

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6th):

Jahre, H.-P. & Holmboe, M. (2012). Alderen som objektivt straffbarhetsvilkår: dit og tilbake igjen? *Lov og rett*, 51(10), 579-597.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, og den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

ALDEREN SOM OBJEKTIVT STRAFFBARHETSVILKÅR: DIT OG TILBAKE IGJEN?

Av lagdommer Hans-Petter Jahre og seniorrådgiver Morten Holmboe

Etter ordlyden i straffeloven § 195 tredje ledd om seksuell omgang med barn under 14 år fritar ikke villfarelse om barnets alder fra straff. I 2005 kom Høyesterett til at denne regelen var i strid med uskyldspresumsjonen etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6. I England har man siden 2003 hatt en lignende regel som den norske lovbestemmelsen. I en avgjørelse av 30. august 2011 kom Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) til at den engelske regelen ikke var i strid med artikkel 6. Forfatterne argumenterer for at EMDs avgjørelse medfører at norske rettsanvendere bør følge ordlyden i loven slik at alderen igjen blir et objektivt straffbarhetsvilkår.

HANS-PETTER JAHRE er født 1955, cand.jur. 1980. Kst. lagdommer, senere lagdommer, ved Borgarting lagmannsrett siden 2009. Tidligere har han blant annet arbeidet i Justisdepartementet, Lovavdelingen, vært advokat, førstestatsadvokat og nestleder ved Økokrim, samt assisterende riksadvokat.

MORTEN HOLMBOE er født 1963, cand.jur. 1989. Seniorrådgiver ved Politihøgskolen fra 2011, fra samme år opptatt ved PhD-programmet, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Tidligere har han blant annet vært kontorsjef ved Politihøgskolen, førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet, kontorsjef hos Sivilombudsmannen og lovrådgiver i Justisdepartementet, Lovavdelingen.

1 Innledning – problemstilling*¹

Straffeloven § 195 rammer seksuell omgang med barn under 14 år. Bestemmelsens tredje ledd lyder: ”Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld.”

Lovgiverens mening har vært at fornærmedes alder skulle være et objektivt straffbarhetsvilkår. I plenumsavgjørelsen i Rt. 2005 s. 833 P fant Høyesterett imidlertid at det i denne bestemmelsen – for ikke å krenke uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 – måtte innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd. Gjerningspersonen blir dermed straffri dersom ingen uaktsomhet kan legges ham til last med hensyn til fornærmedes alder.

Slik har bestemmelsen senere vært forstått i rettspraksis,² og lovgiveren har ved vedtakelsen av den spesielle del i straffeloven 2005 følt seg bundet av plenumsavgjørelsen og tatt inn en aktsomhetsregel i § 307.³ Nå har imidlertid EMD i en avvisningsavgjørelse av 30. august 2011 (*G mot Storbritannia*)⁴ lagt til grunn at alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved samleie med mindreårige ikke krenker uskyldspresumsjonen.

Den engelske bestemmelsen EMD vurderte, er svært lik regelen i straffeloven § 195. Med andre ord har EMD nå kommet til motsatt resultat av hva Høyesterett gjorde i 2005.

* Dette er, med enkelte endringer, manuskriptet til en artikkel som er trykket i *Lov og Rett* 2012 hefte 10, s. 579-597. Enkelte endringer i manus ble gjort før trykking. Dersom man ønsker å vise til eller diskutere teksten, ber forfatterne om at det vises til artikkelen slik den er trykket i *Lov og Rett*.

¹ Takk til *Lov og Retts* fagfelle for kommentarer som dels har gitt grunnlag for endring av teksten, dels for å utdype synspunkter. – For ordens skyld nevner vi at noen av sakene som omtales her, har vært aktorert for Høyesterett av en av oss. Synspunktene står for vår egen regning.

² Se for eksempel Rt. 2010 s. 36 A, avsnitt 7.

³ Se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 259.

⁴ Saksnr 37334/08.

Både for lovgiveren og for rettsanvenderne (først og fremst påtalemyndigheten og domstolene) er derfor spørsmålet hva man nå skal legge til grunn: Lovens ordlyd slik Stortinget har vedtatt den, eller loven slik den er tolket av Høyesterett i plenumsdommen fra 2005.

2 Nærmere om straffeloven 1902 § 195 tredje ledd, plenumsavgjørelsen i Rt. 2005 s. 833 og straffeloven 2005 § 307

Straffeloven § 195 rammer seksuell omgang med barn under 14 år. Handlingsnormen i grunndeliktet består av to elementer, for det første selve gjerningen ”seksuell omgang”, og for det andre at den seksuelle omgangen skjer med ”barn under 14 år”. Det er likegyldig for straffbarheten hva den seksuelle omgang nærmere består i,⁵ og bestemmelsen stiller heller ikke krav til forøvelsesmåten. Det er for eksempel ikke nødvendig at den seksuelle omgangen er oppnådd ved vold, tvang eller andre former for utnyttelse av barnet; også en reelt frivillig seksuell omgang rammes. Formålet er å gi barn under 14 år et sterkt vern mot å bli misbrukt seksuelt. I forarbeidene uttalte departementet blant annet:

”Departementet går inn for å videreføre regelen om alder som objektivt straffbarhetsvilkår dersom fornærmede er under 14 år. En regel som krever at gjerningsmannen må ha utvist uaktsomhet med hensyn til fornærmedes alder, vil etter departementets syn innebære en uønsket svekkelse av det vern mot seksuelle overgrep som straffeloven i dag gir barn under 14 år. Bevisførsel med hensyn til gjerningspersonens skyld på dette punkt vil være en ytterligere belastning for fornærmede, og bør unngås.”⁶

Skyldkravet er forsett, jf. straffeloven § 40. Det følger av dekningsprinsippet, jf. straffeloven § 42, at forsettet må omfatte alle elementene i handlingsnormen, altså både den seksuelle omgangen og barnets alder. Fra dette utgangspunktet gjør imidlertid § 195 tredje ledd et viktig unntak: ”Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld”. Gjerningsmomentet fornærmedes alder er således gjort til et objektivt straffbarhetsvilkår.⁷ Det går frem av forarbeidene at denne regelen ble valgt etter grundig overveielse, men forholdet til menneskerettighetene ble ikke vurdert av lovgiveren.⁸

Et objektivt straffbarhetsvilkår innebærer at påtalemyndigheten ikke behøver å føre bevis for mistenktes skyld på dette punkt, og at mistenkte ikke kan fri seg fra straffansvaret ved å føre

⁵ Dersom den seksuelle omgang er samleie, er minstestrafen tre års fengsel (§ 195 første ledd annet punktum).

⁶ Ot.prp. nr. 28 (1999-2000) s. 53, uthevet i originalen. Proposisjonen er forarbeid til revisjonen av straffelovens kapittel om seksualforbrytelser i 2000 (endringslov 11.august 2000 nr. 76). Se også Innst. O. nr. 92 (1999-2000) s. 18.

⁷ Se nærmere Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Magnus Matningsdal og Georg Fr. Rieber-Mohn, Oslo 2004 s. 229. Regelen om at villfarelse om alderen ikke utelukker straffeskyld, må også gjelde regelen i § 195 annet ledd bokstav c, som øker strafferammen til 21 år når gjerningspersonen har begått gjentatte overgrep mot barn under 10 år (se Benedicte Malling og Erik Keiserud, ”Om straffelovens § 195 tredje ledd og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2”, *Kritisk Juss*, 2006 s. 369-382 (s. 382); Gemetchu Hika, ”Objektivt straffansvar: unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2010 s. 505-547 (s. 520)).

⁸ Se redegjørelsen for lovhistorien og forarbeidene i Rt. 2005 s. 833 avsnitt 29-40.

bevis for at han ikke har utvist skyld.⁹ Dette reiser spørsmål om bestemmelsen krenker uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.¹⁰

I 2004 bemerket Høyesterett obiter at den objektive regelen i straffeloven § 195 tredje ledd kunne reise problemer i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.¹¹ Spørsmålet om domfellelse på grunnlag av villfarelsesregelen i straffeloven § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen kom deretter opp for Høyesterett i plenum i 2005 (Rt. 2005 s. 833 P). Førstvoterende redegjør i sitt votum først for de tolkingsprinsipper som Høyesterett legger til grunn ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.¹²

Deretter gjennomgår hun EMDs praksis før hun konkluderer slik om EMK art 6 nr. 2:

”Objektive straffbarhetsvilkår med hensyn til faktum er ikke i seg selv i strid med konvensjonen. Men bruken av slike vilkår må holdes innenfor visse grenser i tråd med de kriterier som er trukket opp for presumsjoner i Salabiaku-dommen, og senere videreført i de svenske sakene om tilleggsskatt og i de avvisningsavgjørelsene som jeg har gjennomgått. Dette innebærer at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. Objektive straffbarhetsvilkår aksepteres bare innenfor rimelige grenser tatt i betraktning hva som står på spill. Siktetes rett til å forsvare seg er blant elementene i den samlede vurdering som må foretas. Denne proporsjonalitetsvurdering, som jeg mener følger av EMK artikkel 6 nr. 2, må også norske domstoler foreta.”¹³

Hun foretar så denne proporsjonalitetsvurderingen og konkluderer slik om straffeloven § 195:

”Når det som her gjelder et grunnleggende straffbarhetsvilkår innenfor den sentrale strafferett, hvor det er aktuelt med en reaksjon i form av streng fengselsstraff, og siktede ikke har mulighet til å forsvare seg mot domfellelse på grunnlag av sine subjektive forutsetninger, foreligger det en situasjon hvor den fundamentale rettssikkerhetsgaranti som ligger i uskyldspresumsjonen, må være avgjørende. På denne bakgrunn er min konklusjon at bestemmelsen i § 195 tredje ledd ikke kan anvendes etter sin ordlyd som grunnlag for å domfelle A. Det var derfor riktig av lagmannsretten å oppheve tingrettens dom med hovedforhandling.

Det ligger i det jeg har uttalt, at for å oppfylle uskyldspresumsjonen i EMK må loven tolkes slik at den gir plass for en aktsomhetsvurdering. Skal man oppnå samsvar med konvensjonen, må det etter min mening i § 195 tredje ledd innfortolkes en tilsvarende reservasjon som i § 196 tredje ledd. Når det kreves at ingen uaktsomhet kan legges gjerningspersonen til last, er dette et meget strengt kriterium, hvor siktede må utvise aktivitet for å bevise at han er uskyldig ved å redegjøre for konkrete omstendigheter som kan underbygge at han har vært aktsom i relasjon til fornærmedes alder. Et ytterligere beviskrav i en så alvorlig sak innenfor den sentrale strafferett kan det etter min mening ikke være grunnlag for.”¹⁴

⁹ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, København 2010 s. 507-509.

¹⁰ Asbjørn Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen: ”In dubio pro reo”*, Bergen 2003 s. 621-622.

¹¹ Rt. 2004 s. 1275 A avsnitt 24.

¹² Avsnitt 45-47. Se for øvrig punkt 2 ovenfor.

¹³ Avsnitt 74.

¹⁴ Avsnitt 87 og 88. To dommere kom til samme resultat, men med en annen begrunnelse.

Det følger altså av Høyesteretts avgjørelse at det skal gjelde det samme skyldkrav ved overtredelse av straffeloven § 195 som ved § 196.¹⁵

Høyesteretts avgjørelse har vært både rost og kritisert. Tilhengerne har fremholdt at avgjørelsen styrker rettssikkerheten,¹⁶ mens andre forfattere blant annet har fremhevet at den norske lovgiverviljen ble tilsidesatt uten støtte i autoritative rettskildefaktorer.¹⁷

I straffeloven 2005, som ennå ikke er trådt i kraft, er bestemmelsen om seksuell omgang med barn under 14 år plassert som § 299. Lovbruddet er i den nye loven betegnet som ”voldtekt av barn under 14 år”. Handlingsnormen i bokstav a) er den samme som i § 195 i straffeloven 1902. Skyldkravet etter § 299 er forsett, jf. 2005-loven § 21. For elementet barnets alder bestemmer likevel § 307 første punktum:

”For bestemmelsene i §§ 299-306 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet.”

Regelen er altså den samme som Høyesterett la til grunn i plenumsavgjørelsen. Det går imidlertid frem av forarbeidene at lovgiveren valgte denne løsningen fordi man følte seg tvunget til det etter Høyesteretts avgjørelse. Prinsipielt ønsket man å gi barna et sterkere vern ved å opprettholde alderen som et objektivt straffbarhetsvilkår. Departementet uttaler:

”Departementet er prinsipielt enig med Straffelovkomisjonen og Redd Barna i at det gir sterkest beskyttelse for barn om alder opprettholdes som et objektivt straffbarhetsvilkår. Med en slik regel vil barnet være spart for bevisførsel om fremtoning og oppførsel som kan være belastende.”¹⁸

Det er viktig å merke seg at formålet med regelen ikke er å gjøre det lettere å få en fellende dom, men å redusere belastningen som selve prosessen vil være for barnet. Riktig nok skal avhøret foregå som dommeravhør dersom fornærmede (fortsatt) er under 16 år og dommeren finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller andre grunner,¹⁹ men også annen bevisførsel kan være belastende for barnet.

Justiskomiteen kommenterte ikke spørsmålet nærmere.²⁰ Sett i lys av de tidligere lovgiveruttalelsene ville det vært naturlig om komiteen hadde bemerket det hvis den var uenig i Regjeringens syn. Når Stortinget tidligere har besluttet at regelen bør være slik som § 195 tredje ledd, Regjeringen opprettholder sitt rettspolitiske syn i proposisjonen og Stortinget ikke

¹⁵ Straffeloven 1902 § 196 rammer seksuell omgang med barn under 16 år.

¹⁶ Malling og Keiserud, Straffeloven § 195; Mads Andenæs og Andreas Motzfeldt Kravik, ”Norske verdier og EMK”, *Lov og Rett*, 2010 s. 579–599 (s. 585-588); Mads Andenæs og Eirik Bjørge, ”Norske domstoler og utviklingen av menneskerettene”, *Jussens Venner*, 2011 s. 251-286 (s. 270-273); Mads Andenæs og Eirik Bjørge, *Menneskerettene og oss*, Oslo 2012 s. 104 flg.

¹⁷ Hans Petter Graver, Høyesterett på kollisjonskurs?, *Dagbladet* 2. november 2005; Inge Lorange Backer, ”Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre”, *Jussens Venner*, 2006 s. 248-266 (s. 256); Thomas Frøberg, ”EMDs praksis som norsk rettskildefaktor”, *Jussens Venner*, 2007 s. 176-194 (s. 182).

¹⁸ Se drøftelsen i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 259, der departementet problematiserer Høyesteretts tolking av EMK i lys av den tilsvarende engelske regelen.

¹⁹ Straffeprosessloven § 239.

²⁰ Innst. O. nr. 73 (2008-2009) s. 48 og s 50 flg.

sier seg uenig, kan man slutte at lovgiveren har uttrykt at regelen burde være slik som ordlyden i § 195 tredje ledd fastsetter: Alder under 14 år er et objektivt straffbarhetsvilkår.

3 EMDs avgjørelse 30. august 2011 i saken G mot Storbritannia²¹

Saken gjaldt en engelsk gutt som på gjerningstiden var 15 år gammel. Han hadde hatt samleie med ei jente på 12 år og ble domfelt for voldtekt av barn under 14 år.

Den engelske lovbestemmelsen (Section 5 første ledd i Sexual Offences Act 2003)²² lyder slik:

”Rape of a child under 13
A person commits an offence if –
he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person with his penis, and
the other person is under 13”

Som man ser, inneholder handlingsnormen i denne bestemmelsen to elementer, selve handlingen og barnets alder. Det kreves forsett mht. innføringen av penis, men fornærmedes alder er et objektivt straffbarhetsvilkår. Forbrytelsen betegnes som voldtekt (”rape”).²³ Som ved § 195 tredje ledd i den norske straffeloven, hadde lovgiveren (Parlamentet) foretatt et overveid valg ved å gjøre alderen til et objektivt straffbarhetsvilkår, og formålet var å beskytte barnet mot ”premature sexual activity”. Formålet ble søkt realisert ved to grep (de samme som hos oss): For det første ved at det etter loven er irrelevant om aktiviteten er frivillig, og for det andre ved at det er uten betydning om gjerningspersonen visste eller burde forstått at barnet var under den fastsatte aldersgrensen.

I den aktuelle saken hadde engelske domstoler lagt til grunn at samleiet var frivillig og at domfelte med grunn trodde at jenta var like gammel som han selv, altså 15 år. Han klaget til EMD og anførte at det forelå brudd på EMK artikkel 6 nr. 2 (uskyldspresumsjonen) ved at alder var gjort til et objektivt straffbarhetsvilkår og på artikkel 8 ved at strafforfølgningen innebar et uforholdsmessig inngrep i hans rett til privatliv.

EMD fremholder at retten til å bli ansett uskyldig til det motsatte er bevist er en grunnleggende rettighet i straffesaker som følger både av artikkel 6 nr. 2 og av kravet om rettferdig rettergang i artikkel 6 nr. 1 i EMK.²⁴ Uskyldspresumsjonen innebærer at bevisbyrden påhviler påtalemyndigheten. Likevel er konvensjonen ikke til hinder for at straffebestemmelser kan ha regler om omvendt bevisbyrde eller gjøre bruk av presumsjoner forutsatt at dette holdes innenfor rimelige grenser tatt i betraktning hva som står på spill og siktedes muligheter til å forsvare seg. Det vises blant annet til *Salabiaku*-avgjørelsen.²⁵

²¹ G-saken er kort nevnt i Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dokument 16 – 2011–2012) s. 129 note 173.

²² Hentet 17. november 2011 fra <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>

²³ Sml. straffeloven 2005 §§ 299 flg.

²⁴ EMDs bedømmelse av forholdet til uskyldspresumsjonen fremgår av avsnitt 26-30.

²⁵ Dom 7. oktober 1988 i saken *Salabiaku mot Frankrike* (saksnr. 10519/83).

Videre understreker domstolen at det i prinsippet er opp til den nasjonale lovgiveren å bestemme hvilke handlinger som skal være straffbare, og herunder definere både de objektive elementer i gjerningsinnholdet og skyldkravet for hvert enkelt element.

Etter å ha vurdert den britiske bestemmelsen konkluderer domstolen slik:

”In the instant case, the prosecution was required to prove all the elements of the offence beyond reasonable doubt. The Court does not consider that Parliament’s decision not to make available a defence based on reasonable belief that the complainant was aged 13 or over can give rise to any issue under Article 6 §§ 1 or 2 of the Convention. Section 5 of the 2003 [act] does not provide for presumptions of fact or law to be drawn from elements proved by the prosecution. The principle considered in *Salabiaku* (cited above) therefore has no application here.

It follows that this part of the application is incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3(a) and 4 of the Convention.”²⁶

Det fremgår av dette at EMD – i motsetning til Høyesterett – legger til grunn at den proporsjonalitetsvurderingen som det gis anvisning på for presumsjoner i *Salabiaku*, ikke har noen plass ved alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved seksuallovbrudd. Det er opp til den nasjonale lovgiveren å fastsette de ”constitutive elements” ved en straffbar handling, og dette gjelder både de objektive elementer og skyldkravet for hvert av disse.²⁷ Det må også kunne konstateres at den bestemmelsen EMD her vurderte, er svært lik grunddeliktet i straffeloven § 195, bortsett fra at aldersgrensen er 13 år.

Etter den engelske loven section 6 er det også straffbart å penetrere barnets vagina eller anus med annet enn penis, altså nokså likt vår definisjon av seksuell omgang. Etter section 7 er det straffbart å berøre et barn under 13 år seksuelt – nokså tilsvarende vårt forbud mot seksuell handling. Etter begge bestemmelser er det uten betydning om gjerningspersonen forsto eller burde forstått at barnet var under den fastsatte aldersgrensen, og i begge tilfeller står man overfor bestemmelser til vern for de yngste barna som er gitt ut fra tungtveiende hensyn som lovgiveren har vurdert og etter omfattende drøftelser funnet utslagsgivende.²⁸

Dersom avgjørelsen i G-saken hadde foreligget før Høyesterett skulle avgjøre spørsmålet, måtte man etter vårt skjønn legge til grunn at den norske ordningen med alderen som objektivt straffbarhetsvilkår kunne opprettholdes.

Spørsmålet er dermed hvilken betydning en EMD-avgjørelse skal få når den avsies etter den norske høyesterettsavgjørelsen.

²⁶ Avsnitt 29 og 30.

²⁷ Kritisk til EMDs avgjørelse i G-saken er Andenæs og Bjørge, *Menneskerettene* s. 108.

²⁸ Se herunder førstvoterendes karakteristik av den norske bestemmelsen i Rt. 2005 s. 833 avsnitt 82 og omtalen av parlamentsbehandlingen av den engelske bestemmelsen i G mot Storbritannia avsnitt 14.

4 Hvilken vekt skal de nasjonale domstoler legge på avgjørelser fra EMD?²⁹

Etter menneskerettsloven³⁰ § 2 gjelder EMK som norsk lov, og etter loven § 3 går konvensjonen foran norsk lov dersom det er motstrid.³¹ Ved vedtagelsen av menneskerettsloven fremholdt Justiskomiteen:

”Komiteen vil framheve det overordna mål at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.”³²

Det er altså i samsvar med lovgiverens prinsipielle syn at domstolene søker å komme fram til hvordan de internasjonale håndhevingsorganene ville løse en sak.³³

EMD treffer avgjørelser om realiteten på tre nivåer: En sak kan avvises som ”manifestly ill-founded” (åpenbart ugrunnet), det kan avsies dom i kammer, eller det kan avsies dom i storkammer. De to første typene avgjørelser treffes av syv dommere, mens storkammeret settes i prinsipielle saker og består av sytten dommere.³⁴

I prinsippet kan det sies at dommer av EMD (avsagt i kammer) veier noe tyngre enn avvisningsavgjørelser, men også disse er begrunnede og avsagt i kammer med syv dommere. Det kan også iblant fremstå som tilfeldig om en sak avvises eller avgjøres ved dom.³⁵

Forskjellen på en avvisningsavgjørelse og en dom vil antagelig først få betydning dersom det er motstrid mellom forskjellige avgjørelser. Et tilsvarende spørsmål som i G-saken har ikke vært avgjort av EMD i dom, og det foreligger derfor ikke noen motstridssituasjon.

Jf. EMDs storkammerdom *Jussila mot Finland*,³⁶ der en enkeltstående avvisningsavgjørelse³⁷ ikke kunne stå seg mot rettsoppfatningen i en dom³⁸. EMD uttalte: ”No established or authoritative basis has therefore emerged in the case-law”. Men Morel-avgjørelsen var et avvik fra etablert praksis, og både EMD og Høyesterett viser hyppig også til avvisningsavgjørelser.³⁹

²⁹ Jf. generelt Jon Petter Rui, ”Hvilken vekt må nasjonale domstoler legge på internasjonale domstolers avgjørelser?”, *Retfærd*, 2009 s. 96-111 (s. 99-101).

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

³¹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, ”Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettsloven” i Peter Lødrup, Steinar Tjomsland, Magnus Aarbakke og Gunnar Aasland (red.), *Rettssteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002*, Oslo, 2002 s. 733-761; Jens Edvin A. Skoghøy, ”Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner”, *Lov og Rett*, 2002 s. 337-354.

³² Innst. O. nr. 51 – 1998-99 s. 6.

³³ Jf. også Johs. Andenæs, ”Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk straffeprosess”, *Lov og Rett*, 1992 s. 375-387 (s. 378).

³⁴ Jf. om saksgangen i klagesaker Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 240-242.

³⁵ Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffefølgning*, Oslo 2009 s. 50.

³⁶ Saksnr. 73053/01, avsnitt 35.

³⁷ *Morel mot Frankrike*, avvisningsavgjørelse 3. juni 2003, saksnr. 54559/00.

³⁸ *Janosevic mot Sverige*, dom av 23. juli 2002, saksnr. 34619/97.

³⁹ For eksempel viste EMD til både avvisningsavgjørelser og dommer i *Zolotukhin mot Russland* (storkammerdom 10. februar 2009, saksnr. 14939/03), og Høyesterett la vekt på avvisningsavgjørelser i Rt. 2004 s. 510 A, Rt. 2005 s. 1269 A og Rt. 2006 s. 1409 P. Jf. generelt Frøberg, EMDs praksis s. 190; Lena Renate L. Bendiksen, ”Dommer og avvisningsavgjørelser av den europeiske menneskerettighetsdomstol som rettskilder” i

I Rt. 2005 s. 833 P fremholdt både førstvoterende og annenvoterende at avvisningsavgjørelser ikke hadde samme rettskildemessige verdi som dommer (avsnittene 69 og 104). I Rt. 2006 s. 1409 P kom flertallet derimot til at begrunnede avvisningsavgjørelser avsagt av syv dommere ikke kunne tillegges mindre vekt enn dommer. Mindretallet la til grunn at EMD ikke ville gjennomføre en praksisendring i en avvisningsavgjørelse (avsnittene 53 og 93).

Ved avvisningsavgjørelser etter EMK artikkel 35 nr. 3 og 4 opplyses det om avgjørelsen er enstemmig eller truffet av et flertall av dommerne ("by a majority"), men det opplyses verken om hvor mange eller hvem som har dissentert, og det gis ikke begrunnelse for dissensen, jf. EMK artikkel 45.

Avgjørelsen i G-saken ble truffet "by a majority", men dissensen gir etter vårt syn ingen grunn til å legge mindre vekt på avgjørelsen.⁴⁰ Vi vet for øvrig ikke om dissensen gjaldt konvensjonsmessigheten eller bare om saken fortjente prøving i doms form. Nettopp det at dissenser ikke begrunnes, kan være et argument for at de heller ikke har nevneverdig betydning.⁴¹

Høyesterett har fremholdt at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, og at norske domstoler ved tvil må kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.⁴² Dette standpunktet er forankret i Rt. 2000 s. 996 P (s. 1008):

"Dersom norske domstoler skulle være like dynamiske i sin fortolkning av EMK som det EMD er, ville man kunne risikere at norske domstoler i enkelte tilfeller går lenger enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Dette vil kunne legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet. Av hensyn til den balanse mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statsskikk bygger på, vil dette kunne være uheldig."⁴³

I de senere år har det pågått en debatt om tolkingen av EMK i lys av praksis fra EMD, og det har vært reist spørsmål om Høyesterett selv har fulgt den linjen som retten har angitt. Flere forfattere har reist spørsmål om Høyesterett har gått lengre enn det som har vært nødvendig for å oppfylle konvensjonen,⁴⁴ mens andre har fremholdt at Høyesterett bør tolke

Jon Petter Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde: festschrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009 s. 58-76; Rui, *Gjentatt straffeforfølgning* s. 46-51.

⁴⁰ Jf. Rt. 2006 s. 1409 P avsnitt 53.

⁴¹ Jf. også Rt. 2004 s. 510 A, referert nedenfor under punkt 5.1, der Høyesterett la vekt på en avvisningsavgjørelse uten å problematisere at den var avsagt "by a majority".

⁴² Tolking av menneskerettsloven er omtalt i Dokument 16 – 2011–2012 (Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven) s. 32-33. Se også Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven. Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer. Bind I*, 4. utg., Oslo 2011 s. 42-43

⁴³ Ulfstein er kritisk til denne uttalelsen, som han mener er mer forsiktig enn det er grunnlag for i Stortingets vedtak. Se Geir Ulfstein, "Jus og politikk", *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2011 s. 38-49 (s. 45).

⁴⁴ Jf. for eksempel Inge Lorange Backer, "Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettskonvensjon", *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2005 s. 425-432 (s. 429); Inge Lorange Backer, "Den europeiske Menneskerettsdomstol. Utviklingen i praksis og forholdet til nasjonal suverenitet", *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2009 s. 278-285; Asbjørn Strandbakken, "Juryen for fall? Noen refleksjoner etter Taxquet vs. Belgia", *Kritisk Juss*, 2009 s. 101-109 (s. 108); Jon Petter Rui, "Ne bis in idem", *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap*, 2010 s. 497-507 (s. 504); Jon Petter Rui, "EMK-retten frem mot 2020", *Tidsskrift for Strafferett*, 2010 s. 365-383 (s. 377); Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010 s. 34.

konvensjonen med samme metode som EMD.⁴⁵ Etter vårt syn må det i det minste være et utgangspunkt at en norsk lov ikke skal tolkes mer innskrenkende enn det som følger av EMDs metode – altså at norske domstoler ikke begrenser lovgiverens handlingsrom mer enn det som følger av en riktig tolking av EMK.⁴⁶

Som nevnt like ovenfor, har Høyesterett lagt vekt på hensynet til nasjonale verdiprioriteringer. Spørsmålet om hva som er en slik nasjonal verdiprioritering, kan ikke løsrives fra hvem som kan fastsette denne verdien. Frode Elgesem har fremholdt:⁴⁷

”På det nasjonale plan er det grunn til å tillegge den demokratisk valgte lovgivers oppfatning av konvensjonsmessigheten betydelig vekt, ikke minst der det er tale om å foreta avveininger mellom motstående interesser.”

I et nyere arbeid har Skoghøy gjort gjeldende at internasjonale håndhevingsorganer bør legge stor vekt på de nasjonale lovgiveres vurderinger:

”For at ikke tolkingen skal komme i strid med de grunnleggende ideer om folkesuverenitet og demokrati, bør internasjonale håndhevingsorganer ved tolkingen av konvensjoner legge stor vekt på hva demokratisk valgte lovgivende myndigheter i konvensjonsstatene mener.”⁴⁸

Enn mer må nasjonale dommere legge vekt på at rettsutviklingen skal skje i samspill med lovgiveren.⁴⁹ Dersom nyere praksis fra EMD viser at Høyesteretts tidligere tolking av konvensjonen unødige innskrenker den ordningen lovgiveren har ønsket å etablere, ville det være uheldig om den tidligere oppfatningen ikke skulle korrigeres. Da ville konvensjonsvernet få et videre nedslagsfelt i norsk rett enn i de øvrige konvensjonsstatene.⁵⁰ – Justiskomiteen fremholder også at man skal ”høyre på, og ha eit ope forhold til, praksis ved Strasbourgdomstolen og andre internasjonale handhevingsorgan”.⁵¹ Det må også gjelde der de internasjonale organer justerer tidligere avgjørelser, eller der den internasjonale praksis avklarer tolkingsspørsmål norske domstoler tidligere har tatt stilling til.

⁴⁵ Andenæs og Kravik, *Norske verdier* s. 582; Andenæs og Bjørge, *Norske domstoler* s. 266; Andenæs og Bjørge, *Menneskerettene* s. 96 flg. Derimot fremholder Skoghøy at Høyesterett har fulgt EMDs metode, men at EMD har gått for langt i sin dynamiske tolking av EMK (Jens Edvin A. Skoghøy, ”Dynamisk tolking i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti”, *Lov og Rett*, 2011 s. 511-530 (s. 512 og s. 530)). – Det har også vært fremholdt at en dynamisk tolking av menneskerettigheter er i samsvar med tolkingemetoden i folkeretten generelt. Se Ruud og Ulfstein (Folkerett) s. 91-93; Eirik Bjørge, ”Dynamisk tolking i den generelle folkeretten”, *Lov og Rett*, 2012 s. 104-122.

⁴⁶ Jf. Rt. 2010 s. 202 A avsnitt 56 og Skoghøy (Dynamisk tolking) s. 512. Jf. også Tore Schei, ”Har Høyesterett en politisk funksjon?”, *Lov og Rett*, 2011 s. 319-335 (s. 331-332). Om EMDs tolking av konvensjonen, se Francis G. Jacobs, Robin C. A. White og Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2010 s. 73-81.

⁴⁷ Frode Elgesem, ”Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode”, *Lov og Rett*, 2003 s. 203-230 (s. 205).

⁴⁸ Skoghøy, *Dynamisk tolking* s. 529. – For en kommentar til Skoghøys synspunkt, se Bjørge, *Dynamisk tolking* s. 120.

⁴⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk”, *Lov og Rett*, 2011 s. 4-24 (s. 14).

⁵⁰ Frøberg, *EMDs praksis* s. 192.

⁵¹ Innst. O. nr. 51 – 1998-99 s. 6.

5 Tidligere avgjørelser i Høyesterett hvor nye EMD-avgjørelser har endret rettskildebildet

Høyesterett har flere ganger tidligere behandlet saker der nyere EMD-praksis endrer rettskildebildet, og der spørsmålet er hvilken betydning dette har for den internrettslige regel. Som eksemplene nedenfor viser, endrer Høyesterett kursen når ny EMD-praksis viser at de har styrt feil.

5.1 Fotoforbud

Etter domstoloven⁵² § 131 a er det forbudt å fotografere en siktet på vei til eller fra rettssalen. I 2003 kom Høyesterett (under dissens 3-2) til at TV2s filming og visning av en av de domfelte i Baneheia-saken måtte aksepteres under henvisning til bestemmelsen i EMK artikkel 10 om ytringsfriheten.⁵³

Året etter kom et tilsvarende spørsmål opp for Høyesterett i Orderud-saken.⁵⁴ Her hadde Aftenposten og Dagbladet trykket bilder av en av de domfelte mens hun gråt over å være domfelt for trippeldrap. I tillegg var hun besluttet pågrepet. Høyesterett tok utgangspunkt i de rettssetninger retten hadde formulert i avgjørelsen fra året før, men la til grunn at en avvisningsavgjørelse fra EMD⁵⁵ der premissene kom etter Høyesteretts avgjørelse i 2003, fikk betydning for tolkingen.

Selv om Høyesterett i 2004-avgjørelsen ikke tok avstand fra avgjørelsen fra 2003, fremgår det at EMDs avvisningsavgjørelse ble tillagt vekt i de siktedes disfavør. Avgjørelsen var for øvrig avsagt ”by a majority”. EMD kom til det samme resultatet da de domfelte avisredaktørene klaget dit.⁵⁶

5.2 Opplesning av forklaringer

Et tema hvor praksis fra EMD har hatt stor innflytelse på norsk straffeprosess, er spørsmålet om i hvilke tilfeller man kan lese opp en forklaring fra et vitne som tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre. Når vitnet ikke møter, kan opplesning av tidligere forklaringer etter ordlyden i straffeprosessloven § 297 bare skje «såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift». Det ble tidlig klart at denne forholdsmessighetsvurderingen måtte skje i samsvar med EMDs praksis om EMK artikkel 6 nr. 1 (rettferdig rettergang) og 6 nr. 3 bokstav d (kontradiksjon). Fra 1990 til 2001 bygget Høyesterett på at forklaringen ikke kunne leses opp dersom en fellende avgjørelse av skyldspørsmålet ”hovedsakelig vil måtte bygge på” forklaringen, jf Rt 1990 side 1221 A. I 2001 ble kriteriet endret til hvorvidt forklaringen kunne få utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis, jf. Rt 2001 s. 29 A.

⁵² Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven).

⁵³ Rt. 2003 s. 593 A.

⁵⁴ Rt 2004 s. 510 A.

⁵⁵ *P4 Radio Hele Norge ASA mot Norge*, saksnr. 76682/01.

⁵⁶ *Egeland og Hanseid mot Norge*, saksnr. 34438/04 (dom 16. april 2009). Jf. Ragna Aarli, ”EMD styrker omdømmevernet”, *Lov og Rett*, 2009 s. 321-322.

Ved avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1789 A ryddet imidlertid Høyesterett opp og vendte tilbake til hovedbevislæren. Her viser førstvoterende, etter å ha gjennomgått praksis ved EMD, til at det kriterium som EMD har oppstilt, er ”om en fellende dom bare eller i avgjørende grad vil være basert på vitneforklaringer som er avgitt av personer som tiltalte ikke har hatt anledning til å avhøre eller la avhøre.”⁵⁷

Deretter fremholdt hun at hun ikke fant rettskildemessig grunnlag for å ”tolke inn strengere begrensninger enn dem som følger av EMK artikkel 6 nr. 1 sammenholdt med nr. 3 d, slik begrensningene er forstått av EMD.”⁵⁸

I storkammerdom 15. desember 2011 i saken *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*⁵⁹ fant EMD at domfellelse som baserte seg utelukkende eller i avgjørende grad på forklaringen fra et fraværende vitne, som ikke på noe tidspunkt hadde blitt krysseksaminert av forvaret, ikke automatisk ville innebære en krenkelse av retten til rettferdig rettergang i artikkel 6. I slike tilfeller måtte imidlertid Domstolen foreta en meget grundig vurdering av rettergangen, inkludert hvorvidt det forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier som sørget for en rettferdig og grundig vurdering av bevisets troverdighet. Det er mulig at denne avgjørelsen gjennom sin henvisning til en helhetsvurdering av om rettergangen har vært rettferdig også ved det hovedsakelige bevis, åpner for en noe utvidet adgang til opplesning av politiforklaringer.⁶⁰

5.3 Tilleggsskatt – samme forhold

EMDs avgjørelser om dobbeltstraff (forbudet mot gjentatt forfølgning for samme forhold, jf EMK P7-4) har ført til ganske dramatiske endringer i det norske rettssystemet for forvaltningssanksjoner. Dette illustreres godt ved reglene om tilleggsskatt. Etter ligningsloven kan skatteunndragelser medføre både straff og tilleggsskatt. Loven har et tosporet system, slik at straff og tilleggsskatt kan ilegges uavhengig av hverandre, dvs både ved en ordinær straffeforfølgning gjennom politi, påtalemyndighet og domstoler for den formelle straff og ved en forvaltningmessig forfølgning for tilleggsskatten.

Da Høyesterett i plenum i 2002 (Rt. 2002 s. 509 P) la til grunn at ikke bare forhøyet, men også ordinær tilleggsskatt måtte anses som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1, fant forvaltningen (skatteetaten og påtalemyndigheten) at man for å unngå å krenke forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i EMK P7-4, måtte gå over til et enssporet system, dvs velge enten å reagere med tilleggsskatt eller å anmelde forholdet til politiet med sikte på straffesak. Man fant at de to forfølgninger prosessuelt gjaldt samme forhold ettersom det både forelå faktisk og rettslig identitet. Denne rettsoppfatningen var også – obiter – kommet til uttrykk i Rt. 2003 s. 1221 A avsnitt 14 og Rt. 2004 s. 645 A avsnitt 8.

⁵⁷ Avsnitt 16.

⁵⁸ Avsnitt 20.

⁵⁹ Saksnr. 26766/05 og 22228/06. – Jf. Jon Petter Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 109–130 og Ørnulf Øyen, «Bortfall av retten til krysseksaminasjon som følge av tiltaltes opptreden, omdømme eller miljøtilhørighet», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 165–183..

⁶⁰ Storkammerdommen er fulgt opp i nyere EMD-praksis, se for eksempel dommene *Nechto mot Russland* (24. januar 2012, saksnr. 24893/05) og *Karpenko mot Russland* (13. mars 2012, saksnr. 5605/04).

I en avvisningsavgjørelse avsagt 14. september 2004 i kammer med syv dommere fant imidlertid EMD i saken *Rosenquist mot Sverige*⁶¹ at forfølgning etter svenske regler om henholdsvis skattetillegg og skattesvik dreide seg om forskjellige forhold, slik at forbudet i P7-4 ikke fikk anvendelse. Selv om begge forfølgninger gjaldt samme skatteunndragelse, fant EMD at det ikke var rettslig identitet mellom forholdene.

I Rt. 2006 s. 1409 P kom så Høyesterett (under dissens 14-1) til at resultatet måtte bli det samme for de norske regler om tilleggsskatt, slik at ileggelse av ordinær tilleggsskatt ikke sperret for etterfølgende straffesak. Rosenquist-avgjørelsen i EMD førte derfor til at en etablert norsk forvaltningspraksis ble endret, og det tosporede sanksjonssystem ble gjeninnført for ligningsovertredelser som kan medføre ordinær tilleggsskatt.

I 2009 ble rettstilstanden på ny endret. Ved storkammeravgjørelsen *Zolotukhin mot Russland* endret EMD forståelsen av identitetsbegrepet i P7-4. Domstolen la etter en prinsipiell drøftelse til grunn at spørsmålet om samme forhold bare skulle bero på om det forelå faktisk identitet. Rettslig identitet var uten betydning.⁶²

I Rt. 2010 s. 72 A uttalte Høyesterett at den normen EMD har gitt anvisning på i *Zolotukhin*-avgjørelsen, må legges til grunn av norske domstoler. Etter *Zolotukhin* kan derfor plenumsavgjørelsen fra 2006 ikke lenger anses som gjeldende rett, og forvaltningen må igjen gå over til et ensporet sanksjonssystem.

Vernet mot gjentatt straffeforfølgning er en grunnleggende rettighet. Regelen i P7-4 kan ikke fravikes ved nødtilstand.⁶³ Prinsippet er også foreslått grunnlovfestet i den nylig avgitte utredningen fra Stortingets menneskerettighetsutvalg.⁶⁴

Justering av norske rettsoppfatninger i lys av senere EMD-praksis kan dermed skje også ved de helt grunnleggende rettigheter, både materielt (ytringsfrihet) og prosessuelt (kontradiksjon og gjentatt straffeforfølgning).

6 Forbudet mot tilbakevirkning og lovskravet i EMK artikkel 7

Et tilliggende spørsmål er om en reversering av rettstilstanden kan gjennomføres uten å komme i strid med EMK artikkel 7 om at en handling bare kan straffes dersom den var straffbar på gjerningstiden.⁶⁵ I artikkel 7 ligger også et krav om at det må ha vært forutsigbart for borgeren at handlingen ble rammet av den aktuelle straffebestemmelsen – lovbrudd må være "klart definert ved rettsregler som er tilgjengelige for allmennheten".⁶⁶ Ordlyden i straffeloven 1902 § 195 tredje ledd er ikke endret,⁶⁷ og er helt klar. Spørsmålet er derfor om

⁶¹ Saksnr. 60619/00. Klagen ble – som i G-saken – avvist "by a majority".

⁶² *Zolotukhin mot Russland* (10. februar 2009, saksnr. 14939/03). Se nærmere Jon Petter Rui, "Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning (ne bis in idem) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny", *Lov og Rett*, 2009 s. 283-298; Andenæs og Kravik, *Norske verdier* s. 588; Bjerke, Keiserud og Sæther, *Straffeprosessloven I* s. 176; Holmboe og Jahre, *Dobbeltstraff* s. 198-199.

⁶³ Se P7-4 nr. 3; Rui, *Gjentatt straffeforfølgning* s. 17; Holmboe og Jahre, *Dobbeltstraff* s. 193.

⁶⁴ Dokument 16 – 2011–2012 s. 130-133 og s. 257.

⁶⁵ Høsten 2011 deltok vi begge i en diskusjon gjennom merknader i Lovdata til straffeloven 1902 § 195. Spørsmålet om en endring av rettstilstanden kunne være i strid med EMK artikkel 7, ble først tatt opp av John Christian Elden, *Merknad til straffeloven § 195*, Lovdata 2011.

⁶⁶ Rt. 2009 s. 780 avsnitt 21. Jf. Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo 2002 s. 396; Benedikte Moltumyr Høgborg, "Strekker EMKs individvern seg utover det vern som følger av tilsvarende bestemmelser i grunnloven?", *Jussens Venner*, 2010 s. 68-84 (s. 71); Kjølbro, *EMK* s. 580.

⁶⁷ Jf. Rt. 2006 s. 1409 P avsnitt 74.

Høyesteretts kjennelse i Rt. 2005 s. 833 P og den praksis som er oppstått deretter, gjør at det vil være i strid med EMK artikkel 7 om rettsanvenderne nå igjen begynner å tolke § 195 tredje ledd etter sin ordlyd.

I *Kokkinakis*-saken fremholdt EMD at artikkel 7 er overholdt der ”the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable”.⁶⁸ I *Kafkaris*-saken⁶⁹ var klageren dømt for overlagt drap til fengsel på livstid, som fulgte av loven. Imidlertid forelå det regler, blant annet en bekjentgjørelse (*regulation*) om fullbyrdelse av straff, som gikk ut på at ”livstid” skulle være begrenset til 20 år. Etter gjerningstiden, men før pådømmelsen, hadde en domstol i en annen sak fastslått at fengsel på livstid skulle forstås som resten av livet. EMD fant at det å anvende lovens regel om livstidsstraff ikke innebar tilbakevirkende lovgivning, men at loven ikke var tilstrekkelig klar til å tilfredsstillende kravene etter artikkel 7.⁷⁰

Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 833 P har rettsoppfatningen vært at norske myndigheter – av hensyn til EMK – må anvende straffeloven § 195 i strid med ordlyden, til gunst for gjerningspersonen. Løsningen har imidlertid til dels vært kritisert i juridisk teori og i lovforarbeider.

I lovskravet etter EMK artikkel 7 ligger en forutsetning om at man i visse tilfelle må søke veiledning, for eksempel av advokat, for å fastslå sin rettsstilling.⁷¹ Hvis en gjerningsperson ønsket å finne ut sin rettsstilling før den seksuelle omgang fant sted, burde ordlyden i straffeloven § 195 tredje ledd virke avskrekkende. Hvis han deretter skulle søke kyndig veiledning, ville han fått beskjed om Høyesteretts avgjørelse, men også at det var noe omstridt i teorien om Høyesteretts tolking av EMK var den eneste mulige. Allerede i 2008 problematiserte Justisdepartementet Høyesteretts tolking i lys av de engelske reglene, og det er ikke ukjent at ny EMD-praksis kan føre til et annet resultat.⁷²

Dersom noen – allerede før G-saken ble avgjort i Strasbourg – søkte rettledning om sin rettsstilling, måtte svaret bli omtrent som så: ”For tiden er det Høyesteretts oppfatning at det objektive skyldkravet i straffeloven § 195 tredje ledd er erstattet av et strengt aktsomhetskrav. Men det er omdiskutert om dette er en tolking som er nødvendig for å ivareta Norges forpliktelser etter EMK, og lovgiveren har opprettholdt sitt prinsipielle standpunkt. Engelske domstoler er kommet til at en tilsvarende regel står seg. Vi har også eksempler fra rettspraksis på at Høyesterett har korrigert kursen basert på ny praksis fra EMD.” – Hvis vedkommende undersøkte saken etter at G-saken ble avgjort av EMD, burde svaret etter vårt syn suppleres

⁶⁸ *Kokkinakis mot Hellas*, 25. mai 1993 (saksnr. 14307/88), avsnitt 52.

⁶⁹ *Kafkaris mot Kypros*, storkammer, 12. februar 2008 (saksnr. 21906/04), avsnittene 140 flg.

⁷⁰ Sml. Rt. 2011 s. 347 A, der Høyesterett fant at de norske reglene om prøveløslatelse var klare og dermed ikke i strid med EMK artikkel 7.

⁷¹ Marius Emberland, ”Om internasjonale menneskerettigheter - Lovskravet i EMK art 7 - i lys av nyere EMD-praksis”, *Tidsskrift for Strafferett*, 2001 s. 55-67 (s. 63).

⁷² Jf. om det generelle rettskildemessige spørsmålet for eksempel Frøberg, EMDs praksis s. 192.

med ”Mye kan tale for at norske domstoler nå vil se annerledes på saken enn Høyesterett gjorde i 2005.”⁷³

Forskjellen fra Kafkaris-saken er blant annet at Kafkaris hadde fått beskjed av myndighetene ved soningens påbegynnelse om at soningen ville opphøre etter 20 år, og denne rettsoppfatningen fulgte også av en formell regel. I vårt tilfelle foreligger det ikke noen annen normering enn Høyesteretts avgjørelse.

To andre saker som kan illustrere problemet, er *S.W.* og *C.R.*, begge mot Storbritannia.⁷⁴ Etter engelsk rett var forbud mot voldtekt fastsatt i lov, men i common law hadde det i lang tid vært innfortolket et unntak for voldtekt begått i ekteskap. Begrunnelsen var at det i ekteskapsløftet lå implisitt et samtykke til seksuell omgang. Engelske domstoler fant likevel at et slikt unntak ikke kunne forsvares i et moderne samfunn, og dømte to ektemenn for voldtekt/voldtektsforsøk av sine respektive koner. Endringen i rettstilstanden var reelt sett en reversering av en langvarig, festnet rettstilstand,⁷⁵ men EMD kom til at utviklingen i samfunnet ellers var slik at det måtte være forutsigbart for klagerne at de ikke kunne påberope seg dette unntaket.

I det spørsmålet vi drøfter her, er det verken tvil om hva slags handlinger som er straffbare eller om hvilken straff som kan bli idømt, men om hvilken skyldgrad som kreves. Rettsoppfatningen i Rt. 2005 s. 833 P er neppe alminnelig kjent utenfor det juridiske miljø. Man kan spørre seg om en potensiell gjerningsperson som undersøker saken så grundig at han tar rede på Høyesteretts avgjørelse, kan påberope seg å ha vært aktsom hvis han deretter har seksuell omgang med et barn under 14 år.

I Rt. 2012 s. 387 A kom Høyesterett (under dissens 3-2) til at det ikke var i strid med EMK artikkel 7 å dømme for overtredelse av straffeloven § 199 når bestemmelsens forhistorie tilsa at det var forutsigbart at seksuell omgang med stebarn over 18 år var straffbart. Dissensen knyttet seg til i hvilken grad ordlyden ga rom for flere tolkinger, og dermed hvilken betydning bestemmelsens forhistorie skulle ha.⁷⁶ I spørsmålet vi drøfter her, er derimot ordlyden utvetydig.

Slik vi ser det, er det liten grunn til at en gjerningsperson som har bygget på at den klare ordlyden i straffeloven § 195 tredje ledd må ses bort fra, bør beskyttes mot at loven igjen tolkes slik den er vedtatt.⁷⁷ Det må gjelde selv om den straffbare handling ble begått før EMDs avgjørelse i G-saken av 30. august 2011.

⁷³ Annerledes Andenæs og Bjørge, *Menneskerettene* s. 108-109.

⁷⁴ Dommer av 22. november 1995 mot Storbritannia (*S.W.* saksnr. 20166/92; *C.R.* saksnr. 20190/92).

⁷⁵ Jf. Jacobs, White og Ovey, *The European Convention on Human Rights* s. 302. I norsk rett ble det tilsvarende spørsmålet prosedert i Rt. 1974 s. 1121 A, men Høyesterett godtok ikke at det skulle foreligge noe unntak for voldtekt begått i ekteskap. Det hadde tidligere vært noe forskjellige oppfatninger i teorien om dette spørsmålet. Se Magnus Matningsdal, ”Høyesterettspraksis som rettskildefaktor i straffesaker” i David Roland Doublet, Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken (red.), *Stat, politikk og folkestyre: festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen, 19. februar 1998*, Bergen 1998 s. 671-694 (s. 674).

⁷⁶ Se dommens avsnitt 10 (flertallet) og avsnittene 27 og 32 (mindretallet).

⁷⁷ Motsatt Elden (Merknad § 195).

7 Oppsummering: Hva er nå gjeldende rett?

Felles for de avgjørelsene i Høyesterett som er gjennomgått ovenfor, er at Høyesterett flere ganger har fraveket sine egne tidligere avgjørelser når praksis fra EMD gir grunn til det. Denne praksisen er i godt samsvar med prinsippet om at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen.

EMD har altså lagt til grunn at den engelske regelen om alderen som objektivt straffbarhetsvilkår ikke er i strid med EMK. Den engelske regelen setter riktig nok grensen til 13 år, men denne forskjellen kan ikke være avgjørende.

Det kan spørres om tidsforløpet har betydning. Slik vi ser det, er syv år for kort tid til å etablere en rettsoppfatning som uten støtte i EMK kan tvinge rettsanvenderne til en tolking i strid med en klar ordlyd.

Regelen i straffeloven 1902 § 195 tredje ledd er gitt som resultatet av et rettspolitisk valg truffet av lovgiveren så sent som i 2000. Deretter har lovgiveren i forarbeidene til straffeloven 2005 § 307 riktig nok bøyd seg for Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2005 s. 833 P, men gitt uttrykk for at man av hensyn til overgrepssatte barn ønsket å opprettholde den tidligere rettstilstand.

Allerede før EMDs avgjørelse i G-saken hadde enkelte norske forfattere analysert hva som ville være konsekvensen av en eventuell avgjørelse i EMD som tolket EMK artikkel 6 snevrere enn Høyesterett gjorde i Rt. 2005 s. 833. Andenæs og Kravik fremholdt at en slik ny avgjørelse av EMD ikke ville ”foranledige at Høyesterett skrur utviklingen av rettssikkerhetsprinsippet tilbake for norsk retts vedkommende”.⁷⁸

Vi har vanskelig for å være enige i dette. Høyesteretts tilsidesettelse av en klar lovtekst bygger ikke på trinnhøyere regler eller innarbeidede prinsipper i intern rett, men på en enkeltstående tolking av EMK. Lovgiverens senere uttalelser viser at det ikke foreligger noen omforent norsk oppfatning om objektive straffbarhetsvilkår. Når EMDs tolking av EMK har vist at den norske lovgivers bevisste valg ikke er i strid med EMK, hviler ikke Høyesteretts tolking lenger på et sikkert grunnlag.⁷⁹

Hensynet til maktfordelingen mellom lovgiveren og domstolene taler etter vårt syn for at straffeloven 1902 § 195 tredje ledd bare skal tolkes så innskrenkende som det er nødvendig for å ivareta våre konvensjonsmessige forpliktelser.⁸⁰

Det er fortsatt uvisst når straffeloven 2005 vil tre i kraft. Norske rettsanvendere må antagelig anvende straffeloven 1902 i flere år ennå. Når det viser seg at Høyesteretts tolking av hva konvensjonen tvinger oss til, ikke stemmer med gjeldende EMK-rett, er det flere hensyn som taler for at norske rettsanvendere igjen bør tolke § 195 tredje ledd etter sin ordlyd. Lovgiverens uttalte oppfatning og prinsippet om at det i første rekke er EMD som skal utvikle

⁷⁸ Andenæs og Kravik, Norske verdier s. 587-588.

⁷⁹ I samme retning Hika, Objektivt straffansvar s. 545.

⁸⁰ Jf. Rt. 2000 s. 996 (s. 1008), sitert ovenfor ved note 43.

konvensjonen, taler begge med tyngde for at Rt. 2005 s. 833 P ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett.⁸¹

Det finnes gode rettspolitiske argumenter både for en regel om at villfarelse om alderen ikke utelukker straffeskyld, og for en regel som krever at gjerningspersonen har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder. Slik vi ser det, er det de folkevalgte som er nærmest til å foreta denne avveiningen – og de har rettslig adgang til å velge den løsningen de finner best.

Derfor må man falle tilbake på lovens ordlyd slik den er vedtatt av Stortinget: ”Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld.”

⁸¹ Motsatt Andenæs og Bjørge, *Menneskerettene* s. 108-109.