

UiO  **Det juridiske fakultet**

Analyse av EMDs dom Zolotukhin v. Russland og dens konsekvenser for norsk straffeprosess

Kandidatnummer: 707

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17 510



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Oppgavens oppbygning	2
1.4	Metode.....	2
2	Forbudet mot gjentatt straffeforfølgelse	4
2.1	Inkorporering av P 7-4 i norsk rett.....	4
2.2	Forbudets plass i norsk intern rett	4
2.3	P 7-4: Bestemmelsens formål.....	5
2.4	P 7-4: Bestemmelsens innhold	6
2.4.1	Straffebegrepet.....	7
2.4.2	Endelig sperrende avgjørelse	7
2.4.3	Samme domsmyndighet	7
2.4.4	Gjentatt eller parallell behandling.....	8
3	Vilkåret om «samme forhold» i EMD og norsk straffeprosess forut for Zolotukhin	9
3.1	Utviklingen i EMD	9
3.1.1	«The same conduct»	9
3.1.2	Faktisk og rettslig identitet, herunder «Essential elements»-doktrinen.....	10
3.2	Sammenfatning av EMDs praksis.....	13
3.2.1	Den faktiske identitet.....	13
3.2.2	Den rettslige identitet.....	14
3.3	Vilkåret om «samme forhold» i norsk straffeprosess forut for Zolotukhin.....	14
3.3.1	Innledning	14
3.3.2	Den faktiske identitet.....	15
3.3.3	Den rettslige identitet.....	17
3.4	Oppsummering.....	20
4	Analyse av Zolotukhin-avgjørelsen	22

4.1	Innledning	22
4.2	Sakens faktum	22
4.3	EMDs tolkning av P 7-4	23
4.4	Retningslinjer for vurderingen	25
4.4.1	Grunnlaget for vurderingen	25
4.4.2	Hvordan avgrensningen gjøres.....	26
4.5	Høyesterett om Zolotukhin	28
5	Konsekvenser for norsk straffeprosess	31
5.1	Innledning	31
5.2	Relasjonen mellom straffeprosessloven §§ 38, 51 og 254	31
5.2.1	Kort om bestemmelsene.....	31
5.2.2	Straffeprosessloven § 38 og § 51	31
5.2.3	Straffeprosessloven § 38 og § 254.....	34
5.2.4	Straffeprosessloven § 51 og § 254.....	41
5.3	Hvilke endringer har Zolotukhin medført for tolkningen av «samme forhold» i §§ 38, 51 og 254?	42
5.3.1	«Samme forhold» i straffeprosessloven § 51.....	42
5.3.2	«Samme forhold» i straffeprosessloven § 38.....	44
5.3.3	«Samme forhold» i straffeprosessloven § 254	47
5.4	Samme faktiske forhold	50
5.4.1	Innledning	50
5.4.2	Kort om fortsatt forbrytelse i norsk straffeprosess	50
5.4.3	Identitetsbegrepet i Zolotukhin.....	52
5.4.4	Konsekvensene av EMDs snevre identitetsbegrep.....	53
5.5	Oppsummering	55
6	Norske avgjørelser i lys av Zolotukhin-dommen	57
6.1	Avgjørelser som ikke lengre gir uttrykk for gjeldende rett	57
6.1.1	Rt. 2003 s. 394	57
6.1.2	Rt. 2003 s. 1100.....	58
6.1.3	Rt. 2004 s. 1368.....	59
6.1.4	Rt. 2005 s. 1430.....	61
6.1.5	Rt. 2006 s. 862	63

6.1.6	Rt. 2006 s. 1409 – Spesielt om tilleggsskattesakene.....	64
6.1.7	Konklusjon	65
6.2	Adgang til gjenåpning?	66
7	Litteraturliste	69
7.1	Bøker.....	69
7.2	Artikler	69
7.3	Lover.....	70
7.4	Konvensjoner	70
7.5	Rettspraksis.....	70
7.5.1	Norsk rettspraksis.....	70
7.5.2	EMD-praksis	71
7.6	Lovforarbeider	72
7.7	Internett.....	73
7.8	Personlig meddelelse.....	73

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Grunnlaget for oppgavens problemstilling er forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, på latin kjent som «ne bis in idem». Kjernen i dette forbudet er at den som har vært utsatt for en straffeforfølgelse som har endt med en endelig avgjørelse, ikke skal risikere å bli forfulgt på nytt for samme forhold. Forbudet nyter konstitusjonelt vern i flere rettssystemer, og har karakter av å være et grunnleggende rettsstatsprinsipp.¹ Oppgaven vil kun ta for seg forbudets plass i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), hvor forbudet er kodifisert i Tilleggsprotokoll 7, artikkel 4 nr. 1 (P 7-4).

Den 10. februar 2009 avsa Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) dom i Zolotukhin-avgjørelsen. Hovedspørsmålet i denne saken gjaldt tolkningen av et av vilkårene i P 7-4, vilkåret om hva som utgjør «samme forhold». I forhold til tidligere avgjørelser om denne konvensjonsbestemmelsen, foretok EMD en kursendring. Det er konsekvensene denne kursendringen har hatt for norsk straffeprosess, som er tema for denne avhandlingen.

1.2 Avgrensninger

P 7-4 inneholder flere vilkår for at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning skal komme til anvendelse. Med unntak av en kort gjennomgang av disse vilkårene, vil oppgaven kun behandle vilkåret om hva som utgjør «samme forhold». Dette av den grunn at Zolotukhin-avgjørelsen ikke medførte noen endringer for de øvrige vilkår.

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25 inneholder en regel om straffedommers negative materielle rettskraft i § 51. Denne bestemmelsen er P 7-4s motpart i norsk rett. En endring i forståelsen av hva som utgjør «samme for-

¹ Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*. Oslo 2009 (a), s. 28

hold» i P 7-4 medfører derfor konsekvenser for tolkningen av § 51. I norsk straffeprosess vil det i flere sammenhenger ha betydning om man står overfor ett eller flere straffbare forhold. Dette har spesielt stor betydning for straffeprosessloven §§ 38 og 254. Da § 51 har en nær relasjon til de nevnte bestemmelser kan det tenkes at tolkningsendringen også får konsekvenser for forståelsen av disse. Av denne grunn vil avhandlingen konsentreres om Zolotukhin-avgjørelsens konsekvenser for straffeprosessloven §§ 38, 51 og 254.

1.3 Oppgavens oppbygning

Jeg har valgt å bygge opp avhandlingen slik at jeg først redegjør for forbudet mot gjentatt straffeforfølgning og dets plass i norsk intern rett i punkt 2. Her vil også forbudets formål og vilkår gis en kort gjennomgang. I punkt 3 foretas en drøftelse av hvordan EMD og Høyesterett tradisjonelt har avgrenset vilkåret om hva som utgjør «samme forhold». Zolotukhin-avgjørelsen blir deretter analysert i oppgavens punkt 4. I punkt 5 vurderes konsekvensene Zolotukhin har hatt for norsk straffeprosess. Deretter følger en redegjørelse av hvilke høyesterettsavgjørelser som ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett i punkt 6.1. Avslutningsvis drøftes det om det er grunnlag for gjenåpning av disse høyesterettsavgjørelsene i punkt 6.2.

Jeg finner denne oppbygningen hensiktsmessig da den først beskriver rettstilstanden forut for storkammerdommen, og deretter viser hvilke konsekvenser Zolotukhin har medført for norsk straffeprosess. Jeg mener at denne fremgangsmåten bidrar til en oversiktlig og klar fremstilling.

1.4 Metode

Når det gjelder norsk rett anvendes alminnelig juridisk metode. Da jeg ikke har brukt noen særskilte rettskilder, trengs ingen nærmere redegjørelse.

Det rettslige utgangspunktet for de internasjonale regler er EMK Tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 nr. 1. EMK med tilleggsprotokoller ble inkorporert som norsk lov gjennom vedtakel-

sen av Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven). Menneskerettsloven § 2 første ledd, litra d inkorporerte særskilt Tilleggsprotokoll 7. Gjennom § 3 i samme lov er bestemmelsene i EMK gitt forrang ved motstrid med norsk rett. Ved en eventuell motstrid mellom EMKs bestemmelser og norsk intern rett skal altså den inkorporerte EMK-bestemmelsen veie tyngst. På straffeprosessens område gir straffeprosessloven § 4 også menneskerettighetene forrang i forhold til formell norsk lov. Bestemmelsen har selvstendig betydning, men på grunn av menneskerettsloven § 2, gjelder dette særlig for menneskerettskonvensjoner som faller utenfor menneskerettsloven.²

Avhandlingen behandler flere avgjørelser avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD). Dette da disse avgjørelsene har spilt en stor rolle i utviklingen av P 7-4. Norsk høyesterettspraksis fra vedtakelsen av menneskerettsloven viser at EMDs tolkninger i stor grad har vært lagt til grunn i norsk intern rett. I forbindelse med kursendringen EMD foretar i Zolotukhin-avgjørelsen, vil det foretas en særskilt metodedrøftelse i oppgavens punkt 4.5.

² Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik. *Straffeprosessloven*. 2011, § 4, s. 1

2 Forbudet mot gjentatt straffeforfølgelse

2.1 Inkorporering av P 7-4 i norsk rett

P 7-4 lyder slik:

«No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.»

Bestemmelsen ble vedtatt i Strasbourg 22. november 1984 og trådte i kraft i Norge fra 1. januar 1989.³ Ved vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 fikk bestemmelsen som sagt status som norsk rett, og ble gitt forrang ved motstrid med intern norsk rett.

Som et naturlig resultat av inkorporasjonen ble det på begynnelsen av 2000-tallet reist flere saker som omhandlet spørsmålet om norsk praksis var i samsvar med kravene etter P 7-4. Bestemmelsens vilkår har siden loven ble vedtatt vært gjenstand for en dynamisk tolkningsprosess ledet av EMD. Som følge av dette har P 7-4 vært gjenstand for tolkning i en rekke høyesterettsavgjørelser.

2.2 Forbudets plass i norsk intern rett

I norsk rett har forbudet mot gjentatt straffeforfølgning kommet til uttrykk i regelen om straffedommers negative materielle rettskraft, straffeprosessloven § 51.⁴ Bestemmelsen har følgende ordlyd:

³ Council of Europe. *Protocol No. 7 to the convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. 2004.

⁴ Bjerke (2011) § 51, s. 1

«Reises ny sak om et krav som er avgjort ved rettskraftig dom, skal retten avvise saken av eget tiltak.»

Bestemmelsens virkning er at en rettskraftig dom vil utelukke ny sak om det samme forholdet. Det som skal avvises av retten, er en ny sak om samme «krav». Hva som karakteriseres som samme «krav» har i praksis blitt formulert som et spørsmål om det dreier seg om samme eller forskjellige handlinger eller forhold.⁵

Da straffeprosessloven § 51 ble vedtatt kan det synes som at bestemmelsen kun var en tekniskprosessuell regel og ikke en regel som ga uttrykk for et grunnleggende rettsstatsprinsipp.⁶ Straffeprosesslovens forarbeider nevnte ikke hvilken rolle bestemmelsen kunne ha for beskyttelse av borgernes rettigheter.⁷ Etter inkorporasjonen av P 7-4 må straffeprosessloven § 51 ses i sammenheng med denne. P 7-4 går noe lengre i vernet mot gjentatt straffeforfølgning enn § 51 tradisjonelt har gjort. Paragraf 51 har kun hatt sperrevirkning hvor det samme kravet allerede har vært avgjort i en straffesak. Konvensjonsbestemmelsen går her lenger ved at sanksjoner fastsatt av forvaltningsorganer også vil kunne stenge for etterfølgende straffesak for «samme forhold». Av denne grunn er P 7-4 et viktig supplement til straffeprosessloven § 51.⁸

2.3 P 7-4: Bestemmelsens formål

Forbudet i P 7-4 er en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti som skal forhindre gjentatt straffeforfølgning av samme rettssubjekt der det foreligger endelig frifinnelse eller domfellelse. Bestemmelsen har flere formål, men de viktigste er å gi personer som er siktet for en straff-

⁵ Bjerke (2011) § 51, s. 1

⁶ Rui (2009a) s. 28

⁷ NUT-1969-3. *Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffelovkomiteen.* s. 166

⁸ Bjerke (2011) § 51, s. 3

bar handling trygghet og forutsigbarhet. De skal kunne innrette seg på at en strafferettslig avgjørelse er endelig og ikke behøve å frykte ytterligere straffeforfølgning. P 7-4 gir også siktede et vern mot vilkårlighet. Dersom statene stod fritt til å foreta gjentatte forfølgninger kunne vilkårlig behandling av borgerne lett ha blitt resultatet. Bestemmelsen bygger på hensynet om at enhver sak må ha sin ende.⁹

2.4 P 7-4: Bestemmelsens innhold

P 7-4 inneholder flere vilkår for at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning skal komme til anvendelse. Den norske oversettelsen av bestemmelsen lyder:

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

Vilkårene som oppstilles i P 7-4 ble behandlet i Rt. 2010 s. 1121. Saken gjaldt spørsmålet om ileggelse av ordinær tilleggsskatt etterfulgt av en strafferettslig forfølgning stred mot forbudet i P 7-4. Det ble uttalt:

«EMD har fastslått at flere kumulative vilkår må være oppfylt for at avgjørelse i en sak skal sperre for en ny sak: Begge saker må innebære straffeforfølgning etter P 7-4. De må videre gjelde samme straffbare forhold. Den første avgjørelsen må dessuten være endelig. I tillegg må behandlingen i den andre saken innebære en gjentatt forfølgning ... En femte betingelse for at bestemmelsen kan anvendes - at begge saker må rette seg mot samme rettssubjekt - krever ingen drøftelse i vår sak.»¹⁰

⁹ Jebesen, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004, s. 600

¹⁰ Avsnitt 22

2.4.1 Straffebegrepet

For at P 7-4 skal komme til anvendelse kreves det at de to forfølgningene dreier seg om «straff». P 7-4 anvender uttrykket «criminal proceedings». Hva som ligger i «criminal» var lenge usikkert og EMD har ikke vært konsekvente i sine avgjørelser. Spørsmålet har i stor grad vært hvorvidt uttrykket «criminal» i P 7-4 har vært sammenfallende med det samme uttrykket i EMK art. 6. Da det norske straffebegrepet er snevrere enn begrepet i art. 6, vil en slik avgrensning utvide forbudets virkeområde i norsk rett.¹¹

I Rt. 2010 s. 1121 slo Høyesterett fast at straffebegrepet i P 7-4 er det samme som i EMK art. 6.¹² Dette medfører at flere sanksjoner mot borgerne kan sperre for en etterfølgende straffeforfølgning enn etter det tradisjonelle norske straffebegrepet.¹³

2.4.2 Endelig sperrende avgjørelse

Et annet vilkår er at den første avgjørelsen som ble truffet, er endelig. I Rt. 2010 s. 1121 kalte Høyesterett dette for en ”endelig sperrende avgjørelse”.¹⁴ Høyesterett la til grunn at en avgjørelse er endelig når den er rettskraftig, altså at det ikke foreligger ytterligere rettsmidler.¹⁵

2.4.3 Samme domsmyndighet

Et tredje vilkår som stilles er at de to avgjørelsene må være vedtatt av samme domsmyndighet. Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven) oppstiller ett unntak fra dette vilkåret i § 12a første ledd nr. 3. Bestemmelsen slår fast at når det er avsagt

¹¹ Jebsen (2004) s. 603-606

¹² Avsnitt 41

¹³ Jebsen (2004) s. 603-606

¹⁴ Avsnitt 44

¹⁵ Avsnitt 45-46

endelig dom i et Schengen-land, kan ikke straffesak reises eller straffedom avsies i Norge «for samme straffbare forhold». Denne bestemmelsen vil ikke behandles noe nærmere da den går utenfor oppgavens problemstilling.

2.4.4 Gjentatt eller parallell behandling

I noen tilfeller forfølges den samme handlingen parallelt i to spor. Et typisk eksempel på slik parallellforfølgning er ved ileggelse av tilleggsskatt og straff. Her er det naturlig at skattemyndighetene legger tilleggsskatten mens påtalemyndigheten foretar en eventuell straffeforfølgning av forholdet. Slik parallellforfølgning rammes ikke av P 7-4. Bestemmelsen rammer kun gjentatt straffeforfølgning, altså at forfølgningene skjer etter hverandre i tid. Det avgjørende i en vurdering av om det foreligger gjentatt eller parallell forfølgning er om det mellom de to forfølgningene er tilstrekkelig nærhet ”in substance and in time”.¹⁶ Parallellforfølgning forekommer ofte der to forvaltningsorganer håndhever regler som retter seg mot forskjellige sider av lovbruddet, men det ikke er praktisk eller naturlig med en samordning av forfølgningene. Kriteriet er ikke endret av Zolotukhin-avgjørelsen.¹⁷

¹⁶ Nilsson v Sweden, s. 9

¹⁷ Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten. *Dobbeltstraff er ikke enkelt*. I: Lov og rett. Vol. 50, 2011 (a), s. 199

3 Vilkåret om «samme forhold» i EMD og norsk straffeprosess forut for Zolotukhin

3.1 Utviklingen i EMD

3.1.1 «The same conduct»

EMDs avgjørelse av 23. oktober 1995 Gradinger mot Østerrike var den første saken som tok stilling til avgrensningen av «samme forhold» i P 7-4.¹⁸

Gradinger hadde i januar 1987 kjørt på en syklist som døde av skadene han ble påført. Han hadde vært påvirket av alkohol under kjøreturen, og blodprøvene viste en promille på 0,8. Gradinger ble ilagt en bot for uaktsomt drap etter straffeloven. Etter østerriksk rett var det på denne tiden et straffeskjerpene moment dersom tiltalte hadde hatt en promille på 0,8 eller høyere. Domstolen fant at Gradingers promille ikke var høy nok til at det kunne vektlegges som en straffeskjerpene omstendighet.

Et par måneder senere ble Gradinger ilagt en ny bot for brudd på veitrafikklovens bestemmelser om kjøring med promille. Den nye boten ble ilagt av et forvaltningsorgan som med bakgrunn i en medisinsk rapport konkluderte med at Gradinger hadde hatt en promille på 0,95. Dette ble begrunnet i at den siste drinken Gradinger hadde tatt før kjøreturen ikke hadde rukket å bli tatt opp i blodomløpet på tidspunktet for prøvetakningen.¹⁹ EMD uttalte:

«The Court notes that, according to the St Pölten Regional Court, the aggravating circumstance referred to in Article 81 para. 2 of the Criminal Code, namely a blood alcohol level of 0.8 grams per litre or higher, was not made out with regard to the applicant. On the other hand, the administrative authorities found, in order

¹⁸ Rui (2009a) s. 357

¹⁹ Gradinger v. Austria, avsnitt 6-12

to bring the applicant's case within the ambit of section 5 of the Road Traffic Act, that that alcohol level had been attained. The Court is fully aware that the provisions in question differ not only as regards the designation of the offences but also, more importantly, as regards their nature and purpose. It further observes that the offence provided for in section 5 of the Road Traffic Act represents only one aspect of the offence punished under Article 81 para. 2 of the Criminal Code. Nevertheless, both impugned decisions were based on the same conduct. Accordingly, there has been a breach of Article 4 of Protocol No. 7 (P7-4).»²⁰

Selv om de to avgjørelsene ble truffet på bakgrunn av forskjellige bestemmelser med ulike formål, fant EMD at de to forfølgningene gjaldt det samme straffbare forholdet. Bestemmelsen i veitrafikkloven omhandlet et av aspektene som allerede var tatt opp under behandlingen av brudd på straffeloven, nemlig påvirkningen av alkohol. Det ble lagt avgjørende vekt på at det var snakk om “the same conduct”.

EMD la i Gradinger til grunn at det eneste kriteriet for avgrensningen av den materielle rettskraft var om forfølgningene angikk samme faktiske handling.²¹

3.1.2 Faktisk og rettslig identitet, herunder «Essential elements»-doktrinen

3.1.2.1 Oliveira-dommen

Et par år senere kom EMDs dom 30. juli 1998 Oliveira mot Sveits. I denne saken hadde Oliveira kjørt på en glatt og isete vei da hun mistet kontroll over bilen. Hun kolliderte i en annen bil og føreren av denne ble påført alvorlige skader.

²⁰ Avsnitt 55

²¹ Rui (2009a) s. 288

Oliveira ble først ilagt en bot for overtredelse av veitrafikkloven med den begrunnelse at hun hadde unnlatt å tilpasse farten etter forholdene. Det ble senere reist ny sak etter straffeloven for uaktsom personskade, hvor Oliveira ble ilagt en ny bot.²²

EMD kom under sin behandling av saken frem til at det ikke hadde skjedd ett brudd på P 7-4:

«That is a typical example of a single act constituting various offences (concoirs idéal d'infractions). The characteristic feature of this notion is that a single criminal act is split up into two separate offences, in this case the failure to control the vehicle and the negligent causing of physical injury. In such cases, the greater penalty will usually absorb the lesser one.

There is nothing in that situation which infringes Article 4 of Protocol No. 7 since that provision prohibits people being tried twice for the same offence whereas in cases concerning a single act constituting various offences (concoirs idéal d'infractions) one criminal act constitutes two separate offences.»²³

EMD slo fast at Oliveiras handling representerte brudd på flere straffebestemmelser, men at disse bestemmelsene dekket ulike sider av den straffbare handlingen. Da dette var tilfellet forelå det to forskjellige forhold som ikke var vernet av P 7-4.

EMD foretok en kursendring i Oliveira. Fra og med denne dommen gjaldt det et krav om både faktisk og rettslig identitet mellom forfølgningene for at forbudet i P 7-4 skulle komme til anvendelse.²⁴

²² Oliveira v. Switzerland, avsnitt 6-15

²³ Avsnitt 26

²⁴ Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny*. I: Lov og Rett 2009 (b), s. 288

3.1.2.2 Fischer-dommen

Resultatet fra Oliveira-saken ble fastholdt i EMDs dom 29. mai 2001 Fischer mot Østerrike. Fischer hadde i juni 1996 kjørt på en syklist som ble alvorlig skadet. Etter påkjørselen hadde han kjørt videre uten å hjelpe syklisten. Han hadde vært under påvirkning av alkohol.

Fischer ble i desember samme år ilagt en bot for brudd på veitrafikklovens bestemmelser om kjøring under alkoholpåvirkning, unnlattelse av å stoppe etter ulykken, unnlattelse av å hjelpe den skadede personen, samt unnlattelse av å melde fra til politiet. Boten ble ilagt av et forvaltningsorgan.²⁵

I mars 1997 ble Fischer tiltalt og dømt for brudd på straffeloven for uaktsomt drap under alkoholpåvirkning. EMD uttalte:

«However, the Court considers that these differences are not decisive. As said above, the question whether or not the non bis in idem principle is violated concerns the relationship between the two offences at issue and can, therefore, not depend on the order in which the respective proceedings are conducted. As regards the fact that Mr Gradinger was acquitted of the special element under Article 81 § 2 of the Criminal Code but convicted of drunken driving, whereas the present applicant was convicted of both offences, the Court repeats that Article 4 of Protocol No. 7 is not confined to the right not to be punished twice but extends to the right not to be tried twice. What is decisive in the present case is that, on the basis of one act, the applicant was tried and punished twice, since the administrative offence of drunken driving under sections 5 (1) and 99 (1)(a) of the Road Traffic

²⁵ Fischer v. Austria, avsnitt 7-11

Act, and the special circumstances under Article 81 § 2 of the Criminal Code, as interpreted by the courts, do not differ in their essential elements.»²⁶

EMD konkluderte i Fischer-saken:

«...the wording of TP 7-4 does not refer to «the same offence» but rather to trial and punishment «again» for an offence for which the applicant has already been finally acquitted or convicted...»²⁷

EMD fant at bestemmelsene som ble lagt til grunn i de to forfølgelsene ikke skilte seg fra hverandre «in their essential elements».²⁸ Det forelå dermed brudd på P 7-4.

3.2 Sammenfatning av EMDs praksis

3.2.1 Den faktiske identitet

I Gradinger-avgjørelsen slo EMD fast at det var faktum i de to forfølgelsene som var avgjørende for om de dreide seg om samme faktiske identitet. I de to forfølgningene var faktum i den andre forfølgningen helt ut dekket av det faktum som var lagt til grunn i den første saken. Det var snakk om «the same conduct». I Oliveira åpnet EMD for at P 7-4 ikke var i veien for en ny forfølgning som avgjør andre sider av saken enn de som ble avgjort i den første avgjørelsen. I Fischer-saken ble det uttalt at de anvendte straffebestemmelsene måtte være forskjellige ”in their essential elements”. Fra Oliveira og Fischer åpnet EMD altså for både faktisk og rettslig identitet ved anvendelse av forbudet i P 7-4.

²⁶ Avsnitt 29

²⁷ Avsnitt 25

²⁸ Avsnitt 29

Ved vurderingen av om to forfølgninger dreier seg om samme faktiske forhold har EMD lagt til grunn flere momenter. Disse omfatter tidspunktet og stedet forfølgningene knytter seg til, gjerningspersonens psykiske innstilling, antallet fornærmede og sammenligning av bevistema.²⁹

3.2.2 Den rettslige identitet

Ved vurderingene av om to straffebestemmelser har samme rettslige identitet, har EMD vært langt fra konsekvente. Det viktigste momentet i disse vurderingene har vært sammenligning av bestemmelsene i de to forfølgningene. I noen saker har EMD konkludert med at det er snakk om samme forhold, til tross for klare forskjeller mellom bestemmelsene. I andre saker har små forskjeller medført det motsatte resultat. I flere avgjørelser har bestemmelsene hatt likt gjerningsinnhold, men domstolen har allikevel kommet til at de har hatt ulik rettslig identitet. Her har EMD vektlagt momenter som at bestemmelsene hadde ulike skyldkrav, ulike formål eller forskjellige sanksjoner.³⁰ Et annet moment som har vært vektlagt er hvilke samfunnsmessige verdier bestemmelsene verner.³¹

3.3 Vilkåret om «samme forhold» i norsk straffeprosess forut for Zolotukhin

3.3.1 Innledning

I norsk rett har det siden 1980-tallet vært et krav om faktisk og rettslig identitet ved vurderingen av om noe utgjør «samme forhold». I det følgende skal det redegjøres for hvilke momenter som tradisjonelt har vært lagt til grunn ved denne bedømmelsen. Rettspraksis som omhandler disse momentene er begrenset i forhold til straffeprosessloven § 51, men praksis som omhandler straffeprosessloven § 38 kan brukes til illustrasjon. Dette da Høyesterett har tolket vilkåret om «samme forhold» likt i disse bestemmelsene, se punkt 5.2.2.

²⁹ Rui (2009a) s. 362-370

³⁰ Rui (2009b) s. 288

³¹ Zolotukhin v. Russia, avsnitt 74-77

3.3.2 Den faktiske identitet

Ved vurderingen av om to straffeforfølgninger gjelder samme faktiske handling, har vi ingen faste regler i norsk straffeprosess. Det må i hvert enkelt tilfelle foretas en konkret helhetsvurdering. Det finnes dog en rekke momenter som har vært tillagt betydning av Høyesterett.³²

Et relevant moment i vurderingen er hvilket tidspunkt som legges til grunn for den straffbare handlingen i de to forfølgningene. Tidsmomentet har særlig vært av betydning i de saker hvor det har vært snakk om en fortsatt forbrytelse, altså flere enkeltstående hendelser som regnes som én faktisk handling. Retten kan ved en fortsatt forbrytelse fritt bedømme de lovbrudd som ligger innenfor tidsangivelsen i tiltalebeslutningen. Dette regnes da ikke som et annet straffbart forhold.³³

Høyesterett har i noen avgjørelser lagt til grunn at retten etter § 38 kan pådømme hendelser som i tid ligger før tidsangivelsen i tiltalen, uten at den dermed pådømmer et annet forhold. Det samme gjelder hendelser som ligger etter tidsangivelsen, men før domstidspunktet.³⁴

Tidspunktet i tiltalen er ikke bindende for domstolen, jf. straffeprosessloven § 38. På grunn av parallelliteten mellom §§ 38 og 51 medfører dette at det tidspunkt som ligger til grunn for en domfellelse eller frifinnelse, ikke vil være fullt ut bindende for avgjørelsens rettskraft. Hendelser som ligger før og etter tidsangivelsen i tiltalebeslutningen og dommen, vil også kunne omfattes av dommens rettskraft.³⁵ Men det må her foretas en selvstendig vurde-

³² Rui (2009a) s. 428

³³ Rui (2009a) s. 428-429

³⁴ Rui (2009a) s. 432

³⁵ Rui (2009a) s. 436

ring av om disse handlingene anses som samme «krav» som det som er avgjort i den første avgjørelsen.³⁶

Et annet moment er hvilket sted den straffbare handlingen i de to forfølgningene knytter seg til. Høyesterett har i flere saker vurdert hvor store avvik som skal til med hensyn til forøvelsessted før det foreligger en annen faktisk handling enn det som fremgår av tiltalen.³⁷ Det finnes eksempler på at Høyesterett har gått relativt langt i å fravike tiltalebeslutningens stedsangivelse, men allikevel har ansett hendelsesforløpet som én faktisk handling. I Rt. 1992 s. 562 var en mann tiltalt for slag som falt inne i et samfunnshus. Retten dømte ham også for slag som falt ca. 200 meter fra samfunnshuset en halv time senere.

Når det foretas vesentlige endringer med hensyn til sted, endrer bevistemaet seg. Dersom domstolen dømmer for en handling som skiller seg vesentlig fra det stedet som er beskrevet i tiltalen, har retten pådømt en annen faktisk handling enn tiltalen beskriver. I forhold til rettskraftsspørsmålet vil en rettskraftig dom ikke være til hinder for en ny sak om en handling som er begått på et vesensforskjellig sted. Men i de tilfellene hvor det er nær sammenheng mellom stedene i de to forfølgningene, kan den første avgjørelsen sperrer for ny forfølgning.³⁸

Et tredje moment av betydning har vært gjerningsmannens psykiske innstilling i forfølgningene.³⁹ Dette har av Høyesterett blitt uttrykt ved at det er av betydning om gjerningsmannen har hatt «felles forsett» når han har utført de enkelte handlinger.⁴⁰

³⁶ Rui (2009a) s. 431

³⁷ Rui (2009a) s. 437

³⁸ Rui (2009a) s. 439

³⁹ Rui (2009a) s. 440

⁴⁰ Rt. 2002 s. 917, s. 923

Et fjerde moment er hvorvidt det er forskjellige fornærmede i forfølgningene. Den alminnelige regel er at det anses å foreligge ett straffbart forhold for hver enkelt fornærmet, selv om krenkelsene er likeartet i karakter.⁴¹

Et femte moment er om bevisemaene i de to forfølgningene er forskjellige. Det kan forekomme at man ved sammenligning av de to forfølgningene verken finner avvik med hensyn til tid, sted, psykisk innstilling eller hvem som er fornærmet. Allikevel kan bevisemaene være så forskjellige at det dreier seg om to ulike handlinger. Et eksempel på et slikt forhold kan være hvor det er tatt ut tiltale for tyveri etter straffeloven § 257, men retten dømmer for heleri etter straffeloven § 317. Bevistemaet vil være forskjellig i disse to forholdene. Ved bedømmelsen av heleri vil fokus bli rettet mot et senere tidspunkt i hendelsesforløpet enn ved bedømmelsen av tyveri. Et annet eksempel kan være hvor det er tatt ut tiltale etter vegtrafikkloven § 22 første ledd for promillekjøring, og retten dømmer for etterfølgende alkoholnytelse i bestemmelsens annet ledd.⁴²

Momentene viser altså at dommens rettskraft kan være videre enn det tiltalen og domsgrunnene gir anvisning på. Ved vurderingen av om en sak skal avvises etter straffeprosessloven § 51, må retten sammenligne faktum i de to forfølgningene. Selv om disse kan synes å være forskjellige, kan tiltalte allerede være dømt for det samme forholdet. Dette vil medføre at saken må avvises.

3.3.3 Den rettslige identitet

I Rt. 1980 s. 360 ble det konstatert at rettslig identitet var et avgjørende moment ved vurderingen av hva som utgjør «samme forhold». En mann var satt under tiltale for brudd på vegtrafikkloven § 31 jf. § 3, hvor passasjeren var avgått ved døden. Herredsretten dømte etter straffeloven § 239. Høyesterett fant at subsumsjonen under § 239 rettslig sett var av en

⁴¹ Rt. 1992 s. 445, s. 447

⁴² Rui (2009a) s. 442-444

annen karakter enn det tiltalen gjaldt. Som grunnlag for vurderingen av den rettslige karakteristikk ble interessesympunktet lagt til grunn. Interessesympunktet går ut på om de to bestemmelsene verner forskjellige interesser og således har ulike strafferettslige siktemål. Høyesterett begrunnet valget av interessesympunktet med at dette var best i samsvar med anklageprinsippet.

I Rt. 1989 s. 1336 gikk Høyesterett bort fra en ren interessevurdering. I denne dommen ble det foretatt en helhetsvurdering hvor interessesympunktet kun var en del av vurderingen. En mann ble dømt for to tilfelle av fredsforstyrrelse etter straffeloven § 390a. Byretten dømte det ene forholdet etter straffeloven § 135a. Spørsmålet for Høyesterett var om retten hadde gått utenfor sin kompetanse etter straffeprosessloven § 38. Det ble uttalt:

«Ut fra en helhetsvurdering, der jeg også tar hensyn til hvilke ulike interesser de to bestemmelser skal beskytte, finner jeg at disse to straffebestemmelser er så forskjellige at byretten må anses å ha gått utenfor sin kompetanse. Det er etter en allmenn vurdering vesensforskjellig å bli dømt for fredsforstyrrelse og for rasediskriminering.»⁴³

Den helhetsvurdering som Høyesterett la til grunn, ble fulgt opp i senere saker. Interessesympunktet var ikke lenger enerådende ved vurderingen av rettslig karakteristikk. Utgangspunktet var at det skulle foretas en konkret helhetsvurdering hvor en rekke momenter var relevante, herunder om bestemmelsene vernet ulike interesser.⁴⁴ Det skal i det følgende klarlegges hvilke momenter som er relevante ved vurderingen av rettslig identitet;

⁴³ Side 1338

⁴⁴ Rui (2009a) s. 458-462

Et viktig moment i flere dommer har vært en sammenligning av gjerningsinnholdet i de aktuelle bestemmelser.⁴⁵ I en rekke avgjørelser konkluderte Høyesterett med at dersom to bestemmelser hadde likt gjerningsinnhold, hadde de samme rettslige karakteristikk.

Vurderingen av to bestemmelsers gjerningsinnhold gjøres ved en sammenligning av hvilke handlinger eller unnlater som beskrives i dem. Videre kan «de øvrige vilkår for å ilegge sanksjon» også tillegges betydning.⁴⁶ Dette kan typisk være at bestemmelsene har ulikt anvendelsesområde, om sanksjonen «skal» ilegges eller om det skal foretas en skjønnsvurdering, eller om bestemmelsenes virkningsside er lik eller ulik.⁴⁷

Et annet moment i vurderingen av rettslig identitet er skyldkravene i bestemmelsene. Høyesterett har i flere saker vurdert om skyldkravene i to bestemmelser er vesensforskjellige. Et eksempel er Rt. 2002 s. 557. Spørsmålet var om en straffesak skulle avvises da det gjaldt det samme forholdet som det var ilagt forhøyd tilleggs�katt for. Flertallet mente at skyldkravene i de aktuelle bestemmelsene var sammenfallende, og av den grunn hadde samme rettslige karakteristikk.⁴⁸

Et tredje moment av betydning er hvorvidt bestemmelsene har ulike formål. Formålsbetraktningene ble for første gang drøftet av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1100. Spørsmålet var her om straffegjennomføringsloven § 40 var vesensforskjellig sammenlignet med straffeloven § 162. Høyesterett vurderte det her slik at straffeloven § 162 hadde et klart straffeformål, mens straffegjennomføringsloven § 40 hadde som formål å opprettholde ro og orden i

⁴⁵ Se bl.a. Rt. 2002 s. 497 (s. 507), Rt. 2002 s. 557 (s. 567), Rt. 2004 s. 1074 (avsnitt 16), Rt. 2004 s. 1500 (avsnitt 52)

⁴⁶ Rt. 2004 s. 1368 avsnitt 58

⁴⁷ Rui (2009a) s. 466-467

⁴⁸ S. 568

fengselet.⁴⁹ Da bestemmelsene hadde vesensforskjellige formål og ulikt gjerningsinnhold, var det ikke rettslig identitet mellom dem.

Et fjerde moment ved vurderingen av rettslig karakteristik er betydningen av at bestemmelsene verner ulike interesser. I Rt. 2006 s. 862 var spørsmålet hvorvidt frifinnelse for grovt tyveri og heleri sperret for ny sak om forsikringsbedrageri. Til tross for at det var store forskjeller mellom gjerningsinnholdet i de to bestemmelsene, vurderte Høyesterett hvilke interesse de aktuelle straffebedene vernet. På grunn av forskjellene i gjerningsbeskrivelsene ble trolig ikke interessesynspunktet tillagt noen stor vekt i helhetsvurderingen, men dommen viser at det kan være et relevant moment.⁵⁰

3.4 Oppsummering

Som gjennomgangen viser har både EMD og Høyesterett lagt til grunn en faktisk og rettslig vurdering i forhold til hva som utgjør «samme forhold».

Avgrensningen av samme faktiske handling i straffeprosessloven § 51 har flere likhetstrekk med avgrensningen i P 7-4. I begge bestemmelsene beror det på en selvstendig vurdering om de to forfølgningene dreier seg om samme faktiske handling. Den konkrete vurderingen som foretas gjøres allikevel ikke likt av de to domstolene. Begge har lagt til grunn momentene tid, sted, gjerningspersonens psykiske innstilling, antall fornærmede og sammenligning av bevistemaene. Rui er av den oppfatning at EMDs avgrensning synes å være noe snevrere enn den som anlegges av Høyesterett. Dette vises spesielt i forhold til bruken av tidsmomentet som avgrensningsmoment. Høyesterett er nok lempeligere enn EMD med tanke på å anerkjenne enkeltstående hendelser som et straffbart forhold.⁵¹

⁴⁹ Avsnitt 57

⁵⁰ Rui (2009a) s. 470-471

⁵¹ Rui (2009a) s. 450

I den rettslige vurderingen har både EMD og Høyesterett vurdert momenter som bestemmelsenes gjerningsinnhold, skyldkrav, formål og interesser. Rui mener at vurderingene som foretas av de to domstolene heller ikke her er parallelle. Han uttrykker at Høyesterett har anlagt en noe videre avgrensning enn EMD ved avgrensningen av den rettslige karakteristik.⁵²

⁵² Rui (2009a) s. 475

4 Analyse av Zolotukhin-avgjørelsen

4.1 Innledning

Den 10. februar 2009 avsa EMD i storkammer dom i saken Zolotukhin mot Russland. Dette var den første storkammerdommen som omhandlet P 7-4.⁵³ Av denne grunn har avgjørelsen stor rettskildemessig vekt. Hensikten med analysen er å finne hvilke endringer som ble gjort i forhold til vilkåret om «samme forhold».

4.2 Sakens faktum

Zolotukhin hadde etter en kveld på byen tatt med seg kjæresten sin inn på et militært område med adgangsrestriksjoner. De ble pågrepet av militært politi og brakt til nærmeste politistasjon for å klarlegge hvordan Zolotukhin hadde fått uvedkommende inn på området. Zolotukhin var fremdeles beruset under oppholdet på politistasjonen, og han begynte å kjeft på tjenestemennene i nærheten. Han gav seg ikke på tross av gjentatte anmodninger om å slutte. Han dyttet til en tjenestemann, forsøkte å stikke av og ble på dette tidspunktet satt i håndjern. Han ble brakt inn på kontoret til stasjonssjefen, Major K. Major K utferdiget en rapport om Zolotukhins oppførsel og fremsatte forslag om at han skulle ilegges en administrativ sanksjon. Zolotukhin truet Major K med voldsbruk og kjeftet på ham mens rapporten ble skrevet. Han forsøkte på ny å stikke av. Han ble deretter fraktet til en annen politistasjon. Under bilturen fortsatte Zolotukhin å banne til Major K og truet med å drepe ham på grunn av igangsettingen av administrative sanksjoner. Zolotukhin ble samme dag dømt til tre dagers arrest for overtredelse av Code of Administrative Offences art. 158, som rammet «minor disorderly acts». Bestemmelsen rammet tre typer handlinger: «Utterance of obscenities in public», «offensive behaviour towards others» og «other acts that breach public order». Det faktiske grunnlaget for domfellelsen var munnbruk overfor polititjenestemennene og forstyrrelse av offentlig orden umiddelbart etter ankomsten til politistasjonen.

⁵³ Rui (2009b) s. 284

Den 23. januar 2002, ble det tatt ut tiltale mot Zolotukhin. Tiltalens første punkt omhandlet brudd på straffeloven art. 213 § 2 (b) om «disorderly acts». «Disorderly acts» omfatter «seriously breached public order or displayed a flagrant disrespect towards the community, used violence or threatened the use of violence» og «resisted a public official». Det faktiske grunnlaget som ble lagt til grunn i tiltalen var munnbruken Zolotukhin hadde hatt overfor tjenestemennene, det faktum at han dyttet en av tjenestemennene og truslene om voldsbruk. Tiltalens andre punkt gjaldt overtredelse av straffeloven art. 319 som omhandler fornærmelse av offentlig tjenestemann. Det faktiske grunnlaget som ble lagt til grunn var Zolotukhins munnbruk overfor major K mens han skrev rapporten på sitt kontor. Det tredje tiltalepunktet var brudd på straffeloven art. 318 om trusler mot offentlig tjenestemann. Det faktiske grunnlaget var her truslene om å drepe major K under kjøreturen mellom de to politistasjonene.

Den 2. desember 2002 ble Zolotukhin dømt for alle de tre tiltalepunktene. Dommen ble opprettholdt etter anke i april 2003.⁵⁴ Saken ble deretter anket inn for EMD.

4.3 EMDs tolkning av P 7-4

Etter å ha gjennomgått den inkonsistente praksisen om P 7-4, uttaler EMD at det er på tide å harmonisere tolkningen av vilkåret om «samme forhold»:

«It is against this background that the Court is now called upon to provide a harmonised interpretation of the notion of the “same offence” – the idem element of the non bis in idem principle – for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents laid

⁵⁴ Avsnitt 11-25

down in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement...»⁵⁵

EMD påpeker at ordlyden i P 7-4, her med tanke på termen «offence», åpner for en restriktiv tilnærming til spørsmålet om hva som skal utgjøre «samme forhold». Konvensjonen må anvendes på en slik måte at dens rettigheter er praktiske og effektive, ikke teoretiske og illusoriske.⁵⁶ Det uttales deretter:

«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, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second “offence” in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.»⁵⁷

EMD snevrer her inn den tidligere oppfatningen av hva som utgjør «samme forhold». Domstolen fastslår at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning gjelder hvor den andre avgjørelsen begrunnes i identiske fakta eller fakta som er vesentlig de samme.⁵⁸ Her forlattes bruken av rettslig karakteristik som avgrensningskriterium med den begrunnelse at det undergraver den garantien som er nedfelt i P 7-4.

⁵⁵ Avsnitt 78

⁵⁶ Avsnitt 80

⁵⁷ Avsnitt 81-82

⁵⁸ Rui (2009b) s. 289-290

4.4 Retningslinjer for vurderingen

4.4.1 Grunnlaget for vurderingen

EMD legger til grunn noen retningslinjer for hvordan avgrensningen av hva som utgjør «samme faktiske forhold», skal foretas:

«...the available material will necessarily comprise the decision by which the first “penal procedure” was concluded and the list of charges levelled against the applicant in the new proceedings. Normally these documents would contain a statement of facts concerning both the offence for which the applicant has already been tried and the offence of which he or she stands accused. In the Court's view, such statements of fact are an appropriate starting point for its determination of the issue whether the facts in both proceedings were identical or substantially the same. The Court emphasises that it is irrelevant which parts of the new charges are eventually upheld or dismissed in the subsequent proceedings, because Article 4 of Protocol No. 7 contains a safeguard against being tried or being liable to be tried again in new proceedings rather than a prohibition on a second conviction or acquittal.»⁵⁹

EMD uttaler at det skal skje en sammenligning av faktum som ble lagt til grunn i den første avgjørelsen og informasjonen som fremkommer i det dokumentet som er grunnlaget for den andre forfølgelsen. Da formålet med P 7-4 er å unngå gjentatt straffeforfølgning, ikke ny straff, påpeker EMD at det er irrelevant om noen av tiltalepunktene frafalles under behandlingen i den andre forfølgningen. Det som skal undersøkes er altså om tiltalte to ganger forfølges for det samme forholdet. Da er det ikke nok å kun se på domsgrunnene. Domsgrunnene gir ikke alltid en klar beskrivelse av hva påtalemyndigheten har tatt opp i saken. Påtalemyndigheten kan for eksempel ha frafalt tiltalepunkter under hovedforhandlingen, eller retten kan ha bygd på andre bevistema enn dem som er beskrevet i tiltalens faktumbe-

⁵⁹ Avsnitt 83

skrivelse. Ettersom forvaltningsavgjørelser også kan utgjøre sperrende avgjørelser, må man i slike tilfeller ta utgangspunkt i vedtakets begrunnelse.⁶⁰

I Norge vil det være tiltalen eller siktelsen som gir informasjon om de faktiske handlinger som legges til grunn ved en ordinær straffeforfølgelse. Dersom forvaltningen setter i gang en ny forfølgelse som kan lede til straff, vil et forhåndsvarsel etter forvaltningsloven § 16 gi den samme informasjonen.⁶¹

4.4.2 Hvordan avgrensningen gjøres

Dersom det faktiske grunnlaget i to avgjørelser er helt likt, er det klart at den nye forfølgelsen er konvensjonsstridig. Spørsmålet av interesse blir hvilke forhold som kan karakteriseres som «i det vesentlige» det samme.

EMDs vurdering i Zolotukhin gir en viss veiledning. I forhold til spørsmålet om den andre forfølgningen var sperret av den første, ble det uttalt:

«...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 being verbally abusive towards various officials – it was not a continuous act but rather different manifestations of the same conduct shown on a number of distinct occasions.»⁶²

Ved vurderingen av om noe kan karakteriseres som «samme faktiske handling» ser vi at EMD vektlegger hvorvidt det var steds- eller tidsmessig sammenheng mellom handlingene. EMD vurderte det slik i Zolotukhin-saken at det ikke var noen steds- eller tidsmessig sam-

⁶⁰ Rui (2009b) s. 290-291

⁶¹ Rui (2009b) s. 291

⁶² Avsnitt 92

menheng mellom hans munnbruk mot tjenestemennene, hans munnbruk mot Major K mens han skrev rapporten, og truslene mot Major K under bilturen. Det ser ut til at det skal små avvik til med hensyn til tid og sted før det er snakk om ulike faktiske handlinger. Det ser vi blant annet ved at Zolotukhins munnbruk inne på kontoret og hans munnbruk under bilturen, ikke ble anerkjent som samme handling.⁶³

EMD vurderte deretter om overtredelsen av art. 213 (fornærmelse av offentlig tjenestemann) som Zolotukhin ble tiltalt for under straffesaken, var det samme faktiske forholdet som han ble straffet for etter den administrative forfølgningen. EMD uttalte:

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

⁶³ Rui (2009b) s. 292

they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry.”⁶⁴

EMD sammenligner her bevisemaene i de to avgjørelsene. Det som skilte dem var at Zolotukhin under straffesaken også ble tiltalt for trusler om voldsbruk, noe han ikke ble i den administrative avgjørelsen. EMD kom til at ettersom det bare var ett nytt bevisstema i den nye saken, gikk de to forfølgningene i det vesentlige ut på samme faktum.⁶⁵ Dette betød at P 7-4 kun var krenket for Zolotukhins handlinger på politistasjonen, altså før han ble brakt inn på kontoret til Major K. For dette forholdet var det først blitt reist sak om forvaltnings-sanksjon og deretter straffesak. For truslene mot Major K var det kun reist straffesak mot Zolotukhin, og det forelå av den grunn ingen dobbeltforfølgning for disse handlingene.

Som analysen har vist skal det ved vurderingen av om det foreligger gjentatt straffeforfølgning først vurderes om det er steds- og tidsmessig sammenheng mellom handlingene. Dersom det er tilfellet, skal bevisemaene i de to forfølgningene vurderes. Dersom disse er de samme eller i det vesentligste de samme, foreligger det brudd på P 7-4.⁶⁶

Analysen av Zolotukhin viser at EMD foretar et klart skille med tidligere praksis. Kravet om rettslig og faktisk identitet blir her klart forlatt til fordel for en ren faktisk vurdering.

4.5 Høyesterett om Zolotukhin

Høyesterett slo fast i Rt. 2010 s. 72 at «[d]en normen EMD har gitt anvisning på i Zolotukhin-avgjørelsen må nå legges til grunn av norske domstoler.»⁶⁷ Spørsmålet i saken var om P 7-4 medførte at illeggelse av 60 prosent tilleggsatt og tilleggsavgift stengte for en etter-

⁶⁴ Avsnitt 97

⁶⁵ Rui (2009b), s. 293

⁶⁶ Rui (2009b), s. 295

⁶⁷ Avsnitt 13

følgende straffeforfølgelse for tilknyttede brudd på regnskaps- og ligningslovgivningen. Høyesterett kom til at forholdene som lå til grunn for de to forfølgningene ikke var de samme eller vesentlig de samme, og anken ble forkastet. Førstvoterende uttalte i forhold til Zolotukhin:

«I Zolotukhin-avgjørelsen mot Russland (EMD-2003-14939) 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...

I avsnitt 84 sier domstolen at rettens vurdering må begrense seg til fakta som utgjør et sett av konkrete, faktiske omstendigheter som involverer samme tiltalte og som henger uløselig sammen i tid og rom ...»⁶⁸

Høyesterett gjør det her klart at den nye vurderingsnormen skal legges til grunn i norsk straffeprosess, og at vilkåret om rettslig identitet er forlatt.

Det er ikke oppsiktsvekkende at Høyesterett legger EMDs kursendring til grunn. Høyesterett har i tidligere avgjørelser slått fast at en inkorporert konvensjonsbestemmelse skal gå foran annen norsk rett ved motstrid. Et eksempel er Rt. 2000 s. 996. Høyesterett drøftet her om P 7-4 sperret for at tiltalte ble ilagt forhøyet tilleggs�katt for 1987 etter at han var rettskraftig dømt for forsettlig skatteunndragelse dette året. Høyesterett tok ikke standpunkt til spørsmålet, men det ble uttalt:

«Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkingresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler

⁶⁸ Avsnitt 9 og 12

legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.»⁶⁹

Dette synet ble opprettholdt i Rt. 2002 s. 557. Spørsmålet var her om P 7-4 vernet mot strafferettslig forfølgning av et forhold det allerede var ilagt forhøyd tilleggsskatt for. Førstvoterende uttalte at de synspunktene som ble lagt til grunn i Rt. 2000 s. 996 skulle legges til grunn:

«... Som det er påpekt i denne dommen, kan spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, ikke løses ved hjelp av et generelt prinsipp, men beror på en nærmere tolking av de aktuelle rettsregler.

... Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3...»⁷⁰

På bakgrunn av disse avgjørelsene var det ikke uventet at Høyesterett i Rt. 2010 s. 72 la EMDs nytolkning av P 7-4 til grunn, selv om dette stred mot gjeldende norsk lovgivning.

⁶⁹ Side 1008

⁷⁰ Side 566

5 Konsekvenser for norsk straffeprosess

5.1 Innledning

Det skal her vurderes hvilke konsekvenser Zolotukhin-avgjørelsen har hatt for norsk straffeprosess. Kursendringen har blant annet hatt stor betydning for straffeprosessloven § 51, som er P 7-4s motpart i norsk rett. Da § 51 har en nær relasjon til bestemmelsene i straffeprosessloven §§ 38 og 254, skal det også drøftes om disse er berørt av Zolotukhin.

5.2 Relasjonen mellom straffeprosessloven §§ 38, 51 og 254

5.2.1 Kort om bestemmelsene

I norsk straffeprosess vil det i flere sammenhenger ha betydning om man står overfor ett eller flere straffbare forhold. Straffeprosessloven § 38 regulerer forholdet mellom tiltalebeslutning og dom, altså hvilke forhold domstolen kan, og ikke kan, ta hensyn til i sin bedømmelse av saken. Paragraf 51 omhandler dommens rettskraftvirkning, altså hvilke forhold som blir endelig avgjort ved at dommen blir rettskraftig. Dersom det reises en ny sak om samme forhold som er rettskraftig avgjort, skal domstolen avvise dette av eget tiltak. Paragraf 254 annet og tredje ledd gjelder påtalemyndighetens adgang til å utvide og endre tiltalen under hovedforhandlingen.

I det følgende skal det undersøkes hvorvidt avgrensningen av «samme forhold» tradisjonelt har vært lik i disse tre bestemmelsene.

5.2.2 Straffeprosessloven § 38 og § 51

Jeg henviser til pkt. 2.2 for en nærmere gjennomgang av straffeprosessloven § 51s ordlyd og virkeområde. Straffeprosessloven § 38 lyder:

«Retten kan ikke gå utenfor det forhold tiltalen gjelder, men er ubundet av den nærmere beskrivelse med hensyn til tid, sted og andre omstendigheter. Bare når

den finner særlig grunn til det, prøver retten om det foreligger omstendigheter som ville bringe forholdet inn under en strengere straffebestemmelse enn etter tiltalen.»

Straffeprosessloven § 38 anvender uttrykket «forhold» mens § 51 bruker uttrykket «krav». Det var tidligere usikkert hvorvidt de to begrepene var sammenfallende. Hensynene bak de to bestemmelsene er ikke parallelle, og det skulle av den grunn kunne tenkes at begrepene «krav» og «forhold» ikke hadde samme innhold.

Paragraf 38 er ett uttrykk for anklageprinsippet som er nedfelt i straffeprosessloven § 63:

«Domstolene trer bare i virksomhet etter begjæring av en påtaleberettiget, og deres virksomhet opphører når begjæringen blir tatt tilbake.»

Prinsippet går ut på at det er påtalemyndigheten som bestemmer hvilke saker som skal inn for retten og som legger rammene for straffesaken. Domstolen skal avgjøre disse sakene.⁷¹ Prinsippet bidrar til å opprettholde inntrykket av en nøytral og objektiv domstol som trer i virksomhet etter påtalemyndighetens begjæring.⁷²

Paragraf 51 skal ivareta helt andre hensyn: belastningshensynet og innrettelseshensynet.⁷³ Med belastningshensynet menes beskyttelse mot «den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning» for et forhold man allerede er forfulgt for.⁷⁴ Innrettelseshensynet ligger nært hensynet til forutberegnelighet. Den som har vært involvert i en sak som er en-

⁷¹ Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Bind 2, Oslo 2010, s. 999

⁷² Rui (2009a) s. 405-406

⁷³ Rui (2009a) s. 406

⁷⁴ Rt. 2002 s. 557 s. 568

delig avgjort, skal kunne innrette seg etter det. Disse hensynene tilsier at avgrensningen av hva som utgjør «samme forhold» bør gjøres så vid som mulig.⁷⁵

Til tross for at hensynene bak bestemmelsene er ulike, har Høyesterett i flere avgjørelser kommet til at hva som utgjør samme «krav» og «forhold» er sammenfallende. I Rt. 2003 s. 394 hadde en 25 år gammel mann i alkoholrus slått en annen mann i ansiktet. Han vedtok et forelegg for overtredelse etter drukkenskapsloven § 17, og spørsmålet i saken var hvorvidt dette forelegget stengte for en etterfølgende straffesak for overtredelse av straffeloven § 229. Straffesaken gjaldt det samme faktiske handlingen som forelegget. Det ble uttalt:

« ... Straffeprosessloven § 51 første ledd er således ikke til hinder for en ny sak når den samme handling rammes av to straffebestemmelser i idealkonkurrens, dersom disse retter seg mot klart forskjellige sider ved handlingen. Når tiltalen i slike tilfeller er begrenset til den ene av straffebestemmelsene, har retten ikke adgang til også å domfelle etter den andre, jf. straffeprosessloven § 38. Det er en etablert oppfatning at grensene for hva som anses for å være forskjellige straffbare forhold i idealkonkurrens, må trekkes på samme måte i begge disse relasjoner.»⁷⁶

I Rt. 2011 s. 172 var en mann tiltalt for voldtekt, voldtektsforsøk og brudd på våpenloven. I lagmannsretten hadde lagretten svart «nei» på spørsmålet om voldtektsforsøk, og tiltalte ble isteden dømt for legemsbeskadigelse etter straffeloven § 229. Under Høyesteretts behandling av saken stilte førstvoterende spørsmål om det kan avsies dom for legemsbeskadigelse eller legemsfornærmelse når tiltalen går ut på forsøk på voldtekt. Det ble uttalt:

⁷⁵ Rui (2009a) s. 406

⁷⁶ Avsnitt 11

«Spørsmålet om hva som er samme straffbare forhold, oppstår i flere relasjoner. Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at dette må bedømmes på samme måte etter § 38 som etter bestemmelsen om rettskraft i § 51.»⁷⁷

Som avgjørelsene viser har Høyesterett tradisjonelt lagt til grunn at det er parallellitet mellom avgrensningene av «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 38 og 51.

Det finnes særlig tre hensyn som tilsier en slik parallellitet mellom bestemmelsene. Retts-tekniske hensyn tilsier sammenfall da det innebærer en forenkling av regelsystemet. Systemorienterte vurderinger tilsier at like begreper bør ha samme innhold. Effektivitetshensynet tilsier også at begrepene bør være sammenfallende; dersom § 51 ble tolket videre enn § 38 ville dette kunne medføre at en sak fikk videre rettskraftvirkning enn det retten kunne ta stilling til i sin avgjørelse.⁷⁸

Til tross for at bestemmelsene skal ivareta ulike hensyn, må Høyesteretts standpunkt legges til grunn. Avgrensningen av «samme forhold» er sammenfallende i straffeprosessloven §§ 38 og 51.

5.2.3 Straffeprosessloven § 38 og § 254

Paragraf 254 andre og tredje ledd regulerer påtalemyndighetens adgang til å gjøre endringer i det «forhold» tiltalen gjelder under hovedforhandlingen:

«... Med samtykke av retten kan påtalemyndigheten utvide tiltalen til andre straffbare forhold, såfremt tiltalte samtykker i det eller gir en uforbeholden tilståelse som styrkes ved de øvrige opplysninger.

⁷⁷ Avsnitt 18

⁷⁸ Rui (2009a) s. 407

Andre endringer i tiltalebeslutningen kan foretas av påtalemyndigheten eller den som møter på dens vegne...»

Utgangspunktet er at påtalemyndigheten fritt kan gjøre endringer i tiltalen under hovedforhandlingen, så fremt den holder seg til samme straffbare forhold, jf. § 254 tredje ledd. Etter § 38 kan domstolen gjøre endringer i lovanvendelse og beskrivelsen av faktum, og som en konsekvens av dette må påtalemyndigheten ha samme mulighet. Bestemmelsens andre ledd åpner for at påtalemyndigheten ved samtykke av retten og tiltalte kan utvide tiltalen til å omfatte «andre straffbare forhold».⁷⁹ Spørsmålet som kan oppstå i denne forbindelse er hvilke endringer som medfører at man står overfor ett nytt straffbart forhold som krever samtykke.

Det finnes ikke noe direkte avklarende rettspraksis i forhold til spørsmålet om avgrensningen av «samme forhold» skal gjøres likt i §§ 38 og 254. Høyesterett berører spørsmålet i Rt. 1973 s. 594 og Rt. 1982 s. 513.

I førstnevnte sak var en 19 år gammel mann satt under tiltale etter blant annet straffeloven §§ 229 og 391 første ledd. Herredsretten dømte også etter løsgjengerloven § 17 da det under hovedforhandlingen kom frem at tiltalte hadde vært beruset da han begikk lovbruddene. Høyesterett tok av eget tiltak opp spørsmålet om herredsretten hadde hatt anledning til dette. Aktor anførte at det var påtalemyndigheten som hadde brakt løsgjengerloven § 17 inn i bildet med hjemmel i straffeprosessloven § 291 nr. 2 (nåværende § 254). Høyesterett så det slik at det var herredsretten som av eget tiltak hadde gjort utvidelsen, og dermed pådømt et annet forhold enn det tiltalen gjaldt etter daværende straffeprosesslov § 342 (nåværende § 38). Førstvoterende uttalte:

⁷⁹ Hov, Jo. *Rettergang II Straffeprosess*. Oslo 1999, s. 150

«Det er mulig at utvidelse etter straffeprosesslovens § 291 nr. 2 kunne ha vært foretatt uten tiltaltes samtykke. Men som nevnt i herredsrettens dom, ble slik utvidelse av tiltalen ikke foretatt, og herredsretten tok heller ikke standpunkt til tiltaltes anførsel om at vilkårene for utvidelse av tiltalen etter § 291 nr. 2 ikke var til stede. Etter dette antar jeg at domfellelsen etter drukkenskapslovens § 17 ikke kan bli stående.»⁸⁰

Høyesterett uttaler at utvidelsen «mulig» kunne vært foretatt av påtalemyndigheten med hjemmel i straffeprosessloven § 291 nr. 2. Samtidig tar retten det standpunkt at herredsretten ikke hadde adgang til å dømme etter løsgjengerloven § 17. Dette kan tyde på at Høyesterett ikke uten videre legger til grunn at det er sammenfall mellom avgrensningen av hva som er «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 38 og 254. Da uttalelsen ikke gir noe klart svar på spørsmålet, kan den ikke legges til grunn som en generell oppfatning av spørsmålet. Dersom Høyesterett hadde vurdert hvorvidt påtalemyndigheten faktisk kunne ha foretatt endringen i tiltalen uten tiltaltes samtykke, ville svaret vært noe klarere. Rui deler mitt synspunkt med den begrunnelse at uttalelsen er for vag til å gi et generelt svar. Han poengterer at Høyesteretts uttalelse ikke var nærmere begrunnet og heller ikke bestemmende for resultatet i saken da det ble avsagt i et obiter dictum.⁸¹

I Rt. 1982 s. 513 var det blitt utferdiget et forelegg med den beskrivelse at siktede hadde latt sine to hunder «være ute til tross for at de forstyrret den offentlige ro og orden ved å være aggressive overfor naboene». Etter endt hovedforhandlingen, oppdaget rettens formann at det var gitt nye politivedtekter. Vedtektene inneholdt ikke den bestemmelse forelegget bygget på, men en båndtvangsbestemmelse. Det ble innkalt til fortsatt hovedforhandling og der ble forelegget rettet til å gjelde overtredelse av båndtvangsbestemmelsen. Sikte-

⁸⁰ Side 597

⁸¹ Rui (2009a) s. 409

de ble her dømt. Domfelte anket og hevdet blant annet at det ikke var anledning til å foreta rettelsen, da det rettede forelegg gjaldt et «annet forhold».

Høyesterett stilte spørsmålet om «den subsumsjonsendring som ble foretatt i rettsmøtet 2. desember ligger innenfor rammen av straffeprosessloven § 291 nr. 1 jfr. § 342 annet ledd [nåværende §§ 254 og 38], dvs. om det forhold som ble angitt i det rettede forelegg var det samme forhold som det forelegget tidligere hadde angitt.»⁸² Høyesterett uttalte at «identitetsproblemet i utgangspunktet må være det samme for de to spørsmåls vedkommende».⁸³

Uttalelsen mangler en nærmere begrunnelse, men den indikerer at avgrensningen av «samme forhold» skal gjøres likt i §§ 38 og 254. Da Høyesterett allikevel uttaler at identitetsproblemet i «utgangspunktet» skal avgrenses på samme måte, tilsier en ordlydstolkning at unntak kan forekomme.

Avgjørelsen er for vag til å gi noe klart svar på identitetsproblemet i §§ 38 og 254. Rui er av samme oppfatning.⁸⁴ Da rettspraksis ikke har gitt noe klart svar, må spørsmålet avgjøres ut fra en vurdering av den foreliggende teorien og reelle hensyn.

Flere juridiske forfattere har inntatt ulike standpunkt til spørsmålet om det er parallellitet mellom bestemmelsene. Matningsdal uttaler:

«Ved endring av tiltalebeslutningen etter § 254 annet ledd kan det oppstå spørsmål om endringen medfører at man står overfor et annet forhold. Dette identitetsproblemet må løses på samme måte som etter § 38. Men det må gjøres en reserva-

⁸² Side 515-516

⁸³ Side 516

⁸⁴ Rui (2009a) s. 409-410

sjon: Da interesseteorien begrunnes i anklageprinsippet, kan den ikke begrense aktors adgang til å endre tiltalebeslutningen etter denne bestemmelsen.»⁸⁵

Bjerke, Keiserud og Sæther uttaler i sin kommentar til § 254 annet ledd:

«Det kan ikke være lovens mening at forhold her skal bety nøyaktig det samme som forhold i § 38, hvor det er anklageprinsippet som begrunner den snevre forståelsen av uttrykket. Påtalemyndighetene må (etter tredje ledd) kunne rette tiltalen til (også) å omfatte en straffebestemmelse som er satt til vern for en annen interesse enn den straffebestemmelsen tiltalen opprinnelig verner...»⁸⁶

Disse teoretikerne er altså av den oppfatning at § 38s forankring i anklageprinsippet stenger for en parallellitet med § 254. De påpeker at påtalemyndigheten må ha en videre kompetanse enn domstolen.

Rui er av motsatt oppfatning og mener at det er parallellitet mellom bestemmelsene. Han vektlegger at § 254 er et utslag av kontradiksjonsprinsippet.⁸⁷ Prinsippet går i all hovedsak ut på at tiltalte skal gis anledning til å gjøre rede for sitt syn, og ha adgang til å uttale seg om påtalemyndighetens anførsler.⁸⁸ Tiltalte skal slippe overraskende endringer av tiltalen etter at han har fått den forkynt. Prinsippet taler for en snever avgrensning av hva som utgjør «samme forhold», noe som trekker i retning av at avgrensningen i §§ 38 og 254 er sammenfallende. Hensynet til konsekvens og harmoni i regelverket trekker i samme retning. Rui vurderer det slik at ettersom Høyesterett har lagt til grunn at det er sammenfall

⁸⁵ Matningsdal, Magnus. *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. I: Jussens venner. 2002, s. 100

⁸⁶ Bjerke (2011), § 254, s. 2

⁸⁷ Rui (2009a) s. 410

⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) punkt 13.2.2

mellom §§ 38 og 51, bør det samme være tilfellet for §§ 38 og 254. Dette fordi forskjellen mellom de hensyn som begrunner §§ 38 og 51 er større enn forskjellen mellom §§ 38 og 254.⁸⁹

Andenæs og Jahre synes også å legge til grunn at «samme forhold» tolkes likt i §§ 38 og 254. Jahre uttalte i forbindelse med Rt. 2011 s. 172 at det hadde vært ønskelig om Høyesterett «i større grad hadde problematisert og drøftet mulige konsekvenser av at man nå bryter den parallelliteten det tradisjonelt har vært mellom bestemmelsene i § 38, § 51, § 254 og § 364.»⁹⁰

Andenæs uttaler følgende i forbindelse med sin vurdering av de endringene som kan foretas etter straffeprosessloven § 254 tredje ledd:

«Endringen kan gjelde den rettslige beskrivelse, beskrivelsen av faktum eller begge deler. Det er her ingen begrensning, så lenge det dreier seg om samme straffbare forhold. Dette er en naturlig konsekvens av regelen i § 38 om forholdet mellom tiltalebeslutning og dom. Så lenge det dreier seg om det forhold som tiltalen gjelder, står *domstolen* fritt til å bygge på andre faktiske omstendigheter eller legge til grunn en annen lovanvendelse enn påtalemyndighetene har gjort. Og da ville det være liten sammenheng i at påtalemyndigheten skulle være avskåret fra å foreta rettelse selv.»⁹¹

Som man ser er det delte meninger i forhold til avgrensningen av «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 38 og 254. Matningsdal og Bjerke/Keiserud/Sæther reiser i mine øyne

⁸⁹ Rui (2009a) s. 410

⁹⁰ Jahre, Hans-Petter. *Kommentar til Rt. 2011 s. 172*. 2011 (b)

⁹¹ Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess. Bind 1*. 3. utg. 2000, s. 317

interessante observasjoner. Det er hensiktsmessig med en vurdering av de hensyn som ligger bak bestemmelsene.

Paragraf 254 er som sagt et utslag av kontradiksjonsprinsippet. Det kontradiktoriske prinsipp går ut på at tiltalte har krav på å bli hørt før han dømmes, og ha mulighet til å forberede sitt forsvar.⁹² Dersom påtalemyndigheten hadde hatt fri adgang til å endre tiltalen under hovedforhandlingen, hadde kontradiksjonsprinsippet blitt illusorisk. Dette tilsier en snever avgrensning av hva som utgjør «samme forhold». På den annen side tilsier hensynet til en effektiv rettspleie at avgrensningen er noe videre. Dersom påtalemyndigheten ikke kan foreta endringer i tiltalen under hovedforhandlingen vil dette kreve omfattende arbeid forut for saken. Ressurs- og tidsmessig er dette en uønsket situasjon.

Straffeprosessloven § 38 er et utslag av anklageprinsippet, og går ut på at domstolen bare trer i kraft etter begjæring av påtalemyndigheten. Det er påtalemyndigheten som legger rammen for straffesaken.⁹³ Dersom man legger til grunn en bred forståelse av hva som utgjør «samme forhold» ville dette i praksis medført at domstolen kunne pådømt ethvert lovbrudd den fant det bevist at tiltalte hadde begått. For å unngå en kompetanseskjevning fra påtalemyndigheten til domstolen, tilsier anklageprinsippet en snever avgrensning av hva som utgjør «samme forhold» etter straffeprosessloven § 38.⁹⁴ At hensynene bak bestemmelsene tilsier en snever avgrensning, kan tale for at det er parallellitet mellom dem. Det er retts teknisk en god løsning at like begreper har samme innhold.

På den andre siden er domstolen ilagt visse begrensninger etter § 38. Domstolen kan ikke dømme etter en straffebestemmelse «som rettslig sett har en annen karakter enn det tiltalen

⁹² NOU 2003: 15 punkt 5.5.3.4

⁹³ Hov (2010) s. 999

⁹⁴ Frøberg, Thomas. *Identitetsspørsmål i strafferetten og straffeprosessen*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2008, s. 505

gjelder».⁹⁵ Som nevnt i punkt 3.3.3 skal det foretas en helhetsvurdering hvor en rekke momenter er relevante, herunder om bestemmelsene verner ulike interesser. Dersom det skal være full parallellitet mellom bestemmelsene i §§ 38 og 254, vil dette innebære visse begrensninger for påtalemyndighetens adgang til å endre tiltalen under hovedforhandlingen. Da det er påtalemyndigheten som skal sette rammene for straffesaken, er det hensiktsmessig at den har adgang til å rette tiltalen til å omfatte straffebestemmelser som er av en annen rettslig karakter. Hvis begrensningene i § 38 skal opprettholdes, vil avgrensingen av hva som utgjør «samme forhold» i straffeprosessloven § 254 blir noe videre enn i § 38. Dersom det ønskes full parallellitet utvides domstolens kompetanse. Retten ville stått fritt til å subsumere under straffebestemmelser som rettslig sett har en annen karakter enn den bestemmelsen som er oppstilt i tiltalen.

Som vurderingen viser er det argumenter som taler for og imot parallellitet mellom §§ 38 og 254. Mitt syn er at det er ønskelig å beholde det norske systemet hvor det er påtalemyndigheten som setter rammene for straffesaken. Domstolen skal stå som et objektivt, nøytralt organ, og det ville være uheldig om påtalemyndighetens endringskompetanse skulle begrenses av hensynene bak § 38. Min konklusjon må av den grunn bli at det ikke er sammenfall mellom avgrensningen av hva som utgjør «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 38 og 254.

5.2.4 Straffeprosessloven § 51 og § 254

Det har i liten grad vært diskutert hvorvidt det er sammenfall mellom avgrensningen av «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 51 og 254. Det finnes ikke høyesterettspraksis som gir svar på dette, og få forfattere har drøftet problemstillingen. På bakgrunn av drøftelsen i punkt 5.2.3 blir det en logisk umulighet at det er sammenfall mellom avgrensningene i §§ 51 og 254. Dette begrunnes i det tradisjonelle synspunktet om at det er sammenfall mel-

⁹⁵ Rt. 1989 s. 1336, s. 1338

lom §§ 38 og 51 (punkt 5.2.2). Da det ikke er parallellitet mellom §§ 38 og 254, kan det heller ikke være parallellitet mellom §§ 51 og 254.

Til tross for at svaret er klart, finnes det hensyn som taler for det motsatte resultat. Hensynet til en effektiv strafferettspleie tilsier at avgrensningen bør gjøres likt. Dette kan illustreres dersom man ser for seg at avgrensningen i § 51 var videre enn avgrensningen i § 254. En slik avgrensning medfører at forhold som påtalemyndigheten ikke har brakt inn i saken gjennom tiltalebeslutningen, kan bli rettskraftig avgjort. Man kan også se for seg det tilfellet at avgrensningen av § 51 er snevrere enn i § 254. Et slikt resultat vil kunne medføre at påtalemyndigheten kan bringe inn nye forhold i en straffesak som ikke vil omfattes av dommens rettskraft. Begge resultatene er uheldige. Videre tilsier også hensynet til konsekvens og harmoni at det bør være sammenfall mellom avgrensningene.⁹⁶

Til tross for at flere hensyn taler for parallellitet, er det som sagt en umulighet. Konklusjonen blir dermed at det ikke er sammenfall mellom avgrensningen av «samme forhold» i §§ 51 og 254.

5.3 Hvilke endringer har Zolotukhin medført for tolkningen av «samme forhold» i §§ 38, 51 og 254?

5.3.1 «Samme forhold» i straffeprosessloven § 51

Som gjennomgått i punkt 4.5 har Høyesterett slått fast at EMDs kursendring i Zolotukhin skal legges til grunn for norsk straffeprosess. Kursendringen har fått direkte konsekvens for anvendelsen av straffeprosessloven § 51. Bestemmelsen har nå fått et videre nedslagsfelt. Hva som utgjør samme ”krav” skal bare omfatte den faktiske handlingen, og ikke den rettslige identiteten. Høyesterett har i sine avgjørelser etter Zolotukhin-avgjørelsen lagt denne

⁹⁶ Rui (2009a) s. 408

nye oppfatningen til grunn. I den tidligere nevnte avgjørelsen Rt. 2011 s. 172 uttalte domstolen at tolkningen av § 51 må gjøres i samsvar med P 7-4:

«Spørsmålet om hva som er samme straffbare forhold, oppstår i flere relasjoner. Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at dette må bedømmes på samme måte etter § 38 som etter bestemmelsen om rettskraft i § 51. Bestemmelsen om rettskraft må tolkes i samsvar med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) protokoll 7 artikkel 4. Etter Den europeiske menneskerettsdomstols storkammerdom 10. februar 2009 i saken Zolotukhin mot Russland (EMD-2003-14939) er det avgjørende for om man står overfor samme forhold etter protokoll 7 artikkel 4, hvorvidt den faktiske handling er den samme. For at den faktiske handling i en ny forfølgning skal anses å være den samme som i en tidligere, må den inngå i samme begivenhet, knytte seg til samme tidspunkt i hendelsesforløpet og bestå av de samme eller vesentlig de samme faktiske omstendigheter ...»⁹⁷

Zolotukhin-avgjørelsen fikk altså den konsekvens at det kun er den faktiske identitet som skal vurderes ved anvendelse av § 51. Spørsmålet om det foreligger rettslige identitet er forlatt. Høyesterett gjorde her ett brudd med den tradisjonelle norske oppfatningen.

Endringen har medført en økt rettsikkerhet for borgerne da de i større grad enn tidligere kan være sikre på at deres sak har fått sin ende. Prosessøkonomisk er dette også en god løsning. Å unngå gjentatte straffeforfølgninger bidrar til å lette saksmengden for påtalemyndigheten og domstolene. Mye tid og ressurser er spart ved å unngå flere runder i domstolene.

En av de mest praktiske konsekvensene av kursendringen er i forhold til forvaltningsinngrep mot borgerne. Forvaltningsinngrep kan i visse tilfeller hindre etterfølgende straffesak, og omvendt. Nytolkningen av § 51 medfører at forvaltningen tidlig må ta et standpunkt i

⁹⁷ Avsnitt 18

forhold til om saken skal behandles som forvaltnings- eller straffesak. Dersom det innledes parallellforfølging krever dette nært samarbeid mellom forvaltningsorganet og politiet. Som vi så i punk 2.4.4 gjelder det krav om tilstrekkelig nærhet «in substance and in time». Selv om det fremdeles er adgang for to organer til parallelt å forfølge ett forhold, er systemet blitt vesentlig modifisert.⁹⁸

5.3.2 «Samme forhold» i straffeprosessloven § 38

Spørsmålet her er hvilken betydning endringen av straffeprosessloven § 51 har hatt for tolkningen av hva som utgjør «samme forhold» i straffeprosessloven § 38.

Som gjennomgått under pkt. 5.1.1 har det tradisjonelt i norsk rett vært sammenfall mellom §§ 51 og 38. Spørsmålet etter Zolotukhin var i så måte om denne parallelliteten skulle opprettholdes. Høyesterett slo fast at parallelliteten måtte brytes i Rt. 2011 s. 172:

«Spørsmålet om hva som er samme straffbare forhold, oppstår i flere relasjoner. Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at dette må bedømmes på samme måte etter § 38 som etter bestemmelsen om rettskraft i § 51 ... Også for adgangen etter straffeprosessloven § 38 til å dømme for overtredelse av et annet straffebed enn det som er angitt i tiltalen, er det et nødvendig vilkår at det er tale om samme faktiske handling. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig. Norsk straffeprosess bygger på anklageprinsippet. For at retten skal kunne dømme etter en annen straffebestemmelse enn den som er angitt i tiltalen, må det også stilles krav om at bestemmelsen ikke har en vesentlig annen rettslig karakter enn den bestemmelse som er angitt i tiltalen. Sentrale momenter ved denne vurderingen er om straffebedene tar sikte på å beskytte vesensforskjellige interesser, de grunnleggende trekk ved gjerningsbeskrivelsene og om det er stor forskjell på strafferammene...»⁹⁹

⁹⁸ Jahre (2011a) s. 212

⁹⁹ Avsnitt 18-19

Høyesterett foretar her et brudd med den tradisjonelle parallelliteten med § 51 for å opprettholde hensynene som ligger bak § 38. Høyesterett fastholder at det for § 38 i tillegg til faktisk identitet fortsatt må «stilles krav om at bestemmelsen ikke har en vesentlig annen karakter enn den bestemmelse som er angitt i tiltalen.» For å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser etter P 7-4 ble det derfor umulig å beholde parallelliteten mellom §§ 38 og 51.¹⁰⁰

Det er enighet i teorien om at dette er et godt resultat. Rui uttaler:

«På grunn av utvidelsen av avgrensingen av den negative materielle rettskraft bør den parallellitet som har bestått ved avgrensingen av sakens identitet i § 51 og § 38 brytes. En avgrensing av sakens identitet i § 38 uten å se hen til bestemmelsers rettslige karakteristikk, vil være problematisk ut fra den sterke stilling anklageprinsippet har i norsk straffeprosess.»¹⁰¹

Jahre og Holmboe drøftet problematikken forut for Rt. 2011 s. 172. De uttalte:

«Det er vanskelig ad tolkingsvei å la en videre tolking av § 51 få konsekvenser for tolkingen av § 38, som er begrunnet i anklageprinsippet. Hvis bestemmelsen til skade for tiltalte skal utvide rettens kompetanse til å dømme for et annet straffbart forhold – rettslig sett – enn det tiltalen gjelder, bør det være en lovgiveroppgave.»¹⁰²

¹⁰⁰ Jahre (2011b)

¹⁰¹ Rui (2009b) s. 297

¹⁰² Jahre (2011a) s. 209

Da Høyesterett har slått fast at parallelliteten mellom §§ 51 og 38 må brytes, kan dette legges til grunn som sikker rett. Det motsatte resultat ville betydd at domstolen hadde hatt kompetanse til å pådømme ethvert lovbrudd den fant det bevist at tiltalte hadde begått, så lenge den holdt seg innenfor den faktiske handlingen beskrevet i tiltalen. Et slikt vidtgående identitetsbegrep i straffeprosessloven § 38 ville medført en uheldig kompetanseforskyvning fra påtalemyndigheten til domstolen.¹⁰³ Påtalemyndighetens oppgaver ville blitt vesentlig forringet da det ikke lenger ville vært nødvendig å tiltale under spesifikke straffebestemmelser. Domstolen ville selv kunne valgt hvilke bestemmelser den fant at tiltalte hadde overtrådt ved handlingen.

Det finnes hensyn som taler for å beholde parallelliteten. For det første taler retts tekniske hensyn mot et slikt brudd da en sammenfallende tolkning medfører en forenkling av regelsystemet. Systemorienterte vurderinger tilsier at like ord og begreper bør tolkes likt, dette for å opprettholde konsekvens og harmoni i regelverket. Spesielt gjelder dette når det er snakk om likelydende begreper i samme lov. Et tredje hensyn er effektivitetshensynet. Der som «krav» i § 51 tolkes videre enn «forhold» i § 38, kan dette medføre at dommen får videre rettskraftvirkning enn det domstolen kan ta stilling til i sin avgjørelse.¹⁰⁴ Dette påfører påtalemyndigheten et større ansvar enn tidligere.

Et eksempel kan være at domstolen skal pådømme en forbrytelse hvor retten finner at flere straffebestemmelser enn de som er opplistet i tiltalen, er overtrådt. Påtalemyndigheten har ikke vært utførlige nok ved utformingen av tiltalen og endrer heller ikke denne under hovedforhandlingen. Da retten ikke kan pådømme forholdet etter en straffebestemmelse som har en annen rettslig karakteristikk enn bestemmelsen i tiltalen, er domstolen avskåret fra å behandle denne. Dommens rettskraft gjelder da hele forbrytelsen, og § 51s nye innhold

¹⁰³ Frøberg (2008) s. 505

¹⁰⁴ Rui (2009a) s. 407

sperrer for at påtalemyndigheten kan gå til ny sak om det rettslige forhold som ikke ble inntatt i den første forfølgningen.

I realiteten vil dette sjelden være et problem da påtalemyndigheten har muligheten til å sette opp subsidiære tiltalepunkter og har mulighet til å endre tiltalen under hovedforhandlingen. Men i teorien vil den brutte parallelliteten kunne medføre dette resultatet.

Da Høyesterett allikevel har tatt det standpunkt at parallelliteten må brytes, må man legge dette resultatet til grunn. Det hadde derimot vært ønskelig med en uttalelse hvor Høyesterett vurderer konsekvensene av bruddet.

5.3.3 «Samme forhold» i straffeprosessloven § 254

Etter Zolotukhin-avgjørelsen har Høyesterett gitt klare svar på avgrensningen av «samme forhold» i straffeprosessloven §§ 38 og 51. Hvilken betydning Zolotukhin har hatt for straffeprosessloven § 254 er fremdeles uavklart.

Som sagt regulerer § 254 endring av tiltalen både innenfor «samme forhold» (jf. tredje ledd) og utvidelse til «andre forhold» (jf. annet ledd).

Tredje ledd slår fast at møtende aktor har fri endringsadgang innenfor «samme forhold» som tiltalen gjelder. Her er parallellen til straffeprosessloven § 38 sterk. Når domstolen har kompetanse til å subsumere under andre straffebestemmelser enn de som er oppstilt i tiltalen, bør aktor ha samme endringsadgang. Etersom § 38 fremdeles krever faktisk og rettslig identitet, vil dette også kunne gjelde for § 254 tredje ledd. Derimot er § 38 begrunnet i anklageprinsippet. Som drøftet i punkt 5.2.3 er dette ikke et begrensende prinsipp for § 254. Som resultat av dette er det ingenting som står i veien for at påtalemyndigheten har en videre endringsadgang enn domstolen.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Jahre, Hans-Petter. *Merknad til straffeprosessloven § 254*. 2011 (c)

Bestemmelsens andre ledd gjelder påtalemyndighetens adgang til å utvide tiltalen til andre straffbare forhold. Her gjelder det tilleggsvilkår: retten må ha samtykket til utvidelsen og tiltalte må enten ha samtykket eller gitt en uforbeholden tilståelse. Dette henger sammen med at påtalemyndigheten har mulighet til å reise ny sak om et forhold som prosessuelt er «et annet». Det er her Zolotukhin-avgjørelsen medfører problemer. Nytolkningen av straffeprosessloven § 51 medfører at det ikke er adgang til å reise ny sak om det samme faktiske forholdet. Dette betyr at påtalemyndighetens adgang til å reise en ny sak om det «andre forholdet» er stengt. Denne begrensningen kan tale for at avgrensningen av «samme forhold» i § 254 bør være parallell med avgrensningen i § 51. Det er en retts teknisk god løsning at tiltalen kan endres etter § 254 tredje ledd i samme utstrekning som rettskraften rekker.¹⁰⁶

Men praktisk sett vil dette sjeldent være et problem. Påtalemyndigheten kan beskytte seg mot uønsket rettskraftvirkning ved å ta med subsidiære tiltaleposter. Dersom man har god oversikt over faktum vil ikke det medføre store problemer. Problemet kan oppstå der det dukker opp uforutsette endringer under hovedforhandlingen, men dette forekommer sjeldent.¹⁰⁷

Det er uenighet i teorien om man skal tolke straffeprosessloven § 254 slik at avgrensningen av «samme forhold» blir parallell med avgrensningen i § 51. Jahre og Holmboe er av den oppfatning at en omtolkning av § 254 bør skje ved lovendring. De poengterer at tiltaltes behov for vern mot utvidelse eller endring av tiltalen vil være det samme uavhengig av hvordan rettskraftreglene praktiseres.¹⁰⁸ Jahre uttaler:

¹⁰⁶ Jahre (2011c)

¹⁰⁷ Jahre (2011c)

¹⁰⁸ Jahre (2011a) s. 210

«En omtolking av § 254 slik at man bryter parallellen med § 38 og gjenoppretter parallellen med § 51 vil dessuten være en vesentlig endring av rettsstilstanden til skade for borgeren, og bør derfor i tilfelle skje ved lovendring og ikke av domstolene på tolkingsvei.»¹⁰⁹

Rui inntar ett annet standpunkt:

«Derimot bør avgrensingen av sakens identitet i § 51 og § 254 være enhetlig. Hvis påtalemyndighetens adgang til å endre tiltalen avgrenses snevrere enn omfanget av den negative materielle rettskraft, vil det medføre at bestemmelser påtalemyndigheten ikke har hatt mulighet til å bringe inn i saken under hovedforhandlingen, omfattes av rettskraften.»¹¹⁰

Rettsstilstanden for straffeprosessloven § 254 er altså uklar. På den ene siden er det en uheldig konsekvens at § 51 kan stenge for påtalemyndighetens adgang til å reise ny sak om «andre forhold», jf. § 254 andre ledd. Som Rui påpeker bør det være samsvar mellom hva påtalemyndigheten inntar i tiltalen og dommens rettskraft. På den andre siden er betenkelig å tillegge Zolotukhin-avgjørelsen mer omfattende internrettslige virkninger enn nødvendig. Dette av hensyn til borgernes rettsikkerhet. Som drøftet ovenfor har påtalemyndigheten en sikkerhetsventil ved adgang til å inkludere subsidiære tiltaleposter. På grunn av dette er det i ytterst få tilfeller at nytolkningen av § 51 vil medføre uheldige resultater.

Da Høyesterett har unnlatt å ta stilling til avgrensningen i § 254, til tross for klare svar i forhold til §§ 38 og 51, kan det argumenteres for at spørsmålet må få sin løsning ved lovgivers hånd.

¹⁰⁹ Jahre (2011c)

¹¹⁰ Rui (2009b) s. 297

5.4 Samme faktiske forhold

5.4.1 Innledning

I oppgavens punkt 3.3.1 ble det gjennomgått hvilke momenter Høyesterett tidligere har vektlagt ved vurderingen av om to forhold utgjør «samme faktiske handling». Spørsmålet som oppstår i denne forbindelse er om Zolotukhin har medført noen konsekvenser for tolkingen av disse momentene.

Som beskrevet i oppgavens punkt 4.3.2 vektla EMD hvorvidt det var steds- og tidsmessig sammenheng mellom handlingene. EMD uttalte at i de tilfellene hvor det dreier seg om en handlingsrekke eller et hendelsesforløp, må handlingene være uløselig knyttet sammen i tid og sted («inextricably linked together in time and space») for å utgjøre ett forhold.

Jahre og Holmboe har merket seg at EMD i Zolotukhin gir uttrykk for å ha et snevrere identitetsbegrep enn det vi er vant til i norsk straffeprosess. Dette reiser spørsmål i forhold til læren om fortsatt forbrytelse. I norsk rett har det vært lagt til grunn at det som strafferettslig regnes som én fortsatt forbrytelse, også prosessuelt er ett straffbart forhold.¹¹¹ Spørsmålet blir om EMDs snevre identitetsbegrep får noen konsekvenser ved bedømmelsen av om det foreligger en fortsatt forbrytelse etter norsk rett. I det følgende vil det foretas en kort vurdering av hvordan vi i norsk straffeprosess bedømmer om det foreligger en fortsatt forbrytelse. Deretter vil EMDs avgrensning av identitetsspørsmålet drøftes, etterfulgt av en vurdering av om dette får noen konsekvens for norsk straffeprosess.

5.4.2 Kort om fortsatt forbrytelse i norsk straffeprosess

En fortsatt forbrytelse foreligger når flere faktiske handlinger eller unnlater i strid med et bestemt straffebud anses som ett lovbrudd.¹¹² I norsk straffeprosess har vi ingen fast regel

¹¹¹ Jahre (2011a) s. 210

¹¹² Øyen, Ørnulf. *Fortsatt forbrytelse*. I: Jussens venner. Nr. 4, 2005, s. 219

som anvendes ved vurderingen av om det foreligger en slik fortsatt forbrytelse. En generell sammenfatning ble gitt i Rt. 1994 s. 203 som gjaldt spørsmål om tjenesteforsømmelse etter straffeloven § 324. Førstvoterende uttalte:

«Spørsmålet om en står overfor ett fortsatt straffbart forhold eller enkeltstående lovovertrædelser, beror på en helhetsvurdering, der sammenheng i tid, tilknytning til samme sted og et eventuelt felles forsett er momenter av betydning.»¹¹³

Det vil også være ett moment hvorvidt handlingene rammer samme eller forskjellige fornærmede.¹¹⁴

I forhold til tidsmomentet finnes det ingen fast grense med tanke på hvor lenge det straffbare forholdet må ha vart. Det som er av interesse er kontinuiteten i lovovertrædelsene, og årsaken til eventuelle opphold. Dersom lovbruddene skjer hyppig og mer eller mindre konstant, fremstår de ofte som en enhet.¹¹⁵ I praksis er det vanlig å sammenfatte flere handlinger til én forbrytelse når de foretas i umiddelbar nærhet. Flere skjellsord mot en person ved samme anledning bedømmes bare som én ærekrenkelse, flere slag som én legemsfornærmelse.¹¹⁶ Det forekommer også i praksis at flere straffbare handlinger anses som én fortsatt forbrytelse selv om handlingene strekker seg over et lengre tidsrom. Et eksempel er at en far har utuktig omgang med sin mindreårige datter over flere år.¹¹⁷

I forhold til handlingens karakter er det nødvendig å se hen til hvor stor likhet det er mellom handlingene. Jo større likhet, desto større grunn er det til å konstatere fortsatt forbrytel-

¹¹³ Side 205

¹¹⁴ Se bl.a. Rt. 1992 s. 445, Rt. 1998 s. 1416

¹¹⁵ Øyen (2005) s. 246

¹¹⁶ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1999, s. 332

¹¹⁷ Se bl.a. Rt. 1983 s. 614, Rt. 1987 s. 819, Rt. 2002 s. 917

se.¹¹⁸ Et felles gjerningssted skaper en ekstra tilknytning mellom overtredelsene. Likhet i forøvelsesmåte og forøvelsessted befester en felles modus, men dette momentet har ikke noen stor selvstendig betydning.¹¹⁹ Gjerningsmannens forsett vil også være et vurderingsmoment. Lovbruddene må ikke fremstå hos gjerningsmannen som utslag av individuelle overveielser.¹²⁰

Rt. 1992 s. 562 er illustrerende i forhold til tids- og stedsmomentet. Her hadde tiltalte slått og sparket fornærmede flere ganger inn i et samfunnshus. Til tross for at tiltalen kun gjaldt slagene og sparkene inne i samfunnshuset, hadde retten også dømt for slag som fant sted en halv time senere ca. 200 meter unna samfunnshuset. Høyesterett uttalte at det var legemsbeskadigelsen retten hadde tatt standpunkt til, og var ubundet av tiltalens nærmere beskrivelse med tanke på tid og sted. Det var ikke avgjørende at det hadde gått ca. en halv time mellom voldsepisodene, heller ikke at de to episodene fant sted 200 meter fra hverandre. Dette måtte regnes som «samme straffbare forhold».¹²¹

5.4.3 Identitetsbegrepet i Zolotukhin

EMD delte hendelsesforløpet i Zolotukhin inn i tre episoder: handlingene på politistasjonen (episode 1), handlingene på Major Ks kontor (episode 2) og handlingene under bilturen (episode 3). EMD konkluderte med at de tre episodene var tre ulike forhold. Dette til tross for at både episode 2 og 3 dreide seg om den samme fornærmede (Major K) og handlingene var av samme art som i episode 1. EMD konkluderte med at handlingene ikke var uløselig knyttet sammen i tid og sted. Selv om det i alle episodene dreide seg om samme type handlinger kunne de ikke utgjøre en sammenhengende overtredelse. Denne inndelingen medførte at P 7-4 kun var krenket for episode 1 hvor det først ble reist sak om forvaltnings-

¹¹⁸ Øyen (2005) s. 251

¹¹⁹ Øyen (2005) s. 254

¹²⁰ Øyen (2005) s. 255

¹²¹ Side 563

sanksjon og så straffesak. I episode 2 og 3 var det kun reist straffesak mot Zolotukhin, og det forelå av den grunn ingen dobbeltforfølgning for disse handlingene.

5.4.4 Konsekvensene av EMDs snevre identitetsbegrep

I norsk rett ville trolig episode 2 og 3 blitt regnet som en fortsatt forbrytelse: de gjaldt samme fornærmede, forekom over et kort tidsrom og gjaldt samme type handlinger. Problemet oppstår hvor flere straffbare handlinger etter norsk rett regnes som én fortsatt forbrytelse, mens det etter EMK regnes som flere straffbare forhold. Et eksempel på dette kan være saksforholdet i Zolotukhin, hvor han gjentatte ganger og overfor forskjellige personer fremsatte trusler og sjikane. Bedømt etter norsk rett, ville mye tale for at man står overfor én overtredelse av for eksempel straffeloven § 350 om ordensforstyrrelse. Hvis man ser for seg at den første delen allerede var avgjort ved frifinnelse eller domfellelse, oppstår spørsmålet om hva som skal bli konsekvensen dersom påtalemyndigheten tar det hele med i tiltalebeslutningen. Retten må da ta stilling til om den vil avvise hele tiltalen eller bare «del 1».¹²²

Denne problemstillingen vil sjeldent være problematisk i de rene straffesaker. I de saker hvor en handling eller en handlingsrekke medfører at flere straffebestemmelser er brutt, vil politiet etterforske, påtaleavgjøre og iretteføre disse under ett. Her blir det bare én forfølgning. Problemet kan først og fremst oppstå der det dels er snakk om en forvaltningssanksjon og dels om formell straffesak.¹²³

Det vil trolig være delte meninger i forhold til om retten skal avvise hele tiltalen eller bare «del 1». Noen vil nok mene at retten ikke kan splitte opp ett straffbart forhold. Andre vil

¹²² Holmboe (2012) [personlig meddelelse]

¹²³ Jahre (2011a) s. 211

derimot kunne peke på at den norske prosessordningen ikke skal vike i større grad enn det som er nødvendig for å oppfylle våre internasjonale forpliktelser.¹²⁴

Jahre og Holmboe har drøftet problemstillingen:

«Vi bemerker at etter vårt syn er det uansett ingen grunn til at et snevrere faktisk identitetsbegrep i EMK enn i norsk rett skal medføre en omlegging i norsk rett av hva som strafferettslig anses som et fortsatt forhold. EMK og EMDs praksis tvinger ikke til dette, og en eventuell harmonisering mellom det prosessuelle og det materielle må være en lovgiveroppgave.»¹²⁵

Min oppfatning er at det ville være et uheldig resultat dersom norske domstoler må avvise hele det straffbare forholdet dersom en del allerede er avgjort ved et forvaltningsvedtak. En slik ordning ville medført at gjerningspersonen fikk en mildere straff enn hans handlinger i realiteten tilsa. EMDs snevre identitetsbegrep er i denne forstand en god løsning. Kravet om steds- og tidsmessig nærhet medfører at alle delene av det straffbare forholdet blir selvstendig vurdert og eventuelt strafflagt.

På den andre siden vil en tilegnelse av EMDs identitetsbegrep medføre store endringer i den norske strafferetten og straffeprosessen. Jeg må her si meg enig med Jahre og Holmboe. Da EMK og EMDs praksis ikke tvinger til en slik tilegnelse, er det ingen grunn til at Zolotukhin skal få så store konsekvenser. En endring i forhold til hva som skal anses som en fortsatt forbrytelse bør være en lovgiveroppgave.

Frem til nå har ikke spørsmålet vært behandlet i Høyesterett eller av lovgiver. Problematikken synes kun å være en teoretisk problemstilling. På bakgrunn av dette legger jeg til grunn

¹²⁴ Holmboe (2012)

¹²⁵ Jahre (2011a) s. 211

at den tradisjonelle norske avgrensningen av hva som utgjør en fortsatt forbrytelse per tiden er uberørt av EMDs snevre identitetsbegrep.

5.5 Oppsummering

Zolotukhin har medført en rekke konsekvenser for norsk straffeprosess. Den viktigste er tolkningsendringen av straffeprosessloven § 51. Kravet om faktisk og rettslig identitet mellom forfølgelsene er forlatt, til fordel for en ren faktisk vurdering. Denne endringen har medført økt rettssikkerhet for borgerne da de i større grad enn tidligere kan være sikre på at deres sak har fått sin ende. Endringen har også skjerpet kravet til påtalemyndighetens arbeidsmetoder. Ved utforming av tiltalen må alle eventuelle straffebestemmelser være med, det er ikke lenger mulig å reise ny sak med hjemmel i andre straffebestemmelser.

En annen viktig konsekvens er bruddet i den tradisjonelle parallelliteten mellom straffeprosessloven §§ 38 og 51. Høyesterett valgte å gjøre dette bruddet for å opprettholde anklageprinsippets plass i norsk rett. Dette var en god løsning for å beholde domstolene som objektive og nøytrale organer. Dersom domstolene fritt kunne subsumert under de straffebestemmelser de fant passende, ville dette trolig fått konsekvenser for borgernes tiltro til domstolene. Det ville også ha medført en uheldig kompetanseforskyvning fra påtalemyndigheten til domstolene.

Avgrensningen av hva som utgjør «samme forhold» i straffeprosessloven § 254 har ennå ikke fått sin løsning. Her må det imidlertid påpekes at det i juridisk teori var ulike oppfatninger forut for Zolotukhin-avgjørelsen. Da Høyesterett ikke har tatt standpunkt til hvilken konsekvens Zolotukhin skal få for § 254, til tross for klare standpunkt i forhold til §§ 38 og 51, kan det argumenteres for at dette blir en lovgiveroppgave.

For tiden har det kun vært en teoretisk problemstilling om EMDs snevre identitetsbegrep i Zolotukhin vil få noen konsekvenser for den norske læren om fortsatt forbrytelse. Dette er et spørsmål som må få sin løsning ved domstolen eller lovgivers hånd.

Som vist har konsekvensene vært mange, men jeg tviler på at vi har sett siste sak om fin-
tolkningen av P 7-4.

6 Norske avgjørelser i lys av Zolotukhin-dommen

6.1 Avgjørelser som ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett

Nå som rettslig identitet ikke lenger er et vurderingsmoment ved anvendelsen av straffeprosessloven § 51 og P 7-4, har en rekke tidligere avgjørelser i stor grad mistet sin betydning som rettskilde. De gir ikke lenger uttrykk for gjeldende rett.

6.1.1 Rt. 2003 s. 394

En 25 år gammel mann hadde i alkoholrus slått en annen mann i ansiktet, og for dette forholdet hadde han vedtatt et forelegg for overtredelse av drukkenskapsloven § 17. (Drukkenskapsloven § 17 er senere opphevet, slik at subsumsjonen i dag ville være straffeloven § 350 annet ledd.) Spørsmålet i saken var om det vedtatte forelegget stengte for en etterfølgende straffesak for overtredelse av straffeloven § 229 når tiltalen gjaldt samme forhold som forelegget, jf. P 7-4. Høyesterett tolket praksis fra EMD dithen at spørsmålet var om de to straffeбудene inneholdt samme hovedelementer. Førstvoterende uttaler:

«Slik jeg ser det, er det ikke noen sterk sammenheng mellom de to straffeбудenes objektive gjerningsbeskrivelser. Bestemmelsene rammer vesensforskjellige forhold. Et grunnvilkår for anvendelsen av drukkenskapsloven § 17 er beruselse. Noe tilsvarende vilkår finnes ikke i straffeloven § 229. Drukkenskapsloven § 17 angir som ett av flere tilleggsvilkår « forulemper eller volder fare for andre ». Bestemmelsen kan overtres på en rekke forskjellige måter, som har det fellestrekk at de har preg av ordensforstyrrelse. På den annen side krever straffeloven § 229 at det foreligger vold med skadefølge, mens beruselse ikke er noe vilkår. Etter min mening er det en vesensforskjell mellom bestemmelsenes « essential elements »...»¹²⁶

¹²⁶ Avsnitt 27

Da det ikke var noen sterk sammenheng mellom de to straffebudenes objektive gjerningsbeskrivelser, var det ikke i strid med forbudet mot dobbeltforfølgning å fremme saken. Denne avgjørelsen er et klart eksempel på at rettslig identitet var et avgjørende vurderingsmoment. I dag ville resultatet blitt at straffesaken måtte avvises da den faktiske identiteten var den samme som i forelegget.

6.1.2 Rt. 2003 s. 1100

Spørsmålet var om en straffesak skulle avvises fordi tiltalte tidligere var ilagt en disiplinærreaksjon for samme handling etter straffegjennomføringsloven § 40. Formålet med disiplinærreaksjonen var ikke primært pønalt, men å opprettholde ro og orden i fengselet. For at en slik disiplinærreaksjon skulle regnes som straff i EMKs forstand, måtte reaksjonen være av en sterkt inngripende karakter. Høyesterett kom til at ingen av disiplinærreaksjonene som straffegjennomføringsloven § 40 gir adgang til å anvende, er straff i forhold til EMK. Uten at det var nødvendig for resultatet, uttalte Høyesterett at disiplinærreaksjonen og straffeforfølgningen ikke gjaldt samme forhold:

«For at to eller flere forfølgninger skal anses å gjelde samme straffbare forhold, må de gjelde samme faktiske handling, og det kan ikke være noen vesensforskjell mellom de straffebud det er tale om å anvende - de må ikke skille seg fra hverandre « in their essential elements »...»¹²⁷

Høyesterett konkluderte med at ingen av disiplinærreaksjonene i straffegjennomføringsloven § 40, var «straff». Av den grunn var ikke de to forfølgningene i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning. Resultatet i saken berøres derfor ikke av kursendringen i Zolotukhin. Vurderingen av den rettslige identiteten ble avsagt i et obiter dictum. Dette viser at dersom retten hadde kommet til at disiplinærreaksjonene var «straff», ville avgjørelsens resultat i dag vært i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølgelse.

¹²⁷ Avsnitt 56

6.1.3 Rt. 2004 s. 1368

Fylkesnemnda for sosiale saker hadde truffet vedtak om institusjonsplassering for en 17 år gammel gutt etter barnevernloven § 4-24. Det ble deretter reist straffesak for de samme handlingene som hadde dannet grunnlaget for vedtaket. Spørsmålet i saken var hvorvidt vedtaket om institusjonsplassering stengte for en etterfølgende straffesak etter P 7-4. Retten sammenlignet gjerningsbeskrivelsene i bestemmelsene, vilkår for å ilegge sanksjon, samt formålene, og kom etter en konkret vurdering til at det ikke forelå en slik identitet at straffesaken kunne anses å gjelde samme forhold som barnevernssaken.

Dette resultatet kan ikke opprettholdes etter Zolotukhin da begge forfølgningene ble foretatt med grunnlag i det samme faktiske forhold. Dette standpunktet ble slått fast av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1051.

Rt. 2012 s. 1051 gjaldt et relativt likt forhold som Rt. 2004 s. 1368. En 16 år gammel gutt var blitt tvangsplassert i en barnevernsinstitusjon med hjemmel i barnevernloven § 4-24. Bakgrunnen for tvangsplasseringen var at gutten i en meget kriminell periode hadde begått bilbrukstyverier, innbrudd og kjøring uten førerkort. Det ble etter barnevernstiltaket også tatt ut tiltale mot gutten med grunnlag i vesentlig de samme forhold. Et av spørsmålene i saken var hvorvidt dette var gjentatt straffeforfølgning i strid med P 7-4. Førstvoterende uttalte:

«I storkammerdom 10. februar 2009 i saken Zolotukhin mot Russland, kom EMD imidlertid til at identitetsspørsmålet skulle avgjøres etter en vurdering av faktum alene ... Dette har blitt fulgt opp i senere avgjørelser fra EMD. På denne bakgrunn kan oppfatningen av hva som utgjør samme forhold som er lagt til grunn i Rt. 2004 side 1368, ikke lenger opprettholdes ... Om det er identitet mellom vedtaket om tvangsplassering og straffesaken mot A vil bero på om det er samme – eller i

det vesentlige samme – faktum som ligger til grunn for vedtaket og tiltalebeslutningen.»¹²⁸

Høyesterett konkluderte etter en vurdering av vedtaket og tiltalebeslutningen med at det var faktisk identitet mellom faktum i de to avgjørelsene. Straffesaken måtte allikevel ikke avvises da det forelå lovlig parallellforfølgning mellom de to forfølgningene. Som nevnt i punkt 2.2.4 rammes ikke parallellforfølgning av forbudet mot dobbeltstraff i P 7-4, og Zolotukhin-avgjørelsen har heller ikke endret dette.

Parallellforfølgning er særlig praktisk når to forvaltningsorganer skal håndheve regler som retter seg mot forskjellige sider av lovbruddet. I mange slike tilfeller er det ikke naturlig med en samordning av forfølgningene. Det som er avgjørende ved parallellforfølgning er etter EMDs praksis om det mellom de to forfølgningene er tilstrekkelig nærhet «in substance and time».¹²⁹

I Rt. 2012 s. 1051 gjennomgikk førstvoterende vilkåret om parallellforfølgning, og viste til EMDs avgjørelse R.T. mot Sveits. Tiltalte var her ilagt fengselsstraff, bot og førerkortbeslag på grunn av fyllekjøring. Sanksjonene var ilagt av to forskjellige myndigheter. EMD åpnet her for parallellforfølgning, men ga liten veiledning om vilkårets anvendelse. I Rt. 2006 s. 1498 ble parallellforfølgning godtatt. Saken dreiet seg blant annet om hvorvidt P 7-4 medførte at inndragning av fisketillatelse stengte for senere inndragning av ulovlig fangst. Førstvoterende vurderte behovet for å kunne dele kompetansen mellom forskjellige myndigheter, og fant at det var vanskelig å se for seg «en ordning hvor påtalemyndigheten skulle avgjøre om en tillatelse til å fiske i Norges økonomiske sone skulle trekkes tilbake».¹³⁰

¹²⁸ Avsnitt 48

¹²⁹ Nilsson v. Sweden, s. 9

¹³⁰ Avsnitt 100

Tilsvarende betraktninger gjorde seg gjeldende i Rt. 2012 s. 1051. Retten fant her at politiets primær oppgaver stod i kontrast til barnevernets primær oppgaver. Førstvoterende uttalte:

«Det er vanskelig å se for seg at disse to til dels motstridende hensynene kan ivaretas på en 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.»¹³¹

Som drøftelsen viser er adgangen til parallellforfølgning i behold. Å kunne dele kompetansen mellom forskjellige myndigheter er nødvendig for en effektiv og kunnskapsrik forvaltning.

6.1.4 Rt. 2005 s. 1430

En mann ble rettskraftig dømt for overtredelse av vegtrafikkloven § 31, jf § 3. Ved kjøring av sin motorsykkel hadde han ikke vært tilstrekkelig hensynsfull, aktpågivende og varsom. Han var ikke tiltalt for promillekjøring, men påtalemyndigheten gjorde det gjeldende som straffeskjerpene moment at han hadde vært under påvirkning av amfetamin under kjøringen, med grunnlag i en sakkyndig rapport. Tingretten valgte å se bort fra dette da det positive resultatet fra blodprøvene kunne være forårsaket av Ritalin-tabletter han tok, eller på grunn av morfinen han fikk under akuttmedisinsk behandling. Tingretten presiserte at uansett kunne en slik påvirkning «neppe betraktes som noe annet enn en årsak til tiltaltes kjøreferd, og det er denne adferden i seg selv som må vurderes i forhold til aktsomhetsnormen i vegtrafikkloven § 3».¹³²

¹³¹ Avsnitt 50-56

¹³² Avsnitt 4

Det ble reist ny tiltale mot mannen. Denne gangen var det rettslige grunnlaget brudd på vegtrafikkloven § 22 jf. § 3, kjøring med promille. Tiltalte fremsatte begjæring om avvisning av saken, og det er avvisningsspørsmålet som ble anket til Høyesterett. Spørsmålet for Høyesterett var hvorvidt straffeprosessloven § 51 og P 7-4 var til hinder for den etterfølgende straffeforfølgningen. Kjæremålsutvalget vurderte de to straffebestemmelsene mot hverandre:

«Utvalget kan ikke se at det er noen feil ved lagmannsrettens lovtolkning når retten er kommet til at Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ikke stenger for ny straffesak om overtreddelse av vegtrafikkloven § 22 første ledd. De to lovbestemmelsene som det her er tale om, har ingen spesiell tilknytning til hverandre; det er intet grunnlag for å si at den ene bestemmelsen tar opp i seg de viktigste elementene for straffeansvar i den andre bestemmelsen. Lovreglene inneholder ikke de samme vesentlige elementer...»¹³³

Kjæremålsutvalget kom til at forbudet mot dobbeltforfølgning ikke stengte for den etterfølgende straffesaken da bestemmelsene rammet ulike sider ved den straffbare handlingen. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt saken ville fått samme utfall i dag.

Det er klart at de to forfølgningene dreide seg om den samme faktiske handlingen med tanke på tid, sted, forsett og fornærmet. Gjennomgang av faktum viser allikevel at ble det lagt vekt på ulike sider av den faktiske handlingen i de to forfølgningene. I punkt 4.3.2 viste jeg at EMD i Zolotukhin foretar en sammenligning av bevistemaene i de to avgjørelsene for å se om faktumet i de to avgjørelsene «i det vesentlige» var det samme. Dette viser at endring av bevistema kan forårsake at man står overfor to ulike faktiske handlinger. Spørsmålet blir her om tiltalene i første og andre forfølgning i det vesentlige omfattet det samme faktiske forholdet.

¹³³ Avsnitt 21

Under den andre forfølgningen var det kjøring under påvirkning av promille som dannet grunnlaget for saken. Under den første forfølgningen var grunnlaget at tiltalte ikke hadde vært hensynsfull og aktpågivende i sin kjøring. Dette kan synes å utgjøre to ulike bevisste-maer. Da påtalemyndigheten under den første saken la til grunn som ett straffeskjerpende moment at tiltalte hadde vært under påvirkning av amfetamin, trekker dette i retning av at de to forfølgningene i det vesentlige gikk ut på det samme. Selv om tingretten valgte å ikke legge amfetaminpåvirkningen til grunn, uttalte EMD i Zolotukhin at det er tiltalene som skal sammenlignes ved vurderingen av om P 7-4 er overtrådt, ikke domsgrunnene, jf. pkt. 4.3.1. Da promillen hadde vært et tema i den første forfølgningen hadde tiltalte en beretti-get forventning om at saken var ute av verden. Det er av denne grunn nærliggende å konk-ludere med at de to forfølgningene i det vesentlige gikk ut på det samme. Etter dagnes retts-tilstand ville det ha vært brudd på forbudet i P 7-4 og straffeprosessloven § 51, å åpne ny forfølgning av tiltalte.

6.1.5 Rt. 2006 s. 862

Spørsmålet i saken var hvorvidt frifinnelse for grovt tyveri og heleri utelukket senere straf-feforfølgning for medvirkning til forsikringsbedrageri, jf. straffeprosessloven § 51 og P 7-4. Førstvoterende konkluderte med at det faktiske grunnlaget som var gjenstand for begge forfølgningene var det samme, men uttalte at dette ikke var tilstrekkelig for å stenge for en ny forfølgning. Etter P 7-4 og straffeprosessloven § 51 var det en forutsetning for at den nye forfølgningen ikke skulle være tillatt «at det ikke er noen vesensforskjell på de straffe-bestemmelser som de to forfølgningene er basert på...».¹³⁴

Flertallet av dommerne kom til det resultat at straffebudet mot forsikringsbedrageri beskyt-tet andre interesser enn straffebudene mot tyveri og heleri, og den nye forfølgningen kunne av denne grunn fremmes.

¹³⁴ Avsnitt 12

Etter Zolotukhin-avgjørelsen ville dommens resultat ikke kunne opprettholdes. Påtalemyndigheten ville i dag måtte tatt med medvirkning til forsikringsbedrageri som en subsidiær tiltalepost for å unngå at tiltalte går fri.

6.1.6 Rt. 2006 s. 1409 – Spesielt om tilleggsskattesakene

Høyesterett vurderte i denne saken hvorvidt ileggelse av 30 prosent tilleggsskatt for unnlatt levering av pliktig selvangivelse stengte for etterfølgende straffeforfølgning for grovt skattesvik. Høyesterett drøftet EMDs avgjørelse i Rosenquist mot Sverige. Rosenquist mot Sverige gjaldt også spørsmålet om det var adgang til å ilegge tilleggsskatt og straff for samme forhold. EMD vektla forskjellene i bestemmelsenes hensyn, formål og skyldkrav. Høyesterett la de samme momentene til grunn og fant at P 7-4 ikke stengte for den etterfølgende straffesaken.

Resultatet i denne avgjørelsen kan heller ikke opprettholdes i lys av Zolotukhin. Departementet vurderte utviklingen som hadde skjedd i forhold til tilleggsskattespørsmål i EMD i Ot. Prp. Nr. 82 (2008-2009). Departementet gjennomgikk avvisningsavgjørelsen i Carlberg mot Sverige og Zolotukhin-avgjørelsen. Departementet tolket avgjørelsene dithen at det var skjedd en kursendring i forhold til den rettsstilstand som var lagt til grunn i Rosenquist mot Sverige. Carlberg-avgjørelsen har ikke betydning for oppgavens problemstilling og drøftes ikke nærmere. Departementet uttalte:

«Som det fremgår av det ovenstående, er rettsstilstanden vedrørende EMK P 7-4 ikke helt klar, og praksis har flere ganger vært endret som følge av avgjørelser avsagt av Den europeiske menneskerettsdomstol og Høyesterett. Etter departementets oppfatning tilsier det nye rettslige grunnlaget som Zolotukhin- og Carlberg-avgjørelsen har skapt, at ileggelse av tilleggsskatt ikke kombineres med straffefor-

følgning for samme skatteunndragelse. Riksadvokaten og Skattedirektoratet har kommet til det samme, slik at anmeldelses- og påtalepraksis nå tilpasses dette.»¹³⁵

Også riksadvokaten fant det nødvendig å gi nye retningslinjer om tilleggsskatt og straff etter Zolotukhin. Riksadvokaten uttalte:

«Det er riksadvokatens oppfatning at Høyesteretts standpunkt i Rt 2006 side 1409, som i hovedsak bygget på ulikheter i skyldkravet, ikke kan opprettholdes etter Zolotukhin-avgjørelsen i EMD. Så lenge det er den samme handling eller unnlattelse som både ligger til grunn for ileggelsen av tilleggsskatt og for den etterfølgende straffesak, hvilket vil være det normale, må det legges til grunn at også ordinær tilleggsskatt etter P 7-4 sperrer for etterfølgende straffesak. Etter drøftelser med Skattedirektoratet er riksadvokaten kjent med at denne oppfatningen deles av direktoratet.»¹³⁶

6.1.7 Konklusjon

Som gjennomgangen viser har Zolotukhin-avgjørelsen medført at en rekke tidligere høyesterettsdommer ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett i forhold til spørsmålet om gjentatt straffeforfølgning. Det er allikevel ikke alle dommer om gjentatt straffeforfølgning som berøres av kursendringen. Først og fremst gjelder dette saker hvor det ikke har vært spørsmål om rettslig identitet ved vurderingen av om det forelå «samme forhold» i de to forfølgningene. Det samme gjelder for de sakene der domstolen kom til det resultat at P 7-4 sperret for en ny forfølgning.¹³⁷

¹³⁵ Punkt 5.3, side 25-26

¹³⁶ Retningslinjer fra Riksadvokaten. *Nye retningslinjer om dobbeltstraff – Ordinær tilleggsskatt strenger for straffesak – Ny storkammeravgjørelse fra EMD*. 03.04.09, side 3

¹³⁷ Jahre (2011a) s. 204

6.2 Adgang til gjenåpning?

Når det skjer en kursendring av den type som i Zolotukhin blir spørsmålet om avgjørelsene som ble truffet forut for denne, er gjenstand for gjenåpning. P 7-4 er ikke til hinder for en gjenopptakelse i samsvar med nasjonal rett, så fremt vilkårene i bestemmelsens andre ledd er oppfylt. En gjenopptakelse må bygge på «nye eller nyoppdagete omstendigheter» eller det må ha vært gjort «grunnleggende feil» under rettergangen da saken ble behandlet første gang.¹³⁸ I norsk straffeprosess regulerer straffeprosessloven kapittel 27 adgangen til gjenåpning. I forhold til avgjørelsene som ble avsagt før Zolotukhin er det kun § 392 (1) som er av interesse. Bestemmelsen lyder:

«Selv om vilkårene i §§ 390 eller 391 ikke er til stede, kan gjenåpning til gunst for siktede besluttes når Høyesterett har fraveket en lovtolkning som den tidligere har lagt til grunn, og som dommen bygger på.»

I senere tid har Høyesterett vurdert gjenåpning i to saker som er av interesse i denne sammenheng, Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2010 s. 1170. Høyesterett drøftet i disse dommene endringer i internasjonalt lovverk og som resultat av dette en eventuell gjenåpning av eldre norske saker.

Rt. 2003 s. 359 gjaldt spørsmålet om det var adgang til gjenopptakelse av en straffesak hvor tiltalte allerede var idømt forhøyet tilleggs�katt for samme forhold. Bakgrunnen for gjenopptakesspørsmålet var at Høyesterett kort tid etter domfellelse i straffesaken, besluttet at P 7-4 sperret for å fremme en straffesak dersom tiltalte tidligere var ilagt forhøyd tilleggs�katt for det samme forhold.¹³⁹ Spørsmålet som forelå i Rt. 2003 s. 359 var hvorvidt denne endringen kunne medføre at straffesaken skulle gjenopptas etter straffeprosessloven § 392. Høyesterett gjennomgikk den utviklingen forbudet mot gjentatt straffeforfølging

¹³⁸ Bertelsen, Tor Ehlers. *EMK*. Oslo 2011, s. 428

¹³⁹ Rt. 2002 s. 557

hadde vært gjenstand for både nasjonalt og i EMD. Det ble på denne bakgrunn uttalt at det ikke var rimelig å la «dagens rettsoppfatning virke tilbake med gjenopptakelse av avsagte straffedommer - avsagt i en tid da alle aktører hadde rimelig grunn til å tro at man forholdt seg til gjeldende regler.»¹⁴⁰ Basert blant annet på reelle hensyn, hensynet til forutberegnelighet, innrettelse og domstolens rolle som rettsutvikler, kom Høyesterett til at gjenopptakelsesbegjæringen ikke skulle tas til følge.¹⁴¹

Rt. 2010 s. 1170 gjaldt spørsmålet om det var adgang til gjenåpning av en sak om ankenektelse. Bakgrunnen for gjenåpningsbegjæringen var Høyesteretts avgjørelse Rt. 2008 s. 1764. Her slo Høyesterett fast i storkammer at alle beslutninger om å nekte anke til lagmannsretten fremmet etter straffeprosessloven § 321 andre ledd, skal begrunnes. Spørsmålet for Høyesterett i Rt. 2010 s. 1170 var hvorvidt Gjenopptakelseskomisjonens vedtak om å nekte gjenåpning kunne opprettholdes. Grunnlaget for kravet var straffeprosessloven § 392.

Høyesterett uttalte i Rt. 2010 s. 1170 at rettsutviklingen angående ankenektelser ikke var et resultat av en dynamisk rettsutvikling, slik som spørsmålet i Rt. 2003 s. 359. Spørsmålet hadde vært «rimelig avklart utpå 1990-tallet».¹⁴² For det første skulle lagmannsrettens avgjørelse i 2007 om å nekte anken fremmet, vært begrunnet. For det andre skulle Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i 2007 opphevet lagmannsrettens beslutning på grunn av saksbehandlingsfeil.

Til tross for at saksbehandlingen i 2007 hadde vært i strid med begrunnelseskravet, fant retten at dette ikke i seg selv ga krav på gjenåpning av kjæremålsutvalgets kjennelse. Noe slikt ubetinget krav fulgte ikke av straffeprosesslovens bestemmelser om gjenåpning, og

¹⁴⁰ Avsnitt 93

¹⁴¹ Avsnitt 93-95

¹⁴² Avsnitt 62

kunne heller ikke uten videre bygges på EMK eller SP.¹⁴³ Gjenopptakelseskommisjonens vedtak ble allikevel kjent ugyldig da klager fremdeles hadde adgang til å klage til FNs menneskerettskomité.

Både Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2010 s. 1170 gir klare anvisninger på at i de tilfellene hvor en kursendring er et resultat av en dynamisk rettsutvikling, stenger dette for gjenåpningsadgang for domfelte. Tolkningen av P 7-4 har de siste ti årene endret seg mye. Frem til Zolotukhin kan man si at den har vært dynamisk, og dermed ikke gir adgang til gjenåpning. Den markante kursendringen som ble foretatt i Zolotukhin gir av den grunn enda mindre rett til gjenåpning. Kursendringen kunne ikke ha vært forutsett av norske domstoler. Hensynene til forutberegnelighet og innrettelse, samt domstolenes effektivitet og rettskapende virksomhet, må her veie tyngre enn ved dynamiske rettsendringer.

Videre viser forarbeidene at det etter den skjønnsmessige vurderingen i straffeprosessloven § 392 første ledd må vurderes om resultatet blir støtende for domfelte.¹⁴⁴ I de fleste sakene jeg har gjennomgått under punkt 6.2 hadde ikke tiltalte noen berettiget forventning om at forfølgningene skulle forekomme på annen måte, og trolig ville resultatene forblitt de samme i dag. Dette da den samme straff eller forvaltningssanksjon hadde blitt ilagt under én forfølgning, istedenfor to. Resultatene kan av denne grunn ikke karakteriseres som støtende for domfelte.

Konklusjonen må av den grunn bli at avgjørelsene forut for Zolotukhin ikke er gjenstand for gjenåpning etter straffeprosessloven § 392 første ledd.

¹⁴³ Avsnitt 69

¹⁴⁴ NUT-1969-3 s. 343

7 Litteraturliste

7.1 Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utg. Oslo, 1999.

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. Bind I. 3. utg. Oslo, 2000.

Bertelsen, Tor Ehlers. *EMK*. Oslo, 2011.

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

Hov, Jo. *Innføring i prosess*. Bind II. Oslo, 2010.

Jebsen, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004.

Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*. Oslo 2009. (a)

7.2 Artikler

Frøberg, Thomas. *Identitetsspørsmål i strafferetten og straffeprosessen*. I: Tidskrift for rettsvitenskap. 2008, s. 467-506.

Jahre, Hans Petter og Holmboe, Morten. *Dobbeltstraff er ikke enkelt*. I: Lov og rett. Vol. 50, 2011, s. 191-212. (a)

Matningsdal, Magnus. *Forholdet mellom tiltalebeslutning og dom*. I: Jussens venner. Nr. 2, 2002, s. 90-132.

Rui, Jon Petter. *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny*. I: Lov og Rett. 2009, s. 283-298. (b)

Øyen, Ørnulf. *Fortsatt forbrytelse*. I: Jussens venner. Nr. 4, 2005, s. 219-258

7.3 Lover

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

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

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

7.4 Konvensjoner

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950

7.5 Rettspraksis

7.5.1 Norsk rettspraksis

Rt. 1973 s. 594

Rt. 1980 s. 360

Rt. 1983 s. 614

Rt. 1987 s. 819

Rt. 1989 s. 1336

Rt. 1992 s. 445

Rt. 1992 s. 562

Rt. 1994 s. 203

Rt. 1998 s. 1416

Rt. 2000 s. 996
Rt. 2002 s. 497
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2002 s. 917
Rt. 2003 s. 359
Rt. 2003 s. 394
Rt. 2003 s. 1100
Rt. 2004 s. 1074
Rt. 2004 s. 1368
Rt. 2004 s. 1500
Rt. 2005 s. 1430
Rt. 2006 s. 862
Rt. 2006 s. 1409
Rt. 2006 s. 1498
Rt. 2008 s. 1764
Rt. 2010 s. 72
Rt. 2010 s. 1121
Rt. 2010 s. 1170
Rt. 2011 s. 172
Rt. 2012 s. 1051

7.5.2 EMD-praksis

Gradinger v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. oktober 1995
Oliveira v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. juli 1998
Fischer v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. mai 2001

Rosenquist v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. september 2004
Nilsson v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. desember 2005
Carlberg v. Sweden	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. januar 2009
Zolotukhin v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. februar 2009
R.T. v. Switwerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. mai 2010

7.6 Lovforarbeider

NOU 2003: 15	Fra bot til bedring
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Ot.prp.nr.82 (2008-2009)	Om lov om endringer i ligningsloven mv. (tilleggsskatt)
NUT-1969-3.	Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen

7.7 Internett

Bjerke, Hans Kristian, Keiserud, Erik og Sæther, Knut Erik. *Straffeprosessloven*. 1. januar 2011. [Sisert 14. november 2012]

<http://dxp.kommentarutgaver.no/dxp/content/straffeprosessloven/2/5/23/>

Council of Europe. *Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. 30/11/2004 [Sisert 13. november 2012]

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=30/11/04&CL=ENG>

Jahre, Hans-Petter. *Kommentar til Rt. 2011 s. 172*. [Sisert 14. november 2012] (b)

<http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftzok?bas=hrsiv+hrstr&emne1=rt-2011-172&button=S%F8k&sok=fast>

Jahre, Hans-Petter. *Kommentar til straffeprosessloven § 254*. [Sisert 14. november 2012] (c)

<http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftzok?bas=nl&emne1=straffeprosesslov+%A7+254&sok=fast>

Retningslinjer fra Riksadvokaten. 03.04.09. *Nye retningslinjer om dobbeltstraff – Ordinær tilleggsskatt stenger for straffesak – Ny storkammeravgjørelse fra EMD*. [Sisert 14. november 2012]

<http://www.riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2009/Nyeretningslinjeromdobbeltstraff.PDF>

7.8 Personlig meddelelse

Holmboe, Morten. E-post. 9. oktober 2012.