

**Forbudet mot dobbelt straffeforfølging –
EMK P7 artikkel 4 nr. 1 og dets betydning ved avslag
på søknad om prøveløslatelse**

Kandidatnummer: 326

Veileder: Ken Uggerud

Leveringsfrist: 25. november 2006

Til sammen 15 856 ord

25.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven/problemstillinger	1
1.2	Gjennomføringen av EMK i norsk rett	2
1.3	Metoden for tolkning av EMK	3
1.4	Den videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>KORT OM HOVEDTREKKENE I DET NORSKE SYSTEMET FOR PRØVELØSLATELSE.....</u>	<u>6</u>
2.1	Bakgrunn og historikk	6
2.2	Vedtakskompetanse m.m.	7
2.3	Gjeldende rett	7
2.4	Prøveløslatelse – rettskrav, hovedregel eller fritt skjønn?.....	9
<u>3</u>	<u>FORBUDET MOT DOBBELT STRAFFEFORFØLGNING – DE ENKELTE VILKÅR I EMK P7</u>	
	<u>ART. 4(1).....</u>	<u>11</u>
3.1	Innledning	11
3.2	Det må dreie seg om to straffeforfølgninger	12
3.2.1	To vilkår med samme innhold	12
3.2.2	Generelt om begrepet ”straff” i EMKs forstand	13
3.2.3	Det nærmere innhold i straffebegrepet	15
3.3	Sak 1 må medføre endelig frifinnelse eller domfellelse (”finally acquitted or convicted”).....	19
3.3.1	Innledning	19
3.3.2	”Finally acquitted or convicted”	19

3.3.3	Når blir avgjørelsen formelt rettskraftig, jf. "finally"	22
3.3.4	Avgrensning mot midlertidige rettergangsskritt	25
3.4	Sak 2 må innebære "ny" forfølgning ("tried or punished again").....	27
3.4.1	Avgrensning mot parallell forfølgning	27
3.4.2	Avgrensning mot fortsatt/videre forfølgning	29
3.5	Den nye forfølgningen (sak 2) må gjelde samme straffbare forhold som den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1).	29
3.5.1	Innledning.....	29
3.5.2	Den nærmere grensedragning	30
<u>4</u>	<u>NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE VURDERT OPP MOT EMK P7 ART. 4(1).....</u>	<u>37</u>
4.1	Innledning	37
4.2	Er nektelse av prøveløslatelse "straff"?.....	38
4.3	Innebærer nektelse av prøveløslatelse at vedkommende blir "domfelt"?.....	43
4.4	Når blir nektelse av prøveløslatelse "endelig"?	45
4.5	Når foreligger "ny" forfølgning for "samme straffbare forhold"?	46
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING/KONKLUSJONER</u>	<u>51</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>54</u>

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven/problemstillinger

Forbudet mot dobbelt straffeforfølgning er nedfelt i den europeiske menneskerettskonvensjons 7. tilleggsprotokoll artikkel 4 nr.1.¹ Bestemmelsen må forstås slik at den sperrer for ny forfølgning av samme forhold i alle tilfelle hvor en endelig avgjørelse har karakter av straff. Dette gjelder hva enten den sperrende avgjørelsen er tatt administrativt eller av en straffedomstol. Denne oppgavens overordnede formål er å belyse konsekvensene av en slik – ved første øyekast vidtrekkende – fortolkning av dobbeltforfølgningsforbudet, i tilfeller hvor den eventuelt sperrende avgjørelsen er et administrativt vedtak om å nekte prøveløslatelse. Hjemmel for å avslå en søknad om prøveløslatelse fra soning av fengselsstraff, finner vi i straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd. En rekke andre bestemmelser i norsk lovgivning reiser tilsvarende problemstillinger i forhold til EMK P7 art. 4(1), men valget falt på forholdet til straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd hovedsakelig fordi Høyesterett hadde denne problemstillingen til behandling i fire saker avsagt samme dag i 2004,² uten at det i ettertid er foretatt noen inngående analyse av de resonnementer og resultater Høyesterett kom til.

For å kunne foreta en konkret vurdering av EMK P7 art. 4(1) opp mot nektelse av prøveløslatelse, er det først nødvendig med en generell gjennomgang av de vilkår som må være til stede for at EMK P7 art. 4(1) skal komme til anvendelse. Det synes også hensiktsmessig med en kort redegjørelse for det norske systemet for nektelse av prøveløslatelse. Helt innledningsvis er det dessuten grunn til å si litt om gjennomføringen

¹ Tilsvarende forbud mot dobbelt straffeforfølgning er inntatt også i FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14. Ved ratifikasjonen av SP tok imidlertid Norge forbehold for artikkel 14, slik at for Norges del er det kun bestemmelsen i den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), heretter benevnt EMK P7 art. 4(1), som er av interesse.

² Dommene ble avsagt 8. juni 2004, og er inntatt i Rt. 2004 side 927, Rt. 2004 side 939, Rt. 2004 side 943 og Rt. 2004 side 948.

av EMK i norsk rett, all den tid det er forholdet mellom EMKs dobbeltforfølgingsforbud og en annen norsk lovregel som er tema for denne oppgaven.

1.2 Gjennomføringen av EMK i norsk rett³

Etter menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 nr. 1 gjelder EMK med første, fjerde, sjette og syvende tilleggsprotokoller ”som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge”. Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2, skal ”ved motstrid” gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. § 3. Spørsmålet om det foreligger slik ”motstrid” mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, kan ifølge Høyesterett ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men beror på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler.⁴ I tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, må norske domstoler således foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Ved denne tolkingen benytter norske domstoler i utgangspunktet samme metode som den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).⁵ Kort fortalt innebærer dette at norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser.⁶ (Mer om metoden for tolkning av EMK straks nedenfor i pkt. 1.3). Dersom den tolking av EMK som etter dette ”har de beste grunner for seg”, viser seg å komme i strid med annen norsk lovgivning, innebærer forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at konvensjonsbestemmelsen skal gå foran.⁷ Etter Høyesteretts plenumskjennelse inntatt i Rt. 2005 side 833, må denne forrangen også gjelde i tilfeller hvor det foreligger såkalt *bevisst motstrid* mellom en norsk lovbestemmelse og EMK.⁸ Rt. 2005 side 833 gjaldt ”en lovbestemmelse som bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje, og som etter ordlyden

³ For en mer inngående redegjørelse, se e.g. Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo, 2004, side 65 flg.

⁴ Rt. 2002 side 557, på side 565.

⁵ For enkelhets skyld vil jeg i denne oppgaven benytte ”EMD” både om den tidligere Kommisjonen og om den nåværende Domstolen. For en oversikt over tilsynsorganene før og nå, se Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002, side 108 flg.

⁶ Rt. 2005 side 833, avsnitt 45.

⁷ Rt. 2002 side 557, på side 565.

⁸ Uggerud, Ken, *Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilværelse i norsk rett*, Festskrift til Carl August Fleischer, Oslo, 2006, side 577, på side 582.

ikke gir grunnlag for tolkingstil[...]”.⁹ Like fullt mente Høyesterett at menneskerettsloven § 3 måtte tas på ordet, og gav EMK forrang.¹⁰

I forhold til nektelse av prøveløslatelse innebærer EMKs forrang følgende: Dersom EMK P7 art. 4(1) må tolkes dit hen at nektelse av prøveløslatelse utgjør en sperre for senere straffesak om samme forhold, vil senere straffeforfølgning – som til dels gjelder meget alvorlige straffbare handlinger – måtte avvises fra domstolene.¹¹ Som påpekt av Høyesterett i Rt. 2004 side 927 vil den videre konsekvens av EMKs forrang i dette tilfellet være at hele det norske system for prøveløslatelse må legges om.¹² Dette til tross for at de gjeldende prøveløslatelsesregler ble gitt etter en lovgivningsprosess der lovgiver var oppmerksom på forholdet til EMK.¹³

1.3 Metoden for tolkning av EMK¹⁴

Ved tolkingen av konvensjonen og tilleggsprotokollene følger EMD i utgangspunktet den tolkningsmetode som angis i Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969, artikkel 31-35.¹⁵ Blant annet fremgår det av artikkel 31 at traktatens ordlyd er den sentrale rettskilden, og at denne skal tolkes i henhold til alminnelig språklig forståelse sett i lys av kontekst og formål. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på disse generelle tolkningsreglene her,¹⁶ idet EMD i sin tolkning av EMK har utviklet noen særegne prinsipper som til en viss grad avviker fra den metode Wienkonvensjonen gir anvisning på. Bakgrunnen for disse prinsippene er at domstolen legger vesentlig vekt på at EMK – til forskjell fra andre

⁹ Rt. 2005 side 833, avsnitt 40.

¹⁰ Som påpekt av Uggerud, op.cit., på side 582, synes Høyesteretts tolkning av menneskerettsloven § 3 i Rt. 2005 side 833 å bygge på en forestilling om at inkorporerte menneskerettigheter har semikonstitusjonell rang.

¹¹ Rt. 2004 side 927, avsnitt 32.

¹² Rt. 2004 side 927, avsnitt 32.

¹³ Inst.O.nr.60 (2000-2001). Nærmere om det norske prøveløslatelsessystemet i kapittel 2, infra.

¹⁴ For en nærmere gjennomgang av EMDs metode, se Elgesem, Frode, *Tolking av EMK-Menneskerettsdomstolens metode*, Lov og Rett, 2003, side 203.

¹⁵ Se, inter alia, *Bancovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States*, avvisningsavgjørelse av 12. desember 2001, (52207/97), avsnitt 55-58.

¹⁶ Se mer om Wienkonvensjonens tolkningsregler hos Jebens, op.cit., side 48 flg.

internasjonale overenskomster – gir konkrete rettigheter og friheter til enkeltindividene i medlemsstatene. I saken *Wemhof v. Deutchland* fra 1968, uttalte domstolen:

“Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.”¹⁷

EMD legger derfor stor vekt på *formålsbetraktninger* (“the object and purpose of the Convention”),¹⁸ og på at konvensjonen må tolkes slik at den sikrer rettigheter som er *praktiske og effektive* (“practical and effective”).¹⁹ I den forbindelse har EMD ofte fremholdt at de vil anvende en *dynamisk/utviklende* tolkningsmetode.²⁰ Slik opprettholder konvensjonen sin karakter av et ”living instrument”, tilpasset samfunnsutviklingen. Dette medfører igjen at noen streng ordlydsfortolkning av EMK blir det sjelden tale om.²¹ Endelig må det påpekes at EMD tolker konvensjonens rettslige uttrykk *autonomt*. Dette for å sikre en enhetlig standard for gjennomføringen av konvensjonens rettigheter i medlemslandene. Betydningen av en slik autonom konvensjonstolkning kommer blant annet til syne ved vurderingen av hva som skal anses som ”straff”, noe jeg kommer tilbake til nedenfor i pkt. 3.2.2.

Som nevnt ovenfor skal norske domstoler i utgangspunktet benytte seg av samme metode som EMD ved tolkning av konvensjonen. Det må imidlertid gjøres visse reserverasjoner i forhold til noen av de særegne tolkningsprinsippene jeg nå har gjennomgått. I Rt. 2005 side 833 formulerer Høyesterett seg slik:

¹⁷ *Wemhof v. Deutchland*, dom av 27. juni 1968, A 7 (1979-80), avsnitt 8.

¹⁸ Se, inter alia, *Golder v. UK*, dom av 21. februar 1975, A 18 (1979-80), avsnitt 36.

¹⁹ Se, inter alia, *Airey v. Ireland*, dom av 9. oktober 1979, A 32 (1979-80), avsnitt 24, og *Von Hannover v. Germany*, dom av 24. juni 2004 (59320/00), avsnitt 71, hvor EMD uttaler at “the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”.

²⁰ Se, inter alia, *Tyrrer v. UK*, dom av 25. april 1978, A 26 (1979-80).

²¹ Se til illustrasjon pkt. 3.2, infra.

”Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”²²

Det dynamiske/utviklende aspektet ved tolkningen overlater Høyesterett med andre ord til EMD alene, jf. første setning i avsnittet. Dette er naturlig. I motsatt fall ville en fort komme på kant med prinsippet om at innholdet i konvensjonens bestemmelser skal forstås autonomt og ikke variere fra medlemsland til medlemsland. Likevel mener Høyesterett altså at norske domstoler i tvilstilfeller må kunne trekke inn de ”verdiprioriteringer” som danner det samfunnsmessige bakteppet for den norske lovgivningen, jf. avsnittets andre setning. Ved vurderingen av EMK P7 art. 4(1) opp mot nektelse av prøveløslatelse, vil således en norsk domstol – foruten å se hen til ordlyd, formålsbetraktninger og praksis fra EMD – i tvilstilfeller også kunne trekke inn de samfunnsmessige prioriteringer som ligger bak det norske systemet for prøveløslatelse.²³

1.4 Den videre fremstilling

I det følgende vil jeg innlede med en gjennomgang av det norske system for nektelse av prøveløslatelse, se kapittel 2. Dernest følger en systematisk redegjørelse for de enkelte vilkår som oppstilles i EMK P7 art. 4(1), inkludert vurderinger og konklusjoner med hensyn til det rettskildebildet som må legges til grunn ved tolkning og anvendelse av disse vilkårene, se kapittel 3. Endelig vil det bli foretatt en konkret vurdering av dobbelforfølgningsforbudets betydning i tilfeller hvor den eventuelt sperrende avgjørelsen er et avslag på søknad om prøveløslatelse, se kapittel 4. Sistnevnte vurdering vil for en stor del innebære en analyse av de resonnementer og resultater Høyesterett avga i forbindelse med behandlingen av tilsvarende problemstilling i Rt. 2004 side 927, og som ble fulgt opp i Rt. 2004 side 939, Rt. 2004 side 943 og Rt. 2004 side 948.

²² Rt. 2005 side 833, avsnitt 45.

²³ Se Rt. 2004 side 927, avsnitt 33.

2 Kort om hovedtrekkene i det norske systemet for prøveløslatelse

2.1 Bakgrunn og historikk²⁴

Ordningen med prøveløslatelse etter 2/3 av full soningstid ble innført i Norge i år 1900, og bar på den tiden preg av å være et belønningssystem. Gjennom diverse endringer og utvidelser ble imidlertid ordningen gradvis automatisert, og i 1979 kunne en i et internt notat fra Fængselsstyret lese at ”selv om det i 1958 var forutsatt en sterk individuell prøving i det enkelte tilfelle, nektes i dag prøveløslatelse bare i et fåtall av tilfellene og etter ganske faste kriterier”. Denne liberale praktiseringen utgjorde deler av begrunnelsen for at Fængselslovutvalget i 1988 enstemmig gikk inn for at prøveløslatelsesinstituttet burde oppheves i sin helhet.²⁵ I St.mld.nr.27 (1997-1998) foreslo likevel Justisdepartementet at ordningen skulle videreføres, og at hovedregelen fortsatt burde være løslatelse etter 2/3-dels tid. Departementet uttalte imidlertid samtidig at løslatelse

”[...] skal være en integrert del av fullbyrdingen av fængselsstraffen. Dette innebærer at det skal foretas *en individuell vurdering* av om prøveløslatelse skal innvilges”.²⁶ [Min utheving].

På denne bakgrunn ble ordningen i 1999 innskjerpet,²⁷ og fikk et innhold sammenfallende med gjeldende straffegjennomføringslov av 18. mai 2001 nr 21 § 42, se nedenfor i pkt. 2.3.

²⁴ For ytterligere informasjon, se Eskeland, Ståle, *Fangerett*, Oslo, 1989, se Ot.prp. nr 5 (2000-2001), se Brandt, Kristian og Løvlie, Anders, *Prøveløslatelse: Råttan gulrot, spådomskunst og menneskerettighetsbrudd?*, Tidsskrift for strafferett 2004, nr 01.

²⁵ NOU 1988: 37 Ny fængselslov.

²⁶ St.mld.nr.27 (1997-1998) Om Kriminalomsorgen.

²⁷ Se Fængselsstyrets rundskriv av 6. september 1999, *FST 4/99*.

2.2 Vedtakskompetanse m.m.

Innvilgelse eller nektelse av prøveløslatelse er et forvaltningsvedtak tillagt Kriminalomsorgen i medhold av straffegjennomføringsloven § 6, jf. § 5. Loven gir Kriminalomsorgen et betydelig rom for skjønn. Ved en eventuell rettslig prøving av vedtakets lovmessighet etter tvistemålsloven § 435 nr. 1 vil således domstolenes prøvelsesintensitet i utgangspunktet være nokså begrenset.²⁸ I forarbeidene til straffegjennomføringsloven antas det imidlertid at i lys av menneskerettslovens §§ 1 til 3 og EMK artikkel 6, vil domstolene like fullt kunne velge å gjøre et nektelsesvedtak til gjenstand for full domstolskontroll.²⁹ Det er derfor ikke innført annen lovfestet adgang til rettslig overprøving av Kriminalomsorgens vedtak om prøveløslatelse. Vedtaket kan imidlertid påklages til Kriminalomsorgen regionalt eller sentralt i medhold av straffegjennomføringsloven § 7 bokstav e. Dette er verdt å merke seg, ettersom dobbeltforfølgingsforbudet i EMK P7 art. 4(1) først kommer til anvendelse i det øyeblikk den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1) er blitt ”endelig”, se nedenfor i pkt. 3.3 og 4.4.

2.3 Gjeldende rett

De bestemmelser i straffegjennomføringsloven som er særlig relevante for denne oppgavens tema, finner vi i lovens § 42 første og femte ledd. Lovens § 42 første ledd første punktum lyder:

”Kriminalomsorgen kan løslate domfelte på prøve når vedkommende, medregnet mulig varetektsopphold, har gjennomført to tredjedeler av straffen og minst 60 dager.”

Videre heter det i femte ledd:

²⁸ For en nærmere gjennomgang av domstolskontroll med forvaltningsvedtak, se Eckhoff, Thorstein, *Forvaltningsrett*, 6.utg. ved Eivind Smith, Oslo, 1998, side 633 flg.

²⁹ Ot.prp.nr.5 (2000-2001), pkt 7.7.1.5 i.f.

”Kriminalomsorgen skal ikke beslutte prøveløslatelse hvis omstendighetene etter en totalvurdering gjør løslatelse utilrådelig. Kriminalomsorgen skal særlig legge vekt på domfeltes atferd under gjennomføring av straffen, og om det er grunn til å anta at domfelte vil begå nye straffbare handlinger i prøvetiden.”

Straffegjennomføringsloven § 42 første ledd gir altså Kriminalomsorgen forvaltningsrettslig *adgang* til å innvilge prøveløslatelse, jf. ordet ”kan”. Samtidig oppstiller bestemmelsens femte ledd en begrensning i denne adgangen, idet det skal foretas en individuell vurdering av hvorvidt prøveløslatelse er ”utilrådelig”. Det gis med andre ord anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering. De relevante momenter i denne tilrådelighetsvurderingen fremgår hovedsakelig av femte ledd siste punktum, hvoretter domfeltes atferd under straffegjennomføringen, samt faren for nye straffbare handlinger i prøvetiden, *skal* tillegges vekt. Men formuleringen ”særlig legge vekt på” i lovens § 42 femte ledd innebærer at også andre omstendigheter kan være relevante. Justisdepartementets har i retningslinjer av 16. mai 2002 gitt ytterligere veiledning for skjønnsutøvelsen. Blant annet uttaler departementet at prøveløslatelse ved 2/3 gjennomføringstid

”[...] kan nektes dersom domfelte er anmeldt for en eller flere handlinger som har resultert i en ny tiltalebeslutning eller begjæring om forhørsrettspådommelse fra påtalemyndigheten, og som etter loven har en høyere strafferamme enn 1 års fengsel.”³⁰

Endelig fremgår det av forskrift til straffegjennomføringsloven at dersom domfelte nektes prøveløslatelse, skal det foretas fortløpende vurdering av løslatelsesspørsmålet minst hver tredje måned, eventuelt med 6 måneders eller 1 års mellomrom ved særlig lange fengselsstraffer.³¹

³⁰ *Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til forskrift til loven*, fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 med hjemmel i forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002 § 7-1.

³¹ Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002, *Forskrift 2002-02-22-182*, § 3-41 annet ledd.

2.4 Prøveløslatelse – rettskrav, hovedregel eller fritt skjønn?

Det system straffegjennomføringsloven § 42 etablerer for prøveløslatelsesordningen, og som er gjennomgått ovenfor, lar seg vanskelig plassere i en ”hovedregel-unntak” - inndeling. Ordlyden i bestemmelsens første ledd stiller i utgangspunktet Kriminalomsorgen fritt til å avgjøre om prøveløslatelse skal finne sted eller ikke.

Sett i sammenheng med femte ledds anvisning på en utilrådelighetsvurdering, kan det imidlertid argumenteres for at hovedregelen fortsatt er prøveløslatelse etter 2/3 dels tid, og at unntak (dvs. nektelse) kun skal finne sted i de tilfeller hvor slik løslatelse finnes ”utilrådelig”. Denne forståelsen fremheves av Brandt og Løvlie,³² blant annet under henvisning til forutberegnelighetshensyn og maktfordelingsprinsippet. (Tanken er at det tilkommer den dømmende makt, ikke Kriminalomsorgen, å utmåle straff).³³ Det faktum at § 42 er en videreføring av den rettsstilstand som ble etablert ved rundskriv Fst 4/99, hvor det heter at ”hovedregelen skal fortsatt være prøveløslatelse ved 2/3-dels tid”, trekker i samme retning. Sistnevnte uttalelse er også inntatt i St.meld.nr.27 (1997-1998). Brandt og Løvlie konkluderer med at ”Hovedregelen må være at fanger har rettskrav på prøveløslatelse etter 2/3 straffetid”.³⁴

Like fullt; i Ot.prp.nr.5 (2000-2001) gjentas *ikke* uttalelsen om at prøveløslatelse etter 2/3-dels tid skal være hovedregelen. Og i Inst.O.nr.60 (2000-2001) understreker flertallet i Stortingets justiskomiteé følgende:

”[P]røveløslatelse skal skje etter en individuell vurdering, [...] ingen har rett eller krav på løslatelse før tiden. De sikkerhetsmessige hensyn skal være overordnet, slik at prøveløslatelse ikke skal skje dersom det er tvil om den innsatte vil begå nye lovbrudd under prøveløslatelsen. Prøveløslatelse bør heller ikke finne sted dersom det strider mot den allmenne rettsfølelsen.”

³² Brandt og Løvlie, op.cit., side 90.

³³ Et slikt argument forutsetter imidlertid at nektelse av prøveløslatelse faktisk *er* straff, hvilket ikke er tilfelle etter intern norsk rett. Se imidlertid pkt. 4.2, infra.

³⁴ Brandt og Løvlie, op.cit., side 90.

Dette innebærer en klar innskjerping av ordningen. Prøveløslatelse skal ikke lenger automatisk innvilges.³⁵ Heller ikke i praksis er det lenger noen automatikk i at den innsatte løslates på prøve. Statistisk materiale viser at antall nektelser av prøveløslatelser etter 2/3-dels tid lå mellom 20 og 24 prosent i årene 2001-2003.³⁶ På denne bakgrunn uttalte Høyesterett i avgjørelsen inntatt i Rt. 2004 side 927 nokså bombastisk:

”Det system straffegjennomføringsloven etablerer, gir åpenbart ikke domfelte noe rettskrav på prøveløslatelse.”³⁷

Avgjørelsen av hvorvidt en søknad om prøveløslatelse skal innvilges eller avslås, beror etter dette på forvaltningens frie skjønn, med de begrensninger og føringer som følger av straffegjennomføringslovens § 42 femte ledd med dertil hørende forskrift og retningslinjer. Noen ”hovedregel” eller noe ”rettskrav” er det ikke lenger tale om. Dette kan blant annet få betydning for vurderingen av om nektelse av prøveløslatelse har tilstrekkelig karakter av straff til å kunne utgjøre en sperrende avgjørelse etter EMK P7 art. 4(1), se nedenfor i pkt. 4.3.

³⁵ Se Ot.prp.nr.5 (2001-2001), pkt. 7.7.1.5.

³⁶ Rt 2004 side 927, avsnitt 48.

³⁷ I.c.

3 Forbudet mot dobbelt straffeforfølging – de enkelte vilkår i EMK P7 art. 4(1)

3.1 Innledning

EMK P7 art. 4(1) bygger på det romerrettslige prinsippet ”ne bis in idem”, som direkte oversatt betyr ”ikke to ganger for det samme”. Prinsippet ble videreført blant annet i angelsaksisk rett under betegnelsen ”double jeopardy”, og er i dag et hevdvunnet strafferettslig prinsipp.³⁸ Forbudet er ment å gi personer som er siktet for en straffbar handling en viss grad av trygghet og forutsigbarhet. Siktete må kunne innrette seg på at en avgjørelse er endelig. EMK P7 art. 4(1) bygger med andre ord på samme hensyn som nasjonale rettskraftregler – enhver sak må få sin avslutning.³⁹ EMK P7 art. 4(1) lyder i engelsk originalversjon 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 has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

Bestemmelsen er oversatt til norsk med følgende uoffisielle 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 vedkommende allerede

³⁸ Se Jebens, op.cit., side 600.

³⁹ I.c.

har blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.”⁴⁰

Høyesterett har de senere år avgjort en rekke saker hvor dette forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er påberopt som grunnlag for avvísning, og det har samtidig kommet en del nye avgjørelser fra EMD på området. EMK P7 art. 4(1) har således vært gjenstand for en ikke ubetydelig rettsutvikling.⁴¹ Så vel Høyesterett som EMD har benyttet seg av ulike fremgangsmåter ved tolkningen av bestemmelsen, og ettersom domstolene gjerne ”hopper over gjerdet der det er lavest”, foretas det sjelden noen fullstendig gjennomgang av alle vilkårene i ordlyden. I det følgende vil jeg like fullt, gjennom å sammenholde den omfattende praksis på området, forsøke en systematisk gjennomgang av samtlige vilkår i EMK P7 art. 4(1). Dette for best mulig å kunne vurdere forbudets enkeltelementer opp mot nektelse av prøveløslatelse etter straffegjennomføringslovens § 42. I pkt. 3.2 skal jeg først se på det grunnleggende fellestrekk ved både den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1) og den nye prosessen det er aktuelt å avskjære (sak 2),⁴² nemlig kravet om at begge sakene må være straffeforfølgninger i EMKs forstand. Dernest, i pkt. 3.3 skal jeg se nærmere på de øvrige vilkår som stilles til den sperrende avgjørelsen (sak 1). Endelig, i pkt. 3.4 og 3.5, skal jeg ta for meg de krav som stilles til den saken det er spørsmål om å avskjære (sak 2).

3.2 Det må dreie seg om to straffeforfølgninger

3.2.1 To vilkår med samme innhold

Det følger av ordlyden i EMK P7 art. 4(1) at den prosess som påberopes avvíst som gjentatt straffeforfølgning (sak 2), må være en ”straffesak” (”criminal proceedings”). Videre må det forhold/den sak som påberopes å sperre for ny forfølgning (sak 1) innebære frifinnelse eller domfellelse for en ”straffbar handling” (”an offence”) i samsvar med rettergangsordningen

⁴⁰ Se, inter alia, oversettelsen i Møse, op.cit., side 390.

⁴¹ Se Busch i forordet til *Publikasjon nr. 3/2003 fra riksadvokaten: Dobbelstraff*.

⁴² For å skille mellom de to forfølgningene som skal vurderes under EMK P7 art. 4(1), vil jeg med jevne mellomrom – som hjelp for tanken – bruke terminologien ”sak 1” om den eventuelt sperrende avgjørelsen som kom først i tid, og ”sak 2” om den nye forfølgningen som eventuelt må avvises.

i vedkommende stat (in accordance with the law and penal procedure of that State”). Selv om ordlyden er angitt noe forskjellig for sak 1 og sak 2, er det etter EMDs praksis rimelig klart at både de materielle og formelle krav som stilles er identiske for begge saker. I EMDs avgjørelse *Fischer v. Austria*, hvor klageren først var blitt ilagt bot av administrative myndigheter og dernest ble straffedømt for det samme forholdet, uttalte domstolen:

” [T]he question whether or not the *non bis in idem* principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted.”⁴³

Høyesteretts flertall i Rt. 2002 side 557 tok dette til inntekt for at en eventuelt sperrende avgjørelse *ikke* behøver å være fremkommet etter en straffeprosessuell rettergang.⁴⁴ Senere dommer fra EMD bekrefter et slikt syn.⁴⁵ I saken *Göktan v. France* ble ordlydens vilkår om at den sperrende avgjørelsen (sak 1) må være truffet i straffeprosessuelle former etter nasjonal rett, ikke engang nevnt av EMD.⁴⁶ De to første vilkårene som må være til stede for at EMK P7 art. 4(1) skal komme til anvendelse, er etter dette utelukkende av materiell art: Det må foreligge domfellelse eller frifinnelse for en ”straffbar handling” i sak 1, og sak 2 må være en ”straffesak”. Ettersom det springende punkt i begge disse vilkårene er hva som ligger i begrepet ”straff”, kan det konstateres at de to vilkårene er identiske.

3.2.2 Generelt om begrepet ”straff” i EMKs forstand

Begrepet ”straff” eller lignende uttrykk brukes i flere av EMKs bestemmelser, herunder EMK artikkel 6 og EMK artikkel 7. EMK P7 art. 4(1) taler om ”straffesak” (”criminal proceedings”) og ”straffbar handling” (”an offence”), mens i EMK artikkel 6 benyttes uttrykket ”straffesiktelse” (”criminal charge”). Alminnelig språklig forståelse av disse uttrykkene synes i utgangspunktet å definere bestemmelsenes virkeområde til bare å gjelde

⁴³ *Fischer v. Austria*, avvisningsavgjørelse av 29. mai 2001, (27569/02), avsnitt 29.

⁴⁴ Rt. 2002 side 557, side 569 i.f.

⁴⁵ Se Skoghøy, Jens Edvin A., *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr 1 (”ne bis in idem”)*, TFR 2003, nr 01, side 13 i.f.

⁴⁶ *Göktan v. France*, dom av 2. juli 2002, (33402/96).

de egentlige straffesaker.⁴⁷ EMK artikkel 6 er imidlertid gitt en langt videre tolkning. De rettsikkerhetsgarantier artikkel 6 gir til siktede, gjelder således ikke bare i saker som blir behandlet i straffeprosessuelle former etter nasjonal lovgivning, men også ved ileggelse av forvaltningsmessige reaksjoner som har karakter av straff. Spørsmålet har dermed oppstått om ikke EMK P7 art. 4(1) må tolkes like utvidende som EMK artikkel 6.

EMD har ikke tatt uttrykkelig standpunkt til dette spørsmålet, men allerede uttalelser i saken *Gradinger v. Austria* indikerte at det er parallellitet mellom straffebegrepene i de to bestemmelsene.⁴⁸ Og i saken *Göktan v. France*, hvor EMD drøftet forholdet mellom straffebegrepene i EMK art. 7 og EMK P7 art. 4(1), uttalte domstolen:

“The notion of what constitutes a “penalty” cannot vary from one Convention provision to another”.⁴⁹

Juridisk teori trekker i samme retning.⁵⁰ Jebens påpeker riktig nok at ulike rettspolitiske hensyn gjør seg gjeldende, ettersom saksbehandlingskravene i EMK artikkel 6 skal ivareta ”andre og mer vidtfavnende hensyn enn forbudet mot dobbeltforfølgning [...]”.⁵¹ Men også Jebens er enig i at noen stor forskjell er det ikke tale om. I teorien antas det således at EMD-praksis vedrørende uttrykket ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6, vil være retningsgivende for forståelsen av uttrykkene ”straffesak” og ”straffbar handling” i EMK P7 art. 4(1).

Dette syn virker nå også å være lagt til grunn i norsk rettspraksis. I Rt. 2004 side 927 konkluderte Høyesterett først med at nektelse av prøveløslatelse er ”straff” dersom man legger straffebegrepet i EMK artikkel 6 til grunn (se mer om dette i kapittel 4). Derneft drøftet Høyesterett om dette medførte at nektelsen også var ”straff” etter EMK P7 art. 4(1).

⁴⁷ Møse, op.cit., side 390.

⁴⁸ *Gradinger v. Austria*, A 328-C (1995), avsnitt 53.

⁴⁹ *Göktan v. France*, avsnitt 48.

⁵⁰ Se Møse, op.cit., side 392 med ytterligere henvisninger.

⁵¹ Se Jebens, op.cit., side 604. Slik også Strandbakken, Asbjørn, *Ne bis in idem*, Lov og Rett 2002, nr 06, side 355 flg.

Dommer Lund var, på vegne av flertallet, enig med aktor i at vurderingen etter de to bestemmelsene burde kunne falle forskjellig ut ”fordi reglene har ulikt formål”. Prejudikatvirkningen av tidligere avgjørelser som allerede hadde lagt til grunn at det var tale om identiske begreper, ble imidlertid ansett som så sterk at ”Høyesterett nå vanskelig [kunne] fravike den rettsoppfatning som er lagt til grunn [...]”.⁵²

Dermed kan det slås fast at uttrykkene ”straffbar handling” og ”straffesak” i EMK P7 art. 4(1) må tolkes i samsvar med uttrykket ”straffesiktelse” i EMK art. 6. For å lette begrepsbruken, vil jeg i det følgende benytte fellesbetegnelsen ”straffeforfølgning” om disse identiske vilkårene.⁵³

3.2.3 Det nærmere innhold i straffebegrepet

Spørsmålet om et forhold/en sak er å anse som straffeforfølgning i henhold til EMK P7 art. 4(1), må etter dette avgjøres på grunnlag av de såkalte Engel-kriteriene, oppstilt av EMD i dommen med samme navn av 8.juni 1976.⁵⁴ I denne saken var det spørsmål om ulike former for militær refs overfor vernepliktige i det nederlandske forsvaret skulle anses som straff etter EMK artikkel 6. Domstolen la vekt på tre kriterier. For det første; forholdets klassifisering etter nasjonal rett (”whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently”). For det andre; handlingens og lovregelens karakter (”the very nature of the offence”). Og for det tredje; innholdet og alvoret i den sanksjon det er tale om å ilegge (the degree of the severity of the penalty that the person concerned risks incurring”).

3.2.3.1 Internrettslig klassifisering

Den nasjonale klassifikasjonen antas bare å være avgjørende dersom forholdet faktisk anses som straff. I motsatt fall – typisk hvor sanksjonen ilegges administrativt – foretar EMD en selvstendig vurdering, basert på de øvrige to kriteriene. Dette er i samsvar med prinsippet

⁵² Rt. 2004 side 927, avsnitt 54, med henvisninger til Rt. 2003 side 1100 og Rt. 2003 side 1827.

⁵³ Slik også Høyesterett i Rt. 2004 side 927.

⁵⁴ *Engel and others v. The Netherlands*, dom av 8. juni 1976, A 22 (1979-80).

om at konvensjonens bestemmelser skal forstås autonomt. Medlemsstatene kan ikke selv, gjennom anvendelse av egne begreper og tolkingsvarianter, velge i hvilken grad de vil la seg binde av EMK. Det er dette domstolen sikter til når den påpeker at nasjonal klassifisering kun har ”relativ verdi”.⁵⁵

3.2.3.2 Handlingens og lovregelens karakter

I vurderingen av ”the very nature of the offence” kan flere faktorer spille inn. Det overordnede spørsmål er om handlingen må anses som ”criminal”. Det er imidlertid grunn til å merke seg at EMD ikke bare ser på karakteren av den *handling* som er utført (dvs. karakteren av lovbruddet); også karakteren av den *lovregel* som anvendes for å sanksjonere handlingen (dvs. karakteren av lovbudet) tas i betraktning. Jeg antar dette er bakgrunnen for at uttrykket ”the very nature of the offence” har vært gjenstand for så vidt mange ulike oversettelser i norsk teori og rettspraksis de senere år. Møse benytter for eksempel uttrykket ”gjerningens art”,⁵⁶ mens Jebens viser til ”karakteren av lovbruddet”.⁵⁷ I Rt. 2003 side 1100 tales det imidlertid om ”den overtrådte bestemmelsens karakter og formål”,⁵⁸ og i Rt. 2004 side 927 brukes oversettelsen ”karakteren av og formålet med den lovregel som anvendes”.⁵⁹ De to førstnevnte oversettelser viser altså til *handlingens* karakter, mens de to sistnevnte fokuserer på *lovregelens* karakter. For egen del finner jeg derfor uttrykket ”handlingens og lovregelens karakter” mest dekkende.

Hva gjelder *handlingens* karakter, ser EMD både hen til hvor alvorlig/grov den utførte handlingen er, og til hvorvidt handlingen har likhetstrekk med alminnelige straffbare handlinger. I saken *Campbell and Fell v. UK* hadde klagerne blitt ilagt disiplinærreaksjoner på grunn av opprør og voldsbruk under soning i fengsel. I sin vurdering av om disiplinærreaksjonene var å anse som straff i EMKs forstand, la EMD vekt på at de utførte

⁵⁵ Ibid., avsnitt 82.

⁵⁶ Møse, op.cit., side 308.

⁵⁷ Jebens, op.cit., side 605.

⁵⁸ Rt. 2003 side 1100, avsnitt 45.

⁵⁹ Rt. 2004 side 927, avsnitt 40.

handlingene både var svært grove, og at de hadde klare likhetstrekk med forhold som falt inn under alminnelig straffelovgivning.⁶⁰

Hva gjelder *lovregelens* karakter, ses det typisk hen til regelens formål (pønalt eller avvergende), samt om lovbudet retter seg mot en mindre gruppe eller mot allmennheten som sådan. En god illustrasjon er saken *Özturk v. Germany*.⁶¹ Her var klageren ilagt bot for en trafikkforseelse som etter tysk rett kun ble ansett som en ordensforseelse ("regulatory offence"). EMD uttalte:

"The general character of the rule and the purpose of the penalty, being both deterrent and punitive, suffice to show that the offence in question was, in terms of Article 6 (art. 6) of the Convention, criminal in nature".⁶²

Ettersom de tyske reglene hadde et pønalt formål og rettet seg mot alle trafikkanter, konkluderte altså EMD med at det dreide seg om straff. Følgelig kom EMK artikkel 6 til anvendelse.

3.2.3.3 Sanksjonens innhold og alvor

I det tredje Engel-momentet, "the nature and degree of severity of the penalty", inngår to faktorer. For det første ses det hen til om sanksjonen har et pønalt preg ("punishment").⁶³ I *Bendenoun v. France*, la for eksempel domstolen vekt på at den ilagte tilleggsskatten ikke hovedsakelig var å anse som et økonomisk erstatningskrav "[...] but essentially as a punishment to deter reoffending".⁶⁴ For det andre vektlegges hvor streng sanksjonen er ("the degree of severity"). Vurderingen tar her utgangspunkt i den maksimale reaksjon som

⁶⁰ *Campbell and Fell v. UK*, dom av 28. juni 1984, A 80 (1985), avsnitt 71.

⁶¹ *Özturk v. Germany*, dom av 21. februar 1984, A 73 (1984), avsnitt 46-56.

⁶² *Özturk v. Germany*, avsnitt 53.

⁶³ Det kan være grunn til å presisere følgende: I Engel-kriteriet "The nature of the offence" inngår en vurdering av *lovregelens formål*. I Engel-kriteriet "The nature and degree of severity of the penalty" inngår en vurdering av den ilagte *sanksjonens preg*. I begge sammenhenger benytter EMD uttrykket "pønalt", hva enten det er formålet med regelen som er pønalt, eller den ilagte sanksjon som har et pønalt preg.

⁶⁴ *Bendenoun v. France*, dom av 24. februar 1994, A 284 (1994), avsnitt 47.

risikeres.⁶⁵ I saken *Campbell and Fell v. UK* risikerte klageren en forlengelse av sin soningstid på flere år. I den forbindelse uttalte EMD:

“The forfeiture of remission which Mr. Campbell risked incurring and the forfeiture actually awarded involved such serious consequences as regards the length of his detention that these penalties have to be regarded, for Convention purposes, as criminal”.⁶⁶

I saken *Engel and others v. The Netherlands*, hvor Mr. Engel kun risikerte to dager i arresten, ble utfallet motsatt. Selv om det også her dreide seg om frihetsberøvelse, kunne en ikke si at ”the degree of severity of the penalty” trakk tilstrekkelig i retning av å anse den reaksjon Mr. Engel risikerte som ”straff”.

3.2.3.4 Alternative eller kumulative kriterier

De nå gjennomgåtte Engel-kriteriene kan, alt etter omstendighetene i den konkrete sak, virke alternativt eller kumulativt. I saken *Garyfallou AEBE v. Hellas* anså domstolen det for eksempel ikke nødvendig å vurdere handlingens art, idet den strenge reaksjonen klageren risikerte var tilstrekkelig til å anse forholdet som straff.⁶⁷ Og på samme måte fastslo EMD i saken *Özturk v. Germany* at når handlingens art først hadde så sterke likhetstrekk med alminnelige straffbare handlinger (”inherently criminal character”), var det ingen grunn til å gå nærmere inn på sanksjonens innhold og alvor. På den annen side, i saker hvor det enkelte kriterium ikke gir noe klart svar på hvorvidt et forhold faller inn under straffebegrepet i EMK, kan flere faktorer kumuleres i en helhetlig vurdering.⁶⁸

Dette var en kort redegjørelse for kjernen i EMKs autonome straffebegrep, og som i EMK P7 art. 4(1) kommer til anvendelse både for den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1) og for den nye forfølgningen (sak 2). Nedenfor, i kapittel 4, skal vi se nærmere på om dette

⁶⁵ Se, inter alia, *Campbell and Fell v. UK*, avsnitt 72. Se også Rt. 2004 side 927, avsnitt 51.

⁶⁶ *Campbell and Fell v. UK*, avsnitt 71.

⁶⁷ *Garyfallou AEBE v. Hellas*, RJD 1997 s. 1821.

⁶⁸ Se, inter alia, *Campbell and Fell v. UK*, avsnitt 71-72, og *Bendenoun v. France*, avsnitt 47.

straffebegrepet også omfatter administrativ nektelse av prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd. Først skal det imidlertid redegjøres for de øvrige vilkår i EMK P7 art. 4(1).

3.3 Sak 1 må medføre endelig frifinnelse eller domfellelse ("finally acquitted or convicted")

3.3.1 Innledning

I henhold til ordlyden i EMK P7 art. 4(1) må, for at forbudet mot dobbeltforfølgning skal komme til anvendelse, den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1) ha gått ut på at vedkommende ble "endelig frikjent eller domfelt". Dette uttrykket innbefatter tre tilnærmet atskilte problemstillinger, selv om både EMD og norsk høyesterettspraksis ofte har foretatt én samlet drøftelse. For det første må det spørres hvilke type avgjørelser som faller inn under det helhetlige begrepet "endelig frikjent eller domfelt". Dette behandles nedenfor i pkt. 3.3.2. For det andre er det slik at begrepet "endelig" isolert sett gir anvisning på en vurdering av tidspunktet for når en avgjørelse (sak 1) får sperrende virkning. Denne vurderingen av såkalt formell rettskraft vil bli gjennomgått i pkt. 3.3.3. Og for det tredje innebærer kravet om endelig domfellelse eller frifinnelse at det må foretas en avgrensning mot de mer foreløpige/midlertidige forholdstiltak, se nedenfor i pkt. 3.3.4.

3.3.2 "Finally acquitted or convicted"

Sett på bakgrunn av den vide forståelsen av hvilke typer avgjørelser som kan innebære straffeforfølgning i EMKs forstand, jf. ovenfor i pkt. 3.2, ville det være fullstendig inkonsekvent om uttrykket "acquitted or convicted" bare omfattet avsagte *straffedommer*. Også *forvaltningsavgjørelser*, som enten ilegger en sanksjon som har karakter av straff eller uttrykkelig vedtar å ikke ilegge en slik sanksjon, må således kunne innebære endelig frikjennelse eller domfellelse etter EMK P7 art. 4(1).

Etter norsk straffeprosesslovgivning vil ny straffeforfølgning som hovedregel også være avskåret dersom påtalemyndigheten *henlegger saken, frafaller forfølgningen* eller gir

påtaleunnlatelse, se straffeprosesslovens § 74. Disse avgjørelsesformene faller etter alminnelig språklig forståelse utenfor begrepet ”endelig frikjent eller domfelt”. Daværende vit.ass. Kristian Brandt brukte i sin avhandling *henleggelse* som et typisk eksempel på en avgjørelse som ikke vil sperre for senere straffeforfølgning etter EMK P7 art. 4(1).⁶⁹ Under henvisning til formålet med dobbeltforfølgningsforbudet (trygghet og forutsigbarhet), antar imidlertid Skoghøy at de nevnte avgjørelsesformer må ”komme i samme stilling som en frifinnelse”, og dermed være omfattet like fullt.⁷⁰ EMDs vektlegging av at konvensjonens rettigheter skal være praktiske og effektive, er et moment som styrker Skoghøys argumentasjon.

Like fullt, i Rt. 2003 side 1750 inntas det motsatte standpunkt. Saken gjaldt spørsmålet om påtalemyndighetens omgjøring av en henleggelse (med påfølgende tiltale) utgjorde dobbeltforfølgning etter EMK P7 art. 4(1). Tiltalte krevde straffesaken avvist idet han anførte at henleggelsen var en ”endelig frifinnelse” etter EMK P7 art. 4(1), og dermed stengte for ytterligere straffeforfølgning. Høyesterett var ikke enig og uttalte at hele prosessen – fra anmeldelse, gjennom åpning av straffesak, henleggelse, omgjøring av henleggelsen, og til tiltalebeslutning – ”ikke på noe tidspunkt [...] har dreiet seg om mer enn en straffeforfølgning”⁷¹.

EMDs avvisningsavgjørelse i saken *Wassdahl v. Sweden*, avsagt 29. november 2005, gir Høyesterett rett i sine uttalelser. Klageren, Mr. Wassdahl, var her ilagt administrativ tilleggsskatt av svenske skattemyndigheter, og det etter at påtalemyndigheten hadde henlagt (”discontinued”) straffesaken om samme forhold. EMD uttalte:

”The Court observes that the preliminary investigation against the applicant on suspicion of aggravated tax fraud or tax fraud using falsified documents was discontinued by the prosecutor as he found that it could not be shown that the applicant had committed any crime. Thus, it cannot be said that the applicant has

⁶⁹ Brandt, Kristian, *Nektelse av prøveløslatelse og EMK*, 20 vektalls spesialoppgave, Oslo, 2004.

⁷⁰ Skoghøy, op.cit., side 18.

⁷¹ Rt. 2003 side 1750, avsnitt 13.

been finally acquitted as no court of law has ruled on the matter and the investigation, theoretically, could be re-opened. Consequently, the applicant cannot claim to have been punished twice and the principle of *ne bis in idem* has therefore not been breached.”⁷²

Etter dette kan det konstateres at henleggelse av en straffesak *ikke* innebærer at vedkommende blir ”frikjent” i EMKs forstand. Det samme gjelder tilfeller hvor forfølgningen blir frafalt eller det gis påtaleunntatelse. I EMDs avvisningsavgjørelse av 22. november 2005 i saken *Sundquist v. Finland*, var tilfellet det at Statsadvokaten i september 1998 hadde tiltalt Mr. Sundqvist for underslag, men samtidig gitt påtaleunntatelse for konkurssvik/bedrageri. Etter klage fra en gruppe riksdagsrepresentanter, valgte imidlertid Riksadvokaten i januar 1999 likevel å ta ut tiltale for konkurssvik/bedrageri. EMD la til grunn at så lenge intern, finsk lovgivning ikke anså Statsadvokatens påtaleunntatelse (”desicion not to prosecute/waiver of prosecution”) som en frifinnelse, kunne heller ikke Riksadvokatens senere tiltale for samme forhold sies å utgjøre noen ny forfølgning under EMK P7 art. 4(1).⁷³

EMDs henvisning til internrettslige vurderinger av ”endelig frikjent eller domfelt”, tyder etter hva jeg kan skjønne på at dommer Bruzelius hadde rett da hun i Rt. 2002 side 557 antydte at henvisningen i EMK P7 art. 4(1) til ”law and penal procedure of that State” måtte knyttes til vilkåret om ”finally acquitted or convicted”. Det er altså selve ordlyden i EMK P7 art. 4(1) som gir anvisning på å gå til intern lov og interne prosessregler for å finne svaret på når en avgjørelse faller inn under uttrykket ”acquitted or convicted”.

I forlengelsen av disse nye avgjørelsene fra EMD må det kunne antas at dersom en forvaltningsmyndighet, ved avgjørelsen av en straffeforfølgning i EMKs forstand, velger å *ikke* ilegge den aktuelle sanksjon, og dessuten *unntater å konkludere* med brudd eller ikke brudd, må dette likestilles med en strafferettslig henleggelse eller påtaleunntatelse. Slike forvaltningsavgjørelser vil dermed ikke kunne utgjøre noen sperrende frifinnelse etter EMK P7 art. 4(1).

⁷² *Wassdahl v. Sweden*, avvisningsavgjørelse av 29. november 2005, (75602/01).

⁷³ *Sundquist v. Finland*, avvisningsavgjørelse av 22. november 2005, (33619/03).

3.3.3 Når blir avgjørelsen formelt rettskraftig

3.3.3.1 Generelt

For at en frifinnelse eller domfellelse som nevnt i pkt. 3.3.2 skal kunne utgjøre en sperrende avgjørelse etter EMK P7 art. 4(1), må den i tillegg være ”endelig” (”finally”). Fastleggelsen av tidspunktet for når en avgjørelse er ”endelig”, og dermed også tidspunktet for når beskyttelsen mot dobbeltforfølgning inntreer, betegnes gjerne som et spørsmål om avgjørelsens formelle rettskraftvirkning – ”res judicata” på latin. I *Explanatory Report on Protocol No. 7*, heter det at en avgjørelse er ”endelig” når avgjørelsen er

”[...] irrevocable, that is to say when no further ordinary remedies are available or when the parties have exhausted such remedies or have permitted the time-limit to expire without availing themselves of them”.⁷⁴

Uttalelsen gjentas og anvendes i EMDs dom avsagt 20.juli 2004, *Nikitin v. Russia*.⁷⁵ Det må således kunne legges til grunn at definisjonen gir uttrykk for EMDs autonome forståelse av begrepet ”endelig”.

3.3.3.2 Domstolsavgjørelser

EMDs definisjon av res judicata sammenfaller med straffeprosessloven § 50, hvoretter formell rettskraftvirkning inntreer i det øyeblikk de ordinære frister for bruk av rettsmidler er utløpt. I slike tilfelle, hvor det dreier seg om *domstolsavgjørelser*, vil fastleggelsen av tidspunktet for den formelle rettskraft som regel ikke by på særlige utfordringer. I nevnte *Nikitin*-sak var den russiske klageren, som i sitt arbeid for norske Bellona hadde utarbeidet en rapport om radioaktiv stråling fra den russiske Nordflåten, frifunnet for anklager om forræderi m.m. av ”St. Petersburg City Court”.⁷⁶ Denne frifinnelsen ble av EMD ansett ”endelig” fra samme dato som ”the Supreme Court” – Russlands øverste rettsinstans –

⁷⁴ *Explanatory Report on Protocol No. 7*, pkt. 29 jf. pkt. 22.

⁷⁵ *Nikitin v. Russia*, dom av 20. juli 2004, (50178/99), avsnitt 37.

⁷⁶ *Ibid.*, avsnitt 14.

oppretholdt underrettens avgjørelse.⁷⁷ Riktig nok kunne påtalemyndigheten i Russland be om ”supervisory review” av avgjørelsen i ”the Supreme Court” innen en viss tid, hvilket også ble gjort. EMD uttalte imidlertid at en slik begjæring om overprøving

”is a form of *extraordinary* appeal in that it is *not directly accessible* to the defendant in a criminal case, and its application *depends on the discretion of authorized officials.*”⁷⁸ [Mine uthevinger].

Med andre ord; ettersom det ikke fantes *ordinære* rettsmidler som kunne anvendes mot avgjørelsen i ”the Supreme Court”, måtte avgjørelsen – i henhold til overnevnte definisjon av *res judicata* – anses ”endelig” i EMKs forstand.

3.3.3.3 Administrative avgjørelser

For de tilfeller hvor den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1) *ikke* er en domstolsavgjørelse, men like fullt innebærer ”frifinnelse eller domfellelse” etter EMK P7 art. 4(1), har fastleggelsen av tidspunktet for når avgjørelsen er ”endelig” vist seg mer problematisk for norsk retts vedkommende. Dette fordi det ikke finnes norske lovregler om forvaltningsavgjørelsers formelle ”rettskraft”. Innledningsvis kan det derfor være grunn til å spørre hvilken betydning *Nikitin*-sakens utlegning av ”*res judicata*” bør ha for ”endelig”-vurderingen i EMK P7 art. 4(1) i tilfeller hvor den eventuelt sperrende avgjørelsen er truffet av forvaltningen. På den ene side kan det hevdes at *Nikitin*-saken kun bør være retningsgivende for de tilfelle hvor avgjørelsen er truffet av en straffedomstol. Dette støttes av det faktum at definisjonen som siteres i *Nikitin*-saken, og som er hentet fra ovennevnte *Explanatory Report on Protocol 7*, i sin tur er et direkte sitat fra *den Europeiske Konvensjon om Gyldigheten av Strafferettslige Domstolsavgjørelser*. På den annen side kom EMD i *Nikitin*-saken ikke med noen uttalelser som for øvrig tyder på at definisjonen av ”*res judicata*” kun skal anvendes på de egentlige straffedommer. I denne sammenheng minner jeg igjen om at EMD har lagt en vid forståelse av begrepene straff og

⁷⁷ Ibid., avsnitt 16.

⁷⁸ Ibid., avsnitt 39.

straffeforfølgning til grunn, jf. ovenfor i pkt. 3.2.2. På denne bakgrunn vil det etter mitt syn stride mot hensynet til å sikre praktiske og effektive rettigheter om visse typer avgjørelser – som innebærer frifinnende eller domfellende straffeforfølgning i henhold til EMK P7 art. 4(1) – likevel skal vurderes annerledes enn de rene straffedomstolsavgjørelser hva gjelder spørsmålet om avgjørelsen er ”endelig”. Dette syn støttes av uttalelser fra Høyesterett i Rt. 2002 side 557:

”Vel er det slik at vi i vår norske rettstradisjon ikke bruker rettskraft i forbindelse med forvaltningsvedtak. Jeg vil imidlertid tro at en slik begrepsbruk vil ligge atskillig nærmere i systemer med forvaltningsprosess for forvaltningsdomstoler. Men uansett gir det i høy grad mening å snakke om et endelig ligningsvedtak, [...] når skattyteren er avskåret fra å angripe dette.”⁷⁹ [Min utheving].

Etter dette må det kunne legges til grunn at en frifinnende eller dømmende avgjørelse blir ”endelig” i det øyeblikk fristen for å benytte ordinære rettsmidler er utløpt – uansett om avgjørelsen er truffet i rettslige eller administrative former.⁸⁰ For straffedomstolsavgjørelser innebærer dette som nevnt det tidspunkt adgangen til å påanke/påkjære avgjørelsen til overordnet rettsinstans er avskåret, jf. pkt. 3.3.3.2 ovenfor. For forvaltningsavgjørelser oppstår imidlertid spørsmålet om det er tilstrekkelig at klagemulighet og klagefrist er ute, eller om også fristen for å anlegge søksmål må være ute, eventuelt at et anlagt søksmål må være brakt frem til rettskraftig dom. Høyesterett skisserte, men tok ikke stilling til, problemstillingen i Rt. 2002 side 557. Flertallet nøyde seg med å uttale at beskyttelsen mot ny forfølgning inntreffer fra det tidspunkt borgeren ”er avskåret fra å angripe” vedtaket.⁸¹ Denne uttalelsen er fullt i tråd med *Nikitin*-sakens definisjon av ”res judicata”, men løser altså ikke problemstillingen. I NOU 2003:15 påpekte imidlertid utvalget at ”klagefristen er det mest håndterlige kriteriet for når en administrativ avgjørelse

⁷⁹ Rt. 2002 side 557, på side 570.

⁸⁰ Slik også Skoghøy, op.cit., side 20.

⁸¹ Rt 2002 side 557, på side 570.

er endelig”.⁸² Jeg slutter meg til denne betraktningen, og tilføyer at også her bør det ses hen til dobbeltforfølgingsforbudets formål om trygghet og forutberegnelighet, samt til EMDs vektlegging av at rettighetene under konvensjonen skal være praktiske og effektive.⁸³ For å oppnå dette, må beskyttelsen mot dobbeltforfølgning inntreffe allerede fra det tidspunkt klagemulighet og klagefrist er ute.⁸⁴ Fra dette tidspunkt er forvaltningsavgjørelsen ”endelig” i EMKs forstand. Nedenfor, i pkt. 4.4, skal jeg komme nærmere inn på hvilke konsekvens dette har for Kriminalomsorgens avgjørelser om nektelse av prøveløslatelse.

3.3.4 Avgrensning mot midlertidige rettergangsskritt

Kravet om at den eventuelt sperrende avgjørelsen må være en endelig frifinnelse eller domfellelse innebærer at det må foretas en siste, og i forhold til oppgavens tema særdeles viktig, avgrensning. Foreløpige forholdstiltak, såkalte *midlertidige rettergangsskritt* i forbindelse med etterforskning, utgjør ikke noen endelig domfellelse. Jeg presiserer at denne problemstillingen ikke bør sammenblandes med kravet om at avgjørelsen må være ”endelig” i betydningen formelt rettskraftig, se ovenfor i pkt. 3.3.3. ”Endelig”-vilkåret dreier seg isolert sett om hvor lenge *etter* domfellelsen eller frifinnelsen en eventuell sperrevirkning trer i kraft. Avgrensningen mot midlertidige rettergangsskritt/foreløpige forholdstiltak dreier seg derimot om prosessen *forut* for endelig domfellelse eller frifinnelse.

I Rt. 2003 side 1221 hadde Høyesterett til vurdering spørsmålet om ilagt konkursskarantene (en forvaltningsmessig reaksjon), utgjorde en endelig domfellelse for en straffbar handling etter EMK P7 art. 4(1). Konkurskarantenen var ilagt blant annet på grunn av ”skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold” i den virksomhet som ledet til konkurs, jf. konkursloven § 142 første ledd. I sin vurdering av om konkursskarantene var å anse som endelig domfellelse etter EMK P7 art. 4(1), innledet Høyesterett med følgende uttalelse:

⁸² NOU 2003:15 *Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff*, pkt. 5.7.16.3.

⁸³ Se mer om tolkning av EMK i pkt. 1.3, supra.

⁸⁴ Slik også Skoghøy, op.cit., side 21.

”Et første spørsmål er her om det er avgjørelsen om å ilegge karantene som skal være endelig, noe den åpenbart er, eller om kravet om endelig domfellelse refererer seg til de straffbare handlingene som er grunnlaget for konkurskarantenen.”⁸⁵

Høyesterett anså det altså som ”åpenbart” at avgjørelsen var ”endelig” i betydningen formelt rettskraftig, jf. uttalelsens første og andre leddsetning. Det springende punkt ble dermed om den ilagte konkurskarantenen kunne sies å innebære at vedkommende i det hele tatt var domfelt for sine handlinger. Ved denne vurderingen poengterte Høyesterett at man ikke hadde funnet rettspraksis fra EMD som kunne belyse innholdet i begrepet, og uttalte at ”råmaterialet til analysen” uansett måtte være det nasjonale rettsystemet.⁸⁶ Høyesterett la etter dette vekt på tre forhold: *Skyldkravet* i bestemmelsen som hjemlet konkurskarantenen, *formålet* med konkurskarantenen, og *saksbehandlingsreglene* i forbindelse med konkurskarantene. Hva gjaldt skyldkravet – skjellig grunn til mistanke – utgjorde dette ”verken etter sin ordlyd eller etter norsk rettstradisjon en endelig domfellelse”. Tvert imot var det lave beviskravet ”knyttet til behovet for en rask reaksjon, som forutsettes å finne sted uten at forholdene er ferdig etterforsket”.⁸⁷ Formålet med konkurskarantene – raskt å hindre at vedkommende fortsetter å utnytte selskapsformen til misligheter – harmonerte heller ikke med en endelig domfellelse av skyldspørsmålet.⁸⁸ Og endelig kom at saksbehandlingsreglene gav ”begrenset mulighet til nærmere vurdering av de enkelte påpekte forhold”.⁸⁹ Konklusjonen ble dermed at avgjørelser om konkurskarantene ikke kunne oppfattes som noen endelig domfellelse.

Som før nevnt er de momenter som Høyesterett her la vekt på, ikke relevante for den formelle rettskraftvurdering uttrykket ”endelig” isolert sett gir anvisning på. Det er derfor synd at Høyesterett ikke trekker et klarere skille mellom de to vurderingstemaene. De momentene Høyesterett lister opp i Rt. 2003 side 1223 er bare relevante for vurderingen av

⁸⁵ Rt. 2003 side 1221, avsnitt 40.

⁸⁶ Ibid., avsnitt 46-47.

⁸⁷ Ibid., avsnitt 42-43.

⁸⁸ Ibid., avsnitt 43.

⁸⁹ Ibid., avsnitt 44.

om det foreligger en ”domfellelse” i EMKs forstand, idet momentene altså avgrenser selvstendige domfellelser mot de mer *midlertidige rettergangsskritt*. Høyesterett poengterer at en ileggelse av konkursskarantene ikke innebærer domfellelse, men i stedet må anses som et foreløpig forholdstiltak i forbindelse med etterforskningen. I slike tilfelle kommer ikke EMK P7 art. 4(1) til anvendelse.

Det kan synes som om Høyesterett i Rt. 2003 side 1221 var usikre på nøyaktig hvilket element i dobbeltforfølgingsforbudet som innebærer en avgrensning mot foreløpige forholdstiltak. I de påfølgende avsnitt av dommen vises det nemlig til en avvisningsavgjørelse fra EMD hvor de samme momentene ble anvendt,⁹⁰ men da i vurderingen av om inndragning av førerkort overhodet utgjorde en straffesiktelse.⁹¹ Ut fra dette mente Høyesterett det kunne være ”grunn til å vurdere alternativt” om konkursskarantene overhodet kunne anses som en ileggelse av straff etter EMK. Etter en vurdering av de velkjente Engel-kriteriene konkluderte så Høyesterett med at EMK P7 art. 4(1) ikke kom til anvendelse ”også av den grunn at karantenen ikke innebærer noen straffesiktelse”.⁹² Etter hva jeg kan skjønne vil det ikke innebære noen realitetsforskjell hva enten avgrensningen mot midlertidige rettergangsskritt foretas i forbindelse med vurderingen av om det foreligger en endelig domfellelse, eller i forbindelse med vurderingen av om det overhodet foreligger en straffeforfølgning.

Rt. 2003 side 1221, og de momenter som her oppstilles i forbindelse med konkursskarantene, ble ansett å ha retningsgivende betydning da Høyesterett i Rt. 2004 side 927 behandlet spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse utgjør en endelig domfellelse i EMKs forstand. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor i kapittel 4, som i sin helhet er viet den konkrete vurdering av nektelse av prøveløslatelse opp mot EMK P7 art. 4(1).

3.4 Sak 2 må innebære ”ny” forfølgning (”tried or punished again”)

3.4.1 Avgrensning mot parallell forfølgning

For at dobbeltforfølgingsforbudet i EMK skal komme til anvendelse, må den straffeforfølgning som påberopes avvist innebære at vedkommende blir straffeforfulgt ”på

⁹⁰ *Mulot v. France*, avvisningsavgjørelse av 14. desember 1999, (37211/97).

⁹¹ Rt. 2003 side 1221, avsnitt 48 flg.

⁹² *Ibid.*, avsnitt 56.

ny” (“again”). Etter sin ordlyd er dermed EMK P7 artikkel 4(1) ikke til hinder for såkalt *parallel forfølgning*. Med dette menes typisk at vedkommende blir straffeforfulgt i to saker samtidig av ulike organer, den ene en administrativ forfølgning og den andre en forfølgning ved straffedomstol. Som påpekt av Skoghøy, er parallell forfølgning tillatt under EMK P7 art. 4(1) fordi bestemmelsen er en regel om negativ materiell rettskraft, ikke om listependens.⁹³

Spørsmålet blir så hvordan den nærmere grensedragnings mellom parallell og ny forfølgning skal foretas. I EMDs avvisningsavgjørelse i saken *R.T. v Switzerland*,⁹⁴ hadde klagerens førerkort blitt inndratt på grunn av promillekjøring. Dette skjedde ved administrativt vedtak av 11. mai 1993. Vedtaket ble imidlertid påklaget, og dermed ikke ansett endelig avgjort før avgjørelsen ble opprettholdt 25. mai 1994.⁹⁵ I mellomtiden, 9. juni 1993, hadde klageren ved straffedom blitt ilagt bot og betinget fengsel for samme promillekjøring. Klageren hevdet derfor at straffedommen, som ble rettskraftig før klagesaken ble avgjort, sperret for administrativ inndragning av førerkortet. EMD mente imidlertid at EMK P7 art. 4(1) ikke var krenket, fordi sanksjonene var ilagt parallelt:

”These sanctions were *issued at the same time* by two different authorities, i.e. by a criminal and by an administrative authority. It cannot, therefore, be said that criminal proceedings were being repeated contrary to Article 4 of Protocol No. 7 within the meaning of the Court's case-law”.⁹⁶ [Min utheving].

Fra denne saken kan det utledes at to straffeforfølgninger må anses parallelle – og dermed ikke i strid med EMK P7 art. 4(1) – dersom det i sak 2 *treffes avgjørelse i første instans* før sak 1 blir endelig/formelt rettskraftig.⁹⁷ På den annen side følger det av EMDs dom i saken *Sailer v. Austria* at det ikke vil være tilstrekkelig til å fastslå parallellitet dersom sak 2 bare

⁹³ Skoghøy, op.cit., side 25.

⁹⁴ *R.T. v Switzerland*, avvisningsavgjørelse av 30. mai 2000, (31982/96).

⁹⁵ Avgjørelsen gir således støtte til den formalistiske forståelse av begrepet ”endelig” som ble beskrevet ovenfor i pkt. 3.3.3.

⁹⁶ *R.T. v Switzerland*, i avsnittet ”The law”, pkt. 3.

⁹⁷ Se, inter alia, mindretallets uttalelser i Rt. 2002 side 557.

er påbegynt før avgjørelsen i sak 1 blir endelig.⁹⁸ Flertallet i Rt. 2002 side 557 resonnerer på samme måte, og uttalte at en slik forståelse av EMK P7 art. 4(1) ville gi ”et meget begrenset vern mot dobbeltforfølgning”. I *Sailer v. Austria* var straffeforfølgning påbegynt 8. august 1995, nær 7 uker før vedkommende ble ilagt bot administrativt. Men ettersom dom i straffesaken (sak 2) ikke falt før 18. juni 1997, lenge etter at boten (sak 1) var blitt endelig, utgjorde sak 2 en ”ny” forfølgning i strid med EMK P7 art. 4(1).

3.4.2 Avgrensning mot fortsatt/videre forfølgning

EMK P7 art. 4(1) er etter sin ordlyd heller ikke til hinder for at selve *reaksjonsfastsettelsen* etter en endelig domfellelse skjer i flere etapper, så sant de ulike sanksjonene ilegges som en direkte følge av en og samme straffeforfølgning. I Rt. 2002 side 1216 la Høyesterett til grunn at en slik oppdeling av reaksjonsfastsettelsen unngikk forbudet i EMK P7 art. 4(1) fordi det ikke ble foretatt noen ny skyldvurdering. I tilfeller hvor så vel reaksjon 1 som reaksjon 2 fastsettes – om enn hver for seg og typisk av ulike organer – som en naturlig del av ”the sentencing process which follows upon the conviction of the defendant”,⁹⁹ er det med andre ord ikke tale om to atskilte straffeforfølgninger. Det dreier seg tvert imot om fortsatt forfølgning av en sak. EMK P7 art. 4(1) er da ikke anvendelig, og eventuell beskyttelse mot å bli ilagt reaksjoner i lang tid etter at straffeforfølgningen er rettskraftig/endelig avgjort må i så fall bygge på kravet om avgjørelse ”innen rimelig tid” i EMK artikkel 6 nr. 1 i stedet.¹⁰⁰

3.5 Den nye forfølgningen (sak 2) må gjelde samme straffbare forhold som den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1).

3.5.1 Innledning

I tillegg til at parallell og fortsatt forfølgning tillates, følger det av praksis fra EMD at det ikke vil dreie seg om ulovlig dobbeltforfølgning dersom sak 2 gjelder andre sider av den

⁹⁸ *Sailer v. Austria*, dom av 6. juni 2002, (38237/97).

⁹⁹ *Phillips v. UK*, dom av 5. juli 2001, (41087/98), avsnitt 35.

¹⁰⁰ Skoghøy, op.cit., side 28.

straffbare handling enn de som ble avgjort i sak 1. Dersom sak 2 gjelder *samme straffbare forhold* som i den første saken, derimot, vil det være tale om ulovlig dobbeltforfølgning i EMKs forstand.

Problemstillingen betegnes gjerne som et spørsmål om det straffbare forholds identitet, og tør være velkjent fra norsk strafferett og straffeprosess.¹⁰¹ En kort begrepsforklaring synes like fullt hensiktsmessig. I det øyeblikk en avgjørelse (sak 1) blir *formelt* rettskraftig ("endelig"), inntreer *materielle* rettskraftvirkninger. Den *positive* materielle rettskraftvirkning innebærer at avgjørelsen skal legges til grunn i andre saker mellom partene. Den *negative* materielle rettskraftvirkning knytter seg til at ny sak om samme forhold skal avvises av domstolene. Den negative materielle rettskraft innebærer således at det straffbare forholdets identitet må vurderes, for på den måten å klarlegge hvorvidt sak 1 og sak 2 gjelder *samme* eller *ulike* sider av det straffbare forhold. I sistnevnte tilfelle kommer ikke dobbeltforfølgingsforbudet i EMK P7 art. 4(1) til anvendelse.

3.5.2 Den nærmere grensedragnings

Den alminnelige oppfatning i norsk rett har vært at man står overfor samme straffbare forhold dersom de faktiske handlinger er de samme og de straffebud det er tale om å anvende i sak 2, er gitt til vern av samme interesse som de straffebud som ble anvendt i sak 1. I nyere, norsk rettspraksis har det dessuten vært fremholdt at det uansett må foretas en helhetsvurdering, der blant annet straffebudenes formål og gjerningsbeskrivelse kan få betydning.¹⁰² Det bør imidlertid påpekes at EMDs autonome vurderinger med hensyn til den negative materielle rettskraft til en viss grad virker å avvike fra denne internrettslige grensedragningen. Hovedfokus vil således være EMDs fortolkning av identitetsspørsmålet.

Praksis fra EMD er ikke helt entydig, men etter hva jeg forstår oppstiller domstolen to kumulative vilkår for at en forfølgning (sak 2) skal anses å gjelde samme straffbare forhold

¹⁰¹ Se nærmere om rettskraft i Hov, Jo, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*, Oslo, 1999, side 323 flg., og Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess bind I*, 3.utgave, Oslo, 2000, side 340 flg.

¹⁰² Se, inter alia, Rt. 1994 side 1264.

som den eventuelt sperrende avgjørelsen (sak 1). For det første må sak 2 gjelde *samme faktiske handling* som den handling vedkommende ble endelig domfelt eller frifunnet for i sak 1. For det andre må det straffebud eller den hjemmel for administrativ sanksjon som ble anvendt i sak 1 inneholde de *samme hovedelementer* som det straffebud eller den hjemmel for administrativ sanksjon som det er tale om å anvende i sak 2.

Den første dommen fra EMD på dette området er *Gradinger v. Austria*.¹⁰³ Her var en bilfører i sak 1 dømt til bot og subsidiær fengselsstraff for uaktsomt drap på en syklist. Straffedomstolen hadde lagt til grunn at bilføreren hadde en promille på 0,8 eller mindre. Påvirkningsgraden var derfor for lav til utgjøre en straffeskjerpene omstendighet ved drapet. Etter en ny rapport konkluderte imidlertid administrative straffemyndigheter med at promillen var på 0,95. Dermed ble bilføreren i sak 2 ilagt bot med subsidiær fengselsstraff for overtredelse av vegtrafikklovens bestemmelse om promillekjøring. EMD fant at sak 2 var i strid med EMK P7 art. 4(1), og uttalte i den forbindelse:

”The Court is 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. It further observes that the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, *both impugned decisions were based on the same conduct*. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4).” [Min utheving].

EMD observerte altså at straffebudene i sak 1 og 2 både var ulikt utformet med hensyn til beskrivelsen av det straffbare forholdet, og hadde ulik karakter og formål. Like fullt konstaterte domstolen krenkelse av dobbeltforfølgingsforbudet. Begrunnelsen var utelukkende at forfølgningen i sak 2 var ”based on the same conduct” – gjaldt samme faktiske handling – som sak 1.

¹⁰³ *Gradinger v. Austria*, A 328-C, (1995).

Dette kriterium skaper ikke særlige vansker i forhold til det tradisjonelle, norske syn på identitetsspørsmålet. Også i norsk rett er det som nevnt et grunnvilkår at man står overfor samme faktum.¹⁰⁴ *Gradinger*-sakens vektlegging av dette kriterium som det eneste relevante for vurderingen av identitet, derimot, virker ikke bare å stride mot den norske ”interesselæren”, men også mot nyere dommer fra EMD. I saken *Oliveira v. Switzerland*,¹⁰⁵ hadde klageren kommet over i motgående kjørefelt, kollidert med møtende bil, og skadet føreren av denne. Først ble klageren ilagt bot av ”Politzeirichteramt” for uaktsom bilkjøring. To år senere ble klageren ilagt bot igjen, denne gang av ”Bezirksanwaltschaft” for uaktsom legemsbeskadigelse. Den første boten ble trukket fra i den siste. Til tross for at de to straffeforfølgningene opplagt var basert på samme faktiske handling, fikk klageren ikke medhold i at den nye forfølgningen var i strid med EMK P7 art. 4(1). Domstolen uttalte i stedet at saken var:

” [A] typical example of a single act constituting various offences [...]. The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. [...] There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7.”¹⁰⁶

Det sentrale for EMD var altså at de to sakene gjaldt forskjellige sider av handlingen. Den første domfellelsen rettet seg mot klagerens manglende kontroll over bilen, den andre mot legemsbeskadigelse. Domstolen godtok derfor at straffebudene kunne anvendes i ulikeartet idealkonkurrens, også i to separate prosesser.

EMDs begrunnelse i *Oliveira*-saken virker å medføre en innsnevring av dobbeltforfølgingsforbudets rekkevidde i forhold til de uttalelsene EMD hadde kommet med et par år tidligere i *Gradinger*-saken, hvor krenkelse ble konstatert utelukkende fordi

¹⁰⁴ Andenæs, op.cit., side 342.

¹⁰⁵ *Oliveira v. Switzerland*, dom av 30.juli 1998, RJD 1998 side 1821.

¹⁰⁶ *Oliveira v. Switzerland*, avsnitt 25-26.

forfølgningene gjaldt ”the same conduct”. I dom av 29. mai 2001, *Fischer v. Austria*,¹⁰⁷ hvis saksforhold har likhetstrekk med både *Gradinger-* og *Oliveira*-saken, foretok EMD en harmonisering av den inkonsekvens som hadde oppstått. Domstolen uttalte i den forbindelse:

”As the Government pointed out, the Court’s approach in the *Gradinger* and *Oliveira* judgments [...] appears somewhat contradictory. The Court recalls that in each case two sets of proceedings arose out of one traffic accident. [...] The Court observes that 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. Thus, while it is true that the mere fact that a single act constitutes more than one offence is not contrary to this Article, the Court must not limit itself to finding that an applicant was, on the basis of one act, tried or punished for nominally different offences.”¹⁰⁸

Her fremhevet EMD igjen at EMK P7 art. 4(1) ikke er til hinder for at straffebud kan anvendes i ulikeartet idealkonkurrens. Men i slike tilfeller holder det ikke med en konstatering av at det foreligger lovbrudd med forskjellige betegnelser. Det må foretas en nærmere vurdering:

“[W]here 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*.”¹⁰⁹ [Min utheving].

Det straffebud eller den hjemmel for administrativ sanksjon det er tale om å anvende i sak 2, må altså ikke være vesensforskjellig fra det straffebud eller den hjemmel for administrativ sanksjon som ble anvendt i sak 1. I motsatt fall – dersom de to straffebudene

¹⁰⁷ *Fischer v. Austria*, dom av 29. mai 2001, (37950/97).

¹⁰⁸ *Fischer v. Austria*, avsnitt 23-25.

¹⁰⁹ I.c.

inneholder samme hovedelementer ("the same essential elements") – foreligger dobbeltforfølgning i strid med EMK.

I norsk rettspraksis er kravet om "same essential elements" tolket dit hen at det først og fremst må foretas en sammenligning av *de objektive gjerningsbeskrivelsene* i de aktuelle straffebud. I Rt. 2003 side 394 kom således Høyesterett til at et vedtatt forelegg for brudd på drukkenskapsloven § 17 kunne etterfølges av ny forfølgning for brudd på straffeloven § 229, selv om sak 1 og 2 gjaldt samme faktiske handling, idet de objektive gjerningsbeskrivelsene var ulike. Det ble blant annet vist til at grunnvilkåret om "beruselse" i drukkenskapsloven § 17 ikke er nødvendig for å gjøre seg skyldig i "vold" med skadefølge etter straffeloven § 229.¹¹⁰ Tolkningen er nylig fulgt opp i dom av Borgarting Lagmannsrett av 17. februar 2006.¹¹¹ Her konkluderte lagmannsretten med at den opprinnelige tiltalen for tyveri og heleri ikke sperret for ny tiltale og domfellelse for forsikringsbedrageri, utelukkende på grunn av ulikhetene i den objektive gjerningsbeskrivelse.

Etter hva jeg kan skjønne vil det imidlertid ikke være treffende å tolke praksis fra EMD dit hen at vurderingen av to straffebuds hovedelementer *utelukkende* beror på den objektive gjerningsbeskrivelse. (Hvilket jeg heller ikke beskylder Høyesterett for å gjøre).¹¹² Språklig sett vil det nesten alltid være forskjeller mellom utformingen av to sanksjonsbestemmelser. Slik jeg forstår uttalelsene i *Fischer*-saken, vil man i slike tilfelle i tillegg måtte vurdere om straffebudene *reelt* sett rammer samme forhold. Domstolen påpekte nemlig at

"[T]here are cases where one act, at first sight, appears to constitute more than one offence, whereas as closer examination shows that only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others."¹¹³

¹¹⁰ Rt. 2003 side 394, avsnitt 22-28.

¹¹¹ LB-2005-79073.

¹¹² Se, inter alia, Rt. 2003 side 264, avsnitt 45, og Høyesteretts kjennelse av 9. november 2006, HR-2006-01893-P, avsnitt 41.

¹¹³ *Fischer v. Austria*, avsnitt 23-25.

I tillegg kommer at EMD i sin avvisningsavgjørelse av 14. september 2004, *Rosenquist v. Sweden*, la stor vekt på at både *de subjektive straffbarhetsvilkår* for, og *formålet* med henholdsvis administrativ ileggelse av tilleggsatt (sak 1) og straffedom for skatteunndragelse (sak 2), var vesensforskjellige:

” The Court observes that [...] culpable intent or gross neglect, which was not a condition for a tax surcharge, was an essential condition for criminal conviction for (aggravated) tax fraud under section 2 and 4 of the Tax Offences Act. It served not only a deterrent but also a penal purpose. [...] The Court thus notes that the purpose of the criminal offence [...] differed from the purpose of the imposition of a tax surcharge.”¹¹⁴

Denne vektleggingen av straffeбудenes ulikhet i formål og subjektive straffbarhetsvilkår, gjør etter hva jeg kan skjønne at EMDs krav til “same essential elements”, ikke blir så ulik den norske helhetsvurderingen som man kanskje kunne få inntrykk av etter *Gradinger-* og *Oliveira-* sakene. På den annen side kan det nå reises spørsmål ved om Høyesterett i en del tilfeller forut for EMDs avgjørelse i *Rosenquist*-saken, gikk vel langt i å tillegge den rent språklige utforming av straffeбудenes objektive gjerningsbeskrivelser betydning ved vurderingen av identitetsspørsmålet etter EMK P7 art. 4(1).¹¹⁵ I en nylig avsagt plenumskjennelse fra Høyesterett,¹¹⁶ kan det således se ut til at flertallet (dissens 14-1) reverserer en etablert rettsoppfatning om at administrativ ileggelse av 30 % tilleggsatt sperrer for senere domfellelse for skattesvik. Høyesterett viste til EMDs uttalelser i *Rosenqvist*-saken, la vesentlig vekt på ulikheter i formål og skyldkrav, og konkluderte med at domfellelsen for skattesvik ikke gjaldt samme straffbare forhold som den tidligere ilagte tilleggsatt.¹¹⁷ Av plassmessige hensyn går jeg ikke nærmere inn på dette, idet mitt hovedanliggende først og fremst har vært å få frem *momentene* i EMDs vurdering. Nedenfor, i kapittel 4, vil jeg benytte disse momentene til å vurdere konkret hvorvidt et

¹¹⁴ *Rosenquist v. Sweden*, avvisningsavgjørelse av 28. september 2004.

¹¹⁵ Se om dette hos Fausa, Jostein Sæbø, *Det straffbare forholds identitet*, Jussens Venner 2005 Nr. 01, side 59 flg.

¹¹⁶ Høyesteretts kjennelse av 9. november 2006, HR-2006-01893-P.

¹¹⁷ *Ibid.*, avsnitt 72-74.

avslag på søknad om prøveløslatelse kan ha negativ materiell rettskraft under EMK P7 art. 4(1), og dermed sperre for ny forfølgning.

4 NEKTELSE AV PRØVELØSLATELSE VURDERT OPP MOT EMK P7 art. 4(1)

4.1 Innledning

I forhold til nektelse av prøveløslatelse, kan problematikken vedrørende dobbeltforfølgning komme opp på to ulike måter. For det første kan en tenke seg at en tidligere forfølgning anføres å sperre for senere nektelse av prøveløslatelse (nektelsesvedtaket er da ”sak 2”). Denne problemstillingen oppstår hvis den innsatte først blir ilagt disiplinærreaksjon pga sin atferd under soningen, jf. straffegjennomføringsloven § 40, for så senere å nektes prøveløslatelse med samme begrunnelse, jf. straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd. For det annet kan en tenke seg at nektelse av prøveløslatelse anføres å sperre for senere forfølgning (nektelsesvedtaket er da ”sak 1”). Denne problemstillingen oppstår i tilfeller hvor den innsatte først blir nektet prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd, og det senere reises tiltale mot vedkommende på bakgrunn av det samme forhold som allerede har begrunnet nektelsesvedtaket. Som nevnt tidligere er det utelukkende den sistnevnte problemstilling – nektelsesvedtaket som en eventuelt sperrende avgjørelse – jeg har for øye i denne oppgaven.

Første spørsmål blir om nektelse av prøveløslatelse har tilstrekkelig karakter av straff til å kunne utgjøre en sperrende straffeforfølgning under EMK P7 art. 4(1). Dette behandles i pkt. 4.2. Vilkårene om at nektelsesvedtaket i så fall må innebære ”domfellelse” samt være ”endelig”, behandles i henholdsvis pkt. 4.3 og 4.4. Endelig vil jeg i pkt. 4.5 vurdere de vilkår som oppstilles for at sak 2 skal utgjøre en ulovlig dobbeltforfølgning, herunder at sak 2 må dreie seg om ”samme straffbare forhold” som det eventuelt sperrende nektelsesvedtaket.

4.2 Er nektelse av prøveløslatelse "straff"?

Det generelle innhold i EMKs straffebegrep ble redegjort for i pkt. 3.2, men den konkrete vurdering av nektelsesvedtak nødvendiggjør noen gjentakelser. Som nevnt må begrepene "straffesak" (benyttes om sak 1) og "straffbar handling" (benyttes om sak 2) i EMK P7 art. 4(1) forstås på samme måte som begrepet "straffesiktelse" i EMK artikkel 6. Hvorvidt nektelse av prøveløslatelse er straff i EMKs forstand, må etter dette ta utgangspunkt i de såkalte Engel-kriteriene, slik disse er utlagt og anvendt av EMD.

Problemstillingen ble utførlig drøftet av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 2004 side 927. Saken gjaldt spørsmålet om en straffesak (sak 2) skulle avvises fordi tiltalte allerede var nektet prøveløslatelse (sak 1) fra soning av en tidligere dom. Nektelsesvedtaket var begrunnet i at den innsatte var under forføyning for nye straffbare forhold, og viste til tiltalebeslutningen i sak 2. Høyesterett behandlet saken i sammenheng med tre andre saker som reiste tilsvarende spørsmål vedrørende nektelse av prøveløslatelse.¹¹⁸ De øvrige Høyesterettsavgjørelsene nøyer seg imidlertid med å vise til Rt. 2004 side 927 hva gjelder spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse innebærer straffeforfølgning under EMK P7 art. 4(1). Rt. 2004 side 927 må således anses å utgjøre et sterkt prejudikat for løsningen av dette spørsmålet. Jeg vil derfor benytte dommens uttalelser og resonnementer aktivt i det følgende.

Høyesterett begynner sin drøftelse med å påpeke at nektelse av prøveløslatelse ikke er ansett som straff etter norsk rett, sml. straffelovens kapittel 2. Søknader om prøveløslatelse avgjøres administrativt av Kriminalomsorgen. Denne *internrettslige klassifiseringen* har imidlertid bare relativ vekt. Det avgjørende blir hvorvidt *handlingens og lovregelens karakter* ("the very nature of the offence"), samt *innholdet og alvoret i den sanksjon det er tale om* (the degree of the severity of the penalty"), medfører at nektelsen like fullt må anses som straff i EMKs forstand. Det minnes om at disse Engel-kriteriene kan virke alternativt eller kumulativt, alt etter omstendighetene.

¹¹⁸ Rt. 2004 side 939, Rt. 2004 side 943, Rt. 2004 side 948.

Hva gjelder *handlingens* karakter, er det å bemerke at nektelse av prøveløslatelse i medhold av straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd kan begrunnes i så mange slags handlinger, og dessuten skal treffes etter en helhetsvurdering av om løslatelse vil være ”utilrådelig”.¹¹⁹ Det er derfor i utgangspunktet vanskelig si noe generelt om karakteren av de handlinger som ligger til grunn for ulike nektelsesvedtak. I mange tilfelle vil imidlertid nektelsesvedtaket hovedsakelig være begrunnet med at den innsatte enten har begått relativt alvorlige handlinger som har likhetstrekk med forhold som faller inn under alminnelig straffelovgivning, eller med at den innsatte antas å begå straffbare handlinger i fremtiden. I Rt. 2004 side 927 var for eksempel nektelsesvedtaket utelukkende begrunnet i at den innsatte, i løpet av de siste to år før avgjørelsen, var tiltalt for handlinger som etter loven har en høyere strafferamme enn 1 års fengsel.¹²⁰ Hvis dette er bakgrunnen for nektelsesvedtaket, trekker delkriteriet *handlingens karakter* klart i retning av å anse nektelsen som straff for handlingen, jf. *Campell and Fell v. UK*.¹²¹ Dersom nektelsesvedtaket derimot er begrunnet i mindre alvorlige disiplinærforseelser, gir ikke handlingens karakter særlig veiledning.

Det bør påpekes at i Rt. 2004 side 927, hvor Høyesterett altså hadde spørsmålet om et nektelsesvedtak er ”straff” oppe til vurdering, oversatte Høyesterett Engel-kriteriet ”the very nature of the offence” med ”karakteren av og formålet med den lovregel som anvendes”.¹²² Dette medførte at *handlingens* karakter ikke ble vurdert overhodet. En slik unnlattelse kan imidlertid forsvares med at Engel-kriteriene ikke nødvendigvis virker kumulativt.

Det neste delkriteriet, *lovregelens* karakter, ble utførlig drøftet av Høyesterett. Kriteriet innebærer hovedsakelig en vurdering av formålet med den lovregel som hjemler den aktuelle sanksjon, i vårt tilfelle straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd. Høyesterett foretok først en gjennomgang av de historiske hovedtrekkene i det norske system for

¹¹⁹ Se om dette i kapittel 2.

¹²⁰ Se pkt. 2.3.

¹²¹ Note 60, supra.

¹²² Rt. 2004 side 927, avsnitt 40.

prøveløslatelse, hvorefter førstvoterende uttalte at dagens straffegjennomføringslov § 42 ”åpenbart ikke [gir] domfelte noe rettskrav på prøveløslatelse”.¹²³ Avgjørelser av søknader om prøveløslatelse baseres i dag på en helhetsvurdering, i motsetning til hva som var tilfellet under det automatiserte prøveløslatelsessystem som hersket tidligere.¹²⁴ Dette innebærer en endring av lovregelens karakter i retning bort fra å være en sjeldent forekommende, pønal reaksjon, mot en mer alminnelig forvaltningsavgjørelse med et avvergende formål. Høyesterett uttalte at ”så vel formålet med som karakteren av lovbudet skiller seg således vesentlig fra strafferegler.”¹²⁵ I tillegg kunne Høyesterett her ha nevnt at straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd kun retter seg mot innsatte, ikke mot allmennheten som sådan, slik alminnelige strafferegler gjør. Også dette er et moment som reduserer lovregelens karakter av straff.

Likevel fant Høyesteretts flertall ikke å kunne legge avgjørende vekt på lovregelens karakter.¹²⁶ I stedet henviste Høyesterett til det siste Engel-kriteriet, ”sanksjonens innhold og alvor” (“the degree of severity of the penalty”). Ved vurderingen av sanksjonens *alvor* tok Høyesterett, i overensstemmelse med EMDs praksis, utgangspunkt i den maksimale reaksjon som risikeres.¹²⁷ Generelt må det da kunne anføres at ved å nekte den innsatte prøveløslatelse etter 2/3 deler av soningstiden, risikerer vedkommende en betydelig forlengelse av tiden i fengsel. Eksempelvis kan en dom på seks år i verste fall medføre to år lengre soning dersom prøveløslatelse nektes innvilget etter fire år. I Rt. 2004 side 927, hvor vedkommende var idømt tre års fengsel, risikerte den innsatte således ett år ”ekstra” i fengsel ved å bli nektet prøveløslatelse etter 2/3 dels tid.¹²⁸ Nektelse av prøveløslatelse kan med andre ord utgjøre en svært alvorlig sanksjon. Dette momentet trekker alene sterkt i retning av å anse nektelsesvedtak som straff.

¹²³ Rt. 2004 side 927, avsnitt 42-48.

¹²⁴ Se om dette i pkt. 2.1.

¹²⁵ Rt. 2004 side 927, avsnitt 50.

¹²⁶ Ibid., avsnitt 52.

¹²⁷ Se pkt. 3.2.3.3.

¹²⁸ Rt. 2004 side 927, avsnitt 51.

Sanksjonens *innhold* – nektelsesvedtakets pønale preg – trekker i samme retning. Høyesterett la vesentlig vekt på uttalelser i *Campbell and Fell*- saken, hvor EMD i vurderingen av sanksjonens innhold poengterte at prøveløslatelsesinstituttet i Storbritannia gav fangene en ”berettiget forventning” (”legitimate expectation”) om å bli løslatt på prøve etter 2/3 dels tid.¹²⁹ Nektelse av prøveløslatelse fikk da et tydelig pønalt preg, til tross for at de britiske reglene klart tilkjennega at lovbrudd ville kunne få konsekvenser for nettopp prøveløslatelse. Høyesterett hadde vanskelig for å akseptere dette, men fant etter hva jeg kan skjønne ikke tilstrekkelige holdepunkter for å fravike EMDs tolkning. Dommer Lund, på vegne av flertallet, uttalte:

”[Det virker] fremmed å konstatere at en person som begår alvorlige disiplinærforseelser eller straffbare handlinger, vel vitende om konsekvensene for mulighetene av prøveløslatelse, likevel har en berettiget forventning om å bli løslatt etter to tredjedels tid. [...] Likevel kan det synes som om EMD i *Campbell and Fell*- saken nettopp bygget på en slik forutsetning [...]”¹³⁰ [Min anm.].

Høyesterett fant etter dette å måtte skjære alle nektelsesvedtak over en kam, alene på grunn av EMDs tolkning av kriteriet ”the degree of severity of the penalty”. Høyesterett fulgte uttalelsene i *Campbell and Fell*-saken, og la til grunn at innsatte generelt har en berettiget forventning om prøveløslatelse etter 2/3 dels soningstid. Nektelse av prøveløslatelse etter straffgjennomføringsloven § 42 ble derfor ansett som en sanksjon hvis ”innhold og alvor” gir vedtaket karakter av straff i henhold til EMK P7 art. 4(1).

Etter mitt syn er det ikke gitt at Høyesteretts tolkning denne gang hadde ”de beste grunner for seg”.¹³¹ Det britiske system som ble vurdert i *Campbell and Fell*- saken var nemlig mer på linje med det automatiserte system man hadde i Norge før 1999, enn det som følger av dagens straffgjennomføringslov.¹³² Høyesterett hadde således anledning til å skille på

¹²⁹ *Campbell and Fell v. UK*, avsnitt 72.

¹³⁰ Rt. 2004 side 927, avsnitt 49.

¹³¹ Se om metoden for tolking av EMK i pkt. 1.3, supra.

¹³² Slik også Høyesterett var inne på i Rt. 2004 side 927, avsnitt 52.

faktum (distinguish the case), og til å trekke inn de ”verdiprioriteringer” som ligger til grunn for den norske lovgivningen.¹³³ På dette grunnlag ville det etter hva jeg kan skjønne vært forsvarlig om Høyesterett i stedet konkluderte med at dagens norske straffegjennomføringslov ikke gir innsatte noen ”berettiget forventning” om prøveløslatelse. Høyesterett kunne da ha kumulert de enkelte Engel-kriteriene i en mer helhetlig vurdering, og konkludert med at ”handlingens og lovregelens karakter” og ”sanksjonens innhold og alvor” samlet sett ikke gir nektelsesvedtak etter straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd karakter av straff.

Ettersom Høyesterett altså kom til det motsatte resultat hva gjaldt ”sanksjonens innhold”, mener jeg likevel det var fornuftig av Høyesterett å legge avgjørende vekt på dette, og la Engel-kriteriene virke alternativt. Dersom hovedtyngden i vurderingen i stedet var blitt lagt på ”handlingens og lovregelens karakter”, ville en ha viklet seg inn i vanskelige grensedragninger. En ville da ha måttet skille mellom nektelsesvedtak som *er* straff og nektelsesvedtak som *ikke* er straff, avhengig blant annet av grovheten av de handlinger som ligger til grunn for den enkelte nektelse. Hvis et nektelsesvedtak for eksempel begrunnes i mindre alvorlige disiplinærbrudd, tilsier jo lovbruddets karakter at det ikke dreier seg om straff. Mindretallet i Rt. 2004 side 927, dommer Rieber-Mohn, virker å ha resonnert på en slik måte, uten at jeg ser noen grunn til å gå nærmere inn på det her.¹³⁴ Flertallets votum med hensyn til spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse er straff i EMKs forstand, ble som nevnt lagt til grunn i tre andre saker avsagt samme dag, og må anses som gjeldende norsk rett. Nektelsesvedtak etter straffegjennomføringsloven § 42 må i forhold til EMK P7 art. 4(1) anses som straff, og kan dermed virke sperrende for en senere forfølgning av det samme forhold som i sin tid begrunnet nektelsesvedtaket. Dette forutsetter imidlertid at de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt, se nedenfor i pkt. 4.3 til 4.5.

¹³³ Jf. Rt. 2005 side 833, avsnitt 45.

¹³⁴ Rt. 2004 side 927, avsnitt 79-80. Slik også Brandt, Kristian, *Nektelse av prøveløslatelse og EMK*, 20 vekttalls spesialoppgave, Oslo, 2004, side 26-37. Oppgaven ble skrevet før Høyesterett klargjorde rettsstilstanden.

4.3 Innebærer nektelse av prøveløslatelse at vedkommende blir ”domfelt”?

Som nevnt i pkt. 3.3, omfatter begrepet ”domfelt” ikke bare avsagte straffedommer, men også ilagte forvaltningsavgjørelser som har karakter av straff. På bakgrunn av konklusjonen rett ovenfor, om at nektelse av prøveløslatelse innebærer nettopp en slik administrativt ilagt straff, må det i utgangspunktet kort kunne konstateres at et avslag på søknad om prøveløslatelse også kan innebære at vedkommende blir ”domfelt” i EMKs forstand. (For så vidt vil også en avgjørelse fra Kriminalomsorgen som *innvilger* søknad om prøveløslatelse kunne utgjøre en sperrende avgjørelse under EMK P7 art. 4(1), idet dette vil kunne innebære at vedkommende blir ”frikjent”.)

Kravet om domfellelse innebærer imidlertid også en avgrensning mot de mer *foreløpige/midlertidige* avgjørelser.¹³⁵ I Rt. 2003 side 1221 ble det således lagt til grunn at avgjørelser om konkurskarantene *ikke* utgjør noen selvstendig domfellelse eller frifinnelse, men i stedet må karakteriseres som midlertidige rettegangsskritt under etterforskningen. Dommens uttalelser med hensyn til hvilke momenter som inngår i denne vurderingen, ble ansett å ha retningsgivende betydning da Høyesterett i Rt. 2004 side 927 behandlet spørsmålet om nektelse av prøveløslatelse utgjør en endelig domfellelse i EMKs forstand. I denne konkrete saken var nektelsesvedtaket begrunnet i at den innsatte var tiltalt for nye, straffbare handlinger. Høyesterett uttalte:

”Formålet med nektelse av prøveløslatelse er avvergende, ikke pønalt.

Fengselsmyndighetene tar ikke selvstendig stilling til *skyldspørsmålet*. Det er utelukkende tale om henvisning til en tiltalebeslutning som tilkjenner at tiltalte står foran et oppgjør med strafferettsapparatet. *Saksbehandlingen* forutsetter en skjønnsmessig vurdering som oftest må gjentas minst hver tredje måned. I vår sak kommer dessuten det til at prøveløslatelse etter det norske systemet ikke er noen rettighet eller noe domfelte uten videre kan regne med. Ikke minst i et slikt system

¹³⁵ Se pkt. 3.3.4.

er det vanskelig å se at nektelse under henvisning til ny tiltalebeslutning kan ses som en endelig domfellelse.”¹³⁶ [Mine uthevninger].

Samtlige tre momenter oppstilt i Rt. 2003 side 1221; formål, skyldkrav og saksbehandling, ble altså ansett å tale mot at vedkommende var ”domfelt” i og med nektelsesvedtaket. Momentene gjorde det mer nærliggende å se nektelsesvedtaket som en foreløpig/midlertidig avgjørelse i forbindelse med etterforskningen, enn som en selvstendig domfellelse for et straffbart forhold. Høyesterett sammenlignet nektelsesvedtaket med ”varetekt begrunnet i gjentakelsesfare”.¹³⁷

Det kan riktig nok anføres at Høyesteretts vektlegging av at prøveløslatelse ikke er ”noe domfelte uten videre kan regne med”, innebærer en viss omgåelse av det resultat man kom til under vurderingen av om nektelse av prøveløslatelse utgjør straffeforfølgning i EMKs forstand. Mens Høyesterett, i vurderingen av om et nektelsesvedtak er straff, la vesentlig vekt på at prøveløslatelse etter EMDs praksis er noe fangen har en berettiget forventning om, konkluderer Høyesterett med det motsatte i sin vurdering av om et nektelsesvedtak utgjør domfellelse. Dette kan imidlertid Høyesterett tillate seg å gjøre fordi praksis fra EMD som omhandler spørsmålet om hva som ligger i uttrykket ”finally acquitted or convicted”, for en stor del henviser til det enkelte lands internrettslige syn.¹³⁸

Utgangspunktet for vurderingen tas således i det nasjonale rettssystem, hvoretter prøveløslatelse som nevnt ikke lenger er noe innsatte har rettskrav på, eller kan ha forventning om.

Konklusjonen blir etter dette at en nektelse av prøveløslatelse begrunnet i at den innsatte er tiltalt for straffbare handlinger, ikke medfører at vedkommende blir ”domfelt” for disse handlingene. Et slikt nektelsesvedtak utgjør dermed ikke noen sperrende avgjørelse etter EMK P7 art. 4(1), idet avgjørelsen må anses som et foreløpig rettergangsskritt i forbindelse med etterforskningen.

¹³⁶ Rt. 2004 side 927, avsnitt 63.

¹³⁷ Ibid., avsnitt 65.

¹³⁸ Se om dette i pkt. 3.3.2.

I tilfeller hvor nektelsesvedtaket hovedsakelig er begrunnet i disiplinærbrudd under soningen, er det mulig konklusjonen må bli en annen. Nektelsen skjer i disse tilfellene etter at Kriminalomsorgen har tatt stilling til om de objektive og subjektive vilkår for å ilegge disiplinærreaksjon i medhold av straffegjennomføringsloven § 40 er oppfylt. Det tas med andre ord selvstendig stilling til *skyldspørsmålet*, hvilket er et moment som taler for å anse nektelsesvedtaket som en selvstendig domfellelse. I tillegg kommer at dersom det er ilagt disiplinærreaksjon i medhold av straffegjennomføringsloven § 40, vil forholdet ikke bli anmeldt til politiet.¹³⁹ Nektelsesvedtaket står således på egne ben; *saksbehandlingen* har ingen sammenheng med en eventuell senere etterforskning fra påtalemyndighetens side. Det er da mindre naturlig å anse nektelsen som en foreløpig/midlertidig avgjørelse. Konklusjonen er langt fra sikker, også i disse tilfellene forutsetter jo saksbehandlingsreglene en ny vurdering hver tredje måned, men etter mitt syn vil et nektelsesvedtak som hovedsakelig begrunnes i disiplinærbrudd under soning innebære at den innsatte blir ”domfelt” for disse handlingene. I slike tilfeller vil i så fall nektelsesvedtaket kunne utgjøre en sperrende avgjørelse (sak 1) etter EMK P7 art. 4(1).

For å oppnå en fullgod drøftelse av de resterende vilkår i EMK P7 art. 4(1), vil jeg i det følgende likevel forutsette at nektelse av prøveløslatelse utgjør en selvstendig domfellelse, uansett hvilken begrunnelse som ligger til grunn for nektelsesvedtaket.

4.4 Når blir nektelse av prøveløslatelse ”endelig”?

Under forutsetning av at nektelse av prøveløslatelse innebærer straffeforfølgning, samt medfører at vedkommende blir domfelt, blir neste spørsmål når nektelsesvedtaket må anses ”endelig” (formelt rettskraftig). På bakgrunn av den forholdsvis utførlige redegjørelsen ovenfor i pkt. 3.3.3, om hvordan dette vilkåret må forstås, fremstår vurderingen relativt ukomplisert. Nektelsesvedtaket blir ”endelig” i det øyeblikk klagemulighet og klagefrist er ute. Dette reguleres av straffegjennomføringsloven § 7 bokstav e, som oppstiller en

¹³⁹ Se Riksadvokatens rundskriv, RA-2004-3.

klagefrist på 7 dager. Den negative materielle rettskraftvirkning – beskyttelse mot ny forfølgning av samme straffbare forhold – inntreder dermed enten 7 dager etter at underretning om vedtaket kom fram til den innsatte, eller i det øyeblikk klageinstansen (Kriminalomsorgens regionale eller sentrale nivå) opprettholder nektelsesvedtaket.

4.5 Når foreligger "ny" forfølgning for "samme straffbare forhold"?

Som redegjort for i pkt. 3.4, er EMK P7 art. 4(1) ikke til hinder verken for *parallell* eller *fortsatt/videre* forfølgning av samme forhold.

Det vil derfor i utgangspunktet ikke være i strid med dobbeltforfølgningsforbudet om den innsatte både blir nektet prøveløslatelse av Kriminalomsorgen og dessuten dømt for det samme forholdet i retten, så sant de to forfølgningene skjer *parallelt*. Det er riktig nok ikke tilstrekkelig til å konstatere parallellitet at forfølgningen ved domstolen bare er *påbegynt* før nektelsesvedtaket blir endelig. Derimot vil det være tale om parallell forfølgning dersom de to forfølgningene initieres samtidig, og straffedomstolen treffer avgjørelse i første instans *før* nektelsesvedtaket blir endelig. Et slikt saksforløp er imidlertid relativt usannsynlig. For det første minnes det om at nektelse av prøveløslatelse ikke initieres av Kriminalomsorgen selv, men kommer som et avslag på den innsattes søknad om prøveløslatelse. Det offentlige vil således aldri ha muligheten for selv å samkjøre den administrative prosessen som munner ut i et nektelsesvedtak, med prosessen for straffedomstolen. For det andre kan det nok antas at en norsk tingrett ikke vil rekke å dømme den innsatte for en straffbar handling *før* den innsatte blir nektet prøveløslatelse begrunnet i den samme handlingen, dersom de to forfølgningene blir påbegynt samtidig.

Mer naturlig vil det være å anføre at nektelse av prøveløslatelse egentlig dreier seg om *fortsatt/videre forfølgning* av én og samme sak, nemlig den straffsaken vedkommende ble ilagt fengselsstraff for i utgangspunktet. Det er i så fall den opprinnelige straffedomstolsavgjørelsen om å fengsle vedkommende som er sak 1. Nektelse av prøveløslatelse blir da å anse som en del av reaksjonsfastsettelsen etter domfellelsen, et ledd i fullbyrdelsen av den idømte straff ("part of the sentencing process which follows

upon the conviction of the defendant”).¹⁴⁰ Eventuell beskyttelse mot å bli ilagt reaksjoner (dvs. nektes prøveløslatelse) lang tid etter at straffeforfølgningen er rettskraftig, må da bygge på EMK artikkel 6 og kravet om avgjørelse innen ”rimelig tid” i stedet.

Skoghøy mener at det å se nektelsesvedtak under synsvinkelen *fortsatt forfølgning*, er like naturlig som noen annen tolkning av EMK P7 art. 4(1).¹⁴¹ Etter mitt syn må dette i hvert fall være en vel så god måte å ”komme seg unna” dobbelforfølgningsforbudet på som å si at nektelsesvedtaket er et midlertidig/foreløpig rettergangsskritt, slik Høyesterett gjorde i Rt. 2004 side 927.

I det følgende forutsettes likevel at nektelsesvedtaket *ikke* er et ledd i fullbyrdelsen av fengselsdommen, men derimot utgjør en selvstendig straffeforfølgning og domfellelse (sak 1). Avgjørende for om det endelige nektelsesvedtaket sperrer for en ny forfølgning, blir da om den nye forfølgningen gjelder *samme straffbare forhold* som nektelsesvedtaket. Dette spørsmålet kan for det første komme på spissen i tilfeller hvor nektelsen er begrunnet i disiplinærbrudd under soningen. Forutsetningen er da at disiplinærbruddet samtidig utgjør en straffbar handling og det senere reises tiltale. For det andre kommer problemstillingen opp dersom nektelsesvedtaket er begrunnet i tiltalebeslutning for straffbare handlinger begått utenfor soning. Hvis straffesaken kommer for domstolen, må retten i disse tilfellene ta stilling til om saken skal avvises som lovstridig dobbeltforfølgning under EMK P7 art. 4(1).

Det første kriteriet i vurderingen av samme straffbare forhold, er at straffesaken (sak 2) må gjelde *samme faktiske handling* som i sin tid lå til grunn for at vedkommende ble nektet prøveløslatelse (sak 1). Dette er relativt ukomplisert å ta stilling til. Ble vedkommende for eksempel nektet prøveløslatelse på bakgrunn av en tiltalebeslutning, er det jo opplagt at sak 2 – som tar utgangspunkt i nettopp denne tiltalebeslutningen – gjelder samme faktiske handling som nektelsesvedtaket. Og på samme måte; dersom nektelsen er begrunnet i

¹⁴⁰ *Phillips v. UK*, dom av 5.juli 2001, (41087/98), avsnitt 35.

¹⁴¹ Skoghøy, *op.cit.*, side 322 i.f.

disiplinærbrudd, vil det være enkelt å konstatere hvorvidt en senere straffesak mot vedkommende relaterer seg til de samme faktiske handlingene som i fengselet ble karakterisert som disiplinærbrudd.

Neste kriterium er at den/de sanksjonsbestemmelser det er tale om å anvende i sak 2 må innholde *samme hovedelementer* som den sanksjonsbestemmelse som ble anvendt i sak 1. Det må med andre ord vurderes om det/de straffebud vedkommende er tiltalt for å ha overtrådt, inneholder de samme hovedelementer som straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd. Som redegjort for i pkt. 3.5.2, innebærer dette først og fremst en sammenlikning av bestemmelsenes objektive gjerningsinnhold. Det følger imidlertid av nyere EMD-praksis at også de subjektive vilkår, samt formålet med bestemmelsene, kan utgjøre hovedelementer ("essential elements").

I Rt. 2004 side 927 var nektelsesvedtaket (sak 1) begrunnet i at det var tatt ut tiltale mot vedkommende for overtredelse av straffelovens §§ 166 og 168. Disse straffebudene omhandler henholdsvis "falsk anklage" og "falsk forklaring". Høyesterett påpekte at etter straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd skal nektelse av prøveløslatelse generelt begrunnes i en helhetlig vurdering, hvor det objektive gjerningsinnhold er beskrevet dit hen at prøveløslatelse må være "utilrådelig". Selv om den underliggende faktiske handling var den samme i sak 2 som i sak 1, var således den språklige utforming av gjerningsinnholdet et annet i straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd enn i straffeloven §§ 166 og 168. Til dette kom at straffegjennomføringsloven § 42 bare retter seg mot "domfelte", dvs. innsatte i fengsler, mens de aktuelle bestemmelser i straffeloven retter seg mot "den", altså enhver.¹⁴²

Som nevnt i pkt. 3.5.2, kan det i visse tilfeller argumenteres med at en må se på de bakenforliggende realiteter, ikke bare den rent språklige utformingen av bestemmelsene. Tankegangen vil da være at "only one offence should be prosecuted because it encompasses all the wrongs contained in the others".¹⁴³ I en slik situasjon som en sto

¹⁴² Rt. 2004 side 927, avsnitt 57.

¹⁴³ *Fischer v. Austria*, avsnitt 23-25.

overfor i Rt. 2004 side 927, hvor nektelsesvedtaket utelukkende var begrunnet i en tiltalebeslutning for nye straffbare forhold, ville således Høyesterett ikke utelukke at det innenfor EMKs system kunne argumenteres for at straffesaken (sak 2), som altså omhandlet nettopp denne tiltalebeslutningen, gjaldt samme straffbare forhold.¹⁴⁴ Høyesterett fant det likevel mest ”nærliggende” å anta at det *ikke* var tale om samme straffbare forhold.¹⁴⁵ I tillegg til at den språklige utforming av gjerningsbeskrivelsen var forskjellig, påpekte retten

”den sentrale forskjell at den tiltalebeslutning som kan føre til nektelse, referer seg til enhver straffbar handling med en strafferamme på mer enn ett års fengsel. Den sanksjon det er tale om, er fakultativ, utmåles ikke etter prinsippene for fastsettelse av straff, og spørsmålet skal oftest revurderes senest hver tredje måned. Ulikhetene er en følge av at formålet med bestemmelsene er forskjellige.”¹⁴⁶

Høyesterett la altså vesentlig vekt på at *formålet* med den sanksjonsbestemmelse som var anvendt i sak 1 (straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd), var vesensforskjellig fra de straffebud vedkommende var tiltalt for overtredelse av i sak 2. Formålet med å nekte prøveløslatelse er avvergende, ikke pønalt. Dersom nektelsen hovedsakelig er begrunnet i tiltale for ny kriminalitet, slik tilfellet var i Rt. 2004 side 927, er det overordnede hensyn å unngå ny kriminalitet i prøvetiden. Selv dersom nektelsen hovedsakelig begrunnes i begåtte disiplinærbrudd – et tilfelle hvor nektelsesvedtaket må antas å ha en viss allmenn- og individualpreventiv virkning – er formålet ikke først og fremst av pønalt karakter, men å opprettholde ro og orden i fengselet.¹⁴⁷

På denne bakgrunn kan det antas følgende: I ethvert tilfelle hvor sak 1 er et nektelsesvedtak med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd, og hvor sak 2 er en straffesak

¹⁴⁴ Rt. 2004 side 927, avsnitt 59. Høyesterett valgte imidlertid å ikke ta definitivt stilling til spørsmålet, idet nektelsesvedtaket uansett ble ansett som et foreløpig/midlertidig rettergangsskritt i forbindelse med etterforskningen og ikke en endelig domfellelse. Se om dette ovenfor i pkt. 4.3.

¹⁴⁵ Rt. 2004 side 927, avsnitt 59.

¹⁴⁶ Rt. 2004 side 927, avsnitt 58.

¹⁴⁷ Rt. 2003 side 1100, avsnitt 53.

for brudd på straffelovens bestemmelser, vil norske domstoler kunne konkludere med at sanksjonsbestemmelsene skiller seg fra hverandre ”in their essential elements”. Ulikhetene i det objektive gjerningsinnhold og formålet med sanksjonsbestemmelsene sørger for det. Konsekvensen blir i så fall at nektelse av prøveløslatelse aldri vil kunne sperre for en senere straffesak i medhold av EMK P7 art. 4(1), fordi straffesaken og nektelsesvedtaket aldri vil dreie seg om samme straffbare forhold.

5 Oppsummering/konklusjoner

De redegjørelser, vurderinger og konklusjoner som er presentert i denne oppgaven, vil forhåpentlig ha etterlatt leseren med følgende hovedinntrykk hva gjelder dobbeltforfølgningsforbudet i EMK P7 art. 4(1) og dets betydning ved nektelse av prøveløslatelse: Selv om utgangspunktet er at et vidt spekter av avgjørelser, inkludert administrative vedtak om å nekte prøveløslatelse, har tilstrekkelig karakter av straff til å utgjøre en straffeforfølgning under EMK P7 art. 4(1), gir bestemmelsens øvrige vilkår atskillige muligheter for å ”unngå” dobbeltforfølgningsforbudet. For det første kan et nektelsesvedtak begrunnet i tiltale for nye straffbare handlinger ses som et *foreløpig/midlertidig rettergangsskritt* i forbindelse med den kommende straffesaken. I så fall vil en ikke kunne si at vedkommende er ”endelig domfelt”. Dette ble som nevnt konklusjonen i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2004 side 927, og er også lagt til grunn i Rt. 2004 side 939, Rt. 2004 side 943 og Rt. 2004 side 948. I Rt. 2004 side 927 og side 939 påpekte Høyesterett endog at det i straffeutmålingen bør tas hensyn til at domfelte, ved nektelse av prøveløslatelse, må tåle lengre soning. Nektelsen anses med andre ord som et surrogat for varetekt, ikke som en selvstendig domfellelse.¹⁴⁸

Etter straffeprosessloven § 60 skal frihetsberøvelse ”i anledning saken” komme til fratrett i den utmålte straff. Utholdt varetekt skal således trekkes fra. Høyesterett gikk i Rt. 2004 side 927 imidlertid ikke så langt som til å anse lengre soning på grunn av nektelse av prøveløslatelse som slik ”frihetsberøvelse i anledning saken”. Straffeprosessloven § 60 kom derfor ikke direkte til anvendelse. Like fullt mente domstolen altså at nektelsen måtte medføre ”skjønsmessig utslag i straffeutmålingen”. Derav uttrykket ”surrogat” for varetekt.

For det andre er det mulig å anføre at nektelse av prøveløslatelse egentlig dreier seg om *fortsatt/videre forfølgning* av én og samme sak, nemlig den straffsaken vedkommende ble

¹⁴⁸ Se Rt. 2004 side 927, avsnitt 65, og Rt. 2004 side 939, avsnitt 15. Synspunktet er fulgt opp i Gulating lagmannsretts dom av 2. september 2004, LG-2004-4230.

ilagt fengselsstraff for i utgangspunktet. Nektelse av prøveløslatelse blir i så fall å anse som en del av reaksjonsfastsettelsen etter domfellelsen; et ledd i fullbyrdelsen av den idømte straff. Dette er heller ikke i strid med EMK P7 art. 4(1), idet nektelsesvedtaket utgjør noen selvstendig, sperrende avgjørelse. Og endelig kan det argumenteres for at et nektelsesvedtak aldri vil kunne innebære en avgjørelse av "samme straffbare forhold" som en etterfølgende straffesak. Så vel det objektive gjerningsinnhold som formålet med de straffebud straffesaken omhandler, vil nemlig alltid være vesensforskjellig fra ordlyden i og formålet med straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd.

Alle disse mulighetene for å "unngå" dobbeltforfølgingsforbudet i EMK P7 art. 4(1), innebærer en viss mulighet for uthuling av den omfattende beskyttelsen EMD opprinnelig gav anvisning på gjennom den vide tolkningen av begrepet "straff". Jeg viser i den forbindelse til mindretallets uttalelse i Høyesteretts plenumskjennelse av 9. november 2006:

"Den vide forståelse av straffebegrepet i protokoll 7 artikkel 4 som EMD har lagt til grunn, bør etter min mening ikke søkes motvirket ved at man i stedet trekker uakseptabelt snevre rammer for hva som skal anses som samme straffbare forhold. [...] Også ved fastleggelsen av det straffbare forholds identitet må formålet med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning [trygghet og forutsigbarhet] stå sentralt."¹⁴⁹

Flertallet i nevnte kjennelse grep imidlertid sjansen, og konkluderte med at illeggelse av tilleggskatt (som altså er straff i EMKs forstand), ikke gjelder samme straffbare forhold som senere straffedom for skattesvik.¹⁵⁰ EMK P7 art. 4(1) kom derfor ikke til anvendelse. På denne bakgrunn er det ingen grunn til å tro at norske domstoler i fremtiden vil komme til å avvise en straffesak som ulovlig dobbeltforfølgning, selv om de faktiske forhold som ligger til grunn for straffesaken i sin tid var en del av begrunnelsen for å anse

¹⁴⁹ HR-2006-01893-P, avsnitt 86.

¹⁵⁰ Ibid., avsnitt 76.

prøveløslatelse ”utilrådelig”.¹⁵¹ Til det er mulighetene for å unngå dobbeltforfølgingsforbudet i EMK P7 art. 4(1) for mange. Noen omlegging av det norske systemet for prøveløslatelse, slik Høyesterett i Rt. 2004 side 927 påpekte ville blitt konsekvensen av et brudd på EMK,¹⁵² synes derfor ikke nødvendig på nåværende tidspunkt. Hvorvidt EMDs dynamiske fortolkning av konvensjonen i fremtiden vil kunne medføre en endret oppfatning, er en annen sak.

¹⁵¹ Den rettsoppfatning de fire Høyesterettsdommene avsagt 8.juni 2004 gir anvisning på, ble ”uten videre” lagt til grunn av Gulating lagmannsrett i dom av 2. september samme år, LG-2004-42-30.

¹⁵² Rt. 2004 side 927, avsnitt 32.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker, artikler m.v.

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess bind I*, 3. utgave, Oslo, 2000

Brandt, Kristian, *Nektelse av prøveløslatelse og EMK*, 20 vekttalls spesialoppgave, Oslo, 2004

Brandt, Kristian og Løvlie, Anders, *Prøveløslatelse: Råtten gulrot, spådomskunst og menneskerettighetsbrudd?*, Tidsskrift for strafferett 2004, årgang 4, nr. 01

Eckhoff, Thorstein, *Forvaltningsrett*, 6. utgave ved Eivind Smith, Oslo, 1998

Elgesem, Frode, *Tolking av EMK- Menneskerettsdomstolens metode*, Lov og Rett, 2003, side 203

Eskeland, Ståle, *Fangerett*, Oslo, 1989

Fausa, Jostein Sæbø, *Det straffbare forholds identitet*, Jussens Venner 2005, nr. 01

Hov, Jo, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*, Oslo, 1999

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo, 2004

Møse, Erik, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002

Riksadvokaten, *Dobbeltstraff*, Publikasjon nr. 03, 2003

Skohøy, Jens Edvin A., *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr 1 ("ne bis in idem")*, TFR 2003, nr. 01

Strandbakken, Asbjørn, *Ne bis in idem*, Lov og Rett 2002, nr. 06

Uggerud, Ken, *Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilværelse i norsk rett*, Festskrift til Carl August Fleischer, Oslo, 2006, side 582

6.2 Lover, konvensjoner m.v.

Alminnelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10

Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967

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

Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58

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

Lov om gjennomføring av straff m.v. av 18. mai 2001 nr. 21

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,
Roma, 4. november, 1950

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

Explanatory Report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human
Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, Strasbourg, 1985

6.3 Forarbeider, forskrifter m.v.

NOU 1988: 37 Ny fengselslov

St.mld. nr. 27 (1997-1998) Om Kriminalomsorgen

Fengselsstyrets rundskriv av 6. september 1999, FST 4/99

Ot.prp. nr. 5 (2000-2001) Om lov om gjennomføring av straff m.v.

Inst.O.nr.60 (2000-2001) Innstilling fra Justiskomiteen om lov om gjennomføring av straff
m.v.

Retningslinjer til lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven) og til
forskrift til loven, fastsatt av Kriminalomsorgens sentrale forvaltning 16. mai 2002 med
hjemmel i forskrift til lov om straffegjennomføring av 22. februar 2002 § 7-1

Forskrift til lov om straffegjennomføring av 22.februar 2002, Forskrift 2002-02-22-182

NOU 2003:15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med
mindre bruk av straff

Riksadvokatens rundskriv, RA-2004-3.

6.4 Domsregister

6.4.1 Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1994 side 1264

Rt. 2000 side 996

Rt. 2002 side 557

Rt. 2003 side 264

Rt. 2003 side 394

Rt. 2003 side 1100

Rt. 2003 side 1750

Rt. 2003 side 1827

Rt. 2004 side 927

Rt. 2004 side 939

Rt. 2004 side 943

Rt. 2004 side 948

HR-2006-01893-P

6.4.2 Øvrige avgjørelser

LG-2004-4230

LB-2005-79073

6.5 Avgjørelser fra EMD

Wemhof v. Deutschland, dom av 27. juni 1968, A 7 (1979-80)

Golder v. UK, dom av 21. februar 1975, A 18 (1979-80)

Engel and others v. The Netherlands, dom av 8. juni 1976, A 22 (1979-80)

Tyrer v. UK, dom av 25. april 1978, A 26 (1979-80)

Airey v. Ireland, dom av 9. oktober 1979, A 32 (1979-80)

Campbell and Fell v. UK, dom av 28. juni 1984, A 80 (1985)

Özturk v. Germany, dom av 21. februar 1984, A 73 (1984)

Bendenoun v. France, dom av 24. februar 1994, A 284 (1994)

Gradinger v. Austria, A 328-C (1995)

Garyfallou AEBE v. Hellas, RJD 1997 s. 1821

Oliveira v. Switzerland, dom av 30.juli 1998, RJD 1998 side 1821

Mulot v. France, avvisningsavgjørelse av 14. desember 1999, (sak 37211/97)
R.T. v. Switzerland, avvisningsavgjørelse av 30. mai 2000, (sak 31982/96)
Fischer v. Austria, dom av 29. mai 2001, (sak 37950/97)
Phillips v. UK, dom av 5. juli 2001, (sak 41087/98)
Bancovic and others v. Belgium and 16 other Contracting States, avvisningsavgjørelse av
12. desember 2001, (sak 52207/97)
Sailer v. Austria, dom av 6. juni 2002, (sak 38237/97)
Göktan v. France, dom av 2. juli 2002, (sak 33402/96)
Von Hannover v. Germany, dom av 24. juni 2004 (sak 59320/00)
Nikitin v. Russia, dom av 20. juli 2004, (sak 50178/99)
Rosenquist v. Sweden, avvisningsavgjørelse av 28. september 2004, (sak 60619/00)
Sundqvist v. Finland, avvisningsavgjørelse av 22. november 2005, (sak 75602/01)
Wassdahl v. Sweden, avvisningsavgjørelse av 29. november 2005 (sak 36619/03)

