

Kan det utledes et beviskrav av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)?

- **En analyse av Høyesteretts storkammerdom i
Rt-2008-1409**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 543
Leveringsfrist: 25.11.2009

Til sammen 17767 ord

23.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Terminologi: Beviskrav og bevisbyrde	3
<u>2</u>	<u>KONVENSJONSTEKSTEN</u>	<u>6</u>
2.1	Ordlyden og de tolkingsspørsmål den reiser	6
2.2	Kan man slutte av ordlyden at det gjelder et beviskrav?	6
<u>3</u>	<u>EMDS PRAKSIS</u>	<u>8</u>
3.1	Innledning	8
3.2	<i>I hvilken utstrekning er nasjonale bevisregler gjenstand for en prøving under uskyldspresumsjonen? - Dom 7. oktober 1988, Salabiaku mot Frankrike</i>	9
3.2.1	Tema	9
3.2.2	Saksforholdet	10
3.2.3	Hvilke slutninger kan man trekke fra dommen?	10
3.3	- Kommisjonens forståelse av uskyldspresumsjonen i avgjørelsen 11. juli 1960, Østerrike mot Italia	13
3.4	<i>Hva ligger i uttrykket "any doubt should benefit the accused" ?</i> - Plenumsdommen 6. desember 1988, Barberà m.fl. mot Spania	15
3.4.1	Tema	15
3.4.2	Saksforholdet	16
3.4.3	Hva kan man rent språklig slutte av uttalelsene i Barberà-dommen?	16
3.4.4	Nærmere om fortolkingen	18
3.5	- Dom 20. mars 2001, Telfner mot Østerrike	21

3.5.1	Saksforholdet	21
3.5.2	En språklig analyse av uttalelsene	21
3.5.3	Nærmere om fortolkingen	22
3.6	- Dom 1. mars 2007, Geerings mot Nederland	24
3.6.1	Saksforholdet	24
3.6.2	Hva kan man slutte av dommen?	24
3.7	<i>Har EMD forutsetningsvis akseptert at beviskravet hører under nasjonal lovgivning? -</i>	
	Dom 23. juli 2002, Västberga taxi AB m.fl. mot Sverige	28
3.7.1	Tema	28
3.7.2	Saksforholdet	29
3.7.3	Hvilke slutninger kan man trekke i forhold til beviskravspørsmålet?	29
3.8	- Storkammerdom 23. november 2006, Jussila mot Finland	30
3.8.1	Saksforholdet	30
3.8.2	Hvilke slutninger kan trekkes i forhold til beviskravspørsmålet?	31
3.9	Generelle bemerkninger	31
3.9.1	Innledning	31
3.9.2	Er EMDs prøving av presumsjonsregler et argument for at det gjelder et krav om bevisstyrke?	32
3.9.3	Beviskravets upresise karakter	37
3.9.4	Fjerdeinstansdoktrinen	39
4	<u>FORMÅLSBETRAKTNINGER</u>	43
4.1	Hva er formålet med artikkel 6 nr. 2?	43
4.2	Hvilken <i>vekt</i> har formålsbetraktninger for spørsmålet om det gjelder et operasjonelt beviskrav?	44
5	<u>FØLGER HØYESTERETT SINE EGNE ANVISNINGER OM TOLKINGEN AV EMK?</u>	47
5.1	Den uttalte tolkingsmetode	47
5.2	Reelle hensyn i form av ”norske verdiprioriteringer”	47

5.2.1	Adgangen til å legge vekt på nasjonale reelle hensyn	47
5.2.2	Legges det vekt på "norske verdiprioriteringer" i vår sak?	49
5.2.3	Men hvilke verdiprioriteringer gjør seg egentlig gjeldende i spørsmålet om uskyldspresumsjonen inneholder et operasjonelt beviskrav?	50
5.3	Dynamisk tolking	52
5.3.1	Innledning	52
5.3.2	Hva er dynamisk tolking?	52
5.3.3	I hvilken utstrekning kan norske domstoler anlegge en dynamisk tolking av EMK?	53
5.3.4	Legger Høyesterett til grunn en dynamisk tolking som går ut over egne retningslinjer?	55
6	<u>UTSYN</u>	56
6.1	Beviskravets innhold	56
6.2	Dommens rekkevidde	58
6.2.1	Prejudikatsverdien	58
6.2.2	Grunner til å fravike flertallets rettsoppfatning	59
6.3	Avslutning	60
7	<u>KILDER OG REGISTRE</u>	61
	Lover	61
	Konvensjoner	61
	Rettspraksis	61
	Forarbeider	62
	Juridisk litteratur	63
	Ordbøker	64

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

I storkammerdommen inntatt i Rt-2008-1409, la Høyesterett under dissens (6-5) til grunn at uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder et krav til bevisenes styrke for å ilegge sanksjoner som har karakter av straff etter bestemmelsen. Ut fra det foreliggende rettskildematerialet er dette en tolking av artikkel 6 nr. 2 som det etter min mening kan reises kritikk mot. I denne avhandlingen skal jeg foreta en analyse av fler- og mindretallets begrunnelse for sine standpunkt, vurdere slutningene fra rettskildefaktorene og holde disse opp mot Høyesteretts uttalte tolkningsmetode om anvendelsen av EMK.

Konkret gjaldt saken for Høyesterett hvilket beviskrav som gjelder ved ileggelse av ordinær tilleggsskatt etter ligningsloven §§ 10-2 jf. 10-4. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det var tilstrekkelig at vilkårene for ileggelse av ordinær tilleggsskatt var godtgjort med alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹

Skatteyteren anket til Høyesterett og gjorde gjeldende at det både etter EMK artikkel 6 nr. 2 og - som ny anførsel - av ligningsloven tolket uavhengig av EMK, gjaldt et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.²

Flertallet mente at ut fra kildematerialet måtte uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 forstås slik at den stiller krav til bevisenes styrke og at dette kravet for ordinær tilleggsskatt

¹ Borgarting lagmannsretts dom av 3. mars 2008.

² Se dommens avsnitt 6. Som det fremgår av avhandlingens tittel er det kun spørsmålet om EMK art. 6 oppstiller et skjerpet beviskrav som drøftes i det følgende.

måtte være ”klar sannsynlighetsovervekt”. På denne bakgrunn ble lagmannsrettens dom opphevet.³

Mindretallet mente at det ikke kunne utledes av uskyldspresumsjonen at bestemmelsen inneholder et operasjonaliserbart beviskrav og at det i utgangspunktet er opp til nasjonal lovgivning å regulere beviskravet.

Jeg nevner allerede her at spørsmålet om uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 inneholder et operasjonelt beviskrav ble drøftet og besvart bekreftende av Høyesteretts flertall - tre dommere - i Ospa-saken i Rt-2007-1217. Noe prejudikat for flertallets løsning synes det likevel ikke som om Rt-2007-1217 har hatt. Flertallet nøyer seg med å si at Ospa-dommen har betydning for den foreliggende sak, men at man likevel vil gå nærmere inn på de forhold som ligger til grunn for Ospa-flertallets standpunkt.⁴

Mindretallet drøfter rekkevidden av Ospa-dommen og mener på sin side det må være anledning å bygge på en annen forståelse enn det Ospa-flertallet bygde på, når spørsmålet på ny er brakt inn for Høyesterett i storkammer.⁵

I lys av dommer Tjomslands bemerkning i avsnitt 232 kan det vel likevel tenkes at avgjørelsen har virket bindende på ham, og muligens flere dommere. Tjomsland tilhørte flertallet i Ospa-dommen og bemerker at etter en fornyet vurdering er ikke flertallets tolking ”opplagt”, men at han likevel er blitt stående ved å *henholde seg* til Ospa-flertallets standpunkt. Dette kan tyde på at Ospa-dommen etter hans mening måtte tillegges selvstendig betydning.

³ Se avsnitt 105. Én dommer mente at et slikt krav bare fulgte av EMK art. 6 (2), mens ytterligere to dommere mente at et skjerpet beviskrav bare fulgte av ligningsloven tolket uavhengig av EMK. Til sammen stemte altså åtte dommere for opphevelse av lagmannsrettens dom. Imidlertid var det bare seks dommere som mente at EMK art. 6 (2) oppstiller et beviskrav.

⁴ Se avsnitt 77.

⁵ Se drøftelsen i avsnitt 166-171.

Tilfeldighetenes spill medførte at alle fem dommerne som behandlet Ospa-saken, også deltok i storkammeret. Dommer Skoghøy – som var førstvoterende i Ospa – sluttet seg til flertallet i storkammeravgjørelsen uten særskilte bemerkninger. Dommer Stabel var den eneste som snudde, hun tilhørte flertallet i Ospa, men sluttet seg til mindretallet i storkammersaken. Dommer Endresen (som talsmann for mindretallet i begge sakene) og dommer Utgård, fastholdt begge sin dissens.

Avhandlingen er disponert slik at jeg i kapittel 2-4 går grundig igjennom tre sentrale rettskildefaktorene – ordlyd, rettspraksis og formålsbetraktninger – og drøfter Høyesteretts anvendelse av disse. I kapittel 5 er problemstillingen om Høyesteretts tolking er i tråd med de uttalte tolkingsprinsipper ved den internrettslige anvendelsen av EMK. Endelig består kapittel 6 av noen ord om dommens rekkevidde og beviskravets innhold.

1.2 Terminologi: Beviskrav og bevisbyrde

Ved analysen av spørsmålet om uskyldspresumsjonen inneholder et beviskrav er det nødvendig å ha en presis begrepsbruk omkring bevisteoretiske begreper. Jeg skal derfor i det følgende si noe om hva som ligger i begrepene *beviskrav* og *bevisbyrde*.

Beviskrav forstås som krav til sannsynlighetsgrad for å legge et rettsfaktum til grunn.⁶ Med rettsfaktum menes faktiske omstendigheter som bringer rettsregelen til anvendelse.⁷ Det er verken i sivil- eller straffeprosessen hos oss gitt en *generell* bestemmelse som regulerer beviskravet.⁸

Krav til bevisenes styrke er nødvendig fordi man behøver regler for de tilfeller hvor den som bedømmer bevisene ikke finner at bevisene gir et helt sikkert resultat. Vår

⁶ Se førstvoterende i avsnitt 37. Se også Strandbakken (2003), side 58.

⁷ Se Løvlie (2009), side 167.

⁸ Se Strandbakken (2003), side 58.

prosessordning bygger på at bevisvurderingen er fri, i motsetning til tidligere tider hvor man bygde på den legale bevisordning og hvor bevisenes vekt fulgte av loven.⁹

Beviskravet praktiseres derfor som et krav til *overbevisning* hos bevisbedømmeren, formulert som sannsynlighetskrav.¹⁰

De sannsynlighetsgrader man ofte opererer med i rettspraksis og teori er oppsummert av førstvoterende i Rt-1999-14, på side 22:¹¹

”Kravene til bevis kan stikkordmessig beskrives som mulig, mest sannsynlig, klar sannsynlighetsovervekt og tilnærmet sikkerhet for å angi grove trekk en skala for sannsynlighet.”

Dette er stikkord. Som fremhevet av Johnsen er det i realiteten snakk om *tvilsgrader*.¹² I strafferetten er for eksempel beviskravet ofte angitt slik at ved *enhver rimelig tvil* om de faktiske betingelser under straffbarhetsvilkårene er tilstede, skal tiltalte frifinnes.¹³

I sivile saker er utgangspunktet at dommeren skal legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig.¹⁴ Som påpekt av førstvoterende storkammerdommens avsnitt 41 er det sivilprosessuelle beviskravet imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. For det første kan det selvsagt følge et strengere beviskrav av loven.¹⁵ Men også uten lovregulering er det i rettspraksis lagt til grunn at det beviskravet kan variere i forhold til rettsfelt og sakens karakter.¹⁶

⁹ Se Johnsen (1987), side 194.

¹⁰ Se Løvlie, op.cit.

¹¹ Se Løvlie, side 167.

¹² Se Johnsen (1987), side 195-196.

¹³ Se Andenæs (2004), side 102.

¹⁴ Se Strandbakken (2003), side 58.

¹⁵ I vår dom kom flertallet til at det også fulgte av ligningsloven, tolket uavhengig av EMK, at det gjaldt et skjerpet beviskrav.

¹⁶ Se Graver (2004), side 479.

Høyesteretts flertall har altså lagt til grunn at uskyldspresumsjonen inneholder et *operasjonelt* (eller *operasjonaliserbart*) beviskrav. Med dette menes at det for den enkelte sanksjon, kan utledes et nærmere angitt beviskrav som kan og skal anvendes av bevisbedømmeren og håndheves av domstolene.

Bevisbyrde er et begrep som er definert litt forskjellig i både teori og praksis. Ofte brukes begrepet synonymt med *beviskrav*, det vil si hvor høy grad av sannsynlighet som må være til stede for å legge et faktum til grunn.¹⁷ I det følgende vil imidlertid begrepet brukes som betegnelse på *tvilsrisikoen* og *bevisføringsplikten*.¹⁸

Med bevisføringsplikt forstås en handlingsplikt hvoretter det er opp til den som har bevisbyrden å legge frem bevis for at faktiske betingelsene for å bringe en regel til anvendelse, er tilstede.¹⁹ Som påpekt av Hov er dette ikke en plikt i egentlig forstand, det er ingen sanksjoner mot den som ikke oppfyller plikten. Det vedkommende risikerer, er å tape saken.²⁰

Tvilsrisikoen er en henvisning til hvem absolutt tvil *om* beviskravet er oppfylt, skal gå ut over. Tvilsrisikoen er en regel om hvem det skal gå ut over at beslutningstakeren – etter at bevisene er fremlagt – finner at det er like sannsynlig at beviskravet - hva enten det er høyt eller lavt - er oppfylt som at det ikke er det.²¹

¹⁷ Slik eksempelvis Hov (2007), side 348.

¹⁸ Slik også Graver (2004) gjør på side 466-467.

¹⁹ Se Strandbakken (2003), side 49.

²⁰ Se Hov (2007), side 348.

²¹ Se Graver (2004), side 467.

2 Konvensjonsteksten

2.1 Ordlyden og de tolkingsspørsmål den reiser

Uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 lyder i engelsk orginaltekst:

”Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

Den norske oversettelsen lyder:

“Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.”

Det sentrale her er passussen ”proved guilty according to law”. Spørsmålet er om det i uttrykket ”bevist etter loven” kan sluttes et krav om at bevisene må være av en viss styrke.

2.2 Kan man slutte av ordlyden at det gjelder et beviskrav?

I plenumskjennelsen i Rt-2005-833 gir førstvoterende i avsnitt 68 helt generelt uttrykk for at man av ordlyden kan slutte at uskyldspresumsjonen er *”en bestemmelse om prosessuelle rettigheter ved bevisbedømmelsen i straffesaker; påtalemyndigheten må føre bevis for skyld og motbevise den uskyldspresumsjon som en siktet i straffesak skal være sikret.”*

I Ospa-saken i Rt-2007-1217 gir førstvoterende uttrykk for at konvensjonsteksten ikke gir noe klart svar på beviskravspørsmålet, men at det er *”mest naturlig å forstå den slik at bestemmelsen oppstiller et beviskrav”* (avsnitt 51).

I storkammerdommen mener flertallet at uttrykket ”proved” (bevist), *”indikerer (...) at det gjelder et beviskrav”* (avsnitt 80). I avsnitt 88 er det uttrykt noe sterkere ved å si at *”ordlyden i (...) artikkel 6 nr. 2 taler for å forstå uskyldspresumsjonen slik at den oppstiller et beviskrav”*.

Flertallet mener altså at ordlyden gir støtte for å forstå uskyldspresumsjonen slik at den oppstiller et beviskrav.

Mindretallet kan på sin side ikke *”se at ordlyden gir noen støtte for at det skulle gjelde et særlig materielt beviskrav.”* Annenvoterende kan ikke lese bestemmelsen som uttrykk for noe mer enn at den krever at *”den som påtaler et forhold har tvilsrisikoen”* (avsnitt 175).

I avsnitt 180 viser annenvoterende til at formuleringen *”according to law”* trekker *”klart i retning av at det ikke gjelder et generelt beviskrav.”* (selv om han er enig i at det må gjøres modifikasjoner på bakgrunn av EMDs praksis, jf. straks nedenfor).

Allerede ved forståelsen av ordlyden er det således en sentral uenighet mellom flertallet og mindretallet. Mens flertallet mener ordlyden taler for at det gjelder et beviskrav, mener altså mindretallet at det *”klart”* ikke gjelder et slikt krav.

Etter min mening gir ordlyden som rettsfaktor ikke noe støtte for at det gjelder et krav om at de bevis som føres av den som anklager må være av en viss styrke. Når bestemmelsen krever at skyld må være *”bevist etter loven”*, er det vanskelig å se dette som noe annet enn at det er opp til nasjonal rett å bestemme når noe skal anses *”bevist”*, altså at det er opp til nasjonal rett å regulere beviskravet.

Uttrykket *”proved guilty”* tilsier helt klart at noe må bevises – det vil si at den som påtaler et straffbart forhold har en bevisføringsplikt,²² jf. også det som er sitert fra Rt-2005-833 ovenfor. Påtalemyndigheten må *føre bevis* for at betingelsene for straff er oppfylt. Dette er jo en naturlig følge av at siktede skal *”antas uskyldig”*. Derimot synes må det etter ordlyden være opp til nasjonal rett å bestemme når hans skyld skal anses bevist (*”according to law”*).

²² Jebens (2004), side 441.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”according to law” er at bestemmelsen henviser til *intern rett*.²³ Ut fra en *ren ordlydsfortolkning* må uskyldspresumsjonen etter mitt syn forstås slik – som fremhevet i Rt-2005-833 – at den krever at påtalemyndigheten må føre bevis for skyld, men at spørsmålet om hvilke materielle krav, herunder beviskrav, som må være oppfylt for å ilegge straff er opp til nasjonal rett å fastsette.

Dette er imidlertid en tolking som ut fra de øvrige rettskildefaktorene *ikke* har fått Høyesteretts sanksjon. Dette bringer meg dermed over til praksis fra EMD.

3 EMDs praksis

3.1 Innledning

Mens flertallet mener ordlyden taler for å forstå uskyldspresumsjonen slik at den oppstiller et beviskrav, mener altså mindretallet at ordlyden overlater til nasjonal rett å regulere beviskravet. Men som påpekt av mindretallet i Ospa-saken²⁴ er ordlyden ”*naturligvis ikke avgjørende*”, og det er ikke ”*noe til hinder for at det gjennom EMDs praksis kan bli etablert at et nærmere bestemt beviskrav(...)skal anses å følge av bestemmelsen.*”

Det sentrale spørsmål er om dette kan utledes av EMDs praksis. Allerede her kan det konstateres at EMD *aldri har prøvd et nasjonalt fastsatt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen*. Når flertallet i vår sak likevel forstår EMD slik at uskyldspresumsjonen oppstiller et beviskrav, bygger det i all hovedsak på mer generelle uttalelser fra EMDs avgjørelser om innholdet av bestemmelsen. Som det vil fremgå, er det mitt syn at mange av disse uttalelsene er for generelle til å kunne tas til inntekt for et slikt syn.

²³ Slik også Hov (2007), side 71.

²⁴ I både storkammerdommen og Ospa-dommen er det dommer Endresen som er talsmann for mindretallet, og mye av argumentasjonen er, naturlig nok, ganske lik i begge avgjørelsene.

Jeg har delt kapittelet inn slik at jeg behandler en dom under hvert punkt. Gjennomgående er det snakk om tre hovedspørsmål:

- *I hvilken utstrekning prøver EMD nasjonale bevisregler?* Dette behandles i punkt 3.2 og 3.3, om Salabiaku-dommen og kommisjonens redegjørelse i saken Østerrike mot Italia.
- *Gir EMDs gjentatte uttalelser om at "any doubt should benefit the accused", uttrykk for et beviskrav?* Dette behandles i punkt 3.4 til 3.6, om hhv. dommene i Barberà m.fl., Telfner og Geerings.
- *Kan det forutsetningsvis legges til grunn at EMD aksepterer at beviskravet hører under nasjonal lovgivning?* Dette behandles i punkt 3.7 og 3.8, om dommene Västberga og Jussila.

Deretter kommer jeg med en del generelle bemerkninger til EMDs praksis under punkt 3.9.

3.2 *I hvilken utstrekning er nasjonale bevisregler gjenstand for en prøving under uskyldspresumsjonen? - Dom 7. oktober 1988, Salabiaku mot Frankrike*

3.2.1 Tema

Jeg skal starte med spørsmålet om hva Høyesterett mener ligger i uttrykket "according to law". Denne uttrykksmåten er som nevnt naturlig å forstå slik at bestemmelsen henviser til nasjonal rett. Etter en slik forståelse vil det da være opp til konvensjonsstatene selv å bestemme hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for å kjenne en person straffskyldig ("proved guilty").

Spørsmålet om "according to law" bare er en henvisning til nasjonal rett, måtte Høyesterett ta stilling til også i plenumskjennelsen i Rt-2005-833, hvor det gjaldt spørsmål om anvendelsen av det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195 tredje ledd var

forenlig med uskyldspresumsjonen. Førstvoterende som talskvinne for flertallet formulerte i avsnitt 49 spørsmålet slik: Er uskyldspresumsjonen bare en prosessuell rettighet ved behandling av saker om straff, eller setter den også krav til innholdet i materielle strafferegler?

3.2.2 Saksforholdet

Salabiaku var dømt etter den franske tolloven for smugling av cannabis. Bestemmelsen han var dømt etter ga adgang til å straffe for smugling personer som var i besittelse av kontrabande ved tollkontrollen, uten at det var nødvendig for påtalemyndigheten å bevise at vedkommende hadde innført varene og uten hensyn til siktedes subjektive skyld.²⁵

I fransk rettspraksis var bestemmelsen imidlertid tolket slik at siktede kunne fri seg dersom forholdet var helt unngåelig ("force majeure"). Bestemmelsen innebar altså en presumsjon om straffskyld, hvor det var siktede som måtte bevise at forholdet var unngåelig.

Salabiaku mente at dette var i strid med uskyldspresumsjonen, men fikk ikke medhold av EMD. Domstolen uttalte i avsnitt 28 at presumsjonsregler ikke i seg selv er i strid med konvensjonen, men at bruken av disse må holdes innenfor visse grenser. Disse grensene var etter EMDs syn ikke overskredet.²⁶

3.2.3 Hvilke slutninger kan man trekke fra dommen?

Flertallet i kommisjonen hadde påpekt at Salabiaku var dømt "according to law".

Til dette bemerket EMD at dersom "according to law" bare var en henvisning til nasjonal rett og dermed kun var en regel som rettet seg mot domstolene ved behandlingen av straffesaker, ("*If (...) paragraph 2 of Article 6 (art. 6-2) merely laid down a guarantee to be respected by the courts in the conduct of legal proceedings..*") – altså bare en prosessuell rettighet for siktede – ville bestemmelsen i praksis overlappe med plikten til

²⁵ Se Rt-2005-833 avsnitt 50, jf. storkammerdommen avsnitt 84.

²⁶ Se Rt-2005-833 avsnitt 53.

upartiskhet og objektivitet som følger av regelen om ”fair trial” i artikkel 6 nr. 1 (*”...its requirments would in practice overlap with the duty of impartiality imposed in paragraph 1 (art. 6-1)”*)²⁷. Sagt på en annen måte ville uskyldspresumsjonen da etter EMDs syn ikke ha noen særlig selvstendig betydning ved siden av prinsippet om ”fair trial” i nr. 1.

Dersom uttrykket ”according to law” bare var en henvisning til nasjonal rett ville det videre medføre at konvensjonsstatene stod fritt til å uthule innholdet i uskyldspresumsjonen (*”deprive the presumption of innocence of its substance”*). Dette vil etter EMDs syn undergrave uskyldspresumsjonens formål.

Førstvoterende i plenumskjennelsen i Rt-2005-833 mener *”[u]ttalelsene i Salabiaku-dommen om at kriteriet « according to law » i artikkel 6 nr. 2 ikke kan begrenses til de kriterier som er oppstilt i den nasjonale lovgivning, men må ses i sammenheng med « the fundamental principle of the rule of law », underbygger etter min mening at også regler om at nærmere beskrevne handlinger er straffbare uten hensyn til skyld, kan bli gjenstand for vurdering etter uskyldspresumsjonen.”* (min understrekning). Hun avviser altså at ”according to law” bare er en henvisning til nasjonal rett.

I Ospa-saken i Rt-2007-1217 legger førstvoterende rettsoppfatningen fra plenumskjennelsen til grunn (avsnitt 52).

I storkammedommen foretar førstvoterende en ny gjennomgang av Salabiaku-dommen. Men også hun legger til grunn samme rettsoppfatning som Rt-2005-833, idet hun uttaler at *Salabiaku* bekrefter at *”artikkel 6 nr. 2 garanterer siktede rettigheter i tillegg til de som følger av artikkel 6 nr 1.”* (avsnitt 85).

Også annenvoterende synes å slutte seg til dette, men fremhever for sin del at *utgangspunktet* fortsatt er at ”according to law” er en henvisning til nasjonal rett

²⁷ Sitert fra avsnitt 28.

(avsnitt 176). EMD uttrykker som nevnt at uskyldspresumsjonens innhold vil kunne uthules dersom ”according to law” *utelukkende* forstås som en henvisning til nasjonal rett (”*exclusively with reference to domestic law*”). Det må da være nærliggende å forstå EMD slik den mener at *utgangspunktet* likevel må tas i nasjonal rett, men at materielle regler i en del tilfeller må underkastes en vurdering under artikkel 6 nr. 2.

Det er neppe grunn til å hevde at det er noen stor uenighet mellom flertallet og mindretallet når det gjelder det grunnleggende spørsmål om hva som ligger i ”according to law”. Førstvoterende siterer det sentrale utdraget fra avsnitt 28 i Salabiaku-dommen som jeg har vist til ovenfor. Det synes klart at også hun mener at utgangspunktet er at bestemmelsen er en henvisning til nasjonal rett, men at nasjonale regler må være ”*utformet slik at siktede har de rettssikkerhetsgarantier som følger av artikkel 6, og EMD prøver om så er tilfellet.*” (avsnitt 87). Det er ingen uenighet om at et nasjonalt fastsatt beviskrav kan bli gjenstand for en prøving opp mot det overordnede prinsippet om ”fair trial” som uskyldspresumsjonen er en sentral del av.

Jeg peker også på at annenvoterende selv ikke mener at han legger til grunn en annen oppfatning av uttrykket ”according to law” enn det som er rettsoppfatningen i plenumskjennelsen i Rt-2005-833 (avsnitt 179). Det Høyesterett er enig om er at ”according to law” ikke kan forstås *utelukkende* som en henvisning til nasjonal rett. På tross av at ordlyden – slik jeg ser det – henviser til nasjonal rett, kan ikke EMD være avskåret fra å prøve nasjonal lovgivning opp mot uskyldspresumsjonen, som grunnleggende rettssikkerhetsgaranti under ”fair trial”-prinsippet. Dersom dette var tilfelle ville statene, slik EMD formulerer det, kunne ”*deprive the presumption of innocence of its substance*”.

Uttrykket ”according to law” må etter Salabiaku-dommen og Høyesteretts forståelse av denne tolkes slik at konvensjonen som et utgangspunkt henviser til intern rett, men at nasjonale regler likevel kan bli gjenstand for en vurdering opp mot uskyldspresumsjonen. Og dette vil kunne medføre at et nasjonalt beviskrav vil kunne bli ansett som stridende mot

uskyldspresumsjonen. Bestemmelsen er som nevnt ett av elementene i det grunnleggende prinsippet om "fair trial" og må ses i sammenheng med dette, jf. Rt-2005-833 avsnitt 68. Som eksempel er det vel neppe dristig å hevde at EMD ville underkjent et fastsatt beviskrav om alminnelig sannsynlighetsovervekt for spørsmålet om en tiltalt objektivt sett har overtrådt et straffebed innenfor den sentrale strafferett som drap, voldtekt og lignende. Jeg synes annenvoterende i Ospa-saken oppsummerer dette på en god måte når han i avsnitt 80 – etter å ha vist til Salabiaku-avgjørelsen og Rt-2005-833 - uttaler at "*[d]et som fastslås er at begrensningen « according to law » ikke kan ekskludere EMD fra å prøve nasjonal lovgivning også i forhold til det grunnleggende prinsipp uskyldspresumsjonen er.*"

Men – og det er det sentrale her – selv om "according to law" ikke utelukkende henviser til intern rett, betyr det selvsagt ikke at bestemmelsen nødvendigvis oppstiller et beviskrav for alle sanksjoner under artikkel 6. Som mindretallet i Ospa-saken i Rt-2007-1217 uttaler, er det et "*langt steg*" fra Salabiaku-dommens uttalelse om at "according to law" ikke utelukkende er en henvisning til nasjonal rett, til "*å konkludere med at bestemmelser om beviskravet i nasjonal rett er uten betydning.*" (avsnitt 82).

Spørsmålet er om EMD har tatt dette steget. Men før jeg går nærmere inn på EMDs praksis her, bør man, som flertallet gjør i avsnitt 83, se noe nærmere på kommisjonens uttalelse om uskyldspresumsjonen i avgjørelsen 11. juli 1960, *Østerrike mot Italia*.

3.3 - Kommisjonens forståelse av uskyldspresumsjonen i avgjørelsen 11. juli 1960, Østerrike mot Italia

Saken gjaldt en statsklage fra østerrikske myndigheter mot den behandlingen seks ungdommer fra Østerrike hadde fått i forbindelse med et drap. Det var blant annet gjort gjeldende at ungdommene var dømt uten tilstrekkelig bevis.

I sin generelle tolking av uskyldspresumsjonen uttalte kommisjonen at bestemmelsen krever at det er påtalemyndigheten som skal bevise skyld og enhver tvil skal komme tiltalte

til gode (*"the onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused"*). At enhver tvil skal komme tiltalte til gode kan umiddelbart tyde på at kommisjonen mener det gjelder et operasjonelt beviskrav. Men like etterpå uttales det at avgjørelsen om straffskyld kan bare bygge på bevis *"sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt."*

Førstvoterende i vår sak mener uttalelsen *"kan forstås slik at kommisjonen mente at krav til bevisets styrke hørte under nasjonal lovgivning"* (avsnitt 84).

Det må etter mitt syn være klart at kommisjonen her mente at kravene til bevisets styrke hører under intern rett. Uttalelsen om at *"any doubt is to the benefit of the accused"* må således forstås som en henvisning til *tvilsrisikoen*. Dette stemmer også best med hvordan uttalelsen er bygd opp: Først sies det at det er påtalemyndigheten som må føre bevis for skyld – altså bevisbyrden i form av en bevisføringsplikt. Deretter sies det at tvilen skal komme tiltalte til gode. Dette må rimeligvis bety at tvil *om* beviskravet er oppfylt skal gå ut over påtalemyndigheten, for til slutt uttrykkes det at bevisene må være av en slik styrke at de tilfredsstill *lovens krav* (*"in the eyes of the law.."*).

Førstvoterende skriver i avsnitt 84, etter å ha erkjent at kommisjonen synes å mene at beviskravet hører under nasjonal lovgivning, at *"[s]pørsmålet kom imidlertid opp på nytt i Salabiaku."* Dette er så vidt jeg kan se ganske upresist. Som redegjort for ovenfor gjaldt Salabiaku-avgjørelsen spørsmålet om det var anledning til å operere med en presumsjon som subjektiv skyld. Ikke noe sted i Salabiaku-dommen er kravene til bevisenes *styrke* problematisert. Det Salabiaku-dommen modifierer, er kommisjonens uttalelse om at *"the onus to prove guilt falls upon the Prosecution"*. I Salabiaku-dommen sier EMD som nevnt at presumsjoner om skyld ikke *"in principle"* er i strid med uskyldspresumsjonen, men at slike bare kan brukes *"within reasonable limits"* ²⁸

Etter sin redegjørelse for Salabiaku-dommen synes jo heller ikke førstvoterende å mene at denne avgjørelsen *i seg selv* gir uttrykk for et operasjonelt beviskrav. Det sentrale med Salabiaku-dommen er tolkingen av at "accordning to law" ikke utelukkende er en henvisning til nasjonal rett, og at avgjørelsen, som førstvoterende formulerer det, "bekrefter... at artikkel 6 nr. 2 garanterer siktede rettigheter i tillegg til de som følge av artikkel 6 nr. 1" (avsnitt 85).

Det synes derfor ikke helt treffende når førstvoterende innleder med å si at spørsmålet om bevisets styrke hører under nasjonal lovgivning, kom opp i på ny i Salabiaku-dommen. Avgjørelsen er nødvendig for å vise at "according to law" ikke fullt ut kan forstås etter sin ordlyd, men gir ingen anvisning på at det for alle sanksjoner gjelder et operasjonaliserbart beviskrav.

3.4 Hva ligger i uttrykket "any doubt should benefit the accused" ? - Plenumsdommen 6. desember 1988, Barberà m.fl. mot Spania

3.4.1 Tema

Avgjørende for at flertallet mener artikkel 6 nr. 2 oppstiller et beviskrav er at EMD etter flertallets syn "i en lang rekke avgjørelser har forstått bestemmelsen på denne måten." (avsnitt 88). Flertallet sikter med dette til EMDs gjentatte uttalelser om at uskyldspresumsjonen krever at "any doubt should benefit the accused". Førstvoterende i Ospa-dommen viser i avsnitt 55 til en lang rekke avgjørelser hvor denne formuleringen er inntatt. Som jeg allerede har pekt på, er det ingen av disse avgjørelsene som gjelder prøvingen av et nasjonalt fastsatt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen. Det er derfor grunn til å se nærmere på hva som ligger i formuleringen, og jeg skal ta for meg de tre sentrale avgjørelsene Høyesterett behandler i storkammerdommen.

3.4.2 Saksforholdet

Klagerene i Barberà-saken var dømt for drap i Spania. De gjorde gjeldende at deres rettigheter under artikkel 6 var krenket både før og under rettssaken. Klagerne gjorde gjeldende at både artikkel 6 nr. 1 og nr. 2 og 3 var krenket på grunn av bevisførselen under hovedforhandlingen. I tillegg kom at de anklagede så sent som natten før hovedforhandlingen var blitt transportert fra fengselet i Barcelona til hovedforhandlingen i Madrid, samt at det hadde skjedd en utskiftning av dommer samme dag som hovedforhandlingen startet.

Flertallet i Domstolen mente at disse forholdene samlet sett gjorde at retten etter artikkel 6 nr. 1 til en rettferdig rettergang var krenket.

3.4.3 Hva kan man rent språklig slutte av uttalelsene i Barberà-dommen?

Det sentrale i denne sammenheng er den generelle uttalelsen om uskyldspresumsjonen i premiss 77, om at *”the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused.”*

Førstvoterende i storkammerdommen bemerker i avsnitt 89 ganske kort og fyndig at denne uttalelsen

”kan vanskelig forstås på annen måte enn at den i tillegg til å angi hvem som har bevisbyrden, også oppstiller et beviskrav – enhver tvil skal komme siktede til gode.”

Dette er en nokså hardkokt ordlydsfortolkning av premissene. Det er ikke galt å oversette ”any doubt” til *enhver tvil*, men ordet ”any” har også langt flere betydninger. I Kunnskapsforlagets ordbok er ”any” gitt en rekke oversettelser, fra blant annet *noe/noen* og *til hvilken som helst*. I tillegg bemerkes det at ordet ”any” vanligvis er uoversatt på norsk.²⁹

²⁹ Se *Engelsk stor ordbok*, Kunnskapsforlaget, 2001, side 33.

At *hvilken som helst* tvil (eller *enhver* tvil for den saks skyld), skal komme siktede til gode, er en streng formulering. Som påpekt av Strandbakken i sin generelle drøftelse av spørsmålet om art. 6 nr. 2 angir et beviskrav, kan det alltid i straffesaker foreligge tvil, etter en streng forståelse av ordet.³⁰ Poenget er at ordet ”any” er så vidt flertydig at det ikke er opplagt at EMD her har ment å gi uttrykk for et beviskrav om at *enhver tvil skal komme siktede til gode*.³¹ Et beviskrav som går ut på at enhver tvil skal komme siktede til gode er så strengt at det uansett ikke kan tas bokstavelig for alle straffesaksjoner under artikkel 6. Det taler da for at uttalelsen ikke kan ses på som uttrykk for et operasjonaliserbart beviskrav.

Mindretallet peker på en annen relevant innvending mot den rent språklige forståelsen av ”any doubt” som flertallet legger til grunn: Barberà-dommen er også avsagt på fransk, som likeverdig versjon som den engelske. I den franske versjonen henvises det til ”tvilen” og ikke ”enhver tvil”, (”*le doute*”).³² Det er altså en bestemt form som brukes i den franske teksten. Uttrykket ”tvilen”, i bestemt form, gir etter en naturlig forståelse ingen anvisning på *hvor mye* tvil som må være tilstede, dette må man i så fall finne frem til andre steder.

Hvilken betydning skal så denne tilsynelatende ulikheten i de to språklige likeverdige versjonene av dommen tillegges?

³⁰ Se Strandbakken (2003), side 341.

³¹ Det er slik jeg også leser Strandbakken (2003), side 340 flg., selv om det kan virke noe uklart når han i sin drøftelse skriver at formuleringen ”any” ikke gir noen ”*særlig retningslinjer for innholdet av beviskravet utover at det i straffesaker må opereres med et strengt krav.*” (min understrekning). Det kan synes som om han her legger til grunn at uskyldspresumsjonen oppstiller et beviskrav og at han bare drøfter hvor *strengt* dette er. Men på side 342 gir han uttrykk for at beviskravet er overlatt til den enkelte nasjonalstat å fastsette. Dette stemmer også med det han skriver på side 343, hvor han etter å ha gått igjennom relevant rettspraksis uttaler, ganske ukontroversielt, at det på bakgrunn av formålet med uskyldspresumsjonen uansett må innfortolkes et minstekrav til bevisenes styrke- nemlig alminnelig sannsynlighetsovervekt.

³² Se avsnitt 185.

I Rt-2002-557 uttalte mindretallet på side 579 at en eventuell språklig ulikhet mellom den franske og engelske versjon av konvensjonsteksten må løses ved en *"harmoniserende fortolkning, dvs. en tolking som lar seg forene med begge tekstene."* Dette bør også være løsningen dersom det er språklig forskjell mellom to likeverdige versjoner av EMDs avgjørelser.

Det er vanskelig å se at det er forenlig med den franske versjonen å lese den engelske teksten slik at EMD gir anvisning på et operasjonelt beviskrav om at enhver tvil skal komme siktede til gode. Ordet "tvilen", slik det oversettes fra fransk, er en bestemt form som ikke kan bety det samme som "enhver tvil".

Den tolking som best harmonerer med begge versjoner er etter min mening den at uttalelsen henviser til den absolutte tvil knyttet til *om* beviskravet er oppfylt (tvilsrisikoen): Er domstolen i tvil om det *nasjonalt fastsatte beviskravet* er oppfylt, skal tiltalte frifinnes. Dette er også mindretallets forståelse av uttalelsen (avsnitt 187).

Innholdet av EMDs uttalelse om at *"any doubt should benefit the accused"* må sies å være uklar. Det er derfor grunn til å se på andre momenter knyttet til Barberà-dommen, som kan bidra til å belyse spørsmålet om det i denne avgjørelsen gis uttrykk for et operasjonelt beviskrav.

3.4.4 Nærmere om fortolkningen

I Rt-2000-996 uttaler Høyesterett på side 1007-08 at dersom det er tvil om rekkevidden av den enkelte avgjørelse av EMD, *"vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol."* Høyesterett uttaler her, i tråd med alminnelig prejudikatlære, at

parallelliteten i saksforholdene vil være av betydning ved fortolkningen av EMDs avgjørelser.³³

Det kan kort slås fast at saksforholdet i Barberà verken faktisk eller rettslig er jevnførbart med Høyesteretts storkammedom. Dette kan imidlertid ikke bety at man er avskåret fra å trekke bindende slutninger fra dommen. Spørsmålet om hva man kan trekke ut av den generelle uttalelsen om at *”any doubt should benefit the accused”* må derfor - også dette i tråd med alminnelig prejudikatlære - vurderes på bakgrunn av hvilken kontekst den fremkommer.

Uttalelsen er en generell bemerkning om innholdet av uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2. Slike generelle uttalelser er typiske trekk i EMDs premisser og skjer ofte uavhengig av om det er nødvendig for å ta stilling til det spørsmål som foreligger for Domstolen.³⁴

I Harris/O’Boyle/Warbrick uttales det at

*” [a]ny statement by way of interpretation by...the Court is significant, although inevitably the level of generality at which it is expressed or its centrality to the decision on the material facts will affect the weight and influence of any pronouncement.”*³⁵

Spørsmålet under art. 6 nr. 2 i Barberà-dommen var ikke et spørsmål om bevisenes styrke. Klagernes anførsler knyttet seg til bevisføringen og bevisanvendelsen ved gjennomføringen av rettergangen. I dommen er dette drøftet i premiss 73-89. Klagernes anførsler drøftes i

³³ Se Skoghøy (2002), side 348. Skoghøy fremhever også dette som talsmann for mindretallet i Rt-2002-557 på side 579-580. Som påpekt av Frøberg (2007), side 186, er parallelliteten også av betydning for avgjørelsens *vekt* i møte med andre rettsfaktorer, men i denne sammenheng er det altså tolkingen av avgjørelsen jeg sikter til (*slutningen*).

³⁴ Se Frøberg (2007), side 184.

³⁵ Se Harris/O’Boyle/Warbrick (1995), side 18.

utgangspunktet under artikkel 6 nr. 1. Men EMD slår i avsnitt 76 fast at hele vurderingen under art. 6 nr. 1 om presentasjonen og anvendelsen av bevis i straffesaker må ses i lys av bestemmelsens nr. 2 og 3 ("*the whole matter of the taking and presentation of evidence must be looked at in the light of paragraphs 2 and 3 of Article 6*"). Deretter kommer den generelle uttalelsen om art. 6 nr. 2 i første del av premiss 77. Etter dette sier imidlertid ikke EMD mer om uskyldspresumsjonen i sine drøftelser av de enkelte anførsler knyttet gjennomføringen av hovedforhandlingen.

Først i premiss 90 drøftes art. 6 nr. 2, denne gangen som en selvstendig klagegrunn. Klagernes anførsel blir i premiss 91 forkastet med en kort begrunnelse, uten at det der fremkommer noe om et eventuelt beviskrav.

Dette viser, som påpekt av mindretallet i avsnitt 187 i vår sak, at spørsmålene knyttet til art. 6 nr. 2 ikke var særlig sentrale. Uttalelsen om at "*any doubt should benefit the accused*" er en generell bemerkning fra EMD om innholdet i uskyldspresumsjonen og var ikke nødvendig for å begrunne resultatet. Det kan spørres om man her står overfor et *obiter dictum* slik vi kjenner det fra norsk rettskildelære. Dette er imidlertid et skille som EMD selv ikke anerkjenner, jf. Rt-2002-557 på side 566. Nå er det slik at spørsmålet om en uttalelse er nødvendig eller ikke for å begrunne et standpunkt ofte er formulert som et spørsmål om uttalelsens *vekt*. At uttalelsen ikke var nødvendig for å begrunne resultatet må imidlertid også være et moment når man skal ta stilling til hva uttalelsen gir uttrykk for – *slutningen*. I Barberà-dommen er det da etter min mening vesentlig å peke på, som jeg har nevnt, at spørsmålet om beviskrav ikke var en problemstilling, og at dette kan tale for at uttalelsen om "*any doubt*" ikke kan leses så bokstavelig som flertallet i Høyesterett leser den.

Når Høyesteretts flertall likevel finner å forstå EMDs uttalelse i Barberà-dommen som uttrykk for et operasjonelt beviskrav, har dette også sammenheng med at EMD har fulgt opp denne uttalelsen i en rekke senere avgjørelser. Av disse er det to avgjørelser som flertallet i denne sammenheng "*finner særlig grunn til å se nærmere på*" (avsnitt 90).

3.5 - Dom 20. mars 2001, Telfner mot Østerrike

3.5.1 Saksforholdet

Klageren var i østerrikske domstoler dømt for uaktsom bilkjøring som hadde hatt personskade til følge. De bevis som utgjorde grunnlaget for domfellelsen var et vitne som hadde identifisert bilen, men ikke bilføreren. I tillegg var det lagt vekt på at tiltalte var hovedbrukeren av bilen og at han ikke hadde vært hjemme den aktuelle natten. Tiltalte hadde nektet å avgi forklaring og det samme hadde hans mor og søster, som tilhørte samme husstand.

EMD kom til at domfellelsen var i strid med uskyldspresumsjonen. Ved at de nasjonale domstolene hadde lagt vekt på at tiltalte hadde nektet å forklare seg og at domfellelsen ellers ikke grunnet seg på bevis som knyttet tiltalte direkte til handlingen, hadde man etter EMDs syn snudd bevisbyrden fra påtalemyndigheten til den tiltalte, og det var i denne saken en krenkelse av art. 6 nr. 2.

3.5.2 En språklig analyse av uttalelsene

I premiss 15 gjengir EMD den sentrale uttalelsen fra Barberà-dommen om at *"any doubt should benefit the accused"*.

Høyesteretts flertall viser i avsnitt 93 til det førstvoterende i Ospa-dommen (Rt-2007-1217) bemerker til Telfner-dommen. I Ospa-saken uttaler flertallet i avsnitt 57 at det som er av interesse for beviskravspørsmålet er EMDs bemerkninger om *"forholdet mellom de nasjonale domstolenes bevisbedømmelse og de beviskrav om følger av EMK artikkel 6 nr. 2"*. Førstvoterende i Ospa-dommen forstår EMD slik at innefor rammen av de krav som art. 6 nr. 1 setter til en rettferdig rettergang, er det som alminnelig regel opp til de nasjonale domstolene å bedømme bevisene, men

”domstolene kan ikke starte med en forhåndsopfatning om at tiltalte er skyldig. Bevisbyrden påhviler påtalemyndigheten og enhver tvil skal komme tiltalte til gode.”

Dette fremstår ved første øyekast som en ren oversettelse av det EMD uttaler i premiss 15 og gir etter mitt syn ikke noe ytterligere bidrag til en nærmere avklaring av hva EMD legger i uttalelsen om at *”any doubt should benefit the accused”*. Det er utvilsomt slik at det EMD uttaler er at bevisbedømmelsen hører under nasjonale domstoler (*”it is for the national court to assess the evidence”*). Deretter følger den generelle uttalelsen fra Barberà-dommen om hva som ligger i uskyldspresumsjonen; *”the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused”*. Det som etter mitt syn er interessant er hvordan denne uttalelsen følges opp neste setning: EMD uttaler da at uskyldspresumsjonen *således* (*”[t]hus”*) vil være krenket dersom bevisbyrden overføres fra påtalemyndigheten til tiltalte (*”where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defence”*). Poenget her er at EMD bare uttaler seg om *bevisbyrden*, og bemerker at uskyldspresumsjonen vil være krenket dersom bevisbyrden snus. Det gis ingen nærmere forklaring på passussen *”any doubt should benefit the accused”* som uttrykk for et operasjonelt beviskrav, og hva som eventuelt ville ha vært en krenkelse i forhold til beviskravet.

3.5.3 Nærmere om fortolkningen

Problemstillingen i Telfner-dommen var om det var adgang til å legge avgjørende vekt på at tiltalte ikke hadde forklart seg når det ellers ikke var beviser som knyttet ham direkte til handlingen. I likhet med Barberà-saken var det heller ikke i denne saken spørsmål om hvilket beviskrav domstolene hadde anvendt.

Jeg nevner at Jebens synes å mene, etter først å ha gitt uttrykk for at art. 6 nr. 2 inneholder et operasjonelt beviskrav, at Telfner-dommen illustrerer at artikkel 6 nr. 2 til og med

inneholder det han kaller en *presisering* av beviskravet.³⁶ Domfellelsen må bygge på selvstendige bevis og ikke utelukkende på siktedes manglende alibi eller lignende.³⁷

Men som Jebens også påpeker er det ingen grunn til å tvile på at de østerrikske domstoler var overbevist om at tiltalte hadde begått handlingen.³⁸ Poenget var at domstolene i sin konstatering av straffskyld ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til kravet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden.³⁹ Uskyldspresumsjonen krever at påtalemyndigheten må føre bevis for skyld og de bevis som forelå var ikke tilstrekkelig til å etablere en sak mot tiltalte (premiss 18: *”the Court cannot find that these elements of evidence (...) constituted a case against the applicant which would have called for an explanation from his part”*).

Når den nasjonale domstol til tross for dette hadde lagt vekt på tiltaltes taushet og manglende alibi, og funnet ham skyldig, hadde den i realiteten pålagt ham bevisbyrden, noe det i en slik situasjon ikke var adgang til.

Problemstillingen var således ikke om domstolene hadde lagt til grunn et for svakt beviskrav, det må antas at beviskravet i østerriksk strafferett er det samme som hos oss - at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Krenkelsen besto i at uskyldspresumsjonens krav til at påtalemyndigheten har bevisbyrden ikke var tatt hensyn til. Det er derfor vanskelig å se at Telfner-dommen skulle gi noe støtte for at uttalelsen om at *”any doubt should benefit the accused”* er uttrykk for et operasjonelt beviskrav.

³⁶ Se Jebens (2004), side 445.

³⁷ I.c.

³⁸ I.c.

³⁹ I.c. Jeg nevner for ordens skyld at Jebens legger til grunn at art. 6 nr. 2 inneholder et operasjonelt beviskrav (se side 442), men som det fremgår var det ikke problemstillingen i Telfner-dommen.

3.6 - Dom 1. mars 2007, Geerings mot Nederland

3.6.1 Saksforholdet

Klageren i saken var tiltalt for en rekke straffbare forhold, men var av en nederlandsk ankeinstans frikjent for alle tiltalepunktene bortsett fra heleri og tyveri. To år senere ble han likevel dømt til å tåle inndragning av cirka €67 000 som også dekket de forholdene han var frikjent for, da domstolen mente det var sterke indikasjoner på at vedkommende hadde begått de straffbare handlingene. Klageren mente dette var i strid med artikkel 6 nr. 2, noe EMD ga ham medhold i.

3.6.2 Hva kan man slutte av dommen?

Høyesteretts flertall siterer i avsnitt 94 det EMD uttaler i premiss 47. Her bemerker Domstolen først at inndragning etter en domfellelse ikke kan skje dersom verdiene ikke er påvist å ha vært i domfeltes besittelse (*"The Court considers that "confiscation" following on from a conviction...is a measure (...) inappropriate to assets which are not known to have been in the possession of the person affected"*), og enn mer må dette gjelde dersom inndragningen knytter seg til en straffbar handling som vedkommende ikke er kjent skyldig i (*"if the measure concerned relates to a criminal act of which the person affected has not actually been found guilty"*).

EMD sier deretter at dersom det ikke kan bevises utover rimelig tvil (*"if it is not found beyond a reasonable doubt"*) at vedkommende faktisk begikk den straffbare handlingen, og det heller ikke kan fastslås at han tilegnet seg noen vinning, vil en inndragning bare kunne baseres på en presumsjon om skyld (*"such a measure can only be based on a presumption of guilt"*). Og dette vil neppe være forenlig med art. 6 nr. 2 (*"...can hardly be considered compatible with Article 6 § 2"*).

Høyesteretts fraksjoner har en svært ulik forståelse av EMDs uttalelser.

Førstvoterende bemerker at kort at hun ikke kan

”se det annerledes enn at dette viser at uskyldspresumsjonen stiller krav til styrken av bevis, og at skyldpresumsjoner for enkelte sanksjoners vedkommende vil være i strid med artikkel 6 nr. 2” (avsnitt 95).

Annenvoterende mener Geerings-dommen ikke bygger på *”noe kvalifisert beviskrav, men på at det må føres bevis.”* (avsnitt 205).

EMDs resonnement er bygd opp slik at Domstolen først viser til sine tidligere avgjørelser, hvor det slås fast at inndragning etter en *domfellelse* må anses som en del av reaksjonsfastsettelsen og utenfor uskyldspresumsjonens anvendelsesområde (premiss 44).

I denne saken gjaldt det imidlertid en inndragning etter en frifinnelse. Etter ordlyden kommer jo uskyldspresumsjonen heller ikke til anvendelse etter at det er avsagt *frifinnende dom*, da det – lest isolert – ikke lenger foreligger noen *”criminal charge”*. Bestemmelsen tolkes imidlertid utvidende og EMD har flere ganger fremholdt at etter en frifinnelse vil uskyldspresumsjonen praktiseres strengt for krav som henger nært sammen med straffekravet.⁴⁰

Når EMD deretter viser til forhold som skiller Geerings’ sak fra de sakene som det er vist til tidligere (som gjaldt inndragning etter domfellelse), viser Domstolen i premiss 46, for det første til at anke-domstolen hadde ment at Geerings hadde tilegnet seg et ulovlig utbytte fra de straffbare handlingene, til tross for at han for alle verdiene hadde vært i stand til å gi en forklaring for deres opprinnelse (*”the applicant (...) was never shown to hold any assets for whose provenance he could not give an adequate explanation”*). Dette hadde anke-domstolen kommet til på bakgrunn av en usikker slutning fra en politirapport (*”a conjectural extrapolation based on a mixture of fact and estimate contained in a police report”*). Her synes det som om EMD langt på vei tar avstand fra den nasjonale domstols

⁴⁰ Se Johnsen (2006), side 10-12.

bevisbedømmelse, ved at den ikke vil akseptere et resultat som bygger på en usikker politirapport.

Etter min mening handler Geerings-dommen om uskyldspresumsjonens vern av frifunne personer, som er en sentral del av uskyldspresumsjonens formål.⁴¹ Dette drøftes i premiss 48, hvor EMD peker på at dette for det annet – ”*secondly*” – skiller Geerings-saken fra de øvrige sakene om inndragning.

Jeg er derfor ikke enig med førstvoterende når hun mener spørsmålet i Geerings-dommen var ”*om det forelå tilstrekkelig bevis for de handlinger som dannet grunnlag for inndragningen.*”⁴² Det var jo på det rene at Geerings var endelig frifunnet for de handlinger som dannet grunnlag for inndragningen og hvorvidt det foreligger ”*tilstrekkelig bevis*” for en handling, ligger jo i utgangspunktet utenfor det EMD har kompetanse til å prøve.⁴³ Slik jeg leser Geerings-dommen gjaldt den således spørsmålet om selve *adgangen* til å inndra gjenstander som knyttet seg til straffbare handlinger vedkommende var endelig frifunnet for.

Den grunnleggende avgjørelsen er her *Rushiti mot Østerrike*, som EMD viser til i premiss 49. I Rushiti-dommen uttales det at etter en frifinnende dom er ethvert utsagn fra domstol eller annen offentlig myndighet som gir grunnlag for å mistenke at vedkommende likevel har begått handlingen – mistankeytring – forbudt (”*following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused’s innocence is no longer admissible*”).⁴⁴

Johansen kaller dette et ytringsforbud; hele temaet om straffskyld skal ikke tas opp igjen,

⁴¹ Se avsnitt 78 i flertallets votum, hvor det bemerkes at dette hører under uskyldspresumsjonens formål. Se Strandbakken (2003), side 67 flg.

⁴² Avsnitt 94.

⁴³ Jf. den selvutviklede ”fjerdeinstansdoktrinen”, selv om det som jeg har nevnt, kan synes som om EMD her bryter med denne kompetansebegrensningen når den ikke var villig til å akseptere at ankedomstolen bygde sitt resultat på en politirapport som bestod av en blanding av faktum og beregninger. Jeg kommer tilbake til fjerdeinstansdoktrinen under pkt. 3.9.4.

⁴⁴ Premiss 31 i Rushiti-dommen.

heller ikke den bevistvil som måtte foreligge i den frifinnende dommen.⁴⁵ Dette benevner han *Rushitiformelen*.⁴⁶

EMD viser i premiss 49-50 til Rushiti-dommen og bemerker at den nederlandske ankeinstans overfor Geerings *går lenger enn en ren mistanke* ("goes further than the voicing of mere suspicion"), idet den faktisk konstaterer straffskyld – "amounts to a determination of the applicants guilt" - uten at Geerings var funnet skyldig "according to law". At han ikke var funnet skyldig "according to law", henviser naturlig nok til at han var frifunnet for straffekravene som inndragningen knyttet seg til, og denne saken skiller seg således, som jeg har nevnt, til den praksis EMD viser til i premiss 44 hvor klagerne var *domfelt* – altså kjent skyldig "according to law" – og hvor et inndragningskrav måtte regnes som en del av straffereaksjonen og således utenfor uskyldspresumsjonens anvendelsesområde.

Det som sies av EMD i premiss 47 – og som førstvoterende mener gir uttrykk for et beviskrav - leser jeg slik at Domstolen ikke var villig til å akseptere at Geerings måtte tåle inndragning av verdier som han faktisk hadde vært i stand til å forklare opphavet til og/eller som knyttet seg til straffbare handlinger han var frifunnet for. Når det vises til "*not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime*", kan det naturlig leses som en henvisning til nettopp den omstendighet at Geerings var frifunnet for de handlinger som inndragningen knyttet seg til. Det er vel neppe tvilsomt at det gjelder et beviskrav om rimelig tvil også i nederlandsk strafferett og at EMD her helt ukontroversielt henviser til dette. Når Geerings likevel måtte tåle inndragning hadde ankeinstansen ved avgjørelsen av inndragningskravet i realiteten bygget på en *presumsjon*

⁴⁵ Se Johnsen (2006), side 10.

⁴⁶ Rushitiformelen gjelder, som påpekt av Johnsen (2006) side 12, krav som oppstår som *en følge av* straffesaken, som for eksempel krav på omkostninger eller, som i Geerings, et krav om inndragning. For krav som ikke oppstår som en følge av straffesaken, men likevel er knyttet til den (for eksempel erstatning fra en privat part for samme handling), er ikke uskyldspresumsjonen like streng.

om at han var skyldig. Dette anså EMD - uten videre drøftelse - for å være i strid med uskyldspresumsjonen.

Resonnementet i premiss 46-47 er imidlertid ikke helt enkelt å få tak i. EMD bemerker i premiss 46 at Geerings hadde vært i stand til å forklare opphavet til verdiene, men på tross av dette hadde ankedomstolen funnet – på bakgrunn av en politirapport - at disse stammet fra straffbare handlinger. Deretter sier Domstolen i sin vurdering i premiss 47 at inndragning ikke kan skje ("*a measure(...)*inappropriate") for verdier som ikke kan fastslås å ha vært i vedkommendes besittelse.

Som jeg har pekt på kan det synes som om EMD her går ganske langt i å prøve ankedomstolens bevisbedømmelse under spørsmålet om Geerings hadde ervervet et ulovlig utbytte som kunne danne grunnlag for eventuell inndragning. Begrunnelsen bærer preg av at man fant ankedomstolens bevisvurdering både vilkårlig og urimelig.

Jeg leser likevel EMDs begrunnelse slik at det sentrale og avgjørende for at Geerings var utsatt for en krenkelse, var at ankedomstolen gjennom sin inndragningsavgjørelse *hadde konstatert straffskyld til tross for at han var endelig frifunnet* for de straffbare handlingene som dannet grunnlag for inndragningen, jf. premiss 48-51. At EMD i første del av sin begrunnelse, også synes å innlate seg på den nasjonale domstols bevisvurdering av hvor verdiene stammet fra, endrer ikke dette og kan ikke leses som uttrykk for et operasjonelt beviskrav.

3.7 Har EMD forutsetningsvis akseptert at beviskravet hører under nasjonal lovgivning? - Dom 23. juli 2002, Västberga taxi AB m.fl. mot Sverige

3.7.1 Tema

To avgjørelser som tilleggsskatt hvor beviskravet ikke er problematisert av EMD, brukes av annenvoterende som argument for at Domstolen forutsetningsvis har ansett det som

forenlig med konvensjonen at sanksjonen er ilagt med alminnelig sannsynlighetsovervekt, og at dette viser at beviskravet hører under nasjonal lovgivning.

3.7.2 Saksforholdet

Klagerne i Västberga-dommen var ilagt tilleggsskatt etter å ha gitt uriktige opplysninger til ligningsmyndighetene. Sanksjonen var ilagt etter regler som ikke krevde subjektiv skyld hos skatteyteren. Klagerne hevdet at dette var i strid i artikkel 6 nr. 2, men fikk ikke medhold av EMD.

3.7.3 Hvilke slutninger kan man trekke i forhold til beviskravspørsmålet?

Beviskravet etter den svenske taxeringslagens 5. kapittel 1 § annet ledd, er at det må "klart framgå" at en opplysning *objektivt sett* er uriktig for at den skal danne grunnlag for tilleggsskatt. Av lovens forarbeider fremgår det at dette er ment å gi uttrykk for et skjerpet beviskrav, se flertallets redegjørelse i avsnitt 98.

Skatteyterens *subjektive forhold* er i utgangspunktet uten betydning. Imidlertid finnes visse regler som gjør at tilleggsskatten kan falle bort, for eksempel hvor forholdet er unnskyldelig på grunn av alder, sykdom m.v.⁴⁷ Som påpekt av EMD er dette unntak som ligningsmyndigheten plikter vurdere selv om de ikke uttrykkelig er gjort gjeldende av skatteyteren. Men EMD mener videre at siden denne plikten til å vurdere unnskyldelige omstendigheter bare oppstår når forholdene gir grunn til det, vil bevisbyrden for om det foreligger unnskyldelige grunner til å frafalle tilleggsskatten i *realiteten* påhvile skatteyteren (premiss 112; "*the burden of proving that there is reason to remit a surcharge is, in effect, on the taxpayer*"). Det er på denne bakgrunn at EMD konkluderer med at de svenske reglene i realiteten opererer med en presumsjon for subjektiv skyld, og problemstillingen ble da om presumsjonen stod seg i møte med Salabiaku-kriteriene. .

⁴⁷ Se premiss 112 i EMDs avgjørelse.

Førstvoterende viser i avsnitt 98 til at klagernes anførsel i Västberga ikke gjaldt beviskravet ved ileggelsen av tilleggsskatten og viser til at det allerede i svensk rett gjelder et strengere krav en alminnelig sannsynlighetsovervekt. Flertallet mener således at Västberga-dommen ikke kan tas til inntekt for at EMD har akseptert at tilleggsskatt ilegges med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Annenvoterende erkjenner at spørsmålet ikke gjaldt hvilke krav som stilles til bevisenes styrke ved ileggelse av den svenske tilleggsskatten, men mener at fordi det ikke fremkommer noe i EMDs dom om hvilket beviskrav som gjelder i svensk rett ved ileggelse av tilleggsskatt må det antas at EMD har lagt til grunn som uproblematisk at tilleggsskatten ilegges som en ”refleksjon av den parallelle avgjørelse i forhold til fastsettelsen av skattekravet”. Ved endring av ligningen gjaldt det utvilsomt bare et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt (avsnitt 201).

Verken anførselene eller problemstillingen i Västberga-dommen knytter seg til beviskravet for de objektive vilkårene i taxeringslagens 5. kapittel 1 §, som jo uansett oppstiller et skjerpet beviskrav. Det som drøftes er om *presumsjonen* knyttet til skatteyterens subjektiv skyld, som EMD mener svensk rett opererer med, er akseptabel. Det blir da nokså usikkert å slutte at EMD forutsetningsvis har akseptert at en tilleggsskatt kan ilegges med et beviskrav som er alminnelig sannsynlighetsovervekt, fordi dette er ilagt parallelt med en avgjørelse om endring av ligningen som bygger det beviskravet. Det kan vel neppe utelukkes at EMD har vært oppmerksom på at det etter svensk rett kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt og at beviskravet av den grunn ikke er problematisert.

3.8 - Storkammerdom 23. november 2006, *Jussila mot Finland*

3.8.1 Saksforholdet

Saken gjaldt en skatteyter som var ilagt tilleggsskatt. Klageren hevdet at rettergangskravene i artikkel 6 nr. 1 var krenket da det ikke var holdt muntlig forhandling. EMD ga ikke klageren medhold.

3.8.2 Hvilke slutninger kan trekkes i forhold til beviskravspørsmålet?

Annenvoterende mener avgjørelsen har ”*særlig interesse*” fordi beviskravet i finsk lovgivning for ileggelse av tilleggsskatt bare er alminnelig sannsynlighetsovervekt (avsnitt 204). Selv om spørsmålet for EMD heller ikke i denne saken angikk beviskravet, mener annenvoterende at det må ha ”*formodningen mot seg at saken skulle kunne bli ført for EMD i storkammer, uten at det i prosessen skulle ha blitt avdekket at den finske tilleggsskatteordningen forutsetningsvis systematisk ville føre til ileggelse av tilleggsskatt i strid med konvensjonen.*”

Argumentasjonen er ganske lik det som mindretallet anfører ved behandlingen av Västberga-dommen og bygger på synet om at når det i EMDs avgjørelse ikke problematiseres at beviskravet bare er alminnelig sannsynlighetsovervekt må man forutsetningsvis kunne slutte at det ikke gjelder et alminnelig krav til bevisenes styrke.

Men til forskjell fra Västberga og svensk rett, kreves det som nevnt i finsk rett ikke mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at vilkårene for tilleggsskatt er oppfylt. Jeg er enig med annenvoterende i at det har formodningen mot seg at spørsmålet har vært oversett under hele prosessen. Dette ville i så fall vært oppsiktsvekkende, og det er vel heller ikke grunn til å tro at man i finsk rett har ansett spørsmålet som opplagt- også internasjonal juridisk teori spriker når det gjelder spørsmålet.⁴⁸

3.9 Generelle bemerkninger

3.9.1 Innledning

Som gjennomgangen ovenfor har vist har EMD ikke i noen avgjørelse som flertallet bygger sitt resultat på, prøvet et nasjonalt fastsatt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen.

⁴⁸ Se bemerkningene i avsnitt 106 (flertallet) og avsnitt 182 (mindretallet) om juridisk teori. Graver (2004) viser på side 486-86 til en rekke internasjonale arbeider.

Flertallet bygger sitt syn på at EMD en rekke ganger har prøvd presumsjonsregler samt den generelle uttalelsen om at uskyldspresumsjonen krever at ”any doubt should benefit the accused”.

Jeg skal i det følgende knytte noen mer generelle bemerkninger til EMDs praksis, og starter med flertallets syn på EMDs prøving av presumsjoner.

3.9.2 Er EMDs prøving av presumsjonsregler et argument for at det gjelder et krav om bevisstyrke?

Som gjennomgangen ovenfor viser, har EMD i en rekke tilfeller foretatt en prøving av presumsjonsregler opp mot uskyldspresumsjonen. Den grunnleggende dom er som vi har sett *Salabiaku*, som oppstiller kriteriene for den proporsjonalitetsvurdering som presumsjonsreglene må underkastes. Høyesteretts flertall oppsummerer i avsnitt 100 at den lange rekken av avgjørelser hvor EMD har prøvd om presumsjonsregler oppfyller kravene i art. 6 nr. 2, viser etter flertallets syn at ”konvensjonen stiller krav til bevisets styrke.”

Det at EMD i en viss utstrekning aksepterer presumsjonsregler og regler som snur bevisbyrden, bruker flertallet som et argument for at det *ellers* må stilles et krav om at bevisene må være av en viss styrke, jf. også førstvoterende i Ospa-dommen avsnitt 62.

Denne argumentasjonen gir grunn til å kikke litt nærmere på forholdet mellom presumsjonsregler og beviskravet.

Det karakteristiske ved en presumsjon er at det ut fra en alminnelig erfaringssetning og/eller av et rettsgrunnlag følger at eksistensen av et *presumerende* faktum gir en viss sannsynlighet for det *presumerte* faktum (hvis x er tilstede, så antas y å være tilstede)⁴⁹, som for eksempel at dersom en stein kastes i luften er det en presumsjon for at den faller

⁴⁹ Se Strandberg (2005), side 121 og Strandbakken (2003), side 63.

ned igjen.⁵⁰ At det presumerende faktum x foreligger, er ikke i seg selv noe bevis for at det presumerte faktum y *rent faktisk foreligger*, men angir bare en sannsynlighet for begivenhet y.⁵¹ Den som ønsker å bevise at y ikke foreligger, til tross for x, må altså føre bevis for at presumsjonen ikke stemmer. I så måte kan man si at han får en *bevisbyrde*, slik jeg definerer begrepet.⁵² Salabiaku-dommen viser at i EMDs prøving av presumsjonsregler er muligheten for siktede til å motbevise presumsjonen et sentralt moment.

Legalpresumsjoner er presumsjoner som har rettsgrunnlag, som oftest i lov slik tilfelle var i Salabiaku⁵³, og hvor det presumerende faktum *gis større betydning enn dets bevisverdi i seg selv tilsier*.⁵⁴ Det siste kriteriet er vesentlig og skiller tradisjonelt legalpresumsjoner fra de *faktiske* presumsjoner, som bygger på alminnelig erfaringssetninger og hvor det presumerende faktum ikke gis noen større bevisverdi enn det ville hatt ved en fri bevisvurdering.⁵⁵ At en stein antas å falle ned når den kastes opp, er således en faktisk presumsjon. Bevisverdien av det faktum x (at en stein kastes i luften) blir ikke større i relasjon til bevistema y (om steinen vil falle ned igjen), selv om det hadde stått i loven. At steinen faller ned er helt sikkert uansett.

I Salabiaku-dommen uttrykkes det at begge typer presumsjoner er gjenstand for prøving under uskyldspresumsjonen ("*presumptions of fact or of law*").

Spørsmålet er i hvilken grad en presumsjon i siktedes disfavør har implikasjoner på beviskravet.

⁵⁰ Se Strandbakken (2003), side 63.

⁵¹ Lic.

⁵² Slik også Strandbakken (2003), side 65. se punkt 1.2.

⁵³ I Västberga-dommen stod ikke presumsjonen uttrykkelig i loven, men fordi ligningsmyndighetene ikke vurderte de subjektive unnskyldningsgrunnene uten at det var konkrete holdepunkter for det, kom EMD til at det *i praksis* hadde utviklet seg en presumsjon om at skatteyteren hadde utvist subjektiv skyld. Det må derfor sies at svensk rett bygde på en legalpresumsjon.

⁵⁴ Strandberg (2005), side 123.

⁵⁵ Strandberg (2005), side 121.

Faktiske presumsjoner vil ikke kunne sies å påvirke beviskravet. Når bevisverdien til det presumerende faktum x er lik både med og uten presumsjonen, kan ikke presumsjonen i seg selv påvirke beviskravet for det presumerte faktum y. En faktisk presumsjon er egentlig unødvendig i tillegg til den frie bevisvurdering, fordi presumsjonen ikke har noen selvstendig betydning for hvilken bevisverdi x tillegges.⁵⁶ At EMD prøver faktiske presumsjoner, kan ikke tas til inntekt for at det skulle gjelde et beviskrav. Det kan kanskje spørres hvorfor EMD i det hele tatt prøver faktiske presumsjoner, når det egentlig vil bli en prøving av den frie bevisvurdering.⁵⁷ Svaret på det er nok at spørsmålet om hvilken bevisverdi et bevis skal tillegges, vil variere fra rettsanvender til rettsanvender: For noen kan en presumsjon medføre at man, *nettopp på grunn av presumsjonen*, tillegger det presumerende faktum x større verdi i retning av å legge til grunn det presumerte faktum y, enn det man ellers ville gjort, mens for andre fremstår presumsjonen bare som en *alminnelig erfaringssetning* som ikke medfører at x får større betydning enn det ville hatt uten presumsjonen.

De *legale presumsjoner* kjennetegnes som nevnt ved at de gir anvisning på at et faktum x skal tillegges større bevisverdi under spørsmålet om rettsfaktum y er til stede, enn det som hadde vært tilfelle uten presumsjonen.

Strandberg mener en legalpresumsjon har den konsekvens at når det presumerende faktum x er tilstede, *skjerpes* beviskravet for at det presumerte faktum y *ikke* er til stede⁵⁸ (og altså en tilsvarende senking av beviskravet for at y *er* tilstede).

⁵⁶ Strandberg (2005), side 122.

⁵⁷ Som i utgangspunktet er utenfor EMDs kompetanse, jf. fjerdeinstansdoktrinen som jeg behandler under pkt. 3.9.4

⁵⁸ Strandberg (2005), side 123.

Det er tydelig at Strandberg mener at fordi siktede nå har fått en bevisbyrde i betydningen at han må legge for dagen opplysninger og fakta som motbeviser presumsjonen, betyr det at beviskravet er senket i hans disfavør. Også Hov har dette syn.⁵⁹

Sagt på en annen måte: Når loven gjennom en presumsjon foreskriver at faktum x skal tillegges mer betydning (bevisverdi) enn vanlig i retning av at rettsfaktum y er oppfylt, betyr det at styrken av de bevis som *taler mot* at y foreligger må være større dersom y ikke skal bli lagt til grunn.⁶⁰ Vi kan tenke oss strafferettens beviskrav: *Uten* presumsjonen ville for eksempel bevis z gjort at det forelå rimelig tvil om rettsfaktum y var tilstede, og y blir således ikke lagt til grunn. *Med* legalpresumsjonen, kan man tenke seg at z ikke skapte nok tvil - det må mer tvil til for at rettsfaktum y ikke skal legges til grunn, fordi faktum x er gitt større betydning. Slikt sett er beviskravet senket.

Etter min mening er det imidlertid like naturlig å se legalpresumsjoner som en *retningslinje* for dommerens *bevisbedømmelse*, som ikke har noen påvirkning på det *beviskravet* som bevisresultatet skal holdes opp mot.

En legalpresumsjon innebærer at loven (eller andre rettsgrunnlag) foreskriver at det presumerende faktum x skal ha større bevisverdi enn normalt i bedømmelsen av om det presumerte rettsfaktum y foreligger. Presumsjonen virker i så måte bare styrende på bevisbedømmelsen og får betydning for bevisresultatet: Bevisbedømmeren tar i betraktning presumsjonen som er utløst av at faktum x foreligger, samt vurderer andre bevis, og legger etter det til grunn at rettsfaktum y fremstår med en bestemt grad sannsynlighet (for eksempel klar sannsynlighet). Uten presumsjonen hadde bevisresultatet (kanskje) vært annerledes, fordi bevisbedømmeren ikke hadde tillagt faktum x like stor betydning.

Hvorvidt *beviskravet* er oppfylt, vil besvares først når bevisbedømmelsen er ferdig og bevisresultatet holdes opp mot beviskravet.⁶¹ Sett på denne måten er siktetes ”problem”

⁵⁹ Se Hov (2007), side 337.

⁶⁰ Se Strandbakken (2003), side 65, note 102 som viser til Eckhoffs syn.

⁶¹ Såkalt ”bevisprøving”, se Strandbakken (2003), side 59.

ikke at bevisbedømmeren senker beviskravet, men at han står overfor en presumsjon, som medfører at faktum x tillegges mer betydning (i hans disfavør) enn det som ville vært tilfelle uten presumsjonen.

Poenget er at beviskravet slikt sett *ikke påvirkes av presumsjonen*, men at presumsjonen gjør at bevisbedømmeren lettere vil komme til at det konkrete beviskravet er oppfylt fordi presumsjonen gjør at han tillegger et faktum (x) større bevisverdi enn det han ellers ville gjort.

Det kan kanskje hevdes at hvorvidt man betrakter legalpresumsjoner som styrende på bevisbedømmelsen eller styrende på beviskravet går ut på ett, da det i begge tilfeller i realiteten er snakk om å gjøre det lettere å oppnå domfellelse.

Slik jeg ser det viser imidlertid EMDs praksis at Domstolen betrakter presumsjoner som en retningslinje for bevisbedømmelsen, som ikke har noen betydning for hvilket beviskrav som måtte gjelde. EMDs fokus ligger på hvordan presumsjonen anvendes i bevisbedømmelsen, ikke på den *mulige konsekvens* at presumsjonen kan føre til et lavere beviskrav enn det som ellers måtte gjelde. Det EMD krever er at de nasjonale domstoler i sin bevisbedømmelse ikke automatisk bygger på presumsjonen, men gir siktede en *rimelig mulighet til å føre bevis mot det presumerte faktum*. Dette er kommet klart til uttrykk i Salabiaku-dommen premiss 30 hvor EMD i forhold til de franske presumsjonsreglene la vekt på at domstolene hadde vært forsiktig med ikke å bygge automatisk på presumsjonen (*"the courts in question were careful to avoid resorting automatically to the presumption"*).

EMD aksepterer at det i bevisbedømmelsen opereres med presumsjoner som tillegger et presumerende faktum x større betydning i bedømmelsen av om rettsfaktum y foreligger, enn det i seg selv tilsier (legalpresumsjon). Men den nasjonale domstolen kan ikke utelukkende bygge på presumsjonen - det må tas hensyn til øvrige bevis og siktede må få anledning til å føre bevis for at presumsjonen ikke er riktig. Dette er, slik jeg ser det, noe

annet enn å kreve at at bevisresultatet etter bevisbedømmelsen må fremstå med en nærmere angitt grad av sikkerhet – altså et beviskrav.

Mindretallets syn på betydningen av EMDs prøving av presumsjonsregler, er i avsnitt 209 utlagt slik:

” Innenfor slike rammer [Salabiaku-kriteriene, min anm.] er det altså adgang til å oppstille presumpsjoner om faktum, som for eksempel at det som utgangspunkt skal legges til grunn at eier av et ansvarlig selskap vil arbeide aktivt for selskapet. Det er da vanskelig å forstå at det uten videre skulle kunne konstateres en krenkelse av konvensjonen om lovgiver i stedet nøyer seg med å fastslå at det er tilstrekkelig at ligningsmyndighetene godtgjør dette med alminnelig sannsynlighetsovervekt, og bevis utover dette ikke fremskaffes.”

Jeg tiltrer dette. Det er ingen opplagt sammenheng ved at det på den ene siden er anledning til, på visse vilkår, å operere med en presumsjon om at faktum y er tilstede når det presumerende faktum x foreligger, mens det på den andre siden automatisk skulle krenke uskyldspresumsjonen om lovgiver valgte den løsning at staten hadde bevisbyrden, men at det er tilstrekkelig at faktum y er godtgjort med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

3.9.3 Beviskravets upresise karakter

Det står ikke til å nekte for at dersom det antas å følge et operasjonelt beviskrav av art. 6 nr. 2, er det tilsynelatende noe merkelig at EMD aldri har prøvd et nasjonalt fastsatt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen.

Etter hvert som det har blitt klart at en rekke typer forvaltningssanksjoner, som for eksempel tillegsskatt, er å anse som straff etter artikkel 6 må spørsmålet om bevisenes styrke ha oppstått også i andre land.

Det kan spørres om grunnen til at man ennå ikke har sett en prøving av beviskrav har å gjøre med beviskravets karakter.

I teoretiske fremstillinger av beviskravsbegrepet bygger man på – for enkelthets skyld, naturlig nok – at beviskrav er fastsatte terskler. Man uttrykker seg gjerne slik som om beviskrav er angitte punkter på en skala, og hvor det uten problemer lar seg prøve om bevisresultatet tilfredsstillende den terskelen som beviskravet representerer.

Men et beviskrav er ikke en matematisk størrelse. Det uttrykkes riktig nok oftest som sannsynlighetsgrad, men må nødvendigvis praktiseres som et krav til overbevisning til den som skal bedømme bevisene.⁶² De sannsynlighetsbenevnelsene det er vanlig å operere med og som er gjengitt av Høyesterett i Rt-1999-14, jf. ovenfor pkt. 1.2, er bare stikkord. Mer presise angivelser er det da også vanskelig å formulere fordi språket vårt ikke strekker til.⁶³ Bevisbedømmelsen er heller ingen mekanisk prosess. Selv om man finner en nokså dekkende beskrivelse av beviskravet er det langt fra sikkert at det blir oppfattet likt av alle bevisbedømmere.⁶⁴ I praksis vil ofte bevisbedømmelsen og anvendelsen av beviskravet flyte sammen til et helhetsskjønn.⁶⁵ Dette gjør det vanskelig for den som skal prøve om bevisbedømmeren har anvendt riktig beviskrav.

Det strafferettslige beviskravet om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, er et rettslig prinsipp som kan prøves av Høyesterett ved en anke over lovanvendelsen under skyldspørsmålet.⁶⁶ Men selve bedømmelsen av bevisene som har gitt det bevisresultatet som skal holdes opp mot beviskravet, er Høyesterett ved en skyldanke som kjent avskåret fra å prøve.⁶⁷ Poenget er at når den som skal prøve om det er lagt til grunn et korrekt

⁶² Løvlie (2009), side 167.

⁶³ Strandbakken (2003), side 345.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Johnsen (1987), side 201.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Straffeprosessloven §306 annet ledd.

beviskrav, ikke kan prøve bevisbedømmelsen bak bevisresultatet, vil den *reelle* prøvingen av beviskravet ofte begrenses. Høyesterett kan for eksempel oppheve underinstansens dom dersom formuleringer i domspremissene *gir uttrykk for* at det er anvendt et uriktig beviskrav.⁶⁸ Hvorvidt det faktisk *er* lagt til grunn et uriktig beviskrav, vet man jo egentlig ikke. Motsatt: Det kan være gitt uttrykk for et korrekt beviskrav, men hvorvidt det er anvendt riktig er det selvsagt umulig for Høyesterett å etterprøve.

Det jeg vil fremholde er at beviskravets upresise karakter gjør at det er vanskelig å utlede et *operasjonelt* krav til bevisenes styrke. At noe er 'operasjonelt' (eller 'operasjonaliserbart'), betyr at det er funksjonsdyktig og egnet til å omsette i praksis.⁶⁹ Et beviskrav utledet av uskyldspresumsjonen må nødvendigvis bli angitt nokså upresist, som for eksempel i de sannsynlighetstermer formulert i Rt-1999-14. I tillegg er det svært vanskelig å prøve om det beviskravet man har utledet er forstått og anvendt riktig av dem det retter seg mot (for eksempel ligningsmyndighetene). Hvor operasjonaliserbart beviskravet man har "utledet" er, kan jo da diskuteres. Dette er ikke en formell kritikk av at man bruker benevnelsen 'operasjonelt', men et reelt argument mot at det i det hele tatt skulle gjelde et beviskrav under uskyldspresumsjonen.

Det kan på denne bakgrunn reises spørsmål om svaret på hvorfor man aldri har sett en prøving av et nasjonalt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen finnes i EMDs selvpålagte kompetansebegrensning - den såkalte fjerdeinstansdoktrinen.

3.9.4 Fjerdeinstansdoktrinen

Fjerdeinstansdoktrinen er en selvpålagt begrensning i EMDs kompetanse til prøve nasjonale domstolars tolking og anvendelse av intern rett.⁷⁰

⁶⁸ Strandbakken (2003), side 352.

⁶⁹ Se Kunnskapsforlagets fremmedordbok (2000), side 322.

⁷⁰ Se Bårdsen (1999), side 276.

EMD har selv gjort det klart at den ikke skal være en fjerde instans i tillegg til de nasjonale domstoler. Dette er begrunnet med at de nasjonale domstoler som regel er mer egnet til å foreta konkrete vurderinger i saken som følge av at disse har bedre kunnskap om både nasjonal lovgivning og faktiske forhold.⁷¹ Når det gjelder bevisbedømmelsen har EMD blant annet i Telfner-dommen uttalt at denne ”*as a general rule*”, hører under nasjonale domstoler (premiss 15). I Telfner-dommen kan man likevel reise spørsmål om dette blir respektert, jf. like nedenfor.

Spørsmålet er om den selvpålagte kompetansebegrensningen også gjør at man heller aldri vil se en overprøving av et nasjonalt beviskrav.

Kommisjonsavgjørelsen 11. juli 1960, *Østerrike mot Italia*, gir som nevnt uttrykk for at de nasjonale domstoler bare kan kjenne tiltalte skyldig på grunnlag av bevis som er ”*sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.*”

Men Kommisjonen uttrykte klart at det lå utenfor deres kompetanse å vurdere det eksakte hendelsesforløpet, da dette vil bety at de hadde fått karakter av å være en fjerdeinstans.⁷²

Strandbakken mener at siden de nasjonale domstolers bevisbedømmelse ikke prøves av EMD, vil man heller ikke få avgjørelser som angir presise krav til bevisets styrke.⁷³ Etter hans syn vil prøvingen begrense seg til om påtalemyndighetens *bevisføringsplikt* er oppfylt.

Men regelen om at EMD ikke prøver nasjonale domstolers bevisbedømmelse synes i lys av Telfner-avgjørelsen ikke å være uten unntak.

Som nevnt ovenfor mente EMD i Telfner-avgjørelsen at uskyldspresumsjonen var krenket fordi man hadde lagt vekt på tiltaltes taushet og manglende alibi i en situasjon hvor det ikke var andre momenter som direkte knyttet ham til handlingen. Domstolen uttrykte det slik at

⁷¹ Se Jebens (2004), side 62.

⁷² Se Strandbakken (2003), side 342.

⁷³ *op.cit.*, side 343.

dette medførte at tiltalte ble pålagt bevisbyrden, noe det i denne saken ikke var adgang til. Slik jeg ser det gir Telfner-dommen i *realiteten* uttrykk for at EMD stiller krav om *bevisenes robusthet*, det vil si et kvalitativt krav til de bevis som danner grunnlag for en skyldkonstatering.⁷⁴

I en forholdsvis fersk avvisningsavgjørelse, *Cesky og Kotik mot Tsjekkia*, 7. april 2009, gjentar EMD utgangspunktet om at bevisbedømmelsen "*as a general rule*" hører eksklusivt under de nasjonale domstoler, men sier så rett ut at den vil gjøre unntak for tilfeller hvor det er *indikasjoner* på at den nasjonale domstol har utledet grovt urimelige eller vilkårlige konklusjoner fra bevismaterialet ("*unless there is an indication that the judges have drawn grossly unfair or arbitrary conclusions from the facts before them*").

Dette stemmer også med det som uttales i Geerings-dommen. Som jeg har nevnt i redegjørelsen for dommen ovenfor, synes det som om EMD langt på vei tar avstand fra ankesdomstolens bevisbedømmelse når det gjaldt spørsmålet om de inndratte verdiers opprinnelse. Men i Geerings-dommen var dette slik jeg ser det, ikke nødvendig for å begrunne krenkelsen. EMD kunne nøyde seg med å slå fast at ankesdomstolen hadde konstatert straffskyld etter en frifinnende dom, og at dette – i lys av tidligere praksis – var en krenkelse av uskyldspresumsjonen.

Når EMD i Telfner-dommen går så langt som til å prøve bevisenes *robusthet* opp mot uskyldspresumsjonen bør det vel heller ikke være noe i veien for at man stiller krav til bevisenes *styrke*. Det kan kanskje spørres om EMD i Telfner-dommen *forutsetningsvis* legger til grunn at art. 6 nr. 2 inneholder et beviskrav, all den stund det ikke kan være tvilsomt at østerriksk straffeprosess krever at skyld er bevist ut over enhver rimelig tvil og det heller ikke var tvilsomt at de nasjonale domstoler var overbevist om at tiltalte var

⁷⁴ Begrepet "robusthet" er hentet fra Løvlie (2009), side 167-168. Jeg forstår også Jebens (2004), side 445, slik at også han mener at Telfner-dommen stiller krav til bevisenes robusthet (selv om han ikke bruker dette begrepet).

skyldig. Det var altså ikke – kan det hevdes – grunn for EMD til å gå nærmere inn på beviskravet.

Telfner-dommen går langt i retning av å prøve den nasjonale domstolens bevisbedømmelse og synes også å gå ut over den kompetansebegrensningen som ligger i fjerdeinstansdoktrinen.⁷⁵ Også avvisningsavgjørelsen i Cesky ovenfor, synes å styrke Strandbakkens antakelse om at fjerdeinstansdoktrinen ikke lenger er absolutt.⁷⁶

Poenget i denne sammenheng er at den selvpålagte kompetansebegrensningen – uviljen mot å prøve det faktiske grunnlaget for den nasjonale domstolens avgjørelse - *kan* forklare hvorfor spørsmålet om uskyldspresumsjonen inneholder et operasjonelt beviskrav ikke synes å ha fått en mer definitiv avklaring i EMDs praksis. Som jeg har redegjort for ovenfor, gjør beviskravets karakter det vanskelig å prøve om den nasjonale domstol har lagt til grunn et korrekt beviskrav når EMD ikke kan prøve bevisbedømmelsen. Men kanskje er dette i lys av Telfner-dommen og uttalelsene i Cesky, i ferd med å endre seg, og således at vi snart vil få se avgjørelser som setter generelle krav til bevisenes styrke under uskyldspresumsjonen.

Det er imidlertid vanskelig å trekke noen klare konklusjoner. Dersom det *er* slik at uskyldspresumsjonen inneholder et operasjonelt beviskrav er synes det fortsatt underlig at problemstillingen ikke har kommet på spissen ved en straffesaksjon hvor det klart er gitt uttrykk for et beviskrav som hevdes å være i strid med uskyldspresumsjonen.

⁷⁵ Se Strandbakken (2003), side 344, som forsvarer Telfner-dommens konklusjon, men treffende gir uttrykk for at dersom EMD har tenkt å følge opp denne linjen med å foreta en kvalitativ prøving av de bevis den nasjonale domstol har anvendt, "*blir den neppe arbeidsledig*".

⁷⁶ *l.c.*

4 Formålsbetraktninger

4.1 Hva er formålet med artikkel 6 nr. 2?

Førstvoterende bemerker i avsnitt 78 at formålet med uskyldspresumsjonen er *”å forhindre at uskyldige personer blir straffet, og å ivareta omdømmet til den som er eller har vært under etterforskning for straffbare forhold, jf. Strandbakken: Uskyldspresumsjonen, 2003, side 67 flg.”*

Ved å operere med en presumsjon om uskyld for personer som siktes for en straffbar handling, blir uskyldspresumsjonen et middel i rettsstatens mål om at ingen uskyldige skal domfelles.⁷⁷ Straff er et vår tradisjonelle oppfatning et onde som ilegges en lovovertreder i den hensikt at han skal føle det som et onde.⁷⁸ Straffens formål vil imidlertid ikke fremmes dersom uriktig person straffes, og uriktige domfellelser vil naturlig nok svekke allmennhetens tillit til strafferettsapparatet.⁷⁹

I avsnitt 88 sier førstvoterende at både ordlyden i *”og formålet med artikkel 6 nr. 2 taler for å forstå uskyldspresumsjonen slik at den oppstiller et beviskrav.”* Førstvoterende forklarer ikke nærmere hva hun bygger dette på, men det er naturlig å forstå det slik at hun er enig i det som sies av førstvoterende i Ospadommen, hvor flertallet i avsnitt 51 trekker følgende slutning fra formålet: *”At påtalemyndigheten har bevisbyrden og at det opereres med et strengt beviskrav, er viktige elementer for å forhindre at uskyldige blir straffet.”*

Annenvoterende viser ikke til uskyldspresumsjonens formål, men det er ingen holdepunkter for å anta at han er uenig med flertallet på dette punkt.

⁷⁷ Se om dette hensynet i Strandbakken (2003), side 68 flg.

⁷⁸ Se Andenæs (2004), side 10. Dette er definisjonen på straff etter tradisjonell norsk rett. Straffebegrepet i EMK er som kjent langt videre, og avgjøres ut fra de i utgangspunktet alternative vilkårene *nasjonal klassifikasjon, reaksjonens karakter og handlingens karakter* (Engel-kriteriene), se Strandbakken (2003), side 252 flg.

⁷⁹ Se Strandbakken (2003), side 68.

I motsetning til rettsfaktorene ordlyd og rettspraksis, hvor det er slutningene som er diskuterte, er det *vekten* av formålsbetraktningene som er det interessante for beviskravspørsmålet.

4.2 Hvilken vekt har formålsbetraktninger for spørsmålet om det gjelder et operasjonelt beviskrav?

Ingen kan være uenig i at et strengt beviskrav er et fruktbart middel for å hindre at uskyldige personer straffes. Innenfor den tradisjonelle strafferett er det ofte vanlig å si at det er bedre at ti skyldige går fri enn at én uskyldig straffes. At skyldige personer går fri er således en pris rettsstaten må tåle å bære.

Annenvoterende fremhever at det selvsagt er slik at innenfor den tradisjonelle strafferett må det opereres med et krav om at enhver rimelig tvil skal komme den anklagede til gode, men knytter dette opp mot kravet til "rettferdig rettergang" i artikkel 6 nr. 1 (avsnitt 217). Det er heller ingen tvil om at et nasjonalt beviskrav kan bli prøvet av EMD opp mot prinsippet om rettferdig rettergang som følger av artikkel 6, som uskyldspresumsjonen er en sentral del av. Men dette er selvsagt noe helt annet enn å konkludere med at uskyldspresumsjonen i seg selv inneholder et operasjonelt beviskrav.

Det er her snakk om avveininger. Hvilken vekt skal hensynet til å unngå at personer blir ilagt sanksjoner på uriktig grunnlag, ha i møte med de hensyn som taler for at det ikke bør gjelde et operasjonelt beviskrav?

Selv om førstvoterende mener det gjelder et operasjonelt beviskrav, erkjenner hun at straffebegrepet i artikkel 6 omfatter sanksjoner *"helt klart ligger i det nedre sjiktet med hensyn til behovet for beskyttelse."*⁸⁰

⁸⁰ Avsnitt 80.

Som hun påpeker i de innledende bemerkninger, er partenes interesser ved ileggelse av forvaltningssanksjoner av ”vidt forskjellig karakter” (avsnitt 41). Borgernes behov for beskyttelse mot at sanksjoner ilegges på uriktig grunnlag står mot ”det offentliges interesse i en effektiv håndhevelse av forvaltningslovgivningen.” En straffesanksjon skal ha en allmennpreventiv virkning. Et strengt beviskrav kan gjøre det vanskelig å oppnå en effektiv håndhevelse av reglene, noe som igjen kan svekke allmenprevensjonen.⁸¹ Graver peker på at bevissikringshensyn og spekulasjonshensyn kan tale mot et skjerpet beviskrav ved ileggelse av forvaltningssanksjoner.⁸² Med dette menes at et kvalifisert beviskrav kan medføre at borgerne spekulerer i at det generelt er vanskelig å bevise bestemte forhold.⁸³

Som flere ganger nevnt er det selvsagt slik at uskyldspresumsjonen er et sentralt element i prinsippet om ”fair trial” i art.6 nr. 1, som er et utslag av ”the fundamental principle of the rule of law”, jf. Salabiaku-dommen premiss 28. I den forbindelse uttales det i plenumskjennelsen Rt-2005-833 avsnitt 68 at ”[b]estemmelsene bygger på grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper til vern om siktede i straffesaker. Dette viser etter mitt syn at formålsbetraktninger står sentralt ved tolkningen.” Men selv om formålet om å unngå at sanksjoner ilegges på uriktig grunnlag taler for å operere med et strengt beviskrav, kan ikke det slå igjennom for enhver pris og overfor enhver sanksjon. Hensyn til effektivitet i forvaltningsretten og hensynet til å unngå bevisspekulasjon, som jeg har nevnt ovenfor, bør etter min mening ha en slik betydning at det ikke automatisk kan medføre en krenkelse av uskyldspresumsjonen at en sanksjon er ilagt uten et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Bekjemping av kriminalitet⁸⁴ forutsetter at sanksjonstrusselen er reell, og også dette hensyn må ivaretas i en rettsstat.⁸⁵ Hensett til at artikkel 6 omfatter en

⁸¹ Se Strandbakken (2003), side 72.

⁸² Se Graver (2004), side 484.

⁸³ Graver (2004) drøfter riktignok disse hensyn uten å trekke inn EMK art. 6 nr. 2. Spørsmålet om art. 6 nr. 2 oppstiller et skjerpet beviskrav kommer han på side 487 til at det er et ”temmelig åpent spørsmål”.

⁸⁴ Kriminalitet må her gis et vidt innhold, idet man her selvsagt diskuterer sanksjonstyper som ikke regnes som straff etter intern rett.

⁸⁵ Se Strandbakken (2003), side 71.

lang rekke sanksjoner, hvor behovet for beskyttelse utvilsomt varierer, er det således vanskelig å se at formålsbetraktninger med noen særlig styrke skulle tale for et operasjonelt beviskrav.

Jeg nevner at Strandbakken legger til grunn at formålet *bare* taler for å innfortolke et *minstekrav* til bevisets styrke, nemlig alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁸⁶ At man må operere et minstekrav på alminnelig sannsynlighetsovervekt er selvsagt, da et lavere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt over tid vil føre til flest uriktige avgjørelser til skade for borgerne.

I drøftelsen av formålsbetraktningenes vekt, kan det være grunn til å peke på det EMD sier i storkammerdom 29. juni 2007, *O'Halloran og Francis mot Storbritannia*, som er fremhevet av annenvoterende (avsnitt 220). EMD avviste i den saken klagernes anførsel om at retten til å forholde seg taus og retten til ikke å bli utsatt for tvungen selvinkriminering, var *absolutte* rettigheter under artikkel 6. Domstolen uttalte her at hva som utgjør en "rettferdig rettergang" under artikkel 6 må vurderes ut fra omstendighetene i den enkelte sak; "*what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case.*"

Det synes ikke godt forenlig med dette at uskyldspresumsjonen, som utslag av prinsippet om rettferdig rettergang, skulle operere med et krav om at det automatisk, for *alle* sanksjoner under bestemmelsen, må opereres med et krav om at bevisene må være av en viss styrke.

Min konklusjon er således at formålsbetraktninger ikke med noen særlig styrke taler for å innfortolke et operasjonelt beviskrav under uskyldspresumsjonen.

⁸⁶ Se Strandbakken (2003), side 343.

5 Følger Høyesterett sine egne anvisninger om tolkingen av EMK?⁸⁷

5.1 Den uttalte tolkingsmetode

Det følger av Bøhlerdommen i Rt-2000-996, og senere flere ganger gjentatt, at norske domstoler ved tolkingen av EMK skal foreta en *selvstendig tolking* av konvensjonen ved å benytte samme metode som EMD. Forrangsbestemmelsen i mskrl. §3 gir domstolene adgang til å sette til side ”*innarbeidet norsk lovgivning eller praksis*” under henvisning til EMK, jf. Rt-2000-996 på side 1007.

Høyesteretts flertall i storkammerdommen bygger sitt resultat på ordlyden, formålsbetraktninger og EMDs praksis. I avsnitt 88 sier førstvoterende rett ut at av disse faktorene er det EMDs praksis som er avgjørende. Det er så langt ingen grunn til å reise innvendinger mot flertallets metode, kildebruken må sies å samsvare med retningslinjene utviklet fra Bøhlerdommen.

Men som gjennomgangen ovenfor har vist går flertallet svært langt i å bygge på usikre slutninger fra EMDs praksis og legger til grunn en forståelse av uskyldspresumsjonen som etter mitt syn er på tvers av ordlyden og som heller ikke er *uttrykkelig* fastslått av EMD.

Dette reiser spørsmål i flere retninger.

5.2 Reelle hensyn i form av ”norske verdiprioriteringer”

5.2.1 Adgangen til å legge vekt på nasjonale reelle hensyn

Førstvoterende viser i avsnitt 74 til plenumskjennelsen i Rt-2005-833 hvor det i avsnitt 45, på bakgrunn av Bøhlerdommen, gis uttrykk for at dersom det er tvil om forståelsen av

⁸⁷ Formuleringen av problemstillingen er inspirert av Backer (2005) side 428, hvor han har en tilsvarende spørsmålsstilling.

konvensjonen ”*må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.*”

Begrunnelsen for å legge vekt på norske verdiprioriteringer er i følge Bøhlerdommen at norske domstoler på den måten vil kunne ”*inngå i et samspill med EMD og bidra til å påvirke EMDs praksis.*” En slik påvirkning vil selvfølgelig ikke kunne skje dersom individet gis medhold allerede på det nasjonale plan. Det er først ved en individklage at norske myndigheter får mulighet til å gå i dialog med Strasbourg gjennom å argumentere for sitt syn på konvensjonen og de verdiprioriteringer som vi mener bør vektlegges.⁸⁸

Skoghøy mener Bøhlerdommens uttalelser om samspillet med EMD betyr at norske domstolers oppgave ved tvil om forståelsen, ”*er å søke å komme frem til hvordan vi – med våre rettstradisjoner – mener konvensjonen bør forstås.*”⁸⁹

At det er adgang til å legge vekt på nasjonale verdiprioriteringer må sies å henge nært sammen med EMDs utviklingspregede tolkingsstil. Domstolen uttaler jevnlig at EMK er et ”levende instrument” som skal tolkes i lys av ”the present day conditions”, se eksempelvis dom av 25. april 1978, *Tyrer mot Storbritannia*. Konvensjonen tolkes dynamisk i lys av samfunnsutviklingen. Når det er spørsmål om å innfortolke en sterkere grad av beskyttelse i rettighetene ser man ofte spor av at EMD søker å bringe på det rene om det eksisterer en *konsensus* om spørsmålet blant Europarådets stater.⁹⁰

Ved at norske domstoler har mulighet til å legge vekt på norske verdiprioriteringer ved konvensjonstolkningen får vi – dersom saken ender i Strasbourg – mulighet til å gjøre disse synspunktene på rettighetene gjeldende for EMD. Men for at denne dialogen skal bli effektiv, må norske domstoler nettopp tørre å fremheve nasjonale synspunktet der hvor

⁸⁸ Se Frøberg (2007), side 181.

⁸⁹ Se Skoghøy (2002), side 348.

⁹⁰ Se Elgesem (2003), side 216, som viser til en rekke eksempler på dette fra EMDs praksis.

tolkingen gir rom for det. Og som påpekt av Smith må vi forlengelsen av dette også lære å akseptere et tap i Strasbourg uten å se det som en ydmykelse, men snarere som *”ledd i innenfor en rettsutvikling, en felles nasjonal og internasjonal utvikling.”*⁹¹

I tillegg vil forrangsbestemmelsens ”semikonstitusjonelle” karakter⁹² i praksis gjøre det vanskelig for lovgiver å utfordre Høyesteretts konvensjonsforståelse.⁹³ Det er også en annen god grunn for at domstolene bør ta nasjonale verdiprioriteringer i betraktning.

5.2.2 Legges det vekt på ”norske verdiprioriteringer” i vår sak?

I flertallets begrunnelse er det lite spor av reelle hensyn i form av norske verdiprioriteringer. I likhet med førstvoterendes votum i Ospa-saken i Rt-2007-1217 må flertallets begrunnelse sies å være ganske ”formaljuridisk” med bruk av autoritative rettskilder som ordlyd, formål og rettspraksis. Det er ingen drøftelse av de reelle hensyn som måtte gjøre seg gjeldende. Det er vel grunn til å tro at dette skyldtes at man fant at disse rettskildene ga et klart nok svar, og at det av den grunn ikke var nødvendig med noen drøftelse av de reelle hensyn som måtte gjøre seg gjeldende.

Man skulle tro at mindretallet ville brukt adgangen til å trekke inn norske verdiprioriteringer på en mer aktiv måte. Men mindretallet har etter min mening ikke noen god tilnærming til spørsmålet om hvilke reelle hensyn i form av nasjonale verdihensyn som gjør seg gjeldende. Etter den relativt utførlige drøftelsen viser annenvoterende i avsnitt 221 til det som er uttalt i Rt-2005-833 om vektleggingen av norske verdiprioriteringer. Deretter uttaler han i neste avsnitt at den foreliggende sak illustrerer at denne *”tilbakeholdenhet er velbegrunnet.”* Det vises videre til at det er vanskelig å skaffe seg oversikt over de relevante rettskilder og han kan *”vanskelig se at det kan være grunnlag for en rimelig sikker slutning om at det strider mot uskyldspresumsjonen i EMK at det ilegges*

⁹¹ Se Smith (2005), side 437.

⁹² Begrepet er hentet fra Uggerud (2006), side 582.

⁹³ Backer (2005), side 428.

tilleggesskatt basert på at det faktiske grunnlaget er godtgjort av ligningsmyndighetene med alminnelig sannsynlighetsovervekt.” (avsnitt 222).

Uttalelsene om *tilbakeholdenhet* og *rimelig sikker slutning*, kan ved første øyekast bringe tanken hen til det klarhetskravet som ble oppstilt i Bølgepappkjennelsen i Rt-1994-610, hvor det ble lagt til grunn at den inkorporerte konvensjonsforpliktelsen måtte fremstå som *”tilstrekkelig klar og entydig”* for å kunne gå foran norsk lovgivning. Men dette er jo etter menneskerettslovens vedtakelse, et synspunkt som for lengst er forlatt.

Selv om det klart nok ikke er noen grunn til å tro at mindretallet ønsker å gjeninnføre klarhetskravet, er det pussig at mindretallet fokuserer såpass på at rettskilebildet er uklart uten å bruke dette som et argument for å trekke inn reelle hensyn. Det er nettopp i en slik situasjon norske domstoler har mulighet til å argumentere for sitt syn ved å vise til nasjonale verdiprioriteringer. I stedet synes det som om mindretallets tilnærming til EMK bygger på at når rettskildene er uklare og ikke gir noen *”rimelig sikker slutning”* om hvilket innhold konvensjonen skal gis, må domstolene resignere. Dette er i så fall ikke godt forenlig med prinsippet om selvstendig tolking som Høyesterett selv har utviklet gjennom med utgangspunkt i Bøhlerdommen.

Det er etter mitt syn en svakhet ved både fler- og mindretallets begrunnelse at man ikke benytter den adgangen Høyesterett selv har gitt domstolene til å vektlegge nasjonale hensyn i en situasjon hvor konvensjonstolkningen - som her - fremstår som tvilsom.

5.2.3 Men hvilke verdiprioriteringer gjør seg egentlig gjeldende i spørsmålet om uskyldspresumsjonen inneholder et operasjonelt beviskrav?

Problemstillingen blir så hvilke norske verdier og interesser som det kan være grunn til å fremheve i spørsmålet om uskyldspresumsjonen inneholder et operasjonelt beviskrav.

Graver fremhever i tilknytning til verdiprioriteringer at *”det [er] viktig at man ikke tradisjonelt i norsk forvaltningsrett har operert med noen regel om at kravene til bevis øker*

med styrken av det inngrep forvaltningen har hjemmel til å treffe vedtak om."⁹⁴ I hans øyne er det altså en relevant verdiprioritering at vi i norsk rett har som hovedregel at det faktiske grunnlag for forvaltningens vedtak må være godtgjort med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Forvaltningsvedtak prøves i de sivilprosessuelle former og i sivilprosessen er hovedregelen at man skal legge til grunn det faktum som fremstår som mest sannsynlig, jf. førstvoterendes bemerkninger om dette i avsnitt 39 i vår sak. Begrunnelsen er at dette i lengden sikrer flest materielt riktige dommer. Men denne regelen er i norsk rett ikke uten unntak. Som påpekt av førstvoterende danner hovedregelen bare et utgangspunkt, som ikke kan "*strekkes lenger enn begrunnelsen rekker.*"

Konsekvensene av en uriktig dom vil kunne tale for å skjerpe beviskravet også i sivile saker. Det høye beviskravet innenfor strafferetten er begrunnet i at konsekvensene av en uriktig domfellelse regnes mye verre enn konsekvensene av en uriktig frifinnelse.⁹⁵ Også i sivile saker kan det imidlertid tenkes at en uriktig dom i den ene retning anses som verre enn en uriktig dom i den andre retning.

Såfremt ikke loven selv gir noe klart svar er det etter rettspraksis ofte slik at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn et faktum som vil være en stor belastning for en part eller på annen måte regnes som klanderverdig og infamerende.⁹⁶ I slike tilfeller har det ofte vært lagt til grunn at det kreves klar sannsynlighetsovervekt eller lignende, for å legge et faktum til grunn.⁹⁷

Når det gjelder de administrative betalings sanksjonene, som for eksempel tilleggs skatt, kan beskyttelseshensyn tale for å skjerpe beviskravet. Med dette menes borgernes behov for å

⁹⁴ Se Graver (2004), side 487.

⁹⁵ Se Hov (2007), side 355.

⁹⁶ Se Hov (2007), side 356.

⁹⁷ Se eksempelvis Rt-1996-864. I Rt-1999-14 fant flertallet at beviskravet var klart sannsynlighetsovervekt idet det ble lagt vekt på at det aktuelle domsresultatet måtte oppfattes som infamerende.

bli beskyttet mot sanksjoner på uriktig grunnlag.⁹⁸ Mot dette hensyn står ofte forvaltningens behov for en effektiv rettshåndhevelse

Det klare rettslige utgangspunkt er at det bare kreves alminnelig sannsynlighetsovervekt for ileggelse av forvaltningsvedtak, herunder de som har preg av å være sanksjoner. Denne hovedregelen har som vi har sett flere unntak, men disse er konkret begrunnet. Vår rettstradisjon bygger på at det *ikke gjelder noe alminnelig regel om et skjerpet beviskrav* ved ileggelse av enhver forvaltningssanksjon. Dette må kunne være en norsk verdiprioritering som må kunne anføres ved spørsmålet om uskyldspresumsjonen oppstiller et skjerpet beviskrav ved forvaltningssanksjoner som har karakter av straff etter EMK.

5.3 Dynamisk tolking

5.3.1 Innledning

Jeg skal i det følgende behandle spørsmålet om Høyesteretts resultat må sies å representere en dynamisk fortolking av uskyldspresumsjonen og hvordan det i så fall forholder seg til tidligere uttalte tolkingsprinsipper.

5.3.2 Hva er dynamisk tolking?

En dynamisk eller utviklingspreget tolking innebærer at man ved tolkingen av en bestemmelse tar hensyn til utvikling og endring i samfunnsforhold. Det kan for det første innebære at konvensjonen må tolkes med sikte på *nye samfunnsforhold* som kommer til og som ikke var kjent da konvensjonen ble til i 1950.⁹⁹ Denne formen for dynamisk tolking er viktig for å unngå at konvensjonen blir foreldet og er i utgangspunktet lite kontroversielt.¹⁰⁰

⁹⁸ Se avsnitt 41 i dommen. Se også Berg (2005), side 98-99 som redegjør for de hensyn som gjør seg gjeldende ved valg av beviskrav.

⁹⁹ Se Backer (2005), side 427.

¹⁰⁰ I.c.

En annen form for dynamisk tolking er at konvensjonen tolkes slik at den gir stadig mer omfattende rettigheter.¹⁰¹ Dette er den mest kontroversielle formen for dynamisk tolking. Det er ikke her snakk om nye samfunnsforhold, men snarere *endrede oppfatninger av hvilke rettigheter som bør innfortolkes i konvensjonens bestemmelser*.

Det er på det rene at EMDs tolkingsstil omfatter begge de to nevnte typer av dynamisk tolking. Domstolen uttaler ofte at EMK er et "living instrument" som skal tolkes i lys av "the present day-conditions".¹⁰² Det må understrekes at det ikke er snakk om nye rettigheter uten forankring i konvensjonen, men å gi konvensjonsbestemmelsene et videre anvendelsesområde enn tidligere.¹⁰³ Konvensjonsbestemmelsene er ofte vage og inneholder ofte det vi kaller "rettslige standarder". Dette gir ofte rom for en utviklingspreget tolking.¹⁰⁴ På den andre siden viser EMDs praksis at i tilfeller hvor ordlyden er klar vil det ofte danne en begrensning i forhold til en dynamisk tolking.¹⁰⁵

Læren om den utviklingspregede tolkingsstilen utgjør en del av EMDs metode og har vist seg praktisk viktig. Spørsmålet er så om norske domstoler på eget initiativ kan utvikle konvensjonen på samme måte som EMD.

5.3.3 I hvilken utstrekning kan norske domstoler anlegge en dynamisk tolking av EMK?

I Høyesteretts generelle uttalelser om norske domstolars forhold til EMK heter det som nevnt at man skal benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det "i

¹⁰¹ Som Backer (2005) påpeker, kan en dynamisk tolking i prinsippet også medføre det motsatte, nemlig at konvensjonen tolkes slik at en rettighet *innskrenkes*. For alle praktiske formål er det imidlertid utvidelse av rettighetene gjennom tolking som er det interessante.

¹⁰² Se Elgesem (2003), side 216.

¹⁰³ Se Backer (2005), side 427.

¹⁰⁴ Se Elgesem (2003), side 216.

¹⁰⁵ Se Elgesem (2003), side 222 flg., hvor han også viser til enkelte avgjørelser hvor ordlyden ikke synes å ha vært et avgjørende hinder for en utviklingspreget tolking.

første rekke” er EMD som skal utvikle konvensjonen, jf. Bøhlerdommen på side 1007 og Rt-2005-833 avsnitt 45.

Dette må naturlig forsås slik at norske domstoler *ikke fullt ut* har samme frihet som EMD til å anlegge en dynamisk tolking av EMK. Men norske domstoler er likevel *ikke helt avskåret* fra dette, Høyesterett sier bare at det i *første rekke* er EMDs oppgave. I Bøhlerdommen begrunner førstvoterende dette nærmere på side 1008, hvor han først viser til det faktum at norske domstoler ikke har ”*samme oversikt som EMD over lovgivningen, rettsoppfatninger og praksis i andre europeiske land.*”

Som jeg har vært inne på tidligere ser man i EMDs praksis ofte spor av at Domstolen søker etter en europeisk konsensus når det er spørsmål om å utvide konvensjonsrettighetene.¹⁰⁶ At det har skjedd et synsskifte innenfor de landene som er tilsluttet konvensjonen er ofte med på å begrunne en dynamisk tolking.

I og med at norske domstoler ikke har samme oversikt som EMD over praksis og rettsoppfatninger i andre land, mangler norske domstoler det erfaringsgrunnlag som EMDs avgjørelser viser er nødvendig for å utvikle konvensjonen til å omfatte nye rettigheter. Etter førstvoterendes syn vil man da kunne risikerer at norske domstoler ”*i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK.*”

Man kan kanskje spørre seg om det gjøre noe skade at vi i norsk rett går lenger enn EMD i tolkingen så lenge det er i favør av individet. Menneskerettighetslovutvalget uttalte i sin tid om dette at ”*[i]ntet er bedre enn om statene går lenger i å beskytte menneskerettighetene enn de er forpliktet til etter konvensjonene.*”¹⁰⁷

Et slikt syn har imidlertid ikke fått Høyesteretts tilslutning. Førstvoterende i Bøhlerdommen uttaler at dersom norske domstoler legger til grunn en tolking som går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK, vil det ”*kunne legge et unødvendig*

¹⁰⁶ Se Elgesem (2003), side 216.

¹⁰⁷ Se NOU 1993:18, på side 96, første spalte.

bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig.”

Backer peker på at en utvidelse av menneskerettighetene ofte forutsetter en avveining av verdier som det etter vårt samfunnssystem hører under lovgiver å foreta. Han mener derfor det er med ”god grunn” at Høyesterett har uttrykt at norske domstoler ikke skal anlegge en for dynamisk tolking av EMK.¹⁰⁸

Skoghøy mener at norske domstoler til en viss grad kan legge til grunn en dynamisk tolking, men at dette må skje innenfor ”den ramme for rettsutvikling ved domstolene som følger av vår statsskikk.”¹⁰⁹

Noen presis grensdragning mellom hva som er en akseptabel dynamisk tolking og en dynamisk tolking som går ut over Høyesteretts retningslinjer, er det selvfølgelig ikke mulig å oppstille. Hvorvidt en utviklingspreget tolking bryter med Høyesteretts forutsetning om at det er EMD som i ”første rekke” rekke skal utvikle konvensjonen, må nødvendigvis avgjøres konkret. Etter mitt syn vil det sentrale da være hvor usikkert slutningene fra rettskildene fremstår.

5.3.4 Legger Høyesterett til grunn en dynamisk tolking som går ut over egne retningslinjer?

Jeg skal i det følgende drøfte om Høyesteretts flertall i vår sak har lagt til grunn en tolking som går ut over rammene for dynamisk tolking som er trukket opp i Bøhlerdommen og senere praksis.

Har Høyesteretts flertall tolket uskyldspresumsjonen dynamisk?

¹⁰⁸ Se Backer (2005), side 428.

¹⁰⁹ Skoghøy (2002), side 347.

Flertallet legger som vi har sett til grunn et standpunkt som bygger på generelle uttalelser fra EMDs avgjørelser, supplert med en ganske vid ordlydsfortolking og formålsbetraktninger. Det finnes ingen dom fra EMD som prøver et nasjonalt fastsatt beviskrav opp mot uskyldspresumsjonen. Det er etter mitt syn vanskelig å se dette annerledes enn at Høyesterett her bygger på en utviklende – dynamisk - fortolking av uskyldspresumsjonen.

Hvordan harmonerer dette med de uttalte tolkingsprinsipper?

I Bøhlerdommen konkluderes det som nevnt med at norske domstoler ikke skal legge til grunn en *”for dynamisk tolking”* av konvensjonen. Det er altså - enkelt sagt - rom for å være *litt* dynamisk, så lenge man har for øye at det er EMD som i første rekke skal utviklet konvensjonen. Mye taler etter mitt syn for at Høyesterett går ut over denne anvisningen i vår sak. For det første er det en klar risiko for at man i vår sak har *”gått lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK.”* Og dersom man i vår sak har gått lenger enn det som følger av konvensjonen, må det samtidig være klart at Høyesterett har lagt et slikt *”unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet”*, som Bøhlerdommen nettopp advarer mot. Når det nå må legges til grunn at artikkel 6 nr. 2 stiller krav til bevisenes styrke for alle straffesanksjoner under artikkel 6, vil det måtte få konsekvenser for hvordan lovgiver i fremtiden må forholde seg til andre forvaltningssanksjoner som har karakter av straff etter artikkel 6.

6 Utsyn

6.1 Beviskravets innhold

I Ospa-saken Rt-2007-1217 tar førstvoterende i sin drøftelse av beviskravets innhold utgangspunkt i EMDs formulering om at *”enhver tvil skal komme tiltalte til gode”*. Han

mener imidlertid at denne formuleringen ikke kan tas bokstavelig, men må forstås i lys av de mer nyanserte uttalelsene i Geerings-dommen ("beyond a reasonable doubt").¹¹⁰ Førstvoterende kom til at det for tilbakekall av ervervstillatelse etter saltvannsfiskeloven - som ble ansett som straff etter art. 6 – måtte stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt. Det ble samtidig uttalt at et lavere beviskrav ikke kunne være akseptabelt.¹¹¹

I storkammerdommen tar førstvoterende i avsnitt 102 utgangspunkt i den mer nyanserte uttalelsen i Geerings-dommen. I likhet med flertallet i Ospa-saken er hun enig i at beviskravet vil måtte nyanseres ut fra hvilken type sanksjon det er tale om. Førstvoterende kom til at det for tillegsskatt måtte kreves klar sannsynlighetsovervekt, altså samme krav som ble oppstilt i Ospa-dommen for tilbakekall av ervervstillatelse.

Det er verd å merke seg at det i storkammerdommen *ikke* gis uttrykk for at man anser et lavere beviskrav enn klar sannsynlighetsovervekt for å utgjøre en krenkelse av uskyldspresumsjonen. Førstvoterendes uttalelse om dette i Ospa-dommen kan heller ikke sies å ha vært nødvendig for å begrunne resultatet.¹¹² I lys av dette kan Ospa-flertallets oppfatning om at klar sannsynlighetsovervekt utgjør en nedre grense for beviskravet, etter min mening ikke opprettholdes. Det er i storkammerdommen avsnitt 103, pekt på at EMD gir uttrykk for en "*fleksibel tilnærming*" til hvilke rettssikkerhetskrav som stilles, og det kan i prinsippet ikke utelukkes at man for visse sanksjoner etter omstendighetene vil godta et lavere krav enn klar sannsynlighetsovervekt. Et lavere krav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt kan man derimot selvsagt ikke akseptere.¹¹³

Etter Høyesteretts syn må beviskravet for den enkelte sanksjon bestemmes ut fra hva det overordnede krav til rettferdig rettergang tilsier. I denne vurderingen må det blant annet ses

¹¹⁰ Ospa-dommen avsnitt 64.

¹¹¹ Avsnitt 66.

¹¹² Dette er også fremhevet innledningsvis av mindretallet i storkammerdommen, se avsnitt 167.

¹¹³ Jf. også Strandbakken (2003), side 343.

hen til myndighetenes behov for en effektiv håndhevelse av sanksjonen, hvor inngripende sanksjonen er og siktedes mulighet for å føre motbevis.

6.2 Dommens rekkevidde

6.2.1 Prejudikatsverdien

Dommen er som nevnt avsagt med knappst mulig flertall, men på tross av den sterke dissensen kan må det for norsk retts vedkommende nå legges til grunn at artikkel 6 nr. 2 inneholder et krav til bevisenes styrke ved ileggelse av straffesanksjoner, og et beviskrav som er lavere enn det konvensjonen krever må underkjennes, jf. mskrl. §§ 2 og 3. Det er særlig to forhold ved dommen som gjør at den må legges til grunn som prejudikat for dette.

For det første var spørsmålet allerede behandlet i Ospa-saken et drøyt år tidligere. Storkammerdommen bygger på en fornyet vurdering av spørsmålet etter at spørsmålet var prosedert på ny i sin fulle bredde. Ospa-dommen tillegges ikke noen selvstendig rettskildemessig betydning. Etter to avgjørelser med en selvstendig behandling av spørsmålet, må løsningen nå anses fastslått, inntil EMD eventuelt skulle komme med en klar uttalelse om at flertallets rettsoppfatning er uriktig, jf. nedenfor.

For det andre må det også tillegges betydning at dommen er avsagt i storkammer. Denne ordningen var en nyskaping med tvisteloven som trådte i kraft 1. januar 2008. Begrunnelsen for ordningen var ønske om at viktige saker skulle bli behandlet med flere enn fem dommere, samtidig som man ikke beslagla alle ressursene som en plenumsbehandling krever. Man ønsket også å unngå at viktige saker ble avsagt i avdeling "under sterk dissens".¹¹⁴ Nå kan det selvsagt spørres hvor mye mer tilfredsstillende det er med enn 6-5 dissens enn 3-2. I tråd med rettskildelærens regel om at plenumsavgjørelser skal tillegges særlig stor vekt, må likevel også en storkammedom tillegges stor vekt selv om den er avsagt under dissens. Dette samsvarer også med departementets forutsetning om

¹¹⁴ Se Ot. prp. nr. 51 (2004-05), side 306.

at de fleste tilsvarende sakene som tidligere ble behandlet i plenum nå skal behandles i storkammer, og at plenumsbehandling i dag reserveres for helt spesielle tilfeller.¹¹⁵

6.2.2 Grunner til å fravike flertallets rettsoppfatning

Selv om det i dag må legges til grunn som gjeldende rett at uskyldspresumsjonen inneholder et krav til bevisenes styrke kan det være grunn til å si noen ord om hva som i fremtiden kan føre til at rettsoppfatningen i dommen bør fravikes.

Jeg sikter da til den situasjonen at en eller flere avgjørelser i EMD sår tvil om flertallets standpunkt. Hva blir rettssituasjonen dersom EMD for eksempel i en dom klart forkaster en anførsel om at uskyldspresumsjonen setter operasjonelle krav til nasjonalt fastsatte beviskrav?

Dette er i realiteten et spørsmål om storkammerdommens vekt i møte med en ny avgjørelse fra EMD.

Selv om forutberegnelighet kan tale for å holde fast ved den tidligere rettsoppfatning, taler prinsippet om selvstendig tolking av EMK for at man i et slikt tilfelle må fravike storkammerdommens rettsoppfatning. At Høyesteretts syn må vike i konfrontasjon med en nyere avgjørelse fra EMD, viser også rettspraksis:

Plenumskjennelsen i Rt-2006-1409 gjaldt nettopp en slik situasjon. Spørsmålet var om dobbeltstraffforbudet i tilleggsprotokoll 7 art. 4 medførte at ileggelse av ordinær tilleggsskatt stengte for senere straffesak. Høyesterett hadde tidligere lagt til grunn at dette var tilfelle, jf. Rt-2004-645. I mellomtiden fikk man imidlertid dommen *Rosenquist mot Sverige*¹¹⁶ hvor EMD kom til at den svenske tilleggsskatten *ikke* stengte for senere strafforfølgning. Høyesterett mente at den norske ordningen med tilleggsskatt var

¹¹⁵ l.c.

¹¹⁶ Avvisningsavgjørelse 14. september 2004.

tilstrekkelig lik den svenske, og Høyesteretts tidligere rettsoppfatning kunne ikke lenger opprettholdes i lys av Rosenquist-dommen.¹¹⁷

Dette viser at såfremt man får en ny avgjørelse i EMD som gir uttrykk for at artikkel 6 nr. 2 ikke inneholder et operasjonelt beviskrav, må storkammerdommen fravikes.

6.3 Avslutning

Som denne analysen har vist er det etter mitt skjønn grunn til å reise kritikk mot måten Høyesteretts flertall har tolket uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2.

Min innvending gjelder de *slutninger* Høyesterett trekker fra ordlyden og rettspraksis. Heller ikke *vekten* av formålsbetraktninger taler etter min mening med noen særlig styrke for et beviskrav.

I tillegg mener jeg at tolkingsresultatet bryter med Høyesteretts selvpålagte begrensning om at man ikke skal legge til grunn en for dynamisk forståelse av konvensjonen.

Likevel er det som nevnt mitt syn at skal det legges til grunn en annen forståelse av uskyldspresumsjonen enn flertallets, må man få noen klare uttalelser på at dette standpunkt ikke kan opprettholdes. Aller helst bør man vel håpe at spørsmålet snart får sin definitive avklaring i EMD – hva enten det bekrefter eller forkaster Høyesteretts tolking.

Men inntil det eventuelt skjer, må det standpunkt Høyesterett – som nasjonal prejudikatdomstol også under EMK – har inntatt, legges til grunn som gjeldende rett hos OSS.

¹¹⁷ Se også Frøberg (2007), side 192.

7 Kilder og registre

Lover

Norske lover

Ligningsloven (lignl.) av 13. juni 1980 nr. 24

Menneskerettsloven (mskrl.) av 21. mai 1999 nr. 30

Straffeloven (strl.) av 22. mai 1902 nr. 10

Straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25

Tvisteloven (tv1.) av 17. juni 2005 nr. 90

Utenlandske lover

Svenske Taxeringslagen 1990:324

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt-1994-610 (Bølgepapp)

Rt-1996-864

Rt-1999-14

Rt-2000-996 (Bøhler)

Rt-2002-557 (Dobbeltstraff)

Rt-2004-645

Rt-2005-833

Rt-2006-1409

Rt-2007-1217 (Ospa)

Rt-2008-1409

Lagmannsrett

LB-2006-145695, Borgarting lagmannsretts dom 3. mars 2008.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Asan Rushiti mot Østerrike, dom 21. mars 2000

Barberà m.fl. mot Spania, dom 6. desember 1988

Cesky og Kotik mot Tsjekkia, avvisningsavgjørelse 7. april 2009

Geerings mot Nederland, dom 1. mars 2007 / kompensasjonsavgjørelse 14. februar 2008

Jussila mot Finland, dom 23. november 2006

O'Halloran og Francis mot Storbritannia, dom 29. juni 2007

Rosenquist mot Sverige, avvisningsavgjørelse 14. september 2004

Salabiaku mot Frankrike, dom 7. oktober 1988

Telfner mot Østerrike, dom 20. mars 2001

Tyrer mot Storbritannia, dom 25. april 1978

Västberga taxi AB m.fl. mot Sverige, dom 23. juli 2002

Den europeiske menneskerettighetskommisjon

Østerrike mot Italia, avgjørelse 11. juli 1960

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Odelstingsproposisjoner

Ot. prp. nr. 51 (2004-05) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Juridisk litteratur

- Andenæs (2004) Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg F. Rieber-Mohn, Oslo, 2004.
- Backer (2005) Backer, Inge Lorange. *Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjon*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2005, side 425.
- Berg (2005) Berg, Bjørn O. *Forvaltningssanksjoner*, Oslo, 2005.
- Bårdsen (1999) Bårdsen, Arnfinn. *Krenkelser og klager*, Oslo, 1999.
- Elgesem (2003) Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*, Lov og Rett 2003, side 203.
- Frøberg (2007) Frøberg, Thomas. *EMDs praksis som norsk rettskilefaktor*, Jussens Venner 2007, side 176.
- Graver (2004) Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltnings-Retten*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2004, side 465.
- Harris m.fl. (1995) Harris, D.J. O'Boyle, M. Warbrick, C. *Law of the European convention on human rights*, London, 1995.
- Hov (2007) Hov, Jo. *Rettergang I*, Oslo, 2007.
- Jebens (2004) Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo, 2004.

- Johnsen (1987) Johnsen, Jon T. *Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker*, Jussens Venner 1987, side 193.
- Johnsen (2006) Johnsen, Jon T. *Hva ble Norge dømt for i Strasbourg?*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2006, side 1.
- Løvlie (2009) Løvlie, Anders. *Beviskrav i fartssaker*, Lov og Rett 2009, side 166.
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A. *Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner*, Lov og Rett 2002, side 337.
- Smith (2005) Smith, Carsten. *Om Høyesteretts forhold til Den europeiske Menneskerettighetskonvensjon*, Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2005, side 433.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*, Bergen, 2003.
- Strandberg (2005) Strandberg, Magne. *Skadelidtes hypotetiske inntekt*, Bergen, 2005.
- Uggerud (2006) Uggerud, Ken. *Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfeldige tilværelse i norsk rett, i: dog Fred er ej det Bedste*, Festskrift til Carl August Fleischer, side 577. Oslo, 2006.

Ordbøker

Engelsk stor ordbok, Kunnskapsforlaget (2001)

Fremmedord blå ordbok, Kunnskapsforlaget (2000)

