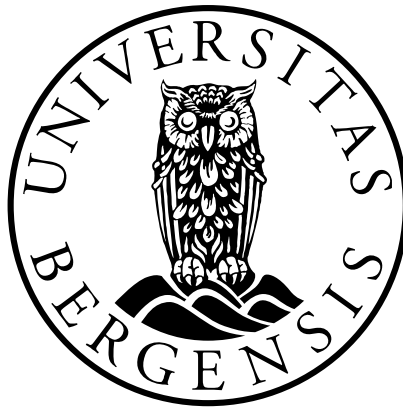


# Retten til rettferdig rettergang i militære disiplinærsaker

*Omfattes militære disiplinærsaker med grunnlag  
i straffbare handlinger av EMK artikkel 6?*

Kandidatnummer: 60

Antall ord: 14701



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

7. juni 2021



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Grunnleggende utgangspunkter.....	4
1.3 Aktualitet.....	6
1.4 Avgrensninger.....	8
1.5 Metodiske spørsmål.....	9
1.6 Fremstillingen videre.....	11
2 Disiplinær refselse for straffbare handlinger i norsk rett.....	13
3 Rekkevidden av EMK artikkel 6 - oversikt.....	15
3.1 Ordlyden i artikkel 6.....	15
3.2 Engel-kriteriene.....	16
4 Det første kriteriet: nasjonal rubrisering.....	19
4.1 Hva refererer rubriseringskriteriet til?.....	19
4.2 Er disiplinær refselse for straffbare handlinger rubrisert som straff i norsk rett?... ..	21
5 Det andre kriteriet: normens art.....	23
5.1 Gjenstanden for vurderingen.....	23
5.2 Avskrekkende og pønale formål.....	24
5.3 Hva er normens nedslagsfelt?.....	26
5.4 Har normen tilknytning til norsk strafferett?.....	28
5.5 Innebærer normen et skyldkrav?.....	31
5.6 Føres overtredelser på normbryterens rulleblad?.....	33
5.7 Samlet vurdering: tilsier normens art at forholdet er «criminal»?.....	33
6 Det tredje kriteriet: reaksjonens art og alvor.....	35
6.1 Refselsesmidlene.....	35
6.2 Arrest.....	35
6.3 Frihetsinnskrenkning.....	36
6.4 Irettesettelse.....	37
6.5 Bot.....	37
6.6 Oppsummering.....	39
7 Oppsummering og konklusjon.....	40

7.1	Oppsummering.....	40
7.1.1	Rubriseringskriteriet .....	40
7.1.2	Artskriteriet.....	40
7.1.3	Reaksjonskriteriet .....	40
7.2	Samlet vurdering og konklusjon .....	40
8	Konsekvenser .....	42
8.1	De rene disiplinærsakene .....	42
8.2	Hvilke menneskerettslige krav gjelder for disiplinærsakene? .....	42
8.3	Aktuelle lovendringer .....	43
	Domsregister .....	46
	Litteratur .....	48
	Lover og forskrifter.....	49
	Annet.....	50

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Denne oppgaven handler om hvorvidt Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 stiller krav til behandlingen av militære disiplinærsaker. Problemstillingen oppgaven skal løse er om disiplinærsaker med grunnlag i straffbare handlinger er straffesaker som oppfyller vilkåret «criminal charge» i konvensjonen, og dermed bringer artikkel 6 til anvendelse.

## 1.2 Grunnleggende utgangspunkter

Retten til en rettferdig rettergang er en av de sentrale menneskerettighetene som er beskyttet av Den europeiske menneskerettskonvensjonen artikkel 6. Den europeiske menneskerettsdomstolen har uttalt at retten til rettferdig rettergang «holds so prominent a place in a democratic society that there can be no justification for interpreting article 6 § 1 of the convention restrictively», og Menneskerettighetsutvalget beskriver retten til rettferdig rettergang som «en helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i moderne rettsstater».<sup>1</sup>

EMK artikkel 6 nr. 1 stiller noen grunnleggende krav til behandlingen av sivile tvister og straffesaker. For det første skal rettergangen skal være *rettferdig*. Det kreves at rettsforhandlingene og avgjørelsen skal være *offentlige*, og at saken skal avgjøres *innen rimelig tid*. Saken skal avgjøres av en *domstol* eller et domstollignende organ («tribunal») som er *opprettet ved lov*, og denne skal være *uavhengig* og *upartisk*. De samme rettighetene er grunnlovsfestet i § 95.<sup>2</sup>

For straffesaker oppstiller artikkel 6 nr. 2 dessuten et krav om at den tiltalte skal antas å være uskyldig inntil det er bevist skyld «according to law». Uskyldspresumsjonen er også grunnlovsfestet i § 96 (2). Henvisningen til «law» i konvensjonen refererer til lovkravet i artikkel 7, som har sin parallell i Grl. § 96 (1). I norsk rett er dette kjent som lovkravets prinsipp av legalitetsprinsippet.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Perez mot Frankrike* avsnitt 64; Dok. nr. 16 (2011–2012) punkt 23.1.

<sup>2</sup> Med unntak av kravet om at domstolen skal være opprettet ved lov. Grunnloven § 95 har for øvrig et videre virkeområde enn EMK art. 6, se punkt 1.4 nedenfor.

<sup>3</sup> Legalitetsprinsippet består av et krav om lovhjemmel, og et prinsipp for tolkning av lovhjemmelen.

Konvensjonen artikkel 6 nr. 3 oppstiller videre en rekke minsterettigheter siktede i *straffesaker* alltid skal ha.<sup>4</sup> Den siktede skal informeres om hva siktelsen går ut på og grunnlaget for den. Vedkommende skal gis tid og nødvendige ressurser tilgjengelig for forberedelser til å forsvare seg. Under rettsforhandlingene skal den siktede ha anledning til å forsvare seg personlig eller ved en selvvalgt rettshjelper. Kostnadene til rettshjelper må dekkes av myndighetene dersom den siktede selv ikke har midler til det og forsvarerbistand er nødvendig for å sikre en rettferdig rettergang. Den siktede skal ha adgang til utspørring av vitnene mot seg, og skal ha mulighet til føre vitner for sin sak på samme vilkår som for vitnene påtalemyndigheten fører. Myndighetene må dekke kostnadene til tolk dersom rettsforhandlingene foregår på et språk siktede ikke forstår.

Summen av disse kravene skal sikre et minstemål av beskyttelse mot at den siktede straffes på grunnlag av en feilaktig bedømmelse av de faktiske forholdene eller uriktig rettsanvendelse. Kravene har dessuten den viktige funksjonen at de fremmer offentlighetens tillit til strafferettspleien.

Det menneskerettslige vernet om retten til rettferdig rettergang i straffesaker hviler på en balansering av kryssende hensyn. På den ene siden står målet om materielt riktig rettsanvendelse<sup>5</sup> og rettssikkerhetsmekanismene offentlighet, kontradiksjon, ressursutjevning og overprøvarhet.<sup>6</sup> På den andre siden står krav om effektivitet i form av virkningsfull iretteføring av overtredelser med en rimelig ressursbruk.

Konvensjonens artikkel 6 har avstemt disse motstående hensynene ved å gi rettighetsvernet en viss fleksibilitet. Dette fremgår ikke direkte av artikkelen, men Domstolens praksis har tydelig slått fast at retten til en muntlig høring i en uavhengig og upartisk domstol ikke er et absolutt krav i enhver straffesak.<sup>7</sup> Domstolen aksepterer at strafferettslige sanksjoner ilegges administrativt, såfremt den forutgående prosessen er i samsvar med artikkel 6 for øvrig, og den siktede har adgang til å få avgjørelsen prøvd i en domstol som oppfyller artikkelens krav. Domstolen aksepterer også at statene har semistrafferettslige disiplinærsystemer på enkelte

---

<sup>4</sup> Om andre vilkår Domstolen har utledet av kravet til rettferdig rettergang i straffesaker, se Jacobs, White og Ovey (2021) s. 314 flg.

<sup>5</sup> I strafferetten gjelder dette likevel med det forbeholdet at uriktige domfellelser anses som et langt større onde enn uriktige frifinnelser. På dette området aksepterer man (relativt mange) materielt uriktige avgjørelser, såfremt utfallet er til gunst for den siktede. Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker er utslag av dette synet.

<sup>6</sup> Ressursutjevning omtales ofte som «equality of arms», og går ut på at siktede må gis tilgang til ressurser som utjevner det skjeve styrkeforholdet mellom staten på den ene siden og enkeltmennesket på den andre siden.

<sup>7</sup> Se *Albert og Le Compte mot Belgia* avsnitt 29.

samfunnsområder som, på nærmere vilkår, unngår kravene artikkel 6 stiller for straffesaksbehandling.<sup>8</sup> Det må altså skilles mellom tre typer saker. *Formell straff* er saker som behandles som ordinære straffesaker, og altså er straffesaker både etter statenes interne rett og etter EMK. *Forvaltningssanksjoner som er straffesaker etter EMK, men ikke i nasjonal rett* ilegges av et forvaltningsorgan, men borgeren kan angripe vedtaket for domstolene. Domstolene må da behandle saken på en måte som oppfyller kravene EMK artikkel 6 stiller til straffesaker, selv om dette ikke er straffesaker i det nasjonale rettssystemet. *Sanksjoner som ikke er straff etter nasjonal rett, og ikke regnes som straffesaker under EMK artikkel 6* står statene fritt til å ilegge på den måten de finner hensiktsmessig, og konvensjonen stiller ikke krav til behandlingsmåten i disse sakene.<sup>9</sup>

Hoveddelen av oppgaven handler om grensedragningen mellom de to siste av disse, altså mellom *administrative sanksjoner som er straffesaker etter EMK*, og dem som *ikke er det*. Dette spørsmålet er aktuelt i forbindelse med foreslåtte endringer i lovreguleringen av disiplinærmyndigheten i Forsvaret, fordi det har konsekvenser for hvor omfattende rettssikkerhetsmekanismer lovgivningen på området må utstyres med.

### 1.3 Aktualitet

Den någjeldende disiplinærloven (lov 20. mai 1988 nr. 32 om militær disiplinærmyndighet – disiplin.) ble utformet på 1970- og 80-tallet og ble vedtatt i 1988. Siden da har Forsvaret gjennomgått store endringer. Mens disiplinærloven ble utformet med hensyn til å opprettholde disiplin i et militærvesen som i stor grad var avhengig av store kull med vernepliktige soldater, er andelen unge som gjennomfører militærtjeneste i dag langt lavere. Forsvaret har i dag den situasjonen at det kan velge ut de best egnede og mest motiverte vernepliktige til førstegangstjeneste, og gjør i stor grad det. En følge av denne endringen er at antallet årlige refselsler har falt fra 12442 (årlig gjennomsnitt i perioden 1973 til 1978) til 912 i 2020.<sup>10</sup> Det har etter hvert oppstått et behov for å modernisere disiplinærregelverket og organiseringen av den militære påtalemyndigheten, og i 2019 satte Forsvarsdepartementet ned et utvalg til å

---

<sup>8</sup> Se *Engel med flere mot Nederland* og behandlingen av denne under punkt 3.2 nedenfor.

<sup>9</sup> Med forbehold om at slike forvaltningsavgjørelser kan angå «civil rights and obligations», og dermed omfattes av den sivilrettslige delen av artikkel 6. Jeg avgrensner mot dette, og behandler kun den strafferettslige delen av artikkel 6.

<sup>10</sup> NOU 1980: 58, s. 11 første spalte; Generaladvokatembetet, *Virksomhetsrapport for 2020*, s. 12.

utrede slike endringer, ledet av tidligere generaladvokat Lars Morten Bjørkholt.<sup>11</sup> Utvalget leverte sin rapport 1. mars 2021, i fortsettelsen omtalt som «Bjørkholt-utredningen».

Bjørkholt-utvalget foreslår at disiplinærloven oppheves, og at reglene om hjemmel og saksbehandling for refsels saker flyttes til forsvarsloven (lov 12. august 2016 nr. 77 om verneplikt og tjeneste i Forsvaret m.m.).<sup>12</sup> Forslaget innebærer noen endringer i saksbehandlingsreglene, blant annet at forvaltningsloven (lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker – fvl.) kapittel IX skal gjelde for disiplinærsaker.<sup>13</sup> Dette er en endring i forhold til gjeldende rett, hvor forvaltningsloven ikke gjelder, jf. disiplinærloven § 49 første avsnitt. Endringen er ment å føre til at saksbehandlingen oppfyller de kravene EMK art. 6 stiller til straffesaksbehandling, ettersom forvaltningsloven kapittel IX er utformet for å oppfylle konvensjonens krav i administrative straffesaker.<sup>14</sup> Virkeområdet til forvaltningsloven kapittel IX er administrative sanksjoner som er straff etter EMK og dermed omfattes av kravene i artikkel 6, jf. fvl. § 43. Den viktigste endringen dette vil medføre for disiplinærsakene er at domstolene får kompetanse til å prøve alle sider av saken, jf. fvl. § 50.<sup>15</sup>

Utvalget begrunner den foreslåtte endringen i at det mener militære disiplinærsaker er straffesaker etter EMK artikkel 6.<sup>16</sup> Standpunktet kommer frem etter en kort gjengivelse av de rettspolitiske betraktningene bak innføringen av forvaltningsloven kapittel IX, og en kort gjennomgang av Engel-kriteriene<sup>17</sup>. Utvalget gir ingen grundig drøftelse av disse, men går rett videre til å konstatere at det mener disiplinærsakene er straffesaker. Dette er spesielt påfallende fordi det markerer en helomvending fra den rettsoppfatningen disiplinærloven er utformet på grunnlag av, og som har vært utbredt i litteraturen om temaet.<sup>18</sup> I lys av EMDs praksis omkring rekkevidden av straffesaksbegrepet i konvensjonen, mener jeg dette er en slutning som kan trekkes i tvil. For rene disiplinærsaker (hvor overtredelsen kun er disiplinær,

---

<sup>11</sup> Bjørkholt-utredningen s. 17–18.

<sup>12</sup> Bjørkholt-utredningen s. 96–97.

<sup>13</sup> Bjørkholt-utredningen s. 116–117.

<sup>14</sup> Se Prop. 62 L (2015–2016) s. 62.

<sup>15</sup> I dag er domstolenes kompetanse begrenset til lovlighetsprøving. Dette er bestemt (på tvisomt rettskildemessig grunnlag) i disiplinærreglementet (forskrift 16. desember 1988 nr. 1033 om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement) punkt 150 andre avsnitt, men sammenfaller for øvrig med den alminnelige ulovfestede begrensningen av domstolenes kompetanse ved prøving av forvaltningsvedtak.

<sup>16</sup> Se Bjørkholt-utredningen s. 37.

<sup>17</sup> Engel-kriteriene er beskrevet nærmere under punkt 3.2 nedenfor.

<sup>18</sup> Se NOU 1980: 58 s. 20. Forholdet mellom konvensjonen og disiplinærloven er behandlet av Hegdal (1994) s. 19–21, Aall (1995) s. 434 og Strandbakken (2003) s. 281. Disse tar hovedsakelig utgangspunkt i når arrest som refselsmiddel utgjør en frihetsberøvelse etter artikkel 5, og tar ikke direkte for seg spørsmålet om når disiplinærsaker eventuelt utgjør en «criminal charge» etter artikkel 6.



og ikke straffbar) er forutsetningen i forarbeidene til disiplinærloven trolig holdbar fremdeles. Derimot er det mer tvilsomt om det samme gjelder for disiplinærsaker som bygger på et straffbart forhold. Disse sakene skiller seg fra de rene disiplinærsakene på en del punkter som kan være avgjørende for EMDs tolkning av straffesaksbegrepet i konvensjonen. Derfor er det av interesse å klarlegge om konvensjonen faktisk stiller krav til behandlingen av disse sakene, eller om Bjørkholt-utvalget foreslår å underkaste dem prosessuelle rettssikkerhetsmekanismer som ikke er påkrevd. Disiplinærordningen i Forsvaret er ment å være et effektivt middel for å opprettholde disiplin blant mannskapene i møte med relativt små overtredelser av den militære disiplin og orden.<sup>19</sup> Unødvendig omfattende prosessuelle krav til saksbehandlingen vil undergrave dette effektivitetshensynet og kan føre til at refselse mister noe av sin disiplinerende funksjon.

## 1.4 Avgrensninger

Den viktigste avgrensningen av oppgavens tema følger direkte av problemstillingen jeg beskriver ovenfor. Jeg behandler ikke disiplinærsaker generelt, men hovedsakelig dem som har utspring i et straffbart forhold.<sup>20</sup> Disiplinærsanksjoner for slike handlinger er hjemlet i disiplinærloven § 1 tredje avsnitt.

Behandlingen tar utgangspunkt i en rekke vurderingsmomenter som har blitt vektlagt av Den europeiske menneskerettsdomstolen i saker hvor den har tatt stilling til rekkevidden av konvensjonens straffesiktelsesbegrep («criminal charge» i den engelske konvensjonsteksten). Enkelte av disse momentene forutsetter konkrete vurderinger av klagerens forhold i den enkelte sak. Domstolens vurderinger av slike forhold kan vanskelig overføres til en abstrakt behandling som den jeg skal gi her. Det er likevel mulig å konkretisere forholdene som behandles til en viss grad. Jeg gjengir de viktigste avgrensningene kort her:

*Jeg behandler ikke (disiplinære) overtredelser av den militære straffeloven (lov 22. mai 1902 nr. 13 – milstrl.). Dette følger direkte av avgrensningen i disipl. § 1 (3), som kun gjelder «borgerlig straffbare forhold».*<sup>21</sup> Dessuten fremgår det av forarbeidene til disiplinærloven at forbudene i milstrl. etablerer «militære tjenesteplikter som følger av lov» jf. disipl. § 1 (1).

---

<sup>19</sup> Mer alvorlige disiplinærovertredelser behandles som straffesaker etter militær straffelov kapittel 5.

<sup>20</sup> Jeg kommer kort tilbake til de rene disiplinærovertredelsene under punkt 8.1 nedenfor.

<sup>21</sup> Dette henviser til den sivile straffelovgivningen. Navnet på straffeloven 1902, som gjaldt da disiplinærloven ble vedtatt, var «Almindelig borgerlig Straffelov».

Overtredelse av disse er refsbart allerede etter disiplinærloven § 1 første avsnitt og faller dermed utenfor problemstillingen for oppgaven.<sup>22</sup>

*Ved drøftelse av hvilke reaksjoner normbrudd kan medføre, legger jeg til grunn at refselsesrammen er bot med subsidiær arrest, frihetsinnskrenkning eller irettesettelse. Dette er refselsesmidlene som angis av disipl. § 5 (1) nr. 2 til 4. Arrest hjemles i samme paragraf avsnitt 1 nr. 1, men etter beslutning fra Forsvarssjefen brukes dette ikke lenger i fredstid.<sup>23</sup> Refselsesrammen for arrest i krigstid (60 dager, jf. disipl. § 47 første avsnitt nr. 2) er trolig tilstrekkelig alene til å bringe artikkel 6 til anvendelse.<sup>24</sup> Denne problemstillingen vil neppe oppstå i praksis, siden staten kan bruke derogasjonsbestemmelsen i EMK artikkel 15.*

*Jeg behandler kun rekkevidden av «criminal»-begrepet i EMK artikkel 6, og ikke Grunnloven §§ 95 og 96. Grunnlovsbestemmelsene gir de samme rettighetene som Konvensjonen artikkel 6, men har et noe videre virkeområde. Grunnloven § 96 gir en ubetinget rett til domstolsbehandling av straffesaker, mens § 95 gir en «rett til å få sin sak avgjort» av domstolene. Disse avgrensningene av virkeområde favner om mer enn henholdsvis «criminal charge» og «civil rights and obligations» i Konvensjonen.<sup>25</sup>*

## **1.5 Metodiske spørsmål**

Oppgavens sentrale problemstilling handler om rekkevidden av EMK artikkel 6 overfor militære disiplinærsaker. Spørsmålet beror altså i vesentlig grad på en tolkning av konvensjonen, som er et folkerettslig instrument. EMD har tatt utgangspunkt i alminnelig folkerettslig metode ved tolkning av konvensjonen, men har også utviklet en særegen tolkningspraksis.<sup>26</sup> Denne legger stor vekt på å sikre et effektivt rettighetsvern, og tolker konvensjonen på en innbyrdes konsistent måte og i lys av medlemsstatenes felles rettskultur.

Den europeiske menneskerettsdomstolen har en omfattende praksis knyttet til inngangsvilkåret «criminal» i artikkel 6. Den har behandlet et betydelig antall saker hvor spørsmålet om klagerens sak i det hele tatt omfattes av artikkelens strafferettslige del har vært aktuelt. Gjennom disse sakene har Domstolen utviklet retningslinjer for å avgjøre dette

---

<sup>22</sup> NOU 1980: 58 s. 98 første spalte.

<sup>23</sup> Se Bjørkholt-utredningen side 67.

<sup>24</sup> Se Aall (2018) s. 433.

<sup>25</sup> Se Aall (2018) s. 423 og side 431.

<sup>26</sup> Se Jacobs, White og Ovey (2021) s. 63 flg.

spørsmålet. Artikkel 6 nr. 1 gjelder også ved «determination of [...] civil rights and obligations». Reaksjonsformene i disiplinærsaker kan være dekket av dette inngangsvilkåret, uavhengig av om de oppfyller «criminal charge»-vilkåret. I slike tilfeller gjelder artikkel 6 nr. 1, men ikke artikkel 6 nr. 2 og 3. I fortsettelsen behandler jeg ikke rekkevidden av «civil rights and obligations».

Menneskerettsdomstolen tolker straffesiktelsesbegrepet i artikkel 6 som et autonomt konvensjonsbegrep.<sup>27</sup> Dette betyr at spørsmålet om hvorvidt artikkel 6 gjelder i en konkret sak *ikke* avhenger av om det foreligger en straffesiktelse etter statens interne prosessrett. I stedet har Domstolen utviklet kriterier for rekkevidden av konvensjonens straffesiktelsesbegrep som kan være oppfylt *selv om* forholdet ikke er strafferettslig i medlemsstatene. Behovet for slike autonome tolkninger er beskrevet i *Engel*, avsnitt 81:

If the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal, or to prosecute the author of a "mixed" offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7 (art. 6, art. 7) would be subordinated to their sovereign will. **A latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention.** [uthevet her]

For å sikre et effektivt vern av rettighetene i konvensjonen er det altså nødvendig å se forbi de rettslige formalitetene i statenes innretning av strafferettspleien, og undersøke om forholdet reelt sett er av strafferettslig art. Vurderingskriteriene Domstolen bruker for å klarlegge rekkevidden av artikkel 6 er ikke klare nok til å utelukke et visst rom for skjønn ved anvendelsen av dem. Sitatet ovenfor antyder at formålet bak konvensjonsrettighetene veileder denne skjønnsutøvelsen. Det samme kreves av hensynet til effektivt konvensjonsvern. Statene har altså et visst skjønnsrom, men Domstolen har siste ord og fører en selvstendig kontroll, uavhengig av de nasjonale myndighetenes syn på egen etterlevelse av konvensjonen.<sup>28</sup>

Det har tidligere vært en påfallende forskjell mellom Konvensjonen og nasjonal rett hva gjelder vurderingstemaet for inngangsvilkårene til de prosessuelle rettssikkerhetskravene. Både Konvensjonen artikkel 6 og Grunnloven §§ 95 og 96 gjelder straffesaker. Det fremgår av de følgende kapitlene at det avgjørende for å utløse Konvensjonens rettssikkerhetsgarantier er «criminal»-vilkåret, slik at straffesaker i EMK-rettslig forstand

---

<sup>27</sup> Se *Engel mot Nederland* avsnitt 81.

<sup>28</sup> Dette gjelder også der staten selv mener at artikkel 6 kommer til anvendelse, se *Jónsson og Hall* avsnitt 93.

kjennetegnes ved det påtalte forholdets art og rettsreglene som ligger til grunn for den strafferettslige forfølgningen. I norsk rett har man tradisjonelt brukt selve straffebegrepet som inngangsvilkår til de grunnlovsfestede prosessuelle rettssikkerhetsgarantiene. Dette illustreres av Rt. 1977 s. 1207, hvor Høyesterett gikk så langt i en slik tenkemåte at den avviste anførsler om brudd på Grl. § 96 ved å legge avgjørende vekt på en materiell definisjon av «straff» (s. 1209). Høyesterett lente seg her på Johs. Andenæs sin definisjon av straff, som er at «straff er et onde som staten tilføyer en lovovertræder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde».<sup>29</sup> Menneskerettsdomstolen har derimot anlagt en praksis hvor et materielt straffebegrep ikke er avgjørende, men hvor en vurdering av sanksjonens alvorlighet og påvirkning på lovbyteren kan tilsi at den i seg selv, eller sammenholdt med andre forhold, utløser behov for de rettssikkerhetskravene konvensjonen oppstiller. Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble retten til rettferdig rettergang i alle saker tatt i den nye § 95. Dermed gjelder de grunnleggende kravene for domstolsbehandling også hvis refselsesvedtak bringes inn for domstolene, selv om kravene i § 96 ikke gjelder. Den nye rettstilstanden speiler EMKs fleksible tilnærming til saker i strafferettens grenseland i større grad enn Grunnloven gjorde tidligere.

## 1.6 Fremstillingen videre

Hovedlinjene i vurderingen av om EMK artikkel 6 kan anvendes på en rettergangsprosess ble trukket opp i *Engel med flere mot Nederland* fra 1976. I denne dommen skisserer Domstolen en tredelt vurdering. Oppgaven tar utgangspunkt i de tre såkalte Engel-kriteriene og behandler disse i rekkefølge. Under hvert av dem oppstår det noen delproblemstillinger som springer ut av momenter Domstolen har vektlagt i senere saker. De tre Engel-kriteriene er:

- rubriseringen av forholdet i nasjonal rett, kalt *rubriseringskriteriet*
- kjennetegn ved selve normen det er knyttet en reaksjon til, omtalt som *artskriteriet*
- hvilken reaksjonsform som brukes og hvor alvorlig den er, kalt *reaksjonskriteriet*

---

<sup>29</sup> Andenæs (1976) s. 352.

Hoveddelen av oppgaven er strukturert etter de tre kriteriene, med et kapittel for hvert av dem. Før dette kommer først en innledende beskrivelse av den militære disiplinærordningen, og så en presentasjon av «criminal»-begrepet i artikkel 6.

Der det er nødvendig å referere til sakstypen oppgaven handler om med et konsist begrep, kommer jeg til å bruke ordet *disiplinærstraffesak*. Med dette sikter jeg til sakstypen problemstillingen handler om, med de avgrensningene som er gitt under punkt 1.4 ovenfor: disiplinærsaker med grunnlag i en straffbar handling, jf. disiplinærloven § 1 (3). Noe meningsinnhold eller implikasjoner ut over dette er det ikke tilsiktet å legge i begrepet. Spørsmålet jeg behandler er om disse sakene omfattes av «criminal»-vilkåret i EMK artikkel 6, og dermed utløser den strafferettslige delen av artikkelen. Hvis jeg refererer til artikkel 6 uten å spesifisere nærmere om jeg sikter til den sivilrettslige siden, den strafferettslige siden eller begge, mener jeg den strafferettslige siden av artikkel 6. Dette omfatter alle de tre avsnittene av artikkelen, i motsetning til den sivile siden som kun består av artikkel 6 nr. 1.

## 2 Disiplinær refselse for straffbare handlinger i norsk rett

Lov 20. mai 1988 nr. 32 om militær disiplinærmyndighet (disiplinærloven – disiplin.) etablerer et system for disiplinær refselse av soldater. Hensikten med dette regelverket er å «skape og opprettholde militær moral og disiplin og derigjennom fremme effektiviteten i det militære forsvar», jf. disiplinærreglementet punkt 1 første avsnitt. Forarbeidene til loven fremhever særlig behovet for å kunne opprettholde disiplin med lempeligere og mer effektive midler enn strafferettslig forfølgning av bagatellmessige forhold etter den militære straffeloven.<sup>30</sup>

Disiplinærloven § 1 angir hvilke forhold som kan sanksjoneres med refselse. Dette gjelder i første rekke overtredelse eller forsømmelse av «militære tjenesteplikter som følger av lov, reglement, instruks, direktiv, forskrift eller rettmessig ordre» (første avsnitt). Refselse kan dessuten ilegges «den som overtrer eller forsømmer seg mot militær skikk og orden» (andre avsnitt). Den siste kategorien av refsbare handlinger fremgår av § 1 tredje avsnitt, og det er disse sakene denne oppgaven behandler:

Refselse kan også ilegges den som gjør seg skyldig i borgerlig straffbare forhold

- 1) på militært område
- 2) overfor vernepliktige i tjeneste og militært tilsatte eller
- 3) mot eller ved bruk av militært materiell.

Det følger av avgrensningen i de tre numrene at dette ikke er en ubegrenset innføring av strafferetten i disiplinærsystemet. Samtidig etterlater avgrensningen et nokså vidt virkeområde. Mange straffebud kan overtres på et slikt sted eller mot en slik fornærmet som åpner for disiplinærforfølgning med hjemmel i disiplin. § 1 (3). Eksempelvis kan nevnes voldslovbrudd, tyveri, seksuallovbrudd og lovbrudd som ikke er stedbundne. En nærmere avgrensning av hvilke handlinger denne bestemmelsen skal brukes ovenfor er gitt i disiplinærreglementet § 1 nr. 9:

Borgerlige straffbare forhold bør bare avgjøres ved refselse dersom de disiplinære sider ved handlingen er de fremtredende og forholdet ikke blir å anmelde til påtalemyndigheten.

---

<sup>30</sup> NOU 1980: 58 s. 11 første spalte.

Det er normalt bare mindre overtredelser av borgerlige straffebestemmelser som kan avgjøres ved refselse. Refselse kan ilegges selv om fornærmede for et borgerlig straffbart forhold ikke ønsker å forfølge saken.

Den videre behandlingen av temaet tar altså utgangspunkt i dette rettslige grunnlaget og de begrensningene som er beskrevet her.

## 3 Rekkevidden av EMK artikkel 6 - oversikt

### 3.1 Ordlyden i artikkel 6

Utgangspunktet for tolkning av konvensjoner er det samme som i norsk rett: ordlydstolkning.

Artikkel 6 nr. 1 skiller seg fra de to øvrige ved at det gjelder både «determination of civil rights and obligations» og for «any criminal charge». Artikkelen nr. 2 og 3 gjelder derimot bare for den som er «charged with a criminal offence».

Vilkåret «criminal charge» inneholder to krav: det må være en «charge» og den må være «criminal». Det norske ordet som samsvarer med «charge» er siktelse, men de to har ikke nødvendigvis helt sammenfallende betydning, siden siktelse er et formelt begrep som brukes i norsk prosesslovgivning. Ordet «charge» har et mer uklart og noe videre omfang, og går i kjernen ut på at det rettes en (til en viss grad) formalisert beskyldning mot en person om et straffbart forhold.<sup>31</sup>

At beskyldningen må være «criminal» kan forstås på to måter. Det kan for det første tolkes i sammenheng med «charge», slik at det fremstår som en henvisning til prosessuelle regler, altså at det peker til et spørsmål om hvorvidt siktelsen følger av nasjonale regler for straffeprosess. Den andre forståelsen (som vil gi begrepet en mer autonom karakter) er at det refererer til karakteren av normen som borgeren mistenkes eller beskyldes for å ha overtrådt. I de aller fleste praktiske tilfeller vil en straffesiktelse treffe på begge disse tolkningsalternativene, men disiplinærstraffesakene denne oppgaven behandler treffes bare av det siste alternativet.

Artikkel 6 nr. 2 og 3 gjelder når borgeren er «charged with a criminal offence». Dette er ikke samme uttrykk som i første avsnitt. Det kan skyldes at det rent språklig er nødvendig å formulere det slik, siden disse refererer til borgerens stilling, mens første avsnitt refererer til hva som er gjenstand for domstolsbehandling. Samtidig ligger det, rent språklig, en viss ulikhet i rekkevidden av de to formuleringene. «Criminal charge» favner noe videre enn «charged with a criminal offence». Dette følger av at sistnevnte bringer inn ordet «offence»,

---

<sup>31</sup> Se nærmere om dette under punkt 3.2 nedenfor.



altså en overtredelse eller forbrytelse. Dette gjør vilkåret mer presist, siden det peker mer direkte og entydig mot at det må foreligge en strafferettslig overtredelse. Frasen «criminal charge» krever derimot bare en beskyldning om et forhold som faller under det strafferettslige systemet som en kontekstuell motsats til sivilrett («determination of his civil rights and obligations»). Rent språklig er det altså nærliggende å forstå «criminal charge» som en henvisning til nasjonal kategorisering av siktelsen, mens «charged with a criminal offence» i større grad peker mot en kategorisering av selve normen som er overtrådt.

Siden artikkel 6 angir generelle, universelle rettigheter, er det lite sannsynlig at de tre avsnittene er ment å ha ulike virkeområder. Tvert imot taler konteksten (samling i én artikkel) for at de refererer til samme sakskrets. EMDs praksis skiller heller ikke mellom de ulike formuleringene, men bruker den autonome tolkningen av «criminal charge» i første avsnitt som inngangsvilkår for hele artikkel 6. Denne tolkningen legger ikke vesentlig vekt på konvensjonens ordlyd, men er i stor grad formålsrettet.

## 3.2 Engel-kriteriene

Konvensjonens utgangspunkt er at statene står fritt til å sanksjonere en handlemåte med pønale virkemidler, såfremt handlingen det reageres mot ikke innebærer utøvelse av en konvensjonsbeskyttet rettighet.<sup>32</sup> EMD har lenge akseptert at medlemsstatene har disiplinærsystemer med et visst strafferettslig preg uten at artikkel 6 kommer til anvendelse. Dette grunnleggende synet ble bekreftet senest i storkammeravgjørelsen *Gestur Jónsson og Ragnar Halldor Hall mot Island* i desember 2020, avsnitt 76:

[...] it should be reiterated that the Convention without any doubt allows the States, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions.

Domstolen har ved en rekke anledninger anerkjent at disiplinære regler kan være nødvendige, blant annet i militærvesenet<sup>33</sup>, fengsler<sup>34</sup> og domstolene<sup>35</sup>. Behandlingen av problemstillingen må altså hele veien ta hensyn til at staten kan ha et disiplinærsystem parallelt med

---

<sup>32</sup> Se *Engel* avsnitt 81.

<sup>33</sup> Samme sted.

<sup>34</sup> Se *Campbell og Fell mot Storbritannia* avsnitt 69.

<sup>35</sup> Se *Weber mot Sveits* avsnitt 30.

strafferetten, og at det er grensedragningen for hva et slikt system kan omfatte som må klarlegges.

Den første viktige avgjørelsen om rekkevidden av artikkel 6 er *Engel mfl. mot Nederland* fra 1976. Saken omfattet klager fra fem vernepliktige soldater som hadde blitt ilagt refselsler for ulike forhold. Soldatene anførte at sakene deres var straffesaker som falt under virkeområdet til EMK artikkel 6, og at den nederlandske prosessordningen for slike saker ikke hadde ivare tatt rettighetene denne artikkelen gir. Domstolen behandlet anvendelsesområdet til artikkel 6 først, og åpner sin drøftelse med å anerkjenne at statene har tradisjon for og anledning til å skille mellom disiplinærsanksjoner i ulike former, og straffesaker.<sup>36</sup> Deretter poengterer den at statene står fritt til å kategorisere et forhold som strafferettslig. Videre problematiserer Domstolen det motsatte tilfellet som ville oppstå hvis statene fritt kunne velge å behandle forhold disiplinært i prosessformer som ikke tilfredsstiller artikkel 6. Den påpeker, som nevnt ovenfor, at rettssikkerhetsgarantiene i artiklene 6 og 7 «would be subordinated to their sovereign will» og konstaterer at «a latitude extending thus far might lead to results incompatible with the purpose and object of the Convention». Fra dette trekker Domstolen slutningen at artikkel 6 lar den «satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal», altså at EMD kan komme til at disiplinærsaker er omfattet av artikkel 6 selv om staten ikke har klassifisert dem som straffesaker i sin interne rett.<sup>37</sup>

Domstolen går så videre til å skissere en tredelt vurdering av hvordan den vil klarlegge virkeområdet til den straffeprosessuelle delen («criminal»-vilkåret) av artikkel 6.<sup>38</sup> Dette har senere blitt kjent som Engel-kriteriene. Det første momentet Domstolen vil ta i betraktning er om forholdet er klassifisert som disiplinært, strafferettslig eller begge deler samtidig i det nasjonale rettssystemet. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Det andre momentet er normens art, og dette veier tyngre enn den nasjonale klassifikasjonen. Det siste kriteriet er alvorligheten av sanksjonen borgeren risikerer å bli ilagt som følge av overtredelsen. Jeg omtaler disse som *rubriseringskriteriet*, *artskriteriet* og *reaksjonskriteriet*.

---

<sup>36</sup> *Engel* avsnitt 80.

<sup>37</sup> *Engel* avsnitt 81.

<sup>38</sup> *Engel* avsnitt 82.

Domstolen har senere benyttet Engel-kriteriene konsekvent som standard for å klarlegge artikkel 6 sitt virkeområde overfor nasjonale regelsett, også på andre områder enn militære disiplinærsystemer. Dette ble gjentatt senest i *Jónsson og Hall* i desember 2020.<sup>39</sup>

I *Engel* uttrykker EMD seg i retning av at det første (nasjonal klassifisering) kun er avgjørende den ene veien: har man kalt noe straff i nasjonal rett, så gjelder artikkel 6. De to andre kriteriene er vurderingsmomenter som kan være tilstrekkelige hver for seg, men som også kan betraktes samlet dersom ingen av dem alene er tilstrekkelig oppfylt. Det er altså, til en viss grad, snakk om en helhetsvurdering etter en gjennomgang av kriteriene. At en slik tilnærming er nødvendig understrekes også av at Domstolens praksis på noen punkter er inkonsekvent med hensyn til hvilket kriterium de ulike kjennetegnene knyttes til.<sup>40</sup>

Inngangsvilkåret til den strafferettslige delen av artikkel 6 er, foruten kravet om en straffesak etter konvensjonens autonome begrep, at det foreligger en siktelse mot rettighetssubjektet. I konvensjonens engelske tekst er vilkåret at det må finnes en «criminal charge» (kursivert her). Også siktelsesbegrepet er autonomt, men rekkevidden av det får kun betydning dersom forholdet er «criminal». Jeg behandler ikke dette nærmere, siden jeg kommer til at disiplinærstraffesakene ikke er «criminal» og dermed uansett ikke omfattes av artikkel 6 (se punkt 7.2).

---

<sup>39</sup> Læren har likevel fått noe kritikk underveis: dommer de Meyer skrev i sin dissens til *Putz mot Østerrike* at Engel-kriteriene er lite nyttige og at domstolens praksis knyttet til dem inneholder noen utslag som spriker til det absurde. Han tok derfor til orde for å erstatte Engel-kriteriene helt med en «simpler, more common-sense method of reasoning», men uten å beskrive hvordan en slik vurdering kunne se ut. De Meyer gjentok kritikken i sin dissens til *Benham mot Storbritannia*, men ser ikke ut til å ha gjort inntrykk på domstolens praksis.

<sup>40</sup> For eksempel er rullebladsføring behandlet under rubriseringskriteriet noen steder, og under reaksjonskriteriet andre steder; se punkt 5.7 under.

## 4 Det første kriteriet: nasjonal rubrisering

### 4.1 Hva refererer rubriseringskriteriet til?

Det første av Engel-kriteriene er beskrevet slik i *Engel* avsnitt 82:

[...] it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently.

Domstolen peker her mot bestemmelsene som definerer den aktuelle handlemåten, og dermed bringer dem inn i statens straffe- eller disiplinærrett. For å kunne anvende momentet på sakstypen denne oppgaven behandler, er det nødvendig å avklare nærmere hva som ligger i denne vurderingen.

Avgjørelsen kan forstås slik at den viser til bestemmelsen som gir den materielle definisjonen av handlemåten det reageres mot. En slik forståelse vil her lede direkte til at konklusjonen på problemstillingen min er «ja», siden sakstypen jeg behandler er de sakene hvor disiplinærsaken hjemles i et straffebud via disipl. § 1 (3). En innvending mot å anvende kriteriet slik er at overtredelse av de objektive gjerningsbeskrivelsene i straffelovgivningen ikke er tilstrekkelig til å utløse disiplinæransvar, da disipl. § 1 (3) oppstiller ytterligere vilkår om hvordan den kriminaliserte handlingen må være utført.

I *Putz* kom retten til at disiplinærsanksjoner for forstyrrelser av rettsforhandlinger ikke var rubrisert som strafferettslige. I dette tilfellet var de aktuelle normene plassert i statens prosesslovgivning, og disse gav både gjerningsbeskrivelse og sanksjon. Domstolen skriver:

In the instant case **the pecuniary penalties** imposed on Mr Putz were based, firstly, on Article 235 of the Code of Criminal Procedure and, secondly, on sections 85 (1) and 97 of the Courts Act taken together with Article 220 of the Code of Criminal Procedure, **and not on provisions of the Criminal Code** [...] (uthevet her)<sup>41</sup>

Sanksjonshjemlene Domstolen refererer til her angav både den sanksjonerte handlemåten, og hvilken sanksjon som kunne ilegges. Sammenholdt med uttalelsen fra *Engel* ovenfor kan dette

---

<sup>41</sup> *Putz* avsnitt 32.

tyde på at Domstolen hovedsakelig konsentrerer seg om hvor i statens lovgivning gjerningsbeskrivelsen er gitt. Det samme inntrykket gir *Žugić mot Kroatia*, *Ravnsborg mot Sverige* og *Jónsson og Hall*.<sup>42</sup>

En antydning av at dette ikke nødvendigvis er avgjørende finnes likevel i *Putz* avsnitt 32. Etter sitatet som er gjengitt ovenfor, bemerker Domstolen at østerriksk rett hadde en egen prosess for rettergangsbøter der forholdet det reageres mot er kriminalisert etter landets strafferett:

In the case of offences classified as criminal in the Criminal Code, Articles 237 para. 2 and 278 of the Code of Criminal Procedure provide for a separate procedure [...]

Klagerens sak handlet ikke om et slikt tilfelle, så uttalelsen på dette punktet gir begrenset veiledning. Det er likevel verdt å merke seg at Domstolen kommenterte dette som en kontrast til de rene disiplinærsakene, da det kan antyde at den ville sett strengere på blandede saker enn på dem som klart nok var plassert utelukkende i det disiplinærrettslige regelverket.

Den konkrete problemstillingen at et forhold befinner seg i et overlappende område mellom disiplinær- og strafferett, er kommentert av Domstolen i *Campbell og Fell* avsnitt 71:

[...] the illegality of some acts may not turn on the fact that they were committed in prison: certain conduct which constitutes an offence under the Rules may also amount to an offence under the criminal law. [...] although mutiny and incitement to mutiny are not as such offences under the general criminal law, the underlying facts may found a criminal charge of conspiracy [...]

På grunnlag av dette, sammenholdt med at saken gjaldt en relativt alvorlig overtredelse av disiplinærreglementet, skriver Domstolen videre at:

The Court considers that these factors, whilst not of themselves sufficient to lead to the conclusion that the offences with which the applicant was charged have to be regarded as "criminal" for Convention purposes, **do give them a certain colouring which does not entirely coincide with that of a purely disciplinary matter.** [uthevet her]

Det er to sentrale synspunkter som kan overføres fra dette til oppgavens problemstilling. For det første er overlapp mellom strafferett og disiplinærrett ikke i seg selv er tilstrekkelig til å

---

<sup>42</sup> Henholdsvis avsnitt 65, avsnitt 33 og avsnitt 84.

gjøre et forhold «criminal». Det samme fremgår for øvrig av *Engel* avsnitt 82, hvor Domstolen skriver at man kan rubrisere handlemåten «to criminal law, disciplinary law or both concurrently». Det andre poenget som kan trekkes ut fra uttalelsen i *Cambell og Fell* er at dersom et forhold også er straffbart, styrker det vekten av argumentene for at forholdet er «criminal» selv om det irtetteføres på en annen måte enn ved ordinær straffeprosess. Det samme må ikke minst gjelde hvor det ikke bare er «tilfeldig» overlapp mellom de to sanksjonene (jf. «the underlying facts may found a criminal charge»), men hvor hjemmelen for den ene avhenger av den andre. Et slikt syn harmonerer godt med begrunnelsen bak de særskilte rettssikkerhetsgarantiene for straffesaker. Ettersom straff både er et tilsiktet onde og en form for formalisert klander, er det nødvendig å beskytte uskyldige borgere mot feilaktige domfellelser.<sup>43</sup> Dersom et forhold irtetteføres disiplinært er sanksjonen i seg selv mindre alvorlig enn hva den kan være i en straffesak, men kan fremdeles ha en stigmatiserende funksjon som påkaller det samme behovet for rettssikkerhetsmekanismer i prosessen.<sup>44</sup> Dette kan gjelde spesielt der den aktuelle handlingen samtidig er straffbar. I slike tilfeller kan refselse langt på vei medføre det samme stigmaet som en fellende straffedom, da dette også er en skyldkonstaterende avgjørelse fra en offentlig myndighet. På den andre siden er faren for dette liten: refselsler i form av bøter offentliggjøres ikke og koblingen til strafferetten er ikke nødvendigvis klar nok til å fremkalle den samme fordømmelsen fra dem som får kjennskap til refselsen.<sup>45</sup>

## 4.2 Er disiplinær refselse for straffbare handlinger rubrisert som straff i norsk rett?

Norsk rett skiller mellom straff og disiplinære refselsler. Refselsler med hjemmel i disiplinærloven betraktes ikke som straff. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene til disiplinærloven og den tilhørende forskriften med disiplinærreglement, men er ikke bestemt

---

<sup>43</sup> I norsk juridisk litteratur og rettspraksis er det allmenn oppslutning om en definisjon av straff som et tilsiktet onde lovbrøtteren utsettes for på grunn av normbruddet: se Rt. 1977 s. 1207 og Andenæs, Rieber-Mohn og Sæther (2016) s. 8. Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 9 tar derimot til orde for at det sentrale kjennetegnet ved straff er «den offentlige, formaliserte klander».

<sup>44</sup> Straffens evne til å skade overtreders anseelse er en virkning Domstolen har ansett som et kjennetegn på straffesaker, se *Öztürk mot Tyskland* avsnitt 53.

<sup>45</sup> Med ett viktig unntak: dersom refselsesformen «streng irtettesettelse» brukes, ligger det pønale elementet nettopp i den semioffentlige ydmykelsen som følger av at refselsen skjer «i nærvær av flere vernepliktige i tjeneste eller militært tilsatte», jf. disiplin. § 5 (1) nummer 4 bokstav b. Har dette grunnlag i et straffbart forhold, kan det nok i noen tilfeller oppleves mindre belastende å bli ilagt et forelegg fra den sivile påtalemyndigheten.

direkte i loven.<sup>46</sup> Dette har den konsekvensen at Grunnloven § 96 ikke gjelder for disiplinærsaker, da denne kun gjelder «straff».<sup>47</sup> I motsetning til EMK, er ikke Grunnlovens straffebegrep autonomt, og det refererer kun til hva Stortinget selv har definert som straff. En oppregning av hvilke straffformer som benyttes, finnes i straffeloven § 29. Denne står i straffelovens første del, som har til hensikt å angi de grunnleggende fellesreglene for all straffelovgivning i Norge. Bestemmelsen gir en uttømmende opplisting av hva som regnes som straff i nasjonal rett, og dermed tegner den også opp virkeområdet til Grunnloven § 96. Selv om bøter brukes både som straff og refselsesmiddel, følger det av systematikken at heller ikke disiplinærbøter skal betraktes som straff. På det nasjonale planet er det altså klart at refselse ikke anses som straff, og at disiplinærsaker ikke betraktes som en form for straffeprosess.<sup>48</sup> Dersom Domstolen hadde lagt avgjørende vekt på de nasjonale myndighetenes egen rubrisering og terminologi, ville slike saker altså ikke være «criminal» etter rubriseringskriteriet.

Det kan imidlertid se ut til at Domstolen i noen tilfeller ser forbi den nasjonale terminologien og valget av prosessform. Dersom disiplinærsanksjoner benyttes for overtredelser som også kan forfølges strafferettslig, antyder *Putz* og *Campbell og Fell* at vi er i ytterkanten av hva statene kan velge å rubrisere som disiplinære forhold. I slike tilfeller får forholdet «a certain colouring which does not entirely coincide with that of a purely disciplinary matter».<sup>49</sup> Selv om Domstolen viker tilbake for å konstatere at slike disiplinærsanksjoner er «criminal» allerede etter rubriseringskriteriet, vil vurderingen under de påfølgende kriteriene gjerne være noe strengere. Overlappet med strafferettslige normer får ikke avgjørende betydning her, men kommer tilbake under vurderingen av normens art.

Den nasjonale rubriseringen av disiplinærsanksjoner i norsk rett gir altså ikke tilstrekkelig grunnlag for å utløse artikkel 6 alene. Dette er utvilsomt for de rene disiplinærsakene, mens særtrekkene ved disiplinærstraffesakene etterlater noe tvil som krever grundig vurdering av de øvrige kriteriene.

---

<sup>46</sup> Se NOU 1980: 58 s. 16–17 og disiplinærreglementet punkt 2.

<sup>47</sup> Grunnloven § 95 gjelder likevel, og er oppfylt ved muligheten for sivil søksmål over refselsesvedtaket, jf. disiplinærloven § 36. Se punkt 1.5 ovenfor om forholdet mellom Grunnloven § 95, § 96 og EMK artikkel 6.

<sup>48</sup> Bjørkholt-utvalget konkluderer med at Grunnloven § 96 ikke gjelder for disiplinærsaker på dette grunnlaget, se utredningen s. 36.

<sup>49</sup> *Campbell og Fell* avsnitt 71.

## 5 Det andre kriteriet: normens art

### 5.1 Gjenstanden for vurderingen

Under artskriteriet behandler EMD en rekke ulike trekk ved normen, og undersøker om disse har et strafferettslig preg. Et innledende spørsmål er hva som er gjenstand for disse vurderingene. Er det overtredelsen i seg selv, eller normen – altså regelsettet – som gir grunnlag for disiplinærreaksjonen?<sup>50</sup>

Den første tilnærmingen kan bli problematisk. Det er vanskelig å finne en klar retningslinje for hva som gjør en handlemåte straffverdig, eller et felles kjennetegn på straffbare handlinger ut over at de er kriminaliserte.<sup>51</sup> Kriminaliseringsprinsippene kan variere mellom ulike stater og rettstradisjoner, og et forsøk på å finne en felles retningslinje ville i beste fall gi et prinsipp som må anvendes med mange forbehold og en vid skjønnsmargin. En slik standard ville være uegnet for å trekke grensen i tvilstilfeller om hva som er av strafferettslig art, hvilket jo er hele hensikten med Engel-kriteriene (og artskriteriet spesielt). Det ville dessuten kunne tvinge EMD til å ta stilling til om nærmere angitte handlemåter er straffverdige, og dermed gripe inn i statenes suverene rett til å gjøre slike rettspolitiske vurderinger. Konvensjonen skal ikke legge slike bånd på statene, som Domstolens skriver i Engel avsnitt 81:

The Convention leaves the States free to designate as a criminal offence an act or omission not constituting the normal exercise of one of the rights that it protects.

En mer farbar vei er altså å undersøke det aktuelle regelsettet, og se om dette har kjennetegn som er karakteristiske for strafferettslige normer. Resultatet blir en mer overordnet og systemorientert vurdering i lys av komparative slutninger fra statens egen strafferett og andre konvensjonsstater. I litteraturen er Domstolens praksis omkring artskriteriet oppfattet som en slik analyse av «*the character of the legal rule applied*».<sup>52</sup> En slik tilnærming utelukker ikke betraktninger om hvorvidt handlemåten er en naturlig gjenstand for strafferettslig regulering,

---

<sup>50</sup> Aall (2018) s. 431 anfører at begge disse tilnærmingene kan brukes, og at artskriteriet av pedagogiske formål kan deles i to kriterier langs denne skillelinjen. Momentene han nevner i vurderingen av *overtredelsen* (s. 433) kan imidlertid også rommes av en slik vurdering av *normen* som jeg beskriver her. Litteraturen ellers splitter ikke artskriteriet på denne måten, og EMD betegner fremdeles dette som ett, senest i *Jónsson og Hall* avsnitt 75.

<sup>51</sup> I norsk strafferett brukes *skadefølgeprinsippet* som kriminaliseringsprinsipp, se NOU 2002: 4 s. 79. Illustrerende nok er dette ikke en entydig retningslinje, og det er heller ikke konsekvent gjennomført, se samme verk s. 81.

<sup>52</sup> Trechsel (2005) s. 20 med videre henvisning.



men den disse må i så fall bygges på komparative slutninger slik Domstolen gjør i *Ezeh og Connors mot Storbritannia*.<sup>53</sup>

EMDs praksis har tegnet opp en rekke momenter som er typiske for strafferettslige regler, og dermed kan brukes som vurderingsmomenter under arts-kriteriet. Blant disse er regelens virkeområde, om regelen er begrunnet i avskrekkende eller pønale formål, om den oppstiller et skyldkrav, og om reaksjoner mot overtredelser føres på lovbrüterens rulleblad. For regler som befinner seg på tilgrensende rettsområder, kan direkte tilknytning til strafferettslige regler også bidra til kaste lys over spørsmålet. I de følgende avsnittene behandler jeg disse momentene. Gjenstanden for vurderingen er regelsettet som belegger handlemåten med en reaksjon, og ikke handlemåten i seg selv. Spørsmålet er altså om disiplinærloven, og særlig displ. § 1 (3), har disse trekkene. Som utgangspunkt må det også tas hensyn til at Domstolen til en viss grad aksepterer at disiplinærregler har disse kjennetegnene, så lenge en slik overlapp med strafferettens virkeområde er avgrenset og legitimt begrunnet.<sup>54</sup>

## 5.2 Avskrekkende og pønale formål

I Domstolens praksis er det ofte tatt hensyn til om den aktuelle sanksjonen er begrunnet i avskrekkende («deterrent») og pønale («punitive») hensyn. I *Ziliberg mot Moldova* skriver Domstolen at «a punitive character is the customary distinguishing feature of criminal penalties».<sup>55</sup> I *Ezeh and Connors* avsnitt 102 skriver den at «criminal penalties have been customarily recognised as comprising the twin objectives of punishment and deterrence», mens avsnitt 105 beskriver forholdet mellom disse to funksjonene nærmere:

[The Court] does not find persuasive the Government's argument distinguishing between the punishment and deterrent aims of the offences in question, these objectives not being mutually exclusive (see Öztürk, cited above, pp. 20-21, § 53) and being recognised as characteristic features of criminal penalties (see paragraph 102 above).

På grunnlag av disse avgjørelsene, og særlig uttalelsen i *Ziliberg*, er det nærliggende å oppfatte pønale formål som et absolutt vilkår for at artikkel 6 skal komme til anvendelse.

---

<sup>53</sup> Se *Ezeh og Connors* avsnitt 104 og 106.

<sup>54</sup> Med Domstolens ord i *Engel* avsnitt 81: «the disciplinary does not *improperly* encroach upon the criminal» (uthevet her).

<sup>55</sup> *Ziliberg* avsnitt 33.

Dette samsvarer også godt med hensikten bak artikkel 6, siden pønalt formål er det nærmeste vi kan komme et unikt og fundamentalt særtrekk ved straffesaker.

I alle konvensjonsstatene er strafferetten basert på avskrekkende og pønale formål, men hva som ligger i disse og hvordan de er avveid kan variere. At strafferettslige normer (eller sanksjonene for overtredelse av dem) har et avskrekkende formål er selvforklarende. Hensikten med ethvert strafferettsystem er å opprettholde de viktigste samfunnsnormene ved å markere klart hvilke handlemåter samfunnet *ikke* aksepterer. Å avskrekke borgerne fra å handle på de kriminaliserte måtene vil alltid være strafferettens primærsiktemål. Det kan derimot være mer uklart hva som ligger i et pønalt formål. Grovt sett omfatter dette virkningene lovgiveren ønsker at selve straffen skal realisere. Dette kan være gjengjeldelse<sup>56</sup>, markering av klander<sup>57</sup>, eller at selve straffen er et mål i seg selv<sup>58</sup>.

Menneskerettsdomstolen går ikke inn i vurderinger av hva som ligger (eller kan ligge) bak avskrekkende og pønale formål, men holder seg til å konstatere at de aktuelle normene har slike funksjoner. Det er mulig å se avskrekkende og pønale hensikter i det militære disiplinærsystemet. Refselse er et middel for å «skape og opprettholde militær moral og disiplin». <sup>59</sup> For de rene disiplinærsakene skjer dette ved å sette en trussel om sanksjoner bak de militære tjenestepliktene, slik at soldater som måtte være tilbøyelige til å ikke følge dem, får en ekstern motivasjon til å gjøre det likevel. Her har trusselen om refs altså en tilskyndende funksjon, men også en avskrekkende funksjon i den grad de militære tjenestepliktene går ut på å avstå fra noe.<sup>60</sup> For disiplinærstraffesakene er refsen klart nok både avskrekkende og pønalt begrunnet. At disse sakene kan forfølges disiplinært er ikke begrunnet i et annet syn på hvorfor handlemåtene sanksjoneres her, enn når forholdene behandles i det straffeprosessuelle sporet. Refselseshjemmelen er praktisk begrunnet: av effektivitetshensyn er det nyttig å kunne iretteføre mindre lovbrudd med tilknytning til militærtjenesten gjennom Forsvarets eget system for håndtering av uønsket adferd.

---

<sup>56</sup> I norsk strafferettlitteratur benekter man for det meste at straffen har en slik hensikt, se for eksempel Mæland (2012) s. 40 og Gröning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 35 med videre henvisninger. Også internasjonalt er det omstridt om gjengjeldelse kan være en legitim begrunnelse for straff, se Trechsel (2005) s. 19.

<sup>57</sup> Se note 39 ovenfor.

<sup>58</sup> Dersom man anser straff som et onde som ilegges på grunn av lovbruddet for å oppleves som et onde, blir straffens pønale funksjon et mål i seg selv.

<sup>59</sup> Jf. disiplinærreglementet punkt 1.

<sup>60</sup> Dette kan gjelde ulike retningslinjer for tjenesteutførelsen, men praktisk viktig er også at normene som følger av forbudene i den militære straffeloven regnes som «militære tjenesteplikter» etter disiplin. § 1 første avsnitt.

At disiplinærstraffesakene har preg av både avskrekkende og pønale formål, betyr at de *kan* være straffesaker som omfattes av artikkel 6. Dette er likevel ikke et kjennetegn som er egnet til å skille mellom disiplinær- og straffesaker. At et disiplinærssystem har slike funksjoner er tilsiktet, og nødvendig for at det skal fungere. Det skillet mellom disiplinærsanksjoner og straffesaker som Domstolen aksepterer ville bli illusorisk hvis et felles kjennetegn på de to skulle ha noen betydning for grensdragningen mellom dem. Det vil derimot imot være en klar indikasjon på at et forhold mangler strafferettslig karakter i saker hvor sanksjonen er et kontrollgebyr (i motsetning til overtredelsesgebyr), har en reparerende funksjon<sup>61</sup>, gjennomføres for å avverge en fare<sup>62</sup>, eller hvor «reaksjonen» er et ugunstig forvaltningsvedtak som hviler på en skikkethetsvurdering<sup>63</sup>. Det ser altså ut til at Domstolen behandler dette som nødvendige forutsetninger for, men ikke tilstrekkelige grunner til å bringe artikkel 6 til anvendelse.

### 5.3 Hva er normens nedslagsfelt?

Under bruken av artskriteriet har Domstolen i en rekke avgjørelser anvendt normens subjektrets som kjennetegn på skillet mellom strafferett og disiplinære sanksjonssystemer som faller utenfor virkeområdet til artikkel 6. Dette kommer først til uttrykk i *Engel* avsnitt 84:

[...] all the offences had amounted, in the view of the military authorities, to contraventions of legal rules governing the operation of the Netherlands armed forces. From this aspect, the choice of disciplinary action was justified.

Dette er senere fulgt opp i *Benham*, hvor Domstolen i motsatt retning legger vekt på at «the law concerning liability to pay the community charge and the procedure upon non-payment **was of general application to all citizens**» (uthevet her).<sup>64</sup> På samme måte finnes det flere eksempler på at den har vektlagt at «the legal rule infringed by the applicant is directed towards all citizens and not towards a given group possessing a special status».<sup>65</sup> Det kreves

---

<sup>61</sup> Se *Ziliberberg* avsnitt 33 og *Bendenoun mot Frankrike* avsnitt 47. Domstolen har likevel uttalt seg i retning av at dette formålet kan være sammenfallende med pønale hensyn, se *Welch mot Storbritannia* avsnitt 30: «the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment».

<sup>62</sup> Se *Escoubet mot Belgia* avsnitt 37.

<sup>63</sup> Se *Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige* avsnitt 46.

<sup>64</sup> *Benham* avsnitt 56.

<sup>65</sup> Denne formuleringen er brukt både i *Kadubec mot Slovakia* avsnitt 52, *Lauko mot Slovakia* avsnitt 58 og *Ziliberberg* avsnitt 32.

ikke at normen gjelder for hele befolkningen til enhver tid. Midlertidig tilhørighet til subjektretsen ved spesielle anledninger er tilstrekkelig, så lenge hvem som helst kan komme i en slik posisjon.<sup>66</sup>

Et spørsmål som oppstår ved anvendelsen av dette momentet er hva som er gjenstand for vurderingen. Er spørsmålet hvem normen retter seg mot, eller hvem den aktuelle sanksjonstrusselen retter seg mot? For disiplinærstraffesakene er situasjonen den at handlingsnormen er allmenn, mens den konkrete sanksjonstypen kun kan benyttes mot et klart definert utvalg av de potensielle overtrederne. Det er neppe grunnlag i Domstolens praksis for å skille mellom disse.<sup>67</sup> I de aller fleste tilfellene vil sanksjonstrusselen gjelde samme subjektrets som normen den hører til, retter seg mot. Når overtredelser av normen kan sanksjoneres overfor hele befolkningen (om enn med ulike midler) er det i realiteten en allmenngyldig norm, og hensynet til effektivt og funksjonelt konvensjonsvern taler for å legge vekt på vilkårssidens allmenngyldighet.

Grunnen til at subjektretsen kan være en indikator for om en sak er av strafferettslig art, beskriver Domstolen i *Weber* avsnitt 33: «disciplinary sanctions are generally designed to ensure that the **members of particular groups** comply with the **specific rules governing their conduct**» (uthevet her). Kjernen av spørsmålet er altså om de angjeldende reglene er gitt fordi det behøves særregulering av opptreden til en bestemt personkrets ut over de handlingsnormene som følger av den allmenne strafferetten.<sup>68</sup> En annen måte å stille spørsmålet på, er om interessen normen verner er en generell samfunnsinteresse, eller om normen finnes for å ivareta et mer snevert behov.<sup>69</sup>

Disiplinærsystemet i Forsvaret er som utgangspunkt en slik ordning som finnes på grunn av spesielle behov på et avgrenset samfunnsområde. Disiplinærloven er gitt fordi det er nødvendig å regulere adferd som ellers er lovlig, og adferd i situasjoner som ikke vil oppstå i samfunnet ellers. Det ligger da i systemets natur at det i hovedsak er konstruert for å sanksjonere handlinger som normalt er lovlige, om enn ikke nødvendigvis sosialt akseptable. Dette preger disiplinærloven § 1 første og andre avsnitt, som hjemler refs for overtredelse av

---

<sup>66</sup> Se *Jónsson og Hall* avsnitt 86.

<sup>67</sup> I Trechsel (2005) s. 17–18 er *Bendenoun* tolket dithen at Domstolen gjør et slikt skille. Resonnementet i avgjørelsen avviker fra vurderingsmønsteret som vanligvis brukes ved anvendelsen av Engel-kriteriene, og er ikke fulgt opp i senere praksis.

<sup>68</sup> Se i denne retningen *Jónsson og Hall* avsnitt 88.

<sup>69</sup> Stavros (1993) s. 12 beskriver nedslagsfeltvurderingen med en slik vinkling.

henholdsvis «militære tjenesteplikter» og «militær skikk og orden». Situasjonen blir derimot en annen for disiplinærstraffesakene via disiplinl. § 1 (3). Her er utgangspunktet tvert imot at handlingene det reageres mot alltid er ulovlige, og adgangen til å sanksjonere dem fra myndighetenes side er ikke knyttet til særegne behov i militærvesenet.

Disiplinærstraffesakene kan dermed ikke begrunnes i det behovet for effektive disiplinærmidler som ligger til grunn for skillet Domstolen tillater mellom disiplinærsaker og straffesaker. I realiteten blir situasjonen at staten har tatt et forhold den selv mener er av strafferettslig karakter, og underkastet det en mindre grundig og rettssikker prosess enn hva den ellers mener disse sakene krever. Normenes allmenne nedslagsfelt trekker derfor i retning av at artikkel 6 må gjelde for disse sakene. Samtidig er det at virkningssiden av normen er begrenset til en klart definert gruppe (forsvarspersonell), et tilfelle hvor EMD aksepterer at disiplinære regler eksisterer på siden av strafferetten uten at artikkel 6 kommer til anvendelse. Normens nedslagsfelt kan altså tale både for og mot at artikkel 6 gjelder i disiplinærstraffesakene.

## 5.4 Har normen tilknytning til norsk strafferett?

En del av sakene for Domstolen hvor det anføres at ulike administrative sanksjoner omfattes av artikkel 6, har utspring i forhold som også omfattes av strafferettslige regler. I disse sakene er det ofte forbrytelsesvilkåret i Konvensjonen artikkel 7 som står i sentrum, og ikke straffesiktelsesbegrepet i artikkel 6. Domstolen behandler også dette vilkåret som et autonomt begrep. En «criminal charge» går i vesentlighet ut på en påstand om at en navngitt person er skyldig i en «criminal offence», slik at vurderingen av hva som er en «criminal offence» sammenfaller med vurderingen av om det foreligger en «criminal charge». Domstolen bruker langt på vei samme vurderingsmønster for de to problemstillingene, og betraktninger om rekkevidden av artikkel 7 kan dermed overføres til den strafferettslige delen av artikkel 6.<sup>70</sup>

I *Jamil mot Frankrike* uttaler Domstolen at «the sanction imposed on Mr Jamil was ordered in a criminal-law context». Sanksjonen det er snakk om her var et tollgebyr som tilsvarte verdien av narkotika Jamil hadde smuglet inn i Frankrike. Dette gebyret kom i tillegg til den ordinære straffen for smuglingen, og ble pådømt som et sivilt krav sammen med straffesiktelsen mot Jamil. Domstolen kom til at dette, sammenholdt med den relativt alvorlige sanksjonen

---

<sup>70</sup> Se Jacobs, White og Ovey (2021) s. 332.

(gebyret ble idømt med subsidiær fengselsstraff som skulle sones etter den ordinære straffen, og inntil gebyret var betalt), var tilstrekkelig til at tollgebyret også var omfattet av artikkel 7.<sup>71</sup> Et eksempel på at en mindre alvorlig sanksjon har ledet til samme konklusjon finnes i *Malige mot Frankrike*, hvor saken handlet om prikkbelastning av førerkort som reaksjon på trafikkovertrедelser. Her ble reaksjonen ilagt «in the context of, and after the outcome of, a criminal prosecution», og dette ser ut til å ha hatt stor betydning for Domstolens konklusjon.<sup>72</sup> Et lignende resonnement finnes også i *Welch* avsnitt 29:

As regards the connection with a criminal offence, it is to be observed that before an order can be made under the 1986 Act the accused must have been convicted of one or more drug-trafficking offences [...] the court order may affect proceeds or property which are not directly related to the facts underlying the criminal conviction. While the reach of the measure may be necessary to the attainment of the aims of the 1986 Act, this does not alter the fact that **its imposition is dependent on there having been a criminal conviction.** [uthevet her]

Et eksempel som ligger nærmere oppgavens tema er *Campbell og Fell*. Her var et av forholdene som gav saken preg av å være «criminal» at «there is nothing to prevent conduct of this kind being the subject of both criminal and disciplinary proceedings».<sup>73</sup> Saken var irettført disiplinært, men de faktiske forholdene kunne trolig også danne grunnlag for en straffesak. Det er nærliggende å lese Domstolens argumentasjon slik at dette gir normen et strafferettslig preg også når det irettføres gjennom disiplinærsystemet, fordi staten selv anser det nødvendig med straffebud mot slike handlemåter. I tilknytning til denne reaksjonen mener Strandbakken det er «et sentralt poeng at handlingen som lå til grunn for sanksjonen, i realiteten var en selvstendig straffbar handling og ikke bare et brudd på disiplinærreglementet».<sup>74</sup>

Forholdet til statens strafferett kan danne grunnlag for et argument i motsatt retning dersom det er overlapp mellom de sivilrettslige og strafferettslige reglene, men reglene er uavhengige og forfølges helt separat fra hverandre. Om et slikt tilfelle har Domstolen skrevet følgende:

As regards the nature of the measure, the Court observes that section 55 of the consolidated Acts does not presuppose any investigation or finding of guilt and that **its application is**

---

<sup>71</sup> *Jamil* avsnitt 32.

<sup>72</sup> *Malige* avsnitt 38.

<sup>73</sup> *Campbell og Fell* avsnitt 71.

<sup>74</sup> Strandbakken (2003) s. 277.

**totally independent of any criminal proceedings which may subsequently be brought.**<sup>75</sup>  
[uthevet her]

Det samme fremgår av *Blokker mot Nederland*, hvor Domstolen la vekt på at reaksjonen var «totally independent of any criminal proceedings which may be brought».<sup>76</sup> Sammenholdt med avgjørelsene som er omtalt ovenfor, antyder dette at eventuell tilknytning til strafferettslige regler vil være et argument av en viss betydning for om artskriteriet er oppfylt.

Resonnementene fra *Jamil*, *Malige* og *Welch* kan ikke overføres direkte til disiplinærstraffesakene, siden det vesentlige i disse sakene var at en ordinær straffesak kom før den omtvistede sanksjonen. Disse sakene angikk også normer som gjaldt for hele befolkningen, og i slike tilfeller skal det mindre til før forholdet blir «criminal» i konvensjonens forstand. I tråd med Domstolens formålsrettede tolkningspraksis er det likevel gode grunner for å betrakte disiplinærstraffesakene på samme måte: sanksjonen her avhenger av at et myndighetsorgan er overbevist om at den siktede har gjort seg skyldig i en straffbar handling. Det vesentlige ved en formålsrettet anvendelse av artikkel 6 må være at grunnlaget for å ilegge sanksjonen er strafferettslige regler, og ikke at forholdet faktisk er irettført gjennom en ordinær straffeprosess. Johansen argumenterer slik:

Grunnen til at Domstolen vektlegger tilknytningen til nasjonal strafferett, er at det ved vurderingen av om normen kommer til anvendelse, samtidig må tas stilling til spørsmålet om straffeskyld. Det ville være inkonsekvent dersom rettssikkerhetsgarantiene i EMK ikke skulle komme til anvendelse i en slik situasjon kun fordi vurderingen av straffeskyld ikke foretas i straffeprosessuell sammenheng.<sup>77</sup>

Argumentet til Johansen kan ikke forklare avgjørelsene i *Jamil*, *Malige* og *Welch*, siden det forelå en fellende straffedom i disse sakene. Derimot kan det anvendes på disiplinærstraffesakene, ettersom avgjørelsen av skyldspørsmålet er flyttet fra ordinær straffeprosess og over i disiplinærsystemet. I slike situasjoner oppstår en fare for at staten unndrar noe som reelt sett er en straffesak fra rettssikkerhetskravene i artikkel 6.

Det er uklart om det er grunnlag i Domstolens praksis for å legge avgjørende vekt på at normen har en strafferettslig tilknytning eller hører naturlig til i strafferetten. I *Campbell og*

---

<sup>75</sup> *Escoubet mot Belgia* avsnitt 37.

<sup>76</sup> *Blokker «The Law»* avsnitt 8.

<sup>77</sup> Johansen (2005) s. 335–336.

*Fell og Ezeh og Connors* var overtredelsene av en slik karakter, men dette var ikke nok til å utløse kravene i artikkel 6.<sup>78</sup> Samtidig har Domstolen flere ganger uttrykt at «the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot deprive an offence of its inherently criminal character».<sup>79</sup> Omstendighetene i sakene kan tyde på at straffpregede normer behandles ulikt på forskjellige rettsområder, slik at de aksepteres på områder hvor statene har et legitimt behov for relativt inngripende disiplinær kontroll, typisk i fengsels- og militærvesenet. Dette har gode grunner for seg. Så lenge Domstolen aksepterer at statene har disiplinære systemer parallelt med strafferetten og utenom artikkel 6 på disse samfunnsområdene, må det nødvendigvis være adgang til å strekke dem et visst stykke inn i det feltet strafferetten dekker i det sivile samfunnet. Disiplinærsystemet i Forsvaret finnes ikke først og fremst for å hankses med bagatellmessige tilfeller av uønsket atferd som kan håndteres med f.eks. enkle irettesettelser eller pålegg om å gjenta utilfredsstillende utførte tjenesteoppgaver. Disiplinærsystemet har sin berettigelse der det kreves en mer påtakelig reaksjon fordi forholdet er av mer alvorlig art, men ikke så alvorlig at en anmeldelse til strafferettslig forfølgning er mulig eller hensiktsmessig. Disiplinærstraffesakene er også avgrenset slik: disiplinærreglementet punkt 9 tredje avsnitt bestemmer at det bare er «mindre overtredelser av borgerlige straffebestemmelser som kan avgjøres ved refselse». Med en slik avgrensning antyder avgjørelsene i *Campbell og Fell* og *Ezeh og Connors* at Domstolen neppe ville gitt det strafferettslige aspektet ved disiplinærnormen nevneverdig vekt, siden vi befinner oss på et område hvor staten har et legitimt behov for å håndtere slike lite alvorlige forhold disiplinært.

## 5.5 Innebærer normen et skyldkrav?

Et sentralt kjennetegn ved strafferettslige normer er at de forutsetter en grad av utvist skyld. I norsk rett er hovedregelen at det kreves forsett for å gjøre en handling straffbar, jf. straffeloven § 21. En form for skyldprinsipp og krav om (minst) uaktsomhet for straffansvar er en del av den rettskulturelle tradisjonen mange av konvensjonsstatene inngår i, og felles for deres rettssystemer i dag.<sup>80</sup> Domstolen har også benyttet dette som et kjennetegn på at et forhold tilhører statenes strafferett. I *Benham* la Domstolen vekt på at normen forutsatte

---

<sup>78</sup> Se *Campbell og Fell* avsnitt 71. Staten ble felt for krenkelse, men det avgjørende var reaksjonens alvor, se avgjørelsen avsnitt 72. Se også *Ezeh og Connors* avsnitt 104 til 106 og omtalen av denne i Jacobs, White og Ovey (2021) s. 279.

<sup>79</sup> *Jónsson og Hall* avsnitt 78 med videre henvisning.

<sup>80</sup> Se Grønning, Husabø og Jacobsen (2019) s. 221 og Johansen (2005) s. 326.



«willful refusal [or] culpable neglect» som vilkår for den aktuelle sanksjonen.<sup>81</sup> I *Ezeh og Connors* la retten vekt på at sanksjonen var avhengig av «a finding of culpability».<sup>82</sup>

I motsatt retning finnes det også eksempler på at Domstolen har tatt i betraktning fravær av skyldkrav i de nasjonale reglene. I *Escoubet* nevner den at «finding of guilt» ikke var et vilkår for midlertidig inndragning av førerkort i belgisk rett.<sup>83</sup> I *Blokker* bemerker den at «the relevant statutory and secondary rules do not presuppose any finding of guilt». Det er imidlertid vanskelig å overføre dette til disiplinærsaker. I både *Escoubet* og *Blokker* var de omtvistede sanksjonene uavhengige av en eventuell (og fullt mulig) straffeforfølgning av det samme forholdet. I slike tilfeller understreker fraværet av skyldkrav at forholdet er parallelt til, og uavhengig av strafferetten. For disiplinær refselse er forholdet et annet. Her kan det også forekomme overlapp med strafferetten, og for disiplinærstraffesakene er det nettopp dette som gjør dem til gjenstand for refselse. Refs skal som hovedregel bare brukes dersom forholdet ikke anmeldes til strafferettslig forfølgning fra påtalemyndigheten (disipl. § 10), sanksjonene skal til en viss grad koordineres dersom begge tas i bruk (§ 11 første avsnitt), og frifinnende dom fører som hovedregel også til at refselse for samme forhold faller bort (§ 11 andre avsnitt).

Disiplinærloven § 2 bestemmer at «refselse kan ilegges for forsettlig og uaktsomme forhold». For straff kreves det som hovedregel forsett, jf. strl. § 21, med en del straffebud kan også overtres ved uaktsomhet. For disiplinærstraffesaker reiser dette spørsmålet om skyldkravet er uaktsomhet, som for de øvrige refselsesgrunnene, eller om skyldkravet for den underliggende strafferettslige normen følger med. Dette er likevel ikke avgjørende for spørsmålet om rekkevidden av EMK art. 6, ettersom det rettslige begrepet «skyld» også omfatter uaktsomhet. Dette fremgår av Domstolens avgjørelse i *Benham*, hvor den aktuelle regelen hadde «willful refusal [or] culpable neglect» som skyldkrav, hvilket tilsvarer forsett og uaktsomhet i norsk rett. Skyldkravet i disiplinærloven § 2 taler altså for at disiplinærstraffesakene omfattes av «criminal charge»-begrepet i konvensjonen.

---

<sup>81</sup> *Benham* avsnitt 56. Etter omtalen av vilkårene fremstår henholdsvis hensiktsforsett og uaktsomhet som nærliggende paralleller i norsk strafferett, jf. strl. §§ 22 og 23.

<sup>82</sup> *Ezeh og Connors* avsnitt 105.

<sup>83</sup> *Escoubet* avsnitt 37.

## 5.6 Føres overtredelser på normbryterens rulleblad?

Domstolen har i noen tilfeller tatt i betraktning om reaksjonen anmerkes på rullebladet til overtrederen. Dette var tilfellet i *Salabiaku mot Frankrike* og var blant grunnene til at saken ble regnet som en «criminal charge».<sup>84</sup> I motsatt retning har det at slik registrering ikke er mulig hatt betydning i flere avgjørelser, senest i *Jónsson og Hall*.<sup>85</sup>

Ettersom disiplinær refselse ikke er regnet som straff i norsk rett, føres det ikke i politiets reaksjonsregister, jf. politiregisterloven (lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten) § 9 og politiregisterforskriften (forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten) § 44-4.<sup>86</sup> Dette taler altså mot at disse forholdene skal anses å være «criminal» i konvensjonens forstand, og gjør også reaksjonen mindre belastende enn den ellers kunne vært. Refselse er på denne måten gunstigere enn den alternative strafferettslige reaksjonen, som i de fleste tilfeller vil være bot eller en annen reaksjon som føres i reaksjonsregisteret, jf. politiregisterforskriften § 44-4.

## 5.7 Samlet vurdering: tilsier normens art at forholdet er «criminal»?

Spørsmålet som skal belyses er, som beskrevet ovenfor, i hvilken grad normen – disiplinærloven § 1 (3) – har trekk som gir den en strafferettslig karakter. Denne vurderingen må ta utgangspunkt i at disiplinære normer kan ha slike trekk uten å bli «criminal», så lenge det er i avgrenset grad og legitimt begrunnet.

Et sentralt særtrekk ved strafferettslige normer er at de er ment å ha en avskrekkende funksjon, og at reaksjoner for overtredelse av dem er begrunnet i et pønalt formål.

Disiplinærreglene i Forsvaret har slike begrunnelser. For disiplinærsystemer er dette imidlertid bare en nødvendig, og ikke en tilstrekkelig forutsetning for å bringe artikkel 6 til anvendelse. Strafferettslige normer gjelder normalt for hele befolkningen, mens disiplinære

---

<sup>84</sup> Se *Salabiaku* avsnitt 24.

<sup>85</sup> *Jónsson og Hall* avsnitt 95. Se også *Ravnsborg* avsnitt 35 og *Ezeh og Connors* avsnitt 90, men der henført under rubriseringskriteriet.

<sup>86</sup> Politiregisterforskriften § 44-4. (1) nr. 7 bestemmer at «dom og forelegg på militær arrest» skal føres i reaksjonsregisteret. Dette er ikke lenger en praktisk problemstilling, siden arrest ikke brukes som ordinært refselsesmiddel.

regler kun gjelder for en skarpt avgrenset gruppe. I disiplinærstraffesakene fyller normen begge disse beskrivelsene. At normen har tilknytning til eller overlapp med strafferettslige regler kan indikere at den i seg selv er «criminal», men for disiplinærnormer har dette liten betydning. Strafferettslige normer krever som regel at overtrederen har utvist skyld. Dette kreves også i disiplinærsaker, og bidrar dermed til å gi dem et preg av å være «criminal». At disiplinærreaksjoner ikke føres i politiets reaksjonsregister taler mot at normen er av strafferettslig art.

Som det fremgår av behandlingen ovenfor, er flere av disse momentene kjennetegn disiplinærnormer har til felles med strafferettslige normer, og som ikke er egnet til å trekke skillelinjen mellom dem. At normen har et avskrekkende og pønalt formål er en forutsetning for at forholdet skal få tilstrekkelig strafferettslig preg til å være «criminal» i konvensjonens forstand, og noen av de andre momentene styrker dette inntrykket. Det fremgår imidlertid klart av Domstolens praksis at disiplinærnormer kan ha disse trekkene, uten at det er tilstrekkelig. Sammenlignbare eksempler fra andre disiplinærssystemer er *Campbell og Fell* og *Ezeh og Connors*, hvor normer med lignende trekk som disiplinærstraffesakene i norsk rett ikke hadde tilstrekkelig strafferettslig preg til å utløse artikkel 6 under arts-kriteriet. I slike tilfeller blir det siste av Engel-kriteriene avgjørende. For å løse oppgavens problemstilling må altså vi rette blikket mot reaksjonens art og alvorlighet.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> I norsk litteratur om temaet er reaksjonskriteriet tillagt så stor vekt at spørsmålet om artikkel 6 gjelder for disiplinærsakene behandles utelukkende som et spørsmål om refselsesmidlene er alvorlige nok til å utgjøre straff etter konvensjonen, se Aall (1994) s. 434 og Strandbakken (2003) s. 281.

# 6 Det tredje kriteriet: reaksjonens art og alvor

## 6.1 Refselsesmidlene

Det siste av Engel-kriteriene er «the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring».<sup>88</sup> De disiplinære refselsesmidlene er angitt i disiplinl. § 5, og er:

- arrest inntil 20 dager
- bot (opp til 3710 kroner for vernepliktige, 9275 for militært ansatte)<sup>89</sup>
- frihetsinnskrenkning inntil 30 dager
- irettesettelse (i nærvær av andre soldater, i enerom eller skriftlig)

Det skal kun brukes ett refselsesmiddel for hvert refselsesvedtak, jf. disiplinl. § 8 første avsnitt. Dersom det ilegges bot, skal det samtidig utmåles en subsidiær arrest på inntil 15 dager, jf. § 6. Denne skal sones dersom boten ikke er betalt innen fire måneder. Dette skjer ikke i praksis for vernepliktige i førstegangstjeneste eller militært ansatte, ettersom bøtene trekkes fra utbetalingene av tjenestetillegg og lønn.<sup>90</sup> Derimot kan situasjonen oppstå i praksis når heimevernsmannskaper refs.

## 6.2 Arrest

Refselsesmiddelet som var brukt overfor Engel og de andre soldatene var ulike former for arrest, og om dette skriver Domstolen at:

In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental.<sup>91</sup>

Disiplinærloven hjemler arrest som refselsesmiddel, men dette brukes ikke lenger i fredstid. For disiplinærstraffesakene er det altså de øvrige midlene som er aktuelle: bot,

---

<sup>88</sup> Engel avsnitt 82.

<sup>89</sup> Forsvaret, *Økonomi, permisjon og fordelar*.

<sup>90</sup> Generaladvokatembetet, *Veiledning i behandling av militære disiplinærsaker*, side 8.

<sup>91</sup> Engel avsnitt 82.

frihetsinnskrenkning og irettesettelse. Dette er i seg selv et argument av en viss vekt mot at disse sakene omfattes av artikkel 6. Bruk av frihetsberøvelse som straff er universelt utbredt, og i nesten alle tilfeller den strengeste straffen som finnes i et lands strafferett.<sup>92</sup> Dermed er denne reaksjonsformen også en svært tydelig indikator på at et forhold er av strafferettslig karakter.<sup>93</sup> Når det ikke kan benyttes fengselsstraff eller en liknende reaksjon, tyder det i det minste på at forholdet befinner seg nærmere ytterkanten enn kjernen av strafferetten. Det finnes også tilfeller hvor frihetsberøvelse kan benyttes utenfor strafferettspleien, jf. artikkel 5 nr. 1. Slike situasjoner har imidlertid så tydelige forskjeller fra frihetsberøvelse i pønalt øyemed at de lar seg skille fra straffesaksbegrepet uten bruk av Engel-kriteriene.

### 6.3 Frihetsinnskrenkning

For frihetsinnskrenkningene gir *Engel* en viss veiledning. Denne formen for refs består i at soldaten til visse tider eller hele døgnet nektes «å gå utenfor leiren eller annet nærmere avgrenset område eller fartøy for et tidsrom inntil 30 dager», eller «å forlate fartøy for bestemte landgangsturer innen samme tidsrom», jf. disiplin. § 5 første avsnitt nr. 3. Dette er svært likt «light arrest» som en av klagerne i *Engel* hadde sonet i fire dager, og som ikke var en tilstrekkelig alvorlig frihetsberøvelse til at selve reaksjonen gjorde det nødvendig å kreve rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6.<sup>94</sup> I Norge kan slike restriksjoner ilegges i inntil 30 dager, men lengden er trolig ikke avgjørende her.<sup>95</sup> Det vesentlige for EMDs bedømmelse av denne reaksjonsformen synes å ha vært at den bare i begrenset grad påla soldatene begrensninger i handle- og bevegelsesfriheten ut over det regimet soldater lever under til vanlig:

They remain, more or less, within the ordinary framework of their army life.<sup>96</sup>

I de få tilfellene hvor frihetsinnskrenkning brukes, vil altså dette i seg selv gi svært liten eller ingen støtte til argumenter for at forholdet er «criminal».

---

<sup>92</sup> Forvaring er klart nok en frihetsberøvelse, selv det er begrunnet i sikringshensyn så vel som pønale formål. Dødsstraff praktiseres ikke lenger i noen av konvensjonsstatene, og er fullt ut forbudt etter tilleggsprotokoll 13 artikkel 1 (p.t. ratifisert av 44 av 47 stater).

<sup>93</sup> Se Jacobs, White og Ovey (2021) s. 279.

<sup>94</sup> Se *Engel* avsnitt 85 og 61.

<sup>95</sup> Frihetsinnskrenkning brukes bare i omkring 3 % av disiplinærsakene, og da hovedsakelig i fraværssaker eller når bot ikke vil være effektivt som individualpreventivt middel, se Generaladvokatembetet, *Årsrapport over militære disiplinær- og straffesaker i 2020*, s. 19.

<sup>96</sup> *Engel* avsnitt 61.

## 6.4 Irettesettelse

Irettesettelse, enten skriftlig, i enerom eller i nærvær av andre soldater, kan brukes som refselsesmiddel. Selv om dette kan oppleves belastende for soldaten (særlig ved opplesning i nærvær av medsoldater), er det klart nok ikke en form for sanksjon som er alvorlig nok til å utløse behov for rettssikkerhetsvernet artikkel 6 gir.

## 6.5 Bot

Det siste refselsesmiddelet som brukes er bot, og dette brukes i de aller fleste sakene (omkring 91 %).<sup>97</sup>

Det følger av Domstolens praksis at bøter kan utgjøre en straff av tilstrekkelig alvorlighet til å påkalle artikkel 6. Avgjørelsene om dette er imidlertid sprikende. I *Ravnsborg* var en bot som tilsvarer ca. 2050 norske kroner ikke tilstrekkelig alvorlig. I *Putz* førte en bot tilsvarende 19 000 kroner med subsidiær fengselsstraff inntil ti dager til samme konklusjon. I *Garyfallou AEBE mot Hellas* var en bot tilsvarende ca. 97 000 kroner tilstrekkelig alvorlig når Domstolen også tok i betraktning at selskapets midler kunne konfiskeres og styremedlemmene kunne fengsles i inntil ett år dersom boten ikke ble betalt. I *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* var en tilleggsskatt som tilsvarer 46 000 norske kroner tilstrekkelig alvorlig selv om dette ikke kunne omgjøres til fengselsstraff. I dette tilfellet ser det ut til å ha hatt en viss betydning at tilleggsskatten ikke hadde en øvre grense, og dermed kunne ha blitt langt høyere under andre omstendigheter.<sup>98</sup> I motsatt retning har det at en øvre grense finnes, hatt betydning i *Ravnsborg*.<sup>99</sup> *Jónsson og Hall* antyder imidlertid at selv kombinasjonen av relativt stor bot og fravær av en øvre grense ikke er tilstrekkelig til å oppfylle reaksjonskriteriet.<sup>100</sup>

Det er vanskelig å trekke en slutning fra avgjørelsene om hvorvidt det finnes en terskel for når bøter blir store nok til at artikkel 6 kommer til anvendelse. Det er også grunn til å overføre en eventuell retningslinje med varsomhet, ettersom de fleste av disse sakene har handlet om allmenngyldige normer, og ikke disiplinære reaksjoner. Det er i alle tilfeller gode argumenter mot å fiksere en beløpsgrense for når bøter er strafferettslige reaksjoner: kjøpekraft kan

---

<sup>97</sup> Generaladvokatembetet, *Årsrapport over militære disiplinær- og straffesaker i 2020*, s. 19.

<sup>98</sup> *Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic* avsnitt 80.

<sup>99</sup> *Ravnsborg* avsnitt 35.

<sup>100</sup> *Jónsson og Hall* avsnitt 96.

variere mellom medlemsstatene og over tid, og bøter rammer i større grad enn f.eks. frihetsberøvelse ulikt, avhengig av personens økonomiske stilling. Forsøk på å måle reaksjonens alvorlighet etter botens størrelse blir altså retts teknisk utfordrende. I litteraturen om temaet er det skepsis til om en slik grensedragning har noe for seg, og andre forhold trekkes frem som mer betydningsfulle.<sup>101</sup>

Det forholdet som oftest ser ut til å ha betydning for om bøter faller under artikkel 6 sitt virkeområde, er om disse kan konverteres til en fengselsstraff. Dette var tilfellet i *Garyfallou AEBE*, *Bendenoun*, *Gradinger mot Østerrike* og *T. mot Østerrike*. I motsatt retning er fraværet av mulighet for subsidiær soning nevnt i domsgrunnene i *Porter mot Storbritannia*. At subsidiær fengselssoning har betydning under reaksjonskriteriet er også gjentatt i *Jónsson og Hall*, selv om det ikke var aktuelt i saken.<sup>102</sup> Det er likevel ikke slik at denne muligheten alene nødvendigvis er tilstrekkelig. I *T. mot Østerrike* la Domstolen vekt på at konverteringen kunne skje uten avgjørelse fra en domstol etter en muntlig høring, i motsetning til *Ravnsborg*.<sup>103</sup> Det samme var tilfellet i *Gradinger*, og var en av grunnene til at Domstolen mente artikkel 6 ble utløst allerede ved illeggelse av en bot.<sup>104</sup>

Det avgjørende ser altså ut til å være om bøter kan konverteres til fengselsstraff dersom de ikke blir betalt, og særlig dersom dette skjer uten særskilt avgjørelse eller ved en administrativ beslutning. Grunnen til at bøter som kun kan konverteres til fengsel ved beslutning fra en domstol faller utenfor virkeområdet til artikkel 6, er trolig at reaksjonen ikke er tilstrekkelig alvorlig til å utløse artikkel 6 før en eventuell fengsling. Da er det først på det tidspunktet en slik soning blir aktuelt, at Domstolen ser rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 som nødvendige. Det er altså ikke behov for disse allerede ved den administrative bøteleggingen, såfremt boten er (relativt) moderat og Engel-kriteriene for øvrig ikke tilsier at forholdet uansett er av strafferettslig karakter.

I disiplinærstraffesakene kan bøkene maksimalt være 3710 kroner for vernepliktige og 9275 for militært ansatte. Det er ingen grunn til å tro at Domstolen ville ansett dette tilstrekkelig til å utløse artikkel 6. Det skal imidlertid også utmåles en subsidiær arrest ved refs i form av

---

<sup>101</sup> Se Johansen (2005) s. 366-367, Trechsel (2005) s. 24, Harris, O'Boyle og Warbrick (2018) s. 379 og Aall (2018) s. 433. Bøter er ikke omtalt i det hele tatt i Jacobs, White og Ovey (2021), se s. 278-280.

<sup>102</sup> *Jónsson og Hall* avsnitt 95.

<sup>103</sup> Se *T. mot Østerrike* avsnitt 66.

<sup>104</sup> Se *Gradinger* avsnitt 36.

bøter, jf. disiplinærloven § 6.<sup>105</sup> Konvertering fra bot til arrest skjer uten særskilt behandling av omgjøringsspørsmålet, verken administrativt eller i domstolene. Generaladvokatens instruks er at omregningsfaktoren skal være én dags arrest per 200 kroner i bot for vernepliktige, og én dags arrest per 500 kroner for militært ansatte, med en øvre grense på 15 dager.<sup>106</sup> Til sammenligning var ti dager utilstrekkelig til å bringe artikkel 6 til anvendelse i *Putz*, men ellers gir Domstolens praksis lite veiledning. I litteraturen er det antydning at en slik varighet vil nærme seg grensen mot frihetsberøvelser som i seg selv er tilstrekkelig alvorlige til å gi forholdet en strafferettslig karakter.<sup>107</sup> Denne situasjonen kan bare oppstå ved refselse av heimevernsmannskaper, ettersom bøter trekkes fra tjenestetillegget til vernepliktige og lønnen til militært ansatte, jf. disiplin. § 40.

## 6.6 Oppsummering

De refselsesmidlene som brukes primært er ikke alvorlige nok til å utløse artikkel 6 etter det siste Engel-kriteriet om alvorlighet. Når frihetsinnskrenkning, irettesettelse eller bot brukes, vil reaksjonen aldri være tilstrekkelig alvorlig til å få betydning for om artikkel 6 gjelder. Reaksjonskriteriet kan få en viss betydning dersom bøter i det øvre sjiktet konverteres til arrest, men dette skjer trolig så sjeldent at det bare er en teoretisk mulighet for at problemstillingen kan oppstå.

---

<sup>105</sup> Dette praktiseres fremdeles, selv om arrest ikke brukes som selvstendig refselsesmiddel, se Generaladvokatembetet, *Veiledning i behandling av militære disiplinærsaker*, side 8.

<sup>106</sup> Samme sted.

<sup>107</sup> Aall (2018) s. 433.



# 7 Oppsummering og konklusjon

## 7.1 Oppsummering

### 7.1.1 Rubriseringskriteriet

I norsk rett skilles det mellom straffesaker og disiplinærsaker, og utfallet av sistnevnte regnes ikke som strafferettslige reaksjoner. Der en overtredelse av straffelovgivningen sanksjoneres med disiplinære midler, er forholdet altså ikke klassifisert som strafferettslig i norsk rett. Spørsmålet om disse sakene er «criminal» må dermed avgjøres etter en vurdering av de to gjenstående Engel-kriteriene.

### 7.1.2 Artskriteriet

Ettersom disiplinærnormen har både avskrekkende og pønale formål, *kan* den være av strafferettslig karakter. Den tette knytningen disiplinærstraffesakene har til strafferettslige normer og skyldkravet antyder at normen er strafferettslig, men ikke med en slik styrke at det er tilstrekkelig under hensyn til at den avgrensede subjektkretsen peker mot at forholdet faller utenfor artikkel 6. I samme retning trekker det at overtredelser ikke føres på rullebladet, i motsetning til strafferettslige reaksjoner.

### 7.1.3 Reaksjonskriteriet

De mest brukte refselsesmidlene, frihetsinnskrenkning og bot, er ikke alvorlige nok til å bringe artikkel 6 til anvendelse. Dersom den subsidiære arresten for en bot i det øvre sjiktet må sones, vil man kanskje komme nær grensen for hvor alvorlig en reaksjon kan være uten å gjøre forholdet «criminal».

## 7.2 Samlet vurdering og konklusjon

Hensikten med det autonome straffesiktelsesbegrepet og Engel-kriteriene er å hindre at statene kan undergrave rettighetsvernet i artikkel 6 og 7 på en måte som gir «results

incompatible with the purpose and object of the Convention».<sup>108</sup> Selv om EMD aksepterer at statene kan ha disiplinære ordninger på siden av strafferettspleien, kan disse ikke «improperly encroach upon the criminal».<sup>109</sup>

Det følger av gjennomgangen ovenfor at ingen av de tre Engel-kriteriene er oppfylt alene. I slike tilfeller viser Domstolens praksis at spørsmålet må avgjøres etter en samlet vurdering av artskriteriet og reaksjonskriteriet. I de tilfellene hvor forholdet nasjonalt er rubrisert som disiplinært antyder praksis at det avgjørende for en slik samlet vurdering er den samtidige tilstedeværelsen av avskrekkende og pønale formål, tilknytning til eller overlapp med statens strafferett, og en reaksjon som er tilstrekkelig alvorlig til å påkalle behov for de rettssikkerhetsgarantier artikkel 6 gir.

For disiplinærstraffesakene er tilknytningen til den nasjonale strafferetten svært tett. Her er det ikke bare en overlapp med enkelte strafferettslige normer, men en hjemmelskjede som strekker seg fra disiplinærretten og inn i strafferetten. Dette gir disiplinærnormen et klart strafferettslig preg, selv om den i seg selv er avgrenset på en slik måte som Domstolens praksis krever at disiplinærnormer er. Det strafferettslige preget på disse sakene er på én måte sterkere enn i *Ezeh og Connors* og *Campbell og Fell*, som er de mest nærliggende avgjørelsene å sammenligne med. Samtidig skal disiplinær refselse kun brukes mot mindre alvorlige overtredelser der de disiplinære trekkene ved forholdet er fremtredende. Dette betyr at disiplinærstraffesakene i norsk rett trolig er av noe mindre alvorlig karakter enn dem som utgjorde et tvilstilfelle under artskriteriet i de nevnte avgjørelsene.<sup>110</sup> Det avgjørende blir da om reaksjonsformen som kan brukes er spesielt alvorlig, hvilket den normalt ikke er. De aller fleste disiplinærsaker avgjøres med bøter. Den subsidiære arresten som utmåles kan trolig komme opp mot det øvre sjiktet av hvor lang en frihetsberøvelse kan være uten å krysse EMKs grense mellom disiplinærsaker og straffesaker. Samlet sett er det likevel ikke grunnlag for å anta at EMD ville mene at disiplinærstraffesakene krysser denne grensen.

Disiplinærstraffesakene er ikke «criminal» i konvensjonens forstand, og dermed omfattes de ikke av artikkel 6.

---

<sup>108</sup> *Engel* avsnitt 81.

<sup>109</sup> Samme sted.

<sup>110</sup> De aktuelle handlingene var drapstrusler mot en offentlig tjenestekvinne (*Ezeh*), knuffing mot en fengselsbetjent (*Connors*), og deltakelse i en protest som utviklet seg til håndgemeng mellom innsatte og fengselsbetjenter med kroppsskade til følge (*Campbell og Fell*).

# 8 Konsekvenser

## 8.1 De rene disiplinærsakene

Et svært nært beslektet spørsmål til problemstillingen jeg har behandlet ovenfor, gjelder de rene disiplinærsakenes stilling. Med dette mener jeg disiplinærsaker hvor overtredelsen retter seg mot militære tjenesteplikter eller militær disiplin og orden, jf. disiplinærloven § 1 første og andre avsnitt.

Den rettslige rubriseringen er den samme for disse sakene som for disiplinærstraffesakene. Refselsesmidlene er også de samme. Forskjellene mellom sakstypene hva angår Engel-kriteriene, ligger under artskriteriet. Også disse disiplinærnormene har avskrekkende og pønale formål. De mangler imidlertid den tilknytning til strafferettslige normer som disiplinærstraffesakene har, og har i det vesentlige ikke noe overlapp med slike normer heller. Nedslagsfeltet er klart avgrenset til militære mannskaper, både på vilkårssiden og virkningssiden av normen. Det forutsettes også her en skyldkonstatering, men heller ikke disse reaksjonene føres på den refsedes sivile rulleblad. Disse sakene mangler kjennetegn som kunne trukket dem inn i virkeområdet til artikkel 6. De er altså slike disiplinærnormer som Domstolen lar statene ha på dette samfunnsområdet uten å omfattes av artikkel 6.

## 8.2 Hvilke menneskerettslige krav gjelder for disiplinærsakene?

Ovenfor er det avklart at den strafferettslige delen av EMK artikkel 6 ikke gjelder, verken for de ordinære disiplinærsakene eller disiplinærstraffesakene. Dette er imidlertid ikke den eneste bestemmelsen som kan tenkes å komme til anvendelse. Artikkel 6 har også en sivilrettslig del, hvor inngangsvilkåret er at saken angår «civil rights and obligations». For slike saker gjelder artikkel 6 første avsnitt, altså retten til rettferdig rettergang ved en uavhengig og upartisk domstol (se punkt 1.2 ovenfor). Disiplinærsakene kan være omfattet av denne, selv om de ikke faller under artikkelens strafferettslige del. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på hva som ligger i «civil rights and obligations». Bestemmelsen har et motstykke i Grunnloven § 95, som også gir rett til en rettferdig rettergang ved uavhengige og upartiske domstoler. Virkeområdet til Grl. § 95 er imidlertid angitt kun med ordet «sak», og forarbeidene angir at

dette skal tolkes i samsvar med tvisteloven (lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister – tvl.) § 1-3.<sup>111</sup> Tvistelovens vilkår er at søksmålet dreier seg om et «rettskrav». Påstander om at et refselsesvedtak er ugyldig på grunn av hjemmelsmangel, at det bygger på feil faktumforståelse, eller at det hefter andre feil ved saksbehandlingen eller vedtaket, vil være «rettskrav». I slike tilfeller har den refsede adgang til å angripe vedtaket ved søksmål etter tvisteloven § 1-3, og denne retten er også vernet av Grunnloven § 95.

Grunnloven § 95 gir de samme rettighetene som EMK artikkel 6 første avsnitt.<sup>112</sup> Derimot gjelder ikke artikkel 6 andre og tredje avsnitt, eller Grunnloven § 96. Mange av rettighetene i artikkel 6 tredje avsnitt er likevel ivaretatt også for sivile saker i norsk rett. En vesentlig forskjell fra straffesaker er imidlertid at uskyldspresumsjonen og den strafferettslige bevisterskelen ikke gjelder.

### 8.3 Aktuelle lovendringer

Problemstillingen for oppgaven er aktuell på grunn av det pågående arbeidet med å reformere disiplinærloven. Bjørkholt-utvalget leverte nylig en utredning hvor det antar at disiplinærsaker omfattes av EMK artikkel 6, og derfor foreslår lovendringer som skal sikre etterlevelse av denne. Jeg mener denne antakelsen er feil: refselsessaker etter disiplinærloven er ikke «criminal» og omfattes ikke av artikkel 6. Dermed er det ikke påkrevd å endre lovgivningen på området for å bringe den i overensstemmelse med konvensjonen, slik utvalget foreslår å gjøre ved å gi forvaltningsloven kapittel IX anvendelse i disse sakene. Det er riktignok ingen hindringer i veien for at statene overoppfyller konvensjonen eller gir borgerne rettigheter konvensjonen ikke beskytter. Det er likevel grunn til å spørre om en slik ordning gir rettssikkerhetsgarantier som er overflødige og går på bekostning av andre hensyn lovgivningen på området må ivareta.

Rettssikkerhetsmekanismer som dem man finner i artikkel 6 har en kostnad i form av mer tidkrevende, mer ressurskrevende og mindre effektiv behandling av sakene. Hvis effektivitet ikke skulle være et tungtveiende hensyn, og disiplinærordningen uansett må oppfylle de samme rettssikkerhetsmekanismene som straffesaker, så kunne man like gjerne ha kriminalisert disiplinærovertredelsene og behandlet dem som ordinære (militære) straffesaker.

---

<sup>111</sup> Dok.nr. 16 (2011–2012) s. 123.

<sup>112</sup> Samme verk, s. 122.

Disiplinærordningens eksistensberettigelse ligger altså i at den er et enkelt og effektivt verktøy for å opprettholde disiplin og orden. Oppfyllelse av rettssikkerhetskrav som ikke gjelder vil være til hinder for dette. Med det mener jeg ikke at det er galt å behandle disiplinærsaker i tråd med forvaltningsloven kapittel IX. Dette vil ikke medføre andre realitetsendringer av betydning enn at domstolene får kompetanse til å prøve alle sider ved saken. Derimot er det andre deler av disiplinærordningen som kan effektiviseres.

I dag kan disiplinæravgjørelser påklages to ganger; først til den refsende sjefens nærmeste overordnede, og deretter til Klagenemnda for disiplinærsaker i Forsvaret. Bjørkholt-utvalget foreslår å fjerne én klageinstans, slik at Klagenemnda blir eneste klageinstans i fredstid og den refsende sjefs overordnede i krigstid.<sup>113</sup> En slik forenkling har gode grunner for seg, og er helt ubetenkelig når domstolene samtidig får utvidet kompetanse i disse sakene. Det er tross alt snakk om lite alvorlige saker, hvor det som står på spill for den refsede er relativt begrensede og kortvarige frihetsinnskrenkninger, eller bøter på noen tusen kroner. Omfattende klagebehandling, og spesielt domstolsbehandling, vil nok koste mer enn det smaker i de aller fleste tilfellene.

Utvalget foreslår å fjerne refselsesmiddelet arrest helt, også som subsidiært alternativ til bot.<sup>114</sup> Erfaringen viser at dette refselsesmiddelet ble brukt lite i senere år og langt på vei er overflødig. Å fjerne det helt i fredstid er altså uproblematisk, og har den gunstige konsekvensen at det vil fjerne enhver tvil om hvorvidt EMK artikkel 6 gjelder i disiplinærsakene. Utvalgets argumentasjon for dette valget bygger til dels på en antakelse om at arrest må ilegges ved dom, jf. EMK artikkel 5, og at en ordning som krever slik saksbehandling ikke kan forsvares ressursmessig.<sup>115</sup> På dette punktet mistenker jeg at utvalget tar feil. Rammene for arrest (jf. disiplinærreglementet punkt 39), tilsvarer Nederlands (daværende) «aggravated arrest» som en av klagerne i *Engel* hadde sonet 12 dager av. Domstolen kom til at dette ikke var en frihetsberøvelse som brakte domskravet i artikkel 5 til anvendelse.<sup>116</sup> I Norge kan slik arrest ilegges for opp til 20 døgn, som nok nærmer seg en grense for hvor alvorlig frihetsberøvelsen kan være uten å aktualisere artikkel 5.<sup>117</sup> Utvalget drøfter nyere EMD-praksis og mener at det har skjedd en innskjerping, slik at selv helt korte

---

<sup>113</sup> Bjørkholt-utredningen s. 123 og s. 128.

<sup>114</sup> Bjørkholt-utredningen s. 113.

<sup>115</sup> Bjørkholt-utredningen s. 112–113.

<sup>116</sup> Se *Engel* avsnitt 62.

<sup>117</sup> Ettersom Domstolen tolker konvensjonsbestemmelsene i lys av hverandre, kan synspunktene fra punkt 6.5 ovenfor overføres til dette spørsmålet. Se også Aall (2018) s. 433.

frihetsberøvelser nå anses å falle under artikkel 5.<sup>118</sup> Eksemplene utvalget lener seg på gjelder imidlertid innbringelse og varetekt etter allmenne normer, noe EMD behandler markert strengere enn disiplinære normer.<sup>119</sup> Domstolen skiller prinsipielt mellom allmenne normer, og midler som kun kan brukes i disiplinærsaker. Jeg mener derfor det er tvilsomt om den nyere praksisen det vises til faktisk er en kursendring fra *Engel*. Det er gode grunner til å fjerne arrest fra den disiplinære verktøykassen, men det er tvilsomt om det er nødvendig av hensyn til EMK.

Det siste forholdet jeg vil kommentere er refselseshjemmelen for overtredelser av straffelovgivningen. Bjørkholt-utvalget foreslår å videreføre denne.<sup>120</sup> Jeg mener en slik blanding av disiplinærrett og strafferett er prinsipielt betenkelig. Strafferettslige normer gjør et alvorlig inngrep i borgernes alminnelige handlefrihet, og må håndheves med omfattende rettssikkerhetsgarantier på grunn av straffens tilsiktede negative innvirkning på lovbrøyteren. Det bør foreligge gode grunner hvis man skal gjøre strafferettslige overtredelser til gjenstand for andre sanksjonsformer enn dem som følger av strafferetten selv, og en eventuell disiplinær forfølgning bør følge de samme prinsippene som i strafferetten. Avgrensningene som nå gjelder for disiplinærstraffesaker i disiplinærreglementet punkt 9 er uklare og lite forutberegnelige. Refselse skal kun brukes der «de disiplinære sider ved handlingen er de fremtredende». Hvis handlingen faktisk har en disiplinær side, er det nærliggende å tro at den uansett er refsbar som overtredelse av militære tjenesteplikter, eller militær skikk og orden. Da er adgangen til å refse for strafferettslige overtredelser overflødig.

Dersom det faktisk er behov for å bruke disiplinærmidler mot straffbare handlinger som ikke samtidig innebærer en disiplinærovertredelse, bør det kartlegges hvilke straffebud det finnes et slikt behov for. Disse kan lovfestes som selvstendige disiplinærovertredelser. Andre straffbare handlinger kan man, dersom det er nødvendig med en reaksjon, anmelde til vanlig straffeprosessuell behandling hos påtalemyndigheten. En slik revisjon av disiplinærordningens saklige virkeområde vil bli mer forutberegnelig for de militære mannskapene, og enklere å forholde seg til for de militære sjefer som refser (som i de aller fleste tilfeller ikke er jurister).

---

<sup>118</sup> Se utredningen s. 42 med henvisning til *Novotka mot Slovakia* og *Witold Litwa mot Polen*.

<sup>119</sup> Se punkt 5.3 ovenfor.

<sup>120</sup> Bjørkholt-utredningen s. 106.

# Domsregister

*Engel med flere mot Nederland* [P], ECHR:1976:0608JUD000510071.

*Albert og Le Compte mot Belgia* [J], ECHR:1983:0210JUD000729975.

*Öztürk mot Tyskland* [P], ECHR:1984:0221JUD000854479.

*Campbell og Fell mot Storbritannia* [J], ECHR:1984:0628JUD000781977.

*Salabiaku mot Frankrike* [J], ECHR:1988:1007JUD001051983.

*Tre Traktörer Aktiebolag mot Sverige* [J], ECHR:1989:0707JUD001087384.

*Weber mot Sveits* [J], ECHR:1990:0522JUD001103484.

*Bendenoun mot Frankrike* [J], ECHR:1994:0224JUD001254786.

*Ravnsborg mot Sverige* [J], ECHR:1994:0323JUD001422088.

*Welch mot Storbritannia* [J], ECHR:1995:0209JUD001744090.

*Jamil mot Frankrike* [J], ECHR:1995:0608JUD001591789.

*Gradinger mot Østerrike* [J], ECHR:1995:1023JUD001596390.

*Putz mot Østerrike* [J], ECHR:1996:0222JUD001889291.

*Benham mot Storbritannia* [GC], ECHR:1996:0610JUD001938092.

*Garyfallou AEBE mot Hellas* [J], ECHR:1997:0924JUD001899691.

*Lauko mot Slovakia* [J], ECHR:1998:0902JUD002613895.

*Kadubec mot Slovakia* [J], ECHR:1998:0902JUD002706195.

*Malige mot Frankrike* [J], ECHR:1998:0923JUD002781295.

*Escoubet mot Belgia* [GC], ECHR:1999:1028JUD002678095.

*Witold Litwa mot Polen* [J], ECHR:2000:0404JUD002662995.

*Blokker mot Nederland* [A], ECHR:2000:1107DEC004528299.

*T. mot Østerrike* [J], ECHR:2000:1114JUD002778395.

*Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige* [J], ECHR:2002:0723JUD003698597.

*Porter mot Storbritannia* [A], ECHR:2003:0408DEC001581402.

*Ezeh og Connors mot Storbritannia* [GC], ECHR:2003:1009JUD003966598.

*Novotka mot Slovakia* [A], ECHR:2003:1104DEC004724499.

*Perez mot Frankrike* [GC], ECHR:2004:0212JUD004728799

*Ziliberberg mot Moldova* [J], ECHR:2005:0201JUD006182100.

*Žugić mot Kroatia* [J], ECHR:2011:0531JUD000369908.

*Gestur Jónsson og Ragnar Halldór Hall mot Island* [GC], ECHR:2020:1222JUD006827314.



# Litteratur

Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 4. utgave, Tanum-Norli 1976.

Andenæs, Johs., Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, *Alminnelig strafferett*, 6. utgave, Universitetsforlaget 2016.

Gröning, Linda, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff: En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, 2. utgave, Fagbokforlaget 2019.

Harris, David J., Michael O'Boyle og Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford University Press 2018.

Hegdal, Stein, *Disiplinærretten: disiplinærmyndighet i Forsvaret*, Grøndahl Dreyer 1994.

Jacobs, Francis G., Robin C.A. White og Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 8. utgave, Oxford University Press 2021.

Johansen, Jon Petter Rui, «Det materielle straffebegrepet i den europeiske menneskerettighetskonvensjon» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2005, s. 294-369.

Mæland, Henry John, *Norsk alminnelig strafferett*, Justian 2012.

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen: «in dubio pro reo»*, Fagbokforlaget 2003.

Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press 2005.

Aall, Jørgen, *Rettergang og menneskerettigheter: den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess*, Universitetsforlaget 1995.

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.

# Love og forskrifter

Lov 22. mai 1902 nr. 13 Militær Straffelov (milstrl.).

Lov 20. mai 1988 nr. 32 om militær disiplinærmyndighet (disiplinærloven – discipl.).

Forskrift 16. desember 1988 nr. 1033 om disiplinærreglement for Forsvaret og militært arrestreglement [disiplinærreglementet].

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.), Vedlegg 1: Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.).

Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).

Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterforskriften).

Lov 12. august 2016 nr. 77 om verneplikt og tjeneste i Forsvaret m.m. (forsvarsloven).

# Forarbeider

NOU 1980: 58 Militær disiplinær- og politimyndighet.

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

NOU 2002: 4 Ny straffelov: Straffelovkommissjonens delutredning VII.

Dok.nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop. 62 L (2015–2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

## Annet

Forsvaret, *Økonomi, permisjon og fordelar*, forsvaret.no (hentet 5. mars 2021).

Generaladvokatembetet, *Virksomhetsrapport for 2020*, generaladvokaten.no (hentet 23. februar 2021).

Generaladvokatembetet, *Årsrapport over militære disiplinær- og straffesaker i 2020*, generaladvokaten.no (hentet 26. februar 2021).

Generaladvokatembetet, *Veiledning i behandling av militære disiplinærsaker*, generaladvokaten.no (hentet 6. mars 2021).

Lars Morten Bjørkholt m.fl., *Lov om militær disiplinærmyndighet, lov om politimyndighet i Forsvaret og påtalemessig behandling av militære straffesaker - Utredning fra arbeidsgruppe nedsatt av Forsvarsdepartementet*, regjeringen.no (hentet 12. mars 2021).