

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6th):

Holmboe, M. (2012). Gjentatt straffeforfølgning (dobbeltraff) : kommentar til et grunnlovsforslag. *Tidsskrift for strafferett*, 12(2), 206-217.

Gjentatt straffeforfølging (dobbelstraff) – kommentar til et grunnlovsforslag¹

Seniorrådgiver Morten Holmboe

1. Innledning

Den 19. desember 2011 fremla Stortingets menneskerettighetsutvalg sitt forslag om grunnlovsfesting av sentrale menneskerettigheter.²

Menneskerettighetsutvalget legger til grunn at et forbud «mot dobbelstraff er ... av grunnleggende betydning for den enkeltes forutsigbarhet» (s. 132).³ Utvalget foreslår at et nytt tredje ledd i Grunnloven § 96 kan lyde slik:

«Ingen kan straffes mer enn én gang for samme handling.»⁴

1. Denne artikkelen bygger på et essay innlevert ved ph.d.-programmet, Universitetet i Oslo. Takk til professor Kåre Lilleholt, lagdommer Hans-Petter Jahre og advokat Roar Østby for nyttige kommentarer til et tidligere utkast. Synspunktene står for min egen regning.
2. Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. – Om forslaget generelt, se Arne Fliflet, «Noen tanker om grunnlovsfesting av menneskerettighetene og domstolenes prøvelsesrett: 'Verden tilhører Os Jurister', farse av Henrik Wergeland fra 1840». *Lov og Rett* 2012 s. 129–130; Carsten Smith, «Den grunnleggende verdi». I: *Aftenposten* (Kultur&Meninger) s. 4–5, 23. april 2012.
3. Prinsipielt er det forskjell på «dobbelstraff» og «forbud mot gjentatt forfølgning». Se Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølging*. Oslo 2009 s. 134–139. Begrepene brukes imidlertid om hverandre både i rettspraksis og i litteraturen.
4. Alternativt «Ingen kan straffes mere end een Gang for samme Handling» (Dokument 16 s. 257).

Det fremgår av utredningen at utvalget også har vurdert å knytte forbudet til *forfølgningen*. Utvalget valgte imidlertid formuleringen «straffes» blant annet for å unngå å måtte ta et forbehold om gjenåpning til skade for den siktede inn i grunnlovsteksten. Utvalget har også lagt vekt på at en vil hindre at nordmenn som er domfelt i utlandet, men har unnveket straffefullbyrdelsen, skal kunne unngå forfølgning i Norge (s. 133).

Utvalget fremholder (s. 132) at det ikke er meningen å endre gjeldende rett. Hovedtemaet i denne artikkelen er om utvalgets forslag dekker for mye eller for lite – og om det vil endre rettsstilstanden hvis det blir vedtatt. Videre vil jeg diskutere et par av utvalgets forutsetninger i motivene.

Til slutt foreslår jeg en annen formulering av grunnlovsbudet enn det utvalget har gått inn for.

2. Fire problemer ved forslaget

Forslaget reiser fire viktige spørsmål, to i motivene og to i forslaget til grunnlovstekst. I *motivene* tar utvalget to utgangspunkter som det er verd å diskutere:

- a) Forvaltnings sanksjoner som er straff etter EMK, må anses som straff etter Grunnloven § 96 tredje ledd (se punkt 3.1 nedenfor).
- b) Utvalget synes å forutsette at rettskraftregler vil gjelde over landegrensene (se punkt 3.2 nedenfor).

I utkastet til nytt tredje ledd i Grunnloven § 96 velger utvalget å knytte forbudet til om borgeren tidligere er straffet, noe som er uheldig på to måter:

- c) Utkastet gir ikke noe *konstitusjonelt* vern mot at en frifunnet person blir trukket for retten igjen og igjen (se punkt 4.1 nedenfor).
- d) Utkastet begrenser den adgang det i dag er til å gjenåpne en sak til skade for den siktede (se punkt 4.2 nedenfor).

3. Utvalgets uttalelser i motivene

3.1 Forvaltningssanksjoner: Er straffebegrepet i EMK og Grunnloven sammenfallende?

Utvalget drøfter generelt hvilken betydning internasjonale organers tolking av menneskerettighetsinstrumentene skal få for tolkingen av Grunnlovens tilsvarende bestemmelser. Utvalget slutter seg på generelt nivå til nyere forfatteres oppfatning om at dette vil være relevante tolkingsfaktorer for forståelsen av Grunnloven.⁵ Utvalget drøfter derimot ikke dette spørsmålet konkret for forslaget til endringer i Grunnloven § 96.

Utvalget synes imidlertid å forutsette at EMDs og Høyesteretts nærmere grensedragning av når forvaltningssanksjoner kan anses som straff og eventuelt utløse sperrevirkninger etter EMK Protokoll 7 artikkel 4 (EMK P7-4), vil avgjøre grensen for anvendelsen av forslaget til *Grunnloven § 96 nytt tredje ledd* om forbud mot dobbeltstraff:

«Man ser også at EMD og Høyesterett er i ferd med å avklare en del utgangspunkter for hvordan den nærmere grensen rundt forbudet mot dobbeltstraff skal trekkes opp. Grunnlovsfesting av rettsstatsprinsippet om at ingen skal straffes to ganger for samme handling, vil for eksempel ikke avskjære muligheten for å illegge rimelige og saklige forvaltningssanksjoner. At det kanskje kan hevdes at praksis på området ikke helt har «satt seg» ennå, skyldes ikke at forbudet mot dobbeltstraff ikke er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti. Dette skyldes trolig at omfanget av forvaltningssanksjoner har økt de siste tiårene i takt med den sterke utbyggingen av en sentral og lokal forvaltning. Det må derfor forventes at det også tar noe tid før det opparbeides en entydig praksis på området.

Når man skal ta stilling til slike problemstillinger etter en eventuell ny grunnlovsbestemmelse om forbud mot dobbeltstraff, må dette skje i lys av *tidligere praksis* fra Høyesterett og EMD, samt i lys av *formålet* med forbudet mot dobbeltstraff.»⁶

Den samme tanken synes å ligge til grunn når utvalget begrunner sitt valg mellom forskjellige formuleringer av grunnlovsbudet:

«En slik formulering vil fange opp ilagte administrative sanksjoner som, etter en nærmere vurdering, må karakteriseres som 'straffeforfølgning'. ...

5. Dokument 16 s. 88; jf. for eksempel Arne Fliflet, *Kongeriket Norges grunnlov: Grunnloven med kommentarer*. Oslo 2005. s. 28–29.

6. Dokument 16 s. 132, uthevet i originalen.

GJENTATT STRAFFEFORFØLGNING (DOBBELTSTRAFF)

Det er viktig at saker kan gjenåpnes, og at administrative sanksjoner etter omstendighetene kan ilegges.» (s. 133)

Det er imidlertid gode grunner til å skille mellom tolking av menneskerettskonvensjonenes bestemmelser om rettergang i straffesaker og tolking av Grunnloven § 96.

Begrepet «straff» er grunnleggende i den gjeldende Grunnloven § 96 første punktum og i utvalgets forslag til nytt tredje ledd om forbud mot dobbeltstraff. Dersom straffebegrepet i *tredje ledd* skal tolkes like vidt som straffebegrepet i EMK, er det vanskelig å unngå at også innholdet i straffebegrepet i *første ledd første punktum* vil bli utvidet.

For omfanget av regelen mot gjentatt straffeforfølgning i tredje ledd får en slik utvidet tolking av straffebegrepet ikke så stor betydning, siden borgeren er godt beskyttet av EMK P7–4 uansett. Derimot ville en utvidet tolking av straffebegrepet i *første ledd første punktum* få stor praktisk betydning.

For det første må det antas at strafferettens *bevisbyrdekrav* da må gjelde også denne sanksjonen, selv om lovgiveren ikke har klassifisert sanksjonen som straff. (Bevisbyrde-reglene er ikke like strenge for sanksjoner etter artikkel 6 som for straff i Grunnlovens forstand.)⁷

For det andre fastsetter Grunnloven § 96 at straffesaker skal behandles i bestemte former. En sanksjon som reelt er straff etter Grunnloven § 96, må fastsettes i *dom*, altså ikke av forvaltningen.⁸

Etter EMK artikkel 6 er straffebegrepet videre, men konsekvensen av at en sanksjon er ansett som straff, er mer nyansert. Det godtas at forvaltningen kan ilegge en sanksjon av straffekarakter så lenge borgeren kan få prøvet sanksjonen for uavhengige domstoler. Det vil si at også en sanksjon som anses som straff etter EMK, kan ilegges av forvaltningen så lenge borgeren kan bringe saken inn for domstolene.

7. Rt. 2008 s. 1409 S, der Høyesteretts flertall fant at den såkalte uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 gav grunnlag for å oppstille et krav om klar sannsynlighetsovervekt for å ilegge tilleggsskatt. Utvalget foreslår uskyldspresumsjonen grunnlovsfestet i Grunnloven § 96 nytt annet ledd.

8. Jf. Asbjørn Strandbakken, «Grunnloven § 96». *Jussens Venner* 2004 s. 166–215 på s. 183–189; Fliflet (2005) s. 396–397.

I avgjørelser om at EMK artikkel 6 gjelder for tilleggsskatt etter ligningsloven har det ikke vært drøftet om også Grunnloven § 96 skulle være overtrådt.⁹

Strandbakken sier det slik:

«Artikkel 6 gir altså den tiltalte flere rettssikkerhetsgarantier enn det som umiddelbart kan leses ut av Grl. § 96. På den andre siden går ikke artikkel 6 så langt som Grunnloven hva gjelder kravet om at straff må ilegges ved dom. Selv om en sanksjon faller inn under artikkel 6 kreves det ikke at den i første omgang må ilegges av en domstol. Det avgjørende er om den som er vernet av artikkel 6 har adgang til en domstolsbehandling hvor rettssikkerhetsgarantiene i bestemmelsen ivaretas.»¹⁰

Det må legges til grunn at tolkingen av EMK artikkel 6 hittil ikke har fått betydning for tolkingen av *straffebegrepet* i Grunnloven § 96. Dette har gode grunner for seg: Hvis enhver forvaltningssanksjon skulle utløse krav om at den skulle fastsettes ved dom, ville det kreve en grunnleggende systemendring.

Utvalget kan neppe ha ment å rokke ved dette skillet uten nærmere utredning. Ved fastsettelsen av et grunnlovsbud bør forarbeidene imidlertid ikke gi opphav til uklarheter. Det er derfor viktig at det i de etterfølgende motivene til grunnlovsendringen gjøres klart at straffebegrepet i *Grunnloven* § 96 første ledd første punktum ikke avhenger av EMDs og Høyesteretts tolking av straffebegrepet i *EMK*.

Fastholder Stortinget dette utgangspunktet, bør det medføre at grunnlovsbudet om forbud mot gjentatt straffeforfølgning (dobbelstraff) i Grunnloven § 96 tredje ledd også begrenses til saker som må betegnes som ordinær straff etter Grunnloven § 96 første ledd første punktum. Innholdet i straffebegrepet bør ikke veksle fra ledd til ledd i samme paragraf.

En slik avgrensning av grunnlovsbudet vil ikke svekke rettsstillingen til en borger som vil påberope seg at en forvaltningssanksjon avskjærer påtalemyndighetens adgang til å reise straffesak (eller omvendt). Her vil vernet etter EMK P7-4 være det samme som før.

9. Rt. 2000 s. 996 på s. 1012, sml. om tilleggsskatt og grunnlovsværn Rt. 1961 s. 1217 A og Frederik Zimmer, «Tilleggsskatt og Grunnlovens § 96», I: *Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen*, 7. september 1982. Anders Bratholm, Nils Christie og Torkel Opsahl (red.). Oslo 1982 s. 557–564.

10. Strandbakken (2004) s. 169. Tilsvarende Sanksjonsutvalget i NOU 2003: 15 s. 58 og Eirik Holmøyvik og Jørgen Aall, «Debatt – Grunnlovsfesting av menneskerettene». *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2010 s. 327–374 på s. 352–353.

Da bortfaller også noe av utvalgets begrunnelse for å begrense regelen til idømt straff.¹¹

3.2 Rettskraft over landegrensene

Som utvalget selv fremhever, er utgangspunktet at rettskraftreglene i straffeprosessloven § 51 og i EMK P7–4 bare gjelder innenfor norsk jurisdiksjon. Norge har likevel inngått traktater der andre staters rettskraftige avgjørelser skal legges til grunn for vurderingen av om det foreligger gjentatt straffeforfølgning i Norge.¹²

Utvalget synes imidlertid å forutsette at det foreslåtte *grunnlovsbudet* vil gi et vern mot gjentatt straffeforfølgning også for utenlandske avgjørelser. Som et ledd i sin begrunnelse for å begrense Grunnloven § 96 tredje ledd til gjentatt *straff*, fremholder utvalget (s. 133):

«I tillegg vil formuleringen også åpne for at man kan straffeforfølge nordmenn som har unndratt seg den straffen de er idømt i et annet land.»

Utvalget mener neppe at grunnlovsbudet skal utvide prinsippet om rettskraft til å gjelde avgjørelser fra alle land, bare dem Norge har inngått avtaler med. Men det er ingen grunn til at Norge skal gi disse avtalene *konstitusjonelt* vern, særlig hvis det gjør det nødvendig å begrense grunnlovsbudets rekkevidde.

Den nærmere rettskraftvirkningen av utenlandske avgjørelser er ikke nødvendigvis den samme som virkningen av norske avgjørelser. Skulle grunnlovsbudet gjelde også for andre lands avgjørelser, kunne rettskraftvirkningen i Norge av en utenlandsk avgjørelse rekke videre enn det som var fastsatt i avtalen, og videre enn virkningen i utlandet av norske avgjørelser. Grunnlovsfestingen skal tydeliggjøre kjernen i et prinsipp, og bør ikke skape tolkingstvil om rettskraftvirkningen i Norge av avgjørelser truffet i andre land.

Ved den fortsatte behandling av forslaget bør det derfor klargjøres i motivene at grunnlovsbudet bare skal gjelde avgjørelser truffet av norske domstoler.

11. Se nedenfor under punkt 4.1.

12. Dokument 16 s. 131. Reglene er fastsatt i straffeloven av 1902 § 12 a. Jf. Magnus Matningsdal, «§ 12 a» i: *Straffeloven med kommentarer*. Første del. Alminnelige bestemmelser. Magnus Matningsdal og Anders Bratholm (red.). Oslo 2003 s. 66–72; Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*. 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn, Oslo 2004 s. 566–567; Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. Oslo 2009 s. 459–460; Rui (2009) s. 58–63.

Velger man en slik presisering, bortfaller også noe av begrunnelsen for å formulere utkastet til forbud mot dobbeltstraff så snevert som utvalget gjør.

4. Teksten

4.1 Hva forslaget ikke dekker: Gjentatt forfølgning

Som utvalget fremhever, kan et forbud mot dobbeltstraff rette seg enten mot en gjentatt forfølgning eller mot at det ilegges straff for samme handling mer enn én gang.¹³

Det er en lang tradisjon i Norge for at rettskraftregelen ikke bare gjelder idømmelse av straff flere ganger, men også gjentatt forfølgning.

Rettskraftregelen i straffeprosessloven § 51 suppleres av en ulovfestet regel om litispændens, altså at påtalemyndigheten ikke kan fremme to saker parallelt om det samme straffbare forhold.¹⁴

I straffeprosessloven av 1887 fulgte prinsippet forutsetningsvis av at loven gav regler om gjenopptakelse (nå gjenåpning). I straffeprosessloven av 1981 ble prinsippet om negativ materiell rettskraft nedfelt i § 51.¹⁵ Spørsmålet er ikke om den tiltalte ble frifunnet eller domfelt, men om saken allerede er avgjort.¹⁶

For det første skal regelen beskytte borgeren mot belastningen ved å bli forfulgt flere ganger – og ikke minst mot risikoen for det. Regler om rettskraft skal gi en tidligere straffeforfulgt borger fred for at saken nå er over. Ikke minst for den frifunne, som over en tid har vært beskyldt for et straffbart forhold og har risikert straff, vil det være viktig å kunne legge saken bak seg når frifinnelsesdommen er rettskraftig.¹⁷

For det andre skal regelen ivareta rettssikkerheten: Hvis påtalemyndigheten kan reise sak på ny og på ny, kan den variere opplegget av saken inntil den finner en vinkling som overbeviser dommeren. Har man ikke en rettskraftregel, kan det altså føre til en økt risiko for uriktige domfellelser.

13. Dokument 16 s. 130.

14. Rt. 2008 s. 907, jf. Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven*, 4. utg. Bind I. Oslo 2011 s. 173.

15. Dette var sikker rett også under straffeprosessloven av 1887. Jf. for eksempel Jon Skeie, *Den norske straffeprosess*, Bind I. Oslo 1939 s. 135.

16. Jf. om hensyn bak et forbud mot gjentatt straffefølgning Rui (2009) s. 113–119.

17. For en nærmere gjennomgang av hensynene bak et prinsipp om rettskraft, se Rui (2009) s. 121–131.

GJENTATT STRAFFEFORFØLGNING (DOBBELTSTRAFF)

Disse prinsippene er ikke absolutte: Etter at to-instansordningen ble innført i 1995, kan også påtalemyndigheten anke til lagmannsretten over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. Formålet med reformen var å styrke den tiltaltes stilling,¹⁸ men som en refleks av dette vil også den som er frifunnet, få et dårligere vern mot fortsatt forfølgning enn tidligere.¹⁹ Her vil reglene om ankefrist likevel gjøre at usikkerheten for den siktede ikke vil vare så lenge.²⁰

I 1984 ble forbudet mot gjentatt straffeforfølgning nedfelt i EMK P7-4.²¹ Regelen gir uttrykk for et grunnleggende rettsstatsprinsipp,²² noe som bl.a. vises ved at regelen ikke kan fravikes ved nødtilstand (EMK P7-4 nr. 3).²³

Også bestemmelsen i EMK P7-4 retter seg mot gjentatt *forfølgning*, ikke bare mot at borgeren blir *straffet* to ganger. Det kan altså være et brudd på bestemmelsen selv om den tiltalte blir frifunnet i én eller begge sakene.²⁴

Utvalget drøfter valget av de to modellene, og foretrekker altså modellen med forbud mot gjentatt *straff*. Utvalget fremholder (s. 133):

«Formuleringene kan derfor tenkes å gi et noe snevrere vern enn konvensjonene, nettopp fordi det ikke settes forbud mot å straffeforfølge den enkelte flere ganger for samme handling. ...

Det essensielle i forbudet mot dobbeltstraff er nettopp at man ikke skal straffes to eller flere ganger for samme handling.»

Både EMK og norsk rettstradisjon knytter imidlertid som nevnt beskyttelsen til gjentatt *forfølgning*, ikke til gjentatt *straff*. Det er dermed ikke et «noe snevrere vern» å frata den frifunne et vern mot ny forfølgning. Utvalgets forslag omfatter

18. Magnus Matningsdal, *To-instansreformen*. Oslo 1996 s. 17 flg.

19. Spørsmålet er berørt i NOU 1992: 28 s. 27 og Ot.prp. nr. 78 (1992-93) s. 15.

20. Ankefristen er som hovedregel to uker, men kan bli inntil fire uker når den ankeberettigede tjenestemann i påtalemyndigheten ikke var til stede ved domsavsigelsen (straffeprosessloven § 310).

21. Protokollen trådte i kraft for Norge 1. januar 1989. Regelen i EMK P7-4 antas – i motsetning til den norske rettskraftregelen – ikke å gjelde ved litispensens, og såkalt parallell forfølgning er i utgangspunktet tillatt. Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ('ne bis in idem')». *Tidskrift for Rettsvitenskap* 2003 s. 1-39 på s. 25-27; Rui (2009) s. 293-299.

22. Rui (2009) s. 17.

23. Morten Holmboe og Hans-Petter Jahre, «Dobbeltstraff er ikke enkelt: Gjentatt straffeforfølgning etter Den europeiske menneskerettskonvensjons protokoll 7 artikkel 4 – en oppdatering». *Lov og Rett* 2011 s. 191-212 på s. 193.

24. EMDs dom (storkammer) av 10. februar 2009, *Zolotukhin mot Russland*, saksnr. 26428/03, avsnitt 108; Holmboe og Jahre (2011) s. 195.

ikke det essensielle i rettskraftprinsippet: at en borger skal kunne regne seg som ferdig med saken, enten han ble frifunnet eller domfelt.

Utvalget vil unngå at grunnlovsforbudet hindrer at en sak gjenåpnes til skade for den siktede.²⁵ Utvalget drøfter om det kan tas inn et unntak for gjenåpning i grunnlovsbudet, men mener at det ikke er noen god løsning (s. 133):

«Ulempen med formuleringen er likevel at forbudet mot dobbeltstraff på sett og vis uthules når det eksplisitt vises til at saker kan gjenåpnes etter bestemmelser fastsatt ved lov. I prinsippet kunne man derfor tenke seg at gjenåpningsinstituttet blir benyttet til å omgå forbudet mot dobbeltstraff.»

Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at en slik formulering kunne uthule forbudet mot dobbeltstraff. I så fall måtte Stortinget vedta en lov som kastet vrak på rettskraftprinsippet slik det er fastsatt i EMK P7-4 og har vært forstått i norsk tradisjon i hvert fall siden straffeprosessloven av 1887.

Det er også mulig å klargjøre i motivene til grunnlovsbudet at adgangen til gjenåpning til skade for den siktede skal være ekstraordinær, gjerne knyttet til de krav EMK P7-4 stiller til gjenåpning.

Skulle en borger bli utsatt for gjentatt straffeforfølgning etter en slik lov, kunne han påberope seg både intensjonen i grunnlovsbudet og EMK P7-4 for å få den nye saken avvist. Han ville kunne gjøre dette gjeldende både for Gjenopptakelseskommissjonen og deretter for den dømmende rett dersom kommissjonen skulle tillate gjenåpning. Skulle heller ikke dette føre fram, kan han – som nå – bringe saken inn for EMD og påberope seg brudd på EMK P7-4.

For å unngå en hypotetisk risiko for at et unntak for gjenåpning skal uthule regelen, har utvalget dermed foreslått grunnlovsfestet et prinsipp som ikke gir vern mot annet enn at påtalemyndigheten etter en fellende dom reiser en ny sak for å få skjerpet straffen.

Nå vil både straffeprosessloven § 51 og EMK P7-4 hindre påtalemyndigheten i å prøve igjen og igjen. Men spørsmålet her er hvilket *konstitusjonelt* vern borgerne skal ha, og det blir snevert.

Utvalget fremholder videre (s. 133):

«Det er viktig at ... administrative sanksjoner etter omstendighetene kan ilegges.»

25. Jf. sitatet nedenfor under punkt 4.2.

Som det fremgår ovenfor, er det vesentlige ulemper knyttet til å la utviklingen av straffebegrepet i EMK avgjøre grensene for straffebegrepet i Grunnloven § 96. Hvis man holder seg til den begrensningen jeg har beskrevet ovenfor under punkt 3.1, vil ikke et grunnlovsbud mot gjentatt forfølgning få betydning for tolkingen av EMKs straffebegrep i forhold til forvaltningssanksjoner.

Når man holder disse momentene opp mot behovet for å beskytte kjernen i rettskraftprinsippet, er det – slik jeg ser det – liten grunn til å velge en så snever formulering av prinsippet som utvalget gjør.

4.2 Hva forslaget innskrenker: Gjenåpning til skade for en domfelt

Utvalget drøfter om et grunnlovsbud bør knyttes til selve forfølgningen, men finner blant annet hensynet til gjenåpning så viktig at det ikke bør gjøres uten forbehold (s. 133, uthevet her):

«Disse formuleringene vil ikke direkte fange opp unntaket for gjenåpning av straffesaker, og dette må i så fall innfortolkes. Dersom det kommer nye bevis, vil man i dag ha mulighet til å gjenåpne sak mot personer som er *frifunnet eller domfelt* for handlingen. I realiteten vil slik gjenåpning innebære at man straffeforfølger vedkommende for annen gang.»

Utvalgets utgangspunkt er her i samsvar med regelen i straffeprosessloven § 393 ved at gjenåpning til skade for den siktede også kan skje der den første saken førte til domfellelse, men straffen eller den rettslige subsumsjon er blitt vesentlig for mild. Også denne siden av regelen har i det vesentlige vært den samme siden straffeprosessloven av 1887, og er således uttrykk for et vel innarbeidet rettsprinsipp.

Det er ikke praktisk ofte forekommende, men det ville være støtende om en person som var frifunnet, eller dømt for et mindre alvorlig forhold, ikke kunne tiltales på nytt selv om bevisene for et mer alvorlig forhold var svært sterke. Man kan tenke seg at en person blir rettskraftig dømt for uaktsomt drap i forbindelse med jakt eller bilkjøring, og deretter tilstår at drapet var forsettlig. Det ville være uheldig om man da skulle være avskåret fra ny sak.²⁶ En slik adgang til gjenåpning er også i samsvar med EMK P7-4 nr. 2, som knytter gjenåpningsadgangen til «the outcome of the case».

26. Andenæs (2009) s. 452. Problemstillingen ble også drøftet i teorien etter straffeprosessloven av 1887; se for eksempel Skeie (1939) s. 136–137.

MORTEN HOLMBOE

Det er ikke helt upraktisk at grensen mellom forsett og uaktsomhet kan være vanskelig å trekke. I Orderud-saken fant herredsretten en av de tiltalte skyldig i uaktsomt drap, mens lagmannsretten dømte ham i samsvar med tiltalen for forsettlig medvirkning til drap.²⁷ Tenker man seg her at herredsrettens dom var blitt rettskraftig, og at den domfelte deretter tilstod forsettlig medvirkning, ville det vært lite smakelig å være avskåret fra å gjenåpne saken.

Utvalget sier om konsekvensen av sitt forslag (s. 133, uthevet her):

«Dermed blir det åpenbart at saker kan gjenåpnes til ulempe for den enkelte dersom man i første omgang ble *frifunnet* og det i ettertid kommer til nye bevis.»

Denne oppsummeringen er presis nok, men utvalget kommenterer ikke at det foreslåtte grunnlovsbudet vil begrense den adgangen påtalemyndigheten i dag har til å begjære gjenåpning til skade for en domfelt.

I utredningen heter det generelt om grunnlaget for utvalgets arbeid (s. 48):

«Utvalgets forslag til grunnlovsfesting av de sentrale menneskerettighetene vil heller ikke endre det materielle innhold i dagens rettsstilstand.»

I innledningen til drøftelsen om dobbeltstraff heter det, som tidligere nevnt (s. 132):

«En grunnlovsfesting av forbudet mot dobbeltstraff vil således ikke endre dagens rettsstilstand.»

Selv om det sistnevnte sitatet direkte er knyttet til praksis fra Høyesterett og EMD, er det vanskelig å tenke seg at utvalget har ment å endre den gjeldende ordningen med gjenåpning. Skal man unngå en slik endring, kan imidlertid ikke utvalgets forslag til bestemmelse gjennomføres.

5. Oppsummering. Forslag til ordlyd

Mens man både på nasjonalt og internasjonalt plan har tatt utgangspunkt i at en rettskraftregel skal hindre ny forfølgning, har utvalget altså valgt å la «straffet» være det avgjørende kriterium. Det gjør at prinsippet som sådan får et svært snevert konstitusjonelt innhold, og bedre for den domfelte enn for den frifunne. Videre vil forslaget – om det skulle bli vedtatt – beskjære de gjeldende reglene om gjenåpning til skade for siktede. Begrunnelsen etterlater også tvil om grunnlovs-

27. Nes herredsretts dom av 22. juni 2001 (TNESS-2001-51); Eidsivating lagmannsretts dom av 5. april 2002 (LE-2001-666).

GJENTATT STRAFFEFORFØLGNING (DOBBELTSTRAFF)

budet er ment å omfatte utenlandske dommer, og om innholdet av straffebegrepet i Grunnloven § 96.

Slik jeg ser det, ville det derfor være uheldig om forslaget ble vedtatt i sin nåværende form. Grunnlovsbudet bør gjelde gjentatt forfølgning, ikke bare om den første saken endte med straff. Det bør derfor inntas et unntak for gjenåpning, og det bør klargjøres i motivene at det konstitusjonelle vernet bør begrenses til norske avgjørelser. Videre bør det klargjøres at straffebegrepet i Grunnloven § 96 ikke uten videre har det samme innholdet som etter EMK.

Med disse presiseringene kan man for eksempel bruke en av formuleringene som utvalget selv nevner (s. 133):

«Ingen kan straffeforfølges mer enn én gang for samme handling, med mindre saken gjenåpnes etter nærmere bestemmelser fastsatt ved lov.»

Holmboe er cand.jur ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo, 1989. Seniorrådgiver ved Politihøgskolen fra 2011. Opptatt ved ph.d.-programmet ved Universitetet i Oslo, Det juridiske fakultet, Institutt for offentlig rett fra samme år. Tidligere kontorsjef ved Politihøgskolen, førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet, kontorsjef hos Sivilombudsmannen og lovrådgiver i Justisdepartementet, Lovavdelingen. E-post: holmboe.morten@gmail.com.
