

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. & Jahre, H.-P. (2011). Dobbelstraff er ikke enkelt: Gjentatt straffeforfølgning etter Den europeiske menneskerettskonvensjons protokoll 7 artikkel 4: En oppdatering. *Lov og rett*, 50(4), 191-212.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

Dobbeltstraff er ikke enkelt*

Gjentatt straffeforfølgning etter Den europeiske menneskerettskonvensjons protokoll 7 artikkel 4
– en oppdatering¹

Av seniorrådgiver Morten Holmboe og lagdommer Hans-Petter Jahre

I protokoll 7 artikkel 4 til Den europeiske menneskerettskonvensjon er det fastsatt et forbud mot gjentatt straffeforfølgning – ofte kalt "dobbeltstraff". Siden årtusenskiftet har Høyesterett behandlet en rekke saker om dette temaet. Det er flere vilkår som må være oppfylt for at en sak skal avvises, og bestemmelsen reiser vanskelige spørsmål. Denne artikkelen gir en oversikt over regelen slik den er tolket i Menneskerettsdomstolens og Høyesteretts praksis, og gjennomgår tidligere høyesterettspraksis i lys av EMDs storkammerdom i Zolotukhin-saken.

Morten Holmboe er født 1963, cand.jur. 1989. Seniorrådgiver ved Politihøgskolen fra 2011. Tidligere har han bl.a. vært kontorsjef ved Politihøgskolen, førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet, kontorsjef hos Sivilombudsmannen og lovrådgiver i Justisdepartementet, Lovavdelingen.

Hans-Petter Jahre er født 1955, cand.jur. 1980. Kst lagdommer, siden lagdommer, siden 2009. Tidligere har han bl.a. arbeidet i Justisdepartementet, Lovavdelingen, vært advokat, førstestatsadvokat og nestleder ved Økokrim, samt ass. riksadvokat.

1. Innledning

Enhver sak må ha en ende, heter det gjerne.² Prinsippet om at en straffesak ikke kan tas opp igjen når den er endelig avgjort, har en side både til forutberegnelighet og rettssikkerhet.

Slike regler har vi både i nasjonal rett og i internasjonale konvensjoner.³ I de senere år er det særlig Den europeiske menneskerettskonvensjons syvende tilleggsprotokoll artikkel 4 (P7-4) som har vært påberopt for norske domstoler.⁴

I februar 2009 avsa Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) dom i saken Zolotukhin mot Russland. Domstolen var satt som storkammer, altså med 17 dommere.⁵ Dommen medfører at mye av

* Dette er, med enkelte rettinger, manuskriptet til en artikkel som er trykket i Lov og Rett 2011 hefte 4, s. 191-212. Enkelte endringer i manus ble gjort før trykking. Dersom man ønsker å vise til eller diskutere teksten, ber forfatterne om at det vises til artikkelen slik den er trykket i Lov og Rett.

¹ Artikkelen bygger på foredrag Holmboe har holdt bl.a. for Sivilombudsmannens ansatte, Justisdepartementets lovavdeling, Høyesteretts utredere og Borgarting lagmannsretts dommere. For ordens skyld nevner vi at en del av sakene som omtales her, har vært aktorert for Høyesterett av en av oss. Synspunktene står for vår egen regning.

² Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009 s. 450.

³ Jf. for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 7; statutter for Den internasjonale straffedomstol artikkel 20; EUs charter artikkel 50; CISA (konvensjonen for implementering av Schengen-avtalen) artikkel 54.

⁴ En sammenligning mellom P7-4 og CISA artikkel 54 gis av Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Oslo 2009 (Rui). For en sammenligning av de to reglene i et nordisk perspektiv, se Jon Petter Rui, *Ne bis in idem*, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2010 s. 497-507. Jf. også Petter Asp, *Ne bis in idem*, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2010 s. 508-520.

⁵ Dom 10. februar 2009, saksnr. 26428/03.

EMDs og Høyesteretts tidligere praksis må ses på med et kritisk blikk. Formålet med denne artikkelen er først og fremst å redegjøre generelt for hvordan tolkingen av P7-4 påvirkes av Zolotukhin-dommen.

Den syvende tilleggsprotokoll til EMK ble vedtatt 22. november 1984 og trådte i kraft for Norge fra 1. januar 1989. Protokollens sidestilte originalspråk er engelsk og fransk. Den engelske teksten til artikkel 4 nr. 1 lyder slik:

“1. 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.”

Da konvensjonen ble tiltrådt av Norge, ble den ikke ansett for å reise særskilte rettslige problemer. I stortingsproposisjonen heter det:⁶

”Et viktig siktemål under utarbeidelsen [av P 7] har vært å formulere rettighetene så presist som mulig og ta hensyn til særtrekkene ved det europeiske rettssystem.

...

Slik tilleggsprotokollen er formulert, oppstår det imidlertid ingen problemer i forhold til norsk rett.”

I det første tiåret etter ikrafttredelsen reiste ikke P7-4 særlige spørsmål i det norske rettslivet.⁷ Men fra ca 2000 blir bildet et annet. Dekkende for denne perioden er førstvoterendes innledende bemerkninger allerede i konkurskarantenesakene fra 2003:⁸

”Artikkel 4 nr. 1 i Protokoll nr. 7 til EMK har vært behandlet i en rekke saker i det norske rettssystem i de senere år. Et særkjenne ved sakene er at de har vært ansett som kompliserte og også tvilsomme. Dette viser seg ved at sakene til slutt er blitt avgjort av Høyesterett, en del av dem i plenum.”

Regelen i P7-4 har ført til en rekke avgjørelser av EMD og av Høyesterett, og har avfødt en rekke fagartikler og en doktoravhandling.⁹

Artikkel 4 er delt i tre: I nr. 1 behandles den egentlige rettskraftregelen. I nr. 2 gjøres det unntak for saker om gjenåpning, og i nr. 3 fastsettes det at artikkelen ikke kan fravikes med hjemmel i EMK artikkel 15.

⁶ St.prp. nr. 6 (1987-88) s. 2 annen spalte og s. 5 første spalte. – Sitatet på s. 5 handler riktig nok direkte om adgangen til gjenåpning, men det er tydelig at departementet ikke så for seg at tilleggsprotokollen skulle reise vanskelige rettsspørsmål.

⁷ Allerede i Rt. 1990 s. 380 U fikk vi riktig nok den første avgjørelsen der bestemmelsen ble påberopt. Den domfelte anførte at det var i strid med P7-4 å forlenge sikringstiden, men fikk ikke medhold. (Jf. også Rt. 2002 s. 1683 A og Rt. 2004 s. 306 A.)

⁸ Rt. 2003 s. 1221 A, avsnitt 13.

⁹ Jf. Rui, *op.cit.* Om bakgrunnen for regelen, se også Jens Edvin A. Skoghøy, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr 1 (“ne bis in idem”), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 s. 1-39 (Skoghøy, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003) og Asbjørn Strandbakken, Ne bis in idem, *Lov og Rett*, 2002 s. 355-391.

I denne artikkelen behandler vi først og fremst bestemmelsen i P7-4 nr. 1. Nr. 2 berøres kort ved behandlingen av Rt. 2006 s. 1563 A,¹⁰ men ellers ikke.

Bestemmelsen i nr. 3 om at P7-4 ikke kan bli fraveket etter EMK artikkel 15 er viktig å merke seg. Den sistnevnte bestemmelsen gir hjemmel for at en medlemsstat i visse nødstilfeller kan fravike de fleste av konvensjonens regler. Når det er fastsatt at P7-4 ikke kan fravikes selv i slike tilfeller, bekrefter dette at retten til ikke å bli straffeforfulgt to ganger for samme forhold anses som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti.¹¹

2. Tolkning av konvensjonen

Hvis det skulle være opp til hver enkelt medlemsstat å definere konvensjonens uttrykk, ville det være lite igjen av vernet. Det er derfor EMD som i siste hånd tolker konvensjonen.¹²

EMD har også anlagt en såkalt dynamisk tolkingsstil. Konvensjonen tolkes slik at formålet om økt rettssikkerhet kan oppfylles.

Den autonome tolking av konvensjonen kan imidlertid føre til ”store overraskelser på nasjonalt plan” når innarbeidede begreper får et annet innhold enn en nasjonal tolking ville ført til.¹³

Norske domstoler har dermed måttet ta stilling til hvordan de skal tolke konvensjonen der de norske rettskildene og konvensjonen fører til forskjellig resultat.

Tolkingen av konvensjonen har utviklet seg gradvis. I den såkalte Bølgepappkjennelsen la Høyesterett til grunn et ”klarhetsprinsipp”.¹⁴ I 1999 fremholdt et mindretall i Høyesterett derimot at klarhetsprinsippet måtte forlates.¹⁵ – I Bøhler-dommen fra 2000 la Høyesterett deretter til grunn at klarhetsprinsippet var forlatt, men at det først og fremst er EMD som skal utvikle konvensjonen.¹⁶ I Rt. 2005 s. 833 P avsnitt 45 uttaler førstvoterende om tolkingsprinsippene:

”[V]ed anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”

Denne tolkingsteorien er fortsatt den som anses som gjeldende. Men det kan diskuteres om norske domstoler virkelig har overlatt til EMD å bestemme utviklingen av konvensjonen. Det har vært

¹⁰ Jf. punkt 3 nedenfor.

¹¹ Jf. Zolotukhin-dommen avsnitt 78: ”a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence”. Jf. også EMDs dom av 20. juli 2004, Nikitin mot Russland, avsnitt 35 og Ru, *op. cit.* s. 17.

¹² Jf. Frode Elgesem, Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode, *Lov og Rett*, 2003 s. 203-230 (på s. 213 flg.).

¹³ Jf. Lars Oftedal Broch, Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol, *Lov og Rett*, 2005 s. 259-282 (på s. 261).

¹⁴ Rt. 1994 s. 610 A på s. 616-617.

¹⁵ Rt. 1999 s. 961 A (Rest-Jugoslavia-kjennelsen).

¹⁶ Rt. 2000 s. 996 P (på s. 1007-1008). – Om klarhetsprinsippet i svensk rett, se Asp, *op. cit.* s. 514-515.

hevdet i teorien at Høyesterett har konstatert brudd på konvensjonen ut fra jevnføringer fra avgjørelser fra EMD i helt andre sakstyper.¹⁷

3. Nærmere om vilkårene

Det er flere vilkår som alle må være oppfylt for at en sak skal avvises etter P7-4.

Den siktede må være den samme i begge saker. Det hjelper ikke borgeren om den ene saken gjelder ham personlig, mens den andre saken gjelder hans aksjeselskap.¹⁸

Borgeren skal være "acquitted or convicted" i den første saken. Det kreves altså at det er truffet en realitetsavgjørelse. Hvis sak 1 er avvist på grunn av at de formelle vilkår for å behandle den ikke er til stede, har borgeren ikke vært "acquitted or convicted". – I praksis har det vært noen tvil om påtalemyndighetens henleggelse kan ha sperrende virkning. I 2006 kom Høyesterett til at "de foreliggende rettskilder klart peker i retning av at en henleggelse ikke kan likestilles med en endelig frifinnende dom i forhold til 7. tilleggsprotokoll artikkel 4", men fant det ikke nødvendig å ta endelig stilling til spørsmålet. Det var uansett adgang til å gjenåpne saken etter P7-4 nr. 2.¹⁹

Regelen beskytter ikke bare mot en ny domfellelse, men mot en ny forfølgning. Det er altså ikke nok for staten å anføre at borgeren ble frifunnet i sak 2.²⁰ Skal staten kunne reparere skaden ved den gjentatte forfølgningen, må myndighetene i sak 2 erkjenne konvensjonsbruddet og gi en tilfredsstillende oppreisning. Dette kan gjøres ved å avvise sak 2 eller annullere forfølgningen.²¹

Det er lagt til grunn i EMDs praksis at det er et vilkår for konvensjonsbrudd at myndighetene er klar over at det foregår en dobbeltforfølgning. Er myndighetene ikke klar over dette i sak 2, foreligger ikke noe konvensjonsbrudd før de blir oppmerksom på det – i hvert fall ikke hvis borgeren ikke har lidd noen påviselig skade.²² I Zigarella-saken la EMD vekt på at nasjonale myndigheter hadde erkjent konvensjonsbruddet og avsluttet sak 2 da man ble klar over at det forelå to forfølgninger.²³

¹⁷ Jf. Inge Lorange Backer, Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon, *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005 s. 425-432 (på s. 429). Jf. også Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010 s. 34. – I samme retning Rui, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2010 på s.504: "Ut fra min kjennskap, fremstår norsk Høyesterett som svært konvensjonsvennlig. Nærmere bestemt skal det forholdsvis lite til for at norsk Høyesterett konstaterer motstrid mellom konvensjonen og norsk rett, slik at konvensjonen gis forrang."

¹⁸ Jf. EMDs avvisningsavgjørelse Isaksen mot Norge, 2. oktober 2003.

¹⁹ Rt. 2006 s. 1563 A.

²⁰ Zolotukhin-dommen, avsnitt 108.

²¹ Zolotukhin-dommen, avsnitt 115. – Om erstatning der forfølgningen innstilles på grunn av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, se Rt. 2004 s. 1868 A.

²² Jf. Rui, op.cit. s. 227 flg.

²³ Zigarella mot Italia, 3. oktober 2002. Jf. Zolotukhin-dommen avsnitt 113.

Bestemmelsen i P7-4 gjelder bare når to forfølgninger skjer i det samme lands rettssystem. Utvisning til et annet land på grunn av en straffbar handling rammes ikke selv om det andre landet må ventes å ville straffeforfølge borgeren for den samme handling.²⁴

Det har ikke betydning om straffesaken eller forvaltningsaken kommer først.²⁵ Denne tolkingen er nå ansett som uomstridt,²⁶ men har gitt P7-4 et svært vidt nedslagsfelt.²⁷

De vilkårene som har vært mest omprosedert i de senere år, er vilkårene om straff og samme forhold. Også prinsippet om parallellforfølgning har praktisk betydning, ikke minst når regelen ellers favner vidt i favør av borgeren.

3.1 Straffesak²⁸

3.1.1 Straffebegrepet i EMK artikkel 6 og artikkel 7

I EMK artikkel 6 om rettferdig rettergang (fair trial) gis det mer omfattende prosessuelle rettigheter til borgerne dersom saken dreier seg om en straffesiktelse (criminal charge).

I EMK artikkel 7 fastslås prinsippet om ingen straff uten lov.²⁹ I denne bestemmelsen brukes uttrykkene "criminal offence" og "penalty".

Den klassiske vurdering av straffebegrepet i EMK artikkel 6 tar utgangspunkt i dommen Engel m.fl. mot Nederland fra 1976.³⁰ Kriteriene kalles derfor gjerne Engel-kriteriene.

Hvis sanksjonen anses som straff etter nasjonal rett, anses den – som hovedregel³¹ – som straff også etter EMK.³² Men motsatt gjelder dette ikke: Selv om sanksjonen ikke anses som straff etter intern rett, kan den likevel være straff etter EMK artikkel 6.

Det neste kriteriet er lovbruddets karakter ("the nature of the offence").³³ Hvis lovbruddet har pønalt karakter, trekker det i retning av at sanksjonen er å anse som straff etter artikkel 6. Her vil det være viktig om de vernede interesser vanligvis anses som dekket av strafferettslige normer i europeisk rettskultur. Videre er det et sentralt moment om formålet med regelen er pønalt. I storkammerdommen i Zolotukhin-saken heter det om dette:³⁴

²⁴ Amrollahi mot Danmark, 28. juni 2001. – Det finnes riktig nok andre regler som begrenser statenes adgang til å forfølge handlinger som allerede er forfulgt i et annet land, for eksempel i Schengen-reglene (jf. ovenfor). Vi går ikke inn på dem her.

²⁵ Jf. Rt. 2002 s. 557 P.

²⁶ Göktaş mot Tyskland, 2. juli 2002, jf. Skoghøy, TfR, 2003 s. 13-14.

²⁷ Sml. mindretallet i Rt. 2006 s. 1409 P avsnitt 85.

²⁸ Jf. generelt Skoghøy, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003 s. 7 flg.; Jon Petter Rui Johansen, Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005 s. 294-369.

²⁹ Disse prinsippene følger internrettslig av Grunnloven §§ 96 og 97. – Jf. om EMK artikkel 7 for eksempel Rt. 2004 s. 357 A og Rt. 2005 s. 1401 A.

³⁰ Dom (plenum) 8. juni 1976.

³¹ Rui Johansen, *op. cit.* s. 318.

³² Slik Rui Johansen, *op. cit.* s. 318 og Elgesem, *op. cit.* s. 214.

³³ Uttrykket "the nature of the offence" har vært oversatt dels med "lovbruddets karakter" og dels med "normens karakter"/"bestemmelsens formål og karakter". Det første uttrykket har vært brukt for eksempel i Rt. 2003 s. 1827 A avsnitt 29, Rt. 2004 s. 1500 A avsnitt 38 og Rt. 2010 s. 1121 A avsnitt 32. Det siste uttrykket brukes for eksempel av Rui s. 156 og i Rt. 2003 s. 1100 A avsnitt 45.

³⁴ Zolotukhin-dommen, avsnitt 55.

”Finally, the Court considers that the primary aims in establishing the offence in question were punishment and deterrence, which are recognised as characteristic features of criminal penalties”.

Hvis regelen ikke gjelder alle borgere, men bare en begrenset gruppe (typisk militære eller fengselsinnsatte), trekker det i retning av at vilkåret om lovbruddets karakter ikke er oppfylt.

Rettighetstap etter straffeloven § 29 anses som straff etter norsk rett, men tap av rett til å drive bestemte typer næring m.v. etter en skikkethetsvurdering vil normalt ikke anses som straff etter artikkel 6.³⁵ Dersom lovbruddet ikke er et moment i en sammensatt vurdering, men fører direkte til rettighetstapet, trekker det derimot i retning av å betrakte sanksjonen som straff.³⁶

Det siste kriteriet er sanksjonens innhold og alvor. Det avgjørende er ikke hvilken sanksjon som er ilagt i den konkrete saken, men hvilken sanksjon som kunne vært ilagt. Dersom reaksjonen kan bli frihetsberøvelse, vil det være en presumpsjon for at sanksjonen anses som straff.³⁷

Selv om ingen av de tre vilkårene er oppfylt hver for seg, kan sanksjonen bli ansett som straff etter en samlet vurdering.³⁸

3.1.2 Straffebegrepet i norsk rettspraksis – kasuistikk

Høyesterett har behandlet en rekke saker der retten har måttet ta stilling til om det forelå ”straff” etter EMK, enten etter artikkel 6 eller etter P7-4.

Som straff anses ordinær og forhøyet tilleggsskatt etter ligningsloven,³⁹ inndragning av førerkort som følge av trafikklovbrudd,⁴⁰ utestengning fra rett til dagpenger etter folketrygdloven,⁴¹ tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven,⁴² tvangsplassering i barneverninstitusjon på grunn av atferdsproblemer som gir seg utslag i alvorlig eller gjentatt kriminalitet,⁴³ nektelse av prøveløslatelse på grunn av straffbart forhold⁴⁴ og nektelse av tillatelse til å kjøpe råfisk.⁴⁵

Derimot har Høyesterett funnet at gebyr for trikklesniking ikke anses som straff,⁴⁶ og ei heller disiplinærreaksjon i fengsel,⁴⁷ ileggelse av konkursskarantene,⁴⁸ suspensjon av legelicens⁴⁹ eller

³⁵ Rt. 2003 s. 1221 A, s. 1241 A og s. 1243 A (konkursskarantene); Rt. 2004 s. 1343 A (legelicens).

³⁶ Rt. 2004 s. 1500 A.

³⁷ Zolotukhin-dommen, avsnitt 56.

³⁸ Jf. for eksempel Zolotukhin-dommen, avsnitt 53.

³⁹ Rt. 2000 s. 996 P, Rt. 2002 s. 497 P; Rt. 2002 s. 509 P; Rt. 2002 s. 557 P; Rt. 2006 s. 1409 P.

⁴⁰ Rt. 2002 s. 1216 A; Rt. 2003 s. 20 U.

⁴¹ Rt. 2003 s. 264 A.

⁴² Rt. 2003 s. 1376 A.

⁴³ Rt. 2003 s. 1827 A.

⁴⁴ Rt. 2004 s. 927 A, Rt. 2004 s. 939 A; Rt. 2004 s. 943 A; Rt. 2004 s. 948 A. – Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, Prøveløslatelse og EMK, *Lov og Rett*, 2004 s. 321-322.

⁴⁵ Rt. 2004 s. 1500 A.

⁴⁶ Rt. 2002 s. 1007 A.

⁴⁷ Rt. 2003 s. 1100 A.

⁴⁸ Rt. 2003 s. 1221 A, Rt. 2004 s. 1241 A og Rt. 2004 s. 1243 A. I to av disse sakene kom EMD senere til at klagen fra domfelte var ”manifestly ill-founded” (Storbråten mot Norge og Mjelde mot Norge, begge av 1. februar 2007). Jf. nedenfor i punkt 3.2.

forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven.⁵⁰ – I 2006 fant Høyesterett at tilbaketrekning av tillatelse til å fiske i norsk økonomisk sone var straff selv om rederiet allerede hadde fisket opp kvoten sin. Derimot holdt retten det åpent om påtalemyndighetens forelegg på inndragning dels av vinning og dels av andel av fartøy, tilbehør og redskap, gjaldt straff etter EMK.⁵¹

3.2 Samme forhold

En rettskraftregel kan bare sperre for en ny sak om det samme forholdet.⁵²

Tradisjonelt har man tolket ”samme forhold” slik at det kunne reises ny sak om samme faktiske forhold (faktisk identitet) dersom sakene rettslig sett dreide seg om forskjellige rettslige forhold (rettslig identitet). Således har Høyesterett i flere avgjørelser godtatt at sak 2 kunne fremmes selv om de to sakene gjaldt samme faktiske handling, med den begrunnelse at det rettslig sett likevel dreide seg om forskjellige forhold.⁵³

Også EMD tolket rettskraftregelen i P7-4 slik at sperrevirkningen bare inntrådte der den nye forfølgningen gjaldt et forhold som både faktisk og rettslig var identisk med en tidligere forfølgning, jf pkt. 3.2 nedenfor. Dette ble dramatisk endret ved storkammerdommen i Zolotukhin-saken.

Tidligere EMD- og høyesterettspraksis må vike i den grad den ikke er i samsvar med EMDs uttalelser i Zolotukhin-saken.⁵⁴ Betydningen for tolkingen av tidligere norske høyesterettsavgjørelser kommer vi tilbake til nedenfor under punkt 4.

3.3 Endelig avgjort

Regelen i P7-4 skal beskytte mot gjentatt forfølgning når den første saken er ferdig. Det er derfor et vilkår for avvisning at den første saken er endelig avgjort (”finally acquitted or convicted”).

Hva som er ”endelig avgjort”, må i utgangspunktet avgjøres etter rettskraftreglene i det nasjonale rettssystemet.⁵⁵ Men det kan ikke være opp til nasjonale domstoler å avgjøre endelig om dette vilkåret er oppfylt – det ville gi de kontraherende statene for stor frihet til å definere grensene for konvensjonsvernet.⁵⁶

3.4 Parallellforfølgning

I noen tilfeller forfølges den samme handling i to spor, for eksempel ved tilleggsskatt og straff, eller tap av fiskerettigheter og straff. I uttrykket ”again” ligger at såkalt parallellforfølgning ikke rammes av regelen i P7-4. Det avgjørende er, etter EMDs praksis, om de to forfølgningene er

⁴⁹ Rt. 2004 s. 1343 A; klagen avvist av EMD som ”manifestly ill-founded”; Haarvig mot Norge 11. desember 2007. Jf. nedenfor i punkt 4.2.

⁵⁰ Rt. 2005 s. 1269 A.

⁵¹ Rt. 2006 s. 1498 A avsnittene 86-87.

⁵² Jf. Jostein Sæbø Fausa: Det straffbare forholds identitet. Omfanget av den negative rettskraftvirkning i Den europeiske menneskerettskonvensjons 7. tilleggsprotokoll artikkel 4. *Jussens Venner*, 2005 s. 41-70. Jf. også Thomas Frøberg, Identitetsspørsmål i strafferetten og straffeprosessen, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 466-506.

⁵³ Jf. for eksempel Rt. 2003 s. 394 A; Rt. 2003 s. 1100 A (obiter); Rt. 2004 s. 1368 A; Rt. 2006 s. 1409 P. – Jf. Morten Holmboe, Kommentar. Dobbelstraff og sperrevirkning, *Tidsskrift for Strafferett*, 2008 s. 236-238.

⁵⁴ Dette legger også Høyesterett til grunn i Rt. 2010 side 72 A avsnitt 13.

⁵⁵ Rt. 2010 s. 1121 A avsnitt 46.

⁵⁶ Jf. bl.a. Storbråten mot Norge, 1. februar 2007.

tilstrekkelig ”close in substance and in time”.⁵⁷ Dette kan skape avgrensingsproblemer, men ”det er nå en gang dette vilkåret EMD har oppstilt”, som Høyesterett har formulert det.⁵⁸

Dette kriteriet innebærer at to forvaltningsorganer kan forfølge samme handling i parallelle spor. Regelen er særlig praktisk der de to forvaltningsorganene skal håndheve regler som retter seg mot forskjellige sider av lovbruddet, men det ikke er naturlig med en samordning av forfølgningene. Kriteriet er ikke endret ved Zolotukhin-dommen. Vi nevner det likevel her fordi utvidelsen av borgernes vern etter de andre vilkårene kan gjøre at parallellforfølgning blir påberopt oftere enn før. (Da staten kunne påberope seg at to lovbestemmelser ikke rettslig sett dekket ”samme forhold”, var det ikke alltid naturlig å ta opp spørsmålet om parallellforfølgning i tillegg.)

3.5 Etterfølgende sanksjonering

Parallellforfølgning betyr at samme saksforhold prøves fullt ut i to parallelle spor, men vi har også tilfeller av såkalt etterfølgende sanksjonering. I disse tilfellene avgjøres det i sak 1 at borgeren er skyldig, mens det i sak 2 uprøvd bygges på det faktum man i sak 1 har funnet bevist. Avgjørelsen i sak 1 får altså positiv materiell rettskraft.

Et praktisk eksempel er at det i en straffesak avgjøres at den tiltalte er skyldig, og at det deretter reises ny sak om inndragning (jf. straffeprosessloven § 51 annet ledd). I mange tilfeller vil det være bedre å ta med inndragningskravet i den første saken, siden bevisførsel omkring tiltaltes økonomiske stilling også kan opplyse saken vedrørende skyld- eller straffespørsmålet. Men det kan også tenkes tilfeller der inndragningskravet er komplisert å iretteføre og kan forsinke selve straffesaken.⁵⁹

4. Zolotukhin-dommen

Som det fremgår, har Zolotukhin-dommen endret tolkingen av P7-4 på viktige punkter.

4.1 Sakens faktum

Klageren, Sergey Zolotukhin (forkortet Z), ble pågrepet for å ha tatt med sin venninne Ms. P inn på militært område. Han ble sammen med venninnen kjørt til en lokal politistasjon hvor han skjelte ut to av de ansatte, Ms Y og kaptein S (episode 1).

Tjenestemennene fant at han ved sin opptreden hadde gjort seg skyldig i en mindre ordensforstyrrelse, som etter russisk lov var definert som en administrativ forseelse. Z ble derfor fremstilt for major K, som skulle skrive rapport om ordensforstyrrelsen. På kontoret til major K fortsatte Z med sin utskjelling, og han truet også majoren med vold (episode 2).

Etter at rapporten var skrevet ferdig, ble Z plassert i en bil og transportert til en regional politistasjon. I bilen fortsatte Z å skjelle ut major K, og han truet med å drepe ham (episode 3).

⁵⁷ Nilsson mot Sverige, 13. desember 2005.

⁵⁸ Rt. 2006 s. 1498 A avsnitt 103.

⁵⁹ Skoghøy antar at retten i sak 2 ikke kan prøve skyldspørsmålet på nytt, se *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003 s. 31-

I den første saken ble Zolotukhin ilagt tre dagers arrest ("administrative detention"), mens strafferammen var femten dagers arrest. I den andre saken ble han dømt for andre forhold, men frifunnet for de forholdene han tidligere var blitt ilagt arrest for.

EMDs storkammer avsa dom 10. februar 2009, og konstaterte brudd på P7-4. EMD tok her et generaloppgjør med sin egen praksis om "samme forhold". Domstolen brukte også noe andre formuleringer knyttet til straffebegrepet enn det som har vært vanlig.

4.2 Straffebegrepet

Det fulgte lenge både av EMDs og Høyesteretts praksis at straffebegrepet i EMK artikkel 6 og i P7-4 var det samme. Praksis om artikkel 6 fikk dermed direkte betydning også ved tolkingen av P7-4.⁶⁰

I 2007 avgjorde EMDs første seksjon, som nevnt ovenfor, to klager mot Norge i de såkalte konkursskarantene-sakene.⁶¹ EMD avviste begge klagene som "manifestly ill-founded". Om konkursskarantene var å anse som straff, uttalte retten at begrepet "criminal" måtte ses "in the light of" prinsippene i uttrykkene "criminal charge" og "penalty" i EMKs artikler 6 og 7.⁶² Retten fremholdt også at spørsmålet om hva som var straff etter P7-4, måtte avgjøres etter "a wider range of criteria" enn etter artikkel 6.

Senere samme år, også det i en sak mot Norge, brukte retten tilsvarende formuleringer i en annen avvisningsavgjørelse.⁶³

I to saker mot Sverige fra 2008 og 2009 la EMDs tredje seksjon likevel til grunn at straffebegrepet var det samme etter P7-4 som etter EMKs artikler 6 og 7, uten å nevne avvisningsavgjørelsene fra 2007 med et ord.⁶⁴ Det svekker i og for seg vekten av de sistnevnte avgjørelsene, men kan også tyde på at "a wider range of criteria" ikke har slått så fast rot i EMDs kollektive bevissthet.⁶⁵

Allerede før storkammer-dommen i Zolotukhin-saken var det dermed uklart om det var etablert noe nytt straffebegrep.

I storkammerdommen i Zolotukhin-saken nevner ikke EMD noen utvidelse av kriteriene, men innleder drøftelsen av straffebegrepet med formuleringer vi kjenner igjen.⁶⁶

"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".

⁶⁰ Jf. for eksempel Rt. 2005 s. 1269 A.

⁶¹ Storbråten mot Norge og Mjelde mot Norge, begge 1. februar 2007. – Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Menneskerettsdomstolens straffebegrep*, *Lov og Rett*, 2007 s. 193-194.

⁶² Her fra Storbråten mot Norge. Tilsvarende formuleringer ble brukt i Mjelde-avgjørelsen.

⁶³ Avvisningsavgjørelse 11. desember 2007, Haarvig mot Norge.

⁶⁴ Edsbergs Taxi and Synnelius mot Sverige, 17. juni 2008 og Carlberg mot Sverige, 27 januar 2009.

⁶⁵ Jf. Morten Holmboe, Anmeldelse av Jon Petter Rui: Forbudet mot gjentatt straffefølgning, *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 419-420.

⁶⁶ Avsnitt 52, der det bl.a. vises til Haarvig-saken, men også til klassikere som Rosenquist og Gökta.

EMD tar utgangspunkt i at regler om ”minor disorderly acts” retter seg mot alle, og er en type regler som normalt anses som strafferettslige.⁶⁷

Mens det etter Engel-kriteriene ikke er avgjørende hvilken sanksjon som konkret er ilagt, men hvilken sanksjon som kan ilegges, kan det se ut som at EMD nå myker dette noe opp. Det heter i avsnitt 56 (uthevet her):

”As the Court has confirmed on many occasions, in a society subscribing to the rule of law, where the penalty liable to be and actually imposed on an applicant involves the loss of liberty, there is a presumption that the charges against the applicant are “criminal”.”

Det er uklart om Zolotukhin-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.⁶⁸

Etter Zolotukhin-dommen har EMD avsagt flere avgjørelser der retten bruker de samme formuleringene.⁶⁹

I Rt. 2010 s. 1121 A har Høyesterett lagt til grunn at ordinær tilleggsskatt fortsatt anses som straff både etter artikkel 6 og etter P7-4, og fremholdt:⁷⁰

”Etter mitt syn gir drøftelsen [i Zolotukhin-dommen, vår anm.] ikke tilstrekkelige holdepunkter for å løsrive straffebegrepet i P 7–4 fra EMK artikkel 6. Tvert om fremheves sammenhengen mellom begrepene i EMK artikkel 6 og 7 samt P 7–4. Vurderingen av om P 7–4 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».”

Høyesterett uttaler seg her om noe mer enn det som var nødvendig for resultatet. Det kan tenkes tilfeller der straffespørsmålet er mer tvilsomt enn det er ved tilleggsskatt. Uttalelsen må likevel medføre at norske domstoler fortsatt må bygge på at straffebegrepet etter artikkel 6 og P7-4 er det samme. Om EMD har sagt sitt siste ord i saken, er nok mer tvilsomt.

Zolotukhin-dommen bidrar likevel til en klargjøring: EMD legger i analysen av straffebegrepet vekt på formålet med normen.⁷¹ Det er vanskelig å si om et pønalt formål er et vilkår som alltid må være oppfylt, men mye taler for at det i hvert fall må være et viktig moment.

I hvert fall der en hjemmel for et tiltak fra forvaltningens side ikke har pønalt formål, og heller ikke normalt er det i Europarådets medlemsstater, bør det være grunnlag for å kunne bruke et slikt tiltak uten at P7-4 anses anvendelig.⁷²

⁶⁷ ”served to guarantee the protection of human dignity and public order, values and interests which normally fall within the sphere of protection of criminal law” (avsnitt 55).

⁶⁸ Jf. Rui, Nytt fra Menneskerettighetsdomstolen, *Tidsskrift for Strafferett*, 2009 s. 504-518 (på s. 516-517).

⁶⁹ Ruotsalainen mot Finland 16. juni 2009 (se avsnitt 42), Maresti mot Kroatia 25. juni 2009 (se avsnitt 56) og Tsonyo Tsonev mot Bulgaria 14. januar 2010 (se avsnittene 48 flg.). I den sistnevnte saken var det bare ilagt en bot, men EMD kom likevel til at forholdet var strafferettslig.

⁷⁰ Avsnitt 41.

⁷¹ ”Finally, the Court considers that the primary aims in establishing the offence in question were punishment and deterrence, which are recognised as characteristic features of criminal penalties” (avsnitt 55).

⁷² Slik også Strandbakken, *Ne bis in idem*, s. 389.

4.3 Nærmere om ”samme forhold” i Zolotukhin-dommen

I Zolotukhin-dommen foretar EMD i storkammer en grundig gjennomgang og vurdering både av prinsippet om *ne bis in idem* i andre konvensjoner og sin egen tidligere praksis om P7-4.⁷³

EMD konstaterer at den foreliggende praksis skaper en rettsuvisshet om ”samme forhold” som er uforenlig med den fundamentale rettighet P7-4 skal verne, nemlig at borgeren ikke skal risikere å bli straffeforfulgt flere ganger for samme forhold. Domstolen fremholder samtidig at den ikke skal fravike tidligere avgjørelser uten god grunn, men at det er domstolens oppgave å utvikle konvensjonen. I de følgende avsnitt foretas så en harmonisering som innebærer en nytolkning av identitetsbegrepet i P7-4 (avsnitt 78-84). I avsnitt 82 og 84 oppsummerer domstolen sitt syn slik:

82. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.

83....

84. The Court’s inquiry should therefore focus on those facts which constitute a set of concrete factual circumstances involving the same defendant and inextricably linked together in time and space, the existence of which must be demonstrated in order to secure a conviction or institute criminal proceedings.”

Kjernen i nytolkningen er at det dreier seg om samme forhold i P7-4s forstand såfremt de to forfølgninger springer ut av identiske fakta eller fakta som i hovedsak er de samme. Dersom det dreier seg om et hendelsesforløp, må de relevante faktiske omstendigheter være uløselig knyttet sammen i tid og rom.

Som nevnt foran i pkt. 2.2, var rettstilstanden før Zolotukhin-dommen både i norsk rett og i EMD-praksis at man sto overfor samme forhold bare der det både var faktisk og rettslig identitet. Dette ble dramatisk endret ved Zolotukhin-dommen. Etter denne er det kun spørsmål om faktisk identitet. Alle spissfindighetene om rettslig identitet er kastet på rettshistoriens skraphaug.

4.4 utfordringer etter Zolotukhin

Det første spørsmål som reiser seg, er hvilke tidligere høyesterettsavgjørelser som nå må revurderes, se punkt 5 nedenfor.

Dernest er det grunn til å forsøke å analysere nærmere det faktiske identitetsbegrepet til EMD. Dette kan særlig problematiseres i forhold til læren om fortsatt forbrytelse, jf. pkt. 6.2 nedenfor.

5. Norske avgjørelser i lys av Zolotukhin-dommen

Etter Zolotukhin-dommen er det altså på det rene at ikke alle tidligere avgjørelser av Høyesterett – eller EMD – fortsatt gir uttrykk for gjeldende rett. Vi konsentrerer oss her av plasshensyn om norske høyesterettsavgjørelser.

⁷³ Se avsnitt 71 flg. i dommen

5.1 Avgjørelser som ikke berøres av Zolotukhin-dommen

Det er en rekke avgjørelser som ikke berøres av dommen. Det gjelder i utgangspunktet alle de avgjørelsene hvor spørsmålet ikke har vært om det forelå "samme forhold" i rettslig forstand. For avgjørelsene om "samme forhold" kan man normalt regne med at avgjørelser der resultatet er at P7-4 sperrer, vil bli opprettholdt, mens avgjørelsene som konkluderer med at de to forfølgningene gjelder forskjellige forhold, slik at P7-4 ikke sperrer, må gjennomgås på ny i lys av Zolotukhin-dommen.

5.2 Avgjørelser som ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett

Vurderingen av om man står overfor samme eller forskjellige forhold skal nå altså skje på grunnlag av handlingen alene (faktisk identitet, "same conduct"). Tidligere avgjørelser som bygget på ulik rettslig karakteristik (rettslig identitet, "same essential elements"), har altså mistet sin betydning for tolkingen av spørsmålet om identitet.

I *Rt. 2006 s. 1409 P* la Høyesterett avgjørende vekt på at bestemmelsene om ordinær tilleggsskatt og straff hadde forskjellig skyldkrav og forskjellig formål. Det synes etter Zolotukhin-avgjørelsen klart at denne begrunnelsen ikke kan opprettholdes. Tilleggsskatt sperrer for etterfølgende straffesak (og omvendt) så lenge begge forfølgningene bygger på samme opplysningssvikt.⁷⁴

Dersom det ved samme ligning er gitt flere uriktige opplysninger, kan dette etter omstendighetene bli bedømt som ulike fakta, slik at ilagt tilleggsskatt på grunnlag av én opplysningssvikt ikke nødvendigvis sperrer for senere straffesak dersom et etterfølgende bokettersyn viser at også andre opplysninger var uriktige eller ufullstendige. I hvert fall vil man regne hvert inntektsår for seg, slik at ilagt tilleggsskatt for inntektsåret 2008 ikke sperrer for straffesak for inntektsåret 2009. Dette gjelder også der det er samme opplysningssvikt som gjentas.

I *Rt. 2006 s. 862 A* hadde tiltalte borttatt gjenstander fra en leilighet. Han ble først tiltalt for grovt tyveri, subsidiært heleri. Han ble frifunnet fordi retten fant at han i stedet var skyldig i medvirkning til forsikringsbedrageri. (Forsikringsbedrageri er et annet forhold enn tyveri/heleri, og retten kunne derfor ikke dømme ham for dette.)⁷⁵

Han ble deretter tiltalt for forsikringsbedrageri. Høyesteretts flertall fant at tiltalen i sak 2 bygget på det samme faktum, men at straffebudet mot forsikringsbedrageri beskytter andre interesser enn straffebudene mot tyveri og heleri. Straffesaken kunne derfor fremmes uavhengig av rettskraftreglene. Mindretallet var enig i resultatet, men mente at tiltalen for forsikringsbedrageri dekket et annet faktisk forhold enn tiltalen for tyveri og heleri.

Den tiltaltes faktiske handlinger var de samme i de to sakene, selv om hans subjektive motivasjon og kunnskap var annerledes. Slik vi ser det, kan flertallets begrunnelse for å fremme straffesak 2 vanskelig opprettholdes i lys av Zolotukhin-dommen. – Saken illustrerer at det kan ha uheldige sider at rettskraftregelen i straffeprosessloven § 51 og regelen om rettens kompetanse i § 38 ikke lenger er den samme, se nedenfor under punkt 6.

⁷⁴ Slik også riksadvokatens rundskriv av 3. april 2009 (RA-2009-187m). – I noen saker kan sak 2 riktig nok ses på som en tillatt parallellforfølgning, se *Rt. 2010 s. 1121 A*, gjengitt ovenfor.

⁷⁵ Jf. straffeprosessloven § 38.

I *Rt. 2005 s. 1430 U* kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at en dom for overtredelse av vegtrafikkloven § 3 (uaktsom kjøring) ikke sperret for ny sak om kjøring i påvirket tilstand ved samme anledning, jf. vegtrafikkloven § 22. Avgjørelsen bygger på at handlingsnormene i de to bestemmelsene ikke inneholder de samme hovedelementer. Den gir ikke lenger uttrykk for gjeldende rett etter Zolotukhin-dommen.

I *Rt. 2004 s. 1368 A* la Høyesterett til grunn at tvangsplassering i barnevernsinstitusjon etter barnevernloven § 4-24 på grunn av alvorlig eller gjentatt kriminalitet ikke sperret for straffesak om de samme handlinger. Høyesterett hadde tidligere (i samme saksforhold) kommet til at slik plassering var straffeforfølgning i EMKs forstand.⁷⁶ Ved en sammenlikning av bestemmelsene fant imidlertid Høyesterett at disse var så forskjellige at det ikke forelå rettslig identitet, og P7-4 sperret derfor ikke.⁷⁷

Etter Zolotukhin-dommen synes det klart at denne begrunnelsen ikke lenger holder. Hvis resultatet skal opprettholdes, noe gode grunner taler for, må dette derfor skje ved at tolkingen av straffebegrepet i *Rt. 2003 s. 1827* fravikes, jf. nærmere nedenfor i pkt. 5.3.

Rt. 2003 s. 1100 A gjaldt spørsmålet om straffesak for befatning med narkotika i fengsel skulle avvises fordi siktede var ilagt disiplinærreaksjon etter straffegjennomføringsloven § 40 for de samme handlingene. Høyesterett kom til at straffesaken kunne fremmes og begrunnet dette med at disiplinærreaksjonen ikke var straff i EMKs forstand. Førstvoterende uttalte deretter (i avsnitt 57) at det etter hans syn var klart at disiplinærreaksjonen og straffeforfølgningen ikke gjaldt samme forhold. De to forfølgningene dreide seg om samme faktiske handling, men vilkårene for å ilegge disiplinærreaksjon etter straffegjennomføringsloven § 40 skilte seg på vesentlige punkter fra gjerningsbeskrivelsene i de straffebestemmelser som var omfattet av tiltalen. Denne vurderingen av rettslig identitet var imidlertid et obiter dictum, slik at *resultatet* i avgjørelsen kan opprettholdes – basert på tolkingen av straffebegrepet. I *Rt. 2003 s. 394 A* hadde en mann slått en annen mann i ansiktet i alkoholrus. For dette hadde han vedtatt et forelegg for overtredelse av løsgjengerloven § 17. (Løsgjengerloven § 17 er senere opphevet, slik at subsumsjonen nå ville være straffeloven § 350 annet ledd.)

Høyesterett fant at det vedtatte forelegget ikke sperret for etterfølgende straffesak for overtredelse av straffeloven § 229 (legemsbeskadigelse), selv om tiltalen gjaldt samme handling som forelegget. Høyesterett så det slik at det ikke var rettslig identitet mellom de aktuelle bestemmelsene. Etter Zolotukhin-dommen er dette ikke lenger holdbart. Den faktiske handling er den samme i begge forfølgninger, og det er nå det avgjørende.

5.3 En avgjørelse som kan by på tvil

Når gjerningsmannen har vært vurdert for tvangsplassering etter barnevernloven på grunn av alvorlig eller gjentatt kriminalitet,⁷⁸ oppstår spørsmålet om P7-4 hindrer at de samme straffbare handlinger danner grunnlaget for ordinær straffeforfølgning. (Spørsmålet kan også oppstå motsatt vei, hvis straffesaken blir avgjort først.)

⁷⁶ *Rt. 2003 s. 1827 A.*

⁷⁷ Jf. Morten Holmboe, Ungdom, ran og dobbeltstraff, *Tidsskrift for Strafferett*, 2006 s. 39-50.

⁷⁸ Barnevernloven av 17. juli 1992 nr. 100 § 4-24.

I 2003 fant Høyesterett at slik tvangsplassering var straff etter EMK artikkel 6 og dermed etter P7-4.⁷⁹ Deretter kom Høyesterett, som nevnt ovenfor under punkt 4.2, i 2004 til at det ikke forelå rettslig identitet mellom bestemmelsene, slik at straffesaken kunne fremmes selv om den siktede tidligere var underlagt tvangsplassering på grunn av de samme straffbare handlingene.⁸⁰ Som det fremgår ovenfor, kan avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1368 dermed ikke opprettholdes etter Zolotukhin-dommen.

I 2003-avgjørelsen kom Høyesteretts flertall til at tvangsplasseringen – vurdert etter Engel-kriteriene – måtte anses som straff dels på grunn av forholdets karakter og dels på grunn av sanksjonens innhold og alvor.

Spørsmålet er om det er grunn til å revurdere det standpunktet flertallet kom til i 2003.

Det er på det rene at det første Engel-kriteriet, nasjonal klassifikasjon, ikke er oppfylt. Spørsmålet er derfor om ett eller begge av de to andre kriteriene er til stede.

Barnevernloven § 4-24 gir hjemmel for tvangsplassering overfor et barn som viser alvorlige atferdsproblemer enten ”ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet, ved vedvarende misbruk av rusmidler eller på annen måte”. Formålet er ikke pønalt. Selv når atferden går ut over andre unge, er det bare hensynet til barnet som har vist atferdsproblemer som kan begrunne tvangstiltak. Det kan i så måte være tilfeldig om atferdsproblemene i den enkelte sak har vist seg ved straffbar eller straffri atferd. Forskjellen fra strafferetten er både prinsipiell og praktisk: I en straffesak skal man riktig nok også ta hensyn til barnets beste, jf. Barnekonvensjonen artikkel 3, men dette hensynet er ikke det eneste.⁸¹

Det kan anføres at det av hensyn til barnet er viktig å tolke artikkel 6 slik at barnet får nødvendig vern. Men kanskje er det vel så nærliggende å anvende EMK artikkel 5 om frihetsberøvelse.⁸² Avgjørende for barnet er nok mer at det kan tvangsplasseres enn om vedtaket forutsetter kriminalitet.

Slik vi ser det, er det viktigste argumentet mot avgjørelsen at EMD og Høyesterett ellers har lagt vekt på *formålet* når det skal avgjøres om en sak gjelder straff.

I Rt. 2004 s. 1343 A kom Høyesterett til at tap av rett til å praktisere som lege ikke kunne anses som straff selv om grunnlaget for vedtaket var et straffbart forhold. I Rt. 2004 s. 1500 A la Høyesterett til grunn at et rettighetstap som følge av en skikkethetsvurdering i utgangspunktet ikke var å anse som straff. (I den siste saken kom Høyesterett derimot til at det forelå straff fordi sanksjonen var en direkte slutning av konstateringen av lovbruddet, se avsnitt 47.)

Disse avgjørelsene taler for at selv om en straffbar handling gir grunnlag for at forvaltningen fratrukker noen en rettighet eller pålegger dem en byrde, vil ikke forvaltningsvedtaket av den grunn gjelde ”straff” – i hvert fall ikke når lovbruddet gir grunnlag for en nærmere vurdering.

Som nevnt ovenfor, la EMD i Zolotukhin-dommen bl.a. vekt på formålet med sanksjonen. Slik vi ser det, er det gode grunner til å tolke EMK artikkel 6 slik at ”lovbruddets karakter” ikke gjør tvangsplassering til ”straff” etter bestemmelsen.

⁷⁹ Rt. 2003 s. 1827 A.

⁸⁰ Rt. 2004 s. 1368 A. – De to høyesterettsavgjørelsene gjaldt samme sak. Se nærmere Morten Holmboe, Ungdom, ran og dobbeltstraff, *Tidsskrift for Strafferett*, 2006 s. 39-50.

⁸¹ Rt. 2010 s. 1317 A (avsnittene 32 og 33).

⁸² Jf. Asbjørn Strandbakken, Grunnloven § 96, *Jussens Venner*, 2004 s. 166-215 (på s. 171-172).

Riktig nok har EMD også før barnevernsaken i 2003 lagt vekt på formålet med tiltaket.⁸³ Men storkammerdommen befester og tydeliggjør den tidligere praksis på en måte som gjør det berettiget å se med friske øyne på avgjørelsen fra 2003.

I 2003-avgjørelsen la Høyesteretts flertall også vekt på at institusjonsoppholdet er såpass langvarig at også vilkåret om ”the severity of the sanction” var oppfylt. Men arten av institusjonsoppholdet blir ikke i seg selv annerledes om atferdsproblemene har manifestert seg i straffbar eller straffri atferd. Dessuten behøver tiltaket ikke en gang settes i verk, og det skal avsluttes når barnets beste tilsier det.

Det kan være vanskelig for barnevernet å samarbeide med strafferettsapparatet når to myndigheter skal forfølge så forskjellige formål. I praksis kan vi lett få en situasjon der enten en ungdom som har begått en alvorlig straffbar handling går fri fordi fylkesnemnda har besluttet – eller bare vurdert – tvangsplassering,⁸⁴ eller at en ungdom ilegges en strafferettslig reaksjon og barnevernet dermed blir avskåret fra å treffe et nødvendig hjelpetiltak.⁸⁵

Slik vi ser det, er det – særlig i lys av senere praksis – grunn til å revurdere den tolkingen av straffebegrepet i EMK artikkel 6 som Høyesteretts flertall valgte i 2003.

6. Noen prosessuelle spørsmål

6.1 ”Samme forhold” i norsk intern rett

6.1.1 Straffeprosessloven § 51

Rettskraftregelen i straffeprosessloven § 51 har tradisjonelt vært tolket på samme måte som § 38.

Etter Zolotukhin-dommen er det på det rene at det avgjørende for rettskraftsspørsmålet er om det er den samme faktiske handling som ligger til grunn for den første avgjørelsen. Det vil si at § 51 – i lys av P7-4 – får et videre nedslagsfelt enn før.⁸⁶

6.1.2 Straffeprosessloven § 38

Det følger av straffeprosessloven § 38 at retten ikke kan dømme for et annet forhold, rettslig sett, enn det påtalemyndigheten har tatt ut tiltale for. Det klassiske eksempelet er fra veitrafikkretten: Hvis påtalemyndigheten har tatt ut tiltale for overtredelse av den alminnelige aktsomhetsbestemmelsen i vegtrafikkloven § 3, kan ikke retten dømme for uaktsom forvoldelse av en annens død etter straffeloven § 239.⁸⁷

⁸³ Jf. for eksempel Manasson mot Sverige, 8. april 2003.

⁸⁴ Jf. Knut Lindboe, Barnevern og strafferett. Høyesterett og EMK, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004 s. 72-76.

⁸⁵ Problemstillingen oppstod i fylkesnemnda i Sogn og Fjordane i saken som førte til vedtak av 26. mai 2004 (FNV-2004-86-HSF), men nemnda tolket straffedommen slik at det var en forutsetning for straffutmålingen at domfelte skulle være underlagt hjelpetiltak.

⁸⁶ Jf. Rt. 2010 s. 454 U.

⁸⁷ Rt. 1980 s. 360 A. Jf. også forutsetningen i Rt. 2006 s. 862 A (referert ovenfor under punkt 4.2).

Hvis påtalemyndigheten kunne tatt ut tiltale etter begge bestemmelser, men velger bare den ene, er dette uproblematisk. Det må forutsettes at påtalemyndigheten organiserer sin virksomhet slik at de relevante straffebestemmelsene tas med i samme sak. Men hvis saken endrer seg så meget under hovedforhandlingen at retten finner et annet straffbart forhold bevist enn det tiltalen gjelder, vil den frifinnende dom sperre for ny sak etter den riktige subsumsjonen.

Det er vanskelig ad tolkingsvei å la en videre tolking av § 51 få konsekvenser for tolkingen av § 38, som er begrunnet i anklageprinsippet.⁸⁸ Hvis bestemmelsen til skade for tiltalte skal utvide rettens kompetanse til å dømme for et annet straffbart forhold – rettslig sett – enn det tiltalen gjelder, bør det være en lovgiveroppgave.⁸⁹⁹⁰

6.1.3 Straffeprosessloven § 254

I teorien er det antatt at møtende aktor kan endre tiltalebeslutningen til et annet forhold selv om retten ikke uten denne endringen kunne dømme etter det nye straffebedet. Paragraf 254 behøver ikke tolkes i lys av anklageprinsippet, slik at aktors endringsadgang altså kan være videre enn rettens adgang til å endre subsumsjon. Et vilkår er imidlertid at aktor har påtalekompetanse etter det nye straffebedet.⁹¹

Etter Zolotukhin-dommen har Rui anført:⁹²

”Derimot bør avgrensingen av sakens identitet i § 51 og § 254 være enhetlig. Hvis påtalemyndighetens adgang til å endre tiltalen avgrensnes snevrere enn omfanget av den negative materielle rettskraft, vil det medføre at bestemmelser påtalemyndigheten ikke har hatt mulighet til å bringe inn i saken under hovedforhandlingen, omfattes av rettskraften.”

Hvis dette er ment som en vurdering av hvordan straffeprosessloven § 254 skal tolkes de lege lata, synes vi det er vanskelig å slutte oss til dette synspunktet. For det første kan påtalemyndigheten ved å ta ut subsidiær tiltale ofte dekke behovet for å sikre seg mot subsumsjonsendringer – selv om det kan tenkes unntak.⁹³ For det andre vil tiltaltes behov for vern mot utvidelse eller endring av tiltalen være det samme uavhengig av hvordan rettskraftreglene praktiseres.

Dersom tiltaltes vern mot endring av tiltalebeslutningen skal innsnevres, bør det skje ved lovendring.

6.2 Samme faktiske forhold

Som det går frem av pkt. 3.3 ovenfor, dreier det seg om samme forhold i P7-4s forstand såfremt den andre forfølgningen bygger på et faktum som er identisk med eller i hovedsak det samme som den første forfølgningen. Hvis det ikke dreier seg om en enkelthandling, men en handlingsrekke eller et

⁸⁸ Jf. straffeprosessloven § 63.

⁸⁹ Også Rui, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny, *Lov og Rett*, 2009 s. 283-298 (på s. 297) antar at det ikke lenger bør være parallellitet mellom § 38 og § 51.

⁹⁰ Etter at artikkelen var sendt redaksjonen i *Lov og Rett*, har Høyesterett i en dom 9. februar 2011 (HR-2011-296-A) lagt til grunn at § 38 skal tolkes som før, mao at ”samme forhold” krever at det både er faktisk og rettslig identitet.

⁹¹ Jf. Magnus Matningsdal, Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, *Jussens Venner*, 2002 s. 89-132 (på s. 100).

⁹² Rui, *Lov og Rett*, 2009 s. 297.

⁹³ Jf. punkt 4.2 ovenfor.

hendelsesforløp, må handlingene være uløselig knyttet sammen i tid og sted ("inextricably linked together in time and space"). Dette reiser særlig spørsmål i forhold til læren om fortsatt forbrytelse. I norsk rett – før Zolotukhin-avgjørelsen – er det lagt til grunn at det som strafferettslig regnes som én fortsatt forbrytelse, også prosessuelt er ett straffbart forhold. Faktum i Zolotukhin-avgjørelsen kan tyde på at EMDs faktiske identitetsbegrep her er snevrere.

Som det går frem av pkt. 3.1 ovenfor, delte EMD hendelsesforløpet inn i tre episoder. Domstolen fant at de tre episodene var tre ulike forhold. Selv om episode 2 og 3 gjaldt samme fornærmede og handlingene var likeartet som i episode 1, måtte de anses som andre forhold. EMD mente at det ikke var noen enhet i tid og sted mellom de tre episodene. Selv om det var tale om samme type adferd hele veien, var det ikke en sammenhengende overtredelse, men ulike manifestasjoner av samme adferd.⁹⁴

P7-4 var derfor krenket for episode 1 der det først var reist sak om forvaltningssanksjon og deretter straffesak. For episode 2 og 3 forelå det ingen krenkelse. Der var straffesaken den eneste forfølgning.

Etter vår oppfatning ville man i norsk rett mest sannsynlig ha sett det slik at i hvert fall episode 2 og 3, som gjaldt samme fornærmede, var ett sammenhengende forhold. Bedømt som ordensforstyrrelse, der det kommer mer i bakgrunnen hvilken tjenestemann som forulempes, ville man nok i norsk rett lett ha kommet til at alle de tre episodene strafferettslig og -prosessuelt var ett og samme forhold.⁹⁵

I de rene straffesaker vil dette sjelden komme på spissen. Hvis en handling eller en sammenhengende handlingsrekke innebærer at flere straffebud er overtrådt, vil politiet og påtalemyndigheten etterforske, påtaleavgjøre og irettføre disse under ett, slik at det bare blir én forfølgning. Men hvis denne ene forfølgning av det som internrettslig er ett forhold, omfatter flere forhold i EMKs forstand, og ett eller flere av disse har vært forfulgt tidligere, må dette avvises også i den norske saken.

Problemet kan først og fremst oppstå der det dels er tale om forvaltningssanksjon, dels om formell straffesak. Problemstillingen vil her både være om handlingsnormene vektlegger i hovedsak de samme fakta, og om det er tilstrekkelig nærhet i tid og sted mellom de ulike fakta. Dette kan vanskelig besvares uten en kasuistisk gjennomgang, noe plasshensyn ikke tillater.

Vi bemerker at etter vårt syn er det uansett ingen grunn til at et snevrere faktisk identitetsbegrep i EMK enn i norsk rett skal medføre en omlegging i norsk rett av hva som strafferettslig anses som et fortsatt forhold.⁹⁶ EMK og EMDs praksis tvinger ikke til dette, og en eventuell harmonisering mellom det prosessuelle og det materielle må være en lovgiveroppgave. Men straffeprosessuelt bør vi neppe tolke "samme forhold" videre enn det EMD gjør – i hvert fall ikke ved tolkingen av rettskraftregler. Når EMD-praksis tvinger oss til en tolking som ikke har noe feste i intern norsk rett, bør tolkingen ikke gå lengre enn det denne praksisen fra EMD tilsier.

⁹⁴ Dommens avsnitt 85-97, særlig avsnitt 92.

⁹⁵ Se Andenæs, *Alminnelig strafferett*, (5. utgave ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo 2004) s. 366-369 og Andenæs, *Norsk straffeprosess*. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, Oslo 2009 s. 377-378.

⁹⁶ Det er en viss uenighet i litteraturen om "samme faktiske handling" alltid skal bety det samme i strafferetten og i straffeprosessen (jf. Rui, *op. cit.* s. 417-418). Jf. også Frøberg, *op. cit.*

7. Avslutning

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.

At enhver sak må ha en ende, er et viktig rettsstatsprinsipp. Men en rettskraftregel bør først og fremst være forutsigbar. Det vil være en fordel både for borgerne og myndighetene. Slik vi ser det, er både EMDs og Høyesteretts praksis preget av at regelen har vært vanskelig å tolke. Dermed har det også vært vanskelig å forutsi utfallet av en prosess.

Vi har neppe sett den siste saken om fintolking av P7-4.