

Straffebegrepet i EMK TP7-4

Kandidatnummer: 501

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 17995 ord

22.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av emne og problemstillinger	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Den videre fremstillingen	3
<u>2</u>	<u>REDEGJØRELSE FOR RETTSKILDENE</u>	<u>4</u>
2.1	EMKs bakgrunn og betydningen av EMDs saker	4
2.2	Metode og kilder	5
2.2.1	EMDs praksis som rettskildefaktor	5
2.2.2	Tolkning av EMK	9
<u>3</u>	<u>GENERELT OM EMK TP7-4 NR. 1</u>	<u>13</u>
<u>4</u>	<u>ER STRAFFEBEGREPET SAMMENFALLENDE I KONVENSJONEN</u>	<u>16</u>
4.1	Innledning	16
4.2	Forholdet mellom straffebegrepet i EMK TP7-4, art. 6 og art. 7	17
4.2.1	EMDs praksis	17
4.2.2	Avgjørelser fra Høyesterett	21
<u>5</u>	<u>STRAFFEBEGREPET I EMK TP7-4 FØR 2007</u>	<u>24</u>
5.1	Innledning	24
5.2	Engel-kriteriene	25
5.2.1	Nasjonal klassifikasjon	25

5.2.2	Lovbudets karakter	26
5.2.3	Sanksjonens innhold og alvor	29
6	<u>STRAFFEBEGREPET I EMK TP7-4 ETTER 2007</u>	30
6.1.1	Innledning	30
6.1.2	Storbråten v. Norway	31
6.1.3	Sergey Zolotukhin v. Russia	41
6.1.4	Haarvig v. Norway	42
6.1.5	Anders Synnlius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden	43
6.1.6	Hvilke rettskildemessig vekt har avgjørelsene	45
6.1.7	Oppsummering	49
6.1.8	Vurderinger etter det nye straffebegrepet	50
6.1.9	Forvaltningsavgjørelser	57
7	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	59
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	61
9	<u>DOMSREGISTER</u>	63
9.1	Avgjørelser fra norske domstoler	63
9.2	Avgjørelser fra EMD	64

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emne og problemstillinger

I den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) finnes det et forbud mot at en person skal kunne bli straffeforfulgt på ny for et forhold som personen er endelig dømt eller frikjent for. Det innebærer i praksis et forbud mot dobbeltstraff, eller som prinsippet er bedre kjent for "ne bis in idem" (latinsk uttrykk som betyr, ikke to ganger for det samme). Prinsippet finnes i blant annet EMK protokoll 7. art 4 (heretter TP7-4). Bestemmelsen regulerer strafferettslige lovovertrедelser, og kommer kun til anvendelse på forhold som blir karakterisert som straff i konvensjonens forstand.

Hva som skal omhandles som straff i norsk intern rett er nedfelt blant annet i straffeloven og grunnloven.

Hvilke sanksjoner eller handlinger som betraktes som straff er definert i blant annet straffeloven § 15, § 16 og i grunnloven § 96 og § 97. Straffebegrepet i norsk intern rett er et rettslig begrep som må fastlegges på grunnlag av juridisk metode.¹ Begrepet straff er definert av Andenæs² slik: "Straff er et onde som staten påfører en lovovertreder i den hensikt at han skal føle det som et onde".

Straffebegrepet i EMK har av den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) siden dom 2. juli 2002 saken *Göktan v. France*³ og i en rekke seinere avgjørelser fastholdt at straffebegrepet skal tolkes sammenfallende i EMK art. 6 og 7 samt EMK TP7-4. Fram til 1. februar 2007 i sakene *Storbråten*⁴ og *Mjelde*⁵ mot Norge har EMD fastholdt at de såkalte Engel-kriteriene er avgjørende for tolkning av om et forhold er å betrakte som straff. Men

¹ Eskeland 2006 s. 38

² Rt. 1977 s. 1207 (på s. 1209) og Andenæs 2005 s. 11

³ Judgment of 02 July 2001, Application no. 33402/96

⁴ Decision of 01 february 2007, Application no. 12277/04.

⁵ Decision of 01 february 2007, Application no. 11143/04.

har innsnevret dens rekkevidde i forhold til EMK art. 6 og art. 7, i disse sakene går EMD lenger via å trekke inn flere kriterier for vurdering av straffebegrepet i EMK TP7-4. Etter de ovennevnte sakene har EMD vedtatt en viktig kursendring. Likheter og ulikheter samt forholdet i mellom straffebegrepet i konvensjonen vil stå sentralt i denne oppgaven. Etter tradisjonell norsk rett har ikke administrative eller andre sivilrettslige sanksjoner blitt behandlet i straffeprosessuelle former, på grunn av at de ikke har blitt karakterisert som straff. Etter EMK TP7-4 kan slike sanksjoner allikevel være omfattet av straffebegrepet i konvensjonen. Begrepet straff i EMK er altså et autonomt begrep. Dette medfører at rekkevidden av straffebegrepet i EMK, skal bestemmes uavhengig av hvordan begrepet er definert i nasjonal lovgivning.

I norsk intern rett har straffeprosessloven gjennom bestemmelsene om negativ rettskraft⁶ sikret et forbud mot gjentatt straffeforfølgning overfor samme person.

Det menneskerettslige forbudet mot dobbeltstraff er særlig aktuell da begrepet straff slik det er å forstå i konvensjonen, kan omfatte straffelignende sanksjoner som ikke er å anse som straff etter nasjonal rett. I tidligere konvensjonspraksis var det avgjørende for om et forhold var å anse som straff etter konvensjonen, var om forholdet etter intern rett var klassifisert som straff.⁷ Denne praksisen ble endret etter avgjørelsen som ble avsagt av EMD i *Engel and Others v. The Netherlands*⁸ (heretter Engel).

1.2 Avgrensning

Oppgavens tema vil være straffebegrepet i EMK TP7-4. Bestemmelsen rekker veldig vidt og reiser flere tolknings spørsmål samt problemstillinger. Noen av disse er nevnt under pkt 3. Det sentrale spørsmålet som dukker opp i denne bestemmelsen er om forholdet eller tiltaket blir ansett som straff. Hvis svaret er bekreftende, skal de andre vilkårene vurderes:

⁶ Dette er lovfestet i straffeprosessloven § 51. Lignende prinsipp i straffeprosessloven § 258 andre ledd, rettskraftsvirkning av forelegg. Mer detaljer se Johansen 2008 s. 3 flg.

⁷ Se Johansen 2005 s. 296. Van Dijk/Van Hoof 1998 s. 406. EMDs avgjørelse X v. Germany Application no. 734/60 (1961).

⁸ Judgment of 8 june 1976, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72.

Det første vilkåret er at den sperrende avgjørelsen må være endelig avgjort. Avgjørelsen må altså være rettskraftig. Om dommen er fellende eller frifinnende, spiller ingen rolle.⁹ Det andre vilkåret er at den sperrende avgjørelsen må gå ut på at siktede blir frifunnet eller domfelt.

Det tredje vilkåret som følge av ordlyden i EMK TP7-4, er at det bare gjelder for en ny forfølgning, den første avgjørelsen sperrer mot. I Konvensjonsteksten uttrykkes dette med ordene: "tried or punished again". Det vil si at bestemmelsen ikke forbyr at det foretas to parallelle forfølgninger for de samme forholdene. Dette følger av blant annet R. T v. Switzerland¹⁰. Følgelig må det trekkes en grense mellom parallell og ny forfølgning. Det fjerde vilkåret er at forfølgningen må gjelde det samme straffbare forholdet, både faktisk "same conduct" og rettslig "the same essential elements".

Oppgaven ville ikke ta opp disse vilkårene til inngående analyser.

Det som skal være denne oppgavens tema er altså når et forhold eller tiltak omhandles av straffebegrepet i EMK TP7-4. Oppgaven må avgrenses med henhold til de andre vilkårene bestemmelsen oppstiller.

1.3 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 skal det redegjøres for rettskildene i EMK. Hvor det sentrale i oppgaven løses i henhold til EMDs praksis vil det være hensiktsmessig å si noe om dette.

I kapittel 3 skal de generelle vilkårene og litt om rekkevidden til EMK TP7-4 nevnes.

I kapittel 4 skal det vurderes om straffebegrepet er sammenfallende i konvensjonen.

Oppgaven er delt opp i to sentrale problemstillinger; det som skal vurderes er innholdet i straffebegrepet før 2007 i kapittel 4, og etter 2007 i kapittel 5. For forståelse av straffebegrepet må forhistorien tas med, dette er også sentralt i dagens rettstilstand.

Videre i kapittel 6 skal straffebegrepet etter 2007 settes i perspektiv til noen høyesterettsavgjørelser som er avsagt før 2007. Videre i kapitel 6 skal det tas opp om noen forvaltningsavgjørelser er straff etter konvensjonen.

⁹ Se Aall 2007 s. 409.

¹⁰ Decision of 30 Mai 2000 (The law), Application no. 31982/96.

2 Redegjørelse for rettskildene

2.1 EMKs bakgrunn og betydningen av EMDs saker

Ideen bak en konvensjon som skulle beskytte menneskerettighetene rundt omkring i de europeiske statene startet i 1949. Konvensjonen ble åpnet for undertegning i Roma den 4. november 1950. Norge ratifiserte konvensjonen 15. januar 1952. Konvensjonen trådte i kraft 3. september 1953 etter at den var ratifisert av ti stater.

Hensikten med konvensjonen er å sikre borgerne et effektivt vern for deres menneskelige rettigheter.

EMK TP7-4 ble vedtatt av ministerkomiteen i Europa rådet 22. november 1984 og som trådte i kraft 1. november 1988. Den ble ratifisert av Norge 25. oktober 1988 og fikk virkning fra 1. januar 1989, jf protokoll 7 artikkel 9 nr. 2. Etter straffeprosessloven § 4 fikk protokollen direkte virkning i norsk rett for straffesaker, se Rt. 2003 s. 359.

EMK, SP, ØSK og BK gjelder etter menneskerettsloven § 2 som norsk rett, disse ble vedtatt i 1999. Etter menneskerettsloven § 3 skal disse konvensjonene gis forrang fremfor annen lovgivning ved motstrid. Før lovens vedtakelse var det klart at det måtte tas hensyn til statens internasjonale forpliktelser ved løsning av nasjonale rettspørsmål.¹¹

Regler om virkningen av EMDs avgjørelser mot nasjonalstaten finnes i EMK artikkel 42, 44 og 46. EMDs dommer blir endelige etter reglene i EMK art. 42 og 44, det vil si at de får en formell rettskraftsvirkning. Ved at EMDs dom blir endelig vil dette forplikte partene i tvisten til å rette seg etter denne, jf EMK art. 46 (1). Etter EMK art. 43 kan partene anmode om å få avgjørelsen brakt inn for storkammeret.

Det er kun partene i tvisten som blir bundet av denne dommen, det vil si at de statene som ikke er part i saken ikke er direkte bundet av avgjørelsen. Altså en helt ordinær regel om rettskraftens subjektive grenser.

¹¹ Se RT 1994 s. 610 og RT 1994 s. 1244.

EMDs dommer reflekterer til den gjeldende rettsstilstanden. Dette fører oss til at hvis en stat ikke vil bli dømt i EMD burde den velge å følge opp EMDs avgjørelser mot andre stater.¹²

2.2 Metode og kilder

Fremstillingen har som siktemål å redegjøre for straffebegrepet i EMK TP7-4. Dette er i seg selv et sentralt spørsmål som ikke er fullt ut klarlagt i teori og praksis. Oppgaven vil av plasshensyn ikke gå inn i de lege-ferenda drøftelser eller ellers anlegge normative perspektiver.

Oppgaven legger med andre ord en rettsdogmatisk metode til grunn, hvor gjeldende rettsdogmatikk innenfor EMK-retten vil stå sentralt. Det vil være hensiktmessig å si noe om tolkning av EMK samt EMDs metode, hvor dette vil være sentralt da oppgaven vil analysere mangfoldig praksis fra EMD. Ved tolkning av norsk rett benyttes tradisjonell rettskildelære.

2.2.1 EMDs praksis som rettskildefaktor

Ved tolkning og anvendelse av EMK spiller tidligere praksis fra EMD en stor rolle. I praksis vil det ofte ikke være mulig å tolke og anvende konvensjonens bestemmelser uten å trekke inn relevant praksis fra EMD.¹³

Som nevnt nedenfor legger EMD til grunn at ved tolkning av EMK skal tolkningsreglene i Wien-konvensjonen følges. I konvensjonen nevnes ikke rettspraksis som en kilde.

Spørsmålet blir om EMDs praksis er relevante, hvis bekreftende hvor mye vekt skal slik praksis tillegges.

EMD legger stor vekt på sin tidligere rettspraksis, dette kan tilsi at EMDs praksis bør regnes som relevant kilde.

¹² Se Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2007 nr 03 av Michael Reiertsen.

¹³ Se Kjølbros 2007 s. 17.

EMK er bygd opp med vage ord noe som tilsier at det er domstolen som burde videreutvikle konvensjonen i sin praksis. EMDs avgjørelser bygger vanligvis på tidligere avsagte avgjørelser.

Det første spørsmålet blir om EMDs saker er *relevante* som rettskildefaktorer. Høyesterett har i flere saker uttalt at EMDs praksis skal ivaretas ved tolkning av EMK. I Rt. 1999 s. 961 uttaler Høyesterett at domstolen må ”legge vekt på praksis fra den europeiske menneskerettsdomstolen”¹⁴. At domstolen skal følge den samme metoden som EMD, tilsier at EMDs saker er relevante ved tolkningen av EMK.¹⁵ Det følger også av Rt. 2001 s. 1006: ”ved denne tolkning av EMK skal domstolen anvende de samme prinsipper for tolkning som EMD og forholde seg til konvensjonsteksten og denne domstols avgjørelser.” (s. 1016).

Det kanskje klareste eksemplet hvor Høyesterett sier at EMDs praksis er en relevant kilde, og det er den som skal legges til grunn ved tolkning av EMK er plenumsdommen i Rt. 2000 s.996.¹⁶ I dommen uttalte Høyesterett at norske domstoler ved tolking av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD. Høyesterett tilføyer her at det er EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen. Førstvoterende uttalte: ”selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle konvensjonen”.¹⁷ Det er ingen tvil om at EMD har en rettsutviklende funksjon, dens praksis vil være en relevant rettskilde som skal legges til grunn for forståelse av konvensjonen.

Dette henger sammen med at EMD ved flere anledninger har tolket konvensjonens bestemmelser dynamisk og rettsskapende.

EMD er den autoritative fortolker av EMK på det folkerettslige plan. Dette følger av art. 19 i EMK.

¹⁴ S. 971.

¹⁵ Se også Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2002 s. 557.

¹⁶ Se også Rt. 2002 s. 557.

¹⁷ Side 1007.

Det neste spørsmålet blir hvilke rettskildemessig *vekt* EMDs avgjørelser skal tillegges. Det er ingen tvil om at EMD selv legger stor vekt på sine tidligere avgjørelser. I Rt. 2002 s. 557 uttalte førstvoterende at: ”EMD legger stor vekt på tidligere avgjørelser”.¹⁸

Nasjonalstaten burde følge opp den praksisen EMD legger til grunn, dette for å føre nasjonal rett i samsvar med konvensjonen. EMD følger stort sett opp sin praksis, dette skulle også tilsi at nasjonalstatene burde velge å følge EMDs praksis. Med dette skal det legges stor vekt på EMDs avgjørelser, uavhengig om nasjonalstaten er part i saken.

Som en sammenfatning kan det sies at EMDs avgjørelser er relevante, og skal tillegges vekt. I forhold til Høyesteretts avgjørelser blir disse ikke tillagt noe relativ vekt av EMD. Det vil si at hvis Høyesteretts avgjørelse er i strid med ensartet praksis fra EMD vil avgjørelsen ha en begrenset rettskildemessige vekt. Hvis EMD står ovenfor et tilfelle hvor rettstilstanden til Norge er omtvistet, kan praksis fra Høyesterett allikevel være en relevant kilde.

Det siste spørsmålet som skal tas opp her, er om avvisningsavgjørelser, realitetsdommer og storkammerdommer har forskjellig vekt. Mange avgjørelser i EMD mot Norge har vært avsagt som avvisningsavgjørelser slik at denne problemstillingen vil være relevant.

Problemstillingen blir hvilke vekt slike avgjørelser skal tillegges.

Høyesterett har som utgangspunkt lagt til grunn at en avvisningsavgjørelse ikke vil ha samme vekt som en realitetsdom.

Flertallet i Rt. 2005 s. 833 uttaler i avsnitt 69:

”Dette synet på sammenhengen mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner underbygges av de avvisningsavgjørelser som jeg har nevnt, selv om disse ikke har samme rettskildemessige vekt som dommene”.

¹⁸ Side 566.

I samme sak av mindretallet uttales det i avsnitt 104: ”En avvisningsavgjørelse kan heller ikke tillegges den samme rettskildemessige vekt som en realitetsavgjørelse”.

I de fleste avvisningsavgjørelser gir EMD en god begrunnelse og disse kan være avsagt av like mange dommere som i en realitetsavgjørelse. Om dette sier Høyesteretts flertall (dissens 14-1) i Rt. 2006 s. 1409 i avsnitt 53:

”Jeg bemerker til dette at avgjørelsene i sakene Rosenquist og Ponsetti og Chesnel er avsagt i kammer med sju dommere, jf. artikkel 29. Dette er samme organ og samme antall dommere som ved en avgjørelse av realiteten. Etter nyere praksis behandles i mange saker spørsmålet om avvisning sammen med realiteten. EMD gir normalt en utførlig begrunnelse, men begrunnelsen for eventuelle dissenser offentliggjøres ikke. En avvisning kan bare finne sted når klagen er åpenbart grunnløs eller anses som et misbruk av retten til å klage, jf. artikkel 35 nr. 3. EMD viser både til tidligere dommer og avgjørelser om avvisning etter EMK artikkel 35 nr. 3 når tidligere praksis skal dokumenteres. Ut fra dette er det etter min mening ikke noen grunn til å tillegge avgjørelser om avvisning mindre vekt enn dommer når de er avsagt av sju dommere”.

Med dette kan det legges til grunn at hvis en avvisningsavgjørelse er avsagt av like mange dommere som i en realitetsavgjørelse, videre at det er gitt en utførlig begrunnelse for resultatet, skal denne tillegges vekt. En hoveddel av oppgavens tema er å vurdere det nye straffebegrepet i sakene som EMD har avsagt i avvisningsavgjørelsene Mjelde og Storbråten. Spørsmålet blir hvor mye rettskildemessig vekt disse avgjørelsene skal tillegges.

Begge disse avgjørelsene ble gitt en utførlig behandling, og EMD begrunner svaret sitt. I disse avgjørelsene er det blitt gitt en utførlig gjennomgang av tidligere avgjørelser og praksis. EMD sier med klare ord at de benytter flere momenter enn tidligere for å avgjøre straffebegrepets rekkevidde og innhold. Begge sakene i EMD ble avsagt av 7 dommere. Dette skulle tilsi at disse avvisningsavgjørelsene burde tillegges vekt som realitetsavgjørelser. EMD har også fulgt opp disse sakene i seinere avgjørelser, noe som vil styrke den rettskildemessige vekten.

I storkammeravgjørelsen *Jussila v. Finland*¹⁹ uttalte EMD seg om den rettskildemessige vekten til en avvisningsavgjørelse. EMD måtte ta stilling til i denne avgjørelsen om 10 % tilleggsskatt var straff etter EMK art. 6. EMD hadde tidligere i en avvisningsavgjørelse²⁰ kommet fram til at det ikke var straff etter EMK art. 6. EMD uttalte at denne avvisningsavgjørelsen fraviker tidligere praksis og at seinere praksis ikke harmonerer med dette synspunktet. EMD legger til at avvisningsavgjørelsen hadde ”no established authoritative basis”²¹.

Dette fører til at hvis en avvisningsavgjørelse som fraviker tidligere praksis, og hvor det ikke foreligger noe praksis i etterkant som bygger på denne, skal denne ikke tillegges like stor vekt som en dom.

Hvis en avgjørelse er avsagt av et storkammer etter EMK art 31 bokstav a, vil denne som utgangspunkt tillegges en høyere vekt enn en avvisningsavgjørelse eller realitetsavgjørelse. Dette kan sammenlignes med at en plenumsdom avsagt av Høyesterett som skal tillegges større vekt enn en avgjørelse avsagt i avdeling. En storkammeravgjørelse avsies av 17 dommere, og skulle det dukke opp en fravikelse av et prejudikat skal dette avgjøres i storkammeret.

2.2.2 Tolkning av EMK

Som nevnt ovenfor har Høyesterett i flere avgjørelser uttalt at norske domstoler skal legge seg på en lik linje med EMDs tolkning av EMK. I dette punktet skal jeg gå mer inn i hvilken metode EMD benytter seg av ved tolkningen av EMK.

Hovedkilden for enhver rettslig analyse av EMK vil være konvensjonsteksten. Det er konvensjonens original-språk, altså den engelske eller franske teksten, som skal legges til grunn for tolkningen.

¹⁹ Judgment of 23 November 2006, Application no. 73053/01 . Se også Johansen 2008 s. 37 flg.

²⁰ *Morel v. France*. Decision of 3 June 2003, Application no 54559/00.

²¹ Para 35.

EMD har i flere avgjørelser presisert at konvensjonens fortolkning i utgangspunktet beror på de alminnelige tolkningsreglene for traktater. Dette legges til grunn i eksempelvis Golder-saken²² og Bancovic-saken²³ (avsnitt 55).

Wien-konvensjonen²⁴ om traktatretten inneholder regler om hvorledes traktater skal tolkes, se art 33-35. Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men siden reglene er ansett som en kodifisering av alminnelig folkerett, vil disse antas å være bindende.

EMK skal tolkes: "in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose", jf Wien-konvensjonen art 31. Etter denne bestemmelsen skal tolkningen ta utgangspunkt i traktatens ordlyd i lys av sammenhengen, og konvensjonens formål. Ved tolkning av konvensjonen skal det legges til grunn en objektiv tolkning. Altså den naturlige språklige forståelsen av konvensjonsteksten. Dette utgangspunktet er lagt til grunn av EMD i en rekke saker, se for eksempel den nevnte saken i Bancovic.

EMDs konvensjonspraksis bygger på det autonome tolkningsprinsipp; dette fører til at sentrale ord og uttrykk i EMK har et selvstendig innhold.

Ved tolkning av EMK med tilleggsprotokoller tar EMD sikte på å tilpasse dem til samfunnsutviklingen, og de aktuelle behov for konvensjonsbeskyttelse. Grensen for en dynamisk fortolkning er dersom ordlyden er klar. Dette fremgår av EMD i avgjørelsen Johnston mot Ireland²⁵:

"It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present day condition. However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset."²⁶

²² Golder v. The United Kingdom. Application no. 4451/70. Judgment 21 February 1975. avsnitt 29.

²³ Bankovic and Others (mot 17 Nato land). Application no. 52207/99. Descision 12 December 2001.

²⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, vedtatt 23 mai 1969, I kraft 27 jan 1980.

²⁵ Application no. 9697/82. Judgment 18 of December 1985.

²⁶ Para 53.

Dette medfører at begrepet straff i konvensjonen skal tolkes autonomt²⁷, det vil si at den nasjonale tolkningen av begrepet ikke er avgjørende. EMD har i flere saker kommet til at visse administrative sanksjoner er straff, uavhengig av hvorledes nasjonalstaten har definert det. EMD har i avgjørelsen Engel fastslått hvordan straffebegrepet skal tolkes. I avgjørelsen ble det fastslått at ulike typer militære refselsler var å anse som straff. Dette selv om det etter nederlandsk rett ble klassifisert som en disiplinærstraff, og ikke som en straffereaksjon. I avgjørelsen Engel uttalte EMD:

“If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will.

A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention. The Court therefore has jurisdiction, under Article 6 (art. 6) and even without reference to Articles 17 and 18 (art. 17, art. 18), to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal.

In short, the "autonomy" of the concept of "criminal" operates, as it were, one way only”.²⁸

Domstolen foretar en autonom tolkning av begrepet ”criminal”. EMD sier også her at det ikke kan være avgjørende hvorledes nasjonalstaten har klassifisert tiltaket. Det skal vurderes selvstendig av EMD om tiltaket skal klassifiseres som straff etter EMK art. 6.

EMD gis en stor frihet til å utvikle konvensjonen via den autonome tolkningen av konvensjonens begreper. EMD utvikler sentrale begreper i konvensjonen som alle eller nesten alle kontraherende stater lovgivning har som grunnleggende juridiske begreper, slik som straffebegrepet. Den autonome tolkningen her medfører at konvensjonens regler kan få et helt annet innhold enn den nasjonale tolkningen ville ha ledet til.

²⁷ Se også Kjølbros 2007 s. 316.

²⁸ Para 81.

Det neste som skal tas opp, er EMDs dynamiske tolkningsstil. EMD omtaler i denne forbindelse ofte konvensjonen som ”a living instrument”. Dette kan sees på som en kompensasjon for at det ikke finnes noen internasjonal lovgiver som kan endre konvensjonen effektivt ved behov. Dette tilsier at EMD har som oppgave å videreutvikle retten til enhver tid. Dette var nok ikke forventet av medlemslandene som ratifiserte konvensjonen i 1950 og 1960 tallet; konvensjonen har utviklet seg og endret innhold. Disse tolkningsprinsippene har gitt EMD en særdeles sterk stilling og stor handlefrihet ved tolkningen av konvensjonen.

EMD har i seinere avgjørelser ved tolkning av straffebegrepet i konvensjonen lagt seg på tre vurderingskriterier. Kriteriene er seinere kalt ”Engel-kriteriene”, kriteriene blir benyttet for å finne ut om en reaksjon er å betrakte som straff eller ikke etter konvensjonen. Engel-kriteriene er selvstendige, det vil si at det som utgangspunkt er tilstrekkelig at en av dem er oppfylt. Det har tidligere vært noe tvil både i juridisk teori og EMDs praksis om kriteriene til sammen kan avgjøre om et tiltak er straff.²⁹ Dette særlig etter EMDs avgjørelse i *Bendenoun v. France*³⁰, her foretok EMD en helhetsvurdering av kriteriene. Etter avgjørelsen i *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*³¹ er det klart at hvis ingen av kriteriene er oppfylt kan tiltaket allikevel anses som straff etter konvensjonen hvis de til sammen er tilstrekkelige.

Engel-kriteriene er ikke³² en uttømmende liste over momentene som skal ivaretas, men de er grunnleggende i vurderingen om noe skal klassifiseres som straff eller ikke.

EMK skal tolkes dynamisk eller i lys av samfunnsutviklingen. EMD har fastslått at EMK skal tolkes slik at den avspeiler ”the present day condition”. Med en slik tolkning vil ikke konvensjonen bli foreldet. En slik tolkning vil medføre en vanskeligere situasjon for medlemslandene, hvor det siste ord ikke er sagt før EMD har talt. Norske domstoler må følge den kursen EMD legger i sin tolkning av EMK. Dette medfører at Høyesterett bør

²⁹ Se også Johansen 2005 s. 319.

³⁰ Judgment of 24 february 1994, Application no. 12547/86.

³¹ Judgment of 9 october 2003, Application no. 39665/98 and 40086/98.

³² Se avgjørelsene *Mjelde og Storbråten*, frem til disse sakene var de uttømmende.

avstå fra å utvikle konvensjonen. Høyesterett har som utgangspunkt i sin praksis fulgt opp EMDs praksis. I Rt. 2000 s. 996 er det uttalelse for EMDs tolkninger og den dynamiske tolkningsstilen. Førstvoterende³³ uttaler at dersom det er tvil om hvordan EMK er å forstå; bør norske domstoler ikke anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen. Om motstridsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 ble det uttalt at dersom det tolkingsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn. Dette selv om det skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.

For å opprettholde konvensjonen kan ikke nasjonale domstoler ha en reservert holdning. Nasjonalstatene må følge opp de retningslinjer konvensjonen oppstiller som gjeldende rett. Nasjonal praksis må videre følge opp de utviklingene som konvensjonen oppstiller.

3 Generelt om EMK TP7-4 nr. 1

I konvensjonen er det den engelske eller franske teksten som skal legges til grunn for tolkning, og ikke den norske oversettelsen.

EMK TP7-4 nr. 1 har denne ordlyden:

”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 kommer kun til anvendelse i tilfeller hvor det er tale om en gjentakelse av straffeforfølgning eller domfellelse for en og samme forbrytelse.

Tidligere har det vært uklart om EMK TP7-4 bare kom til anvendelse dersom den første forfølgningen var en ordinær straffesak, og ikke dersom den første forfølgningen var en administrativ sanksjon. I Rt. 2002 side 557 ble det slått fast at forbudet mot ”dobbeltraff”

³³ Side 1007-1008.

kan komme til anvendelse i begge tilfeller.³⁴ Det vil si både når den administrative sanksjonen utgjør den sperrende avgjørelsen, og når en administrativ sanksjon ilegges etter en sperrende straffeforfølgning. Rekkefølgen spiller således ingen rolle, og administrative sanksjoner får dermed langt på vei samme virkning i intern rett. EMD har senere kommet til samme konklusjon i Göktan-dommen.

Etter ordlyden er det flere vilkår som må være oppfylt for at en sak skal kunne avvises. Det første vilkåret er at den sperrende avgjørelsen må være endelig avgjort, jf ”finally acquitted”; avgjørelsen må altså være rettskraftig. Om dommen er fellende eller frifinnende, har ingen betydning.³⁵

Det andre vilkåret er at den sperrende avgjørelsen må avgjøre en straffeanklage, jf ”criminal proceedings”. Ved denne vurderingen har det vært tradisjonelt blitt tatt utgangspunkt i Engel-kriteriene, om en sanksjon er straff etter konvensjonen (se pkt 5 nedenfor).

Det tredje vilkåret er at den sperrende avgjørelsen må gå ut på at siktede blir frifunnet eller domfelt, jf ”acquitted or convicted”.

Det fjerde vilkåret gjelder kun for sperrevirkningen av en ny forfølgning, jf ”tried or punished again”. Denne forbyr derimot ikke parallell forfølgning.³⁶

Det femte vilkåret er at forfølgningen må gjelde det samme straffbare forholdet, jf ”an offence for which”. Det vil si at dersom den nye saken dreier seg om et annet forhold, gjelder ikke forbudet i bestemmelsen.

Det grunnleggende spørsmålet for i det hele tatt å vurdere spørsmålet om dobbelstraffeforfølgning, er om det dreier seg om det samme lovbruddet.

³⁴ Side 561.

³⁵ Se Aall 2007 s. 409. Avgjørelser fra EMD som følger opp dette, Zolotukhin v. Russia og Gradinger v. Austria.

³⁶ Se for eksempel R. T v. Sveits 30 mai 2000.

Siden oppgavens tema er tolkning av straffebegrepet, utgjør dette kjernen i problemstillingen. Hovedvekten er lagt på dette. Det vil si; når blir et forhold å betrakte som straff etter EMK TP7-4. Selve konkurransespørsmålet vil ikke bli detaljert behandlet hvor dette faller utenfor oppgavens tema.

Bestemmelsen pålegger statene å tillegge nærmere bestemte avgjørelser i straffesaker negativ materiell rettskraft.³⁷ Dette betyr at en avgjørelse skal sperre mot en ny forfølgning for det samme forhold, slik som straffeprosessloven § 51.

EMK TP7-4 fastslår prinsippet om at ingen skal straffeforfølges to ganger for det samme forholdet. Bestemmelsen tilsvare SP art. 14 (7), men TP7-4 gjelder kun innen den enkelte stat. Bestemmelsen er altså ikke til hinder for at samme person straffes for en handling i en annen stat enn der hvor vedkommende allerede er domfelt. Det finnes imidlertid en rekke internasjonale konvensjoner, herunder om utlevering til straffeforfølgning. Her reguleres anvendelse av prinsippet ”ne bis in idem” på internasjonalt nivå.³⁸

Formålet med bestemmelsen er å gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning, for et forhold som gjerningsmannen hadde en berettiget forventning om å være ferdig med. Forventningsaspektet er allikevel i flere avgjørelser blitt tillagt liten vekt.³⁹

Forbudet kommer til anvendelse når to ulike sanksjoner knyttet til samme handling defineres som straff etter EMK, og disse ikke har blitt ilagt samtidig.

Høyesterett har i de senere årene avgjort en rekke saker hvor dette forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er påberopt som grunnlag for avvisning, og det har kommet en del nye avgjørelser fra EMD på området.

Forbudet mot dobbeltstraff er en viktig rettsikkerhetsgaranti. EMD har i avgjørelsen *Gradinger v. Austria*⁴⁰ uttalt følgende om formålet med EMK TP7-4:

³⁷ Se Skoghøy TfR 2003 nr. 1 side 2.

³⁸ Se Kjølbrot 2007 s. 865.

³⁹ Se for eksempel Rt. 2002 s. 509 og Rt. 2003 s. 1827.

⁴⁰ Judgment 23 oktober 1995, Application no. 15963/90.

”the aim of Article 4 of Protocol 7 (P7-4) is to prohibit the repetition of criminal proceedings that have been concluded by a final decision”.⁴¹

Denne formålsbetraktningen er av EMD fulgt opp i en rekke avgjørelser.⁴²

4 Er straffebegrepet sammenfallende i konvensjonen

4.1 Innledning

Som nevnt tidligere, har EMD anlagt en dynamisk tolkningsstil, og har stadig utvidet anvendelsesområdet for konvensjonen. Dette har sammenheng med prinsippet om at enkelte begreper skal gis en autonom tolkning.

Det har særlig vært aktuelt ved tolkningen av konvensjonens art. 6 nr. 1 når det gjelder begrepene ”civil rights and obligations” og ”criminal charge”. Hvorvidt et saksforhold er omfattet av disse begrepene, beror på konvensjonsorganenes grensedragning. Uavhengig av statenes terminologi og rettssystem kan EMD vektlegge hvorledes nasjonalstaten har definert tiltaket. Men som EMDs praksis⁴³ viser, er ikke dette et tungtveiende argument. Ordlyden i EMK TP7-4 nr. 1 inneholder tre forskjellige straffebegreper ”penal procedure”, og ”criminal proceedings” som betegnelsen på rettsprosessen. I tillegg benyttes begrepet ”punished”. For nasjonale domstoler og EMD har det vært en sentral problemstilling hvordan disse tre straffebegrepene henger sammen.

Etter en alminnelig språklig forståelse av disse uttrykkene synes det i utgangspunktet å definere bestemmelsenes virkeområde til å bare gjelde straffesaker. Etter EMDs praksis er EMK art 6 blitt tolket utvidende. Rettsikkerhetsgarantiene i art. 6 gjelder således ikke bare i

⁴¹ para 53.

⁴² Også i seinere avgjørelse fra EMD i Anders Synnelius Taxi AB v. Sweden.

⁴³ Se Gradinger v. Austria, Schmautzer v. Austria. Judgment of 23 oktober 1995 og Blokker v. The Netherlands. Se Johansen 2005 s. 323 for mer inngående analyse.

saker som blir behandlet i straffeprosessuelle former etter nasjonal lovgivning, men også ved ileggelse av forvaltningsmessige reaksjoner som har karakter av straff.

Problemstillingen blir om EMK TP7-4 skal tolkes like utvidende som EMK art. 6.

4.2 Forholdet mellom straffebegrepet i EMK TP7-4, art. 6 og art. 7

4.2.1 EMDs praksis

Problemstillingen her blir om straffebegrepet i EMK TP7-4 skal tolkes på samme måte som i art. 6 og art. 7. For at EMK art. 6 skal komme til anvendelse må saken gjelde straff. Dette fremgår fra artikkelens ordlyd "criminal charge" i nr. 1. I samme artikkel fremgår det i nr. 2 "criminal offence". Etter EMK art. 7 kommer artikkelen til anvendelse ved "criminal offence"; dette tilsier at artikkelen bare kommer til anvendelse i straffesaker. EMK art. 6 skal sikre en rettferdig rettergang "fair trial", og en mest korrekt materiell avgjørelse. Formålet med EMK art. 7 er å ivareta hensynet til forutberegnelighet. EMK art. 6 sikrer grunnleggende rettigheter noe som tilsier at den bør tolkes utvidende. Spørsmålet er om art. 7 bør tolkes like utvidende.

I Engel-saken hadde klageren anført at ileggelsen av sanksjonene var å anse som straff etter EMK art. 6. EMD foretok en autonom tolkning av begrepet "criminal" i art. 6. EMD tolket videre begrepet sammenfallende med EMK art. 7.

Dette trekker i retning av at begrepet er sammenfallende i de to artiklene. For det første var ikke EMK art. 7 påberopt av partene, slik at denne problemstillingen ikke var omtvistet. For det andre drøfter EMD både EMK art. 6 og art. 7 under kriteriet "den nasjonale klassifikasjonen". Dette skulle tilsa at straffebegrepet ikke er annerledes i bestemmelsene. Nedenfor skal det nevnes flere avgjørelser som bygger på denne tolkningen. Dette er også i tråd med juridisk teori.⁴⁴

⁴⁴ Se Johansen 2005 s. 302.

I avgjørelsen *Nikitin v. Russia*⁴⁵ var problemstillingen om russisk høyesterett ved sin vurdering av en ny behandling av en sak som var endelig avsluttet, var å anse i strid med EMK TP7-4. EMD begynner sin drøftelse ved å si:

”The Court notes that the protection against duplication of criminal proceedings is one of the specific associated with the general guarantee of a *fair hearing* (min kursivering) in criminal proceedings”⁴⁶

Lengre nede i avgjørelsen sier domstolen:

”The Court has found...that supervisory review in this case was compatible with the *ne bis in idem* principle enshrined in Article 4 of protocol No. 7, which is itself one aspect of a *fair trial* (min kursivering)”⁴⁷

Her uttaler domstolen at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er et aspekt av kravet til rettferdig rettergang, etter dette kan det legges til grunn at formålet i EMK TP7-4 ikke er annerledes enn EMK art. 6.⁴⁸ Det er likevel kun de medlemslandene som har tiltrådt Tilleggsprotokoll 7 dette vil gjelde for.

I avgjørelsen *Welch v. The United Kingdom*⁴⁹ tok EMD stilling til om en inndragning var straff etter EMK art. 7. I denne avgjørelsen tolker EMD straffebegrepet sammenfallende med art. 6: “concept of a “penalty” in this provision is, like the notions of “civil rights and obligations” and “criminal charge” in Article 6 para. 1”.⁵⁰

⁴⁵ Judgment 20 July 2004, Application no. 50178/99.

⁴⁶ Para 35.

⁴⁷ Para 54.

⁴⁸ I samme retning Johansen 2005 s. 300.

⁴⁹ Judgment of 9 February 1995, Application no. 17440/90.

⁵⁰ Para 27.

Avgjørelsen *Brown v. The United Kingdom*⁵¹ tok EMD stilling til om en disiplinærbot var straff etter EMK art. 7. Ved vurdering av straffebegrepet benyttet EMD Engel-kriteriene. Siden Engel-kriteriene tradisjonelt brukes etter EMK art. 6 trekker dette i retning av at EMK art. 6 og art. 7 er sammenfallende.

Som en sammenfatning etter avgjørelser fra EMD er straffebegrepet i EMK art. 6 og 7 sammenfallende. Spørsmålet videre er om straffebegrepet i EMK TP7-4 skal tolkes sammenfallende i konvensjonen.

I dommen *Göktan v. France*⁵² uttalte EMD at straffebegrepet i EMK TP7-4 er sammenfallende med begrepet i art. 6 og art. 7. Problemstillingen i denne saken var om en tollbot var straff etter EMK TP7-4. Tollbot var ikke klassifisert som straff etter fransk rett. Etter at EMD hadde gjennomgått tidligere praksis uttales det:

”The court finds that imprisonment in default of payment of the customs fine was not a means of enforcing the fine, but a penalty, both within the meaning of article 7 of the convention (see *Jamil*, cited above) and of Article 4 of protocol No. 7. *The notion of what constitutes a “penalty” cannot vary from the convention provision to another* (min kursivering)”.⁵³

Her legger domstolen altså til grunn at straffebegrepet i EMK TP7-4 er sammenfallende med EMK art. 7.

Denne uttalelsen fra EMD representerer en utvikling i tolkningen av straffebegrepet i konvensjonen, skal dette legges til grunn skal begrepet tolkes likt i konvensjonen. Det er ingen tidligere avgjørelser fra EMD som har en slik klar uttalelse om at straffebegrepet er sammenfallende i EMK.⁵⁴

⁵¹ Decision of 24 November 1998, Application no. 38644/97.

⁵² Judgment of 2 July 2002, Application no. 33402/96.

⁵³ para 48.

⁵⁴ Se Johansen 2005 s. 301.

I avgjørelsen *Rosenquist v. Sweden*⁵⁵ måtte EMD ta stilling til om tilleggsskatt var straff etter EMK TP7-4. Ved vurderingen av straffebegrepet uttalte EMD:

”(…)concerning Article 7 of the Convention and Article 4 of Protocol no. 7, the Court held *that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention* (min kursivering).”⁵⁶

EMD finner støtte for denne uttalelsen i *Göktan-dommen*. EMD følger her opp tidligere praksis, og legger til grunn at straffebegrepet skal tolkes sammenfallende i konvensjonen.

I avgjørelsen *Nilsson v. Sweden*⁵⁷ tok EMD stilling til om inndragning av førerkort var straff etter EMK TP7-4. Ved vurderingen av straffebegrepet uttalte EMD:

” This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” respectively in Articles 6 and 7 of the Convention...”⁵⁸

Her legger EMD til grunn at straffebegrepet i EMK TP7-4 må tolkes sammenfallende i konvensjonen.

Med dette vil straffebegrepet ha samme innhold i konvensjonen. Det har blitt avgjort i en rekke avgjørelser som EMD har fulgt opp. Med dette vil tidligere avgjørelser etter EMK art. 6 og art. 7 være tungtveiende rettskildefaktorer ved tolkningen av straffebegrepet i EMK TP7-4.

⁵⁵ Decision of 14 September 2004, Application no. 60619/00.

⁵⁶ “The Law”.

⁵⁷ Decision of 13 December 2005, Application no. 73361/01.

⁵⁸ The Law B. “The Court`s assessment”.

4.2.2 Avgjørelser fra Høyesterett

Som vist ovenfor har EMD tolket straffebegrepet sammenfallende i konvensjonen, spørsmålet blir om Høyesterett har fulgt opp denne praksisen.

Plenumsdommen i Rt. 2000 s. 996 uttalte⁵⁹Høyesterett at det er en viss sammenheng mellom straffebegrepet i EMK TP7-4 og art. 6, men gir ingen konklusjon.

I Rt. 2002 s. 1216 vurderte Høyesterett om det var i strid med forbudet mot dobbeltforfølgning i EMK TP7-4 å inndra førerkort etter veitrafikkloven § 33 nr 2, etter en straffedom for overtredelse av veitrafikkloven § 31, jf § 22 annet ledd.

Klageren hadde blitt straffedømt for etterfølgende alkoholnyttelse, etter denne dommen ble endelig fikk straffedømte førerkortet inndratt. Her måtte Høyesterett vurdere om denne inndragningen var å anse som avgjørelse av en straffeanklage. Høyesterett legger her til grunn at inndragningen av førerkortet var straff etter EMK art. 6, jf EMDs avgjørelse i *Malige v. France*⁶⁰. Problemstillingen blir om inndragningen også er straff etter EMK TP7-4. Hvis det er tilfelle blir begrepet sammenfallende med EMK TP7-4.

Høyesterett uttaler på side 1225 med henvisning til flertallet i Rt. 2002 s. 557:

”Med henvisning til bestemmelsenes ulike formål, er det her pekt på muligheten for at grensen kan bli trukket forskjellig, eksempelvis for sanksjoner som i første rekke har en avvergende eller forebyggende karakter.”

Etter dette viser Høyesterett til *Göktan*-dommen fra EMD, i denne saken ble det lagt til grunn at straffebegrepet i EMK TP7-4 var sammenfallende med EMK art. 7. Høyesterett uttaler på side 1225:

”Dette måtte gjelde både i forhold til artikkel 7 og artikkel 4 nr. 1 i Protokoll 7, da begrepet straff ikke kunne ha forskjellig betydning alt etter hvilken av konvensjonens bestemmelser det gjelder, dommens avsnitt 48. Det forelå likevel ikke brudd på artikkel 4 nr. 1, idet begge reaksjoner var

⁵⁹ Side 1026.

⁶⁰ Judgment of 23 September 1998, Application no. 27812/95.

idømt av samme domstol i samme sak. Etter dette må det legges til grunn at begrepet « punishment » må tolkes synonymt med « penalty » etter artikkel 7.”

På bakgrunn av praksis fra EMD fant Høyesterett at inndragningen måtte regnes som straff i forhold til EMK TP7-4. Men legger til grunn at straffebegrepet i EMK TP7-4 med tanke på den nye forfølgningen og EMK art. 6 ikke er sammenfallende.

I Rt. 2002 s. 1271⁶¹, Rt. 2003 s. 264⁶² legger Høyesterett til grunn at det var sammenfall mellom straffebegrepet i EMK TP7-4 og EMK art. 7 i forhold til den sperrende avgjørelsen.⁶³

I kjennelsen av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1100⁶⁴, legger domstolen til grunn at straffebegrepet er sammenfallende i konvensjonen. Saksforholdet var at A var dømt og sonet fengselsstraffen, det ble funnet narkotika i As celle. Fengselsdirektøren traff et vedtak om reduksjon av dagpenger med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 40. Etter at dette vedtaket var endelig. Ble det iverksatt av påtalemyndigheten straffeforfølgning for brudd på narkotikalovgivningen. Problemstillingen blir om straffesaken skal avvises fordi tiltalte tidligere med hjemmel i straffegjennomføringsloven § 40 er ilagt en disiplinærreaksjon for samme handling, jf. EMK TP7-4. Høyesterett henviser igjen til Göktan-saken fra EMD om at straffebegrepet er sammenfallende i konvensjonen, og uttaler i avsnitt 46 at straffebegrepet er sammenfallende. Høyesterett finner støtte for dette ved de EMD avgjørelsene som er nevnt ovenfor.

I Rt. 2004 s. 927 konkluderte Høyesterett først med at nektelse av prøveløslatelse er straff dersom man legger straffebegrepet i EMK art. 6 til grunn. Videre i saken drøfter Høyesterett om dette medførte at nektelsen også var straff etter EMK TP7-4. Flertallet var enig i at bestemmelsene burde kunne falle forskjellig ut fordi reglene har ulikt formål. Her føler Høyesterett seg bundet av tidligere praksis, og kommer til at straffebegrepet er

⁶¹ Side 1280-1281.

⁶² Se avsnitt 29.

⁶³ Se Johansen 2005 s. 305.

⁶⁴ Se avsnitt 46.

sammenfallende i konvensjonen. Dette vil si at uttrykkene ”straffbar handling” og ”straffesak” i EMK TP7-4 må tolkes i samsvar med EMK art. 6.

Om dette uttaler Høyesterett:

”I senere avgjørelser har imidlertid Høyesterett lagt til grunn at det nettopp er tale om identiske begreper, jf. Rt-2003-1100, avsnitt 46 og 47, og kjennelse av 22. desember 2003, avsnitt 63. For min del vil jeg mene at Høyesterett nå vanskelig kan fravike den rettsoppfatning som er lagt til grunn i de siste avgjørelsene.”⁶⁵

Høyesterett kom også fram til i Rt. 2003 s. 1827 (dissens 4-1) at straffebegrepet er sammenfallende.⁶⁶ Flertallet og mindretallet var enige i at vurderingstemaet knyttet til begrepene ”straffesiktelse” i EMK artikkel 6 og ”straffesak” i TP7-4 skal være det samme, og at Engel-kriteriene derfor var avgjørende for hvorvidt tvangsplassering må anses som straff.⁶⁷ I Rt. 2005 s. 1269⁶⁸ tolket også Høyesterett straffebegrepet sammenfallende i konvensjonen.⁶⁹

Som en sammenfatning kan det legges til grunn at vi har hatt en klar utvikling om straffebegrepet er sammenfallende i EMK. Etter de seinere avgjørelsene fra Høyesterett som foreligger blir straffebegrepet tolket sammenfallende i konvensjonen. Det er dermed Engel-kriteriene som skal tolkes ved vurderingen av om et forhold eller tiltak er straff etter konvensjonen.

⁶⁵ Avsnitt 54.

⁶⁶ Se avsnitt 29.

⁶⁷ Påtalemyndigheten prosederte heller ikke mot dette utgangspunktet, jf Rt. 2004 s. 1100.

⁶⁸ Se avsnitt 17.

⁶⁹ se også Rt. 2004 s. 1368, Rt. 2004 s. 1500 og Rosenquist v. Sweden.

5 Straffebegrepet i EMK TP7-4 før 2007

5.1 Innledning

Praksis fra EMD og Høyesterett viser at Engel-kriteriene er grunnleggende for tolkningen av straffebegrepet. I Mjelde⁷⁰ - og Storbråten⁷¹ -saken har EMD fastholdt at begrepet skal tolkes snevrere enn tidligere i EMK TP7-4. Hva som ligger i dette skal være et tema nedenfor. Engel-kriteriene er fortsatt relevante slik at det vil være naturlig å starte med disse. For å få fram endringene i straffebegrepet, vil det bli foretatt en analyse av begrepet før og etter 2007.

I saken Engel and others sier EMD at for å klassifisere et forhold som straff i forhold til EMK skal bero på Engel-kriteriene:

- Nasjonal klassifikasjon, om forholdet er klassifisert som straff etter nasjonal rett.
- Lovbudets karakter (the nature of the offence).
- Sanksjonens innhold og alvor (the nature and the degree of the serverity of the penalty).

Disse kriteriene er alternative, det vil si at utgangspunktet er at forholdet blir klassifisert som straff hvis et av disse kriteriene er oppfylt.

EMD har i saken Bendenoun v. France⁷² lagt til at straffebegrepet kan bero på en helhetsvurdering av handlingens og reaksjonens karakter:

”None of them is descisive on its own, but taken together and cumulatively they made the ”charge” in issues a ”criminal” one within the meaning of article 6 § 1”.⁷³

⁷⁰ Decision of 1 Februyay 2007.

⁷¹ Decision of 1 Februyay 2007.

⁷² Judgment of 24 February 1994, Application no. 12547/86.

⁷³ Para 47.

Det har vært tolkningstvil om kriteriet nasjonal klassifikasjon er alternativ eller ikke, dette vil jeg ta med ved drøftelse av dette kriteriet. Nedenfor skal det gis en gjennomgang i hva som ligger i disse kriteriene.

5.2 Engel-kriteriene

5.2.1 Nasjonal klassifikasjon

Den nasjonale klassifikasjonen antas bare å være avgjørende dersom forholdet faktisk anses som straff. På den annen side hvis sanksjonen ilegges administrativt foretar EMD en vurdering av de andre kriteriene.

EMD uttaler i Engel-saken at dersom staten ikke klassifiser et forhold som straff vil EMD foreta en selvstendig vurdering. I Engel-saken foretar EMD en autonom tolkning av begrepet “criminal” utelukkende av nasjonal rett.

Prinsippet er at et lovbud eller en sanksjon som er klassifisert som strafferettslig i intern rett alltid vil være omfattet av konvensjonens straffebegrep. Etter norsk intern rett har vi straffene i vårt rettssystem i straffeloven § 15 og § 16, disse vil også være straff etter EMK. Problemet oppstår når nasjonalstaten har definert et forhold som sivilrettslig mens EMK allikevel kan definere det som strafferettslig.

Det har vært noe tolkningstvil om den nasjonale klassifikasjonen er et alternativt vilkår eller ikke. I storkammeravgjørelsen *Ezeh and Connors v. The United Kingdom*⁷⁴ ble det en tolkningstvil om kriteriet nasjonal klassifikasjonen ble ansett som et alternativt vilkår. Saken dreide seg om en sanksjon som ble ilagt med hjemmel i et fengselsreglement var å anse som straff etter EMK art. 6. I denne saken ble det foretatt en grundig analyse av Engel-kriteriene i et eget avsnitt. EMD har i denne saken lagt til grunn at det andre og det tredje kriteriet er alternative. Det fremgår ikke direkte i denne saken noen uttalelser om det første kriteriet er alternativt. EMD uttaler følgende i denne saken:

⁷⁴ Judgment 9 October 2003, Application no. 47414/99.

“In addition, it is the Court's established jurisprudence that the second and third criteria laid down in Engel are alternative and not necessarily cumulative(...).⁷⁵

I denne avgjørelsen trekker det i retning av at det første kriteriet ikke er alternativ. Dette kan begrunnes ved at EMD ikke vurderer det første kriteriet.

Det er flere avgjørelser i fra EMD som trekker i retning av at det første Engel-kriteriet ikke er alternativt.⁷⁶ Som en konklusjon kan det sies at et forhold som er klassifisert som straff etter nasjonal rett som utgangspunkt vil være straff etter konvensjonen. Mens det annet og det tredje av Engel-kriteriene er alternative. Men det kan tenkes unntak av dette slik at om et forhold er klassifisert som straff etter nasjonal rett, kan dette allikevel falle utenfor straffbegrepet i konvensjonen.⁷⁷

5.2.2 Lovbudets karakter

Etter kriteriet ”the nature of the offence”, skal det legges vekt på lovbestemmelsens karakter og formål. Kriteriet er relevant ved vurderingen av om det er en straffesak i konvensjonens forstand. Er lovbudet sammenlignbar med klare straffbare forhold trekker det i retning av et straffebed i konvensjonens forstand.⁷⁸

I denne vurderingen er det flere faktorer som spiller inn for å vurdere om en handling skal anses som ”criminal”. Som drøftelsen vil vise, vurderer EMD både karakteren av den handlingen som er utført, og videre vurderes karakteren av lovbudet.

EMD har lagt til grunn i sine saker at hvis en nasjonal rettslig sanksjon er av erstatningsmessige eller av gjenopprettende karakter, taler dette for en ikke strafferettslig men derimot en sivilrettslig sanksjon. Etter EMDs praksis skal flere momenter tas i betraktning for å klassifisere noe som straff etter dette kriteriet. For at dette kriteriet skal være oppfylt må det skilles mellom det nasjonalstaten har klassifisert som tradisjonell straff, og hva den anser som for eksempel en ordensforseelse. Moment som EMD har tatt i

⁷⁵ Para 86.

⁷⁶ Se for eksempel, W.S v. Poland Decision of 15 June 1999. Szott-Medynska v. Poland Decision of 9 okt 2003.

⁷⁷ Se også Johansen 2005 s 318.

⁷⁸ Se Kjølbros 2007 s. 317.

betraktninger er kravet til skyldkonstatering, hvis bestemmelsen krever skyld har den et klarere strafferettslig formål.⁷⁹ I de aller fleste rettsystemer er det et krav til skyld for å kunne straffe. I en storkammeravgjørelse *Benham v. The United Kingdom*⁸⁰ var forholdet i saken at klageren fikk fengselsstraff for ikke betalt kommunale avgifter. Han påberopte seg brudd på EMK art. 6 for ikke juridisk bistand. EMD måtte ta stilling til om forholdet var å anse som ”criminal”:

”In addition, the proceedings had some punitive elements. For example, the magistrates could only exercise their power of committal to prison on a finding of wilful refusal to pay or of culpable neglect”⁸¹

EMD kommer i denne saken frem til at siden lovbudet inneholdt et skyldkrav, var dette et kjennetegn som medførte at forfølgningen fikk et strafferettslig preg.

I avgjørelsen *Ezeh and Connors* var klageren som sonet en dom blitt dømt for henholdsvis trusler og overfall av fengselsbetjentene. Etter nasjonal rett var det klassifisert som en disiplinærforseelse, og ikke straff. EMD kom fram til etter en helhetsvurdering at tiltaket var straff etter konvensjonen. EMD la vekt på sanksjonens karakter, tilsvarende handlinger kunne straffes etter alminnelig straffelovgivning. EMD la videre vekt på at klager ble dømt til henholdsvis 7 og 40 dager⁸² forlengelse av soningen. EMD fant videre at sanksjonen var av strafferettslig formål. Med dette fant EMD det tilstrekkelig for å karakterisere det som straff etter konvensjonen.

Et annet moment er bestemmelsens rekkevidde, det vil si om bestemmelsen gjelder for alle eller kun gjelder for en bestemt gruppe,⁸³ slik som for eksempel en disiplinærstraff.

⁷⁹ I samme retning Johansen 2005 s. 325.

⁸⁰ Judgment of 10 June 1996, Application no. 19380/92.

⁸¹ Para 56.

⁸² Utmålinger vurderes i prinsippet etter det tredje kriteriet.

⁸³ Se eksempelvis *Benham v. The United Kingdom* som legger stor vekt på dette momentet.

Eksempler på en bestemt gruppe kan være fengselsreglementer, advokater, disiplinærregler for de innsatte i et fengsel eller regelverk for bestemte yrkesgrupper.

Dersom lovbudet retter seg mot en bestemt gruppe, trekker dette i retning av ikke strafferettslig, motsatt hvis sanksjonen retter seg mot alle borgerne trekker dette i retning av strafferettslig.⁸⁴

I avgjørelsen *Gradinger v. Austria*⁸⁵ kom EMD til at lovbudet var av strafferettslig karakter uavhengig om forholdet ikke var karakterisert som straff i nasjonal rett:

”although the offences in issue and the procedures followed in the case fall within the administrative sphere, they are nevertheless criminal in nature. This is moreover reflected in the terminology employed. Thus Austrian law refers to administrative offences (*Verwaltungsstraftaten*) and administrative criminal procedure (*Verwaltungsstrafverfahren*)”.⁸⁶

Her legger domstolen vekt på lovbudets karakter, og hvilken terminologi som ble brukt i lovbudet. Når det nasjonale lovbudet var i forvaltningsstrafferett, og prosessen var under forvaltningsstraff prosess, trakk dette klart i retning av strafferettslig karakter.

EMDs praksis viser at de ved sine drøftelser ser hen til nasjonale reglers vilkår-side. Dersom det ved utmålingen er relevant å trekke inn slik som overtredelsens grovhet, grad av utvist skyld eller andre typiske trekk ved en straffebestemmelse, trekker dette imot å karakterisere det som et strafferettslig lovbud.

Etter EMD er det ikke nødvendig å se til skyldkonstatering. I saken *Janosevic v. Sweden*⁸⁷ fastholdt domstolen at tilleggs�katt var straff uansett om den ikke inneholdt noe skyldkrav. Svensk lovgivning hadde tatt ut skyldkravet på grunn av effektivitet. EMD uttalte at dette

⁸⁴ Se eksempelvis *Bendenoun v. France*, Judgment of 24 February 1994.

⁸⁵ Judgment of 23 October 1995, Application no. 15523/89.

⁸⁶ para 36.

⁸⁷ Judgment of 23 July 2002, Application no. 34619/97.

ikke var avgjørende. Bestemmelsen var sterkt preget av en straffebestemmelse, og det var dette som var avgjørende for EMD:

” However, the lack of subjective elements does not necessarily deprive an offence of its criminal character; indeed, criminal offences based solely on objective elements may be found in the laws of the contracting state”⁸⁸

Dette ble også lagt til grunn i avgjørelsen *Rosenquist v. Sweden*.

I *Öztürk v. Germany*⁸⁹ (se også neste pkt) la EMD blant annet vekt på at nasjonal staten hadde avkriminalisert forholdet. At det var tale om en straffesanksjon la EMD vekt på sanksjonens formål, de preventive virkningene, og at den var rettet seg mot alle borgerne. EMD kom til at sanksjonen var straff etter EMK art. 6.

5.2.3 Sanksjonens innhold og alvor

I saken *Engel and others* ble det tredje Engel-kriteriet uttrykt som ”the degree of severity of the penalty”, mens i de seinere sakene i EMD har domstolen tillagt ”the nature and degree of severity of the penalty”. Etter EMD skal det altså ved tolkning av dette kriteriet trekkes både inn sanksjonenes alvor og dens innhold.⁹⁰

Hvis sanksjonens innhold og alvor er inngripende overfor borgeren, kan det føre til at vilkåret om straff anses oppfylt. I *Engel*-saken ble det blant annet lagt vekt på hvor streng og langvarig vaktarrest som ble ilagt. Det er den strengeste reaksjonen vedkommende kan risikere, som skal vurderes under dette kriteriet, jf *Engel*-saken (avsnitt 82).

⁸⁸ para 68.

⁸⁹ Judgment of 10 June 1996, Application no. 19380/92.

⁹⁰ Se Johansen 2005 s. 350.

EMD har fulgt en fast praksis om at hovedregelen er dersom sanksjonen går ut på frihetsstraff, vil tiltaket anses som straff.⁹¹ Frihetsberøvelse er en alvorlig reaksjon som ilegges i straffesaker.

Hvis en borger blir pålagt å gjenopprette en tilstand han har forstyrret, eller erstatte et tap vedkommende har forårsaket, vil det i utgangspunktet ikke bli karakterisert som straff i EMKs forstand. Derimot hvis den økonomiske sanksjonen utmåles etter de samme prinsipper som bøter i straffesaker, vil dette trekke i retning av en straffereaksjon.⁹²

I storkammerdommen *Öztürk v. Germany* gjaldt spørsmålet om en administrativ bot for trafikkforseelse var ilagt i strid med EMK art. 6 nr 3. Her måtte EMD ta stilling til straffebegrepet. I denne avgjørelsen ble det lagt vekt på at reaksjonen rettet seg mot alle og enhver som benyttet veiene (avsnitt 53). Videre kommer EMD fram til at et forelegg på 60 tyske mark var straff etter EMK art. 6. I *Jussila-saken*⁹³ kom EMD fram til at en skatteforhøyelse på 308 euro var straff etter konvensjonen.

6 Straffebegrepet i EMK TP7-4 etter 2007

6.1.1 Innledning

EMD tolker straffebegrepet i EMK TP7-4 annerledes enn tidligere praksis i sakene *Mjelde v. Norway*⁹⁴ og *Storbråten v. Norway*⁹⁵, avgjørelsene ble avsagt på samme dag. Sakenes faktum i disse to sakene er relativt like slik at problemstillingen i disse to sakene er den

⁹¹ Se *Benham v. The United Kingdom*, hvor frihetsberøvelse av unnlatt skyldige avgifter var straff etter EMK. EMD kom til at frihetsberøvelse er straff i blant annet, *Engel-saken*, *Campbell and Fell-saken* og i *Ezeh and connors-saken*.

⁹² Se *Pierre-Bloch v. France*, Judgment of 21 October 1997, Application no. 24194/94.

⁹³ Judgment of 23 November 2006, Application no. 73053/01.

⁹⁴ Application no. 11143/04

⁹⁵ Application no. 12277/04

samme, dette vil også gjelde drøftelsen. Det mest hensiktsmessige her, vil være å vurdere det nye straffebegrepet i avgjørelsen Storbråten, dette for å unngå dobbelt behandling.

Problemstillinger som oppstår er, hvilke endringer som har blitt foretatt i avgjørelsene. Videre hvilke betydning disse avgjørelsene eventuelt vil få etter dagens rettsstilstand. Om den rettskildemessige vekten til disse avgjørelsene henvises det til pkt 2.2.1 og pkt 6.1.6. Det som kommer fram i denne avgjørelsen skal bli satt i perspektiv i avgjørelsene som er blitt avsagt etter avgjørelsen i Storbråten.

Til slutt skal det vurderes om tidligere høyesterettsavgjørelser hvor tiltak har blitt ansett som straff etter EMK TP7-4, fortsatt vil være straff etter det eventuelle nye straffebegrepet.

6.1.2 Storbråten v. Norway

Saksforholdet i denne saken var at klageren drev en restaurant som måtte legge ned driften i mars 1999, etter vel åtte måneders drift. Det ble åpnet konkurs hos klageren i august 1999. Dette var hans femte virksomhet som endte i konkurs. Ved kjennelse 17. januar 2000 ila Eidsvoll skifterett klageren konkurskarantene i to år med grunnlag i konkursloven § 142 første ledd nr. 1 og nr. 2. Vilkårene i denne bestemmelsen er at det foreligger skjellig grunn til mistanke om straffbarforhold i den virksomhet som ledet til konkursen jf nr. 1, og etter nr. 2 kreves det uforsvarlig forretningsførsel som gjorde klageren uskikket til å stifte nytt selskap og inneha verv som styremedlem eller daglig leder i et slikt selskap. Klageren hadde ikke påkjært konkurskarantenen slik at denne ble rettskraftig.

To år senere ble Storbråten ved dom 18. desember 2001 i Eidsvoll herredsrett funnet skyldig i tre straffbare forhold med tilknytning til konkursen. De straffbare forholdene var overtredelse av straffeloven § 286 sammenholdt med regnskapslovens bestemmelser ved å unnlate å føre regnskaper. Det andre gjaldt overtredelse av merverdiavgiftsloven § 72 nr. 2 første ledd ved unnlatt å innsende omsetningsoppgaver. Den siste overtredelsen var ligningsloven § 12-1 nr.1 bokstav d ved unnlatt å innlevere årsoppgjør og selvangivelse. Klageren anket dommen først til lagmannsretten og videre til Høyesterett. Her ble det gjort gjeldende at den rettskraftige avgjørelsen om illeggelse av konkurskarantene sperret for straffesaken, dette begrunnet i at straffesaken skulle vært avvist i medhold av EMK TP7-4.

Både lagmannsretten og Høyesterett⁹⁶ kom fram til at ileggelsen av konkurskarantene ikke var en endelig domfellelse i forhold til de straffbare forhold som lå til grunn for konkurskarantene. Høyesterett kom også fram til at konkurskarantene ikke kunne anses som straff etter EMK TP7-4.⁹⁷

Klageren brakte saken inn for EMD og påstod en krenkelse av EMK TP7-4.

Klageren anførte at ileggelsen av konkurskarantene var å anse som straff etter EMK TP7-4 og at domfellelsen angikk samme forhold som dannet grunnlag for karantenen.

Staten anførte at det kun var avgjørelser som var truffet i henhold til nasjonal straffeprosess som skulle virke sperrende etter EMK TP7-4, med tanke på den sperrende avgjørelsen.

Denne anførselen ble avvist av EMD. Om dette uttaler EMD:

“...the legal characterisation of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle of *ne bis in idem* under Article 4 § 1 of Protocol No. 7. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention (see, *mutatis mutandis*, the *Öztürk v. Germany* judgment of 21 February 1984...)”⁹⁸

Her begrunner EMD sin uttalelse; med at et slikt resultat ville ha blitt uforenlig med formålet med konvensjonen.

Videre uttaler EMD noe om rekkefølgen et slikt resultat ville ha ledet til. EMD mener at et slikt resultat ville ha ledet til at rekkefølgen på forfølgningen ville ha blitt avgjørende for om det forelå forbudt mot gjentatt forfølgning etter EMK TP7-4. EMD uttaler videre:

⁹⁶ Rt. 2003 s. 1221

⁹⁷ Samme dag avsa Høyesterett to avgjørelser Rt. 2003 s. 1241 og Rt. 2003 s. 1243, i begge avgjørelsene kom Høyesterett til at konkurskarantene ikke var straff etter EMK TP7-4.

⁹⁸ The law B. The court`assessment.

“Where, as is the case here, the Court is satisfied that the first decision is “final”, it must examine whether it concerned a “criminal” matter within the autonomous meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7.”⁹⁹

Det vil etter EMD måtte avgjøres ut fra en autonom tolkning av straffebegrepet om ileggelsen av konkurskarantene skulle anses som straff etter EMK TP7-4.

Om det autonome straffebegrepet i EMK TP7-4 uttaler EMD følgende:

“This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” respectively in Articles 6 and 7 of the Convention (see *Rosenquist v. Sweden* (dec.), no. 60619/00, 14 September 2004; *Manasson v. Sweden* (dec.), no. 41265/98, 8 April 2003; *Göktan v. France*, no. 33402/96, § 48, ECHR 2002-V, and *Malige v. France*, judgment of 23 September 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VII, p. 2935, § 35; *Nilsson v. Sweden* (dec.), no. 73661/01, ECHR 2005-). Hence, *the Court will have regard to such factors as* (min kursivering) the legal classification of the *offence* under national law; the nature of the offence; the national legal characterisation of the *measure*; its purpose, nature and degree of severity; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence and the procedures involved in the making and implementation of the measure (see *Malige* and *Nilsson*, both cited above). *This is a wider range of criteria* (min kursivering) than the so-called “*Engel* criteria” formulated with reference to Article 6 of the Convention.”¹⁰⁰

EMD uttaler innledningsvis at straffebegrepet skal tolkes i lys av de generelle prinsippene i EMK art. 6 og art. 7. Videre uttaler domstolen seg om hvilke kriterier som skal tolkes. Som nevnt ovenfor ble EMK TP7-4 tolket i henhold til Engel-kriteriene, disse kriteriene var avgjørende for om et forhold skulle anses som straff. Mens i denne saken uttaler EMD at ved tolkning av straffebegrepet i EMK TP7-4 skal det ses hen til slike momenter¹⁰¹ som: ”the legal classification of the offence under national law” altså nasjonal klassifikasjon, ”the nature of the offence” altså lovbudets karakter”, ”the nature and degree of severity” altså sanksjonens innhold og alvor, ” the national legal characterisation of the *measure*”

⁹⁹ The law B. The court`assessment.

¹⁰⁰ The law B. The court`assessment.

¹⁰¹ Oversatt på samme måte som Johansen 2008 s. 165

altså den nasjonal rettslige karakteristikken av tiltaket, ”its purpose” altså formålet med tiltaket, ”whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence” altså om tiltaket er ilagt etter domfellelse for et straffbart forhold og ”the procedures involved in the making and implementation of the measure” altså den prosess som ligger til grunn for sanksjonsileggelsen. De første kriteriene som nevnes er Engel-kriteriene som er tolket ovenfor. Ved at disse er nevnt vil Engel-kriteriene fortsatt være relevante ved vurderingen om et forhold er straff etter EMK TP7-4. En mulig tolkning av denne uttalelsen om at domstolen skal ta disse momentene i betraktning er at domstolen har fraveket tidligere praksis ved at det skal foretas en helhetsvurdering.¹⁰² Dette vil også gi seg utslag på den tidligere tolkning. Med tanke på det enhetlige straffebegrepet i EMK TP7-4, art. 6 og art. 7. Dette vil medføre at de nye kriteriene som er nevnt i denne saken innsnevrer bestemmelsen. Med dette menes at det er flere kriterier enn tidligere som skal vurderes i henhold til EMK TP7-4. Siden det skal foretas en helhetsvurdering i EMK TP7-4 ”the Court will have regard to such factors as” vil det ikke lenger være avgjørende etter EMK TP7-4 at en sanksjon er blitt bedømt som straff etter EMK art. 6 eller art. 7. Etter dette kan det sies at straffebegrepet i EMK TP7-4 ikke lenger er sammenfallende med EMK art. 6 og art. 7.

Domstolen uttaler “This is a wider range of criteria than the so-called “*Engel* criteria” formulated with reference to Article 6 of the Convention”.

Her legger domstolen til grunn at de nye kriteriene går lengre enn tidligere.

Engel-kriteriene som har vært tolket i samsvar med EMK art. 6 har blitt tolket annerledes i denne avgjørelsen.

De nye kriteriene har i juridisk teori blitt kalt ”dobbeltstraff”- kriteriene¹⁰³ eller ”Dobbeltforfølgings-kriteriene”¹⁰⁴. For den videre fremstillingen bruker jeg begrepet Dobbeltforfølgings-kriteriene.

¹⁰² I samme retning Johansen 2008 s. 165 og Skoghøy i LoR 2007 s. 193

¹⁰³ Slik er begrepet fremsilt av skoghøy i LoR 2007 s. 193

¹⁰⁴ Slik er begrepet fremstilt av Johansen 2008 s. 166.

Etter at EMD hadde konstatert at konkurskarantene var klassifisert som en sivilrettslig sanksjon i nasjonal rett, vurderer EMD kriteriet "the nature of the offence" altså lovbudets karakter. Ved denne vurderingen er EMD enig med Høyesterett i Rt. 2003 s. 1221 i at konkursloven § 142 nr.1 og nr.2 ikke har en strafferettslig karakter.

EMD legger vekt på at konkurskarantene etter konkursloven § 142 nr. 1 som regel blir ilagt sammen med nr. 2 i bestemmelsen. Videre at forholdet som hadde betydning etter § 142 nr. 2 også hadde betydning for ileggelsen av karantenen etter nr. 1 i bestemmelsen. Det blir også fremhevet at bevisføringen ikke var en spesifikk vurdering, men baserte seg på en helhetsvurdering av bostyrerens rapport.

EMD uttalte videre at for konkurskarantene er det tilstrekkelig med skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold. Det ser ut som at EMD er enig med Høyesterett i Rt. 2003 s. 1221 om at i nasjonal rett er kravet til skjellig grunn brukt i etterforskningsøyemed og ikke ved endelig domfellelse.¹⁰⁵ Slik at det ikke kreves en viss grad av bevisstyrke slik det gjøres i straffesaker. Om skyldkravet uttalte EMD: "the establishment of guilt for the commission of a criminal offence being not a condition"¹⁰⁶. EMD kom til her at straffeskyld ikke var nødvendig for ileggelse av konkurskarantene. EMD legger den samme tolkningen til grunn slik som Høyesterett i avsnitt 42. Høyesterett kom fram til at en avgjørelse om konkurskarantene ikke kan anses som en endelig domfellelse. Det er altså ikke krav til skyld slik som i straffesaker ellers. Høyesterett¹⁰⁷ begrunner sitt svar med at skyldkravet ikke er avgjort ved ileggelse av konkurskarantene, jf kravet til "skjellig grunn til mistanke".

EMD begrunner ikke sitt synspunkt. En mulig tolkning av EMD er at det er vektlagt at konkurskarantene ikke er en endelig domfellelse, og at det er et lavere beviskrav enn ellers i straffesaker.

Spørsmålet videre blir om det andre kriteriet ("lovbudets karakter") har endret innhold i forhold til tidligere praksis. EMDs og Høyesteretts vurdering skiller seg ikke vesentlig fra

¹⁰⁵ Avsnitt 42

¹⁰⁶ The law B. The court's assessment.

¹⁰⁷ Høyesteretts vurdering av skyldkravet er kritisert av Skoghøy i LoR 2003 s. 450.

hverandre i det andre kriteriet. Begge domstolene bygger sin vurdering på avgjørelsen i DC, HS and AD v. The United Kingdom. For det første legges det vekt på at tiltaket var av administrativ karakter. For det andre legges det vekt på at tiltaket gjelder for en begrenset personer. For det tredje vektlegges det at karantene er av forebyggende karakter og skal beskytte næringslivet. Slik jeg tolker EMD er det ikke foretatt noen endringer i det andre kriteriet etter tidligere praksis. Grunnen til at konkurskarantene ikke er straff etter EMK art. 6 er at det ikke kreves noen subjektiv skyld for å bli ilagt karantene. Videre har ikke konkurskarantene et strafferettslig formål, formålsbetraktningen til EMD støtter opp dette (se nedenfor).

Til slutt kan det nevnes at konkurskarantene blir ilagt etter andre saksbehandlingsregler enn straffesaker.¹⁰⁸

Ved at både Høyesterett og EMD har vektlagt disse momentene, har ikke dette kriteriet forandret seg i forhold til det tradisjonelle kriteriet.

Etter juridisk teori¹⁰⁹ legges det til grunn at kriteriet har forandret seg i forhold til det tradisjonelle kriteriet. Det legges til grunn at hvis dette kriteriet skulle ha blitt tolket etter den tidligere modellen ville konkurskarantene etter det andre kriteriet blitt ansett som straff etter EMK art. 6.

Siden EMK art. 6 ble tolket sammenfallende med EMK TP7-4 ville det ha blitt ansett som straff etter denne også. En slik tolkning vil vanskelig harmonere med Høyesterett i konkurskarantene sakene. Høyesterett kom fram til at konkurskarantene ikke var straff etter det sammenfallende straffebegrepet.

Det neste kriteriet EMD vurderer er "the nature and degree of severity" altså sanksjonens innhold og alvor. Spørsmålet er om dette kriteriet blir vurdert annerledes enn det som har vært vanlig etter EMK art. 6.

I tidligere praksis om dette kriteriet, har EMD lagt vekt på alvorlighetene og de faktiske ulempene vedkommende risikerer uavhengig av hvilken sanksjon som faktisk ble ilagt.

¹⁰⁸ Se Hov 2007 s. 71

¹⁰⁹ Se Johansen 2008 s. 167. Skoghøy LoR 2003 s. 449-450 og Aall 2007 på s. 338.

Generelt har domstolen uttalt at frihetsberøvelse normalt vil falle innenfor straffebegrepet, mens disiplinærstraffer, suspensjon og advarsel, normalt vil falle utenfor.¹¹⁰

Generelt om virkning av konkursskarantene, effekten den vil ha for skyldneren er isolert sett et sterkt moment mot at konkursskarantene er straff. Dette vil tillegges vekt på grunn av at det skal foretas en helhetsvurdering av kriteriene.

Mens tilleggsskatt og andre administrative avgifter langt på vei kan sammenlignes med strafferettslige bøter, vil fradømmelse av retten til å drive næringsvirksomhet være et typisk administrativt tiltak som ilegges på grunn av at vedkommende er uskikket til å drive slik virksomhet.

Videre stiller ikke konkursskarantene noe vilkår om en straffbarhandling, dette svekker det strafferettslige preget. Vilkåret i konkursloven § 142 nr. 1 er at vedkommende er mistenkt for en straffbarhandling mens det i nr. 2 stilles krav til at vedkommende er uskikket til å drive slik næringsvirksomhet. Det kan sies at nr. 1 blir sett på som et spesialtilfelle av nr. 2. I Storbråten saken uttalte EMD at konkursskarantene går ut på et forbud mot å etablere eller delta i ledelsen av et aksjeselskap på en periode på 2 år. EMD bygger på at konkursskarantene ikke innebærer et generelt forbud mot å involvere seg i fremtidig forretningsdrift. Dette var ikke omtvistet i avgjørelsen.

EMD legger i denne avgjørelsen stor vekt på den sanksjonen som faktisk ble ilagt. EMD legger altså ikke hovedvekten på hvor alvorlig sanksjonen vedkommende maksimalt risikerer. Johansen¹¹¹ er av samme oppfatning, han begrunner dette med at EMD ikke tidligere la en avgjørende vekt hvilke sanksjon som faktisk ble ilagt men det vedkommende maksimalt kan risikere.

Både Høyesterett og EMD nevner reaksjoner etter konkursloven § 142 fjerde ledd. Men EMD legger ikke hovedvekten på den maksimale reaksjonen, men legger betydelig vekt på reaksjonen som faktisk som ble ilagt. Ettersom det etter EMK art. 6 er den maksimale reaksjonen som vurderes etter kriteriet ”sanksjonens innhold og alvor”. I Storbråten vektlegger EMD dette kriteriet annerledes en tidligere praksis fra EMD. Konsekvensen av

¹¹⁰ Se Rt. 2003 s. 1221 avnitt 14 og 15 med videre referanse til rettspraksis og EMDs praksis.

¹¹¹ Se Johansen 2008 s. 167

dette blir at det etter det nye straffebegrepet skal legges vekt på den reaksjonen som er ilagt.

Etter denne gjennomgangen hvor Engel-kriteriene er gjennomgått, har vurderingen vist at EMD har foretatt noen justeringer enn tidligere praksis. Det som videre skal vurderes, er de resterende kriteriene som EMD legger vekt på.

Som vurderingen vil vise, legger EMD i saken Storbråten også vekt på kriteriet om *formålet* med tiltaket. Dette til forskjell fra Engel-kriteriene som blir brukt som et selvstendig kriterium.¹¹²

Til forskjell fra tidligere praksis tilknyttet vurderingen i EMK art. 6 sier EMD i denne avgjørelsen om formålet med karantene:

” It should further be noted that the primary purpose of a disqualification order, whether imposed under item 1 or item 2, was, as emphasised by the Supreme Court (see paragraph 43 of its judgment quoted above), to protect shareholders and creditors and society as a whole against exposure to undue risks of losses and mismanagement of resources that were likely to arise if an irresponsible and dishonest person were to be allowed to continue to operate under the umbrella of a limited liability company. It was essentially a preventive measure that was meant to be taken as soon as possible in order to avert such excessive risks as mentioned above and for a defined period, usually two years. It was intended to offer an easy and rapid means of stopping damaging business misconduct, pending, as the case may be, criminal proceedings.¹¹³”

Som uttalelsen viser, henviser EMD til avgjørelsen av Høyesterett, nærmere til punkt 43 i avgjørelsen. Her vurderte Høyesterett formålet bak konkurskarantene.

EMD er her enig i vurderingen til Høyesterett at formålet med karantene er å beskytte aksjeeiere, kreditorer og samfunnet. Det spesielle her er at EMD ikke vurderer formålet selvstendig, men legger til grunn det Høyesterett uttaler. Det er noe usikkert om EMD ikke vurderer formålet selvstendig, slik jeg tolker uttalelsen ovenfor har ikke EMD foretatt noen

¹¹² Se Johansen 2008 s. 168

¹¹³ The law B. The court's assessment.

annen tolkning av formålet enn det Høyesterett gjorde. EMD har ikke etter tidligere praksis vektlagt noe særlig vekt på hvorledes nasjonalstaten har vurdert formålet med tiltaket. I EMK art. 6 tolkes formålsbetraktninger, men inn under kriteriet av den ”nasjonale klassifikasjonen”. Dersom det skulle være relevant å finne ut om nasjonal staten har anset formålet med en bestemmelse som strafferettslig.¹¹⁴ Mens i Storbråten vektlegger EMD hvorledes nasjonalstaten definerte formålsbetraktninger for å ikke karakterisere karantene som straff.¹¹⁵ I tidligere praksis la ikke EMD noe betydelig vekt på dette, det ble foretatt en selvstendig vurdering. EMD foretok en tolkning uavhengig av hvorledes nasjonalstatens oppfatning av formålet bak tiltaket. Helt utelukket er det ikke etter det sammenfallende straffebegrepet. I Storkammerdommen *Escoubet v. Belgium*¹¹⁶ vektla EMD formålsbetraktninger av et forhold som ikke var straff etter EMK art 6.¹¹⁷ EMD vektla i denne dommen at formålet var å sikre sikkerheten på veiene og ikke å straffe. Men dette til forskjell fra Storbråten vektla EMD i *Escoubet*-saken formålet etter en selvstendig vurdering.¹¹⁸

Det siste kriteriet EMD nevner, og vurderer er ”the national legal characterisation of the measure”. EMD uttalte:

”Nor would the latter be considered to be part of the sanctions under Norwegian law for the offences in respect of which the applicant was tried in the criminal case (cf. *Nilsson v. Sweden* (dec.), no. 73661/01, cited above).”¹¹⁹

EMD legger her også vekt på hva nasjonale myndigheter legger i forholdet om karantene skal betraktes som straff. Det er uvanlig av EMD å ikke foreta en selvstendig vurdering

¹¹⁴ Se også Johansen 2008 s. 169.

¹¹⁵ I samme retning Johansen 2008 s. 168.

¹¹⁶ Judgment of 28 October 1999.

¹¹⁷ Se også blant annet *Blokker v. The Netherlands*.

¹¹⁸ For mer inngående analyse av avgjørelsen se Johansen 2008 s. 161.

¹¹⁹ The law B. The court`s assessment.

uavhengig av de nasjonale domstolenes vurderinger. Ved at konkursskarantene ikke hadde som formål å straffe, kom EMD fram til at karantene ikke var straff etter dette kriteriet.

En slik tolkning at EMD ikke vil foreta en selvstendig vurdering av formålet til tiltaket i seinere praksis, kan ikke opprettholdes. Dette vil vanskelig harmonere med formålet bak konvensjonen. Hadde det vært helt opp til hvorledes nasjonalstaten har definert tiltaket, ville konvensjonen ikke gitt et effektivt vern. Dette for at ikke nasjonalstatene skal kunne definere formålet bak tiltak som er av straffrettslig karakter som ikke straff. For å opprettholde konvensjonen effektivt må EMD foreta en selvstendig formålsbetraktning. Det som er nytt ved avgjørelsen i Storbråten er at EMD legger betydelig vekt på hvorledes nasjonalstaten har definert formålet bak tiltaket.

I tillegg til at EMD i sakene Storbråten og Mjelde har endret synspunktet på straffebegrepet i EMK TP7-4, vil det sentrale spørsmålet bli hvilke effekt de nye kriteriene vil ha på dagens rettstilstand (se pkt 6.1.8).

Problemstillingen videre blir hvor mye vekt som skal tillegges en avvisningsavgjørelse som fraviker en rettsoppfatning som har vært slått fast i flere dommer (drøftes under pkt. 6.1.6). Vil en slik avvisningsavgjørelse bli fulgt opp i seinere dommer? Som vist nedenfor har det blitt avsagt flere avgjørelser som har lagt det nye straffebegrepet til grunn for sin tolkning, men det er også en avgjørelse som fraviker denne rettsoppfatningen.

Det er avsagt flere avgjørelser etter Mjelde og Storbråten, disse er Sergey Zolotukhin v. Russia¹²⁰, Haarvig v. Norway¹²¹, Anders Synnelius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden¹²² og

¹²⁰ Application no. 14939/03. Judgment of 7 June 2007.

¹²¹ Application no. 11187/05. Descision of 11 December 2007.

¹²² Application no. 44298/02. Descision of 17 July 2008.

Taliadorou and Stylianou v. Cyprus¹²³. Disse sakene vil bli vurdert knyttet opp til uttalelsen om det nye straffebegrepet i EMK TP7-4.

6.1.3 Sergey Zolotukhin v. Russia

Den 4. januar 2002 ble klageren arrestert for å ha tatt med sin kjæreste inn på et militær område uten tillatelse. Klageren skal ha bannet til politiet, og ikke samarbeidsvillig ved pågripelse. Dette fant distriktsretten tilstrekkelig for overtredelse av artikkel 158 i russisk lovgivning. Med dette ble klageren dømt til tre dagers arrest. Den 23. januar 2002 ble det iverksatt etterforskning av klageren. På grunnlag av dette ble det tatt ut tiltale mot klageren den 5. april 2002. Klageren ble dømt for overtredelse av straffelovens artikkel 319, fornærmelse av en offentlig tjenestemann. Han ble også dømt for overtredelse av artikkel 318 § 1, trusler mot offentlig tjenestemann, og for ”aggravated rape of minors”¹²⁴. Retten fant han skyldig og dømte han til fem og et halvt års fengsel. Retten frifant han for overtredelse av artikkel 213 § 2, grove tilfeller av uakseptable oppførsel. Den tre dagers arresten fikk han blant annet etter artikkel 158, denne rammer ”minor disorderly acts”. EMD måtte her ta stilling til to problemstillinger.

Det første om arresten etter artikkel 158 er straff etter EMK TP7-4, hvis det er tilfelle vil denne hindre for videre forfølgning.

For det andre om den første og andre forfølgningen angikk samme faktiske handlinger, og om forfølgningene var samme forhold.

I saken Zolotukhin v. Russia måtte EMD ta stilling til om den første forfølgningen var straff etter EMK TP7-4.

I denne saken starter EMD med å vise til kriteriene som ble trukket opp i sakene Mjelde og Storbråten. EMD finner i denne saken at kriteriet om sanksjonens innhold og alvor var oppfylt ved at det ble ilagt tre dagers arrest. Dette fant EMD som tilstrekkelig for at forfølgningen måtte anses som straff etter EMK TP7-4.

I denne saken anvender EMD de nye kriteriene som ble lagt til grunn i Mjelde og Storbråten sakene. Når EMD i Zolotukhin-saken kommer til at forholdet var straff etter

¹²³ Application no. 39627/05 and 39631/05. Judgment of 16 October 2008.

¹²⁴ Se avsnitt 17.

EMK TP7-4 som er begrunnet i at det kunne ilegges en fengselsstraff på femten dager etter bestemmelsen, og klager fikk tre dager arrest. Med en slik sterk reaksjon som er av sterk strafferettslig karakter, er straff etter EMK TP7-4 både etter den gamle straffebegrepet og det nye.

Denne saken er blitt henvist til storkammeret, det er usikkert når denne avgjørelsen¹²⁵ skal bli tatt opp til behandling. Denne saken kan være avgjørende for om det nye straffebegrepet er fullt ut gjeldende. Dette hvis EMD finner det nødvendig å vurdere straffebegrepet. Det er Russland som har henvist saken til storkammeret. Russland anfører at klageren ikke er straffet for det samme forholdet. Det vil si at bestemmelsene kan anvendes i konkurrans. Det er ennå uvisst om straffebegrepet blir avgjørende i storkammersaken.

6.1.4 Haarvig v. Norway

I avgjørelsen Haarvig v. Norway som også er en avvisningsavgjørelse. Her påstår klageren at suspensjonsvedtaket skulle være å anse som en ny straffeforfølgning av samme forhold. Slik at det var en krenkelse av EMK TP7-4.

Klageren ble domfelt for forsøk på ran, vold mot en offentlig tjenestemann, legemsfornærmelse og bruk av narkotiske stoffer. For dette fikk klageren fem måneder ubetinget fengsel. Avgjørelsen ble rettskraftig etter at anken ikke vant frem i lagmannsretten. Etter dette traff statens helsetilsyn et vedtak om å suspendere klagerens turnuslisens.

Spørsmålet i denne saken er om suspensjonen skal anses som straff etter EMK TP7-4 hvis det er tilfelle vil den første dommen sperre for videre straffeforfølgning. Dette hvis det er å anse som samme forhold etter bestemmelsen.

Det første EMD måtte ta stilling til var om vedtaket om suspensjon av legelisen skulle anses som straff etter EMK TP7-4, videre om den skulle anses som en ny forfølgning etter EMK TP7-4. Det første EMD uttaler i denne avgjørelsen er at straffebegrepet i EMK TP7-4 må tolkes i lys av EMK art. 6 og art. 7. Videre tolker EMD kriteriene som ble brukt i Mjelde- og Storbråten-saken. EMD uttaler at dette er flere kriterier enn de såkalt Engel-kriteriene, som blir brukt når det skal tas stilling til om et forhold er straff etter EMK art. 6.

¹²⁵ EMD hadde saken til høring den 26. Mars 2008.

EMD vurdert det første kriteriet, den nasjonale klassifikasjonen. Her kommer domstolen til at suspensjonen var av en sivilrettslig reaksjon, bestemmelsen var av forvaltningsmessig karakter.

Videre vurderer EMD lovbudets karakter. Her kommer EMD til at suspensjonen ikke retter seg mot alle samfunnsborgere. Altså gjelder den kun en begrenset gruppe som er innehavere av en legelicens.¹²⁶ En suspensjon av en legelicens er begrunnet i at legen vil være uegnet til å ha en slik stilling. Bestemmelsen om suspensjon hadde heller ingen skyldkrav, noe som går i retning av en ikke strafferettslig karakter.

Videre vurderer EMD formålet med tiltaket, her sier domstolen at en suspensjon skal beskytte samfunnet mot uegnete leger, og at det ikke er på grunnlag av å straffe legen.

Det siste kriteriet EMD vurderer i denne saken er sanksjonens innhold og alvor.

Suspensjonen i seg selv kan føles som en straff hvor klager blir fratatt retten til å utøve stilling som lege for 10 måneder og 2 uker. Derimot sperrer den ikke for at klager kan jobbe med noe annet. Etter å ha henvist til sakene Mjelde og Storbråten kommer EMD fram til at suspensjonen ikke var straff etter EMK TP7-4.

6.1.5 Anders Synnlius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden

Den siste avgjørelsen som skal nevnes, er Anders Synnlius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden. Kort om saksforholdet, Anders Synnlius var drosjeeier i drosjeselskapet Edsberg Taxi AB, selskapet endte konkurs i 1999. Skattemyndighetene gjennomførte bokettersyn i årene 1996 og 1997, for inntektsårene 1994 og 1995. Skattemyndighetene besluttet i desember 1997 å gi klageren ”skattetillegg” og ”avgiftstillegg” for å ikke oppgi riktige inntekter.

I juni 1996 anmeldte skattemyndighetene klager til påtalemyndighetene for å ha unnlatt å bokføre over en million svenske kroner. Det som er relevant i denne saken er problemstillingene angående EMK TP7-4. Klager anførte at han hadde blitt påført fem ulike forfølgninger. Videre at han hadde blitt straffet to ganger for det samme forholdet, straff for regnskapsovertredelse og påført tilleggskatt. Spørsmålet som EMD måtte ta stilling til her var om begge disse forfølgningene var straff etter EMK TP7-4 og om disse

¹²⁶ I avgjørelsen *Bendenoun v. France* legger EMD stor vekt på dette momentet.

var samme forhold. EMD legger til grunn at tilleggskatt var straff etter EMK art. 6 uavhengig av at nasjonal rett som ikke har definert tiltaket som straff.

I denne saken nevner ikke EMD det nye straffebegrepet, den nevner heller ikke Engel-kriteriene eller de kriteriene som ble lagt til grunn i Storbråten og Mjelde avgjørelsene. Her legger EMD mer til grunn at forfølgningene er straff etter konvensjonen, som samsvarer med tidligere praksis før sakene i Mjelde og Storbråten.

EMD legger til grunn at straffebegrepet skal tolkes likt i EMK art. 6, art. 7 og TP7-4.

” As noted above, the imposition of tax surcharges involved the determination of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 of the Convention. Moreover, in its judgment in the case of *Göktan v. France* (no. 33402/96, § 48, ECHR 2002-V) concerning Article 7 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 7, the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention”¹²⁷.

Videre blir det henvist til *Manasson v. Sweden*¹²⁸ avgjørelsen, i denne saken kom EMD fram til at tilleggskatt var straff etter EMK art. 6 og TP7-4. Når det gjelder regnskapsovertredelsen sier EMD at det var klart fastslått som straff, etter dette fastslår domstolen at begge forfølgningene var straff, EMD uttaler følgende:

”...noting that the bookkeeping offence was clearly determined in criminal proceedings, the Court considers that both proceedings were criminal in nature for the purpose of the invoked provision”.¹²⁹

EMD konstaterte at klager hadde unnlatt å bokføre inntekter på en million svenske kroner. Tilleggskatten hadde klager blitt påført grunnet uriktige informasjon om inntekten i selvangivelsen eller i næringsoppgaven. De to forholdene var etter EMD helt separate og var ikke av samme forhold. Etter denne vurderingen finner EMD at det ikke har vært brudd på EMK TP7-4.

¹²⁷ The law punkt 5.

¹²⁸ Decision of 8 April 2003, Application no. 41265/98.

¹²⁹ The law punkt 5.

6.1.6 Hvilke rettskildemessig vekt har avgjørelsene

I dette punkt skal den rettskildemessige vekten til avgjørelsene om det nye straffebegrepet vurderes.

Det er Storbråten-saken, Mjelde-saken, Haarvig-saken, Zolotukhin-saken, Taliadorou and Stylianu v. Cyprus¹³⁰ og Synnelius-saken som skal vurderes i dette punkt. Det nye straffebegrepet er fastslått i de fem første avgjørelsene, mens den sist nevnte ikke vurderer det nye straffebegrepet. Spørsmålet vil bli om EMD har forandret sin praksis angående straffebegrepet i EMK TP7-4. Videre hvilken vekt som eventuelt skal tillegges. I pkt 4.2.1 vises det at praksis fra First Section har blitt fulgt opp i seinere avgjørelser. Med unntak av Synnelius-saken, er avgjørelsene avsagt av First Section. Dette kan være et argument at det nye straffebegrepet vil bli fulgt i seinere avgjørelser fra EMD.

På grunnlag av at Zolotukhin-saken skal behandles av storkammeret, er ikke denne avgjørelsen rettskraftig før storkammeret har behandlet avgjørelsen. Slik at denne vil ha en begrenset rettskildemessig vekt.

Som fremstillingen av sakene etter Mjelde og Storbråten viser, har EMD lagt vekt på de rettsoppfatningene som kom til uttrykk i avvisningsavgjørelsene Mjelde og Storbråten.

EMD tillegger avvisningsavgjørelser relativt stor vekt, men strider avgjørelsen i mot en storkammerdom, en dom eller en fast praksis fra EMD, kan avgjørelsen tillegges liten eller ingen vekt (se pkt 2.2.1).

Spørsmålet her blir om det nye straffebegrepet er fraveket etter avvisningsavgjørelsen i Synnelius-saken.

EMD har i seineste avgjørelse Taliadorou and Stylianu v. Cyprus¹³¹ referert til Storbråten- og Mjelde-sakene. Men i denne avgjørelsen uttaler EMD at tiltaket ikke var av

¹³⁰ Judgment of 16 October 2008.

¹³¹ Judgment of 16 October 2008.

strafferettslig karakter, og vurderte ikke de resterende kriteriene. Avgjørelsen er avsagt etter Synnelius-saken, dette støtter opp at det nye straffebegrepet er gjeldende.

Videre blir ikke Dobbeltforfølgings-kriteriene nevnt i avgjørelsen Synnelius-saken. EMD har som vist benyttet kriteriene i tre seinere avgjørelser etter Mjelde og Storbråten avgjørelsene. Slik jeg tolker avgjørelsen har ikke EMD fraveket sin praksis med tanke på Dobbeltforfølgings-kriteriene. For det første nevnes ikke kriteriene i avgjørelsen. For det andre skulle EMD ha ment å endre rettsstilstanden med en slik viktig uttalelse, ville EMD ha nevnt det uttrykkelig. For det tredje var det ikke de samme dommerne som behandlet avgjørelsene i Mjelde og Storbråten, hvilken vekt som skal legges på dette er usikkert. Det kan også hende at de har oversett den tidligere praksis.

For det fjerde, det er fem avgjørelser som bygger på Dobbeltforfølgings-kriteriene. Dette kan vanskelig harmonere med at praksisen er fraveket etter avvisningsavgjørelsen i Anders Synnelius-saken. Avgjørelsen vil få en begrenset vekt på grunn av at EMD ikke tar stilling til den tidligere praksis. Siden Dobbeltforfølgings-kriteriene ikke er avsagt i storkammeret, trekker det i retning av at en annen seksjon med andre dommere kan ha et annet synspunkt. De fire avgjørelsene som bygger på det nye straffebegrepet er avsagt i samme seksjon med de samme dommerne.

Som tidligere praksis fra EMD, har domstolen tatt uttrykkelig stilling til når de fraviker tidligere praksis som er fulgt i flere avgjørelser. For eksempel i *Pellegrin v. France*¹³² sier EMD uttrykkelig at domstolen fraviker en praksis rundt EMK art. 6.

Det første som skal vurderes er hvilke rettskildemessig vekt Storbråten-saken skal tillegges. Avgjørelsen er avsagt som avvisningsavgjørelse, og den fraviker tidligere praksis. Avgjørelsen trekker i retning av at den skal tillegges begrenset rettskildemessige vekt.

At det skal en del til, før EMD fraviker tidligere avgjørelser, viser praksis fra EMD. I *Cossey mot Storbritania*¹³³ uttalte EMD:

¹³² Se Kjølbros 2007 s. 19.

¹³³ Judgment of 27 September 1990, Series A-184.

” The Court is not bound by its previous judgements. However, it usually follows and applies its own precedents, such of course being in the interest of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law”¹³⁴

I denne avgjørelsen var EMD ikke villig til å fravike det tidligere tolkingsresultat fra en tidligere dom.

EMD kan i en seinere avgjørelse fravike dens praksis hvor den ikke vil føle seg bundet av avgjørelser som fraviker tidligere praksis, og som er avsagt som avvsningsavgjørelser. Spørsmålet blir om EMD allikevel vil føle seg bundet av disse avgjørelsene. EMD har i fire seinere avgjørelser etter Storbråten-saken fulgt opp praksisen, dette vil være et tungtveiende argument. Som nevnt føler EMD seg bundet av tidligere avgjørelser. EMD har også fulgt opp praksisen etter Mjelde og Storbråten i avgjørelsen Taliadorou and Stylianu v. Cyprus, denne er avsagt av den samme avdeling og stort av de samme dommerne. Det er vanskelig å si med sikkerhet om storkammeret vil følge opp denne praksisen. Ved at EMD fram til i dag har fulgt opp sin praksis vil være et tungtveiende argument for at denne praksisen vil bli fulgt av storkammeret.

Hvilke rettskildemessige vekt skal det tillegges avgjørelsene rundt det nye straffebegrepet. EMD har gitt en utførlig behandling av Dobbeltforfølgnings-kriteriene i avgjørelsene. Videre er det klare uttalelser om at det er flere momenter som skal tolkes i EMK TP7-4 enn det som var tidligere. Dette styrker den rettskildemessige vekten til det nye straffebegrepet. Formelt er ikke EMD bundet av tidligere avgjørelser, men domstolen anser seg i noen tilfeller allikevel bundet av tidligere avgjørelser.¹³⁵ Det skal tungtveiende argumenter til for at EMD skal fravike tidligere praksis. Siden det foreligger fem avgjørelser som bygger på Dobbeltforfølgnings-kriteriene vil denne praksisen tillegges høy rettskildemessig vekt. Dette kan allikevel vanskelig harmonere med at en fravikelse av en dom og ensartet praksis

¹³⁴ Para 35.

¹³⁵ Legges også til grunn i Rt. 2002 s. 557 (på s.556).

om det sammenfallende straffebegrepet. I Jussila (se pkt 2.2.1) uttaler EMD at en slik avgjørelse ikke vil tillegges noe høy rettskildemessig vekt. Det avgjørende blir om EMD vil legge til grunn det nye straffebegrepet i seinere avgjørelser.

Avgjørelsene som omhandler Dobbeltforfølgnings-kriteriene må sees i forhold til hvor klar praksis fra EMD som foreligger med tanke på straffebegrepet i EMK TP7-4. I tidligere praksis fra EMD rundt EMK TP7-4 har det vært enn relativ fast praksis.

Som vist ovenfor har EMD hatt en praksis hvor de tolker straffebegrepet sammenfallende i konvensjonen, dette etter en tolkning av praksis fra EMD.

Det er flere avgjørelser som har tolket straffebegrepet i EMK TP7-4 sammenfallende med EMK art. 7¹³⁶ og andre avgjørelser som har tolket straffebegrepet sammenfallende med EMK art. 6¹³⁷.

Det er særlig etter Göktan-dommen at EMD i enkelte avgjørelser har lagt til grunn at straffebegrepet er sammenfallende i konvensjonen, uttalelsen fra EMD i denne avgjørelsen har blitt lagt til grunn i de andre: "(...)the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under the provisions of the Convention."¹³⁸ Denne uttalelsen legges til grunn i blant annet i Rosenquist v. Sweden og Manasson v. Sweden. Det foreligger ensartet praksis om det sammenfallende straffebegrepet. Dette trekker i retning av at det nye straffebegrepet vil få en begrenset rettskildemessig vekt.

Det sterkeste argumentet som trekker i retning av at EMD vil legge det nye straffebegrepet til grunn i seinere avgjørelse er at denne praksisen er blitt fulgt i seinere avgjørelser. Videre at det er gitt en utførlig behandling av det nye straffebegrepet i avgjørelsene.

Det at det har vært mye omtvistet om det sammenfallende straffebegrepet, og at en slik tolkning vanskelig lar seg harmonere med formålet til EMK TP7-4. Dette vil også trekke i retning av at Dobbeltforfølgnings-kriteriene vil bli lagt til grunn i seinere avgjørelser.

¹³⁶ Se for eksempel Göktan v. France.

¹³⁷ Se Gradinger v. Austria, Rosenquist v. Sweden, Manasson v. Sweden.

¹³⁸ The law.

Etter dette kan det legges til grunn som at straffebegrepet i EMK TP7-4 er innsnevret i forhold til EMK art. 6 og art. 7. Engel-kriteriene vil fortsatt være relevante ved tolkningen av straffebegrepet i EMK TP7-4, men ikke uttømmende.

Dette medfører til at straffebegrepet i bestemmelsen må tolkes i henhold til Dobbeltforfølgings-kriteriene. Endringene vil komme til skade for borgerne, dette kan være et moment mot det nye straffebegrepet. Hvilke vekt et slikt moment vil ha er usikkert, men det vil lite trolig være et avgjørende moment.

6.1.7 Oppsummering

Som fremstilling viser har EMD fulgt opp sin praksis fra avvisningsavgjørelsene i Mjelde og Storbråten. Dette skulle tilsi at det skal legges vekt på det nye straffebegrepet i fremtidige problemstillinger knyttet opp til EMK TP7-4.

Etter Aall¹³⁹ har ikke straffebegrepet¹⁴⁰ endret seg etter Stobråten-saken, han begrunner sitt standpunkt ved at de momentene som EMD i Storbråten-saken vektlegger er de samme momentene som ble vektlagt etter Engel-kriteriene i EMK art. 6. Aall finner støtte for dette ved at EMD i Storbråten henviser til Malige-saken¹⁴¹. Han finner også støtte for dette i Zolotukhin-saken.

Slik jeg vurderer det nye straffebegrepet, er straffebegrepet i EMK TP7-4 ikke lenger sammenfallende i konvensjonen.

Borgarting lagmannsrett har brukt Dobbeltforfølgings-kriteriene i avgjørelsen LB-2008-29482. Ved at norske domstoler legger det nye straffebegrepet til grunn kan forsterke at straffebegrepet i EMK TP7-4 har blitt innsnevret i forhold til EMK art. 6 og art. 7 (avgjørelsen vil bli vurdert nedenfor).

¹³⁹ Aall 2007 s. 410 i note.

¹⁴⁰ Kjølbros 2007 s. 865, skriver at begrepet fortsatt er sammenfallende, men begrunner ikke sitt standpunkt.

¹⁴¹ Judgment of 23 September 1998, Application no. 27812/95.

Den kanskje største forskjellen fra tidligere praksis hvor det var Engel-kriteriene som skulle vurderes, er at EMD legger større vekt på hvordan nasjonalstaten bedømmer formålet med tiltaket. Dette i forhold til EMK art. 6 og art. 7 hvor nasjonalstatens formålsbetraktninger er av mindre betydning hvor EMD foretar en selvstendig vurdering.

6.1.8 Vurderinger etter det nye straffebegrepet

Det som skal vurderes under dette punktet er hvilke betydning det nye straffebegrepet vil ha i dagens rettstilstand. Dette skal gjøres ved å trekke inn noen tidligere problemstillinger som har blitt ansett som straff av Høyesterett etter EMK TP7-4, videre om disse fortsatt vil være straff etter det nye straffebegrepet i EMK TP7-4.

Etter den vurderingen som er foretatt ovenfor, skal det etter dagens rettstilstand ved vurdering av om et forhold er straff etter EMK TP7-4 tolkes slik, at tiltaket må som hovedregel være karakterisert som straff etter nasjonal rett. Hvis dette ikke er tilfelle må tiltaket ha et klart strafferettslig formål.¹⁴²

Straffebegrepet har blitt tolket sammenfallende i EMK. På grunn av dette har Høyesterett i flere avgjørelser kommet til at sanksjoner har blitt ansett som straff etter EMK art. 6 og videre etter EMK TP7-4.

6.1.8.1 Nektelse av prøveløslatelse og disiplinær-reaksjoner

I Rt. 2004 s. 927 som gjaldt nektelse av prøveløslatelse var problemstillingen om nektelsen var straff etter EMK TP7-4. Høyesterett kom fram til at nektelsen var straff etter EMK TP7-4. Men siden sanksjonen ikke utgjorde en endelig domfellelse forelå det ikke brudd på EMK TP7-4.¹⁴³ Det som skal vurderes her er om nektelse av prøveløslatelse er straff etter Dobbeltforfølgings-kriteriene.

¹⁴² I samme retning Skoghøy LoR 2007 nr. 04 på s. 194 og TfR 2008 nr. 01 s. 103.

¹⁴³ Se også LG-2007-83941.

Det første kriteriet, den nasjonale klassifikasjonen. Nektelse av prøveløslatelse er ikke karakterisert som straff. Videre er prøveløslatelse ikke noe annet enn et gode som tilstås etter individuell vurdering.

Det som volder tvil er at tilnærmet alle blir løslatt etter to tredjedeler av straffen, ved oppfylte vilkår. I forarbeider¹⁴⁴ er det fremhevet at ingen har en rett eller krav på løslatelse før tiden. Prøveløslatelse kan ikke gis til hvem som helst, det er først og fremst for å beskytte samfunnet mot lovbrøyttere som utgjør en fare. Både formålet og karakteren av lovbudet atskiller seg således betraktelig fra strafferegler.

I denne avgjørelsen kom Høyesterett fram til at nektelsen var straff etter EMK art. 6. Høyesterett la stor vekt på kriteriet sanksjonens innhold og alvor. Høyesterett uttaler:

”Det er den maksimale reaksjon som er utgangspunktet for vurderingen. A, som sonet en dom på tre år, risikerte altså ett år, men sonet som nevnt 117 dager utover to tredjedels tid.”¹⁴⁵

Med dette fant Høyesterett det som tilstrekkelig for straff etter EMK art. 6.

Høyesterett uttaler om formålet:

”Formålet er avvergende, å ikke utsette samfunnet for lovbrøyttere som fullbyrder straff utenfor murene samtidig som de utgjør en gjentakelsesfare. Regelen gir anvisning på en helhetsvurdering av om løslatelse er utilrådelig, en vurdering som skal foretas minst hver tredje måned. Så vel formålet med som karakteren av lovbudet atskiller seg således vesentlig fra strafferegler.”¹⁴⁶

Siden det etter dobbeltstraff kriteriene legges stor vekt på formålet med tiltaket. Vil en nektelse av prøveløslatelse kanskje ikke bli karakterisert som straff etter EMK TP7-4. Formålet er ikke av strafferettslig karakter men en gode som gis til innsatte som ikke utgjør en fare for samfunnet og hvor det ikke foreligger gjentakelsesfare. Siden det etter Engel-kriteriene er tilstrekkelig at et av kriteriene er oppfylt, kom Høyesterett til at tiltaket var

¹⁴⁴ Innst.O.nr.60 (2000-2001).

¹⁴⁵ Avsnitt 55.

¹⁴⁶ Avsnitt 50.

straff etter EMK TP7-4, på grunn av kriteriet ”sanksjonens innhold og alvor”. Siden dette ikke er avgjørende etter det nye straffebegrepet hvor det skal foretas en konkret helhetsvurdering, vil tiltaket antakeligvis ikke være straff etter det nye straffebegrepet.

I Rt. 2003 s. 1100 kom Høyesterett kom til at ingen av disiplinærreaksjonene som straffegjennomføringsloven § 40 gir adgang til å anvende som straff i forhold til EMK. Disiplinærreaksjoner har vært omtvistet etter Dobbeltforfølgings-kriteriene i en avgjørelse fra lagmannsretten¹⁴⁷. Den rettskildemessige vekten til en lagmannsretts avgjørelse skal tillegges begrenset vekt. Ved at det ikke foreligger noe praksis fra Høyesterett kan denne allikevel ha en viss betydning. Vurderingen her blir om lagmannsretts avgjørelse er i tråd med den vurderingen EMD foretar i Storbråten og Mjelde avgjørelsene. Saksforholdet i denne avgjørelsen var om en fengselsinnsatt som ble utelukket fra fellesskapet i ni dager etter straffegjennomføringsloven § 37 var straff etter EMK TP7-4. Lagmannsretten kom fram til at det ikke var straff etter EMK TP7-4. Dette begrunnet lagmannsretten med at tiltaket var forebyggende og ikke var av pønalt karakter. Om formålet med tiltaket uttaler lagmannsretten:

”Formålet med tiltaket, i dette tilfellet å hindre A i å fremsette trusler mot andre, tilsier etter lagmannsrettens syn at grensdragningen i forhold til begrepet « *straff* » bør bli noe annerledes enn for disiplinærreaksjoner.”

Angående den nasjonale klassifikasjonen er straffegjennomføringsloven § 37 etter norsk rett ikke ansett som straff.

Utelukkelse fra fellesskapet er et inngripende tiltak, etter lagmannsretten syn kunne dette sammenlignes med en frihetsberøvelse. Slik som Høyesterett kom fram til i blant annet Rt. 2004 s. 927 er et slikt inngripende tiltak straff etter kriteriet ”lovbudets-karakter”.

Etter Dobbeltforfølgings-kriteriene skal formålet med tiltaket vektlegges. I dette tilfellet er det klart at tiltaket ikke er for å straffe men for å beskytte både de innsatte og fengselsvokterne. I forarbeidene til bestemmelsen er det ikke noe som tyder på at formålet

¹⁴⁷ LB-2008-29482.

er å straffe, men for å forebygge. Utelukkelse fra fellesskapet etter bestemmelsen blir ikke å anse som straff etter EMK TP7-4. Lagmannsretten kom enstemmig fram til samme resultat. Avgjørelsen er rettskraftig.

6.1.8.2 Tilleggsskatt

I Rt. 2002 s. 557 ble forhøyet tilleggsskatt ansett som straff i forhold EMK TP7-4, også hvor tilleggsskatten ble ilagt før straffesaken. Vurderingen her blir om forhøys tilleggsskatt er straff etter Dobbeltforfølgings-kriteriene i EMK TP7-4.

Den nasjonale klassifikasjonen. Tilleggsskatt er ikke karakterisert som straff etter norsk lovgivning, men som en administrativ sanksjon.

Lovbudets karakter. Hjemmelen for tilleggsskatt er ligningsloven § 10-2 nr. 1 her skal det ilegges tilleggsskatt hvis skattyter gir uriktige opplysninger om inntekt og formuesforhold. Tilleggsskatt fastsettes i prosent av den skatt som er eller kunne ha vært unndratt. Formålet med bestemmelsen er i første rekke å motivere skattyterne til å gi nødvendige og korrekte opplysninger om sin inntekt og formuesforhold. På det grunnlag at tilleggsskatt er lik straffebestemmelsen i ligningsloven § 12-1 og § 12-2, trekker i klar retning av strafferettslig karakter. Videre kreves det etter forhøyd tilleggsskatt forsett eller uaktsomhet, dette trekker også i retning av strafferettslig karakter.

Sanksjonens innhold og alvor. Siden det ved forhøyd tilleggsskatt kan ilegges opp til 60 % av inntekten som er unndratt. Kan dette medføre store økonomiske konsekvenser.

Formålet med tiltaket. Det som skal vurderes her er om nasjonalstaten vurderer tilleggsskatt som straff. Formålet med forhøyd tilleggsskatt er av en annen karakter enn alminnelig tilleggsskatt.

Hensikten med endringen i ligningsloven § 10-4 var at politi og påtalemyndigheten ikke hadde kapasitet til å straffeforfølge økningen av antall ligningssaker som følge av et ensportet system. I Ot.prp.nr.55(1985-1986) side 2 begrunnes lovendringen med at

”det er behov for å skjerpe den administrative reaksjon, slik at denne får en større preventiv virkning i de grovere unndragelsestilfellene. Departementet antar at en maksimumssats på 60 pst. vil sikre en tilstrekkelig administrativ reaksjon i de saker som politi og påtalemyndighet ikke har kapasitet til å behandle.”

I forarbeidene er det videre under drøftelsen av maksimumsstraffen fremhevet at den administrative sanksjonen skal ha tilstrekkelig preventiv virkning. Samtidig må den ikke være for høy:

”Flere grovere saker enn hittil vil bli anmeldt og behandlet som straffesak, slik at behovet for å ta i bruk høye satser vil bli redusert.”¹⁴⁸

At tilleggsskatt ikke er karakterisert som straff på grunn av prosessøkonomiske hensyn, trekker i retning av at det må anses som straff etter EMK TP7-4.

Dette medfører at også kriteriet den nasjonale karakteristikken av tiltaket vil trekke mot strafferettslig karakter.

En forhøyd tilleggsskatt vil fortsatt være straff også etter det nye straffebegrepet.

6.1.8.3 Tvangsplassering

I Rt. 2003 s. 1827 måtte Høyesterett ta stilling til om tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 er straff etter EMK TP7-4 og om den stenger for senere straffesaker om de samme forholdene. Høyesterett kom her fram til at tvangsplassering var straff etter EMK TP7-4.

I Rt. 2004 s. 1368 kom en enstemmig Høyesterett til at de forhold som lå til grunn for tvangsplasseringen og de forhold som lå til grunn for tiltalebeslutningen, dreide seg om ulike straffbare forhold. Straffesaken kunne derfor fremmes uten hinder av TP7-4.¹⁴⁹

I disse avgjørelsene var det klart at tvangsinnplassering oppfylte vilkårene for straffebegrepet i EMK TP7-4.

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.55(1985-1986) side 2.

¹⁴⁹ For mer detaljer se Holmboe TfS nr. 1 2006 s. 39 flg.

Høyesteretts flertall i Rt. 2003 s. 1827 kom til at tvangsplassering etter barnevernloven § 4-24 ikke hadde noe straffeformål overfor barnet. Flertallet la imidlertid til grunn at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 kom til anvendelse når forvaltningen skulle ta stilling til om barnet hadde begått en straffbar handling ”alvorlig eller gjentatt kriminalitet”. Med dette måtte tiltaket også anses som straff etter EMK P 7-4. Høyesterett tok i denne avgjørelsen stilling til formålet i bestemmelsen. Siden dette ikke var et selvstendig vilkår kunne ikke Høyesterett tillegge denne avgjørende vekt. Vurderingen her blir om dette fortsatt er straff etter det nye straffebegrepet, her er formålet et selvstendig kriteri som skal vektlegges, jf Storbråten-saken.

Tvangsplassering er ikke klassifisert som straff i norsk intern rett.

Det andre kriteriet som skal vurderes er lovbudets karakter.

Tvangsplassering har et krav om skyld for å kunne bli innlagt. Etter Høyesteretts vurdering trakk dette i retning av en reaksjon som bør anses som straff.

Det tredje kriteriet, sanksjonens innhold og alvor.

Høyesteretts flertall uttaler:

”er en slik institusjonsplassering et så sterkt inngripende tiltak at det i kombinasjon med vilkåret om alvorlig eller gjentatt kriminalitet etter mitt syn nokså klart må anses som straff på grunnlag av den kumulative effekt av grunnlaget for inngrepet og inngrepets innhold og alvor.”¹⁵⁰

Her kommer Høyesterett fram til at tvangsplassering vil være straff etter dette kriteriet.

Høyesterett begrunner dette med at tvangsplassering er et inngripende tiltak.

Høyesteretts mindretall kommer frem til at tiltaket må karakteriseres som alvorlig, dette begrunnes med karakteren og varigheten av tiltaket. Men at tiltaket ikke går lenger en etter barnets behov. Og konkluderer med at kriteriet ikke er oppfylt:

¹⁵⁰ Avsnitt 80.

”Jeg kan etter dette heller ikke se at inngrepets innhold og alvor fører til at tvang(s)plasseringen må karakteriseres som en straffende reaksjon.”¹⁵¹

Etter Dobbeltforfølgings-kriteriene skal det som nevnt legges betydelig vekt på formålet med tiltaket.

Det fremgår av avgjørelsen og forarbeidene at formålet med tvangsplassering ikke er for å straffe, men å hjelpe vanskelig trengende barn. Høyesteretts flertall uttalte slik om formålet:

”Plassering i institusjon har ikke noe pønalt formål. Formålet med institusjonsplassering er behandling eller opplæring, og en slik plassering skal skje til barnets beste.”¹⁵²

Det at hensikten med tvangsplassering ikke er for å straffe men for å forebygge, trekker i retning av at det ikke er straff etter EMK TP7-4.

I forarbeider til barnevernloven § 4-24 fremgår det at bestemmelsen formål utelukkende er omsorg og behandling av hensyn til barnet. Videre at tvangsplassering verken er straff eller ment for å beskytte samfunnet, men for å beskytte barnet. Det kan fastslås at nasjonale myndigheter ikke karakteriserer tiltaket som straff.

I praksis fra EMD er hovedregelen om karakteren av disiplinærreaksjoner ved frihetsberøvelse straff etter konvensjonen.¹⁵³ Tvangsplassering av barn er en form for frihetsberøvelse. Dette er begrunnelsen til at Høyesterett kom til at det var straff. Etter Dobbeltforfølgings-kriteriene skal formålet bak tvangsplasseringen tillegges høy vekt. Tvangsplassering av barn er ikke ment for å sette barnet isolert fra omverden, men for å beskytte. Dette gjør dette tilfellet lite sammenlignbart med den praksisen fra EMD.

Konklusjonen blir etter Dobbeltforfølgings-kriteriene; tvangsplassering er ikke straff etter EMK TP7-4.

¹⁵¹ Avsnitt 51.

¹⁵² Avsnitt 67.

¹⁵³ EMD kom til at frihetsberøvelse er straff i blant annet, Engel-saken, Campbell and Fell-saken og i Ezech and connors-saken.

Hovedregelen vil nok fortsatt være at frihetsberøvelse vil bli karakterisert som straff etter EMK TP7-4. Hvis formålet med frihetsberøvelse ikke er for å straffe men for å forebygge vil det etter det nye straffebegrepet være et sterkt argument for ikke straff etter EMK TP7-4.

6.1.9 Forvaltningsavgjørelser

Det er flere forvaltningsavgjørelser som kan falle inn under straffebegrepet.¹⁵⁴

Under dette punkt skal det tas et eksempel på et overtredelsesgebyr som kan være et grensetilfelle.

Overtredelsesgebyr gis som regel ved mindre alvorlige lovbrudd. Det er mange ulike typer av overtredelsesgebyrer. Det som skal vurderes i dette punkt er om fiskerimyndighetenes adgang til å ilegge overtredelsesgebyr etter akvakulturloven § 30¹⁵⁵ er straff etter EMK TP7-4. Denne problemstillingen er ikke blitt vurdert av domstolene.

Denne form for overtredelsesgebyr er karakterisert som en administrativ sanksjon, og ikke som en strafferettslig sanksjon. Dette er også presisert i bestemmelsens forarbeider: ”Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon som har et visst pønalt preg ved at den knytter seg til uaktsomme og forsettlige overtredelser ved loven”.¹⁵⁶ Det at det kreves skyld for å bli ilagt overtredelsesgebyret, trekker i retning av en strafferettslig sanksjon. I forarbeidene er det videre uttalt at gebyret har likhetsstrekk med straff, men er ikke å regne som straff og ilegges ikke av politi eller domstol. Hvilke myndighet som ilegger sanksjonen har en liten eller ingen vekt i dette tilfellet. Det at sanksjon er av strafferettslig karakter vil være tungtveiende argument ved tolkningen av straffebegrepet i EMK TP7-4. Etter kriteriet lovbudets karakter og lovbudets formål, vil dette trekke imot strafferettslig sanksjon. For det første har overtredelsesgebyret nær tilknytning til et straffebed, ved at bestemmelsen er identisk med straffebestemmelsen i § 31. For det andre kreves det utvist

¹⁵⁴ Johansen gjør rede for to forvaltningsavgjørelser. Han kommer fram til at overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 er sannsynligvis straff etter EMK TP7-4, se Johansen 2008 s. 199 flg.

¹⁵⁵ Lov 17.06.2005 nr. 79

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 75.

skyld for å bli ilagt gebyret. For det tredje er de objektive momentene like straffebestemmelsen i § 31.

Etter dette kan det konkluderes med at normens karakter og dens formål er av strafferettslig karakter.

Overtredelsesgebyret utmåles etter den urettmessige fortjeneste som er vunnet. Et slik gjenopprettende preg vil gå i retning av ikke straff etter kriteriet sanksjonens innhold og alvor.

Overtredelsesgebyret vil antageligvis bli å anse som straff etter EMK art. 6. De subjektive- og objektive-vilkårene er identiske i akvakulturloven § 30 og § 31. Dette vil være et sterkt argument, mot straff etter EMK TP7-4.

Spørsmålet blir om gebyret også blir å anse som straff etter det nye straffebegrepet. Ved at det skal legges betydelig vekt på hvordan nasjonal staten har definert tiltaket vil et slikt gebyr trekke i retning av ikke straff etter kriteriet om den nasjonale klassifikasjonen.

I forarbeidene uttrykkes det at overtredelsesgebyret har et delvis pønalt preg. Ved at formålet med gebyret er for å straffe overtredere av loven. Ved at vilkårene er identiske med straffebestemmelsen, og at ikke formålet er annerledes i bestemmelsene. I forarbeider til bestemmelsen uttales det om de subjektive vilkårene:

”Sett i lys av overtredelsesgebyrets likhetstrekk med bot, bør det foreligge sannsynlighetsovervekt for det aktuelle faktum, for at vilkårene for å ilegge overtredelsesgebyr skal anses å foreligge.”¹⁵⁷

Her fremgår det at gebyret har likhetstrekk med bøter, og at det kreves sannsynlighetsovervekt. Det fremgår ikke av forarbeidene noe som tyder på at denne bestemmelsen har andre formål en å straffe.

Etter det nye straffebegrepet vil overtredelsesgebyret med stor sannsynlighet være straff etter EMK TP7-4.

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.61 (2004-2005) s. 76.

7 Avsluttende bemerkninger

Siden EMD tolker straffebegrepet autonomt har den sikret en effektiv konvensjonsbeskyttelse. Straffebegrepets autonome tolkning ble som sagt ovenfor lagt til grunn i avgjørelsen Engel som videre har blitt fulgt opp i en rekke avgjørelser.

Som følge av den autonome tolkningen fikk EMD muligheten til å overprøve statens klassifikasjon av en sak som ikke strafferettslig.¹⁵⁸

Begrunnelsen for at straffebegrepet er snevrere en tidligere er for å begrense EMK TP7-4s rekkevidde.¹⁵⁹

Siden saken Göktaş v. France har EMD i en rekke avgjørelser fastholdt at straffebegrepet i EMK TP7-4 er det samme som i EMK art. 6 og 7. Hva som skal omhandles som straff etter disse bestemmelsene avgjøres på grunnlag av Engel-kriteriene.

Det er flere forskjeller mellom det nye straffebegrepet i EMK TP7-4 og straffebegrepet i EMK art. 6 og art. 7. For det første er det flere kriterier som er relevante ved vurderingen av om et tiltak er straff etter EMK TP7-4. For det andre skal det foretas en konkret helhetsvurdering av samtlige Dobbeltforfølgings-kriteriene. For det tredje skal det legges betydelig vekt på hvordan nasjonal staten bedømmer formålet med tiltaket. For det fjerde skal det ved kriteriet ”sanksjonens innhold og alvor” legges vekt på den sanksjonen som er ilagt, til forskjell fra Engel-kriteriene hvor det avgjørende er det vedkommende maksimalt risikerer.

Etter dagens rettstilstand skal det ved vurdering av om en sanksjon er straff etter EMK TP7-4 vurderes etter Dobbeltforfølgings-kriteriene. Med hovedvekt på hvordan nasjonalstaten har karakterisert tiltaket og hvorledes myndighetene vurderer formålet med sanksjonen. Hovedregelen vil fortsatt være hvordan nasjonalstaten har karakterisert forholdet som, enten strafferettslig eller sivilrettslig. Hvis det blir karakterisert som en sivilrettslig, skal det vurderes om sanksjonen har et straffende formål.

¹⁵⁸ Se Johansen 2008 s. 173.

¹⁵⁹ Mer detaljer se Johansen 2008 s. 174.

Som pkt 6.1.8 har vist kan det nye straffbegrepet få en stor betydning i fremtidige avgjørelser. Dette ved at tidligere administrative sanksjoner som ble klassifisert som straff, må revurderes etter det nye straffebegrepet. Som vist er det flere tilfeller som med stor sannsynlighet ikke lenger vil være straff etter EMK TP7-4. Det er usikkert hvilken effekt det nye straffebegrepet vil ha i fremtidige avgjørelser. Siden tiltak i utgangspunktet var straff dersom et av Engel-kriteriene var oppfylt, vil det med det nye straffebegrepet måtte bero på en konkret helhetsvurdering av samtlige Dobbeltforfølgings-kriteriene. Siden mange av avgjørelsene for Høyesterett har vært straff hvor et av Engel-kriteriene var oppfylt, vil det etter det nye straffebegrepet ikke sikkert være straff etter EMK TP7-4.

Høyesterett vil med stor sannsynlighet legge til grunn det nye straffebegrepet i de seinere avgjørelser. Som vist ovenfor har Borgarting lagmannsrett¹⁶⁰ lagt det nye straffebegrepet til grunn i en avgjørelse.

EMD vil sannsynligvis legge en betydelig vekt på kriteriene ”formålet med tiltaket” og ”den nasjonale rettslige karakteristikken av tiltaket”.¹⁶¹ Begrunnelsen for dette vil være at nasjonals statenes karakteristikk og formål med tiltak skal tillegges betydelig vekt.

EMD vil fortsatt kunne foreta en autonom tolkning av hva som skal anses som straff etter EMK TP7-4 uavhengig av hva nasjonalstaten har karakterisert det som. Som utgangspunkt vil EMD kun gripe inn dersom dette er nødvendig for å kunne operere med en effektiv konvensjonsbeskyttelse.¹⁶²

Problemet er at EMD tolker konvensjonen autonomt og dynamisk. EMD kan når som helst snu dette på hodet. Forhåpentligvis vil storkammerdommen i EMD avgjøre om det nye straffebegrepet skal gjelde fullt ut i avgjørelsen *Sergey Zolotukhin v. Russia*. Dette hvis EMD finner det nødvendig å vurdere straffebegrepet.

¹⁶⁰ LB-2008-29482 (rettskraftig).

¹⁶¹ Se Johansen 2008 s. 172.

¹⁶² Se Johansen 2008 s. 175.

8 Litteraturliste

BØKER:

- Jon Petter Rui Johansen, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning 2008, doktoravhandling
- Jørgen Aall, Rettstat og menneskerettigheter, 2 utgave, Bergen 2007
- Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettigheds konvention, 2 utgave, København 2007.
- Jo Hov, Rettergang 1, Oslo 2007
- Ståle Eskeland, Strafferett 2 utgave 2006.
- Johs Andenæs. Strafferett, 5 utgave 2005 ved Matningsdal og Rieber-Mohn.
- Jebens, Sverre Erik, Menneskerettigheter i straffeprosessen, Oslo, 2004
- Erik Møse, Menneskerettigheter, Oslo, 2002.
- Torstein Eckhoff. Rettskildelære, 5.utg ved Jan Helgesen. Oslo, 2000
- Harris/O'Boyle/Warbrick. *Law of the European Convention of Human Rights*. 2. edition. 2000, London
- P. Van Dick og G.J.H Van Hoof, *Theory and practice of the human rights*, The Hague 1998.

ARTIKLER:

- Morten Holmboe, TfR 2008 nr. 02, "Kommentar av Morten Holmboe, s. 236-238".
- Jon Petter Rui Johansen, TfR 2008 nr. 01, "Protokoll 7 art 4, s. 100-103".
- Jens Edvin A. Skoghøy, "Menneskerettsdomstolens straffebegrep" LoR 2007 nr. 04
- Jon Petter Rui Johansen, TfR 2007 nr. 03, "Protokoll 7 art 4, s. 331-337".
- Jon Petter Rui Johansen, TfR 2007 nr. 01, "Protokoll 7 art 4, s. 189-196".
- Michael Reiertsen, Norsk tidsskrift for menneskerettigheter, 2007 nr. 03.
- Thomas Frøberg, *EMDs praksis som norsk rettskildefaktor*, JV 2007 nr. 03
- Morten Holmboe "Ungdom, ran og dobbeltstraff", TfR nr. 1 2006 s. 39
- Jon Petter Rui Johansen, *Det materielle straffebegrepet i EMK*, TfR 2005, nr. 03
- Jostein Sæbø Fausa, *Det straffbare forhold identitet*, JV, 2005 nr. 1
- Jens Edvin A. Skoghøy, , *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i den europeiske*

- menneskerettskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr 1 ("ne bis in idem")*, TfR 2003, nr. 01
- Jens Edvin A. Skoghøy, Konkurskarantene, ”*EMK og Høyesterett*”, LoR 2003 nr. 08
 - Frode Elgesem, *Tolking av EMK- Menneskerettsdomstolens metode*, LoR 2003, side 203.
 - Asbjørn Strandbakken, *Ne bis in idem*, LoR 2002, nr. 06.

Norske Lover

1814, Kongeriget Norges Grundlov

1902, Lov om Almindelig borgerlige straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10.

1980, Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr 24.

1981, Lov om barn og foreldre (barnevernlova) av 8. april 1981 nr 7.

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

1984, Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr 58.

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

2001, Lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) av 18. mai 2001 nr 21.

2005, Lov om akvakultur (Akvakulturloven) av 17. Juni 2005 nr 79.

Lovforarbeider

- Ot.prp.nr.61 (2004-2005). Om lov om akvakultur (akvakulturloven).

- Ot.prp.nr.55 (1985-1986) Endringer i lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven).

- Innst.O.nr.60 (2000-2001). Innstilling fra justiskomiteen om lov om gjennomføring av straff mv (straffegjennomføringsloven).

Traktater

- EMK, Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon), Roma 4. november 1950.

- Wienkonvensjonen, Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.

9 Domsregister

9.1 Avgjørelser fra norske domstoler

Rt-2006-1409 LG-2007-83941

Rt-2006-862 LB-2008-29482

Rt-2005-1269

Rt-2005-833

Rt-2005-509

Rt-2004-1500

Rt-2004-1368

Rt-2004-1343

Rt-2004-1100

Rt-2004-1074

Rt-2004-927

Rt-2004-645

Rt-2003-1827

Rt-2003-1243

Rt-2003-1376

Rt-2003-1100

Rt-2003-394

Rt-2003-359

Rt-2003-264

Rt-2002-1271

Rt-2002-1216

Rt-2002-557

Rt-2002-497

Rt.2001-1006

Rt-2001-85

Rt-2000-996

Rt-1999-961

Rt-1994-1244

Rt-1994-610

Rt-1977-1207

9.2 Avgjørelser fra EMD

Taliadorou and Stylianou v. Cyprus (39627/05 and 39631/05-16.10.2008)

Anders Synnlius and Edsbergs Taxi AB v. Sweden (44298/02-17.7.2008)

Knut Haarvig v. Norway (11187/05-11.12.2007)

Sergey Zolotukhin v. Russia (14939/03-7.6.2007)

Storbråten v. Norway (12277/04-1.2.2007)

Mjelde v. Norway (11143/04-1.2.2007)

Jussila v. Finland (73053/01-23.11.2006)

Nilsson v. Sweden (73361/01-13.12.2005)

Wassdahl v. Sweden (36619/03-29.11.2005)

Sundqvist v. Finland (75602/01-22.11.2005)

Nikitin v. Russia (50178/99-20.7.2004)

Rosenquist v. Sweden (60619/00-14.9.2004)

Morel v. France (54559/00-3.6.2003)

Isaksen v. Norway (13596/02-2.10.2003)

Ezeh and Connors v. The United Kingdom (39665/98 and 40086/98-9.10.2003)

Manasson v. Sweden (41265/98-8.4.2003)

Szott-Medynska v. Poland (47414/99-9.9.2003)

Zigarella v. Italy (48154/99-3.10.2002)

Västberga Taxi Aktiebolag & Vulic v. Sweden(36985/97-23.7.2002)

Janosevic v. Sweden (34619/97-23.7.2002)

Göktan v. France (33402/96-2.7.2002)

Bankoviz v. Belgium (52207/99-12.12.2001)

Franz Fischer v. Austria (37950/97-29.5.2001)

R.T. v. Switzerland (31982/96-30.5.2000)

Pellegrin v. France (28541/95-8-12-1999)

Ponsetti and Chesnel v. France (36855/97 and 41731/98-14.9.1999)

Malige v. France (27812/95-23.9.1998)
Oliveira v. Switzerland (25711/94-30.7.1998)
Escoubet v. Belgium (26780/95-28.9.1999)
W.S v. Poland (37607/97-15.6.1999)
Brown v. The United Kingdom (38644/97-24.11.1998)
Pierre-Bloch v. France (24194/94-21.10.1997)
Benham v. The United Kingdom (19380/92-10.6.1996)
Gradinger v. Austria (15963/90-23.10.1995)
Schmautzer v. Austria (15523/89-23.10.1995)
Welch v. The United Kingdom (17440/90-9.2.1995)
Bendenoun v. France (12547/86-24.2.1994)
Öztürk v. Germany (8544/79-21.2.1984)
Cossey v. United Kingdom (series A-184-27.9.1990).
Johnston v. Ireland (9697/82-18.12.1986)
Engel and others v. The Netherlands (5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72-
8.6.1976)
Golder v. The United Kingdom (4451/70-21.2.1975)
X v. The federal republic of Germany (734/60-1961)