

**Betydningen av Den europeiske  
menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1  
for avgjørelsen av identitetsspørsmålet i  
straffeprosessloven § 38**

Kandidatnr: 325

Veileder: Stine Nybø

Leveringsfrist: 25.05.2005

Til sammen 15025 ord



# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNING	3
1.3	RETTSKILDER OG RETTSKILDEBRUK	3
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>IDENTITETSVURDERINGEN ETTER STRPL. § 38</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	REGELENS INNHOLD	6
2.2	PRINSIPIELLE UTGANGSPUNKTER	7
2.2.1	LEGISLATIV BEGRUNNELSE FOR REGELEN I STRPL. § 38.1	7
2.2.1.1	Anklageprinsippet	8
2.2.1.2	Opportunitetsprinsippet	9
2.2.1.3	Kontradiksjonsprinsippet	10
2.2.2	ANDRE HENSYN	11
2.2.2.1	Hensynet til fremdrift i saken	11
2.2.2.2	Hensynet til rettskraftsreglene	11
2.2.2.3	Hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalen	12
2.3	IDENTITETSKRITERIER	12
2.3.1	SAMME FAKTISKE FORHOLD	13
2.3.2	INTERESSESYNSPUNKTET	17
2.3.2.1	Juridisk teori	17
2.3.2.2	Rettspraksis – Rt 1980 s. 360	19
2.3.3	HELHETSVURDERING	21
<b><u>3</u></b>	<b><u>IDENTITETSVURDERINGEN ETTER EMK P7 ART. 4 NR. 1</u></b>	<b><u>25</u></b>
3.1	REGELENS INNHOLD	25
3.2	LEGISLATIV BEGRUNNELSE FOR PRINSIPPET OM NE BIS IN IDEM	26
3.2.1	HENSYNET TIL DEN SOM ER INVOLVERT I PROSESSEN	26
3.3	IDENTITETSKRITERIER	27
3.3.1	KONVENSJONSPRAKSIS	28

3.3.1.1	Gradinger mot Østerrike	28
3.3.1.2	Oliveira mot Sveits	29
3.3.1.3	Ponsetti og Chesnel mot Frankrike	30
3.3.1.4	Fischer mot Østerrike	31
3.3.2	AVGJØRELSER I HØYESTERETT	33
3.3.2.1	Rt 2002 s. 557 Tilleggsskatt II	33
3.3.2.2	Rt 2002 s 497 Tilleggsskatt III	34
3.3.2.3	Rt 2003 s. 394	34
3.3.3	SAMMENFATNING	35
3.3.3.1	Samme faktiske handling – ”same conduct” eller ”act”	36
3.3.3.2	”Same essential elements”	37
<b>4</b>	<b><u>SAMMENLIGNING AV IDENTITETSBEGREPENE I P 7- 4 OG STRPL. § 38</u></b>	<b>40</b>
<b>4.1</b>	<b>IDENTITETSKRITERIER</b>	<b>40</b>
<b>4.2</b>	<b>REKKEVIDDE</b>	<b>41</b>
<b>5</b>	<b><u>BETYDNINGEN AV ET UTVIDET RETTSKRAFSTBEGREP I P 7- 4 NR. 1</u></b>	<b>43</b>
<b>5.1</b>	<b>BETYDNING FOR STRPL. § 51</b>	<b>43</b>
<b>5.2</b>	<b>BETYDNING FOR STRPL. § 38</b>	<b>43</b>
<b>5.3</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</b>	<b>45</b>
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b>48</b>
<b>6.1</b>	<b>JURIDISK LITTERATUR</b>	<b>48</b>
<b>6.2</b>	<b>LOVREGISTER</b>	<b>49</b>
<b>6.3</b>	<b>KONVENSJONER</b>	<b>49</b>
<b>6.4</b>	<b>LOVFORARBEIDER OG OFFENTLIGE UTREDNINGER</b>	<b>49</b>
<b>6.5</b>	<b>DOMSREGISTER</b>	<b>50</b>
6.5.1	AVGJØRELSER FRA NORSKE DOMSTOLER	50
6.5.2	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTSDOMSTOL	50

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Spørsmålet om hva som anses som samme straffbare forhold – identitetsspørsmålet - aktualiseres i flere bestemmelser i Lov om Rettergangsmaaten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22.mai 1981 nr.25 (heretter forkortet strpl.). For det første har spørsmålet betydning for forholdet mellom tiltalebeslutning og dom som reguleres i § 38. Bestemmelsen slår fast at *”retten ikke kan gå utenfor det forholdet tiltalen gjelder”*. Dette innebærer at det eller de forhold tiltalen gjelder danner en ramme for hvilke straffbare forhold domstolen kan behandle og dømme for. Retten må forholde seg til samme forhold som trukket opp i tiltalebeslutningen – det må være identitet mellom det straffbare forhold påtalemyndigheten ønsker pådømt og det forhold retten dømmer for.

Videre har spørsmålet om hva som er samme straffbare forhold betydning for hva som er rettskraftig avgjort, jf. strpl. § 51. Dette er en regel om negativ materiell rettskraft. Det følger av bestemmelsen at dersom det reises ny sak om samme forhold som er avgjort ved rettskraftig dom, skal den nye saken avvises.

Det er alminnelig antatt at grensen for hva som anses å være samme straffbare forhold trekkes på samme måte i relasjon til strpl. § 38 og strpl. § 51. Avgjørelsen i Rt 2003 s. 394 kan tjene som illustrasjon. Førstevoterende uttalte at *”strpl. § 51 første ledd er således ikke til hinder for en ny sak når den samme handling rammes av to straffebestemmelser i idealkonkurrens, dersom disse retter seg mot klart forskjellige sider av handlingen. Når tiltalen i slike tilfeller er begrenset til den ene av straffebestemmelsene, har retten ikke også adgang til å domfelle etter den andre, jf. strpl. § 38. Det er en etablert oppfatning at grensen for hva som anses å være forskjellige straffbare forhold i idealkonkurrens, må trekkes på samme måte i begge relasjoner”*. Dette innebærer at hvis det blir reist ny sak på grunnlag av endring i forhold til tiltalebeslutningen, må saken avvises hvis den til tross for endringen gjelder samme forhold. Er det ikke samme forhold man ønsker å ta opp i en ny sak, står man i utgangspunktet fritt til dette, jf. Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22.mai

1902 nr.10 (heretter forkortet strl.) § 64 første ledd, idet man her ikke vil være hindret av dommens negative materielle rettskraftsvirkning. Denne sammenhengen fremheves også av førstevoterende i Rt 1980 s. 360: ”Jeg tilføyer at dette syn på den annen side vil ha den konsekvens at en dom som bare tar standpunkt til en tiltale etter vegtrafikkloven, ikke vil være til hinder for en senere forfølgning etter straffeloven § 239”.<sup>1</sup>

Det er ikke noen logisk nødvendig sammenheng mellom regelen om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom og regelen om negativ materiell rettskraft. Det er imidlertid en indre nær sammenheng mellom de, og hensynet til sammenhengen i rettssystemet taler for at avgrensningen av begrepet samme forhold gjøres lik for bestemmelsene.

Spørsmålet om rettskraftens rekkevidde i strpl. § 51 må imidlertid ses i lys av regelen om negativ materiell rettskraft i Den europeiske Menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (heretter forkortet EMK P 7-4 nr.1).<sup>2</sup> Bestemmelsen setter forbud mot at en person straffeforfølges to ganger for samme straffbare forhold. Identitetsvurderingen etter P 7-4 nr. 1 foretas imidlertid autonomt. Dette innebærer at begrepet tolkes likt i alle stater, uavhengig av hvilket innhold begrepet har i de nasjonale rettssystemene. Vurderingen etter EMK P 7-4 nr. 1 er derfor ikke nødvendigvis fullstendig sammenfallende med den konkrete rettskraftsvurdering foretatt etter norsk straffeprosess for øvrig. I dommen inntatt i Rt 2003 s. 394 anføres det av forsvaret at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK P 7-4 nr. 1, slik bestemmelsen er tolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter forkortet EMD), er mer vidtrekkende enn interne rettskraftsregler. Forrangsregelen i menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr 30 (mrl.) § 3, innebærer at bestemmelsen i P 7-4 nr. 1 går foran rettskraftsreglene i norsk rett dersom det foreligger motstrid. Ettersom det er antatt at identitetsvurderingene etter strpl. §§ 38 og 51 er parallelle, oppstår derfor

---

<sup>1</sup> Enkelte forfattere har likevel lagt til grunn at grensen ikke nødvendigvis alltid kan trekkes likt. Se i den forbindelse Andenæs, Norsk Straffeprosess, bind 1, 2.utgave, s. 312 og Matningsdal, Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, JV 2/2002 s.89-132.

<sup>2</sup> Protokoll 7 til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) ble vedtatt av Ministerkomitéen i Europarådet 22. november 1984. Den ble ratifisert av Norge 25. Oktober 1988 og fikk da virkning for Norge fra 1. januar 1989, jf. Protokoll 7 artikkel 9 nr. 2.

spørsmålet om hvilken betydning P 7-4 nr. 1 får for avgjørelsen av identitetsspørsmålet i strpl. § 38.

På denne bakgrunn kan man formulere oppgavens hovedproblemstillinger: Den første er hvorvidt grensene for det straffbare forholds identitet er videre etter EMK P 7-4 nr.1 enn etter strpl. §§ 38 og 51. Den andre er hvorvidt et eventuelt utvidet rettskraftsbegrep i P7 art. 4 nr. 1 bør virke inn på forståelsen av hva som anses som samme straffbare forhold etter strpl. § 38.

## 1.2 Avgrensning

Det avgrenses mot en direkte behandling av regelen i strpl. § 51. Jeg tar utgangspunkt i strpl. § 38, ettersom det er rekkevidden av denne bestemmelsen som er hovedtema for oppgaven. Bestemmelsen i strpl. § 51 er likevel ikke uten betydning, og har funksjon som koplingsbestemmelse mellom strpl. § 38 og EMK P 7-4 nr. 1.

Videre avgrenses det mot uttømmende behandlinger av reglene i strpl. § 38 og EMK P 7-4 nr.1. Det vil kun bli gjort rede for de sider av bestemmelsene som angår identitetsspørsmålet. Ytterligere avgrensninger vil fremgå av drøftelsen ved behov.

## 1.3 Rettskilder og rettskildebruk

Spørsmålet om hva som anses som samme straffbare forhold i relasjon til strpl. § 38, er et typisk lovtolkningsspørsmål. Av relevante rettskildefaktorer er ordlyden i bestemmelsen det naturlige utgangspunkt for tolkningen. Dette er i tråd med den alminnelige oppfatningen om korrekt rettskildebruk i norsk rettskildelære. Men selv om ordlyden i strpl. § 38 er en relevant rettskildefaktor er den ikke i seg selv tilstrekkelig til å gi svar på spørsmålet. Man må derfor undersøke andre rettskildefaktorer som kan supplere ordlyden.

I forarbeidene uttales det at det bør overlates til andre rettskilder enn loven selv å trekke opp den nærmere grensen.<sup>3</sup> Begrunnelsen som gis for dette er at det ville være vanskelig å formulere en hensiktsmessig lovtekst som uttømmende regulerer spørsmålet om hva som anses som samme straffbare forhold. Etersom vurderingen er såpass skjønnsmessig, er det mest rasjonelt at spørsmålet blir løst i rettspraksis og juridisk teori.

Spørsmålet er derfor drøftet grundig i juridisk teori og vi har etter hvert fått en omfattende rettspraksis på området. I rettspraksis har vi fått typeløsninger på flere områder, og sammen med juridisk teori er det dannet en oppfatning om hvilke kriterier som skal legges til grunn når vi skal avgjøre dette identitetsspørsmålet.<sup>4</sup> Praksis og juridisk teori utgjør således de viktigste rettskildene når man skal ta stilling til det straffbare forholds identitet i relasjon til strpl. § 38. Videre er forarbeidene til den tidligere straffeprosesslov av 1887 fremdeles relevant i den grad det angår de prinsipielle linjer.

Utgangspunktet for tolkningen av P7 art 4 nr. 1 er de tolkningsprinsipper som er nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969, artikkel 31 til 33. Konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men det er antatt at disse prinsippene i det vesentlige kodifiserer gjeldende ulovfestet folkerett. Det følger av konvensjonens art. 31 at ordlyden er det naturlige utgangspunkt og sentrale rettskilde for tolkningen. Men i likhet med bestemmelsen i strpl. § 38 har P 7 art 4 nr 1 et rettslig upresist innhold med vage kriterier.

Forarbeidene til protokollen er så kortfattede at de gir begrenset veiledning for hvordan ordlyden skal tolkes. Videre er det utarbeidet såkalte "Explanatory reports" for P 7 art 4 nr. 1 og de andre tilleggsprotokollene. Det følger imidlertid av innledningen til disse rapportene at de ikke inneholder noen bindende autoritativ fortolkning, men kan gi bidrag til forståelsen av konvensjonsteksten.

---

<sup>3</sup> Se Ot prp nr 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

<sup>4</sup> Dette er et eksempel på at domstolene gjennom avgjørelser i enkeltsaker bidrar til rettsavklaring og rettsutvikling på områder der lovgivningen ikke gir tilstrekkelig veiledning.



EMD har i noen avgjørelser gitt anvisning på de kriteriene den benytter for å avgjøre dette identitetsspørsmålet. Praksis fra EMD vil derfor utgjøre den viktigste rettskilden når man skal fastlegge det nærmere innholdet i identitetsbegrepet i EMK P 7-4 nr 1.

#### 1.4 Den videre fremstilling

Avhandlingen består av fire deler. I del 2 og 3 vil jeg foreta selvstendige analyser av de identitetskriterier som legges til grunn for avgjørelsen av hva som anses som samme straffbare forhold i henholdsvis strpl. § 38 og P 7 -4 nr.1. Dette er nødvendig før jeg i del 4 kan foreta en sammenligning av rekkevidden av identitetsbegrepene etter de nevnte bestemmelser. Avslutningsvis, i del 5, vil jeg se på hvilken rettslig betydning et eventuelt utvidet rettskraftsbegrep i P7 art. 4 nr. 1. har for forståelsen av hva som anses som samme straffbare forhold i strpl. § 38.

## **2 Identitetsvurderingen etter strpl. § 38**

### **2.1 Regelens innhold**

Bestemmelsen i strpl. § 38 regulerer forholdet mellom tiltalebeslutning og dom – det vil si kompetanseforholdet mellom påtalemyndighet og domstol. Etter første ledd første punktum er utgangspunktet at retten ikke kan pådømme andre forhold ved siden av eller i stedet for det som tiltalen gjelder. Tiltalen setter dermed en ramme for hva som kan behandles og avgjøres ved dom i saken. Retten må forholde seg til det straffbare forhold tiltalen gjelder og begrenser således rettens adgang til å endre tiltalebeslutningen. Dette innebærer likevel ikke at retten helt ut er bundet av det som er angitt i tiltalebeslutningen. Utgangspunktet er at så lenge det dreier seg om samme forhold, står retten fritt i forhold til tiltalebeslutningen. Hovedproblemet ved anvendelsen av strpl. § 38 er hvilke endringer retten kan foreta i forhold til tiltalebeslutningen uten at det straffbare forhold blir et annet.

Vilkåret om at man ved endringen ikke må pådømme et annet forhold enn det tiltalen gjelder, gjelder både ved endringer i lovanvendelsen og ved endringer i den faktiske beskrivelsen av forholdet. Spørsmålet om å fravike den lovanvendelsen som ligger til grunn for tiltalebeslutningen, oppstår i to varianter. For det første når retten vil dømme etter et annet straffebud i stedet for det tiltalen gjelder (subsumsjonsendringer) og for det andre når retten vil dømme etter et straffebud i tillegg til det tiltalen gjelder (konkurrens). Det fremgår forutsetningsvis av rettspraksis at identitetsspørsmålet løses likt i begge disse relasjoner.

Begrensningene i rettens kompetanse til å fravike tiltalen gjelder i enhver straffesak, også i de tilfeller hvor det ikke er utferdiget tiltalebeslutning. Eksempler på dette er saker som behandles på grunnlag av et ikke vedtatt forelegg (§ 269), og private straffesaker som innledes med stevning (§ 412). I disse tilfellene er det forholdet som er tatt med i forelegget eller stevningen som setter tilsvarende ramme for hva som kan avgjøres av retten. Prinsippet i strpl. § 38 får videre anvendelse på saker i forhørsretten, jf. strpl. § 248. Her vil siktelsen utgjøre rammen for domstolens videre behandling av saken. Videre er hovedregelen i strpl. § 38 gjentatt i tilknytning til spørsmålsstillingen til lagretten, jf. strpl. § 364 første ledd.

Virkningen av at retten pådømmer et annet forhold enn det tiltalen gjelder, er at underrettens dom oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil. Regelen kan ikke utledes direkte av ordlyden i strpl. § 343 annet ledd. De mest nærliggende alternativ er nr. 2 og nr. 4. Det er likevel ikke tvilsomt at resultatet alltid må bli opphevelse når retten har domfelt i strid med § 38. Dette følger av fast praksis. Dersom retten har pådømt et forhold som ikke omfattes av tiltalebeslutningen, vil det bli rettskraftig avgjort dersom ikke dommen ved anke blir opphevet. Omvendt kan det tenkes at retten har unnlatt å pådømme et forhold som var omfattet av tiltalebeslutningen. I så fall blir det ikke rettskraftig avgjort. Dette skyldes at rettskraftsvirkningen følger av domskonklusjonen og ikke av tiltalebeslutningen.

## 2.2 Prinsipielle utgangspunkter

### 2.2.1 Legislativ begrunnelse for regelen i strpl. § 38.1

I straffeprosessen gjelder visse grunnleggende prinsipper. Disse kan ses på som midler til å oppnå hovedformålet: en best mulig prosessordning.<sup>5</sup> Det vi kaller grunnprinsipper er en samlebetegnelse på en del fellestrekk som ligger til grunn for rettsreglene, og kan ikke på samme måte som de egentlige rettsregler gi grunnlag for rettslige holdbare slutninger. Man kan derfor ikke si at en bestemt løsning følger for eksempel av anklageprinsippet.

På den annen side er det klart at grunnprinsippene ikke er uten rettslig betydning. At prosesssystemet inneholder bestemmelser som til sammen gir systemet et visst særpreg, vil i seg selv kunne være et argument for å velge løsninger som er i harmoni med det som oppfattes som et allment prinsipp.

Når man skal behandle regelen om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i relevante straffeprosessuelle prinsipper. Den legislative bakgrunnen for bestemmelsen i strpl. § 38.1 om at retten ikke kan gå utenfor "det forhold tiltalen gjelder" er først og fremst anklageprinsippet, men også opportunitetsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet. Disse grunnprinsippene vil tjene

---

<sup>5</sup> Jf. prinsippet om "fair trial" i EMK art 6.1

som retningslinje for den nærmere grensedrøgning av hva som anses som samme straffbare forhold, og ligger således til grunn for valget av identitetskriterier.

#### 2.2.1.1 Anklageprinsippet

Anklageprinsippet innebærer at anklageretten ligger hos påtalemyndigheten og ikke hos domstolen, og gir således uttrykk for et maktforhold mellom disse organene. Prinsippet er kommet direkte til uttrykk i strpl. § 63: *”Domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen er tatt tilbake”*. Dette innebærer at domstolen som hovedregel ikke trer i funksjon uten etter begjæring fra noen som er påtaleberettiget og dens virksomhet opphører hvis begjæringen blir trukket tilbake.<sup>6</sup> Det blir følgelig påtalemyndigheten som bestemmer hvilke spørsmål som skal behandles av domstolene, forutsatt at det ikke oppstilles unntak fra dette i loven.<sup>7</sup>

Motsetningen til anklageprinsippet er inkvisisjonsprinsippet, som går ut på at samme organ etterforsker og dømmer. En innvending mot en inkvisitorisk prosess, er at den kan skade rettens objektivitet og nøytralitet: når spørsmålet om skyld og straff skal avgjøres, kan det være vanskelig å løsrive seg fra det inntrykk den har fått mens saken har blitt etterforsket og forberedt. Gjennomføringen av anklageprinsippet motvirker dette, og har som mål å styrke siktedes stilling.

Strpl. § 38.1 slår som nevnt fast at retten ikke kan gå utenfor *”det forhold”* tiltalen gjelder. Lovgiver har dermed trukket den konsekvens av anklageprinsippet at det er påtalemyndigheten som trekker opp rammen for den videre behandling av straffesaken. Det eller de forhold tiltalebeslutningen gjelder, blir rammen for rettens dom. Anklageprinsippet tilsier at retten ikke har kompetanse til å pådømme andre forhold enn det er reist tiltale for. Stod retten fritt til dette, ville prinsippet bare være delvis gjennomført.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Jf. Det offentligrettslige forfølgingsprinsipp i strl. § 77, som er overordnet anklage- og opportunitetsprinsippet.

<sup>7</sup> Unntak fra anklageprinsippet finnes for adgangen til å ilegge rettergangsstraff jf dl. §§ 200 flg.

<sup>8</sup> I forarbeidene til straffeprosessloven av 1887 understreker også Jurykommissionen denne sammenhengen, jf. Dokument No. 1 (1885) s. 385-386.

Dette prinsipielle synspunkt fremheves av førstevoterende i Rt 1980 s. 360: *”Det hører under påtalemyndigheten å avgjøre om de sider ved handlingen som § 239 kan knyttes til, skal gjøres til gjenstand for forfølgning. Dersom denne kompetansen tillegges domstolene, får disse etter mitt syn en anklagemyndighet som jeg ikke kan anse forenlig med straffeprosesslovens prinsipielle holdning”*. Førstevoterendes uttalelse i Rt 1994 s. 1264 går i samme retning: *”Etter straffeprosessloven § 38 første ledd kan retten ikke gå utenfor det forhold tiltalen gjelder. Det er dette som ligger i anklageprinsippet”*.

Man kan slutte fra disse uttalelsene at begrensninger i rettens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen særlig begrunnes i hensynet til gjennomføring av anklageprinsippet.

Denne maktfordeling mellom påtalemyndighet og domstol – mellom påtalemyndighetenes anklage og domstolens realitetsavgjørelse i saken – må domstolene respektere når de skal ta stilling til hvilket straffebud som skal anvendes på det aktuelle forhold.

#### 2.2.1.2 Oppportunitetsprinsippet

Det kan hevdes at også oppportunitetsprinsippet er egnet til å begrunne regelen i strpl. § 38.1.<sup>9</sup> Oppportunitetsprinsippet henger nøye sammen med anklageprinsippet og innebærer at det er påtalemyndigheten som rår over saken og dermed avgjør om saken skal føres for en domstol. Prinsippet har særlig kommet til uttrykk i strpl. § 69 første ledd om påtaleunnlattelse: *”Selv om straffeskyld anses bevist, kan påtale unnlates såfremt særlige forhold er til stede at påtalemyndigheten etter en samlet vurdering finner at overveiende grunner taler for ikke å påtale handlingen”*.

Påtalemyndigheten er etter denne bestemmelsen tillagt en stor skjønnsmessig frihet til å avstå fra straffeforfølgning. Selv om påtalemyndigheten mener å kunne bevise straffeskyld, har den altså ikke plikt til å påtale lovbruddet hvis den finner tungtveiende hensyn som taler mot det. Oppportunitetsprinsippet hviler på den grunntanke at påtalemyndigheten er den nærmeste til å vurdere ønskeligheten av strafferettslig

---

<sup>9</sup> Se Gunnleiksrud og Johansen, I hvilken grad retten kan anvende et annet straffebud enn det tiltalen gjelder, JV 1996 s.44-59

forfølgning. Lovgiver har ikke gitt domstolen den samme frihet – den er forpliktet til å dømme hvis den finner straffeskyld bevist. Strpl. § 38.1 må ses i lys av dette. Dersom retten skulle gis adgang til å dømme for andre forhold enn det tiltalen gjelder, vil dette innebære en innsnevring av opportunitetsprinsippet.<sup>10</sup> Av dette følger at begrensningene i rettens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen også kan begrunnes i hensynet til gjennomføring av opportunitetsprinsippet. Prinsippet kan derfor ha en viss betydning ved tolkningen av grensen for det straffbare forholds identitet.

### 2.2.1.3 Kontradiksjonsprinsippet

Kontradiksjonsprinsippet går ut på at ingen skal dømmes uten å bli hørt. Det betyr at den saken er reist mot, skal ha rett til å bli gjort kjent med anklagen og ta til motmæle. Et prinsipp om kontradiksjon bidrar i vesentlig grad til sakens opplysning, og vil dermed øke sannsynligheten for at vi får flest mulig materielt riktige avgjørelser. Prinsippet er ikke direkte hjemlet i noen enkelt lovbestemmelse, men har i stedet kommet til uttrykk i en rekke enkeltregler.

Strpl. § 252 nr 4 krever at tiltalebeslutningen skal individualisere den straffbare handling. I tillegg til å angi hvilket straffebud som påstås overtrådt, skal den også inneholde *”en kort, men så vidt mulig nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysninger om tid og sted”*. Dette er i samsvar med det kontradiktoriske prinsipp som var prosesslovgivning bygger på. Spesifikasjonskravene har til formål å bedre tiltaltes mulighet for kontradiksjon. Dette gir tiltalte anledning til å forberede sitt forsvar. For tiltalte og forsvareren er det naturlig å begrense saksforberedelsen til de foreliggende tiltalepostene. Bestemmelsen ville være lite verdt om den ikke også hadde betydning for den videre behandlingen av saken.<sup>11</sup> Dersom det skulle være anledning til å endre tiltalen - det faktiske grunnlaget for straffeforfølgelsen - og spesifikasjonskravene slik de oppstilles ville bestemmelsen ikke ha noen fornuftig mening. Denne forutsetning for forberedelsen for forsvaret ville svikte hvis retten skulle ha adgang til å endre tiltalen til å omfatte et annet forhold enn det som fremgår av

---

<sup>10</sup> Se Gunnleiksrud og Johansen, I hvilken grad retten kan anvende et annet straffebud enn det tiltalen gjelder, JV 1996 s. 44-59.

<sup>11</sup> Dette poenget fremheves i Rt 1892 s. 65

tiltalen. Strpl. § 38 tredje ledd har av denne grunn bestemmelser om at partene skal få anledning til å uttale seg før retten bruker et annet straffebud enn angitt i tiltalen.

Hensynet til tiltaltes forsvar taler dermed for at retten ikke skal stå fritt til å fravike tiltalebeslutningen etter strpl. § 38. Begrensningen i rettens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen kan dermed også begrunnes i hensynet til kontradiksjonsprinsippet.

## 2.2.2 Andre hensyn

Også en rekke reelle hensyn ligger til grunn for valget av identitetskriterier/regelen i strpl. § 38.

### 2.2.2.1 Hensynet til fremdrift i saken

Hensynet til fremdrift i saken henger sammen med kontradiksjonsprinsippet. Dersom retten stod fritt til å ta opp nye forhold under hovedforhandlingen, ville man ofte være nødt til å utsette saken for å sikre tiltalte den beskyttelsen som kontradiksjonsprinsippet gir. Hensynet til sakens fremdrift tilsier med andre ord at rettens kompetanse til å fravike tiltalebeslutningen må være begrenset.

### 2.2.2.2 Hensynet til rettskraftsreglene

Som nevnt i innledningen er det i teori og praksis antatt at identitetsspørsmålet løses likt i relasjon til §38 og §51. Man må derfor søke å oppnå resultater som er rimelige og heldige både i forhold til § 38 og § 51. Ved den nærmere avgjørelsen av identitetsspørsmålene, vil de hensyn som begrunner reglene og straffedommers materielle rettskraft og regelen i strpl. § 38 stå mot hverandre. Et snevert identitetsbegrep – det vil si at begrensningene i rettens adgang til å endre tiltalen er betydelige – vil i stor grad ivareta de hensyn som begrunner regelen i strpl. § 38, jf anklageprinsippet. Derimot vil et snevert identitetsbegrep i mindre grad ivareta de hensyn som begrunner regelen om rettskraft, nemlig hensynet til tiltaltes behov for å bli ferdig med saken, fordi det da vil være videre adgang til ny sak, jf. bestemmelsen om etterskuddsdom i strl. § 64. Løsningen må derfor bero på en avveining mellom disse kryssende hensyn, slik at både hensynene bak rettskraftsreglene og regelen om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom ivaretas.

### 2.2.2.3 Hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalen

Under hovedforhandling kan det komme frem faktiske opplysninger som påtalemyndigheten ikke var klar over ved tidspunktet for utferdigelsen av tiltalebeslutningen, eller det viser seg at retten har et annet syn på rettsanvendelsen enn det påtalemyndigheten har. I slike tilfeller vil retten ha behov for en viss frihet i forhold til tiltalebeslutningen ved avgjørelse av realiteten.

Rettens behov for å ha en viss frihet i forhold til tiltalebeslutningen fremheves i forarbeidene.<sup>12</sup> Det fremgår av disse at dersom retten var helt ut bundet av tiltalen, ville dette kunne medføre at tiltalen måtte utferdiges med stor grad av nøyaktighet. Videre måtte etterforskningen foretas meget grundig.

Tiltalebeslutningen inneholder en beskrivelse av hvilke handlinger påtalemyndigheten mener tiltalte har begått, og hvilke straffebestemmelser den antar kan anvendes på forholdet, jf. spesifikasjonskravene i strpl. § 252. Den endelige avgjørelsen av realiteten i straffesaken avgjøres imidlertid av retten. På denne bakgrunn anses ikke retten helt ut bundet av den faktiske beskrivelsen og lovanvendelsen som er gitt i tiltalebeslutningen. Beskrivelsen i tiltalebeslutningen er bare et uttrykk for hva påtalemyndigheten mener har skjedd.

## 2.3 Identitetskriterier

Gjennomgangen foran viser at de sentrale hensyn som trekkes inn ved utformingen av regelen i strpl. § 38 til dels trekker i ulike retninger. To kryssende hensyn står sterkt mot hverandre. På den ene siden anklageprinsippet og på den andre hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalen ved lovanvendelsen. På bakgrunn av en avveining av de prinsipielle utgangspunkter, har man i teori og rettspraksis utviklet bindende identitetskriterier for avgjørelsen av hva som anses som samme forhold i relasjon til strpl. § 38 første ledd. Disse identitetskriteriene anses som gjeldende rett; det vil si

---

<sup>12</sup> Se Jurykommissionens uttalelser i Dokument No. 1 (1885) s. 388 (forarbeidene til straffeprosessloven av 1887)



betingelser som må foreligge for at retten skal ha kompetanse til å endre tiltalebeslutningen. Rettsanvender er derfor bundet til å følge disse ved tolkningen.

Til tross for at rettspraksis og juridisk teori trekker opp kriteriene som man må følge ved tolkningen, er det ingen enkel løsning på spørsmålet om hva som anses som samme forhold. Avgjørelsen er som regel meget skjønnsmessig. I rettspraksis brukes ofte den sammenfattende betegnelsen at retten ikke kan dømme for et forhold som rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen gjelder. I Rt 2003 s. 1112 uttales det således at ”avgjørende for om man står overfor samme straffbare forhold, er om forholdet rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen gjelder”.<sup>13</sup> Dette kan riktignok ikke betraktes som en retningslinje for tolkningen, men heller som en betegnelse på resultatet.

### 2.3.1 Samme faktiske forhold

Det første kriteriet som må foreligge for at det skal være snakk om samme forhold, er at det dreier seg om samme *faktiske* forhold. Det er en absolutt betingelse at retten bygger på samme faktiske forhold ved endring av lovanvendelsen for ikke så stride mot strpl. § 38. Dersom retten ved lovanvendelsen bygger på et annet faktisk forhold enn det som er beskrevet i tiltalebeslutningen, går retten utover sin kompetanse etter strpl. § 38 første ledd. Derimot vil en endring av beskrivelsen med hensyn til ”*tid, sted og andre omstendigheter*” som regel ikke forandre forholdets identitet. Dette er kommet eksplisitt til uttrykk i bestemmelsen i § 38 første ledd. Den lovgivningspolitiske begrunnelsen for dette er åpenbar. Når det er rettens oppgave å avgjøre realiteten i en straffesaken må den nødvendigvis kunne bygge på andre kjensgjerninger enn det som er beskrevet i tiltalebeslutningen – sistenevnte gir bare uttrykk for hva påtalemyndigheten mener har skjedd.

Avgjørelsen i Rt 1992 s. 562 er et illustrerende eksempel på at retten er ubundet av den nærmere beskrivelsen av slike omstendigheter. En mann ble dømt for overtredelse av str. § 229 første ledd første straffalternativ og strl. § 227 første ledd sammenholdt med strl. § 62. Domfelte anket dommen til Høyesterett fordi han mente herredsretten hadde

---

<sup>13</sup> Se Rt 1980 s. 360, Rt 1989 s. 1336, Rt 1994 s. 673 og Rt 2003 s. 1112.

gått utenfor tiltalen ved å dømme ham ikke bare for de slag som skjedde inne i samfunnshuset, og som var beskrevet i tiltalen, men også for det som skjedde utenfor samfunnshuset en halv time senere. Domfelte hevdet at tiltalen bare gjaldt forholdene inne i samfunnshuset, og at retten hadde gått utenfor sin kompetanse etter strpl. § 38 når den også dømte for det som skjedde ved drosjen. Retten uttalte at tiltalen gjaldt etter sin ordlyd den legemsbeskadigelsen fornærmede ble påført ved samfunnshuset den aktuelle natten, ved at tiltalte hadde forhold seg slik som beskrevet i tiltalen. Det ble videre uttalt at *”Etter straffeprosessloven § 38 er retten, når det dreier seg om samme straffbare forhold, ubundet av tiltalens beskrivelse av hvor og hvordan slagene falt. Jeg kan ut fra dette ikke se at retten har domfelt for et annet forhold enn den tiltalen gjelder”*. Anken ble dermed forkastet.

Det kan imidlertid være tvil om man står overfor et annet faktisk forhold eller det samme faktiske forhold i en noen annen utforming. En rekke tilfeller er imidlertid løst i rettspraksis. Jeg vil i det følgende se på noen av disse ”typetilfellene”.

Spørsmålet i saken i Rt 1931 s. 409 var om en endring i lovanvendelsen fra tyveri jf. strl. § 257 til underlag jf. strl. § 255 stred mot rettens kompetanse etter strpl. § 38. Tiltalen gjaldt overtredelse av tyveribestemmelsen i strl. § 257. Tiltalte ble imidlertid frifunnet for dette forhold i byretten. Det var likevel bevist at hun tok frakken den aktuelle kvelden. Retten fant det ikke bevist at hun tok frakken i vinnings hensikt, idet retten gikk ut fra at hun tok vare på den og ikke for å stjele den. Statsadvokaten anket dommen til Høyesterett. I ankeerklæringen ble det anført at tiltalte må ha gjort seg skyldig i underslag ved å beholde frakken et par dager før den ble overgitt til rette eier. Høyesterett forkastet anken. I tiltalebeslutningen var hun bare tiltalt for uten besitterens samtykke å ha borttatt eller medvirket til borttagelsen av en gjenstand da hun den aktuelle natten tok frakken. Dette forhold ble hun frifunnet for. Hva hun senere har foretatt seg med frakken er en helt ny handling som ikke er omhandlet i tiltalebeslutningen, og retten kan da ikke dømme for dette. Avgjørelsen viser at når tiltalen gjelder tyveri, og tiltalte ikke finnes skyldig i dette, kan ikke retten prøve om tiltalte ved en senere befatning med gjenstanden har gjort seg skyldig i underslag.

Avgjørelsen i Rt 1993 s 1513 gjaldt forholdet mellom ran og etterfølgende bistand. To brødre var tiltalt for medvirkning til ran, men lagretten svarte nei på spørsmålet. Uten at statsadvokaten endret tiltalen i henhold til straffeprosessloven § 254 stilte retten tilleggsspørsmål om det forelå etterfølgende bistand, jf. den tidligere bestemmelsen i strl. § 320. Retten uttalte:” *Slik gjerningsbeskrivelsen i tiltalen i dette tilfellet er utformet, knyttes den avtalte medvirkning til ranet og avsluttes ved fullbyrdelsen av dette. Lagretten har svart nei på spørsmålet om det forelå slik medvirkning. Den etterfølgende bistand med ransutbyttet – selv om bistanden er skjedd etter avtale forut for ranet – er beskrevet i tilleggsspørsmålene på en slik måte at den må anses som et annet straffbart forhold*”. Ran og etterfølgende bistand anses som forskjellige faktiske forhold. Domfellelsen var dermed i strid med strpl. § 38 første ledd.

Saken i Rt 1996 s. 1539 gjaldt forholdet mellom § 22 første ledd og § 22 annet ledd i Veitrafikkloven av 18. juni 1965 nr. 4 (heretter forkortet vtrl.). Siktelsen bygget på at siktede hadde kjørt i alkoholpåvirket tilstand, jf. vtrl. § 22 første ledd. Lagmannsretten la imidlertid i sin kjennelse til grunn at siktede enten hadde kjørt bil i påvirket tilstand eller overtrådt vtrl. § 22 annet ledd ved å ha drukket *etter* det kjøreuhell som inntraff. Vedkommende påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Han anførte at det er feil saksbehandling av lagmannsretten å bygge på at han overtrådt enten første eller annet ledd i veitrafikkloven, som begge gir grunnlag for beslag av førerkort, når siktelsen bare knytter seg til første ledd.

Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at lagmannsrettens kjennelse måtte oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, idet lagmannsretten som grunnlag for førerkortbeslaget hadde trukket inn forhold som lå utenfor siktelsen. Prinsippet i straffeprosessloven § 38 måtte lede til at avgjørelse om beslag av førerkort ikke kan bygge på andre straffbare forhold enn de siktelsen gjelder. Dette måtte gjelde selv om det var et nært slektskap mellom de forhold som er omhandlet i første og annet ledd i vegtrafikkloven § 22. Lagmannsrettens kjennelse ble derfor opphevet da de hadde gått utover sin kompetanse til å endre lovanvendelsen i henhold til strpl. § 38.

I de avgjørelsene som er behandlet ovenfor, gis ingen direkte begrunnelse for at straffansvaret anses å bygge på ulike faktiske forhold, men retten uttaler bare at det dreier seg om ulike straffbare forhold i relasjon til strpl. § 38. Men etter en samlet

vurdering av rettspraksis kan det synes som om det foreligger et annet faktisk forhold dersom dommen begrunnes i omstendigheter som har inntrådt på et annet tidspunkt enn det tiltalen fokuserer på. Et sentralt moment er om man flytter fokus til et annet stadium i hendelsesforløpet. Dette er bakgrunnen for at Hov legger til grunn at retten ikke kan bygge på rettsfakta som i tid ligger før eller etter de som er beskrevet i tiltalebeslutningen.<sup>14</sup>

Dette innebærer at dersom tiltalebeslutningen gjelder tyveri etter strl. § 257, mens retten kommer til at det bør regnes som grovt tyveri eller naskeri etter strl. § 391a, er det utvilsomt snakk om samme forhold, bare henført under en strengere eller mildere straffebestemmelse. Alle tre straffebudene fokuserer på samme stadium i hendelsesforløpet. Dersom man derimot må forflytte seg til et annet stadium på tidsskalaen er det snakk om et annet faktisk forhold. Forholdet mellom tyveri i strl. § 257 og heleri i strl. § 317 er illustrerende. Mens heleribestemmelsen fokuserer på selve borttakelsen i vinnings hensikt, refererer heleribestemmelsen til andres senere befatning med tjuvgodset. Dette er bakgrunnen for at det i rettspraksis er lagt til grunn at det er snakk om forskjellige forhold.

Den reelle begrunnelsen for at Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt 1996 s. 1539 kom til at straffansvaret etter bestemmelsene ikke anses å bygge på samme faktiske forhold, var trolig at straffansvaret etter vtrl. § 22 ledd ikke bygde på tiltaltes forhold under kjøringen slik som i siktelsen, men på hans opptreden *etter* kjøringen. Dette innebærer en forflytning av fokus til et annet tidspunkt/stadium i hendelsesforløpet. Av denne kjennelsen følger at dersom beviset for påvirkning av alkohol under kjøringen svikter, kan ikke retten i stedet dømme for etterfølgende alkoholnyttelse etter § 22 annet ledd.

Dersom retten ikke bygger på samme faktum ved endring av lovanvendelsen, kan man legge til grunn at det gjelder forskjellige straffbare forhold. Virkningen av at retten på denne måten har gått ut over sin kompetanse etter § 38 er at dommen må oppheves.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Se Hov, Rettergang II, Straffeprosess, 1999

<sup>15</sup> Reservasjon fra regelen om at retten må forholde seg til samme faktum gjelder for tilfeller av fortsatt forbrytelse. Her kan retten bygge på deler av forholdet som ikke er nevnt i tiltalebeslutningen.

Kravet om at rettens endring i lovanvendelsen må bygge på nøyaktig eller tilnærmet samme faktum, er ikke det eneste kriteriet for å avgjøre det straffbare forholds identitet. Til tross for at retten bygger på samme faktum som tiltalen, er det ikke gitt at man står overfor samme straffbare forhold. Anvendelse av et nytt straffebed kan likevel innebære at det pådømmes et annet forhold i lovens forstand. I slike tilfeller må man derfor undersøke om de andre identitetskriteriene er oppfylt.

### 2.3.2 Interessesynspunktet

#### 2.3.2.1 Juridisk teori

I eldre juridisk teori var spørsmålet om rettens forhold til tiltalebeslutningens lovanvendelse omstridt, og drøftelsene var særlig konsentrert om tilfeller hvor det er spørsmål om å anvende ytterligere straffebed i idealkonkurrens. Det rådet to ulike oppfatninger vedrørende spørsmålet om det straffbare forholds identitet.

Enkelte hevdet, at så lenge samme faktum ble lagt til grunn ved endringen av lovanvendelsen, stod retten alltid fritt til å anvende det eller de straffebed som passet på handlingen, uavhengig av hva som fremgikk av tiltalen.<sup>16</sup> Dette ville gi domstolene en betydelig frihet til å anvende andre straffebed enn det som gikk frem av tiltalen. En slik regel ville i stor grad ivareta hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalen. Andre anførte det motsatte standpunkt, nemlig at retten var strengt bundet til det som var angitt i tiltalebeslutningen, og at det forelå ett selvstendig straffbart forhold for hvert straffebed som ble anvendt.<sup>17</sup> Et slikt syn ivaretok hensynet til gjennomføringen av anklageprinsippet i betydelig grad.

De ovennevnte oppfatninger var totale motsetninger. På bakgrunn av denne diskusjonen vokste det såkalte interessesynspunktet frem. Dette synspunktet kan betegnes som en mellomløsning og har siden 1940 vært ansett som det tradisjonelle syn i juridisk teori.

---

<sup>16</sup> Se Hagerup, Den norske straffeproseslov, annen utgave, 1905 s. 120, jfr. s.21 flg. og Salomonsen, Den norske straffeproseslov med kommentarer, Bind I, annen utgave 1925 s. 429, jfr. s.433-435

<sup>17</sup> Se Scheel, TfR 1935 s. 1-42

Interessesynspunktet tar utgangspunkt i de interesser de forskjellige straffebestemmelser tar sikte på å beskytte. For å avgjøre det straffbare forholds identitet må man undersøke om det foreligger krenkelse av samme eller forskjellige interesser. I den forbindelse skilles det mellom offentlige interesser på den ene side (ideelle samfunnsinteresser), og private interesser på den andre (f.eks privatpersoners økonomiske interesser, beskyttelse av liv og legeme osv).

Avgjørende er hvorvidt den eller de aktuelle straffebestemmelsene retten vil anvende på forholdet tar sikte på å beskytte den *samme* interesse som den straffebestemmelse tiltalebeslutningen gjelder. Dersom den nye straffebestemmelse er gitt til vern for samme interesse, er det å anse som samme forhold i relasjon til strpl. § 38. 1. Retten er da ikke bundet av den straffebestemmelse som fremgår av tiltalebeslutningen. Dømmer retten derimot etter en straffebestemmelse som beskytter en annen interesse enn den som er tatt med i tiltalebeslutningen, gjelder pådømmelsen et annet forhold, og bestemmelsen i strpl. § 38 vil bli krenket. Retten er da avskåret fra å anvende denne straffebestemmelsen på forholdet. I slike tilfeller vil påtalemyndighetens standpunkt være avgjørende.

Siden det er opp til påtalemyndigheten å avgjøre om et straffbart forhold skal forfølges, samtidig som en domstol nødvendigvis må ha en viss adgang til å dømme etter andre straffebestemmelser enn de påtalemyndigheten har krevd dom for, fremstår interessesynspunktet som en naturlig middelvei ved at retten får adgang til å dømme etter andre straffebestemmelser, men bare så langt disse beskytter samme interesser som de tiltalebeslutningen gjaldt.

Denne begrensningen gjelder både når det er snakk om å dømme etter en annen straffebestemmelse i stedet for den som er angitt i tiltalebeslutningen, og når det er

snakk om å dømme etter en eller flere straffebestemmelser i tillegg til den som er nevnt i tiltalebeslutningen.<sup>18</sup>

### 2.3.2.2 Rettspraksis – Rt 1980 s. 360

Det var tidligere tvilsomt i hvilken grad interessesyndpunktet i sin alminnelighet var en del av gjeldende rett. Det avgjørende gjennombruddet kom ved Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt 1980 s. 360 ("Nittedal-kjennelsen").<sup>19</sup> I denne avgjørelsen la Høyesterett klart til grunn at retten bare har adgang til å endre lovanvendelsen i tiltalebeslutningen dersom den holder seg til straffebestemmelser som beskytter den samme interesse som det tiltalebeslutningen gjelder. Interessesyndpunktet ble etter dette ansett som gjeldende rett.

Saksforholdet var i korte trekk dette følgende: En bilulykke resulterte i dødsfall, og bilføreren ble tiltalt for overtredelse av vegtrafikkloven § 3 jf. § 31, som pålegger trafikkanter *"å ferdes hensynsfullt og være aktpågivende og varsom, slik at det ikke oppstår fare eller voldes skade, og slik at annen trafikk ikke unødig blir hindret eller forstyrret"*. Påtalemyndigheten hadde vurdert spørsmålet om å reise tiltale etter straffeloven § 239 om uaktsomt drap, men kom til at tiltale etter denne bestemmelsen *"etter omstendighetene"* ikke burde reises, uten at det er opplyst noe nærmere om grunnen til dette. Herredsretten dømte likevel for uaktsomt drap, men dommen ble opphevet etter anke til Høyesterett.

Problemstillingen Høyesterett stod overfor, var om overtredelse av vtrl. § 3, jf. § 31 og strl. § 239 var å anse som samme forhold – om retten hadde adgang til å endre å dømme etter strl. § 239 når tiltalen gjaldt overtredelse av vtrl. § 2 jf. § 31.

---

<sup>18</sup> Andenæs hevder derimot at interessesyndpunktet først og fremst er aktuell ved idealkonkurrens, se Norsk Straffeprosess, bind 1, 3.utgave. Dette standpunkt er forenlig med den dissenterende dommer i Rt 1980 s. 360, som uttalte at interessesyndpunktet ikke er anvendelig ved omsubsumsjon.

<sup>19</sup> Avgjørelsen gjaldt forståelsen av § 343 annet ledd i straffeprosessloven av 1887, men avgjørelsen er prinsipiell og får tilsvarende anvendelse på spørsmålet om grensene for det straffbare forholds identitet i relasjon til strpl. § 38 første ledd.

Førstevoterende forsøker å skille bestemmelsens formål og karakter for å vise hvordan de var satt til å beskytte ulike interesser. Han fremhever at vtrl. § 3 har som formål å skape orden og trygghet i trafikken. Regelen har ikke primær karakter av en bestemmelse som er satt til å beskytte private interesser, og legger videre vekt på at det ikke er noen privat fornærmet i straffeprosessuell forstand.<sup>20</sup> Strl. § 239 har etter førstevoterendes oppfatning derimot som sin primære målsetting å beskytte liv, legeme og helbred. Han vektlegger at bestemmelsen står i kapittelet om liv, legeme og helbred og at bestemmelsen derfor direkte beskytter private interesser. Ut fra dette konstaterer førstevoterende at de to bestemmelsene verner forskjellige interesser og derfor har ulike strafferettslige siktemål. I den foreliggende sak hadde således herredsretten dømt tiltalte for et forhold som rettslig sett var av en annen karakter enn det tiltalen gjaldt. Det ble med andre ord dømt for et annet forhold enn det som gikk frem av tiltalebeslutningen. Retten hadde dermed gått utenfor sin kompetanse til å endre lovanvendelsen.

Anklageprinsippet trekkes inn som en sentral del av begrunnelsen for å anlegge interessesynspunktet som identitetskriterium, jf. førstevoterendes prinsipielle uttalelse: *”Det hører under påtalemyndigheten å avgjøre om de sider ved handlingen som § 239 kan knyttes til, skal gjøres til gjenstand for forfølgning. Dersom denne kompetansen tillegges domstolene, får disse etter mitt syn en anklagemyndighet som jeg ikke kan se forenelig med straffeprosesslovens prinsipielle holdning”*. Her ser vi hvordan anklageprinsippet virker som retningslinje for tolkningen av identitetsspørsmålet. Førstevoterende legger vekt på at dette straffeprosessuelle grunnprinsipp ikke krenkes, og velger derfor en løsning som sikrer gjennomføringen av prinsippet.

I denne sammenheng kan også nevne tredjevoterende, dommer Aasland, som slutter seg til flertallet: *”Det er i den foreliggende sak forståelig at vurderingen av dette spørsmål lett kan bli preget av den nærhet i gjerningsinnhold man finner mellom vegtrafikklovens § 3 og straffelovens § 239. Men nettopp derfor må man ved besvarelsen søke hen til de prinsipielle linjer”*. Dette viser at jo mer usikker løsningen på identitetsspørsmålet er,

---

<sup>20</sup> Når førstevoterende benytter formuleringen primære formål, kan det tenkes at bestemmelsen til dels også er satt til å beskytte private interesser (en viss overlapping).



desto større vekt må man legge på de prinsipielle retningslinjene for tolkningen - i dette tilfellet anklageprinsippet.

Mindretallet, representert ved dommer Røstad, hadde imidlertid et annet syn på hvilke interesser de to lovbestemmelsene måtte anses å beskytte. Etter hans oppfatning lå bestemmelsen i vtrl. § 3 innholdmessig så nær opp til den alminnelige straffelovs fare- og skadedelikter, at den i samme grad som disse også måtte sies å beskytte private interesser. Han legger videre mindre vekt på anklageprinsippet, men vektlegger i større grad hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalebeslutningen og rettens autoritet som rettsanvender, og gir uttrykk for at disse hensyn ikke vil bli godt nok ivaretatt ved interessesyndpunktet. Han hevder loven med regelen i § 343 i straffeprosessloven av 1887 har villet gi domstolen det avgjørende ord med hensyn til lovanvendelsen. Dette under henvisning til en fremstilling av dansk straffeprosess av Hurwitz.

Avgjørende for resultatet var dermed hvor stor vekt hensynet tilgjennomføringen av anklageprinsippet skulle ha i forhold til hensynet til rettens behov for frihet i forhold til tiltalen. Flertallet legger avgjørende vekt på anklageprinsippet. Kjennelsen er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser og anses som prejudikat for interessesyndpunktet.

### 2.3.3 Helhetsvurdering

Interessesyndpunktet reiser visse problemer - det har vist seg vanskelig å anvende i praksis og læren er kritisert i juridisk teori.<sup>21</sup> På bakgrunn av svakhetene forbundet med interessesyndpunktet har flere forfattere kommet med innvendinger mot å legge avgjørende vekt på hva slags interesser en bestemt straffebestemmelse kan sies å beskytte når man skal fastlegge hva som anses som samme straffbare forhold i relasjon til strpl.§ 38. Hov er den første i teorien til å hevde at løsningen må bero på en helhetsvurdering<sup>22</sup>. Han konkluderer med at en i stedet for å legge avgjørende vekt på beskyttelsesinteressen bør falle tilbake på en "totalvurdering" av hvilke likheter og

---

<sup>21</sup> Se Jo Hov Interesseteoriene i straffeprosessen, festskrift til Johs. Andenæs

<sup>22</sup> Se Jo Hov (Interesseteoriene i straffeprosessen)

forskjeller det er mellom den straffebestemmelsen tiltalen gjelder, og den straffebestemmelse det er aktuelt å dømme etter. Andenæs gir uttrykk for at interesseteorien utgjør et brukbart utgangspunkt, selv om det ikke alltid gir noe sikkert svar. Han mener derfor at det i enkelte saker kan være nødvendig å foreta en mer omfattende helhetsvurdering for å avgjøre det straffbare forholds identitet.<sup>23</sup>

Høyesterett har også åpnet for at utgangspunktet må søkes i en helhetsvurdering, slik at interessesympunktet ikke lenger skal være det avgjørende identitetskriteriet. Det første skritt i denne rettsutviklingen ble tatt i Rt 1989 s. 1336. Spørsmålet i denne saken var om byretten hadde dømt for et annet forhold enn det tiltalen gjaldt. Spørsmålet var om byretten var berettiget jf strpl. § 38 til å henføre det faktiske forhold under straffeloven § 135a når tiltalen og for øvrig påtalemyndighetens påstand under hovedforhandlingen utelukkende var basert på straffeloven § 390a. Førstevoterende uttalte i den forbindelse: ”Jeg antar at byretten ved dette har fraveket bestemmelsen i straffeprosessloven § 38 første ledd, idet retten har dømt for et forhold som rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen gjelder. Det henvises i denne sammenheng til Høyesteretts kjennelse i Rt 1980 s. 360 [...] Ut fra en helhetsvurdering der jeg også tar hensyn til hvilke interesser de to bestemmelsene skal beskytte, finner jeg at disse to straffebestemmelser er så forskjellig at byretten må anses å ha gått utenfor sin kompetanse”. Uttalelsen viser at spørsmålet om man står overfor samme forhold, må avgjøres ut fra en helhetsvurdering, hvor den interesse som bestemmelsen skal beskytte bare er ett av flere momenter. I denne saken var det langt på veg snakk om forskjellige interesser, men Høyesterett søkte likevel løsningen i en helhetsvurdering.

At det må foretas en helhetsvurdering legges også til grunn i Rt 1994 s 1264. Tiltalen gjaldt blant annet overtredelse av vtrl. § 31 jf. § 10 første ledd for ikke å ha etterkommet lensmannens tegn om å stoppe. Herredsretten fant at forholdet også kunne rammes av straffeloven § 127 om vold mot politiet, og tiltalte ble dømt også for slik overtredelse. Høyesterett kom til at herredsretten her hadde gått utenfor det forhold som tiltalen angikk jf strpl. § 38. De aktuelle straffebud ble ikke ansett for å verne samme interesse. Herredsrettens dom ble dermed opphevet for så vidt gjaldt domfellelsen etter strl. § 127.

---

<sup>23</sup> Se Straffeprosess i første instans, 1962 s.296, Andenæs

Retten uttalte at ”Ved avgjørelsen av om retten har adgang til å dømme etter andre straffebud enn tiltalen gjelder, er det (...) nødvendig å fastslå det straffbare forholds identitet, eller hva som er samme straffbare forhold. Tradisjonelt har man her først og fremst spurt om de aktuelle straffebud verner den samme interesse, se særlig Rt 1980 side 360. Det er imidlertid på det rene at det også må foretas en helhetsbedømmelse, jf. Rt 1989 side 1336”. Det fremheves at spørsmålet om man står overfor samme straffbare forhold ikke kan avgjøres bare ut fra hvilke interesser straffebudene tar sikte på å beskytte, men at det også må foretas en helhetsvurdering.

Etter denne enstemmige dommen må rettsstilstanden anses klarlagt, i den forstand at spørsmålet om hva som er samme forhold beror på en helhetsvurdering.<sup>24</sup> Høyesterett har dermed foretatt en dreining i rettsutviklingen ved å gi uttrykk for at det ved siden av å legge vekt på straffebestemmelsens beskyttelsesinteresse også må foretas en helhetsvurdering. Det er ikke lenger tilstrekkelig å drøfte utelukkende hvorvidt straffebudene verner samme eller forskjellige interesser. Selv om straffebudene langt på vei verner lignende interesser, er det ikke uten videre snakk om samme forhold. Selv om begge straffebudene verner offentlige interesser kan de rettslig sett ha såpass forskjellig karakter at det etter en helhetsvurdering vil være naturlig å konkludere med at det er snakk om forskjellige straffbare forhold.

Det er vanskelig å oppstille klare og uttømmende momenter som inngår i denne helhetsvurderingen. Jeg vil derfor bare skissere momenter som i større eller mindre grad kan få betydning og forsøke å si noe om de ulike momentenes vekt. Høyesterett sier ikke eksplisitt hvilke momenter det gjelder, og begrunner som regel resultatet sitt i interessesynspunktet. Trolig vil den legislative bakgrunnen for strpl. § 38 utgjøre en viktig retningslinje for hvilke momenter som inngår i denne helhetsvurderingen, samt andre reelle hensyn. Noen momenter er dessuten kommet til uttrykk i teorien.

Selv om interessesynspunktet ikke lenger er utgangspunktet for avgjørelsen av hva som er samme forhold, vil synspunktet i mange tilfeller fortsatt ha stor betydning.

---

<sup>24</sup> Denne rettsutvikling synes for så vidt å være i samsvar med uttalelser i forarbeidene til straffeprosessloven av 1887, jf. sitat hos Andenæs, Norsk straffeprosess I, 2.utg (Oslo 1994) s. 317.

Interessesynspunktet har fortsatt stor betydning der det er klart at straffebudene tar sikte på helt ulike interesser. I disse tilfellene vil det som godt som aldri være snakk om samme forhold, og synspunktet vil ha betydelig vekt.

Men det er bare når de aktuelle straffebudene verner helt ulike interesser at interessesynspunktet alene kan begrunne at det er snakk om forskjellige forhold. I andre tilfeller vil det være mindre klart om det dreier seg om ulike interesser. Da kan det være grunn til å tillegge interessesynspunktet mindre vekt. Her gir ikke interessesynspunktet anvisning på sikre løsninger, og resultatet bør derfor søkes i de øvrige momentene i helhetsvurderingen.

Det fremheves av enkelte i den juridiske teori at likheter i den objektive gjerningsbeskrivelsen i de aktuelle straffebud inngår som et moment i denne helhetsvurderingen.<sup>25</sup> Resonnementet er at ulike straffebud vil som regel inneholde forskjellige betingelser for at straff kan komme til anvendelse. Hvor det er vesentlig ulikhet mellom straffbarhetsbetingelsene i de aktuelle straffebud, er det lite naturlig å si at det dreier seg om samme straffbare forhold. Straffebudene vil da ha ulik rettslig karakter, og anklageprinsippet taler mot at retten skal ha adgang til å foreta en endring i lovanvendelsen. Når ulikhetene i straffbarhetsbetingelsene ikke er vesentlige, taler dette for at det dreier seg om samme forhold.

Det er likevel tvilsomt at forskjeller i den objektive gjerningsbeskrivelsen inngår i vurderingen ut fra et tradisjonelt syn. Ulikheter i straffbarhetsbetingelser nevnes ikke som en del av begrunnelsen i avgjørelsene, og det er derfor ikke naturlig å tro at dette er et moment som påvirker resultatet i betydelig grad. Så stor usikkerhet med dette at man ikke uten videre kan legge til grunn at dette er et moment som inngår i vurderingen.

---

<sup>25</sup> Se Gunnleiksrud og Johansen, I hvilken grad retten kan anvende et annet straffebud enn det tiltalen gjelder, JV 1996 s. 44-59.

### 3 Identitetsvurderingen etter EMK P7 art. 4 nr. 1

#### 3.1 Regelens innhold

Den engelske originalversjonen av EMK P 7 art. 4 har overskriften ”Right not to be punished twice”, og bestemmelsen i nr. 1 lyder slik:

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 as already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

Den norske oversettelsen har følgende ordlyd:

Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaken i denne stat.

EMK P 7-4 nr. 1 fastsetter at den som er blitt endelig domfelt eller frikjent i en straffesak, ikke kan straffeforfølges på nytt i vedkommende stat for den eller de straffbare handlinger han endelig er domfelt eller frikjent for.<sup>26</sup> Bestemmelsen setter således et generelt forbud mot to retterganger – bade gjentatt straff og straffeforfølgning for samme forhold (”ne bis in idem”).<sup>27</sup> Det er derfor ikke tilstrekkelig at vedkommende frifinnes i prosess nummer to for å gå klar av regelen. Som Domstolen uttaler blant annet i saken *Gradinger mot Østerrike* er formålet med bestemmelsen ”to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision”.<sup>28</sup> Dersom en sanksjon eller et inngrep har karakter av straffeforfølgning, og det ikke er snakk om et midlertidig rettergangsskritt under etterforskning, inntreer sperrevirkning etter P 7-4 nr. 1 når forfølgningen er avsluttet med endelig avgjørelse. Dette er en

---

<sup>26</sup> Bestemmelsen ble tilføyd etter monster av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP) art.14 nr 7, men er noe annerledes formulert. Også Den amerikanske menneskerettighetskonvensjonen av 20. november 1969 (AMK) art. 8 nr. 4 fastslår prinsippet, og man snakker da om ”the Double Jeopardy Clause”. (Ordlyden i AMK er ulik EMK og SP: ”An accused person acquitted by a nonappealable judgement shall not be subject to a new trial for the same cause”).

<sup>27</sup> Dette latinske uttrykket betyr direkte oversatt ”ikke to ganger for det samme”.

<sup>28</sup> Se saken *Gradinger mot Østerrike* avsnitt 53, og *Fischer mot Østerrike* avsnitt 22.

konsekvens av at bestemmelsen er en regel om negativ materiell rettskraft, og gir ikke noen regel om litispendens.

Ordlyden i P 7-4 nr.1 reiser en rekke tolkningsspørsmål. EMDs praksis vedrørende bestemmelsen viser at disse tolkningsspørsmål er omfattende og kompliserte. Det samme inntrykk gir de avgjørelser som foreligger fra norske domstoler.

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning gjelder ny forfølgning for samme straffbare forhold som den tidligere saken gjaldt, jf. ” (...) *for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted(...)*”. Dette formuleres som et krav om at de to prosessene må gjelde ”the same offence”. Ordet ”same” fremgår riktignok ikke av bestemmelsens ordlyd, men EMD har lagt til grunn at dette følger av ordet ”again”. I Fischer-dommen uttales det således: ”...*the wording of Article 4 of Protocol No. 7 does not refer to the same offence but rather to trial and punishment again for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted...*”

Den nærmere avgrensningen av dette identitetsspørsmålet må gjøres på bakgrunn av en tolkning, og kan i stor grad sammenlignes med spørsmålet om hva som anses som samme straffbare forhold i relasjon til strpl. §§ 38 og 51.

### 3.2 Legislativ begrunnelse for prinsippet om ne bis in idem

#### 3.2.1 Hensynet til den som er involvert i prosessen

Det avgjørende hensyn bak bestemmelsen, er hensynet til at den som er involvert i prosessen skal gis en beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for et forhold som endelig er avsluttet. Avgjørelsen i Rt 2002 s. 557 kan tjene som illustrasjon: her uttalte førstevoterende at hovedhensynet bak bestemmelsen er ”å gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for det som allerede er straffesanksjonert fra samfunnets side ved endelig avgjørelse”. Dette har sammenheng med hensynet til individets sikkerhet og forutberegnelighet. Regelen skal sikre at den som er involvert i en prosess, på et gitt tidspunkt skal kunne innrette seg på at saken er ferdig og endelig avgjort.

Dette hensynet har særlig vekt i de tilfeller der man bør kunne ha en berettiget forventning om ikke å bli utsatt for en ny forfølgning. Hensynet har derfor størst vekt dersom det foreligger *frifinnelse* i første sak. Det vil skape betydelig usikkerhet om den som er frifunnet på nytt skal bli stilt til ansvar for handlingen. Har anklagede en slik berettiget forventning om at saken er endelig avsluttet, vil det derfor være urimelig om saken tas opp på ny.

For den som er *domfelt*, vil ikke det samme hensyn gjøre seg gjeldende for så vidt det fremmes sak med sikte på å ilegge ytterligere sanksjoner som følge av lovovertrædelsen. Ved slik kumulasjon av sanksjoner kan det anføres at dette hensynet svekkes dersom systemet er velkjent for vedkommende. Det vil foreksempel ikke komme som noen overraskelse for den som har tatt førerkort i Norge, at promillekjøring medfører inndragning av førerkortet. Også andre dobbeltsporede sanksjonssystemer er så vidt velkjente at siktede i stor grad kan forutse den totale reaksjonen når han domfelles. I slike tilfeller vil ikke hensynet til å kunne innrette seg etter at saken er endelig avgjort, veie tungt. Men å utsettes for offentlig rettergang kan være en belastning selv om det bare er snakk om å ilegge ytterligere sanksjoner. Det er derfor rimelig at de sanksjoner staten vil ilegge lovbrøteren, avgjøres under ett i rettergangen.

### 3.3 Identitetskriterier

Spørsmålet under dette punkt er hvilke kriterier som legges til grunn ved vurderingen av hva som anses som "the same offence" i relasjon til P-7 art. 4 nr. 1. EMD har i noen avgjørelser ved tilfeller av idealkonkurrens vurdert rekkevidden av bestemmelsen i P-7 art. 4 nr. 1 ved bruk av administrative og strafferettslige sanksjoner og gjennom disse gitt anvisning på de kriteriene den benytter for å avgjøre identitetsspørsmålet. På bakgrunn av en analyse og vurdering av EMD praksis og norsk høyesterettspraksis vil jeg forsøke å klarlegge de identitetskriteriene EMD anvender for å avgjøre spørsmålet om hva som anses som samme straffbare forhold.

### 3.3.1 Konvensjonspraksis

#### 3.3.1.1 Gradinger mot Østerrike

I saken *Gradinger mot Østerrike*<sup>29</sup> var forholdet at klageren hadde kjørt på en syklist som ble drept. Anklagen lød på uaktsomt drap under påvirkning av alkohol etter straffeloven, men Gradinger ble av retten dømt for uaktsom kjøring med døden til følge. Retten konkluderte med at alkoholkonsentrasjonen ikke var høy nok til å bli rammet av straffelovens strengere bestemmelse. For at denne skulle komme til anvendelse måtte alkoholkonsentrasjonen under kjøringen være 0,8 gram pr. liter blod eller mer.

To måneder senere ble han imidlertid av et forvaltningsorgan ilagt en bot med subsidiær fengselsstraff for kjøring under alkoholpåvirkning etter vegtrafikkloven. Avgjørelsen var basert på en ny medisinsk rapport, hvor det fremgikk at alkoholkonsentrasjon under kjøringen hadde vært minst 0,95 gram pr liter. EMD fant at det forelå brudd på forbudet i P 7- 4 nr. 1 mot gjentatt straffeforfølgning

Fra statens side ble det hevdet at de aktuelle bestemmelsene i straffeloven og vegtrafikkloven måtte kunne anvendes ved siden av hverandre under henvisning til at de var av forskjellig karakter og skulle ivareta ulike formål. Straffelovens bestemmelse rammet uaktsomt drap, og var satt til å beskytte den personlige integritet. Vegtrafikklovens bestemmelse rettet seg mot kjøring under alkoholpåvirkning i seg selv, og hadde som formål å trygge trafikksikkerheten generelt. Domstolen fremhevet at den var *”fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose [...] Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7.”*<sup>30</sup> Det fremgår av denne uttalelsen at EMD legger avgjørende vekt på at begge sanksjonene var basert på *samme faktiske handling* (*“the same conduct”*). Forskjellene i straffebudenes karakter, utforming og formål var etter EMDs oppfatning ikke tilstrekkelige til at overtredelsene kunne betraktes som forskjellige straffbare forhold.

---

<sup>29</sup> Sak nr 15963/90

<sup>30</sup> Se avsnitt 55



Avgjørelsen viser at Gradinger var rettskraftig frifunnet for å ha vært påvirket over grensen på 0,8 i den første saken mot ham. Når påvirkningens omfang hadde vært tema i den første saken måtte dette anses for å være rettskraftig avgjort, slik at staten ikke kunne reise ny sak. Ut fra en tradisjonell norsk identitetsvurdering, kan det ikke være tvilsomt at man her måtte ha lagt til grunn at forfølgningene gjaldt forskjellige straffbare forhold, jf. interessesynspunktet.

### 3.3.1.2 Oliveira mot Sveits

Rekkevidden av P 7-4 nr. 1 kom på nytt opp i saken *Oliveira mot Sveits* (dissens).<sup>31</sup> Forholdet i saken var at Oliveira mistet kontrollen over bilen på islagt føre, og forårsaket trafikkulykke med alvorlig skade på den andre føreren. Hun ble først ilagt en administrativ bot etter vegtrafikkloven for ikke å ha innrettet kjøringen etter vegforholdene. Deretter ble hun dømt etter straffeloven for uaktsomt å ha forvoldt skade på person som følge av kjøringen. EMD kom til at det ikke forelå brudd på forbudet i P 7-4 nr. 1. En dommer dissenterte og viste til Gradingersaken hvor resultatet ble motsatt på omtrent samme faktiske grunnlag.

Domstolen gav følgende begrunnelse for resultatet: *"this is a typical example of a single act constituting various offences (concur idéal d'infractions). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split into two separate offences[...]* There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offence one criminal act constitutes two separate offences."<sup>32</sup> EMD mener altså at saken representerer et typisk eksempel på idealkonkurrens. Det vil si at den sammen handling ("criminal act") var å anse som overtredelse av to straffebed ("offences"). P7-4 nr.1 setter ikke noe generelt forbud mot dette, men rettet seg etter Domstolens syn mot straffeforfølgning to ganger for samme straffbare handling ("twice for the same offence").

---

<sup>31</sup> Sak nr. 25711/94

<sup>32</sup> Se avsnitt 25 og 26

Forbudet i P 7-4 nr. 1 er ikke til hinder for at ulike sider av samme handling kan reguleres i forskjellige prosesser, men rettet seg etter Domstolens syn mot straffeforfølgning to ganger for samme straffbare handling. EMD uttalte at det var uheldig saksbehandling å dele opp behandlingen, men dette var ”*irrelevant as regards compliance with Article 4 of Protocol No. 7*”, jf. avsnitt 27.

Det resultatet EMD kom til i denne saken, samsvarer med norsk identitetslære. De interesser straffebudene skulle beskytte var vesensforskjellige, og det var også så stor forskjell på gjerningsbeskrivelsene i straffebudene at sakene også etter tradisjonell norsk identitetsvurdering må anses å gjelde forskjellige straffbare forhold.

### 3.3.1.3 Ponsetti og Chesnel mot Frankrike

Oliveira-saken ble fulgt opp i avvisningsavgjørelsen *Ponsetti og Chesnel mot Frankrike*.<sup>33</sup> Bakgrunnen for saken var at klagerne i flere år hadde unnlatt å levere selvangivelser og momsoppgaver innen fristen til skattemyndighetene. For dette ble de ilagt tilleggsskatt for overtredelse av skatteloven. Deretter ble de dømt etter straffeloven for å ha unnlatt å levere selvangivelse i den *hensikt* å unndra seg skatt (skattebedrageri). Ponsetti og Chesnel gjorde overfor EMD gjeldende at det forhold at de var ilagt tilleggsskatt og dømt for skattebedrageri innebar at de var straffet to ganger for det samme forholdet. Domstolen fant at det ikke forelå brudd på forbudet i P 7-4 nr.1.

Selv om handlingene, dvs unnlattelse av å levere selvangivelse, og faktisk utvist skyld og de krenkede interesser var de samme, kom EMD til at det ikke var samme straffbare forhold. Begrunnelsen var at de aktuelle bestemmelsene som ble anvendt i idealkonkurrens, var forskjellige blant annet med hensyn til skyldgrad. Den administrative reaksjonen rammet det å ikke levere pliktige oppgaver til rett tid, hvilket ble avgjort på objektivt grunnlag. At tilleggsskattens størrelse ble fastsatt på grunnlag av en konkret skyldvurdering var da uten betydning. Straffereaksjonen rammet det å ikke levere oppgaver i den *hensikt* å unndra seg skatteplikten, og utvist skyld var en forutsetning for anvendelse av den aktuelle lovbestemmelsen. EMD tillå denne

---

<sup>33</sup> Sak nr 36855/97

forskjellen vesentlig vekt og fant at det forelå to forskjellige straffbare forhold, ettersom de to bestemmelsene ”do not relate to the same offence”.<sup>34</sup> Klagen ble avvist som åpenbart ugrunnet.

#### 3.3.1.4 Fischer mot Østerrike

De avgjørelsene som er omtalt over kan oppfattes som noe motstridende. I saken *Fischer mot Østerrike* går EMD inn på forskjellen mellom disse sakene og søker å klargjøre forholdet mellom Oliveira-, Ponsetti og Chesnel avgjørelsene på den ene siden og Gradinger-avgjørelsen på den andre.<sup>35</sup> I dommen forsøker EMD å trekke en grense mellom de idealkonkurrenstillfellene som rammes og de som ikke rammes av forbudet i P7-4 nr 1. Avgjørelsen anses som en foreløpig avklaring og utvikling av spørsmålet om hva som skal anses som samme straffbare forhold (”same offence”) i relasjon til P7-4 nr. 1.

Forholdet i saken var at Fischer under påvirkning av alkohol kjørte på en syklist som ble alvorlig skadet og senere døde av skadene. Administrative myndigheter ila klageren straff etter vegtrafikkloven for promillekjøring. Han ble deretter domfelt etter straffeloven for uaktsomt drap under påvirkning av alkohol. Etter EMDs syn var denne saken meget lik Gradinger-saken, og Domstolen kom til at de to forfølgningene måtte anses å gjelde samme straffbare forhold (”the same offence”)<sup>36</sup>. Det forelå dermed brudd på forbudet i P7-4 nr. 1.

Domstolen understreker at spørsmålet om forbudet mot dobbeltforfølgning avhenger av sammenhengen mellom de to lovbruddene. Det fremgår av denne dommen, at det er en grunnleggende forutsetning for at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning skal komme til anvendelse, at de to forfølgningene har sitt grunnlag i samme faktiske handling (”on the basis of one act”).<sup>37</sup> EMD fant at begge reaksjonene gjaldt samme faktiske

---

<sup>34</sup> I Fischer-saken er dette presisert til at ”the offences in question differed in their essential elements”. (avsnitt 26)

<sup>35</sup> Sak nr. 37950/97

<sup>36</sup> Avsnitt 29

<sup>37</sup> sml Gradinger-saken hvor formuleringen ”same conduct” er brukt.

handling. Det at forfølgningene gjelder de samme faktiske handlingene, er imidlertid ikke tilstrekkelig for at P 7-4 nr. 1 skal hindre ny forfølgning.

EMD fremhever at P 7-4 nr. 1 i utgangspunktet ikke er til hinder for at én straffbar handling kan anses som overtredelse av mer enn ett straffebud (idealkonkurrens).

I slike tilfeller kan Domstolen imidlertid ikke begrense seg til bare å konstatere at det foreligger to lovbrudd med forskjellige betegnelser. I noen tilfeller vil alle de straffbare sider etter den ene bestemmelsen også være omfattet av den andre, mens i andre vil de to straffebudene bare i liten grad ha samme virkefelt. Avgjørende for om det er adgang til to forfølgninger, er om de to straffebudene danner grunnlag for forfølgningen inneholder samme hovedelementer (*"the same essential elements"*).<sup>38</sup> I avsnitt 25 er dette formulert slik: *"Thus, where different offences based on one act are prosecuted consecutively, one after the final decision of the other, the Court has to examine whether or not such offences have the same essential elements"*. Denne vurderingen må skje på grunnlag av en sammenligning av beskrivelsene av vilkårene for anvendelsen av straffebudene. Er svaret bekreftende foreligger dobbeltbehandling i strid med bestemmelsen.

Det springende punkt i saken var derfor om de to straffebestemmelsene inneholdt de samme hovedelementer. Til tross for at kravene etter loven var forskjellige med hensyn til følgesiden og de krenkede interesser ikke var sammenfallende (ren promillekjøring mot promillekjøring med dødsfølge), ettersom integritetskrenkelsen kom i tillegg, mente EMD likevel at de *"essential elements"* var de samme. Det ble dermed konstatert brudd på forbudet mot dobbelforfølgning i P7-4 nr. 1.

Det avgjørende for retten i Fischer-saken var dermed at begge reaksjonene hadde sitt grunnlag i samme handling (*"on the basis of one act"*) og at de grunnleggende elementene i de straffebudene som utløste reaksjonene i det vesentlige var de samme.

Dersom forholdet i Fischer-saken var blitt bedømt ut fra tradisjonell norsk identitetslære, ville man sagt at straffebestemmelsene i vegtrafikkloven § 31 jf. § 22 og

---

<sup>38</sup> Se avsnitt 23-27

bestemmelsene i straffeloven om uaktsomt drap § 239 beskytter såpass forskjellige interesser at overtredelse av disse bestemmelsene må anses som forskjellige straffbare forhold, jf interessesynspunktet.

### 3.3.2 Avgjørelser i Høyesterett

Avgjørelsene i EMD har blitt sentrale rettskilder for Høyesterett når det gjelder tolkningen av bestemmelsen i P 7- 4 nr. 1. Spørsmålet om rettskraftens rekkevidde i P 7-4 nr. 1 har kommet opp for norsk Høyesterett i en rekke saker. I disse foretar Høyesterett en grundig gjennomgang av det foreliggende rettskildematerialet – EMD praksis.

#### 3.3.2.1 Rt 2002 s. 557 Tilleggsskatt II

Forholdet i denne saken var at henholdsvis økonomidirektør og administrerende direktør i et selskap hadde unnlatt å oppgi skattepliktig fordel ved innløsning av akseopsjoner i sine selvangivelser. For dette ble de av skattemyndighetene ilagt forhøyet tilleggsskatt, jf. Ligningsloven av 13. juni 1980 nr. 24 § 10-2 nr 1 jf § 10-4 nr 1, 2. punktum. Deretter ble de tiltalt for grovt skattesvik i de samme inntektsårene, jf ligningsloven § 12-2 jf. § 12-1 nr 1 bokstav a. Høyesterett kom til at dette var i strid med forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK P7 art 4 nr 1.

Førstevoterende understreker at en forutsetning for at forbudet får anvendelse, er at forfølgningene gjelder samme faktiske handling ("the same conduct"), og viser til saken *Gradinger mot Østerrike*. Han legger til grunn at dette kravet er oppfylt. Dommer Bruzelius uttaler videre under henvisning til *Fischer-saken* at det heller ikke må være noen vesensforskjell på straffebehandlingene i de to sanksjonsbestemmelsene det er snakk om å anvende – de må ikke skille seg fra hverandre "in their essential elements". Denne vurderingen må skje på grunnlag av en sammenligning av beskrivelsene av vilkårene for anvendelsen av sanksjonsbestemmelsene (s.567). Førstevoterende foretar dermed en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelsen i § 10-2 nr. 1 og § 12-1 nr. 1 bokstav a, og legger til grunn at de er sammenfallende. Videre legger han også til grunn at det er de samme subjektive vilkår som gjelder i bestemmelsene. Denne konkrete sammenligningen førstevoterende foretar, tyder på at vurderingen av hva som er "same

essential elements” omfatter både objektive og subjektive straffebeholdelser. Førstevoterende konkluderer deretter *”At vi her har å gjøre med to lovbrudd som er bygget på de samme ”essential elements”, er ikke tvilsomt”*. Da begge sanksjoner gjaldt samme straffbare forhold (*”the same offence”*) var dermed strafferettslig forfølgelse avskåret.

### 3.3.2.2 Rt 2002 s 497 Tilleggsskatt III

Spørsmålet i saken var om en rettskraftig straffedom etter ligningsloven § 12-1 nr 1 litra a for skattesvik var til hinder for ileggelse av forhøyd tilleggsskatt for årene som var omfattet av straffesaken jf ligningsloven § 10-2 nr 1 jf § 10-4 nr 1, 2. punktum, jf EMK protokoll 7 art 4. nr. 1.

Førstevoterende legger til grunn at for at forfølgningene skal anses å gjelde samme straffbare forhold, er det en forutsetning at de gjelder samme faktiske handling (*”the same conduct”*). Videre er det krav om at det ikke må være noen vesensforskjell på straffbarhetsbetingelsene i de straffebud det er snakk om å anvende – de må ikke skille seg fra hverandre *”in their essential elements”*. Dommer Skoghøy presiserer at denne vurderingen må *” først og fremst skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud”*.

Ettersom forfølgningene gjaldt samme faktiske handling og det objektive gjerningsinnholdet i bestemmelsene ikke skilte seg fra hverandre på vesentlige punkter, fant Høyesterett at ileggelse av forhøyd tilleggsskatt ville stride mot forbudet i P7 art. 4 nr 1.

### 3.3.2.3 Rt 2003 s. 394

I denne saken hadde tiltalte slått en mann i ansiktet slik at han måtte sy et kutt over venstre øye. For dette forholdet vedtok han et forelegg for overtredelse av Løsgjengerloven av 31. mai 1900 nr. 5 § 17 om ordensforstyrrelse i beruset tilstand. Spørsmålet Høyesterett stod overfor var om det vedtatte forelegget stengte for etterfølgende straffesak for overtredelse av straffeloven § 229 om legemsbeskadigelse, jf. EMK P 7 art. 4 nr 1. Retten kom til at forelegget for overtredelse av løsgjengerloven

§ 17 ikke stengte for senere tiltale for overtredelse av straffeloven § 229. Det forelå med andre ord ikke brudd på P7 art 4 nr 1.

Pa bakgrunn av en tolkning av relevant praksis fra EMD, slutter førstevoterende at avgjørende for hvorvidt det er adgang til to forfølgninger er om de to straffebestemmelsene gjelder same faktiske handling ("same conduct") og at de inneholder samme hovedelementer ("the same essential elements"). Det understrekes, under henvisning til Rt 2002 s. 497, at denne vurderingen i første rekke må skje på grunnlag av en konkret sammenligning av de objektive gjerningsbeskrivelsene i de aktuelle straffebud.<sup>39</sup> Dersom denne objektive gjerningsbeskrivelsen er sammenfallende vil man anse det som samme straffbare forhold ("same offence").

Etter en konkret sammenligning finner førstevoterende at det ikke er en sterk sammenheng mellom de to straffeбудenes objektive gjerningsbeskrivelse, men at bestemmelsene derimot rammer vesensforskjellige forhold. Det var dermed ikke i strid med forbudet mot dobbeltforfølgning å fremme saken. Forelegg for overtredelse av drukkenskapsloven stengte ikke for senere tiltale for overtredelse av strl. § 229 første straffalternativ. Ettersom identitetskravet ikke var oppfylt (kravet til same offence), tok ikke retten kravet om avvisning av straffesaken til følge.

### 3.3.3 Sammenfatning

Rettspraksis fra EMD er til dels sprikende og vanskelig å få tak på. Det er derfor ikke helt enkelt å trekke grensen mellom hva som er samme og forskjellige straffbare forhold i relasjon til bestemmelsen i P 7-4 nr.1.

Den konkrete grensedragningen vanskeliggjøres ytterligere av en annet forhold. Det kan synes som om EMD ikke foretar et skarpt skille mellom konkurrensvurderingen og identitetsvurderingen, men at spørsmålet om hva som er samme straffbare forhold til dels følger av hvorvidt det foreligger et tilfelle av idealkonkurrens eller ikke. I norsk rett

---

<sup>39</sup> Se s. 507

går det et klarere skille mellom disse vurderingene. Adgangen til å anvende ulike straffebud ved siden av hverandre på grunnlag av samme straffbare handling (idealkonkurrens) jfr strl. § 62 er et spørsmål av materiell strafferettslig karakter. Det straffeprosessuelle spørsmål er grensen for hva som er samme straffbare forhold. Dersom flere straffebud kan anvendes ved siden av hverandre i idealkonkurrens, er det ikke dermed sagt at det prosessuelt regnes som forskjellige straffbare forhold etter strpl. § 38.<sup>40</sup> Idealkonkurrensspørsmålet angår således ikke identitetsspørsmålet i norsk rett, selv om det er likevel en viss sammenheng mellom disse. Man må likevel ta utgangspunkt i hvordan EMD begrunner avgjørelsene når man skal ta stilling til spørsmålet om det straffbare forholds identitet etter bestemmelsen i P7-4 nr.1.

Avgjørelsen Fischer mot Østerrike viser at bestemmelsen i P7-4 nr.1 i utgangspunktet ikke er til hinder for å anvende straffebud i idealkonkurrens ved etterfølgende dobbeltbehandling. Bestemmelsen setter ikke noe generelt forbud mot dette, men man må i slike tilfeller foreta en nærmere vurdering. Men slik avgjørelsen er begrunnet begrenser det statenes adgang til å anvende straffebud i idealkonkurrens når de i mer eller mindre grad overlapper hverandre.

Videre er P 7 -4 fremdeles såpass ny og det foreligger forholdsvis få avgjørelser fra EMD om rekkevidden av dobbeltforfølgingsforbudet. Det kan derfor være at det fortsatt finnes et utviklingspotensial i EMDs rettskraftslære. De avgjørelser EMD har avsagt har stort sett vært på vegtrafikklovens område, og det er ikke åpenbart at avgjørelser på dette området har overføringsverdi til andre forvaltningsområder. Men ut fra de avgjørelser som foreligger så langt synes EMD å oppstille to identitetskriterier for at forfølgningene skal anses å gjelde samme straffbare forhold ("same offence") i relasjon til EMK P 7-4 nr.1.

### 3.3.3.1 Samme faktiske handling – "same conduct" eller "act"

For det første er det en grunnleggende forutsetning for at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning skal komme til anvendelse at den nye forfølgning gjelder samme

---

<sup>40</sup> Se Andenæs, Norsk Straffeprosess, Bind I, 3. utgave, 2000



faktiske handling – ”the same conduct” eller ”act” – som den tidligere domfellelsen eller frifinnelsen. Det at forfølgningene gjelder de samme faktiske handlingene er imidlertid ikke tilstrekkelig for å bli rammet av forbudet. Dette fremgår blant annet av avgjørelsene Gradinger mot Østerrike og Fischer mot Østerrike.

### 3.3.3.2 ”Same essential elements”

For det andre stilles det også krav om at de straffebud som danner grunnlaget for forfølgningene, ikke skiller seg fra hverandre ”*in their essential elements*”- det kan det ikke være noen vesensforskjell på de straffebud det er aktuelt å anvende. Dette kriteriet fremgår av avgjørelsen Fischer mot Østerrike. Det er vanskelig å trekke ut noen generell regel som fastholder innholdet i begrepet ”same essential elements”. Det fremheves i Rt 2003 s. 394 at ”*selv etter Fischer saken foreligger det en viss usikkerhet om prinsippene for vurderingen av om to straffebestemmelser inneholder samme hovedelementer*”. Spørsmålet om straffebudene skiller seg fra hverandre ”*in their essential elements*”, må trolig avgjøres ut fra en totalvurdering av flere forhold.

I Rt 2002 s. 557 (Tilleggsskatt II) fremhever førstevoterende at vurderingen må skje på grunnlag av en sammenligning av vilkårene for anvendelsen av sanksjonsbestemmelsene. Den påfølgende konkrete sammenligningen tyder på at dette omfatter både de objektive og subjektive elementene. Avvisningsavgjørelsen Ponsetti og Chesnel mot Frankrike kan også tyde på at både objektive og subjektive vilkår er relevante i vurderingen. Avgjørelsene viser at det neppe er fullstendig irrelevant hvilken skyldgrad de aktuelle straffebudene krever, selv om dette spiller en underordnet rolle i vurderingen.

På den annen side, i avgjørelsen i Rt 2002 s. 497, presiserer Dommer Skoghøy at denne vurderingen først og fremst må skje på grunnlag av en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud. Med dette klargjøres utgangspunktet for vurderingen av om de straffebudene som påberopes, i tilstrekkelig grad skiller seg fra hverandre. Forskjeller i skyldkrav kan etter dette neppe tillegges noen vekt. Synspunktet er videre fulgt opp i senere avgjørelser og dessuten fått alminnelig tilslutning.<sup>41</sup> Det

---

<sup>41</sup> Se blant annet Rt 2003 s 394

sentrale vurderingstema ved vurderingen av om straffebudene som påberopes, i tilstrekkelig grad skiller seg fra hverandre, er etter dette den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudene.

Videre er det uklart i hvilken grad tilstedeværelsen av forskjellige krenkede interesser skal tillegges vekt i denne vurderingen. I Gradinger-saken ble det fremholdt at Domstolen var fullt klar over at de aktuelle bestemmelsene ”*differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose*”. Selv om Domstolen kom til at disse momentene ikke var tilstrekkelige til å anse forfølgningen i den nye saken å gjelde et annet straffbart forhold, gav den heller ikke uttrykk for at disse var irrelevante. Det kan derfor være naturlig å forstå dommen slik at interessesynspunktet er relevant i vurderingen, men at det ikke tillegges avgjørende vekt i spørsmålet om straffebudene skiller seg fra hverandre i de ”essential elements”. Saken Ponsetti og Chesnel mot Frankrike tyder også på at EMD legger til grunn et interessesynspunkt i dette spørsmålet, men at det har beskjeden vekt.

Skoghøy hevder at det blant annet må legges vekt på hvilke interesser straffebudene tar sikte på å beskytte. Etter hans oppfatning er det nærliggende å forstå de dommer som foreligger fra EMD slik at de i tillegg til forskjeller i den objektive gjerningsbeskrivelsen, også legger vekt på straffebudenes formål og hvilke interesser de skal beskytter.<sup>42</sup>

På den annen side har ikke interessesynspunktet fremstått som et avgjørende moment i vurderingen i de avgjørelsene som foreligger fra EMD. I NOU 2003:7 Tilleggsskatt m.m tolkes Gradingersaken slik at det ikke kan tillegges vekt at den administrative og strafferettslige sanksjon beskyttet forskjellige interesser.<sup>43</sup>

Pa denne bakgrunn kan det legges til grunn at interessesynspunktet nok anses som relevant, men at synspunktet ikke har særlig vekt i vurderingen.

---

<sup>42</sup> Skoghøy, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 (“ne bis in idem”), TfR nr. 1, 2003.

<sup>43</sup> Se Eriksen i NOU 2003:7

Ut ifra de avgjørelsene jeg har behandlet er det klart at vilkårene om at forfølgningen må gjelde samme faktiske handling, og at det ikke er noen vesensforskjell mellom de straffebud som danner grunnlaget for forfølgningen, oppfattes som *kumulative*. Dette innebærer at begge identitetskriteriene må være oppfylt for at forfølgningene skal anses å gjelde samme forhold.

#### **4 Sammenligning av identitetsbegrepene i P 7- 4 og strpl. § 38**

Ut fra de avgjørelser som så langt foreligger fra EMD om protokoll 7 artikkel 4 nr. 1, kan det se ut som om den identitetsvurdering EMD foretar skiller fra den vurdering som foretas etter tradisjonell norsk identitetslære. Spørsmålet er hvorvidt identitetsbegrepet i EMK P7-4 nr.1 gis et videre innhold enn etter de interne bestemmelsene i strpl. §§ 38 og 51. For å besvare dette må man først ta stilling til hvorvidt det er noen forskjell i de identitetskriterier som legges til grunn for vurderingen av hva som anses som samme straffbare forhold, og deretter drøfte hvilken betydning slike eventuelle forskjeller vil ha for rekkevidden av identitetsbegrepene.

##### **4.1 Identitetskriterier**

Avgjørende for om man ut fra EMDs vurdering står overfor samme straffbare forhold, er for det første om forfølgningene gjelder samme faktiske handling. Også etter interne regler om det straffbare forholds identitet er det et vilkår at straffebestemmelsene som det er aktuelt å anvende bygger på samme faktiske forhold. Så langt er identitetsvurderingene som foretas etter bestemmelsene like.

I den videre identitetsvurdering tar imidlertid EMD et annet utgangspunkt. I motsetning til tradisjonell norsk identitetslære, som ved avgrensningen av hva som er samme straffbare forhold tar utgangspunkt i en helhetsvurdering hvor interessesynspunktet tillegges betydelig vekt, legger EMD hovedvekten på om det er noen vesensforskjeller i den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud. Selv om det synes å være et moment ved vurderingen hvilke interesser straffebudene skal beskytte, virker det som om EMDs vurdering først og fremst bygger på en sammenligning av den objektive gjerningsbeskrivelsen i de aktuelle straffebud. Straffebudenes formål og de interesser de tar sikte på å beskytte, spiller i EMDs praksis i alle fall langt mindre rolle enn i norsk straffeprosessrett.

Dette viser at vurderingen av hva som skal anses som samme straffbare forhold skjer etter noe forskjellige kriterier i EMK og norsk straffeprosess for øvrig.

## 4.2 Rekkevidde

Spørsmålet er om disse forskjeller i identitetskriterier og vektleggingen av disse også fører til ulikheter i rekkevidden av identitetsbegrepene. Er rekkevidden av identitetsbegrep videre i EMK P 7-4 nr.1 enn i strpl. §§ 38 og 51?

Som nevnt i kapittel 1, anføres det av forsvaret i Rt 2003 s. 394 at bestemmelsen i P 7-4 nr.1 er mer vidtrekkende enn interne rettskraftsregler. Høyesterett kommer likevel ikke med noen generell vurdering av rettskraftens rekkevidde og avklarer dermed ikke spørsmålet om hvorvidt den rettskraftsvurdering som EMD foretar i relasjon til EMK P 7-4 nr. 1 skiller seg fra den som foretas etter tradisjonell norsk rettskraftslære. Det er videre antydning i juridisk teori at identitetsbegrepet muligens gis et videre innhold etter EMK P7-4 nr. 1 enn etter bestemmelsene i strpl. §§ 38 og 51.<sup>44</sup>

Den ulike vektleggingen av straffeбудenes beskyttelsesinteresse fører trolig til at identitetsbegrepet etter protokoll 7 art 4 nr. 1 ofte blir noe mer omfattende enn etter en tradisjonell oppfatning av strpl. §§ 38 og 51. For selv om den objektive gjerningsbeskrivelsen ikke skiller seg fra hverandre i vesentlig grad, og man anser forfølgningene å gjelde samme straffbare forhold, vil straffeбудene kunne sies å beskytte ulike interesser slik at det derfor ikke foreligger identitet mellom straffeбудene likevel. Dette må som regel føre til at identitetsbegrepet etter protokoll 7 artikkel 4 blir noe mer omfattende enn etter et tradisjonelt norsk identitetsbegrep. Det finnes imidlertid såpass få avgjørelser fra EMD om dobbeltforfølgning, at det er vanskelig å ha noen sikker formening om dette.

Det kan hevdes at disse forskjellene ikke er så store, og at det er vanskelig å fastslå nøyaktig hvor vidt identitetsbegrepet er. Selv om identitetsvurderingen i intern rett på den ene side og i EMD på den annen side foregår etter noe forskjellige kriterier, må forskjellen likevel ikke overdrives. Førstevoterende i Rt 2003 s. 1376 uttaler således at *”Selv om det neppe kan legges til grunn at vurderingskriteriene etter EMK faller helt ut sammen med kriteriene for hva som anses som samme krav ved anvendelsen av strpl. §*

---

<sup>44</sup> Se Skoghoy, Omfanget av den negative rettskraft av avgjørelser om straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4, festskrift til Per Henrik Lindblom, 2004.

*51 kan jeg vanskelig se at vurderingen kan falle forskjellig ut i dette tilfellet”.*<sup>45</sup> Men selv om bedømmelsen i praksis nok i noen tilfeller vil kunne lede til samme resultat, er det en viktig prinsipiell forskjell på tilnæringsmåten. På denne bakgrunn må det også legges til grunn at resultatet i enkelte tilfeller kan bli forskjellige, og da slik at identitetsbegrepet etter EMK blir noe videre enn etter norsk rett.<sup>46</sup>

Konklusjon blir derfor at identitetsbegrepet EMK P 7-4 nr.1 er videre enn identitetsbegrepet i intern straffeprosessrett.

---

<sup>45</sup> Se avsnitt 39.

<sup>46</sup> Se Skoghøy, Omfanget av den negative rettskraft av avgjørelser om straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4, Festskrift til Per Henrik Lindblom, 2004.

## 5 Betydningen av et utvidet rettskraftsbegrep i P 7- 4 nr. 1

Som nevnt over fremgår det av EMDs praksis og de identitetskriteriene som kan utledes fra denne at rettskraftsbegrepet etter P 7 artikkel 4 nr. 1 muligens gir en straffedom utvidet rettskraftsvirkning – det vil si at rettskraftsbegrepet etter denne bestemmelsen gis et videre innhold enn etter norsk straffeprosesslov § 51. Spørsmålet blir således hvilken rettslig betydning et slikt utvidet rettskraftsbegrep i P-7 art 4 nr. 1 har for forståelsen av henholdsvis strpl. §§ 51 og 38.

### 5.1 Betydning for strpl. § 51

Dersom det er en slik forskjell i rettskraftsvirkning etter de to bestemmelsene, er det klart nok at strpl. § 51 må enten revideres formelt eller tolkes i harmoni med P 7-4 på grunn av Norges forpliktelser etter EMK. Dette fordi regelen i strpl. § 51 er en bestemmelse om negativ materiell rettskraft, og ved motstrid mellom bestemmelsene skal P7-4 nr. 1 gå foran strpl. § 51, jfr. mrl. § 3.

### 5.2 Betydning for strpl. § 38

I den grad P7-4 nr. 1 utvider rettskraftsvirkningen av straffedommer, blir spørsmålet om også domstolenes frihet i forhold til tiltalebeslutningen bør utvides, slik at parallelliteten mellom § 38 og § 51 opprettholdes. Spørsmålet blir om forståelsen av hva som er samme straffbare forhold etter P7 art 4 nr 1 bør ”smitte over” på strpl. § 38. Dette er i realiteten et spørsmål om hvorvidt interessesympunktet står seg som det avgjørende identitetskriteriet. Høyesterett har ikke tatt stilling til spørsmålet, og det er usikkert hvilket svar Høyesterett vil gi.

På den ene side vil en utvidelse av domstolenes frihet i forhold til tiltalebeslutningen kunne føre til en krenkelse av de legislative hensyn som ligger bak regelen i strpl. § 38. For det første vil hensynet til gjennomføringen av anklageprinsippet tilsi at man ikke bør utvide forståelsen av hva som anses som samme forhold. Et utvidet identitetsbegrep vil føre til en forskyving i maktforholdet mellom påtalemyndighet og domstolene. Hensynet til anklageprinsippet tilsier at domstolene kan ikke stilles for fritt i forhold til tiltalebeslutningens lovanvendelse. I avgjørelsen i Rt 1980 s. 360 ble hensynet til gjennomføringen av anklageprinsippet trukket inn som den sentrale begrunnelsen. Dette

er et argument som taler mot å følge EMK P7-4 ved avgjørelsen av identitetsspørsmålet i strpl. § 38.

Det kan imidlertid diskuteres hvor stor vekt hensynet til anklageprinsippet skal ha i denne sammenheng. Det er klart at en utvidelse av identitetsbegrepet vil gå på bekostning av anklageprinsippet, men en slik utvidelse vil ikke føre til at prinsippet blir krenket helt. Domstolen vil fortsatt være bundet av de rammer påtalemyndigheten trekker opp, selv om rammene utvides noe. Videre gjelder det nye straffebud uansett den samme handling – ved idealkonkurrens vil det derfor være marginale sider ved handlingen som man vil domfelle etter og som påtalemyndigheten ikke har vurdert.

Det kan dessuten tenkes løsninger som kan forebygge slike skader på anklageprinsippet ved en eventuell utvidelse av identitetsbegrepet i tråd med P-7 4 nr.1. Ved å innføre en varslingsplikt for domstolene dersom den ønsker å gå utover tiltalen, vil påtalemyndigheten i hvert fall få anledning til å si hva den ønsker. Ved å innføre en slik varslingsplikt vil hensynet til anklageprinsippet ivaretas. Men det kan tenkes at påtalemyndigheten etter et slikt varsel om utvidelse ikke ønsker å ta opp forholdet. Dermed oppstår spørsmålet om dette skal være bindende for domstolene eller om påtalemyndigheten bare har krav på å bli hørt.

For det andre vil hensynet til gjennomføringen av kontradiksjonsprinsippet - hensynet til tiltaltes forsvar - tilsa at man ikke bør utvide forståelsen av hva som anses som samme forhold. Dersom domstolenes frihet til å endre tiltalebeslutningen utvides vil tiltaltes mulighet til å forsvare seg svekkes. For tiltalte og forsvareren er det naturlig at saksforberedelsen begrenses til de foreliggende tiltalepostene. Denne forutsetningen for forberedelse av forsvaret vil bli svekket dersom rettens adgang til å foreta endringer i forhold til tiltalen utvides. Dette argumentet taler også mot å følge EMK P7 art 4 ved avgjørelsen av identitetsspørsmålet i strpl. § 38. Vekten av dette argumentet svekkes imidlertid noe, ettersom tiltalte etter strpl. § 38.3.ledd skal ha anledning til å uttale seg om spørsmålet for retten fraviker subsumsjonen i tiltalebeslutningen, og gis en passende utsettelse når retten finner det ønskelig for forsvaret.

På den annen side kan det være hensiktsmessig – og naturlig ut fra sammenhengen i rettssystemet – å utvide forståelsen av hva som er samme forhold i § 38 i takt med en



eventuell utvidelse av strpl. § 51. Hvis ikke kan man jo komme i den situasjon at domstolene må avstå fra å dømme etter en bestemmelse som ikke er tatt med i tiltalebeslutningen, men som er overtrådt, og som vil bli rettskraftig avgjort ved dommen. Hensynet til å opprettholde parallelliteten mellom bestemmelsene i § 38 og § 51 er et argument som taler for en utvidelse av identitetsbegrepet i § 38 i takt med EMK P7-4, og har betydelig vekt.

Hvorvidt man skal la vurderingen etter P7 art 4 nr 1 virke inn på vurderingen etter strpl. § 38, er usikkert, men etter min oppfatning bør man det, da det bør være samsvar mellom rettens kompetanse og hva som blir rettskraftig avgjort.

Konklusjon blir derfor at strpl. § 38 må utvides i tråd med EMK P 7-4 nr.1. Når man er forpliktet til å revidere eller utvide strpl. § 51, må man også utvide forståelsen av det straffbare forholds identitet i bestemmelsen om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom for å opprettholde parallelliteten mellom bestemmelsene. Norge er imidlertid åpenbart ikke folkerettslig forpliktet til en slik utvidelse – dels av den rent formelle grunn at P7 art 4 ikke gjelder forholdet mellom tiltalebeslutning og dom.

Det er to måter man kan gjøre dette på. Enten endre forståelsen av § 38 og tolke den i samsvar med EMK P7 art. 4 nr.1, eller endre regelen formelt slik at den gir et videre spillerom for retten til å ta opp flere forhold enn den har adgang til etter dagens utforming. Det første alternativ er trolig det mest nærliggende, og innebærer at norsk rettsanvender må legge hovedvekten på likheter i den objektive gjerningsbeskrivelsen for å avgjøre om de straffebud det er aktuelt å anvende dreier seg om samme straffbare forhold i relasjon til strpl. § 38, og følgelig mindre vekt på hvilke interesser de er satt til å beskytte.

### 5.3 Avsluttende bemerkninger

Konsekvensen av man utvider forståelsen av hva som anses som samme straffbare forhold i tråd med EMK P 7-4 nr.1, er for det første at straffedommers negative materielle rettskraft utvides, jfr. strpl. § 51. Dette innebærer at domstolene får en mer begrenset adgang til å avsi etterskuddsdom etter strl. § 64 ved tilfeller av

idealkonkurrens. For det andre vil domstolenes frihet i forhold til tiltalebeslutningen utvides i relasjon til strpl. § 38.

Man kan etter dette stille spørsmål ved om Rt 1980 s.360 Nittedal-kjennelsen fortsatt står seg. På bakgrunn av en tradisjonell norsk straffeprosesstenkning er de interesser straffeloven § 239 og vegtrafikkloven § 3 jfr.§ 31 tar sikte på å beskytte, så vesensforskjellige at overtredelse av disse bestemmelsene må anses som forskjellige straffbare forhold. Men EMD legger i vurderingen hovedvekten på de forskjeller det er i den objektive gjerningsbeskrivelse i de aktuelle straffebud og mindre eller ingen vekt på hvilke interesser de beskytter. Utfra en vurdering hvor man legger disse identitetskriteriene til grunn, er det etter mitt syn klart at overtredelse av vegtrafikkloven § 31, jfr. § 3 og overtredelse av strl. § 239 må anses som samme straffbare forhold fordi den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudene er mer eller mindre sammenfallende.



## 6 Litteraturliste

### 6.1 Juridisk litteratur

Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*.1996

Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett*. Utvalgte emner. 3.utgave. Johs. Andenæs og Anders Bratholm. Oslo, 1996

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4.utgave. Oslo, 1997

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess*. Bind I. 3.utgve. Oslo, 2000

Bjerke, Hans Kristian. *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. I: JV 1981 s.69

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessloven*. Kommentartutgave. Bind I. 3. utgave. Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud. Oslo, 2001.

Gunleiksrud, Stig. *I hvilken grad kan retten anvende et annet straffebud enn det tiltalen gjelder* I: JV 1996 s 44-59. Stig Gunleiksrud og Johnny Johansen

Hagerup. *Den norske straffeproseslov*, annen utgave, 1905

Hov, Jo. *Interesseteoriene i straffeprossen*. Lov og frihet. I: Festskrift til Johs. Andenæs, Oslo 1982 s. 453

Hov, Jo. *Rettergang II*. Straffeprosess. 1999

Matningsdal, Magnus. *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. I: JV 2/2002 s.89-132

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Salomonsen, Olaf. *Den norske straffeproseslov med kommentarer*, Bind I, annen utgave 1925

Scheel. I: TfR 1935 s. 1-42

Skoghøy, Jens Edvin A. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i den europeiske menneskerettskonvensjon Protokoll 7 artikkelt 4 nr. 1 ("ne bis in idem")*. I: TfR nr.1, 2003

Skoghøy, Jens Edvin A. *Omfanget av den negative rettskraft av avgjørelser om straff etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4*. I: Festskrift til Per Henrik Lindblom, 2004

Smith, Eva. *Straffeproses*. Grunnleggende regler og prinsipper. 2. utgave. København, 1991

Strandbakken, Asbjørn. *Ne bis in idem*. I: LoR 6/2002 s. 355-391  
Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995

## 6.2 Lovregister

1900 Løsgjengerloven av 31. mai 1900 nr. 5

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1965 Veitrafikkloven av 18. juni 1965 nr. 4

1980 Ligningsloven av 13 .juni 1980 nr 24

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

## 6.3 Konvensjoner

European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Roma 4. November 1950. *Norsk tittel*: Den europeiske menneskerettskonvensjon, 1950.

Protocol no. 7 to the Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg 22. November 1984. *Norsk tittel*: Protokoll nr. 7 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter.

## 6.4 Lovforarbeider og offentlige utredninger

Dokument No. 1 (1885) (forarbeidene til straffeprosessloven av 1887)

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) avgitt i juni 1961

Ot. prp nr 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Inns. O nr 37 for 1980-81

NOU 2003: 7 Tilleggsskatt m.m

## 6.5 Domsregister

### 6.5.1 Avgjørelser fra norske domstoler

Rt 1892 s. 65

Rt 1931 s. 409

Rt 1980 s. 360 (Nittedalkjennelsen)

Rt 1989 s. 1336

Rt 1992 s. 851

Rt 1992 s. 562

Rt 1993 s. 1513

Rt 1994 s. 673

Rt 1994 s. 869

Rt 1994 s. 1264

Rt 1996 s. 695

Rt 1996 s. 1539

Rt 2002 s. 497 (Tilleggsskatt III)

Rt 2002 s. 557 (Tilleggsskatt II)

Rt 2003 s. 394

Rt 2003 s. 1112

Rt 2003 s. 1376

### 6.5.2 Den europeiske menneskerettsdomstol

Fischer mot Østerrike	Saknr:37950/97 (29/5-01)
Gradinger mot Østerrike	Saknr:15963/95 (23/10-95)
Oliveira mot Sveits	Saknr:25711/94 (30/7-98)
Ponsetti og Chesnel mot Frankrike	Saknr:36855/97 (14/9-99)

