

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Innholdet i EMK P7-4 og forholdet til disiplinærloven

«Vil refselse etter disiplinærloven sperre for senere straffeforfølgning fra påtalemyndigheten og i hvilke situasjoner?»

Kandidatnummer: 671

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 747





# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Bakgrunn.....	1
1.2	Oppgavens tema og problemstilling .....	2
1.3	Fremstillingen .....	2
1.4	Metode og rettskilder .....	2
1.4.1	Innledning .....	2
1.4.2	Metodespørsmål ved tolkningen av EMK.....	2
1.4.3	Utfordringer ved bruk av norske rettskilder i oppgaven .....	3
1.5	Avgrensninger.....	4
<b>2</b>	<b>MILITÆR REFSELSE ETTER DISIPLINÆRLOVEN.....</b>	<b>5</b>
2.1	Innledning .....	5
2.2	Lovens virkefelt .....	5
2.3	Refselsesmidlene.....	6
2.4	Hensyn og ivaretagelse av disse.....	9
<b>3</b>	<b>FORBUDET MOT GJENTATT STRAFFEFORFØLGNING I EMK P7-4.....</b>	<b>10</b>
3.1	Innledning .....	10
3.2	Hensyn bak P7-4 .....	11
3.3	Oversikt over vilkårene for at P7-4 skal komme til anvendelse .....	12
3.3.1	Fremstillingen av P7-4 .....	12
3.4	Straffebegrepet i P7-4 .....	13
3.4.1	Innledning .....	13
3.4.2	Straffebegrepet innad i artikkelen.....	13
3.4.3	Straffebegrepet innad i konvensjonen .....	14
3.4.4	Engel-kriteriene .....	15
3.4.5	Endringer i EMKs straffebegrep.....	19
3.5	Identitetsvurderingen; hva anses å være <i>samme forhold</i> etter P7-4? .....	26
3.5.1	Faktisk identitet .....	27
3.5.2	Rettslig identitet.....	28

3.5.3	Hvordan har Zolotukhin-dommen endret vurderingen av hva som anses <i>samme forhold</i> ?	29
3.6	Endelig avgjørelse	33
3.7	Parallellforfølgning	35
3.7.1	Innledning	35
3.7.2	Sammenfatning og vurdering	40
<b>4</b>	<b>FORHOLDET MELLOM REFSELSE ETTER DISIPLINÆRLOVEN OG VILKÅRENE I P7-4</b>	<b>40</b>
4.1	Innledning	40
4.2	Må refselse etter disiplinærloven karakteriseres som straff slik straffebegrepet må forstås i P7-4?	41
4.2.1	Innledning	41
4.2.2	Den nasjonale klassifikasjonen og normens formål og karakter	41
4.2.3	Sanksjonens innhold og alvor	43
4.2.4	Sammenfatning og vurdering	48
4.3	Når er den refsbare og den straffbare handlingen <i>samme forhold</i> etter Zolotukhin-dommen?	48
4.3.1	Innledning	48
4.3.2	Et eksempel til illustrasjon	48
4.3.3	Sammenfatning og vurdering	49
4.4	Når er et refselsesvedtak endelig?	49
4.4.1	Endelig avgjørelse som går ut på at det ilegges refselse	49
4.4.2	Endelig avgjørelse som går ut på at det ikke ilegges refselse	50
4.4.3	Det dukker opp nye bevis i saken etter at det foreligger endelig avgjørelse	51
4.5	Parallellforfølgning av refsbare og straffbare handlinger	52
4.5.1	Innledning	52
4.5.2	Saklig og tidsmessig sammenheng	53
4.5.3	Sammenfatning og vurdering	54
<b>5</b>	<b>AVSLUTNING</b>	<b>55</b>
5.1.1	Konklusjon	55
5.1.2	Noen avsluttende hensyn og vurderinger	56

<b>6</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>59</b>
6.1	Bøker.....	59
6.2	Artikler.....	59
6.3	Lovgivning.....	60
6.3.1	Grunnlov.....	60
6.3.2	Lov.....	60
6.3.3	Forskrift.....	60
6.4	Traktater.....	61
6.5	Lovforarbeider.....	61
6.5.1	Norsk offentlig utredning.....	61
6.5.2	Odelsting proposisjoner.....	61
6.6	Nettdokument.....	61
6.7	Rettsavgjørelser.....	62
6.7.1	Høyesterett.....	62
6.7.2	Lagmannsrettene.....	63
6.7.3	Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).....	63
6.8	Andre kilder.....	64



# 1 Innledning

## 1.1 Bakgrunn

Militære sjefer i Forsvaret har med hjemmel i Lov om militær disiplinærmyndighet av 20. mai 1988 (disiplinærloven) adgang til å ilegge sine underordnede disiplinære sanksjoner, også kalt refselse.<sup>1</sup> Refselse kan ilegges for forhold som innebærer brudd på disiplinærloven, men ikke er straffbare etter militær- eller borgerlig straffelov. Det kan for eksempel være en soldat som forsover seg gjentatte ganger slik at det er ønskelig og nødvendig å sanksjonere dette. Oftest ilegges imidlertid refselse for forhold som også er straffbare. For eksempel en soldat som begår legemsfornærmelse mot en annen soldat etter straffelovens § 228. De ulike disiplinærreaksjonene (refselsesmidlene) er irettesettelse, bot, frihetsinnskrenkning og arrest.<sup>2</sup>

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (*ne bis in idem*) er et grunnleggende rettsstatsprinsipp.<sup>3</sup> Prinsippet innebærer at den som har vært utsatt for straffeforfølgning ikke skal forfølges på nytt hvis den første forfølgningen har endt med en endelig avgjørelse, og det er det samme forholdet som forfølges i den første og i den andre saken.<sup>4</sup> Norge har gjennom Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 (menneskerettsloven) inkorporert Den europeiske menneskerettighetskonvensjon tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 første ledd av 1. januar 1989 (heretter kalt P7-4). Den gjelder som norsk lov og skal etter menneskerettighetsloven § 3 gå foran norsk rett ved motstrid. Den engelske originalteksten lyder:

*«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»*

I norsk oversettelse heter det:

---

<sup>1</sup> Disiplinærloven § 5

<sup>2</sup> Se pkt. 2.3

<sup>3</sup> Rui (2009) s. 17 med henvisning til fotnote 1. *Ne bis in idem* betyr: «Ikke to ganger for det samme»

<sup>4</sup> Rui (2009) s. 17

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

## 1.2 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema er å klargjøre hva som ligger i forbudet mot gjentatt straffeforfølgning slik det kommer til uttrykk i P7-4. Spørsmålet som deretter ønskes besvart er hvorvidt forbudet i artikkelen er til hinder for at en handling straffeforfølges av påtalemyndigheten etter at det har blitt ilagt en disiplinær refselse for det samme forholdet.

Med andre ord; Er refselse en type avgjørelse som sperrer for senere straffeforfølgning eller vil refselse gå klar av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning slik at det både kan ilegges refselse etter disiplinærloven og straff etter militær- eller alminnelig straffelov?

## 1.3 Fremstillingen

Innledningsvis vil refselsesinstituttet og de hensynene som ligger bak dette bli presentert. Deretter vurderes og avgjøres hva som ligger i de ulike vilkårene i P7-4; *straffeforfølgning, samme forhold, endelig avgjørelse og parallellforfølgning*. Til slutt vil det bli sett på refselsesmidlene etter disiplinærloven opp mot de slutningene som ble trukket om vilkårene i P7-4.

## 1.4 Metode og rettskilder

### 1.4.1 Innledning

Ved tolkningen av norske rettskilder i oppgaven brukes de alminnelige metoderegler for relevans slutning og vekt som Høyesterett og andre rettsanvendere bruker for å fastlegge hva som er gjeldende rett. Selv om de metoderegler som anvendes av EMD ved tolkningen av EMK har likhetstrekk til den norske metoden er det også noen forskjeller.

### 1.4.2 Metodespørsmål ved tolkningen av EMK

Det følger av Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 artikkel 31 nr. 1 at den naturlige forståelsen av ordlyden («in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms») er utgangspunktet ved tolkningen av konvensjonen. Dette betyr ikke at de landene



som er bundet av EMK fritt kan tolke konvensjonens ordlyd. Det ville føre til at det ble lite igjen av vernet og det er derfor EMD som til slutt fastsetter hvordan konvensjonen skal tolkes.<sup>5</sup> EMD har lagt til grunn en dynamisk tolkningsstil der det overordnede målet er å fremme og beskytte individets rettigheter.<sup>6</sup> I forlengelsen av dette ligger hensynet til en effektiv konvensjonsbeskyttelse. En tolkningsstil i tråd med formålet må anvendes for at det skal være praktisk mulig, på en effektiv måte å ivareta de rettigheter konvensjonen skal beskytte.<sup>7</sup> EMD fremhever at konvensjonen er et levende instrument og må tolkes i samsvar med tidens oppfatninger og krav.<sup>8</sup>

Det er alltid ønskelig å tolke norsk rett slik at den ikke kommer i konflikt med folkeretten.<sup>9</sup> Den dynamiske tolkningsstilen til EMD kan imidlertid føre til at innarbeidede begreper får et annet innhold enn det nasjonale myndigheter har tatt høyde for. Det kan dermed oppstå situasjoner hvor tolkningen av norske rettskilder og konvensjonen fører til forskjellig resultat. Da må norske domstoler ta stilling til hvordan konvensjonen skal tolkes. Det fulgte tidligere av norsk høyesterettspraksis et «klarhetsprinsipp» som innebar at den folkerettslige bestemmelsen måtte være tilstrekkelig klar for at norsk rett skulle vike.<sup>10</sup> I Rt 2000 s. 996 (Bøhlerdommen) fremla mindretallet at klarhetsprinsippet var forlatt, og at det først og fremst var EMD som skulle utvikle konvensjonen.<sup>11</sup> Dette legges enstemmig til grunn i Rt 2005 s. 833.<sup>12</sup> Dette innebærer at klarhetsprinsippet med sikkerhet må sies å være forlatt.

### **1.4.3    Utfordringer ved bruk av norske rettskilder i oppgaven**

Høyesterett har vurdert flere ulike administrative sanksjoner opp mot forbudet i P7-4, men hvorvidt det disiplinære refselsesinstituttet kan komme i konflikt med artikkelen har ikke vært oppe for norske domstoler. Noen av spørsmålene som har vært drøftet i Høyesteretts avgjørelser i forhold til administrative sanksjoner har relevante likhetstrekk med de spørsmålene som

---

<sup>5</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 193

<sup>6</sup> Rui (2009) s. 42; Aall (2011) s. 37

<sup>7</sup> Aall (2011) s. 38; Eckhoff (2001) kap. 12

<sup>8</sup> Aall (2011) s. 39

<sup>9</sup> Eckhoff (2001) kap. 12

<sup>10</sup> Rt 1994 s. 610 (Bølgepapp-kjennelsen)

<sup>11</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 194

<sup>12</sup> Rt 2005 s. 833 avsn. 45

søkes klarlagt og besvart i denne oppgaven. Hvis avgjørelsene gir uttrykk for en klar rettsoppfatning er det grunn til å tro at Høyesterett vil tillegge dem vekt.

Enkelte sider av tema i denne oppgaven har derimot vært oppe i EMD. Der Høyesteretts avgjørelser ikke kan gi svar på de spørsmålene som søkes klarlagt vil EMDs avgjørelser være den eneste rettskilden vi har å forholde oss til. De militære systemene i landene hvor EMD har behandlet P7-4 har ulik karakter, både når det gjelder hva som kan sanksjoneres og på hvilken måte. Derfor vil EMDs avgjørelser i mange tilfeller ikke kunne gi sikre slutninger om hvilken vekt Høyesterett vil tillegge dem hvis spørsmålet om refselse etter disiplinærloven og forholdet til P7-4 kommer opp for norske domstoler.

## 1.5 Avgrensninger

For norske domstoler er det tre regelsett som forbyr gjentatt straffeforfølgning som kan påberopes. Dette er reglene i straffeprosessloven, reglene i straffelovens § 12 a som inkorporerer «the Convention Implementing the Schengen Agreement artikkel 54 og 55» (CISA) og P7-4.<sup>13</sup> Det er kun sistnevnte artikkel som vil bli behandlet i oppgaven.

Det er mulig å tenke seg at en handling straffeforfølges av påtalemyndigheten og deretter at den samme handlingen refses etter disiplinærloven. Det er imidlertid mer vanlig at refselsen kommer først i tid for forhold som militært personell er innblandet i, i tjenesten. Oppgaven vil ta utgangspunkt i de typetilfellene der den første avgjørelsen er en refselse.

I krig forsterkes behovet for nøyaktighet, disiplin og lydighet og det følger av loven at rammen for disiplinærmyndigheten utvides. Oppgaven vil dreie seg om de refselsene som ilegges militært personell i fredstid.<sup>14</sup>

Det er et vilkår etter P7-4 at den gjentatte straffeforfølgningen skjer innenfor samme stat som den første forfølgningen. Når det gjelder refselse og senere straffeforfølgning vil dette vilkåret for det meste være oppfylt og vilkåret «under the jurisdiction of the same state» gis ingen videre behandling.

---

<sup>13</sup> Rui (2009) s. 22

<sup>14</sup> Disiplinærloven kap. 12

Det er videre et vilkår etter P7-4 at det er samme subjekt som blir straffeforfulgt. Dette vilkåret vil alltid være oppfylt i de situasjonene som blir behandlet i oppgaven.

## **2 Militær refselse etter disiplinærloven**

### **2.1 Innledning**

Forsvarets overordnede mål og viktigste oppgave er å ha et sterkt forsvar slik at andre land ikke har mulighet til å true eller angripe Norge. Oppgavene løses gjennom en kompleks organisasjonsform kjennetegnet ved hierarki og militær lydighetsplikt. Forsvarets særegne karakter gjør at behovet for disiplin og effektivitet aktualiserer seg i større grad enn i de fleste andre organisasjoner og samfunnsinstitusjoner.

### **2.2 Lovens virkefelt**

§ 12 første ledd i disiplinærloven lyder: «Myndighet til å ilegge undergitt personell refselse har ethvert befal som fast eller for tilfellet fører kompanisjefs eller tilsvarende eller høyere kommando». Refselsesmyndigheten er altså bestemt ut fra kommandomyndighet fra om med kompanisjef.

Refselse kan etter disiplinærloven §§ 3 og 4 ilegges befal og menige, herunder vervede, for forhold utvist i tjenestetiden. Sivilt ansatte i Forsvaret kan ikke refses.<sup>15</sup> Det følger av § 4 at tjenestetiden er hele den tiden vedkommende gjør militær tjeneste.<sup>16</sup> Det finnes visse unntak i § 4 andre ledd som hjemler ileggelse av refselse for forhold begått utenfor tjenestetiden, men jeg vil ikke gå inn på dem her.

Det følger av § 9 i disiplinærloven at foreldelsesfristen for refsbare forhold er to år. Det vil si at det refsbare forholdet som nevnt må være begått i tjenestetiden, men det er ikke et vilkår at vedkommende er i tjeneste når refselsen ilegges.

---

<sup>15</sup> Disiplinærreglementet (1989) pkt. 14

<sup>16</sup> Disiplinærloven kap. 1

Refselse kan etter § 2 i disiplinærloven ilegges for brudd på borgerlige straffbare forhold hvis de er begått på militært område, overfor militært personell eller ved bruk av militært materiell. I alle tilfeller kan refselse ilegges militært personell for brudd på militære tjenesteplikter som følger av lov, reglement, instruks, direktiv, forskrift eller rettmessig ordre. Også forsømmelse av militær skikk og orden kan være grunnlag for refselse.<sup>17</sup>

Alle refselsener skal innrapporteres til Generaladvokaten for kontroll. Det har vært en jevn nedgang i registrerte refselsener de siste tiårene. I 1994 var det registrerte antallet totalt 3666 refselsener og i 2012 ble det totalt registrert 553 refselsener.<sup>18</sup> Når det gjelder hvilke overtredelser som blir begått er brudd på rusmiddelbestemmelser vanligst (24 %), deretter ulovlig fravær (17,9 %) og våpenforseelser, i hovedsak vådeskudd uten personskaade (17,8 %). Videre følger refselsener for ordreunntatelse, respektstridig opptreden og vold mot befal eller militærpoliti, vaktforsømmelser, trafikkforseelser og skadeverk.<sup>19</sup>

Overtredelser på de fleste av de nevnte handlingsnormene er både refsbare og straffbare. Med «straffbare» menes i denne oppgaven handlinger som kan straffes etter militær- eller borgerlig straffelov. Det er disse handlingene som kan komme i konflikt med forbudet mot gjentatt straffeforfølging i P7-4 fordi de både er refsbare og straffbare.

Majoriteten av refselsener blir ilagt soldater under avtjening av førstegangstjenesten. I 2012 var kun 25 av de totalt 553 registrerte refselsene ilagt befal. Refselsene mot befal kan derimot ofte være mer alvorlige og i større grad bli gjenstand for senere straffeforfølging.

## 2.3 Refselsesmidlene

§ 5 første ledd i disiplinærloven lyder:

*«Som refselsesmiddel må bare brukes:*

- 1) *Arrest inntil 20 dager*
- 2) *Bot som fastsettes på grunnlag av det tjenestetillegget som gjelder for menige:*

---

<sup>17</sup> Disiplinærloven § 1

<sup>18</sup> Generaladvokatens årsrapport (2012)

<sup>19</sup> Generaladvokatens årsrapport (2012)

- a) *Overfor utskrevne menige og korporaler eller tilsvarende, inntil 20 ganger tjenestetillegget,*
- b) *Overfor vervede menige og korporaler eller tilsvarende og overfor øvrige befal, inntil 50 ganger tjenestetillegget.*
- 3) *Frihetsinnskrenkning som består i forbud mot til visse tider av dagen eller hele døgn:*
  - a) *å gå utenfor leiren eller annet nærmere avgrenset område eller fartøy for et tidsrom inntil 30 dager, eller*
  - b) *å forlate fartøy for bestemte landgangsturer innen samme tidsrom.*
- 4) *Irettesettelse som gis i form av*
  - a) *streng irettesettelse i nærvær av flere befal eller menige, eller*
  - b) *simpel irettesettelse i enerom eller i tjenestlig skriv.»*

De ulike refselsesmidlene er som det fremgår av bestemmelsen arrest inntil 20 dager, bot, frihetsinnskrenkning inntil 30 dager eller irettesettelse. Bot er helt klart det mest benyttede refselsesmidlet og ble i 2012 benyttet i 77 % av tilfellene. Det samme året ble arrest brukt i 9,25 % av sakene, frihetsinnskrenkning i 7,2 % og irettesettelse i 6,7 %. Hvilket refselsesmiddel som blir ilagt, på hvilket nivå og for hvilke type handlinger er i utgangspunktet åpent, men det følger av brev fra Generaladvokaten av 17. desember 2009 med tilhørende vedlegg nr. 2; Veiledning i utmåling av refselser (veiledningen) som gir forslag til hvilket nivå refselsene kan legges på. Refselsene er i veiledningen delt inn i klasser fra 1-6, der brudd på handlinger i klasse 6 er de mest alvorlige. Hver handling er i veiledningen foreslått ilagt refselse i en eller flere av klassene.

### 2.3.1.1 Simpel og streng irettesettelse

Irettesettelse er karakterisert som det minst inngripende av refselsesmidlene. Irettesettelsen kan være simpel eller streng. Den strenge irettesettelsen skiller seg fra den simple ved at den gis i nærvær av flere befal eller menige, jf. § 20 i disiplinærloven. Refselsen er gitt når den er opplest. Simpel irettesettelse skal være irettesettelse i enerom eller i tjenestlig skriv, jf § 5 nr. 4 b).<sup>20</sup> I begge tilfeller er sanksjonen selve meddelelsen av refselsesvedtaket.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Disiplinærloven §§ 5 og 20

<sup>21</sup> Disiplinærreglementet (1989)

### 2.3.1.2 Bot

Boten kan fastsettes til maksimum 20 ganger tjenestetillegget for vernepliktige og 50 ganger tjenestetilleggets for befal.<sup>22</sup> Per april 2014 ligger tjenestetillegget på 163 kroner. Boten beregnes på bakgrunn av denne satsen for både vernepliktige og befal. Forskjellen på maksimum satsen for de to gruppene er begrunnet med at befal ofte har større betalingsevne enn vernepliktige.<sup>23</sup> Boten er i Forsvaret, som ellers i samfunnet regnet som et meget tjenlig sanksjonsmiddel og må på bakgrunn av dette fastsettes så høyt at den vil virke preventivt.<sup>24</sup>

### 2.3.1.3 Frihetsinnskrenkning

Det kan ilegges inntil 30 dagers frihetsinnskrenkning som vanligvis går ut på forbud mot å gå utenfor leiren (militært område der tjenesten i hovedsak foregår) eller et annet nærmere avgrenset område.<sup>25</sup> Frihetsinnskrenkningen kan gjelde bestemte tider på døgnet, for eksempel fra kl. 21.00 til kl. 08.00. Hvordan frihetsinnskrenkningen skal gjennomføres må fastsettes i egen instruks eller gjennom refselsesordren.<sup>26</sup> Etter disiplinærreglementet pkt. 30 bør meldepikt ved frihetsinnskrenkning ikke legges slik at det kolliderer med velferdsarrangementer. Frihetsinnskrenkningen kan heller ikke legges slik at den går utover den refsedes rett til velferdspermisjon klasse A. (Permisjon som *skal* innvilges, for eksempel ved dødsfall i familien eller ved eksamen).

### 2.3.1.4 Arrest

Arrest er forbeholdt de mest alvorlige refsessituasjonene. Reaksjonen ligner på fengselsstraffen idet den innebærer at man soner i et arrestlokale, men den skiller seg fra denne ved at arrestanten skal tas ut til daglig tjeneste. I disiplinærreglementet pkt. 159 er det fastsatt at uttak til tjeneste skal skje hver virkedag, og at vedkommende om mulig skal følge den daglige tjenesten ved sin enhet. Hvis dette ikke er mulig skal vedkommende tas ut til annet forefallende arbeid som ikke må ha karakter av straffe-arbeid.<sup>27</sup> Lørdager og søndager, samt helligdager

---

<sup>22</sup> Disiplinærloven § 5 andre ledd

<sup>23</sup> Hegdal (1994) s. 56

<sup>24</sup> NOU 1980:58 s. 39 pkt. 43

<sup>25</sup> Hegdal (1994) s. 56

<sup>26</sup> Hegdal (1994) s. 57

<sup>27</sup> Hegdal (1994) s. 54

skal vedkommende hvis han eller hun ønsker det tas ut til en økt og gis anledning til å gå i kirke eller tilsvarende. (Dagen deles inn i to-tre økter; før og etter lunsj og eventuelt etter middag).<sup>28</sup> Påbudet om uttak til daglig tjeneste er absolutt og rømningsfare og lignende er ikke grunnlag for fravikelse.<sup>29</sup>

Noen av handlingene foreslås etter veiledningen politianmeldt direkte uten at annen sanksjon blir ilagt. Eksempler på slike handlinger er brudd på militær straffelovs § 75 ved uforsiktig behandling av våpen med skadefølge, føring av kjøretøy i alkohol- eller ruspåvirket tilstand etter veitrafikklovens § 22 eller ulovlig fravær i over ti dager etter militær straffelov § 34.

## 2.4 Hensyn og ivaretagelse av disse

Hensynet bak disiplinærreaksjoner i Forsvaret og hva som ønskes oppnådd ved bruk av disse, er sentrale spørsmål som det er nødvendig å besvare for å finne ut hvordan refselsen forholder seg til forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i P7-4.

Hovedhensikten med disiplinærutøvelsen er å fremme forswarets effektivitet. I forlengelsen av dette ligger hensynet til å skape og opprettholde militær moral og disiplin.<sup>30</sup> I en lagmannsrettsdom fra februar i år ble det uttalt «Selv om færre innkalles til tjeneste, legger lagmannsretten til grunn at behovet for disiplin i Forsvaret ikke er mindre i dag».<sup>31</sup> Det vil si at disiplin ikke er blitt mindre aktuelt i dagens Forsvar enn det har vært i tidligere år.

I forarbeidene til disiplinærloven karakteriseres refselse som et individuelt onde som ilegges i den hensikt å skape motforestillinger mot senere forgåelser mot regelverket i Forsvaret.<sup>32</sup> Også det tradisjonelle straffebegrepet slik det er formulert i strafferetten er et «onde» som tilføyes lovovertrederen. Det er store likhetstrekk ved refselse som sanksjonsmiddel og straff,

---

<sup>28</sup> Hegdal (1994) s. 54

<sup>29</sup> Hegdal (1994) s. 54

<sup>30</sup> Disiplinærreglementet (1989) pkt. 1

<sup>31</sup> BL 13-170646AST-BORG/03, s. 4, avsn. 1

<sup>32</sup> Ot.Prp.nr.82 (1986-1987) pkt. 1-1 avsn. 4

men refselse er ikke karakterisert som straff og skal heller ikke forstås slik ifølge proposisjonen.<sup>33</sup>

Hvis vedkommende refses etter at han eller hun er dimittert eller sluttet i Forsvaret gjør ikke individualpreventiv hensyn eller hensynet til effektivitet og disiplin seg gjeldende.<sup>34</sup> Her slår allmennpreventive hensyn til; befal og vernepliktige skal se at refselse kan bli konsekvensen av en handling uavhengig av på hvilket tidspunkt i tjenestetiden den ble begått.

Adgangen til å opprettholde et refselsesinstitutt forutsetter at det tilfredsstillende krav til rettsikkerhet og rettferdig rettergang som følger av lovgivningen. Dette ivaretas gjennom de saksbehandlingsregler som følger av disiplinærloven. I korte trekk er dette krav til avgjørelsesmyndighet, avgjørelsesform, omgjøringsadgang, krav på begrunnelse og klageadgang med mulighet til domstolsprøving. Rettighetene betrygger saksgangen og hindrer vilkårlige og urettmessige refselsler.

## **3 Forbudet mot gjentatt straffeforfølging i EMK**

### **P7-4**

#### **3.1 Innledning**

Det er bred enighet om at «enhver sak må ha en ende». Denne «jevne betraktning»<sup>35</sup> er i de fleste land nedfelt i regler om rettskraft. Det vil si bestemmelser som sier noe om når en sak er endelig og stenger for en ny sak om det samme forholdet (den negative rettskraften). I norsk strafferett følger dette av straffeprosessloven § 54 første ledd. P7-4 stadfester dette prinsippet, ofte omtalt som *ne bis in idem*-prinsippet. I motsetning til straffeprosesslovens § 54 om rettskraft er ikke P7-4 begrenset til å forby gjentakelse av strafferettslig forfølgning og har således gitt nasjonale regler om rettskraft en viktig påbygning.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Ot.Prp.nr.82 (1986-1987) pkt. 1-1

<sup>34</sup> Se pkt 2.2 om lovens virkekræft; Disiplinærloven § 9

<sup>35</sup> Andenæs (2009) s. 450 med henvisning til Hurwitz s. 545

<sup>36</sup> Aall (2011) s. 461



Årene etter ikrafttredelsen av P7-4 reiste ikke artikkelen særlige spørsmål i Norge, men dette har endret seg radikalt. Knappt noe tema har vært like hyppig behandlet av Høyesterett de senere årene.<sup>37</sup> Spørsmålet i sakene har blant annet vært om tilleggsskatt etter ligningsloven, tvangsplassering etter barnevernloven og konkurskarantene i medhold av konkursloven, sperrer for senere straffeforfølgning. Høyesterett har i alt tatt stilling til P7-4 i 71 saker fra 2000 og frem til 2014. Fem av disse er plenumsavgjørelser, den siste i Rt 2006 s. 1409.<sup>38</sup>

Det som skiller disse sakene fra saker om rettskraft etter norsk rett er at det blir lagt vekt på hvordan avgjørelsen reelt må betraktes fremfor de formelle formene en avgjørelse har.<sup>39</sup> Det har vist seg at det ikke bare er avgjørelser i straffesaker som kan hindre ny straffeforfølgning. Også en del forvaltningsavgjørelser som for eksempel inndragning av førerkort eller tilleggsskatt etter ligningsloven har blitt ansett å kunne sperre for senere straffeforfølgning. Dette har skapt store utfordringer for mange av statene som er bundet av konvensjonen.

I Høyesteretts dom i Rt 2003 s. 1221 gir førstvoterende direkte uttrykk for at sakene som har blitt behandlet de siste årene «har vært ansett som kompliserte og også tvilsomme».<sup>40</sup>

### 3.2 Hensyn bak P7-4

Det er ikke ønskelig å utsette borgerne i en stat for større påkjenning ved strafferettslig forfølgelse enn det som er nødvendig. Det ville stride mot grunnleggende rettferdighets- og rimelighetsprinsipper hvis vedkommende som har blitt straffeforfulgt når som helst kunne bli forfulgt og straffet på nytt for en handling som det allerede er gjort opp for.

Belastningen det medfører å bli forfulgt på nytt er et bærende hensyn bak P7-4. Ordlyden i artikkelen bekrefter dette ved å forby at vedkommende blir «tried again» i tillegg til «punished again». Forbudet inntreffer så fort en ny forfølgning starter. En gjentakelse av straffen blir imidlertid ofte en konsekvens av at en straffeforfølgning som regel ender med en endelig av-

---

<sup>37</sup> Rui, LoR (2009) s. 284

<sup>38</sup> Lovdata avansert søk: lovhenvisning: lov-1999-05-21-30-emkn-p7-a4

<sup>39</sup> Aall (2011) s. 461

<sup>40</sup> Rt 2003 s. 1221, avsn.13; Holmboe og Jahre, LoR (2011)

gjørelse.<sup>41</sup> Både juridisk litteratur og dommer fra EMD har etter EMDs avgjørelse Gradinger mot Østerrike lagt til grunn og referert til avsnitt 53 i dommen: «the aim of article 4 of Protocol No. 7 (P7-4) is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision».<sup>42</sup>

Høyesterett har anført både forutberegnelighetshensyn og belastningshensyn bak P7-4. I Rt 2001 s. 85 legger Høyesteretts kjæremålsutvalg avgjørende vekt på forutberegnelighetshensyn, men i plenumskjennelsen inntatt i Rt 2002 s. 557 la flertallet til grunn at formålet først og fremst er belastningshensyn. Høyesterett har stort sett lagt dette til grunn i senere avgjørelser, men i et par nyere avgjørelser som tar opp spørsmålet om parallellforfølgning ser det ut som om Høyesterett også legger forutberegnelighetshensyn til grunn.<sup>43</sup> På bakgrunn av dette må både forutberegnelighets- og belastningshensyn sies å gjøre seg gjeldende hvorav sistnevnte er det viktigste hensynet.

### **3.3 Oversikt over vilkårene for at P7-4 skal komme til anvendelse**

For at P7-4 skal komme til anvendelse må fem kumulative vilkår være oppfylt. Begge sakene må i konvensjonens forstand innebære en straffeforfølgning (straffebegrepet), begge sakene må gjelde det samme forholdet (identitetsvurderingen), begge sakene må rette seg mot samme rettssubjekt (subjektiv rettskraft), avgjørelsen i den første saken må innebære en endelig frifinnelse eller domfellelse og forfølgningen i den andre saken må innebære en gjentatt forfølgning (parallell forfølgning er tillatt).<sup>44</sup>

#### **3.3.1 Fremstillingen av P7-4**

I fremstillingen av P7-4 vil de ulike vilkårene bli vurdert hver for seg. Først vil innholdet i *straffebegrepet* bli vurdert. Deretter vil spørsmålet om hva som menes med at forfølgningene må angå det *samme forhold* bli behandlet. Videre vil det bli vurdert hva som skal til for at en

---

<sup>41</sup> Se pkt. 3.6 om når en avgjørelse er endelig

<sup>42</sup> Gradinger v. Austria (1995) para. 53  
Rui (2009) s. 134 flg.

<sup>43</sup> Rui (2009) s. 136; Rt 2006 s. 1498; 2012 s. 1051; Se pkt. 3.7 om parallellforfølgning

<sup>44</sup> Rundskriv, Riksadvokaten (2009) s. 2

avgjørelse må sies å være *endelig*. Og til slutt, om *parallellforfølgning* i visse tilfeller kan være tillatt. De andre vilkårene vil som regel foreligge når det er spørsmål om å straffeforfølge en handling som det er ilagt refselse for og vil ikke bli behandlet nærmere her.

### **3.4 Straffebegrepet i P7-4**

#### **3.4.1 Innledning**

Hvordan *straffebegrepet* i EMK og P7-4 skal tolkes og om det skal tolkes likt innad i konvensjonen har de senere årene vært gjenstand for debatt. Den vanlige definisjonen av *straff* er; et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at det skal føles som et onde. Dette er ikke nødvendigvis slik straffebegrepet i P7-4 må forstås.

P7-4 oppstiller som vilkår for at en avgjørelse skal sperre for en senere avgjørelse om samme forhold at vedkommende har vært endelig frifunnet eller domfelt «in accordance with the law and penal procedure of that state». Den andre forfølgningen vil foreligge når vedkommende på ny blir «liable to be tried or punished again in criminal proceedings». Disse to setningene gir uttrykk for straffebegrepet i artikkelen.

#### **3.4.2 Straffebegrepet innad i artikkelen**

Innledningsvis ble det sagt at de senere års utfordring hva angår P7-4 er en følge av at også forvaltningsavgjørelser kan sperre for senere straffeforfølgning. Dette krever en nærmere redegjørelse.

Ordlyden i P7-4 «in accordance with the law and penal procedure» taler for at det kun er den forutgående avgjørelsen i en formell straffesak som stenger for senere avgjørelser i samme sak.<sup>45</sup> Det ville i så fall spille en rolle hvilken avgjørelse som kom først i tid.

Etter EMDs avgjørelse i Franz Fischer mot Østerrike ble det klart at det ikke kunne være avgjørende hvilken rekkefølge forfølgningene skjer. «The question whether or not the non bis in idem principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can,

---

<sup>45</sup> Aall (2007) s. 411

therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted».<sup>46</sup> Dette er lagt til grunn av Høyesterett i plenum i Rt 2006 s. 1409.<sup>47</sup> Det spiller med andre ord ingen rolle om det er en forvaltningssak eller en formell straffesak som først eller sist kommer til avgjørelse. Straffebegrepet i artikkelen er likt.

### 3.4.3 Straffebegrepet innad i konvensjonen

Det er flere artikler som stiller krav om at det må dreie seg om *straff* eller en *straffesiktelse* for at rettighetene etter artikkelen skal få anvendelse (straffebegrepet). Etter artikkel 6 i konvensjonen som beskytter retten til en rettferdig rettergang «fair trial», må det dreie seg om en straffesiktelse «criminal charge» for at artikkelen skal få anvendelse, og etter artikkel 7 som stadfester prinsippet om «ingen straff uten lov» brukes uttrykkene «criminal offence» eller «penalty».

I dommen *Göktan mot Frankrike* uttalte EMD: «The notion of what constitutes a «penalty» can not vary from one Convention provision to another».<sup>48</sup>

Her sier EMD på generelt grunnlag at betydningen av straffebegrepet ikke kan variere innad i EMK og må forstås likt både i artikkel 6,7 og i P7-4. Dette ble inntil 2005 fulgt opp både i rettspraksis og i juridisk litteratur. I 2005 og 2007 ble det avsagt tre avvisningskjennelser i EMD som kanskje endret denne rettstilstanden; *Nilsson mot Sverige* (2005), *Mjelde mot Norge* (2007) og *Storbråten mot Norge* (2007).<sup>49</sup> Etter disse avgjørelsene er det uenigheter om hvorvidt det har skjedd endringer i straffebegrepet eller om det fremdeles må tolkes likt innad i konvensjonen. I det videre vil det først redegjøres for straffebegrepet slik det tradisjonelt har blitt forstått. Deretter skal det ses på hvorvidt de nevnte avgjørelsene har medført endringer i hvordan straffebegrepet må forstås etter P7-4.

---

<sup>46</sup> *Franz Fischer v. Austria* (2001) para. 29

<sup>47</sup> Rt 2006 s. 1409 avsn. 39

<sup>48</sup> *Göktan v. France* (2002) para. 48

<sup>49</sup> *Nilsson v. Sweden* (2005); *Mjelde v. Norway* (2007); *Storbråten v. Norway* (2007)

### 3.4.4 Engel-kriteriene

Straffebegrepet ble allerede i 1976 utviklet i forhold til artikkel 6 gjennom de såkalte Engel-kriteriene i EMDs storkammerdom; Engel og andre mot Nederland.<sup>50</sup> Saken gjaldt spørsmål om en disiplinærsak mot Engel og noen andre vernepliktige i Nederland var å anse som strafferettslig og derfor utløste rettigheter etter EMK artikkel 6. I dommen ble det utviklet tre kriterier som er avgjørende for om et forhold skal anses som straff etter konvensjonen. Disse kriteriene er; den *nasjonale klassifikasjonen av normen, normens formål og karakter og sanksjonens innhold og alvor*.

Engel-kriteriene er alternative og det er dermed nok at ett av dem er oppfylt for at et forhold skal bli ansett som straff etter konvensjonen. Selv om ingen av kriteriene er oppfylt vil forholdet likevel etter en helhetsvurdering kunne være å anse som straff. Kriteriene fremstår som vage og krever en nærmere redegjørelse.

#### 3.4.4.1 Den nasjonale klassifikasjonen «The characterisation under national law»<sup>51</sup>

I de tilfellene hvor staten selv klassifiserer den aktuelle sanksjonen som straff legger også EMD dette til grunn. EMD ser det derimot ikke av betydning om nasjonale myndigheter har vurdert sanksjonen til ikke å være strafferettslig. I Engel-saken uttalte EMD at dette ville gi statene for stor frihet til selv å vurdere rekkevidden av konvensjonsvernet.<sup>52</sup> EMD vil selv vurdere om sanksjonen i realiteten er å anse som strafferettslig i den enkelte stat ut fra de to andre kriteriene; normens formål og karakter og sanksjonens innhold og alvor.<sup>53</sup>

#### 3.4.4.2 Normens formål og karakter «the nature of the offence»<sup>54</sup>

Om normens karakter er strafferettslig beror på flere momenter. For det første er det som regel en betingelse for å anse en norm for strafferettslig at den har et *pønalt formål*. Her kan

---

<sup>50</sup> Aall (2011) s. 377

<sup>51</sup> Engel-saken (1976) para. 38

<sup>52</sup> Engel-saken (1976) para. 82; Zolotukhin-dommen (2009) para. 52

<sup>53</sup> Se bl.a. Öztürk v. Germany (1984) para. 51; Minelli v. Switzerland (1983) para. 28

<sup>54</sup> Engel-saken (1976) para. 82

imidlertid disiplinærreaksjonene falle utenfor straffebegrepet. Effektiviteten og kravet til ro og orden gjør at formålet i hovedsak er et annet enn å straffe den enkelte.<sup>55</sup>

For det andre legger EMD vekt på om normen gir anvisning på en *skyldkonstatering*. Hvis normen krever skyld taler dette for at normens karakter er strafferettslig.<sup>56</sup> I de tilfellene det forfølges i *to spor* hvor ett av dem er strafferettslig, er dette en presumsjon for at handlingens egenart er av strafferettslig karakter, selv om staten har valgt kun disiplinær forføyning i den konkrete saken. På tross av dette er det en helhetsvurdering av *handlingens natur* «the nature of the offence» som er det avgjørende.<sup>57</sup>

For det tredje er det relevant å se hen til *hvem normen rammer*. EMD har lagt til grunn at det taler for en strafferettslig karakter hvis normen rammer alle borgerne i en stat, fremfor en bestemt gruppe, for eksempel ansatte og vernepliktige i militæret, innsatte i fengselet eller advokater.<sup>58</sup> Her spiller det en rolle om det dreier seg om handlinger som etter sin natur like gjerne kunne vært begått utenfor den spesifikke gruppe. Herunder om den er karakterisert som straff i nasjonal strafferett, har en strafferettslig karakter eller om handlingen er av mer disiplinær art.<sup>59</sup> Hvor det dreier seg om brudd på ordensregler innenfor et «lukket» system og reglene er begrenset til å gjelde opprettholdelse av orden taler dette mot å anse reaksjonen som straff.<sup>60</sup>

Det kan komme inn som moment om normen er karakterisert som *strafferettslig i andre av Europarådets medlemsland*.<sup>61</sup> Andre momenter som EMD har tatt i betraktning er normens *virkningsside*. Det vil si om normen gir anvisning på å være gjenopprettende som for eksempel idømmelse av erstatning.<sup>62</sup> EMD har også lagt vekt på om *nasjonale straffeprosessuelle*

---

<sup>55</sup> Aall (2011) s. 376

<sup>56</sup> Rui (2009)

<sup>57</sup> Engel-saken (1976) para. 82

<sup>58</sup> Rui (2009) s. 157

<sup>59</sup> Aall (2007) s. 118

<sup>60</sup> Cambell and Fell v. The United Kingdom (1984) s. 61-62

<sup>61</sup> Östürk v. Germany (1985)

<sup>62</sup> Rui (2009) s. 157

regler kommer til anvendelse, om normen forutsetter etterforskning av politi -og påtalemyndighet og om overtredelse av normen føres inn i strafferegisteret.<sup>63</sup>

Formålet med normen er også relevant ved vurderingen. EMD legger her en objektiv vurdering til grunn, noe som også gjør det mulig å overprøve statenes anførsel om hva de mener er formålet med normen. I EMDs avgjørelse Janosevic mot Sverige vurderte EMD at formålet med normen var å straffe, selv om staten selv anførte det motsatte.<sup>64</sup> Formålet er her en sammensatt vurdering hvor EMD vurderer alle momentene over.<sup>65</sup> Hvis statene selv fikk bestemme hva de anser som *straff* ville dette kunne føre til en omgåelse av P7-4 og gjøre det vanskeligere å ivareta hensynet til en effektiv konvensjonsbeskyttelse.

#### 3.4.4.3 Sanksjonens innhold og alvor «the degree of severity of the penalty»<sup>66</sup>

Det vil normalt være et slags samsvar mellom normen som beskriver handlingen og den sanksjonen som ilegges. Ved vurderingen av sanksjonens innhold og alvor er det derfor flere av de momentene som ble vurdert under normens formål og karakter som får betydning.<sup>67</sup> Dette blir en naturlig følge av at reaksjonen er ilagt i medhold av den bestemmelsen som er vurdert. Det kan likevel fremstå som tilfeldig under hvilket kriterium de ulike momentene blir vurdert.<sup>68</sup>

Sanksjonens karakter og alvor er kanskje det viktigste kriteriet på om det foreligger en sanksjon av strafferettslig art.<sup>69</sup> Dette er et spørsmål om hva reaksjonen består i, enten det gjelder frihetsberøvelse, økonomiske sanksjoner, begrensning i handlefrihet, bevegelsesfrihet eller inndragning av eiendeler. Når det gjelder langvarige fengselsstraffer i medhold av straffeprosessloven er det klart at dette må karakteriseres som straff etter EMK.<sup>70</sup> Det er når vi har å gjøre med mindre inngripende sanksjoner at spørsmålet gjør seg gjeldende. Hvor alvorlig må sanksjonen være for at den blir karakterisert som straff?

---

<sup>63</sup> Rui (2009) s. 158

<sup>64</sup> Janosevic v. Sweden (2002) para. 68

<sup>65</sup> Rui (2009) s. 158

<sup>66</sup> Engel-saken (1976) para. 82

<sup>67</sup> Rui (2009) s. 161

<sup>68</sup> Rui (2009) s. 161

<sup>69</sup> Aall (1995) s. 120

<sup>70</sup> Aall (1995) s. 121

Gjennom rettspraksis og juridisk litteratur har det utviklet seg en del praksis som sier noe om hvilke sanksjoner som er og hvilke som ikke er å anse som straff etter konvensjonen.

Den klare hovedregelen er at sanksjonen anses som straff hvis den går ut på frihetsberøvelse.<sup>71</sup> Men som ved alle hovedregler finnes det unntak eller modifikasjoner.

Når det gjelder sanksjoner som har relevante likhetstrekk til frihetsberøvelse har Høyesterett vurdert og ansett som straff: nektelse av prøveløslatelse for straffbart forhold etter straffegjennomføringsloven § 42<sup>72</sup> og tvangsplassering i barnevernsinstitusjon på grunn av atferdsproblemer som gir seg utslag i alvorlig eller gjentatt kriminalitet.<sup>73</sup> Høyesterett har derimot ikke ansett disiplinærreaksjoner etter straffegjennomføringsloven § 40 som straff etter konvensjonen.

Ved vurderingen av økonomiske sanksjoner følger det av EMDs praksis at sanksjonens alvor, altså størrelsen på det beløpet som kreves betalt ikke tillegges betydning verken i den ene eller den andre retning. Det finnes eksempler på at EMD ikke har vurdert veldig store økonomiske sanksjoner som straff, mens beskjedne sanksjoner på den andre siden har blitt vurdert som straff etter EMK.<sup>74</sup> I storkammerdommen Östürk mot Tyskland sa EMD at selv om den økonomiske sanksjonen ikke var særlig alvorlig kunne dette ikke være avgjørende da handlingen var klart strafferettslig. Dette viser Engel-kriterienes uavhengige karakter.

Høyesterett har vurdert og ansett som straff: ordinær og forhøyet tilleggsskatt etter ligningsloven,<sup>75</sup> utestengning av rett til dagpenger etter folketrygdloven<sup>76</sup> og tilleggsavgift etter merver-

---

<sup>71</sup> Ezech og Connors v. United Kingdom (2003), para. 126; Zolotukhin-dommen (2009) para. 56; Maresti v. Croatia (2009) para. 60

<sup>72</sup> Rt 2004 s. 927; Rt 2004 s. 939; Rt 2004 s. 948; Straffegjennomføringsloven § 42

<sup>73</sup> Rt 2003 s. 1827; Rt 2012 s. 1051

<sup>74</sup> Malige v. France (1998)

Östürk v. Germany (1984) hvor kun 60 tyske mark ble ansett som straff

<sup>75</sup> Rt 2000 s. 996; Rt 2002 s. 497; Rt 2002 s. 509; Rt 2002 s. 557; Rt 2006 s. 1409

<sup>76</sup> Rt 2003 s. 264



diavgiftsloven. Gebyr for trikkesniking,<sup>77</sup> og forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven<sup>78</sup> er derimot ikke ansett som straff etter konvensjonen.

Når det gjelder andre typer sanksjoner som innebærer rettighetstap har Høyesterett på bakgrunn av EMDs praksis ansett inndragning av førerkort på grunn av trafikkløvbrydd<sup>79</sup> og nektelse av tillatelse til å kjøpe råfisk<sup>80</sup> som straff etter artikkelen. Ileggelse av konkursskarantene<sup>81</sup> og suspensjon av legelicens<sup>82</sup> er derimot av EMD og Høyesterett ikke ansett å være straff i konvensjonens forstand. Det lar seg ikke oppstille konkrete vilkår for når tap av rettigheter må anses som straff, men det må i tillegg til sanksjonens innhold og alvor ses hen til sanksjonens lengde, størrelse og alvorlighetsgrad.

Det er verdt å merke seg at relativt like sanksjoner kan bli vurdert forskjellig. Tilleggsavgift etter merverdiavgiftsloven anses for eksempel å falle inn under straffebegrepet i P7-4, mens forsinkelsesgebyr etter regnskapsloven anses derimot ikke som straff etter konvensjonen.

### **3.4.5 Endringer i EMKs straffebegrep**

#### **3.4.5.1 Har det utviklet seg fire nye kriterier i tillegg til Engel-kriteriene?**

Som det fremkommer over var straffebegrepet i både artikkel 6, 7 og P7-4 lenge basert på en vurdering av Engel-kriteriene. Spørsmålet her er om det som følge av tre avgjørelser fra EMD ble gjort endringer i hvordan straffebegrepet må forstås etter P7-4.

I EMDs avvisningskjennelse Nilsson mot Sverige i 2005 sier domstolen at P7-4 må tolkes i lys av ordlyden i EMK art. 6 og 7 «criminal charge» og «penalty».<sup>83</sup> Videre i dommen sier EMD at vurderingen, i tillegg til det vi kjenner som Engel-kriteriene, vil avhenge av: den na-

---

<sup>77</sup> Rt 2002 s. 1007

<sup>78</sup> Rt 2005 s. 1269

<sup>79</sup> Rt 2002 s. 1216; Rt 2003 s. 20

<sup>80</sup> Rt 2004 s. 1500

<sup>81</sup> Rt 2003 s. 1221; Rt 2004 s. 1241; Rt 2004 s. 943; Rt 2004 s. 1243; Mjelde v. Norway (2007); Storbråten v. Norway (2007)

<sup>82</sup> Rt 2004 s. 1343; Haarvig v. Norway (2007)

<sup>83</sup> Nilsson v. Sweden (2005) under: «The Law», B. The Courts assesment, avsnitt 2 flg.

sjonale rettslige karakteristikken av sanksjonen («the national legal characterisation»), formålet med tiltaket («its purpose»), om sanksjonen kommer etter domfellelse for et straffbart forhold, («measure imposed following conviction for a criminal offence») og prosedyren som ligger til grunn for sanksjonsileggelsen («procedures involved in the making and implementation of the measure»).

Dette var fire kriterier som ikke hadde fremkommet tidligere og domstolens uttalelse «have regard to such factors as» viser at momentene det er relevant å vurdere i forhold til P7-4 kun skal fastlegges på bakgrunn av en helhetsvurdering. De er ikke alternative slik som Engel-kriteriene.<sup>84</sup>

I EMDs to avvisningskjennelser *Mjelde mot Norge og Storbråten mot Norge*<sup>85</sup> om konkursskarantene i 2007 gikk domstolen enda et skritt videre og konkretiserte hva de hadde lagt i kriteriene fra Nilsson: «this is a wider range of criteria than the so-called `Engel criteria` formulated with reference to Article 6 of the Convention».<sup>86</sup> Det samme legger EMD til grunn i dommen *Haarvig mot Norge* hvor det vises til Nilsson, *Mjelde og Storbråten*.<sup>87</sup>

Høyesterettsdommer Jens Edvin Skoghøy hevdet det samme år som de to konkursskarantensakene ble avsagt (2007), at det ikke er tvil om at straffebegrepet er innsnevret.<sup>88</sup> Han sier: «Det er tydelig at EMD nå har innsett at det var et feilgrep å operere med et konvensjonskonformt straffebegrep».<sup>89</sup>

Det skulle imidlertid vise seg at EMD ikke gikk direkte i denne retning. Allerede i EMDs avvisningskjennelser *Synnelius og Edsberg Taxi AB mot Sverige* fra 2008<sup>90</sup> og *Carlberg mot Sverige* fra 2009,<sup>91</sup> som begge gjelder tillegsskatt, legger EMD til grunn at straffebegrepet i

---

<sup>84</sup> Rui (2009) s. 164

<sup>85</sup> *Mjelde v. Norway og Storbråten v. Norway* (2007)

<sup>86</sup> *Storbråten v. Norway* (2007), The Law, B. The Court's assessment avsn. 8

<sup>87</sup> *Haarvig v. Norway* (2007), The Law, B. The Court's assessment avsn. 3

<sup>88</sup> Skoghøy LoR (2007) s. 194

<sup>89</sup> Skoghøy LoR (2007) s. 194

<sup>90</sup> *Synnelius and Edsberg Taxi AB v. Sweden* (2008)

<sup>91</sup> *Carlberg v. Sweden* (2009)

P7-4 er det samme som i artikkel 6 og 7. Her kan det synes som om domstolen helt ser bort fra sine uttalelser i Storbråten, Mjelde og Haarvig om «a wider range of criteria» og går tilbake til en autonom tolkning av straffebegrepet etter Engel-kriteriene.<sup>92</sup>

Deretter kom EMDs storkammeravgjørelse Zolotukhin mot Russland som gjaldt administrativ sanksjon for ordensforstyrrelser i det russiske militæret. Faktum i Zolotukhin-dommen var at den vernepliktige soldaten Zolotukhin og hans kjæreste «støtte på» militært politi på militært område.<sup>93</sup> De ble brakt til en lokal politistasjon hvor han skjelte ut to av de ansatte, dyttet den ene tjenestemannen og forsøkte å stikke av (episode 1). Deretter ble Zolotukhin ført inn på kontoret til stasjonssjefen, Major K som skrev en rapport om oppførselen hans og innstilte på at han skulle ilegges en administrativ sanksjon. Da Major K skrev rapporten kjeftet Zolotukhin på ham og fremsatte trusler om vold og prøvde å stikke av (episode 2). Da rapporten var ferdigskrevet ble Zolotukhin transportert i bil til en annen politistasjon. På kjøreturen fortsatte Zolotukhin å kjefte på Major K og fremsatte drapstrusler mot majoren fordi han hadde igangsatt en administrativ forfølgning (episode 3).

Zolotukhin ble samme dag dømt til tre dagers arrest for overtredelse av den administrative bestemmelsen; Code of Administrativ Offences artikkel 158 som rammet «minor disorderly acts» for episode 1. Etter at denne avgjørelsen var blitt endelig ble det igangsatt straffeforfølgning og Zolotukhin ble tiltalt for tre forhold. For episode 1 ble han tiltalt for overtredelse av den russiske straffelov artikkel 213 som rammet «disorderly acts», for episode 2 ble han tiltalt etter artikkel 319 som rammet fornærmelse av offentlig tjenestemann og for episode 3 ble han tiltalt etter artikkel 318 som rammet trusler ovenfor en offentlig tjenestemann.

Dommen endret først og fremst innholdet i identitetsvurderingen, men om straffebegrepet sier EMD:<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Synnelius and Edsberg Taxi AB v. Sweden (2008) og Carlberg v. Sweden (2009) under The Law, B. Court's assesment

<sup>93</sup> Zolotukhin-dommen (2009) under: Application of this approach to the present case

<sup>94</sup> Om innholdet i identitetsvurderingen se pkt. 3.5

«The notion of “penal procedure” in the text of Article 4 of Protocol No. 7 must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” in Articles 6 and 7 of the Convention».<sup>95</sup>

EMD sier her at straffebegrepet i P7-4 må tolkes i lys av artikkel 6 og 7 i konvensjonen. Domstolen viser etter dette utsagnet blant annet til Haarvig-kjennelsen. Riksadvokaten skriver i et rundskriv fra 2009 at EMDs vurdering i Zolotukhin-dommen ikke tilsier at vurderingen er identisk etter P7-4 og etter artikkel 6 og 7. Men han påpeker at det heller ikke fremkommer at vurderingen bygger på «a wider range of criteria».<sup>96</sup>

Etter dette sier Riksadvokaten at det etter de ovennevnte avgjørelsene er «nærliggende å anta at det ikke lenger er noen absolutt kobling mellom straffebegrepene i EMK artikkel 6 og i P7-4» Han sier videre: «Det er imidlertid ikke lett å konstatere hvor stor forskjellen er, med andre ord hva som skal til for at en sanksjon skal anses som pønal etter artikkel 6, men ikke etter P7-4».

Morten Holmboe og Hans Petter Jahre drøfter straffebegrepet i lys av Zolotukhin-dommen i en artikkel fra 2011 og sier at det er mye som tyder på at «a wider range of criteria» ikke har festet seg i EMDs bevissthet.<sup>97</sup>

Høyesterett uttaler i Rt 2010 s. 1121 at Zolotukhin-avgjørelsen ikke gir holdepunkter for å tolke straffebegrepet i P7-4 annerledes enn etter EMK artikkel 6. Bakgrunnen for uttalelsen er at EMD i Zolotukhin-dommen ikke henviser til «a wider range of criteria». Høyesterett viser ved dette til Riksadvokatens rundskriv fra 2009. Dette synspunktet følges opp i Rt 2012 s. 1051.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Zolotukhin-dommen (2009) para. 52

<sup>96</sup> Rundskriv, Riksadvokaten (2009) s. 2

<sup>97</sup> Holmboe og Jahre, LoR, (2011) s. 196

<sup>98</sup> Rt 2010 s. 1121 avsn. 41 flg.

Rt 2010 s. 1121 har vært kritisert i juridisk litteratur og i Hans Petter Jahres merknad til dommen kan man lese at han mener at Høyesterett går for langt i å utelukke at straffebegrepet i enkelte tilfeller vil være snevrere i P7-4 enn i artikkel 6.<sup>99</sup>

### 3.4.5.2 Vurdering

Som det fremgår ovenfor er det en del uenigheter om hvordan straffebegrepet i P7-4 skal tolkes og spørsmålet må kort oppsummert sies å være: Ble det i Zolotukhin-dommen foretatt en reversering og gått tilbake til å vurdere straffebegrepet likt i konvensjonen etter Engel-kriteriene eller vil det i enkelte situasjoner kunne ses hen til de tilleggskriteriene det gis anvisning på i Nilsson, Mjelde og Storbråten?

I tråd med Riksadvokatens syn mener jeg at det er vanskelig å si noe sikkert om hvordan straffebegrepet skal tolkes. Jeg er ikke uenig i Riksadvokatens resonnement over når han synes å vektlegge at EMD ikke viser til «a wider range of criteria» i Zolotukhin-dommen. Et spørsmål som imidlertid melder seg er hvorfor EMD i Zolotukhin-dommen viser til Haarvig-kjennelsen når den sier at P7-4 må tolkes i lys av art. 6 og 7. I Haarvig-kjennelsen sier EMD nettopp at tolkningen av P7-4 beror på «a wider range of criteria».<sup>100</sup>

Det synes lite fornuftlig at EMD i Zolotukhin-dommen, hvis de mente at straffebegrepet skulle reverseres, ikke sa dette i klartekst. Dette er ikke kommentert av Riksadvokaten, men han sier at grunnen til at EMD ikke drøftet tilleggskriteriene i Zolotukhin-dommen var fordi det ikke var tvilsomt at man sto ovenfor en straffeforfølgning.<sup>101</sup> Rui synes å ha den samme oppfatningen.<sup>102</sup> Dette taler for at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å avskjære den innsnevringen EMD gjorde i straffebegrepet i sakene fra 2007.

Det kan virke som Høyesterett i Rt 2010 s. 1121 legger inn en sikkerhetsmargin når den ser bort fra «a wider range of criteria» og legger til grunn at straffebegrepet er konvensjonskonformt. EMD viser ofte til tidligere dommer når den konstaterer gjeldende rett. Det har for-

---

<sup>99</sup> Jahre, Lovdata, merknad til Rt. 2010 s. 1121

<sup>100</sup> Om innholdet i identitetsvurderingen i pkt. 3.5

<sup>101</sup> Rundskriv, Riksadvokaten (2009) s. 2-3

<sup>102</sup> Rui, Jon Petter (samtale 2014)

modningen mot seg at EMD skulle oppstille «a wider range of criteria», følge dette opp i senere dommer for deretter å forkaste det de har sagt uten å nevne dette ettertrykkelig. Dette taler også mot at EMD reverserte straffebegrepet i Zolotukhin-dommen.

I Zolotukhin-dommen kommer EMD til at det må foretas en bredere tolkning av hva som anses å være *samme forhold* ved at det ses bort fra kriteriet om rettslig identitet.<sup>103</sup> Hvis EMD da, slik Høyesterett i Rt 2010 s. 1121 legger til grunn, har gått tilbake til den også vide vurderingen av straffebegrepet vil dette kunne medføre en radikal endring og inngrep i statenes organisering av administrative og strafferettslige forfølgninger.<sup>104</sup>

Det kan på bakgrunn av det som her er sagt ikke utelukkes at EMD igjen kommer til å vise til «a wider range of criteria» der den drøfter forhold som det i større grad kan være usikkerhet og tvil om hvorvidt rammes av straffebegrepet i P7-4. Men det må presiseres at det er Høyesteretts oppgave å tolke EMDs avgjørelser og enn så lenge må Norge følge den rettsoppfatningen som legges til grunn av Høyesterett i Rt 2010 s. 1121 og fortsatt bygge på at straffebegrepet i P7-4 vurderes på samme måte som i EMK artikkel 6 og 7.

### 3.4.5.3 En mulig endring i vurderingen av hvilken straff som skal legges til grunn; Strafferammen eller den reelle sanksjonen som ble ilagt?

Etter Engel-kriteriene er det som nevnt over ikke avgjørende hvilken straff som *illegges*, men hvilken straff som *risikeres*, det vil si strafferammen. EMD uttaler:

«In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental» (...) «the final outcome of the appeal cannot diminish the importance of what was initially at stake».<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Om innholdet i identitetsvurderingen se pkt. 3.5

<sup>104</sup> Rui, LoR (2009) s. 287

<sup>105</sup> Engel-saken (1976) para. 85

I EMDs avgjørelse Ezech og Connor mot Storbritannia sier domstolen at også den ilagte straffen er relevant og viser til at det samme er sagt i EMDs avgjørelser Cambell og Fell mot Storbritannia og Bendenoun mot Krotaia. EMD uttaler; «The actual penalty imposed is relevant to the determination» Men den er ikke avgjørende sies det, med henvisning til uttalelsen over fra Engel-saken.<sup>106</sup>

Holmboe og Jahre sier at det kan virke som om EMD i Zolotukhin «mykner» dette noe opp og viser til en uttalelse fra dommen:<sup>107</sup>

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

Jeg forstår uttalelsen fra EMD over slik at hvor det er snakk om et lukket system som det militære, som består av lover hvor straffen man *risikerer* for å bryte disse og straffen som *faktisk ble ilagt* består i frihetsberøvelse, er det en presumsjon for at det dreier seg om straff etter P7-4. Spørsmålet er om dette kan tas til inntekt for at det er den reelle straffen og ikke strafferammen som er avgjørende, eller i alle fall at den ilagte straffen får større betydning enn den har hatt.

Det Holmboe og Jahre kanskje mener med dette er at; det at EMD her nevner både den reelle straffen og strafferammen kan tyde på at EMD i større grad vil vurdere begge deler når de skal vurdere om en sanksjon er så alvorlig at den må anses som straff. Det kan på bakgrunn av dette etter min mening ikke sies med sikkerhet om EMD her mente å «myke dette opp» eller om det bare er en konstatering av det EMD tidligere har sagt; At den ilagte straffen er relevant, men ikke avgjørende.

Etter dette må vurderingen etter min mening basere seg på at det er strafferammen og ikke den ilagte straffen som må legges til grunn.

---

<sup>106</sup> Ezech and Connors v. United Kingdom (2003) para. 120

<sup>107</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 202; Zolotukhin-dommen (2009) para. 56

### 3.5 Identitetsvurderingen; hva anses å være *samme forhold* etter P7-4?

For at P7-4 skal sperre for en senere straffeforfølgning må det være det *samme forholdet* som straffeforfølges i begge sakene, jf ordlyden: «for an offence for which he has already». For å avgjøre dette må handlingen som ligger til grunn for den første avgjørelsen sammenlignes med handlingen som ligger til grunn for den nye forfølgningen. Dette ligner på den identitetsvurderingen vi kjenner fra den strafferettslige konkurranselæren og den står sentralt også ved vurderingen i P7-4.<sup>108</sup>

Ordlyden i P7-4 «same offence» kan oversettes med «lovbrudd» eller «overtredelse».<sup>109</sup> Det vil si at ordlyden tilsier at det er forfølgning av det samme lovbruddet som ikke er tillatt. Dette innebærer at det må foretas en sammenligning av de lovbestemmelsene som ble lagt til grunn i de to forfølgningene. Selv om ordlyden taler for en slik forståelse har vurderingen av hva som er ansett *samme forhold* («the same offence») bestått av to komponenter; en som gjelder faktum (faktisk identitet) og en som gjelder jus (rettslig identitet).<sup>110</sup> Den faktiske identiteten innebærer at det er selve handlingene som ligger til grunn for sanksjonene som sammenlignes. Den rettslige identiteten innebærer at det er de bestemmelsene som handlingene sanksjoneres i medhold av som sammenlignes.

Etter denne tolkningen gjelder den nye forfølgningen det samme forholdet som den første forfølgningen hvis det i begge tilfeller dreier seg om samme faktiske handling («the same conduct» eller «one act»)<sup>111</sup> og innholdet i de bestemmelsene som er brukt i den første og den andre saken inneholder de samme grunnleggende elementer.<sup>112</sup> De må ikke skille seg fra hverandre «in their same essential elements».<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Aall (2009) s. 414; Rui (2009) s. 353

<sup>109</sup> Rui (2009) s. 373

<sup>110</sup> Rundskriv, Riksadvokaten (2009) s. 3

<sup>111</sup> Franz Fisher v. Austria (2001) para. 29

<sup>112</sup> Riksadvokaten (2009) s. 3

<sup>113</sup> Franz Fisher v. Austria (2001) para. 29



Den første avgjørelsen som tar stilling til hvordan *samme forhold* avgrenses er Gradinger mot Østerrike<sup>114</sup> og helt frem til saken Oliveira mot Sveits<sup>115</sup> var det kun den faktiske identiteten som var avgjørende for om den første og den andre saken gjaldt samme forhold.<sup>116</sup>

Faktum i saken var at klageren først var straffedømt for uaktsomt bildrap, men frifunnet for den straffeskjerpene bestemmelsen som rammet den som forsettlig eller uaktsomt hadde vært alkoholpåvirket under kjøringen. (Det ble altså ikke funnet bevist at han hadde vært under påvirkning av alkohol). Deretter ble Gradinger ilagt en administrativ reaksjon for promillekjøring.<sup>117</sup> Det ble konstatert brudd på P7-4. Denne dommen skiller seg fra de fleste kjenner som vurderingstemaene i identitetsvurderingen etter norsk straffeprosess. Identiteten ble bestemt ut fra faktum alene og ikke formålene bak eller interessene straffebudene skulle beskytte.

### 3.5.1 Faktisk identitet

Det er flere vurderingstemaer som er aktuelle når man skal avgjøre om det dreier seg om det samme *faktiske* forholdet. For det første kan det være relevant å se hen til hvilket *tidspunkt* forfølgningene knytter seg til.<sup>118</sup> Jo nærmere handlingene ligger i tid jo større grunn er det til å anse dem som samme forhold.

Det er videre relevant å se hen til det *bevistema* som ligger til grunn for avgjørelsen. Bevistema er det faktum som har vært tema for straffeforfølgningen. Det fremgikk ikke av domskonklusjonen i Gradinger-saken at Gradinger ikke kunne dømmes for kjøring under alkoholpåvirket tilstand, men det fremgikk av domsgrunnene. EMD konstaterte likevel krenkelse av P7-4. Dommen må forstås som at det ikke er tilstrekkelig å se hen til domskonklusjonen, men at det er det som fremkommer av domsgrunnene som er avgjørende.<sup>119</sup> Her vil man som regel finne det faktum (bevistema) som er vurdert, i motsetning til domskonklusjonen hvor det ofte kun

---

<sup>114</sup> Gradinger v. Austria (1995)

<sup>115</sup> Oliveira v. Switzerland (1998)

<sup>116</sup> Rui (2009) s. 373

<sup>117</sup> Rui (2009) s. 354

<sup>118</sup> Rui (2009) s. 362

<sup>119</sup> Gradinger v. Austria (1995) para. 55

står hvilke straffebud tiltalte er domfelt for. Denne rettsoppfatningen er også lagt til grunn i Zolotukhin-dommen.<sup>120</sup>

Det er også som etter norsk straffeprosess et moment om det dreier seg om *samme fornærmede*. Dette vil taler for at det dreier seg om det samme forholdet.

### 3.5.2 Rettslig identitet

EMD skiftet kurs i saken Oliveira mot Sveits fra 1998<sup>121</sup> og anså også *rettslig* identitet som kriterium for at det skal anses å være *samme forhold* i P7-4s forstand. EMD velger altså en tolkning som ligger nærmere ordlyden «offence».

I Oliveira-saken var det klart at klageren var blitt forfulgt to ganger for samme *faktiske* handling. Faktum her var at Oliveira i den første saken ble ilagt et administrativt gebyr for at hun hadde kommet over i motsatt kjørefelt og skadet en annen sjåfør. Bevistemaet var at hun ikke hadde holdt kontroll over bilen og avpasset farten etter kjøreforholdene. Etter at denne avgjørelsen var blitt endelig ble Oliveira ilagt en bot i medhold av straffeloven for uaktsom legems-skade på føreren av den bilen hun traff. Et flertall på åtte av ni dommere kom til at siden det var brukt ulike bestemmelser i de to forfølgningene var det snakk om to forskjellige forhold, og det forelå ingen krenkelse av P7-4.

Kravet til både rettslig og faktisk identitet blir fulgt opp av EMD i den senere dommen Franz Fischer mot Østerrike.<sup>122</sup> Selv om EMD i denne dommen prøver å nedtone forskjellen i rettsoppfatningene i Gradinger og Oliveira, var det likevel ingen tvil om at det skjedde en markant endring i rettsstilstanden.<sup>123</sup>

Dette medførte at identitetsvurderingen fikk en snevrere avgrensning. Det vil si at P7-4 fikk et mindre nedslagsfelt og det skulle mer til for å konstatere brudd på P7-4.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Zolotukhin-dommen (2009) para. 83

<sup>121</sup> Oliveira v. Switzerland (1998)

<sup>122</sup> Franz Fisher v. Austria (2001)

<sup>123</sup> Rui (2009) s. 375

<sup>124</sup> Rui (2009) s. 374

EMD sier i dommen Franz Fischer mot Østerrike at avgjørelsene må innebære «the same essential elements». Et stort antall avgjørelser fra EMD, både dommer og avvisningsavgjørelser har fulgt opp det som sies i Franz Fisher-dommen.<sup>125</sup>

Ved avgrensningen basert på rettslig identitet har domstolenes praksis vært lite konsekvente.<sup>126</sup> I enkelte saker har domstolen kommet til at det har vært snakk om *samme forhold* selv om det har vært snakk om bestemmelser som ikke kunne anses å være spesielt like, mens i andre saker har det blitt trukket svært snevre grenser for hva som anses samme forhold og selv om bestemmelsene har hatt likt objektivi gjerningsinnhold har EMD konkludert med ulik rettslig identitet.<sup>127</sup>

### **3.5.3 Hvordan har Zolotukhin-dommen endret vurderingen av hva som anses *samme forhold*?**

EMD tar i Zolotukhin-dommen oppgjør med tidligere rettspraksis og sin vurdering av identitetsbegrepet i P7-4.

EMD konstaterer i dommen at den praksis som foreligger på *samme forhold* skaper retts-uvisshet og er uforenlig med de rettighetene P7-4 skal verne. EMD ser det derfor som sin oppgave å harmonisere tidligere rettspraksis om identitetsvurderingen. Videre konstaterer EMD at dette er nødvendig selv om det av hensyn til forutberegnelighet og likhet for loven skal gode grunner til for å fravike det EMD har sagt i tidligere avgjørelser.<sup>128</sup>

Zolotukhin ble straffet administrativt for den første episoden hvor han skjelte ut polititjenestemennene da han ankom stasjonen, og deretter tiltalt etter nasjonal straffelovgivning for denne og de to andre episodene på kontoret til Major K og i bilen.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Rui (2009) s. 379

<sup>126</sup> Rui (2009) LoR s. 288

<sup>127</sup> Rui (2009) LoR s. 288

<sup>128</sup> Zolothukin-dommen (2009) para. 79

<sup>129</sup> Se faktum om hendelsesforløpet i Zolotukhin-dommen i pkt. 3.4.5

Spørsmålet i dommen er om den administrative sanksjonen Zolotukhin ble ilagt på bakgrunn av episode 1, stengte for at det ble ilagt straff for episode 1, 2 og 3. For å avgjøre dette måtte domstolen ta stilling til om forholdet som lå til grunn for den administrative forfølgningen i episode 1, var den samme som det forholdet som lå til grunn for siktelsen for samme episode, og om episode 2 og 3 var det samme forholdet som i episode 1 slik at forfølgning også av disse episodene var utelukket på grunn av den administrative sanksjonen som var ilagt.

I avsnitt 82 i dommen oppsummerer EMD sitt syn på hvordan identitetsvurderingen skal gjøres:

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

EMD sier her at hvis domstolen skal begrense seg til å finne at det dreier seg om to ulike bestemmelser fordi de har ulik rettslig karakteristikk så vil den risikere å undergrave de garantiene P7-4 skal verne.

EMD konstaterer dette også senere i dommen. Vurderingen skal bero på faktum alene og den rettslige karakteristikken er irrelevant. Domstolen uttaler:

«As the Court has emphasised above, the facts of the two offences serve as its sole point of comparison, and the Government's argument that they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry».

Det er ikke tvil om at den rettslige karakteristikken er forlatt og at det kun er det faktum som ligger til grunn for de ulike handlingene som kommer i betraktning når identitetsvurderingen

skal foretas. Dette legges blant annet senere til grunn i EMDs avgjørelse *Ruotsalainen mot Finland*<sup>130</sup> og i juridisk litteratur.<sup>131</sup>

Høyesterett tok i plenumsdommen i Rt 2010 s. 72 for første gang stilling til betydningen av *Zolotukhin-dommen*. Høyesterett uttaler:<sup>132</sup>

«I *Zolotukhin-avgjørelsen mot Russland* (...) «går domstolen etter en prinsipiell drøftelse bort fra kravet om rettslig identitet. Heretter skal avgjørelsen kun skje etter en sammenlikning av de faktiske elementene i sakene, og ikke de rettslige».

### 3.5.3.1 Hvilke momenter oppstiller *Zolotukhin-dommen* for avgjørelsen av om det foreligger faktisk identitet?

Da EMD i *Zolotukhin-dommen* hadde konstatert at det kun var den faktiske identiteten som skulle legges til grunn ga de også noen generelle retningslinjer for hva som er sammenligningsgrunnlaget.<sup>133</sup> EMD sier her det samme som de sa i *Gradinger*; at det må ses hen til domsgrunnene, altså hva som er anført som begrunnelsen for forfølgningen i de dokumentene siktede har mottatt.<sup>134</sup>

EMD delte hendelsesforløpet inn i tre episoder og fant at det dreide seg om og tre ulike forhold. EMD mente at det ikke var tilstrekkelig enhet i tid og sted mellom episode 1, 2 og 3 til at det måtte anses å være «samme forhold». Selv om episode 2 og 3 lignet på episode 1 måtte det anses å være forskjellige handlinger.<sup>135</sup> EMD uttaler:

«there was no temporal or spatial unity between the three episodes. It follows that although in essence the applicant's conduct was substantially similar during the entire day of 4 January 2002 – in that he continued to be verbally abusive towards various

---

<sup>130</sup> *Ruotsalainen v. Finland* (2009) para. 41-47

<sup>131</sup> Bl.a. Rui, LoR, (2009) s. 289 og Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 200

<sup>132</sup> Rt 2010 s. 72 avsn. 9

<sup>133</sup> Rui, LoR (2009) s. 289

<sup>134</sup> *Zolotukhin-dommen* (2009) para. 83 siste setning

<sup>135</sup> *Zolotukhin-dommen* (2009) para. 92

officials – it was not a continuous act but rather different manifestations of the same conduct shown on a number of distinct occasions».

Dette viser at det også må oppstilles som relevante momenter i vurderingen om det er tidsmessig eller stedsmessig sammenheng mellom handlingene.

Det neste spørsmålet og av størst betydning her var om det at Zolotukhin ble ilagt både en administrativ sanksjon etter artikkel 158 og straff etter artikkel 213 for episode 1 var å anse som samme faktiske handling. EMD uttalte at siden forfølgningene lå innenfor samme tidsrom og var rettet mot samme siktede, var det nødvendig å se på de bevistema som lå til grunn for den administrative og den strafferettslige forfølgningen. EMD kom til at det kun var truselen om voldsbruk som ble lagt til grunn som bevistema i straffesaken som skilte seg fra bevistema i den første avgjørelsen og konstaterte derfor at det dreide seg om samme faktum.<sup>136</sup> EMD uttalte:

«The facts of the two offences must therefore be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7».

### 3.5.3.2 Sammenfatning og vurdering

Endringen i Zolotukhin-dommen må anses som sikker rett etter at den er fulgt opp i både EMD og Høyesterett og lagt til grunn i juridisk litteratur.<sup>137</sup>

Det ser ut som om EMD ved å vise til bevistema slik som i Gradinger, i stor grad er falt tilbake på den rettsstilstanden vi hadde før Oliveira. Forskjellen er at i Zolotukhin-dommen er det tatt endelig standpunkt til og konstatert at rettslig identitet er irrelevant.

Vurderingen av om det foreligger faktisk identitet kan oppsummeres i to steg. For det første må det vurderes om handlingene har tids- og stedsmessig sammenheng og hvis dette er tilfel-

---

<sup>136</sup> Rui, LoR (2009) s. 293

<sup>137</sup> Se pkt. 3.5.3

let må bevistemaet, basert på om forfølgningene er de samme eller vesentlig de samme vurderes.<sup>138</sup>

Det kan avslutningsvis kort bemerkes at siden EMD ser episode 1, 2 og 3 som forskjellige handlinger tyder dette på at EMDs faktiske identitetsvurdering er snevrere enn den vi kjenner som *fortsatt forbrytelse*. Holmboe og Jahre er av den oppfatning at alle de tre episodene i Zolotukhin-dommen ville være et sammenhengende forhold etter norsk rett.<sup>139</sup> De sier også at det ikke er noen grunn til at dette skal medføre en omlegging av hvordan identitetsvurderingen gjøres etter straffeprosesslovens § 54. Dette er ikke et spørsmål det skal gås nærmere inn på i oppgaven.

Når Høyesterett og andre rettanvendere skal vurdere identitetsbegrepet etter P7-4 må vurderingen gjøres på bakgrunn av de retningslinjene EMD har satt. Zolotukhin-dommen har ført til at mye av den rettspraksis på P7-4 der identitetsvurderingen har stått sentralt ikke lenger er relevant fordi den rettslige identiteten har vært styrende for resultatet.<sup>140</sup>

### 3.6 Endelig avgjørelse

Vilkårene i P7-4 er som sagt kumulative. Selv om det dreier seg om en *straffeforfølgning* og det er det *samme forholdet* som blir forfulgt i begge sakene er dette ikke til hinder for avgjørelse eller forfølgelse i den andre saken hvis den første saken ikke har ført til en *endelig frifinnelse eller domfellelse*.

Spørsmålet er her hva som skal til for at en avgjørelse må sies å være endelig. En naturlig forståelse av ordlyden «finally» er at avgjørelsen ikke lenger kan rokkes ved. Utgangspunktet er at denne vurderingen må avgjøres etter rettskraftreglene i det nasjonale rettssystemet.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Rui, LoR (2009) s. 295

<sup>139</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 211

<sup>140</sup> Se bl.a Rudskriv, Riksadvokaten (2009); Holmboe og Jahre, LoR (2011); Rui (2009). Dette gjelder bl.a sakene i Rt 2006 s. 1409; Rt 2012 s. 1051

<sup>141</sup> Rt 2010 s. 1121 avsn. 46

Nasjonale domstoler har likevel ikke siste ordet i denne vurderingen da dette ville gitt landene for stor frihet til å definere grensene for konvensjonsvernet.<sup>142</sup>

P7-4 forbyr som nevnt ikke bare en gjentakelse av straffen, men også gjentatt straffeforfølgning. Krenkelse av artikkelen vil derfor etter ordlyden foreligge allerede når den andre forfølgningen starter hvis det foreligger endelig avgjørelse i den første saken.

Hvis avgjørelsen i den første saken er en straffesak er det ingen tvil om slutningen. Høyesterett uttaler i Rt 2010 s. 1121:

«Ordlyden i P 7-4 («finally acquitted or convicted») er utformet med sikte på at den sperrende avgjørelse er en straffedom som enten dømmer eller frifinner tiltalte. EMD har lagt til grunn at en avgjørelse er endelig («final») når den er rettskraftig, dvs. at det ikke foreligger ytterligere ordinære («ordinary») rettsmidler».

Når den første saken er en rettsavgjørelse vil dette i hovedsak si når ankefristen er utløpt eller når siste ordinære instans har sagt sitt i henhold til nasjonal rett.<sup>143</sup> Spørsmålet i det videre blir hvordan dette stiller seg når avgjørelsen i den første saken er en administrativ avgjørelse.

Høyesterett uttaler videre i Rt 2010 s. 1121:

«Når den sperrende avgjørelsen er et forvaltningsvedtak, gir verken ordlyden, forarbeidene til protokollen eller konvensjonspraksis klar veiledning».

Det kan oppstilles to tolkningsalternativer for når en administrativ avgjørelse må anses endelig. Det ene innebærer at avgjørelsen er endelig når klageadgangen er uttømt og det andre tolkningsalternativet innebærer at fristen for søksmålsadgang må være utløpt. Høyesterett uttaler i den ovennevnte dommen som omhandler når et skattevedtak må sies å være endelig at den beste løsningen er å la klagefristen være avgjørende og at det er ved utløpet av denne fristen at den ordinære administrative behandlingen er avsluttet. Hvis søksmålsfristen skulle

---

<sup>142</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 199

<sup>143</sup> Aall (2011) s. 466



være avgjørende ville det foreligge klarhet først etter seks måneder og dersom søksmål ble reist innen denne fristen ville det ikke foreligge endelig avgjørelse før det forelå rettskraftig dom. Høyesterett mener at denne tidsperioden er uheldig og sier videre at det vil gi de klareste retningslinjer om den forvaltningsmessige klagefristen er avgjørende.<sup>144</sup> Aall støtter dette synspunktet. Belastningshensynet bak P7-4 taler også for at etterforskningen skal oppnå endelig avgjørelse så fort som mulig. Jeg er etter dette kommet til at klagefristen må være avgjørende.<sup>145</sup>

## 3.7 Parallellforfølgning

### 3.7.1 Innledning

Som det fremgår over taler ordlyden «finally» og «tried or punished again» i P7-4 for at det må være tatt en endelig avgjørelse for at forbudet skal sperre for senere straffeforfølgning. I dette ligger også at så lenge det ikke er tatt en endelig avgjørelse foreligger det heller ingen gjentakelse av straffeforfølgningen. Det vil si at samtidig eller parallell behandling av to forhold er tillatt. Spørsmålet i det videre er om parallellforfølgning *også* kan være tillatt når det foreligger endelig avgjørelse i en sak, selv om ordlyden i artikkelen taler mot en slik forståelse.

Adgangen til parallellforfølgning er særlig praktisk der et forvaltningsorgan og påtalemyndigheten skal håndheve regler som retter seg mot ulike sider av lovbruddet, men at en samordning av forfølgningene ikke er naturlig.<sup>146</sup>

#### 3.7.1.1 Har det noe å si at den nye forfølgningen *startet før* den sperrende avgjørelsen ble endelig?

Rui skriver i sin bok at fordi ordlyden forbyr at siktede blir *forfulgt igjen* virker det mest naturlig å lese artikkelen slik at den første forfølgningen må være avsluttet før den andre påbegynnes for at P7-4 skal være krenket. Altså at parallellforfølgning er tillatt så lenge en av for-

---

<sup>144</sup> Rt 2010 s. 1121 avsn. 47

<sup>145</sup> Aall (2011) s. 466

<sup>146</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 199

følgningene startet før den andre kom til endelig avgjørelse.<sup>147</sup> Aall sier derimot at ordlyden er «temmelig» klar og at dette levner lite rom for å «sondre» etter om den nye forfølgningen er påbegynt før den første kom til endelig avgjørelse.<sup>148</sup>

EMDs avgjørelse Sailer mot Østerrikt<sup>149</sup> kan legges til grunn for sistnevnte forfatters synspunkt. Her ble det konstatert brudd på artikkelen selv om den ene av sakene ble påbegynt før det forelå endelig avgjørelse i den andre saken. I Rt 2002 s. 557 uttales det også at det ikke er grunnlag for å forstå det slik at det er avgjørende om den saken som skal fortsette startet før det forelå endelig avgjørelse i den andre saken, noe som følges opp i senere rettspraksis fra Høyesterett.<sup>150</sup>

Det er etter dette klart at man ikke kan gå klar av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning ved å vise til at den første forfølgningen startet før den sperrende avgjørelsen ble endelig.

### 3.7.1.2 Har det noe å si at det blir *truffet avgjørelse* i første instans i den saken som skal fortsette, før det forelå endelig avgjørelse i den sperrende saken?

I EMDs avvisningsavgjørelse R.T. mot Sveits fra 2000<sup>151</sup> mente EMD at artikkelen ikke var krenket og avviste saken. Her var det fattet vedtak i første instans i den nye forfølgningen før det forelå endelig avgjørelse i den sperrende saken.

Med bakgrunn i denne avgjørelsen sier Rui at det kan anføres at dersom det er truffet avgjørelse i første instans i den nye forfølgningen før den sperrende avgjørelsen er endelig tilsier dette lovlig parallellforfølgning, men han sier også at det motsatte ikke kan legges til grunn; at det ikke er tillatt med parallellforfølgning dersom det ikke er truffet avgjørelse i første instans i den saken som skal fortsette.<sup>152</sup> Skoghøy skriver i en artikkel fra 2003 at det foreligger lovlig parallellforfølgning i de tilfellene det er truffet vedtak om sanksjon i første instans før den

---

<sup>147</sup> Rui (2009) s. 294

<sup>148</sup> Aall (2009) s. 417

<sup>149</sup> Sailer v. Austria (1997)

<sup>150</sup> Rt 2002 s. 557 s. 572 pkt 9; Rt 2006 s 1498 avsn. 98; Rt 2010 s. 1121 avsn. 51

<sup>151</sup> R.T v. Switzerland (2000)

<sup>152</sup> Rui (2009) s. 297

sperrende avgjørelsen kommer til endelig avgjørelse.<sup>153</sup> Både Rui og Aall legger til grunn at det ikke skal legges mer i avgjørelsen enn at parallellforfølgning i visse tilfeller kan tillates.<sup>154</sup>

I Rt 2006 s. 1498 som gjaldt forholdet mellom tilbaketrekking av utenlandske fiskeres fiske-tillatelse og forelegg om inndragning av ulovlig fangst for det samme forholdet legger Høyesterett til grunn EMDs praksis i to avvsningsavgjørelser og kommer til at det er en viss adgang til å ilegge ulike sanksjoner i forskjellige prosesser.<sup>155</sup> For det første legger Høyesterett til grunn at EMDs avgjørelse R.T. mot Sveits ikke kan tas til inntekt for å legge til grunn at det foreligger en avgjørelse i den saken som skal fortsette før den andre saken er endelig. Videre viser Høyesterett til EMDs avgjørelse Nilsson mot Sverige fra 2005.<sup>156</sup> Førstvoterende uttaler:

«Etter min mening gir - som jeg tidligere har redegjort for - EMDs praksis ikke grunnlag for å oppstille som vilkår for fortsatt forfølgning at det er truffet avgjørelse i første instans i den saken som skal fortsette, før avgjørelsen i den andre saken ble rettskraftig.»<sup>157</sup>

Det sies videre i dommen:

«Med den nære saklige og tidsmessige sammenheng det i dette tilfellet var mellom tilbakekallet av tillatelsen og inndragningssaken, er jeg etter dette kommet til - for å anvende EMDs uttrykk - at det var «sufficiently close connection» mellom ileggelsen av de to sanksjonene «in substance and in time». Jeg innser at dette er et skjønnsmessig vilkår som kan reise avgrensingsproblemer, men det er nå en gang dette vilkåret EMD har oppstilt.»<sup>158</sup>

---

<sup>153</sup> Skoghøy (2003) s. 26

<sup>154</sup> Aall (2011); Rui (2009) s. 297

<sup>155</sup> Rt 2006 s. 1498

<sup>156</sup> Rt 2006 s. 1498 avsn. 97, 98 og 100

<sup>157</sup> Rt 2006 s. 1498 avsn. 102; Dette er Høyesteretts tolkning av EMDs avgjørelse R.T. v. Switzerland (2000)

<sup>158</sup> Rt 2006 s. 1498 avsn. 103; Høyesteretts avsnitt bygger på EMDs avgjørelse Nilsson v. Sweden (2005), B. The Court's assessment, nest siste avsnitt i avgjørelsen

Det synspunkt Høyesterett inntar i dommen det er referert fra over legges også til grunn i Rt 2010 s. 1121 og Rt 2012 s. 1051.<sup>159</sup> Det vil si at for at parallellforfølgningen skal være lovlig kan det ikke stilles krav til at det foreligger en avgjørelse i den saken som skal fortsette før det foreligger endelig avgjørelse i den sperrende avgjørelsen. Det avgjørende er om det foreligger saklig og tidsmessig sammenheng mellom de to forfølgningene.

### 3.7.1.3 Krav til saklig og tidsmessig sammenheng «close in substance an in time»

Det neste spørsmålet er hva EMD og Høyesterett legger i vurderingstemaet; *saklig og tidsmessig sammenheng*. Hvor nære må to forfølgninger ligge hverandre for at det foreligger lovlig parallellforfølgning? Det skal videre ses på to avgjørelser fra Høyesterett hvor vurderingstemaet er benyttet.

### 3.7.1.4 Rt 2010 s. 1121

Saken gjaldt spørsmålet om ileggelse av ordinær tilleggsskatt og strafferettslig forfølgning for det samme forholdet stred mot forbudet i P7-4. Høyesterett konstaterte at ordinær tilleggsskatt fremdeles måtte anses som straff etter EMK og at det faktiske grunnlaget (faktisk identitet) var det samme. A ble siktet 14. desember 2007, mens varselet om endring av ligningen ble sendt 26. august 2008. Sakene om tilleggsskatt og straffesaken ble behandlet parallelt frem til vedtak i ligningssaken ble fattet 24. november 2008 og dom i straffesaken falt 2. mars 2009. (litt over tre måneder senere) Grunnlaget for ligningssaken var manglende oppføring av inntekt i selvangivelsen og grunnlaget for straffesaken var at han forsettlig eller uaktsomt hadde unnlatt eller gitt ligningsmyndighetene ufullstendige opplysninger etter ligningsloven. Det var det samme beløpet som lå til grunn for begge sakene.

Høyesterett kom til at det i denne saken ikke var tvil om at det forelå saklig og tidsmessig sammenheng mellom ligningsvedtaket og straffesaken. Høyesterett begrunner dette med at begge sakene har sitt grunnlag i samme faktiske forhold og at den forvaltningsrettslige ligningssaken «i sjelden grad var sammenvevet».<sup>160</sup>

---

<sup>159</sup> Rt 2010 s. 1121 avsn. 52; Rt 1012 s. 1051 avsn. 53

<sup>160</sup> Rt 2010 s. 1121 avsn. 54

I denne dommen fremhever også Høyesterett hensynene som ligger bak P7-4. Det sies at belastningshensyn gjør seg gjeldende i mindre grad og at A heller ikke hadde noen beskyttelsesverdig forventning om å bli gjenstand for kun en forfølgning. Dette taler mot at bestemmelsen er krenket og i en slik situasjon, sier Høyesterett, må hensynet til effektiv forfølgning tillegges stor vekt.

### 3.7.1.5 Rt. 2012 s. 1051

Saken gjaldt spørsmålet om tvangsplassering på institusjon etter barnevernloven stengte for straffeforfølgning for de samme forholdene. Straffesaken og barnevernssaken hadde vært behandlet parallelt. I perioden januar til april 2010 bodde A frivillig på et ungdomshjem. Han begikk høsten 2010 kriminelle handlinger og rømte fra ungdomshjemmet. Deretter ble det truffet vedtak om tvangsplassering den 14. oktober 2010. A rømte på nytt og begikk nye kriminelle handlinger inntil det ble fattet nytt vedtak om tvangsplassering på et annet ungdomshjem den 17. desember 2010. I samme periode behandlet politiet As kriminalitet. Den 19. august 2011 (i underkant av et år senere) ble det tatt ut siktelse mot ham for tre forhold begått 17. juni og 7. juli 2010. Han hadde i løpet av høsten 2011 vært pågrepet og fremstilt for avhør hos politiet. Ny siktelse ble tatt ut 11. februar 2011 og tiltalebeslutning utferdiget 16. februar 2011. Begge sakene har grunnlag i de samme faktiske forhold; As kriminelle adferd.<sup>161</sup>

Når det gjelder kravet til saklig og tidsmessig nærhet viser Høyesterett til Rt 2006 s. 1498 og Rt 2010 s. 1121<sup>162</sup> og kommer til at det i den konkrete saken foreligger lovlig parallellbehandling.

Høyesterett uttaler seg videre om behovet for delt kompetanse:

«Politiets primære oppgave er kriminalitetsbekjempelse. Riktignok må også politiet ha barnets beste for øye når de håndterer saker som berører barn» (...) «men politiets primæroppgave står likevel i kontrast til barnevernets primæroppgave som er å ivareta barnet og gi det nødvendig hjelp og omsorg og trygge oppvekstvilkår» (...) «Det er vanskelig å se for seg at disse to til dels motstridende hensynene kan ivaretas på en

---

<sup>161</sup> Rt 2012 s. 1051 avsn. 56

<sup>162</sup> Rt 2012 s. 1051 avsn. 52

fullgod måte i én prosess under ett myndighetsorgan. Etter min mening bør det være rom for delt kompetanse og dermed adgang til parallellforfølgning i en sak som den foreliggende, forutsatt at det er tilstrekkelig saklig og tidsmessig sammenheng mellom prosessene.»

Behovet for delt kompetanse legges også til grunn i Rt 2006 s. 1498.<sup>163</sup>

Dette viser at Høyesterett under forutsetning av at sakene har saklig og tidsmessig sammenheng også vil legge vekt på at *behovet for delt kompetanse* kan gjøre at parallellbehandling er nødvendig.

### **3.7.2 Sammenfatning og vurdering**

Som det fremkommer over fastsetter EMD i avvisningsavgjørelsene R.T. mot Sveits og Nils-son mot Sverige at det ikke er et vilkår, verken at den avgjørelsen som skal fortsette er påbegynt før det foreligger endelig avgjørelse i den andre saken eller at det er fattet vedtak i denne saken. Det avgjørende er om sakene har saklig og tidsmessig sammenheng. Jeg kan ikke finne at det er andre avgjørelser fra EMD som utvikler eller utdyper vurderingstemaet «close in substance and in time». Høyesterett følger dette opp i de nevnte dommene, men utvikler etter min mening i noen grad vurderingstemaet i de tilfellene det foreligger saklig og tidsmessig sammenheng ved å legge vekt behovet for delt kompetanse der det foreligger ulike formål med forfølgningene.

## **4 Forholdet mellom refselse etter disiplinærloven og vilkårene i P7-4**

### **4.1 Innledning**

I denne delen av oppgaven vil jeg vurdere hvordan den disiplinære refselsen stiller seg i forhold til P7-4 ut fra de slutningene som er trukket om de ulike vilkårene tidligere i oppgaven.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Se over om uttalelsene Rt 2006 s. 1498; Rt 2012 s.1323 avsn. 53

<sup>164</sup> Se pkt. 3

Som nevnt innledningsvis har spørsmålet om disiplinære sanksjoner i Forsvaret vil sperre for senere straffeforfølgning ikke vært forelagt norske domstoler. Svaret på problemstillingen må derfor søkes i en vurdering av EMDs rettspraksis på dette området og i Høyesteretts avgjørelser som har relevante likhetstrekk til oppgavens problemstilling. Videre kan uttalelser fra Riksadvokaten gi en viss veiledning i hva som må anses som gjeldende rett.

## **4.2 Må refselse etter disiplinærloven karakteriseres som straff slik straffebegrepet må forstås i P7-4?**

### **4.2.1 Innledning**

Tidligere i oppgaven ble det konkludert med at straffebegrepet i P7-4 må vurderes på bakgrunn av Engel-kriteriene.<sup>165</sup> Vurderingen av om refselse må karakteriseres som straff etter artikkelen må derfor gjøres på bakgrunn av den *nasjonale klassifisering, normens formål og karakter og sanksjonens innhold og alvor*.

### **4.2.2 Den nasjonale klassifiseringen og normens formål og karakter**

Refselse etter disiplinærloven er som nevnt ikke karakterisert som straff. Normens karakter har et delvis pønalt formål fordi refselsen skal virke avskrekkende (allmenn- og individualpreventivt) og avstraffende. Hovedformålet er likevel å opprettholde disiplin for å virke effektivt. De handlingene disiplinærloven gir hjemmel til å ilegge refselse for er i hovedsak beskrevet i militær straffelov og noen av dem med henvisninger til alminnelig straffelov. Dette gir normene et preg av å være strafferettslige.

#### **4.2.2.1 Skyldkrav**

Det fremkommer av disiplinærloven § 2 at skyldkravet er forsett og uaktsomhet. Etter borgerlig straffelov er hovedregelen at skyldkravet er forsett. Uaktsomhet som skyldkrav etter disiplinærloven har sin forklaring i at prosessene skal virke effektivt og at refselse ikke er et like inngripende sanksjonsmiddel som straff etter straffeprosessloven. At det stilles krav om

---

<sup>165</sup> Se pkt. 3.4

skyld for overtredelse av disiplinærloven vil likevel tale for at normen har en strafferettslig karakter, men dette er som sagt ikke avgjørende i en totalvurdering.<sup>166</sup>

#### 4.2.2.2 Normens nedslagsfelt

Spørsmålet er om de bestemmelsene som det ilegges refselse i medhold av rammer en gruppe mennesker som gjør at den får et strafferettslig preg. Hvis normen har karakter av å ramme de fleste eller alle borgere i et samfunn er dette som nevnt en presumsjon for at normen er strafferettslig.

En del disiplinærreaksjoner ilegges for forhold som vil være av ordensmessig og ikke strafferettslig karakter. Dette er forhold som kun rammes av disiplinærloven.<sup>167</sup> For eksempel brudd på Forsvarets Rusmiddeldirektiv etter disiplinærlovens § 1 første ledd. Eller det kan være handlinger som anses å bryte med «militær skikk og orden» slik det følger av § 1 andre ledd i disiplinærloven.<sup>168</sup>

Oftest ilegges imidlertid refselse for forhold som også er straffbare. Likevel kan det hende at disse forholdene ikke har karakter av å være anvendelig for andre enn de som rammes av disiplinærloven. Det kan for eksempel være en soldat som kommer for sent tilbake fra permisjon<sup>169</sup> eller sovner på fyringsvakt.<sup>170</sup> Disse handlingene er straffbare etter militær straffelov, men normens nedslagsfelt er begrenset.

Det kan ilegges refselse på samme måte som over, men for forhold som også vil være straffbare for borgere utenfor Forsvaret.<sup>171</sup> Dette vil si alle borgerlige straffbare forhold, men som blir begått av militært personell på militært område.<sup>172</sup> For eksempel legemskrenkelser eller vinningsforbrytelser.

---

<sup>166</sup> Aall (2011) s. 376

<sup>167</sup> Disiplinærloven § 1 første og andre ledd

<sup>168</sup> Straffeloven kap. 23

<sup>169</sup> Militær straffelov § 34

<sup>170</sup> Militær straffelov § 71

<sup>171</sup> Aall (2011) s. 377

<sup>172</sup> Se pkt. 2.2; disiplinærloven § 1 tredje ledd



Det er med andre ord refselse ilagt som beskrevet i de to siste kategoriene som kan tenkes å sperre for senere straffeforfølgning hvis de må karakteriseres som straff etter Engel-kriteriene. Det vil si at normen både kan ha et snevert og ett vidt nedslagsfelt avhenge av hvilken handlingsnorm som brytes. Etter min mening må dette momentet tale for at normen hovedsakelig har en strafferettslig karakter da det vil være svært upraktisk å la noen handlinger falle utenfor straffebegrepet på bakgrunn av at de kun rammer militært personell.

Som nevnt flere ganger før er Engel-kriteriene ikke kumulative, men heller ikke alternative da ingen av dem trenger å være oppfylt hvis en totalvurdering fører til at refselse er å anse som straff etter konvensjonen.

### **4.2.3 Sanksjonens innhold og alvor**

Det er særlig karakteren av og alvorret i den sanksjonen som ilegges som kan tilsi at en disiplinærreaksjon må anses som straff selv om den ikke ville være det etter de to første Engel-kriteriene. Som det fremgår over er det den reaksjonen som risikeres, det vil si strafferammen, som må legges til grunn.<sup>173</sup> Derfor vil det alltid være den mest inngripende sanksjonen som risikeres som må vurderes. For handlinger som det er snakk om å straffeforfølge etter at de har vært gjenstand for refselse, vil risikoen for å bli ilagt de to strengeste refselsesmidlene; frihetsinnskrenkning og arrest være reell.<sup>174</sup>

#### **4.2.3.1 Irettesettelse og bot**

Irettesettelse og bot er de minst alvorlige og inngripende refselsesmidlene. EMD har ansett mer inngripende sanksjoner for ikke å være straff etter P7-4.<sup>175</sup>

I Rt 2002 s. 509 som gjaldt disiplinærreaksjoner i fengselet uttaler Høyesterett: «etter EMDs praksis anses disiplinærreaksjoner ikke som straff med mindre det er tale om særs tyngjande reaksjoner – i praksis fengselsstraff.» Dette er fulgt opp i senere praksis fra Høyesterett.<sup>176</sup> Det må etter dette anses som rimelig sikkert at både simpel irettesettelse, streng irettesettelse

---

<sup>173</sup> Se pkt. 3.4.5.3

<sup>174</sup> Generaladvokaten (2014)

<sup>175</sup> Se pkt. 4.2.2.3 og 4.2.2.4

<sup>176</sup> Rt 2003 s. 1100 med henvisning til Rt 2002 s. 509

og bøter ikke kan karakteriseres som straff etter konvensjonen og må gå klar av forbudet i P7-4. Fordi det er strafferammen som legges til grunn kan irettesettelse og bot likevel ikke ilegges med mindre frihetsinnskrenkning og arrest heller ikke må karakteriseres som straff etter konvensjonen.

#### 4.2.3.2 Frihetsinnskrenkning

Frihetsinnskrenkning skal være en mildere reaksjon enn arrest og må ikke fastsettes slik at forskjellen blir for liten. Disiplinærloven § 5 første ledd nr. 3 lyder:

*«Frihetsinnskrenkning som består i forbud mot til visse tider av dagen eller hele døgn:*

- a) *å gå utenfor leiren eller annet nærmere avgrenset område eller fartøy for et tidsrom inntil 30 dager».*

Når det gjelder personell som tjenestegjør på fartøy er ordlyden klar og må forstås slik at frihetsinnskrenkningen ikke kan avgrenses til et mindre område enn fartøyet. Av bestemmelsen fremkommer det at frihetsinnskrenkning på land kan være mindre enn leirområde, jf. ordlyden: «annet nærmere avgrenset område». Det er Generaladvokatens oppfatning at det er svært lite praktisk at frihetsinnskrenkningen fastsettes til et mindre område enn leiren og dette legges her til grunn.<sup>177</sup> Frihetsinnskrenkningen kan dermed ikke begrenses til et mindre område enn leiren.

Det er naturlig å anta at vedkommende som er ilagt frihetsinnskrenkning skal følge den daglige tjenesten da dette er pålagt ved arrest, som er et strengere og mer inngripende refselsesmiddel.<sup>178</sup>

Som nevnt sier Høyesterett i Rt 2002 s. 509 at sanksjonen «i praksis» må bestå i frihetsberøvelse. Det neste spørsmålet blir derfor om frihetsinnskrenkning basert på at denne er begrenset til å gjelde leirområdet med uttak til daglig tjeneste i «praksis» innebærer frihetsinnskrenkning eller frihetsberøvelse.

---

<sup>177</sup> Generaladvokaten (2014)

<sup>178</sup> Se pkt. 2.3 om refselsesmidlene

Norske domstoler har som nevnt ikke tatt stilling til hvordan refselsen stiller seg i forhold til straffebegrepet i EMK, men de har tatt stilling til P7-4 og forholdet til disiplinærreaksjoner i fengselet. Disiplinærreaksjoner i fengsel og i det militære har likhetstrekk.<sup>179</sup> Spørsmålet i Rt 2003 s. 1100 var om en disiplinærreaksjon i medhold av straffegjennomføringsloven § 40 for besittelse og bruk av hasj på cellen som gikk ut på halvering av den innsattes dagpenger i ti dager og senere straffeforfølgning for samme forhold, medførte brudd på P7-4. Høyesterett kom til at disiplinærreaksjonen ikke var straff etter P7-4. Etter straffegjennomføringsloven § 40 d) kan vedkommende utelukkes fra fritidsfellesskap eller andre aktiviteter på fritiden for brudd på ro, orden og disiplin i fengselet.

Spørsmålet er her om avgjørelsen er relevant for spørsmålet om frihetsinnskrenkning etter disiplinærloven må anses som straff og i så fall hvilken vekt den får.

Utelukkelse fra fritidsfellesskapet etter bokstav d) innebærer at innsatte blir utelukket fra fellesskap på fritiden. Det vil si at den innsatte fortsatt kan ha fellesskap i forbindelse med deltakelse i arbeid, skole og lignende. Det samme vil gjelde for frihetsinnskrenkning etter disiplinærloven. Vedkommende må her også tas ut til tjeneste og frihetsinnskrenkningen vil på samme måte måtte begrenses til å gjelde på fritiden. Det at vedkommende heller ikke kan nektes adgang til velferdsarrangementer gjør den også mildere i sin form.

Selv om de to situasjonene skiller seg fordi den innsatte allerede er ilagt en frihetsberøvelse ved at vedkommende sitter i fengsel, vil jeg anta at likhetstrekkene som her er skissert er relevante. Min mening er at Høyesterett ville tillegge vekt; det faktum at frihetsinnskrenkning etter § 40 i straffegjennomføringsloven ikke er karakterisert som straff hvis spørsmålet skulle komme opp for norske domstoler.

Etter min mening må det på bakgrunn av dette kunne fastslås at frihetsinnskrenkning etter disiplinærloven ikke kan anses som straff etter P7-4.

---

<sup>179</sup> Rt 2003 s. 1100 avsn. 51

#### 4.2.3.3 Arrest

EMD har behandlet noen saker om hvordan disiplinære sanksjoner skal bedømmes i forhold til straffebegrepet i EMK. De viktigste sakene som tar opp disiplinære reaksjoner i militæret er som kjent fra tidligere i oppgaven; Engel-saken fra 1976 og Zolotukhin-dommen fra 2009. I Engel-saken vurderes straffebegrepet i artikkel 6 og i Zolotukhin-dommen vurderes P7-4.

##### 4.2.3.3.1 Engel-saken

Det var i denne saken spørsmål om ulike former for militær refselse for overtredelser av disiplinære bestemmelser i det nederlandske militæret skulle anses som straff. EMD konstaterte at de overtrådte bestemmelsene var av disiplinær karakter.<sup>180</sup> Ved vurdering av *sanksjonens innhold og alvor* så domstolen hen til strafferammen; «maximum penalty», og vurderte straffen for tre av klagerne å falle innenfor straffebegrepet. Disse risikerte fra tre til fire måneder «deprivation of liberty». De skulle sone på en egen militær enhet med bevegelsesrestriksjoner og konstant oppsyn. EMD la ikke vekt på at en av dem kun ble idømt 12 dager arrest. Det var straffen de risikerte som var avgjørende.<sup>181</sup> For to av klagerne ble derimot den administrative sanksjonen ikke ansett som straff. Den ene av dem risikerte 21 dager «light arrest» som besto i at han skulle tas ut til daglig tjeneste. Den andre av dem risikerte 14 dager «strict arrest» som innebar innesperring i arrestlokale døgnet rundt.<sup>182</sup>

I medhold av disiplinærloven § 5 risikeres 20 dager arrest. Denne sanksjonen har størst likhetstrekk med «light arrest» fordi vedkommende etter disiplinærloven tas ut til daglig tjeneste. Innesperring i arrestlokale døgnet rundt, det vil si «strict arrest» er det etter disiplinærloven ikke adgang til å ilegge.

Hvis det likevel kunne trekkes den slutningen at 21 dagers «light arrest» som den ene soldaten risikerte etter nederlandsk disiplinærrett var like inngripende som 20 dagers arrest etter disiplinærloven, ville dette tale mot å anse arrest som straff. Det forhold at det nederlandske og det norske disiplinærssystemet ikke er like og at Engel-saken er nesten 40 år gammel (1976),

---

<sup>180</sup> Engel-saken (1976) para. 80

<sup>181</sup> Engel-saken (1976) para. 85

<sup>182</sup> Engel-saken (1976) para. 16

svekker avgjørelsens vekt. Det kan kort bemerkes at avgjørelsens betydning forutsetter et konvensjonskonformt straffebegrep fordi den dreier seg om artikkel 6.

#### 4.2.3.3.2 Zolotukhin-dommen

Den russiske soldaten Zolotukhin ble ilagt en administrativ sanksjon på tre dager «administrative detention» i medhold av Code of Administrative Offences art. 158 (minor disorderly acts) for den første episoden hvor han blant annet skjelte ut tjenestemennene.<sup>183</sup> Strafferammen for brudd på denne bestemmelsen var 15 dagers «administrative detention.» EMD legger som kjent strafferammen til grunn og spørsmålet er om 15 dagers «administrative detention» har relevante likhetstrekk i forhold til 20 dagers arrest etter disiplinærloven § 5.<sup>184</sup>

EMD kommer i denne saken på bakgrunn av Engel-kriteriene til at den sanksjonen Zolotukhin ble ilagt innebar «straff» i konvensjonens forstand. EMD tillegger ikke betydning at russisk stat ikke har *karakterisert sanksjonen som straff*.<sup>185</sup> Domstolen konstaterer videre at selv om den administrative bestemmelsen kun rammer en *konkret gruppe mennesker* og er beskrevet som «minor disorderly acts» ekskluderer ikke dette at det kan dreie seg om straff etter P7-4.<sup>186</sup> EMD avslutter med å vurdere *sanksjonens innhold og alvor*. EMD sier at der sanksjonen kan innebære en frihetsberøvelse er dette en presumsjon for at sanksjonen er straff i konvensjonens forstand, og kan bare unntaksvis gå klar av straffebegrepet hvis sanksjonen ikke har en alvorlig natur. EMD fant ikke at slike unntak forelå og konstaterte at *handlingens natur* og *sanksjonens alvor* måtte føre til at 15 dagers «administrative detention» helt klart innebar straff i P7-4s forstand. Denne dommen taler for at refselse er å anse som straff etter konvensjonen.

#### 4.2.3.3.3 Siemens-saken

Et befal i Forsvaret ble i mars 2003 ilagt en bot på 6000 kroner for brudd på militær straffelov § 64, jf. disiplinærlovens § 5 for å ha mottatt diverse gaver fra en leverandør av Forsvaret (Siemens) i anledning tjenesten. Forholdet ble anmeldt etter korrupsjonsbestemmelsen i straffelovens § 276 a), men henlagt av Økokrim på grunn av forholdet til P7-4. Henleggelsen ble

---

<sup>183</sup> Se pkt. 3.4.5 om saksforholdet i Zolotukhin; Zolotukhin-dommen para. 19

<sup>184</sup> Se pkt. 3.4.5.3 om forholdet mellom strafferammen og den reelle straffen

<sup>185</sup> Zolotukhin-dommen (2009) para. 54

<sup>186</sup> Zolotukhin-dommen (2009) para. 55

påklaget av Forsvarsdepartementet. Riksadvokaten opprettholdt henleggelsen i vedtak av 11. juni 2010. Riksadvokaten sluttet seg til Økonkrims avgjørelse om at sanksjonen var å anse som «criminal charge» i EMKs forstand.<sup>187</sup> Av dette synes det klart at Riksadvokatens syn er at refselse må karakteriseres som straff i P7-4s forstand. (Siden det er strafferammen som legges til grunn er det uten betydning at det var bot og ikke arrest som ble ilagt i den konkrete saken).

#### **4.2.4 Sammenfatning og vurdering**

Etter en vurdering av de to dommene fra EMD er det klart at Zolotukhin-dommen får størst vekt. Også Riksadvokatens syn i Siemens-saken er av rettskildemessig betydning. Jeg forstår også Rui slik at han mener at refselse etter disiplinærloven må falle inn under straffebegrepet i konvensjonen.<sup>188</sup>

Etter dette må refselse etter disiplinærloven anses å være *straff* i P7-4s forstand.

### **4.3 Når er den refsbare og den straffbare handlingen *samme forhold* etter Zolotukhin-dommen?**

#### **4.3.1 Innledning**

Når det gjelder identitetsvurderingen, vil denne, i motsetning til straffebegrepet bli vurdert likt uavhengig av hva slags sanksjon det er snakk om. Når man vet hvilke vilkår som må være til stede for at noe må anses å være det *samme forholdet* vil disse kunne brukes på tilfeller som omhandler tilleggsskatt, tvangsplassering eller konkursskarantene så vel som refselse etter disiplinærloven. Spørsmålet her er hvilke konsekvenser Zolotukhin-dommen får for den disiplinære refselsen.

#### **4.3.2 Et eksempel til illustrasjon**

Som det fremgår over er det kun forholdets faktiske identitet som vurderes når det skal avgjøres om det dreier seg om samme forhold.<sup>189</sup> Et eksempel skal trekkes frem til illustrasjon:

---

<sup>187</sup> Brev fra Forsvarsdepartementet (brev av 30. august 2010)

<sup>188</sup> Rui, Jon Petter (samtale 2014)

<sup>189</sup> Se pkt. 3.5.3

En soldat nekter å ta imot ordre om å rette på antrekket sitt og kommer med en trussel overfor den overordnede. Han refses for denne handlingen etter militær straffelov § 39 for den som gjør seg skyldig i respektstridig oppførsel overfor en overordnet. Det viser seg av en eller annen grunn at det er ønskelig å sanksjonere dette strafferettslig. Han anmeldes og straffeforfølges i medhold av militær straffelovs § 43 for trusselen. Her er det den samme faktiske handling som blir forfulgt. Det at soldaten kommer med en trussel er grunnlaget både for refselsen og for straffesaken.

Hvis det i tillegg var krav om rettslig identitet ville dette etter min mening bli ansett som to forskjellige handlinger da § 43 retter seg mot selve trusselen og § 39 rammer respektstridig oppførsel generelt. Fordi handlingene i eksempelet, etter Zolotukhin-dommen må bedømmes som samme forhold vil P7-4 sperre for at det kan ilegges straff etter at det er ilagt refselse.

### **4.3.3 Sammenfatning og vurdering**

På bakgrunn av at identitetsvurderingen er lik uavhengig av sanksjon er det vanskelig og lite praktisk å lage en uttømmende liste over situasjoner der straffbare handlinger og handlinger som kan refses etter disiplinærloven vil bli bedømt som samme forhold. Dette vil være en konkret vurdering av de enkelte handlingene. *En* konklusjon vil det likevel være mulig å trekke; flere refsbare handlinger enn tidligere vil kunne føre til brudd på P7-4 fordi den rettslige karakteristikken ikke er relevant.

## **4.4 Når er et refselsesvedtak endelig?**

### **4.4.1 Endelig avgjørelse som går ut på at det ilegges refselse**

Som hovedregel er et av vilkårene for at en refselse skal kunne sperre for en senere straffesak at refselsen er endelig avgjort.<sup>190</sup> Spørsmålet er derfor når en refselse etter disiplinærloven må sies å være endelig. Utgangspunktet må være det samme for refselser som for forvaltningsav-

---

<sup>190</sup> Se pkt. 3.6 og 3.7 (Parallellforfølgning kan i visse tilfeller være tillatt selv om det foreligger endelig avgjørelse; vurderingstema er saklig og tidsmessig sammenheng)

gjørelser generelt. Refselsen er altså endelig når klageadgangen er uttømt, men det kan ikke være et krav at fristen for å ilegge søksmål er utløpt.<sup>191</sup>

#### 4.4.2 Endelig avgjørelse som går ut på at det ikke ilegges refselse

Ordlyden i P7-4 likestiller frifinnelse med domfellelse. Begge deler må føre til at artikkelen kommer til anvendelse. Formålet med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning; forutberegnelighet, belastning og effektiv konvensjonsbeskyttelse taler for at påtaleunntatelse, frafall av forfølgning og henleggelse av saken må komme i samme stilling som en frifinnelse.<sup>192</sup>

Når det gjelder ordinære straffesaker antas det i teorien at innstilling eller henleggelse (ordene brukes om hverandre i loven) av påtalemyndigheten innebærer endelig avgjørelse.<sup>193</sup> Det følger av straffeprosessloven § 73 andre ledd av vedkommende som har vært mistenkt eller siktet skal få beskjed om at saken innstilles. Da er det som hovedregel kun gjenåpning etter kapittel 27 som fører til at avgjørelsen ikke sperrer for senere forfølgning. Det følger av disiplinærloven § 20 fjerde ledd at den forfølgningen har rettet seg mot, skal underrettes om avgjørelsen selv om refselse ikke blir ilagt. Av bestemmelsens femte ledd følger det at hvis forholdet blir anmeldt til påtalemyndigheten, skal den forfølgningen har rettet seg mot gis underretning om dette.

Spørsmålet er her om en beslutning som går ut på at refselse *ikke ilegges* må sies å være en *endelig avgjørelse* på samme måte som en innstilling eller en henleggelse av saken vil være en endelig avgjørelse i en ordinær straffesak.

Hvis en forfølgning innstilles etter disiplinærloven § 20 fjerde ledd gjør hensynet til forutberegnelighet og belastning seg gjeldende på samme måte som etter straffeprosessloven. Vedkommende som har vært under etterforskning for en handling det kan ilegges refselse for, men som ender med innstilling, har grunn til å se seg ferdig med saken og det vil være en belastning for ham hvis avgjørelsen ikke skulle være å anse som endelig. Det samme vil gjelde hvis det av andre grunner er åpenbart at forholdet anses som avsluttet fra Forsvarets side. Det-

---

<sup>191</sup> Se pkt. 3.6

<sup>192</sup> Rui (2009) s. 256 flg; Skoghøy, LoR (2003) s. 19

<sup>193</sup> Rui (2009) s. 256 flg; Skoghøy, LoR (2003) s. 19



te må etter min mening innebære en endelig avgjørelse, og en gjentatt forfølgning hvis forholdet senere ble anmeldt og straffeforfulgt.<sup>194</sup>

I de tilfellene det er blitt gitt meddelelse i medhold av disiplinærloven § 20 femte ledd om at refselse ikke blir ilagt fordi saken sendes til påtalemyndigheten gjør ikke de samme hensyene seg gjeldende. Her har ikke den som har blitt forfulgt grunn til å se seg ferdig med forholdet. Det bærende hensyn bak P7-4; å slippe den belastningen det medfører å bli forfulgt på nytt gjør seg heller ikke gjeldende i samme grad. Det vil kunne hevdes at forfølgningen ikke på noen måte er avsluttet og at den belastningen som følger med straffeforfølgningen kun er en fortsettelse og ikke en større belastning enn det ville vært hvis anmeldelse ble unnlatt og forfølgningen fortsatte i det disiplinærrettslige sporet. Situasjonen må derfor i dette tilfellet bli en annen. Avgjørelsen kan ikke sies å være endelig. Snarere må situasjonen ses som en fortsettelse av forfølgningen.

Jeg er på bakgrunn av dette kommet til at en avgjørelse som går ut på at vedkommende får beskjed om at saken oversendes påtalemyndigheten *ikke* kan anses som en endelig avgjørelse. En avgjørelse hvor det blir gitt beskjed eller av andre grunner er åpenbart at saken er avsluttet, må derimot anses som endelig.<sup>195</sup>

#### **4.4.3 Det dukker opp nye bevis i saken etter at det foreligger endelig avgjørelse**

Av straffeprosessloven § 74 første ledd fremkommer det at en sak mot en siktet som har vært innstilt kan tas opp igjen hvis det foreligger nye bevis av vekt. Det vil si at henleggelsen brytes. Etter disiplinærloven § 22 tredje ledd kan en refselse skjerpes når opplysninger som senere kommer frem gjør det utvilsomt at forholdet er vesentlig grovere enn først antatt.

Spørsmålet er her om en refselse som er endelig avgjort kan bli gjenstand for senere straffeforfølgning fra påtalemyndigheten på grunn av nye bevis i saken, på samme måte som en straffesak mot en siktet kan det etter straffeprosesslovens regler.

---

<sup>194</sup> Generaladvokatens kontor (2014)

<sup>195</sup> Generaladvokaten deler dette synet (2014)

Et eksempel kan være at det i medhold av § 1 andre ledd i disiplinærloven (brudd på militær «skikk og orden») blir ilagt refselse ovenfor et mannlig befal fordi han har vist seksuell adferd ovenfor en kvinnelig vernepliktig. (Befal skal ikke gjøre seksuelle tilnærminger ovenfor vernepliktige). Avgjørelsen er endelig. Senere viser det seg at hendelsen var mer alvorlig enn først antatt. Fornærmede ønsker å anmelde befalet etter straffeloven § 201 b) for seksuell krenkende adferd mot en som ikke har samtykket. Hun mener befalingsmannen trengte seg på henne etter at hun hadde bedt ham slutte. Spørsmålet er om forholdet kan anmeldes og straffeforfølges.

Hvis refselsessaken anses som endelig avgjort og deretter anmeldelse og straffeforfølges ville dette etter ordlyden innebære en gjentatt forfølgning av det samme forholdet og krenkelse av P7-4. Vedkommende utsettes for ny straffeforfølging og belastningshensyn gjør seg gjeldende. I dette tilfellet gjør kanskje ikke hensynet til forutberegnelighet seg like gjeldende. Det kan stilles spørsmålsteget bak om vedkommende har en berettiget forventning om å se seg ferdig med forholdet.

Et hensyn som taler for å la unntaket om gjenåpning også gjelde når det er ilagt refselse i den første saken er at EMD har uttalt at de to forfølgningene er likestilt innad i konvensjonen. Det skulle tale for at begrepet «finally» må få samme betydning både når det gjelder refselsessaken og straffesaken.

Det kan ikke her gis noe klart svar på om det vil være adgang til en slik «gjenåpning» av refselsessaken fra påtalemyndigheten sin side. En løsning kan kanskje finnes i adgangen til parallellforfølgning hvis sakene har en slik saklig og tidsmessig nærhet som vist over.<sup>196</sup>

## **4.5 Parallellforfølgning av refsbare og straffbare handlinger**

### **4.5.1 Innledning**

Spørsmålet er i det følgende om og i hvilke situasjoner parallellforfølgning av refsbare og straffbare handlinger er tillatt. Med andre ord; vil det i enkelte situasjoner, der en refselse har

---

<sup>196</sup> Se pkt. 3.7 om parallellforfølgning

endt med endelig avgjørelse, likevel være adgang for påtalemyndigheten til å fortsette forfølgningen og ilegge en strafferettslig sanksjon?

#### 4.5.2 Saklig og tidsmessig sammenheng

Over ble det konkludert med at adgangen til parallellforfølgning ikke avhenger av om den nye forfølgningen startet før den sperrende avgjørelsen ble endelig. Det er heller ikke, som det fremgår over et vilkår at det blir truffet avgjørelse i første instans i den saken som skal fortsette før det foreligger endelig avgjørelse i den sperrende saken.<sup>197</sup> Parallellforfølgning kan i visse tilfeller være tillatt, men dette beror på om det er tilstrekkelig saklig og tidsmessig sammenheng mellom sakene. I vurderingen har Høyesterett lagt vekt på behovet for delt kompetanse fordi formålet med forfølgningene er forskjellige.

I de tilfellene det ikke er tatt endelig avgjørelse i refselsessaken vil parallellforfølgning i alle tilfeller være tillatt helt til det foreligger endelig avgjørelse.<sup>198</sup> Det er i de tilfellene hvor det er tatt endelig avgjørelse i refselsessaken at det må trekkes opp grenser for når de to forfølgningene har den saklige og tidsmessige sammenhengen som gjør at det foreligger lovlig parallellforfølgning.

Det skal benyttes et eksempel til illustrasjon: Under en stor øvelse er en soldat ansvarlig for en gruppe krigsfanger. Han utsetter krigsfangene for CS-gass og bryter derved Krigsfangekonvensjonens forbud mot tortur.<sup>199</sup> Soldaten blir refset for forholdet og informert om at forholdet blir anmeldt. Spørsmålet er om det er adgang til dette. Med andre ord; er det tilstrekkelig saklig og tidsmessig sammenheng?

Det er ingen tvil om at det foreligger en endelig avgjørelse. Vedkommende har fått beskjed om at forholdet vil bli anmeldt og hensynet til forutberegnelighet slår ikke til. I denne situasjonen er det begrenset hvor stor belastning etterforskningen av den disiplinære saken vil være fordi refselsen blir ilagt umiddelbart og deretter overført til påtalemyndigheten. På bakgrunn

---

<sup>197</sup> Se pkt. 4.4

<sup>198</sup> Se pkt. 4.3 om når det foreligger endelig avgjørelse

<sup>199</sup> Genève-konvensjonen om behandling av krigsfanger

av dette må det også sies å være nær tidsmessige sammenheng. Det er heller ikke i denne situasjonen tvil om at det er saklig sammenheng. Både refselsen og straffesaken er begrunnet i bruken av CS-gass mot krigsfangene.

Som det fremkom av avgjørelsene over har Høyesterett også ansett behovet for delt kompetanse som relevant når den har vurdert om det foreligger lovlig parallellforfølgning.<sup>200</sup> Under en øvelse, som i eksemplet over hvor det er flere tusen soldater som deltar gjør hensynet til disiplin seg særlig gjeldende. Det er viktig at øvelsen fortsetter og at noe slikt ikke skjer igjen. Øyeblikkelig refselse kan være nødvendig for å statuere et eksempel. Allmennpreventive hensyn gjør det også viktig å vise samfunnet generelt at alvorlige handlinger blir slått ned på, ikke bare innad i forsvaret, men også ved strafferettslige sanksjoner. Behovet for delt kompetanse må i eksemplet sies å gjøre seg gjeldende og jeg vil anta med bakgrunn i de Høyesterettsdommene nevnt tidligere i oppgaven, at eksemplet innebærer lovlig parallellforfølgning.

#### **4.5.3 Sammenfatning og vurdering**

Det lar seg ikke gjøre å komme med en uttømmende liste med eksempler på saker hvor parallellbehandling kan være tillatt. I grensetilfeller vil det alltid det være tvil, og det er en konkret vurdering i hver enkelt sak.

Utvidelsen av borgernes vern etter de to andre vilkårene; at det må dreie seg om straff og være snakk om det samme forholdet, kan gjøre at parallellforfølgning blir påberopt oftere enn før. Når statene tidligere kunne påberope seg at to lovbestemmelser ikke rettslig sett (rettslig karakteristikk under identitetsvurderingen) dekket det samme forhold var det ikke alltid naturlig å ta opp spørsmålet om parallellforfølgning i tillegg.<sup>201</sup> Da det er de vide vurderingstemaene etter Engel-kriteriene som legges til grunn vil jeg i flere saker tro at det i større grad, enn om man skulle legge tilleggskriteriene etter Nilsson, Mjelde og Storbråten til grunn, er aktuelt å påberope seg parallellbehandling.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Se pkt. 3.7.1.4 og 3.7.1.5

<sup>201</sup> Holmboe og Jahre, LoR (2011) s. 199

<sup>202</sup> Se pkt. 3.4.5 om endring i EMKs straffebegrep

På bakgrunn av det som fremkommer av Høyesteretts avgjørelser over vil jeg anta at det i en del situasjoner hvor sakene er knyttet tett opp til hverandre (saklig og tidmessig nærhet) vil være adgang til å anmelde og straffeforfølge en handling etter at det foreligger endelig avgjørelse i refselsessaken.

## 5 Avslutning

### 5.1.1 Konklusjon

Oppgavens problemstilling gikk ut på å finne ut om refselse etter disiplinærloven vil sperre for senere straffeforfølgning fra påtalemyndigheten sin side og i hvilke situasjoner. Avslutningsvis vil de vurderinger og konklusjoner som er gjort i del fire (Forholdet mellom refselse etter disiplinærloven og P7-4) brukes til å forsøke å sammenfatte hva som er resultatet av problemstillingen.

Følgende konklusjoner er i korte trekk trukket i oppgaven: Refselse som disiplinær reaksjon etter § 5 i disiplinærloven må anses som *straff* i P7-4s forstand fordi arrest må karakteriseres som straff og det er strafferammen som må legges til grunn.<sup>203</sup>

Zolotukhin-dommen endret *identitetsvurderingen* fra å gjelde både rettslig og faktisk identitet til å kun gjelde faktisk identitet. Dette kan i flere situasjoner få betydning for den disiplinære refselsen fordi flere handlinger vil bli ansett å være *samme forhold* og vil i større grad sperre for senere straffeforfølgning fra påtalemyndigheten.<sup>204</sup>

En avgjørelse som går ut på at vedkommende får beskjed om at saken oversendes påtalemyndigheten kan *ikke* anses som en endelig avgjørelse. En avgjørelse hvor det blir gitt beskjed eller av andre grunner er åpenbart at saken er avsluttet, må derimot anses som endelig.<sup>205</sup> Hvis det dukker opp nye bevis i en sak der en refselse er endelig avgjort og det på grunn av dette er ønskelig å straffeforfølge forholdet, må løsningen søkes i adgangen til parallellforfølgning.

---

<sup>203</sup> Se pkt. 4.2

<sup>204</sup> Se pkt. 4.3

<sup>205</sup> Generaladvokaten deler dette synet (2014)

Som det fremgikk videre av oppgaven vil adgangen til *parallellforfølgning* kunne være tillatt selv om refselsesvedtaket er endelig. Dette betyr at påtalemyndigheten i noen situasjoner vil kunne forfølge en handling som det er ilagt refselse for hvis det foreligger tilstrekkelig saklig- og tidsmessig sammenheng. Det vil også bli lagt vekt på behovet for delt kompetanse.

For med sikkerhet å kunne fastslå at refselse ikke vil stride mot P7-4, virker det for meg som den eneste løsningen er at § 5 i disiplinærloven revideres slik at arrest som refselsesmiddel ikke består. Selv om det i visse situasjoner vil være adgang til å ilegge både refselse og straff fordi det foreligger lovlig parallellforfølgning, vil det kunne oppstå situasjoner hvor dette ikke er tilfellet fordi vilkårene om saklig og tidsmessig nærhet ikke foreligger. Så lenge refselse etter disiplinærlovens § 5 er karakterisert som straff etter konvensjonen, vil forholdet ved senere straffeforfølgning rammes av forbudet i P7-4, uavhengig av det refselsesmidlet som faktisk blir ilagt.

## **5.1.2 Noen avsluttende hensyn og vurderinger**

### **5.1.2.1 Arrest som refselsesmiddel**

Spørsmålet om arrest som refselsesmiddel etter disiplinærloven har vært diskutert. I Stortinget 12. mai 2004 gjorde tidligere Forsvarsminister Kristin Krohn Devold i korte trekk rede for sitt syn. Hun ble spurt om hun ville vurdere å erstatte arrest med mer egnede refselsesmidler siden arrest, ifølge spørsmålsstilleren kan oppleves som en mental påkjenning for dem det gjelder. På dette svarte hun at arrest fordi det er forbeholdt de mer alvorlige disiplinærbruddene, normalt ikke vil bli benyttet.<sup>206</sup> Hun anførte videre at disiplin i Forsvaret er et viktig middel bak refselsen og at et resultat av at arrest ikke kan ilegges vil være at flere saker oversendes påtalemyndigheten. Dette, sier hun, er ikke ønskelig.<sup>207</sup> Kristin Krohn Devold sitt syn støttes av NOU 2003:15 hvor formålet var å utarbeide et forslag til reaksjoner mot mindre alvorlige overtredelser av særlovgivningen som ville gi et mer effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

---

<sup>206</sup> Se pkt. 2 om fordeling på de ulike refselsene

<sup>207</sup> Referat fra Stortinget, møte onsdag den 12. mai 2004

### 5.1.2.2 Ulike hensyn bak EMK artikkel 6 og P7-4

Når det gjelder EMK artikkel 6 er grunnen til å legge strafferammen og ikke den aktuelle straffen til grunn at rettighetene etter artikkelen skal kunne påberopes før endelig avgjørelse er truffet. På dette tidspunktet er det kun strafferammen myndighetene har å forholde seg til ettersom endelig avgjørelse ikke er tatt. Det samme hensynet gjør seg i mindre grad gjeldende etter P7-4 ettersom reaksjonen allerede er ilagt. Det er nettopp etter at endelig avgjørelse er avsagt i den første saken at det er aktuelt å påberope seg artikkelen.<sup>208</sup>

Etter min mening er dette to så forskjellige hensyn at det har formodningen mot seg å operere med et konvensjonskonformt straffebegrep.

### 5.1.2.3 Vil disiplinærlovens §§ 10 andre ledd og 11 ha betydning hvis parallellforfølgning kan være tillatt?

Refselse har av Riksadvokaten vært vurdert å falle inn under straffebegrepet i P7-4. På bakgrunn av dette har § 10 andre ledd og § 11 i disiplinærloven ansett å ha mistet sin betydning.<sup>209</sup> Av § 10 andre ledd følger det at ilagt refselse ikke er til hinder for at forholdet forfølges som straffesak, og av § 11 fremkommer det at iverksatt refselse skal tas i betraktning når straff utmåles.<sup>210</sup> Et spørsmål som melder seg i denne sammenheng er om adgangen parallellforfølgning vil føre til at bestemmelsene likevel får aktualitet.

Etter min mening vil § 10 andre ledd og § 11 fremdeles ha aktualitet hvis det ilegges sanksjon i to ulike spor som følge av lovlig parallellforfølgning.

---

<sup>208</sup> Holmboe (2010) Lovdata, merknad til Rt. 2010 s. 1121

<sup>209</sup> Generaladvokaten (2014)

<sup>210</sup> Rt 2003 s. 1100 avsn. 38 og 40





## 6 Kilder

Slik det fremkommer  
i fotnotene:

Fullstendig henvisning:

### 6.1 Bøker

- Andenæs (2009) Andenæs, Johs. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer. *Norsk straffeprosess*, 4. utg. Universitetsforlaget, 2009
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. Samlet utgave ved Jan Helgesen. *Rettskildelære*, 5. utg. Universitetsforlaget, 2001
- Hegdal (1994) Hegdal, Stein. *Disiplinærretten*, Grøndahl Dreyer, 1994
- Rui (2009) Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Universitetsforlaget, 2009
- Aall (1995) All, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget, 1995
- Aall (2007) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utg. Fagbokforlaget, 2007
- Aall (2011) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utg. Fagbokforlaget, 2011

### 6.2 Artikler

- Holmboe, TfS (2006) Holmboe, Morten. *Ungdom, ran og dobbelstraff*, Tidsskrift for Strafferett, nr. 1, 2006 s. 39-50
- Holmboe og Jahre, LoR (2011) Holmboe, Morten og Jahre, Hans Petter. *Dobbelstraff er ikke enkelt*, Lov og Rett nr. 4, 2011 s. 191-212
- Rui Johansen TfR (2005) Johansen, Jon Petter Rui. *Det materielle straffebegrepet i den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen*, Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 3, 2005 s. 294-369
- Rui, LoR (2009) Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4 – på ny*, Lov og Rett

Skoghøy, TfR (2003)	nr. 5, 2009 s. 283-298 Skoghøy, Jens Edvin. <i>Forbudet mot gjentatt straffefølgning i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen protokoll 7 artikkel 4 nr 1 («ne bis in idem»)</i> , nr. 1, 2003 s. 1-39
Skoghøy, LoR (2007)	Skoghøy, Jens Edvin. <i>Menneskerettsdomstolens straffebegrep</i> , Lov og Rett nr. 4, 2007 s. 193-194

## **6.3 Lovgivning**

### **6.3.1 Grunnlov**

Grunnloven	Kongeriket Norges Grundlov, Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)
------------	--

### **6.3.2 Lov**

Menneskerettslova	Lov av 21. mai 1999 - om styrking av menneskerettighetene stilling i norsk rett
Disiplinærloven	Lov av 20. mai 1988 nr. 32 - om militær disiplinærmyndighet (militær disiplinærlov).
Straffeloven	Lov av 22. mai 1902 nr. 10 - Aldmindelig borgerlig Straffelov (straffeloven).
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 - om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
Militær straffelov	Lov av 22. mai 1902 nr. 13 - Militær straffelov (militær straffelov)
Straffegjennomføringsloven	Lov av 18. mai 2001 nr. 21 - om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven).
Menneskerettsloven	Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

### **6.3.3 Forskrift**

Disiplinærreglementet	Forskrift om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement, 1. jan 1989
-----------------------	---

## 6.4 Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma, 4. november 1950
P7-4	Protokoll nr. 7 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Strasbourg, 22. november 1984
Wien-konvensjonen om traktatretten	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien, 23. mai 1969
Genève-konvensjonen om behandling av krigsfanger	Genève-konvensjonen om behandling av krigsfanger, 12. august 1949

## 6.5 Lovforarbeider

### 6.5.1 Norsk offentlig utredning

NOU 1987:58	NOU 1987:58. Militær disiplinær -og politimyndighet.
NOU 2003:15	NOU 2003:15. Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

### 6.5.2 Odelstingproposisjoner

Ot.prp.nr. 82 (1986-1987)	Ot.prp.nr.82 (1986-1987) Om lov om militær disiplinærmyndighet og om lov om politimyndighet i det militære forsvar.
---------------------------	---

## 6.6 Nettdokument

<a href="http://forsvaret.no">www.forsvaret.no</a>	<a href="http://forsvaret.no/om-forsvaret/fakta-om-forsvaret/forsvarets-oppgaver/Sider/forsvare-norge.aspx">http://forsvaret.no/om-forsvaret/fakta-om-forsvaret/forsvarets-oppgaver/Sider/forsvare-norge.aspx</a>
Rundskriv, Riksadvokaten (2004)	Riksadvokaten. Straffbare handlinger i fengsel – Samordning mellom reaksjon fra kriminalomsorgen og straff, brev av 24. februar 2004, <a href="http://riksadvokaten.no/no/dokumenter/rundskriv/Riksadvokatens+rundskriv.9UFRrQ0P.ips">http://riksadvokaten.no/no/dokumenter/rundskriv/Riksadvokatens+rundskriv.9UFRrQ0P.ips</a>

- Rundskriv, Riksadvokaten (2009) Riksadvokaten. Nye retningslinjer om dobbelstraff. Brev av 3. april 2009,  
<http://www.riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2009/Nyerettningslinjeromdobbelstraff>
- Jahre (2010) Jahre, Hans Petter. Merknad til Rt 2010 s. 1121, 17. oktober 2010,  
<http://lovdata.no/pro/#document/HRSTR/avgjorelse/hr-2010-1613-a/slutning>
- Holmboe (2010) Holmboe, Morten. Merknad til Rt 2010 s. 1121, 19. november 2010,  
<http://lovdata.no/pro/#document/HRSTR/avgjorelse/hr-2010-1613-a/slutning>
- Referat fra Stortinget, møte onsdag den 12. mai 2004 Referat fra Stortinget, møte onsdag den 12. mai 2004,  
<http://www.stortinget.no/no/Saker-ogpublikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget>

## **6.7 Rettsavgjørelser**

### **6.7.1 Høyesterett**

- Rt 2000 s. 996
- Rt 2002 s. 509
- Rt 2002 s. 497
- Rt 2002 s. 509
- Rt 2002 s. 557
- Rt 2002 s. 1007
- Rt 2002 s. 1216
- Rt 2003 s. 20
- Rt 2003 s. 264
- Rt 2003 s. 1100
- Rt 2003 s. 1221
- Rt 2003 s. 1827

Rt 2004 s. 927  
Rt 2004 s. 939  
Rt 2004 s. 943  
Rt 2004 s. 948  
Rt 2004 s. 1241  
Rt 2004 s. 1243  
Rt 2004 s. 1343  
Rt 2004 s. 1500  
Rt 2005 s. 1269  
Rt 2006 s. 1409  
Rt 2006 s. 1498  
Rt 2010 s. 72  
Rt 2010 s. 1121  
Rt 2012 s. 1051

### **6.7.2 Lagmannsrettene**

Borgarting Lagmannsrett 13-170646AST-BORG/03

### **6.7.3 Den europeiske menneskerettighets domstol (EMD)**

Engel and Others v. the Netherlands (1976)	Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976
Gradinger v. Østerrike (1995)	Application no. 15963/90, 23.10.1995
Minelli v. Switzerland (1983)	Application no. 8660/79, 25.03.83
Östürk v. Germany (1984)	Application no. 8544/79, 21.02.84
Cambell and Fell v. The United Kingdom (1984)	Application no. 7878/77, 28.06.84
Oliveira v. Switzeland (1998)	Application no. 25711/94, 30.07.98
Malige v. France (1998)	Application no. 27812/95, 23.09.98
Kantner v. Austria (1999)	Application no. 299909/6, 14.12.99
R.T. v. Switzerland (2000)	Application no. 31982/96, 30.05.00

Franz Fischer v. Austria (2001)	Application no. 37950/97, 29.05.01
Sailer v. Austria (2002)	Application no. 38237/97, 06.6.02
Göktan v. France (2002)	Application no. 33402/96, 02.7.02
Janosevic v. Sweden (2002)	Application no. 34619/97, 23.07.02
Ezeh and others v. The United Kingdom (2003)	Application no. 39665/98, 09.19.03
Nilsson v. Sweden (2005)	Application no. 7366/01, 13.12.05
Mjelde v. Norway (2007)	Application no. 11143/04, 01.02.07
Storbråten v. Norway (2007)	Application no. 12277/04, 01.02.07
Haarvig v. Norway (2007)	Application no. 11187/05, 11.12.07
Synnelius and Edsberg Taxi AB v. Sweden (2008)	Application no. 44298/02, 28.06.08
Carlberg v. Sweden (2009)	Application no. 9631/04, 27.01.09
Zolotukhin v Russia (2009)	Application no. 14939/03, 10.02.09
Routsalainen v. Finland	Application no. 13079/07, 16.06.09
Maresti v. Croatia (2009)	Application no. 55759/07, 25.06.09

## 6.8 Andre kilder

Generaladvokatens årsrapport (2012)	Generaladvokatens årsrapport over refselsler i Forsvaret i 2012 (Generaladvokatens kontor)
Veiledning i behandling av disiplinær og straffesaker (2009)	Generaladvokaten. Veiledning i behandling av disiplinær og straffesaker – Krigsadvokatenes rolle som rådgiver, brev av 17. desember 2009 med vedlegg 1-5
Generaladvokaten kontor (2014)	Samtaler og løpende korrespondanse med Generaladvokaten eller krigsadvokatene for Sør-Norge, januar-april 2014
Rui, Jon Petter (samtale, 2014)	Samtale med Rui, Jon Petter per telefon 8. april 2014
Brev fra Forsvarsdepartementet (brev av 30. august 2010)	Brev fra Forsvarsdepartementet til Generaladvokaten, Vurdering - disiplinærloven og EMK, brev av 30. august 2010

