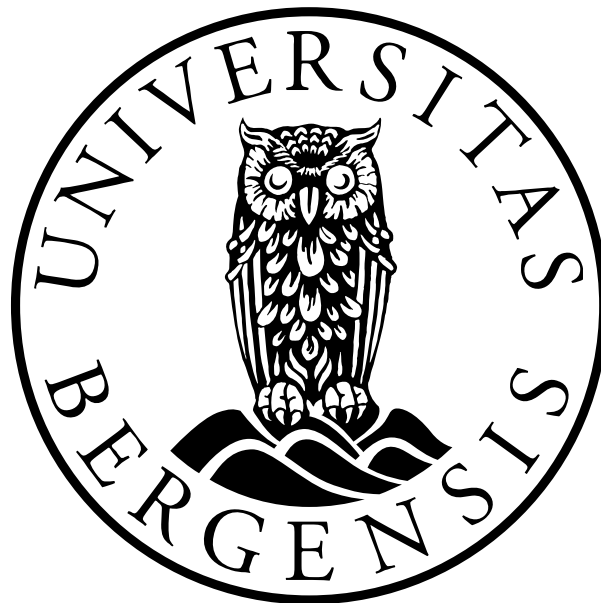


# Taushet som grunnlag for bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølging

*En analyse av straffeprosessloven § 446, med særlig  
fokus på om det bør inntas et vilkår om skyld og  
årsakssammenheng*

Kandidatnummer: 97

Antall ord: 14 437



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Oppgavens tema og problemstilling .....	3
1.2 Aktualitet .....	3
1.3 Avgrensninger .....	4
1.4 Rettskildebilde og metode .....	5
1.4.1 Rettskildebilde .....	5
1.4.2 Metodisk tilnærming .....	6
1.5 Veien videre .....	6
<b>2 Bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølgning som følge av taushet.....</b>	<b>8</b>
2.1 Kort om reglene om erstatning etter uberettiget straffeforfølgning .....	8
2.2 Bortfall av erstatning som følge av taushet .....	10
2.2.1 Hensynene bak lempningsadgangen .....	10
2.2.2 Regelens innhold .....	12
2.3 Forholdet til selvinkrimineringsvernet .....	13
2.3.1 Kort om selvinkrimineringsvernets rettslige forankring .....	13
2.3.2 Skillet mellom selvinkrimineringsvernet og retten til å forholde seg taus.....	14
2.3.3 Straffeprosessloven § 446 og forholdet til selvinkrimineringsvernet .....	15
2.4 I hvilke tilfeller er det rimelig å forholde seg taus? .....	17
2.4.1 Forklaringsnekt begrunnet i frykt.....	17
2.4.2 Forklaringsnekt som følge av et ønske om å ikke inkriminere andre .....	21
2.4.3 Betydningen av forsvarsadvokatens tilstedeværelse eller rådgivning.....	22
2.4.4 Bør det skilles mellom de tilfeller hvor siktedes forklaring ville ha renvasket ham for mistanke og ikke? .....	26
2.5 Utfordringer i anvendelsen av kriteriet «rimelig grunn» .....	28
<b>3 Forholdet til medvirkningsregler i erstatningsretten .....</b>	<b>30</b>
3.1 Straffeprosessloven § 446 og avviket fra alminnelig erstatningsrett .....	30
3.2 Bør det inntas et vilkår om skyld og årsakssammenheng i strpl. § 446? .....	32
3.2.1 Hensynet til harmoni i regelverket .....	32
3.2.2 Skyld som vilkår i strpl. § 446 .....	34
3.2.3 Årsakssammenheng som vilkår i strpl. § 446 .....	36
3.3 Oppsummering .....	38

<b>4</b>	<b>Kort om andre endringer foreslått i NOU 2016: 24.....</b>	<b>40</b>
4.1	Den nye straffeprosessloven § 45-7 .....	40
4.2	Rimelighetsvilkåret .....	40
4.3	Fra kategorisk til skjønnsmessig .....	41
<b>5</b>	<b>Avsluttende bemerkninger .....</b>	<b>43</b>
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>45</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Utgangspunktet i norsk rett er at den som er utsatt for uberettiget straffeforfølgning<sup>1</sup> har rett på erstatning etter erstatningsgrunnlagene i straffeprosessloven<sup>2</sup> kapittel 31. Erstatningen kan imidlertid settes ned eller falle bort på grunnlag av strpl. § 446 første ledd<sup>3</sup> dersom siktede på ulike måter har medvirket til straffeforfølgningen. Ett av medvirkningsgrunnlagene bestemmelsen oppstiller er taushet, jf. bestemmelsens bokstav a. Taushet som grunnlag for bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølgning er temaet for denne masteroppgaven. Denne lempningsregelen<sup>4</sup> står i et spenningsforhold til vernet mot selvinkriminering som er en grunnleggende prosessuell rettighet forankret både i Grunnloven<sup>5</sup> og EMK<sup>6</sup>. Oppgavens første problemstilling omhandler i hvilke tilfeller det vil være grunnlag for lemping av erstatning som følge av siktedes taushet, og hvordan dette står seg opp mot selvinkrimineringsvernet.<sup>7</sup>

Den neste problemstillingen i oppgaven knytter seg til bestemmelsens forhold til alminnelig erstatningsrett. Oppgaven vil undersøke hvorvidt det bør inntas et krav om skyld og årsakssammenheng i bestemmelsen, og hvilke eventuelle konsekvenser dette vil ha for adgangen til lemping som følge av at siktede har utøvet sin rett til taushet.<sup>8</sup>

## 1.2 Aktualitet

I 2014 ble straffeprosessutvalget satt ned for å utarbeide en helt ny straffeprosesslov og utvalgets utredning var klar i 2016.<sup>9</sup> Følgelig var også reglene om erstatning etter uberettiget

---

<sup>1</sup> Delkapittel 2.1.

<sup>2</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesak (straffeprosessloven - strpl.)

<sup>3</sup> Alle fremtidige henvisninger til strpl. § 446 er til strpl. § 446 første ledd, med mindre annet uttrykkelig fremgår.

<sup>4</sup> Også begrepet medvirkningsregel vil bli benyttet om strpl. § 446. For taushets vedkommende vil begrepene medvirknings- og lempingsalternativ- og grunnlag bli brukt.

<sup>5</sup> Lov 17. mai 1814 Grunnloven (Grl.)

<sup>6</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – EMK).

<sup>7</sup> Kapittel 2.

<sup>8</sup> Kapittel 3.

<sup>9</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov. Utvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 20. juni 2014.

straffeforfølgning gjenstand for vurdering. For lempningsregelens vedkommende stod særlig forholdet til alminnelig erstatningsrett sentralt. Bakgrunnen for dette er at strpl. § 446, i motsetning til andre medvirkningsregler i erstatningsretten, verken inneholder et krav om skyld eller årsakssammenheng. Disse to vilkårene er foreslått innført av straffeprosessutvalget.<sup>10</sup> De foreslåtte endringene aktualiserer en rettspolitisk diskusjon av om et krav til skyld og årsakssammenheng er hensiktsmessig, og dette er et særlig tema for oppgaven.

Det må bemerkes at situasjonen for den nye straffeprosessloven er noe uklar. Etter planen skulle den påfølgende proposisjonen legges frem i 2021.<sup>11</sup> Imidlertid ble arbeidet med en helt ny lov lagt på vent i 2020, og tidsperspektivet for når departementets forslag til ny straffeprosesslov vil foreligge er ikke fastsatt.<sup>12</sup> Straffeprosessutvalgets utredning ble i stedet fulgt opp med enkelte delendringer i gjeldende straffeprosesslov. Det er således uklart når, og eventuelt om, en helt ny straffeprosesslov vil foreligge. Dersom arbeidet med ny straffeprosesslov legges helt vekk, vil NOU-en måtte anses for å være et etterarbeid i relasjon til gjeldende straffeprosesslov. Den rettskildemessige vekten av NOU-en er altså foreløpig uklar, men betraktningene og synspunktene som fremkommer er likevel relevante i en rettspolitisk debatt.

### 1.3 Avgrensninger

Det ligger utenfor oppgavens rammer å gi en fullstendig fremstilling av selvinkrimineringsvernets rettslige grunnlag og innhold. Oppgaven vil derimot belyse spenningsforholdet mellom lempningsregelen i strpl. § 446 og selvinkrimineringsvernet, og hvilken betydning dette har for praktiseringen av lempningsregelen.<sup>13</sup>

Videre avgrenser oppgaven mot en dypere redegjørelse av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper og verdier, herunder det rettslige innholdet av kravet til skyld og årsakssammenheng. Oppgaven skal evaluere hensiktsmessigheten av en innføring av disse kravene. Hvordan disse kravene nærmere skal forstås eller praktiseres i relasjon til

---

<sup>10</sup> NOU 2016: 24 s. 88 og 679.

<sup>11</sup> Kolsrud (2018).

<sup>12</sup> Kolsrud (2020).

<sup>13</sup> Delkapittel 2.3.

lempningsregelen vil ikke bli behandlet. Oppgaven vil likevel kort påpeke hva vilkårene vil innebære i relasjon til taushet som medvirkningsalternativ, da dette er av betydning for vurderingen av hensiktsmessigheten av de foreslåtte endringene.

## 1.4 Rettskildebilde og metode

### 1.4.1 Rettskildebilde

I relasjon til strpl. § 446 er forarbeidsuttalelser og rettspraksis viktige rettskilder. Relevant rettspraksis er imidlertid i stor grad knyttet til de andre medvirkningsgrunnlagene i bestemmelsen, mens det derimot for taushet som medvirkning er noe sparsommelig med rettspraksis. Taushet som medvirkningsalternativ er imidlertid gitt oppmerksomhet i juridisk teori i forbindelse med lovrevisjonen i 2003.<sup>14</sup>

Også forvaltningspraksis fra Statens sivilrettsforvaltning er en relevant rettskilde. Det må imidlertid påpekes at den rettskildemessige vekten av forvaltningspraksis er noe begrenset. Den klare hovedregelen er at rettsoppfatningene som forvaltningspraksis bygger på ikke er rettslig bindende.<sup>15</sup> Hvor stor rettskildemessig vekt forvaltningspraksis har avhenger blant annet av hvor fast, varig og utbredt praksisen er, samt om forvaltningsorganet har særlig kyndighet på området.<sup>16</sup> Ettersom det er Statens sivilrettsforvaltning som i størst grad håndhever bestemmelsen i praksis gjennom vedtak om erstatning etter uberettiget straffeforfølgning, er det klart at Statens sivilrettsforvaltning har særlig kyndighet. Videre er det Statens sivilrettsforvaltning som i utgangspunktet avgjør hvorvidt siktedes krav om erstatning fører frem, og avgjørelsene vil ofte være endelige da det er grunn til å anta at de færreste vil ha ressurser til å føre saken for domstolene. I realiteten er det derfor også Statens sivilrettsforvaltning som avgjør bestemmelsens virkeområde. Statens sivilrettsforvaltning har også faste oppfatninger og praksis for enkelte typetilfeller.<sup>17</sup> Forvaltningspraksis vil på ovennevnte bakgrunn være en sentral rettskilde for å belyse den gjeldende rettstilstanden.

---

<sup>14</sup> Se særlig Garde og Strandbakken (2002).

<sup>15</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 39.

<sup>16</sup> Eckhoff (2001) s. 233.

<sup>17</sup> Se delkapitlene 2.4.1 - 2.4.3.

## 1.4.2 Metodisk tilnærming

Oppgavens analyser og vurderinger vil bli foretatt etter en rettsdogmatisk metode. Siktemålet med oppgaven blir dermed å fremlegge en systematisk fremstilling av gjeldende rett gjennom både kartlegging og analysering.<sup>18</sup> Rettsdogmatisk metode skiller seg fra konkret rettsanvendelse ved at det ikke tas stilling til rettsspørsmål med en konkret tvist for øye, men heller har som generelt siktemål å vurdere og analysere rettslige problemstillinger på et bredere og dypere nivå.<sup>19</sup> Den rettsdogmatiske argumentasjonsformen skiller seg fra alminnelige rettsanvendelse ved at det er debatten og refleksjonen vedrørende den generelle holdbarheten av gjeldende rett som står i fokus.<sup>20</sup> Rettsdogmatikken inneholder altså en kritisk komponent.<sup>21</sup>

Oppgaven vil også ha en rettspolitisk side.<sup>22</sup> Sammenlignet med rettsdogmatikken som skal finne frem til gjeldende rett, vil en rettspolitisk tilnærming være normativ og ta sikte på å vurdere de foretrukne rettslige løsninger.<sup>23</sup> Det vil dermed være en forutsetning for en rettspolitisk analyse at gjeldene rett er kartlagt på forhånd. Den rettspolitiske metoden utfordrer rettstilstanden gjennom en evaluering av om den fremmer de rettslige idealer og prinsipper innenfor det aktuelle rettsområdet.<sup>24</sup> Avdekkes det eksempelvis at lovbestemmelser eller forvaltningspraksis ikke fremmer vedtatte hensyn eller formål, vil det fra et rettspolitisk ståsted kunne argumenteres for at rettstilstanden bør endres.<sup>25</sup>

## 1.5 Veien videre

Oppgavens kapittel 2 vil ta sikte på å belyse lempningsregelens rettslige innhold i de tilfeller hvor siktede har forholdt seg taus. Dette vil gjøres gjennom en kartlegging og analysering av gjeldende rett i henhold til rettsdogmatisk metode. Deretter vil oppgavens kapittel 3 gjennom en rettspolitisk analyse vurdere om det bør inntas et vilkår om skyld og årsakssammenheng i bestemmelsen i tråd med alminnelig erstatningsrett. Oppgavens kapittel 4 vil kort ta for seg

---

<sup>18</sup> Mæhle (2004) s. 329.

<sup>19</sup> Mæhle (2004) s. 329.

<sup>20</sup> Mæhle (2004) s. 334.

<sup>21</sup> Mæhle (2004) s. 334.

<sup>22</sup> Kapittel 3.

<sup>23</sup> Dette omtales gjerne som de lege ferenda-betraktninger i juridisk teori.

<sup>24</sup> Eriksen (2012) s. 148.

<sup>25</sup> Eriksen (2012) s. 148.

andre relevante endringer som er foreslått i den nye bestemmelsen, før oppgaven til slutt i kapittel 5 vil komme med avsluttende bemerkninger.



## **2 Bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølging som følge av taushet**

### **2.1 Kort om reglene om erstatning etter uberettiget straffeforfølging**

Før jeg vil ta for meg bortfall av erstatning som følge av taushet, vil jeg innledningsvis starte fremstillingen med å kort gjøre rede for erstatningsgrunnlagene for erstatning etter uberettiget straffeforfølging. Bakgrunnen for dette er at de hensyn ligger til grunn for reglene om erstatning er sentrale baktepper for vurderingene av medvirkningsregelen i strpl. § 446.

Reglene om erstatning og oppreisning i anledning straffeforfølging fremgår av straffeprosessloven kapittel 31. Hovedregelen fremgår av strpl. § 444 første ledd som gir en siktet<sup>26</sup> rett til erstatning for sitt økonomiske tap dersom han blir frifunnet (bokstav a), forfølgningen mot ham innstilles (bokstav b) eller dersom siktede har vært pågrepet eller fengslet i strid med EMK og SP<sup>27</sup> (bokstav c). Dersom vilkårene for erstatning etter § 444 første ledd ikke er oppfylt, åpner § 445 for en skjønnsmessig vurdering basert på rimelighetsbetraktninger av om erstatning likevel skal tilkjennes. Siktede kan også etter § 447 ha krav på oppreisning for krenkelse eller annen skade av ikke-økonomisk art som følge av pågrepelse og varetektsfengsling dersom han blir frifunnet eller forfølgningen mot ham blir innstilt.

Alternativene som oppstilles i § 444 først ledd som gir rett på erstatning er tilfeller som anses som «uberettiget straffeforfølging». For de to førstnevnte alternativer er anklageprinsippet en sentral bakgrunn for regelen.<sup>28</sup> Kjernen i anklageprinsippet er at det er staten ved påtalemyndigheten som tar initiativ til straffeforfølging.<sup>29</sup> I forlengelsen av anklageprinsippet følger at påtalemyndigheten ikke skal ta ut tiltalte med mindre den selv er

---

<sup>26</sup> Det er kun den som har formell status som siktet iht. strpl. § 82 som kan ha krav på erstatning. Når begrepet «mistenkt» blir benyttet i det følgende refereres det til siktedes status i etterforskningen før han formelt ble ansett som siktet.

<sup>27</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter – SP).

<sup>28</sup> Alternativet i bokstav c er også å anse som «uberettiget straffeforfølging» i den forstand at det foreligger menneskerettslige krenkelser i relasjon til straffeforfølgingen. Begrunnelsen er altså en annen enn statens manglende oppfyllelse av sin bevisbyrde som straffeforfølgende myndighet.

<sup>29</sup> Prinsippet er forankret i strpl. § 63 hvor det fremgår at «[d]omstolene trer bare i kraft etter begjæring av en påtaleberettiget (...)».

overbevist om at så vel de subjektive som objektive vilkår for straffansvar er oppfylt, og at tiltaltes straffskyld kan bevises i retten.<sup>30</sup> Påtalemyndigheten skal altså legge til grunn den samme bevisterskel som domstolen anvender for å avsi fellende dom.<sup>31</sup> Bevisbyrden for at det er begått en kriminell handling, og dermed for at det foreligger straffansvar, ligger følgelig hos staten. Dersom saken omfattes av tilfellene i bokstav a og b i § 444 første ledd, vil det foreligge en presumsjon for at staten ikke har oppfylt sin bevisbyrde som den straffefølgende myndighet, og er dette tilfelle vil det foreligge uberettiget straffefølgning. Når det er staten som initierer straffefølgning, er det derfor rimelig at staten stilles til ansvar når straffefølgningen er uberettiget. Hvorvidt straffefølgningen var berettiget eller ikke har altså ikke nødvendigvis sammenheng med siktedes skyld eller uskyld.

Reglene om erstatning etter uberettiget straffefølgning oppstiller videre et objektivt ansvar for staten. Bakgrunnen for dette kan søkes i statens rolle som den straffefølgende myndighet. Straffefølgning er et inngrep i individets rettssfære som håndheves av offentlige myndigheter i det offentliges interesse, og er følgelig både statens ansvar og risiko.<sup>32</sup> Herunder omfattes også eventuelle tap straffefølgningen påfører den som har vært utsatt for uberettiget straffefølgning. Også pulveriseringshensynet gjør seg gjeldende; tapet kan lettest pulveriseres ved at staten bærer kostnadene, enn av den enkelte som er utsatt for uberettiget straffefølgning.<sup>33</sup> På denne måten bidrar erstatningsordningen til proporsjonalitet og rettferdighet i forholdet mellom borger og stat.

Staten har altså et objektivt ansvar for uberettiget straffefølgning begrunnet i statens rolle som den straffefølgende myndighet. De sterke grunner som taler for statens ansvar kan i utgangspunktet tas til inntekt for en høy terskel for lemping av dette ansvaret.<sup>34</sup> Strpl. § 446 oppstiller imidlertid en lempningsregel hvor siktedes krav på erstatning eller oppreisning, på nærmere vilkår, kan falle bort eller settes ned som følge av siktedes egen medvirkning til

---

<sup>30</sup> Se for eksempel Riksadvokatens rundskriv nr. 3/2018 punkt 4.3.2 om beviskrav og bevisvurdering, jf. også HR-2017-1947-A avsnitt 22.

<sup>31</sup> Riksadvokatens rundskriv nr. 3/2018 punkt 4.3.2 om beviskrav og bevisvurdering.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 15.

<sup>33</sup> NOU 2016: 24 s. 511.

<sup>34</sup> Med lemping av statens ansvar siktes det på dette punkt til en reduksjon av statens ansvar gjennom en fordeling av ansvaret mellom samvirkende skadeårsaker, herunder mellom den uberettigede straffefølgningen og siktedes medvirkning til dette, se også Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 471 som bruker samme terminologi på dette punkt.

straffeforfølgelsen. Ett av medvirkningsgrunnlagene er der siktede har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg. Dette er tema for neste delkapittel.

## 2.2 Bortfall av erstatning som følge av taushet

Straffeprosessloven § 446 første ledd bokstav a lyder:

«Erstatningen etter §§ 444 til 445 skal settes ned eller falle bort dersom siktede uten rimelig grunn

a) har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg (...)»

Bestemmelsen utgjør et unntak til utgangspunktet om siktedes rett til erstatning for uberettiget straffeforfølgning, og tillater lemping dersom siktede «uten rimelig grunn» har utøvet sin rett til taushet. Bestemmelsen er videre kategorisk ved at erstatningen *skal* settes ned eller falle helt bort dersom vilkårene for lemping er oppfylt. Bestemmelsen gjelder også ved krav om oppreisning, jf. strpl. § 447 fjerde ledd. I det følgende vil begrepet «erstatning» brukes i betydningen både erstatning og oppreisning, og oppgaven vil ikke skille mellom disse.

### 2.2.1 Hensynene bak lempningsadgangen

Før jeg i det følgende vil gjøre rede for det rettslige innholdet av regelen og deretter foreta en gjennomgang av ulike typetilfeller, vil jeg innledningsvis redegjøre for de ulike hensyn som begrunner adgangen til lemping og de formål bestemmelsen søker å ivareta. Dette fordi bestemmelsens hensyn og formål er egnet til å gi en dypere forståelse av regelens begrunnelse, og disse vil også gi verdifulle bidrag og argumenter til drøftelsene som finner sted senere i oppgaven.

Ettersom staten har et strengt objektivt erstatningsansvar, er det hensiktsmessig med en lempningsregel slik at statens ansvar ikke favner videre enn det som er rimelig.<sup>35</sup> Det er i samfunnets interesse at flest mulige straffbare forhold oppklares og forfølges. Dersom siktede unnlater å bidra med informasjon som kunne hindret eller begrenset straffeforfølgningen mot ham, er synspunktet at siktede selv er nærmest til å bære risikoen for eventuelle tap

---

<sup>35</sup> NOU 2016: 24 s. 516.

straffeforfølgningen medfører.<sup>36</sup> Dette vil også kunne være tilfelle hvor siktede selv har satt seg i en posisjon som medfører risiko for straffeforfølgning.<sup>37</sup>

Et annet uttalt hensyn bak lempningsadgangen er å forhindre at reelt skyldige mottar erstatning for straffeforfølgelsen.<sup>38</sup> Argumentet er et utslag av tanken om at ingen skal tjene på egen urett.<sup>39</sup> Det strenge strafferettslige beviskravet vil i flere tilfeller medføre at reelt skyldige blir frifunnet, eller at saken blir innstilt eller henlagt, og ofte vil det være disse som har interesse av å nekte å forklare seg eller på andre måter unnlate å medvirke til sakens opplysning.<sup>40</sup> Det kan hevdes at det vil svekke tillitten til rettssystemet at reelt skyldige får erstatning og på den måten en gevinst for straffbare forhold de ikke ble domfelt for.<sup>41</sup> En lempningsregel som gir anledning til reduksjon av erstatningskravet kan i så henseende bidra til at færrest mulig reelt skyldige får erstatning. At reelt skyldige i noen tilfeller vil få erstatning er imidlertid uunngåelig.

Hensynet til å forhindre at reelt skyldige får erstatning står i et noe motstridende forhold til § 446 annet ledd som fastslår at erstatningen ikke kan settes ned eller bortfalle med den begrunnelse at det er mistanke om at siktede har utvist straffskyld. Annet ledd presiserer at anvendelsen av lempningsregelen må utøves på en slik måte at man ikke kommer i konflikt med uskyldspresumsjonen.<sup>42</sup> Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at man kan legge vekt på de faktiske forholdene som foranlediget straffeforfølgningen.<sup>43</sup> Selv om regelen søker å bidra til å forhindre at reelt skyldige får erstatning, er hensynet til tillitten til strafferettssystemet bedre ivaretatt ved at reelt skyldige i noen tilfeller vil få utbetalt erstatning, enn at det settes spørsmålstegn ved om personer som er frifunnet likevel er skyldige.<sup>44</sup>

---

<sup>36</sup> NOU 2016: 24 s. 519 og Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 44 og 82-83.

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 83. Uttalelsen er gitt til bestemmelsens bokstav b, se for øvrig delkapittel 2.4.1 om forholdet mellom forarbeidsuttalelser i tilknytning til de ulike medvirkningsalternativer.

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 15.

<sup>39</sup> NOU 2016: 24 s. 513.

<sup>40</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 15.

<sup>42</sup> Uskyldspresumsjonen er forankret i GrL § 96 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 2.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 83.

<sup>44</sup> NOU 2016: 24 s 513.

## 2.2.2 Regelens innhold

Det sentrale vurderingstemaet for om det er grunnlag for lemping som følge av at siktede har forholdt seg taus, er om siktede hadde «rimelig grunn» til «å nekte å forklare seg». Ordlyden «rimelig grunn» er vag, men indikerer at det må foretas en konkret vurdering av det enkelte tilfellet. At tausheten må ha vært «rimelig» tilsier at den må ha et akseptabelt og holdbart grunnlag. I lovens forarbeider er det uttalt at kriteriet «rimelig grunn» innebærer at det skal foretas en konkret vurdering av hvem som i det aktuelle tilfellet er nærmest til å bære den økonomiske risikoen for straffeforfølgningen.<sup>45</sup> I dette ligger en risikovurdering hvor vurderingstemaet er om siktede «selv uten rimelig grunn har opptrådt på en måte som tilsier at han er den nærmeste til å bære kostnadene de aktuelle etterforskningsskrittene har påført [ham](...)».<sup>46</sup> Medvirkningshandlinger av uskyldig eller dagligdags karakter skal ikke medføre lemping. Erstatningen skal heller ikke lempes dersom siktedes forhold skyldes unnskyldelige misforståelser, forvirring, frykt eller lignende.<sup>47</sup>

Vurderingskriteriet «rimelig grunn» og de risikobetraktninger denne legger opp til, kan anses som et utslag av ordinær erstatningsrettslig tankegang om risikoplassering.<sup>48</sup> I den alminnelige erstatningsretten er skadelidtes handlemåte et sentralt element. Dette kommer tydelig frem i skadeserstatningsloven<sup>49</sup> § 5-1 hvor erstatningen kan lempes dersom skadelidte «har medvirket til skaden ved egen skyld» og «for så vidt det er rimelig». Har skadelidte medvirket til skaden ved egen skyld, er tanken at han selv er nærmest til å bære risikoen for dette. Selv om strpl. § 446 ikke krever skyld, er bestemmelsen på dette punkt nært beslektet med skl. § 5-1. Det kan her tas til orde for at strpl. § 446 utgjør en presisering av skl. § 5-1 innenfor spørsmålet om erstatning for uberettiget straffeforfølgning.<sup>50</sup>

Som nevnt ovenfor krever ikke strpl. § 446 at siktede har utvist skyld for at lemping skal være aktuelt. Bestemmelsen krever heller ikke årsakssammenheng mellom tapet siktede lider som følge av den uberettigede straffeforfølgningen og medvirkningshandlingen. På dette punkt representerer bestemmelsen et avvik fra medvirkningsregler i den alminnelige

---

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82 og Rt. 2009 s. 1125 avsnitt 38.

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 37.

<sup>47</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82.

<sup>48</sup> Øyen (2010) s. 185.

<sup>49</sup> Lov 13. juni 1969 nr. 26 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven – skl.).

<sup>50</sup> Øyen (2010) s. 185.

erstatningsretten. Det er imidlertid forutsatt i forarbeidene at skyld skal være et moment i vurderingen av om siktedes handling var «rimelig». <sup>51</sup>

Bevisbyrden for at vilkårene for lemping av siktedes erstatningskrav er oppfylt ligger hos staten <sup>52</sup>, mens bevisbyrden for at kriteriet «rimelig grunn» er oppfylt ligger hos kravstiller (tidligere siktede). <sup>53</sup> Dette er i tråd med alminnelig erstatningsrett; det er skadevolder som må sannsynliggjøre at det foreligger medvirkning fra skadelidtes side som gir grunnlag for å begrense skadevolders ansvar, men dersom skadelidte på sin side hevder at det foreligger omstendigheter som unnskylder hans medvirkning, flyttes bevisbyrden tilbake til skadelidte. <sup>54</sup>

Straffeprosessloven § 446s alternativ «[siktede] har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg» gir en lempningsadgang der siktede har benyttet seg av en grunnleggende prosessuell rettighet; retten til å forholde seg taus som inngår som en del av vernet mot selvinkriminering. Forholdet mellom selvinkrimineringsvernet og strpl. § 446 bokstav a behandles kort nedenfor i delkapittel 2.3, før jeg i det følgende vil se på ulike situasjoner hvor det kan anføres at det etter forholdene vil være rimelig å forholde seg taus. Jeg vil også belyse ulike bevismessige utfordringer knyttet til fraværet av et krav om årsakssammenheng og til kriteriet «rimelig grunn».

## **2.3 Forholdet til selvinkrimineringsvernet**

### **2.3.1 Kort om selvinkrimineringsvernets rettslige forankring**

Vernet mot selvinkriminering utgjør et grunnleggende rettsstatlig prinsipp. Prinsippets kjerne er at den som er mistenkt for en straffbar handling verken plikter å bidra til egen domfellelse eller å forklare seg overfor politiet eller domstolene. <sup>55</sup> Vernet er innfortolket i Grunnloven § 95 annet punktum som sikrer en rett til rettferdig rettergang gjennom Høyesteretts avgjørelse Rt. 2014 s. 1292 <sup>56</sup>, og den senere avgjørelsen i HR-2016-1459-A hvor Høyesterett eksplisitt

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 45 og 82.

<sup>52</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 2. avsnitt.

<sup>53</sup> Begrepene kravstiller, skadelidte og siktede vil i noen grad bli benyttet om hverandre avhengig av situasjonen det gjelder, men begrepene refererer til samme person.

<sup>54</sup> Se for eksempel LB-2011-9732. Denne avgjørelsen er hyppig vist til av Statens sivilrettsforvaltning.

<sup>55</sup> Se for eksempel Rt. 1999 s. 1269 s. 1271

<sup>56</sup> Dommens avsnitt 15.

uttaler at vernet mot selvinkriminering inngår i retten til en rettferdig rettergang.<sup>57</sup> Vernet er også sikret gjennom EMK artikkel 6 nr.1<sup>58</sup> og SP artikkel 4 nr. 3 bokstav g.

I straffeprosessloven er selvinkrimineringsvernet sikret i ulike bestemmelser både for den som har status som mistenkt og den som har status som siktet. Av strpl. § 90 følger det at siktede «ikke har plikt til å forklare seg» overfor retten og av § 232 at mistenkte «ikke har plikt til å forklare seg» i avhør. Retten til å forholde seg taus gjelder altså både på etterforsknings- og irettføringsstadiet av straffesaksbehandlingen.

### **2.3.2 Skillet mellom selvinkrimineringsvernet og retten til å forholde seg taus**

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen opererer med et skille mellom retten til å forholde seg taus og vernet mot selvinkriminering. Dette skillet ble først oppstilt i *Funke mot Frankrike* hvor det er uttalt at en siktet har rett til å «remain silent and not to contribute to incriminating himself».<sup>59</sup> Andre vanlige uttrykk er «the right to silence» og «the privilege against selfincrimination».<sup>60</sup> Domstolen har imidlertid aldri presisert hva som skiller retten til taushet fra selvinkrimineringsvernet og begrepene benyttes i noen grad om hverandre. Dette tyder på at domstolen ikke opererer med noe skarpt rettslig skille.<sup>61</sup>

Det anses likevel hensiktsmessig med en nærmere begrepsmessig avklaring. Begrepet «selvinkriminering» sikter til tilfeller hvor en mistenkt eller siktet medvirker til sin egen domfellelse for en straffbar handling. Dette kan skje gjennom både aktiv og passiv medvirkning.<sup>62</sup> Førstnevnte knytter seg til de tilfeller hvor mistenkte eller siktede gjennom en faktisk handling må avgi forklaring, utlevere gjenstander, dokumenter eller lignende. Passiv medvirkning knytter seg til tilfeller hvor mistenkte eller siktede bidrar til saken uten å selv foreta en aktiv handling, for eksempel ved å gjøre sitt legeme tilgjengelig for undersøkelser.<sup>63</sup>

---

<sup>57</sup> Dommens avsnitt 42.

<sup>58</sup> Vernet er innfortolket i EMDs dom *Funke mot Frankrike* [J], application no. 10828/84 [1993] (heretter *Funke mot Frankrike*).

<sup>59</sup> *Funke mot Frankrike*, avsnitt 44.

<sup>60</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>61</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>62</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>63</sup> Øyen (2010) s. 25.

Selvinkriminering er altså medvirkning som setter mistenkte eller siktede i en bevismessig ugunstig stilling, og som senere kan bidra til domfellelse.<sup>64</sup>

Som det fremkommer av det ovennevnte omfatter selvinkrimineringsvernet mer enn en rett til å forholde seg taus. Retten til å forholde seg taus omfatter bare verbal selvinkriminering, mens uttrykket selvinkrimineringsvernet vil favne videre.<sup>65</sup> Det er derfor nærliggende å betrakte retten til taushet som en underkategori av selvinkrimineringsvernet.<sup>66</sup> Ettersom oppgaven omhandler bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølgning ved at siktede nekter å forklare seg, vil betegnelsene selvinkrimineringsvernet og vernet mot selvinkriminering i det følgende bli brukt i betydningen vernet mot selvinkriminering ved utøvelse av taushet. Videre kan utøvelse taushetsretten være absolutt, i den forstand at siktede nekter å forklare seg overhodet, men det kan også dreie seg om delvis taushet. I det følgende vil oppgaven ikke skille mellom absolutt og delvis taushet.

### **2.3.3 Straffeprosessloven § 446 og forholdet til selvinkrimineringsvernet**

Når en siktet først har rett på erstatning etter erstatningsgrunnlagene i straffeprosessloven kapittel 31, kan det umiddelbart synes betenkelig at erstatningen kan settes ned som følge av at han har utøvet en grunnleggende prosessuell rettighet; retten til å forholde seg taus. Bestemmelsen står derfor i et spenningsforhold til vernet mot selvinkriminering. Det er imidlertid klart at bestemmelsen må anses forenelig med selvinkrimineringsvernet. Spørsmålet ble drøftet under lovforberedelsene til gjeldende straffeprosesslov og departementet uttaler:

«Det reiser seg spørsmål om erstatningen også skal kunne settes ned på grunnlag av at en person har benyttet seg av retten til å nekte å forklare seg etter straffeprosessloven § 90 og selvinkrimineringsforbudet i SP artikkel 14 bokstav g og EMK artikkel 6 nr. 1. Fritakelsen fra forklaringsplikten har ikke blitt ansett for å være til hinder for at nektelse av å gi forklaring kan lede til bortfall eller nedsettelse av erstatningen.»<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>65</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>66</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 44.



Det er også i juridisk teori tatt til orde for at bestemmelsen ikke utgjør en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Det rådende synspunkt er at bestemmelsen ikke fremstår som en sanksjon mot en siktet som har valgt å forholde seg taus.<sup>68</sup>

EMD har lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet kan være krenket dersom siktede ilegges en rettslig sanksjon for utøvelse av taushetsretten.<sup>69</sup> EMD har i flere avgjørelser vurdert hvorvidt nektelse av erstatning for saksomkostninger med den begrunnelse at vedkommende har nektet å forklare seg, utgjør en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. I *Fashanu mot Storbritannia* fastholder Kommissjonen:

«The Commission does not accept that the applicant was penalised for exercising his right to silence: in the absence of a right to reimbursement of costs on acquittal, *the fact that a person has to bear his or her own costs on acquittal cannot be equated to a penalty.*»<sup>70</sup> (uthevet her)

Tap av saksomkostninger anses altså ikke en som en «penalty», og følgelig var heller ikke selvinkrimineringsvernet krenket.<sup>71</sup> EMD har etter det jeg kan se derimot ikke vurdert hvorvidt bortfall av erstatning for uberettiget straffeforfølgning som følge av å forholde seg taus utgjør en «penalty». Denne situasjonen anses imidlertid såpass nært beslektet med de tilfeller EMD har vurdert at det ikke er grunn til å anta at EMD ville kommet til et annet resultat dersom dette skulle bli tatt opp til behandling.

Strpl. § 446 som sådan utgjør altså ikke en krenkelse av selvinkrimineringsvernet da bestemmelsen ikke er ansett for å være en sanksjon eller «penalty» for utøvelse av taushetsretten. Som jeg kommer tilbake til senere i oppgaven, kan det imidlertid reises spørsmål om utøvelsen av bestemmelsen likevel kan være på en slik måte at praksisen trår selvinkrimineringsvernet for nært.<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> Øyen (2010) s. 185.

<sup>69</sup> *Shannon mot Storbritannia* [J], application no. 6563/03 [2005], avsnitt 33-35.

<sup>70</sup> *Fashanu mot Storbritannia* [C], application no. 38440/97 [1998]

<sup>71</sup> Se også *Byrne mot Storbritannia* [C], application no. 37107/97 [1998] og *Ashendon og Jones mot Storbritannia* [J], application no. 35730/07 og 4285/08 [2011]

<sup>72</sup> Delkapittel 2.4.3.

## 2.4 I hvilke tilfeller er det rimelig å forholde seg taus?

Når det er aktuelt med bortfall av erstatning som følge av siktede har forholdt seg taus, blir spørsmålet i hvilke tilfeller denne forklaringsnekten oppfyller vilkåret «rimelig grunn». Det kan hevdes at det ofte vil være skyldige som nekter å forklare seg, men også en uskyldig siktet kan ha gode grunner til å forholde seg taus. Det kan eksempelvis dreie seg forklaringsnekt begrunnet i sviktende hukommelse om faktum, at man har lett for å snakke seg inn i et ansvar det reelt sett ikke er grunnlag for<sup>73</sup>, eller at frykt for å avsløre andre kriminelle forhold som enten han selv eller andre har hatt befatning med.

Forklaringsnekt kan altså skyldes mange og sammensatte grunner, og vurderingen av om denne oppfyller det skjønsmessige kriteriet «rimelig grunn», er derfor ikke alltid like enkel å foreta. Verken ordlyden eller forarbeidene gir ytterligere veiledning for kriteriets innhold enn det som er gjennomgått i delkapittel 2.2. Det er imidlertid både gjennom forvaltningspraksis fra Statens sivilrettsforvaltning og juridisk teori mulig å utlede ulike typetilfeller som etter omstendighetene kan gi veiledning for denne vurderingen.<sup>74</sup> I det følgende vil jeg ta for meg de tre typetilfeller fra de nevnte kilder som jeg anser som særlig praktiske; forklaringsnekt begrunnet i frykt for represalier eller sanksjoner, forklaringsnekt begrunnet i et ønske om å ikke inkriminere andre, og forklaringsnekt som følge av råd av eller manglende tilstedeværelse av forsvarer. Sistnevnte typetilfelle vil bli gitt særlig oppmerksomhet da dette er et typetilfelle med motstridende oppfatninger i forvaltningspraksis og juridisk teori. Til slutt vil oppgaven ta sikte på å belyse enkelte bevismessige utfordringer knyttet til fraværet av et krav til årsakssammenheng.

### 2.4.1 Forklaringsnekt begrunnet i frykt

Det første praktiske typetilfellet er der hvor siktede nekter å forklare seg begrunnet i ulike typer frykt. Frykten vil ofte være begrunnet i trusler om represalier eller sanksjoner fra

---

<sup>73</sup> NOU 2016: 24 s. 519.

<sup>74</sup> Garde og Strandbakken har uttrykkelig oppstilt forklaringsnekt begrunnet i frykt, herunder frykt for sanksjoner eller represalier fra utenforstående, som et typetilfelle, se Garde og Strandbakken (2002) s. 95. Dette er også grundig behandlet i lovkommentarene til bestemmelsen, se Keiserud (2022) kommentar til § 446, 4. avsnitt. De øvrige typetilfeller oppgaven oppstiller tar i større grad utgangspunkt i rettspraksis (delkapittel 2.4.2.) og forvaltningspraksis (delkapittel 2.4.3). Disse er gitt vesentlig mindre oppmerksomhet i teorien, men er helt kort nevnt.

utenforstående tredjepersoner. Spørsmålet er i hvilke tilfeller slik frykt kan sies å oppfylle kriteriet «rimelig grunn».

Forarbeidene tar ikke uttrykkelig stilling til hvilken type frykt som er relevant, men det uttales generelt at frykt er et moment i vurderingen av om «rimelig grunn» foreligger.<sup>75</sup> Det fremheves videre at frykten må kunne anses som unnskyldelig for at den skal kunne aksepteres.<sup>76</sup>

Forarbeidsuttalelsen lyder: «Nedsetting vil (...) ikke kunne skje dersom siktedes forhold skyldes unnskyldelige misforståelser, forvirring, frykt eller lignende (...)», jf. Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82. Uttalelsen er i utgangspunktet noe vag når det kommer til om unnskyldelig knytter seg til samtlige uttrykk. På den ene side er det kun unnskyldelige og misforståelser som står i flertall, men dette kan også være av rent språklige hensyn. Videre vil frykt som regel måtte anses for å være unnskyldelig for at kriteriet «rimelig grunn» skal kunne anses oppfylt. Slik sett synes begrepet unnskyldelig å være av underordnet betydning i denne sammenheng. Jeg legger derfor til grunn at unnskyldelig knytter seg til alle uttrykkene.

Hvorvidt årsaken til frykten er av betydning, er ikke drøftet. Den generelle uttalelsen om frykt som et vurderingsmoment til kriteriet «rimelig grunn» kan ut fra sammenhengen tas til inntekt for at den hovedsakelig gjelder frykt som knytter seg til handlingen som straffeforfølges, og ikke forklaringsnekt.<sup>77</sup> Uttalelsens generelle karakter tilsier likevel at dette ikke kan anses for å ha avgjørende betydning.

I relasjon til strpl. § 446 bokstav b fremhever forarbeidene «mistankepådragende atferd» som en omstendighet den siktede selv må bære risikoen for.<sup>78</sup> «Mistankepådragende atferd» vil innbefatte opptreden som normalt vil medføre risiko for straffeforfølgning.<sup>79</sup> Dersom deltakelsen i det aktuelle kriminelle miljøet er *frivillig*, vil i dette i flere tilfeller kunne anses som slik «mistankepådragende atferd». Det er på dette punkt nærliggende å se uttalelsene i forarbeidene i sammenheng, og disse kan dermed tas til inntekt for at kriteriet «rimelig grunn» ikke vil være oppfylt dersom frykten er begrunnet i trusler fra et miljø den siktede frivillig er en del av.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 45.

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82

<sup>77</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

<sup>78</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 82.

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 83.

<sup>80</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

Standpunktet i juridisk teori er på ovennevnte bakgrunn at kriteriet «rimelig grunn» ikke er oppfylt dersom frykten har sin årsak i miljøer den siktede frivillig er en del av.<sup>81</sup> Også Statens sivilrettsforvaltning legger til grunn at frykt for sanksjoner eller represalier fra utenforstående ikke er å anse som en «rimelig grunn». Unntak kan imidlertid tenkes i helt spesielle tilfeller.<sup>82</sup>

Juridisk teori synes i denne sammenheng å operere med et skille mellom *frivillig og ufrivillig befatning* med kriminelle miljøer.<sup>83</sup> Ut fra det jeg kan se skiller ikke Statens sivilrettsforvaltning uttrykkelig mellom disse. Det er imidlertid nærliggende at de helt spesielle unntakstilfeller forvaltningspraksis gir anvisning på også kan være ment å omfatte ufrivillig befatning med kriminelle miljøer. Hvor Statens sivilrettsforvaltning setter terskelen for unntakstilfellene er uklart, men angivelsen av at unntakstilfellet må være helt spesielt gir anvisning på at det opereres med en høy terskel.

Hva som menes med *ufrivillig befatning* i denne sammenheng synes imidlertid noe uklart, og må presiseres nærmere. Det kan sondres mellom tilfeller av ufrivillig deltakelse i kriminelt miljø, og tilfeller hvor det dreier seg om ufrivillig frykt eller press fra utenforstående. Etter mitt skjønn er det mest treffende å skille mellom *frivillig eksponering og ufrivillig frykt eller press*, heller enn frivillig og ufrivillig deltakelse i slike miljøer.<sup>84</sup> Spørsmålet i det følgende er om det er hensiktsmessig å operere med dette skillet som er oppstilt i juridisk teori.

Som nevnt i delkapittel 2.2.2 er det sentrale vurderingstemaet om det er staten eller siktede selv som er nærmest til å bære risikoen for straffeforfølgningen. Der hvor siktede har frivillig befatning med det aktuelle miljøet, kan det anføres at siktede selv har satt seg i en posisjon som medfører risiko for straffeforfølgning, og dersom han i tillegg unnlater å bidra med informasjon som kunne ha hindret eller begrenset forfølgningen mot ham, vil han selv være nærmest til å bære risikoen for straffeforfølgningen. Et slikt standpunkt vil bidra til å begrense statens ansvar til de tilfeller hvor ansvaret fremstår som rimelig.

Omstendighetene kan likevel være slik at den siktede, tross forklaringsnekten, rent faktisk er uskyldig. Lemping vil i et slikt tilfelle ikke tjene hensynet til å forhindre at reelt skyldige får erstatning. Det kan også virke urimelig å kreve at siktede skal trosse den mer eller mindre

---

<sup>81</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

<sup>82</sup> Se ESTR-2011-4098 med henvisning til ESTR-2010-1903 og ESTR-2008-2710.

<sup>83</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

<sup>84</sup> Ufrivillig frykt eller press vil også kunne omfatte ufrivillig deltakelse.

begrunnede frykten og ta risikoen ved å forklare seg på en mulig bekostning av liv og helse.<sup>85</sup> Dersom det dreier seg om en reell risiko for siktedes liv og helse, vil det være grunn til å legge mindre vekt på siktedes taushet i erstatningssaken. Den samme løsning kan ha gode grunner for seg i tilfeller hvor siktede selv opplever risikoen som reell og av den grunn forholder seg taus.<sup>86</sup>

Som et utgangspunkt kan det anføres at frykten vil være mer unnskyldelig når det dreier seg om et miljø den siktede *ufrivillig* har befatning med. I denne situasjonen har ikke siktede selv satt seg i en posisjon som medfører risiko for straffeforfølgning, hvilket taler for at han ikke er nærmest til å bære risikoen for straffeforfølgningen. Videre kan også frykten i denne situasjonen anses som mer reell enn der hvor siktede frivillig er eksponert for et kriminelt miljø. I teorien er det anført at rimelighetsvurderingen i dette tilfellet er noe mer åpen, men at den som regel adekvate reaksjon er å kontakte politiet, og ikke å la være å forklare seg.<sup>87</sup> I forlengelsen av dette tas det til orde for at det i et slikt tilfelle skal mye til før frykten for truslene om represalier eller sanksjoner - som presumptivt er straffbare - kan sies å utgjøre en «rimelig grunn».<sup>88</sup>

I utgangspunktet er min oppfatning at skillet mellom frivillig og ufrivillig befatning med kriminelle miljøer har gode grunner for seg. Denne kategoriseringen gir rettsanvenderen en viss pekepinn og noen holdepunkter for rimelighetsvurderingen. Imidlertid er jeg noe kritisk til forvaltningspraksis og juridisk teoris standpunkt om at kriteriet «rimelig grunn» uansett ikke er oppfylt dersom det dreier seg om frivillig befatning. Etter mitt skjønn er det rom for en vurdering av om frykten skyldtes en reell risiko for liv og helse samt siktedes subjektive opplevelse av risikoen. I de tilfeller hvor det er tale om ufrivillig befatning er jeg enig i at utgangspunktet bør være at vedkommende kontakter politiet for beskyttelse. På den annen side er jeg av den oppfatning at det også her bør være rom for å hensynte siktedes subjektive forhold og om det foreligger en plausibel årsak for vedkommende til å forholde seg taus i stedet for å søke beskyttelse.

---

<sup>85</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 96.

<sup>86</sup> Se i samme retning Garde og Strandbakken (2002) s. 96.

<sup>87</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

<sup>88</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

## 2.4.2 Forklaringsnekt som følge av et ønske om å ikke inkriminere andre

Det vanligste er at siktede forholder seg taus for å ikke inkriminere seg selv, men det er heller ikke uvanlig at dette også gjøres i frykt for å inkriminere andre. Spørsmålet blir da om og i hvilken utstrekning et ønske om å ikke inkriminere andre kan anses som en «rimelig grunn» til å forholde seg taus.

Typetilfellet ble vurdert av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1195 hvor den siktede fryktet at vedkommendes forklaring ville bringe hans onkel inn i saken som mistenkt. Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til var om «motivet for å ikke avgi forklaring [var] av en slik karakter at [siktete] ut fra en rimelighetsvurdering likevel [hadde] krav på oppreisning».<sup>89</sup> Førstvoterende påpeker at lovgiver ikke primært har tatt sikte på situasjoner hvor forklaringsnekten utelukkende er motivert ut fra et ønske om å ikke gjøre andre til mistenkt i saken, men situasjonen er heller ikke omtalt blant eksemplene for når lemping ikke bør skje.<sup>90</sup> Deretter slutter førstvoterende seg til Andenæs/Myhrer sitt standpunkt om typetilfellet:

«Bestemmelsen tar først og fremst sikte på tilfeller der siktede uten rimelig grunn har unnlatt å bidra med opplysninger som kunne fjernet eller redusert mistanken mot han eller henne. *Er opplysningene holdt tilbake fordi siktede ved å fri seg fra mistanken vil bidra til at nærstående i stedet blir mistenkt, vil man nok si at det forelå rimelig grunn.* Er årsaken derimot at ikke andre bekjentskaper skal oppleve ubehaget eller den sosiale belastning ved å bli forbundet med straffesaken, er det mye som taler for at slik ridderlighet, i alle fall delvis, bør utøves på egen bekostning.»<sup>91</sup> (uthevet her)

Høyesterett åpnet med dette for at forklaringsnekt som følge av et ønske om å beskytte nærstående etter forholdene kan aksepteres som en «rimelig grunn». Det avgjørende i saken var dermed hvorvidt onkelen var å anse som en nærstående. Staten anførte at straffeprosessloven § 122 om fritak fra vitneplikt satte en skranke for hvem som kan anses som nærstående, og at lagmannsretten hadde tatt feil da den kom til at onkelen var omfattet av denne bestemmelsen. Høyesterett var ikke enig i at strpl. § 122 var avgjørende for hvem som kan anses som nærstående, og trakk heller graden av nærhet og tilknytning til den personen siktede ønsket å beskytte inn som et moment i vurderingen av om kriteriet «rimelig grunn»

---

<sup>89</sup> Dommens avsnitt 29.

<sup>90</sup> Dommens avsnitt 35.

<sup>91</sup> Dommens avsnitt 36 med henvisning til Andenæs (2009) s. 624-625.

var oppfylt. I dette tilfellet kom Høyesterett til at tilknytningen mellom siktede og onkelen var av en slik karakter at siktede hadde «rimelig grunn» til å nekte å forklare seg.<sup>92</sup>

Dommen gir retningslinjer for hvilke karakterer av nærstående det kan være rimelig grunn for siktede til å beskytte, og oppstiller et mer vidtrekkende vern for siktedes nærstående enn reglene om vitnefritak i strpl. § 122. Så vel familiære som sosiale forhold av en viss tilknytning synes å kunne aksepteres. I dette typetilfellet er det imidlertid ikke tale om siktedes rett til å verne *seg selv* fra inkriminering, men heller tale om et vern mot å inkriminere andre. Det kan derfor hevdes at selvinkrimineringsvernet gjør seg begrenset gjeldende i denne situasjonen, og at Høyesterett, ved å akseptere forklaringsnekt i frykt av å inkriminere andre, til en viss grad utvider retten til taushet i et *selv*inkrimineringsperspektiv.

### 2.4.3 Betydningen av forsvarsadvokatens tilstedeværelse eller rådgivning

Et annet typetilfelle som blant annet går igjen i praksis fra Statens sivilrettsforvaltning er de tilfeller hvor siktede nekter å forklare seg uten forsvarer til stede. Siktedes rett til forsvarer under ethvert trinn av straffesaksbehandlingen er en grunnleggende prosessuell rettighet, og forankret i både straffeprosessloven § 94 og EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c. Rett til forsvarer gjelder også for den som har status som mistenkt.<sup>93</sup> Det er derfor kurant å legge til grunn at kravet til «rimelig grunn» vil være oppfylt i et slikt tilfelle og at det derfor heller ikke vil være grunnlag for lemping.<sup>94</sup>

Statens sivilrettsforvaltning har imidlertid lagt seg på en annen linje. Av forvaltningspraksis følger det at det er fast praksis at kriteriet «rimelig grunn» ikke er oppfylt når siktede nekter å forklare seg uten forsvarer til stede.<sup>95</sup> I vedtak ESTR-2021-2963 uttaler Statens sivilrettsforvaltning:

«Vi anser det ikke som rimelig grunn å nekte å forklare seg uten forsvarer til stede.

Etter straffeprosessloven har han rett til å la seg bistå av forsvarer under alle avhør.

---

<sup>92</sup> Se særlig dommens avsnitt 33-37.

<sup>93</sup> Jf. Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten § 8-1 (påtaleinstruksen). En mistenkt vil også normalt anses for å være «charged with a criminal offence» i henhold til EMK art. 6 nr. 3 bokstav c, jf. *Simeonovi mot Bulgaria* [GC], application no. 21980/04 [2015], avsnitt 110-111.

<sup>94</sup> Keiserud (2022), kommentar til § 446, 4. avsnitt.

<sup>95</sup> Se eksempelvis ESTR-2020-751 og ESTR-2014-1932.

Derav følger imidlertid ikke at han kan benytte seg av denne rett, uten at det får konsekvenser for et senere erstatningskrav.»

Statens sivilrettsforvaltning begrunner ikke nærmere hvorfor de ikke anser slik utøvelse av taushetsretten som rimelig. Hvorvidt Statens sivilrettsforvaltning har vurdert taushetens rimelighet i de konkrete tilfellene fremstår som noe uklart. Det fremkommer ikke eksplisitt av de nevnte vedtak at årsaken til siktedes taushet er underlagt en konkret vurdering annet enn at den skyldes forsvarerens fravær på forklaringstidspunktet. Når det opereres med en slik fast praksis, kan dette etterlate et inntrykk av man nærmest opererer med et automatisk erstatningsbortfall.

Også i forarbeidene til ny straffeprosesslov er temaet gjenstand for diskusjon. Utvalget uttaler at behovet for å forholde seg taus kan variere med forhold som sakens alvorlighet og om siktede hadde fått tilgang på forsvarer, og viser i den anledning til Statens sivilrettsforvaltnings vedtak ESTR-2014-1932 hvor siktede ikke ble tilkjent erstatning som følge av at han ikke ønsket å forklare seg uten forsvarer til stede.<sup>96</sup> Videre uttaler utvalget:

«Gitt den vanskelige bevissituasjonen i mange voldtektssaker, og det alvor som preger behandlingen av slike straffesaker, *tar ikke utkastet sikte på å la medvirkningsregelen komme til anvendelse alene fordi mistenkte har forholdt seg taus i en slik presset situasjon.*»<sup>97</sup> (uthevet her)

At Staten sivilrettsforvaltning har et såpass markant avvik fra andre rettskilder i sin vurdering av om kriteriet «rimelig grunn» er oppfylt i denne sammenheng, er ikke uten videre uproblematisk. Retten til forsvarer utgjør en viktig rettssikkerhetsgaranti og henger nøye sammen med selvinkrimineringsvernet. Etterforskningsstadiet er et særlig sårbart stadium av straffeforfølgelsen for mistenkte, og tilstedeværelse av en forsvarsadvokat vil redusere risikoen for at mistenkte foretar uoverveide valg av passivitet eller aktivitet, og for at det oppstår uheldig press i avhørssituasjonen.<sup>98</sup> Forklaringsnekt med den begrunnelse at forsvarer ikke er til stede på dette stadiet av etterforskningen, vil derfor kunne redusere sjansen for

---

<sup>96</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

<sup>97</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

<sup>98</sup> Øyen (2010) s. 334.



brudd på selvinkrimineringsvernet.<sup>99</sup> Siktedes utøvelse av taushetsretten før forsvarer er til stede vil heller ikke utelukke at han vil forklare seg på et senere tidspunkt. Etter mitt syn er det derfor uheldig at man ukritisk legger til grunn at forklaringsnekt i denne situasjonen ikke er å anse som en «rimelig grunn» til utøvelse av taushetsretten.

Videre kan Statens sivilrettsforvaltnings praksis med et tilsynelatende automatisk erstatningsbortfall på dette punkt bære preg av sanksjonering overfor kravstillere. Bestemmelsens forenelighet med selvinkrimineringsvernet er, som nevnt i delkapittel 2.3.3, i stor grad begrunnet i at bestemmelsen *ikke* fremstår som en sanksjon. Dette vil derimot fordre at det foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering i tråd med både ordlyden og forarbeidene angivelse av relevante vurderingsmomenter. Vurderingen av det konkrete tilfellet må også hensynta bestemmelsens formål; å begrense statens objektive ansvar til de tilfeller hvor ansvaret fremstår som rimelig. Det skal med andre ord ikke opereres med automatisk erstatningsbortfall ved utøvelse av taushetsretten.<sup>100</sup> Fraværet av vurderinger av taushetens rimelighet i det konkrete tilfellet er ikke bare egnet til å undergrave lempningsregelens formål ved at man risikerer at den økonomiske konsekvensen av straffeforfølgningen urettmessig lempes over på siktede, men kan altså også skape inntrykk av sanksjonering for å ha utøvet retten til taushet. Det kan derfor spørres om statens faste praksis med lemping i dette tilfellet trår selvinkrimineringsvernet for nært.

En annen praktisk situasjon er der hvor siktede nekter å forklare seg etter råd fra sin forsvarer, og det kan derfor spørres om slik taushet bør ha negative følger for siktedes senere erstatningskrav. Det er for det første grunn til å anta at de fleste vil stole på rådene fra sin forsvarer og innrette seg etter disse. Videre er taushet ikke bare en prosessuell rettighet, men også ansett som en helt legitim måte å føre sitt forsvar på.<sup>101</sup> Siktedes tillitt til forsvarer tilsier at kriteriet «rimelig grunn» i slike tilfeller bør anses oppfylt.

Både i juridisk teori og i forvaltningspraksis er det imidlertid antatt at det er grunnlag for identifikasjon mellom siktede og forsvarer på dette punkt.<sup>102</sup> I vedtak ESTR-2021-2736

---

<sup>99</sup> I EMDs dom *Pishchalnikov mot Russland* [J], application no. 7025/04 [2009] ble tidlig tilgang på forsvarer fremhevet som et særlig moment i vurderingen av om selvinkrimineringsvernet var krenket, se dommens avsnitt 69.

<sup>100</sup> Se også Garde og Strandbakken (2002) s. 93.

<sup>101</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

<sup>102</sup> Se Garde og Strandbakken (2002) s. 97.

uttaler Statens sivilrettsforvaltning at de ikke anser «[a]nbefaling fra forsvarer [som en] rimelig grunn i lovens forstand.»<sup>103</sup>

En særlig begrunnelse for identifikasjon knytter seg til hensynet til å oppklare straffbare forhold. Utstrakt bruk av taushetsretten vil kunne motvirke samfunnets behov for å oppklare straffbare forhold, og forsvarerens oppfordring til taushet vil i så henseende kunne ha negative virkninger.<sup>104</sup> Forsvareren skal også være kjent med at taushet kan få betydning for et senere erstatningskrav og bør av den grunn være varsom med oppfordring til taushet. Garde og Strandbakken tar her til orde for at dersom forsvarerens råd er et utslag av en strategi for å unngå domfellelse, vil det utgjøre et knefall for rettsstaten om det ikke er anledning til å vektlegge tausheten i erstatningssaken.<sup>105</sup>

Det kan imidlertid spørres om utgangspunktet om siktedes identifikasjon med forsvarer i dette tilfellet bør nyanseres. De fleste vil ikke være kjent med at taushet kan ha betydning for et senere erstatningskrav.<sup>106</sup> Det er derfor nærliggende å anta at motivasjonen for taushet i de fleste tilfeller vil springe ut fra rådet fra forsvarer. Således vil det være opp til forsvarer å informere siktede om mulige negative følger av tausheten. Det er på denne bakgrunn tatt til orde for at det bør ha betydning om forsvareren har gjort siktede oppmerksom på at unnlatsen av å avgi forklaring kan få betydning for hans erstatningssak.<sup>107</sup> Det er først når siktede er gjort oppmerksom på dette at han har anledning til å foreta en selvstendig vurdering av om han likevel ønsker å forholde seg taus. En ren identifikasjon mellom siktede og forsvarer på dette punkt kan medføre at det er siktedes beslutning om å slutte seg til forsvarerens råd om taushet som vektlegges i rimelighetsvurderingen, og ikke siktedes selvstendige avgjørelse om å forholde seg taus.<sup>108</sup> Dette er ikke i strid med ordlyden i strpl. § 446 som uttrykker at det relevante er om siktede «har benyttet sin rett til å nekte å forklare seg» uavhengig årsaken til dette og eventuelle andre medvirkende faktorer, men en nyansering på dette punkt anses etter mitt skjønn likevel for å ha gode grunner for seg.

---

<sup>103</sup> Se også ESTR-2016-1206 og ESTR-2021-2246.

<sup>104</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 97.

<sup>105</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 97.

<sup>106</sup> NOU 2016: 24 s. 520 med henvisning til Øyen (2010) s. 186.

<sup>107</sup> Uggerud (1998) s. 139.

<sup>108</sup> Se tilsvarende betraktninger av Øyen (2010) s. 322.

#### 2.4.4 Bør det skilles mellom de tilfeller hvor siktedes forklaring ville ha renvasket ham for mistanke og ikke?

I juridisk teori er det reist spørsmål om det bør kreves at siktedes forklaring ville ha renvasket ham for mistanke for at forklaringsnekten skal få betydning i erstatningsrettslig sammenheng, eller om det også i de tilfeller hvor forklaring *ikke* ville ha fjernet mistanken bør kreves at siktede har gjort sitt for å fri seg fra mistanke.<sup>109</sup> Denne problemstillingen aktualiserer spørsmålet om det bør kreves årsakssammenheng mellom forklaringsnekten og tapet siktede lider som følge av straffeforfølgningen for at det skal være aktuelt med lemping.

Straffeprosessloven § 446 oppstiller etter ordlyden ikke et vilkår om årsakssammenheng og spørsmålet er heller ikke drøftet i proposisjonen som ligger til grunn for dagens bestemmelse. I det følgende vil oppgaven ta sikte på å belyse bevisproblematikken knyttet til fraværet av et krav om årsakssammenheng og om det bør kreves at siktede har gjort sitt for å fri seg fra mistanke for å bli tilkjent erstatning.<sup>110</sup>

Lempningsregelen tar først og fremst sikte på å ramme de tilfeller der siktede uten rimelig grunn har unnlatt å bidra med opplysninger som kunne fjernet eller redusert mistanken mot ham.<sup>111</sup> Dersom dette er tilfelle skal erstatning i utgangspunktet være avskåret, med mindre det foreligger omstendigheter som likevel unnskylder forklaringsnekten, altså om det forelå «rimelig grunn» for tausheten.<sup>112</sup> I de tilfeller hvor siktedes forklaring ikke ville ha renvasket ham for mistanke er det derimot ikke gitt at en forklaring ville hindret skaden eller begrenset dens omfang.<sup>113</sup> Garde og Strandbakken synes å være av den oppfatning at man i slike tilfeller, i tråd med dansk rettspraksis, bør kreve at siktede har gjort sitt beste for å begrense skaden.<sup>114</sup> Et slikt krav vil imidlertid måtte nyanseres av at det foreligger bevis som gir den siktede insentiv til å forklare seg.<sup>115</sup> Det anføres videre at siktede i slike tilfeller bør ha en viss objektiv egenrisiko og at denne bør være større enn om han hadde forsøkt å bidra til sakens opplysning ved sin forklaring.<sup>116</sup>

---

<sup>109</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 97.

<sup>110</sup> Fraværet av et krav til årsakssammenheng og forholdet til de alminnelige medvirkningsregler i erstatningsretten og selvinkrimineringsvernet blir behandlet inngående i delkapittel 3.2.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 44 og Andenæs (2009) s. 624.

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 44 og Garde og Strandbakken (2002) s. 93.

<sup>113</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 97.

<sup>114</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 97-99.

<sup>115</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 99.

<sup>116</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 99.

Å kreve at siktede forklarer seg i en situasjon hvor det foreligger bevismessig insentiv til det, vil være relativt uproblematisk der siktede rent faktisk har forholdt seg taus. Imidlertid kan det tenkes at det kan oppstå situasjoner hvor siktede har forklart seg utførlig, og således må anses for å ha gjort sitt, men hvor det ikke festes lit til forklaringen som sådan eller dens utførlighet. Hvorvidt siktede rent faktisk har forklart seg utførlig om saken, eller om siktede sitter inne med flere opplysninger som ville ha fjernet mistanken mot ham, vil være vanskelig, om ikke umulig, å ta stilling til. Dersom dette oppstilles som et krav vil det kunne oppstå tilfeller hvor siktede urettmessig blir nektet erstatning ut fra en troverdighetsvurdering av forklaringens utførlighet. Loven legger ikke opp til slike betraktninger om forklaringen, kun om bakgrunnen for forklaringsnekten er å anse som rimelig. Etter mitt skjønn synes det derfor lite hensiktsmessig å operere med et slikt krav av hensyn til bevisutfordringer.

Et krav om årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og tapet vil innebære at det er sannsynliggjort at det er siktedes taushet som er årsaken til (deler av) straffeforfølgningen eller dens fortsettelse, og tapet straffeforfølgningen har medført. Ofte vil imidlertid det øvrige bevisbildet i saken foranledige straffeforfølgningen, uavhengig av siktedes taushet. Her er det altså ikke siktedes forklaringsnekt alene som er årsaken til straffeforfølgningen eller dens fortsettelse, men andre omstendigheter i saken som staten har bevisbyrden for. Et fravær av krav til årsakssammenheng vil på dette punkt kunne innebære at risikoen for straffeforfølgningen legges over på siktede til tross for at også andre forhold i større eller mindre grad har medvirket til dette. En slik situasjon vil etter mitt skjønn verken være forenlig med den rimelighetsvurderingen bestemmelsen legger opp til eller de hensyn den søker å ivareta; når det foreligger flere omstendigheter som enten hver for seg eller samlet foranlediger straffeforfølgning, kan det vanskelig lastes siktede alene at forfølgningen oppsto eller vedvarte på en slik måte at siktede er den nærmeste til å bære risikoen. Når straffeforfølgningen også skyldes forhold som staten har bevisbyrden for i kraft av å være den straffeforfølgende myndighet, vil det heller ikke være grunn til å begrense statens objektive ansvar ut fra rimelighetshensyn.

## 2.5 Utfordringer i anvendelsen av kriteriet «rimelig grunn»

Som gjennomgått legger kriteriet «rimelig grunn» opp til en svært konkret og skjønnsmessig vurdering hvor en viss veiledning kan utledes fra juridisk teori og forvaltningspraksis. Utover dette er det i stor grad opp til den enkelte rettsanvender å vurdere om kriteriet er oppfylt. Det omfattende elementet av skjønn kriteriet legger opp til er egnet til å skape uklarheter for hva som skal anses som en «rimelig grunn» til å benytte seg av taushetsretten, og i tillegg kan det være vanskelig å vurdere hvorvidt kravstiller faktisk hadde slike grunner.<sup>117</sup> Oppgaven vil i det følgende ta sikte på å belyse de ulike utfordringer som ligger i anvendelsen av det skjønnsmessige kriteriet «rimelig grunn».

Problematikken ble først belyst da proposisjonen til gjeldende straffeprosesslov ble sendt til komitébehandling. Mindretallet sluttet seg til flertallets vurdering av at muligheten for bortfall av erstatning som følge av medvirkning burde videreføres, men hadde derimot kritiske bemerkninger til bevisvurderingen knyttet til kriteriet «rimelig grunn» og forklaringsnekt som medvirkningsalternativ. Mindretallet var på dette punkt av den oppfatning at det ville «innebære betydelige bevisproblemer for den siktede å sannsynliggjøre at han eller hun har hatt en rimelig grunn til ikke å forklare seg», og uttalte videre at «[dette] kan sette vedkommende i en like vanskelig situasjon som ved å avgi den opprinnelige forklaring.»<sup>118</sup> På denne bakgrunn gikk mindretallet inn for å fjerne alternativet om forklaringsnekt fra lovforslaget, og foreslo i stedet ordlyden «aktivt har motvirket opplysning av saken».<sup>119</sup>

Under lovforberedelsene til ny straffeprosesslov ble temaet igjen gjenstand for diskusjon. Som indikert i delkapittel 2.4 åpner både det skjønnsmessige kriteriet og rettighetens karakter for mange og sammensatte grunner til å forholde seg taus. I denne sammenheng uttaler utvalget at:

«[Det] [u]ten nærmere presisering er (...) uklart hva som skal anses som en rimelig grunn til å benytte seg av taushetsretten. Og når det er brakt på det rene, vil det ofte knytte seg usikkerhet til om den erstatningssøkende faktisk hadde slike grunner.»<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>118</sup> Innst. O nr. 21 (2002-2003) s. 6.

<sup>119</sup> Innst. O nr. 21 (2002-2003) s. 6.

<sup>120</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

I forlengelsen av de bevismessige utfordringer kriteriet åpner for, vil det også kunne oppstå tilfeller hvor den erstatningssøkende som har forholdt seg taus under straffesaksbehandlingen også fortsetter å benytte seg av denne rettigheten på tidspunktet for erstatningsoppgjøret.<sup>121</sup> Dette kan skyldes en fortsettende motvilje til å forklare seg, men vil også kunne skyldes at bakgrunnen for forklaringsnekten fortsatt gjør seg gjeldende. Utvalget trekker frem at et ønske om å forhindre at nærstående trekkes inn i saken fortsatt kan gjøre seg gjeldende, men også frykt for represalier eller sanksjoner kan bestå på dette tidspunktet. Etter utvalgets syn er dette en omstendighet som forsterker de bevismessige utfordringer knyttet til kriteriet «rimelig grunn».<sup>122</sup> Utvalget fastholder deretter:

«Rettstekniske hensyn og ønsket om å unngå risiko for uriktige avgjørelser taler derfor klart mot en regel som går ut på at erstatningen skal avkortes når noen uten rimelig grunn har benyttet sin rett til å forholde seg taus.»<sup>123</sup>

Til tross for de ovennevnte bevismessige utfordringer knyttet til forklaringsnekt som avkortningsgrunn, er utvalget likevel av den oppfatning at regelen i hovedsak bør videreføres til ny straffeprosesslov. Det kan likevel synes som at utvalget går inn for en strengere regel enn det dagens bestemmelse legger opp til. Det fremholdes at den nye lempningsregelen, i lys av bevismessige utfordringer, bør forbeholdes saker hvor det vil være «klart urimelig» at staten må bære kostnadene for straffeforfølgningen, og at man bør gå «meget varsomt frem» med avkortning på dette grunnlaget.<sup>124</sup> Utvalget tar heller ikke sikte på at regelen skal komme til anvendelse alene fordi siktede har forholdt seg taus, men indikerer at det bør foreligge en «særlig oppfordring» for siktede til å forklare seg.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>122</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>123</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>124</sup> NOU 2016: 24 s. 520.

<sup>125</sup> NOU 2016: 25 s. 680.

### 3 Forholdet til medvirkningsregler i erstatningsretten

#### 3.1 Straffeprosessloven § 446 og avviket fra alminnelig erstatningsrett

Som nevnt i delkapittel 2.2, gir strpl. § 446, så fremt vilkårene er oppfylt, anledning til lemping av siktedes erstatningskrav uten å kreve verken skyld eller årsakssammenheng. Dette representerer et markant avvik fra alminnelig erstatningsrett hvor det også for medvirkningsregler kreves både skyld fra skadelidte og årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og tapet. Under lovforberedelsene til gjeldende straffeprosesslov uttalte departementet følgende om avviket:

«Departementet foreslår ikke at det settes som vilkår for nedsetting av erstatningen at siktede har utvist skyld (uaktsomhet eller forsett) mht. fremkallingen av strafforfølgningen eller domfellelsen. Departementets forslag skiller seg dermed fra dansk rett hvor det kreves at siktede burde ha skjønt at handlingen kunne lede til forfølgning (...). Forslaget skiller seg også fra skadeserstatningsloven § 5-1 som stiller krav om at skadelidte har medvirket til skaden «ved egen skyld».»<sup>126</sup>

Utover å konstatere avviket fra skyldkravet fra både alminnelig erstatningsrett og den danske reguleringen, begrunner ikke departementet bakgrunnen for avviket nærmere. Hva som er årsaken til at man gikk inn for denne løsningen synes derfor uklart. Noe av forklaringen kan antageligvis søkes i at departementet foreslo at skyld skulle være et moment i rimelighetsvurderingen.<sup>127</sup> Hva gjelder fraværet av et krav til årsakssammenheng, er dette ikke kommentert av departementet.

Avkortningsreglene i straffeprosessloven og forholdet til alminnelig erstatningsrett ble belyst av Garde og Strandbakken i anledning av arbeidet med revisjonen av straffeprosesslovens kapittel 31 i 2003. Bakgrunnen for revisjonen var den tidligere strpl. § 444<sup>128</sup> som påla siktede å sannsynliggjøre sin uskyld for å kunne kreve erstatning. Dette ble ansett som problematisk i relasjon til uskyldspresumsjonen og ble derfor foreslått opphevet i tråd med den danske

---

<sup>126</sup> Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 45.

<sup>127</sup> Se delkapittel 2.2.

<sup>128</sup> Strpl. § 444, endret ved lov 10. januar 2003 nr. 3.

reguleringen som hadde vært gjenstand for en omfattende revisjon i 1978.<sup>129</sup> Revisjonen av de danske reglene gikk også noe lengre, da det ble innført et krav om skyld og årsakssammenheng i de danske reglene om bortfall av erstatning etter uberettiget straffeforfølgning.<sup>130</sup> Utviklingen i dansk rett medførte at de norske reglene om erstatning etter straffeforfølgning ble foreslått endret etter mønster av de reviderte danske reglene.<sup>131</sup> Etter en gjennomgang av dansk praksis og ulike synspunkter i både norsk og dansk juridisk teori, gikk Garde og Strandbakken inn for at det burde oppstilles et krav om skyld og årsakssammenheng også etter norsk rett for at bortfall av erstatning som følge av siktedes medvirkning skulle være aktuelt.<sup>132</sup> Dette ble altså ikke fulgt opp av departementet.

Temaet ble igjen tatt opp av straffeprosessutvalget i forarbeidene til ny straffeprosesslov. Etter en gjennomgang av departementets begrunnelse for et fravær av krav til skyld uttaler utvalget:

«[Det er] vanskelig å forsvare straffeprosessloven § 446 på dette punkt. Verken argumentet i forarbeidene eller andre argumenter tilsier en løsning som avviker så sterkt fra den alminnelige medvirkningsregelen i skadeserstatningsloven § 5-1. Derfor bør skyld i medvirkningshandlingen være et ubetinget vilkår før det kan komme på tale å redusere skadelidtes erstatningskrav.»<sup>133</sup>

Om årsakssammenheng uttales:

«Spørsmålet er ikke omtalt i departementets proposisjon som ligger til grunn for dagens regel. Utvalget finner det klart at skadelidtes forhold må stå i sammenheng med tapet før det kan bli tale om bortfall eller nedsettelse av erstatning.»<sup>134</sup>

---

<sup>129</sup> NOU 1996: 18 kapittel 4.2.1 med henvisning til Betænkning nr. 801/1977.

<sup>130</sup> Se Lov nr. 243 af 08. juni 1978 om ændring af retsplejeloven m.v § 1018 a stk. 3. Det fremgår av Betænkning nr. 801/1977 s. 32 andre spalte at skyld og årsakssammenheng er en forutsetning for at den danske medvirkningsregelen skal komme til anvendelse. Se også Garde og Strandbakken (2002) s. 86-87 som grundig behandler den danske reguleringen.

<sup>131</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 83 og NOU 1996: 18 særlig kapittel 5.

<sup>132</sup> Garde og Strandbakken (2002) s. 91.

<sup>133</sup> NOU 2016: 24 s. 519.

<sup>134</sup> NOU 2016: 24 s. 519.



Straffeprosessutvalget har derfor foreslått at det skal inntas både et krav til skyld og årsakssammenheng i den nye straffeprosesslovens § 45-7<sup>135</sup> som er forespeilet å erstatte dagens § 446. Jeg vil i det følgende belyse de ulike hensyn for og mot disse endringene. Først vil jeg foreta en gjennomgang av hvordan det mer overordnede hensynet til harmoni i regelverket gjør seg gjeldende i denne sammenheng, før jeg vil gå mer konkret inn på kravet til skyld og kravet til årsakssammenheng og de ulike hensyn som gjør seg gjeldende på disse punktene. I disse delkapitlene vil jeg også forsøke å belyse de ulike konsekvenser et krav til skyld og årsakssammenheng vil ha for lempningsadgangen i de tilfeller hvor siktede har forholdt seg taus. Ettersom dette temaet er grundig behandlet av straffeprosessutvalget, vil betraktninger fra NOU-en belyse innholdet av kravene til skyld og årsakssammenheng på dette punkt. Det er blant annet på enkelte punkter foreslått visse nyanseringer som vil være av betydning. Til tross for at dette ikke er endelig vedtatt, anses det likevel hensiktsmessig at disse nyansene tas i betraktning for hvordan vilkårene om skyld og årsakssammenheng vil påvirke lempningsadgangen i en eventuell fremtidig rettstilstand.

## **3.2 Bør det inntas et vilkår om skyld og årsakssammenheng i strpl. § 446?**

### **3.2.1 Hensynet til harmoni i regelverket**

Ved utforming av lover står hensynet til harmoni i regelverket sentralt. Det bør i størst mulig grad velges løsninger som harmonerer med likeartede regler i rettssystemet og de verdier og synspunkter som ligger til grunn for disse.<sup>136</sup> Oppstilles det mange særregler med avvik fra disse løsningene, kan det på sikt oppstå et usammenhengende system som kan gi uheldige utslag i praksis. Avvik bør derfor begrenses til de tilfeller hvor det foreligger særlige hensyn som tilsier avvikende løsninger.<sup>137</sup>

Reglene i den alminnelige erstatningsretten er et resultat av lang tids erfaringer, og er godt utviklet med både sentrale verdier og velutviklede prinsipper.<sup>138</sup> Reglene i skadeserstatningsloven er generelle og rammer følgelig et bredt spekter av tilfeller. I spesiallovgivningen finnes det flere bestemmelser som regulerer erstatningsordningen

---

<sup>135</sup> NOU 2016: 24 s. 88.

<sup>136</sup> NOU 2016: 24 s. 514 med henvisning til Frøberg (2014) s. 218 flg.

<sup>137</sup> NOU 2016: 24 s. 514 med henvisning til Frøberg (2014) s. 218 flg.

<sup>138</sup> NOU 2016: 24 s. 514 og Uggerud (1998) s. 358.

innenfor det aktuelle rettsområdet. Strpl. § 446 er et eksempel på dette. Hensynet til sammenheng i regelverket taler klart for at spesialbestemmelser bør harmonere godt med de mer generelle bestemmelsene i skadeserstatningsloven. For mange og store avvik kan føre til et usammenhengende og uoversiktlig system som kan være vanskelig å håndtere.

På den annen side kan det hevdes at spesialregler innenfor et spesielt rettsområde likevel har behov for visse avvikende løsninger fra likeartede generelle regler. Medvirkningsregelen i skl. § 5-1 er generell og rammer som nevnt langt flere tilfeller enn særregelen i strpl. § 446 som derimot kun rammer begrensede tilfeller innenfor et spesielt rettsområde. Selv om flere sammenfallende verdier og hensyn gjør seg gjeldende innenfor begge rettsområdene, kan det tas til orde for at særegenheten ved erstatningsordningen for uberettiget straffeforfølgning likevel tilsier at det er grunn til avvik. Her kan nevnes at staten, i motsetning til andre skadevoldere, har et rent objektivt ansvar. Således kan det anføres at det vil være et større behov for å kunne begrense statens objektive ansvar gjennom en noe videre adgang til lemping enn det som følger av andre medvirkningsregler. Også hensynet til å forhindre at reelt skyldige tilkjennes erstatning kan tas til inntekt for et avvik på dette punkt, da en lavere terskel for lemping kan forhindre at de utbetales erstatning til reelt skyldige.

Imidlertid er det klart at staten som skadevolder og straffeforfølgende myndighet står i en vesentlig annen posisjon enn andre skadevoldere. Straffeforfølgning er statens ansvar og risiko, og det kan derfor hevdes at det ikke vil være samme behov for å beskytte staten fra det ansvar som pådras gjennom straffeforfølgning, enn det er for å beskytte andre skadevoldere. En videre adgang til lemping enn det som følger av alminnelig erstatningsrett, kan på dette punkt anføres for å være lite forenelig med hensynet til at statens ansvar skal begrenses til de tilfeller hvor ansvaret fremstår som rimelig. Det kan også pekes på at staten i klart større grad har midler til å bære ansvaret sammenlignet med andre skadevoldere. Pulveriseringshensynet taler derfor mot avvikende løsninger fra den alminnelige erstatningsretten.

Det er også et vesentlig poeng at erstatningsordningen i straffeprosessloven ikke tar sikte på å regulere retten til erstatning uttømmende.<sup>139</sup> Kravstiller kan fremme erstatningskrav på alminnelig grunnlag. Slik reglene er utformet i dag er det trolig enklere å nå frem med et erstatningskrav på alminnelig grunnlag, så fremt vilkårene for erstatning foreligger, ettersom det skal mer til for lemping etter skl. § 5-1 enn etter medvirkningsregelen i strpl. § 446.

---

<sup>139</sup> NOU 2016: 24 s. 514.

Regelens utforming kan på dette punkt gi ressurssterke personer insentiv til å fremme krav på alminnelig erstatningsrettslig grunnlag og derav vinne frem med sitt krav, mens personer med mindre ressurser kan gå glipp av sitt erstatningskrav dersom dette ikke fører frem etter straffeprosesslovens regler. Om disse virkninger faktisk vil inntre anses usikkert, men muligheten for slik rettsulikhet som en utilsiktet konsekvens av regelens utforming, bør motvirkes ved harmonisering med de løsninger som er lagt til grunn i alminnelig erstatningsrett.<sup>140</sup>

Samlet sett, er min vurdering at det ikke foreligger tilstrekkelige særlige grunner for avviket med alminnelig erstatningsrett på dette punkt. Det legges særlig vekt på statens ansvar og risiko som den straffeforfølgende myndighet, og at det derfor etter mitt syn ikke er grunn til å beskytte staten i større grad enn andre skadevoldere til tross for det objektive ansvaret. Hensynet til harmoni taler altså mot avvikende løsninger, og dette vil være et sentralt utgangspunkt for de videre drøftelsene.

### **3.2.2 Skyld som vilkår i strpl. § 446**

Et krav om skyld er som nevnt foreslått inntatt i den nye straffeprosessloven § 45-7. Per dagens rettstilstand er skyld kun ansett som ett av flere momenter i en bred og skjønnsmessig rimelighetsvurdering. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på om et krav om skyld bør inntas i den nye bestemmelsen, og deretter belyse eventuelle konsekvenser dette vil ha for lempningsadgangen i de tilfeller hvor siktede har forholdt seg taus.

Fraværet av et krav til skyld medfører at strpl. § 446 kan karakteriseres som en objektiv medvirkningsregel. Bakgrunnen for dette må søkes i hensynene bak bestemmelsen, hvilket som nevnt i delkapittel 2.2.1, blant annet er at bestemmelsen i størst mulig grad skal forhindre at reelt skyldige får erstatning. Imidlertid vil et fravær av krav til skyld for medvirkningshandlingen også ramme reelt uskyldige som i utgangspunktet har krav på erstatning for uberettiget straffeforfølgning, men som av ulike grunner har forholdt seg taus.<sup>141</sup> Det fremkommer ikke av lovens forarbeider at det er foretatt en avveining mellom hensynet til å forhindre at reelt skyldige får erstatning og hensynet til at reelt uskyldige som

---

<sup>140</sup> NOU 2016: 24 s. 514.

<sup>141</sup> Når begrepet «reelt erstatningsberettiget» i det følgende benyttes, siktes det til en reelt uskyldig person som har fått sitt krav på erstatning lempet som følge av en urimelig utøvelse av taushetsretten uten hensyn til verken skyld eller årsakssammenheng.

har krav på erstatning, får erstatning. I så måte kan dette anses som en utilsiktet konsekvens av fraværet av et krav til skyld, og bestemmelsen treffer dermed flere enn den søker å ramme.<sup>142</sup> En avkortningsregel som ikke hensyntar skyld, utover at dette er et moment i en bredere rimelighetsvurdering, kan derfor karakteriseres som en urettferdig regel.<sup>143</sup>

Det kan spørres om det er bestemmelsens objektive karakter som sådan som reduserer erstatningsutbetalingen til reelt skyldige, eller om denne virkningen inntreffer fordi regelens utforming fører til at færre får erstatning i det hele tatt.<sup>144</sup> Som påpekt i delkapittel 2.4, er det ikke nødvendigvis en sammenheng mellom taushet og reell skyld. Slik bestemmelsen er utformet per i dag, vil det som nevnt ovenfor oppstå tilfeller hvor reelt uskyldige som «uten rimelig grunn» har benyttet seg av taushetsretten, får erstatningen redusert eller avskåret. Det kan derfor spørres om regelen er hensiktsmessig sett opp mot formålet den søker å ivareta, all den tid det må anses usikkert om den reduserer erstatningsutbetalinger til reelt skyldige i større grad enn til de reelt uskyldige.<sup>145</sup>

Bevishensyn kan anføres mot et vilkår om skyld. En objektiv medvirkningsregel er egnet til å forhindre kompliserte bevis- og vurderingstemaer. Et fravær av krav til skyld vil derfor kunne bidra til å sikre en effektiv saksbehandling.<sup>146</sup> Det kan også anføres at den administrativt skriftlige saksbehandlingsformen ikke er egnet til å vurdere den siktedes skyld i relasjon til straffeforfølgningen.<sup>147</sup> På den annen side vil hensynet til likebehandling og rettssikkerhet tale mot en objektiv regel med et så bredt og åpent vurderingstema når saksbehandlingen er administrativ og utenfor domstolene.<sup>148</sup>

Et krav om utvist skyld fra siktedes side vil innebære at det må foreligge uaktsom utøvelse av taushetsretten for at det skal være grunnlag for lemping. I uaktsomhetsvurderingen er det skaderisikoen i sin alminnelighet som er sentral, altså sannsynligheten for at handlingen ville føre til skade.<sup>149</sup> Straffeprosessutvalget uttaler at den nye lempningsregelen ikke skal komme til anvendelse alene fordi siktede har forholdt seg taus, men oppstiller et krav om at siktede

---

<sup>142</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>143</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>144</sup> NOU 2016: 23 s. 518.

<sup>145</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>146</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>147</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>148</sup> NOU 2016: 24 s. 518.

<sup>149</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 95.

må ha hatt en *særlig oppfordring* til å forklare seg for at det i det hele tatt skal være grunnlag for å vurdere om siktede har utvist skyld.<sup>150</sup> Vurderingstemaet blir da om siktede hadde en særlig oppfordring til å forklare seg, og om han av den grunn gjennom sin utøvelse av taushet, anså det som sannsynlig at straffeforfølgningen ville oppstå, vedvare eller fortsette.

De fleste vil ha begrensede forutsetninger for å kunne vurdere sannsynligheten for at straffeforfølgningen vil oppstå, vedvare eller fortsette, ettersom det er påtalemyndigheten som tar beslutningene i straffesaksbehandlingen. Siktede vil vanligvis heller ikke ha kunnskap om de beviser påtalemyndigheten innehar i saken. En siktet vil imidlertid gjerne ha en viss kunnskap om sakens forhold, deriblant om han selv er involvert eller andre opplysninger som kan bidra til sakens oppklaring. I et slikt tilfelle er det nærliggende å anta at siktede anser det som sannsynlig at straffeforfølgningen vil oppstå, og til en viss grad vedvare eller fortsette, dersom han forholder seg taus.

Hvorvidt siktede anså det sannsynlig at hans taushet ville medføre at straffeforfølgningen fortsatte over lengre tid, er vanskeligere å vurdere. Så fremt siktede hadde en viss kunnskap om sakens forhold som nevnt ovenfor, kan det nok i noen tilfeller antas at han anså det sannsynlig at forfølgningen ville vare lenger enn dersom han hadde forklart seg. Dersom forholdene i saken imidlertid lå slik an at straffeforfølgningen fortsatte lenger enn det siktede anså som sannsynlig, beveger vi oss over til et spørsmål om årsakssammenheng. Denne vurderingen kan derfor anses for at være i skjæringspunktet mellom siktedes skyld og kravet til årsakssammenheng mellom siktedes taushet og det tapet straffeforfølgningen har påført ham. Kravet til årsakssammenheng behandles nærmere i neste delkapittel.

### **3.2.3 Årsakssammenheng som vilkår i strpl. § 446**

Det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet er at det må foreligge årsakssammenheng mellom den skadevoldende handlingen og tapet. Erstatningsgrunnlagene for uberettiget straffeforfølgning i straffeprosessloven kapittel 31 inneholder et krav til årsakssammenheng mellom straffeforfølgningen og tapet siktede lider som følge av dette. Medvirkningsregelen i strpl. § 446 inneholder imidlertid ikke samme krav. Det er med andre ord ikke et krav for lemping at det er siktedes forklaringsnekt som har forårsaket tapet han søker erstatning for. Erstatningen kan følgelig lempes alene på det grunnlag at siktede har valgt å forholde seg taus

---

<sup>150</sup> NOU 2016: 25 s. 680.

så fremt dette oppfyller kriteriet «uten rimelig grunn». Jeg vil i det følgende ta for meg de ulike hensyn for og mot et krav til årsakssammenheng, og vurdere hvilke konsekvenser dette vil ha for lempningsadgangen. Innledningsvis anses det hensiktsmessig med en nærmere avklaring av hva et krav til årsakssammenheng vil innebære i relasjon til lemping av erstatning der siktede har forholdt seg taus.

Et krav til årsakssammenheng innebærer at det er en faktisk sammenheng mellom den medvirkende handling og tapet. Siktetes taushet må ha forårsaket (deler av) det tapet straffeforfølgningen har påført ham; tausheten må ha vært en samvirkende skadeårsak.<sup>151</sup> Straffeprosessutvalget uttaler at det må være «klart» at mistenktes taushet hadde betydning for forfølgningen som ledet til tapet.<sup>152</sup> Hersker det usikkerhet omkring taushetenes betydning for forfølgningen, vil ikke kravet til årsakssammenheng være oppfylt og erstatningen skal følgelig heller ikke lempes. Det er videre et krav til at tapet må være en adekvat følge av medvirkningshandlingen.<sup>153</sup> I dette ligger at skadefølgen ikke kan være et upåregnelig resultat av medvirkningshandlingen. Tapet siktede lider som følge av straffeforfølgningen må altså ha vært et påregnelig resultat av hans taushet.

Hensynet til harmoni innad i straffeprosessloven taler klart for at et krav til årsakssammenheng bør inntas i medvirkningsbestemmelsen. Selv om et krav til årsakssammenheng bevisst ikke er inntatt i strpl. § 446, kan det synes uhensiktsmessig at de andre bestemmelsene som regulerer erstatning etter uberettiget straffeforfølgningen opererer med et krav til årsakssammenheng. Denne ulikheten mellom bestemmelsene er til ulempe for siktede; det er siktede som må sannsynliggjøre at det er årsakssammenheng mellom straffeforfølgningen og tapet dette har påført ham, men staten må på sin side *ikke* sannsynliggjøre at det er siktetes taushet som har ført til tapet for at det skal være adgang til lemping. Reglene rammer på dette punkt skjevt i favør av den sterke parten. Et krav til årsakssammenheng vil utjevne denne ubalansen i reglene.

Den objektive medvirkningsregelen skal forhindre at statens objektive erstatningsansvar favner videre enn det som er rimelig.<sup>154</sup> Som behandlet i delkapittel 2.4.4, kan det oppstå tilfeller hvor det er andre omstendigheter som staten har bevisbyrden for, i tillegg til siktetes

---

<sup>151</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 462.

<sup>152</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

<sup>153</sup> Rt. 2007 s. 172 avsnitt 65-66.

<sup>154</sup> Se delkapittel 2.2.1.

taushet, som fører til at straffeforfølgningen oppstår, vedvarer eller fortsetter. I et slikt tilfelle kan det tenkes at siktedes forklaring ikke ville ha forhindre (hele) tapet og det vil således ikke være grunn til å helt begrense statens ansvar. Det kan videre oppstå tilfeller hvor siktedes taushet vil ha lite å si for de inngrep vedkommende utsettes for, for eksempel på grunn av høyt press i etterforskningen.<sup>155</sup> Straffeprosessutvalget tar til orde for at det ikke vil være grunnlag for erstatningsnedsettelse i en slik situasjon.<sup>156</sup> Et krav til årsakssammenheng vil altså innebære at erstatningen ikke avkortes for mer enn det som direkte kan tilskrives siktedes taushet, og etter mitt skjønn vil dette være særlig forenlig med hensynet til at statens ansvar ikke skal favne videre enn det som er rimelig.

Bevis- og ressurs hensyn taler mot et krav til årsakssammenheng. Det kan være vanskelig å vurdere hvor store deler av tapet som kan føres tilbake til siktedes taushet alene, samt hvor stor andel av tapet som er en påregnelig følge av siktedes taushet. Dette kommer særlig på spissen i de tilfeller hvor det er samvirkende årsaker til straffeforfølgningen, både siktedes taushet og forhold på påtalemyndighetens side. Disse bevisutfordringene vil imidlertid avhjelpest av kravet til at forfølgningen «klart» kan føres tilbake til siktedes taushet. Det vil være statens bevisbyrde å sannsynliggjøre at det foreligger årsakssammenheng, og er det usikkert om tapet kan føres tilbake til siktedes taushet, og eventuelt hvor store deler av tapet, må tvilen gå i favør av siktede. Dette vil i noen tilfeller føre til at det i saker hvor det er en reell årsakssammenheng mellom siktedes taushet og straffeforfølgningen, vil utbetales erstatning som følge av at staten ikke klarer å oppfylle sin bevisbyrde på dette punkt. Etter mitt skjønn er det imidlertid heldigere at dette blir resultatet i enkelte saker, enn at reelt erstatningsberettigede blir fratatt sin erstatning ved et fravær av krav til årsakssammenheng.

### 3.3 Oppsummering

Som gjennomgangen viser, er det flere ulike hensyn som taler for å innta et krav til skyld og årsakssammenheng i bestemmelsen om bortfall av erstatning. De hensyn som gjennomgående taler mot er ressurs- og bevishensyn. Selv om en endring vil føre til økte utgifter i form av ressursbruk og flere erstatningsutbetalinger fra staten, vil blant annet rettssikkerhets- og likebehandlingshensyn etter mitt syn måtte veie tyngre i denne sammenheng. Hensynet til harmoni i regelverket er sentralt på dette punkt, og etter mitt skjønn foreligger ikke

---

<sup>155</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

<sup>156</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

tilstrekkelige tungtveiende grunner til den ulike behandlingen i disfavør av siktede innenfor erstatning etter uberettiget straffeforfølgning og alminnelig erstatningsrett.

Et krav om skyld og årsakssammenheng vil også være egnet til å fremme de ulike hensyn som ligger til grunn for lempningsadgangen på en god måte. Statens objektive ansvar vil i større grad begrenses til de tilfeller hvor ansvaret er rimelig, og færre reelt uskyldige og derav erstatningsberettigede vil bli fratatt sin erstatning alene fordi de har forholdt seg taus uten «rimelig grunn» til dette. Vilkårene vil også føre til en noe strengere regel enn det dagens bestemmelse legger opp til. Det skal med andre ord mer til for at staten – gjennom lemping av siktedes erstatningskrav – tilsvarende skal kunne redusere sitt eget erstatningsansvar, og det vil i tråd med alminnelig erstatningsrett være staten som har bevisbyrden for dette. Hvorvidt straffeforfølgningen fører frem eller ikke er statens risiko, og en strengere regel for nedsettelse av eget ansvar vil på dette punkt være hensiktsmessig.

Et krav til skyld og årsakssammenheng vil også kunne bidra til å dempe bestemmelsens forhold til selvinkrimineringsvernet. Som gjennomgått i delkapittel 2.3.3, er det antatt at bestemmelsen ikke utgjør en krenkelse av selvinkrimineringsvernet fordi den ikke sanksjonerer siktede for å ha utøvet sin rett til taushet. Når siktedes krav på erstatning kun lempes tilsvarende de andeler av tapet som kan føres tilbake til hans uaktsomme taushet, og ikke alene fordi han «uten rimelig grunn» har forholdt seg taus, reduseres de eventuelle sanksjoneringslementer som kan sies å ligge i et fravær av krav til skyld og årsakssammenheng.



## 4 Kort om andre endringer foreslått i NOU 2016: 24

### 4.1 Den nye straffeprosessloven § 45-7

Bestemmelsen i straffeprosessloven § 446 er foreslått endret til:

«(1) Erstatning og oppreisning *kan* settes ned eller falle bort *når det er rimelig* fordi skadelidte ved egen skyld har medvirket til den skade som forfølgningen har påført vedkommende. Som medvirkning regnes blant annet å

(...)

b) motvirke sakens opplysning (...)» (uthevet her)<sup>157</sup>

Alternativet «nektet å forklare seg» fremkommer ikke lenger uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd slik den gjør av strpl. § 446. Det er kun alternativet «motvirke sakens opplysning» som uttrykkelig videreføres fra strpl. § 446 bokstav a. Utvalget presiserer imidlertid at utøvelse av taushetsretten vil omfattes av ordlyden «blant annet».<sup>158</sup> Bakgrunnen for at utvalget går inn for å fjerne utøvelse av taushetsretten som en uttrykkelig medvirkningsgrunn synes uklar. Dette vil imidlertid trolig ikke ha særlig praktisk betydning. Det kan tenkes at utvalget har ønsket å trekke fokuset vekk fra taushet som en åpenbar og direkte medvirkningsgrunn, og heller fremheve de tilfeller hvor siktede aktivt har motvirket sakens opplysning, slik at utøvelse av taushetsretten får en mer sekundær karakter.

I tillegg til et krav om skyld og årsakssammenheng, er det to nye endringer som er verdt å merke seg; endringen av ordlyden «skal» i strpl. § 446 til «kan», og endringen av ordlyden «uten rimelig grunn» til «når det er rimelig». I det følgende vil jeg ta for meg innholdet i disse to endringene, og belyse hvilke eventuelle konsekvenser dette vil ha lempningsadgangen.

### 4.2 Rimelighetsvilkåret

Ordlyden «uten rimelig grunn» er foreslått endret til «når det er rimelig». Det førstnevnte alternativ knytter seg til en vurdering av om den konkrete tausheten var rimelig. I den nye bestemmelsen legger vilkåret heller opp til en vurdering av om det er rimelig at erstatningen settes ned *fordi* siktede har medvirket til tapet straffeforfølgningen har påført ham.

---

<sup>157</sup> NOU 2016: 24 s. 88.

<sup>158</sup> NOU 2016: 24 s. 680.

Bestemmelsen åpner her for en bredere vurdering av forholdene i saken og om erstatningsnedsettelse i det konkrete tilfellet er rimelig, fremfor en isolert vurdering av om siktedes taushet var rimelig eller urimelig.

I vurderingen av om, og eventuelt i hvilket omfang, nedsettelse eller bortfall av erstatning er «rimelig», fremhever utvalget at graden av skyld vil ha betydning. Har siktede forvoldt skaden ved forsett eller grov uaktsomhet, tar utvalget til orde for at erstatningen bør settes ned.<sup>159</sup> Er skaden forvoldt ved simpel uaktsomhet blir vurderingen mer åpen. Etter mitt skjønn er dette hensiktsmessig sett opp mot de formål bestemmelsen skal ivareta. Statens objektive erstatningsansvar skal begrenses til de tilfeller hvor ansvar er rimelig, og avkortning av erstatning i tråd med utvist skyld fra siktede er godt egnet til å fremme dette formålet.

Avkortning i tråd med utvist skyld harmonerer også godt med løsningene i den alminnelige erstatningsretten.<sup>160</sup> Skl. § 5-1 er ansett som en fordelingsregel som bæres av rettferdighetshensyn hvor ansvaret fordeles mellom de ansvarlige skadeårsaker.<sup>161</sup> Når siktedes skyld er begrenset til simpel uaktsomhet og siktedes forklaringsnekt er en av flere skadeårsaker, vil en fordeling av ansvaret i tråd med utvist skyld være en rettferdig løsning.

Også bestemmelsens spenningsforhold til selvinkrimineringsvernet vil avhjelpe; avkortning i tråd med utvist skyld vil dempe de sanksjoneringselementer som kan utledes av den nåværende objektive medvirkningsbestemmelsen.<sup>162</sup>

### 4.3 Fra kategorisk til skjønnsmessig

Nåværende bestemmelse er kategorisk; er vilkårene for lemping oppfylt, *skal* erstatningen settes ned eller falle bort. Straffeprosessutvalget har foreslått at en mer skjønnsmessig medvirkningsbestemmelse og vil erstatte ordlyden «skal» med «kan» i tråd med skl. § 5-1. Ordlyden vil innebære at det skal foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av om erstatningen bør settes ned overhodet, og i så fall hvor mye.

---

<sup>159</sup> NOU 2016: 24 s. 679.

<sup>160</sup> Sml. formuleringen «atferden og dens betydning for at skaden skjedde» og «for så vidt det er rimelig» i skl. § 5-1. Hagstrøm og Stenvik (2015) fremhever på s. 472-473 skadelidtes skyldgrad som et særlig moment i vurderingen av om det er rimelig at skadelidte bærer deler av tapet.

<sup>161</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 461-462.

<sup>162</sup> Se delkapittel 3.3.

I tillegg til vurderingen av om lemping er rimelig som sådan som følge av den uaktsomme utøvelse av taushetsretten, vil bestemmelsen åpne for at det også kan tas hensyn til forhold som ligger utenfor den konkrete medvirkningshandlingen.<sup>163</sup> Utvalget fremhever særlig ressurs hensyn som et moment. Dersom det vil kreves inngående og ressurskrevende vurderinger i spørsmålet om det er utvist skyld og i hvilken grad det foreligger årsakssammenheng, og dette ikke står i forhold til det tap straffeforfølgningen har påført siktede, kan dette tale for at erstatningen ikke skal lempes i det konkrete tilfellet.<sup>164</sup>

Som antydnet ovenfor i delkapittel 3.2.2. og 3.3.3 kan bevis- og ressurs hensyn anføres mot et vilkår om skyld og årsakssammenheng. De ovennevnte føringer gitt av straffeprosessutvalget vil på dette punkt innebære at man i særlig ressurskrevende saker som ikke står i et proporsjonalt forhold til siktedes erstatningskrav, vil avstå fra en lempningsvurdering. De innvendinger som er reist mot å innta vilkår om skyld og årsakssammenheng har derfor etter min vurdering noe begrenset betydning.

---

<sup>163</sup> NOU 2016: 24 s. 679.

<sup>164</sup> NOU 2016: 24 s. 679.

## 5 Avsluttende bemerkninger

Et hovedformål for oppgaven har vært å kartlegge det rettslige innholdet av kriteriet «rimelig grunn» i relasjon til taushet som medvirkningsalternativ, og belyse dette med ulike typetilfeller. For de typetilfellene som er presentert er mitt inntrykk at Statens sivilrettsforvaltning i utgangspunktet ikke anser noen av de gjennomgåtte årsaker til taushet som en «rimelig grunn».<sup>165</sup> Jeg har heller ikke funnet forvaltningspraksis som godtar andre årsaker til forklaringsnekt, og i de tilfeller hvor kravstiller er tilkjent delvis erstatning synes dette å skyldes andre forhold enn at vedkommende rent faktisk hadde «rimelig grunn» til å forholde seg taus.<sup>166</sup> Samlet sett etterlater forvaltningspraksis etter min vurdering et inntrykk av at nærmest all forklaringsnekt medfører erstatningsbortfall med den begrunnelse at forklaringsnekt i seg selv innebærer at kravstiller er nærmest til å bære risikoen for straffeforfølgningen.<sup>167</sup> Det synes etter mitt skjønn uklart om Statens sivilrettsforvaltning i noe tilfelle vil anse bakgrunnen for en forklaringsnekt for å oppfylle kriteriet «rimelig grunn», med unntak av eksempelvis kognitiv svikt eller andre psykiske tilstander hos kravstiller.<sup>168</sup>

Som jeg har vært inne på tidligere i oppgaven kan det på ovennevnte bakgrunn spørres om bestemmelsen tjener sitt formål i tilstrekkelig grad, sett i lys av at det er Statens sivilrettsforvaltning som håndhever bestemmelsen i praksis.<sup>169</sup> Det fremstår for det første som lite sammenhengende at lemping synes å være hovedregelen i praksis når det i utgangspunktet foreligger sterke grunner for statens objektive ansvar for uberettiget straffeforfølgning.<sup>170</sup> Etter mitt syn tjener derfor ikke bestemmelsen hensynet til at statens ansvar skal begrenses til de tilfeller hvor ansvar er rimelig på en tilfredsstillende måte. For det andre hersker det usikkerhet om hvorvidt bestemmelsen bidrar til å forhindre at reelt skyldige får erstatning,

---

<sup>165</sup> Med unntak av forklaringsnekt begrunnet i et ønske om å ikke inkriminere andre som Høyesterett har åpnet for, se delkapittel 2.4.2. Jeg har ikke funnet forvaltningspraksis som behandler dette konkrete typetilfellet.

<sup>166</sup> Det finnes for eksempel flere vedtak hvor kravstiller er tilkjent erstatning for perioden *frem til* forklaringsnekten, se eksempelvis ESTR-2021-2736. Også oppreisning for merbelastning utover det siktede måtte regne med ved sine medvirkningshandlinger kan tilkjennes til tross for at handlingen omfattes av strpl. § 446, se for eksempel ESTR-2020-1381 og Rt. 2006 s. 1629 avsnitt 49.

<sup>167</sup> Se eksempelvis ESTR-2021-2246 hvor det uttales at «[v]ed å ikke la seg avhøre har kravstiller opptrådt på en måte som gjør at han selv – og ikke staten – må bære risikoen for strafforfølgning».

<sup>168</sup> Se for eksempel ESTR-2021-2246 hvor Statens sivilrettsforvaltning synes å åpne for dette.

<sup>169</sup> Se delkapittel 2.4.1 og 2.4.3.

<sup>170</sup> Se delkapittel 2.1.

eller om denne virkningen inntreffer fordi færre får erstatning i det hele tatt, også de reelt erstatningsberettigede.<sup>171</sup>

Videre er det ut fra de typetilfeller som er gjennomgått kun forklaringsnekt begrunnet i frykt for å inkriminere andre som synes å aksepteres. Etter min mening er det noe uheldig at forklaringsnekt for å verne andre og ikke *seg selv*, aksepteres i større grad når det er tale utøvelse av taushetsretten som inngår som en del av et *selv*inkrimineringsvern.<sup>172</sup>

De foreslåtte endringene i bestemmelsen, herunder kravet til skyld og årsakssammenheng, er som gjennomgått godt egnet til å bøte på de problemer som nåværende bestemmelse etter min vurdering medfører, særlig i relasjon til de hensyn bestemmelsen søker å fremme. Vilklårene vil føre til en høyere terskel for lemping, hvilket anses som særlig forenlig med utgangspunktet om statens strenge objektive ansvar for uberettiget straffeforfølgning i kraft av statens rolle som den straffeforfølgende myndighet. Dette vil etter min vurdering bidra til at statens ansvar i større grad begrenses til de tilfeller hvor ansvar er rimelig.<sup>173</sup> I tillegg vil vilklårene bidra til at færre reelt erstatningsberettigede taper sin rett på erstatning alene som følge av utøvelse av taushetsretten. Også bestemmelsens forhold til selvinkrimineringsvernet vil avhjelpes av vilklårene ved at disse begrenser muligheten for at praktiseringen av bestemmelsen innebærer elementer av sanksjonering.<sup>174</sup> Etter mitt skjønn bør derfor de foreslåtte endringer gjennomføres, deriblant også de noe strengere føringer straffeprosessutvalget legger opp til.<sup>175</sup> Hvorvidt endringene blir vedtatt gjenstår å se.

---

<sup>171</sup> Se delkapittel 3.2.2.

<sup>172</sup> Se delkapittel 2.4.2 og 2.3.2.

<sup>173</sup> Se delkapittel 3.3.

<sup>174</sup> Se delkapittel 3.3.

<sup>175</sup> Se delkapittel 2.5.

# Litteraturliste

## Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 13. juni 1969 nr. 26 Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 10. januar 2003 nr. 3 Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter straffeforfølgning).

## Forskrifter og rundskriv

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).

Riksadvokatens rundskriv nr. 3/2018 om kvalitetskrav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene mv. (kvalitetsrundskrivet).

## Internasjonale lover og konvensjoner

Lov nr. 243 af 08. juni 1978 om ændring af retsplejeloven m.v.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950.

International Covenant on Civil and Political Rights, 16. December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

## Lovforarbeider

Betænkning nr. 801/1977, Betænkning om Erstatning i anledning af strafferetlig forfølgning, 1968.

NOU 1996: 18 Erstatning i anledning straffeforfølgning.

Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning).

Innst. O. nr. 21 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (erstatning etter strafforfølgning).

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

## **Rettspraksis**

### Høyesterettspraksis

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2006 s. 1629

Rt. 2007 s. 172

Rt. 2009 s. 1125

Rt. 2014 s. 1292

HR-2016-1459-A

HR-2017-1947-A

### Underrettspraksis

LB-2011-9732

## **Forvaltningspraksis**

ESTR-2008-2710

ESTR-2010-1903

ESTR-2011-4098

ESTR-2014-1932

ESTR-2016-1206

ESTR-2020-751

ESTR-2020-1381

ESTR-2021-2246

ESTR-2021-2736

ESTR-2021-2963

## Rettspraksis fra EMD og Kommisjonen

*Ashendon og Jones mot Storbritannia* [J], application no. 35730/07 og 4285/08 [2011]

*Byrne mot Storbritannia* [C], application no. 37107/97 [1998]

*Funke mot Frankrike* [J], application no. 10828/84 [1993]

*Fashanu mot Storbritannia* [C], application no. 38440/97 [1998]

*Pishchalnikov mot Russland* [J], application no. 7025/04 [2009]

*Shannon mot Storbritannia* [J], application no. 6563/03 [2005]

*Simeonovi mot Bulgaria* [GC], application no. 21980/04 [2015]

## Juridisk litteratur

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget, 2009.

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan. E. Helgesen, Universitetsforlaget, 2001.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 11. utg., Universitetsforlaget, 2018.

Eriksen, Christoffer C., «Om Rettspolitikk», *Kritisk Juss* 2012 s. 139-157. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN2387-4546-2012-03-04-02>

Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendal juridisk, 2014.

Garde, Peter og Strandbakken, Asbjørn, «Betydningen av siktedes taushet i anledning erstatning for strafforfølgning», i *Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen 3. april 2002*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger og Kåre Lilleholt (red.), Fagbokforlaget 2002, s. 81-102.

Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget, 2015.

Keiserud, Erik, Sæther, Knut Erik, og Holmboe, Morten m.fl., *Straffeprosessloven: Ajourført lovkommentar*, i *Juridika.no* 2022, hentet 03. november 2022.

Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* 2004, s. 329-342. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2004-05-06-04>



Uggerud, Ken, *Erstatning etter straffeforfølgelse*, Cappelen Akademisk Forlag, 1998.

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget, 2010.

## **Artikler**

Kolsrud, Kjetil «Straffeprosess-prop'en kommer først i 2021», *Rett24*, 29. mai 2018, <https://rett24.no/articles/straffeprosess-prop-en-kommer-forst-i-2021> (lest 27. oktober 2022).

Kolsrud, Kjetil, «Arbeidet med ny straffeprosesslov er lagt på vent», *Rett24*, 11. mars 2020, <https://rett24.no/articles/arbeidet-med-ny-straffeprosesslov-er-lagt-pa-vent> (lest 27. oktober 2022).