

NE BIS IN IDEM

AV POST.DOC., PHD JON PETTER RUI

*Ne bis in idem means «not twice for the same». The ne bis in idem-principle is implemented in the criminal procedural laws of all Nordic countries. As opposed to other legal systems, the principle has not been considered as a basic human right, but more as a technical, procedural principle. This has, however, changed due to the ratification and incorporation of Protocol No. 7 of the European Convention on Human Rights. Article 4 of Protocol No. 7 sets out the ne bis in idem-principle on a national level. This paper analyses the implementation of Article 4 of Protocol No. 7 in the Nordic countries. Perhaps surprisingly, substantial differences are revealed. In addition, the paper analyses the impact of the ne bis in idem-principle in the Schengen Convention Article 54 in the Nordic countries. Both the force of this principle towards harmonization on the European level and the dynamic and evolutive interpretation of the principle at the European Court of Justice raise serious questions in regard to the future of Nordic cooperation in criminal matters.**

1. Innledning

Ne bis in idem er et grunnleggende rettsstatsprinsipp: Den som har vært utsatt for en straffeforfølgning som har endt med en endelig avgjørelse, skal ikke bli utsatt for en ny forfølgning for samme forhold.

Det er i hovedsak tre hensyn som begrunner *ne bis in idem*-prinsippet. For det første belastningshensynet; den som har vært utsatt for en forfølgning, skal slippe den belastning det medfører å gjennomgå en ny straffeforfølgning for samme saksforhold.¹ For det andre gir et forbud mot gjentatt straffeforfølgning forutberegnelighet. Samfunnsborgerne kan innrette seg på at de ikke vil bli forfulgt på ny for samme forhold, som de er endelig domfelt eller frifunnet for.² For det tredje er det ineffektivt å gjennomføre flere prosesser om samme saksforhold.³

Hos oss i Norden og i kontinentale rettssystemer har vi regler som tillater gjenopptakelse av endelige straffesaker. Gjenopptakelsesregler representerer unntak fra regelen om at ingen skal bli forfulgt flere ganger for samme forhold. Hos oss begrunnes gjenopptakelsesregler i hensynet til at rettsavgjørelser skal ha et materielt riktig resultat. Hvis det er begått en grov feil i en straffeforfølgning, må det være mulig å rette feilen. I land som tilhører common law-tradisjonen

* Title in English: *Ne bis in idem*. Original in Norwegian.

har det derimot tradisjonelt ikke vært adgang til gjenopptakelse av straffesaker. Begrunnelsen for *ikke* å ha gjenopptakelsesregler har vært den samme som vår begrunnelse for å *ha* slike regler, nemlig hensynet til et materielt riktig resultat. Tanken i common law-landene har vært at gjentakelse av en ikke ufeilbarlig prosess øker risikoen for et uriktig resultat.⁴

2. Ne bis in idem-regelens nordiske forankring

I nordisk straffeprosess kjenner vi regelen best under et annet navn enn *ne bis in idem*, nærmere bestemt regelen om negativ materiell rettskraft i straffesaker. I Norge finner vi rettskraftsregelen i straffeprosessloven § 51, i Sverige i rättergångsbalken 30:9 og i Finland i rättergångsbalken 31:9. Dansk rett har ingen uttrykkelig regel om straffedommens negative materielle rettskraft, men den er forutsatt i lovverket, og da først og fremst gjennom reglene om gjenåpning.⁵

Ne bis in idem-regelen reiser i hovedsak to spørsmål. Det første er for hvilke avgjørelsestyper regelen kommer til anvendelse (hva er *bis*). Det andre spørsmålet er hvor omfattende sperrevirkning den første avgjørelsen skal tillegges (avgrensning av *idem*).

Hva gjelder den norske straffeprosesslov § 51s anvendelsesområde, kommer den til anvendelse på sakstyper som behandles etter straffeprosessloven. Derimot får regelen ikke anvendelse på andre sakstyper, slik som forvaltningssaker med strafferettslig preg. For at den første og den andre forfølgningen skulle anses å gjelde samme forhold (avgrensningen av *idem*) har det tradisjonelt vært krevd både faktisk og rettslig identitet mellom forfølgningene. I Rt. 1980 s. 360 la Høyesterett til grunn at en frifinnelse eller domfellelse for uaktsomt drap med hjemmel i straffeloven § 239 ikke var til hinder for en ny straffeforfølgning av samme faktiske handling med hjemmel i den straffesanksjonerte aktsomhetsbestemmelse i vegtrafikkloven § 3 jf. § 31.

Den svenske *ne bis in idem*-regel i rättergångsbalken 30:9 kommer også til anvendelse kun på de tradisjonelle straffesaker, og ikke på forvaltningssaker med strafferettslig preg. I Sverige finner vi en videre avgrensning av *idem* enn i norsk rett: To forfølgninger anses å angå samme forhold hvis det er faktisk identitet mellom forfølgningene (samme "gärning"). At det er brukt ulike straffebud ved forfølgningene har dermed i seg selv ingen betydning.⁶

I Finland finnes *ne bis in idem*-regelen i rättergångsbalken 31:9. Anvendelsesområdet er straffesaker, og ikke forvaltningssaker med strafferettslig preg. Avgrensningen av *idem* gjøres, på samme måte som i Sverige, ved kun å vurdere om den første og den andre forfølgningen angår samme faktiske handling ("gärning"). Ulik rettslig identitet har ingen betydning.⁷

Også i Danmark har *ne bis in idem*-regelens anvendelsesområde vært begrenset

til de tradisjonelle straffesaker. Og for at forfølgningene skal angå samme faktiske forhold kreves, som i Norge, både faktisk og rettslig identitet.⁸

Et prejudikat ser ut til å være en avgjørelse fra 1972 avsagt av Østre Landsret. Forholdet var her at siktede i en tilståelsessak erkjente seg skyldig i å ha innført 1,3 kilo hasj, hvorav en kilo var solgt videre. Han ble dømt til fire måneders fengsel. Om lag et halvt år senere ble det reist tiltale mot samme person for samme faktiske handling. Han ble nå tiltalt for, i stedet for det som var pådømt tidligere, å ha innført om lag 30 kilo hasj og videresolgt ca. 14 kilo. Byretten avviste saken og viste til at det ikke var truffet avgjørelse om gjenopptakelse i den tidligere pådømte sak. Landsretten fant derimot at den senere tiltalen gjaldt en vesentlig større forbrytelse enn den siktede var dømt for i den opprinnelige saken. Og da det etter den opprinnelige dommen var fremkommet nytt bevisgrunnlag, var den opprinnelige dommen ikke til hinder for at den nye tiltalen kunne fremmes til realitetsbehandling. Dommen er kritisert av Smith m.fl. Det fremheves at den første saken var til hinder for den nye forfølgning. Hvis ny forfølgning skulle vært tillatt, måtte eventuelt den første saken vært gjenopptatt.⁹ Jeg er enig i kritikken.

I tillegg til at *ne bis in idem*-regelen har forankring i den nasjonale straffeprosess, er alle nordiske land bundet av to internasjonale instrumenter, hvor *ne bis in idem*-regelen kommer til uttrykk. Dette er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 og Schengenkonvensjonen artikkel 54. Temaet i det følgende er hvilken betydning disse konvensjonsartiklene har for nordisk rett.

3. EMK P7 art. 4

3.1. Innledning

EMK P7 art. 4 nr. 1 lyder slik:

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

Protokoll 7 trådte for Danmark, Island og Sveriges vedkommende i kraft i 1988, for Norges i 1989 og for Finlands i 1990. Samtlige land har også inkorporert protokoll 7. Likevel er det på det rene at artikkelen har hatt svært ulik betydning for nasjonal rettsanvendelse og lovgivning i de nordiske land.

3.2. Anvendelsesområde (bis)

Norge er uten sammenligning det nordiske landet hvor EMKs *ne bis in idem*-regel har hatt størst betydning.¹⁰ Grunnen er i hovedsak norsk Høyesteretts tolking av artikkelens anvendelsesområde. Utviklingen startet for alvor i 2002. I en avgjørelse avsagt av Norges Høyesterett i plenum,¹¹ ble det lagt til grunn at et endelig vedtak truffet av skattemyndighetene om illeggelse av forhøyd tilleggs skatt var til hinder for at påtalemyndigheten startet straffeforfølgning for skattesvik. I Rt. 2003 slo Høyesterett for første gang fast at forvaltningssaker som anses som straffesaker etter straffebegrepet i EMK art. 6 ("criminal charge"), skulle tillegges sperrevirkning etter EMK P7 art. 4.¹² Høyesterett la med andre ord til grunn at straffebegrepene i EMK art. 6 og EMK P7 art. 4 var sammenfallende. Slik jeg ser det, var dette en korrekt tolking av de avgjørelser som da forelå fra EMD.¹³ I senere avgjørelser kom Høyesterett til at følgende forvaltningssanksjoner var straff etter det enhetlige straffebegrepet i EMK: Illeggelse av tilleggsavgift på 50 % etter merverdiavgiftsloven,¹⁴ vedtak om tvangsplassering i barnevernsinstitusjon etter barnevernloven,¹⁵ vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven,¹⁶ vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk¹⁷ og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.¹⁸

Høyesteretts tolking av straffebegrepet i EMK medførte også at lovgivningsarbeid ble igangsatt. I 2003 avga det såkalte Sanksjonsutvalget en utredning.¹⁹ Mandatet hadde blant annet vært å avklare forholdet mellom nasjonal rett og EMK. Hva gjelder *ne bis in idem*, foreslo Sanksjonsutvalget å lovfeste et forbud mot gjentatt straffeforfølgning i den norske forvaltningsloven.²⁰

Med dette som bakgrunn var det sikkert flere som ble overrasket da EMD i avgjørelsene *Mjelde mot Norge*²¹ og *Storbråten mot Norge*²² kom til at straffebegrepet i EMK P7 art. 4 ikke var sammenfallende med straffebegrepet i konvensjonens øvrige artikler. Saksforholdet var at både Mjelde og Storbråten var blitt ilagt konkursskarantene med hjemmel i konkursloven § 142 på grunnlag av blant annet skjellig grunn til mistanke om at de hadde begått økonomisk kriminalitet. Spørsmålet for EMD var om illeggelsen av konkursskarantene sperret for en senere straffeforfølgning for de forhold som dannet grunnlag for konkursskarantenen. EMD uttalte i begge sakene at straffebegrepet i EMK P7 art. 4 *ikke* var sammenfallende med straffebegrepet i EMK art. 6. Nærmere bestemt følger det av avgjørelsene at straffebegrepet i EMK P7 art. 4 er klart snevrere enn straffebegrepet i EMK art. 6.

Slik jeg ser det, medfører dette at en del av de saker hvor norsk Høyesterett har lagt til grunn at et forvaltningsvedtak vil sperre mot ny forfølgning etter EMK P7 art. 4, ikke kan opprettholdes. Blant annet vil et vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven klart ikke anses som straff etter det nye og snevrere straffebegrepet

i EMK P7 art. 4. Det samme gjelder vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.²³

Det nye og snevrere anvendelsesområdet for *ne bis in idem*-regelen fra *Mjelde* og *Storbråten* var godt nytt for Norge. På samme måte som Sverige har vi en tradisjon for at både påtalemyndigheten og forvaltningen kan forfølge og ilegge sanksjoner i samme sakskompleks. Ved å utforme et snevrere straffebegrep for EMK P7 art. 4 enn det straffebegrep som anvendes i konvensjonens øvrige artikler, kom EMD slike systemer langt på veg i møte.

Siste ord ser imidlertid ikke ut til å være sagt fra EMD om anvendelsesområdet for EMK P7 art. 4. I dommen *Routsalainen mot Finland*²⁴ er det holdpunkter for at EMD nå fraviker rettsoppfatningen i *Mjelde* og *Storbråten* og igjen legger til grunn at anvendelsesområdet for EMK P7 art. 4 er sammenfallende med straffebeget i EMK art. 6.²⁵

3.3. Omfanget av sperrevirkningen (*idem*)

Som nevnt ovenfor, kreves det i norsk og dansk rett både faktisk og rettslig identitet for at to forfølgninger skal angå "samme forhold". Frem til EMDs storkammerdom i *Zolotukhin mot Russland*²⁶ var denne snevre avgrensingen av *idem* i samsvar med EMDs tolking av EMK P7 art. 4.²⁷

Saksforholdet i *Zolotukhin* var i korthet at Zolotukhin først ble domfelt for overtredelse av administrativ lovgivning og deretter tiltalt for overtredelser av straffeloven. I denne dommen fraviker EMD tidligere tolking av EMK P7 art. 4, og legger til grunn at det ikke lenger er tillatt å ta i betraktning rettslig identitet ved avgrensingen av *idem*:

"The Court... notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention... Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same."²⁸

Uttalelsen kommer i en storkammerdom og er ikke til å misforstå. Etter denne dommen er det ikke lenger tillatt å ta i betraktning rettslig identitet ved avgrensingen av *idem*. Det eneste relevante er om forfølgningene angår samme faktiske handling.

Dette vil medføre en klart videre avgrensning av straffedommers negative materielle rettskraft i Danmark og Norge (og de andre medlemsland i europarådet hvor rettslig identitet tidligere er benyttet som avgrensningskriterium). Siden avgrensningen av straffedommens negative materielle rettskraft har nær sammenheng med reglene om forholdet mellom tiltale og dom samt påtalemyndighetens adgang til å endre tiltalen etter at hovedforhandling er påbegynt, kan endringen av rettskraftsregelen også påvirke tolkingen av disse reglene.²⁹

4. Schengenkonvensjonen artikkel 54

4.1. Innledning

Den danske versjonen av Schengenkonvensjonen art. 54 har slik ordlyd:

”En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme straffbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længre kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.”

Selv om de nordiske land har ulik tilknytning til Schengen, er det på det rene at art. 54 i praksis er bindende for samtlige nordiske land. EF-domstolen har også kompetanse til å avgi tolkingsuttalelser om forståelsen av artikkelen³⁰ og det foreligger i dag et ikke ubetydelig antall dommer fra EF-domstolen som trekker opp grensene for denne ”europarettslige” *ne bis in idem*-regelen.³¹

På generelt grunnlag er det dekkende å si at EF-domstolen anlegger en svært vid fortolking av *ne bis in idem*-regelen i art. 54. I samtlige avgjørelser uttales det at formålet med artikkelen, og et viktig tolkingsprinsipp, er at art. 54 skal ”sikre EU-borgernes frie bevegelighet innenfor Unionen og derigjennom fremme den europeiske integrasjonen gjennom opprettelse av et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet”.³²

4.2. Anvendelsesområde (bis)

EF-domstolen har lagt til grunn at frifinnelser og domfellelser avsagt av en nasjonal domstol i et Schengen-land skal tillegges *ne bis in idem*-virkning i samtlige andre Schengen-land. Domstolen har også uttalt at avgjørelser truffet av påtalemyndigheten i et Schengen-land og som konstaterer at siktede er straffeskuldig, er til hinder for ny forfølgning av samme forhold i et annet Schengen-land.³³ Det vi kaller forelegg og påtaleunntatelser i Norge vil dermed sperre mot en senere straffefølgning i hele Schengenområdet. Med bakgrunn i EF-domstolens svært dynamiske og formålsorienterte tolking, tror jeg også det

er sannsynlig at domstolen, når den får mulighet til det, kommer til å utvikle et autonomt straffebegrep ved tolkingen av art. 54, slik EMD har gjort.³⁴ Det vil i så fall medføre at avgjørelser truffet av forvaltningsorganer i Schengenområdet, som anses som avgjørelser om straff etter EF-domstolens straffebegrep, skal tillegges sperrevirkning mot ny forfølgning i samtlige Schengen-land.

4.3. Omfanget av sperrevirkningen (*idem*)

På samme måte som EMD, har EF-domstolen slått fast at rettslig identitet ikke er et relevant kriterium ved avgrensning av omfanget av en avgjørelses sperrevirkning. Det er videre på det rene at EF-domstolen anlegger en svært vid avgrensning av *idem*. Den dommen som kanskje går lengst i så måte er *Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.*³⁵ Saksforholdet var her at selskapet Minerva SA hadde innført olivenolje av dårlig kvalitet fra Tunisia og Tyrkia, til Portugal. Selskapet unndro olivenoljen fortolling i Portugal. Selskapet utstedte videre falske fakturaer, som gav inntrykk av at oljen var produsert i Sveits. Deretter solgte og markedsførte Minerva oljen i Spania, og da som høykvalitets sveitsisk olivenolje.

Minerva ble først tiltalt i Portugal for overtredelse av tollavgivning, men ble frifunnet fordi forholdet var foreldet. Da en spansk etterforskningsdommer fikk høre om frifinnelsen, igangsatte han etterforskning av Minerva for ulovlig markedsføring av olivenoljen i Spania. Tiltale ble tatt ut, og den spanske domstolen forela EF-domstolen spørsmål om frifinnelsen i Portugal for overtredelse av tollavgivningen var til hinder for straffefølgning i Spania for overtredelse av markedsføringslovgivningen.

EF-domstolens avgjørelse sammenholdt med generaladvokatens uttalelse³⁶ viser følgende: Hvis det portugisiske selskapet allerede hadde akseptert markedsføring av olivenoljen i Spania eller hadde gjennomført den kort tid etter den ulovlige innførsel, ville den ulovlige innførselen til Portugal og den etterfølgende ulovlige markedsføringen i Portugal bli ansett som samme faktiske handling etter art. 54.

Etter norsk straffeprosessrett er det helt klart at innførselen til Portugal og markedsføringen av oljen i Spania anses som to ulike faktiske handlinger. Grunnen er at det ikke er tilstrekkelig tidsmessig sammenheng mellom innførselen til Portugal og markedsføringen i Spania. Det samme vil jeg tro er tilfellet etter dansk rett. Ut fra de fremstillinger jeg har lest om finsk og svensk straffeprosess, ser det for meg ut som at det samme er tilfellet her.³⁷

Saken illustrerer godt hvilken drivkraft *ne bis in idem*-prinsippet vil komme til å bli for det videre straffesaksamarbeidet innenfor Schengen. For å gå klar av *ne bis in idem* og å kunne straffe Minerva både for overtredelsen av tollavgivningen og den ulovlige markedsføringen, måtte portugisiske og spanske

myndigheter ha samarbeidet ved straffeforfølgingen. Vi ser altså at *ne bis in idem*-regelen i art. 54 vil fungere som en "motor" for økt straffesakssamarbeid innen Schengenområdet.

Men ville samarbeid vært tilstrekkelig for å kunne straffeforfølge Minerva både for tollovertredelsen i Portugal og brudd på markedsføringslovgivningen i Spania? Ved et samarbeid måtte man valgt straffeforfølging enten i Portugal eller Spania. En forutsetning for effektiv straffeforfølging i Portugal ville ha vært at Minervas markedsføring i Spania var straffbar også i Portugal. Og hvis Spania ble valgt som forfølgingsland, måtte overtredelsen av tolllovgivning i Portugal vært straffbart i Spania. Dette er bare ett av flere eksempler på at *ne bis in idem*-prinsippet også vil fungere som en pådriver for tilnærming og harmonisering av den materielle strafferetten innen Schengenområdet. Dette er en logisk konsekvens av det overordnede formålet med Schengenkonvensjonen, nemlig å skape et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet innenfor Schengenområdet.

5. Refleksjoner

Sammenlignet med situasjonen i Norge er EMK P7 art. 4s betydning for nasjonal rett viet liten oppmerksomhet i de øvrige nordiske land. Enkelte vil sannsynligvis hevde at artikkelen er viet overdrevent mye oppmerksomhet hos oss. I alle tilfelle kan det være av interesse å reflektere over hva denne forskjellen skyldes.

Formelt sett er EMK inkorporert i samtlige nordiske land. I Danmark, Island, Norge og Sverige er konvensjonen gitt forrang foran annen lovgivning. Selv om man i Finland formelt ikke har en slik forrangsbestemmelse, uttaler *Matti Pellonpää* at det i finsk rettspraksis er "en vedtagen standpunkt att människorättskonventionen kan påverka lagtolkningen och også ges företräde framom tidigare lagstiftning".³⁸ På grunn av at forrangsbestemmelsen i de øvrige nordiske land er plassert på formell lovs nivå, kan også – i teorien – senere lovgivning gis forrang foran EMK i alle nordiske land. På det formelle plan er dermed konvensjonens stilling svært lik i de nordiske land.

Jeg tror at forskjellen i oppmerksomheten omkring EMK P7 art. 4, i hvert fall delvis, kan forklares med at domstolene i de nordiske land har en noe forskjellig holdning til konvensjonen. Ut fra min kjennskap, fremstår norsk Høyesterett som svært konvensjonsvennlig. Nærmere bestemt skal det forholdsvis lite til for at norsk Høyesterett konstaterer motstrid mellom konvensjonen og nasjonal rett, slik at konvensjonen gis forrang. I en plenumsdom fra 2000³⁹ gjennomførte norsk Høyesterett en lengre teoretisk drøftelse (vel tre sider) av hvordan Høyesterett og andre rettsanvendere skulle tolke konvensjonen. Drøftelsen kan i korthet oppsummeres slik: Norske domstoler skal tolke konvensjonen slik EMD selv tolker konvensjonen. Det skal imidlertid ikke bygges inn noen sikkerhetsmargin

mot at Norge kan bli dømt av EMD. Det er EMD som har hovedansvaret for å utvikle konvensjonen, og norske domstoler skal ikke tolke konvensjonen for dynamisk. Dette er blitt benevnt som prinsippet om selvstendig tolking.⁴⁰

Etter det jeg kjenner til, har ikke dansk Højesteret i tilsvarende ordelag og på teoretisk grunnlag uttalt seg om hvordan Højesteret selv og andre domstoler skal tolke EMK. I forarbeidene til den danske inkorporeringsloven ble uttalt at det i første rekke var Folketinget som skulle sikre Danmarks oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. For at danske domstoler skal sette til side dansk rett med grunnlag i EMK, må det

”[f]oreligge en afklaring med hensyn til konventionens fortolkning, idet der foreligger praksis, der direkte har taget stilling til det pågældende fortolkningsspørsmål, eller hvor det på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed kan fastslås, hvorledes et fortolkningsspørsmål må forventes at vil falde ud”.

Det foreligger derimot ikke motstrid hvis det

”ikke findes nogen [EMD] praksis, eller hvor [EMD] praksis ikke giver grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed”.⁴¹

Ut fra det jeg kan se, skal det atskillig mer til for at danske domstoler skal kunne sette til side en rettsregel med grunnlag i motstridsmestemmelsen i inkorporeringsloven, enn det som er situasjonen i Norge.⁴²

I Sverige har Högsta domstolen uttalt at det kreves ”klart stöd” i konvensjonen for å sette til side nasjonal rett og gi konvensjonen forrang.⁴³ Med en slik tilnærming skal det nok atskillig mer til for at domstolene konstaterer motstrid mellom konvensjonen og nasjonal rett, og gir konvensjonen forrang, enn ved en selvstendig tolking av konvensjonen.

Hvilken tilnærming er å foretrekke? Det følger av EMK art. 1, art. 13 og art. 35 nr. 1 at det er medlemsstatene i Europarådet som har det primære ansvaret for å håndheve rettighetene i konvensjonen, og at EMD har en subsidiær kontrolloppgave. På denne bakgrunn fremstår kanskje doktrinen om en selvstendig tolking av konvensjonen som den mest lojale tilnærmingen. En slik doktrine stiller imidlertid visse krav til EMD. Blant annet må det kreves at de signaler som kommer fra EMD om tolkingen av konvensjonens artikler er noenlunde forutberegnelige.

Når det gjelder tolkingen av EMK P7 art. 4s anvendelsesområde er i hvert fall min oppfatning at EMD har gått fra å operere med et vidt anvendelsesområde, til en innsnevring av anvendelsesområdet i *Mjelde* og *Storbråten*, og så tilbake

til det tidligere vide anvendelsesområdet i *Routsalainen*. Dette har skjedd i løpet av en periode på fem år. Å følge en slik utvikling ved en selvstendig tolking av konvensjonen er svært vanskelig for nasjonale domstoler. For lovgiver er det praktisk umulig. Når EMD opererer slik er kanskje det beste at nasjonale domstoler holder en viss avstand til rettskildematerialet fra EMD?

EF-domstolens progressive arbeid med å gjøre hele Schengenområdet til én jurisdiksjon skaper store utfordringer for et nordisk samarbeid. Ett spørsmål er om det i det store og hele er hensiktsmessig og mulig å videreutvikle et eget nordisk samarbeid. Som illustrasjon kan nevnes at det utvidede samarbeidet mellom de nordiske land som Den nordiske arrestordre representerte, for de aller fleste praktiske tilfeller er innhentet av Den europeiske arrestordre. Og hvis et nordisk samarbeid skal videreutvikles, er det et stort spørsmål hvilken form dette skal ha ved siden av Schengen-samarbeidet.

Notes:

- ¹ Se Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, Oslo 2009 s. 121-123.
- ² *Op.cit.* s. 123-125.
- ³ *Op.cit.* s. 128.
- ⁴ *Op.cit.*s. 125-126.
- ⁵ Se Stephan Hurwitz: *Den danske strafferetspleje*, 3. forkortede og reviderede udgave, København 1959 s. 547 og Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, København 1996 s. 186-187.
- ⁶ Se Bengt Lindell; Hans Eklund; Petter Asp; Torbjörn Andersson: *Straffprocessen*, Uppsala 2005 s. 197.
- ⁷ Se Dan Frände: *Finsk straffprocessrätt*, Helsingfors 2009 s. 439-443.
- ⁸ Se Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, København 1996 s. 191.
- ⁹ Se Eva Smith; Jørgen Jochimsen; Michael Kistrup; Jakob Lund Poulsen: *Straffprocessen*, 2. udgave, København 2008 s. 943-944.
- ¹⁰ Norsk Høyesterett har behandlet til sammen 51 saker hvor EMK P7 art. 4 i en eller annen form har vært drøftet, se Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, Oslo 2009 s. 19 med videre henvisninger. EMK P7 art. 4 har vært vært tema i tre saker for dansk Højesteret, sak127/2005, sak 324/2005 og sak 294/2008. For svensk retts vedkommende, se bl.a. Per Ole Träskman: "Förbudet mot dubbelstraffning och skilnaden mellan brottslig gärning och brott", *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet*, 2004-05/nr. 4 s. 862-872 og Petter Asp: "Ne bis in idem: samma sak – men inte nödvändigtvis två gånger?", *Analys. InfoTorg* april 2010.
- ¹¹ Rt. 2002 s. 557 (den såkalte Dobbeltstraff I-kjennelsen).
- ¹² Rt. 2003 s. 1100
- ¹³ Se Jon Petter Rui: Det materielle straffebegrepet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 3/2005 s- 294-369 på s. 302-303.
- ¹⁴ Rt. 2003 s. 1376.
- ¹⁵ Rt. 2003 s. 1827.
- ¹⁶ Rt. 2004 s. 927; Rt. 2004 s. 943; Rt. 2004 s. 948.
- ¹⁷ Rt. 2004 s. 1500.
- ¹⁸ Rt. 2006 s. 1498.
- ¹⁹ NOU 2003:15 Fra bot til bedring.
- ²⁰ *Op.cit.*s. 352-353.

- 21 Søkenummer 11143/04, avvísingsavgjørelse av 1. februar 2007.
- 22 Søkenummer 12277/04, avvísingsavgjørelse av 1. februar 2007.
- 23 Se Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, Oslo 2009 s. 192-193.
- 24 Søkenummer 13079/03, dom av 16. juni 2009.
- 25 Se Jon Petter Rui: "Fra menneskerettighetsdomstolen", *Tidsskrift for Strafferett* nr. 4/2009 s. 513-518.
- 26 Søkenummer 14939/03, storkammerdom av 10. februar 2009.
- 27 Se Jon Petter Rui: "Forbudet mot gjentatt straffefølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4 – på ny", *Lov og Rett* nr. 5/2009 s. 283-298 på s. 287-289.
- 28 Avsnitt 81-82.
- 29 For norsk retts vedkommende, se *op.cit.* s. 295-297.
- 30 Se *Hüseyn Gözütok og Klaus Brügge*, Forslag til afgørelse fra generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer fremsat den 19. september 2002, forenede sager C-187/01 og C-385/01, avsnitt 29-35.
- 31 Et søk på EF-domstolens hjemmeside viser at domstolen har avsagt ni dommer og at tre saker er forberedt av Generaladvokaten.
- 32 Se Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, Oslo 2009 s. 132 med videre henvisninger.
- 33 *Op.cit.* s. 212-216.
- 34 *Op.cit.* s. 185.
- 35 Domstolens dom 28. september 2006, sag C-467/04.
- 36 Forslag til afgørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsat den 15. juni 2006, sag C467/04 avsnitt 152-154.
- 37 Se hhv. Se Bengt Lindell; Hans Eklund; Petter Asp; Torbjörn Andersson: *Straffprocessen*, Uppsala 2005 s. 197 og Dan Frände: *Finsk straffprocessrätt*, Helsingfors 2009 s. 439-443.
- 38 Se Matti Pellonpää: *Europäiska människorättskonventionen*, Helsinki 2007 s. 70.
- 39 Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen).
- 40 Se Jens Edvin Skoghøy: "Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner", *Lov og Rett* nr. 6/2002 s. 337-354 på s. 342.
- 41 Betænkning 1407 (2001) s. 307 flg.
- 42 Se i samme retning Jens Elo Rytter: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave, København 2006 s. 41-42. Det er flere som har tatt til orde for at man i Danmark bør legge seg på samme linje som i Norge, se *op.cit.* s. 42.
- 43 Se nærmere Petter Asp: "Ne bis in idem: samma sak – men inte nödvändigtvis två gånger?", *Analys. InfoTorg* april 2010, med videre henvisninger.

Adresse:

Universitetet i Tromsø

jon.petter.rui@uit.no