



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Innholdet i prinsippet om *ne bis in idem* i CISA artikkel 54 – forbudet mot en transnasjonal gjentatt straffeforfølging

Johannes Næss

Stor masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3903

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Aktualitet.....	3
1.3	Avgrensninger og presiseringer	6
1.4	Videre fremstilling	7
2	Metode.....	9
2.1	Utgangspunkter	9
2.2	EMK-retten.....	9
2.3	EU-retten	12
2.3.1	Utgangspunkter	12
2.3.2	EU-domstolens tolkningsmetode	12
2.3.3	EU-domstolens prejudisielle avgjørelser ved forelagte spørsmål	15
2.3.4	Uttalelser fra EUs generaladvokater	16
2.3.5	Betydningen av EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 50 ved tolkningen av CISA artikkel 54.....	17
3	Hensyn bak forbudet mot gjentatt straffeforfølgning etter CISA artikkel 54	23
4	Hvilke avgjørelser har sperrende kvalitet?.....	26
4.1	Innledning.....	26
4.2	Straffebegrepet i EU.....	27
4.3	Hvilket lands rett er bestemmende for klassifiseringen av straffebegrepet i transnasjonale situasjoner?	30
5	Hvilke avgjørelser har sperrende effekt?	34
5.1	Innledning.....	34
5.2	Domsavgjørelser.....	34
5.3	Påtalemyndighetens avgjørelser.....	37
5.3.1	Innledning.....	37

5.3.2	Førsteforfølgerstaten må være avskåret fra å kunne innlede en ny straffeforfølgning	39
5.3.3	Avgjørelsen må innebære en realitetsvurdering av saken.....	40
5.3.4	Oppsummering	44
5.4	Forvaltningsavgjørelser	44
5.4.1	Innledning.....	44
5.4.2	Avgjørelsen må være endelig og innebære en realitetsvurdering av saken	45
5.4.3	Unntak fra å ilegge forvaltningsavgjørelser sperrende effekt – en adgang til gjentatt straffeforfølgning gjennom administrative sanksjoner av straffbar karakter og rene straffesanksjoner.....	46
5.5	Tidspunktet den sperrende effekten inntreder.....	57
6	Hva regnes som en ny forfølgning?	59
6.1	Innledning.....	59
6.2	Tidspunktet for når det foreligger en ny forfølgning som er i strid med CISA artikkel 54.....	59
6.3	Forholdet mellom forbudet mot ny forfølgning og adgangen til gjenåpning.....	63
6.4	Parallell forfølgning	64
6.5	CISA artikkel 55 – unntak for visse handlinger	66
6.5.1	Overordnet om ordlyden	66
6.5.2	Norges unntak med hjemmel i CISA artikkel 55 nr. 1	67
6.5.3	Betydningen av at Schengen-avtalen ble integrert inn i EU-regelverket	70
7	Hva kategoriseres som samme forhold?.....	73
7.1	Innledning.....	73
7.2	EU-domstolens praksis.....	74
7.2.1	Generelle retningslinjer	74
7.2.2	Van Straaten-dommen.....	77
7.2.3	Gasparini-dommen	79
7.2.4	Kretzinger-dommen	81

7.2.5	Kraaijenbrink-dommen	84
7.2.6	Oppsummering av EU-domstolens tolkninger om «the same acts» etter CISA artikkel 54.....	86
7.3	Forskjell fra hva som utgjør samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4 .	87
8	Hva kategoriseres som samme person?.....	92
8.1	Utgangspunkter	92
8.2	Forholdet mellom fysiske og juridiske personer	92
9	Rettspolitisk refleksjon og oppsummering.....	94
9.1	Kan det anlegges en egen tolkning av CISA artikkel 54 for Norge og en annen tolkning for EU?.....	94
9.2	Manglende gjennomføring av Schengen-avtalen i norsk rett.....	95
9.3	Forholdet mellom CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4.....	96
	Referanseliste	98

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning omtales gjerne under den latinske betegnelsen *ne bis in idem*. Direkte oversatt betyr begrepet «ikke to ganger det samme». Innad i Norge ble prinsippet om *ne bis in idem* lenge kun sett på som et prosessuellteknisk prinsipp. Med inkorporasjonen og ratifikasjonen av EMK¹ har imidlertid prinsippet utviklet seg til å bli anerkjent som en menneskerettighet også her til lands.² Menneskerettigheten består i at ingen skal bli utsatt for en ny straffeforfølgning i etterkant av en allerede endelig avsluttet straffeforfølgning om det samme forholdet.

For Norges vedkommende fremgår prinsippet både i nasjonale og internasjonale regelsett. I den norske lovgivningen er det sentrale forbudet mot gjentatt straffeforfølgning inntatt i straffeprosessloven³ § 51. Som en følge av forrangsbestemmelsene i menneskerettsloven⁴ § 3 og straffeprosessloven § 1 er imidlertid reguleringen som følger av EMKs tilleggsprotokoll (TP) 7 artikkel 4 nr. 1 den rettskilden av størst betydning for den norske håndhevingen av forbudet mot gjentatt straffeforfølgning.⁵ Bestemmelsen lyder slik i norsk oversettelse:

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

Anvendelsesområdet til EMK TP 7 artikkel 4 gjelder ved flere forfølgninger innad i det samme landet. Artikkelen aktualiseres dermed kun når det skjer to straffeforfølgninger i samme land,

¹ Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, 4. november 1950 (EMK).

² Rui, *Ne bis in idem* s. 355.

³ Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangs måten i straffesaker (straffeprosessloven).

⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

⁵ Se også eksempelvis HR-2012-1323-A, HR-2015-791-A og HR-2017-241-A.

og man kan ikke påberope seg vernet etter denne artikkelen dersom den første straffeforfølgningen skjedde i et annet land.⁶

Dersom Norge innleder en straffeforfølgning om et forhold som allerede er blitt pådømt i utlandet, finnes det en generell regel i straffeloven⁷ § 84 som regulerer fradrag for fullbyrdete strafferettslige reaksjoner som er ilagt i utlandet. Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke at Norge er avskåret fra å straffeforfølge det samme forholdet, men den resulterer i at den utenlandske avgjørelsen inngår som et moment i straffutmålingen. Straffeloven § 84 kan derfor ikke sies å direkte ivareta *ne bis in idem*-prinsippet, men den sikrer at den enkelte ikke lider en uforholdsmessig stor belastning ved å bli ilagt en ytterligere strafferettslig reaksjon i Norge.⁸

Innlemmelsesbestemmelsen inntatt i straffeloven § 8 første ledd bokstav c resulterer derimot i at visse utenlandske avgjørelser setter klare begrensninger på Norges adgang til å straffeforfølge enkelte forhold. Etter straffeloven § 8 første ledd bokstav c er Norge også forpliktet etter Schengen-avtalen (CISA)⁹ artikkel 54 til å etterleve prinsippet om *ne bis in idem*.¹⁰ Bestemmelsen har denne ordlyden:

«A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party.»

Ved Schengen-avtalens regulering gis forbudet mot gjentatt straffeforfølgning en grenseoverskridende dimensjon, idet de avtaleforpliktete landene er avskåret fra å straffeforfølge et forhold som allerede har blitt straffeforfulgt i en annen konvensjonsstat. En slik regulering har til følge at Norge, under visse omstendigheter, gir avkall på å straffeforfølge, og setter sin lit til at

⁶ Beslutning av 2. juni 2016, *Krombach mot Frankrike*, 67521/14 (*Krombach mot Frankrike*) og EMDs Case-law guide om «Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights», 30. September 2021 s. 6.

⁷ Lov 20. mai nr. 28 om straff (straffeloven).

⁸ Se f.eks. Rt-1985-1325.

⁹ The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 185 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders (CISA eller Schengen-avtalen).

¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 406-407.

andre lands rettssystemer sørger for en tilstrekkelig og rettferdig rettsprosess overfor den enkelte. Utover Norge, er Schengen-avtalens bestemmelser om *ne bis in idem* bindende for Island, Sveits, Liechtenstein og alle EU-landene med unntak av Irland.¹¹

For Norges vedkommende innebærer dette at det finnes flere reguleringer som skal forhindre at det skjer en gjentatt straffeforfølgning. Reguleringene dekker tilsvarende, men ulike tilfeller. Mens EMK TP 7 artikkel 4 setter skranker for Norges myndigheter til å gjennomføre flere straffeforfølgninger til ulik tid, sørger CISA artikkel 54 for at andre lands avgjørelser hindrer at det igangsettes en ny straffeforfølgning i Norge.

Temaet for avhandlingen består i en gjennomgang av innholdet i CISA artikkel 54. Formålet med avhandlingen er å klarlegge når prinsippet om *ne bis in idem* kommer til anvendelse etter CISA og påpeke visse forskjeller fra reguleringen som er inntatt i EMK. For å kartlegge innholdet i regelsettene må en rekke sentrale spørsmål besvares. Hvilke avgjørelser skal gis sperrvirkning mot ny straffeforfølgning? Hva regnes som en ny straffeforfølgning? Hva er samme forhold? Hvem gjelder rettigheten for?

Spørsmålene kan ikke løses utelukkende basert på ordlyden i de enkelte bestemmelsene. Det nærmere innholdet i CISA artikkel 54 må fastlegges etter en gjennomgang av EU-rett, hvor EU-domstolen er domstolen med tolkningsautoritet.¹² Innholdet i EMK TP 7 artikkel 4 må på den annen side belyses gjennom sentrale avgjørelser avsagt av den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD).

1.2 Aktualitet

Ved ratifiseringen av EMK TP 7 artikkel 4 den 25. oktober 1988 og den påfølgende ikrafttredelsen 1. januar 1989 fikk *ne bis in idem*-prinsippet en sentral plass i det norske straffeprosessuelle rettskildet bildet.¹³ Da tilleggsprotokollen ble vedtatt anså likevel ikke Norge at konvensjonen reiste særlige problemer i forhold til norsk rett. I stortingsproposisjonen ble det uttalt:¹⁴

¹¹ Helenius s. 47.

¹² Traktat om Den europeiske Union av 7. februar 1992 (TEU) artikkel 19 (3) b og Traktat om den Europeiske Unions virkemåte av 25. mars 1957 (TEUV) artikkel 267 a.

¹³ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 19.

¹⁴ St.prp. nr. 6 (1987-88) s. 2 annen spalte og s. 5 første spalte.

«Et viktig siktemål under utarbeidelsen [av TP 7] har vært å formulere rettighetene så presist som mulig og ta hensyn til særtrekkene ved det europeiske rettssystem

(...)

Slik tilleggsprotokollen er formulert, oppstår det imidlertid ingen problemer i forhold til norsk rett.»

Det tok et tiår før Høyesterett for første gang behandlet et spørsmål om gjentatt straffeforfølgning etter artikkelen. Først etter at Bøhler-dommen ble avsagt i 2000,¹⁵ ble det klart at EMK TP 7 artikkel 4 faktisk oppstiller en del problemer som er av sentral betydning for norsk rett. I Bøhler-dommen var spørsmålet om forbudet mot gjentatt straffeforfølgning var krenket ved at Bøhler ble ilagt forhøyd tilleggs katt for året 1987, etter at han, for det samme inntektsåret, allerede var rettskraftig straffedømt for forsettlig skatteunndragelse. Høyesterett konkluderte ikke på spørsmålet, idet tilleggs katten for 1987 måtte falle bort på andre grunnlag. Dommen fungerte likevel som et startskudd på *ne bis in idem*-prinsippets inntog i det norske rettssystemet. Spørsmål om gjentatt straffeforfølgning har senere stått sentralt i mange saker som har vært tatt opp til behandling i Høyesterett.¹⁶ Flere av disse sakene er behandlet i plenum.¹⁷

Parallelt med at prinsippet fikk økt oppmerksomhet innad i Norge, har det pågått en vel så omfattende behandling av forbudet i EMD. Av totalt 73 avsagte avgjørelser med spørsmål om gjentatt straffeforfølgning per 10. mai 2022 er hele 42 av disse avsagt de siste ti årene.¹⁸

Mens hovedfokuset i det norske rettskildebildet med henblikk på prinsippet om *ne bis in idem* har vært rettet mot reguleringen i EMK, har det også skjedd en markant rettsutvikling fra EU-domstolens side i forbindelse med innholdet i CISA artikkel 54. Norge ble bundet av Schengenavtalen ved tilslutningsavtale av 1999. Fra første domsavgjørelse om regelen i 2003,¹⁹ har EU-

¹⁵ Rt-2000-996.

¹⁶ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 19 med videre henvisning til en rekke høyesterettsavgjørelser fra år 2000 til 2006. Sist gang et spørsmål om gjentatt straffeforfølgning ble behandlet i Høyesterett var i HR-2021-2580-A.

¹⁷ Se Rt-2000-996, Rt-2002-497, Rt-2002-557, Rt-2003-359 og Rt-2006-1409.

¹⁸ Tallene er funnet ved søk på avgjørelser om EMK TP 7 artikkel 4 i HUDOC database of case law.

¹⁹ Forent dom av 11. februar 2003, *Gözütok*, C-187/01 og *Brügge*, C-385/01, EU:C:2003:87 (*Gözütok* og *Brügge*).

domstolen per 10. mai 2022 avsagt totalt 25 avgjørelser om *ne bis in idem*-prinsippet med ti av avgjørelsene avsagt etter 2017.²⁰

Trenden med et økende antall avgjørelser om *ne bis in idem* innenfor de internasjonale domstolene illustrerer at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning fortsatt er under utvikling og står sentralt i rettskildebildet. For CISA artikkel 54 må globaliseringen anses å være av stor betydning for at det i de kommende årene kan forventes et økt antall saker med spørsmål om grenseoverskridende *ne bis in idem*. I takt med at den alminnelige verdensborger oppholder seg i mindre grad kun innenfor den enkeltes hjemland, økes aktualiteten til CISA artikkel 54. Samfunnsutviklingen og internasjonaliseringen har resultert i at samfunnet i stadig større grad opererer på tvers av landegrensene. I kjølvannet av dette følger det også at kriminaliteten heller ikke ser seg bundet av landegrensene. Forholdene i slike saker medfører dermed gjerne at flere land ønsker å igangsette en straffeforfølgning. CISA artikkel 54 legger imidlertid begrensninger på denne adgangen innen Schengen-samarbeidet. Dess mer Schengen-landene utvikler seg til å bli internasjonal og mindre begrenset av landegrensene, jo stadig mer aktuell blir forbudet inntatt i CISA artikkel 54.

I etterkant av at Norge ble tilsluttet Schengen-avtalen har regelsettet blitt integrert i EU-retten.²¹ Integrasjonen av Schengen-avtalen inn i EU har resultert i at en rekke andre hensyn, som ikke var aktuelle ved den opprinnelige tilslutningen til avtalen, nå er relevante ved tolkningen av Schengen-bestemmelsene. Etersom EU-retten er i stadig utvikling, har Schengen-samarbeidet fått et innhold med en annen betydning overfor Norge nå enn da vi signerte Schengen-avtalen. Denne utviklingen gjør det nødvendig å oppdatere seg på innholdet i Schengen-regelverket.

Temaet om gjentatt straffeforfølgning, herunder innholdet i CISA artikkel 54, ble grundig behandlet i boken *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* fra 2009, som bygger på Jon Petter Ruis doktoravhandling.²² Siden den gang har det imidlertid skjedd en omfattende rettsutvikling i EU i form av nye reguleringer av interesse, og det er avsagt en rekke retningsgivende dommer.

²⁰ Tallene er funnet ved søk på avgjørelser om *ne bis in idem* i InfoCuria database of case law.

²¹ Protocol integrating the Schengen-acquis into the framework of the European Union – Official Journal of the European Union, C 321 E, 29/12/2006 p. 0191 – 0195.

²² Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*.

CISA artikkel 54 har stått sentralt i denne rettsutviklingen, og det materielle innholdet i bestemmelsen er ikke det samme som i 2009.

En stadig mer vidtgående globalisering, sammenholdt med den omfattende rettsutviklingen i både EU-domstolen og EMD, aktualiserer dermed igjen et behov for å fastlegge de nærmere rammene for *ne bis in idem*-prinsippet.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Temaet for oppgaven er å kartlegge innholdet i CISA artikkel 54. Ved gjennomgangen skal jeg, som allerede nevnt, peke på visse likheter og forskjeller fra reguleringen som følger av EMK TP 7 artikkel 4. Øvrige norske²³ og internasjonale reguleringer²⁴ som omhandler prinsippet blir derfor som utgangspunkt ikke behandlet, såfremt disse ikke har direkte betydning for innholdet i CISA artikkel 54 eller EMK TP 7 artikkel 4.

Avhandlingen blir også avgrenset mot en behandling av spørsmål knyttet til strafferettslig jurisdiksjon. CISA artikkel 54 kommer, som nevnt, først til anvendelse når en stat straffeforfølger et forhold som allerede har blitt avgjort i en annen stat. For at en stat i det hele tatt skal kunne straffeforfølge et forhold, kreves det at den aktuelle staten har jurisdiksjon til straffeforfølgningen. Jurisdiksjonsspørsmålet vil derfor aktualisere seg på et tidligere tidspunkt enn CISA artikkel 54 og faller utenfor avhandlingens rammer.

Enkelte av problemstillingene som gjennomgås vil i praksis i liten grad kunne aktualiseres gjennom CISA artikkel 54 på grunn av forbudets grenseoverskridende element. Disse problemstillingene utgjør imidlertid en sentral del av *ne bis in idem*-prinsippet, slik at de likevel vil bli behandlet for å best fremstille det helhetlige innholdet av prinsippet. Dette gjelder særlig for spørsmålene som behandles under punkt 5.4.

Norge står i en særstilling til Schengen-avtalen ettersom Norge ikke er en del av EU. Konsekvensen av et manglende unionsmedlemskap innebærer at visse deler av innholdet i CISA ar-

²³ Se f.eks. straffeprosessloven §§ 51, 74, 258 (2), og lov 20. januar 2012 om pågriping og overlevering til og frå Noreg for straffbare forhold på grunnlag av ein arrestordre (arrestordreloven) § 7.

²⁴ Se f.eks. De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 7 og EUs pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 50.

tikkel 54 må tolkes annerledes for Norge enn for EU-medlemsstatene. Jeg kommer i utgangspunktet til å ha en generell redegjørelse av innholdet i CISA artikkel 54 slik den reguleres i EU-retten, men jeg vil likevel se særlig hen til hvordan regelen skal forstås fra et norsk ståsted.

Videre presiseres det at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning ikke må forstås som et forbud mot dobbeltstraff. Til forskjell vil forbudet mot gjentatt straffeforfølgning aktualiseres på et tidligere tidspunkt, i tillegg til at det også vil aktualiseres når en tiltalt ikke blir straffet i den første forfølgningen. Et forbud mot dobbeltstraff vil ikke kunne forhindre en ny straffeforfølgning i en sak hvor den første forfølgningen resulterte i en frifinnelse, ettersom det da ikke eksisterer en straff som kan doubles.²⁵ Et forbud mot dobbeltstraff må heller betraktes som et uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet, som igjen kan gjenspeiles i den endelige straffutmålingen.²⁶

Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning må heller ikke forveksles med kravet om dobbel straffbarhet. Dobbelt straffbarhet handler om hvorvidt straffbarheten av en handling i mer enn et lands rettssystem skal settes som en forutsetning for strafferettslig jurisdiksjon.²⁷ Kravet om dobbel straffbarhet bør derfor hovedsakelig benyttes ved jurisdiksjonsrettslige spørsmål og ved spørsmål om internasjonal juridisk bistand i straffesaker.

1.4 Videre fremstilling

Ved vurderingen av om CISA artikkel 54 kommer til anvendelse oppstår det flere problemstillinger som må besvares. Avhandlingen er bygd opp slik at det oppstilles flere overordnede materielle vurderingstema som gjennomgås. De materielle vurderingstemaene vil bli behandlet fra kapittel 4 til 8, hvor hovedfokuset vil være på de ulike vilkårene i CISA artikkel 54. EMK TP 7 artikkel 4 vil gjennomgående bli trukket inn for å illustrere og kartlegge likheter og forskjeller mellom regelsettene.

Ettersom avhandlingen har som formål å klarlegge et internasjonalt regelsett, kreves det et dypdykk i EU- og EMK-rettskilder. Innledningsvis vil jeg derfor redegjøre for de metodiske særtrekkene som oppstår når man står overfor EMK- og EU-rett. Denne redegjørelsen utføres i

²⁵ Se Helenius s. 31 med videre henvisninger.

²⁶ Helenius s. 31.

²⁷ Se Matningsdal, *Lovkommentar til straffeloven 2005*, punkt 4.2 til § 5 for en nærmere gjennomgang av kravet om dobbel straffbarhet, *Juridika* (å jour per 1. januar 2022).

kapittel 2. Videre skal jeg i kapittel 3 se på hvilke hensyn som spiller inn ved praktiseringen av CISA artikkel 54.

Det første materielle vurderingstemaet er å avklare hvilke avgjørelser som gir sperrevirkning mot ny forfølgning. Sperrevirkningen inntreffer først når man står overfor en avgjørelse med sperrende kvalitet, sperrende effekt, og at fristen for å angripe avgjørelsen med ordinære rettsmidler er løpt ut.²⁸ At en avgjørelse har sperrende kvalitet betyr at den er truffet i en straffesak. Spørsmålet om når man står overfor en straffesak i CISAs forstand behandles i kapittel 4. I kapittel 5 ser jeg nærmere på hvilke avgjørelser i en straffesak som har sperrende effekt. Med sperrende effekt siktes det til hvilke typer avgjørelser om straff som utløser forbudet mot gjentatt straffefølgning. Sentralt her vil være i hvilken utstrekning ulike avgjørelser fra ulike statsorgan avskjærer en ny straffefølgning og hvilke kvalitative krav som stilles til disse avgjørelsene.

Det neste hovedspørsmålet er hva som regnes som en «ny straffefølgning». Her vil det være sentralt å se på fra hvilket tidspunkt man regner noe som en ny forfølgning. Spørsmål om adgangen til parallell forfølgning og eventuelle unntak fra CISA artikkel 54 vil også bli behandlet. Denne gjennomgangen skjer i kapittel 6.

For at CISA artikkel 54 skal komme til anvendelse, kreves det at den nye forfølgningen gjelder den samme faktiske handlingen som var tema i avgjørelsen med sperrevirkning mot ny forfølgning. I kapittel 7 skal jeg klarlegge hvilke omstendigheter som må foreligge for at den nye forfølgningen skal anses å gjelde samme faktiske handling.

Avslutningsvis i den materielle gjennomgangen skal jeg i kapittel 8 se nærmere på spørsmål knyttet til hvilke krav til subjektiv identitet som kreves etter bestemmelsen. Med subjektiv identitet menes det at det må være identitet mellom det subjekt som ble forfulgt i den første straffefølgningen og det subjekt som utsettes for den nye straffefølgningen.

Helt til slutt foretar jeg i kapittel 9 noen rettspolitiske refleksjoner over innholdet i *ne bis in idem*-prinsippet i CISA artikkel 54. Her vil jeg også knytte noen korte bemerkninger om betydningen av forskjellene i innholdet av CISA artikkel 54 til den tilsvarende reguleringen i EMK TP 7 artikkel 4.

²⁸ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 23-24.

2 Metode

2.1 Utgangspunkter

Ved gjennomgangen av vilkårene i forbudet mot gjentatt straffeforfølgning anvendes en rettsdogmatisk metode. Den rettsdogmatiske metoden har som hovedformål å klargjøre hva som er gjeldende rett gjennom å samle, bearbeide og analysere rettskilder.²⁹ Den videre fremstillingen har derfor som formål å samle, bearbeide og analysere aktuelle rettskilder for å foreta en rettsdogmatisk analyse av innholdet i forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, slik dette fremgår av CISA artikkel 54.

Avhandlingen gjelder, som nevnt, forbudet mot gjentatt straffeforfølgning slik dette reguleres i to regelsett med utspringspunkt utenfor Norge. Metodereglene som gjelder ved anvendelse av CISA og EMK er utviklet av henholdsvis EU-domstolen og EMD. Visse metodiske særpreg er av betydning for den kommende analysen. I det følgende skal jeg derfor redegjøre for sentrale metodiske særtrekk innen EMK- og EU-retten.

2.2 EMK-retten

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er en internasjonal avtale som ble vedtatt 4. november 1950. Avtalen innebærer at samtlige 46 medlemsland i Europarådet har forpliktet seg overfor hverandre til å sikre individenes friheter og rettigheter.³⁰ Ved vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 ble EMK inkorporert i sin helhet som norsk rett, og fikk i tillegg forrang foran annen formell lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

For å oppnå at konvensjonsstatene overholder forpliktelsene som følger av EMK ble EMD opprettet i 1959.³¹ Domstolens endelige dom er bindende for konvensjonsstatene.³² Høyesterett er dermed ikke den domstolen som dømmer i siste instans om EMK-spørsmål. Den normerende

²⁹ Graver, Hans Petter, «vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178 på s. 154.

³⁰ Alle landene i Europa, med unntak av Russland, Hviterussland og Kosovo, er medlemmer av Europarådet. Russland ble ved ekstraordinært møte i Strasbourg 15. mars 2022 ekskludert som følge av krigen i Ukraina.

³¹ Jf. EMK artikkel 19.

³² Jf. EMK artikkel 46.

tolkningen av artiklene i EMK utføres av EMD. Tolkingsresultatet som EMD legger til grunn vil derfor være bindende for norske rettsanvendere.

Høyesteretts syn på metodereglene for anvendelsen av EMK er fortsatt av betydning for norsk rettsanvendelse. Dette følger av Norges dualistiske tilnærming til landets folkerettslige forpliktelser.³³ Høyesterett la imidlertid i Rt-2000-996 til grunn, og har gjentatt ved senere plenumsavgjørelser, at man ved anvendelse av reglene i EMK skal benytte samme metode som EMD.³⁴

En slik tilnærming var ikke førende da menneskerettsloven ble vedtatt. Da gjaldt det et «klarhetskrav» for å kunne påberope seg konvensjonsrettighetene. Klarhetskravet gikk ut på at rettighetene i EMK kun fikk gjennomslag i norsk rett dersom de var «tilstrekkelig klar og entydig».³⁵ Det første steget mot å fravike klarhetskravet skjedde ved mindretallsvotumet til dommer Skoghøy i Rt-1999-961.³⁶ Argumentasjonen hans førte ikke frem ved denne anledningen, men fikk fullt gjennomslag ett år senere, nettopp ved dommen inntatt i Rt-2000-996.

Ettersom EMK er grunnlagt gjennom folkerettslige avtaler er det i utgangspunktet folkeretten, herunder Wien-konvensjonen³⁷ artikkel 31-33, som ligger til grunn for EMDs rettsanvendelsesprosess. Reglene og prinsippene som kommer til uttrykk i Wien-konvensjonen anses som folkerettslig sedvanerett.³⁸

Utgangspunktet for rettsanvendelsen følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 som oppstiller en rekke elementer ved tolkningsprosessen. Her fremgår det for det første at traktater skal tolkes i god tro i samsvar med en naturlig forståelse av ordlyden. Videre kan tolkningen se hen til konteksten ordlyden fremgår i. Og til slutt kan tolkningen ta hensyn til traktatens gjenstand og formål. EMD har anlagt en tilnærming til artikkel 31 som er samlet og sammensatt, hvor de ulike elementene i utgangspunktet regnes som likeverdige.³⁹

³³ Solheim, Stig Harald i Høgberg/Sunde s. 360 med videre henvisning, Juridika.

³⁴ Se Rt-2000-996 s. 1007-1008, Rt-2002-557 s. 565, Rt-2003-359 og Rt-2005-833 avsnitt 45.

³⁵ Se Rt-1994-610 s. 616 flg.

³⁶ Se Rt-1999-961 s. 970 flg.

³⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23 mai 1969 og dom av 21. Februar 1975, *Golder mot Storbritannia*, 4451/70, avsnitt 29.

³⁸ Ruud/Ulfstein s. 94.

³⁹ Solheim i Høgberg/Sunde s. 361, Juridika.

De gjeldende samfunnsforholdene er også av betydning for tolkningen. EMD understreket i plenumsdommen fra 1978, *Tyrer mot Storbritannia*, at konvensjonen er som et «living instrument» som må tolkes i lys av dagens forhold.⁴⁰ Straffepolitikken og samfunnets syn på straffeprosessen har endret seg siden vedtakelsen av hovedteksten i EMK for 70 år siden. De straffeprosessuelle spørsmålene som prinsippet om *ne bis in idem* reiser vil derfor måtte behandles i lys av de gjeldende samfunnsforholdene. Årsaken til at konvensjonen må ses på som et levende instrument følger også dels av at en faktisk endring av konvensjonen vil være praktisk umulig siden alle 46 medlemslandene må samtykke til endringen.

Konvensjonen har på mange områder – i lys av den dynamiske tolkningsstilen til EMD – hatt en utvikling som går utover det som var rimelig å tenke seg da konvensjonen ble utarbeidet.⁴¹ Utviklingen har resultert i en ikke ubetydelig maktforskyvning fra Stortinget og over til internasjonale domstoler. Konsekvensen av maktforskyvningen oppstiller visse demokratiske problemstillinger. Rettsutviklingen av EMK har stått sentralt i fire viktige Europaråds-konferanser, hvor det blant annet har blitt forsøkt å enes om virkningen av EMDs rettsutviklende tolkning. I Brighton- og Brüssel-erklæringene er det særlig fremhevet at subsidiaritetsprinsippet skal stå sentralt og at statene skal tilkjennes en betydelig skjønnsmargin.⁴² En mer inngående redegjørelse for disse problemstillingene faller imidlertid utenfor temaet for masteravhandlingen og drøftes ikke nærmere her.

Ved tolkningen av EMK er også gjenstanden og konvensjonens formål, samt de enkelte bestemmelsene av stor betydning. Etter konvensjonens fortale er gjenstanden og formålet opplyst å være å sikre demokratiske rettsstatsprinsipper og å sørge for en felles minstebeskyttelse av menneskerettighetene i alle medlemsland. Vernet etter konvensjonen utgjør etter dette et minstevern.⁴³ Medlemslandene står fritt til selv å sørge for et større vern av menneskerettighetene.

Avslutningsvis bemerkes det at tidligere praksis fra EMD er av særlig betydning innenfor EMK-rettslig metode. I dommen *Hermann mot Tyskland* fra 2012, uttaler domstolen at de rent formelt ikke er bundet av tidligere praksis, men at det kreves gode grunner for å fravike tidligere praksis.⁴⁴ I dommens avsnitt 78 begrunnes dette med hensynet til rettslig stabilitet, forutbereg-

⁴⁰ Dom av 11. mars 1977, *Tyrer mot Storbritannia*, 5856/72, avsnitt 31.

⁴¹ Schei, Tore, Foredrag «Høyesterett inn i det 21. århundre», 13. januar 2009.

⁴² Se Brüssel-erklæringen av 27. mars 2015 s. 3 punkt 7 og Brighton-erklæringen av 20. april 2012 avsnitt 11-12.

⁴³ Se DOK. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 87.

⁴⁴ Dom av 26. juni 2012, *Hermann mot Germany*, 9300/07.

nelighet og likhet for loven. Videre vil rettskildeverdien til EMDs praksis bero på om avgjørelsen er avsagt i kammer eller storkammer.⁴⁵ Prejudikatlæren i norsk rett bygger på de samme hensynene.⁴⁶

2.3 EU-retten

2.3.1 Utgangspunkter

Den Europeiske Union (EU) er et økonomisk og politisk fellesskap mellom 27 av landene i Europa. Unionen har hatt stor påvirkning på rettssystemene til medlemslandene, og de øvrige europeiske landene er tilknyttet EU på et eller annet vis.⁴⁷ Gjennom unionssamarbeidet har EU-landene delegert lovgivningskompetanse til institusjoner i EU som skal sørge for å skape fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft på tvers av medlemslandene.⁴⁸

Et av formålene til unionen – og en forutsetning for dens effektivitet – er at det skjer en lik praktisering av regelverket i alle medlemslandene. For å sørge for en ensartet tolkning ble EU-domstolen opprettet.⁴⁹ Gjennom prejudisielle avgjørelser har domstolen som oppgave å klarlegge overfor de nasjonale domstolene hva som er riktig og uniform anvendelse av fellesskapsretten.⁵⁰

2.3.2 EU-domstolens tolkningsmetode

EU er i likhet med EMK grunnlagt gjennom folkerettslige avtaler, og utgangspunktet for traktatstolkning er dermed også den folkerettslige sedvaneretten slik denne fremgår i Wien-konvensjonen.⁵¹ EU-domstolen opptrer i stor grad i tråd med disse reglene og prinsippene ved tolkningen av EU-retten. Men domstolen har likevel en utpreget autonom tilnærming til hvilke

⁴⁵ Solheim i Høgberg/Sunde s. 372.

⁴⁶ Se Skoghøy s. 110.

⁴⁷ EFTA-landene Norge, Island og Liechtenstein er for eksempel nært tilknyttet EU gjennom tilslutningen av avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

⁴⁸ Se TEU artikkel 3 nr. 2.

⁴⁹ Publication office of the European Union, «How the European Union Works», DOI:10.2775/11255.

⁵⁰ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 54-55.

⁵¹ Se punkt 2.2.

tolkningsregler som gjelder for EU-retten, uten å henvise til den folkerettslige sedvaneretten om traktatolkning.⁵²

Rettsaktene som stammer fra EU og som utgjør majoriteten av rettskildematerialet til EU-domstolen, skiller man vanligvis mellom det som kalles primær- og sekundærretten. Primærretten er *lex superior* overfor sekundærretten og består av den grunnleggende EU-retten som omfatter traktatene og alminnelige rettsprinsipper av samme rang. Sekundærretten på den annen side består av forordninger, direktiver og beslutninger som er vedtatt av EUs institusjoner i tråd med den kompetansen som er tildelt dem etter traktatene.

Andre internasjonale forpliktende avtaler som EU har sluttet seg til gjennom traktatene regnes også som intern EU-rett. Eksempelvis ble Schengen-avtalen – og forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i CISA artikkel 54 – en del av EU-retten ved ikrafttreddelsen av Amsterdam-traktaten 1. mai 1999.⁵³ De folkerettslige avtalene som EU er part i kommer i en mellomstilling mellom primær- og sekundærretten.⁵⁴ Resultatet av dette rettskildehierarkiet er at Schengen-avtalens reguleringer regnes som EU-rett, men at dens reguleringer vil måtte vike hvor de står i motstrid med EU-traktaten eller annen primærrett.

Ved spørsmål knyttet til EUs folkerettslige forpliktelser har EU-domstolen gitt uttrykk for et presumsjonsprinsipp. Prinsippet går ut på at sekundærretten skal, så langt det er mulig, fortolkes i samsvar med EUs folkerettslige prinsipper.⁵⁵ Haukeland og Mathisen uttaler imidlertid at domstolen selv ikke anser seg særlig bundet av et slikt presumsjonsprinsipp, og at domstolen gjennom en EU-tilpasset forståelse heller tolker de folkerettslige prinsippene til å være i tråd med sekundærretten.⁵⁶

Den EU-tilpassede forståelsen av de folkerettslige forpliktelsene har nær sammenheng med prinsippet om domstolens formålsoverordnede tolkningsstil. TEU artikkel 2 og 3 viser at det overordnede formålet med EU er å fremme integrasjon mellom medlemsstatene. Dette har vært

⁵² Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund i Høgberg/Sunde s. 390, Juridika.

⁵³ Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Amsterdam, 2. October 1997 (Amsterdam-traktaten).

⁵⁴ Fredriksen og Mathisen i Høgberg/Sunde s. 407, Juridika.

⁵⁵ Dom av 18. mars 2014, *Ms Z.*, C-363/12, EU:C:2014:159 (*Ms. Z.*), avsnitt 72.

⁵⁶ Fredriksen og Mathisen i Høgberg/Sunde s. 407-408, Juridika.

sentralt siden unionsoppstarten og kommer også til uttrykk i EU-domstolens uttalelse i en dom fra 2014.⁵⁷

«(...) –The implementation of the process of integration (...) is the *raison d'être* of the EU itself.»

Fortalen og uttalelsen viser at et av de grunnleggende formålene til unionen er å sikre et tett samarbeid mellom hele Europa, med europeisk integrasjon som selve *raison d'être* (hovedformålet) med EU. Ved tolkningen av EU-retten er det dermed en viktig tolkningsfaktor at tolkningsresultatet ivaretar og sørger for integrasjon og harmoniserte regler i hele EU. Disse formålene har vist seg å ha en direkte betydning for tolkningen av CISA artikkel 54 i en rekke avgjørelser.⁵⁸

Allerede her påpekes det at EU-domstolens formålsrettede tolkning dermed skiller seg fra EMDs formålsrettede tolkning. Sistnevnte domstol har, som nevnt, et formål om å sikre et minstevern av menneskerettighetene. Hvordan dette har påvirket praktiseringen av *ne bis in idem*-reglene i CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 vil bli nærmere belyst i den kommende gjennomgangen av rettskildematerialet.

Et annet metodisk særtrekk ved EU-domstolens tolkningsmetode er at den praktiserer en språklig likeverdighet mellom de 24 offisielle EU-språkene. Alle språkversjoner av en traktat og oversatte avgjørelser er likestilte.⁵⁹ Når de ulike språkversjonene trekker i forskjellige retninger, må tolkningen skje i lys av bestemmelsens kontekst og formål.⁶⁰ Rent formelt er imidlertid den autentiske avgjørelsen den versjonen av dommen som er skrevet på det samme språket som saken ble behandlet på. Eksempelvis vil den franskydende dommen være den autentiske, dersom saken er behandlet på fransk. I avhandlingen vil jeg ta utgangspunkt i den engelske språkversjonen av CISA og de engelske oversettelsene av EU-domstolens avgjørelser.

⁵⁷ Dom av 18. desember 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, C-2/13, EU:C:2014:2454 (*Adhésion de l'Union à la CEDH*), avsnitt 172.

⁵⁸ Se f.eks. *Gözütok og Brügger*, avsnitt 36 og dom av 10. mars 2005, *Filomeno Mario Miraglia*, C-469/03, EU:C:2005:156 (*Miraglia*), avsnitt 34.

⁵⁹ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 55-56.

⁶⁰ Fredriksen og Mathisen i Høgberg/Sunde s. 404, Juridika.

Øvrige språkversjoner vil likevel bli benyttet dersom de bidrar til å kaste lys over de aktuelle problemstillingene.

2.3.3 EU-domstolens prejudisielle avgjørelser ved forelagte spørsmål

De forskjellige sakene EU-domstolen har til behandling følger av TEUV artikkel 258 flg. Avgjørelsene som er relevante for avhandlingen er de såkalte prejudisielle avgjørelsene som reguleres av TEUV artikkel 267. Disse avgjørelsene oppstår når en nasjonal domstol er i tvil om hvordan en EU-rettslig problemstilling skal løses. Enhver nasjonal domstol i et EU-land kan da forelegge problemstillingen for EU-domstolen, jf. TEUV artikkel 267 andre ledd. Etter artikkelens tredje ledd er nasjonalstatene ved uavklarte EU-rettslige spørsmål pliktig til å forelegge problemstillingen for domstolen.⁶¹ De prejudisielle avgjørelsene blir sett på som EU-rettsens viktigste virkemiddel for å sørge for desentralisert håndhevelse gjennom nasjonale domstoler, uten å svekke målsetningen om ensartet fortolkning og en lik anvendelse av EU-retten hos alle medlemsstatene.⁶²

Vurderingen om hvorvidt en problemstilling skal forelegges EU-domstolen foretar den nasjonale domstolen selv. Sakens parter kan ikke fremtvinge en behandling i EU-domstolen. Partene har likevel rett til å inngi innlegg under domstolens saksbehandling av det forelagte spørsmålet. En slik rett innehar også de øvrige medlemsstatene i EU, samt institusjonene i EU, ESA og EFTA-landene.⁶³ Utover dette legger den foreleggende domstolen opp vurderingstemaet for saksbehandlingen hos EU-domstolen gjennom formuleringen av problemstilling og redegjørelsen for faktum og de nasjonale reglene.⁶⁴ Siden EU-domstolen i stor grad forholder seg til de opptrukne rammene, uten å trekke inn annen EU-rett, må en prejudisiell avgjørelse alltid leses med henblikk på spørsmålet som er forelagt dem.⁶⁵

Sluttproduktet etter EU-domstolens saksbehandling av det forelagte spørsmålet er en dom. Den nasjonale domstolen er bundet av EU-domstolens tolkning av EU-retten ved den videre behandlingen av hovedsaken. Tolkningen av nasjonalretten, bevisvurderingen og subsumsjonen

⁶¹ Foreleggelsesplikten kan unntas etter *acte clair*-doktrinen, hvor det ikke foreligger rimelig tvil om avgjørelsen på problemstillingen, se Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* s. 260 med videre henvisning.

⁶² Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* s. 260.

⁶³ EU-domstolens vedtekter artikkel 23.

⁶⁴ Broberg/Fenger s. 403.

⁶⁵ Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* s. 262.

skal som utgangspunkt ikke foretas i den prejudisielle avgjørelsen. Denne delen av domstolsbehandlingen har den nasjonale domstolen ansvaret for. Hvor mye konkret rettsanvendelse og subsumsjon som gjenstår for den nasjonale domstolen etter den prejudisielle avgjørelsen varierer imidlertid.⁶⁶

Grensen mellom tolkning og subsumsjon er ikke alltid lett å trekke. Hva som faktisk gjenstår av rettsanvendelsesprosessen beror på hvor konkret EU-domstolen går til verks i den enkelte sak. I enkelte saker knyttes drøftelsen til EU-domstolen så nært opp mot det konkrete saksforholdet at utfallet av den nasjonale saken vil være klar allerede ved domsavsigelsen til EU-domstolen. I andre saker er domstolen noe mer tilbakeholden ved å begrense seg til kun å fremheve det overordnede vurderingstemaet. I disse sakene vil dermed det endelige utfallet i saken bero på subsumsjonen til den nasjonale domstolen.

2.3.4 Uttalelser fra EUs generaladvokater

TEUV artikkel 252 regulerer ordningen med EUs generaladvokater. De elleve generaladvokaterne er ikke-dømmende åremåls ansatte i EU-domstolen, og skal etter andre ledd i artikkelen være fullstendig upartiske. Parallelt med behandlingen av saken for EU-domstolen utfører en generaladvokat en egen undersøkelse av saken, og forfatter forut for domsavsigelsen en uttalelse med innstilling til resultat på saken som er til behandling. Innstillingen følges ofte, men slett ikke alltid.⁶⁷

Generaladvokatens begrunnelse består ofte av at saken settes i en større sammenheng hvor forslaget består av en gjennomgang og vurdering av et større rettskildebilde enn det som fremgår av EU-domstolens premisser.⁶⁸ Generaladvokatens vurdering vil i stor grad, i motsetning til den endelige domsavgjørelsen, direkte imøtegå de konkrete anførselene som de involverte partene, ulike land eller institusjoner i EU har gitt uttrykk for ved skriftlige innlegg. Uttalelsen blir offentlig fra den er avgitt, og den publiseres sammen med avgjørelsen.

⁶⁶ Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* s. 263.

⁶⁷ Sejersted, m.fl. s. 135.

⁶⁸ Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* s. 322-323.

Når domstolen følger generaladvokatens innstilling til avgjørelse i saken, vil forslaget kunne utgjøre en viktig kilde til å forstå tolkningsresultatet som domstolen har lagt til grunn.⁶⁹ Rettskildevekten beror imidlertid på en konkret vurdering, hvor innstillingen holdes opp mot den etterfølgende dommen. Dersom dommen klart følger generaladvokatens forslag og tilnærming til de rettslige spørsmålene, vil argumentene være av særlig betydning. Om domsresultatet går i motsatt retning av innstillingen, må man i hvert fall være tilbakeholden med vektingen av argumentenes rettskildeverdi. Henrik Bull uttaler det treffende når han sier at man i slike tilfeller i hvert fall da vet hvilke argumenter og standpunkter som *ikke* har vunnet gehør i domstolen.⁷⁰

2.3.5 Betydningen av EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 50 ved tolkningen av CISA artikkel 54

Innenfor EU-retten oppstilles det også et forbud mot gjentatt straffeforfølgning i EUs charter om grunnleggende rettigheter (charteret) artikkel 50. EU-charteret ble opprinnelig sett på som en politisk erklæring, men charterets reguleringer ble rettslig bindende for medlemsstatene i 2009 da Lisboa-traktaten trådte i kraft.⁷¹ EU-charteret samler de viktigste menneskerettighetene og forplikter EUs medlemsstater til å sikre et minimumsvern for borgernes rettigheter når medlemsstatene anvender annen EU-rett. Ettersom Schengen-avtalen er en del av EU-retten, vil en anvendelse av CISA artikkel 54 som utgangspunkt være nødt til å ikke stå i motstrid med EU-charterets bestemmelser, herunder artikkel 50.

Vernet mot gjentatt straffeforfølgning som følger av EU-charteret artikkel 50 gjelder både nasjonalt innad i det enkelte medlemslandet og – i likhet med CISA artikkel 54 – transnasjonalt. Charterets reguleringer vil til forskjell, kun komme til anvendelse når EUs medlemsstater gjennomfører EU-retten. Reguleringen etter EU-charterets artikkel 50 gjelder dermed kun når straffeforfølgning skjer med hjemmel i annen EU-rett. CISA artikkel 54 vil på den annen side, komme til anvendelse ved enhver straffeforfølgning.

⁶⁹ Sejersted, m.fl. s. 135.

⁷⁰ Bull s. 76.

⁷¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13. December 2007 (Lisboa-traktaten).

Ordlyden i EU-charteret artikkel 50 skiller seg fra CISA artikkel 54. I tillegg utgjør det en forskjell at charteret inngår i EUs primærrett. Dette følger av TEU artikkel 6 som sier at charteret skal ha «(...) the same legal value as the Treaties». Norge er imidlertid ikke medlem av EU, og har dermed som utgangspunkt ingen forpliktelser etter charteret. Det er derfor nødvendig å knytte noen merknader til forholdet mellom reguleringene i CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50.

I juridisk teori har det vært diskutert hvorvidt forskjellen i ordlyd medfører at CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50 står i motstrid til hverandre.⁷² Ordlyden til EU-charteret artikkel 50 lyder som følgende:

«No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.»

Etter bestemmelsen er det avgjørende for sperrevirkning mot en ny straffeforfølgning, at den straffeforfulgte har blitt «finally acquitted or convicted». CISA artikkel 54 nevner på den annen side ikke frifinnelse uttrykkelig, og har i tillegg oppstilt et fullbyrdelsesvilkår for sperrevirkningen. Med fullbyrdelsesvilkåret vises det til at ordlyden først åpner for sperrevirkning når den ilagte straffen har blitt pålagt, fullbyrdet, er i ferd med å fullbyrdes eller at straffen er hindret fra fullbyrdelse etter nasjonal lovgivning. Ordlyden til CISA artikkel 54 gir altså tilsynelatende en mer begrenset rettighet enn det som fremgår av EU-charteret artikkel 50.

At CISA artikkel 54 også skal omfatte frifinnelse understrekes av EU-domstolen i *Van Straaten*-saken.⁷³ Domstolen viser til at det er nødvendig at frifinnende avgjørelser også omfattes av bestemmelsen for å sikre at hensynene bak bestemmelsen skal kunne innfris.⁷⁴ Generaladvokaten gikk i sitt forslag til avgjørelse enda lengre, ved å peke på at både ordlyden og tidligere rettspraksis taler for at frifinnende avgjørelser skal gi sperrevirkning mot ny forfølgning.⁷⁵

⁷² Se Van Bockel s. 30 og Losy s. 184-185.

⁷³ Se dom av 28. september 2006, *Van Straaten*, C-150/05, EU:C:2006:614 (*Van Straaten*), avsnitt 57-60.

⁷⁴ Se kapittel 3 for en nærmere redegjørelse for hensynene bak CISA artikkel 54.

⁷⁵ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsatt 8. juni 2006, C-150/05 (*GA Van Straaten*), avsnitt 51-55.

Fullbyrdelsesvilkåret i CISA artikkel 54 innebærer imidlertid en større uoverensstemmelse med EU-charterets artikkel 50. Siden charteret er *lex superior* må diskrepansen mellom bestemmelsene løses med utgangspunkt i charteret.

Charterets artikkel 52 presiserer det nærmere omfanget av rettighetsbestemmelsene i charteret og regulerer de tilfeller hvor EU-retten ellers er i motstrid med charteret. Etter artikkel 52 nr. 1 åpnes det for at rettighetsvernet i charterets artikler kan innsnevres, herunder prinsippet om *ne bis in idem* slik det er nedfelt i artikkel 50. Avgjørende for å tillate begrensningen av rettigheten er at den har lovhjemmel, og at den «respect the essence of those rights and freedoms» som blir utsatte for begrensningen. Videre kreves det at begrensningen av rettigheten er proporsjonal i forhold til formålet som søkes vernet i den enkelte charter-bestemmelsen, og at begrensningen ellers er proporsjonal i forhold til det generelle behovet innad i EU om å sikre menneskerettighetene.

EU-domstolen behandlet i dommen *Spasic* fra mai 2014 spørsmålet om fullbyrdelsesvilkåret i CISA artikkel 54 var kompatibelt med charteret artikkel 50.⁷⁶ Dommen illustrerer at utgangspunktet i EU-retten er at CISA artikkel 54 skal sikre det samme rettighetsvernet som følger av EU-charteret artikkel 50. Dommen viser imidlertid også at det er anledning til at CISA artikkel 54 gir et snevrere rettighetsvern enn det som følger av charteret. Et slikt snevrere rettighetsvern kan tillates dersom vilkårene i EU-charteret artikkel 52 nr. 1 er oppfylt. Domstolen konkluderte etter en gjennomgang av artikkel 52 nr. 1 med at fullbyrdelsesbetingelsen i CISA artikkel 54 er en begrensning i samsvar med charterets artikkel 50, siden essensen i *ne bis in idem*-prinsippet respekteres og fullbyrdelsesbetingelsen ellers er proporsjonal.⁷⁷

Spørsmålet om forholdet mellom CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50 ble ytterligere belyst av EU-domstolen i saken *M.* i juni 2014.⁷⁸ I dommen foretar domstolen først en gjennomgang av ordlyden i CISA artikkel 54 og relevante avgjørelser knyttet til bestemmelsen. Domstolen trekker deretter inn charterets artikkel 50 som et relevant tolkningsmoment med følgende uttalelse:⁷⁹

⁷⁶ Se dom av 27. mai 2014, *Spasic*, C-129/14, EU:C:2014:586 (*Spasic*), avsnitt 50-74.

⁷⁷ Avsnitt 59 og 72.

⁷⁸ Dom av 5. juni 2014, *M.*, C-398/12, EU:C:2014:1057 (*M.*).

⁷⁹ Avsnitt 35.

«Furthermore, it should be noted that, since the right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence is also set out in article 50 of the Charter, Article 54 of the CISA must be interpreted in the light of that provision.»

M. og *Spasic* illustrerer at EU-domstolen søker å benytte et uniformt *ne bis in idem*-prinsipp innad i EU-retten.⁸⁰ Som utgangspunkt vil derfor innholdet til reglene i CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50 være sammenfallende. Eventuelle forskjeller som kan problematiseres etter ordlyden i CISA artikkel 54 må vurderes i lys av charteret artikkel 52 nr. 1.

Med unntak av avgjørelsene i *M.* og *Spasic* har det ikke kommet på spissen for EU-domstolen hvorvidt CISA artikkel 54 ikke overholder minimumsvernet. En tilnærming til CISA artikkel 54 hvor den må ses i lys av charteret, er i tråd med EUs formål om rettsenhet. En tolkning hvor innholdet i CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50 tolkes hver for seg vil fremstå som inkonsekvent.⁸¹

For Norges vedkommende medfører en slik tilnærming et grunnleggende demokratisk problem. Siden Norge ikke er tilsluttet EU utgjør ikke charteret en del av den EU-retten som Norge er bundet av. Som avgjørelsene ovenfor gir uttrykk for, skal charteret ha stor innflytelse for hvordan innholdet i CISA artikkel 54 skal forstås. Gjennom å praktisere løsningen som EU-domstolen skisserer, vil Norge i praksis se hen til rettsakter fra EU som ikke har demokratisk legitimitet. Hvorvidt det er anledning til å gi slike EU-rettskilder indirekte rettslig virkning i Norge er i stor grad et uavklart spørsmål.

Ved inngåelsen av internasjonale avtaler som inkorporerer EU-rett har Norge forpliktet seg til å se hen til rettspraksis fra EFTA-domstolen og EU-domstolen når det rettslige spørsmålet omhandler inkorporerte EU-rettskilder. Oppstår det en rettslig tvist om en inkorporert EU-rettsakt, vil avgjørelser som omhandler denne rettsakten fra EFTA-domstolen og EU-domstolen utgjøre en tungtveiende rettskilde.⁸² For å fravike prejudikater fra disse domstolene kreves det gode og

⁸⁰ Se også dom av 16. november 2014, *Mantello*, C-261/09, EU:C:2010:683 (*Mantello*), avsnitt 40 hvor domstolens uttaler at i lys av det felles formålet til CISA artikkel 54 og 2002/584/JHA: Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States (FD EAW) artikkel 3 (2) vil en tolkning av *ne bis in idem*-prinsippet etter CISA være like betydningsfull for forståelsen av prinsippet i FD EAW.

⁸¹ Se i denne retning Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 37.

⁸² Se f.eks. Rt-2000-1811 og Rt-2005-1365.

tungtveiende grunner.⁸³ Dette følger av plikten til EU/EØS-konform tolkning, slik at et EU-rettslig spørsmål får den samme løsningen i Norge som det ville ha fått ellers i EU.

Forpliktelsen om å vektlegge disse domstolenes avgjørelser strekker seg imidlertid kun til de enkelte rettsaktene som er inkorporert i norsk rett. Siden EU-charteret ikke utgjør en inkorporert EU-rettsakt i Norge, vil en vekting av EU-domstolens rettspraksis om charteret artikkel 50 oppstille et spenningsforhold mellom den norske domstolens plikt til EU/EØS-konform tolkning av inkorporert EU-rett og norsk suverenitet til å bestemme hvilke EU-rettskilder som skal gjelde i norsk rett. Jeg kan ikke se at spørsmålet om adgangen til å vekte ikke-inkorporerte EU-rettskilder ved tolkningen av ellers inkorporert EU-rett har vært til behandling i Høyesterett.

Et tilgrensende tema berøres i Høyesteretts betenkning av 26. mars 2021.⁸⁴ Her illustreres betenkelighetene ved å gi EU-organer adgang til å fastsette hva som skal utgjøre gjeldende rett i Norge. Spørsmålet som Stortinget stilte i medhold av Grunnloven § 83 var om Norge med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd kunne samtykke til deltakelse i to beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34/EU om et felles europeisk jernbaneområde og rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke. Motstanderne av den fjerde jernbanepakken tok til orde for at det krevdes tre fjerdedels flertalls samtykke etter regelen i Grunnloven § 115 for tilslutningen, idet den innebar en myndighetsoverføring direkte til EUs jernbanebyrå (ERA), som er et EU-organ. Høyesteretts konklusjon var imidlertid at Stortinget kunne samtykke til deltakelsene med hjemmel i Grunnloven § 26 annet ledd. Avgjørende var at myndighetsoverføringen var å anse som lite inngripende, og at Stortingets alminnelige flertall dermed var tilstrekkelig.⁸⁵

For spørsmålet om Norges adgang til å tolke CISA artikkel 54 i lys av charteret artikkel 50 må løsningen utledes av charterets artikkel 52 nr. 3 og artikkel 53. Her følger det at de rettigheter som sikres gjennom charteret og som reflekterer rettighetsvernet som følger av EMK, er ment å sammenfalle. Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning som fremgår av charterets artikkel 50 er inspirert av den tilsvarende bestemmelsen inntatt i EMK TP 7 artikkel 4. Av forarbeidene til charteret artikkel 50 fremgår det uttrykkelig at artikkelen skal gi minst et tilsvarende vern mot

⁸³ Se HR-2016-2554-P, avsnitt 77.

⁸⁴ HR-2021-655-P.

⁸⁵ For en nærmere redegjørelse av «læren om lite inngripende myndighetsutøvelse» vises det til Prop. 100 S (2015-2016) s. 57-71.

gjentatt straffefølgning som EMK TP 7 artikkel 4.⁸⁶ All den tid Norge under enhver omstendighet er forpliktet etter EMK TP 7 artikkel 4 vil betenkelighetene ved å vektlegge den tilsvarende reguleringen i charteret være begrenset.

EU-domstolen valgte en lignende løsning da de vektla EMK TP 7 artikkel 4 i *Åkerberg Fransson*-dommen.⁸⁷ Spørsmålet i denne saken var hvordan straffebegrepet i EU-charteret artikkel 50 skulle forstås.⁸⁸ Selv om flere EU-medlemsstater hadde unnlatt å ratifisere tilleggsprotokoll 7 i EMK, valgte domstolen likevel å tolke EU-charteret artikkel 50 i lys av EMK TP 7 artikkel 4.

For den videre fremstillingen vil derfor EU domstolens prejudisielle avgjørelser om EU-charteret artikkel 50 også benyttes for å klargjøre innholdet i CISA artikkel 54.

⁸⁶ Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Brussels 11 October 2000, s. 45. Se også Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 36-37 med vindere henvisninger.

⁸⁷ Dom av 26. februar 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*).

⁸⁸ Se punkt 4.2 for en nærmere gjennomgang av dommen.

3 Hensyn bak forbudet mot gjentatt straffeforfølging etter CISA artikkel 54

Hensynene som ligger til grunn for CISA artikkel 54 følger de samme tradisjonelle hensynene som grunngir det generelle prinsippet om *ne bis in idem* slik dette nedfelles i ulike regelsett. At bestemmelsen har et grenseoverskridende element innebærer at visse ytterligere hensyn også ivaretas. I dette kapittelet skal jeg kort redegjøre for de sentrale hensynene bak CISA artikkel 54.

Belastningshensynet er et av de grunnleggende hensynene bak *ne bis in idem*-prinsippet og CISA artikkel 54. Å bli utsatt for en straffeforfølging utgjør en belastning overfor den straffeforfølgte. Forbudet mot gjentatt straffeforfølging søker å hindre at den enkelte skal utsettes for den belastningen som en ytterligere straffeforfølging om det samme forholdet vil utgjøre.

Hensynet til den enkeltes forutberegnelighet gjør seg også gjeldende etter CISA artikkel 54. Den som allerede har vært utsatt for en straffeforfølging hvor det har blitt truffet en endelig avgjørelse, vil som følge av prinsippet ha mulighet til å innrette seg etter denne avgjørelsen. Motsetningsvis, dersom man ikke kan stole på at avgjørelsen endelig avgjør et forhold, vil rettsstillingen til den berørte være uklar og uforutsigbar.

Videre er hensynet til en effektiv etterforskning og fullstendig prosedyre og hensyn til tillit til strafferettspleien viktige hensyn ved *ne bis in idem*-prinsippet.⁸⁹ Siden prinsippet stenger for en ny straffeforfølging, er de straffeforfølgende myndighetene avhengige av å utføre en grundig og kvalitativ etterforskning, slik at det oppstår et materielt riktig resultat. Så snart avgjørelsen er endelig, vil de straffeforfølgende myndighetene være avskåret fra å føre andre bevis mot den berørte.⁹⁰ Dette hensynet må imidlertid veies opp mot hensynet til en effektiv strafferettspleie, som begrenser de straffeforfølgende myndighetene i hvor grundig kvalitativt de faktisk kan gå til verks.

⁸⁹ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølging* s. 137.

⁹⁰ Se imidlertid punkt 6.3 om adgangen til gjenåpning.

Som påvist i kapittel 2 er et av de sentrale hensynene innen EU-retten formålet om europeisk integrasjon. Dette hensynet er også fremtredende ved tolkningen av CISA artikkel 54.⁹¹ Prinsippet om gjensidig anerkjennelse mellom medlemsstatene ved tolkningen av CISA artikkel 54 har også blitt presisert av EU-domstolen å være et sentralt hensyn ved flere anledninger.⁹² En grunnleggende forutsetning for effekten til forbudet mot gjentatt straffeforfølgning, er nettopp at medlemsstatene har gjensidig tillit til at de utenlandske straffeforfølgningene og deres avgjørelser er grundige og rettferdige. Hensynet til gjensidig tillit til andre medlemsstater gjelder også ved de tilfeller hvor en annen stats materielle rett resulterer i et annet sluttresultat.⁹³

Et annet viktig hensyn som følger av CISA artikkel 54, er muligheten til å etterleve prinsippet om fri bevegelighet innen EU. Dersom den enkelte som allerede har vært utsatt for en straffeforfølgning må frykte for å kunne bli utsatt for en ny straffeforfølgning om det samme forholdet når han beveger seg mellom ulike medlemsland, vil adgangen til fri bevegelighet være lite virkningsfull.⁹⁴ Muligheten for borgerne til å fritt bevege seg mellom medlemsstatene, uten å måtte frykte å bli utsatt for en gjentatt straffeforfølgning, utgjør et sentralt tolkningsprinsipp ved tolkningen av CISA artikkel 54.

Hensynet til en forholdsmessig straff utgjør derimot *ikke* et av hensynene som ligger bak *ne bis in idem*-prinsippet i CISA artikkel 54. Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer uttrykker i *Van Straaten*-saken at *ne bis in idem* prinsippet ikke må forveksles med hensynet til en forholdsmessig straff, hvor han understreker at:⁹⁵

«(...) Article 54 of the CISA is not a procedural guideline which works as a palliative, in the interests of that proportionality, when a person is prosecuted and punished more than once for identical acts, but a fundamental safeguard, which prevents a second judgment on the same matter (*Erledigungsprinzip* or ‘exhaustion of procedure principle’).»

⁹¹ Se nærmere under punkt 7.2.6.

⁹² Se f.eks. dom av 9. mars 2006, Leopold Henri *Van Esbroeck*, C-436/04, EU:C:2006:165 (*Van Esbroeck*), avsnitt 30, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsatt 19. september 2002, forente saker C-187/01 og C-385/01 (*GA Gözütok og Brügger*).

⁹³ *GA Van Straaten* avsnitt 62.

⁹⁴ Avsnitt 23-26.

⁹⁵ Avsnitt 58.

Generaladvokatens uttalelse er ikke gjengitt i den endelige avgjørelsen, men premissene til den endelige avgjørelsen viser at generaladvokatens argumentasjon var representativ for domstolens vurdering av de hensyn som begrunner CISA artikkel 54.⁹⁶

⁹⁶ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 134.

4 Hvilke avgjørelser har sperrende kvalitet?

4.1 Innledning

CISA artikkel 54 kommer først til anvendelse når det finnes en endelig dom av strafferettslig karakter. Den engelske språkversjonen til CISA henviser kun til at sperrevirkningen mot en ny straffeforfølgning oppstår etter en «penalty». Ordlyden gir ikke klart uttrykk for et krav om at dommen må være av strafferettslig karakter. De øvrige språkversjonene er derimot klare på dette punktet. Eksempelvis lyder ordlyden i den danske språkversjonen at den enkelte ikke kan straffeforfølges på nytt når den allerede har fått en «endelig dom (...) for de samme straffbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fullbyrdet eller ikke længre kan kræves fullbyrdet (...)».

De avgjørelser som har sperrende kvalitet må altså være avgjørelser om «straff». ⁹⁷ Har den straffeforfølgte ikke tidligere fått en straffeavgjørelse mot seg, kommer ikke prinsippet til anvendelse.

Innledningsvis bemerkes det at spørsmålet om en avgjørelse er å regne som straff sjelden kommer på spissen etter CISA artikkel 54. Spørsmålet aktualiseres i all hovedsak ved forvaltningsavgjørelser, hvor den enkelte blir ilagt en administrativ sanksjon av særlig inngripende karakter. I slike tilfeller er det normalt ikke aktuelt med en straffeforfølgning i et annet land

Problemstillingen om en forvaltningsavgjørelse er å regne som en avgjørelse om straff oppstår som en følge av at de ulike medlemslandene ikke har en harmonisert lovgivning. Medlemslandene har dermed selv adgang til å normere om en sanksjon er av straffbar karakter eller ikke. Rettskildebildet i Europa viser imidlertid at forvaltningsavgjørelsene til de ulike landene retter seg i stor grad mot innenlandske forhold. Når slike avgjørelser ikke har tilknytning til flere land, kommer man ikke innenfor anvendelsesområdet til CISA artikkel 54, som er å ivareta de grenseoverskridende tilfellene med flere involverte land. Spørsmålet om hvilke avgjørelser som regnes som straff etter CISA artikkel 54 har derfor ikke blitt aktualisert for EU-domstolen.

Som følge av at EU-charteret artikkel 50 også omfatter innenlandske forhold, har EU-domstolen gitt klare retningslinjer for hvordan man skal kartlegge om noe er å regne som straff etter denne bestemmelsen. Avgjørelsene om EU-charteret artikkel 50 vil dermed bidra til å

⁹⁷ Se også *Spasic*, avsnitt 53.

klarlegge straffebegrepet etter CISA artikkel 54. Den transnasjonale dimensjonen i sistnevnte bestemmelse medfører imidlertid at visse andre hensyn også gjør seg gjeldende.

En tolkning hvor de samme retningslinjene som gjelder for EU-charteret artikkel 50, anvendes ved straffebegrepsvurderingen etter CISA artikkel 54 vil være det som er mest i samsvar med EUs overordnede formål om å etablere et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet i Schengenområdet.⁹⁸

Konsekvens- og harmonihensyn i EUs regelverk taler også for en løsning med et samlet straffebegrep i hele EU. I flere EU-rettsaker er det inntatt regelverk med innslag av *ne bis in idem*-prinsippet. Rettsteknisk og for den enkeltes forutberegnelighet vil den beste løsningen dermed være at straffebegrepet fastlegges likt i alle disse regelverkene. Det vises her til at flere generaladvokater har foreslått at domstolen bør harmonisere tilnærmingen av *ne bis in idem*-prinsippet i EU-retten.⁹⁹

I det følgende skal jeg se på hvordan straffebegrepet i EU skal fastslås og hvordan dette straffebegrepet skal anvendes etter CISA artikkel 54.

4.2 Straffebegrepet i EU

Verken ordlyden i CISA artikkel 54 eller EU-charteret artikkel 50 klargjør hvilke momenter som må foreligge for at en avgjørelse skal kategoriseres for å være av straffbar karakter. Hva som faktisk ligger i straffebegrepet i EU-retten ble først nærmere behandlet av EU-domstolen i 2012.¹⁰⁰ Spørsmålet var om en sanksjon gitt i medhold av en jordbruksforordning som resulterte i at en polsk jordbruker ble nektet utbetaling av tilskudd, var å anse som straff eller ikke.¹⁰¹ Den polske domstolen som henviste spørsmålet til EU-domstolen, ba EU-domstolen på generelt grunnlag klargjøre den juridiske karakteren av sanksjonen som kunne ilegges etter jordbruksforordningen.¹⁰² Siden spørsmålet var begrenset til kun den juridiske karakteren av sanksjonen

⁹⁸ Rui, *Ne bis in idem* s. 369.

⁹⁹ Se forslag til avgjørelse fra generaladvokat Campos Sánchez-Bordona, fremsatt 12. september 2017, sak C-524/15 (*GA Menci*), avsnitt 27 og forslag til avgjørelse fra generaladvokat Juliane Kokott, fremsatt 15. desember 2011, sak C-489/10 (*GA Bonda*), avsnitt 33 med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Dom av 5. juni 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319 (*Bonda*).

¹⁰¹ Commission Regulation (EC) No 1973/2004 of 29 October 2004, article 138.

¹⁰² *Bonda*, avsnitt 25.

og ikke adgangen til gjentatt forfølgning, begrenset EU-domstolen saken til dette spørsmålet.

¹⁰³ Saken ble derfor ikke behandlet etter CISA artikkel 54 eller EU-charteret artikkel 50.

Som jeg kommer tilbake til har *Bonda*-avgjørelsen, uavhengig av hvilken bestemmelse saken ble behandlet etter, fungert som inspirasjon til de senere EU-avgjørelsene om straffebegrepet, slik dette fremkommer i EU-charteret artikkel 50.

Jordbruksforordningen som *Bonda* ble sanksjonert etter, har som formål å sørge for at jordbruksdriften innen EU kan utøves uten å gå på bekostning av levestandarden til de enkelte jordbrukerne. For å ivareta formålet tildeles jordbrukerne tilskudd basert på størrelsen av det dyrkede jordbruksarealet og basert på hvilke avlinger som dyrkes.

Den polske jordbrukeren *Bonda* hadde imidlertid registrert inn feilaktige opplysninger om størrelsen på marken han dyrket og om hvilke typer avlinger han dyrket. Da dette ble avdekket, fikk *Bonda* for år 2005 avslått en søknad om tilskudd for arealet han dyrket. Han fikk videre nedsatt tilskudd de neste tre årene. Tre år senere, i 2009, ble *Bonda* videre dømt i den polske førsteinstansdomstolen for tilskuddsbedrageri for den samme feilaktige opplysningsregistreringen. Ved ankebehandlingen oppstod spørsmålet om hvorvidt den avslåtte søknaden og beslutningen om nedsatt tilskudd var en avgjørelse av straffbar karakter. Dersom disse sanksjonene samlet var av straffbar karakter, ville polsk rett avskjære en ny straffeforfølgning. Den polske ankeinstansdomstolen konkluderte motsatt sammenlignet med førsteinstansdomstolen, og straffesaken ble avvist fra domstolsbehandling som følge av at sanksjonene ble regnet å være av straffbar karakter. Avvisningsbeslutningen ble deretter anket til polsk Høyesterett som forela saken for EU-domstolen for en prejudisiell avgjørelse.

EU-domstolen presiserte innledningsvis at administrative sanksjoner ikke i seg selv er av straffbar karakter. For jordbrukeren *Bonda* var det av særlig betydning at aktørene som benyttet seg av arealkompensasjonssystemet frivillig hadde valgt å benytte seg av systemet. Deltakerne hadde frivillig valgt å benytte seg av systemet, med de krav som fulgte ved en slik deltakelse. Når sanksjonen var et resultat av at disse krav ikke ble overholdt, måtte utestengelsen fra arealkompensasjonssystemet forstås å være av preventiv karakter og ikke av en straffbar karakter.

¹⁰³ Lacny, Justyna og Swarc, Monika, «Legal Nature of European Union Agricultural Penalties», eucrim, 2012, s. 140-176 på s. 170.

Etter konklusjonen viste domstolen til at vurderingen av om en avgjørelse er av straffbar karakter skal skje på samme måte som i EMD. De tre Engel-kriteriene var derfor relevante: den rettslige klassifiseringen av sanksjonen i nasjonal rett, overtredelsens art og alvorlighetsgraden i den sanksjonen som den berørte ble ilagt.¹⁰⁴

Tilnærmingen til straffebegrepet ble igjen berørt av EU-domstolen i *Åkerberg Fransson*-avgjørelsen. Straffebegrepet i EU-charteret artikkel 50 var denne gangen det sentrale tvistetemaet. Spørsmålet var om en straffeforfølgning i etterkant av en administrativ skatteileggelse var lovlig etter EU-charteret artikkel 50. Straffeforfulgte Åkerberg Fransson hadde i 2007 fått administrativ skatteileggelse for momsrelaterte uregelmessigheter og brudd på opplysningsplikter. Noen år senere ble Åkerberg Fransson tiltalt på bakgrunn av de samme momsrelaterte uregelmessighetene og brudd på opplysningsplikten. Ved tiltalen hadde den svenske påtalemyndigheten lagt ned påstand om fengselsstraff. Åkerberg Fransson anførte imidlertid at han allerede var utsatt for en straffeforfølgning som hadde sperrevirkning mot den nye straffeforfølgningen til den svenske påtalemyndigheten. EU-domstolen fikk derfor forelagt spørsmålet om den administrative skatteileggelsen var til hinder for den svenske påtalemyndighetens straffeforfølgning.

EU-domstolen uttalte at dersom skatteileggelsen var å regne som straff, ville den som utgangspunkt være til hinder for en ny straffeforfølgning. I likhet med *Bonda*-dommen ble det oppstilt tre kriterier for å vurdere om en skattesanksjon er av straffbar karakter: den rettslige klassifiseringen i nasjonal rett, overtredelsens art og alvorlighetsgraden i den sanksjonen som den berørte blir pålagt.¹⁰⁵ I motsetning til *Bonda* ble det imidlertid ikke foretatt en henvisning til EMDs praksis. At kriteriene sammenfaller med de som EMD benytter er likevel uomtvistet.¹⁰⁶ Den engelskspråklige formuleringen av kriteriene som anvendes i *Åkerberg Fransson*-avgjørelsen er så og si identisk med formuleringen EMD benytter seg av. EMD har selv også slått fast at kriteriene EU-domstolen anvender for å vurdere om en sanksjon er av straffbar karakter, samsvarer med de som EMD bruker i sin tolkningspraksis.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Bonda*, avsnitt 37. EU-domstolen henviste her direkte til EMDs avgjørelse i *Engel*-saken og *Zolotukhin*-saken.

¹⁰⁵ *Åkerberg Fransson*, avsnitt 33-35.

¹⁰⁶ Helenius s. 100 og Bernitz, Ulf, «Rättighetsstadgangs genomslag i svensk rätt – Europarättslig lagprövning och lärdomar av Åkerberg Fransson», Juridisk Tidskrift nr. 4, 2016/2017, s. 789-816 på s. 803-804.

¹⁰⁷ Se dom av 30. april 2015, *Kapetanios m.fl. mot Hellas*, 3453/12, 42941/12 og 9028/13.

EU-domstolen uttalte videre at EU-charteret artikkel 50 ikke i seg selv hindrer en medlemsstat å anvende en kombinasjon av skatt- og straffesanksjoner for den samme handlingen i forskjellige saker. Såfremt skattesanksjonen har som formål å sikre innkreving av momsinntekter og derved ivareta Unionens økonomiske interesser er slik skattesanksjonering tillatt.¹⁰⁸ Domstolen understreket at en skattesanksjonering likevel kan regnes som straff etter en vurdering i lys av de tre Engel-kriteriene. Hvorvidt den aktuelle skattesanksjoneringen som Åkerberg Fransson var ilagt skulle forstås som straff, måtte den svenske domstolen selv vurdere med bakgrunn i de opplistede kriteriene. Med henvisning til EU-domstolens avgjørelse slo Högsta domstolen fast at skattetillegget som Åkerberg Fransson var ilagt var å forstå som straff etter EU-charteret artikkel 50.¹⁰⁹

20. mars 2018 kom EU-domstolen med en trio av storkammeravgjørelser¹¹⁰ som også omhandlet finansielle sanksjoner, hvor domstolen stadfestet at de tre Engel-kriteriene skal benyttes ved fastleggelsen av straffebegrepet etter EU-charteret artikkel 50. Rekkevidden til avgjørelsene og deres innhold vil bli nærmere omtalt under punkt 5.4.3. Selv om EU-domstolens tiltredelse av EMDs autonome tolkningskriterier hittil bare har omhandlet finansielle forvaltningsvedtak, er tolkningskriteriene generelle. På bakgrunn av sakstypene EU-domstolen har hatt til behandling må spørsmålet om en avgjørelse er av straffbar karakter anses å være mest aktuelt ved de finansielle forvaltningsvedtakene. Andre administrative sanksjoner på andre rettsområder vil, med utgangspunkt i tolkningskriteriene, likevel kunne tilskrives en strafferettslig karakter.¹¹¹

4.3 Hvilket lands rett er bestemmende for klassifiseringen av straffe- begrepet i transnasjonale situasjoner?

Det første Engel-kriteriet, om det enkeltes lands rettslige klassifisering av sanksjonen, møter problemer ved en transnasjonal anvendelse av kriteriet. Kriteriet ble utarbeidet med et enkelt lands rett for øye, men ved en transnasjonal anvendelse vil det være flere ulike lands rett som gjør seg gjeldende.

¹⁰⁸ Åkerberg Fransson, avsnitt 34.

¹⁰⁹ NJA 2013 s. 502 HD, avsnitt 36-37.

¹¹⁰ Dom av 20. mars 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197 (*Menci*), dom av 20. mars 2018, *Garlsson Real Estate m.fl.*, C-537/16, EU:C:2018:193 (*Garlsson Real Estate m.fl.*) og forent dom av 20. mars 2018, *Di Puma*, C-596/16 og *Zecca*, C-597/16, EU:C:2018:192 (*Di Puma og Zecca*).

¹¹¹ Helenius s. 101 med videre henvisninger.

Utgangspunktet er at den enkelte stat har monopol på straffeutøvelsen. Tradisjonelt sett har det derfor også vært opp til det enkelte land å selv klassifisere hvilke sanksjoner som er å regne som straff. Forskjellige land vil derfor kunne ha en ulik klassifikasjon av hva som er å regne som strafferettslig. Et illustrerende eksempel er de østerrikske forvaltningsmyndigheters adgang til å sanksjonere lovbrudd med opptil seks uker fengselsstraff.¹¹² Sanksjonen er etter østerriksk rett ikke å regne som straff, mens den etter norsk rett klart ville regnes som straff.¹¹³ Ved en transnasjonal anvendelse av *ne bis in idem*-prinsippet oppstår det derfor særlige problemer ved hvordan det enkelte land selv definerer hva som regnes å være straff. Ved inngåelsen av Schengen-avtalen var det nemlig ikke nødvendig for medlemsstatene å harmonisere straffelovgivningen sin.¹¹⁴

I sakene hvor første- og andreforfølgerlandet har en sammenfallende definisjon av om en avgjørelse er av strafferettslig karakter, oppstår det ingen problemer. Problemet oppstår først når første- og andreforfølgerlandet har en ulik definisjon om hvorvidt avgjørelsen er av strafferettslig karakter eller ikke. Hvilket lands rett skal da være bestemmende for den rettslige klassifisering av sanksjonen?

Ordlyden gir ingen bestemte føringer for hvilket land som skal ha den autoritative definisjonen av straffebegrepet. Når ordlyden likevel adresserer seg til det land som vurderer å foreta en forfølgning, er det et poeng at bestemmelsen viser til at avgjørelsen som medfører sperrevirkning er den dom som den andre medlemsstaten har avsagt. Det fremstår derfor som nærliggende at det land som har avsagt dommen også bestemmer den rettslige definisjonen av dommen.¹¹⁵

Et ytterligere moment som trekker i retning av at det er førsteforfølgerlandet som bestemmer om man står overfor en avgjørelse om straff, kan utledes av fullbyrdelseskravet i bestemmelsen. For at en avgjørelse skal ha sperrende *effekt* kreves det at den er fullbyrdet, påbegynt fullbyrdet eller ikke lenger kan fullbyrdes. Ved vurderingen av fullbyrdelsesvilkåret fremgår det at denne vurderingen skal skje «under the laws of the sentencing Contracting Party». Vurderingen av

¹¹² Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 178 med videre henvisninger og Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG §§ 11 og 12.

¹¹³ Jf. straffeloven § 29 første ledd bokstav a.

¹¹⁴ *Gözütok og Brügger*, avsnitt 32.

¹¹⁵ Se i samme retning Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 176.

avgjørelsens sperrende effekt beror altså på førstefølgerlandets rett. Hensynet til sammenheng og konsekvens ved tolkningen taler derfor for at førstefølgerlandets rett også er bestemmende for avgjørelsens sperrende kvalitet.¹¹⁶

At straffebegrepet i CISA artikkel 54 skal fastlegges etter førstefølgerlandets rett har også støtte i hensynene bak bestemmelsen. Målsetningen om fri bevegelse, som ble påpekt av generaladvokaten Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i *Van Esbroeck*-saken, vil bli svekket dersom andrefølgerlandets rett er avgjørende for om førstefølgerlandets avgjørelse er av straffbar karakter.¹¹⁷ Dersom en person som har fått en domfellelse eller frifinnelse i et land,¹¹⁸ likevel risikerer å bli straffefølgt på ny som følge av det andre landets avvikende definisjon av straff, vil dette være et innhogg i bevegelsesfriheten.

Prinsippet om at medlemsstatene skal ha gjensidig tillit og anerkjennelse til hverandre ved tolkningen av CISA artikkel 54 trekker også i samme retning. Forslaget til avgjørelse fra generaladvokaten i *Götzütok og Brügge* oppsummerer nødvendigheten og tanken bak prinsippet i avsnitt 124:¹¹⁹

«(...) recognition is based on the thought that while another State may not deal with a certain matter in the same or even a similar way as one's own State, the outcome will be such that it is accepted as equivalent to a decision by one's own State because it reflects the same principles and values. Mutual trust is an essential element in the development of the European Union: trust in the adequacy of one's partners' rules and also trust that these rules are correctly applied.»

En tilnærming hvor andrefølgerlandet anvender sin egen rett ved vurderingen av om den andre medlemsstaten har truffet en avgjørelse av strafferettslig karakter, kan ikke vurderes å likestille det andre landets regler med ens egne.

¹¹⁶ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 176.

¹¹⁷ Se kapittel 3.

¹¹⁸ Se punkt 2.3.5 om at frifinnelse omfattes av CISA artikkel 54 og *Van Straaten*, avsnitt 57-60.

¹¹⁹ *GA Gözütok og Brügge*.

Oppsummert opererer CISA artikkel 54 med et autonomt straffebegrep. Hva som regnes som straff beror på tre ulike kriterier. Hvilken rettslig klassifisering sanksjonen har i førsteforfølgerlandets rett, hvilken type art overtredelsen består av og hvilken alvorlighetsgrad sanksjonen har overfor den straffeforfulgte.

5 Hvilke avgjørelser har sperrende effekt?

5.1 Innledning

I det forrige kapitlet ble det forklart at et av vilkårene for å gi en avgjørelse sperrevirkning mot ny straffeforfølgning er at den er av strafferettslig karakter. Selv om avgjørelsen er av strafferettslig karakter, er det likevel ikke en automatikk i at avgjørelsen dermed har sperrevirkning mot ny straffeforfølgning. Det kreves videre at avgjørelsen har sperrende effekt.

Ordlyden til CISA artikkel 54 gir ved henvisningen til «trial» uttrykk for at kun straffeavgjørelser avsagt i etterkant av en domstolsprosess har sperrende effekt. Den danskspråklige versjonen underbygger en forståelse av at domstolen må ha vært involvert i straffeforfølgningen, hvoretter det oppgis at det må ha blitt avsagt en «dom». Som så vidt berørt i det forrige kapitlet, har imidlertid EU-domstolens rettspraksis vist at bestemmelsen ikke bare er begrenset til domsavgjørelser om straff.

I det følgende skal jeg først se på hvilke domsavgjørelser om straff som har sperrende effekt. Som jeg redegjorde for i kapittel 4, skal CISA artikkel 54 underlegges et autonomt straffebeleg, slik at andre avgjørelser – utover domsavgjørelser – også vil aktualisere anvendelsen av bestemmelsen. Spørsmålet om hvilke avgjørelsestyper som skal tillegges sperrende effekt vil også bli besvart i dette kapitlet. Når jeg i det følgende nevner ulike typer avgjørelser forutsettes det at disse avgjørelsene oppfyller vilkåret om sperrende kvalitet.

5.2 Domsavgjørelser

Domsavgjørelser hvor skyldspørsmålet og realiteten i saken blir avgjort, vil klart nok ha sperrende effekt. Dette kan utledes direkte fra ordlyden til CISA artikkel 54. Dette gjelder både hvor den tiltalte blir funnet skyldig i det aktuelle forholdet og hvor avgjørelsen ender i at tiltalte frifinnes.¹²⁰

Ikke alle domsavgjørelser behandler skyldspørsmålet og realiteten i en sak. For at en domstol skal kunne behandle en sak kreves det at visse prosessforutsetninger er til stede. Manglende oppfyllelse av prosessforutsetninger kan resultere i at en sak blir avvist fra realitetsbehandling

¹²⁰ Se *Van Straaten*, avsnitt 57-60.

i domstolen. Slike avvisningsavgjørelser består gjerne av en annen vurdering, enn den som foretas ved en avgjørelse som realitetsbehandler saken.

Foreldelsesreglene er en slik praktisk regel i en rekke Schengen-land. Etter norsk rett vil den enkeltes straffansvar foreldes etter et bestemt antall år, som varierer ut fra den øvre strafferammen til forholdet.¹²¹ Har straffansvaret blitt foreldet, vil den enkelte ikke kunne ilegges straff. Foreldelsesreglene er i Norge et materielt spørsmål, hvor et foreldet straffansvar resulterer i en slutning hvor den tiltalte frifinnes.¹²² Andre rettssystemer i Schengen opererer derimot annerledes, og avgjørelser som konstaterer at et straffansvar er foreldet, avsluttes med en avvisning.¹²³ For eksempel er foreldelsesspørsmål etter tysk rett av ren prosessuell karakter. En sak som er strafferettslig foreldet i Tyskland vil ikke lede til frifinnelse, men avvises.¹²⁴

I *Gasparini*-dommen tok EU-domstolen stilling til problemstillingen om en avgjørelse som slo fast at et straffeforhold var foreldet, skulle ha sperrende effekt mot en ny forfølgning.¹²⁵ Selv om *Gasparini*-saken omhandlet en materielt sett frifinnende avgjørelse, har de rettslige vurderingene til EU-domstolen overføringsverdi til vurderingen om hvorvidt avgjørelser som avviser en sak kan ilegges sperrende effekt.

Saksforholdet i *Gasparini*-saken var at aksjeeierne og direktørene i et selskap bestemte seg for å innføre raffinert olivenolje fra Tunisia og Tyrkia via Portugal. Innførselen skjedde i 1993 og ble utført uten tolldeklarasjon. Etter innførselen ble oljen fraktet til Spania, under falske papirer hvor Sveits ble oppgitt å være opprinnelseslandet til oljen. Forfalskningen ble etterhvert oppdaget, og de involverte personene ble først tiltalt i Portugal for forholdet. To av de tiltalte ble imidlertid frikjent som følge av at straffansvaret var foreldet. Spania, som ikke hadde en tilsvarende foreldelseslovgivning, forsøkte deretter å tiltale de samme to personene. Ved den spanske tiltalen oppstod blant annet spørsmålet om den portugisiske avgjørelsen som frikjente personene hadde sperrevirkning mot en ny straffeforfølgning i Spania.

¹²¹ Jf. straffeloven § 86 første ledd.

¹²² Se f.eks. HR-2021-770-U.

¹²³ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 210.

¹²⁴ Se Helenius s. 133 med videre henvisning.

¹²⁵ Dom av 28. september 2006, *Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.*, C-467/04, EU:C:2006:610 (*Gasparini*).

Det var på det rene at den portugisiske avgjørelsen var av straffbar karakter og hadde sperrende kvalitet. Under drøftelsen av vilkåret i CISA artikkel 54 om at en avgjørelse var «finally disposed of», konkluderte domstolen med at den portugisiske avgjørelsen også hadde sperrende effekt. Avgjørende var at den portugisiske avgjørelsen innebar en vurdering av sakens realitet.¹²⁶ Videre presiserte domstolen at det var uten betydning, og ikke nødvendig etter Schengen-avtalen, at medlemsstatene ikke hadde harmonisert foreldelsesreglene. At også slike avgjørelser skulle vurderes å ha sperrende effekt, fulgte av den grunnleggende forutsetningen om at man skal ha tillit til rettssystemet til de øvrige medlemslandene. Domstolen uttalte i den forbindelse:¹²⁷

«It should be added that there is a necessary implication in the *ne bis in idem* principle, enshrined in Article 54 of the CISA, that the Contracting States have mutual trust in their criminal justice systems and that each of them recognises the criminal law in force in the other Contracting States even when the outcome would be different if its own national law were applied (*Van Esbroeck*, paragraph 30).»

Uttalelsen viser at førsteforfølgerlandets avgjørelse vil kunne ha sperrende effekt, uavhengig av om rettsreglene i andreforfølgerlandets ville gitt et annet resultat. Særlig innen foreldelses spørsmål innebærer dette en stor begrensning på enkelte nasjoners adgang til å straffeforfølge lovbrudd. Medlemsstatene i Schengen-avtalen har svært forskjellige foreldelsesfrister, også ved lignende lovbrudd, og enkelte rettssystemer har ikke engang foreldelse som hovedregel.¹²⁸

Ved å lese avgjørelsen i *Gaspirini*-saken i lys av generaladvokatens forslag, fremstår det som et nødvendig premiss for at foreldelsesavgjørelsen kunne anses å ha sperrende effekt, at avgjørelsen ble truffet etter en avsluttet straffesak som var fullt ut behandlet i domstolen. Premisset om en fullstendig prosedyre vil kunne ha overføringsverdi til andre lignende saker, som ikke nødvendigvis omhandler foreldelse. Generaladvokaten presiserer i uttalelsen sin at avgjørelsen

¹²⁶ Helenius s. 131-132 og Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 211.

¹²⁷ *Gaspirini*, avsnitt 30. Se også dom av 29. april 2021, X, C-665/20, EU:C:2021:339 (X), avsnitt 54 hvor domstolen gir uttrykk for det samme kravet om gjensidig tillit.

¹²⁸ Se forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 15. juni 2006, sak C-467/04 (*GA Gasparini*), avsnitt 67-69, hvor det uttales at straffesaker i de engelske, skotske og irske rettssystemene som hovedregel ikke er underlagt foreldelsesbegrensninger.

må for det første være endelig etter nasjonal lovgivning, og for det andre måtte avgjørelsen komme etter en vurdering av sakens realitet.¹²⁹

Har den nasjonale straffesaken resultert i at sakens realitet ble omfattende behandlet, må tiltalte anses å ha blitt utsatt for en straffeforfølgning som igjen gir CISA artikkel 54 anvendelse.¹³⁰ Dersom en avgjørelse avsies uten at sakens realitet er behandlet, vil avgjørelsen motsetningsvis ikke gis sperrende effekt etter CISA artikkel 54. Bestemmende for om en domsavgjørelse skal ha sperrende effekt er altså om det har skjedd en vurdering av sakens realitet.

I forslaget til Generaladvokaten og avgjørelsen til EU-domstolen skilles det ikke på om første- eller etterfølgende landets avgjørelse omtales som en avvisnings- eller en frifinnelsesavgjørelse. Det er altså uten betydning hvordan det enkelte land selv klassifiserer avgjørelsen. En slik definisjon vil likevel kunne gi en pekepinn på om det har blitt foretatt en materiell eller prosessuell vurdering. En avvisningsavgjørelse vil som oftest bestå av en prosessuell vurdering, mens en frifinnelsesavgjørelse innebærer en materiell vurdering. En prosessuell vurdering vil ofte i liten grad se hen til det konkrete saksfaktum slik at man ikke får en vurdering av sakens realitet. En materiell vurdering på den annen side vil ofte basere seg på sakens faktum, slik at det er mer nærliggende at det har blitt foretatt en realitetsbehandling.

5.3 Påtalemyndighetens avgjørelser

5.3.1 Innledning

Som vist til ovenfor, kan ordlyden til CISA artikkel 54 se ut til utelukkende å omfatte domsavgjørelser, slik at andre avgjørelser faller utenfor anvendelsesområdet til artikkelen. Påtalemyndigheten er imidlertid den myndigheten som foretar brorparten av straffeforfølgningen av den enkelte. Av ulike grunner vil sluttproduktet av påtalemyndighetens straffeforfølgning kunne resultere i at påtalemyndigheten selv fatter en avgjørelse som avslutter forfølgningen, uten at saken går innom domstolen. EU-domstolen har behandlet en rekke saker hvor de har sett på om slike avgjørelser skal ilegges sperrende effekt.

Første gang spørsmålet ble tatt opp til behandling var i *Gözütok og Brügger*-saken. Domstolsbehandlingen i EU-domstolen omhandlet to ulike forhold, men domstolen anså sakene som

¹²⁹ *GA Gasparini*, avsnitt 120.

¹³⁰ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 211.

egnet til en forent behandling. Spørsmålet var om CISA artikkel 54 også gjaldt ved utenomrettslige avgjørelser som avsluttet en straffeforfølgning.

Saksforholdet i *Gözütok* var at tysk påtalemyndighet ville tiltale tyrkeren Gözütok for salg av narkotiske stoffer. Gözütok hadde imidlertid allerede blitt straffeforfulgt for det samme forholdet i Nederland. Den nederlandske påtalemyndigheten hadde avsluttet straffeforfølgningen etter å ha gitt Gözütok en bot, som han betalte.

I *Brügge* ville en belgisk straffedomstol tiltale tyskeren Brügge for forsettlig å ha overfalt og skadet en annen. Parallelt med at den fornærmede i saken hadde fremsatt et erstatningskrav mot Brügge, hadde den skadevoldende handlingen blitt straffeforfulgt av tysk påtalemyndighet. Den tyske påtalemyndigheten hadde imidlertid avsluttet straffeforfølgningen etter at Brügge betalte en nærmere fastsatt sum i tråd med tysk straffeprosesslovgivning.¹³¹

Siden ingen domstol hadde vært involvert i straffeforfølgningsprosessene, henvendte de nasjonale domstolene i Tyskland og Belgia seg til EU-domstolen for en avklaring av om også påtalemyndighetens avgjørelser hadde sperrende effekt etter CISA artikkel 54.

EU-domstolen gjorde det klart at det var uten betydning at domstolene ikke hadde vært involvert i straffeforfølgningsprosessene.¹³² Domstolen oppstilte to sentrale momenter som avgjørende for konklusjonen. For det første var det av betydning at beslutningen om å avslutte straffeforfølgningen var fattet av et organ som naturlig spilte en rolle i strafferettspleien i det nasjonale rettssystemet. For det andre ble det vektlagt at avslutningen av straffesaken forutsatte at den straffeforfulgte ble sanksjonert gjennom at hen måtte overholde plikter som var blitt ilagt av den straffeforfølgende myndigheten.

Når de to ovennevnte momentene var tilstede, i tillegg til at videre straffeforfølgning var utelukket etter førstefølgerlandets rett, uttrykte domstolen at man dermed var innenfor anvendelsesområdet til CISA artikkel 54.¹³³ EU-domstolen konkluderte dermed med at påtalemyndighetens avgjørelser overfor både Gözütok og Brügge hadde sperrevirkning mot ny straffeforfølgning.

¹³¹ Jf. Strafprozeßordnung 12. september 1950 (StPO) § 153 a (1).

¹³² *Gözütok og Brugge*, avsnitt 31.

¹³³ Avsnitt 30.

Gözütok og Brügge-avgjørelsen illustrerer domstolens formålsorienterte tolkning. Selv om ordlyden i enkelte språkversjoner står i direkte motstrid til konklusjonen, valgte EU-domstolen å ikke gå nærmere inn på denne problematikken. Løsningen ble i stedet direkte forankret i den konkrete situasjonen og hvordan den aktualiserte hensynene bak *ne bis in idem*-prinsippet.

I saker hvor påtalemyndigheten har avsagt en avgjørelse hvor det konstateres skyld hos den straffeforfulgte, og hen blir ilagt en sanksjon, er det etter *Gözütok og Brügge*-avgjørelsen klart at slike avgjørelser skal ilegges sperrende effekt. Men hva blir resultatet, dersom påtalemyndigheten fatter en avgjørelse som avslutter straffeforfølgningen, men som ikke konstaterer straffeskyld?

Slike spørsmål har også vært tatt opp til behandling i EU-domstolen. Rettspraksis har oppstilt to vilkår som må være oppfylt for at slike avgjørelser skal ha sperrende effekt.¹³⁴ Det første vilkåret er, som nevnt, at førsteforfølgerstaten er avskåret fra å kunne innlede en ny straffeforfølgning av det samme forholdet. Det andre vilkåret er at avgjørelsen må innebære en realitetsvurdering av saken.

5.3.2 Førsteforfølgerstaten må være avskåret fra å kunne innlede en ny straffeforfølgning

Etter CISA artikkel 54 kreves det at saken skal være «finally disposed of». Ordlyden gir i seg selv uttrykk for at avgjørelsen skal være endelig i det første landet som har utført en straffeforfølgning. Avgjørelsen skal utgjøre en avslutning på saken og stenge for en ny straffeforfølgning i landet som avsa avgjørelsen. EU-domstolen har sluttet seg til en slik forståelse av ordlyden. Gjennom en rekke avgjørelser har de uttrykt at avgjørelsen anses som «finally disposed of» først når førsteforfølgerstaten er avskåret fra ny straffeforfølgning.

Vilkåret blir presisert av EU-domstolen i *M.*-saken.¹³⁵ Her var saksforholdet at den italienske borgeren M, som bodde i Belgia, ble straffeforfulgt i Belgia for å ha forgrepet seg på barnebarne sitt. Etter en omfattende etterforskning ble det fattet en avgjørelse hos den belgiske påtalemyndigheten om at saken skulle henlegges på grunnlag av at det ikke var tilstrekkelig bevisgrunnlag for å henvise saken til den alminnelige straffedomstolen i Belgia. Belgisk rett åpnet

¹³⁴ Se dom av 29. juni 2016, *Piotr Kossowski*, C-486/14, EU:C:2016:483 (*Kossowski*), avsnitt 34 og 42.

¹³⁵ Dom av 5. juni 2014, *M.*, C-389/12, EU:C:2014:1057 (*M.*).

imidlertid for at saken kunne gjenåpnes dersom det dukket opp nye bevis. Parallelt med straffeforfølgningen i Belgia, ble det innledet en straffeforfølgning i Italia for det samme forholdet. Spørsmålet for EU-domstolen var om en endelig påtaleavgjørelse som avsluttet en sak på grunnlag av bevismangel, men som tillot at saken kunne gjenåpnes ved nyervervede bevis, hadde sperrende effekt mot gjennomføringen av straffeforfølgningen i Italia.

Ved å se hen til ordlyden «finally disposed of» konkluderte domstolen i avsnitt 31-33 og 36 med at vurderingen om en avgjørelse var endelig måtte vurderes etter førstefølgerlandets rett. En teoretisk mulighet for at saken kunne gjenåpnes i dette landet, var uten betydning så lenge denne muligheten ikke var tilstede på tidspunktet for den nye straffeforfølgningen. Dersom det senere faktisk oppstår nye bevis for de straffbare handlingene, vil en annen medlemsstat likevel ikke ha anledning til å innlede en ny straffeforfølgning.¹³⁶ I lys av behovet for å kontrollere at de nye påberopte bevisene faktisk er nye, kan en gjenåpning av straffesaken kun skje i førstefølgerlandet.¹³⁷

5.3.3 Avgjørelsen må innebære en realitetsvurdering av saken

At det må foretas en realitetsvurdering av saken kan også utledes av ordlyden om at en avgjørelse må være «finally disposed of». En avgjørelse som ikke tar stilling til faktum i saken kan ikke sies å fullstendig avgjøre saksforholdet. For at en sak anses å være fullstendig avgjort, må det tas stilling til realiteten og faktum i saken. Vilkåret om at det kreves en realitetsvurdering av saken ble nærmere berørt i *Miraglia*-saken.¹³⁸

Saksforholdet var at italienske og nederlandske myndigheter hadde samarbeidet i en etterforskning mot Filomeno Mario Miraglia, hvor det var mistanke om at han organiserte smugling av heroin fra Nederland til Bologna i Italia. I starten av etterforskningen foretok begge landene en parallell straffeforfølgning av forholdet. Etter en stund ble straffeforfølgningen avsluttet fra den nederlandske siden. Avslutningen skjedde uten at det ble ilagt noen sanksjon eller fastsatt straff overfor Miraglia. Bakgrunnen for avgjørelsen om å avslutte straffeforfølgningen var at det var tatt ut tiltale for det samme forholdet i Italia. Under straffesaken i Italia ble det reist en problemstilling om den nederlandske avgjørelsen om å avslutte straffeforfølgningen hadde sperrende

¹³⁶ *M.*, avsnitt 41.

¹³⁷ Avsnitt 40.

¹³⁸ Dom av 10. mars 2005, *Filomeno Mario Miraglia*, C-469/03, EU:C:2005:156 (*Miraglia*).

effekt etter CISA artikkel 54. Kjernen i problemstillingen var at den nederlandske avgjørelsen ikke tok stilling til faktum i saken.

Problemstillingen ble henvist til EU-domstolen, som konkluderte med at slike avgjørelser ikke har sperrende effekt. Sentralt for konklusjonen var at straffeforfølgningen i Nederland ikke oppfylte vilkåret om at saken var «finally disposed of». Domstolen presiserte nærmere hva som kreves for at vilkåret skal anses å være oppfylt:¹³⁹

«Now, a judicial decision, such as that at issue in the case in the main proceedings, taken after the public prosecutor has decided not to pursue the prosecution on the sole grounds that criminal proceedings have been initiated in another Member State against the same defendant and in respect of the same acts, but where no determination has been made as to the merits of the case, cannot constitute a decision finally disposing of the case against that person within the meaning of Article 54 of the CISA.» (min understrekning)

Uttalelsen er generell og peker på at det avgjørende er at det har skjedd en vurdering og konklusjon av faktum i saken. Selv om det etter nederlandsk rett forelå en endelig rettsavgjørelse som sperret for videre forfølgning, var Italia ikke avskåret fra å straffeforfølge forholdet. En avgjørelse som anses som endelig etter et lands rettssystem ble i seg selv ikke sett på som tilstrekkelig for å tillegge avgjørelsen sperrende effekt etter CISA artikkel 54. Det kreves også at avgjørelsen tar stilling til realiteten i saken.

I *Kossowski*-saken ble realitetsvurderingen ytterligere belyst. Spørsmålet var her om tyske myndigheter var avskåret fra å straffeforfølge polakken Piotr Kossowski for grov utpressing. Utpressingshendelsene skal ha skjedd 2. oktober 2005 i Hamburg, hvoretter Kossowski rømte fra Tyskland i fornærmedes bil. Påtalemyndigheten i Hamburg innledet etter dette en straffeforfølgning mot Kossowski. Kossowski ble imidlertid stanset i en veikontroll noen uker senere i Polen av polske myndigheter som arresterte ham med sikte på å fullbyrde en fengselsstraff som han var dømt til i Polen i en annen sak. Etter arrestasjonen innledet de polske myndighetene en etterforskning av utpressingsforbrytelsen. Etterforskningen ble imidlertid henlagt, ettersom Kossowski nektet å forklare seg, samtidig som det var vanskelig for polsk påtalemyndigheten

¹³⁹ *Miraglia*, avsnitt 30.

å få gjennomført et avhør av fornærmede og et annet vitne i saken. Etter polsk straffeprosesslov var avgjørelsen om henleggelse å anse som en endelig avgjørelse.

Problemstillingen oppstod etter at Kossowski i 2014 ble pågrepet i Tyskland. Han ble da tiltalt av tysk påtalemyndighet for utpressingen i 2005. Den tyske førsteinstansdomstolen avviste saken på bakgrunn av at den polske avgjørelsen hadde sperrende effekt etter CISA artikkel 54. Saken ble anket, og ankedomstolen forela saken for EU-domstolen for en prejudisiell avgjørelse. Spørsmålet for EU-domstolen var om den polske avgjørelsen, som henla saken uten en grundig etterforskning, kunne ha sperrende effekt som blokkerte for straffeforfølgning i Tyskland.

EU-domstolen konkluderte med at avgjørelsen ikke hadde sperrende effekt. Det første vilkåret om at førsteforfølgerstaten var avskåret fra å kunne innlede en ny straffeforfølgning ble ansett oppfylt da avgjørelsen hindret ny straffeforfølgning i Polen.¹⁴⁰ Det andre vilkåret om at avgjørelsen måtte innebære en realitetsvurdering av saken ble avgjørende for domstolens konklusjon.¹⁴¹ I lys av formålet og konteksten til CISA artikkel 54 konkluderte EU-domstolen med at det ikke hadde skjedd en realitetsvurdering. Det ble påpekt at selv om det stilles krav til gjensidig tillit mellom de ulike Schengen-landene, kan den gjensidige tilliten kun fungere hensiktsmessig dersom andreforfølgerlandet kan forsikre seg om at førsteforfølgerlandets avgjørelse faktisk utgjør en endelig beslutning som foretar en realitetsvurdering av saken.

Domstolen pekte på tre vektige momenter som bestemmende for konklusjonen i *Kossowski*-saken: For det første hadde den polske straffeforfølgningen ikke foretatt en mer detaljert etterforskning av sakens faktum – påtalemyndighetens etterforskning hadde unnlatt å forsøke å skaffe og analysere bevis. For det andre var henleggelsen utelukkende basert på at siktede hadde nektet å forklare seg, samt at fornærmede og et vitne levde i Tyskland. For det tredje pekte domstolen på at under etterforskningen hadde ikke de polske myndighetene avhørt fornærmede eller vitnet, slik at det var umulig å bekrefte uttalelser som fornærmede tidligere hadde gitt til tysk påtalemyndighet.

¹⁴⁰ *Kossowski*, avsnitt 34-35.

¹⁴¹ Avsnitt 42.

Når den polske henleggelsesavgjørelsen skjedde uten en detaljert etterforskning, kunne ikke denne tillegges sperrende effekt. Dersom en slik avgjørelse fikk sperrende effekt, ville det undergrave medlemslandenes tillit til de øvrige rettssystemene. Avgjørelsen illustrerer dermed at det oppstilles visse krav til de enkelte lands vurdering av saken. Selv om avgjørelsen er fattet på bakgrunn av sakens faktum, viser den at det kreves at det enkelte land har gjort en reell og kvalitetsfylt etterforskning av saken.

Dommen følger resonnementet og konklusjonen til forslaget fra generaladvokaten, slik at forslaget får en særlig vekt.¹⁴² Generaladvokaten uttrykker seg på generelt grunnlag om forholdet mellom formålet om gjensidig tillit til medlemsstatenes rettssystem og kravet om at avgjørelsen skal innebære en realitetsvurdering av saken, hvor han uttaler:¹⁴³

«The concept of the ‘merits of the case’ might evoke the idea of a detailed critical examination of the proceedings in question. The Member State carrying out that examination would, in a sense, be ‘judging’ the proceedings of the other Member State before indicating whether or not it accepted them. This would amount to reintroducing the *exequatur*, which would be unacceptable as it would deprive the principle of mutual recognition of any meaning and would collide squarely with the very idea of an area of freedom, security and justice.

Nevertheless, compelling the judicial authorities of a Member State blindly to enforce all decisions with no right of scrutiny would surely taint mutual recognition in cases where, objectively, questions obviously arise.»

Uttalelsene viser at realitetsvurderingen ikke skal ses på som en vurdering av den enkelte stats rettssystem. Men for at formålet om gjensidig tillit til medlemsstatenes rettssystem skal kunne ivaretas, må det åpnes opp for en vurdering hvor klare objektive omstendigheter tilsier at avgjørelsen ikke har tatt stilling til realiteten i saken.

¹⁴² Se punkt. 2.3.4.

¹⁴³ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Yves Bot, fremsatt 15. desember 2015, sak C-486/14 (*GA Kossowski*), avsnitt 75-76.

EU-domstolen følger opp denne rettssetningen i storkammeravgjørelsen *Bundesrepublik Deutschland*.¹⁴⁴ Domstolen understreker her at hensynet om gjensidig tillit kun kan lykkes dersom en medlemsstat er i stand til å forsikre seg, på grunnlag av dokumentene levert fra førsteforfølgerlandet, at avgjørelsen fra førsteforfølgerlandet utgjorde en endelig avgjørelse som tok stilling til sakens realitet.

5.3.4 Oppsummering

Påtalemyndighetens avgjørelser vil i stor grad kunne ilegges sperrende effekt. Sammenligner man domsavgjørelsene som har sperrende effekt med påtalemyndighetens avgjørelser med sperrende effekt, ser man en klar likhet. Ved både domsavgjørelser og påtalemyndighetens avgjørelser kreves det at avgjørelsen er endelig i førsteforfølgerlandet, og at avgjørelsen bygger på en vurdering av sakens realitet.

5.4 Forvaltningsavgjørelser

5.4.1 Innledning

I kapittel 4 ble det vist til at avgjørende for om en avgjørelse har sperrende kvalitet, er at avgjørelsen omhandler straff. Siden straffebegrepet i CISA artikkel 54 er autonomt, vil også forvaltningsavgjørelser kunne oppfylle vilkåret om sperrende kvalitet. En naturlig konsekvens av det autonome straffebegrepet er at forvaltningsavgjørelser også som utgangspunkt vil kunne ilegges sperrende effekt.

EU-domstolen har til nå ikke behandlet spørsmål hvor det er anført at en forvaltningsavgjørelse sperrer mot en ny straffeforfølgning med hjemmel i CISA artikkel 54. Bakgrunnen for dette må, som nevnt, begrunnes i at forvaltningsavgjørelser i all hovedsak vil gjelde innenlandske forhold.¹⁴⁵ EU-domstolen har likevel sett på hvorvidt forvaltningsavgjørelser kan ha sperrervirkning mot en ny straffeforfølgning etter EU-charteret artikkel 50.

Ettersom EU-charteret artikkel 50 også kan anvendes transnasjonalt, vil avgjørelser om forholdet mellom forvaltningsavgjørelser og forbudet mot gjentatt straffeforfølgning etter denne artikkelen ha overføringsverdi til vurderingen av forholdet mellom forvaltningsavgjørelser og

¹⁴⁴ Dom av 12. mai 2021, *Bundesrepublik Deutschland*, C-505/19 EU:C:2021:376 (*Bundesrepublik Deutschland*), avsnitt 81. Se punkt 6.2 for en nærmere omtale av saken.

¹⁴⁵ Se også punkt 4.1.

CISA artikkel 54.¹⁴⁶ Som jeg skal forklare nærmere nedenfor, vil enkelte forhold ved den transnasjonale dimensjonen til CISA artikkel 54 resultere i at prejudikativirkingen til avgjørelsene er av begrenset betydning. Selv om aktualiteten av CISA artikkel 54 i spørsmål om forvaltningsavgjørelser må anses å være begrenset, vil jeg likevel i det følgende redegjøre for når forvaltningsavgjørelser teoretisk sett skal gis sperrende effekt etter bestemmelsen. Redegjørelsen er nødvendig for å få fremstilt det helhetlige innholdet av *ne bis in idem*-prinsippet.

5.4.2 Avgjørelsen må være endelig og innebære en realitetsvurdering av saken

I motsetning til doms- og påtaleavgjørelser har EU-domstolen, som nevnt, ikke fastlagt hva som kreves for at en forvaltningsavgjørelse har sperrende effekt. Selv om EU-domstolen ikke har presisert hvilke vilkår som må være oppfylt for at en forvaltningsavgjørelse har sperrende effekt, kan ikke dette forstås som at enhver forvaltningsavgjørelse om straff som utgangspunkt har sperrende effekt. En slik løsning ville resultert i at forvaltningsavgjørelser sikrer en straffeforfulgt et større rettssikkerhetsvern sammenlignet med både doms- og påtaleavgjørelser om straff.

I de EU-domstolsavgjørelsene som handler om doms- og påtaleavgjørelser skal ha sperrende effekt, har EU-domstolen særlig vektlagt de sentrale hensynene bak *ne bis in idem*-prinsippet. De samme hensynene vil gjøre seg gjeldende ved vurderingen av om forvaltningsavgjørelser har sperrende effekt. Belastningshensynet vil også være relevant i forvaltningssakene hvor det skjer en realitetsvurdering. Ved avgjørelser fra forvaltningen hvor det foretas en realitetsvurdering av saksforholdet, vil den enkelte også utsettes for den belastning som en forfølgning fører med seg.

Det andre sentrale vilkåret som kreves for at doms- og påtaleavgjørelser skal ha sperrende effekt, er at avgjørelsene er endelige. Kravet om at avgjørelsen er endelig må også gjelde for forvaltningsavgjørelser. Dette utledes av ordlyden i CISA artikkel 54, hvor det kreves at forfølgningen er «finally disposed of».¹⁴⁷

For å sikre hensynene bak *ne bis in idem*-prinsippet må det derfor, for at forvaltningsavgjørelser i utgangspunktet skal ha sperrende effekt, kreves at avgjørelsene er endelige og at det har blitt

¹⁴⁶ EuroJust Case-law guide om «Case law by the Court of Justice of the European Union on the principle of *ne bis in idem* in criminal matters», desember 2021 s. 36.

¹⁴⁷ Se punkt 5.3.2.

foretatt en realitetsvurdering av faktum i saken. Forvaltningsavgjørelser må derfor behandles på samme måte som domstolens og påtalemyndighetens avgjørelser. Den sperrende effekten vil kun oppstå dersom avgjørelsen foretar en realitetsvurdering. De forvaltningsavgjørelsene som ikke tar stilling til realiteten i saken, vil dermed, på samme måte som i doms- og påtalemyndighetens avgjørelse, ikke bli tillagt sperrende effekt etter CISA artikkel 54.

5.4.3 Unntak fra å ilegge forvaltningsavgjørelser sperrende effekt – en adgang til gjentatt straffeforfølgning gjennom administrative sanksjoner av straffbar karakter og rene straffesanksjoner

Selv om en forvaltningsavgjørelse oppfyller vilkåret om sperrende kvalitet, er endelig og foretar en realitetsvurdering av saken, innebærer dette likevel ikke uten videre at avgjørelsen har sperrende effekt mot ny straffeforfølgning. Allerede i 2013 åpnet EU-domstolen i *Åkerberg Fransson*-saken at det på generelt grunnlag kunne fattes en administrativ avgjørelse som resulterte i en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter, og at denne avgjørelsen ikke ville ha spervirkning mot en ny straffeforfølgning «(...) as long as the remaining penalties are effective, proportionate and dissuasive».¹⁴⁸

Bakgrunnen for at EU-domstolen allerede i 2013 åpnet døren for muligheten til en gjentatt straffeforfølgning må ses i sammenheng med at en rekke Schengen-land har et tosporet sanksjoneringsystem. Siden lovgivningen i Schengen-landene ikke er harmonisert, har medlemsstatene ulike sanksjoneringsystem. Disse kan grovt deles inn i et tosporet og et enkeltsporet sanksjoneringsystem.¹⁴⁹

Et tosporet sanksjoneringsystem innebærer at et land har adgang til å ilegge både administrative og strafferettslige sanksjoner for samme rettstridige handling. Norge er blant de Schengen-landene som opererer med et slikt system. Gjennom dette systemet vil det enkelte land kunne gjennomføre både en administrativ forfølgning som en forvaltningsmyndighet er ansvarlig for og en ren straffeforfølgning som påtalemyndigheten og domstolen er ansvarlige for.

¹⁴⁸ *Åkerberg Fransson*, avsnitt 36.

¹⁴⁹ Se i samme retning, *GA Menci*, avsnitt 84-86.

I de enkeltsporede sanksjoneringsystemene vil forvaltningsmyndighetene gjerne starte med en administrativ forfølgning, men som ved nærmere spesifiserte grenser overfører saken til påtalemyndigheten for videre straffeforfølgning. Så snart grensen er krysset kan forholdet ikke lenger sanksjoneres administrativt, men må sanksjoneres gjennom en ren straffesanksjon.¹⁵⁰

Forvaltningsavgjørelser som ilegger en administrativ sanksjon vil ikke medføre noen problemikk med *ne bis in idem*-prinsippet i de enkeltsporede systemene. Den berørte er i disse systemene sikret mot å bli ilagt to sanksjoner for det samme forholdet.¹⁵¹ I land med tosporede sanksjoneringsystem finnes derimot ikke en tilsvarende garanti. Unntaket fra å gi en forvaltningsavgjørelse sperrende effekt kommer dermed kun på spissen i medlemsstatene med tosporede sanksjoneringsystem.

Bakgrunnen for at land har valgt et tosporet sanksjoneringsystem forstås å være fordi de enkelte land mener denne løsningen best sikrer en effektiv, proporsjonal og avskrekkende sanksjoneringsprosess. En løsning hvor enhver forvaltningsavgjørelse som regnes som straff etter Engel-kriteriene, er endelige og som foretar en realitetsvurdering, gis sperrevirkning vil utgjøre en begrensning av rettssystemene til disse medlemslandene. Ved en slik tilnærming fratras statene muligheten til å fullbyrde den sanksjoneringsprosessen som de mener er best egnet for deres stat.

Siden inngåelsen av Schengen-avtalen ikke innebar en lovgivningsharmonisering hos de ulike medlemsstatene, må de forskjellige sanksjonene som det enkelte land har til rådighet mot lovstridig atferd, antas å være basert på nasjonale beslutningsprosesser hvor siktemålet har vært å sikre en proporsjonal og avskrekkende sanksjoneringsprosess. Dersom forvaltningsavgjørelser ilegges sperrevirkning utelukkende basert på de samme kravene som stilles til doms- og påtaleavgjørelser, vil den straffeforfulgte nyte et større rettighetsvern enn det som må antas å være tiltenkt av medlemsstatene.

Disse betenkelighetene gjorde seg også gjeldende for medlemsstatene ved EMDs tolkning av EMK TP 7 artikkel 4. En rekke land unnlot å ratifisere tilleggsprotokoll 7 i EMK nettopp på

¹⁵⁰ Med ren straffesanksjon menes tap av frihet, bøter og andre sanksjoner som involverer tap av rettigheter, se *GA Menci*, avsnitt 85.

¹⁵¹ Avsnitt 87.

grunn av at de ikke ønsket å innta en regulering som innsnevret det tosporede sanksjonerings-systemet deres.¹⁵²

Nederland, Storbritannia og Tyskland har ikke ratifisert protokoll 7. Frankrike, Italia, Portugal og Østerrike inntok reservasjoner ved ratifikasjonen av protokollen, slik at de kunne beholde adgangen til felles ileggelse av administrative sanksjoner og rene strafferettslige sanksjoner for de samme handlingene.¹⁵³ EMDs rettspraksis har imidlertid begrenset effekten til disse reservasjonene etter en vurdering av reservasjonene opp mot EMK artikkel 57. Italia og Østerrikes reservasjoner har derfor blitt kjent ugyldige.¹⁵⁴

Etter en rekke avgjørelser fra EMD, hvor flere konvensjonsstater uttrykte en klar misnøye mot innsnevringen av adgangen til et tosporet sanksjoneringsystem, avsa EMD en retningsgivende avgjørelse i 2016.¹⁵⁵ Saken gjaldt to norske investorer som var ilagt både tilleggsskatt og fengselsstraff for samme skatteunndragelse. Uten å fravike det autonome straffebegrepet, gikk EMD langt i å rettferdiggjøre en ileggelse av både en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter og en ren straffesanksjon for samme handling. EMDs løsning innebar en åpning for et tosporet sanksjoneringsystem, så lenge de to forfølgningene var «sufficiently closely connected in substance and time».¹⁵⁶

EU-domstolen hadde frem til dette punktet tolket *ne bis in idem*-prinsippet i EU-retten sammenfallende med EMDs rettspraksis om prinsippet.¹⁵⁷ Ettersom EMD nå foretok en vesentlig endring av rettspraksis, ble EU-domstolen også nødt å ta stilling til om de skulle endre sin tilnærming til *ne bis in idem*-prinsippet og dets forhold til forvaltningsavgjørelser. Alternativene stod mellom å benytte en tilnærming til *ne bis in idem*-prinsippet som støttet opp om de tosporete sanksjoneringsystemene ved at det ble åpnet for en gjentatt straffeforfølgning, eller om EU-retten skulle beholde en tilnærming til prinsippet hvor enhver adgang til en ytterligere

¹⁵² Rui, *Ne bis in idem* s. 366.

¹⁵³ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, fremsatt 12. juni 2012 i sak C-617/10 (*GA Åkerberg Fransson*), avsnitt 72.

¹⁵⁴ Dom av 4. mars 2014, *Grande Stevens m.fl. mot Italia*, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 og 18698/10 og dom av 23. oktober 1995, *Gradinger mot Østerrike*, 15963/90.

¹⁵⁵ Dom av 15. november 2016, *A og B mot Norge*, 24130/11 (*A og B mot Norge*).

¹⁵⁶ Avsnitt 130.

¹⁵⁷ *GA Menci*, avsnitt 34.

straffeforfølgning skulle avskjæres og dermed sikre den straffeforfulgte et høyere beskyttelsesnivå.¹⁵⁸ Muligheten for EU-domstolen til å bestemme hvilken løsning som skulle legges til grunn kom i trioen av avgjørelser fra mars 2018, hvor EU-domstolen kom med prinsipielle avklaringer om *ne bis in idem*-prinsippet og dens rolle i de tosporete sanksjonerings-systemene.¹⁵⁹

Domstolen løste spørsmålet på et tilsvarende vis som EMD, men ikke helt identisk.¹⁶⁰ Avgjørelsene innebar ikke en fravikelse av Engel-kriteriene for å fastslå hva som regnes som straff, men i likhet med EMD, åpnet EU-domstolen for adgangen til å ilegge både en administrativ sanksjon av straffbar karakter og en ren straffesanksjon dersom nærmere vilkår var oppfylt.

I storkammeravgjørelsene *Menci, Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca* åpnet domstolen for at det, under nærmere vilkår, kan sanksjoneres med en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter i tillegg til en ren straffesanksjon. Avgjørelsene omhandlet skatterett og markedsmissbruk, og det er disse sakstypene som i størst grad aktualiserer unntaket fra å gi sperrende effekt til forvaltningsavgjørelser av straffbar karakter. I trioen av avgjørelser holdt EU-domstolen adgangen til dobbel straffesanksjon opp mot vilkårene i EU-charteret artikkel 52 nr. 1. EU-charteret artikkel 52 nr. 1 regulerer, som tidligere nevnt, begrensninger på rettighetene som fremgår ellers i charteret.

Domstolen slo fast at *ne bis in idem*-prinsippet ikke skal fungere som en barriere mot dobbel sanksjoneringsrespons mot finansielle misligheter som er i strid med relevant lov. I avgjørelsene innsnevret de adgangen til å ilegge forvaltningsavgjørelser sperrende effekt. Selv om en administrativ sanksjon er å regne som straff etter Engel-kriteriene, skal ikke dette være til hinder for en dobbelsanksjon i form av både en administrativ sanksjon av straffbar karakter og en ren straffesanksjon. Avgjørelsene gjaldt EU-charteret artikkel 50 og forholdet mellom en forvaltningssanksjon og en straffesanksjon i samme land, men avgjørelsene vil likevel kunne kaste lys over hvordan en tilsvarende vurdering må foretas etter CISA artikkel 54.

¹⁵⁸ *GA Menci*, avsnitt 3.

¹⁵⁹ *Menci, Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca*.

¹⁶⁰ Baron, Jonathan og Poelmann, Eric, «Country note: The principle of *Ne Bis in Idem*: On the Ropes, but Definitely Not Defeated», *Intertax*, volume 46, issue 10, 2018, s. 740-829, s. 805.

Problemstillingen i *Menci* oppstod ved at italieneren Menci ble ilagt en tilleggsskatt på bakgrunn av merverdiavgift som han ikke hadde betalt. I etterkant av den endelige forvaltningsavgjørelsen som ila tilleggsskatt, ønsket den italienske påtalemyndigheten å innlede en straffesak mot Menci for å ikke ha betalt merverdiavgiften. EU-domstolen fikk forelagt saken for å avklare om avgjørelsen om tilleggsskatt hadde sperrevirkning mot gjennomføringen av straffesaken.

I *Garlsson Real Estate m.fl.*-saken hadde den italienske nasjonale selskaps- og børskommisjonen (Consob) ilagt Garlsson Real Estate, Magiste International og privatpersonen Ricucci en administrativ bot for å ha drevet med markedsmanipulasjon. I etterkant av bøteleggelsen ville den italienske påtalemyndigheten ta ut tiltale mot de involverte. Spørsmålet for EU-domstolen ble dermed om boten fra Consob hadde sperrevirkning mot denne nye straffesaken.

Di Puma og Zecca-saken gjaldt også markedsmissbruk. Consob ønsket å starte en administrativ forfølgning med formål å ilegge Zecca og Di Puma administrative bøter for å ha drevet med innsidehandel. Di Puma og Zecca hevdet imidlertid å allerede ha vært utsatt for en straffeforfølgning med sperrevirkning mot illeggelse av en slik sanksjon. I en avsluttet straffesak for domstolen hadde nemlig Di Puma og Zecca blitt frifunnet for de samme handlingene. EU-domstolen så derfor på forholdet mellom den frifinnende domsavgjørelsen og adgangen til Consob å innlede en ny forfølgning med formål å sanksjonere Di Puma og Zecca for den samme handlingen.

Domstolen konkluderte i alle avgjørelsene med at de administrative sanksjonene var av straffbar karakter. Forvaltningsavgjørelsene som ga partene den administrative sanksjonen oppfylte dermed kravet om sperrende kvalitet. Videre var det ikke bestridt at avgjørelsene var endelige og innebar en realitetsvurdering av saksforholdet. Utgangspunktet var dermed at en ytterligere straffeforfølgning på grunnlag av det samme forholdet ville utgjøre en begrensning av *ne bis in idem*-prinsippet etter EU-charteret artikkel 50.¹⁶¹ Domstolen tillot likevel – i strid med forslaget

¹⁶¹ Se *Menci*, avsnitt 41 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 43.

fra generaladvokaten¹⁶² – at *Menci* kunne straffeforfølges på nytt og dermed ilegges en ny straffesanksjon sammen med den tidligere administrative sanksjonen av straffbar karakter.

En ytterligere straffeforfølging ble derimot nektet i *Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca*. I *Garlsson Real Estate m.fl.* var det avgjørende at italiensk lov ikke ga klare nok rettsikkerhetsgarantier for å sikre at en ytterligere straffesanksjon ville være proporsjonal.¹⁶³ For *Di Puma og Zecca* var det avgjørende at det forelå en frifinnelsesdom. En ytterligere administrativ forfølgning kunne dermed ikke anses å være proporsjonal.¹⁶⁴

EU-domstolen oppstilte flere krav som må være oppfylt for at det skal kunne ilegges en administrativ sanksjon av straffbar karakter og likevel foretas en ny straffeforfølging med siktemål om å ilegge den straffeforfølgte en ren straffesanksjon. For det første at det må fremgå av nasjonal lov at det er adgang til både en administrativ forfølgning med sanksjon av straffbar karakter og en ren strafferettslig forfølgning.¹⁶⁵ For det andre må denne dobbeltforfølgningen respektere det vesentlige innholdet i *ne bis in idem*-prinsippet.¹⁶⁶ For det tredje kreves det at dobbeltforfølgningen søker å ivareta et allment formål.¹⁶⁷ Avslutningsvis kreves det at kombinasjonen av å ilegge noen en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter, sammen med en straffeforfølging hvor det kan ilegges en ren straffesanksjon, er i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.¹⁶⁸

Lovkravet innebærer at nasjonal lovgivning i det straffeforfølgende landet må legge til rette for at det kan gjennomføres en ren straffeforfølging med straffesanksjon og en administrativ forfølgning hvor det ilegges en sanksjon. I de tre avgjørelsene analyserer EU-domstolen den relevante italienske lovgivningen og slår fast at italiensk lov klart og presist angir at dobbelsanksjoner er tillatt i de aktuelle tilfellene. Selv om avgjørelsene gir uttrykk for at lovkravet

¹⁶² Det ble fremsatt forslag til avgjørelse i alle tre sakene, men siden det rettslige spørsmålet var sammenfallende i sakene, gikk generaladvokaten grundigst til verks i *Menci*-saken og henviste i stor grad tilbake til denne vurderingen i de øvrige forslagene. Jeg velger derfor å benytte dette forslaget fra generaladvokaten, med mindre noe annet blir særskilt trukket frem i de andre forslagene.

¹⁶³ *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 57-61.

¹⁶⁴ *Di Puma og Zecca*, avsnitt 44.

¹⁶⁵ *Menci*, avsnitt 42 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 44.

¹⁶⁶ *Menci*, avsnitt 43 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 45.

¹⁶⁷ *Menci*, avsnitt 44, *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 46 og *Di Puma og Zecca*, avsnitt 41.

¹⁶⁸ *Menci*, avsnitt 46, *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 48 og *Di Puma og Zecca*, avsnitt 43.

innebærer et krav om at det må fremgå uttrykkelig av nasjonal lovgivning at det er adgang til dobbelsanksjonering, kan ikke vilkåret tolkes så strengt.

Når EU-domstolen utelukkende omtaler lovkravet med henvisning til Italias nedskrevne lovgivning, kan dette ses i sammenheng med Italias rettskultur- og tradisjoner. Italia har et rettsystem bygd opp av civil law, som innebærer at de gjeldende rettsreglene må fremgå av nedskrevet lov. Motsatsen er common law, som baseres på at de gjeldende rettsreglene oppstår gjennom tidligere domstolsavgjørelser. Hadde den relevante nasjonalretten i de ovennevnte sakene stammet fra et common law-land, ville EU-domstolen vært nødt til å se hen til tidligere domstolsavgjørelser for å avklare hvorvidt nasjonal rett åpnet opp for dobbelsanksjonering.

Norge har en rettskultur som verken kan klassifiseres innenfor tradisjonell civil eller common law, men som er særegen sammen med de andre nordiske landene.¹⁶⁹ I Norge vil flere rettskilder kunne konstituere hva som utgjør gjeldende rett eller bidra til dette.¹⁷⁰ For Norges vedkommende innebærer dette at det totale rettskildet bildet må gi klart og presist uttrykk for at det er adgang til å straffeforfølge noen, i etterkant av at de er blitt ilagt en administrativ sanksjon.

EU-domstolen har også, i en ny avgjørelse fra 5. mai 2022, støttet opp om en slik tolkning av lovkravet.¹⁷¹ Spørsmålet var her om lovkravet kan regnes som oppfylt, selv om det er rettspraksis – og ikke lovteksten direkte – som nærmere angir de konkrete tilfellene for når dobbelsanksjonering er tillatt. Domstolen uttrykte følgende om spørsmålet:¹⁷²

«(...), the fact that the national case-law refers, in its interpretation of the relevant legislative provisions, to broad concepts which must be clarified gradually does not, in principle, preclude national legislation from being regarded as laying down clear and precise rules allowing individuals to predict which acts and omissions are liable to be subject to a duplication of proceedings and penalties of a criminal nature.»

Uttalelsen viser at det ved vurderingen av lovkravet ikke er avgjørende hvor presist loven angir de enkelte handlingene som kan dobbelsanksjoneres, men at den straffeforfulgte har mulighet

¹⁶⁹ Se Nylund, Anna i Koch/Sunde s. 141-142 som riktignok konkluderer om den finske rettskulturen, men som presiserer at dette også gjelder for de øvrige nordiske landene.

¹⁷⁰ Se Skoghøy s. 36.

¹⁷¹ Dom av 5. mai 2022, *BV*, C-570/20 EU:C:2022:348 (*BV*).

¹⁷² Avsnitt 42

til å forutse hvilke handlinger som kan det. Forutberegneligheten vil også bero på tidligere rettspraksis som nærmere definerer hvilke handlinger som kan dobbelsanksjoneres.

Domstolen presiserer videre at lovkravet vil kunne være oppfylt selv om den straffeforfulgte er avhengig av juridisk bistand for å avklare hvorvidt en handling faller innunder adgangen til dobbelsanksjonering.¹⁷³ Dette gjelder særlig overfor profesjonelle aktører som er vant til å måtte opptre med en større grad av varsomhet ved utøvelsen av sitt yrke.

Lovkravet etter EU-charteret artikkel 50 innebærer dermed ikke et krav om en klar og presis opplisting i lovtekst av hvilke tilfeller som kan dobbelsanksjoneres. Kravet må derimot forstås dithen at den straffeforfulgte må ha anledning til å forutse muligheten for at en handling kan dobbelsanksjoneres. Ved en transnasjonal kontekst vil det være svært vanskelig å innfri et slikt forutberegnelighetskrav. Ettersom lovgivningen i medlemsstatene er ulike, er det lite tenkelig at den gjeldende rettslige reguleringen i de forfølgingsinteresserte landene samlet vil gi klart og presist uttrykk for at det er adgang til å først sanksjonere i et land, for deretter å sanksjonere på nytt i et annet land.

Selv om lovkravet ikke passer inn ved CISA artikkel 54, anses det som lite sannsynlig at EU-domstolen, i en transnasjonal kontekst, vil anlegge en annen tolkningstilnærming enn det som uttrykkes i *Menci*, *Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca*. En lemping av lovkravet ved grenseoverskridende tilfeller vil gå i motsatt retning av EUs grunnleggende formål om fri bevegelse og europeisk integrasjon. Å opprettholde et strengt lovkrav vil i stedet kunne fungere som et insentiv til at medlemsstatene harmoniserer lovgivningen, slik at den åpner for muligheten til å straffeforfølge noen i etterkant av en ilagt administrativ sanksjon på tvers av landegrensene.

Lovkravet som EU-domstolen har oppstilt etter EU-charteret artikkel 50 forstår jeg derfor også å gjelde ved tolkningen av CISA artikkel 54. Dette innebærer for det første at nasjonalretten i både første- og andreforfølgerlandet må åpne for et tosporet sanksjoneringssystem. For det andre kreves det at rettskildebildet i begge landene klart og presist angir at det er adgang til at den aktuelle lovstridige handlingen kan forfølges administrativt og strafferettslig i to ulike land. Uten en bevisst harmonisering av lovgivningen i de enkelte medlemslandene, kan det vanskelig tenkes situasjoner hvor to lands rettssystemer åpner for en slik forfølgning. Lovkravet vil av

¹⁷³ *BV*, avsnitt 43.

denne grunn medføre at det praktisk sett ikke kan ses å være en adgang til å kombinere en administrativ sanksjon med en ren straffesanksjon etter CISA artikkel 54.

For at en forvaltningsavgjørelse ikke skal unntas sperrende effekt, kreves det også at kombinasjonen av forvaltningssanksjonen med straffbar karakter og en ny ren straffeforfølgning respekterer det grunnleggende hensynet til *ne bis in idem*-prinsippet. Domstolen er ordknapp i avgjørelsene om hva dette faktisk innebærer. I forbindelse med kravet uttaler den at det er oppfylt ettersom dobbelsanksjoneringen kun skjer ved «conditions which are exhaustively defined» i nasjonalretten.¹⁷⁴

Uttalelsen må ses i lys av det konkrete saksforholdet, hvor det påpekes at loven i Italia oppstiller klare vilkår for når dobbelsanksjonering kan skje. Likevel ser det ut som om domstolen tolker kravet om å respektere det grunnleggende hensynet i *ne bis in idem*-prinsippet inn i lovkravet. Avgjørende for oppfyllelsen av vilkåret ser av den grunn ut til å være at nasjonalstaten selv oppstiller regler som søker å ivareta hensynene til *ne bis in idem*-prinsippet.

En slik løsning er ikke i samsvar med forslaget til generaladvokaten. I sin uttalelse er generaladvokat Campos Sánchez-Bordona i tvil om en adgang til å sanksjonere med en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter sammen med en ren straffesanksjon kan anses å respektere det grunnleggende hensynet til *ne bis in idem*-prinsippet.¹⁷⁵ Han vurderer imidlertid ikke nærmere dette vilkåret, idet hans konklusjon bygger på at en adgang til dobbel straffesanksjonering vil være i strid med proporsjonalitetskravet.

Det tredje kravet for å unnta en forvaltningsavgjørelse sperrende effekt er at sanksjoneringen ivaretar et formål av allmenn interesse. Domstolen slår fast at medlemsstatene har et handlingsrom til å utvikle lovgivning som muliggjør ivaretagelse av et allment formål gjennom en administrativ sanksjon, dersom sanksjoneringen ivaretar et formål av allmenn interesse. For at en kombinasjon skal være berettiget, må det foreligge objektive eller komplementære formål ved sanksjoneringen, eller at hver sanksjon retter seg mot et eget aspekt ved den lovstridige handlingen.¹⁷⁶

¹⁷⁴ *Menci*, avsnitt 43 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 45.

¹⁷⁵ *GA Menci*, avsnitt 82.

¹⁷⁶ *Menci*, avsnitt 44 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 46.

Storkammeret understreket i alle tre avgjørelsene at dobbelsanksjoneringen ivaretok et formål av allmenn interesse. I *Menci*-saken ble det vist til at alle medlemsstatene var forpliktet til å ta alle lovgivende og administrative tiltak som er nødvendige for å kreve inn merverdiavgift og forhindre svindel. I *Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca* slo domstolen fast at medlemsstatene også var forpliktet til å fatte de nødvendige lovgivende og administrative tiltakene for å hindre markedsmanipulasjon slik at befolkningen kunne ha tillit til finansmarkedene.

Avgjørelsene presiserer ikke hva som skal til for at et formål skal anses å være av allmenn interesse. At det er av allmenn interesse må imidlertid forstås som at formålet må være av interesse for befolkningen innen EU som helhet. Rettspraksisen til EU-domstolen og andre rettsakter fra EU vil kunne bidra til å kaste lys over hvilke formål som kan utpekes å være av allmenn interesse.¹⁷⁷

Det siste kravet som må ivaretas ved en kombinasjon av en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter og en ny ren straffeforfølgning er proporsjonalitetskravet. I *Di Puma og Zecca* viser domstolen til den generelle og likelydende redegjørelsen for proporsjonalitetskravet som er inntatt i *Menci* og *Garlsson Real Estate m.fl.*:¹⁷⁸

«As regards compliance with the principle of proportionality, it requires that the duplication of proceedings and penalties provided for by national legislation, such as that at issue in the main proceedings, does not exceed what is appropriate and necessary in order to attain the objectives legitimately pursued by that legislation, it being understood that, when there is a choice between several appropriate measures, recourse must be had to the least onerous and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued (...).»

Domstolens redegjørelse viser at dupliseringen av administrative sanksjoner av strafferettslig karakter og rene straffesanksjoner ikke må overstige det hensiktsmessige og nødvendige. Videre uttales det at proporsjonalitetsprinsippet innebærer et krav om at man skal benytte det

¹⁷⁷ F.eks. så EU-domstolen i avsnitt 44 i *Menci* hen til tidligere avgjørelser for å slå fast at innkreving av merverdiavgift var et formål av allmenn interesse.

¹⁷⁸ *Menci*, avsnitt 46, *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 48 og *Di Puma og Zecca*, avsnitt 43.

mildeste tiltaket, dersom det er mulig å velge mellom flere hensiktsmessige tiltak. Avslutningsvis må man se hen til de konkrete ulemperne som en slik dobbelsanksjonering medfører. Ulemperne skal ikke overstige det behovet som søkes ivaretatt ved dobbelsanksjoneringen.

Proporsjonalitetsprinsippet har en tilknytning også til lovkravet. Gjennom prinsippet utleder domstolen et krav om at det må finnes regler som sikrer en samordning mellom de to sanksjoneringene. En slik samordning skal sørge for at den enkelte sanksjonen ikke overstiger det som er strengt nødvendig i forhold til alvorlighetsgraden av lovbruddet.¹⁷⁹

Saksforholdet i *Menci*-saken skilte seg fra de øvrige avgjørelsene ved vurderingen av proporsjonalitetsprinsippet. Denne forskjellen resulterte i at dobbelsanksjonering kunne tillates i *Menci*. Domstolen konkluderte nemlig med at lovgivningen i Italia sørget for at en ileggelse av administrativ sanksjon av straffbar karakter i skattesaker i kombinasjon med en ren straffesanksjon ikke ville overskride det strengt nødvendige.¹⁸⁰ Lovgivningen i Italia inneholder imidlertid ikke en tilsvarende regulering ved markedsmissbrukssakene, som sørger for at kombinasjonen av administrative sanksjoner og rene straffesanksjoner ikke overstiger det strengt nødvendige.¹⁸¹

EU-domstolens løsning om å åpne for en gjentatt straffeforfølgning har møtt skepsis i juridisk teori, og konklusjonen var, som nevnt, i strid med generaladvokatens forslag.¹⁸² Under redegjørelsen for proporsjonalitetskravet uttrykte generaladvokaten at han ikke kunne se at adgangen til å sanksjonere med både en administrativ sanksjon av strafferettslig karakter og ved en ren straffesanksjon var nødvendig. Han mente at en innsnevring av anvendelsesområdet til *ne bis in idem*-prinsippet ikke kunne rettferdiggjøres, idet innsnevringen kun var aktuell for enkelte medlemsland. Som jeg allerede har redegjort for, kommer problemstillingen om en gjentatt straffeforfølgning i etterkant av en forvaltningsavgjørelse kun på spissen for land med tosporede sanksjoneringssystem.

¹⁷⁹ *Menci*, avsnitt 53 og 55 og *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 56 og 60.

¹⁸⁰ *Menci*, avsnitt 54.

¹⁸¹ *Garlsson Real Estate m.fl.*, avsnitt 59 og *Di Puma og Zecca*, avsnitt 44.

¹⁸² Se f.eks. Lasagni, Giulia og Mirandola, Sofia, «The European *ne bis in idem* at the Crossroads of Administrative and Criminal Law», eucrim, issue 2019, s. 77-152 på s. 126-133 og *GA Menci*.

Generaladvokaten pekte videre på at fokuset heller burde være på at medlemsstatene sørger for at de administrative sanksjonene ikke er av strafferettslig karakter. Det sentrale her er nemlig utgangspunktet om at ingenting er til hinder for at medlemsstatene ilegger både strafferettslige og administrative sanksjoner, der de administrative sanksjonene ikke er av strafferettslig karakter.¹⁸³ En motsatt løsning – og den løsningen som EU-domstolen valgte – ville ifølge generaladvokaten utviske klarheten som bør gjennomsyre *ne bis in idem*-prinsippet.

5.5 Tidspunktet den sperrende effekten inntreer

CISA artikkel 54 viser at den sperrende effekten til en avgjørelse inntreer når saken er «finally disposed of». Ordlyden innebærer at en avgjørelse først får sperrevirkning når alle ordinære rettsmidler som kan angripe avgjørelsen er brukt opp eller ikke lenger er tilgjengelige. Utgangspunktet vil være at det er retten i det landet som har avsagt avgjørelsen, som er bestemmende for hvilke rettsmidler som kan benyttes.¹⁸⁴ Eksempelvis vil en avgjørelse regnes som endelig og ha sperrende effekt i Norge, når avgjørelsen er avsagt i Høyesterett eller ankefristen er løpt ut.

For avgjørelser som innehar sperrende kvalitet og sperrende effekt både etter CISA artikkel 54 og etter det enkeltes lands nasjonale rett, vil det ikke være et problem å fastsette tidspunktet for når den sperrende effekten inntreer. Problemstillingen oppstår først når avgjørelsen har sperrende kvalitet og sperrende effekt etter CISA artikkel 54, men ikke etter nasjonal rett. I slike tilfeller foreligger det ikke klare regler for når avgjørelsen kan anses å være endelig.¹⁸⁵

Dersom nasjonal rett ikke gir klare regler for når en avgjørelse er endelig, må det som utgangspunkt anlegges en autonom tolkning for å fastlegge når det ikke lenger er mulig å rettslig angripe avgjørelsen. Når disse rettslige angrepsmulighetene er oppbrukt eller utløpt, må avgjørelsen forstås å være endelig. Eksempelvis må anke- og klagefrister være brukt opp eller utløpt.

EMD behandlet i 2004 en sak hvor spørsmålet var når en russisk straffeavgjørelse hadde fått sperrende effekt.¹⁸⁶ Den russiske avgjørelsen kom fra russisk Høyesterett. Etter russisk rett er

¹⁸³ *GA Menci*, avsnitt 89.

¹⁸⁴ Se Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 220 og i samme retning forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 5. desember 2006, sak C-288/05 (*GA Kretzinger*), avsnitt 98-100.

¹⁸⁵ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 220.

¹⁸⁶ Dom av 20. juli 2004, *Nikita mot Russland*, 50178/99 (*Nikita mot Russland*).

det to alternative tidspunkt en høyesterettsavgjørelse kan oppnå formell rettskraft på: enten ett år etter avgjørelsen ble avsagt, eller på det tidspunktet presidiet i Høyesterett hadde forkastet en anmodning om «supervisory proceedings», dersom en slik avgjørelse ble truffet før ettårsfristen var utløpt.¹⁸⁷

EMD kunne imidlertid ikke tillate at så lange frister hindret en avgjørelse i å få sperrende effekt. Hensynet til sammenhengen med andre regler i konvensjonen medførte at nasjonal rett ikke kunne legges til grunn.¹⁸⁸ EMDs konklusjon var at avgjørelsen ble ansett som endelig, samme dag som siste instans hadde avsagt dom i saken. For å komme frem til dette resultatet, hadde EMD anlagt en autonom tolkning.¹⁸⁹ Rettstekniske hensyn taler for at alle avgjørelser som avses i siste instans blir ansett som endelige den dag de blir avsagt.

Siden EU-domstolen nøyaktig iakttar EMD og dens tolkningsresultat i spørsmål som aktualiseres innenfor EU-retten, er det nærliggende at de vil velge samme løsning om de får en tilsvarende problemstilling forelagt seg.

¹⁸⁷ *Nikita mot Russland*, avsnitt 38.

¹⁸⁸ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 221.

¹⁸⁹ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, s. 245 med videre henvisninger.

6 Hva regnes som en ny forfølgning?

6.1 Innledning

Til nå har jeg sett på hvilke avgjørelser som medfører sperrevirkning mot en ny forfølgning. Gjennomgangen har vist at det er avgjørelsene med sperrende kvalitet og sperrende effekt som har sperrevirkning. Det neste som må avklares er hvilke forfølgninger som denne sperrevirkningen retter seg mot.

CISA artikkel 54 viser at sperrevirkning forbyr at noen på nytt blir «prosecuted». Ordlyden viser til de strafferettslige forfølgningene, hvor formålet er å avklare den enkeltes skyld i den kriminelle handlingen. Det sentrale ved den nye forfølgningen er dermed at også den forfølgningen omhandler straff.

Som det ble presisert under punkt 4.2 skal straffebegrepet i CISA artikkel 54 fastlegges med utgangspunkt i Engel-kriteriene. En avgjørelse med sperrevirkning vil følgelig avskjære en forfølgning som, etter anvendelsen av Engel-kriteriene, regnes som strafferettslig. Tolkningsresultatet for hvilke avgjørelser som har sperrende kvalitet og hvilke sakstyper som skal regnes som ny forfølgning vil derfor sammenfalle.¹⁹⁰

Temaet om ny forfølgning oppstiller en rekke andre momenter som må avklares. Fra hvilket tidspunkt skal noe regnes som en strafferettslig forfølgning etter CISA artikkel 54, og hvordan regulerer bestemmelsen adgangen til parallell forfølgning. Det må også ses på de unntak som finnes fra å gi CISA artikkel 54 anvendelse mot en ny forfølgning.

6.2 Tidspunktet for når det foreligger en ny forfølgning som er i strid med CISA artikkel 54

Den engelske språkversjonen til CISA artikkel 54 peker på at det foreligger en ny forfølgning når den enkelte blir «prosecuted» i et annet Schengen-land. Begrepet «prosecuted» trekker i retning av at det vil foreligge en ny forfølgning som er rettsstridig allerede på det tidspunktet påtalemyndigheten innleder en ny straffeforfølgning. Ser man hen til andre oversettelser av ordlyden, oppdager man imidlertid at tidspunktet skiller seg i stor grad fra hverandre. Eksem-

¹⁹⁰ Se i samme retning Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 301.

pelvis peker den danske versjonen på at en ny forfølgning først foreligger når den enkelte «retsforfølges». «Retsforfølges» må, i motsetning til «prosecuted», forstås som at det er foretatt rettslige skritt mot den enkelte. At de ulike språkversjonene er flertydige, resulterer i at ordlyden får begrenset vekt.¹⁹¹

Spørsmålet om forholdet mellom en avsagt avgjørelse og en ny forfølgning etter CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50 er kun berørt i storkammersaken *Bundesrepublik Deutschland*. Saken oppstod i forbindelse med en rød melding utstedt fra Interpol i 2012 etter forespørsel fra USA.¹⁹² Meldingen gjaldt en tysk person, omtalt som WS i EU-domstolens avgjørelse. Meldingen anmodet om lokalisering, samt anholdelse eller midlertidig arrestasjon av WS med formål om at han på sikt skulle utleveres til USA. Forut for utstedelsen av den røde meldingen, hadde tysk påtalemyndighet allerede etterforsket de samme faktiske handlingene som den røde meldingen omhandlet. Ved avgjørelse av 27. januar 2010 var etterforskningen blitt avsluttet ved at WS betalte en sum penger i tråd med tysk straffeprosesslovgivning.¹⁹³

Det sentrale spørsmålet for EU-domstolen var om CISA artikkel 54 sammenholdt med TEUV artikkel 21 (1),¹⁹⁴ var til hinder for at en medlemstat foretar en anholdelse eller midlertidig arrestasjon av en person på grunnlag av en rød melding utstedt fra Interpol på anmodning fra en tredje stat.¹⁹⁵ Mer konkret omhandlet spørsmålet situasjonen hvor den etterlyste personen for det første, allerede har fått en endelig straffeavgjørelse og for det andre, myndighetene i den medlemsstaten som avsa den endelige straffeavgjørelsen har informert Interpol om at forholdet, etter deres mening, er samsvarende med forholdet som den røde meldingen omhandler.

Saksforholdet aktualiserte en problemstilling hvor sentrale EU-rettigheter stod i et krysningsforhold med avtaler til tredjeland. EU-USA avtalen¹⁹⁶ regulerer ikke særlige grunnlag for å nekte utlevering, med unntak av artikkel 13 som omhandler dødsstraff. Spørsmålet var derfor

¹⁹¹ Se punkt 2.3.1.

¹⁹² Røde meldinger utstedes av Interpol for flyktninger som er etterlyst enten for påtale eller for å sone en dom. En rød melding er en forespørsel om rettshåndhevelse over hele verden om å lokalisere og midlertidig arrestere en person i påvente av utlevering, overgivelse eller andre lignende skritt.

¹⁹³ Jf. StPO § 153 a (1).

¹⁹⁴ TEUV artikkel 21 (1) gir uttrykk for en lovfestet rett til fri bevegelighet for unionens borgere.

¹⁹⁵ *Bundesrepublik Deutschland*, avsnitt 67.

¹⁹⁶ The Agreement on extradition between the European Union and the United States of America of 25 June 2003 (EU-USA avtalen).

om en prosessuell behandling av den tyske påtalemyndigheten av den røde meldingen og utleveringsbegjæringen ville resultere i et brudd på CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50.

EU-domstolen slår først fast at ordlyden ikke i seg selv gir svar på om en midlertidig arrestasjon som følge av en rød melding kan anses som en ny forfølgning etter CISA artikkel 54.¹⁹⁷ Domstolen påpeker dernest at løsningen vil bero på en formålsorientert tolkning, hvor hensynene som ligger til grunn for bestemmelsen står sentralt.¹⁹⁸

Sett hen til hensynet om gjensidig tillit som ble understreket i *Kossowski*-avgjørelsen og utgangspunktet om at den avsagte avgjørelsen må behandle sakens realitet, slår EU-domstolen fast at tysk påtalemyndighet kunne foreta en midlertidig arrestasjon. En midlertidig arrestasjon vil aksepteres når det trengs en avklaring om hvorvidt den først avsagte avgjørelsen foretar en vurdering av sakens realitet. I den foreliggende saken var det ikke avklart hvorvidt den røde meldingen omhandlet de samme handlingene som den tyske avgjørelsen omhandlet, og en midlertidig arrestasjon av WS kunne derfor ikke anses som et brudd på CISA artikkel 54.¹⁹⁹

Tolkes avgjørelsen motsetningsvis, hvor det er avklart at den røde meldingen omhandler de samme handlingene som en allerede avsagt avgjørelse, fremstår det som klart at en midlertidig arrestasjon vil omfattes av sperrevirkningen til CISA artikkel 54 og EU-charteret artikkel 50.

Selv om avgjørelsen ikke direkte uttaler at en forfølgning vil foreligge allerede på det tidspunktet det foreligger en midlertidig arrestasjon, vil en slik tolkning underbygges av de sentrale hensynene som ligger til grunn for CISA artikkel 54.

Belastningshensynet taler for at en forfølgning allerede på et tidlig stadium må regnes som en forfølgning som forbys etter CISA artikkel 54. CISA artikkel 54 har som formål å sørge for at en person som allerede er endelig domfelt eller frifunnet, unngår belastningen som følger av en ny forfølgning. Dette innebærer at den enkelte heller ikke skal måtte bekymre seg for at det kan igangsettes en ny forfølgning. Belastningshensynet omfatter dermed mer enn bare belastning som den enkelte rent fysisk opplever. Disse momentene taler for at en ny forbudt forfølgning allerede foreligger når påtalemyndigheten igangsetter en ny forfølgning.

¹⁹⁷ *Bundesrepublik Deutschland*, avsnitt 76.

¹⁹⁸ Se kapittel 3 for en gjennomgang av de sentrale hensynene.

¹⁹⁹ *Bundesrepublik Deutschland*, avsnitt 101-102.

EU-domstolen har, som nevnt, uttrykt at CISA artikkel 54 nødvendiggjør en gjensidig tillit mellom medlemsstatene.²⁰⁰ At en medlemsstat skal ha tillit til avgjørelsene fra et annet medlemsland, må forstås som at alle myndighetsinstanser i landet må respektere avgjørelsen. Det omfatter dermed ikke bare domstolen, men også påtalemyndigheten. Behovet for en gjensidig tillit mellom medlemsstatene taler dermed også for at enhver strafferettslig forfølgning som innledes av påtalemyndigheten er forbudt etter CISA artikkel 54.

Hensynet til den enkeltes rett til å fritt bevege seg innen Schengen og EU trekker i samme retning. For å ivareta dette hensynet, må enhver ny forfølgning fra påtalemyndigheten forbys, dersom det foreligger en endelig domfellelse eller frifinnelse.

Konsekvens- og harmonibetraktninger taler også for at enhver ny forfølgning fra påtalemyndigheten er forbudt etter CISA artikkel 54. Siden påtalemyndighetens avgjørelser kan ilegges sperrende effekt,²⁰¹ vil det som samsvarer best med regelen være at også påtalemyndighetens nye forfølgninger forbys etter CISA artikkel 54.²⁰²

For forvaltningsavgjørelser vil det ikke være like klart når man står overfor en strafferettslig forfølgning. Nasjonal rett vil, som nevnt, ikke nødvendigvis kategorisere en forvaltningsforfølgning som strafferettslig. For å sikre en harmonisert regelhåndhevelse, må denne problemstillingen også løses med bakgrunn i det autonome straffebegrepet. Så snart en forvaltningsforfølgning kan resultere i at en påfølgende sanksjon kan utpekes som strafferettslig etter Engelnkriteriene, må forfølgningen anses å være forbudt etter CISA artikkel 54.

Øvrige EU-rettskilder gir holdepunkter for at CISA artikkel 54 forbyr ny forfølgning ved påtalemyndigheten.²⁰³ Det vises her til CISA artikkel 57 nr. 1 og nr. 2. Disse reguleringene omfatter Schengen-landenes plikt til å utveksle relevant informasjon i forbindelse med mistanke om brudd på *ne bis in idem*-prinsippet.²⁰⁴ Ordlyden i artikkelens nr. 1 viser til at informasjonsutvekslingen skal skje allerede på det stadiet hvor en medlemsstat «charges» en som allerede har blitt dømt eller frifunnet i en annen medlemsstat. I nr. 2 fremgår det at informasjonen skal

²⁰⁰ Se punkt 5.2 og 5.3.3.

²⁰¹ Se punkt 5.3.

²⁰² Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 303.

²⁰³ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 303-304.

²⁰⁴ *Spasic*, avsnitt 11.

oversendes «as soon as possible». Reguleringsene innebærer en forutsetning om at påtalemyndigheten skal avslutte sin forfølgning dersom det konkluderes med at den er i strid med CISA artikkel 54.²⁰⁵ Resultatet av at påtalemyndigheten må innstille forfølgningen, taler for at enhver ny forfølgning som utføres av påtalemyndigheten er forbudt etter CISA artikkel 54.

En slik praktisering av CISA artikkel 54 legges også til grunn av de nederlandske myndighetene. Nederland tolker artikkelen dithen at nederlandsk påtalemyndighet forbys enhver befattning med et forhold som er endelig avsluttet etter CISA artikkel 54.²⁰⁶

Gjennomgangen av hensynene ovenfor viser at en ny forfølgning etter CISA artikkel 54 vil foreligge før tiltale tas ut og før domstolen involveres. Hensynene gir ikke samlet et klart uttrykk for på hvilket eksakt tidspunkt man står overfor en ny forfølgning, utover at de taler sterkt for at påtalemyndigheten ikke kan innlede en forfølgning. For å best ivareta hensynene og særlig det sentrale hensynet om fri bevegelighet, vil det dermed være avgjørende at enhver forfølgning igangsatt av påtalemyndigheten må regnes som en ny forfølgning etter CISA artikkel 54. En slik forståelse av bestemmelsen vil være i tråd med tolkningen til de nederlandske myndighetene.

6.3 Forholdet mellom forbudet mot ny forfølgning og adgangen til gjenåpning

Spørsmålet om CISA artikkel 54 og dets forhold til gjenåpning vil aktualisere seg ved to ulike tilfeller. Det første tilfellet er hvor retten i landet som avsa den endelige avgjørelsen, åpner for gjenåpning. Det andre tilfellet er hvor retten i andreforfølgerlandet åpner for at den endelige avgjørelsen fra førsteforfølgerlandet kan gjenåpnes. Spørsmål hvor andreforfølgerlandet ønsker å straffeforfølge på grunnlag av at det faktisk har vært adgang til gjenåpning, har ikke vært behandlet i EU-domstolen. Som nevnt har imidlertid domstolen i *M.*-saken svart på hvorvidt en avgjørelse skal regnes som endelig, når det har vært en teoretisk mulighet til å gjenåpne saken. Her konkluderte domstolen med at en avgjørelse fortsatt regnes som endelig, selv om det fantes en teoretisk mulighet til gjenåpning dersom nye fakta eller nye bevis oppstod. Videre uttrykte domstolen følgende:²⁰⁷

²⁰⁵ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 304.

²⁰⁶ Se *Miraglia*, avsnitt 22.

²⁰⁷ *M.*, avsnitt 40.

«Furthermore, in view of the need to verify that the evidence relied on to justify the reopening of the proceedings is indeed new, any new proceedings, based on such possibility of reopening, against the same person for the same acts can be brought only in the Contracting State in which that order was made.»

Uttalelsen viser at adgangen til gjenåpning, under enhver omstendighet, skal forbeholdes det landet som har avsagt avgjørelsen. Andreforfølgerlandet avskjæres fra adgangen til å gjenåpne en avgjørelse, selv om det oppstår nye fakta eller nye bevis som rokker ved den første avgjørelsen. Begrunnelsen ser ut til å være at domstolen mener det landet som først avsa den endelige avgjørelsen, også vil være best egnet til å vurdere om de påberopte bevisene faktisk er nye.

Som en følge av at gjenåpning ikke kan skje i et annet land enn det landet som avsa den endelige avgjørelsen, oppstår det dermed ingen transnasjonal dimensjon ved gjenåpningsspørsmål. Reguleringen i CISA artikkel 54 av hva som regnes som en ny forfølgning er derfor klart adskilt fra adgangen til gjenåpning.

6.4 Parallell forfølgning

CISA artikkel 54 og de øvrige artiklene i CISA inneholder ingen klar regulering av hvorvidt det er anledning til at ulike land foretar en parallell straffeforfølgning. EU-domstolen har heller ikke berørt problemstillingen. Eurojust, som er et EU-organ med formål å styrke det europeiske samarbeidet mot grov grenseoverskridende kriminalitet, har uttalt at parallell forfølgning er fordelaktig.²⁰⁸ Begrunnelsen beror på at en parallell forfølgning i to eller flere stater anses som det mest hensiktsmessige for å bekjempe grenseoverskridende kriminalitet. Tankegangen ser ut til å basere seg på at dess flere stater som arbeider med en straffeforfølgning, jo større sannsynlighet er det for at et kriminelt forhold blir avdekket.

Adgangen som to ulike land har til parallelt å forfølge det samme straffbare forholdet oppstiller imidlertid en rekke jurisdiksjonsrettslige problemstillinger. Forutsetningen for en vellykket pa-

²⁰⁸ Report on EuroJust's casework in the field of prevention and resolution of conflicts of jurisdiction, 16. februar 2018.

rallellforfølgning beror på et nært og tett samarbeid mellom medlemsstatene. Manglende kommunikasjon mellom medlemsstater som driver en parallell forfølgning vil kunne resultere i at kun deler av et kriminelt forhold blir strafferettslig sanksjonert.²⁰⁹

Videre vil en vellykket parallellforfølgning forutsette at et av de forfølgende landene pekes ut for å endelig forfølge det straffbare forholdet. Dette følger av at begge landene naturligvis ikke kan endelig forfølge samme straffbare forhold uten at det vil stride mot CISA artikkel 54. Jurisdiksjonsbestemmelsene står sentralt ved utvelgelsen av hvilket land som har anledning og rett til å forfølge et straffbart forhold. En nærmere redegjørelse for jurisdiksjonsreglene og hvordan samarbeidet fungerer i praksis, vil imidlertid falle utenfor temaet for denne avhandlingen og behandles derfor ikke nærmere. Det bemerkes likevel at EuroJust og andre EU-organer arbeider aktivt med å sørge for at gjennomføringen av et slikt grenseoverskridende strafferettsligsamarbeid lar seg gjennomføre. Organisasjonene bidrar også til å sørge for at samarbeidet ikke overtrer den grensen som følger av CISA artikkel 54.

Mens CISA artikkel 54 ser ut til å støtte opp om en parallell straffeforfølgning frem til den første ileggelsen av en straffesanksjon, har EMD vært noe mer tilbakeholden med å tillate en parallell forfølgning etter EMK TP 7 artikkel 4.²¹⁰ Begrunnelsene for ulikheten må ses i sammenheng med bestemmelsenes ulike anvendelsesområde.

Parallell forfølgning vil, som nevnt, etter CISA artikkel 54 begrunnes ved muligheten til å få full tilgang på informasjon om grenseoverskridende forhold. En begrenset adgang til parallell forfølgning vil motsetningsvis fungere som en prosessuell sperre i få avdekket det fulle saksforholdet i et kriminelt forløp. EMK TP 7 artikkel 4 gjelder på den annen side kun for forhold innad i det samme landet,²¹¹ og en parallell forfølgning etter denne bestemmelsen vil ikke kunne ivareta det samme formålet som CISA artikkel 54.

Forfølgningen i et land vil være underlagt de samme nasjonale reglene, og to ulike forfølgninger må formodentligvis enklere kunne samkjøre en bevisinnhenting og straffeforfølgning gjennom

²⁰⁹ Se nærmere om dette under punkt 7.2.

²¹⁰ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 293-299.

²¹¹ *Krombach mot Frankrike* og EMDs Case-law guide om «Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights», 30. September 2021 s. 6.

en enkelt forfølgning. Siden det fulle saksforholdet vil kunne avklares gjennom en enkelt forfølgning, vil det – i motsetning til grenseoverskridende tilfeller – derfor ikke være et behov for en like utstrakt adgang til parallell forfølgning.

6.5 CISA artikkel 55 – unntak for visse handlinger

6.5.1 Overordnet om ordlyden

Schengen-avtalen inneholder en regulering som åpner for at medlemsstatene ved ratifisering, aksept og godkjenning av Schengen-avtalen, har anledning til å være unntatt forbudet i CISA artikkel 54 i tre nærmere bestemte tilfeller. CISA artikkel 55 nr. 1 regulerer unntaksadgangen og lyder som følgende:

«A Contracting Party may, when ratifying, accepting or approving this Convention, declare that it is not bound by Article 54 in one or more of the following cases:

- (a) where the acts to which the foreign judgment relates took place in whole or in part in its own territory; in the latter case, however, this exception shall not apply if the acts took place in part in the territory of the Contracting Party where the judgment was delivered;
- (b) where the acts to which the foreign judgment relates constitute an offence against national security or other equally essential interests of that Contracting Party;
- (c) where the acts to which the foreign judgment relates were committed by officials of that Contracting Party in violation of the duties of their office.»

Hver bokstav åpner for å unnta anvendelsen av CISA artikkel 54 i ulike tilfeller. Kort oppsummert innebærer bokstav a at en stat har anledning til å straffeforfølge et forhold, dersom handlingen har skjedd helt eller delvis på statens territorium. Bokstav b åpner for å straffeforfølge dersom den straffbare handlingen utgjør et brudd på statens nasjonale sikkerhet eller andre lignende grunnleggende interesser. Til slutt gir bokstav c medlemsstatene adgang til å straffeforfølge en stats tjenestemenn som har utført straffbare handlinger i utlandet, hvor handlingen er i strid med tjenestemennenes tjenesteplikter.

6.5.2 Norges unntak med hjemmel i CISA artikkel 55 nr. 1

Medlemsstatene har i varierende grad valgt å benytte seg av unntaksadgangene.²¹² Norge har imidlertid valgt å benytte seg av alle unntakene. I straffeloven § 8 tredje ledd bokstav a til c, er det inntatt konkrete straffbare handlinger hvor forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i CISA artikkel 54 *ikke* skal sperre for en ny forfølgning i Norge. Hver bokstav i straffeloven § 8 tredje ledd korresponderer med unntakene i de tilsvarende bokstavene i CISA artikkel 55 nr. 1.

Mens straffeloven § 8 tredje ledd bokstav a og c er direkte oversettelser av CISA artikkel 55 nr. 1, oppgir § 8 tredje ledd bokstav b en rekke konkrete straffehandlinger som ikke skal underlegges et forbud mot ny forfølgning. Etter bestemmelsen skal avgjørelser fra andre Schengen-land om følgende handlinger, ikke ilegges sperrevirkning mot ny forfølgning i Norge, når:

«b) handlingen er straffbar i Norge som krigsforbrytelse, folkemord, lovbrudd mot statens selvstendighet og sikkerhet, lovbrudd mot statsforfatningen og det politiske system, eller som kapring, sabotasje mot infrastrukturen, grovt narkotikalovbrudd, ulovlig befatning med plutonium og uran, eller grov brannstiftelse eller annen særlig farlig ødeleggelse.»

Som jeg viste til ovenfor, åpner CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav b for unntak fra forbudet mot gjentatt straffeforfølgning for avgjørelser, hvor de straffbare handlingene utgjør «an offence against national security or other equally essential interests of that Contracting Party».

Hva som utgjør «an offence against national security» er ikke helt klart. Ordlyden er vid og omfatter dermed en rekke handlinger. Overordnet må den likevel forstås å omfatte de handlinger som utgjør en trussel og svekkelse av den nasjonale sikkerheten til statsforfatningen og de statsorganer som skal sørge for at statsforfatningen består.

Ettersom de øvrige handlingene som kan straffeforfølges etter denne bestemmelsen må være «equally essential interests», må disse interessene tolkes i lys av «national security». Handlingene som kan straffeforfølges må derfor være i en lignende kategori som nasjonal sikkerhet. De interesser som søkes beskyttet må videre ha en tilsvarende kvalitativ grunn til beskyttelse som den nasjonale sikkerheten. Til illustrasjon kan det vises til at Tyskland for eksempel har gjort unntak for straffbare handlinger rettet mot statens indre og ytre sikkerhet, mens Frankrike valgte

²¹² Se Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 306 med videre henvisning.

å gjøre unntak for forræderi, spionasje, bombeangrep eller andre angrep eller sammensvergelses som truer republikkens institusjoner, territorium eller forsvar.²¹³

De førstnevnte handlingene i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b vil derfor klart nok kunne falle innunder ordlyden til CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav b. De sistnevnte handlingene – kapring, grovt narkotikalovbrudd, ulovlig befatning med plutonium og uran og grov brannstiftelse eller annen særlig farlig ødeleggelse – kan imidlertid vanskelig regnes som handlinger som i seg selv utgjør en trussel og svekkelse av den nasjonale sikkerheten eller andre tilsvarende interesser.

Inkluderingen av grovt narkotikalovbrudd er særs betenkelig, idet det er denne type kriminalitet som i stor grad aktualiserer CISA artikkel 54.²¹⁴ Slik bestemmelsen i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b er utformet, ser det ut til at Norge har tatt forbehold om å kunne straffeforfølge grove narkotikalovbrudd, selv om det samme narkotikalovbruddet allerede har blitt avgjort ved en endelig avgjørelse i en annen medlemsstat.

Straffelovkommisjonen ser ikke ut til å ha vurdert om de konkrete handlingene som fremgår av straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b omfattes av CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav b.²¹⁵ Forarbeidene viser likevel at kommisjonen er bevisst på betenkeligheten av å inkludere for mange straffbare handlinger i unntaksbestemmelsen ettersom de uttrykker at en for lang opplisting av ulike straffbare handlinger kan risikere i å utgjøre et brudd på konvensjonsforpliktelsen.²¹⁶

Spørsmålet blir heller ikke berørt i proposisjonen til straffeloven.²¹⁷ Her understrekes det i stedet at straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b er ment kun å få anvendelse når det er et «forholdsvis markant avvik mellom resultatet av forfølgningen i utlandet og det som må antas å bli utfallet av en forfølgning etter norsk straffelovgivning».²¹⁸ Forarbeidsuttalelsen gir uttrykk for at bestemmelsen er ment å sikre at den straffeforfølgte får en forholdsmessig riktig straffutmåling fra et norsk ståsted for den aktuelle straffbare handlingen. En slik tankegang, om at et enkelt

²¹³ Se Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 306 med videre henvisning.

²¹⁴ Se f.eks. *Gözütok og Brügger, Miraglia, Van Esbroeck, Van Straaten*, dom av 18. juli 2007, *Kraaijenbrink*, C-367/05 EU:C:2007:444 (*Kraaijenbrink*) og *Mantello*.

²¹⁵ NOU 2002: 4.

²¹⁶ NOU 2002: 4 s. 207.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004).

²¹⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 407.

lands straffutmåling skal være den riktige, står i sterk kontrast til det sentrale hensynet om gjensidig tillit til medlemsstatene. Som jeg har redegjort for, viser avgjørelsene fra EU-domstolen at det er uten betydning at avgjørelsen fra en medlemsstat hadde fått et annet utfall om den ble straffeforfulgt i en annen medlemsstat.²¹⁹

En tysk domstol har sendt en forespørsel om en prejudisiell avgjørelse til EU-domstolen med to spørsmål om unntaksadgangen i CISA artikkel 55.²²⁰ I det første spørsmålet er det spurt om CISA artikkel 55 i det hele tatt kan regnes som gyldig i lys av forbudet mot gjentatt straffefølgning som er inntatt i EU-charteret. Denne problemstillingen berører jeg nærmere under punktet nedenfor. I det andre spørsmålet er det spurt om så fremt unntaket i CISA artikkel 55 regnes som gyldig, hvorvidt det tyske unntaket som omfatter kriminelle organisasjoner som driver med finansiell kriminalitet er gyldig. Den foreleggende domstolen har presisert at unntaket ikke forfølger noe politisk, ideologisk, religiøst eller verdensanskuelige formål, og at det heller ikke søker å oppnå innflytelse med uærlige midler over politikk, media, offentlig forvaltning, rettsvesenet eller økonomien. Forespørselen er foreløpig ikke besvart.

En avgjørelse om det sistnevnte spørsmålet vil være av stor interesse for Norge. Den kortfattede beskrivelsen av det tyske straffebudet gir uttrykk for at dette straffebudet lider av det samme problemet som gjør seg gjeldende ved flere av handlingene i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b. Som nevnt kan det vanskelig ses at disse handlingene utgjør en trussel og svekkelse av den nasjonale sikkerheten i Norge eller andre tilsvarende interesser.

Slik jeg vurderer det, ser det ut til at deler av straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b står i motstrid til CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav b. Ved anvendelsen av den norske straffelovgivning er det imidlertid viktig å merke seg at det følger av § 2 at den kun gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig. Konsekvensen av dette er at Schengen-avtalens reguleringer ved motstrid vil gå foran straffeloven. De handlingene i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b som ikke kan regnes å være «an offence against national security or other equally essential interests» er dermed ikke gjeldende.

²¹⁹ Se f.eks. *Van Esbroeck*, avsnitt 30 og *Gasparini*, avsnitt 30.

²²⁰ Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Bamberg (Germany) lodged on 11 June 2021 – Criminal Proceedings against MR, Case 365/21 – Official Journal of the European Union, C 320, 9/8/2021 p. 32.

6.5.3 Betydningen av at Schengen-avtalen ble integrert inn i EU-regelverket

Selv om deler av unntaket inntatt i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b ser ut til å ikke stå seg for Norges vedkommende, har rettsutviklingen resultert i at det er uklart hvorvidt unntaksadgangene i CISA artikkel 55 i sin helhet er gyldige overfor EU-medlemsstatene. Uklarheten om bestemmelsens gyldighet skyldes integrasjonen av Schengen-regelverket inn i EU-retten. En konsekvens av integrasjonen er at Schengen-regelverket må være i tråd med primærretten, herunder EU-charteret.²²¹ Dette oppstiller problemstillingen om hvorvidt de unntak som følger av CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a til c harmoniserer med EU-charterets artikkel 52 nr. 1. Som tidligere redegjort for, er *ne bis in idem*-prinsippet inntatt i charteret som en grunnleggende rettighet i EU-charterets artikkel 50. Ettersom CISA artikkel 55 innebærer en begrensning i denne rettigheten, må man vurdere hvorvidt unntakene i bestemmelsens nr. 1 bokstav a til c, oppfyller kravene som følger av EU-charteret artikkel 52 nr. 1.

Siden Norge ikke er en del av EU, vil ikke problemstillingen aktualiseres overfor Norge. I det følgende vil det likevel bli sett på hvilken betydning det har for de øvrige medlemsstatene at Schengen-avtalen er integrert inn i EU-regelverket.

EU-domstolen ble i *Kossowski*-saken spurt om Tysklands forbehold etter CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a fortsatt var gyldig etter at Schengen-avtalen var blitt en del av EU-regelverket. Handlingene i *Kossowski*-saken hadde skjedd i Tyskland, mens det ble avsagt en frifinnende avgjørelse i Polen. EU-domstolen svarte imidlertid ikke på om unntaket fortsatt var gyldig, siden de i stedet fastslo at den polske avgjørelsen uansett ikke hadde sperrende effekt.²²²

Spørsmålet om gyldigheten til unntaket i CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a ble derimot behandlet i generaladvokatens forslag.²²³ Sett hen til det sentrale hensynet og behovet for gjensidig tillit mellom EUs medlemsstater og formålet om at unionen skal være et område for frihet, sikkerhet og rettferdighet, fastslo Generaladvokaten innledningsvis at unntaket i CISA artikkel 55 nr. 1

²²¹ Se punkt 2.3.2.

²²² Se punkt 5.3.3 for en nærmere redegjørelse av saksforholdet i *Kossowski*-saken.

²²³ *GA Kossowski*, avsnitt 23-68.

bokstav a, som et klart utgangspunktet, ikke kan anses gyldig.²²⁴ Han viste likevel til hva som kreves for at det skal gjøres unntak fra utgangspunktet.²²⁵

«An exception could only be made to this conclusion if it were justified by the need to give the reservation useful effect in favour of a superior interest which would not hinder the area of freedom, security and justice.»

For at CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a skal være gyldig, må det for det første foreligge et behov som har en nytteeffekt for en overordnet interesse. For det andre kan ikke ivaretagelsen av dette behovet hindre praktiseringen av EUs formål om et område for frihet, sikkerhet og rettferdighet.

Generaladvokaten så deretter på særlige behov som var anført å utgjøre en nytteeffekt for en overordnet interesse, slik at unntaket i CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a, som omhandler straffeforfølgning på grunnlag av at handlingen har skjedd på den straffeforfølgende stats territorium, fortsatt måtte anses å være relevant og dermed gjeldende. Generaladvokaten kunne ikke se at de anførte behovene endret det klare utgangspunktet, og generaladvokatens konklusjon var at han ikke kunne se at det lenger er noen nødvendighet for forbeholdet fastsatt i CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a, verken i denne saken eller i noen annen sak.²²⁶

Selv om generaladvokatens vurdering ble foretatt i forbindelse med CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a, er det relevante vurderingstemaet generelt og vil ha overføringsverdi til de øvrige unntakene som følger av bestemmelsen.

Mens det vanskelig kan sies å finnes et behov som har en nytteeffekt for en overordnet interesse i relasjon til CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav a og c, stiller unntaket i bokstav b seg noe annerledes. For spørsmålet om unntak for sperrevirkning for handlinger som utgjør en krenkelse av en stats sikkerhet og andre lignende grunnleggende interesser, vil en stats behov for å straffe denne type handlinger ha en tydeligere nytteeffekt for en overordnet interesse.²²⁷ Videre oppstår de handlingene som omfattes av bestemmelsen så sjelden at behovet for unntaket i liten grad vil

²²⁴ *GA Kossowski*, avsnitt 48.

²²⁵ Avsnitt 49.

²²⁶ Avsnitt 67.

²²⁷ Se i samme retning Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 307-308.

aktualiseres. Dermed utgjør unntaket liten begrensning på EUs formål om et område for frihet, sikkerhet og rettferdighet.

Spørsmålet er imidlertid ikke avklart. Som nevnt er det oversendt en forespørsel til EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse om gyldigheten av CISA artikkel 55. Per 10. mai 2022 er det ikke avsagt noen avgjørelse eller kommet uttalelse fra generaladvokaten om innstilling til dom. Hvorvidt EU-domstolen vil følge argumentasjonen til generaladvokaten i *Kossowski* ved denne saken er uklart. Generaladvokatens vurdering viser i det minste at forbeholdene etter CISA artikkel 55 ikke kan regnes som en selvfølgelighet.

7 Hva kategoriseres som samme forhold?

7.1 Innledning

Dersom det foreligger en avgjørelse med sperrevirkning, vil en stat ikke kunne innlede en ny forfølgning dersom den allerede avsagte avgjørelsen omhandlet «the same acts». Anvendelsen av CISA artikkel 54 beror altså på at de to forfølgningene retter seg mot samme faktiske handling eller det samme forholdet. Denne delen av regelen går ut på å fastsette de nærmere grensene for hva som utgjør objektet i forbudet.

Ut fra et tradisjonelt prosessrettslig perspektiv innebærer vurderingen av samme forhold en vurdering av hvor langt den negative rettskraften strekker seg. Diskusjonen om hva som utgjør samme forhold i *ne bis in idem*-regelen sammenfaller derfor i stor grad med diskusjonen om rettskraftens objektive side. Av alle tolkningsspørsmål innenfor forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er dette et av de spørsmålene som har ført til mest diskusjon.²²⁸

Klarleggingen om hvorvidt man står overfor samme forhold har i lang tid blitt delt opp i begrepene *idem crimen* og *idem factum*. Førstnevnte begrep – *idem crimen* – innebærer et krav om rettslig identitet. Ved vurderingen av om det er snakk om samme forhold skal man se hen til om de to forholdene har samme rettslige identitet. For forbudet mot gjentatt straffeforfølgning innebærer dette at man ser på om den nye forfølgningen har samme rettslige identitet som den allerede avsagte avgjørelsen. Er den rettslige identiteten lik i begge sakene, vil *idem crimen* tale for at det er samme forhold. Det andre begrepet – *idem factum* – beror på at man ser hen til identiteten i faktumet. Vurderingen vil da avhenge av den enkelte rettsanvenders tolkning av om de konkret oppgitte fakta virkelig er samsvarende. Dersom disse to forholdene er tilstrekkelig samsvarende, vil *idem factum* tale for at det er samme forhold.

Fra et rent forutsigbarhetsperspektiv vil en tolkning basert på karakteren til forbrytelsen – *idem crimen* – være å foretrekke. Vurderingen vil da avhenge av klart definerbare, normative kriterier. Dersom den ene handlingen inneholder et annet normativt element enn den andre handlingen, vil det være snakk om to ulike forhold. For å ivareta rettssikkerheten må det imidlertid ses på mer enn bare objektiv forutsigbarhet. For den enkelte som utsettes for en straffeforfølg-

²²⁸ Helenius s. 223.

ning, vil det beste være å operere med en vid tolkning av samme forhold. Tolkningen må imidlertid avbalanseres mot straffeprosessens formål om å realisere et straffansvar. En alt for vid tolkning vil resultere i en svekket tillit til rettssystemet.

Ordlyden i CISA artikkel 54 gir ikke veiledning ved valg av tilnærming til hva som utgjør samme forhold, utover at den viser at det må være snakk om «the same acts» – de samme faktiske handlingene. Det blir derfor nødvendig å se hen til øvrige rettskilder fra EU-retten som kan kaste lys over hvordan man vurderer om noe utgjør samme forhold. I mangel på forarbeider til Schengen-avtalen vil praksis fra EU-domstolens prejudisielle avgjørelser være av særlig betydning.

EU-domstolen har i varierende grad gått langt i å klarlegge hva som utgjør «the same acts» i konkrete situasjoner. I det følgende skal jeg se nærmere på sentrale avgjørelser og redegjøre for hvordan EU-domstolen har tilnærmet seg vurderingen av om den nye forfølgningen gjelder den samme faktiske handlingen som i en allerede avsagt avgjørelse.

7.2 EU-domstolens praksis

7.2.1 Generelle retningslinjer

Det var lenge uklart om man ved tilnærmingen til «the same acts» i CISA artikkel 54 skulle ta utgangspunkt i *idem crimen* eller *idem factum*. EU-domstolen avklarte dette spørsmålet i *Van Esbroeck*-dommen.

Saken gjaldt smugling av narkotika fra Belgia til Nederland. Leopold Henri Van Esbroeck ble 2. oktober 2000 dømt av Bergen tingrett til fengsel i fem år for innførsel av narkotiske stoffer til Norge. Etter å ha sonet deler av dommen, ble han 8. februar 2002 prøveløslatt og ført tilbake til Belgia. Innen et år senere, 27. november 2002, tok belgisk påtalemyndighet ut tiltale mot Van Esbroeck for utførsel av narkotiske stoffer. Utførselen av narkotiske stoffer knyttet seg til det samme partiet narkotiske stoffer som Van Esbroeck var dømt for å ha innført til Norge. I de første rettsrundene ble Van Esbroeck på nytt dømt. De lavere domstolene i Belgia baserte konklusjonen på FNs narkotikakonvensjon²²⁹ artikkel 36, som beskrev innførsel og utførsel av narkotiske stoffer som ulike forhold når lovovertrедelsen skjedde i ulike land.²³⁰ Saken gikk helt

²²⁹ 1961 Single Convention on Narcotic Drugs, as amended by the 1972 Protocol ('the Single Convention').

²³⁰ *Van Esbroeck*, avsnitt 12.

opp til belgisk Høyesterett, som forela EU-domstolen spørsmålet om hvordan «samme forhold» i CISA artikkel 54 skulle tolkes. Domstolen oppsummerte det følgende som avgjørende:²³¹

«(...) the relevant criterion for the purposes of the application of that article of the CISA is identity of the material acts, understood as the existence of a set of facts which are inextricably linked together, irrespective of the legal classification given to them or the legal interest protected.»

EU-domstolen konkluderte på denne bakgrunn med at innførsel og utførsel av narkotika var samme handling, og at den norske avgjørelsen hadde sperrevirkning mot ny forfølgning i Belgia. Uttalelsen viser at EU-domstolen slo fast at *idem crimen* ikke er relevant ved fastleggelsen av samme forhold etter CISA artikkel 54. Det er uten betydning hvilken rettslig klassifisering en handling har, og det kan heller ikke vektlegges at bestemmelsene søker å ivareta ulike forhold.

Domstolens konklusjon berodde på artikkelens ordlyd og at formålsbetraktningene trakk i retning av å avfeie *idem crimen* som et relevant kriterium.²³² Domstolen poengterte at bevegelsesfriheten ville bli innskrenket dersom samme faktiske handling kunne forfølges i ulike medlemsstater. Siden straffelovgivningen til medlemsstatene i Schengen-avtalen ikke er harmonisert, ville vektleggingen av *idem crimen* kunne føre til like mange hindringer for den frie bevegelsen i Schengenområdet som det var straffebestemmelser i medlemslandene.²³³

Etter EU-charteret artikkel 50, og særlig i forbindelse med konkurransesaker, har EU-domstolen anlagt en annen tilnærming til spørsmålet om noe skal regnes som samme forhold. I disse saks typene kan det se ut til at domstolen benytter en snevrere vurdering ved å forutsette at de to sakene, utover å omhandle det samme faktum, også handler om samme beskyttede rettslige interesse.²³⁴ Tilnærmingen til vurderingen etter EU-charteret artikkel 50 illustrerer at det ikke foreligger en konsekvent oppfatning av hva som utgjør samme forhold på EU-nivå.²³⁵

²³¹ Van Esbroeck, avsnitt 42.

²³² Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 336.

²³³ Van Esbroeck, avsnitt 31-35.

²³⁴ Se f.eks. forent dom av 7. januar 2004, *Ahlborg Portland m.fl.*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6 (*Cement*), avsnitt 338.

²³⁵ Se Rossi-Macciano, Pierpaolo, «A Reasoned Approach to Prohibiting the Bis in Idem», *eu crim*, issue 2021, s. 197-284 på s. 266-273 og Helenius s. 246 med videre henvisninger til kritikk mot denne tolkningspraksisen.

Rettssetningen som ble lagt til grunn i *Van Esbroeck*-saken om tilnærmingen til «the same acts» i CISA artikkel 54 er fulgt opp i flere senere avgjørelser.²³⁶ Utgangspunktet ble understreket i den påfølgende *Van Straaten*-saken. Her var det også et sentralt spørsmål om hvorvidt inn- og utførsel av narkotika utgjorde samme faktiske handling. Domstolen slo fast at inn- og utførsel av det samme narkotiske stoffet som utgangspunkt skulle regnes som samme faktiske handling etter CISA artikkel 54.²³⁷ Utover denne stadfestelsen bestod domstolens konklusjon av nærmere vurderingsmomenter som den nederlandske domstolen var nødt til å benytte ved en endelig subsumsjon av spørsmålet i saken.

Ved å sammenligne avgjørelsen i *Van Straaten*-saken med generaladvokatens forslag, ser man at EU-domstolen følger argumentasjonsmønsteret som ble skissert av generaladvokat Sharpston.

Hvorvidt to forfølgninger skal regnes som samme faktiske handling beror på en helhetsvurdering. Det skal ikke oppstilles nærmere bestemte vilkår, men heller ses hen til relevante momenter som kan vektlegges i helhetsvurderingen. Oppsummert er det relevante å se hen til om de ulike forfølgningene knytter seg til.²³⁸

«A single time, a single place, but, also a single intention.»

For det første må det ses på om det er sammenheng i tid og sted mellom hendelsene som ligger til grunn for de ulike forfølgningene.²³⁹ For det andre må det ses hen til gjerningspersonens psykiske innstilling til lovovertrедelsen.²⁴⁰ Generaladvokaten presiserer imidlertid at momentene ikke må samsvare til enhver tid.²⁴¹ Eventuelle avvik i tid, sted eller psykisk innstilling kan imidlertid ikke være så store at det dreier seg om ulike faktiske handlinger. Hvor denne grensen går må avgjøres konkret og skjønnsmessig ut fra den enkelte sak.

²³⁶ Se *Van Straaten*, avsnitt 53, *Gasparini*, avsnitt 54-55, dom av 18. juli, *Kretzinger*, C-288/05 EU:C:2007:441 (*Kretzinger*), avsnitt 29-34 og *Kraaijenbrink*, avsnitt 26-32.

²³⁷ *Van Straaten*, avsnitt 53 tredje strekpunkt.

²³⁸ *GA Kretzinger*, avsnitt 81.

²³⁹ Avsnitt 79.

²⁴⁰ Avsnitt 80.

²⁴¹ Avsnitt 82.

Vurderingstemaet har i utgangspunktet likhetstrekk med vurderingen som gjøres i en rekke europeiske land, og til dels samsvarer den med vurderingen av om to saker angår samme faktiske handling etter norsk straffeprosess.²⁴² Som min kommende gjennomgang av avgjørelser fra EU-domstolen viser, kan det se ut til at domstolen, sett hen til de konkrete saksforholdene, ikke nødvendigvis følger opp sitt eget utgangspunkt.

7.2.2 Van Straaten-dommen

Det nærmere saksforholdet var at Jean Leon Van Straaten ble tiltalt i Nederland for blant annet å ha vært i besittelse av 1000 gram heroin, og for å ha importert denne heroinen fra Italia til Nederland. I det nederlandske rettssystemet ble Van Straaten ved dom av 23. juni 1983 frikjent for import av heroin, men dømt til fengsel i 20 måneder for besittelsen av heroinen og for noen andre urelaterte forhold. Over ti år senere innledet Italia en straffesak mot Van Straaten for besittelse av 5000 gram heroin, samt for suksessivt å ha utført denne heroinen i flere omganger fra Italia til Nederland. Mengden narkotika atskilte seg i de to ulike tiltalene, men utover dette var det snakk om samme parti narkotika i omtrent samme tidsperiode. Den italienske domstolen avsa 22. november 1999 en dom *in absentia*, hvor Van Straaten ble dømt til fengsel i ti år.

Domsresultatet resulterte i en merknad i Schengen-informasjonsystemet (SIS) hvor det fremgikk at Van Straaten måtte anholdes og utleveres til Italia, slik at fengselsstraffen kunne fullbyrdes. Van Straaten reiste på den bakgrunn søksmål for nederlandske domstoler med krav om at italienske myndigheter hadde plikt til å slette merknaden, siden han allerede hadde blitt dømt for det samme forholdet i Nederland i 1983. Med dette bakteppet ble saken overført til EU-domstolen for en prejudisiell avgjørelse om hva som utgjorde samme faktiske handling etter CISA artikkel 54.

Det springende punktet i *Van Straaten*-saken var betydningen av at det var ulike mengder narkotika i de to forfølgningene. Domstolen presiserte at i saker om narkotika kunne det ikke oppstilles et krav om fullstendig identitet mellom de relevante momentene. Domstolen uttalte i den forbindelse at CISA artikkel 54 måtte forstås på følgende måte:²⁴³

²⁴² Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 338.

²⁴³ *Van Straaten*, avsnitt 53.

«(...) In the case of offences relating to narcotic drugs, the quantities of the drug that are at issue in the two Contracting States concerned or the persons alleged to have been party to the acts in the two States are not required to be identical.

Punishable acts consisting of exporting and of importing the same narcotic drugs and which are prosecuted in different Contracting States party to that Convention are, in principle, to be regarded as 'the same acts' for the purposes of Article 54 of the Convention, the definitive assessment in that respect being the task of the competent national courts.»

Uttalelsen viser at ulike mengder narkotika eller ulike involverte personer, ikke i seg selv er avgjørende for at noe ikke lenger skal regnes som det samme forholdet. Hvor stort avvik som skal tillates presiseres ikke, men er opp til den nasjonale domstolen å foreta en endelig vurdering av. Isolert sett kan uttalelsen se ut til å legge opp til en svært vid vurdering av hva som utgjør samme faktiske handling. At det skal regnes som samme faktiske handling av besittelse eller inn- og utførsel, dersom den straffeforfulgte er i besittelse av samme narkotiske stoff ved ulike anledninger, selv om det er et mindre og ubetydelig avvik i mengden narkotika, fremstår etter uttalelsen som klart. Spørsmålet er imidlertid hvor stort avvik i mengden narkotika som kan tillates før de to ulike besittelsene ikke lenger kan anses som samme faktiske handling.

Jon Petter Rui viser til at domstolens uttalelse ikke skal tolkes som at variasjon i mengden narkotika generelt ikke skal ha betydning for vurderingen av om man står overfor samme forhold.²⁴⁴ Tvert imot bør det i noen tilfeller være mulig å bedømme to handlinger som forskjellige, dersom mengden narkotika er vesentlig forskjellige i mengde. Dette bør gjelde også ved inn- og utførsel av narkotika. Dersom det foreligger en dom for innførsel av et mindre kvantum narkotika, men senere opplysninger viser at denne mengden kun utgjorde en liten del av et vesentlig større parti narkotika, bør det være mulig å sette i gang en ny rettsprosess for den større mengden. Han viser til at hensynet til tilliten til rettssystemet og hensynet til en effektiv strafferettspleie trekker i denne retningen.

²⁴⁴ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 340-343.

For mange land utgjør mengden narkotika en sentral del av hvilket straffebud som skal anvendes og hvilken straffereaksjon som skal ilegges.²⁴⁵ Oppdagelsen og den påfølgende domfellelsen av noen med et visst kvantum narkotika, vil kunne resultere i at en dom for vanlig narkotikaovertrødelse sperrer for domfellelse for det som i realiteten – i lys av den totale mengden narkotika – skulle ha vært en domfellelse for grov narkotikaovertrødelse. En løsnung hvor store avvik i mengden narkotika er uten betydning vil harmonisere dårlig med lovgivningen til medlemsstatene.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Kraaijenbrink*-saken²⁴⁶ understreker – på lik linje med Jon Petter Rui – at uttalelsen til EU-domstolen i *Van Straaten*-saken ikke kan tolkes dithen at avvik i mengden av ulovlig varer ikke har betydning. Generaladvokaten påpeker at uttalelsen heller må forstås som at det ikke kreves fullstendig identitet mellom gjerningene.

7.2.3 Gasparini-dommen

Avgjørelsen i *Gasparini* gir uttrykk for en vid forståelse av hva som utgjør samme forhold. Et av spørsmålene i saken var om markedsføring av ulovlig innført olivenolje, utgjorde et selvstendig straffbart forhold, eller om det måtte ses på som en del av samme forhold som den ulovlige innførselen av olivenoljen.²⁴⁷

Spansk påtalemyndighet mente at markedsføringen for å selge ulovlig innført olivenolje måtte anses som en annen faktisk handling enn den ulovlige innførselen.²⁴⁸ De tiltalte mente derimot at markedsføringen inngikk som en del av innførselen, og at disse to handlingene ikke kunne forfølges i to ulike straffesaker.²⁴⁹ Argumentasjonen gikk ut på at når varene først ble innført med hensikt at de skulle selges, måtte innførsel og markedsføring av varene anses som uløselig tilknyttet hverandre. EU-domstolen måtte derfor svare på om markedsføring av varer i en medlemsstat, etter at varene er ulovlig innført til denne medlemsstaten, utgjorde enkelte ledd i

²⁴⁵ Illustrerende er den norske narkotikalovgivningens som opererer med visse terskelmengder for å kategorisere et narkotikalovbrudd som grovt eller ikke, se strl. § 232 første ledd bokstav b og Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett* s. 50-66.

²⁴⁶ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 5. desember 2006, sak C-367/05 (*GA Kraaijenbrink*), avsnitt 36.

²⁴⁷ Se *Gasparini*, avsnitt 20 punkt 4 bokstav b.

²⁴⁸ *GA Gasparini*, avsnitt 23.

²⁴⁹ Avsnitt 24.

samme faktiske handling eller om markedsføringen utgjorde en selvstendig handling i forhold til innførselen.

EU-domstolen henviste først til den generelle uttalelsen fra *Van Esbroeck*-saken om at avgjørende var om atferden kunne anses som en sammenhengende faktisk handling.²⁵⁰ Domstolen konkluderte deretter med følgende:²⁵¹

«It follows from the foregoing that the marketing of goods in another Member State, after their importation into the Member State where the accused was acquitted, constitutes conduct which may form part of the 'same acts' within the meaning of article 54 of the CISA.»

Utover at uttalelsen viser at det er adgang til å regne markedsføring i etterkant av en ulovlig innførsel av en vare som samme handling som den ulovlige innførselen, gir dommen liten veiledning for løsningen. Domstolen konkluderte i tråd med generaladvokatens forslag, slik at forslaget vil bidra til å kaste lys over hva som ligger til grunn for uttalelsen.

Generaladvokaten har en noe mer inngående vurdering enn EU-domstolen, men med det samme utgangspunktet som EU-domstolen. I lys av dette konkluderer generaladvokaten med følgende:²⁵²

«(...) the unlawful importation and the sale of the same goods are not always 'a set of facts which are inextricably linked together in time, in space and by their subject-matter'. As a result, they are not necessarily the 'same acts' for the purposes of Article 54 of the CISA as interpreted by the Court in *Van Esbroeck*. Or, to use the words of the referring court, the sale of unlawfully imported goods does not necessarily form an integral part of the importation.»

Uttalelsen kan umiddelbart se ut til å være en noe mer reservert tilnærming til spørsmålet enn det som fremgår av konklusjonen til EU-domstolen. Det vises her til at EU-domstolen uttaler at markedsføring og innførsel «may form part of the 'same acts'», mens generaladvokaten sier

²⁵⁰ *Gasparini*, avsnitt 56 med henvisning til *Van Straaten*, avsnitt 38.

²⁵¹ *Gasparini*, avsnitt 57.

²⁵² *GA Gasparini*, avsnitt 153.

at markedsføring «does not necessarily form an integral part of the importation». Generaladvokaten henviser imidlertid i det påfølgende avsnittet til et eksempel inntatt i notene, hvor eksempelet ser ut til å innebære en veldig vid adgang til å kategorisere noe som samme faktiske handling etter CISA artikkel 54:²⁵³

«For example, when the importer has already agreed to the sale, or effects it shortly after the unlawful importation of the goods.»

Sett i lys av saksforholdet i *Gasparini*-saken innebærer eksempelet at den ulovlige markedsføringen av olivenoljen i Spania, vil måtte regnes som samme faktiske handling som den ulovlige innførselen til Portugal, dersom det allerede ved innførselen til Portugal, eller kort tid etter innførselen, var klart at de senere skulle markedsføre olivenoljen i Spania.²⁵⁴

Generaladvokatens uttalelse legger opp til at det ikke skal stilles særlig strenge krav til den tidsmessige sammenhengen mellom de to handlingene. Selv om markedsføringen av den ulovlig innførte olivenoljen faktisk ville bli utført på et vesentlig annet tidspunkt enn selve innførselen, gir det ovennevnte eksempelet uttrykk for at dette ikke er av betydning. Videre kan det argumenteres for at den psykiske innstillingen vil være forskjellig ved henholdsvis ulovlig innførsel og ulovlig markedsføring.

Til tross for at EU-domstolen ser ut til å ha basert konklusjonen sin på generaladvokatens forslag, er generaladvokatens eksempel ikke inntatt i den endelige dommen. *Gasparini*-dommen gir i seg selv uttrykk for en vid avgrensning av hva som utgjør samme faktiske handling. Likevel gir avgjørelsen ikke klare holdepunkter for at man skal vurdere rekkevidden av hva som utgjør samme faktiske handling ut fra en like vid adgang som det generaladvokaten gir uttrykk for.

7.2.4 Kretzinger-dommen

Dommen omhandler ulovlig import av tobakk. Kretzinger fraktet ved flere anledninger innsmuglede sigaretter fra Hellas gjennom Italia og Tyskland, på vei til Storbritannia som endede-

²⁵³ *GA Gasparini*, avsnitt 154 med henvisning til note 119.

²⁵⁴ Se Rui, *Ne bis in idem* s. 367-368. For kritikk av EU-domstolens tolkning i *Gasparini*-dommen, se Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 343-347 og 452.

stinasjon. Sigarettene ble ikke tollklarert på noe tidspunkt. Italienske toll- og avgiftsmyndigheter oppdaget imidlertid smuglingen i mai 1999 og i april 2000. Kretzinger ble 22. februar 2001 dømt *in absentia* til fengselsstraff av en italiensk domstol for i mai 1999 å ha vært i besittelse av 6900 kilo innsmuglet tobakk og for ikke å ha betalt toll for denne tobakken. Smuglingen som skjedde i april 2000 resulterte i en ytterligere domfellelse 25. januar 2001. Utover en kortvarig varetektsfengsling ble ikke avgjørelsene fullbyrdet.

Da avgjørelsene var endelige ble Kretzinger på nytt tiltalt. Denne gangen av statsadvokaten i Augsburg i Tyskland for avgiftsheleri i forbindelse med den opprinnelige innsmuglingen av tobakken fra tredjeland til Hellas. Tiltalen resulterte i en domfellelse for avgiftsheleri på to punkter – en for innførselen fra tredjeland til Hellas i 1999 og en for innførselen fra tredjeland til Hellas i 2000. Med tredjeland menes et land utenfor det EU-rettslige samarbeidet. Den tyske dommen ble anket og videresendt til EU-domstolen for en prejudisiell avgjørelse knyttet til hva som utgjør «the same acts» etter CISA artikkel 54.

Mer presist var spørsmålet om det å motta ulovlig smuglet tobakk fra et tredjeland i en medlemsstat, og det å importere og være i besittelse av denne tobakken inn i et annet medlemsland uten å deklare tobakken for toll, utgjorde «the same acts» etter CISA artikkel 54, når den tiltalte allerede fra begynnelsen av den første overtakelsen hadde til hensikt å transportere tobakken gjennom flere medlemsstater til en endestinasjon.

Med henvisning til sin tidligere tolkningspraksis påpekte EU-domstolen at det var uten betydning at straffefølgningen i Italia refererte til unnlatt betaling av toll og tolldeklarasjon, mens den tyske straffefølgningen refererte til den første overtakelsen av den smuglede tobakken i Hellas. Det ble vist til at inn- og utførsel skal regnes som samme handling.²⁵⁵ Deretter fremla domstolen følgende konklusjon på spørsmålet:²⁵⁶

«(...) acts consisting in receiving contraband foreign tobacco in one Contracting State and of importing that tobacco into another Contracting State and being in possession of it there, characterised by the fact that the defendant, who was prosecuted in two Contracting States, had intended from the outset to transport the tobacco, after first taking

²⁵⁵ Kretzinger, avsnitt 35 med henvisning til *Van Esbroeck*, avsnitt 42, *Van Straaten*, avsnitt 51 og *Gasparini*, avsnitt 57.

²⁵⁶ Kretzinger, avsnitt 37.

possession of it, to a final destination, passing through several Contracting States in the process, constitute conduct which may be covered by the notion of ‘same acts’ within the meaning of Article 54. It is for the competent national courts to make the final assessment in that respect.»

EU-domstolens tolkning resulterer i at heleri i form av å overta varer som er smuglet inn i et land, og utførsel av disse varene til et annet land, i prinsippet kan bli ansett som samme faktiske handling. Uttalelsen medfører videre at inn- og utførsel av samme vare fra et land til et annet land som utgangspunkt skal regnes som samme faktiske handling, når den tiltalte personen fra første overtakelse hadde som hensikt å transportere varene gjennom flere land til en bestemt endestinasjon.²⁵⁷

Avgjørelsen innebærer dermed en vid avgrensning av hva som utgjør samme faktiske handling i CISA artikkel 54. Konklusjonen ser ut til å basere seg utelukkende på at de to ulike straffeforfølgningene var rettet mot samme vare. EU-domstolens tilnærming harmoniserer dårlig med generaladvokatens utgangspunkt i Van Straaten-saken om at man skal se hen til om de ulike forfølgningene knytter seg til «[a] single time, a single place, but, also a single intention».²⁵⁸

Først vil det være et klart tidsmessig avvik i tidspunktet en helerihandling skjer, og når overtredelsene av toll- og avgiftsbestemmelsene oppstår. For det andre vil inn- og utførselen av varene skille seg merkbart fra lokasjonen hvor helerihandlingen er utført. Til sist kan det også pekes på at det å overta smuglervarer i et land fremstår som en bihandling til selve innsmuglingen, mens transporten av smuglervarene gjennom flere stater, uten å deklarete varene for toll, fremstår som en mer selvstendig handling som psykisk sett forutsetter noe mer enn helerihandlingen.²⁵⁹

Rettsprosessene ved straffeforfølgning av helerihandlinger og overtredelse av toll- og avgiftsbestemmelser vil dessuten aktualisere ulike bevisema og rettsfakta. Ved heleri består bevistemmet i at man har mottatt eiendom som er utbytte av en straffbar handling, mens bevistemmet i tollspørsmålet er om den tiltalte personen ulovlig har ført inn og ut varer.

²⁵⁷ Helenius s. 249-250 og Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 348-349.

²⁵⁸ *GA Kretzinger*, avsnitt 81 og punkt 7.2.1.

²⁵⁹ Helenius s. 249 og Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 348.

Vurderingsgrunnlaget i *Kretzinger*-saken virker å spille videre på eksempelet som Generaladvokaten inntok i sitt forslag til avgjørelse i *Gasparini*-saken.²⁶⁰ Av sentral betydning for EU-domstolens konklusjon ser ut til å være at det, allerede ved overtakelsen av tobakken, fantes en handlingsplan om å frakte tobakken videre.²⁶¹

Å tillate en handlingsplan å være av betydning i vurderingen av om noe utgjør samme faktiske handling fremstår som en uheldig løsning. Utgangspunktet vil da være at alle lovovertridelser som den tiltalte på forhånd har hatt intensjon om å utføre, kan regnes som samme faktiske handling etter CISA artikkel 54. Den nederlandske professoren Bas van Bockel illustrerer problematikken ved å peke på at følgende eksempel vil kunne bli argumentert for å anses som samme faktiske handling:²⁶²

«Stealing a vehicle in Member State A, driving it to Member State B, using the vehicle to rob a bank there (for example by driving it into the bank through glass doors), and injuring a pedestrian in an attempt to escape the police at high speed, all using the same vehicle.»

Såfremt de ovennevnte handlingene skjer på bakgrunn av en gjennomtenkt handlingsplan, vil alle disse handlingene kunne vurderes å oppfylle vilkåret om at de er «inextricably linked».²⁶³ Dersom gjerningspersonen bare blir tiltalt og dømt for biltyveri i medlemsstat A, vil denne avgjørelsen gis en sperrevirkning mot at gjerningspersonen blir tiltalt for de øvrige lovbruddene som ble utført i medlemsstat B.

7.2.5 Kraaijenbrink-dommen

I denne dommen tok EU-domstolen stilling til betydningen av et samlet kriminelt forsett ved vurderingen av om to forfølgninger rettet seg mot samme faktiske handling. Norma Kraaijenbrink ble i desember 1998 dømt av en nederlandsk domstol for å ha mottatt og vært i besittelse av et pengeutbytte fra en narkotikahandel som skal ha skjedd mellom oktober 1994 og mai 1995

²⁶⁰ Se punkt 7.2.3.

²⁶¹ Se *GA Kretzinger*, avsnitt 39 hvor det uttrykkes at det er av relevans at alle handlingene knyttet seg til en «single overall course of action».

²⁶² Van Bockel. Bas, annotation on case C-436/04, Van Esbroeck, case C-150/05, Van Straaten and case C-467/04, *Gasparini*, *Common Market Law Review*, 45(1), s. 223–244 på s. 238.

²⁶³ Se *Van Esbroeck*, avsnitt 36, *Van Straaten*, avsnitt 48, *Gasparini*, avsnitt 54, *Kretzinger*, avsnitt 37.

i Nederland. Kraaijenbrink ble på nytt dømt i Belgia i april 2001. Denne gangen ble hun dømt for hvitvasking, ved at hun mellom november 1994 og februar 1996 vekslet inn et pengebeløp som hun hadde mottatt ved narkotikahandel i Nederland.

De lavere rettsinstansene i Belgia kom til at CISA artikkel 54 ikke fikk anvendelse, idet besittelsen av penger fra narkotikasalg i Nederland og hvitvaskingen av penger fra narkotikasalg i Belgia måtte anses som ulike faktiske handlinger. At intensjonen til Kraaijenbrink allerede ved besittelsen av pengene i Nederland var å hvitvaske pengene var uten betydning. Kraaijenbrink anførte imidlertid at CISA artikkel 54 fikk anvendelse, og saken gikk til belgisk Høyesterett som forela spørsmålet for EU-domstolen.

Domstolen slo innledningsvis fast at et samlet kriminelt forsett i relasjon til de ulike straffeovertredelsene, i seg selv ikke var tilstrekkelig for at noe skulle utgjøre «the same acts» etter CISA artikkel 54.²⁶⁴ Konklusjonen fulgte av at et samlet kriminelt forsett kun utgjør ett moment i helhetsvurderingen, hvor man også må se hen til om de faktiske handlingene er knyttet til hverandre i tid og rom, og om de dermed utgjør en helhet.²⁶⁵ Utover at det må være et samlet kriminelt forsett for de ulike handlingene, må det også foreligge en objektiv link mellom handlingene.

Vurdert opp mot det konkrete saksforholdet slo domstolen fast at besittelsen av pengene i Nederland vil kunne utgjøre samme faktiske handling som hvitvaskingen i Belgia, dersom det også kan etableres en objektiv link mellom de to pengebeløpene.²⁶⁶ En subjektiv link mellom de to handlingene i saken vil i seg selv ikke være tilstrekkelig.²⁶⁷

Uttalelsen innebærer at dersom det ikke kan fastslås at pengene som ble forsøkt hvitvasket stammer fra samme pengesum som narkotikautbyttet bestod av, kan handlingene kun bedømmes som samme faktiske handling dersom det etableres en objektiv forbindelse mellom pengebeløpene.

En motsetningsvis tolkning innebærer en forutsetning om at hvitvasking og besittelse av pengeutbytte fra narkotikahandel vil være samme faktiske handling dersom de knytter seg til det

²⁶⁴ *Kraaijenbrink*, avsnitt 29.

²⁶⁵ Se til illustrasjon *GA Kretzinger*, avsnitt 81.

²⁶⁶ *Kraaijenbrink*, avsnitt 31.

²⁶⁷ Avsnitt 29 og 36.

samme pengebeløpet. Forslaget til avgjørelse fra generaladvokaten støtter opp om en slik motsetningslutning.²⁶⁸

Jon Petter Rui kritiserer denne tilnærmingen.²⁶⁹ For det første vil det å vurdere om pengebeløpene, i et tilfelle som *Kraaijenbrink*-saken, stammer fra samme utbytte være retts teknisk vanskelig. Denne vurderingen vil kreve inngående kjennskap, som ikke alltid er mulig å oppdrive, til den eller de aktuelle narkotikalovbruddene som har frembrakt pengene. Videre peker han på at tilnærmingen resulterer i en uforholdsmessig vid avgrensning av hva som utgjør samme faktiske handling. Såfremt det ikke kan påvises at heleri- og hvitvaskingshandlingene stammer fra flere utbytter, vil en kjede av heleri- og hvitvaskings handlinger i utgangspunktet bli regnet som samme faktiske handling.

7.2.6 Oppsummering av EU-domstolens tolkninger om «the same acts» etter CISA artikkel 54

Avgjørelsene viser at det skal anlegges en svært vid avgrensning av hva som utgjør samme faktiske forhold etter CISA artikkel 54. Selv om avgjørelsene oppgir at vurderingstemaet er hvorvidt det er sammenheng i tid, sted og psykisk innstilling mellom flere anførte ulike handlinger, viser avgjørelsene at sammenhengen mellom momentene ikke trenger å være så stor. Selv om det understrekes i *Kraaijenbrink*-dommen at det kreves en viss objektiv link mellom handlingene, trekker avgjørelsene samlet sett likevel i retning av at gjerningspersonens subjektive link mellom handlingene kan utvide forståelsen av hva som utgjør samme faktiske handling. Denne utvidelsen skjer på bekostning av handlingenes objektive link. Dersom gjerningspersonen har en bevisst tanke om at flere handlinger inngår som en del av en større handlingsplan, vil dette være et tungtveiende moment for å omtale alle handlingene som «the same acts» etter CISA artikkel 54.

Den vide avgrensningen av hva som utgjør samme faktiske handling illustrerer EUs klare formål om en europeisk integrasjon. Konsekvensen av den vide avgrensningen av «the same acts» er at medlemsstatene, for å kunne straffe alle de kriminelle forholdene i et lengre hendelsesforløp, påtvinges å foreta et nærmere straffesakssamarbeid innen Schengen.²⁷⁰ Medlemsstatene vil

²⁶⁸ GA *Kraaijenbrink*, avsnitt 32.

²⁶⁹ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 351-352.

²⁷⁰ Rui, *Ne bis in idem* s. 368.

være avhengig av å kommunisere med hverandre forut for ileggelsen av en straffesanksjon for å få avdekket det totale kriminelle forløpet. Videre vil medlemsstatene kunne se seg nødt til å harmonisere den materielle strafferetten for å sikre en helhetlig straffeileggelse.

Gasparini-saken er illustrerende for behovet for et nærmere straffesakssamarbeid. For å unngå å foreta en straffeforfølgning i strid med CISA artikkel 54 og for å straffe overtredelsen av både ulovlig innførsel og ulovlig markedsføring, måtte portugisiske og spanske myndigheter ha samarbeidet ved straffeforfølgningen, samt pekt ut et av landene til å utføre straffeforfølgningen.²⁷¹ En ytterligere forutsetning for å kunne straffe både innførselen og markedsføringen, er at begge disse handlingene er straffbare i det landet som velges ut som forfølgingsland. For å sikre dette vil det være behov for at medlemslandene harmoniserer og tilnærmer sin materielle strafferett.

Til tross for at EU-domstolen har behandlet flere spørsmål om hva som utgjør samme faktiske handling etter CISA artikkel 54, er det likevel vanskelig å foreta en nærmere bestemt definisjon av vilkåret. Uttalelsene til EU-domstolen fremstår som generelle, men ser fortsatt ut til i stor grad å være rettet mot de konkrete saksforholdene. De enkelte presiseringene i avgjørelsene kan derfor ikke gis for stor generell vekt i andre spørsmål om hva som utgjør «the same acts».²⁷² Dette illustreres ved at EU-domstolen konsekvent har tillagt de nasjonale domstolene å foreta den endelige subsumsjonen.²⁷³

7.3 Forskjell fra hva som utgjør samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4

Etter EMK TP 7 artikkel 4 vil den enkelte ikke kunne bli straffeforfølgt på ny «for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for». Objektet for sperrevirkningen til en tidligere avgjørelse samsvarer dermed med CISA artikkel 54. Det er kun en ny straffeforfølgning av samme faktiske handling som ikke kan gjennomføres. EMD har likevel hatt en noe annen tilnærming til spørsmålet om hva som utgjør samme faktiske handling enn det EU-domstolen har hatt.

²⁷¹ Jf. punkt 6.4.

²⁷² Se Helenius s. 253 og Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* s. 342.

²⁷³ Se f.eks. *Van Esbroeck*, avsnitt 38.

I likhet med CISA artikkel 54, var det lenge uavklart om samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4 skulle avgjøres med utgangspunkt i *idem crimen* eller *idem factum*.²⁷⁴ EMD valgte til slutt i 2009 å følge fotsporene til EU-domstolens avgjørelse i *Van Esbroeck*-saken ved å fastslå at vurderingen skulle skje med utgangspunkt i *idem factum*. Avklaringen skjedde i storkammeravgjørelsen *Zolotukhin mot Russland*,²⁷⁵ hvor et enstemmig dommerpanel vurderte at en tilnærming til handlingene hvor den rettslige klassifiseringen (*idem crimen*) var avgjørende, ville være for begrensende for individets rettigheter. Avgjørelsen var den første storkammersaken om EMK TP 7 artikkel 4, og den utgjør en sentral kilde for det nærmere innholdet av artikkelen. For å forstå hvordan samme faktiske handling skal fastslås etter EMK TP 7 artikkel 4, må det foretas en nærmere redegjørelse for rettssetningen som følger av *Zolotukhin mot Russland*.

Saksforholdet oppstod 4. januar 2002 da Sergey Zolotukhin sammen med sin kjæreste tok seg inn på et militært område med adgangsrestriksjoner. De ble pågrepet av tjenestemenn. Under pågripelsen og et påfølgende opphold på en politistasjon hadde Zolotukhin kjefet på tjenestemennene i nærheten. Videre dyttet han til en av dem og forsøkte å stikke av. Dette resulterte i at Zolotukhin ble tatt inn på stasjonssjefens kontor, major K, som fremsatte et forslag om å ilegge Zolotukhin en administrativ sanksjon. Som en respons på dette, kjefet Zolotukhin på major K og truet med å bruke vold overfor ham. Zolotukhin forsøkte deretter på nytt å stikke av. Etterhvert ble han overført til en annen politistasjon, hvor Zolotukhin under bilturen fortsatte å banne til major K og true med å drepe ham på grunn av den administrative sanksjonen.

Zolotukhin ble senere samme dag ilagt en administrativ sanksjon i form av tre dagers arrest for hans opptreden. Sanksjonen ble ilagt med hjemmel i russisk administrativ sanksjonslovgivning som rammet «minor disorderly acts».²⁷⁶ Det faktiske grunnlaget for sanksjonen var opplyst å være munnbruk overfor polititjenestemennene og forstyrrelse av offentlig orden umiddelbart etter ankomsten til politistasjonen.

²⁷⁴ Se f.eks. *Gradinger mot Østerrike*, dom av 30. juli 1998, *Oliveira mot Sveits*, 25711/94 og dom av 17. januar 2002, *Fischer mot Østerrike*, 16922/90. I disse avgjørelsene tilnærmer EMD spørsmålet både med utgangspunkt i *idem-crimen* og *idem-factum*.

²⁷⁵ Dom av 10. februar 2009, *Zolotukhin mot Russland*, 14939/03 (*Zolotukhin mot Russland*).

²⁷⁶ Code of Administrative Offences of the Russian Soviet Federative Republic article 158.

Etter at avgjørelsen om administrativ sanksjon var blitt endelig, ble det innledet en vanlig straffeforfølgning mot Zolotukhin, hvor han ble tiltalt for tre forhold. Tiltalen rettet seg mot tre ulike straffebestemmelser etter russisk straffelov.²⁷⁷ Tiltalen omfattet for det første en overtredelse av straffeloven artikkel 213 om ordensforstyrrelse, hvor grunnlaget bestod av at Zolotukhin hadde kjeftet på tjenestemennene. Tiltalen omfattet videre en overtredelse av straffeloven artikkel 319 om fornærmelse av offentlige tjenestemenn, hvor grunnlaget var at Zolotukhin hadde bannet til Major K under fremsettelsen av forslaget om administrativ sanksjon. For det tredje omfattet tiltalen en overtredelse av straffeloven artikkel 318 om trusler overfor offentlige tjenestemenn, hvor grunnlaget var truslene om å drepe major K som ble fremsatt under transporten til den andre politistasjonen. EMD slo innledningsvis fast at de tre handlingene som tiltalen rettet seg mot var å anse som forskjellige handlinger med følgende uttalelse:²⁷⁸

«(...) there was no temporal and spatial unity between the three episodes. It follows that although in essence the applicants conduct was substantially similar during the entire day of 4 January 2002 – in that he continued being verbally abusive towards various officials – it was not a continuous act but rather different manifestations of the same conduct show non a number of distinct occasions.»

Uttalelsen viser at det sentrale vurderingstemaet er om det er sammenheng i tid og sted for handlingene. For Zolotukhins del innebar dette at EMD anså kjeftingen på tjenestemennene, banningen til Major K på kontoret og hans trusler mot major K under transporten til den andre politistasjonen, som tre ulike faktiske handlinger. Når disse ulike tilfellene av kjefting og trusler ses på som adskilt, taler dette for at det kun kreves en liten forskjell mellom tid og sted for at utførte handlinger skal anses som ulike faktiske handlinger etter EMK TP 7 artikkel 4. Dette står i særlig kontrast til CISA artikkel 54 som kunne åpne for en langt større tids- og stedsmessig forskjell mellom handlingene.

Med dette utgangspunktet stod EMD overfor kjernen i tvisten, nemlig om den administrative sanksjonen gjaldt de samme faktiske handlingene som tiltalen rettet seg mot. EMD viste til at tiltalepunktet som omhandlet trusselen om voldsbruk utgjorde den eneste forskjellen fra det faktiske grunnlaget i den administrative sanksjonen. Siden dette var det eneste nye bevistemaet

²⁷⁷ The Criminal Code Of The Russian Federation No. 63-Fz Of June 13, 1996.

²⁷⁸ *Zolotukhin mot Russland*, avsnitt 92.

i tiltalen, ble det slått fast at tiltalen i det vesentlige omfattet samme faktum som den administrative sanksjonen.²⁷⁹ Når de øvrige tiltalepunktene var sammenfallende med det faktiske grunnlaget i den administrative sanksjonen, måtte de to forfølgningene totalt sett anses å bestå av vesentlig samme faktum.

Det sentrale for å fastslå at noe utgjør samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4 er dermed om handlingene stammer fra identiske fakta eller fakta som i det vesentlige er det samme. Ved denne vurderingen stilles det strenge krav til nærhet i tid og sted. Dette kommer klart til uttrykk ved at EMD ser på de ulike tiltalepunktene som ulike hendelser. Vurderingstemaet som ble fastslått i *Zolotukhin mot Russland* har det i etterkant blitt henvist til i etterfølgende storkammersaker.²⁸⁰

Hva som utgjør samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4 vil i likhet med CISA artikkel 54 bero på om faktumet som ligger til grunn for handlingene samsvarer i nærhet med hensyn til tid og sted. Likheten strekker imidlertid ikke lengre. Den nærmere vurderingen av faktumet foretas nemlig ganske ulikt i de to regelsettene. Mens CISA artikkel 54 har en vid avgrensning, hvor det tillates relativt store avvik i tid og sted, opererer EMK TP 7 artikkel 4 med strengere krav med hensyn til identiteten mellom tid og sted for handlingene. CISA artikkel 54 har i tillegg tillagt gjerningspersonens psykiske innstilling under utførelsen av handlingene som et sentralt element ved vurderingen. Gjerningspersonens psykiske innstilling kan ikke ses å ha betydning for vurderingen av samme faktiske handling etter EMK TP 7 artikkel 4

Forskjellen mellom vurderingene må ses i sammenheng med formålet bak reglene. For CISA artikkel 54 benyttes den vide avgrensningen av samme faktiske handling som et verktøy for å fremme europeisk integrasjon. Som vist til ovenfor fungerer den vide avgrensningen som et insentiv overfor medlemsstatene til å ha et omfattende strafferettssamarbeid samtidig som at det er et mål at strafferetten i medlemslandene harmoniseres. EMK TP 7 artikkel 4 på den annen

²⁷⁹ *Zolotukhin mot Russland*, avsnitt 97.

²⁸⁰ Se *A og B mot Norge*, avsnitt 108, dom av 27. mai 2014, *Marguš mot Kroatia*, 4455/10, avsnitt 114 og dom av 8. juli 2019, *Mihalache mot Romania*, 54012/10, avsnitt 67.

side har kun anvendelse på gjentatt forfølgning i samme land.²⁸¹ Regelsettet vil derfor ikke søke å ivareta de samme hensynene som CISA artikkel 54, og regelen behøver ikke en tilsvarende vid avgrensning av hva som utgjør samme faktiske handling.

²⁸¹ Se *Krombach mot Frankrike* og EMDs Case-law guide om «Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights», 30. September 2021 s. 6.

8 Hva kategoriseres som samme person?

8.1 Utgangspunkter

Som nevnt innledningsvis krever anvendelsen av CISA artikkel 54 at det er en subjektiv identitet mellom gjerningspersonene i de ulike forfølgningene. I motsetning til hva som utgjør samme faktiske handling, omtales kravet om at forfølgningene retter seg mot samme person som det minst problematiske vilkåret i *ne bis in idem*-prinsippet.²⁸²

Ordlyden i CISA artikkel 54 viser at bestemmelsens anvendelsesområde er begrenset til å kun gjelde for de personene som allerede har blitt straffeforfulgt for det samme forholdet. Enhver annen person som ikke har blitt straffeforfulgt, vil ikke kunne påberope seg rettigheten.

EU-domstolen understreket kravet til subjektiv identitet for fysiske personer i *Gasparini*-saken.²⁸³ Selv om to personer kunne vise til at en portugisisk frifinnelse hindret en ny straffefølgning i Spania overfor dem, kunne ikke andre involverte påberope den samme frifinnende avgjørelsen. Selv om en avgjørelse fra en portugisisk domstol ville ha resultert i det samme for dem, var det avgjørende at disse personene ikke hadde blitt straffeforfulgt i Portugal.

Utgangspunktet er dermed at CISA artikkel 54 ikke kommer til anvendelse når det er snakk om to ulike fysiske personer. Spørsmålet om subjektiv identitet har også kommet opp for EU-domstolen når det ikke er like klart at forfølgningene gjelder to ulike fysiske personer, herunder hvordan kravet til subjektiv identitet står seg i forholdet mellom fysiske og juridiske personer.

8.2 Forholdet mellom fysiske og juridiske personer

Ordlyden i CISA artikkel 54 berører ikke forholdet mellom en fysisk og en juridisk person og om hvorvidt disse skal identifiseres med hverandre. Rekkevidden til CISA artikkel 54 om forholdet mellom en fysisk og juridisk person var lenge ubehandlet i juridisk litteratur.²⁸⁴ Spørsmålet ble imidlertid aktualisert i EU-domstolens avgjørelse fra 12. januar 2017.²⁸⁵

²⁸² Se forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sánchez-Bordona, fremsatt 12. januar 2017, C-217/15 og C-350/15 (*GA Orsi og Baldetti*), avsnitt 3 og 33.

²⁸³ *Gasparini*, avsnitt 34-37.

²⁸⁴ Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning* s. 494.

²⁸⁵ Forent dom av 5. april 2017, *Orsi*, C-217/15 og *Baldetti*, C-350/15, EU:C:2017:14 (*Orsi og Baldetti*).

Saken gjaldt EU-charteret artikkel 50 hvor Massimo Orsi og Luciano Baldetti stod tiltalt i Italia for å ha unnlatt å betale merverdiavgift i egenskap av å være representanter for hvert deres aksjeselskap. Forut for tiltalen hadde de to aksjeselskapene blitt ilagt tilleggsskatt som følge av den manglende merverdiavgiften. Orsi og Baldetti mente at avgjørelsen om å ilegge selskapene tilleggsskatt måtte ha sperrevirkning for en ny straffeforfølgning mot dem personlig.

Denne argumentasjonen førte ikke frem. EU-domstolen stengte døren for at juridiske personer skal kunne identifiseres med fysiske personer når det kommer til *ne bis in idem*-prinsippet. Selv om det var klart at begge forfølgningene gjaldt samme faktiske handling, slo domstolen fast at en avgjørelse rettet mot et selskap ikke kunne anføres å ha sperrevirkning for forfølgning av fysiske personer. En motsatt løsning må også antas å gjelde, slik at en avgjørelse mot en fysisk person ikke har sperrevirkning mot et selskap.

9 Rettspolitisk refleksjon og oppsummering

9.1 Kan det anlegges en egen tolkning av CISA artikkel 54 for Norge og en annen tolkning for EU?

Gjennomgangen har vist at CISA artikkel 54 har et innhold som er sterkt påvirket av de sentrale hensynene til EU. EU-domstolen har gjennomgående tolket regelen i retning av at den skal sørge for en europeisk integrasjon. Dette kommer særlig til uttrykk i EU-domstolens avgjørelser om hva som utgjør samme faktiske handling. Her tolkes bestemmelsen svært vidtrekkende. I enkelte tilfeller kan domstolens vide tolkningsresultater se ut til å ha virkninger som strekker seg utover de forpliktelsene som man naturlig kan utlede av Schengen-avtalen.²⁸⁶ For Norges – og de andre medlemslandenes – vedkommende innebærer utviklingen av en vid tolkning av CISA artikkel 54 at statenes suverenitet på strafferettsfeltet blir særlig innskrenket. På grunnlag av bestemmelsen vide anslagsfelt vil Schengen-landene kunne se seg nødt til å unnlate straffeforfølgninger som de i utgangspunktet ville tenkt at de hadde anledning til å utføre.

Flere av sakene om CISA artikkel 54 som har blitt behandlet i EU-domstolen senterer seg rundt de sentrale hensynene som ligger til grunn for EU. Ettersom Schengen-avtalen har blitt en del av den generelle EU-retten, forankres flere av domstolens tolkningsresultater i disse sentrale hensynene og i øvrig primærrett i EU, herunder særlig EU-charteret artikkel 50. De grunnleggende hensynene til EU kan ikke sies å være like betydningsfulle for Norge, og, som nevnt, er EUs primærrett i liten grad gjennomført i norsk rett. Fra et norsk ståsted må det vurderes hvorvidt det må foretas enkelte moderasjoner ved tolkningen av CISA artikkel 54.

Ved vedtakelsen av Schengen-avtalen kunne medlemsstatene vanskelig forutse hvor stor betydning EUs formål om europeisk integrasjon senere skulle få for tolkningen av avtalens bestemmelser. Det kan derfor stilles spørsmål om Schengen-avtalen og CISA artikkel 54 skal ha samme innhold i landene som ikke er en del av EU som i resten av EU. I lys av at EU-charteret ikke er gjeldende i Norge, er det på enkelte felter allerede klart at Schengen-avtalen må tolkes annerledes.²⁸⁷ Det må derfor anlegges en kritisk tilnærming til ulike tolkningsbidrag til CISA artikkel 54, hvor det særlig må ses hen til hvorvidt tolkningsbidragene stammer fra EU-rettslige formål som ikke har et tilsvarende grunnlag i Norge. Motsetningsvis vil man, dersom EU-

²⁸⁶ Se kapittel 7.

²⁸⁷ Se f.eks. punkt 6.5.3 om unntaksadgangen i CISA artikkel 55.

domstolens tolkningsresultat og andre tolkningsbidrag legges fullt ut til grunn, kunne resultere i at CISA artikkel 54 innebærer en større EU-rettslig påvirkning for norsk rett enn det er demokratisk grunnlag for.

En egen tolkning av CISA artikkel 54 for Norge vil imidlertid stå i konflikt med kravet til en EU/EØS-konform tolkning. Likevel mener jeg at man fra et norsk ståsted vil være nødt til å være noe mer tilbakeholden til fullt ut å vektlegge EU-domstolens avgjørelser om CISA artikkel 54, og særlig avgjørelsene om EU-charteret artikkel 50. Det vil være nødvendig å foreta en konkret analyse hvorvidt avgjørelsen behandler *ne bis in idem*-reglene med et generelt utgangspunkt eller om avgjørelsene betrakter bestemmelsene ut fra et perspektiv hvor EUs sentrale hensyn og øvrig primærrett er avgjørende for løsningen. En ukritisk anvendelse av EU-domstolens avgjørelser vil kunne resultere i en inkorporering av EU-rett i norsk rett uten at denne inkorporeringen skjer innenfor de oppstilte demokratiske rammene.

9.2 Manglende gjennomføring av Schengen-avtalen i norsk rett

Gjennomgangen har også avdekket en manglende gjennomføring av Norges forpliktelser etter Schengen-avtalen i det norske regelverket.²⁸⁸ Norsk lovgivning ser ut til å åpne for straffeforfølgning i tilfeller hvor det, etter Norges folkerettslige forpliktelser, ikke er adgang til en ny straffeforfølgning.

Påtalemyndigheten og domstolen står i fare for å legge til grunn at straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b korrekt gjennomfører Norges folkerettslige forpliktelser. Konsekvensen av en slik feilslutning vil være at en som allerede er blitt domfelt i Schengen-området for et forhold som i utgangspunktet skulle hindret en ny straffeforfølgning i Norge, likevel vil kunne utsettes for ny straffeforfølgning samt ny domfellelse i Norge.

Den mangelfulle gjennomføringen av Schengen-avtalen kan potensielt resultere i grove rettsikkerhetsbrudd. En rekke av handlingene som er listet opp i straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b må derfor fjernes slik at det ikke oppstår en motstrid mellom denne bestemmelsen og de unntakene som CISA artikkel 55 nr. 1 bokstav b faktisk åpner for.

²⁸⁸ Se punkt 6.5.2.

En mangelfull gjennomføring av Schengen-avtalen har likhetstrekk – men ikke nødvendigvis av samme dimensjon – med NAV-skandalen.²⁸⁹ Min gjennomgang har ikke avdekket tilfeller hvor Norge har brutt de folkerettslige forpliktelsene etter Schengen-avtalen. Så lenge straffeloven § 8 tredje ledd bokstav b opprettholdes med sin nåværende ordlyd, må bestemmelsen likevel anses som en tikkende bombe.

Den kommende behandlingen av det forelagte spørsmålet fra den tyske domstolen²⁹⁰ vil forhåpentligvis bevisstgjøre problemstillingen innad i Schengen-samarbeidet slik at nasjonal rett harmoniseres med de folkerettslige forpliktelsene.

9.3 Forholdet mellom CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4

Selv om CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 kommer til anvendelse ved ulike situasjoner, skal regelsettene i all hovedsak underlegges den samme materielle vurderingen. Utviklingen av det materielle innholdet i både CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 ser videre ut til å utvikle seg i takt med hverandre.

Ved EU-domstolens tolkning av CISA artikkel 54 ser domstolen først og fremst ut til å være inspirert av EMDs tolkning av EMK TP 7 artikkel 4, hvor EU-domstolens tolkningsresultat i stor grad sammenfaller med tidligere avgjørelser fra EMD.²⁹¹ Likevel finns det eksempler på at EU-domstolen har vært først ute med å avsi en prinsipiell dom som har resultert i en tilsvarende tolkning i EMDs avgjørelser.²⁹² Både EU-domstolen og EMD ser ut til gjensidig å anerkjenne den andre domstolens rettspraksis, hvor begge domstolene holder et nært øye til den andre i henholdsvis Strasbourg og Luxembourg.

Den gjensidige anerkjennelsen ser ut til å ha resultert i en tolkning av begge regelsettene som kan argumenteres for å være mest gunstig for den straffeforfulgte.²⁹³ Selv om EU-domstolen

²⁸⁹ Se HR-2021-1453-S og granskningsutvalgets redegjørelse i NOU 2020: 9 for en gjennomgang av NAV-skandalen.

²⁹⁰ Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Bamberg (Germany) lodged on 11 June 2021 – Criminal Proceedings against MR, Case 365/21 – Official Journal of the European Union, C 320, 9/8/2021 p. 32.

²⁹¹ Se f.eks. *Bonda* og trioen av avgjørelser *Menci*, *Garlsson Real Estate m.fl.* og *Di Puma og Zecca* hvor EU-domstolen følger opp EMDs avgjørelse i henholdsvis *Engel* og *A og B mot Norge*.

²⁹² Se f.eks. *Zolotukhin mot Russland* hvor EMD følger opp EU-domstolens avgjørelse i *Van Straaten*.

²⁹³ Neagu, Norel, «The Ne Bis in Idem Principle in the interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation», *Leiden Journal of International Law*, desember 2012, vol. 25, s. 955-977 på s. 957.

og EMD har to ulike formålsrettede tolkningsstiler, fremstår de materielle vurderingstemaene i begge regelsettene i stor grad å være sammenfallende, med unntak av hva som utgjør samme forhold. Både CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 har en ensformig måte å fastslå hva som regnes som straff og hvilke typer avgjørelser som skal ha sperrevirkning mot en ny straffeforfølgning. Overfor den straffeforfulgte og for den straffeforfølgende myndigheten er det positivt at det praktiseres en lik vurdering av CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4. En ensformig måte å fastslå sperrevirkningen til en avgjørelse bidrar til å ivareta hensynet til forutberegnelighet.

Den store forskjellen mellom regelsettene oppstår ved vurderingen av hva som utgjør samme forhold i de to sakene.²⁹⁴ Forskjellen har rot i de ulike regelsettene formål. CISA artikkel 54 benyttes i stor grad som et verktøy for europeisk integrasjon.

Både ved praktiseringen av CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 har imidlertid de to domstolene fastslått at vurderingen av samme forhold skal baseres på *idem factum*. Siden reglene har samme grunnleggende tilnærming, består hovedbestanddelen av hva som utgjør samme forhold i det samme, selv om den konkrete vurderingen vil variere. Betenkeligheten ved den vide tolkningen av samme forhold etter CISA artikkel 54 er derfor begrenset. De små forskjellene mellom CISA artikkel 54 og EMK TP 7 artikkel 4 har dermed ingen stor betydning overfor den som blir berørt av en gjentatt straffeforfølgning.

²⁹⁴ Se punkt 7.3.

Referanseliste

Norske lover

Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll 17. mai 1814 (Grunnloven)

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

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 20. januar 2012 om pågriping og overlevering til og frå Noreg for straffbare forhold på grunnlag av ein arrestordre (arrestordreloven)

Lovforarbeider og offentlige utredninger

NOU 2002: 4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Prop. 100 S (2015-2016) Samtykke til 1) deltakelse i beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av rettsaktene som etablerer EUs finanstilsynssystem og enkelte andre rettsakter, 2) overføring av myndighet til å utøve beføyelser med direkte virkning i Norge til EFTAs overvåkingsorgan og EFTA-domstolen ved fremtidig innlemmelse i EØS-avtalen av forordning (EU) nr. 600/2014, forordning (EU) nr. 1286/2014 og forordning (EU) nr. 2015/2365

NOU 2020: 9 Blindsonen Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området

Andre stortingsvedtak og stortingsdokumenter

St.prp. nr. 6 (1987-88) Om samtykke til ratifikasjon av sjette, sjuende og åttende protokoll til Den europeiske menneskerettskonvensjonen

Utenlandsk lovgivning

Strafprozeßordnung 12. september 1950 – StPO (Tyskland)

Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG (Østerrike)

The Criminal Code Of The Russian Federation No. 63-Fz Of June 13, 1996 (Russland)

Code of Administrative Offences of the Russian Soviet Federative Republic (Russland)

Høyesterettsavgjørelser

Rt-1994-610

Rt-2005-1363

Rt-1999-961

Rt-2006-1409

Rt-2000-996

HR-2012-1323-A

Rt-2000-1811

HR-2015-791-A

Rt-2002-497

HR-2016-2554-P

Rt-2002-557

HR-2017-241-A

Rt-2003-359

HR-2021-1453-S

Rt-2005-833

HR-2021-2580-A

Høyesterettsbetenknings

HR-2021-655-P

Internasjonale konvensjoner

FNs erklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen eller EMK)

1961 Single Convention on Narcotic Drugs, as amended by the 1972 Protocol ('the Single Convention')

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23 mai 1969 (Wien-traktaten)

Avgjørelser fra EMD

<i>Golder mot Storbritannia</i>	Dom av 21. februar 1975, <i>Golder mot Storbritannia</i> , 4451/70
<i>Engel m.fl. mot Nederland</i>	Dom av 23. november 1976, <i>Engel mfl. mot Nederland</i> , 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72
<i>Tyrer mot Storbritannia</i>	Dom av 11. mars 1977, <i>Tyrer mot Storbritannia</i> , 5856/72
<i>Graadinger mot Østerrike</i>	Dom av 23. oktober 1995, <i>Gradinger mot Østerrike</i> , 15963/90
<i>Oliveira mot Sveits</i>	Dom av 30. juli 1998, <i>Oliveira mot Sveits</i> , 25711/94
<i>Fischer mot Østerrike</i>	Dom av 17. januar 2002, <i>Fischer mot Østerrike</i> , 16922/90
<i>Nikita mot Russland</i>	Dom av 20. juli 2004, <i>Nikita mot Russland</i> , 50178/99
<i>Zolotukhin mot Russland</i>	Dom av 10. februar 2009, <i>Zolotukhin mot Russland</i> , 14939/03
<i>Hermann mot Tyskland</i>	Dom av 26. juni 2012, <i>Hermann mot Tyskland</i> , 9300/07

Grande Stevens m.fl. mot Italia

Dom av 4. mars 2014, *Grande Stevens m.fl. mot Italia*, 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 og 18698/10

Marguš mot Kroatia

Dom av 27. mai 2014, *Marguš mot Kroatia*, 4455/10

Kapetanios m.fl. mot Hellas

Dom av 30. april 2015, *Kapetanios m.fl. mot Hellas*, 3453/12, 42941/12 og 9028/13

Krombach mot Frankrike

Beslutning av 2. juni 2016, *Krombach mot Frankrike*, 67521/14

A og B mot Norge

Dom av 15. november 2016, *A og B mot Norge*, 24130/11

Mihalache mot Romania

Dom av 8. juli 2019, *Mihalache mot Romania*, 54012/10

Avgjørelser fra EU-domstolen

Gözütok og Brügge

Forent dom av 11. februar 2003, *Hüseyin Gözütok*, C-187/01 og *Klaus Brügge*, C-385/01, EU:C:2003:87

Cement

Forent dom av 7. januar 2004, *Ahlborg Portland* C-204/00 P, *Irish Cement* C-205/00 P, *Ciments Français* C-211/00 P, *Italcementi* C-213/00 P, *Buzz Unicem* C-217/00 P og *Cementir* C-219/00 P, EU:C:2004:6

Miraglia

Dom av 10. mars 2005, *Filomeno Mario Miraglia*, C-469/03, EU:C:2005:156

<i>Gasparini</i>	Dom av 28. september 2006, <i>Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.</i> , C-467/04, EU:C:2006:610
<i>Van Esbroeck</i>	Dom av 9. mars 2006, <i>Leopold Henri Van Esbroeck</i> , C-436/04, EU:C:2006:165
<i>Van Straaten</i>	Dom av 28. september 2006, <i>Jean Leon Van Straaten</i> , C-150/05, EU:C:2006:614
<i>Kraaijenbrink</i>	Dom av 18. juli 2007, <i>Norma Kraaijenbrink</i> , C-367/05 EU:C:2007:444
<i>Mantello</i>	Dom av 16. november 2010, <i>Gaetano Mantello</i> , C-261/09, EU:C:2010:683
<i>Bonda</i>	Dom av 5. juni 2012, <i>Łukasz Marcin Bonda</i> , C-489/10, EU:C:2012:319
<i>Åkerberg Fransson</i>	Dom av 26. februar 2013, <i>Hans Åkerberg Fransson</i> , C-617/10, EU:C:2013:105
<i>Ms. Z</i>	Dom av 18. mars 2014 (GC), <i>Ms Z.</i> , C-363/12, EU:C:2014:159
<i>M.</i>	Dom av 5. juni 2014, <i>M.</i> , C-389/12, EU:C:2014:1057
<i>Adhésion de l'Union à la CEDH</i>	Dom av 18. desember 2014, <i>Adhésion de l'Union à la CEDH</i> , C-2/13, EU:C:2014:2454
<i>Kossowski</i>	Dom av 29. juni 2016, <i>Piotr Kossowski</i> , C-486/14, EU:C:2016:483
<i>Orsi og Baldetti</i>	Forent dom av 5. april 2017, <i>Massimo Orsi</i> , C-217/15 og <i>Luciano Baldetti</i> , C-350/15, EU:C:2017:14

<i>Menci</i>	Dom av 20. mars 2018, <i>Luca Menci</i> , C-524/15, EU:C:2018:197
<i>Garlsson Real Estate m.fl.</i>	Dom av 20. mars 2018, <i>Garlsson Real Estate m.fl.</i> , C-537/16, EU:C:2018:193
<i>Di Puma og Zecca</i>	Forent dom av 20. mars 2018, <i>Enzo Di Puma</i> , C-596/16 og <i>Antonio Zecca</i> , C-597/16, EU:C:2018:192
<i>X</i>	Dom av 29. april 2021, <i>X</i> , C-665/20, EU:C:2021:339
<i>Bundesrepublik Deutschland</i>	Dom av 12. mai 2021, <i>Bundesrepublik Deutschland</i> , C-505/19 EU:C:2021:376
<i>BV</i>	Dom av 5. mai 2022, <i>BV</i> , C-570/20 EU:C:2022:348

Avgjørelser fra utenlandske domstoler

NJA 2013 s. 502 HD (Sverige)

Uttalelser fra EU-domstolens generaladvokater

<i>GA Gözütok og Brügge</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Dáamaso Ruiz-Jarabo Colomer fremsatt 19. september 2002, forente saker C-187/01 og C-385/01
<i>GA Van Straaten</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Dáamaso Ruiz-Jarabo Colomer, fremsatt 8. juni 2006, C-150/05
<i>GA Gasparini</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 15. juni 2006, sak C-467/04

<i>GA Kretzinger</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 5. desember 2006, sak C-288/05
<i>GA Kraaijenbrink</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt 5. desember 2006, sak C-367/05
<i>GA Bonda</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Juliane Kokott, fremsatt 15. desember 2011, sak C-489/10
<i>GA Åkerberg Fransson</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, fremsatt 12. juni 2012 i sak C-617/10
<i>GA Kossowski</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Yves Bot, fremsatt 15. desember 2015, sak C-486/14
<i>GA Orsi og Baldetti</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sánchez-Bordona, fremsatt 12. januar 2017, forente saker C-217/15 og C-350/15
<i>GA Menci</i>	Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Campos Sánchez-Bordona, fremsatt 12. september 2017, sak C-524/15

EU- og EØS rettsakter

2002/584/JHA: Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the surrender procedures between Member States (FD EAW)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

Commission Regulation (EC) No 1973/2004 of 29 October 2004

EU-domstolens vedtekter

EUs charter om grunnleggende rettigheter (Charteret)

The Agreement on extradition between the European Union and the United States of America of 25 June 2003 (EU-USA avtalen)

The Schengen acquis - Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 185 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders

Traktat om Den Europeiske Union av 7. februar 1992 (TEU)

Traktat om Den Europeiske Unions Virkemåte av 25. mars 1957 (TEUV)

Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, signed at Amsterdam, 2. October 1997 (Amsterdam-traktaten)

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13. December 2007 (Lisboa-traktaten)

Juridisk litteratur

Følgende verker er sitert med henvisning bare til forfatternavnet eller til verkets tittel i forkortet form:

Broberg/Fenger

Broberg, Morten og Fenger, Niels, «Præjudisielle forelæggelser for EF-domstolen», Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008

Bull

Bull, Henrik, «Det indre marked for tjenester og kapital», Universitetsforlaget, 2002

- Fredriksen/Mathisen, *EØS-rett* Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund, «EØS-rett», 2. utgave, Fagbokforlaget, 2014
- Helenius Helenius, Dan, «Ne bis in idem i den finska och europeiska straffprocessrätten», Alma Talent, 2019
- Høgberg/Sunde Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.), «Juridisk metode og tenkemåte», Universitetsforlaget, 2019, Juridika
- Koch/Sunde Koch, Sören og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.), «Comparing legal cultures», 2. utgave, Fagbokforlaget, 2020
- Losy Losy, Oskar, «Interpretation of Art. 54 of the Convention Implementing the Schengen Agreement», 2020, DOI 10.14746/ppuam.2019.9.12
- Matningsdal, *Lovkommentar til straffeloven 2005* Matningsdal, Magnus, «Straffeloven 2005. Lovkommentar», bekreftet à jour 1. januar 2022, Universitetsforlaget, Juridika
- Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett* Matningsdal, Magnus, «Norsk spesiell strafferett», 3. utgave, Fagbokforlaget, 2021
- Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* Rui, Jon Petter, «Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning», Universitetsforlaget, 2009
- Rui, *Ne bis in idem* Rui, Jon Petter, «Forbudet mot dobbel straffeforfølgning («ne bis in idem»)), Det 40. nordisk juristmøte, 2014

Ruud/Ulfstein	Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, «Innføring i folkerett», 5. utgave, Universitetsforlaget, 2018
Sejersted, m.fl.	Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Finn Rognstad, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, «EØS-rett», 3. utgave, Universitetsforlaget, 2011
Skoghøy	Skoghøy, Jens Edvin A., «Rett og rettsanvendelse», Universitetsforlaget, 2018
Van Bockel	Van Bockel, Willem Bastiaan, “The ‘European’ Ne Bis in Idem Principle: Substance, Sources and Scope”, i B. Van Bockel (red.), <i>Ne Bis in Idem in EU Law</i> , Cambridge: Cambridge University Press, 2016, DOI 10.1017/9781316091845.002

Følgende artikler er henvist med fulltekst i avhandlingens fotnoter:

Baron, Jonathan og Poelmann, Eric, «Country note: The principle of *Ne Bis in Idem*: On the Ropes, but Definitely Not Defeated», *Intertax*, volume 46, issue 10, 2018, s. 740-829

Bernitz, Ulf, «Rättighetsstadgangs genomslag i svensk rätt – Europarättslig lagprövning och lärdomar av Åkerberg Fransson», *Juridisk Tidskrift* nr. 4, 2016/2017, s. 789-816

Graver, Hans Petter, «vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 s. 149-178

Lacny, Justyna og Swarc, Monika, «Legal Nature of European Union Agricultural Penalties», *eu crim*, 2012, s. 140-176

Lasagni, Giulia og Mirandola, Sofia, «The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law», *eu crim*, issue 2019, s. 77-152

Neagu, Norel, «The Ne Bis in Idem Principle in the interpretation of European Courts: Towards Uniform Interpretation», *Leiden Journal of International Law*, desember 2012, vol. 25, s. 955-977

Rossi-Macciano, Pierpaolo, «A Reasoned Approach to Prohibiting the Bis in Idem», *eu crim*, issue 2021, s. 197-284

Schei, Tore, Foredrag «Høyesterett inn i det 21. århundre», 13. januar 2009

Van Bockel. Bas, annotation on case C-436/04, Van Esbroeck, case C-150/05, Van Straaten and case C-467/04, Gasparini, *Common Market Law Review*, 45(1), s. 223–244

Andre kilder

Brighton-erklæringen av 20. april 2012

Brüssel-erklæringen av 27. mars 2015

Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union, Brussels 11 October 2000

EMDs nettsider: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>

EMDs Case-law guide om «Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights», 31. September 2021

EuroJust's nettsider: https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/institutions-and-bodies-profiles/eurojust_en

EuroJust Case-law guide om «Case law by the Court of Justice of the European Union on the principle of *ne bis in idem* in criminal matters», desember 2021

InfoCuria database of case law

HUDOC database of case law

Protocol integrating the Schengen-acquis into the framework of the European Union – Official Journal of the European Union, C 321 E, 29/12/2006 p. 0191 – 0195

Report on EuroJust's casework in the field of prevention and resolution of conflicts of jurisdiction, 16. februar 2018

Request for a preliminary ruling from the Oberlandesgericht Bamberg (Germany) lodged on 11 June 2021 – Criminal proceedings against MR, Case 365/21 – Official Journal of the European Union, C 320, 9/8/2021 p. 32 – 32

