

Forbudet mot dobbel strafforfølging («ne bis in idem»)

Professor *Jon Petter Rui*, Norge



# Forbudet mot dobbel strafforfølging (*ne bis in idem*)

Professor Jon Petter Rui, Norge

*Hovedtemaet til diskusjon ved Det nordiske juristmøtet er hvilken betydning Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) 7. tilleggsprotokoll ( P7) art. 4, Schengenavtalen (CISA) artikkel 54, samt EUs Charter om grunnleggende rettigheter (EUCH) artikkel 50 har hatt og vil få for de nordiske land. Det bør også diskuteres om disse internasjonale instrumentene har hatt for stor betydning, eller eventuelt er gitt for lite oppmerksomhet. Temaet aktualiserer også forholdet mellom EMK-/EU-rett og nasjonal rett mer generelt. Referatet vil derfor i det følgende redegjøre for hovedinnholdet i tolkingen av artiklene, hvilken betydning de har hatt i de nordiske land, og det vil bli formulert noen spørsmål og teser, som kan danne grunnlag for diskusjon.*

## 1. Innledning

*Ne bis in idem* betyr «ikke to ganger for det samme», og er den latinske benevnelsen på forbudet mot gjentatt straffefølging.<sup>1</sup> Forbudet går ut på at den som har vært utsatt for en straffefølging som har endt med en endelig avgjørelse, ikke skal bli utsatt for en ny forfølging for samme forhold.

I nordisk sammenheng har prinsippet først og fremst gitt seg uttrykk i regler om straffedommers negative materielle rettskraft. Dansk rett har ingen uttrykkelig regel om straffedommers negative materielle rettskraft, men den er forutsatt i lovverket, og da først og fremst gjennom reglene om gjenåpning.<sup>2</sup> I Finland finnes *ne bis in idem*-regelen i rättergangsbalen 31:9, i Norge i straffeprosessloven § 51 og i Sverige i rättergangsbalen 30:9. Hos oss har således prinsippet tradisjonelt hatt en mer teknisk-prosessuell karakter, enn å være en grunnleggende menneskerettighet. Eksempelvis ble det uttalt i forarbeidene til den norske straffeprosessloven av 1981 at det egentlig ikke var nødvendig å gi noen lovbestemmelse som forbød gjentatt straffefølging, men at det likevel kunne gjøres fordi det fantes regler for dommers negative materielle rettskraftsvirkning i sivile saker.<sup>3</sup> Når man hever blikket ut over Norden, vil en derimot se at *ne bis in idem* lenge er blitt ansett som et grunnleggende rettsstatsprinsipp, og en menneskerettighet. I Europa finner man et forbud mot gjentatt straffefølging på konstitusjonelt nivå blant annet i Italia, Spania, Tyskland og Østerrike. Det samme er tilfellet i USA, hvor prinsippet går under benevnelsen double jeopardy.

Selv om den historiske utviklingen av *ne bis in idem*-prinsippet har vært forskjellig i England og på kontinentet, ser vi at begrunnelsen for prinsippet er det samme. Det skal sikre at individet ikke skal bli utsatt for den *belastning* det representerer å bli utsatt for straffefølging av staten mer enn en gang for det samme forhold. Nærmere bestemt er det ikke akseptabelt

1 *Ne bis in idem* er en forkortelse av den romerrettslige formuleringen «*bis de eadem re ne sit actio*».

2 Stephan Hturwitz: *Den danske strafferetspleje*, 3. forkortede og reviderede udgave, København 1959 s. 547 og Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, København 1996 s. 186–187.

3 Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker, 1969 s. 166. Se også Anne Robberstad: *Rettskraft*, Oslo 2006 s. 265.

at staten innretter sitt maktapparat på en måte som utsetter individet for den påkjenning det er å måtte gå gjennom flere prosesser for samme forhold. Når en prosess er avsluttet, skal vedkommende ha trygghet for at siste ord er sagt. Gjentatt strafforfølgning vil også kunne ha store negative økonomiske konsekvenser for den som blir utsatt for det.<sup>4</sup> I amerikansk konstitusjonell rett er forbudet mot gjentatt strafforfølgning også begrunnet i hensynet til materielt riktige avgjørelser og «fairness»: Hvis staten får mulighet til å gjennomføre flere ikke ufeilbarlige prosesser mot tiltalte, vil den statistiske muligheten for uriktig domfellelse øke. Dette forsterkes ved at flere prosesser mot samme person for samme forhold vil trette ut tiltaltes forsvarsevne, samt at myndighetene gjennom flere prosesser vil identifisere mulige svakheter i sin argumentasjon, samt avdekke tiltaltes taktikk for å oppnå frifinnelse.<sup>5</sup>

Den historiske forankringen av *ne bis in idem*-prinsippet samt dets begrunnelse forklarer at det er inntatt i sentrale menneskerettslige instrumenter. På globalt plan er det inntatt i FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 7. På europeisk nivå finner vi det i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4. Artikkelen forbyr gjentatt strafforfølgning av samme forhold innenfor samme stat. På EU-nivå er det flere artikler som knesetter *ne bis in idem*-prinsippet. Det kommer til uttrykk i EUs charter om grunnleggende rettigheter (EUCH) artikkel 50, Schengenavtalen (CISA) artikkel 54, det er anerkjent som et alminnelig prinsipp innen EUs konkurranserett, og *ne bis in idem* er en av flere obligatoriske avslagsgrunner i forskjellige utleveringskonvensjoner.

## 2. EMK P7 art. 4

### 2.1. Konvensjonstolkningen

EMK P7 art. 4 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.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.»

Tolkningen av *ne bis in idem*-regelen i nr. 1 reiser i hovedsak følgende spørsmål: 1) Hvilke avgjørelser skal tillegges sperrerevirkning? 2) Fra hvilket tidspunkt skal avgjørelsen tillegges sperrerevirkning? 3) Hvilke avgjørelser skal anses som en ny forfølgning? 4) Fra hvilket tidspunkt foreligger det ny forfølgning? 5) Hvordan skal grensen trekkes mellom ny forfølgning og parallell forfølgning? 6) Hva ligger i at forfølgningene må angå samme forhold («offence»)?

Spørsmål 2 er ukontroversielt: Som den store hovedregel er det nasjonale regler om når en avgjørelse oppnår formell rettskraft, som er bestemmende for fra hvilket tidspunkt en

---

<sup>4</sup> *Op.cit.* s. 121–123.

<sup>5</sup> *Op.cit.* s. 75–76.

avgjørelse skal tillegges sperrevirkning. En avgjørelse oppnår formell rettskraft når fristen for å anvende ordinære rettsmidler mot den er utløpt.<sup>6</sup> Svaret på spørsmål 4 er også klart: Enhver ny strafforfølgning er forbudt.<sup>7</sup> Artikkelen forbyr altså ikke bare dobbeltstraff, slik at det ikke er formelt korrekt å benevne regelen som et forbud mot dobbeltstraff. Dette følger for så vidt også av at den sperrende avgjørelsen ikke bare behøver å være en domfellelse; også en frifinnelse vil ha sperrevirkning. Når det gjelder spørsmål 5, er det slik at EMK P7 art. 4 i utgangspunktet er en regel om negativ materiell rettskraft, og ikke en litispensregel. Likevel følger det av praksis fra EMD at EMK P7 art. 4 i en viss utstrekning forbyr parallell forfølgning.<sup>8</sup>

Når det gjelder spørsmål 3, kan det ut fra ordlyden se ut som at den sperrende avgjørelsen må være truffet i samsvar med nasjonal straffeprosess, mens hva som anses som ny forfølgning avgjøres uten referanse til nasjonal rett. EMD slo imidlertid tidlig fast at det beror på en *autonom* tolking både hvilke avgjørelser som skal tillegges sperrevirkning, og hvilke saker som skal anses som en ny forfølgning. Samtidig gjorde EMD det klart at straffebegrepet i artikkelen er enhetlig.<sup>9</sup> Vi står så igjen med to sentrale spørsmål: For det første hvilke avgjørelser som skal tillegges sperrevirning etter EMK P7 art. 4 (*bis*), og for det annet hvordan avgjør vi om den sperrende avgjørelse og den nye forfølgning angår samme forhold (*idem*)?

**Ad. 1 (*bis*):** EMDs tolking av *bis* kan deles inn i tre stadier. *Stadium 1:* Allerede i konvensjonspraksis fra 1995 finnes det holdepunkter for at hva som anses som en straffesak etter artikkelen, var sammenfallende med vurderingen av hva som er straff etter EMK artikkel 6,<sup>10</sup> og dette ble siste gang klart uttrykt i avgjørelsen *Rosenquist mot Sverige* fra 2004.<sup>11</sup> Artikkel 6 gir anvisning på en autonom og relativt vid tolking av hvilke saker som skal anses som straffesaker. De såkalte Engelkriteriene er avgjørende, nærmere bestemt den nasjonale klassifikasjon, normens innhold og reaksjonens innhold og alvor.<sup>12</sup> Kriterium 2 og 3 tolkes autonomt, uten referanse til nasjonal rett. Kriteriene er alternative, slik at dersom ett av dem foreligger, er forholdet å anse som en straffesak i konvensjonens forstand. Også dersom ingen av kriteriene er oppfylt, kan et forhold bli ansett som straff etter en kumulativ helhetsvurdering av kriteriene.<sup>13</sup> Ut fra Engelkriteriene er det klart at et stort antall saker, som ikke er straffesaker (men forvaltningssaker) i nasjonal rett, vil bli ansett som en straffesak («criminal charge») etter EMK art. 6. Som eksempler fra EMDs praksis kan nevnes ileggelse av tilleggsavgift,<sup>14</sup> forvaltningsmessig sanksjon i form av prikkbelastning i førerkort (uten at prikkbelastningen fikk noen umiddelbar konsekvens)<sup>15</sup> og forvaltningsmessig ileggelse av bot på 60 tyske mark for uforsiktig kjøring.<sup>16</sup> I relasjon til EMK P7 art. 4 vil således disse sakstypene forhindre en straffesak om samme forhold.

*Stadium 2:* I 2007 avsa EMD to avgjørelser i saker mot Norge, nærmere bestemt *Mjelde* og *Storbråten*.<sup>17</sup> Forholdet i den ene saken var at Storbråten først ble ilagt konkursskatt, senere

6 *Zolotukhin mot Russland*, søkenummer 14939/03, storkammerdom av 10. februar 2009 avsnitt 108–109.

7 *Zolotukhin* avsnitt 83 og avsnitt 110–111.

8 Se nærmere *Jon Petter Rui 2009, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Tromsø 2009, s. 293–299.

9 *Jon Petter Rui 2009, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Tromsø 2009, s. 151–152.

10 *Gradinger mot Østerrike*, søkenummer 15963/90, dom av 23. oktober 1995.

11 Søkenummer 60619/00, avvisningsavgjørelse av 14. september 2004.

12 *Engel og andre mot Nederland*, søkenummer 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72, dom av 8. juni 1976.

13 *Rui 2009* s. 156.

14 *Janosevic mot Sverige*, søkenummer 34619/97, dom av 23. juli 2002.

15 *Malige mot Frankrike*, søkenummer 27812/95, dom av 23. september 1998.

16 *Öztürk mot Tyskland*, søkenummer 8544/79, dom av 21. februar 1984.

17 *Mjelde mot Norge*, søkenummer 11143/04, avvisningsavgjørelse av 1. februar 2007 og *Storbråten mot Norge*, søkenummer 12277/04, avvisningsavgjørelse av 1. februar 2007.

som er en forvaltningsmessig reaksjon. Etter at vedtaket var blitt endelig, ble han straffedømt for overtredelser av bestemmelser i straffeloven, regnskapsloven, merverdiavgiftsloven og ligningsloven. Det faktiske grunnlag for domfellelsen var det samme som grunnlaget for konkurskarantenen. Etter å ha utømt nasjonale rettsmidler brakte Storbråten saken inn for EMD, med påstand om at vedtaket om ileggelse av konkurskarantene sperret for ny strafforfølgning, jf. EMK P7 art. 4. Ved drøftelsen av om konkurskarantene hadde sperrevirkning brukte EMD ikke bare Engelkriteriene, men «a wider range of criteria».<sup>18</sup> Jeg har valgt å kalle disse kriteriene for Dobbeltfølgingskriteriene.<sup>19</sup> Til forskjell fra Engelkriteriene, som er alternative, ble det nå anlagt en helhetsvurdering. Konklusjonen ble at konkurskarantene ikke ble ansett som straffesak i relasjon til EMK P7 art. 4.

Dette nye vurderingstemaet er klart snevrere enn Engelkriteriene; hvis de var blitt lagt til grunn, ville EMD etter all sannsynlighet kommet til at konkurskarantene var å anse som en avgjørelse med sperrevirkning.<sup>20</sup> Den største forskjellen mellom Engelkriteriene og Dobbeltfølgingskriteriene er EMDs vurdering av formålet med reaksjonen. Etter Engelkriteriene gjør EMD en selvstendig og objektivisert prøving av hva som er formålet med en reaksjon.<sup>21</sup> Etter Dobbeltfølgingskriteriene aksepterer EMD derimot som hovedregel det staten har anført som formål med reaksjonen. Bare i de tilfeller staten har ansett formålet med reaksjonen ikke å være straff, men der dette er åpenbart urimelig, vil EMD «skjære gjennom» og anse det som strafferettslig, slik at det sperrer for ny forfølgning.<sup>22</sup> Denne tilnærmingen har klare likhetstrekk med hvordan forbudet mot gjentatt strafforfølgning er blitt tolket av den amerikanske forfatningsdomstolen (U.S. Supreme Court) i *Hudson v. United States*.<sup>23</sup> *Thomas III* uttaler om dommen at forfatningsdomstolen “adopted a legislative-prerogative presumption: the legislature’s preference for a civil or criminal ‘label’ for the sanction will control unless there is the ‘clearest proof’ that the sanction is punitive despite the legislative intent to the contrary. This legislative preference can be express or intent”.<sup>24</sup> Det er verdt å merke seg at denne dommen fravek tidligere praksis, og anla et klart snevrere straffebegrep, enn det som hadde vært brukt tidligere. I tidligere praksis var det blitt brukt et straffebegrep, som hadde klare likhetstrekk med Engelkriteriene.<sup>25</sup>

*Stadium 3*: I 2009 avsa EMD den første storkammerdommen hvor tolkingen av EMK P7 art. 4 var tema, *Zolotukhin mot Russland*.<sup>26</sup> Hva gjaldt *bis*, var spørsmålet om en dom hvor det ble ilagt en administrativ frihetsstraff på tre dagers arrest, hadde sperrevirkning. Ved drøftelsen uttalte EMD at formuleringen «penal procedure» i EMK P7-art. 4 måtte tolkes «... in light of the general principles concerning the corresponding words ‘criminal charge’ and ‘penalty’ in Article 6 and 7 of the Convention ». EMD benyttet deretter Engelkriteriene,

18 «The law», B. The Court’s assessment.

19 *Rui 2009* s. 164.

20 NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurs- og pantelovgivningen mv. s. 87 og Jens Edvin Skoghøy: «Forbudet mot gjentatt strafforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (‘ne bis in idem’)», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 1/2003 s. 1-39 på s. 18-19 og *Rui 2009* s. 165. I samme retning Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003 s. 333-336 og Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave Bergen 2007 s. 338.

21 *Rui 2009* s. 158 og Rt. 2012 s. 921 avsnitt 28.

22 Jon Petter Rui: «Forbudet mot gjentatt strafforfølgning (*ne bis in idem*) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny», *Lov og Rett* nr. 5/2009 s. 283-298 på s. 285.

23 511 U.S. 767, 114 S.Ct. 1937, 128 L.Ed.2d 767 (1994).

24 George C. Thomas III: *Double Jeopardy, The History, The Law*, New York 1998 s. 127.

25 *Rui 2009* s. 77-79.

26 Søkenummer 14939/03, storkammerdom av 10. februar 2009

ikke Dobbeltforfølgningskriteriene, ved vurderingen av om illeggelsen av den administrative straffen var til hinder for ny straffeforfølgning. Etter en relativt kort vurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor kom domstolen til at avgjørelsen måtte tillegges sperrervirkning. I etterfølgende avgjørelser har EMD fulgt opp linjen fra *Zolotukhin*, og brukt Engeltkriteriene ved drøftelse av om en avgjørelse skal tillegges sperrervirkning.<sup>27</sup>

**Ad. 2 (*idem*):** Også ved tolkingen av hva som anses som samme forhold («*offence*») har EMD vinglet. I tidlig konvensjonspraksis ble det lagt til grunn at det avgjørende for om den sperrende avgjørelsen og den nye forfølgningen angikk samme forhold, var om de rettet seg mot samme faktiske handling.<sup>28</sup> I *Oliveira mot Sveits*<sup>29</sup> endret EMD rettsoppfatning. Forholdet her var at Oliveira ved kjøring på vinterføre hadde mistet kontroll over bilen og kommet over i motsatt kjørefelt. Her hadde hun truffet to motgående biler, hvorav sjåføren i den ene var blitt alvorlig skadet. Oliveira ble først ilagt en bot av politimesteren i Zürich i medhold av vegtrafikkloven seksjon 31 og 32. Det fremgikk her blant annet at sjåfører til enhver tid skal holde kontroll over kjøretøyet for å oppfylle sin plikt til å kjøre aktsomt, og at sjåfører må avpasse farten etter forholdene. Deretter ble hun ilagt en bot av statsadvokaten i medhold av straffeloven artikkel 125. Bestemmelsen satte straff for den som uaktsomt forårsaker skade på en annens legeme eller helse. EMD kom til at begge forfølgningene angikk samme faktiske handling (*idem factum*). Men siden bestemmelse som var brukt i de to forfølgningene hadde forskjellig rettslig karakteristikk (*idem crimen*), hadde det ikke skjedd en gjentatt forfølgning av samme forhold. EMD fulgte opp bruken av rettslig karakteristikk som avgrensingskriterium ut over 2000-tallet, men tolkingene var langt fra klare og konsistente.<sup>30</sup> I enkelte saker ble gjerningsinnholdet i bestemmelsene som var blitt brukt i forfølgningene det avgjørende. I andre saker ble det lagt vekt på marginale forskjeller mellom bestemmelsenes skyldkrav, og det ble fremhevet at bestemmelser som i det ytre var like, likevel hadde forskjellig karakteristikk, fordi de hadde forskjellig formål. Dette gav en svært snever, om ikke illusorisk, beskyttelse mot gjentatt strafforfølgning.<sup>31</sup> Det er vanskelig å se at belastningen med en ny forfølgning av samme faktiske handling med grunnlag i bestemmelser som er identiske blir mindre, fordi bestemmelsene som er brukt i forfølgningene har ulikt formål.

I storkammerdommen *Zolothukin* kom et nødvendig skifte. EMD fremholdt her:

«The Court ... notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention ... 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.»<sup>32</sup>

Men hva ligger nærmere i avgrensingskriteriet «samme faktiske handling»? For å klargjøre det må EMDs subsumsjon tas i nærmere øyesyn. Faktum i saken var at Zolotukhin

27 Bl.a. *Routsalainen mot Finland*, søkenummer 13079/03, dom av 16. juni 2009; *Tsonev mot Bulgaria*, søkenummer 2376/03, dom av 14. januar 2010; *S.C. IMH Sucenava S.R.L. mot Romania*, søkenummer 24935/04, dom av 29. oktober 2013 og *Khmel mot Russland*, søkenummer 20383/04, dom av 12. desember 2013.

28 *Gradinger mot Østerrike*, søkenummer 15963/90, dom av 23. oktober 1995. Se nærmere *Rui 2009* s. 373.

29 Søkenummer 25711/94, dom av 30. juli 1998.

30 Dette erkjennes og utdypes av EMD selv i *Zolothukin* avsnitt 70–77.

31 Nærmere *Rui 2009* s. 384–398.

32 Avsnitt 81–82.

og kjæresten hans ble påtruffet av militært politi på militært område. De ble innbrakt til en politistasjon for å få klarlagt hvordan han hadde fått uvedkommende inn på militært område. Da de var kommet inn på politistasjonen, begynte Zolotukhin å kjeft på tjenestemennene som hadde innbrakt ham, og gav seg ikke på tross av gjentatte anmodninger om å slutte. Han dyttet bort den ene tjenestemannen og forsøkte å stikke av, men ble stoppet og påsatt håndjern. Han ble så tatt inn på kontoret til stasjonssjefen, major K. Han skrev en rapport om Zolotukhins oppførsel og innstilte på at han skulle ilegges en administrativ sanksjon. Mens major K skrev rapporten, kjeftet Zolotukhin på ham og fremsatte trusler om vold. Han prøvde på nytt å rømme, men ble stoppet. Etter at rapporten var ferdigskrevet, ble Zolotukhin transportert til en annen politistasjon. På turen fortsatte han å kjeft på major K. Han fremsatte også drapstrusler mot majoren fordi han hadde igangsatt administrativ forfølgning. Zolotukhin ble samme dag dømt til tre dagers arrest for overtredelse av Code of Administrative Offences art. 158, som rammet «minor disorderly acts». Bestemmelsen rammet tre typer handlinger: «Utterance of obscenities in public», «offensive behaviour towards others» og «other acts that breach public order». Det faktiske grunnlaget for domfellelsen var munnbruk overfor polititjenestemennene og forstyrrelse av offentlig orden umiddelbart etter ankomsten til politistasjonen.

Etter at denne avgjørelsen var blitt endelig, ble det igangsatt straffefølgning, og Zolotukhin ble tiltalt for tre forhold. Det første tiltalepunktet gjaldt overtredelse av straffeloven art. 213, som rammet «disorderly acts». For at Zolotukhin skulle kunne bli dømt etter bestemmelsen, måtte påtalemyndigheten bevise at at han hadde «seriously breached public order or displayed a flagrant disrespect towards the community, used violence or threatened the use of violence» og «resisted a public official». Det faktiske grunnlaget for tiltalen var at Zolotukhin hadde brukt munn overfor polititjenestemennene som hadde innbrakt ham, og at han hadde dyttet den ene tjenestemannen og truet ham med voldsbruk. Det andre tiltalepunktet var overtredelse av straffeloven art. 319, som rammet fornærmelse av offentlig tjenestemann. Det faktiske grunnlaget var at Zolotukhin hadde kjeftet på major K mens han skrev rapporten. Det tredje tiltalepunktet gjaldt overtredelse av straffeloven art. 318. Bestemmelsen satte straff for blant annet å fremsette trusler overfor offentlig tjenestemann. Her var det faktiske grunnlaget at han hadde truet med å drepe majoren under bilturen.

Ved drøftelsen av om straffefølgningen sperret for den administrative forfølgningen, innledet EMD med å slå fast at:

«... there was no temporal and spatial unity between the three episodes. It follows that although in essence the applicants conduct was substantially similar during the entire day of 4 January 2002 – in that he continued being verbally abusive towards various officials – it was not a continuous act but rather different manifestations of the same conduct shown on a number of distinct occasions.»

Vi ser her at relevante momenter ved vurderingen av om to forfølgninger angår samme faktiske handling, er om det er tidsmessig eller stedsmessig sammenheng mellom handlingene. EMD anså det altså slik at Zolotukhins munnbruk mot polititjenestemennene, munnbruken mot major K mens han skrev rapporten, og truslene han fremsatte på bilturen mot major K, var tre ulike faktiske handlinger. At domstolen ser det slik at munnbruken inne på major Ks kontor og munnbruken under bilturen ikke er samme faktiske handling, tyder på at nokså små avvik med hensyn til tid og sted for forøvelsen av handlingene medfører at det er tale om ulike faktiske handlinger.

Spørsmålet var så om tiltalen for overtredelse av straffeloven art. 213 (fornærmelse av offentlig tjenestemann) gjaldt samme faktiske handling som den administrative forfølgningen.

EMD uttalte at siden forfølgningene lå innenfor samme tidsrom og var rettet mot den samme siktede, var det nødvendig å undersøke om de fakta som lå til grunn for domfellelsen og de fakta han ble tiltalt for, var de samme eller i det vesentlige de samme:

«The facts that gave rise to the administrative charge against the applicant related to a breach of public order in the form of swearing at the police officials Ms. Y. and Captain S. and pushing the latter away. The same facts formed the central element of the charge under Article 213 of the Criminal Code, according to which the applicant had breached public order by uttering obscenities, threatening Captain S. with violence and offering resistance to him. Thus, the facts in the two sets of proceedings differed in only one element, namely the threat of violence, which had not been mentioned in the first proceedings. Accordingly, the Court finds that the criminal charge under Article 213 § 2 (b) embraced the facts of the offence under Article 158 of the Code of Administrative Offences in their entirety and that, conversely, the offence of «minor disorderly acts» did not contain any elements not contained in the offence of «disorderly acts». The facts of the two proceedings must therefore be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. As the Court has emphasised above, the facts of the two offences serve as its sole point of comparison, and the Governments argument that they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry.»

Det Domstolen her gjør, er å foreta en sammenligning av de bevistema som ble prøvd i den første forfølgningen, og de bevistema som dannet grunnlag for den nye forfølgningen. Siden det bare var ett nytt bevistema i den nye forfølgningen, nemlig om Zolotukhin hadde truet med voldsbruk, angikk forfølgningene i det vesentlige samme faktum. På dette grunnlaget konkluderte EMD med at det hadde skjedd en krenkelse av EMK P7 art. 4.

## 2.2. Betydning for norsk rett

Norge er utvilsomt det nordiske land hvor EMKs *ne bis in idem*-regel har hatt størst innvirkning på nasjonal rett. Frem til dags dato Norges Høyesterett behandlet til sammen 58 saker hvor artikkelen i en eller annen form er blitt drøftet.<sup>33</sup> Grunnen er i hovedsak Høyesteretts tolking av *bis*, og utviklingen startet for alvor i 2002. I en avgjørelse avsagt av Høyesterett i plenum,<sup>34</sup> ble det lagt til grunn at et endelig vedtak truffet av skattemyndighetene om ileggelse av forhøyd tilleggsatt (60 %) var til hinder for at påtalemyndigheten startet straffeforfølgning for skattesvik. I Rt. 2003 s. 1100 slo Høyesterett for første gang fast at forvaltningssaker som anses som straffesaker etter straffebegrepet i EMK art. 6 («criminal charge»), skulle tillegges sperrevirkning etter EMK P7 art. 4, med andre ord at straffebegrepene i EMK art. 6 og EMK P7 art. 4 var sammenfallende. Slik jeg ser det, var dette en korrekt tolking av de avgjørelser som da forelå fra EMD.<sup>35</sup> I senere avgjørelser kom Høyesterett til at følgende forvaltningssanksjoner var straff etter det enhetlige straffebegrepet i EMK: ileggelse av tilleggsavgift på 50% etter merverdiavgiftsloven,<sup>36</sup> ileggelse av ordinær tilleggsatt ligningsloven,<sup>37</sup> vedtak om

33 Se *Rui 2009* s. 19 med videre henvisninger. Siden boken ble ugitt har følgende avgjørelser kommet til: Rt. 2010 s. 72; Rt. 2010 s. 1121; Rt. 2011 s. 172; Rt. 2011 s. 1509; Rt. 2011 s. 1690; Rt. 2012 s. 921 og Rt. 2012 s. 1051.

34 Rt. 2002 s. 557.

35 Jon Petter Rui: «Det materielle straffebegrep i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 3/2005 s. 294–369 på s. 302–303.

36 Rt. 2003 s. 1376.

37 Rt. 2004 s. 645.

tvangsplassering i barnevernstinstitusjon etter barnevernloven,<sup>38</sup> vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven,<sup>39</sup> vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk<sup>40</sup> og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.<sup>41</sup>

Høyesteretts tolking av straffebegrepet i EMK medførte også at lovgivningsarbeid ble igangsatt. I 2003 avga det såkalte Sanksjonsutvalget en utredning.<sup>42</sup> Mandatet hadde blant annet vært å avklare forholdet mellom nasjonal rett og EMK. Hva gjelder *ne bis in idem*, foreslo Sanksjonsutvalget å lovfeste et forbud mot gjentatt straffeforfølgning i den norske forvaltningsloven.<sup>43</sup>

Med dette som bakgrunn var det nok flere som ble overrasket da EMD i avgjørelsene *Mjelde og Storbråten* mot Norge i 2007 kom til at straffebegrepet i EMK P7 art. 4 ikke var sammenfallende med straffebegrepet i konvensjonens øvrige artikler, men klart snevrere, jf. Dobbelutfølgingskriteriene. Etter disse kriteriene ville ikke blant annet vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven klart ikke anses som en avgjørelse med sperrvirkning etter EMK P7 art. 4. Det samme gjelder vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.<sup>44</sup> Men, som kjent: I 2009 endret EMD i *Zolotukhin* igjen sin tolking av straffebegrepet i EMK P7 art. 4, ved å gå tilbake til at det var sammenfallende med straffebegrepet i EMK art. 6.

Tolkingen av *idem* har også medført en del «frem og tilbake» i Norge. I Rt. 2004 s. 645 la Høyesterett til grunn at ileggelse av ordinær tilleggsatt ville sperre for en straffeforfølgning for overtredelse av ligningslovens straffebestemmelser. Det samme hadde da siden 2002 vært praksis i norsk ligningsforvaltning. I Rt. 2006 s. 1409 kom derimot Høyesterett til at et forvaltningsvedtak om ileggelse av tilleggsatt ikke var samme forhold som en straffesak. Sentralt i resonnetet stod *Rosenquist*. Med grunnlag i Rt. 2010 s. 72 er rettsstillingen imidlertid blitt endret en tredje gang. På bakgrunn av at EMD i *Zolotukhin* hadde fraveket *Rosenquist*, konkluderte Høyesterett med at ileggelse av forhøyd tilleggsatt sperret for ny forfølgning for overtredelse av ligningslovens straffebestemmelser. Det samme vil gjelde for ordinær tilleggsatt.

Det skal forholdsvis lite til for at norsk Høyesterett konstaterer motstrid mellom EMK og nasjonal rett, slik at konvensjonen gis forrang. I en plenumsdom fra 2000 gjennomførte norsk Høyesterett en lengre teoretisk drøftelse (vel tre sider) av hvordan Høyesterett og andre rettsanvendere skulle tolke konvensjonen.<sup>45</sup> Drøftelsen kan i korthet oppsummeres slik: Norske domstoler skal tolke konvensjonen slik EMD selv tolker konvensjonen. Det skal imidlertid ikke bygges inn noen sikkerhetsmargin mot at Norge kan bli dømt av EMD. Det er EMD som har hovedansvaret for å utvikle konvensjonen, og norske domstoler skal ikke tolke konvensjonen for dynamisk. Dette er blitt benevnt som prinsippet om selvstendig tolking.<sup>46</sup>

---

38 Rt. 2003 s. 1827.

39 Rt. 2004 s. 927; Rt. 2004 s. 943 og Rt. 2004 s.

40 Rt. 2004 s. 1500.

41 Rt. 2006 s. 1498.

42 NOU 2003:15 Fra bot til bedring.

43 NOU 2003:15 s. 352-353.

44 Rui 2009 s. 192-193.

45 Rt. 2000 s. 996. Prinsippene er gjentatt i Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2005 s. 833.

46 Jens Edvin Skoghøy: «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner», *Lov og Rett* nr. 6/2002 s. 337-354 på s. 342.

### 2.3. Betydning for svensk rett

I svensk rett har man en noe annen tilnærming til EMK-retten enn i Norge. Spørsmålet om hvilken betydning EMK P7 art. 4 har for svensk rett kom første gang opp for Högsta Domstolen i NJA 2000 s. 622. Spørsmålet var om illeggelse av tilleggs�skatt var til hinder for senere strafforfølging, jf. EMK P7 art. 4, noe domstolen besvarte benektende. Högsta Domstolen uttalte her for første gang det som er blitt kalt «klart stöd-doktrinen»; når konvensjonens ordlyd ikke gir noen holdepunkter, kreves det klar støtte i EMDs praksis for å «underkänna den ordning som gäller enligt svensk reglering».47 Klart stöd-doktrinen er visstnok i det vesentlige grunnet på at det i forarbeidene til inkorporeringsloven ble uttalt at det «i första hand ankommer på lagstiftaren att se till att den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser».48 I NJA 2004 s. 840 kom spørsmålet om gjentatt strafforfølging opp på ny, da i relasjon til miljøsanksjonsavgifter og straffeforfølging. Högsta Domstolen kom heller ikke her til at gjentatt forfølging var problematisk, og gjentok klart stöd-doktrinen.

Etter at EMD hadde avsagt *Zolothukin* i 2009, kom Högsta Domstolen i NJA 2010 s. 168 til at EMK P7 art. 4 var til hinder for strafforfølging av det samme forhold som tidligere hadde dannet grunnlag for tilleggs�skatt. Det ble presisert at artikkelen ikke var til hinder for parallell forfølging, hvis det var en tilstrekkelig saklig og tidsmessig nærhet mellom forfølgingene. Når det gjaldt klart stöd-doktrinen, ble den opprettholdt når det gjelder spørsmålet om lovgivning er i strid med EMK-retten (normpröningsperspektivet). Når det derimot gjaldt spørsmålet om konvensjonsmessighet i tilfeller det ikke var tale om å sette til side nasjonal lovgivning (rättsstillämpningsperspektivet), anla domstolen en annen linje, som av *Asp*, som er opphavsmann til begrepene i parentes, forklarer rättsillämpningsperspektivet slik: «Konventionen kan i dessa fall ... användas på ett betydligt friare sätt – som tolkningsunderlag, som grund för utfyllnad osv. – och det sentrala blir att det inte blir avgörande att finna tydligt stöd i Europadomstolens praxis för et visst synsätt, även om Europadomstolens praxis naturligtvis sätter upp gränser för vad som kan göras på nationell nivå...»49

I NJA 2013 s. 48 kom Högsta Domstolen til at ordningen med forvaltningmessig forfølging og senere straffeforfølging av samme forhold *som sådan* var i strid med EMK P7 art. 4: «Att i rättspraxis upprätthålla bara vissa delar av ett system som är tenkt att vara sammanhängande skulle vidare leda till en svårförklarlig ordning och en i vissa fall svårtillämpad skillnad i reaktion på likartade regelöverträdelser. Det måste då också vägas in att rettsvecklingen i Europadomstolen sedan år 2009 inte har föranlett de lagstiftningsåtgärder som hade kunnat förväntas». En slik tilsidesettelse av lovgivning *in abstracto* er ukjent i norsk rett. Som nevnt ovenfor tillater EMK P7 art. 4 til en viss grad parallell forfølging. Helt å sette til side et tosporet sanksjonssystem kan ikke hjemles i EMK-retten. For övrig relativiserte Högsta Domstolen klart stöd-doktrinen noe i NJA 2013 s. 48.50

47 Dag Victor: «Svenska domstolars hantering av Europakonventionen», *Svensk Juristtidning*, 2013 s. 343-396 på s. 358.

48 *Op.cit.* s. 361.

49 Petter Asp: «Vid vägs ende – vad säger Högsta domstolen om dubbelbestrafningen?», artikkel på *Infotorg Juridik* av 14. juni 2013 (<https://www5.infotorg.se/rb/premium/straffatt/ekobrott/article194257.ece?q=&id=194257&start=1&filter=meta.collection%253APLAN02&rID=1389710125972&index=12&desc=&sf=FD&fhe=0&docType=plan&db=PLEX>, sist besøkt 16.01.2014).

50 Avsnitt 55. Se nærmere *Asp* 2013.

## 2.4. Betydning for dansk rett

Toftegaard Nielsen har påpekt at EMK P7 art. 4 på langt nær har hatt tilsvarende konsekvenser i Danmark, som i Norge og Sverige. I en artikkel fra 2004 opplyser han at artikkelen ikke har vært tema i en eneste sak for dansk Høyesteret, men kun én sak i Østre landsret.<sup>51</sup> Siden er det kommet til en sak fra Østre landsret<sup>52</sup> og en sak er behandlet av Høyesteret.<sup>53</sup>

Etter det jeg kjenner til, har ikke dansk Høyesteret på teoretisk grunnlag uttalt seg om hvordan Høyesteret selv og andre domstoler skal tolke EMK. I forarbeidene til den danske inkorporeringsloven ble uttalt at det i første rekke var Folketinget som skulle sikre Danmarks oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. For at danske domstoler skal sette til side dansk rett med grunnlag i EMK, må det «[f]oreligge en afklaring med hensyn til konventionens fortolkning, idet der foreligger praksis, der direkte har taget stilling til det pågældende fortolkingsspørsmål, eller hvor det på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed kan fastslås, hvorledes et fortolkingsspørsmål må forventes at vil falde ud». Det foreligger derimot ikke motstrid hvis det «ikke findes nogen [EMD] praksis, eller hvor [EMD] praksis ikke giver grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed».<sup>54</sup> Det ser ut som at det skal atskillig mer til for at danske domstoler skal kunne sette til side en rettsregel med grunnlag i motstridsmestemmelsen i inkorporeringsloven, enn det som er situasjonen i Norge.<sup>55</sup>

## 2.5. Betydning for Islandsk rett

Meg bekjent er en sak om tematikken behandlet av Islandsk Høyesterett. Spørsmålet her var om et vedtak om tilleggsskatt skulle tillegges sperrevirkning, noe som ble besvart benektende. Selv om dommen ble avsagt etter at Zolotukhin-dommen fra EMD forelå, kom Høyesterett til at praksis fra Strasbourg ikke var tilstrekkelig klar til å sette til side den etablerte ordningen i Island med et tosporet system (forvaltnings- og straffesaksjoner).<sup>56</sup>

## 2.6. Spørsmål/teser

1) Etter EMDs tolking av *bis* er det svært mange typer forvaltningssaker som vil ha sperrevirkning. Burde EMD heller ha holdt seg til det snevrere straffebegrepet i *Mjelde* og *Storbråten*?

**Tese 1:** EMD burde lagt til grunn Dobbeltfølgingskriteriene, en legislative-prerogative-approach etter inspirasjon fra U.S. Supreme Court. En slik tolking er mer i samsvar med målsetningen med EMK, som er å skape et minstevern. Bruken av Engelkriteriene gir en for stor harmoniserende effekt, og griper for mye inn i nasjonale myndigheters domene. Det er grunn til å minne om at det er en vesensforskjell mellom *ne bis in idem* og rettighetene i EMK art. 6. Engelkriteriene gir konvensjonsrettighetene

51 Gorm Toftegaard Nielsen: «Dobbeltstraf 'ne bis in idem'», i Gorm Toftegaard Nielsen/Jens Vedsted Hansen/Claus Haagen Jensen: *Festskrift om menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, København 2004, s. 297–318 på s. 297.

52 UfR ONLINE, TIK2013.1126/2.

53 UfR ONLINE, TIK2012-1020/1.

54 Betænkning 1407 (2001) s. 307 flg.

55 Jens Elo Rytter: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave, København 2006 s. 41–42. Det er flere som har tatt til orde for at man i Danmark bør legge seg på samme linje som i Norge, se *op.cit.* s. 42.

56 Dom No. 371/2010, 22. september 2010.

et svært vidt anvendelsesområde. I de tilfelle Engelkriteriene har medført at en forvaltningssanksjon er blitt ansett som en «criminal charge» jf. EMK art. 6, har domstolene i flere tilfeller relativisert konvensjonsrettigheten.<sup>57</sup> Det er imidlertid vanskelig å relativisere den nokså «firkantede» virkningen av at en forvaltningssanksjon omfattes av EMK P7 art. 4. Riktignok er en mulighet å tolke *idem* slik at det bare er vilkårlig eller «unfair» gjentatt forfølgning som rammes. Denne retningen har imidlertid EMD ikke valgt å gå, og en slik tolking er svært vanskelig å forene med ordlyden i EMK P7 art. 4.

2) Det er en markant forskjell på hvordan norske og svenske domstoler har forholdt seg til EMK P7 art. 4. Hvilken holdning er å foretrekke? Eventuelt finnes det en «tredje vei»?

**Tese 2:** For å forhindre at domstolene trår inn på lovgivers domene, kan i utgangspunktet en klart stöd-doktrine være til hjelp. Ulempen med den er imidlertid at det gir konvensjonen redusert gjennomslag i nasjonal rett. Og det er ikke alltid lovgiver følger opp i tilfeller hvor det fra domstolens side er signalisert at det kan være et spenningsforhold mellom nasjonal rett og EMK-retten.<sup>58</sup> Ut fra EMK art. 1, art. 13 og art. 35 nr. 1, som gir uttrykk for at det er Europarådets medlemsland som har det primære ansvar for å håndheve konvensjonen, og at EMD har en kontrolloppgave (subsidiaritetsprinsippet), kan en klart stöd-doktrine fremstå som noe defensiv.

Det er i utgangspunktet positivt å ha et åpent forhold til EMK-retten og anlegge et prinsipp om selvstendig tolking, slik norsk Høyesterett har gjort. Det kan imidlertid anføres at prinsippet kan være vanskelig å anvende i praksis, uten at det i enkelte tilfeller skjer at man overoppyller konvensjonen. I de tilfeller det er tale om å sette til side lovgivning, blir det et demokratisk problem hvis Høyesterett setter til side lov med henvisning til EMK-retten, og det senere viser seg at Høyesteretts tolking av EMK-retten var for vidtrekkende. Det har skjedd noen ganger hos oss.<sup>59</sup> En vesentlig faktor, som gjør det vanskelig å operere med et prinsipp om selvstendig tolking, er at EMD i enkelte tilfeller (som i vårt) endrer sin rettsoppfatning, opptil flere ganger innen relativt kort tid.

En tredje mulighet er, i stedet for å oppstille prinsipper og doktriner, å anlegge en mer pragmatisk og situasjonsbetiget tilnærming til EMK-retten. Det kan se ut som at svensk Høyesterett er inne på en slik løsning i NJA 2013 s. 48.<sup>60</sup> De potensielle konfliktsituasjoner mellom EMK-retten og nasjonal rett er så mange- og ulikeartede at det neppe er mulig å fange

57 Se f.eks. *Jussila mot Finland*, søkenummer 73053/01, storkammerdom av 23. november 2006. et sentralt spørsmål var her om klager hadde rett til muntlig og offentlig rettergang i en sak om tilleggsatt. EMD kom til at tilleggsatt var straff etter Engelkriteriene, og at ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 foreskrev muntlige og offentlige forhandlinger. Likevel ble det ikke konstatert krenkelse, og sentralt i begrunnelsen var følgende: «There are clearly 'criminal' charges of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a 'criminal charge' by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law... Tax surcharges differ from the hard core criminal law, consequently, the criminal head guarantees will not necessarily apply with their full strengths» (avsnitt 43). EMD relativiserte her den i utgangspunktet absolutte rettigheten til muntlig og offentlig rettergang.

58 Högsta Domstolen brukte manglende oppfølging av signaler fra domstolen som argument for å underkjenne det tosporede sanksjonssystemet: «Det måste då också vägas in att rettsutvecklingen i Europadomstolen sedan år 2009 inte har föranlett de lagstiftningsåtgärder som hade kunnat förväntas», dommens avsnitt 58.

59 Hans Petter Graver: «Høyesterett på kollisjonskurs?», Kronikk i *Dagbladet* den 2. november 2005; Thomas Frøberg: «EMDs praksis som rettskilefaktor», *Jussens Venner* nr. 3/2007 s. 176–194 på s. 182 og Jon Petter Rui: «EMK-retten frem mot 2020», *Tidsskrift for Strafferett* nr. 4/2010 s. 365-383 på s. 377–380.

60 Avsnitt 58.

dem alle i et prinsipp eller i generelle retningslinjer. Konkret hva gjelder EMK P7 art. 4, er et sentralt moment at EMD har endret tolking, både av *bis* og *idem* flere ganger. Avgjørelsene har heller ikke alltid vært særlig prinsipielle og klargjørende. Når man er i en situasjon med uklar og/eller vinglende praksis fra EMD, og det i det andre loddet i vektskålen ligger en ordning etablert ved lov og med lang praksis, er det etter mitt syn på sin plass å be om en avklaring fra EMD før domstolene går til det skritt å sette til side nasjonal lovgivning. Dette gjøres ved at nasjonale domstoler går i en *dialog* med EMD. En dialog må naturligvis bestå i at staten forklarer den nasjonale ordningen det kan bli tale om å sette til side, samt hvilke konsekvenser det vil få. Det sentrale i en slik dialog, og som man har sett lite av fra de nordiske landene, er imidlertid å påpeke svakheter ved EMDs egen rettspraksis, herunder manglende klarhet og grundighet i drøftelsene av prinsipielle spørsmål samt at praksis har vært inkonsistent og selvmotsigende. I tillegg kan den nasjonale domstolen fremme en oppfatning om hva som vil være en hensiktsmessig tolking av konvensjonen. Ansvaret for en slik dialog har både landets øverste domstol, samt det organ som prosederer saken for EMD. EMD har selv oppfordret til slik dialog.<sup>61</sup> Blant annet Storbritannia har den siste tiden relativt hyppig benyttet seg av denne muligheten. EMD har uttrykkelig uttalt i domspremissene at de har satt stor pris på en slik dialog, og på bakgrunn av dialogen endret lang og fast praksis.<sup>62</sup>

En slik dialog kunne ha vært opprettet når det gjelder tolkingen av straffebegrepet i EMK P7 art. 4. Straffebegrepet er aldri blitt drøftet av EMDs storkammer i noen bredde, slik domstolen gjorde med *idem* i *Zolotukhin*. Drøftelsen av *bis* i *Zolotukhin* er mangelfull og kortfattet. EMD har ikke fått forelagt seg de argumenter, som taler for en snevrere tolking av *bis*. Mange land, som har tilsvarende tosporede forfølgningssystemer som i Norge og Sverige har ikke ratifisert Protokoll 7.<sup>63</sup> Etter min oppfatning er det tvilsomt om disse landene ville akseptert EMDs avgjørelse av *bis*, slik den er i dag, uten en grundig dialog med EMD.

3) Bør nasjonale domstoler i Norden adoptere EMDs måte å avgrense *idem* på, eller bør det anlegges egne, nasjonale retningslinjer?

**Tese 3:** EMDs avgrensning angir en minstestandard, og avgrensingen gjøres svært snevert. I hvert fall bør det, når begge forfølgningene er straffesaker etter intern rett, anlegges en videre avgrensning av *idem* enn den som fremkommer av *Zolotukhin*.

### 3. EU-rettslig *ne bis in idem*

#### 3.1. CISA art. 54

Den danske versjonen av Schengenkonvensjonen art. 54 har slik ordlyd:

«En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme straffbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.»

61 Solemn hearing of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year, Friday 27. January 2012. Address by Sir Nicholas Bratza, President of the European Court of Human Rights, s. 4–5.

62 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, søkenummer 26766/05; 22228/06, storkammerdom av 15. desember 2011.

63 Protokoll 7 er ikke ratifisert av Nederland, Storbritannia og Tyskland. Frankrike har gjort en reservasjon ved ratifikasjon, som medfører at P7 art. 4 kun får anvendelse for saker som er straffesaker etter intern rett. Det samme har visstnok også Italia, Portugal og Østerrike, se *Aklagaren mot Hans Akerberg Fransson*, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, sak C-617/10, avgitt den 12. juni 2012 avsnitt 72.

Artikkelen gir anvisning på en transnasjonal *ne bis in idem*-regel innen Schengenområdet. Selv om de nordiske land har ulik tilknytning til Schengen, er det på det rene at art. 54 i praksis er bindende for samtlige nordiske land. EU-domstolen har også kompetanse til å avgi tolkingsuttalelser om forståelsen av artikkelen, og det foreligger i dag et ikke ubetydelig antall dommer fra EU-domstolen som trekker opp grensene for denne «europarettlige» *ne bis in idem*-regelen.<sup>64</sup> Formålet med CISA art. 54, og et viktig tolkingsprinsipp, er at den skal «sikre EU-borgernes frie bevegelighet innenfor Unionen og derigjennom fremme den europeiske integrasjonen gjennom opprettelse av et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet».<sup>65</sup>

**Ad. bis:** EU-domstolen har lagt til grunn at frifinnelser og domfellelser avsagt av en nasjonal domstol i et Schengen-land skal tillegges *ne bis in idem*-virkning i samtlige andre Schengen-land. Domstolen har også uttalt at avgjørelser truffet av påtalemyndigheten i et Schengen-land og som konstaterer at siktede er straffskyldig, er til hinder for ny forfølgning av samme forhold i et annet Schengen-land.<sup>66</sup> Det vi kaller forelegg og påtaleunntakelser i Norge vil dermed sperre mot en senere straffeforfølgning i hele Schengenområdet. Med bakgrunn i EU-domstolens svært dynamiske og formålsorienterte tolking, tror jeg også det er sannsynlig at domstolen, når den får mulighet til det, kommer til å utvikle et autonomt straffebegrep ved tolkingen av art. 54, slik EMD har gjort.<sup>67</sup> Som vi skal se, har EU-domstolen ved tolkingen av EUCH art. 50 lagt til grunn at forvaltningsavgjørelser, som anses som straffesaker etter Engelkriteriene, skal tillegges sperrevirkning etter artikkelen. En slik tolking av CISA art. 54 vil i så fall medføre at avgjørelser truffet av forvaltningsorganer i Schengenområdet, som anses som avgjørelser om straff etter EU-domstolens straffebegrep, skal tillegges sperrevirkning mot ny forfølgning i samtlige Schengen-land.

**Ad. idem:** På samme måte som EMD, har EU-domstolen slått fast at rettslig identitet (*idem crimen*) ikke er et relevant kriterium ved avgrensning av omfanget av en avgjørelses sperrevirkning. Det er videre på det rene at EU-domstolen anlegger en svært vid avgrensning av *idem*. Den dommen som kanskje går lengst i så måte er *Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.*<sup>68</sup> Saksforholdet var her at selskapet Minerva SA hadde innført olivenolje av dårlig kvalitet fra Tunisia og Tyrkia, til Portugal. Selskapet unndro olivenoljen fortolling i Portugal. Selskapet utstedte videre falske fakturaer, som gav inntrykk av at oljen var produsert i Sveits. Deretter solgte og markedsførte Minerva oljen i Spania, og da som høykvalitets sveitsisk olivenolje.

Minerva ble først tiltalt i Portugal for overtredelse av tollovgivning, men ble frifunnet fordi forholdet var foreddet. Da en spansk etterforskningsdommer fikk høre om frifinnelsen, igangsatte han etterforskning av Minerva for ulovlig markedsføring av olivenoljen i Spania. Tiltale ble tatt ut, og den spanske domstolen forela EU-domstolen spørsmål om frifinnelsen i Portugal for overtredelse av tollovgivningen var til hinder for straffeforfølgning i Spania for overtredelse av markedsføringslovgivningen.

EU-domstolens avgjørelse sammenholdt med generaladvokatens uttalelse<sup>69</sup> viser følgende: Hvis det portugisiske selskapet allerede ved innførselen til Portugal hadde bestemt seg for markedsføring av olivenoljen i Spania eller hadde gjennomført den kort tid etter den ulovlige innførsel, ville den ulovlige innførselen til Portugal og den etterfølgende ulovlige

64 Et søk på EU-domstolens hjemmeside viser at det er avsagt 11 dommer som gjelder tolkingen av CISA art. 54.

65 *Rui 2009* s. 132 med videre henvisninger.

66 *Op.cit.* s. 212–216.

67 *Op.cit.* s 185.

68 Sak C-467/04, dom av 28. september 2006.

69 Sak C-467/04, forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt den 15. juni 2006 avsnitt 152–154.

markedsføringen i Spania bli ansett som samme faktiske handling etter art. 54. Etter norsk straffeprosessrett er det helt klart at innførselen til Portugal og markedsføringen av oljen i Spania anses som to ulike faktiske handlinger. Grunnen er at det ikke er tilstrekkelig tidsmessig sammenheng mellom innførselen til Portugal og markedsføringen i Spania. Det samme vil jeg tro er tilfellet etter dansk rett. Ut fra de fremstillinger jeg har lest om finsk og svensk straffeprosess, ser det for meg ut som at det samme er tilfellet her.<sup>70</sup>

Saken illustrerer godt hvilken drivkraft *ne bis in idem*-prinsippet vil komme til å bli for det videre straffesakssamarbeidet innenfor Schengen. For å gå klar av *ne bis in idem* og å kunne straffe Minerva både for overtredelsen av tollovgivningen og den ulovlige markedsføringen, måtte portugisiske og spanske myndigheter ha samarbeidet ved straffeforfølgningen. Vi ser altså at *ne bis in idem*-regelen i art. 54 vil fungere som en «motor» for økt straffesakssamarbeid innen Schengenområdet. Men ville samarbeid vært tilstrekkelig for å kunne straffeforfølge Minerva både for tollovertredelsen i Portugal og brudd på markedsføringslovgivningen i Spania? Ved et samarbeid måtte man valgt straffeforfølgning enten i Portugal eller Spania. En forutsetning for effektiv straffeforfølgning i Portugal ville ha vært at Minervas markedsføring i Spania var straffbar også i Portugal. Og hvis Spania ble valgt som forfølgingsland, måtte overtredelsen av tollovgivning i Portugal vært straffbart i Spania. Dette er bare ett av flere eksempler på at *ne bis in idem*- prinsippet også vil fungere som en pådriver for tilnærming og harmonisering av den materielle strafferetten innen Schengenområdet. Dette er en logisk konsekvens av det overordnede formålet med Schengenkonvensjonen, nemlig å skape et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet innenfor Schengenområdet.

### 3.2. EUCH artikkel 50

Den danske versjonen av EUs charter om grunnleggende rettigheter har slik ordlyd:

«Ingen skal i en ny straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endelig frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.»

Denne *ne bis in idem*-regelen gjelder både hvor to forfølgninger har foregått i en og samme stat, og der den ene forfølgningen har skjedd i én stat, mens den andre i en annen EU-stat. En begrensning av anvendelsesområdet er at regelen kun kommer til anvendelse når medlemsstatene implementerer EU-lovgivning, jf. EUCH art. 51. EU-domstolen har ikke kompetanse til å overprøve om lovgivning som ikke er EU-relevant er i samsvar med charteret.<sup>71</sup>

**Ad. bis:** EU-domstolen har i *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*<sup>72</sup> uttalt seg om tolkingen av *bis*. Fransson ble først ilagt tilleggsatt, og etter at vedtaket var blitt endelig ble han straffeforfulgt for grovt skattesvik. Haparanda tingsrätt, som behandlet straffesaken, stilte EU-domstolen spørsmål blant annet om vedtaket om tilleggsatt var å anse som en avgjørelse med sperrevirkning, jf. EUCH art. 50. Domstolen viste til den tidligere dommen *Bonda*,<sup>73</sup> og uttalte at nasjonale domstoler skulle foreta en vurdering av forvaltnings sanksjonen opp mot

70 Bengt Lindell/Hans Ekelund/Petter Asp/Torbjörn Andersson: *Straffprocessen*, Uppsala 2005 s. 197 og Dan Frände: *Finsk straffprocessrätt*, Helsingfors 2009 s. 439–443.

71 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, sak C-167/10, dom av 26. februar 2013 avsnitt 19.

72 Sak C-167/10, dom av 26. februar 2013 avsnitt 19.

73 *Lukasz Marcin Bonda*, sak C-489/10, dom av 5. juni 2012 avsnitt 37.

Engelkriteriene.<sup>74</sup> Det kan etter dermed legges til grunn som forholdsvis sikkert at *bis* tolkes likt i EUCH art. 50 og EMK P7 art. 4.<sup>75</sup>

**Ad. idem:** EU-domstolen har ennå ikke uttalt seg om tolkingen av *idem* i EUCH art. 50. Siden EU-domstolen vil legge til grunn samme beskyttelsesnivå for grunnleggende rettigheter som det som følger av EMK-retten, vil *idem* i alle tilfeller avgrensnes minst like vidt som i EMK P7 art. 4, jf. *Zolotukhin*. Det er et åpent spørsmål om EU-domstolen vil adoptere den svært vide avgrensningen av *idem* som domstolen har gjort ved tolkingen av CISA art. 54.

### 3.3. Spørsmål/teser

1) Vil EU-domstolen adoptere det vide straffebegrepet (*bis*), nærmere bestemt bruke Engelkriteriene, ved tolkingen av CISA art. 54?

**Tese 4:** En slik tolking er best i samsvar med det overordnede formål, som er å etablere et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet i Schengenområdet. Dette vil også gi konsekvens og harmoni mellom de forskjellige *ne bis in idem*-reglene, samt at retts tekniske hensyn taler for en slik løsning. Min tese er imidlertid at dette ikke vil bli gjort, og heller ikke bør gjøres. Vi har da en situasjon hvor et forvaltningsvedtak som er straff etter Engelkriteriene fra ett land, vil sperre for ny straffe- og forvaltningsmessig forfølgning i en annen medlemsstat. En samordning for å forhindre gjentatt forfølgning fremstår som svært vanskelig i praksis. Det er grunn til å minne om at man innen Schengen har store problemer med å koordinere de rene straffeforfølgninger for å forhindre gjentatt forfølgning.<sup>76</sup> På den annen side kan det ikke fullt ut være opp til medlemsstatene å «definere bort» sakstyper fra vernet mot transnasjonal forfølgning. Den beste løsningen ville vært å legge et snevert straffebegrep til grunn, slik som det er tatt til orde for ovenfor (Dobbeltforfølgningskriterier, legislative-prerogative-presumtion à la U.S. Supreme Court).

**Tese 5:** Et slikt snevrere straffebegrep burde også vært lagt til grunn ved tolkingen av EUCH art. 50. EU-domstolen legger til grunn at samtlige medlemsstater i EU nå skal tillegge forvaltningsavgjørelser som anses som en straffesak etter Engelkriteriene sperrvirkning (når den ene forfølgningen gjøres med hjemmel i lovgivning som implementerer EU-rett). Dette vil medføre relativt store problemer for en rekke stater, som har tosporede sanksjonssystemer. Det er grunn til å minne om at mange stater ikke har ratifisert Protokoll 7, eventuelt gjort reservasjoner mot EMK P7 art. 4 nettopp på grunn av at de ikke ønsket å gi avkall på sine tosporede sanksjonssystemer.<sup>77</sup> Med EU-domstolens tolking kommer nå likevel *ne bis in idem*-prinsippet inn «bakveien». Min prognose er at når rettsoppfatningen fra *Bonda* og *Åkerberg Fransson* slår inn over disse landene, vil EU-domstolen måtte ta bruken av Engelkriteriene ved tolkingen av EUCH art. 50 opp til ny vurdering.

<sup>74</sup> Avsnitt 35.

<sup>75</sup> Likedan *Asp 2013* og John A. E. Vervaele: «Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?», *Utrecht Law Review*, nr. 4/2013 s. 211–229 på s. 220.

<sup>76</sup> *Lorena Bachmeier Winter*: «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law», *Utrecht Law Review*, nr. 4/2013 s. 127–146, gir på s. 127–129 en oversikt over noen av de problemer som i dag eksisterer. Se også *Vervaele 2013* s. 220–221.

<sup>77</sup> Protokoll 7 er ikke ratifisert av Nederland, Storbritannia og Tyskland. Frankrike har gjort en reservasjon ved ratifikasjon, som medfører at P7 art. 4 kun får anvendelse for saker som er straffesaker etter intern rett. Det samme har visstnok også Italia, Portugal og Østerrike, se *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, sak C-617/10, avgitt den 12. juni 2012 avsnitt 72.

2) Hvilken avgrensning av *idem* bør EU-domstolen følge ved tolkingen av EUCH art. 50?

**Tese 6:** Rettstekniske hensyn tilsier at avgrensningen av *idem* bør gjøres på samme måte som ved tolkingen av CISA art. 54. Avgrensningen av *idem* i CISA art. 54 blir imidlertid for vidtrekkende. Grunnen til den vide avgrensningen i CISA art. 54 er at *ne bis in idem*-prinsippet skal fungere som en integrasjonsmotor, og skape et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet. Formålet med EUCH art. 50 er å gi et grunnleggende rettighetsvern. Artiklene har også ulikt anvendelsesområde. CISA art. 54 gjelder kun transnasjonale forfølgninger, mens EUCH art. 50 også gjelder rent interne forfølgninger (når den ene forfølgningen gjøres med hjemmel i lovgivning som implementerer EU-rett). Siden avgrensningen av *idem* i CISA art. 54 vil være videre enn i flere EU land (herunder Danmark og Sverige), vil situasjonen bli at *idem* må avgrenses svært vidt når lovgivning som implementerer EU-retten er i spill, mens et snevrere vil gjelde når forfølgningene har grunnlag i lovgivning som ikke implementerer EU-rett. Rettstekniske hensyn vil ikke veie særlig tungt, siden EU-domstolen allerede opererer med en snevrere avgrensning av *idem* ved tolkingen av det ulovfestede *ne bis in idem*-prinsippet innen konkurranseretten, enn ved tolkingen av CISA art. 54. I konkurranseretten brukes både *idem factum* og *idem crimen* som avgrensningsmomenter.<sup>78</sup>

---

78 Vervaele 2013 s. 217–218.