



NORGES HØYESTERETT

Den 24. juni 2005 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2005-01014-A, (sak nr. 2005/260), straffesak, anke,

Den offentlige påtalemyndighet

(ass. riksadvokat Hans-Petter Jahre)

mot

A

(advokat Erik Keiserud)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Gjølstad**: Saken reiser spørsmålet om anvendelse av bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år, er i strid med uskyldspresumsjonen i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 2.
- (2) I straffesak mot A, som er tiltalt for å ha hatt samleie med en pike på 13 år og 3 måneder, avsa Sunnfjord tingrett 16. august 2004 dom med slik domsslutning:
 - ”1. **A, fødd 0.0.1983, vert dømt for brot på straffelova § 195 første ledd andre straffealternativ til fengsel i 2 –to– år på vilkår med ei prøvetid på 2 –to– år, jf. straffelova §§ 52 til 54. Til frådreg i straffa går 1 –ein– dag for varetekt, jf. straffelova § 60.**
 2. **A betalar i oppreisingserstatning til A v/verje 5000 –femtusen– kroner innan 2 –to– veker etter forkynning av dommen med tillegg av rente etter lov om for sein betaling § 3, p.t. 8,75 %, frå forfall til betaling skjer.**
 3. **A betalar sakskostnader til det offentlege med 2000 –totusen– kroner.”**
- (3) A erkjente straffeskyld. Av dommen fremgår at han før samleiet fant sted, spurte fornærmede hvor gammel hun var, at hun da svarte at hun snart var 16 år, men at hun dagen etter opplyste at hun var under 14 år. Tingretten viste til bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd og bemerket at selv om A ikke var klar over at fornærmede var under 14 år, utelukker ikke det straffeskyld etter § 195. Han var 20 år, og de var således heller ikke jevnbyrdige i alder, jf. § 195 fjerde ledd. Ved straffutmålingen bemerket retten at situasjonen oppsto ved at den noe umodne voksne ble smigret i møtet

med det modne barnet, og at saken i det hele bar lite preg av utnyttning og misbruk av barnet. Flertallet – meddommerne – fant at straffen burde gjøres helt ut betinget, mens rettens formann stemte for at 9 måneder ble gjort ubetinget.

- (4) Påtalemyndigheten påanket dommen til Gulating lagmannsrett til skjerpelse av straffen.
- (5) Etter at tingretten hadde avsagt sin dom, hadde Høyesterett i kjennelse 27. august 2004 i en annen sak etter straffeloven § 195, under henvisning til avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), uttalt at paragrafens tredje ledd reiser problemer i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. I avgjørelsen, som er inntatt i Rt. 2004 side 1275, gis det uttrykk for at spørsmålet kommer på spissen dersom en tiltalt nektes å føre bevis for at han i enhver henseende var i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder, eller hvis det blir funnet bevist at han var i aktsom god tro, men likevel domfelles.
- (6) På bakgrunn av uskyldspresumsjonen i EMK og uttalelsene i Høyesteretts kjennelse opphevet Gulating lagmannsrett utenfor anken tingrettens dom mot A, jf. straffeprosessloven § 342 andre ledd. Lagmannsretten så det som en saksbehandlingsfeil at tingretten ikke hadde vurdert om tiltalte hadde vært i aktsom god tro med hensyn til fornærmedes alder.
- (7) Påtalemyndigheten har påanket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen.
- (8) Etter at saken var prosedert i avdeling, besluttet Høyesterett 26. april 2005 under henvisning til plenumsloven §§ 3 og 4 at saken skulle avgjøres av den samlede Høyesterett.
- (9) Etter plenumsloven § 7 andre ledd skal den dommer som er yngst etter ansettelse, fratru når dette er nødvendig for at antall dommere ved votering ikke skal være delelig med to. Dette innebærer her at dommer Øie fratru ved voteringen.
- (10) *Påtalemyndigheten har for Høyesterett i hovedtrekk gjort gjeldende:*
- (11) Det er ikke i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 å anvende straffeloven § 195 tredje ledd etter sin ordlyd i denne saken. EMK inneholder ikke noe forbud mot en bestemmelse som § 195 tredje ledd, og det er ingen avgjørelser fra EMD om dette spørsmålet.
- (12) Bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd beror på et bevisst lovgivervalg begrunnet i tungtveiende hensyn, som det må vises varsomhet med å sette til side. Spørsmålet om å opprettholde bestemmelsen har vært grundig drøftet ved flere anledninger, og lovgiverne har etter avveininger av de motstridende hensyn villet gi de yngste barna et særlig sterkt vern. De hensyn lovbestemmelsen hviler på, nyter også menneskerettslig vern, jf. FNs konvensjon om barnets rettigheter med tilleggsprotokoller, særlig artikkel 34 i konvensjonen, og EMK artikkel 8 om rett til respekt for privatlivet, begge med samme trinnhøyde som uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Sterkere beskyttelse av siktede betyr mindre beskyttelse av barnet. Man må finne en "fair balance" mellom rettighetene, som fremhevet i EMDs dom 24. juni 2004 i saken von Hannover mot Tyskland (Application no. 59320/00). Også på det området hvor vi her befinner oss, må det være en viss skjønnsmargin for statene.

- (13) I den foreliggende sak er dessuten forholdet at A visste at fornærmede ikke hadde fylt 16 år, slik at spørsmålet ikke har betydning for om han er straffskyldig, men bare for subsumsjon og straffutmåling. Bestemmelsen i § 196 må ses som grunndelikt, med § 195 som en straffskjerpelse for tilfeller hvor barnet er under 14 år. Uskyldspresumsjonen skal hindre at uskyldige blir dømt. Når det bare dreier seg om et subsumsjonsspørsmål, har uskyldspresumsjonen mindre betydning.
- (14) Objektive straffbarhetsvilkår er ikke i seg selv i strid med konvensjonen, og det er intet belegg i praksis for noe nødvendighetskrav. Men etter EMDs praksis gjelder det et proporsjonalitetskrav, og siktede må ha mulighet til å fri seg fra ansvar, likevel slik at denne muligheten ikke behøver å være knyttet til et krav om forsett eller uaktsomhet. Uskyldspresumsjonen har størst vekt for momenter knyttet til selve handlingen, og kravene synes etter praksis ikke å være særlig strenge. A har hatt full anledning til å føre bevis i saken, også for sine subjektive forutsetninger, ved reaksjonsvalget og utmålingen av straffen. Han har tilstått, slik at retten kan gå under minstestrafen etter straffeloven § 195 første ledd andre straffalternativ, jf. straffeloven § 59 andre ledd.
- (15) Subsidiært gjøres gjeldende at samsvar med konvensjonen oppnås dersom §§ 195 og 196 ses i sammenheng, og tolkes slik at det er et vilkår for straff også etter § 195 at siktede i enhver henseende har opptrådt aktsomt med hensyn til at barnet ikke var mindreårig, det vil si under 16 år.
- (16) Atter subsidiært anføres at samsvar med konvensjonen oppnås ved å tolke inn et tillegg i villfarelsesregelen som i § 196, men med omvendt bevisbyrde.
- (17) Under den subsidiære og atter subsidiære anførsel er fremhevet at domstolene ikke kan sette til side bestemmelsen i større utstrekning enn det som er helt nødvendig etter konvensjonen.
- (18) Påtalemyndigheten har nedlagt slik påstand:
- ”Lagmannsrettens kjennelse med hovedforhandling oppheves.”**
- (19) *A har for Høyesterett i hovedtrekk gjort gjeldende:*
- (20) Bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Det var derfor korrekt av lagmannsretten å oppheve tingrettens domfellelse.
- (21) En vurdering av om en bestemmelse med et objektivt straffbarhetsvilkår kommer i strid med EMK artikkel 6 nr. 2, må skje med utgangspunkt i de kriterier EMD har stilt opp for presumsjoner. Inngrepet i uskyldspresumsjonen må være nødvendig. Kravet til begrunnelse for inngrep må være strengere jo større inngrep det dreier seg om. Statens skjønnsmargin har liten plass når det er tale om slike fundamentale rettigheter som uskyldspresumsjonen. Det er ikke spørsmål om rettighetskollisjon. Bestemmelsene i straffeloven kap. 19 om hvilke seksuelle handlinger som er straffbare, oppfyller fullt ut den norske stats forpliktelser til å beskytte mindreårige mot seksuelle overgrep.

- (22) Straffeloven § 195 inneholder i realiteten bare to straffbarhetsvilkår; at det har funnet sted seksuell omgang, og barnets alder. Når siktede etter § 195 tredje ledd ikke har noen mulighet for å forsvare seg for så vidt gjelder sin oppfatning om eller aktsomhet med hensyn til aldersvilkåret, behøver man ikke gå inn i en vurdering av nødvendighet eller proporsjonalitet. Men selv om man foretar en slik vurdering, går bestemmelsen for langt.
- (23) Bestemmelsen representerer, som Andenæs skriver i Spesiell strafferett (1996) på side 116, ”et markant brudd med våre vanlige regler om subjektiv skyld”. De hensyn som påberopes som begrunnelse for bestemmelsen, har begrenset vekt i den nødvendighetsvurdering som skal foretas etter EMDs praksis, og det er verdt å merke seg at ingen andre land har funnet en slik bestemmelse påkrevd. Innenfor den sentrale strafferett står de grunnleggende rettigheter særlig sterkt, og ved vurderingen må det legges vekt på den strenge strafferammen med minstestraft på to års fengsel. De sakene som har vært behandlet av EMD, har angått bøtestraffer og områder hvor effektivitetshensyn har særlig vekt.
- (24) Det har stor betydning om man domfelles etter straffeloven § 195 eller § 196. Vurderingen av om uskyldspresumsjonen er tilsidesatt, må skje i forhold til straffeloven § 195, uten å trekke inn § 196.
- (25) For at det ikke skal oppstå konflikt med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2, må den som i enhver henseende har vært aktsom, gå fri. Det riktige vil da være å tolke inn samme tilføyelse i villfarelsesbestemmelsen i § 195 tredje ledd som i § 196 tredje ledd.
- (26) A har nedlagt slik påstand:
- ”Anken forkastes.”**
- (27) *Mitt syn på saken*
- (28) Prøvingen for Høyesterett skal – på samme måte som for EMD – skje i tilknytning til det konkrete saksforhold. Spørsmålet er således om As rettigheter etter uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 er krenket ved tingrettens dom, slik at dommen – som lagmannsretten har kommet til – må oppheves. Men for å ta stilling til det, er det nødvendig med en gjennomgåelse av de generelle spørsmålene bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd reiser i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK.
- (29) *Bestemmelsene i straffeloven §§ 195 og 196 om villfarelse med hensyn til alder – lovhistorien og hensynene bak*
- (30) Straffeloven § 195 lyder slik:
- ”Den som har seksuell omgang med barn under 14 år, straffes med fengsel inntil 10 år. Dersom den seksuelle omgangen var samleie, er straffen fengsel i minst 2 år.**
- Fengsel inntil 21 år kan idømmes dersom**
- a) handlingen er begått av flere i fellesskap,
 - b) handlingen er begått på en særlig smertefull eller særlig krenkende måte,

- c) **handlingen er foretatt overfor barn under 10 år og det har skjedd gjentatte overgrep,**
- d) **den skyldige tidligere har vært straffet etter denne bestemmelsen eller etter § 192, eller**
- e) **fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse. Seksuelt overførbar sykdom og allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittevernloven § 1-3 nr. 3 jf. nr. 1, regnes alltid som betydelig skade på legeme eller helse etter denne paragrafen.**

Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld.

Straff etter denne bestemmelsen kan falle bort eller settes under det lavmål som følger av første ledd annet punktum dersom de som har hatt den seksuelle omgangen, er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling.”

- (31) Etter § 196 straffes den som har seksuell omgang med et barn under 16 år, med fengsel inntil 5 år, men under spesielle skjerpene omstendigheter med fengsel i inntil 15 år. I tredje ledd heter det:

”Villfarelse om alder utelukker ikke straffeskyld, med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte.”

- (32) Paragraf 196 fjerde ledd bestemmer at straff kan falle bort på samme vilkår som etter § 195 fjerde ledd.
- (33) Bestemmelsene i §§ 195 og 196 hadde opprinnelig ikke noen villfarelsesregel, slik at det vanlige forsettskrav også gjaldt barnets alder.
- (34) Ved en lovrevisjon i 1927 ble det i begge paragrafer tilføyd at villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld, under henvisning til at det ikke skjer ”den som søker utuktig omgjengelse med personer i denne alder nogen urett, om han får det fulle straffansvar tross den feilslagne beregning”, jf. Innstilling I av juni 1925 fra Straffelovkomiteen side 33.
- (35) Bestemmelsene ble utsatt for kritikk. I Innstilling fra Straffelovrådet om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten, avgitt 17. mars 1960, ble det foreslått at bestemmelsene ble endret slik at villfarelse med hensyn til alder ikke utelukker straffeskyld ”med mindre ingen uaktsomhet kan legges gjerningsmannen til last i denne henseende”. Straffelovrådet pekte på side 25 i innstillingen på at de da gjeldende bestemmelsene med sin kategoriske utforming hadde voldt en del urimeligheter i praksis og representerte et brudd på alminnelige strafferettslige prinsipper. Under høringen ble det imidlertid fra flere hold gitt uttrykk for at bestemmelsene burde beholdes slik de var. Dels ble det vist til hensynet til vern av barn og straffebudenes effektivitet; at det kan være vanskelig å føre bevis for at gjerningspersonen var kjent med barnets alder. Men også prosessuelle betenkeligheter ble trukket frem. Således ble fremholdt at foreldre kunne kvie seg for å anmelde forholdet hvis barna måtte fremstilles i retten for vurdering av modenhet og utseende, at det var en risiko for at påtalemyndigheten kunne la være å forfølge saker på grunn av bevisvansker, og at eksaminasjon i retten kunne få skadelige følger for barnet.
- (36) Departementet gikk inn for at Straffelovrådets forslag ble tatt inn i loven, jf. Ot.prp. nr. 40 (1961–62) side 12. Justiskomiteen var imidlertid enig i de synspunktene som hadde

kommet til uttrykk til støtte for å opprettholde § 195 uten noen aktsomhetsreservasjon. Flertallet i komiteen gikk også inn for å beholde villfarelsesregelen i § 196 uendret, idet straffebestemmelsen ellers kunne bli ”illusorisk”, jf. Innst O. V. (1962–63) på side 2. Resultatet etter behandlingen i Stortinget ble at Straffelovrådets forslag til tilføyelse ble tatt inn i § 196, mens bestemmelsen i § 195 ble videreført uten endring.

- (37) Bestemmelsen i § 195 tredje ledd ble tatt opp til ny vurdering i NOU 1997: 23 om seksuallovbrudd. Flertallet i Seksuallovbruddutvalget fant at de prinsipielle innvendingene mot at alder skal være et objektivt straffbarhetsvilkår, måtte veie tyngst, idet man ellers risikerer å dømme gjerningspersoner som ikke har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder, jf. side 64 i utredningen. Bestemmelsen ble således igjen foreslått endret. Departementet gikk imidlertid inn for å beholde bestemmelsen uendret, og bemerket blant annet at når fornærmede er under 14 år, er det liten fare for at gjerningspersoner som ikke har utvist skyld med hensyn til fornærmedes alder, kan bli dømt, jf. Ot.prp. nr. 28 (1999–2000) side 53. Justiskomiteen uttalte i Innst. O. nr. 92 (1999–2000) på side 18 at det var viktig ikke å svekke barns rettsstilling, og at det derfor ikke burde gjøres noen endring i bestemmelsen, noe som også ble resultatet.
- (38) Jeg nevner ellers at i arbeidet med ny straffelov har Straffelovkommisjonen foreslått bestemmelsen videreført. I NOU 2002: 4 på side 362 uttaler kommisjonen at det normalt vil foreligge uaktsomhet når barnet er under 14 år, men at man av retts tekniske grunner likevel bør avskjære enhver form for bevisførsel om dette.
- (39) Bak lovbestemmelsen ligger således en klar lovgivervilje. Selv om det fra faglig hold har kommet motforestillinger mot bestemmelsen, og det har vært sterkt delte meninger om den, er den fastholdt slik den har vært fra 1927 ut fra hensynet til beskyttelse av barn, materielt og prosessuelt.
- (40) Jeg bemerker særskilt at forholdet mellom straffeloven § 195 tredje ledd og uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 ikke har vært vurdert i forbindelse med lovrevisjonene, heller ikke i forbindelse med arbeidet med ny straffelov. Dette leder meg over til forholdet til menneskerettighetene.
- (41) *Menneskerettsloven, uskyldspresumsjonen i EMK og tolkingsprinsipper, generelle utgangspunkter*
- (42) Menneskerettsloven fra 1999, som har som lovbestemt formål å styrke menneskerettighetene i norsk rett, gjør EMK til norsk rett og bestemmer i § 3 at bestemmelsene i konvensjonen ”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Også bak denne bestemmelsen ligger det en klar lovgivervilje.
- (43) EMK artikkel 6 nr. 1 inneholder de grunnleggende regler om rettferdig rettergang – fair trial. Uskyldspresumsjonen fremgår av nr. 2, som lyder slik:
- ”Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.”**
- (44) Bestemmelsen regulerer ulike spørsmål. Dels oppstiller den en bevisregel. Dels setter den visse grenser for utsagn om straffeskyld. Det vi har av praksis om bestemmelsen i Norge, har i det vesentlige angått sistnevnte spørsmål. Den foreliggende sak knytter seg til

bevisregelen. Som jeg vil komme tilbake til, mener jeg at den har et noe videre anvendelsesområde enn det rent prosessuelle.

- (45) Men før jeg går inn på dette, og på vurderingen av forholdet til uskyldspresumsjonen i den foreliggende sak, viser jeg til de grunnleggende tolkingsprinsipper for anvendelsen av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 som er trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen i Rt. 2000 side 996, og senere flere ganger gjentatt, jf. plenumsdommene i Rt. 2002 side 557 og Rt. 2003 side 359. Det følger av disse at ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.
- (46) Vår sak gjelder en lovbestemmelse som bygger på en klar og sterk norsk lovgivervilje, og som etter ordlyden ikke gir grunnlag for tolkingstvil eller innskrenkende fortolkning. Som uttalt i Rt. 2000 side 996 bør norske domstoler som alminnelig regel ikke legge inn sikkerhetsmarginer mot at Norge dømmes for konvensjonsbrudd. Det innebærer at domstolene ikke skal tilsidesette annen norsk lovgivning i større utstrekning enn det som følger av EMK etter den tolkingsmetode som jeg har redegjort for.
- (47) Og jeg legger til: Ved tvil om betydningen av EMDs avgjørelser vil det ha vekt om saksforholdet kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse i norsk rett. Vår sak gjelder en bestemmelse som vi i Norge antagelig står alene om å ha. At det ikke finnes praksis fra EMD om dette spørsmålet, må ses på denne bakgrunn og utelukker ikke at det kan trekkes bindende slutninger fra EMDs praksis til vår sak.
- (48) *EMDs praksis om uskyldspresumsjonen*
- (49) Innledningsvis bemerker jeg at det grunnleggende spørsmål i vår sak er om uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 stiller krav til innholdet i materielle straffebestemmelser og i tilfelle hvilke krav. Jeg vil ta for meg avgjørelser som kan belyse dette, og starter med den sentrale dommen på området, som praksis senere har vist til og bygget på, dom av 7. oktober 1988 i saken Salabiaku mot Frankrike (Application no. 10519/83).
- (50) Salabiaku var dømt etter den franske tollovgivning til en bot på 100 000 franske francs for smugling. Etter denne lovgivningen var det adgang til å straffedømme for smugling personer som ved tollkontroll var i besittelse av ulovlig gods, uten at påtalemyndigheten trengte å bevise at besitteren hadde innført varene, og uten hensyn til vedkommendes subjektive forhold. I rettspraksis var det likevel lagt til grunn at siktede kunne fri seg ved å bevise at forholdet var helt uunngåelig, såkalt "force majeure". Salabiaku, som hevdet at han ikke kjente til at kofferten som han hadde hentet på flyplassen og brakte med seg gjennom tollkontroll, inneholdt narkotika, gjorde gjeldende at han var dømt etter en i praksis ugjendrivelig presumsjon, og at dette var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2.

- (51) Flertallet i Kommissjonen fremhevet blant annet at han var dømt "according to law". EMD bemerket til dette i avsnitt 27:

"As the Government and the Commission have pointed out, in principle the Contracting States remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention (Engel and Others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 34, para. 81) and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence. Examples of such offences may be found in the laws of the Contracting States.

However, the applicant was not convicted for mere possession of unlawfully imported prohibited goods. Article 392 para. 1 of the Customs Code does not appear under the heading "Classification of Customs Offences" (Title XII, Chapter VI, Section I), but under that of "Criminal Liability" (Title XII, Chapter V, Section I). Under this provision a conclusion is drawn from a simple fact, which in itself does not necessarily constitute a petty or a more serious offence, that the "criminal liability" for the unlawful importation of goods, whether they are prohibited or not, or the failure to declare them, lies with the person in whose possession they are found. It infers therefrom a legal presumption on the basis of which the Bobigny Tribunal de Grande Instance and subsequently the Paris Court of Appeal found the applicant "guilty ... of smuggling prohibited goods" (see paragraphs 13-14 above), a customs offence for whose commission possession is not essential and which is covered by Articles 414 and 417. Moreover the judgment of 27 March 1981 and that of 9 February 1982 refer, inter alia, to these two provisions and not to Article 392 para. 1."

- (52) Etter dette uttalte EMD i avsnitt 28:

"This shift from the idea of accountability in criminal law to the notion of guilt shows the very relative nature of such a distinction. It raises a question with regard to Article 6 para. 2 (art. 6-2) of the Convention.

Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law. If, as the Commission would appear to consider (paragraph 64 of the report), 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, its requirements would in practice overlap with the duty of impartiality imposed in paragraph 1 (art. 6-1). Above all, the national legislature would be free to strip the trial court of any genuine power of assessment and deprive the presumption of innocence of its substance, if the words "according to law" were construed exclusively with reference to domestic law. Such a situation could not be reconciled with the object and purpose of Article 6 (art. 6), which, by protecting the right to a fair trial and in particular the right to be presumed innocent, is intended to enshrine the fundamental principle of the rule of law (see, inter alia, the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 34, para. 55).

Article 6 para. 2 (art. 6-2) does not therefore regard presumptions of fact or of law provided for in the criminal law with indifference. It requires States to confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence.”

- (53) EMD fant at disse grenser ikke var overskredet i saken, og viste til at de franske domstolene hadde vært omhyggelige i sin konkrete vurdering og ikke automatisk bygget på presumsjonen i den franske tollbestemmelsen. Det var vurdert om det forelå force majeure, og Salabiaku hadde ikke vært helt uten mulighet til å forsvare seg. EMD viste blant annet til at de franske domstoler hadde praktisert reglene slik at det krevdes et visst element av subjektiv skyld, jf. siste del av avsnitt 30.
- (54) De franske tollbestemmelsene var igjen tema i dom av 25. september 1992 i saken Pham Hoang mot Frankrike (Application no. 13191/87), med samme resultat. Pham Hoang var dømt til betydelige beløp i bot og inndragning, begge deler med begrensning på 1 million franske francs. EMD vurderte saken etter kriteriene i Salabiaku-dommen. Heller ikke i dette tilfellet berodde domfellelsen på en automatisk anvendelse av presumsjonen.
- (55) Som det fremgår av det jeg har gjengitt fra Salabiaku-dommen, omtales både objektive normer og presumsjonsregler. Spørsmålet er om det i forhold til kriteriene i det sist gjengitte avsnitt er noen forskjell på de to regeltypene. Av atskillig interesse i denne forbindelse er EMDs dommer av 23. juli 2002 i de svenske sakene om tilleggsatt, Janosevic mot Sverige (Application no. 34619/97) og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige (Application no. 36985/97).
- (56) Saken Janosevic mot Sverige gjaldt en person som ved administrativ behandling var ilagt tilleggsatt, som er å anse som straff etter EMK artikkel 6, på grunnlag av regler som ikke krever forsett eller uaktsomhet. Den svenske Regeringsrätten hadde i sak 1900-98, RÅ 2000 ref. 66 uttalt seg prinsipielt om forholdet til Salabiaku-dommen:

”Det får hållas för troligt att domstolen när det gäller tillåtligheten från konventionssynpunkt av ett strikt straffrättsligt ansvar för en handling kommer att uppställa i huvudsak samma krav som den uppställde i Salabiaku-målet för att godta ansvar som grundas på presumtioner. Det innebär att ansvaret inte får utkrävas helt automatiskt när de objektiva rekvisiten är uppfyllda utan att den enskilde måste, för att någon konflikt med oskuldspresumtionen inte skall uppkomma, ha möjlighet till någon form av försvar som grundas på subjektiva förhållanden.”

- (57) EMD bemerket i avsnitt 100:

”In respect of the applicant’s first contention, the Court notes that Swedish tax surcharges are imposed on objective grounds, that is, without any requirement of intent or negligence on the part of the taxpayer. As the Court has previously held (see *Salabiaku*, cited above, p. 15, § 27), the Contracting States may, in principle and under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.”

- (58) EMD fremholdt at de svenske reglene ikke etterlot skattyteren i en situasjon helt uten muligheter for å forsvare seg, idet tilleggsatt ikke ilegges automatisk ved uriktige ligningsopplysninger. Visse typer feil unntas, og tillegget kan bli ettergitt hvor forholdet

er unnskyldelig på grunn av alder, sykdom osv., eller hvor det ville virke klart urimelig. Av dette utledet EMD:

”The Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut.”

(59) Med henvisning til avsnitt 28 i Salabiaku-dommen ble det deretter uttalt i avsnitt 101:

”Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.”

(60) Tilsvarende uttalelser finner vi i dommen i saken Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige.

(61) Heller ikke i disse sakene ble det funnet å ha skjedd brudd på uskyldspresumsjonen; skattyterne var ikke uten mulighet for å forsvare seg, og det ble også lagt vekt på betydningen av et effektivt system for å sikre statens hovedinntektskilde.

(62) Jeg finner videre grunn til å nevne to avvisningsavgjørelser, avgjørelse av 16. mars 2000 i saken Hardy Hansen mot Danmark (Application no. 28971/95) og avgjørelse av 19. oktober 2004 i saken Joost Falk mot Nederland (Application no. 66273/01).

(63) Saken Hardy Hansen mot Danmark gjaldt ileggelse av en mindre bot overfor en arbeidsgiver i en transportvirksomhet for arbeidstakers brudd på hviletidsbestemmelser. Ansvaret var ilagt på objektivt grunnlag. EMD siterte de innledende bemerkningene i Salabiaku-dommen avsnitt 27 om at statene innenfor visse grenser kan straffesanksjonere objektive fakta som sådanne uavhengig av forsett eller uaktsomhet, og bemerket i tilknytning til det:

”However, in such circumstances the Contracting States must remain within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence (ibid. § 28).”

(64) Det dreide seg om regler gitt for å oppfylle EU-bestemmelser om sikkerheten på veiene, og det ble også pekt på at klageren ikke var helt uten mulighet for forsvar, blant annet med hensyn til om kjøringen hadde skjedd i hans interesse. Heller ikke her ble det funnet å ha skjedd brudd på uskyldspresumsjonen.

(65) Når det endelig gjelder den nederlandske avgjørelsen, gjaldt den en mindre bot ilagt en eier av et motorkjøretøy som hadde vært benyttet ved en trafikkforseelse. EMD tok utgangspunkt i Salabiaku-dommen og sakene om svensk tilleggsatt. Ved proporsjonalitetsvurderingen ble det fremhevet at bestemmelsene tjente trafikksikkerhetsmessige formål, og at den domfelte ikke var helt uten mulighet for forsvar. Blant annet kunne han gjøre gjeldende at politiet hadde hatt en mulighet til å stoppe bilen og bringe bilførerens identitet på det rene.

(66) *Nærmere om rekkevidden av og innholdet i uskyldspresumsjonen*

- (67) Etter nå å ha gjennomgått de sentrale avgjørelsene på området, vil jeg gjøre rede for hva som etter mitt syn kan utledes av konvensjonsteksten, EMDs praksis og formålsbetraktninger med sikte på avgjørelsen av den foreliggende sak. Spørsmålet er, som jeg allerede har nevnt, om uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 gir beskyttelse mot objektive straffbarhetsbetingelser som i vår sak, og i tilfelle etter hvilke kriterier.
- (68) Ser man på ordlyden i artikkel 6 nr. 2, er den – lest isolert – 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. Det er ikke noe i ordlyden som direkte peker mot objektivt straffansvar eller objektive straffbarhetsvilkår. Etter EMDs praksis er imidlertid uskyldspresumsjonen et av elementene i det grunnleggende krav til ”fair trial” i artikkel 6 nr. 1, og må ses i sammenheng med dette, jf. blant annet avsnitt 96 i Janosevic-dommen og tilsvarende avsnitt 108 i den andre svenske saken om tilleggsskatt. Bestemmelsene bygger på grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper til vern om siktede i straffesaker. Dette viser etter mitt syn at formålsbetraktninger står sentralt ved tolkningen. Det er således ikke grunnlag for noen streng ordfortolkning. Dette fremgår også av EMDs praksis.
- (69) Avgjørelsene i de dommer fra EMD som jeg har gjennomgått, er bygget på kriterier for anvendelse av presumsjoner. Men jeg ser det ikke som naturlig å forstå dommene slik at domstolen skiller mellom objektive straffebestemmelser og objektive straffbarhetsvilkår på den ene siden og presumsjoner på den andre siden i forhold til uskyldspresumsjonen. I dommene om den svenske tilleggsskatten viser EMD uttrykkelig til at tilleggsskatten ilegges på objektivt grunnlag uten hensyn til utvist skyld. Under henvisning til en tidligere kommisjonsavgjørelse hadde den svenske regjeringen anført at uskyldspresumsjonen ikke hadde relevans ved illeggelse av tilleggsskatt, avsnitt 74 i Janosevic-dommen og avsnitt 86 i den andre saken. EMD uttalte seg om spørsmålet og gjentok bemerkningene i Salabiaku-dommen om at statene kan ilegge straff på grunnlag av et faktisk forhold uten hensyn til utvist skyld, men at dette gjelder ”under certain conditions”. Noen drøftelse av de nærmere vilkår her inneholder dommene riktignok ikke, men det er nærliggende å anta at dette hadde sammenheng med at tilleggsskatt ikke var en automatisk følge av overtredelsen. Dette synet på sammenhengen mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner underbygges av de avvisningsavgjørelser som jeg har nevnt, selv om disse ikke har samme rettskildemessige vekt som dommene. I avgjørelsen i saken Hardy Hansen mot Danmark er samme kriterier oppstilt med sikte på objektive straffbarhetsvilkår som ved presumsjoner.
- (70) Spørsmålet har vært diskutert i teorien. Jeg nevner at Asbjørn Strandbakken i sin avhandling Uskyldspresumsjonen (2003) etter å ha gjennomgått praksis, teori og reelle hensyn, på side 378 gir uttrykk for at det er nærliggende å forstå Salabiaku-dommen slik at kriteriene for presumsjoner også gjelder ved objektive straffbarhetsvilkår. Også i Lorenzen, Rehof, Trier mfl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (2003) på side 334 behandles objektive straffbarhetsbetingelser og presumsjoner sammen. Men i annen europeisk litteratur er det gitt uttrykk for at objektive straffbarhetsvilkår ikke omfattes av uskyldspresumsjonen. Jeg går ikke nærmere inn på teorien, men finner det tilstrekkelig å konstatere at det er delte meninger om hva som kan utledes av EMDs praksis om dette spørsmålet. Jeg tilføyer imidlertid at det blant annet i Andenæs, Alminnelig strafferett (2004) på side 211 gis uttrykk for at bestemmelser hvor straffansvaret i alle relasjoner er objektivt, sannsynligvis er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Dette er ikke problemstillingen i den

foreliggende sak, selv om tredje ledd medfører at § 195 i realiteten kommer nær en rent objektiv straffebestemmelse. Jeg begrenser drøftelsen til objektive straffbarhetsvilkår.

- (71) At objektive straffbarhetsvilkår behandles etter noenlunde samme kriterier som presumsjoner, underbygges etter min mening av formålsbetraktninger. Det er en nær indre sammenheng og en glidende overgang mellom objektive straffbarhetsvilkår og presumsjoner eller omvendt bevisbyrde. Slike ordninger bygger typisk på effektivitetshensyn og får betydning for påtalemyndighetens bevisføringsplikt. En objektiv regel innebærer at påtalemyndigheten er fritatt for å bevise skyld i forhold til det aktuelle element i straffebestemmelsen, mens siktede ved presumsjoner og omvendt bevisbyrde må bevise sin uskyld. Forskjellen kan i praksis være minimal. Det vil ofte være naturlig å se et objektivt straffbarhetsvilkår som en regel som presumerer skyld, uten at det er anledning til å føre motbevis. Bestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd har preg av dette. Jeg har for mitt vedkommende vanskelig for å se at siktedes rettigheter skal være dårligere ved anvendelse av objektive straffbarhetsvilkår enn ved presumsjoner som det i praksis kan være særdeles vanskelig å motbevise.
- (72) Selvfølgelig er det slik at det ved objektive straffbarhetsvilkår knyttet til faktum – i sin rene form – ligger i selve systemet at siktede ikke har noen mulighet for å forsvare seg ut fra sitt subjektive forhold. Spørsmålet om siktedes rettigheter er da ikke knyttet til bevissituasjonen, men til bestemmelsenes innhold, og det kan hevdes at dette er noe annet enn det uskyldspresumsjonen tar sikte på å regulere. Etter mitt syn er dette en for snever betraktningssmåte. Jeg finner heller ikke særlige holdepunkter for et slikt syn i EMDs praksis. I alle avgjørelsene har det tvert imot vært et sentralt element når det ikke er konstatert brudd på uskyldspresumsjonen, at domfellelsen ikke har skjedd automatisk på grunnlag av en presumsjon, men er bygget på en nærmere prøving hvor siktede iallfall har hatt en viss mulighet til å forsvare seg. Og som jeg allerede har vært inne på, er bestemmelsen i artikkel 6 nr. 2, jf. kravet til fair trial i artikkel 6 nr. 1, utslag av grunnleggende europeiske rettsstatsprinsipper. Blant disse er prinsippet om at ingen skal straffedømmes uten skyld – et av de grunnleggende prinsipper også i norsk strafferett. Uttalelsene 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.
- (73) Av konvensjonsbestemmelsene, EMDs praksis og formålsbetraktninger utleder jeg etter dette følgende:
- (74) 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 tilleggs�katt 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. Siktedes 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.

- (75) Forsvareren har anført at avveiningen må skje mot et strengt nødvendighetskriterium, særlig med grunnlag i uttalelsene i avsnitt 103 i Janosevic-dommen. De uttalelsene som det her siktes til, inngår imidlertid i en vurdering av effektivitetshensyn ved utforming av regler om sanksjoner mot uriktige opplysninger til ligningsmyndighetene, altså ved utpregede masseovertredelser, og kan etter min mening ikke oppfattes som noe uttrykk for et generelt nødvendighetskrav.
- (76) Endelig nevner jeg at påtalemyndigheten gjør gjeldende at det gjelder en viss skjønnsmargin også ved anvendelsen av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Til dette bemerker jeg at prinsippet om nasjonal skjønnsmargin først og fremst har betydning i forbindelse med rettigheter av politisk art. Når det derimot gjelder fundamentale rettssikkerhetsgarantier i strafferetten, som uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2, er det etter praksis lite spillerom for nasjonalt skjønn. Skjønnsmarginen har heller ikke vært noe tema i avgjørelsene fra EMD på dette området.
- (77) *Den nærmere vurdering av villfarelsesbestemmelsen i straffeloven § 195 tredje ledd opp mot uskyldspresumsjonen*
- (78) Jeg ser først på påtalemyndighetens anførsel om at vi står overfor en rettighetskollisjon. Anførselen er underbygget med henvisning særlig til artikkel 34 i Barnekonvensjonen, hvor statene påtar seg å beskytte barn mot alle former for seksuell utnyttning og misbruk, og dessuten til EMK artikkel 8 om retten til respekt for privatlivet. Det gjøres gjeldende at proporsjonalitetsvurderingen må skje i lys av denne rettighetskonflikten. Påtalemyndigheten har vist til EMDs dom i saken von Hannover mot Tyskland, som har generelle uttalelser om forholdet mellom rettigheter til beskyttelse av henholdsvis privatlivet og ytringsfriheten, hvor hovedprinsippet er at man må finne en "fair balance" mellom rettighetene. Etter min mening er saken uten betydning for vårt spørsmål. Den dreide seg om rettigheter hvor statene nyter en viss skjønnsmargin, mens vår sak gjelder grunnrettighetene i strafferetten. Jeg tilføyer likevel at det etter mitt syn ikke kan være tvilsomt at Barnekonvensjonens krav til beskyttelse av barn mot seksuelle overgrep ville ha vært oppfylt selv om det ikke hadde vært gjort unntak fra de alminnelige regler om kravet til skyld i §§ 195 og 196.
- (79) Videre gjør påtalemyndigheten gjeldende at man ikke kan isolere bestemmelsen i § 195, men må se den i sammenheng med § 196: Bestemmelsen i § 196 må anses som et grunnleggende og § 195 som en regel om straffeskjerpelse. Og under henvisning til at A visste at fornærmede var under 16 år, er det videre gjort gjeldende at spørsmålet i denne saken bare har betydning for subsumsjonen, ikke for spørsmålet om straffeskyld, og at A har hatt muligheter til å forsvare seg ved straffutmålingen.
- (80) Det er nok så at oppbyggingen av straffebestemmelser kan være forskjellig, og at den måten bestemmelsene er utformet på, ikke uten videre kan være avgjørende i en vurdering etter EMK. Videre er det slik som påtalemyndigheten anfører at bestemmelsen i § 196 i stor utstrekning overlapper § 195, bortsett fra den forskjell som ligger i aktsomhetsreservasjonen i § 196. Men når det er sagt, er forholdet mellom disse to bestemmelsene ikke bare et spørsmål om lovteknikk. For det første er strafferammen vesentlig strengere i § 195 enn i § 196. Mens § 196 har en alminnelig strafferamme på fengsel i 5 år, har § 195 en alminnelig strafferamme på 10 år. Videre har § 195 en minstestraft på 2 år ved samleie som i saken her, og strafferammen er da 15 år, jf. straffeloven § 17 første ledd bokstav a. Etter praksis er det også stor forskjell på

straffenivåene etter bestemmelsene. Minstestrafen etter § 195 skal i utgangspunktet være ubetinget, og det skal i det hele svært meget til for å unngå ubetinget fengsel ved domfellelse etter denne bestemmelsen. Like viktig ved vurderingen av forholdet mellom bestemmelsene er at det hos oss er langt mer infamerende å bli dømt etter § 195 enn etter § 196. Spørsmålet om domfellelse etter § 195 eller etter § 196 har som følge av dette stor betydning. Avgjørelsen av om kravene etter uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 er oppfylt, må derfor etter mitt syn skje etter en vurdering av domfellelsen etter § 195, uten å trekke inn bestemmelsen i § 196.

- (81) Når jeg så går over til proporsjonalitetsvurderingen, viser jeg til min tidligere gjennomgåelse av begrunnelsen for bestemmelsen i § 195 tredje ledd. I forhold til den prosessuelle delen av begrunnelsen – hensynet til å verne barnet under rettergangen – vil jeg likevel kort nevne bestemmelsen i straffeprosessloven § 239 om dommeravhør av barn under 14 år. Avhøret skal tas opp ved videoopptak. Da det regelmessig vil gå noe tid før en straffesak kommer opp for retten, og barn i denne alderen utvikler seg raskt, vil videoopptaket vanligvis være det sentrale element i en bevisvurdering ved en eventuell anførsel fra siktede om at han trodde barnet var over 14 år.
- (82) Jeg finner videre grunn til å nevne at de øvrige nordiske land, hvor forhold av betydning for straffebestemmelsene rettet mot seksuelle overgrep mot barn ikke skiller seg vesentlig fra forholdene i Norge, ikke har noen slik bestemmelse som § 195 tredje ledd. Etter det som er opplyst, er det en bestemmelse som Norge antagelig er alene om å ha. Men dette – og det står fast – er en bestemmelse til vern for de yngste barna – ut fra hensyn av tungtveiende karakter som lovgiver etter omfattende drøftelser har funnet utslagsgivende og senere fastholdt.
- (83) Når bestemmelsen og de hensyn den skal ivareta, skal veies opp mot siktedes rettigheter, bemerker jeg først at de avgjørelsene fra EMD som jeg har gjennomgått, har dreid seg om bestemmelser av en helt annen karakter. At det har betydning på hvilket område vi befinner oss, fremgår klart av dommene om svensk tilleggsskatt og de avvisningsavgjørelsene som jeg har redegjort for. Vår sak ligger i kjernen av den sentrale strafferett. Uskyldspresumsjonen, som et av de grunnleggende prinsipper i strafferetten, står særlig sterkt her.
- (84) Videre legger jeg vekt på at spørsmålet om domfellelse etter § 195 første ledd andre straffalternativ i realiteten bare reiser to spørsmål, om det har foregått seksuell omgang i form av samleie, og om fornærmede var under 14 år. Nettopp det forhold at fornærmede er et barn, er det som gjør forholdet straffbart. Det dreier seg altså om det helt sentrale element i straffebestemmelsen.
- (85) Villfarelsesregelen i § 195 tredje ledd utelukker enhver vurdering av siktedes subjektive forhold ved avgjørelsen om straffeskyld, og gir ingen mulighet for forsvar. Også dette er et moment i den vurdering som skal foretas i forhold til EMK. At siktedes subjektive forutsetninger kan få betydning ved straffutmålingen, kan ikke ha særlig vekt i denne vurderingen. Det er heller ikke grunn til å trekke inn de alminnelige straffrihetsgrunner, som i denne sammenheng er rent teoretiske.
- (86) Endelig peker jeg på at sakene for EMD har angått bøter og økonomiske reaksjoner, mens vår sak gjelder en overtredelse som i utgangspunktet straffes med en minstestraft på 2 års fengsel. Også dette må ha stor betydning. Riktignok foreligger det i denne saken

tilståelse, slik at retten kan gå under minstestrafen, jf. straffeloven § 59 andre ledd, og tingretten har idømt helt ut betinget fengsel. Men dette har påtalemyndigheten ment at det ikke er grunnlag for, og har anket dommen til skjerpelse av straffen.

- (87) 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.
- (88) 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.
- (89) Jeg stemmer etter dette for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- (90) Dommer **Mitsem**: Jeg er kommet til det samme resultatet som førstvoterende, men med en annen begrunnelse. Min uenighet i begrunnelsen skyldes at jeg har et annet syn på rekkevidden av EMK artikkel 6 nr. 2.
- (91) EMK artikkel 6 sikrer retten til en ”rettferdig rettergang” i sivile saker og straffesaker. Etter artikkel 6 nr. 1 har borgerne blant annet krav på ”en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid ved en uavhengig og upartisk domstol opprettet ved lov”. De særlige prosessuelle rettsgarantier som, for straffesaker, fremgår av artikkel 6 nr. 2 og nr. 3, er utslag av de rettigheter som fremgår av nr. 1.
- (92) Artikkel 6 nr. 2 – uskyldspresumsjonen – gjelder spørsmålet om hvordan den siktede skal behandles og saksforholdet klarlegges, og inneholder i sin kjerne en bevisbyrderegel, et krav om at enhver rimelig tvil skal komme siktede til gode. Jeg kan ikke se at artikkel 6 nr. 2, hverken etter sin ordlyd eller sitt formål, åpner for en overprøving av de materielle forutsetninger for straffansvar. Jeg kan heller ikke se at konvensjonsorganene har gitt bestemmelsen en slik rekkevidde. Som nevnt av førstvoterende, er den sentrale

avgjørelsen i denne sammenheng EMD's dom 7. oktober 1988 i saken Salabiaku mot Frankrike.

- (93) I dommens avsnitt 27 konstaterer EMD at det "i prinsippet" er opp til konvensjonsstatene å bestemme at handlinger som ikke berører borgernes konvensjonsrettigheter skal belegges med straff, og at de dermed, på visse betingelser, kan "penalise a simple or objective fact as such". Disse knappe bemerkningene om objektive straffbarhetsbetingelser må, slik jeg ser det, oppfattes som en avgrensning i forhold til sakens tema, adgangen til å ha og anvende en lovgivning som snur bevisbyrden og opererer med presumsjoner om at gjerningsmannen har utvist subjektiv skyld.
- (94) Dommen sier intet nærmere om på hvilke betingelser objektive straffbarhetsvilkår kan godtas. Men det er ingen holdepunkter for at de bemerkningene jeg her har gjengitt har referanse til artikkel 6 nr. 2, som derimot drøftes fra og med avsnitt 28. Der heter det helt eksplisitt at drøftelsen gjelder "presumptions of fact or of law" – og dermed ikke dreier seg om objektive straffbarhetsbetingelser.
- (95) I avsnitt 28 fremgår at regler som pålegger siktede bevisbyrden med hensyn til straffeskyld kan støte an mot uskyldspresumsjonen og må undergis en proporsjonalitetsvurdering – slike regler må holdes "within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence". Og det kan "deprive the presumption of innocence of its substance" om nasjonale rettsregler fratrar domstolene deres adgang til å vurdere slike presumsjoners holdbarhet i den konkrete sak.
- (96) Den omvendte bevisbyrde ble ikke ansett for å være i strid med uskyldspresumsjonen. Dette skyldes at siktede hadde en reell mulighet for å føre bevis for sin uskyld. Jeg viser til avsnitt 30, der det understrekes at "the courts in question were careful to avoid resorting automatically to the presumption laid down in Article 392 para. 1 of the Customs Code".
- (97) Salabiaku-dommen dreier seg således om i hvilken grad man – i forhold til straffbarhetsvilkårene i den aktuelle straffebestemmelsen – kan begrense prinsippet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden for tiltaltes skyld. Jeg kan ikke se at dommen åpner for en overprøving av straffebestemmelers materielle innhold. Det samme er tilfellet i Pham Hoang-dommen 25. september 1992, som gjelder det samme franske regelverket. Og jeg legger til at for spørsmålet om å akseptere objektive straffbarhetsvilkår, gir det liten mening å kreve at siktede må gis adgang til å føre bevis for at han ikke har opptrådt forsettlig eller uaktsomt. Dette ville være ensbetydende med et forbud mot slike vilkår, i strid med det som sies om dette i avsnitt 27.
- (98) Som førstvoterende peker på, har EMD også avsagt to dommer av interesse i klagesaker mot Sverige – dommene 23. juli 2002 vedrørende henholdsvis Janosevic og Västberga Taxi Aktiebolag/Vulic, som gjaldt blant annet spørsmålet om skattyterne var pålagt en urimelig bevisbyrde for å unngå tilleggs�skatt.
- (99) Heller ikke i disse to dommene dreier EMD's drøftelse seg om i hvilken grad objektive straffbarhetsbetingelser kan aksepteres i forhold til uskyldspresumsjonen. I likelydende avsnitt 100 (Janosevic) og 112 (Västberga) konstaterer EMD innledningsvis at svenske skattetillegg påføres etter objektive kriterier. Men deretter viser EMD til at det av

bestemmelsene fremgår at skattetillegg ikke skal påføres, eventuelt ettergis, blant annet når unnlattelsen av å gi korrekte opplysninger fremtrer som unnskyldelig, og at bevisbyrden i så henseende i praksis påhviler skattyteren.

(100) EMD avslutter denne delen av sin drøftelse slik:

Consequently, the starting-point for the tax authorities and courts must be that inaccuracies found during a tax assessment are due to an inexcusable act attributable to the taxpayer and that it is not manifestly unreasonable to impose a tax surcharge as a penalty for that act. The Swedish tax system thus operates with a presumption, which it is up to the taxpayer to rebut.”

(101) Deretter foretar EMD en vurdering med henvisning til avsnitt 28 i Salabiaku-dommen, og konkluderer med at den presumsjonen som fulgte av de svenske skattebestemmelsene lå innenfor rimelige og akseptable grenser. Jeg viser til likelydende avsnitt 104 og 116:

”...in particular [in view of] the fact that the relevant rules on tax surcharges provide certain means of defence based on subjective element and that an efficient system of taxation is important to the State’s financial interests, the Court considers that the presumptions applied in Swedish law with regard to surcharges are confined within reasonable limits...”

(102) De sentrale realitetsavgjørelsene fra EMD dreier seg således om adgangen til å oppstille og anvende presumsjoner om subjektiv skyld i nasjonal lovgivning, ikke om objektive straffbarhetsbetingelser. Og slik jeg ser det, gir ikke dommene grunnlag for at også objektive straffbarhetsvilkår skal undergis en proporsjonalitetsvurdering etter artikkel 6 nr. 2. At slike vilkår ikke reiser spørsmål som reguleres av konvensjonen, kommer for øvrig også til uttrykk i kommisjonens upubliserte avgjørelse 6. mars 1989 i saken Källander mot Sverige.

(103) Etter førstvoterendes syn må objektive straffbarhetsbetingelser undergis den samme ”proporsjonalitetstesten” som en skyldpresumsjon. Som nevnt, kan jeg ikke se at dette kan utledes av dommene fra EMD. Men jeg er enig med førstvoterende i at synspunktet har støtte i avvisningsavgjørelsen 16. mars 2000 i saken Hardy Hansen mot Danmark. I denne saken ble en objektiv straffbarhetsbetingelse underlagt en proporsjonalitetsvurdering, idet det ble vist til avsnitt 27 og 28 i Salabiaku-dommen.

(104) Det følger av det jeg tidligere har sagt, at denne avvisningsavgjørelsen går utover, og synes å bygge på en misforståelse av, Salabiaku-dommen. En avvisningsavgjørelse kan heller ikke tillegges den samme rettskildemessige vekt som en realitetsavgjørelse, og Hardy Hansen-saken kan ikke innebære en så vidt markert utvidelse av anvendelsesområdet for artikkel 6 nr. 2.

(105) Det foreligger heller ikke opplysninger om at den forståelse av uskyldpresumsjonens rekkevidde som Hardy Hansen-avgjørelsen bygger på, er fulgt opp i senere EMD-praksis. Førstvoterende har vist til avvisningsavgjørelsen fra 2004 i saken Joost Falk mot Nederland. Der la EMD imidlertid til grunn at de aktuelle bestemmelsene i nederlandsk rett stilte opp en presumsjon; slik avgjørelsen er begrunnet, kan den vanskelig tas til inntekt for at objektive straffbarhetsvilkår skal undergis en proporsjonalitetstest.

- (106) Jeg legger til at objektive straffebestemmelser synes å være mest utbredt i engelsk rett. Som det fremgår av en artikkel av Victor Tadros og Stephen Tierney i *The Modern Law Review* 2004 side 402 flg., har engelske domstoler ikke ansett dette for å stride mot EMK artikkel 6 nr. 2. Og forfatterne finner å måtte konstatere at også EMD "has endeavoured implicitly or explicitly to separate the *procedural* protections offered to the criminal suspect from the prerogative of the Member State to define the *substantive* terms of its own criminal law...". Dette stemmer med mitt syn på EMD's praksis.
- (107) Det har i juridisk litteratur vært hevdet at det ikke er noen reell forskjell på en presumsjon om subjektiv skyld som siktede ikke gis anledning til å gjendrive og et ansvar uten hensyn til skyld – og at dette er et argument for å behandle begge deler likt. Førstvoterende har lagt vekt på dette argumentet.
- (108) Jeg kan imidlertid ikke se det annerledes enn at det er en relevant forskjell i forhold til uskyldspresumsjonen. Når et straffansvar er betinget av subjektiv skyld, må siktede få anledning til føre bevis for at han ikke er noe å bebreide. Dette dreier seg om en bevisførsel som er knyttet til straffbarhetsbetingelsene i det aktuelle straffebudet. At siktede må gis denne adgangen, følger av de grunnleggende rettssikkerhetsgarantier med hensyn til rettergangen som er nedfelt i artikkel 6 nr. 2. Men jeg kan ikke se at dette er ensbetydende med at uskyldspresumsjonen også stiller krav til straffebestemmelsernes materielle innhold, med den følge at objektive straffbarhetsbetingelser kan tilsidesettes.
- (109) På side 331-332 i *Allmän Kriminalrätt* (2001) konstaterer Nils Jareborg – riktignok med beklagelse – at Den europeiske menneskerettskonvensjon "[inte inneholder] något som har ansetts kunna ge stöd för ett förbud mot straffansvar oberoende av uppsåt eller oaktsamhet". Og når det særlig gjelder artikkel 6, peker han på at bestemmelsen "har ansetts endast kunna ge stöd för att finna vissa presumtioner om uppsåt eller oaktsamhet vara konventionsstridiga".
- (110) Jeg slutter meg til dette. Og hvis ingen konvensjonsbeskyttet rettighet er berørt, kan konvensjonen heller ikke begrunne at en lovbestemmelse settes til side.
- (111) Jeg legger til at i den svenske skattetilläggskommitéens betenkning *Skattetillägg m.m.*, SOU 2001:25, karakteriseres dette synet på rekkevidden av artikkel 6 som det dominerende i svensk og internasjonal juridisk litteratur. Dette er i samsvar også med mitt inntrykk, selv om meningene i litteraturen – slik også førstvoterende peker på – er delte.
- (112) Men selv om jeg har dette synet på EMK artikkel 6 nr. 2, kan jeg, under noen tvil, slutte meg til førstvoterendes konklusjon om at en anvendelse av straffeloven § 195 tredje ledd strider mot denne konvensjonsbestemmelsen. Jeg har lagt vekt på følgende:
- (113) Opprinnelig gjaldt det vanlige forsettskravet i straffeloven §§ 40 og 42 også for overtredelse av straffeloven § 195. Som førstvoterende har redegjort for, ble bestemmelsen i så henseende endret i 1927. Ved denne lovendringen ble det blant annet inntatt et nytt fjerde ledd i bestemmelsen, som tilsvarende någjeldende tredje ledd. Den samme endringen skjedde i straffeloven § 196.
- (114) Begrunnelsen, slik den fremgår av lovmotivene, var – som førstvoterende nevner – at man mente gjerningsmennene måtte ha forstått at det dreide seg om en mindreårig, og at det dermed ikke ville skje noen urett om de, "tross den feilslagne beregning", fikk det fulle

straffansvar. Jeg viser til Straffelovkomiteens Innstilling I av 1925 side 33. Ved den videre lovbehandling fikk Straffelovkomiteens forslag tilslutning. Samtidig ble straffeskalaen i § 195 skjerpet, også utover det komiteen hadde foreslått.

- (115) Jeg kan ikke oppfatte dette annerledes enn at lovgiver i realiteten har bygget på en presumsjon om at gjerningsmannen alltid vil være å bebreide, i det minste for å ha opptrådt uaktsomt med hensyn til dette helt sentrale straffbarhetsvilkåret i § 195, fornærmedes alder. Det må også legges til grunn at straffesatsene ved lovendringen i 1927 og senere endringer er lagt på et nivå som er ansett passende under forutsetning av at presumsjonen er holdbar i det enkelte tilfellet. Det er ingen holdepunkter for at lovgiver har ønsket at en som har forholdt seg helt ut aktsomt med hensyn til fornærmedes alder bør domfelles og – i samleietilfellene – ilegges en straff på mellom to og femten års fengsel.
- (116) Slik jeg ser det, bør en objektiv straffbarhetsbetingelse som er forankret i en presumsjon om at gjerningsmannen har utvist forsett eller uaktsomhet, vurderes etter de samme kriterier som presumsjonen i Salabiaku-saken. Straffeloven § 195 tredje ledd må da betraktes som en presumsjon som ikke tillates gjendrevet, i et meget alvorlig forhold der en fellende dom også vil være sterkt infamerende. Etter mitt syn kan dette ikke være holdbart etter EMK artikkel 6 nr. 2. Jeg viser til førstvoterendes bemerkninger om dette, som jeg er enig i. Jeg er også enig med førstvoterende i at konsekvensen av denne motstriden med EMK artikkel 6 nr. 2 bør være at man i den enkelte sak må legge til grunn det samme strenge aktsomhetskriteriet som i straffeloven § 196 tredje ledd.
- (117) Jeg konkluderer etter dette med at anken også etter mitt syn må forkastes.
- (118) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Mitsem.
- (119) Dommer **Aasland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Gjølstad.
- (120) Dommer **Lund:** Likeså.
- (121) Dommer **Gussgard:** Likeså.
- (122) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (123) Dommer **Coward:** Likeså.
- (124) Dommer **Stang Lund:** Likeså.
- (125) Dommer **Oftedal Broch:** Likeså.
- (126) Dommer **Flock:** Likeså.
- (127) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (128) Dommer **Bruzelius:** Likeså.

- (129) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (130) Dommar **Utgård:** Det same.
- (131) Dommer **Støle:** Likeså.
- (132) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(133) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: