen av dem. Høyesterett har uttalt at de ved anvendelsen av EMK skal foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. De skal da benytte samme metode som EMD, men det er i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.¹⁶ Jeg vil i det følgende si noe om hvilke metode-regler som gjelder generelt i folkeretten og hvordan EMD har anvendt disse.

Statuttene til FNs internasjonale domstol (International Court of Justice - ICJ) angir i artikkel 38 hva som er relevante folkerettslige rettskilder. Selv om statuttene ikke er direkte bindende for andre enn ICJ blir disse rettskildene lagt til grunn av andre organer.¹⁷ Kildene som angis i artikkel 38 er: Traktater/konvensjoner, internasjonal sedvanerett og generelle rettsprinsipper. Dette er de primære rettskildene. I tillegg nevnes rettsavgjørelser og juridisk litteratur som sekundære rettskilder.

Wien-konvensjonen om traktatrett¹⁸ artikkel 31- 33 angir metoderegler for tolkning av traktater. Hovedregelen i Wien-konvensjonen finnes i artikkel 31, første ledd: «*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*» Det følger av artikkel 31 (1) at traktater skal tolkes i forhold til følgende:

Punkt 1: I god tro med utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden («*in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty*»). Internasjonal rett har en struktur uten overnasjonal lovgiver og rollen som lovgiver utføres av statene selv. Statene har ikke bundet seg til noe mer enn akkurat det som følger av konvensjonsteksten, og det legges derfor stor vekt på selve konvensjonsteksten. Ofte vises det til ord og begreper andre steder i konvensjonen, eller til ordbøker og leksikon. Rammen for «*ordinary*» er ikke nasjonal forståelse men internasjonal forståelse om forholdene som konvensjonen regulerer. Utrykket «*good faith*» viser til at tolkningen skal skje i lojalitet til partenes intensjo-

¹⁶ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

¹⁷ Høstmølingen Njål (2012) s. 90

¹⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969. Norge er ikke partikkel, men ifølge Ot. prp. nr. 3 (1998-99) er det “[...] antatt at prinsippene i det vesentlige kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett” (s. 66). Konvensjonen gir regler om bl.a. traktaters tilblivelse, gyldighet, forbehold og tolkning

ner.¹⁹ Konvensjonsorganene utvikler ofte en selvstendig begrepsbruk og viser til tolkninger i egne eller andres avgjørelser.²⁰

Punkt 2: I lys av konvensjonens gjenstand og formål («*objekt and purpose*»). For menneskerettighetskonvensjonene er formålet som regel å gi individer rettigheter i forhold til stater. Med henvisning til konvensjonens gjenstand og formål har EMD lagt til grunn at EMK skal være et levende instrument (*living instrument*).²¹ Dette gir rom for en dynamisk tolkning av konvensjonen, som gjør rettighetene til standarder som kan tilpasser sin tid og samfunnsutviklingen ellers.²² EMD har også, i lys av konvensjonens formål, lagt vekt på effektivitetshensyn: Konvensjonene skal gi grunnlag for konkrete og anvendbare rettigheter.²³

Punkt 3: I sammenheng/i lys av konteksten («*in their context*»). Konvensjonsteksten skal tolkes i lys av hele konvensjonen, i lys av fortalen (preamble) og eventuelle tilleggsprotokoller. Generelle bestemmelser må sees i sammenheng med mer spesielle bestemmelser.²⁴ Forarbeider og etterarbeider kan ikke tillegges stor vekt da statene som sagt bare er bundet av det som står i konvensjonsteksten. Det følger av Wienkonvensjonen artikkel 32 at dette bare skal brukes som supplerende tolkning.

I tillegg til konteksten følger det av artikkel 31 (3) at alle avtaler mellom partene om tolkning av konvensjonen kan være relevant, senere gjennomføringspraksis basert på enighet mellom partene og enhver relevant folkerettslig regel som partene er bundet av i tillegg til konvensjonen.

I tillegg til Wien-konvensjonens regler kan de enkelte menneskerettighetskonvensjonene ha nedfelt egne prinsipper for tolkningen.²⁵ Gjennomføringsorganene kan også utvikle sin egen tolkningsstil. EMD har i tillegg til Wien-konvensjonen anvendt to kjerneprinsipper ved tolk-

¹⁹ Elgesem (2003) s. 207

²⁰ Høstmølingen (2012) s. 93-94

²¹ Elgesem (2003) s. 218

²² Høstmølingen (2012) s. 95

²³ Ibid

²⁴ Ibid

²⁵ Eks. EMK artikkel 17 og SP artikkel 5

ning av EMK: *Formålsprinsippet* (the teleological approach) og *effektivitetsprinsippet* i lys av samtidens forhold (the evolutive approach).²⁶

EMD fatter rettslig bindende vedtak ved avgjørelsen av konkrete enkeltsaker, vedtakene har rettskraft for partene og har for det andre kun en rettskildemessig betydning. Men EMD utvikler som sagt egne tolkningsprinsipper, og om prinsippene er klare og sterke nok kan de bevege seg over i sedvanerett.²⁷ Domstolen er ikke formelt bundet av sine tidligere avgjørelser, men av hensyn til konsekvens og forutberegnelighet tillegger EMD sin egen rettspraksis betydelig vekt.²⁸ EMD er ofte forsiktig med å prøve spørsmål de mener faller under statenes skjønnsmarging.²⁹ I saker som gjelder sensitive politiske spørsmål vil derfor EMD ofte vise tilbakeholdenhet.³⁰ Denne tilbakeholdenheten er framtrødende i saker som handler om utlendingsrett.

²⁶ Jacobs (2010) s. 81

²⁷ Folkerettslig sedvanerett er et resultat av langvarig og fast praksis og har betydelig vekt se ICJ artikkel 38 og Høstmølingen (2012) s. 97 og s. 100

²⁸ Elgesem (2003)s 210

²⁹ Om statenes skjønnsmargin se Elgesem (2003) s. 203-230.

³⁰ Eks. Wilson, the National Union of Journalists and others v. United Kingdom 2002

2 Utvisning

Jeg vil i det følgende se på ulike argumenter som begrunner statenes rett til å utvise utlendinger. Jeg vil se på det rettslige grunnlaget for utvisning, utvisningens rettslige klassifisering som sanksjon og på ulike begrensninger i adgangen til å utvise utlendinger.

2.1 Statssuverenitetsprinsippet

Det prinsipielle utgangspunktet i utlendingsretten er at enhver nasjonalstat er suveren, og har rett til selv å bestemme hvilke utlendinger som skal få opphold på deres territorium.³¹ Statssuverenitet er en grunnsetning i folkeretten og er nedfelt både i FN-pakten og i ICJ-statuttene.³² Prinsippet er også kalt *statenes selvråderett*, prinsippet omfatter også at statene kan gi avkall på suvereniteten eller avtale innskrenkninger i den.³³

Der statene har ratifisert konvensjoner på menneskerettighetsområdet vil konvensjonene utgjøre skranker for hvordan regler på utlendingsrettens område kan utformes og praktiseres. Her vil statenes selvråderett ofte begrenses av individets rettigheter til for eksempel familieliv eller rettferdig rettergang. I forhold til utvisning av utlendinger oppstår det ofte en interessekonflikt mellom statens selvråderett og behov for beskyttelse og individets grunnleggende rettigheter, og svært ulike hensyn må balanseres mot hverandre.

2.2 Utvisningsinstituttet

Det er ingen menneskerettighetskonvensjoner som gir en utlending rett til opphold eller statsborgerskap i et annet land enn hans eget. FNs verdenserklæring³⁴ om menneskerettigheter artikkel nr. 14 gir enhver rett til å søke om å få asyl³⁵, men gir ikke en rett til å få innvilget opphold. FNs flyktningkonvensjon³⁶ inneholder vilkårene for å få anerkjennelse som flyktning, men pålegger ikke statene å gi politisk asyl til de som faller inn under flyktningdefinisjonen. Det folkerettslige asyl er ikke noe som enkeltpersoner eller grupper har krav på, men noe en stat har rett til å gi, og den enkelte flyktnings rett til asyl er derfor overlatt til hver stats

³¹ Øyen (2013) s. 24

³² FN pakten artikkel 2 (1), ICJ statuttene artikkel 38 (1) a), Høstmølingen (2012) s. 410

³³ Ruud (2006) s. 22

³⁴ Verdenserklæringen fra 1948 er ikke folkerettslig bindende, men har stor moralsk og politisk autoritet

³⁵ Å få asyl betyr at man får et politisk fristed og opphold i et annet land. Reguleres av utlendingsloven § 28

³⁶ FNs konvensjon om flyktnings stilling trådte i kraft 22. april 1954

interne lovgivning. På bakgrunn av dette er asylretten betraktet som et eget fagfelt, atskilt fra menneskerettighetene.³⁷ Det vil ikke si at utlendinger som er innvilget opphold i et annet land ikke er beskyttet av menneskerettighetene, men selve retten til opphold er en svakt beskyttet rettighet og statene kan stille strenge vilkår for oppholdet.

Med suverenitetsprinsippet som utgangspunkt bygger utlendingsretten i de fleste land på et tillatelsessystem hvor opphold og inn- og utreise reguleres av regler om visum og ulike oppholdstillatelser. Tillatelsene kan som regel trekkes tilbake dersom grunnlaget for oppholdet ikke lenger er til stede. Utvisning av utlendinger som sanksjon på grunn av uønsket adferd er vanlig og utbredt praksis hos nasjonalstatene. I europeiske stater er regelverket som regulerer utvisningsadgangen ganske homogent, selv om landene kulturelt er ulike og har ulik asylishistorikk og politikk, og de fleste land har en omfattende utvisningspraksis.³⁸

Legitimiteten til og behovet for utvisningsinstituttet begrunnes ofte med at instituttet har lange tradisjoner, og at det skal beskytte samfunnet mot fare, samt at det vil stride mot den alminnelige rettsfølelsen dersom staten ikke hadde adgang til å utvise utlendinger. I tillegg antas det at utvisningsinstituttet har en allmennpreventiv effekt.³⁹ Dette er argumenter som i stor grad begrunner den nasjonale lovgivningen på utlendingsfeltet.

2.3 Utlendingsloven

Et sentralt formål med utlendingsloven er at den: *skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser.*⁴⁰ Det betyr blant annet at regler om utvisning i stor grad kan bære preg av norske myndigheters politiske føringer, men at reglene må være i tråd med menneskerettighetskonvensjoner Norge er bundet av.

I Norge er det forvaltningen ved utlendingsmyndighetene som behandler og beslutter vedtak om utvisning, i motsetning til en rekke andre land hvor dette er overlatt til domstolene.⁴¹

³⁷ Ruud (2006)s. 344

³⁸ Nascimbene (2001) s. 582

³⁹ Se for eksempel NOU 2004:20 og Ot. prp. nr. 75

⁴⁰ Utl.§1

⁴¹ Humlen (2010) s.422. og utl. § 72

Utvisning er en forvaltningssanksjon som anvendes overfor utlendinger som bryter reglene i utlendingsloven eller i straffelovgivningen. Utvisning er altså rettslig sett klassifisert som en *forvaltningssanksjon* og ikke som *straff*. Forvaltningssanksjoner skiller seg ikke fra straffesanksjoner i forhold til at man gjennom sanksjoner også ønsker å normere adferd, men sanksjonene kan ha andre formål enn straffens.⁴² Administrative forvaltningssanksjoner følger et annet prosessuelt spor enn straffesanksjoner ved at disse ilegges av forvaltningsmyndighetene selv og ikke av domstolene slik straffesanksjoner gjør. Det er også andre rettsikkerhetsforskjeller i de to sporene, blant annet i bruk av prosessuelle tvangsmidler og ellers i begrunnelsespliktreglene og forskjeller i prosessform.⁴³

Reglene om utvisning står i kapittel 8 i utlendingsloven og utfylles av utlendingsforskriften (utlf.) kapittel 14. Her reguleres hvem som kan utvises og på hvilket grunnlag. Bestemmelsene må suppleres av de alminnelige saksbehandlingsreglene i utl. kapittel 11. Forvaltningsloven (fvl.)⁴⁴ gjelder for utvisningsvedtak der annet ikke følger av utlendingsloven,⁴⁵ og utlendingsretten er i utgangspunktet underlagt forvaltningens frie skjønn.⁴⁶ Allikevel følger det av rettspraksis at domstolene har full overprøvningskompetanse, da utvisningsvedtak er meget inngripende vedtak med store konsekvenser for utlendingen selv og for utlendingens familie.⁴⁷

Konsekvensene av et utvisningsvedtak er at enhver gyldig tillatelse til opphold i riket opphører å gjelde. Utlendingen må forlate riket frivillig, hvis ikke gir utvisning grunnlag for tvangsutsendelse. Et utvisningsvedtak kan inneholde et varig eller tidsbestemt innreiseforbud til Norge og Schengen.⁴⁸ Utlendinger kan også bortvises som en sanksjon for brudd på utl.⁴⁹ Dette er en litt mildere reaksjon enn utvisning da bortvisningsvedtak ikke medfører et framtidig innreiseforbud.

⁴² For mer om forvaltningssanksjoner se: Berg, Bjørn O; Forvaltningssanksjoner, Universitetsforlaget, 2005

⁴³ Meidell (2013) s. 365

⁴⁴ Lov 10. 02. 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

⁴⁵ Utl. § 80

⁴⁶ Om forvaltningens frie skjønn: Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, Forvaltningsrett 8. utg., Universitetsforlaget 2008, Kap. 24

⁴⁷ Rt.2000 s. 591

⁴⁸ Utl. § 71 og Lov om Schengen informasjonssystem (SIS) 16. juli nr.66 1999

⁴⁹ Se utl.§§17 og 18 jf. utlf. §§5-1til 5-4

Både utlendinger uten oppholdstillatelse og utlendinger med midlertidig eller permanent oppholdstillatelse kan utvises.⁵⁰ Norske statsborgere, utlendinger som er født i riket og har hatt sammenhengende bopel her kan ikke utvises.⁵¹ Personer som har vern etter utl. kapittel 9 kan ikke sendes ut av Norge.⁵²

Systemet i regelverket tilsier at sanksjonen utvisning kan brukes overfor to forskjellige grupper:⁵³

1. De som overtrer bestemmelser i utlendingsloven og hvor utvisning settes som en direkte konsekvens for rettighetene man ønsker å tilegne seg.
2. De som har begått en straffbar handling i Norge eller i utlandet som ikke har noen sammenheng med rettighetene etter utlendingsloven. Disse får utvisningen som en reaksjon i tillegg til den ordinære straffen.

Jeg vil i det følgende konsentrere meg om utlendinger som har permanent oppholdstillatelse og som har begått straffbare handlinger i Norge og dermed får utvisningen som en reaksjon i tillegg til den ordinære straffen. Denne gruppen utvises med hjemmel i utl. § 68 b) første ledd bokstav b):

En utlending som har permanent oppholdstillatelse kan utvises:

b) når utlendingen for mindre enn ett år siden her i riket har sonet eller er ilagt straff eller særreaksjon for et forhold som kan føre til fengselsstraff i to år eller mer,

Bestemmelsen oppstiller en tidsbegrensning og utvisningsvedtak kan bare fattes der det er under ett år siden soningen. Både ilagt straff og særreaksjon⁵⁴ kan føre til utvisning. Strafferammen tilsier at det ofte vil være tilfeller av volds, narkotika og vinningsforbrytelser som gir grunnlag for utvisning etter denne bestemmelsen.

⁵⁰ Utl. § 66, § 67, § 68

⁵¹ Utl. § 69

⁵² Utl. kap. 9 har regler om absolutt vern mot utsendelse (non refoulement)

⁵³ Meidell (2013) s. 361

⁵⁴ En særreaksjon er tvungent psykisk helsevern eller tvungen omsorg jf. strl.§§ 39 og 39a

Det følger av ordet «*kan*» i § 68 b) første ledd at dette er en fakultativ bestemmelse. Det vil si at det ikke foreligger en absolutt plikt for myndighetene til å utvise selv om utlendingen fyller vilkårene i bestemmelsen. Praksis fra Utlendingsdirektoratet (UDI) tyder likevel på at myndighetene ofte velger å utvise der det finnes grunnlag: I 2012 valgte UDI å utvise i omtrent 76% av utvisningssakene de behandlet. I 2013 mottok over 5200 utlendinger vedtak om utvisning. Dette er det høyeste tallet noensinne.⁵⁵

Utvisningspraksisen øker i omfang på tross av at det finnes en rekke begrensninger i adgangen til å utvise også når alle vilkårene er oppfylt. Det følger av legalitetsprinsippet at inngripende tiltak må ha klar hjemmel i lov, noe som utgjør en skranke for hvordan utvisningsreglene kan utformes og vedtakene gjennomføres.⁵⁶ I tillegg har utlendingsloven en rekke bestemmelser som begrenser adgangen til å utvise utlendinger.⁵⁷ Også menneskerettighetskonvensjoner som Norge har ratifisert kan utgjøre skranke for hvem som kan utvises og inneholde rettsikkerhetsgarantier for hvordan utvisningsvedtak skal fattes og gjennomføres.⁵⁸ EMK artikkel 8 om retten til familieliv setter en grense for utvisning der vedtaket vil utgjøre en uforholdsmessig belastning for utlendingens familie. Det straffbare forholdets alvorlighet må veies opp mot belastningene for individet. En slik forholdsmessighetsvurdering skal også gjøres etter utl.§ 70. Prøving av om utlendingsmyndighetene har foretatt en riktig forholdsmessighetsvurdering etter disse bestemmelsene er ofte oppe for domstolene. En annen grunnleggende rettsikkerhetsgaranti, som ikke prøves så ofte i forhold til utvisningsvedtak, er forbudet mot å bli straffet to ganger for samme handling.

⁵⁵ Se UDI sine årsrapporter fra 2012 og 2013. Se nettadressene i litteraturlisten.

⁵⁶ Legalitetsprinsippet går ut på at myndighetene ikke kan gripe inn overfor individet uten lovhjemmel. Legalitetsprinsippet utenfor strafferetten følger av konstitusjonell sedvane. Se Smith (2008) s. 132. På strafferettens område må loven forby handlingen og klart si at det er straffbart å overtre forbudet. Dette følger av Grunnloven § 96. Se Boe (2004), s.165

⁵⁷ Se for eksempel utl § 69, §70, §73

⁵⁸ Nybø (1996), s. 17

3 Forbudet mot dobbeltstraff

Jeg vil i det følgende undersøke hva forbudet mot dobbeltstraff går ut på, og se på hvordan det er forankret i norsk og internasjonal rett. Jeg vil også undersøke i hvilken grad dobbeltstraffforbudet i de ulike rettskildene kan være en skranke for å utvise på grunnlag av ilagt straff i Norge etter utl. § 68 b).

3.1 Ne bis in idem prinsippet

Ne bis in idem er latin og betyr «ikke to ganger for det samme», og gir uttrykk for et gammelt og etablert prinsipp. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er et grunnleggende rettsstatsprinsipp som går ut på at den som har vært utsatt for en straffeforfølgning som har endt med en endelig avgjørelse, ikke skal bli utsatt for en ny straffeforfølgning for samme forhold.⁵⁹ Det er med andre ord en skranke for myndighetenes adgang til å straffeforfølge når det allerede er reagert på forholdet med en annen sanksjon.⁶⁰ Forbudet har solide historiske røtter og kan spores helt tilbake til antikkens greske rett fra år 355 f.Kr.,⁶¹ og i klassisk romerrett finner man også forbudet skrevet ned i Justinians Digesta.⁶²

Det at man skal kunne anse seg ferdig med en sak når en er dømt eller frifunnet, oppfattes fortsatt som en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti i dagens samfunn.⁶³ Det er internasjonalt bred enighet om at enhver sak bør ha sin ende, og i de fleste land kommer det til uttrykk gjennom sivil og strafferettslige regler om rettskraft.⁶⁴

Ne bis in idem prinsippet begrunnes ofte i tre hovedhensyn:⁶⁵

1. *Belastningshensynet*: Den som har vært utsatt for en forfølgning, skal slippe den belastningen det medfører å gjennomgå en ny straffeforfølgning for samme saksforhold.⁶⁶

⁵⁹ Rui (2009), s. 17

⁶⁰ Andenæs (2009), s.11

⁶¹ Rui (2009), s. 65

⁶² *Digesta (533)* var kong Justians kodifisering av romersk rett, se: Anners (1983), s. 82

⁶³ Hov (2010), s. 92

⁶⁴ Se for eksempel straffeprosessloven § 51 og tvisteloven § 19-15, Aall (2011), s. 460

⁶⁵ Rui (2010), s. 497

⁶⁶ Ibid

2. *Hensynet til forutberegnelighet*: Samfunnsborgerne skal kunne innrette seg på at de ikke vil bli forfulgt på ny for samme forhold, som de er endelig domfelt eller frifunnet for.⁶⁷
3. *Hensynet til effektivitet*: Det er ineffektivt for et rettssamfunn å gjennomføre flere prosesser om samme saksforhold.⁶⁸

Gjentatt straffeforfølgning er også ofte kalt «dobbelstraff».⁶⁹ Jeg kommer til å bruke begrepet dobbelstraff i det følgende. I vårt rettssystem er det flere regelsett som gir vern mot dobbelstraff, både internrettslige og i folkeretten.

3.2 Norsk rett

Forbudet mot dobbelstraff har i flere rettssystemer, for eksempel i USA, Tyskland og Spania, fått et konstitusjonelt vern.⁷⁰ Forbudet finnes også nedfelt i flere konvensjoner.⁷¹ Dette viser at regelen har karakter av å være et grunnleggende rettsstatsprinsipp.⁷²

Vernet mot dobbelstraff har ikke fått et konstitusjonelt vern i Norge, og står ikke nedfelt i Grunnloven (Grl.).⁷³ I norsk rett har *ne bis in idem* prinsippet tradisjonelt kommet til uttrykk gjennom regelen om straffedommers negative materielle rettskraft som nå står i straffeprosessloven § 51 første ledd (strpl.)⁷⁴ Det følger av forarbeidene til loven, og har blitt lagt til grunn i juridisk teori, at strpl. § 51 blir ansett som en tekniskprosessuell regel, og ikke en regel som knesetter et grunnleggende rettsstatsprinsipp.⁷⁵

Strpl. § 51 første ledd lyder som følger: «*Reises ny sak om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise saken av eget tiltak.*» Vilkåret «krav» må forstås slik at det tar

⁶⁷ Ibid

⁶⁸ Rui (2010), s. 497

⁶⁹ Holmboe (2011), s. 191

⁷⁰ Rui (2009), s. 28

⁷¹ Se oppgaven punkt 3.3 og 3.4

⁷² Rui(2009), s. 28

⁷³ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814

⁷⁴ Lov 22. 05. 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker, Rui (2009), s. 17

⁷⁵ Rui (2009), s. 28

sikte på krav som defineres som straff etter straffeloven (strl.)⁷⁶ § 15 eller omfattes av strpl. § 2.⁷⁷ Det følger av strpl. § 1 at bare saker om straff faller inn under virkeområdet til straffeprosessloven, og hva som er straff i straffeprosesslovens forstand listes opp i strl. §§ 15 og 16. Utvisning står ikke nevnt i strl. §§ 15 eller 16 og følger heller ikke av strpl. § 2. Utvisning er derfor ikke straff i strafferettslig forstand og faller utenfor straffeprosesslovens virkeområde. Dette utelukker imidlertid ikke at utvisning kan være straff i lys av et videre straffebegrep i andre rettskilder. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.

3.3 EMK tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (EMK P7-4)

EMK tilleggsprotokoll 7 ble vedtatt av Ministerkomiteen i Europarådet 22. november 1984 og trådte i kraft 1. november 1988. Den ble ratifisert av Norge 25. oktober 1988 med virkning fra 1. januar 1989. I 1999 ble EMK med tilleggsprotokoller gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven og gitt forrang ved motstrid jf. § 3.

I EMK kommer *ne bis in idem* prinsippet til uttrykk i tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (P 7-4):

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

Det følger av artikkelens tredje ledd at den ikke kan fravikes etter EMK artikkel 15.⁷⁸ Bestemmelsen oppstiller seks kumulative vilkår for at forbudet mot dobbeltstraff skal komme til anvendelse.⁷⁹

1. Begge sakene må i EMKs forstand innebære straffeforfølgning («*in criminal proceedings*»).

⁷⁶ Lov 22. 05. 1902 nr. 10 Almindelig borgelig straffelov

⁷⁷ Strandbakken (2002) s. 357

⁷⁸ I krigssituasjoner eller i andre nasjonale krisesituasjoner kan statene i henhold til EMK artikkel 15 fravike deler av konvensjonen

⁷⁹ I flere fagartikler om P7-4 sies det bare at bestemmelsen oppstiller «flere kumulative vilkår», jeg mener at en tolkning av ordlyden tilsier at det er 6 kumulative vilkår, se Rodriguez (2012), s. 17

2. Straffeforfølgingen må gjelde samme faktiske forhold (*«for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted»*)
3. Straffeforfølgingen må gjelde samme rettssubjekt (*«he»*)
4. Det må i sak nr. 1 foreligge en endelig frifinnelse eller domfellelse (*«finally acquitted or convicted»*)
5. Forfølgningen i sak nr. 2 må innebære gjentatt tiltale eller gjentatt straff (*«be tried or punished again»*)
6. Begge forfølgningene må skje i samme lands rettssystem (*«in accordance with the law and penal procedure of that State»*)

Når det gjelder utvisning etter utl. § 68 b) vil sak nr. 1 her være straffesaken som utlendingen er dømt i. Sak nr. 2 vil være forvaltningens beslutning om å utvise utlendingen fra Norge på bakgrunn av straffedommen. Følgende vilkår vil klart være oppfylt:

Vilkår nr. 3 om at sakene må gjelde samme rettssubjekt er oppfylt: Både straffesaken og utvisningssaken vil gjelde samme utlending/ rettssubjekt. Vilkår nr. 4 om endelig domfellelse er også oppfylt da det vil foreligge en endelig avgjørelse i straffesaken før utvisningsvedtak fattes. Det er også på det rene at vilkår nr 6 om at begge sakene må foregå i samme lands rettssystem er oppfylt, da utvisningsvedtak etter utl. 68 b) fattes av norske myndigheter på bakgrunn av ilagt straff i Norge.

Vilkår nr. 2 reiser spørsmålet om både straffesaken og utvisningssaken handler om samme faktiske forhold. EMD har lagt til grunn at det dreier seg om samme forhold i P7-4s forstand der to forfølgninger springer ut fra identiske fakta knyttet til samme faktiske handling eller atferd.⁸⁰ En utlending som blir dømt (i sak nr. 1) for eksempel til fengsel i 3 år for legemsbeskadigelse etter strl, § 229, vil på grunn av den samme atferden (legemsbeskadigelsen) fylle vilkårene for utvisning i utl. § 68 b) (sak nr. 2). Formelt sett er det atferden som gir grunnlag for straffedommen mens det er straffedommen som gir grunnlag for utvisningsvedtaket, men reelt sett tar begge sakene utgangspunkt i det samme faktiske forholdet - den straffbare handlingen. Vilkår nr. 2 er dermed også oppfylt.

⁸⁰ *Zolotukhin v. Russia 2009* endret rettstilstanden slik at «samme forhold» ikke lenger er et spørsmål om rettslig identitet, kun faktisk identitet. Også lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2010 s. 72 avsnitt 13. Se Holmboe (2011), s. 204

Spørsmålet blir så om utvisningssaken (sak nr. 2) også er en *straffeforfølgning* jf. vilkår nr. 1 og dermed representerer at utlendingen blir *tiltalt* eller *straffet* igjen jf. vilkår nr. 5. I tilfelle vil alle de kumulative vilkårene være oppfylt og P7-4 vil sperre for muligheten for å utvise i tillegg til å idømme fengselsstraff for samme handling.

Det som er mest uklart i forhold til vilkårene i P7-4 er altså om utvisning i tillegg til fengselsstraff tilsier at utlendingen blir: *tried or punished again in criminal proceedings*.

I juridisk teori legges det ved tolkningen av P7-4 til grunn at: «*At den som er dømt i ordinær straffesak ikke senere kan utsettes for ny forfølgelse i en administrativ prosess av "criminal" karakter, er klarest dekket av ordlyden.*»⁸¹ Men hva innebærer det at en administrativ prosess har «criminal» karakter, og har utvisningsvedtak denne karakteren?

For å avgjøre dette er det nødvendig å definere straffebegrepet i EMK. Dette vil jeg komme tilbake til i punkt 4.2. Jeg vil nå se på andre konvensjoner hvor forbudet mot dobbeltstraff forekommer.

3.4 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

Norge ratifiserte FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) i 1971 og den trådte i kraft 2. mars 1976. I 1999 ble konvensjonen gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven (mrl.), og gitt forrang ved motstrid jf. mrl. § 3.

Ne bis in idem prinsippet kommer til uttrykk i SP artikkel 14 nr. 7: «*No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.*»

Ved ratifikasjonen av SP tok Norge forbehold i forhold til artikkel 14 nr. 7. Reservasjonen var begrunnet med at det var usikkert om artikkelen forbød at nasjonale rettssystemer opererte med egne regler som tillot gjenåpning av straffesaker.⁸² På grunnlag av senere uttalelser fra FNs menneskerettighetskomité må det ansees avklart at bestemmelsen ikke er til hinder for

⁸¹ Aall (2011), s. 462

⁸² Skoghøy (2003), s. 2, Rui (2009), s. 38, Rettsdata SP artikkel 14 note 23, noten er sist hovedrevidert 27. 01. 2012

gjenopptakelse.⁸³ Komiteen har oppfordret de statene som tok forbehold om å revurdere dette, men Norge har likevel fortsatt ikke trukket tilbake reservasjonen.⁸⁴

Norge er derfor ikke bundet av forbudet i SP artikkel 14 nr. 7. Dette reiser en rekke spørsmål: Hvorfor har Norge ennå ikke trukket tilbake dette forbeholdet, når årsaken til bekymringen har blitt tilbakevist? Norge har valgt ikke å ta noe forbehold når det gjelder den nesten identiske bestemmelsen i EMK-tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 nr. 1.⁸⁵ Bakgrunnen for EMK protokoll 7 var blant annet et ønske om å supplere menneskerettsvernet i EMK med bestemmelser fra SP.⁸⁶ Dette vil blant annet si at forarbeidene til SP artikkel 14 nr. 7 utgjør en del av forarbeidene til EMK P7-4.⁸⁷ Det er også antatt at straffebegrepet i SP artikkel 14 korresponderer med straffebegrepet i EMK.⁸⁸ Det er mye som tilsier at bestemmelsene i EMK og SP er nært knyttet sammen og bør sees i sammenheng. Hvorfor har Norge da ikke tatt forbehold til en bestemmelse som bygger direkte på en annen bestemmelse som det var nødvendig å reservere seg mot?

Et annet spørsmål er hvordan Norge kan ratifisere resten av SP artikkel 14 og gjøre den til norsk lov, men så gå helt fri fra å forholde seg til akkurat artikkel 14 nr. 7? Forbudet i nr. 7 er plassert sammen med andre grunnleggende rettsikkerhetsgarantier i artikkel 14, som skal sikre en rettferdig rettergang. I teorien har det vært argumentert for at *ne bis idem* prinsippet i SP antagelig ansees som et element av det overordnede kravet til rettferdig rettergang i artikkel 14,⁸⁹ og dette overordnede kravet er Norge bundet av.

Selv om dette er uavklarte spørsmål velger jeg å la det falle utenfor oppgaven å prøve å besvare dem. Jeg forholder meg i den videre drøftingen, av om utvisning etter utl. § 68 b) er en dobbeltstaff, til SP artikkel 14 nr. 7 som en rettskilde Norge ikke er bundet av.

⁸³ General Comment nr. 13 para. 19, Skoghøy (2003), s. 2

⁸⁴ Ratifikasjoner og reservasjoner til FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter:
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

⁸⁵ Se punkt 4.2.3

⁸⁶ Skoghøy (2003), s. 1

⁸⁷ Fremholdt i *Bankovic v. Belgium* avsnitt 32, se Skoghøy(2003) s. 8

⁸⁸ Rt. 2005 s. 513 avsnitt 32, se Rui (2009), s. 38.

⁸⁹ Rui (2009), s. 38

3.5 Andre konvensjonsbaserte forbud

Convention Implementing the Schengen Agreement (CISA) er en konvensjon som både er en del av Schengen-avtalen⁹⁰ og av EUs rammeverk.⁹¹ Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er nedfelt i CISA artikkel 54 jf. artikkel 55 og skal bidra til å sikre den frie personbevegelse, slik at den som har vært utsatt for en straffeforfølgning i ett av Schengenlandene skal kunne bevege seg fritt til andre Schengenland uten å måtte bli utsatt for ny straffeforfølgning for samme forhold.⁹²

EF-domstolen har kompetanse til å avgi tolkningsuttalelser om forståelsen av artikkelen. Norge er ikke medlem av EU, men undertegnet Schengen-avtalen i 2001.⁹³ Selv om de nordiske landene har en ulik tilknytning til Schengen, er det på det rene at CISA artikkel 54 i praksis er bindende for samtlige nordiske land.⁹⁴ Men forbudet i CISA artikkel 54 er ikke direkte relevant i forhold til utvisning etter utl. § 68 b), da det her ikke er snakk om fare for en ny straffeforfølgning i ett annet Schengenland. Dersom man utvises fra Norge på grunn av ilagt straff følger det av Schengen-avtalen at man utvises fra hele Schengenområdet⁹⁵.

I tillegg til de konvensjonsbaserte forbudene mot dobbeltstraff som jeg nå har nevnt, finnes et antall andre, både av internasjonal og transnasjonal karakter, men de er ikke bindende for Norge.⁹⁶ Det faktum at *ne bis in idem* prinsippet finnes i så mange konvensjoner viser at prinsippet internasjonalt er betraktet som en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti.

3.6 Konklusjon

Av alle de overnevnte rettsgrunnlagene er det bare dobbeltstraff-forbudet i EMK P7-4 som utgjør en klar forpliktelse for Norge, og kan være en skranke for utvisning etter utl. § 68 b). Dersom utvisningsvedtak kan defineres som «straff» vil utvisning på grunnlag av ilagt straff i Norge etter utl. § 68 b) være i strid med EMK P7-4.

⁹⁰ Se fotnote nr. 9

⁹¹ Ved Amsterdamtraktaten (1999) ble Schengenregelverket integrert i rammeverket for EU

⁹² Rui (2009), s. 35

⁹³ Se note nr. 9

⁹⁴ Rui (2010), s. 502

⁹⁵ Jf. Lov om Schengen informasjonssystem (SIS) § 6

⁹⁶ For eksempel. EU Charteret art 50 og American Convention on Human Rights art 8. nr.4, se: Rui (2009), s.39.

4 Straff

For å avgjøre om EMK P7-4 sperrer for å fatte utvisningsvedtak på bakgrunn av ilagt straff må det klargjøres om utvisningsvedtak etter sitt innhold også kan sies å utgjøre en straff. Det er da nødvendig å definere begrepet «straff».

4.1 Straffebegrepet i norsk rett

I norsk rett har Johs Andenæs sin definisjon fra 1962 lenge vært den alminnelige definisjonen av hva straff er: «*Straff er et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde.*»⁹⁷ Høyesterett ga sin tilslutning til denne definisjonen i Rt. 1977 s. 1207. Det er i dag en utbredt oppfatning at tilføyelsen av et onde ikke er noe mål i seg selv, men at formålet med straff er å styre borgerens atferd slik at de ikke bryter forbud og holder påbud.⁹⁸

Straffens formål og begrunnelse har vært forskjellig opp gjennom tidene og er heller ikke lik i alle samfunn til enhver tid.⁹⁹ Man finner ikke noen egen drøftelse av straffens begrunnelse i forarbeidene til straffeloven, det er imidlertid vanlig å si at straffens begrunnelse, både da straffeloven ble vedtatt og senere, er den samme: Individual- og allmennprevensjon.¹⁰⁰ Dagens straffebegreper som vi finner i strl. § 15 og Grl. § 96 og i EMK er et resultat av arv gjennom utallige generasjoner og er ikke nødvendigvis sammenfallende.¹⁰¹

I norsk rett skal fire grunnleggende kumulative straffbarhetsvilkår¹⁰² være oppfylt dersom myndighetene skal kunne ilegge straff:

1. Det må være utført en handling eller unnlattelse som dekkes av et straffebud nedfelt i lov.
2. Det må ikke foreligge en straffrihetsgrunn som nødverge, nødrett, samtykke m.m.
3. Det må være utvist subjektiv skyld som forsett eller uaktsomhet iht. lovens krav.

⁹⁷ Andenæs (1962), s. 352

⁹⁸ Eskeland (2006), s. 38

⁹⁹ Eskeland (2006), s. 47

¹⁰⁰ Se Ot. prp. Nr. 90 (2003-2004), s. 77-78 og Eskeland (2006), s. 38

¹⁰¹ Eskeland (2006), s. 38

¹⁰² Eskeland (2006), s. 64 og 65

4. Personen må ha vært tilregnelig i gjerningsøyeblikket.

Straff som begrep kan både ha en *formell, prosessuell* og *materiell* side. Som sagt i punkt 3.2 oppstiller strl. §§ 15 og 16 og strpl. § 2 kriteriene for hva som er straff i straffeloven og straffeprosesslovens forstand. Stl. §§15 og 16 gir uttrykk for den *formelle* siden av straffebegrepet. Her har lovgiver bestemt at de reaksjonene (fengsel, forvaring osv.) som listes opp i bestemmelsene formelt sett er straff, og at saker om disse reaksjonsformene skal avgjøres etter *straffeprosesslovens* regler. De reaksjonsformene eller sanksjonene som ikke står der er ikke formelt sett straff. Men bestemmelsene i straffeloven avgjør ikke hva som er straff i enhver rettslig forstand. I realiteten kan andre reaksjonsformer innholdsmessig utgjøre straff selv om de ikke formelt sett står opplistet i straffeloven.

Dette må derfor avgjøres på bakgrunn av tolkning av hver regel som har et straffeinnhold. Ståle Eskeland sier om det *materielle* straffebegrepet: «Straff er således et sentralt *rettslig begrep*(..). Innholdet må fastlegges på grunnlag av juridisk metode».¹⁰³

Avgjørende for den *innholdsmessige eller materielle* vurderingen av om noe er straff er om normen er *pøn*al. Normer som er pønale kjennetegnes av at de beskriver en handling som er uønsket og som ved overtredelse fører til en konsekvens. I følge Andenæs sin definisjon er dette handlinger som fører til at individet blir påført et *tilsiktet* onde fra myndighetenes side.

En sentral materiell side av straffebegrepet er Grunnloven § 96. Det følger av Grunnloven § 96 at: «ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom.» Bestemmelsen konstitusjonaliserer legalitetsprinsippet i strafferetten.¹⁰⁴ Grunnloven er den høyeste rettskilden, og andre rettskilder må vike for den ved motstrid jf. *lex superior* prinsippet.¹⁰⁵ Dette vil si at alle regler om straff innholdsmessig ikke kan være i strid med straffebegrepet i grunnloven og må være i tråd med de kravene som følger av grunnloven.

¹⁰³ Eskeland (2006), s. 38

¹⁰⁴ Om legalitetsprinsippet se note 51

¹⁰⁵ *Lex superior* prinsippet angår rangforholdet mellom regler og bestemmer hvilken regel som skal gå først i tilfelle konflikt. Se Boe, Erik, *Innføring i juss*, Erik Boe (2004), s. 49

Grl. § 96 inneholder både et *lovs krav* (straff må ha hjemmel i lov) og et *doms krav* (straff må ilegges ved dom). Slik bestemmelsen er tolket er det ikke tilstrekkelig at strafferegelen er forankret i formell lov, den må også være tilstrekkelig klar og tydelig.¹⁰⁶ Ordlyden i Grunnloven § 96 gir ingen nærmere veiledning om hvilke reaksjoner som skal regnes som straff, det er imidlertid sikker rett at det i prinsippet ikke er avgjørende om lovgivningen benevner en reaksjon som «straff» eller ikke.¹⁰⁷

Grl. § 96 skal først og fremst beskytte borgerne mot å bli ilagt straff ved administrativ beslutning, og selv om lovgivningen karakteriserer en regel med en annen betegnelse enn straff er det dermed ikke gitt at den faller utenfor straffebegrepet i Grunnloven.¹⁰⁸

Det er derfor mye som taler for at legalitetsprinsippet i Grunnloven også beskytter mot administrative/straffelignende beslutninger med pønalt innhold som er inngripende for individet. Dette innebærer at dersom utvisning kan sies å være straff etter sitt materielle innhold, så bør vedtakene fattes av en domstol jf. domskravet og ikke av forvaltningen slik praksis er i dag. Og lovhjemmelen om vedtaket må være tilstrekkelig klar og tydelig jf. klarhetskravet. Dersom utvisning er straff bør også ileggelsen av utvisningen prøves opp mot de fire straffbarhetsvilkårene. Jeg går ikke her inn på en vurdering av disse spørsmålene, men peker på rettssikkerhetsgarantier som gjør seg gjeldende når myndighetene legger sanksjoner som er pønale.¹⁰⁹

4.2 Straffebegrepet i EMK

Jeg vil nå se nærmere på straffebegrepet i EMK. Det er flere bestemmelser i EMK som har strafferettslige begrep. De mest sentrale er artikkel 6, artikkel 7 og P7-4.

¹⁰⁶ Eskeland (2006), s. 105

¹⁰⁷ NOU 2003:15 punkt 5.1.1 Begrepet straff i Grunnloven § 96

¹⁰⁸ Jf. Rt. 1928 s. 1050, se Andenæs, (2004), s. 14.

¹⁰⁹ For mer om straffebegrepet etter grunnloven se: Fliflet, Arne, Grunnloven Kommentartutgave, Universitetsforlaget 2005.

4.2.1 Artikkel 6

Artikkel 6 i EMK gjelder den overordnende retten til en rettferdig rettergang. Artikkel 6 nr. 1 slår fast generelle grunnprinsipper for domstolsbehandling, og bestemmelsen gir *enhver* rett til å få adgang til domstolene og til en rettssikker prosess.¹¹⁰ EMK artikkel 6 nr. 1 slår fast at:

In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.

Adgangen til domstolsbehandling gjelder ved avgjørelsen av saker vedrørende borgerlige rettigheter («*determination of his civil rights*») og ved straffesiktelsener («*criminal charge*»). Begrepet borgerlige rettigheter («*civil rights*») er autonomt¹¹¹ og avhenger ikke av nasjonale definisjoner, begrepet tolkes vidt av EMD og dekker i all hovedsak privatrettslige forhold.¹¹² EMD har i tillegg slått fast at skillet mellom det offentligrettslige og det privatrettslige ikke er avgjørende.¹¹³

I forhold til å definere straffebegrepet er det relevante begrepet i artikkel 6 nr. 1 «*criminal charge*». Straffebegrepet «*criminal charge*» er på norsk oversatt til «straffesiktelse».¹¹⁴ På samme måte som uttrykket «*civil rights*» skal også begrepet «*criminal charge*» tolkes autonomt. Konvensjonsstatene står fritt til å gjøre en hvilken som helst klanderverdig handling straffbar i lovs form, derimot kan ikke statene unngå muligheten for at artikkel 6 får anvendelse bare ved å sanksjonere en handling som en administrativ eller disiplinær forseelse.¹¹⁵ Dersom en sanksjon anses som straff etter nasjonal rett er hovedregelen at den også er straff etter EMK¹¹⁶. Mer problematisk er det å avgjøre hvilke nasjonale administrative sanksjoner som er straff i EMKs forstand. Det foreligger omfattende praksis hvor det drøftes hva som er «*criminal charge*» etter artikkel 6. Første gang problemstillingen var oppe var i storkammer-

¹¹⁰ Lagt til grunn i bl.a. *Golder v. United Kingdom* 1975, avsnitt 36

¹¹¹ At begrepet er autonomt vil si at EMD ikke anser seg bundet av den forståelse som er gitt de tilsvarende begrepene i nasjonal rett. Læren har utviklet seg i relasjon til flere begreper i EMK, og begrunnelsen er at det ikke er statene som skal definere begrepene i EMK, se: Elgesem (2003), s. 213 og s. 214

¹¹² Høstmølingen (2012), s. 197

¹¹³ Se *Ringreisen v. Austria* 1971 para. 94 og Høstmølingen (2012), s. 198

¹¹⁴ EMK artikkel 6, norsk oversettelse

¹¹⁵ Se *Engel and Others v. the Netherlands* 1976 og *Öztürk v. Germany* 1984 og Høstmølingen (2012), s. 199 og s. 200

¹¹⁶ Elgesem (2003), s. 214 og Holmboe (2011), s. 196

dommen *Engel and Others v. the Netherlands* i 1976. EMDs forståelse av «*criminal charge*» i denne dommen har blitt lagt til grunn i senere praksis¹¹⁷ omtalt som *Engel-kriteriene*. I Engel saken var spørsmålet blant annet om en militær sanksjonering kunne sies å være «*criminal charge*». EMD oppstilte tre alternative kriterier som avgjør hvorvidt en sanksjon er «*criminal charge*» i konvensjonens forstand:¹¹⁸

1. Den nasjonale klassifiseringen av sanksjonen («*the legal classification of the offence under national law*»). Som sagt er det relevant men ikke avgjørende for EMDs tolkning hvilken formell nasjonal klassifisering en sanksjon har. EMD vil se på det materielle innholdet i bestemmelsen for å avgjøre om dette har en pønål karakter.¹¹⁹
2. Overtredelsens karakter («*the nature of the offence*»). Praksis fra EMD viser at det legges vekt på om formålet med bestemmelsen er å straffe eller å avskrekke heller enn å kompensere for skade, det vil også være relevant hvordan handlingen klassifiseres i andre europeiske stater.¹²⁰ Dersom bestemmelsen ikke gjelder alle borgere, men bare en bestemt gruppe, trekker det i retning av at vilkåret om overtredelsens karakter ikke er oppfylt.¹²¹
3. Sanksjonens innhold og alvor («*the degree of severity of the penalty that the person concerned risk incurring*»). Her legges det vekt på hva selve sanksjonen går ut på eller kan gå ut på. Dersom reaksjonen kan bli frihetsberøvelse vil det være en presumsjon for at sanksjonen er straff.¹²² Når det gjelder kortvarige frihetsberøvelser, disiplinære frihetsberøvelser eller bøter kan det være tvil om dette er alvorlig nok til å kalles *criminal charge*.¹²³

Selv om Engel-kriteriene er alternative, har EMD lagt til grunn at de kan vurderes kumulativt hvis det etter en vurdering av hvert kriterium fortsatt er uklart om straffevilkåret er oppfylt.¹²⁴

¹¹⁷ I for eksempel *Ezeh and Connors v. UK* 2003 og *Matyjek v. Poland* 2007

¹¹⁸ *Engel and Others v. the Netherlands* 1976 avsnitt 82

¹¹⁹ *Öztürk v. Germany* 1984

¹²⁰ Holmboe (2011), s. 196

¹²¹ *Ibid*

¹²² *Zolotukhin v. Russia* 2009

¹²³ NOU 2003 7 punkt 9.2. EMK artikkel 6

¹²⁴ *Zolotukhin v. Russia* 2009

I de sakene hvor Høyesterett har tatt stilling til om en sanksjon omfattes av begrepet «*criminal charge*» har de tatt utgangspunkt i Engel-kriteriene, og de har hovedsakelig gjort det i forbindelse med saker hvor det har vært påstått brudd på dobbeltstraff forbudet i P7-4, jeg kommer derfor tilbake til høyesterettspraksis under punkt 4.2.3

4.2.2 Artikkel 7

EMK artikkel 7 ligner på Grl. § 96 og gir uttrykk for legalitetsprinsippet i EMK:

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.¹²⁵

Bestemmelsens hovedformål er å beskytte individer mot å dømmes til straff uten at det foreligger en hjemmel som klart beskriver den straffbare handlingen, og beskytte mot at en strafferegulering gis tilbakevirkende kraft.¹²⁶ De sentrale straffebegrepene i artikkel 7 er «*criminal offence*» i første ledd og «*trial and punishment*» i andre ledd.

På norsk oversatt til henholdsvis *straffbar handling* og *dom og straff*.¹²⁷ «*Criminal offence*» og «*punishment*» er autonome begrep og en vanlig oppfatning i litteraturen er at begrepene må tolkes på samme måte som «*criminal charge*» etter artikkel 6.¹²⁸ Etter min mening er det hverken på bakgrunn av en naturlig språklig forståelse av ordene eller av EMD sin praksis grunnlag for å trekke en så sikker konklusjon:

«*Criminal charge*» i artikkel 6 er oversatt til «*straffesiktelse*». Etter min mening er *straffesiktelse* i lys av artikkel 6 sin funksjon et *prosessuelt* eller *formelt* straffebegrep fordi man etter artikkel 6 har rett til visse *prosessuelle* garantier ved avgjørelse av om man er skyldig i siktelse.

¹²⁵ EMK autentisk engelsk tekst

¹²⁶ Bertelsen (2011) s. 228

¹²⁷ EMK artikkel 7 norsk oversettelse

¹²⁸ Rettsdata EMK artikkel 7. Note 66. ved Erik Møse og Jørgen Aall t.o.m. 2005, Ragnar Nordeide f.o.m. 2006. Noten er sist hovedrevidert 02. 07. 2010

ser som handler om straff (På samme måte som det formelle straffebegrepet i straffeloven utløser prosessuelle garantier og prosessformer etter straffeprosessloven). EMK artikkel 7 som sammenlignes med Grl. § 96 oppstiller på sin side krav og skranker til det *materielle* innholdet i regler om *straff* («*punishment*»), som man kan bli funnet skyldig i på bakgrunn av en *straffbar handling* («*Criminal offence*). Etter min mening oppstiller artikkel 6 et *formelt* begrep som utløser prosessuelle rettsikkerhetsgarantier, mens artikkel 7 handler om *materielle* straffebegrep, og straffebegrepene i disse to bestemmelsene kan derfor ikke tolkes helt likt.

I litteraturen er ikke dette problematisert i så stor grad, som oftest sies det at artikkel 6 og artikkel 7 handler om «*saker/avgjørelser om straff*» som en slags samlebetegnelse.¹²⁹ EMD har ikke uttalt seg om hvorvidt straffebegrepet i artikkel 7 fullt ut korresponderer med straffesiktelsesbegrepet i artikkel 6, og Høyesterett har i en kjennelse om inndragning lagt til grunn at det ikke er full korrespondanse mellom begrepene.¹³⁰ Dersom det konsekvent skulle legges til grunn at begrepene betyr det samme, må det etter min mening en vurdering av straffebegrepet i artikkel 7 også vurderes, da etter momentene som brukes i forhold til artikkel 6, nemlig Engel-kriteriene. I storkammerdommen *Welch v. The United Kingdom* 1995, som drøftet hvordan ordet *punishment* i artikkel 7 skulle tolkes, anvender derimot ikke EMD Engel-kriteriene direkte men viser til at man ved avgjørelsen av om noe utgjør en straff alltid må ta utgangspunkt i hva som er «*criminal offence*». I forhold til å fastslå straffevilkåret i artikkel 7 nevnes også fire nye momenter som skiller seg noe fra Engel-kriteriene. De fire momentene som skal vektlegges er:¹³¹

1. Den nasjonale utformingen av lovverket knyttet til tiltaket («*The national legal characterization of the measure*»)
2. Formålet med tiltaket («*Its purpose*»)
3. Om tiltaket ble iverksatt som følge av en dom for en straffbar handling («*Whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence*»)
4. Prosedyrene involvert i iverksettelsen og gjennomføringen av tiltaket («*The procedures involved in the making and implementation of the measure.*»)

¹²⁹ Se for eksempel Rui (2009), s. 147

¹³⁰ Rt. 2002 side 1271, Se også Rt. 2002 side 1216 og NOU 2003:15, punkt 5.7.15

¹³¹ *Welch v. United kingdom* 1995, punkt 28

En straff etter EMK artikkel 7 vil altså, med utgangspunkt i disse momentene, foreligge der det er tale om en byrdefull sanksjon som henger sammen med den opprinnelige domfellelsen, og som med hensyn til artikkel, formål og saksbehandling har likhetstrekk med en alminnelig straffesanksjon.¹³²

I en annen dom *Jamil v. France* 1995 gjentar EMD at man ved avgjørelsen av om noe utgjør en straff alltid må ta utgangspunkt i hva som er «*criminal offence*». ¹³³ EMD viser så til momentene fra Welch-dommen, deretter konkluderer de med at tiltaket overfor Jamil var besluttet av en domstol i en straffesak, og det hadde som formål å virke avskrekkende og ville kunne påføre klageren en frihetsberøvelse. Det var da tale om en sanksjon som var omfattet av artikkel 7.¹³⁴

Dette viser at det er andre momenter enn Engel-kriteriene som har blitt brukt i forhold til å fastslå straffebegrepet i artikkel 7 enn i artikkel 6. Welch-momentene brukes senere av EMD i relasjon til P7-4,¹³⁵ men en konkret anvendelse av de samme momentene i relasjon til artikkel 6 er vanskelig å finne.¹³⁶ Det er på bakgrunn av praksis mye som taler for at de kriteriene som anvendes i relasjon til «*criminal charge*» i artikkel 6 ikke nødvendigvis har avgjørende eller samsvarende betydning i relasjon til forståelsen av «*criminal offence*» og «*punishment*» i artikkel 7.¹³⁷ Dersom man skal legge til grunn at begrepene betyr det samme må man ta utgangspunkt i en konvensjonskonform tolkning av straffebegrepene i EMK. Jeg vil se nærmere på hva en konvensjonskonform tolkning innebærer i sammenheng med å redegjøre for straffebegrepet i P7-4.

4.2.3 P7-4

De relevante straffebegrepene i P7-4 er som sagt i punkt 3.3: «*tried or punished again in criminal proceedings.*»¹³⁸ På norsk er dette oversatt til: «*bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak.*»¹³⁹. Spørsmålet blir da hva som nærmere ligger i det å bli *straffet*.

¹³² Bertelsen (2011), s. 234

¹³³ *Jamil v. France* 1995 punkt 30

¹³⁴ *Jamil v. France* 1995 punkt 32, Bertelsen (2011)s. 234

¹³⁵ Se oppgaven punkt 4.2.3

¹³⁶ Rodriguez (2012), s. 25

¹³⁷ Bertelsen (2011), s. 234

¹³⁸ EMK P7-4 nr. 1 autentisk engelsk tekst

¹³⁹ EMK P7-4 nr. 1 norsk oversettelse

Det har lenge vært en utbredt oppfatning av at EMD opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep. I *Gôtkan v. Germany* uttaler EMD at «*begrepet straff ikke kan ha forskjellig betydning alt etter hvilken av Konvensjonens bestemmelser det gjelder*». ¹⁴⁰ Men når det gjelder om straffebegrepet i EMK P7-4 skal tolkes selvstendig eller i relasjon til artikkel 6 og artikkel 7 er det likevel en del uklarhet knyttet til dette. ¹⁴¹

I mange saker tok EMD utgangspunkt i et konformt straffebegrep og baserte seg på en vurdering av om administrative sanksjoner var straff etter Engel-kriteriene. Var en sanksjon «*criminal charge*» etter artikkel 6 så var det også «*criminal proceedings*» etter P7-4.

Første gangen de viser tegn til en annerledes vurdering er i *Nilson v. Sweden 2005* hvor spørsmålet var om inndragning av førerkort var straff etter EMK P7-4. Her sier EMD: «*This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words «criminal charge» and «penalty» respectively in Articles 6 and 7 of the Convention.*» Deretter lister de opp de tre momentene kjent som *Engel-kriteriene*, men legger også til de fire momentene fra Welch-saken som jeg har kalt Welch-momentene: ¹⁴²

Hence, the Court will have regard to such factors as the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the purpose, nature and degree of severity of the measure; its national legal characterisation; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence, and the procedures involved in the making and implementation of the measure. ¹⁴³

Slik jeg forstår dette så referer EMD sin henvisning til straffebegrepet i artikkel 6 her seg til Engel-kriteriene og straffebegrepet i artikkel 7 til Welch-momentene. Etter *Nilson v. Sweden* skal begge deler vurderes ved avgjørelsen av om noe er «*punished again in criminal proceedings*» etter EMK P7-4. Dette vil si at både praksis fra artikkel 6 og artikkel 7 er relevant, fordi man i EMK P7-4 ikke bare tar stilling til om måten sanksjonen har blitt ilagt på er en straffeprosess jf. artikkel 6, men også om reaksjonen materielt sett er en straff i relasjon til

¹⁴⁰ *Gôtkan v. Germany* 2002, Skoghøy (2003), s. 13

¹⁴¹ Hov (2010), s. 68-69

¹⁴² Se punkt 4.2.2

¹⁴³ *Nilson v. Sweden* 2005, B: The Court's assessment

artikkel 7. Det blir således et straffevilkår som inneholder både en straffeprosessuell vurdering og en materiell vurdering, dette gir vurderingen etter EMK P7-4 et snevrere nedslagsfelt.

I *Mjelde v. Norway* 2007 og *Storbråten v. Norway* 2007 viser EMD til *Nilson v. Sweden*-saken og sier at ved tolkningen av EMK P7-4 så gjelder: «[...] a wider range of criteria than the so-called 'Engel criteria' formulated with reference to article 6 of the Convention.»¹⁴⁴ Disse «Wider range»-momentene er de samme som i Welch-saken. Momentene ble også gjentatt i *Haarvig v. Norway* i 2007.¹⁴⁵ Alle disse avgjørelsene som snakker om «a wider range» ble avvist av EMD som åpenbart grunnløse, og jeg kaller dem i det følgende for *avvisningsavgjørelsene*.

I storkammerdommen *Zolothukin v. Russia*,¹⁴⁶ hvor spørsmålet var om flere ilagte militærstraffer utgjorde brudd på P7-4, nevner ikke EMD noen utvidelse av kriteriene men innleder drøftelsen av straffebegrepet med:

The notion of «penal procedure» in the text of Article 4 of Protocol No.7 must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words «criminal charge» and «penalty» in Articles 6 and 7 of the Convention respectively.¹⁴⁷

Etter som de her nevner at både artikkel 6 og 7 skal anvendes ved tolkningen av straffebegrepet i EMK P7-4 kan det tyde på at de indirekte mener at straffebegrepet er snevrere i EMK P7-4 enn bare etter artikkel 6.

I senere praksis angående straffebegrepet i EMK P7-4 nevnes ikke «a wider range of criteria» igjen, men EMD forholder seg utelukkende til Engel-kriteriene.¹⁴⁸ EMDs praksis har med andre ord gitt grunnlag for forvirring rundt straffebegrepet i EMK, og forvirringen gjenspeiler seg i norsk praksis og teori.

¹⁴⁴ Se for eksempel *Mjelde v. Norway* 2007 under «The Courts assessment»

¹⁴⁵ *Haarvig v. Norway* 2007 under «The Courts assessment»

¹⁴⁶ *Zolotukhin v. Russia* 2009

¹⁴⁷ *Zolotukhin v. Russia* 2009, avsnitt 52

¹⁴⁸ Se for eksempel *Edsbergs Taxi v. Sweden* 2008, *Carlberg v. Sweden* 2009

I Rt. 2002 side 1007, hvor spørsmålet var om ileggelse av gebyr i medhold av et transportselskaps befordringsvedtekter utgjorde en straff som sperret for en ny straffesak, uttaler Høyesterett følgende om forholdet mellom EMK P7-4 og artikkel 6:

Ved tolkningen av hva som er en straffedom etter denne konvensjonsbestemmelsen (EMK P7-4, min presisering) er det, slik jeg ser det, hensiktsmessig å ta utgangspunkt i EMDs avgjørelser i forhold til begrepet straffeanklage (criminal charge) i EMK artikkel 6 nr. 1, da en straffedom vil bygge på noe som kan karakteriseres som en straffeanklage.¹⁴⁹

Høyesterett tilslutter seg her at en vurdering av hva som er straff etter EMK P7-4 må ta sitt utgangspunkt i artikkel 6, men i en lignende sak Rt. 2002 side 557 er Høyesteretts flertall inne på at det er forskjell i bestemmelsenes formål:

EMK artikkel 6 og Protokoll 7 artikkel 4 har ulike formål. Artikkel 6 skal fremme en rettssikker behandling av saker som er inngripende for dem som er berørt. Formålet med forbudet mot gjentatt forfølgning i artikkel 4 kan kort sies å være å gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for det som allerede er straffesanksjonert fra samfunnet side ved en endelig avgjørelse. Det er mulig at de ulike formålene kan tilsi at grensen for hva som er “criminal charge” etter EMK artikkel 6 ikke fullt ut kan samsvare med de overtredelser hvor behandlingen utgjør “criminal proceedings” i forhold til artikkel 4 i Protokoll 7.¹⁵⁰

Tvilen i forhold til straffebegrepet kommer også til uttrykk i Rt. 2002, side 1271, der legges det til grunn at inndragning av blant annet 6 gummibåter etter straffeloven § 35 annet ledd, jf. § 37c innebar en straffesiktelse (“criminal charge”) etter EMK artikkel 6, men ikke straff (“punishment/ punished”) etter artikkel 7 og P7-4.

I praksis, etter avvisningsavgjørelsene, har Høyesterett lagt til grunn at for eksempel ordinær tilleggsskatt fortsatt anses som straff både etter artikkel 6 og etter P7-4.¹⁵¹ I forhold til drøftelsen av straffebegrepet i Zoluthukin-dommen sier de:

Etter mitt syn gir drøftelsen ikke tilstrekkelige holdepunkter for å løsrive straffebegrepet i P7-4 fra EMK artikkel 6. Tvert om fremheves sammenhengen mellom begrepene i EMK artikkel 6 og 7

¹⁴⁹ Rt. 2002 side 1007

¹⁵⁰ Rt. 2002 s. 557

¹⁵¹ Rt. 2010 s. 1121

samt P7-4. Vurderingen av om P7-4 kommer til anvendelse skjer her på grunnlag av Engel-kriteriene, som blir karakterisert som etablert rettsoppfatning, uten noen henvisning til «a wider range of criteria».¹⁵²

Uttalelsen kan tyde på at Høyesterett, selv om de har vært usikre på tolkingen av straffebegrepet i P7-4, mener at de fortsatt må bygge på at straffebegrepet etter artikkel 6 og P7-4 er det samme.

På bakgrunn av EMD sin praksis la derimot sanksjonsutvalget i sin utredning «*Fra bot til bedring – et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem*» en snevrere forståelse av straffebegrepet i EMK til grunn:

Etter dette (avvisningsavgjørelsene (min presisering)) kan det ikke legges til grunn at straffesiktelsesbegrepet i artikkel 6 og straffebegrepet i artikkel 7 og P7-4 er helt sammenfallende. Selv om vurderingsmomentene stort sett vil være de samme, kan således avveiningen falle ulikt ut, særlig fordi de interessene som beskyttes av de ulike artiklene, er forskjellige. Sanksjonsutvalget legger for sitt arbeid til grunn at “dobbeltraff”-forbudet kommer til anvendelse for administrative sanksjoner.¹⁵³

Norske teoretikere er heller ikke enige om hvordan praksisen fra EMD og Høyesterett skal forstås. Tor Ehlers Bertelsen som har skrevet kommentarutgaven til EMK, sier om straffebegrepet i EMK P7-4:

Begrepet «straff» har det samme innholdet som under artikkel 6, og vurderingen av om en konkret sanksjon må anses som en straff, må således gjøres i forhold til de såkalte Engel-kriteriene som er trukket opp under artikkel 6[...] «EMD har i to saker mot Norge bemerket at kriteriene for vurderingen av om det foreligger en straff bygger på en «videre rekke av kriterier» enn de som anvendes når vurderingen gjøres under artikkel 6. [...] Ordbruken i disse to avgjørelsene har neppe stor betydning, men kan kanskje oppfattes som at EMD vil sikre seg et visst manøvreringsrom for spesielle situasjoner under artikkel P7-4.»¹⁵⁴

¹⁵² Rt. 2010 s.1121

¹⁵³ NOU 2003: 15 punkt 5.7.16 Tilleggsprotokoll nr. 7 artikkel 4 – forbudet mot gjentatt forfølgning (“dobbeltraff”)

¹⁵⁴ Bertelsen (2011), s. 425

Bertelsen nevner ikke artikkel 7. Han tillegger uttalelsene i avvisningsavgjørelsene liten vekt og han mener at det er Engel-kriteriene som må legges til grunn ved avgjørelsen om noe er straff etter EMK P7-4. Jørgen Aall mener derimot at straffebegrepet i EMK P7-4 er det samme som i både artikkel 6 og 7:

Hensynet til språklig og innholdsmessig konsekvens tilsier videre at det er det samme som i andre konvensjonsbestemmelser som regulerer straff i artikkel 6 og 7. Særlig straffebegrepet i artikkel 6 («criminal charge»), som er en av «inngangsbillettene» til en rettferdig rettergang, har vært gjenstand for fortolkning i en omfattende praksis [...] Det har blitt lagt til grunn at innholdet i og vurderingene knyttet til begrepet «straff» i disse forskjellige konvensjonsbestemmelsene er det samme.¹⁵⁵

Aall viser så til blant annet *Frans Fisher v. Austria* 2001 og til *Zolotukhin v. Russia* 2009, og mener at Zolotukhin -dommen bekrefter at «wider range»-kriteriene ikke har festet seg i praksis og derfor ikke bør legges til grunn.¹⁵⁶

Høyesterettsdommer Skoghøy mener likevel, med utgangspunkt i avvisningsavgjørelsene, at EMD har foretatt en fornuftig kursendring, og hilser velkommen en innsnevring av straffebegrepet i P7-4. Han mener EMD har innsett at det var feil å operere med et så konvensjonskonformt straffebegrep. Skoghøy mener at et konvensjonskonformt straffebegrep er uheldig fordi ulike bestemmelser har ulike formål. P7-4 har som hovedformål å frita for belastningen å bli straffeforfulgt igjen, og å beskytte behovet for å kunne innrette seg etter en endelig avgjørelse, mens artikkel 6 og artikkel 7 har som formål å gi en rettssikker saksbehandling og hindre tilbakevirkning. Det er derfor naturlig at disse forskjellene gir seg utslag i forskjellige straffebegreper.¹⁵⁷ Om hvordan dette skal vektlegges framover sier han:

Med den rettsutviklingen vi nå har fått i Strasbourg, mener jeg at det må legges til grunn at dersom en sanksjon blir ilagt på en annen måte enn i regulær straffesak, må sanksjonen ha et klart *straffende formål* for at den skal stenge for senere straffesak om samme forhold.¹⁵⁸

Skoghøy legger altså til grunn at avvisningsavgjørelsene snevrer inn omfanget av EMK P7-4.

¹⁵⁵ Aall (2011), s. 463

¹⁵⁶ Aall (2011), note7 s. 463

¹⁵⁷ Skoghøy (2007), s. 193-194

¹⁵⁸ Ibid

Jon Petter Rui er også av dem som hilser en innsnevring velkommen, men han har en annen begrunnelse enn Skoghøy:

Min hovedbegrunnelse for at innsnevringen av straffebegrepet er en god løsning, er imidlertid ikke at ulike formål mellom artikkel 6 og EMK P7 artikkel 4 tilsier et nytt straffebegrep, men at et enkeltlig straffebegrep i EMK P7 artikkel 4 som nevnt gikk for langt ut fra formålet med EMK og den legitimitet EMD har i konvensjonen til å påvirke nasjonale rettssystemers lovgivning og rettsanvendelse.¹⁵⁹

Slik jeg forstår Rui mener han her at EMD hadde beveget seg for langt inn på området for statenes skjønnsmargin. Rui hevder at årsaken til at EMD i avvisningsavgjørelsene foretok en innsnevring av straffebegrepet i P7-4 var at en konvensjonskonform tolkning som korresponderte med artikkel 6 ga en alt for stor «slagvidde», og at artikkelen med ett så vidt straffebegrep kunne komme til å: «*underkjenne både lovgivning og organisering av forvaltning og strafferettspleie i rettssystemer med tosporede forfølgningssystemer (både strafferettslig og administrativ forfølgning og sanksjonering)*». ¹⁶⁰

Høyesterett har behandlet en rekke saker hvor de har måttet ta stilling til om administrative sanksjoner har vært «straff» etter EMK, enten etter artikkel 6 eller etter P7-4.¹⁶¹ Eksempler på saker som har vært oppe for Høyesterett viser at praksis er omfattende, og at det ofte handler om sanksjoner som kan være gjenstand for en slik tosporet forfølgning som Rui nevner. De sanksjonene Høyesterett har kommet til at har vært straff er blant annet: Forhøyet tilleggsskatt etter ligningsloven,¹⁶² inndragning av førerkort som følge av trafikklovbrudd,¹⁶³ utestenging fra rett til dagpenger etter folketryktdloven,¹⁶⁴ tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven,¹⁶⁵ tvangsplassering i barneverninstitusjon på grunn av atferdsproblemer som gir seg utslag i alvorlig eller gjentatt kriminalitet,¹⁶⁶ nektelse av prøveløslatelse på grunn av straffbar forhold,¹⁶⁷

¹⁵⁹ Rui 2009), s.174

¹⁶⁰ Rui (2009), s. 172

¹⁶¹ Holmboe (2011), s. 198 og 199

¹⁶² Jf. Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 497, Rt. 2002 s. 509, Rt. 2002 s. 557, Rt. 2006 s. 1409

¹⁶³ Jf. Rt. 2002 s. 1246, Rt. 2003 s. 20

¹⁶⁴ Jf. Rt. 2003 s. 264

¹⁶⁵ Jf. Rt. 2003 s. 1376

¹⁶⁶ Jf. Rt. 2003 s. 1827

¹⁶⁷ Jf. Rt. 2004 s. 939, Rt. 2004 s. 943, Rt. 2004 s. 948

nektelse av tillatelse til å kjøpe råfisk,¹⁶⁸ og tilbaketrekking av tillatelse til å fiske i norsk økonomisk sone.¹⁶⁹

Sanksjoner som ikke har blitt klassifisert som straff er blant annet: Gebyr for trikkesniking,¹⁷⁰ disiplinærstraff,¹⁷¹ ileggelse av konkursskarantene¹⁷² suspensjon av legelicens,¹⁷³ og forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven.¹⁷⁴

Praksis fra Høyesterett viser altså at EMK P7-4 med utgangspunkt i EMDs konvensjonskonforme tolkning kan ha fått ett vidt nedslagsfelt i nasjonal rett. Om det har skapt de nasjonale problemene som Rui uttrykker bekymring for kommer jeg ikke til å gå inn på her. Men i følge for eksempel Holmboe og Jahres oppsummering av rettstilstanden tyder det på at praksis har ført til betydelige endringer:

Rettskraftregelen i P7-4 har ført til betydelige endringer i norsk «sanksjonsrett». Den viktigste endringen er at forvaltningsinngrep mot borgerne et stykke på vei kan hindre påtalemyndigheten i å reise straffesak - og omvendt. Det norske tradisjonelle system med sanksjoner i to spor (forvaltning og straffeprosess) består, men er blitt vesentlig modifisert. Langt på vei må myndighetene velge spor.¹⁷⁵

På bakgrunn av EMDs og Høyesteretts praksis virker Ruis argumenter fornuftige, men så veldig oppklarende i forhold til straffebegrepet er de ikke. EMD har jo ikke selv fulgt opp sin egen innsnevring av straffebegrepet etter avvisningsavgjørelsene og dette taler for at straffebegrepet i P7-4 fortsatt ikke er avklart.

I følge Holmboe og Jahre bekrefter særlig Zolothukin-dommen at «*a wider range*» ikke har festet seg som lang og fast praksis. De mener at dette er uheldig:

¹⁶⁸ Jf. Rt. 2004 s. 1500

¹⁶⁹ Jf. Rt. 2006 s.1498

¹⁷⁰ Rt. 2002 s. 1007

¹⁷¹ Rt. 2003 s.1100

¹⁷² Jf. Rt. 2003 s. 1221, Rt. 2004 s. 1241 og Rt. 2004 s 1243

¹⁷³ Jf. Rt. 2004 s. 1343

¹⁷⁴ Rt. 2005 s. 1269

¹⁷⁵ Holmboe (2011) s 212

Det er uklart om Zolothukin-dommen medfører noe nytt straffebegrep. Siden det primært er nasjonalstatene som skal håndheve konvensjonen, er det uheldig at EMD ikke her har sørget for å klargjøre om straffebegrepene (fortsatt) skal anses som sammenfallende.¹⁷⁶

Jeg tilslutter meg dette og mener at straffebegrepet i EMK P7-4 ikke er avklart. På bakgrunn av praksis kan man både argumentere med at bestemmelsen skal tolkes konformt med artikkel 6 og 7, og med at nedslagsfeltet er snevrere for P7-4.

4.3 Konklusjon

Utvisning er formelt ikke straff etter norsk rett. For at en sanksjon materielt sett skal utgjøre straff etter norsk rett må sanksjonen være et tilsiktet onde som blir påført individet av myndighetene. Straffesanksjoner kjennetegnes også av at de begrunnes med individual- og allmennprevensjon. I hvilken grad lovgiver og Høyesterett har tatt stilling til om det materielle innholdet i utvisning er pønalt vil jeg se nærmere på i kapittel 5.

Det er på bakgrunn av EMK sin praksis uenighet om hvordan straffebegrepet i EMK skal tolkes. Om utvisning som sanksjon er straff etter EMK og derfor kan sies å være en administrativ prosess av «'criminal' karakter»¹⁷⁷ bør, etter min mening, i lys av gjennomgangen av EMD sin praksis enten avgjøres etter *Engel-kriteriene*, eller etter «*a wider rage of criteria*» (Welchmomentene) eventuelt etter en kombinasjon av disse. Hvordan dette er vurdert i ulike rettskilder vil jeg nærmere på i kapittel 5.

¹⁷⁶ Holmboe (2011), s. 202

¹⁷⁷ Se punkt 3.3

5 Er utvisning en dobbeltstraff?

For at utvisningsvedtak på bakgrunn av ilagt straff skal utgjøre en dobbeltstraff, og dermed være i strid med EMK P7-4, må utvisningsvedtaket kunne sies å utgjøre en *straff*. Begrepet *straff* har jf. punkt 4.1 både en materiell, formell og prosessuell side. Utvisning er som sagt tidligere formelt klassifisert som en forvaltningssanksjon, ikke som en straff i norsk rett.

Som gjennomgangen av straffebegrepet i EMK viser, kan administrative sanksjoner selv om de formelt ikke er straff etter norsk rett, om de har ett pønalt innhold, allikevel være straff i EMK sin forstand. Grunnloven stiller også krav til at sanksjoner som etter sitt innhold faktisk er straff blir underlagt visse rettsikkerhetsgarantier. Jeg vil nå se nærmere på om og i hvilken grad denne materielle vurderingen av det pønale innholdet i utvisning som sanksjon har blitt foretatt av lovgiver, Høyesterett, juridisk teori og EMD.

5.1 Norsk lovgiver og høyesterett

5.1.1 Forarbeidene til utlendingsloven

I forarbeidene til den nåværende utlendingsloven videreføres de samme begrunnelsene for behovet for å utvise som ble brukt i den gamle loven. Behovet for utvisningsinstituttet begrunnes hovedsakelig med at de fleste stater har regler som gir grunnlag for å utvise utlendinger som er uønsket i landet, allmennpreventive hensyn står sentralt og hensynet til den alminnelige rettsfølelse har betydning.¹⁷⁸ Om utvisning som sanksjon uttaler lovutvalget:

Etter sin karakter har utvisning visse likhetstrekk med en straffereaksjon som for eksempel rettighetstap [...] Også begrunnelsen for utvisning ligger nært opp til straff, som i norsk rett har vært definert som “et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde.” Formålet med straff er å motvirke nye straffbare handlinger ved å virke avskrekkende på lovbrøteren (individualprevensjon) og andre (allmennprevensjon). Høyesterett har som nevnt lagt til grunn at utvisning kan begrunnes i rent allmennpreventive hensyn. Utvisning har likevel ikke blitt betraktet som straff i norsk rett, men som et administrativt rettighetstap.¹⁷⁹

¹⁷⁸ NOU 2004: 20, punkt 12.3

¹⁷⁹ NOU 2004: 20, punkt 12.3.3.1

Det slås her fast at selv om utvisning har likhetstrekk med straff og begrunnes i mange av de samme hensynene så blir ikke utvisning betraktet som straff men som et rettighetstap. Deretter viser utvalget til at EMD har slått fast i storkammerdommen *Maaouia v. France*¹⁸⁰ at utvisning ikke er å anse som straff i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1. På bakgrunn av dette sier de:

I norsk rett kan man gå lenger i å klassifisere reaksjoner som straff enn det som følger av EMK. Det er således ingenting i veien for å behandle utvisning som straff i intern lovgivning. Å behandle utvisning som straff, kunne særlig være aktuelt i tilfeller hvor vedtaket om utvisning begrunnes i straff ilagt i Norge. Ved flere grunnlag vil en klassifisering av utvisning som straff derimot gi en lite hensiktsmessig behandlingsform [...] Som det vil fremgå nedenfor mener utvalget at administrativ behandling med full etterfølgende domstolskontroll under enhver omstendighet er å foretrekke, og at en slik løsning best ivaretar de rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende. Utvalget mener derfor at de beste grunner taler for å videreføre dagens ordning hvor utvisning ikke klassifiseres som straff.¹⁸¹

De beste grunner som taler for ikke å klassifisere utvisning som straff er altså i følge lovutvalget effektivitetshensyn på grunn av de ulike utvisningsgrunnlagene, og at administrativ behandling med domstolskontroll best ivaretar de rettssikkerhetshensynene som gjør seg gjeldende. Utvalget sier samtidig at «å behandle utvisning som straff, kunne særlig være aktuelt i tilfeller hvor vedtaket om utvisning begrunnes i straff ilagt i Norge.»¹⁸² Men de sier ikke noe om hvorfor dette kunne ha vært aktuelt. Og de velger altså å videreføre utvisning som administrativ sanksjon, og med de samme vilkårene for utvisning på bakgrunn av ilagt straff i Norge som i den gamle loven.

Det er etter min mening vanskelig å se at en sanksjon, som er så lik straff i funksjon, begrunnelse og formål «best ivaretar de rettssikkerhetshensynene som gjør seg gjeldende» ved ikke å bli klassifisert som straff.

Dette ble også påpekt av en rekke høringsinstanser under forarbeidene til dagens utlendingslov at utvisningsvedtak, på bakgrunn av ilagt straff i Norge, i alle fall bør fattes sammen med

¹⁸⁰ Se punkt 5.2.2

¹⁸¹ NOU 2004: 20, punkt 12.3.3.1

¹⁸² Ibid

straffesaken og tillegges vekt som en straffereaksjon under straffeutmålingen. Om dette sier departementet:

Utvalget drøfter om utvisning bør klassifiseres som straff. Dette vil i tilfelle innebære at man med grunnlag i forbudet mot dobbeltstraff, må behandle straffespørsmålet og utvisningsspørsmålet i sammenheng. Utvisning har flere likhetstrekk med en straffereaksjon og vil i mange tilfeller også oppleves som straff. Flere høringsinstanser er opptatt av dette.¹⁸³

I forhold til internasjonale forpliktelser viser departementet også til EMD sin avgjørelse i *Maaouia v. France* og konkluderer med at utvisning ikke er straff i relasjon til EMK artikkel 6 og at Norge derfor står fritt til å gjøre utvisning til en administrativ sanksjon. Konklusjonen og gjeldene rett ble selv om mange argumenterte for en annen klassifisering:

Departementet slutter seg til utvalgets vurderinger og foreslår at utvisning heller ikke i fremtiden klassifiseres som straff. Utvisning er en forvaltningsmessig avgjørelse, som innebærer en konstatering av at de vilkår som er stilt for oppholdet i landet, ikke lenger er oppfylt.¹⁸⁴

5.1.2 Praksis

Høyesterett har så vidt jeg kan se ikke foretatt noen egen drøfting av om utvisning materielt sett er «straff», hverken etter grunnloven eller etter EMK, slik som de har gjort i en rekke saker om andre administrative sanksjoner.¹⁸⁵ Den avgjørelsen som vises til i teorien og i praksis fra underinstansene i forhold til utvisningsvedtaks rettslige klassifisering er *Rt.2005 s. 229*

Saken gjaldt utvisning etter utl. § 29 på bakgrunn av ilagt straff for legemsfornærmelse. Saken gjaldt spørsmål om vedtaket innebar et uforholdsmessig tiltak overfor den utvistes familie. Høyesterett fant at de straffbare handlingene var situasjonsbetinget og at det ikke forelå gjentakelsesfare. Det forelå særlige omstendigheter som tilsa at belastningen på tiltaltes barn ville bli så store at utvisningen var uforholdsmessig. Det var ikke anført at utvisningsvedtaket var en straff eller en dobbeltstraff i forhold til EMK, men Høyesterett uttaler seg generelt om utvisningens allmennpreventive effekt og pønale karakter:

¹⁸³ Ot. prp. nr. 75

¹⁸⁴ Ot. prp. nr. 75

¹⁸⁵ Se punkt 4.2.3

Lagmannsretten uttaler i domsgrunnene at en tidsbegrenset utvisning har svekket allmennpreventiv effekt i forhold til varig utvisning, og at «[et] midlertidig innreiseforbud kan oppfattes som et tiltak av pønalt karakter som alene rammer utlending». Jeg bemerker at utvisning verken anses som straff etter norsk rett eller EMK, og at myndighetene i utgangspunktet fritt kan fastsette innreiseforbudets lengde. At dette i noen tilfeller gjøres tidsbegrenset, for eksempel av hensyn til den utvistes familie, kan ikke forstås som at vedtaket da har en mer pønalt karakter enn et varig innreiseforbud.¹⁸⁶

I underinstansene har det allikevel blitt anført at utvisning er både straff og dobbeltstraff. En utlending som ble utvist på bakgrunn av narkotikadommer prøvde overfor tingretten for eksempel å anføre at utvisningsvedtaket utgjorde en dobbeltstraff:

Utvisningsvedtaket er å anse som dobbeltstraff for det forhold saksøkeren ble dømt for i Kristiansand tingrett og således i strid med artikkel 4 i tilleggsprotokoll nr. 7 til EMK. Saksøkeren ønsker dette vurdert til tross for uttalelsen i Rt. 2005 s. 229. Utvisningen har i dette tilfelle et særlig pønalt preg.¹⁸⁷

Tingretten svarte til dette at:

Retten viser til Rt. 2005 s. 229 hvor Høyesterett i premiss nr. 40 klart har fastslått at utvisning ikke er å anse som straff etter norsk rett eller EMK, heller ikke et tidsbegrenset reiseforbud. Innsigelsen mot utvisningsvedtakets gyldighet på dette grunnlag tas derfor ikke til følge.¹⁸⁸

Retten viste dermed bare til Rt. 2005 s. 229 og tok ikke stilling til anførselen om at utvisningen her hadde et særlig pønalt preg. Tingretten kom uavhengig av dette fram til at utvisningsvedtaket var uforholdsmessig.

På bakgrunn av forarbeidene og praksis er det mye som tyder på at utvisning har et pønalt preg og begrunnes med mange av de samme argumentene og formålene som ligger bak strafferettslige regler. Allikevel velger man å opprettholde klassifikasjonen «*administrativ forvaltnings sanksjon*» med, etter min mening, vage begrunnelser i effektivitetshensyn, rettsikker-

¹⁸⁶ Rt. 2005 s. 229, avsnitt 40

¹⁸⁷ TOSLO-2005-115404

¹⁸⁸ TOSLO-2005-115404

hetshensyn og historikk. Høyesterett har ikke foretatt noen egen prøving av om sanksjonen utvisning materielt sett utgjør en straff, men slått fast at «*utvisning verken anses som straff etter norsk rett eller EMK*» Jeg antar at de med dette viser til det formelle begrepet i straffeloven og til EMDs dom *Maaouia v. France* som det blir vist til i forarbeidene, men dette kommer ikke klart fram i Rt. 2005 s. 229. Underinstansene legger Høyesteretts uttalelse i avsnitt 40 i Rt. 2005 s. 229 til grunn.

5.1.3 Teori

Jeg vil nå se på i hvilken grad juridisk teori drøfter den rettslige klassifiseringen av utvisning i forhold til forbudet mot dobbeltstraff.

I «lærebok i utlendingsrett» i kapitlet om utvisning slår Merete Havre Meidell innledningsvis fast at utvisning er en forvaltningssanksjon og ikke en straff. Hun viser deretter til Jon Petter Ruis bok «*forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*» og sier at:

En forutsetning for å kunne ilegge både en forvaltningssanksjon og en straffesanksjon i samme sak, for samme formål, slik utvisning blir for de kriminelle tilfellene, er blant annet at reglene tar sikte på å dekke forskjellige formål. Noe annet vil være i strid med dobbeltstraff forbudet i EMK 7TP artikkel 4.¹⁸⁹

Hun viser så til at et vesentlig formål med utlendingsloven er at den skal gi grunnlag for kontroll med inn og utreise av utlendingers opphold i riket i samsvar med norsk innvandringspolitikk, og at utvisning er et effektivt middel for oppnå dette formålet. I denne sammenheng er ikke formålet å straffe. Hun hevder så at:

Forholdet mellom mål og middel er lettere å legitimere når utvisningen settes som konsekvens for brudd på utlendingslovens regler, enn for brudd på straffelovens regler, fordi det er en logisk sammenheng mellom lovbruddets karakter og utlendingslovens formål [...] Når utvisning settes som tilleggsreaksjon for straffbare forhold, må vi søke andre forklaringsmodeller.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Meidell (2013), s. 366

¹⁹⁰ Ibid

Hun viser videre til at forarbeidene¹⁹¹ begrunner denne praksisen med henvisning til tradisjon og historikk og at man ønsker å bruke utvisning for å beskytte samfunnet mot handlinger som kan utgjøre en samfunnsfare. Hun konkluderer på bakgrunn av dette med at:

Legitimeringen baserer seg altså på en antagelse om slik effekt og ikke på empirisk dokumenterbart materiale som understøtter dette. Vi skal huske på at dette (utvisning pga. kriminalitet (min presisering)) ikke gjelder norske statsborgere som utgjør den samme samfunnsfare. Det er lite eller ingenting å spore i forarbeidene om hvorfor dette er viktig overfor denne gruppen (kriminelle utlendinger (min presisering)). For utlendinger får man da altså et dobbelt sett regler med samme formål, her skal både trusselen om utvisning og straff virke avskrekkende eller preventivt for å begå straffbare handlinger. Hovedbegrunnelsen for legitimeringen må sies å ligge i innvandringsregulerende hensyn.¹⁹²

Meidell konkluderer ikke angående dobbeltstraff-forutsetningen som hun innleder med å vise til. Men setningen «*For utlendinger får man da altså et dobbelt sett regler med samme formål, her skal både trusselen om utvisning og straff virke avskrekkende eller preventivt for å begå straffbare handlinger*» indikerer etter min mening at hun betrakter utvisning av utlendinger på bakgrunn av ilagt straff som en sanksjon med straffeformål og som dermed utgjør en dobbeltstraff.

Hun drøfter ikke dette i forhold til hverken straffebegrepet i EMK artikkel 6 eller P7-4. Hun nevner heller ikke EMDs standpunkt i *Maaouia v. France* om at utvisning ikke er straff etter artikkel 6, men viser til at innreise og opphold i et land ikke er en rettighet man har etter EMK jf. *Nunez v. Norway*.¹⁹³

Hun hevder videre at enkelte dommere i EMD har rettet krass kritikk mot at utvisning godtas av borgere som har lovlig opphold i et land og viser til mindretallet i *Üner v. The Netherlands*.¹⁹⁴ Hun slår fast at Europarådet er kritiske til at EMD ikke har tatt et klart standpunkt til utvisning av «*long term imigrants*», og påpeker at Europarådet i Rek. 1504 2001 sier at state-

¹⁹¹ NOU 2004:20 og Ot. prp.nr. 75

¹⁹² Meidell (2013), s. 368

¹⁹³ Nunez v. Norway 2011, avsnitt 66. Meidell (2013), s. 367

¹⁹⁴ Üner v The Netherlands 2006, mindretallet i avsnitt 5

ne skal verne unge kriminelle fra å bli utvist og at statene selv må ta ansvar for kriminelle handlinger som er begått av personer som kom til landet i ung alder.¹⁹⁵

Meidell fremlegger en rekke kritiske argumenter mot dagens utvisningspraksis, men gir etter min mening ikke en avklarende drøfting eller fremstilling av om utvisning er straff eller en dobbeltstraff etter EMK.

I kapittelet om utvisning i læreboken i utlendingsrett som var skrevet på bakgrunn av den gamle utlendingsloven slås det også fast at utvisning ikke er straff i straffelovens forstand. Det vise til at den norske ordningen med et to sporet system har vært debattert.¹⁹⁶ Punkt. 13.9.4 i kapittelet er kalt «*Dobbelstraff problematikken jf. EMK.*» Ordlyden i P7-4 gjengis men vilkårene eller straffebegrepet drøftes ikke, det som sies i forhold til P7-4 er:

«En utlending vil aldri ha et folkerettslig krav på opphold i et annet land, og det land som mottar vedkommende, vil derfor kunne stille vilkår for oppholdet. Dette innebærer også at landet kan sette grenser for hva som skal til for at vedkommende ikke lenger skal ha adgang til å oppholde seg her. Utvisning er ikke å betrakte som en straff fra samfunnets side, men en konstatering av at de vilkår som er satt for oppholdet ikke lenger er oppfylt.»¹⁹⁷

Det vises ikke til *Maaouia v. France*, men slås fast at utvisning ikke er straff i andre land og til en avgjørelse fra menneskerettskommisjonen *Esen v. The Netherlands* fra 1998. Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen under punkt. 5.2.

Njål Høstmælingen nevner i boken «*Internasjonale menneskerettigheter*» heller ikke *Maaouia-dommen*, men kommer inn på problematikken rundt utvisningens pønale karakter i forhold til EMK. Han slår fast at saker som kommer opp i EMD i relasjon til utvisning på bakgrunn av kriminalitet ofte handler om forholdsmessighetsvurderingen. Han sier at statene i disse sakene gis stort spillerom i følge EMD sin praksis.¹⁹⁸ Han forklarer at:

¹⁹⁵ Meidell (2013), s. 162

¹⁹⁶ Kvigne (2004), s. 321

¹⁹⁷ Kvigne (2004), s. 342

¹⁹⁸ Nasri v. France 1995, EMD Boulif v. Switzerland 2001, Høstmælingen (2012), s. 233-234

I slike tilfeller (*utvisning på bakgrunn av straffbare forhold* (min presisering)) vil det ikke være tale om dobbeltstraff i juridisk forstand, selv om utvisningen i slike tilfeller ofte vil bli oppfattet som den reelle sanksjonen sett fra den utvistes side.¹⁹⁹

Høstmølingen går ikke inn på straffebegrepet i EMK eller redegjør for hvorfor han mener at dette ikke er en dobbeltstraff i juridisk forstand, men slår bare fast at selv om dette kan virke urimelig så viser EMD tilbakeholdenhet og gir statene vid skjønnsmargin i utlendingssaker.²⁰⁰

Heller ikke sentrale pensumbøker i folkerett, strafferett eller i prosessfagene²⁰¹ nevner *Maaouia-dommen* eller drøfter utvisning i relasjon til straff eller dobbeltstraff etter EMK.

Jørgen Aall er vel den eneste, han berører temaet flere steder i «*Rettsstat og menneskerettigheter*». Først og fremst i relasjon til straffebegrepet i artikkel 6, han sier at artikkelen er:

En aksessorisk rett som gir rett til å kreve domstolsbehandling av tvister og rettigheter på grunnlag av nasjonal rett, men oppstiller ikke noe krav til innholdet i nasjonal rett. De omtvistede rettighetene må være av borgerlig karakter «civil right». Etter praksis faller utvisning av utlendinger utenfor jf. *Maaouia*.²⁰²

I forhold til «criminal charge» sier Aall:

Når artikkel 6 er begrenset til avgjørelse av den strafferettslige anklage faller en rekke midlertidige avgjørelser og tiltak utenfor. Heller ikke administrative vedtak som følge av straffedommen, typisk utvisning (*Maaouia*) (..) angår artikkel 6.²⁰³

Dette slås fast som et faktum uten at det begrunnes eller forklares ytterligere.

Arild Humlen kommer i kommentarutgaven til den nye utlendingsloven litt inn på dommen og problemstillingen:

¹⁹⁹ Høstmølingen (2012) s 234

²⁰⁰ Høstmølingen (2012) s. 344.

²⁰¹ Robberstad (2009), Andenæs (2008), Andenæs (2009), Hov (2010) og Eskeland (2006) Ruud (2011)

²⁰² Aall (2011) s. 380

²⁰³ Aall(2011) s. 384

Utvisning er et av det mest inngripende vedtak utlendingsmyndighetene kan beslutte. Vedtaket betegnes som en pønalt reaksjon, hvilket innebærer at beslutningen er ment å være en reaksjonsmodul mot utlendinger med bakgrunn i deres adferd og handlinger i Norge [...] Bestemmelsene i utlendingsloven må utfylles og tilpasses Norges internasjonale forpliktelser.²⁰⁴

Som kommentar til utl.§ 66 som hjemler utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse på bakgrunn av både brudd på straffeloven og utlendingsloven sier Humlen at: «*Utvisning er ikke å anse som straff, slik at utvisningen kan skje parallelt med straffesanksjonering for overtredelse av utlendingsloven (min understreking). Dette er blant annet slått fast av EMD i *Maaouia mot Frankrike*.*»²⁰⁵

Denne uttalelsen om straff i forhold til EMK kommer Humlen med i forhold til brudd på utlendingsloven. Han nevner hverken straffebegrepet i EMK generelt eller dobbeltstraffproblematikken i P7-4 i relasjon til utvisning på grunn av brudd på straffeloven.

5.1.4 Konklusjon

Undersøkelse av forarbeider, praksis og teori viser at om utvisning materielt sett etter sin karakter er en straff eller ikke har blitt problematisert, men det mangler en grundig redegjørelse for og drøftelse av gjeldende rett. Det samme er tilfellet i forhold til om utvisning på bakgrunn av ilagt straff utgjør en dobbeltstraff eller ikke. I forhold til hva som er gjeldende rett vises det til Rt. 2005 s. 266 hvor Høyesterett (uten å gjøre en egen drøftelse av hverken forholdet til Grunnloven, Engel-kriteriene eller «a wider range»-kriteriene) slår fast at utvisning ikke er straff hverken etter norsk rett eller etter EMK. Det vises også til EMD sin dom *Maaouia v France* som jeg vil se nærmere på i punkt.5.2.2.

5.2 EMD

Jeg vil nå se på i hvilken grad EMD har drøftet utvisning som sanksjon i relasjon til straffebegrepet i EMK og forbudet mot dobbeltstraff etter P7-4.

Med utgangspunkt i suverenitetsprinsippet og i statspraksis har EMD lagt til grunn at statene har «*as a matter of well-established international law... the right to control the entry, resi-*

²⁰⁴ Humlen (2010), s. 429

²⁰⁵ Humlen (2010), s. 426

*dence and removal of aliens.*²⁰⁶ Det vil si at EMK i utgangspunktet ikke begrenser statenes rett til å utvise utlendinger. Praksis viser at utvisning er akseptert av EMD på et generelt grunnlag, som et ledd i både kriminalitetsbekjempelse og innvandringsregulering.²⁰⁷ Spørsmålet er om utlendinger kan utvises på en hvilken som helst måte og på et hvilket som helst grunnlag.

Særlig oppstiller EMK artikkel 8 skranker gjennom krav til at utvisningen ikke må utgjøre et uforholdsmessig inngrep i forhold til den utvistes familieliv. Det er rikholdig praksis fra EMD når det gjelder utvisning av kriminelle utlendinger, og de aller fleste sakene drøfter forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 8. Praksis fra EMD viser at statene gis en vid skjønnsmargin ved utvisning og at innvandringspolitiske hensyn ofte gis forrang foran individets rettigheter.²⁰⁸

Når det gjelder forbudet mot dobbeltstraff i P7-4 og utvisning er det så vidt jeg kan se ingen dommer fra EMD som direkte drøfter regelen i forhold til straffedommer med påfølgende utvisningsvedtak, eller i forhold til utvisningsvedtak med påfølgende fengsel/forvaring som er vanlig i enkelte land.

I 2001 gjorde en rekke europeiske jurister en undersøkelse av de nasjonale utlendingsrettslige regelverkene og praksisen av dem i en rekke EU-land. I forhold til dobbeltstraffproblematikken skriver de:

Conviction and/or the security measure of expulsion (problems of «double penalisation»). The penal principle of the «ne-bis in idem», acknowledged also at international level (e.g. artikkel 4 additional Protocol no. 7 ECHR), doesn't seem to find a coherent application in case of alien submitted to an expulsion or detention measure, considering said measure as a real penal measure. In fact, the prison sentence is often followed by an expulsion measure, which, if intended as a penal measure, is added on top to the one applied by penal judgement. In some countries there are specific conditions for such a procedure, but these seem to be legally uncertain and prevalently based on political motives.²⁰⁹

²⁰⁶ Saadi v. Italy 2008, avsnitt 124

²⁰⁷ Se for eksempel Nunez v. Norway 2011, Meidell (2013), s. 376

²⁰⁸ Jf. Nasi v. France 1995, Boulitif v. Switzerland 2001, se også Ruud (2006), s. 344

²⁰⁹ Nascimbene (2001), s. 587

Undersøkelsen viser altså at kombinasjonen av utvisning og straffelignende tiltak, som kan komme i konflikt med dobbeltstraff-forbudet, eksisterer i de fleste av medlemslandene. I noen land finnes det spesifikke vilkår/betingelser for slike tiltak, men disse vilkårene ser ut til å være tuftet på juridisk usikkert grunnlag og er ofte basert på politiske motiver.

En årsak til at dobbeltstraff problematikken i forhold til utvisningsvedtak ikke er drøftet av EMD er antagelig den oppfatningen av at EMD allerede har slått fast at utvisning generelt ikke er en straff, og da kan det følgelig ikke være snakk om en dobbeltstraff. Jeg vil nå se på praksis. Det har vært vanskelig å finne relevante avgjørelser. De avgjørelsene som nevnes i litteraturen er Kommissjonens²¹⁰ avgjørelse *Esen v The Netherlands* fra 1998, og EMD sin avgjørelse *Maaouia v. France* fra 2000.

5.2.1 Esen v. The Netherlands

Esen var en tyrkisk statsborger med oppholdstillatelse i Nederland som ble utvist til Tyrkia på grunn av en narkotika dom. Han søkte igjen om oppholdstillatelse og familiegjenforening, men dette ble nektet av nederlandske myndigheter fordi han var en uønsket fremmed («*undesirable alien*»). 21 oktober 1998 ble saken behandlet av kommisjonen og avvist som åpenbar grunnløs. Kommisjonen gjorde ingen vurdering av innholdet i utvisningssanksjonen i Esen saken, men slo bare fast, med henvisning til egen lang og fast praksis at utvisning faller utenfor straffebegrepet i artikkel 6.

5.2.2 Maaouia v. France

Maaouia var en tunisisk statsborger med permanent oppholdstillatelse i Frankrike. Etter åtte år i Frankrike ble han dømt til fengsel i seks år for et grovt ran. Ett år etter at han ble løslatt ble det truffet vedtak om tvungen utreise. Han forlot ikke landet og derfor ble han dømt til ett års fengsel for ikke å ha etterkommet utreisevedtaket og dermed ha oppholdt seg ulovlig i Frankrike. Han ble samtidig utvist fra Frankrike for en periode på 10 år.

²¹⁰ Da tilleggsprotokoll 11 til EMK trådte i kraft i 1998 ble Kommissjonen slått sammen med EMD, og klageren kunne heretter fremme sin sak direkte fremfor EMD

Samme år søkte Maaouia om å få omgjort vedtaket om utvisning. Begjæringen ble fire år senere behandlet med det resultat at utvisningsordren ble endelig annullert av en domstol. Det ble derfor aldri gjennomført noen utvisning. Maaouia klaget likevel til EMD over brudd på EMK artikkel 6 nr. 1, fordi han mente at det hadde gått urimelig lang tid fra han fremmet omgjøringsbegjæringen i 1994 til utvisningsvedtaket ble annullert i 1998. Frankrike anførte at EMK artikkel 6 ikke var anvendelig på de rettsprosessene som var relatert til utvisningen.

EMD fant med 15 mot 2 stemmer at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke var anvendelig. Etter domstolens oppfatning viste vedtakelsen av tilleggsprotokoll 7 artikkel 1 (P7-1), som garanterer utlendinger et minimum av prosessuell rettssikkerhet ved utvisning, at medlemsstatene hadde forutsatt at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke var anvendelig i slike saker. I motsatt fall ville bestemmelsen i protokollen ha vært overflødig. Til støtte for dette synet ble det vist til forarbeidene og uttalelser i forbindelse med at protokollen ble vedtatt.

Saken hadde flere dissenser ikke bare i forhold til resultatet men først og fremst i forhold til begrunnelsene for hvorfor artikkel 6 ikke var anvendelig. Jeg vil nå nærmere se på noen av argumentene på begge sider:

Dette var første gang EMD selv tok stilling til utvisning i relasjon til artikkel 6, de viser derfor innledningsvis til kommisjonens praksis som tilsa at utvisningssaker faller utenfor området til artikkel 6.²¹¹EMD er ikke formelt bundet av sin egen eller kommisjonens praksis og har som sagt lagt til grunn at EMK er et levende instrument og kan utvikles gjennom en dynamisk tolkningsstil. EMD velger her å videreføre kommisjonenes praksis, men foretar en egen drøfting av vilkårene i artikkel 6.

Maaouia hevdet at saksbehandlingstiden på omgjøringsbegjæringen var for lang og derfor i strid med de rettsikkerhetsgarantiene ved en rettferdig rettergang som følger av artikkel 6. Som sagt i punkt 4.2.1 er det to vilkår som må være oppfylt for at rettigheter etter artikkel 6 skal utløses, det må være snakk om avgjørelse av saker vedrørende borgerlige rettigheter («*civil rights*») eller straffesiktelse («*criminal charge*»).

²¹¹ Maaouia v. France 2000, avsnitt 35

Retten mente at omgjøringsbegjæringen av utvisningsvedtaket i Maaouias tilfelle hverken var en «*civil right*» eller en «*criminal charge*».

I forhold til om omgjøringsbegjæringen av utvisningsvedtaket utgjør en «*civil right*» legger de vekt på at konvensjonen skal tolkes i sammenheng og viser til at artikkel 6 må tolkes i lys av hele systemet i EMK.²¹² Deretter mener de at uttalelser fra statene i forarbeidene til P7-1 viser at statene ved vedtakelsen var klar over at utvisningssaker skulle falle utenfor anvendelsesområdet til artikkel 6, og at det derfor var nødvendig å legge til prosessuelle rettigheter i en egen bestemmelse. På bakgrunn av dette konkluderer retten med at omgjøringsbegjæringen av utvisningsvedtaket ikke handlet om avgjørelsen av en «*civil right*» i Maaouia sitt tilfelle.²¹³

Det EMD her gjør er å sannsynliggjøre ut i fra forarbeidene til P7-1, at statene på bakgrunn av kommisjonens praksis har kommet til at utvisningsvedtak ikke skal omfattes av artikkel 6 og dermed lagt P7-1 til grunn som en spesialbestemmelse. EMD legger på bakgrunn av dette til grunn at utvisningsvedtak overfor utlendinger ikke er avgjørelser av en «*civil right*». Det foretas med andre ord en *lex specialis*-vurdering²¹⁴ og en *lex posterior*-vurdering²¹⁵ der tilleggsprotokoll P7-1 setter garantiene i artikkel 6 på sidelinjen generelt i forhold til alle saker om utvisning av utlendinger. Dette begrunnes som sagt med at det følger av forarbeidene til P7-1 at statene var enige om at artikkel 6 ikke skulle gjelde i utlendingssaker.

Jeg vil på bakgrunn av dette se litt nærmere på EMK P7-1. Formålet med syvende tilleggsprotokoll var å tilføye flest mulig rettigheter som manglet i EMK-systemet sammenholdt med vernet i SP, og P7-1 tilsvarende SP artikkel 13, men er mer presist formulert. P7-1 trådte i kraft fra 1. november 1988 og lyder som følger:

Artikkel 1 Procedural safeguards relating to expulsion of aliens

1. An alien lawfully resident in the territory of a State shall not be expelled therefrom except in pursuance of a decision reached in accordance with law and shall be allowed:
 - a. to submit reasons against his expulsion,

²¹² Maaouia v. France 2000 avsnitt 36-38.

²¹³ *ibid*

²¹⁴ *Lex specialis*- prinsippet går ut på at en spesiell regel går foran en generell regel hvis det er motstrid mellom dem. Grunnen er at spesielle regler er mer gjennomtenkte for sitt tilfelle enn generelle regler er. Boe (2004) s. 335

²¹⁵ *Lex posterior* prinsippet går ut på at dersom to regler av samme rang kolliderer går den yngste regelen foran

- b. to have his case reviewed, and
 - c. to be represented for these purposes before the competent authority or a person or persons designated by that authority.
2. An alien may be expelled before the exercise of his rights under paragraph 1.a, b and c of this Article, when such expulsion is necessary in the interests of public order or is grounded on reasons of national security.

Begrepet «utvisning» er autonomt og må forstås uavhengig av nasjonale definisjoner. Bestemmelsen kommer bare til anvendelse på utlendinger som har lovlig opphold i riket. Det materielle vernet som følger av P7-1 er at utvisningsvedtaket må ha hjemmel i lov. Dessuten må vedtaket være truffet av kompetent myndighet i samsvar med saksbehandlingsregler.²¹⁶

Det er etter min mening overraskende at EMD i denne dommen legger så stor vekt på forarbeidene som jf. internasjonal metode har liten vekt. Selv om det er statene som utarbeider, tilslutter seg og skal gjennomføre konvensjonen, er det EMD som skal tolke og utvikle den. De har selv uttalt at den skal være et levende instrument. Det er i lys av dette betenkelig om statene i forarbeider skal kunne legge begrensninger på hvordan EMD skal tolke konvensjonen. I folkerettslig metode legges det stor vekt på konvensjonsteksten da det er denne som gir uttrykk for hva statene har blitt enige om. Og det står ingenting i teksten til artikkel 6 eller P7-1 om at artikkel 6 ikke skal gjelde i utlendingssaker. Dersom forarbeider skal vektlegges i tolkningen av artikkel 6 er det etter min mening mer relevant å se på forarbeidene til artikkel 6 enn forarbeidene til tilleggsprotokollen. Meg bekjent er det ingenting i forarbeidene til artikkel 6 eller i ordlyden til artikkel 6 som sier at saker om utvisning ikke er en «*civil right*» og skal falle utenfor artikkel 6.

Mindretallet fant heller ikke rettens argumentasjon overbevisende i forhold til tolkningen av begrepet «*civil right*». Begrepet «*civil right*» blir i denne dommen ikke fastslått ut fra en rent språklig forståelse av ordet som er *sivile saker*, og begrepet blir gitt et veldig snevert anvendelsesområde når alle utvisningsvedtak generelt faller utenfor. At dette ikke er i tråd med tolkning i god tro etter Wien-konvensjonen eller i samsvar med EMDs vanlige dynamiske tolkningsstil ble påpekt i dissensen til dommerne Luocaides og Traja. De påpekte at selv om «*civil right*» har blitt tolket til å bety den sivil rettslige delen av rettergangs begrepet, så har

²¹⁶ Rettsdata P7-1 note 119. ved Erik Møse og Jørgen Aall t.o.m. 2005, Ragnar Nordeide f.o.m. 2006. Noten er sist hovedrevidert 02. 07.2010

EMD vanligvis tolket begrepet vidt og lagt til grunn at det ikke bare omfatter avgjørelser på privatrettens område.²¹⁷

Dissenterende dommer Costa uttalte at dersom P7-1 er en spesialbestemmelse for utvisningsvedtak så må den vurderes som *lex specialis* i forhold til *hver enkelt* utvisningssak og kan ikke gjelde som *lex specialis generelt* over artikkel 6 i *alle* saker som omhandler utvisning. I tillegg påpekte han at det var ulogisk at bestemmelsen skulle brukes i denne konkrete saken når P7-1 omhandler prosessuelle garantier som skal gis ved utvisning av utlendinger med *lovlig* opphold, all den tid Maaouia var *ulovlig* i Frankrike da han ble utvist.²¹⁸

Flertallet mente at det her heller ikke dreide seg om en avgjørelse av en «*criminal charge*»: «*The Court further considers that orders excluding aliens from French territory do not concern the determination of a criminal charge either.*»²¹⁹ De viser til at «*the domestic legal order's characterisation*» av sanksjonen utvisning ikke er klassifisert som straff i Frankrike eller generelt i medlemslandene. De minner om at utvisning allikevel kan være straff i EMK sin forstand og at man også må se på «*the nature of the penalty concerned*» for å kunne fastslå «*whether or not the penalty is criminal in nature.*»²²⁰ De legger stor vekt på at det er et slags europeisk konsensus om å klassifisere sanksjonen som administrativ og ikke «*criminal*» og sier videre at formålet med utvisning i de fleste land er å: *constitute a special preventive measure for the purposes of immigration control and do not concern the determination of a criminal charge against the applicant for the purposes of Article 6 §.*²²¹

De foretar her, etter min mening, ikke den vanlige vurderingen av sanksjonen i relasjon til artikkel 6 etter Engel-kriteriene, selv om vurderingen ligner. I Maaouia gjør de en materiell vurdering basert på to momenter: «*the domestic legal order's characterisation*» og «*the nature of the penalty concerned.*» Dette er momenter som ligner på de tre Engel-kriteriene: Det første kriteriet «*the legal classification of the offence under national law*» er omtalt som «*the domestic legal order's characterisation.*» Men det virker som om de har slått sammen de an-

²¹⁷ Concurring opinion of Judge Luocaidés joined by Traja

²¹⁸ Concurring opinion of Judge Costa joined by Hedigan and Pantigu

²¹⁹ Maaouia v. France 2000, avsnitt 39

²²⁰ *ibid*

²²¹ *ibid*

dre to «*the nature of the offence*» og «*the degree of severity of the penalty that the person concerned risk incurring*» til ett moment: «*the nature of the penalty concerned.*»

Argumentene fra disse momentene går altså ut på at formålet med utvisning i de fleste land er immigrasjonskontroll og at dette ifølge kommisjonens praksis ikke befinner seg i den kriminelle sfære og faller derfor utenfor å være en «*criminal charge*» etter artikkel 6. Som jeg har sagt tidligere er regelverket som regulerer utvisning i europeiske land ganske likt. Og med utgangspunkt i de norske forarbeidene har vi sett at begrunnelsene for og formålet med utvisning også er ganske like de som brukes i forhold til andre straffesanksjoner. EMD legger likevel her til grunn at utvisningsreglene i europeiske land begrunnes i immigrasjonskontroll og dermed *ikke er «criminal charge»*.

Flere av dissensene er uenige i denne vurderingen og mener at utvisningsvedtak etter sitt innhold er pønale, men at prosedyren i denne saken ikke var det.²²²

Dommerne Costa, Hedigan and Pantigu mener det er overraskende at når retten undersøker naturen til utvisningsvedtak i nasjonale regler kommer til at de ikke er pønale, samt at dette samsvarer dårlig med EMD sin egen praksis hvor mange sanksjoner med samme karakter som utvisningsvedtak har blitt klassifisert som *criminal charge* i forhold til artikkel 6.²²³

Flertallet gir i denne dommen ingen annen begrunnelse enn europeisk konsensus og kommisjonens praksis for hvorfor utvisningsvedtak ikke er «*criminal charge*» .

5.2.3 Konklusjon

EMD har etter min mening ikke tatt stilling til om utvisning materielt sett er straff «*criminal charge*» etter artikkel 6. De har kun slått fast at det er bestemt at utvisning prosessuelt sett skal falle utenom artikkel 6 og behandles etter de spesialiserte reglene i P7-1. (På samme måte som man i norsk rett har bestemt at utvisning faller utenfor straffeprosessloven og skal behandles i et annet spor og etter andre regler, selv om utvisningsvedtak etter sin karakter og innhold har mange likhetstrekk med straffesanksjoner.) EMD har slik jeg ser det her kun tatt

²²² Concurring opinion of Judge Rozakis

²²³ Concurring opinion of Judge Costa Hedigan and Pantigu.

stilling til en formell side av straffebegrepet. Dersom det materielle innholdet i utvisningsvedtak ble prøvd etter Engel-kriteriene er det, på bakgrunn av lignende sanksjoner som har blitt prøvd av domstolen, meget sannsynlig at utvisning materielt sett kan sies å utgjøre en *criminal charge* slik flere av de dissenterende dommerne påpeker. Men det har EMD så langt valgt å ikke gjøre. EMD har ikke direkte tatt stilling til utvisning i forhold til straffebegrepet i artikkel 7 eller P7-4.

6 Avsluttende bemerkninger og konklusjon

Oppgaven har vist at forbudet mot dobbeltstraff finnes nedfelt i mange konvensjoner og betraktes internasjonalt som en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti. Av disse rettsgrunnlagene er det bare dobbeltstraff-forbudet i EMK P7-4 som utgjør en klar forpliktelse for Norge. Jeg kom fram til at for at forbudet skulle utgjøre en skranke for utvisning på bakgrunn av ilagt straff måtte utvisningsvedtak kunne defineres innholdsmessig som en straff. Utvisning er ikke formelt straff etter norsk rett. Om sanksjonen materielt sett er straff etter Grunnloven § 96 eller EMK har Høyesterett ikke tatt stilling til. Hverken lovgiver, Høyesterett eller juridisk teori har tatt stilling til om utvisning er straff eller dobbeltstraff etter EMK. Det vises stort sett bare til EMD sin avgjørelse i Maaouia-dommen.

Det kan gjøres mange innvendinger mot begrunnelsene i Maaouia-dommen og mange av disse kommer til uttrykk i dissensene i dommen. Dommen er ikke enstemmig og den har mange svakheter i forhold til bruk av metode. Den er også inkonsekvent i forhold til EMD sin egen praksis i forhold til å avgjøre det pønale innholdet i lignende administrative sanksjoner. Dette er momenter som taler for at dommen har ganske begrenset rettskildemessig vekt. På den andre siden er dette den eneste dommen EMD har avsagt i forhold til utvisning og straffebegrepet i EMK, og den legges til grunn i praksis og i teorien. Det finnes også omfattende praksis i forhold til andre bestemmelser i EMK hvor statene gis vid skjønnsmargin i utlendingsrettslige spørsmål. På bakgrunn av dette konkluderer jeg med at gjeldende rett er at EMD på bakgrunn av kommisjonens langvarige praksis og P7-1s rang som *lex specialis* har slått fast at utvisningssaker formelt sett ikke er saker om straff i relasjon til artikkel 6.

Dersom man legger til grunn at straffebegrepet i EMK er konformt og at «saker om straff» i P7-4 er det samme som «saker om straff» i artikkel 6, så er det på bakgrunn av praksis klart at utvisningsvedtak på grunnlag av ilagt straff ikke utgjør en dobbeltstraff i EMK sin forstand.

Dersom man, på den andre siden, legger til grunn at begrepene ikke er konforme men har ulike formål og at straffebegrepene må forstås ulikt, så er rettstilstanden mer uklar. EMD har ikke direkte tatt stilling til om utvisning er saker om straff etter artikkel 7 eller etter P7-4, forutsatt at man legger til grunn at disse bestemmelsene har egne straffebegrep.

Selv om undersøkelsene mine viser at straffebegrepet i P7-4 er uavklart og at det er mange rettssikkerhetshensyn som tilsier at utvisningsvedtak burde vært klassifisert som og behandlet som «saker om straff», konkluderer jeg med at det etter gjeldende rett ikke finnes et klart grunnlag for å si at utvisning er «saker om straff» i EMK sin forstand. Det er ingen andre konvensjonsbaserte forbud mot dobbeltstraff enn EMK P7-4 som Norge er direkte bundet av. Utvisningsvedtak etter utlendingsloven § 68 b) på bakgrunn av ilagt straff er derfor ikke en dobbeltstraff i strid med internasjonale menneskerettigheter som forplikter Norge.

Man kan kanskje håpe at straffebegrepet i EMK etterhvert blir avklart, samt at norsk lovgiver, Høyesterett og EMD etterhvert tar grundigere stilling til det pønale aspektet av det materielle innholdet i utvisning som sanksjon, på samme måte som man har gjort i forhold til andre forvaltningsstraffsaksjoner av lignende karakter.

7 Litteraturliste

7.1 Litteratur

- Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter* 3 utg. Fagbokforlaget, Bergen 2011
- Abdulkader, Azin Taha: *Kan utvisning klassifiseres som dobbeltstraff?* Bacheloroppgave, Institutt for kriminologi og retts sosiologi, Universitetet i Oslo 2011
- Andenæs, Johs, *Statsforfatningen i Norge* 3 utg. Tanum, Oslo 1962
- Andenæs, Johs, *Alminnelig strafferett* 5 utg. Universitetsforlaget, Oslo 2004
- Andenæs, Johs: *Norsk Straffeprosess*. Universitetsforlaget, Oslo 2009
- Anners, Erik: *Den europeiske rettens historie*. Universitetsforlaget, Oslo 1983
- Berg, Bjørn O: *Forvaltningssanksjoner*. Universitetsforlaget, Oslo 2005
- Bertelsen, Tor E: *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* 1. utg. Gyldendal, Oslo 2011
- Boe, Erik: *Innføring i juss*. Tano Aschehoug, Oslo 2004
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* 8.utg. Universitetsforlaget, Oslo 2008
- Elgesem, Frode: *Tolking av EMK - Menneskerettsdomstolens metode*. Lov og Rett nr. 4-5 2003
- Eskeland, Ståle: *Strafferett*. Cappelen, Oslo 2006
- Fliflet, Arne: *Grunnloven: Kommentartutgave*. Universitetsforlaget, Oslo 2005.
- Hansen, Irene Palm og Gunhild Bolstad: *Utvisning 2001: en undersøkelse av utlendingsforvaltningens praksis i utvisningssaker*. Spesialoppgave, University of Oslo, 2003
- Humlen, Arild: *Vevstad, Vigdis (red), Utlendingsloven Kommentartutgave*, Universitetsforlaget 2010 s. 422-447
- Holmboe, Morten og Hans-Petter Jahre: *Dobbeltstraff er ikke enkelt, LOV OG RETT*, vol. 50 2011 s. 191-212.
- Hov, Jo: *Innføring i prosess 1 og 2*. Papinian, Oslo 2010
- Høstmølingen Njål: *Internasjonale menneskerettigheter* 2. utg. Universitetsforlaget, Oslo 2012
- Jacobs, Francis G., Robin C.A. White and Clare Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010
- Kvigne, Kristin (red.): *Utlendingsrett*. Kristin Ottesen og Bjørn Vandvik, Universitetsforlaget, Oslo 2004 s. 320-348

- Meidell, Merete Havre: Lærebok i utlendingsrett , Øyvind Dybvik Øyen (red). Universitetsforlaget 2013 s. 357-400.
- Nascimbene, Bruno: Expulsion and detention of aliens in the European Union countries: A Comparative study on immigration law in the Member States, with special reference to expulsion and detention of aliens. Giuffrè Editore, Milano 2001.
- Nybø, Stine Dordy og Therese Liljegren: One Strike and you're out. Stensilserie for Juss-Buss nr. 72, Oslo 1996
- Rodriguez, Diana, Dobbeltporfølging gjennom reaksjoner fra rettsapparatet og tiltak fra barnevernet. Masteroppgave, Universitet i Bergen 2012
- Robberstad, Anne: Sivilprosess, 2. opplag, Fagbokforlaget, Bergen 2010
- Rui, Jon Petter: Forbudet mot gjentatt straffeforfølging. Universitetsforlaget, Oslo 2009
- Rui, Jon Petter: Ne bis in idem. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap 2010 s. 497-507
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein: Innføring i folkerett 3 utg. Universitetsforlaget, Oslo 2006
- Skard, Torunn: Lærebok i utlendingsrett. Øyvind Dybvik Øyen (red):. Universitetsforlaget, Oslo 2013 s. 47-66
- Skoghøy, Jens Edvin A: Forbudet mot gjentatt straffeforfølging i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 («ne bis in idem»)Ne bis in idem, Tidsskrift for rettsvitenskap 2003 s. 1-39
- Skoghøy, Jens Edvin A. Menneskerettsdomstolens straffebegrep Lov og Rett vol 46 2007.s. 193-194
- Smith, Eivind: Konstitusjonelt demokrati. Fagbokforlaget, Bergen 2008
- Strandbakken, Asbjørn: Ne bis in idem. Lov og Rett 2002 nr. 6. s. 355-391
- Storaker, Karen: Er utvisning dobbeltstraff i forhold til syvende tilleggsprotokoll artikkel 4 nr.1 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Spesialoppgave, Universitet i Oslo 2004
- Øyen, Øyvind Dybvik: Lærebok i utlendingsrett. Øyvind Dybvik Øyen (red):. Universitetsforlaget, Oslo 2013 s. 23-31

7.2 Norsk Lovkommentar på Gyldendal Rettsdata

Rettsdata EMK art 6. note 53 ved Erik Møse og Jørgen Aall t.o.m. 2005, Ragnar Nordeide f.o.m. 2006. Noten er sist hovedrevidert 02.07.2010.

Rettsdata EMK art 7. Note 66 ved Erik Møse og Jørgen Aall t.o.m. 2005, Ragnar Nordeide f.o.m. 2006. Noten er sist hovedrevidert 02.07.2010.

Rettsdata SP art 14 note 23, noten er sist hovedrevidert 27.01.2012

Rettsdata Utlendingsloven kap 8. Note 178 ved Terje Einarsen. Noten er sist hovedrevidert 04.12.2011.

7.3 Internett

Aftenbladet (19.7.2002) Advokat reagerer på utvisning av ung polakk:

<http://www.aftenbladet.no/nyheter/lokalt/Advokat-reagerer-pa-utvisning-av-ung-polakk-2736880.html#.UyQRmIadDvM>

UDI årsrapport 2013: <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/arsrapport-2013/>

UDI årsrapport 2012: <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/arsrapporter/eldre-arsrapporter/arsrapport-2012/>

Ratifikasjoner og reservasjoner til FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter:

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

7.4 Norske lover

Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold, 17. mai 1814

Lov 22.mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig straffelov

Lov 10.februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lov 22.mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24.juni 1988 nr. 64

Lov 21. mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov om Schengen informasjonssystem (SIS) 16. juli nr.66 1999

Lov 15.mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

7.5 Forarbeider

NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m.

NOU 2003:15 Fra bot til bedring

NOU 2004:20 Ny Utlendingslov

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)

Ot. prp. nr. 3 (1998-99)

7.6 Traktater

UN Charter, 26. juni 1945

Statute of the International Court of Justice, 26. juni 1945

UN Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948

European Convention on Human Rights, 4. november 1950

UN Convention relating to the Status of Refugees, 28. juli 1951

UN International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966

American Convention on Human Rights, 22. november 1969

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. mai 1969

European Convention on Human Rights: Protocol no. 7, 22. november 1984

Convention implementing the Schengen Agreement (CISA), 14. juni 1985

EU Charter of Fundamental Rights of the European Union, 7. desember 2000

7.7 Praksis

7.7.1 Høyesterett

Rt. 1928 s.1050

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 497

Rt. 2002 s. 509

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2002 s. 1007

Rt. 2002 s. 1216

Rt. 2002 s. 1246

Rt. 2002 s. 1271

Rt. 2003 s. 20

Rt. 2003 s. 264

Rt. 2003 s. 1100

Rt. 2003 s. 1221
Rt. 2003 s. 1376
Rt. 2003 s. 1827
Rt. 2004 s. 939
Rt. 2004 s. 943
Rt. 2004 s. 948
Rt. 2004 s. 1241
Rt. 2004 s. 1243
Rt. 2004 s. 1343
Rt. 2004 s. 1500
Rt. 2005 s. 229
Rt. 2005 s. 513
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2005 s. 1269
Rt. 2006 s. 1409
Rt. 2006 s. 1498
Rt. 2010 s. 72
Rt. 2010 s. 1121

7.7.2 Tingretten

TOSLO-2005-115404

7.7.3 Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Ringreisen v. Austria 1971
Golder v. the United Kingdom 1975
Engel and Others v. the Netherlands 1976
Öztürk v. Germany 1984
Jamil v. France 1995
Nasri v. France 1995
Welch v. United Kingdom 1995
Esen v. The Netherlands 1998
Maaouia v. France 2000
Bankovic and Others v. Belgium 2001

Boultif v. Switzerland 2001
Frans Fisher v. Austria 2001
Wilson, the National Union of Journalists and others v. United Kingdom 2002
Ezeh and Connors v. UK 2003
Nilson v. Sweden 2005
Üner v. The Netherlands 2006
Haarvig v. Norway 2007
Matyjek v. Poland 2007
Mjelde v. Norway 2007
Storbråthen v. Norway 2007
Edsbergs Taxi v. Sweden 2008
Saadi v. Italy 2008
Carlberg v. Sweden 2009
Zolotukhin v. Russia 2009
Nunez v. Norway 2011

7.8 FN-dokumenter

UN Human Rights Committee: General Comment nr. 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14)