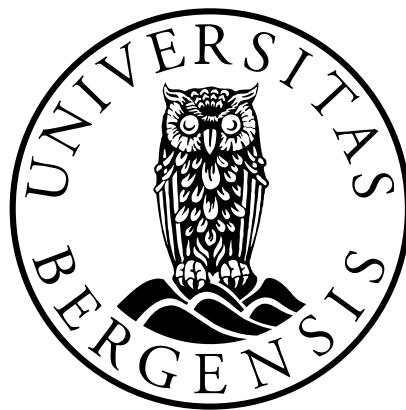


Idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse

*Hvilke krav stiller uskyldspresumsjonen til
domsgrunnene i erstatningssaken?*

Kandidatnummer: 182

Antall ord: 14 108



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. INNLEDNING	3
1.1. Tema og problemstilling	3
1.2. Begrepsavklaring.....	4
1.3. Avgrensninger	4
2. ADGANGEN TIL Å IDØMME ERSTATNINGSANSVAR TIL TROSS FOR STRAFFERETTLIG FRIFINNELSE.....	5
2.1. Nasjonale prosessregler.....	5
2.2. Uskyldspresumsjonen.....	6
3. NÆRMERE ANALYSE AV USKYLDSPRESUMSJONENS KRAV TIL DOMSGRUNNENE	8
3.1. Utgangspunktet – domsgrunnene må ikke så tvil om riktigheten av frifinnelsen.....	8
3.2. Har EMDs praksis de siste årene medført endringer i kravene til domsgrunnene?	10
3.2.1. <i>Innledning</i>	10
3.2.2. <i>Hva førte til krenkelse av uskyldspresumsjonen i Y mot Norge?</i>	10
3.2.3. <i>Ble rettstilstanden endret ved Orr mot Norge?</i>	13
3.2.4. <i>Ble rettstilstanden endret ved Allen mot Storbritannia?</i>	16
3.3. Det må foretas en helhetsvurdering.....	22
3.4. Relevante momenter i helhetsvurderingen.....	23
3.4.1. <i>Strafferettslig terminologi</i>	23
3.4.2. <i>Strafferettslig bevistema</i>	25
3.4.3. <i>Uttalelser om bevisenes styrke i bevisvurderingen</i>	27
3.4.4. <i>«Cautionary statements»</i>	29
3.4.5. <i>Andre omstendigheter av betydning</i>	31
3.5. Hvor går terskelen for krenkelse av uskyldspresumsjonen?	33
3.5.1. <i>EMD-praksis</i>	33
3.5.2. <i>Høyesterettspraksis</i>	35
4. KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	37
Kilderegister:.....	40

1. INNLEDNING

1.1. Tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er idømmelse av erstatningsansvar for samme handling som en person er strafferettslig frikjent for å ha begått. Siden 2003 har EMD¹ i flere slike erstatnings saker dømt Norge for krenkelse av uskyldspresumsjonen i EMK² artikkel 6 nr. 2.³ Årsaken er at domsgrunnene i erstatnings sakene har vært utformet på en måte som strider mot den frikjentes vern etter uskyldspresumsjonen. Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg har siden 2003, i minst tolv saker om fornærmedes erstatningskrav mot den frikjente, fastslått at lagmannsrettens domsgrunner krenker uskyldspresumsjonen i EMK.⁴ Etter innføringen av uskyldspresumsjonen i Grunnloven (Grl.) § 96 andre ledd ved grunnlovsrevisjonen i 2014, har en slik sak også ført til krenkelse av denne bestemmelsen.⁵ Utforming av domsgrunner i saker om idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse, blir stadig fremhevet som en vanskelig oppgave for domstolene. Dette er blant annet uttalt flere ganger av Høyesterett, og av Straffeprosessutvalget til «Ny straffeprosesslov».⁶

I denne avhandlingen vil jeg se nærmere på *hvilke krav uskyldspresumsjonen stiller til utformingen av domsgrunnene i saker om fornærmedes erstatningskrav mot den strafferettslig frikjente*. Dette kan ses som et spørsmål om hvordan *ankeinstansen* skal vurdere om underordnede domstolers domsgrunner krenker uskyldspresumsjonen. Fokuset i denne avhandlingen vil først og fremst være hvordan *de domstoler som utformer erstatningsdommen* kan utføre denne oppgaven for å respektere uskyldspresumsjonen. Problemstillingen dreier seg om å kartlegge gjeldende rett – *de lege lata* – på området. Jeg skal forsøke å besvare problemstillingen gjennom en analyse og drøftelse, hvor fokuset i stor grad vil være rettet mot Høyesterettspraksis og praksis fra EMD. I denne sammenheng vil jeg belyse hva som har ført til brudd på uskyldspresumsjonen i en del saker. I tillegg vil jeg komme med enkelte anbefalinger om hvordan domsgrunnene kan utformes for å unngå krenkelse av uskyldspresumsjonen. For en nærmere forståelse av kravene til domsgrunnene, er det nødvendig å sette disse i et rettslig perspektiv. Jeg vil derfor først gi en kort redegjørelse av

¹ Den europeiske menneskerettsdomstol.

² Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950.

³ EMDs dom av 11. februar 2003, *Y mot Norge*, søkenr. 56568/00 og EMDs dom av 15. mai 2008, *Orr mot Norge*, søkenr. 31283/04.

⁴ Rt. 2003 s. 1671, Rt. 2004 s. 970, Rt. 2007 s. 40, Rt. 2008 s. 1292, Rt. 2009 s. 1456, Rt. 2012 s. 47, Rt. 2013 s. 22, Rt. 2014 s. 249, Rt. 2014 s. 705, Rt. 2015 s. 1299, HR-2017-2387-U og HR-2018-1783-A.

⁵ HR-2018-1783-A.

⁶ Se f.eks. Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 28, HR-2018-1783-A avsnitt 39 og NOU 2016: 24 s. 114.

reglene som gir adgang til idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse.

1.2. Begrepsavklaring

I oppgaven bruker jeg ordet *domsgrunner* i vid forstand, i samme mening som «begrunnelse» brukes i tvisteloven (tvL) § 19-6. Dette defineres i tvistelovens forarbeider, hvor det fremgår at det med uttrykket begrunnelse siktes til avgjørelsens tekstdel i sin helhet mellom innledningen og slutningen.⁷ Om saker hvor fornærmede fremmer erstatningskrav mot en person for samme handling som vedkommende er strafferettslig frifunnet for, bruker jeg uttrykket *offererstatning*. Med uttrykket *forfølgningserstatning*, sikter jeg til saker hvor den frikjente krever erstatning fra staten for uberettiget straffeforfølgning. Når jeg bruker begrepet *erstatningsansvar*, dekker det både erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap (oppreisning), all den tid ikke annet blir presisert. Videre vil jeg for enkelthets skyld bruke uttrykket *fornærmede* i vid forstand.⁸ Nærmere bestemt er det en fellesbetegnelse for fornærmede og andre skadelidte, slik det er definert i straffeprosessloven (strpl.) § 3 fjerde ledd. Både fysiske personer og juridiske personer, som for eksempel forsikringsselskaper, kan da være fornærmede. I de aller fleste sakene er fornærmede likevel fysiske personer. Videre bruker jeg uttrykket *tiltalte* om den personen straffesaken retter seg mot. I strpl. § 3 første ledd brukes uttrykket «siktete». Dette skillet er imidlertid uten betydning for oppgaven, da den omhandler tiden etter en straffesak og vedkommende er frikjent.

1.3. Avgrensninger

I avhandlingen avgrensner jeg mot nærmere redegjørelse av uskyldspresumsjonens virkninger før og uten dom, dens krav *til* den frifinnende dom, og andre virkninger etter frifinnende dom enn ved fornærmedes erstatningskrav mot den frikjente. Saker om forfølgningserstatning faller naturlig utenfor avhandlingens problemstilling. Jeg vil likevel trekke inn disse tilfellene der det har betydning for den nærmere forståelsen av kravene til domsgrunnene i offererstatningstilfellene.⁹ Utenfor avhandlingen faller også idømmelse av erstatningsansvar til tross for *delvis* frifinnelse. Det ville vært interessant å sammenligne uskyldspresumsjonens krav til domsgrunnene i slike tilfeller med tilfeller hvor den tiltalte frikjennes helt. Som følge av ordgrensen og at det ligger utenfor kjernen av tema, må jeg likevel avgrense mot dette. Avhandlingen gjelder altså bare erstatningsansvar etter *total* frifinnelse. Av plasshensyn og

⁷ NOU 2001: 32 B s. 891.

⁸ NOU 2006: 10 s. 26.

⁹ Avhandlingens punkt 3.2.4. og 3.5.1.

fordi det faller utenfor problemstillingen, avgrenser jeg også mot rettsvirkningene ved brudd på uskyldspresumsjonen.

Det kan være mange årsaker til idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse. For eksempel krever straffansvar normalt forsett, mens det for erstatningsansvar ofte er tilstrekkelig med uaktsomhet.¹⁰ Et annet eksempel er at tiltalte kan bli fritatt for straffansvar som følge av nødverge, jf. straffeloven (strl.) § 18, mens handlingen likevel har ført til en skade som er erstatningsbetingende, jf. skadeerstatningsloven (skl.) § 1-4.¹¹ I avhandlingen vil jeg konsentrere meg om tilfeller hvor sprikende konklusjoner i straffesaken og erstatningssaken skyldes *ulike beviskrav* for straffansvar og erstatningsansvar. I slike tilfeller vil domstolene i straffesaken kunne legge til grunn at en handling ikke har funnet sted, mens de i erstatningssaken kan fastslå at nøyaktig samme handling *har* funnet sted. Motsigelsen er derfor størst i disse tilfellene,¹² og de skaper dermed størst utfordring for domstolene.

2. ADGANGEN TIL Å IDØMME ERSTATNINGSANSVAR TIL TROSS FOR STRAFFERETTSLIG FRIFINNELSE

2.1. Nasjonale prosessregler

Erstatningskrav er et sivilt krav som alltid kan reises i sivilprosessens former. Etter strpl. § 3 første ledd, jf. § 1 kan imidlertid fornærmede i forbindelse med en straffesak fremme sivile krav, herunder erstatningskrav, vedkommende har mot tiltalte i straffesaken, så lenge erstatningskravet springer ut av samme handling som straffesaken gjelder.¹³ Regelen er begrunnet i god prosessøkonomi og et ønske om å gi fornærmede en rimelig ordening.¹⁴ De nærmere reglene for behandlingen av erstatningskrav som fremmes i forbindelse med en straffesak fremgår av strpl. kap. 29, jf. § 3.

Etter den gamle straffeprosessloven av 1887 § 3 fantes også en slik adgang. Imidlertid hindret lovens § 442, om det såkalte *ensrettingsprinsippet*, at erstatningskravet kunne pådømmes sammen med straffesaken dersom tiltalte ble frifunnet i straffesaken.¹⁵ Som et tiltak for blant

¹⁰ NOU 2000: 33 kap. 4.6.2.3. For andre årsaker, se samme sted kap. 4.6.

¹¹ Jf. HR-2018-2427-A avsnitt 30-38.

¹² Se f.eks. Aall (2018) s. 492.

¹³ Tidligere kalt «borgerlige rettskrav», se NOU 2006: 10 s. 63.

¹⁴ NUT 1969: 3 s. 146.

¹⁵ NOU 2016: 24 s. 492.

annet å styrke fornærmedes stilling i straffesaken, valgte lovgiver ikke å videreføre ensrettingsprinsippet i straffeprosessloven av 1981.¹⁶ I dag er det klart at den gjeldende strpl. § 3 ikke stenger for pådømmelse av erstatningskrav, selv om den kravet retter seg mot er strafferettslig frifunnet for samme handling.¹⁷

Idømmelse av erstatningsansvar til tross for frifinnelse som følge av ulike beviskrav i straffesaken og erstatningssaken, kan skje fordi beviskravet for straffansvar er strengere enn beviskravet for erstatningsansvar. Under spørsmålet om straffansvar må det være bevist utover enhver rimelig tvil at en handling har funnet sted.¹⁸ For sivile krav er derimot hovedregelen at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at en handling har skjedd.¹⁹ Da skal det faktum som finnes mest sannsynlig legges til grunn.²⁰ I saker hvor faktum er sterkt belastende for en part, har beviskravet i erstatningssaker blitt hevet til klar sannsynlighetsovervekt.²¹ Dette er aktuelt der erstatningskravet gjelder en handling som er straffbar, i alle fall i mer alvorlige straffesaker. Heving av beviskravet skjer vanligvis i offererstatningssaker.²² Dette kravet er strengere enn kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt, men ikke like strengt som det strafferettslige beviskravet.²³

2.2. Uskyldspresumsjonen

Et av rettsstatens mest grunnleggende prinsipper er *uskyldspresumsjonen*, som innebærer at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist etter loven i en rettfærdig rettergang.²⁴ Uskyldspresumsjonen er i dag nedfelt i blant annet Grl. § 96 andre ledd og EMK art. 6 nr. 2.²⁵

I Grl. § 96 andre ledd heter det at «[e]nhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Bestemmelsen kom inn i Grunnloven ved grunnlovsrevisjonen i 2014, som hadde til formål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.²⁶ Den er inspirert av

¹⁶ NOU 2016: 24 s. 492-493 og Strandbakken (2003) s. 232.

¹⁷ Jf. bl.a. Rt. 1999 s. 1363 på s. 1375 og Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 24.

¹⁸ Se f.eks. Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 34 og Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14.

¹⁹ Jf. bl.a. Rt. 1992 s. 64 på s. 70 og NOU 2001: 32 A s. 459.

²⁰ Jf. eksempelvis Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 34.

²¹ Jf. Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 34.

²² Aall (2018) s. 493.

²³ Se f.eks. Rt. 1996 s. 864 på s. 870.

²⁴ Se bl.a. Aall (2018) s. 476.

²⁵ Tilsvarende bestemmelser finnes i De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 2 og De forente nasjoners verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 (Verdenserklæringen) art. 11 nr. 1.

²⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 13.

den tilsvarende bestemmelsen i EMK art. 6 nr. 2,²⁷ hvor det fremgår at «[e]veryone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law».

Ordlyden «[e]veryone charged with a criminal offence» kan gi inntrykk av at bestemmelsen kun gjelder personer som er under straffesiktelse. En slik streng tolkning er imidlertid ikke dekkende for uskyldspresumsjonens virkeområde. For å sikre et praktisk og effektivt vern av denne rettssikkerhetsgarantien, har EMD tolket uskyldspresumsjonen slik at den også har et annet hovedaspekt.²⁸ Dette går ut på å beskytte personer som er frikjent eller som straffeforfølgningen mot har blitt avbrutt, mot at offentlige tjenestemenn og myndigheter behandler dem som om de var skyldige i handlingen de var satt under straffesiktelse for.

EMD har gjort det klart at idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse – enten det skjer i egen sivil sak eller i samme sak etter strpl. § 3 – ikke utgjør en såkalt «criminal charge», og dermed ikke strider mot EMK art. 6 nr. 2.²⁹ Også Høyesterett har fastslått i en rekke saker at dette ikke strider mot uskyldspresumsjonen i EMK.³⁰ I HR-2018-1783-A ble det dessuten avklart at slik pådømmelse ikke krenker Grl. § 96 andre ledd.³¹ Selv om den norske ordningen som sådan ikke strider mot uskyldspresumsjonen, har mange avgjørelser resultert i krenkelse av denne.³² Dette skyldes det andre hovedaspektet i uskyldspresumsjonen, som blant annet krever at domstolene ikke behandler den frikjente som om han var straffeskyldig i de handlinger han var siktet for i straffesaken. Hvordan dette hovedaspektet kan føre til brudd på uskyldspresumsjonen, skal jeg se nærmere på i det følgende.

²⁷ Jf. HR-2018-1783-A avsnitt 21.

²⁸ EMDs dom av 12. juli 2013, *Allen mot Storbritannia*, søkenr. 25424/09, avsnitt 92-94.

²⁹ Bl.a. *Y mot Norge* avsnitt 39-41 og EMDs dom av 11. februar 2003, *Ringvold mot Norge*, søkenr. 34964/97, avsnitt 36-38. Førstnevnte gjaldt en erstatningssak fremmet etter strpl. § 3, mens sistnevnte gjaldt en erstatningssak ved særskilt sivil anke etter strpl. § 435.

³⁰ F.eks. Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 26-29, Rt. 2004 s. 321 avsnitt 26, Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 12 og Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 28.

³¹ Avsnitt 20-24. Høyesterett uttalte seg kun eksplisitt om erstatningssaker fremmet etter strpl. § 3. Ut fra en mer til det mindre-betraktning må det imidlertid også gjelde tilfeller hvor erstatningssaken behandles i egen sivil sak. For øvrig konkluderte Høyesterett i avsnitt 24 ut fra forarbeidenes uttalelser om at Grunnlovens bestemmelse må tolkes i lys av EMK art. 6 nr. 2, som jo gir adgang til idømmelse av offererstatning ved begge prosessformer, se avsnitt 22-23.

³² Se note 3, 4 og 5.

3. NÆRMERE ANALYSE AV USKYLDSPRESUMSJONENS KRAV TIL DOMSGRUNNENE

3.1. Utgangspunktet – domsgrunnene må ikke så tvil om riktigheten av frifinnelsen

Innledningsvis må det nevnes at tvl. § 19-6 fjerde ledd oppstiller minstekrav til begrunnelse av erstatningsavgjørelsen.³³ I tillegg til at domsgrunnene må inneholde en framstilling av saken og partenes påstander med påstandsgrunnlag, jf. bokstav a og b, må domstolene gjøre rede for sin rettsanvendelse og bevisvurdering, jf. bokstav c, jf. femte ledd andre punktum. Uskyldspresumsjonen oppstiller *begrensninger* for og *særlige krav* til utformingen av domsgrunnene.

Domsgrunnene i offererstatningssaker ble for første gang vurdert opp mot uskyldspresumsjonen i GrL. § 96 andre ledd i HR-2018-1783-A. I den forbindelse uttalte Høyesterett:

«De krav som stilles til begrunnelsen for å idømme erstatning for handlinger som skadevolder i samme sak strafferettslig er frifunnet for å ha begått, er utførlig behandlet av EMD i flere avgjørelser. *Jeg finner ikke holdepunkter for at Grunnloven § 96 annet ledd skulle stille andre krav i så måte...*».³⁴ (Min kursivering).

Høyesterett tok i denne uttalelsen kun direkte stilling til kravene til domsgrunnene i de tilfellene erstatning idømmes «i samme sak», altså ved prosessordningen etter strpl. § 3. Etter min oppfatning må presiseringen forstås på bakgrunn av at den konkrete saken gjaldt et slikt tilfelle, ikke slik at Høyesterett mente å skille mellom kravene til domsgrunnene ved erstatningskrav behandlet i straffeprosessens former etter strpl. § 3 og ved etterfølgende sivil sak. En slik tolkning støttes av at EMDs praksis ikke skiller mellom disse typetilfellene ved kravene til domsgrunnene under EMK art. 6 nr. 2,³⁵ og at lovgiver med grunnlovfesting av uskyldspresumsjonen i GrL. § 96 andre ledd ikke mente å gjøre noen endring i rettstilstanden.³⁶ I forarbeidene heter det at «den nærmere grensen for når

³³ Slike saker avses alltid i doms form, jf. tvl. § 19-1 første ledd bokstav a og c og strpl. § 30 første ledd. Begrunnelseskravene til dommer i tvl. § 19-6 fjerde ledd gjør seg dermed gjeldende. At bestemmelsen også kommer til anvendelse der erstatningssaken er fremmet etter strpl. § 3, fremgår forutsetningsvis av Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 20-26.

³⁴ Avsnitt 25.

³⁵ Se f.eks. *Allen mot Storbritannia* avsnitt 101 og 123, hvor EMD viser til samme utgangspunkt for kravene til domsgrunnene for blant annet *Y mot Norge* og *Ringvold mot Norge*, som gjelder henholdsvis erstatningssak etter strpl. § 3 og erstatningssak ved særskilt sivil anke, jf. strpl. § 435.

³⁶ Jf. Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 130 og Innst. 186 S (2013-2014) s. 24.

uskyldspresumsjonen er overtrådt, [må] fortsatt [...] trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal praksis på området».³⁷ Utgangspunktene må derfor være de samme, enten det gjelder en sak etter strpl. § 3 eller egen sivil sak, også etter Grl. § 96 andre ledd. For begge prosessformene må det det nærmere innhold i kravene til domsgrunnene fastlegges ut fra nasjonal og internasjonal praksis på området.

Idømmelse av erstatningsansvar til tross for strafferettslig frifinnelse ble for første gang vurdert opp mot uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 av EMD i *Y mot Norge (Y)* i 2003, ved overprøving av Karmøy-saken i Rt. 1999 s. 1363.³⁸ Om kravene til domsgrunnene i erstatningssaken, uttalte EMD følgende:

«[I]f the national decision on compensation contains a statement imputing the criminal liability of the respondent party, this could raise an issue falling within the ambit of Article 6 § 2 of the Convention.

The Court will therefore examine the question whether the domestic courts acted in such a way or used such language in their reasoning as to create a clear link between the criminal case and the ensuing compensation proceedings as to justify extending the scope of the application of Article 6 § 2 to the latter».³⁹

I den nærmere vurderingen uttalte EMD at lagmannsrettens språk i domsgrunnene «overstepped the bounds of the civil forum, thereby casting doubt on the correctness of that acquittal. Accordingly, there was a sufficient link to the earlier criminal proceedings which was incompatible with the presumption of innocence»⁴⁰.

Utgangspunktene er etter dommen altså at *uttalelser som tilskriver straffeskyld* kan reise spørsmål som faller inn under virkeområdet til EMK art. 6 nr. 2, og vurderingstemaet er om domstolene har handlet eller benyttet et slikt språk i domsgrunnene, som skaper en *klar forbindelse mellom straffesaken og den etterfølgende erstatningssaken*. Uttalelser som overskrider grensene for det sivile forum vil kunne *så tvil om riktigheten av frifinnelsen*, og dermed skape en tilstrekkelig forbindelse til den tidligere straffesaken som er uforenlig med uskyldspresumsjonen.

Med noe ulike formuleringer og strukturer, går disse utgangspunktene fra *Y* igjen i blant annet *Ringvold mot Norge (Ringvold)* avsagt samme dag i 2003, *Orr mot Norge (Orr)* avsagt i 2008,

³⁷ Innst. 186 S (2013-2014) s. 24.

³⁸ Se Aall (2018) s. 490.

³⁹ Avsnitt 42-43.

⁴⁰ Avsnitt 46.

Allen mot Storbritannia (Allen) fra 2013, *N.A. mot Norge (N.A.)* fra 2014 og *A mot Norge (A)* fra 2018.⁴¹ Også i Høyesterettspraksis har de samme utgangspunktene gått igjen, ofte med det overordnede krav om at domsgrunnene ikke må utformes på en slik måte at det blir skapt tvil om riktigheten av frifinnelsen.⁴²

3.2. Har EMDs praksis de siste årene medført endringer i kravene til domsgrunnene?

3.2.1. Innledning

I det følgende vil jeg vurdere om det har skjedd endringer i de nærmere kravene til domsgrunnene i praksis fra EMD de siste årene. Ulike meninger om spørsmålet har vært fremsatt i juridisk teori. Dette er nødvendig å avklare for å kartlegge hvilke rettskilder domstolene kan bygge på ved uskyldspresumsjonens krav til domsgrunnene, og dermed hvilke rettskilder jeg kan legge til grunn i den videre analysen av gjeldende rett. Årsaken til krenkelse av uskyldspresumsjonen i *Y mot Norge* har blitt diskutert av en rekke juridiske forfattere.⁴³ For å kunne vurdere om det har skjedd endringer i rettsstilstanden i senere praksis, nærmere bestemt i *Orr mot Norge* og *Allen mot Storbritannia*, er det nødvendig først å kartlegge hva som var avgjørende for krenkelse av uskyldspresumsjonen i denne første offererstatningssaken fra EMD.

3.2.2. Hva førte til krenkelse av uskyldspresumsjonen i *Y mot Norge*?

Y mot Norge gjaldt en sak hvor en mann ble strafferettslig frifunnet for utuktig omgang med og drap på sin kusine, men i samme sak etter strpl. § 3, dømt til å betale oppreisning for handlingene til kusinens foreldre. I sin vurdering trakk EMD fram én setning fra lagmannsrettens domsgrunner som avgjørende for krenkelse av uskyldspresumsjonen:

«Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering av bevisførselen i saken at **det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at A har begått de forbrytelser mot D** han ble tiltalt for, og at erstatning

⁴¹ *Ringvold* avsnitt 38-41, *Orr* avsnitt 51 og 53, *Allen* avsnitt 101 og 123, EMDs dom av 18. desember 2014, *N.A. mot Norge*, søkenr. 27473/11 avsnitt 42 og 50-51, EMDs avvisningsavgjørelse av 29. mai 2018, *A mot Norge*, søkenr. 65170/14, avsnitt 30.

⁴² Bl.a. Rt. 2003 s. 1671 avsnitt 32, Rt. 2007 s. 40 avsnitt 23, Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 12, Rt. 2008 s. 1292 avsnitt 19, Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 28, Rt. 2014 s. 705 avsnitt 4, Rt. 2015 s. 1299 avsnitt 4 og HR-2017-2387-U avsnitt 3.

⁴³ Deriblant Krokeide (2003), Strandbakken (2003), Aall (2003) og Johnsen (2006). I senere tid omtalt i bl.a. Rui (2014) og Aall (2018).

etter skadeserstatningsloven § 3-5 annet ledd bør tilkjennes D foreldre». ⁴⁴ (Tilsvarende EMDs uthevelser).

I begrunnelsen for krenkelse av uskyldspresumsjonen uttalte EMD at «the language employed by the High Court [...] overstepped the bounds of the civil forum», og på denne måten skapte tvil om riktigheten av frifinnelsen. ⁴⁵ EMDs uttalelse viser at det var lagmannsrettens språk i denne setningen som var avgjørende for krenkelsen. Det forklares imidlertid ikke nærmere hva som var uforenlig med uskyldspresumsjonen.

Ettersom deler av setningen fra lagmannsrettens dom ble uthevet av EMD, kan det være naturlig å tolke dithen at det var denne delen av setningen som var problematisk. Her er det fremhevet at det forelå «klar sannsynlighetsovervekt» for at A hadde «begått de forbrytelser» mot D. Spørsmålet er om det var henvisningen til beviskravet, det å omtale de skadegjørende handlinger i erstatningssaken som «de forbrytelser», eller begge disse forhold sammen som var avgjørende.

I juridisk teori har blant annet *Krokeide* hevdet at formuleringen av det skjerpede beviskravet var det problematiske i dommen. ⁴⁶ Også *Rui* synes å fremheve beviskravet som det problematiske i setningen, og som et sentralt moment for krenkelse i dommen. ⁴⁷ Beviskravet om «klar sannsynlighetsovervekt» skaper riktignok en sterkere forbindelse mellom straffesaken og den etterfølgende erstatningssaken enn ved saker med krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt, og kan bidra til å øke spenningen til uskyldspresumsjonen. ⁴⁸ Flere tungtveiende forhold taler imidlertid mot at denne formuleringen var avgjørende for EMDs konklusjon om brudd på uskyldspresumsjonen.

Allerede i *Ringvold*, avsagt samme dag, behandlet EMD enda en sak om fornærmedes erstatningskrav mot den frikjente ut fra et beviskrav om klar sannsynlighetsovervekt. ⁴⁹ Slik som i *Y*, uttalte de nasjonale domstoler i sin konklusjon at det forelå «klar sannsynlighetsovervekt» for at det aktuelle faktum hadde funnet sted. ⁵⁰ Dette ble imidlertid ikke trukket frem av EMD, som konkluderte med at den nasjonale erstatningsavgjørelsen ikke

⁴⁴ LG-1998-260-2. I *Y* har EMD oversatt setningen til engelsk, se avsnitt 44.

⁴⁵ Avsnitt 46.

⁴⁶ *Krokeide* (2003) s. 210.

⁴⁷ *Rui* (2014) s.127-128.

⁴⁸ Se *Aall* (2018) s. 489 og 493.

⁴⁹ Se Høyesteretts dom i *Ringvold*, Rt. 1996 s. 864 på s. 870.

⁵⁰ Rt. 1996 s. 864 på s. 872.

krenket uskyldspresumsjonen.⁵¹ Dette peker sterkt i retning av at «klar sannsynlighetsovervekt» ikke var det problematiske ved lagmannsrettens setning.⁵²

Krokeide fremholder at det må skilles mellom erstatningssaker fremmet etter strpl. § 3 og erstatningssaker reist i egen sivil sak.⁵³ Etter hans oppfatning, viser *Ringvold* at det ikke er noe i veien for å anvende det skjerpede beviskravet eller bruke formuleringen «klar sannsynlighetsovervekt» i en etterfølgende sivil sak. Derimot mener han at EMD, ved å slå ned på denne formuleringen i *Y*, satte en stopper for å kunne idømme erstatningsansvar etter strafferettslig frifinnelse i samme sak etter strpl. § 3.⁵⁴

Det er klart at uskyldspresumsjonen ikke stenger for idømmelse av erstatningsansvar til tross for frifinnelse i saker etter strpl. § 3 i dag.⁵⁵ Jeg deler imidlertid ikke *Krokeides* oppfatning om at dette var rettstilstanden etter *Y* heller.⁵⁶ For det første pekte EMD på «the language» til lagmannsretten som det problematiske. Dette taler for at det var formuleringene i domsgrunnene EMD siktet til, ikke at domstolen mente å avskjære adgangen til idømmelse av offererstatningsansvar mot tilfeller hvor saken fremmes etter strpl. § 3. For det andre uttalte EMD i *N.A. mot Norge*, om *Y*, at lagmannsretten «found it probable that the applicant had “committed the offences”». ⁵⁷ Uthevingen av «committed the offences», tyder på at EMD selv mener at denne delen av setningen var det problematiske, ikke beviskravet – verken adgangen til idømmelse av erstatningsansvar på grunnlag av beviskravet eller formuleringen av dette. En slik tolkning støttes ytterligere av at EMD ikke presiserte at beviskravet var «clearly probable», men kun omtalte det som «probable».

Johnsen fremhever formuleringen «at *Y* har begått de forbrytelser mot NN han ble tiltalt for» som det problematiske i domsgrunnene.⁵⁸ Han synes her også å vektlegge at lagmannsretten hadde henvist til de forbrytelser klageren ble «tiltalt for».⁵⁹ Etter mitt syn utgjør henvisningen til tiltalen den sterkeste forbindelsen til straffesaken. Sett i lys av at EMD ikke uthevet denne delen av setningen, og ut fra det ovennevnte, er jeg imidlertid av den oppfatning at den

⁵¹ *Ringvold*, avsnitt 38-42.

⁵² Se også Aall (2018) s. 491 og Aall (2003) s. 252, som mener at bl.a. *Ringvold* viser at formuleringen av beviskravet ikke kan ha vært tilstrekkelig for krenkelse.

⁵³ *Krokeide* (2003) s. 212.

⁵⁴ *Krokeide* (2003) s. 211-212.

⁵⁵ Se punkt 2.2.

⁵⁶ Slik også *Strandbakken* (2003) s. 238.

⁵⁷ *N.A.* avsnitt 49.

⁵⁸ *Johnsen* (2006) s. 34-35.

⁵⁹ *Johnsen* (2006) s. 34-35 og s. 50-51.

avgjørende delen av setningen var formuleringen «committed the offences» (at D hadde «begått de forbrytelser»).

Likevel må formuleringen «committed the offences» trolig ses i lys av at det ble uttalt at det var klar sannsynlighetsovervekt for at disse forbrytelser var begått. Det synes som om det var på denne måten det ble skapt tvil om riktigheten av frifinnelsen i straffesaken. Hadde domstolene uttalt for eksempel at «*det er klart at A ikke har begått de forbrytelser mot D han ble tiltalt for*», hadde det ikke blitt uttrykt noen tvil om hva domstolen mente om straffeskylden til den frikjente. Uskyldspresumsjonen hadde sannsynligvis ikke blitt krenket i et slikt tilfelle. Hadde domstolene derimot uttalt at «det er mulig...» eller «det er sannsynlighetsovervekt for...» at forbrytelsene var begått, hadde tvil rundt straffeskylden vært skapt. I likhet med *Johnsen* er jeg av den oppfatning at også dette kunne ført til krenkelse av uskyldspresumsjonen.⁶⁰

3.2.3. *Ble rettstilstanden endret ved Orr mot Norge?*

I 2008 dømte EMD Norge for brudd på uskyldspresumsjonen i en ny dom, *Orr mot Norge*. Saken angikk en mann som i sak etter strpl. § 3 ble frikjent for voldtekt, men dømt til å betale erstatning for økonomisk tap og oppreisning for handlingene til fornærmede. Da EMD vurderte erstatningsavgjørelsen opp mot uskyldspresumsjonen, pekte domstolen på at lagmannsretten i beskrivelsen av faktum hadde gått i detaljer om karakteren av den seksuelle kontakten, klagerens viten om at fornærmede ikke samtykket til samleiet, graden av vold som var benyttet for å gjennomføre samleiet, og at volden var forsettlig.⁶¹ EMD uttalte så at «[i]n other words, it covered practically all those constitutive elements, objective as well as subjective, that would normally amount to the criminal offence of rape under Article 192 of the Penal Code». Selv om ordet «vold» «may not have been exclusively criminal in nature», mente EMD at bruken av ordet «in the particular context» tilførte domsgrunnene strafferettslige trekk som overskred grensene for det sivilrettslige. Domsgrunnene hadde med dette sådd tvil om riktigheten av frifinnelsen,⁶² og EMD konkluderte med at EMK art. 6 nr. 2 var anvendelig, og krenket.⁶³

Rui har fremholdt at EMD stilte klart strengere krav til domsgrunnene i *Orr* enn tidligere praksis, og stiller spørsmål ved om dommen var en bevisst tilstramming fra EMDs side eller

⁶⁰ Johnsen (2006) s. 35.

⁶¹ Avsnitt 51.

⁶² Avsnitt 53.

⁶³ Avsnitt 55.

om den var et feilgrep.⁶⁴ I begrunnelsen for dette, viser *Rui* til *Reeves mot Norge (Reeves)* som et eksempel.⁶⁵ Han fremholder at domsgrunnene i denne avgjørelsen var klart mer knyttet opp mot straffesaken enn i *Orr*, men at EMD likevel konkluderte med at domsgrunnene ikke krenket uskyldspresumsjonen.⁶⁶

Reeves er en avvisningsavgjørelse, men EMD vurderte likevel om det forelå krenkelse av uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Saken gjaldt et *forsikringssselskaps* erstatningskrav mot den frikjente etter strafferettslig frifinnelse for brannstiftelse og forsikringsbedrageri. EMD benyttet imidlertid samme utgangspunkter for vurderingen opp mot uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 som i sakene om private fornærmedes erstatningskrav etter frifinnelse.⁶⁷

I grove trekk gikk den nærmere vurderingen ut på at EMD pekte på flere ord som ble brukt av lagmannsretten («skyldig» og «tiltalebeslutningen»), som kunne kritiseres dersom de ble lest isolert.⁶⁸ EMD mente imidlertid at ordvalgene fremstod som en uheldig glipp når man leste dem i den konteksten de stod i. Delsetningen med de uheldige ordvalgene kunne ikke med rimelighet leses som en bekreftelse på tilskrivelse av strafferettslig ansvar for brannstiftelse fra klagerens side. Når man leste dommen som et hele, kunne ikke leseren være i tvil om dommerens synspunkt i erstatningssaken, nemlig at bevisene ikke holdt til straffansvar, men at de var tilstrekkelige til å etablere erstatningsansvar. EMD mente derfor at EMK art. 6 nr. 2 var overholdt.

I sin begrunnelse for at domsgrunnene var klart mer knyttet opp mot straffesaken i *Reeves*, viser *Rui* til at det ble gitt klare assosiasjoner til straffeskyld når lagmannsretten uttalte at tiltalte «har gjort seg skyldig i brannstiftelsen» og at vurderingen av erstatningsansvar ble knyttet opp mot straffesaken ved at det ble henvist til tiltalebeslutningen ved faktumbeskrivelsen.⁶⁹ En annen forskjell han fremhever, er at EMD i *Reeves* uttalte at dommen måtte leses som et hele, mens domstolen i *Orr* pekte på enkelte ord og formuleringer som avgjørende for brudd på uskyldspresumsjonen.

Jeg er enig i at henvisning til tiltalebeslutningen for å beskrive faktum kobler handlingene direkte til straffesaken, og gir sterkere assosiasjoner enn «vold» som ble benyttet i *Orr*. Av

⁶⁴ Rui (2008) s. 351 og 353.

⁶⁵ EMDs avvisningsavgjørelse av 8. juli 2004, *Reeves mot Norge*, søkenr. 4248/02.

⁶⁶ Rui (2008) s. 351.

⁶⁷ Se *Reeves* under «The law», «B. The Court's assessment», hvor EMD viste til *Ringvold* og *Y* for de gjeldende utgangspunktene. Se også *Allen* avsnitt 123, hvor det bekreftes at samme utgangspunkter gjelder.

⁶⁸ «The law», «B. The Court's assessment».

⁶⁹ Rui (2008) s. 351.

flere grunner virker det nokså strengt av EMD ikke å tillate bruken av ordet «vold». Slik *Rui* påpeker, var ordet et vilkår som måtte være oppfylt for å kunne idømme erstatningsansvar.⁷⁰ Etter skl. § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3 og § 3-3, jf. § 3-1, kreves det at en straffebestemmelse er overtrådt for at henholdsvis oppreisningserstatning eller erstatning for økonomisk tap skal kunne tilkjennes. Straffeloven 1902 § 192 krevde at en person «skaffer seg seksuell omgang ved vold». Når tvl. § 19-6 fjerde ledd bokstav c, jf. femte ledd andre punktum krever at domstolene gjør rede for sin bevisvurdering, innebærer det at domstolene må begrunne hvorfor vilkårene er oppfylt.⁷¹ Det kan bli en vanskelig oppgave for domstolene å begrunne at en person har skaffet seg seksuell omgang ved «vold» uten å anvende ordet overhodet. I tillegg er det, etter min oppfatning, strengt med tanke på at «vold», ifølge EMD selv, ikke er et begrep som er «exclusively criminal in nature». Dette taler for at EMD var strengere i *Orr* enn tidligere praksis.

Mot at det ble stilt strengere krav til domsgrunnene i *Orr* enn tidligere praksis, taler det at EMD påpekte at det problematiske var bruken av ordet «vold» i «the particular context». Det var altså ikke ordet i seg selv som førte til krenkelse av uskyldspresumsjonen, men hvordan det ble brukt i den konkrete sammenhengen. Dette tilsier at EMD så på domsgrunnene i sammenheng også i *Orr*, selv om dette ikke ble uttrykkelig uttalt av domstolen. I den nærmere vurderingen fremhevet EMD dessuten at de nasjonale domstoler hadde behandlet erstatningskravet og straffekravet i to adskilte deler av saken, og at de hadde understreket forskjellen mellom det strafferettslige beviskravet og beviskravet i erstatningssaken.⁷² EMD tok altså i betraktning ulike omstendigheter i saken. Konklusjonen om krenkelse av uskyldspresumsjonen i *Orr* fremstår ut fra dette som et resultat av en konkret helhetsvurdering av domsgrunnene.

Dette støttes også av EMDs uttalelser om *Orr* i *N.A. mot Norge*. I sin begrunnelse for at bruken av ordet «vold» ikke krenket uskyldspresumsjonen i denne avgjørelsen, i motsetning til i *Orr*, viste domstolen til at «the factual circumstances of that case [*Orr*] were different, as it related to a specific event of alleged rape involving two persons».⁷³ Det er for meg uklart hva som var problematisk ved at *Orr* gjaldt et spesifikt tilfelle av «alleged rape involving two persons». At det var tale om *gjentatt* vold i *N.A.*,⁷⁴ burde i alle fall ikke gjøre det mer eller mindre akseptabelt å anvende ordet «vold» i beskrivelsen av de faktiske handlinger. Uansett

⁷⁰ Rui (2008) s. 352.

⁷¹ Rui (2008) s. 352.

⁷² Avsnitt 52.

⁷³ Avsnitt 48.

⁷⁴ Se avsnitt 6.

viser uttalelsen til EMD at det var de konkrete omstendigheter i *Orr* som førte til at ordbruken ble slått ned på i *Orr*.

I *Allen mot Storbritannia* oppstilte EMD generelle retningslinjer for anvendelsen av uskyldspresumsjonen i ulike situasjoner etter strafferettslig frifinnelse.⁷⁵ I denne sammenheng viste EMD til både *Orr* og *Reeves* som eksempel på at språket til den som treffer avgjørelser i etterkant av en strafferettslig frifinnelse er av «critical importance». Videre viste EMD til *Reeves* som et eksempel på at domstolen kan godta bruk av noe uheldig språk ut fra arten og konteksten i den konkrete saken. Oppstillingen av de generelle retningslinjene, og henvisningen til begge disse avgjørelsene som eksempler, viser at EMD ikke har tatt avstand fra verken *Reeves* eller *Orr*, men anser begge som gjeldende rett. Det samme viser den ovennevnte omtalen om *Orr* i *N.A. mot Norge*.

Heller ikke Høyesterett har tatt avstand fra *Orr* eller anser dommen som en endring av rettstilstanden. Tvert imot uttalte førstvoterende i Rt. 2009 s. 1456 at «*Orr*-dommen etter mitt syn ikke fraviker tidligere praksis. Domstolen vurderte et konkret tilfelle og bygget på og presiserte de rettssetninger som også forut for dommen er lagt til grunn av både EMD selv og av norske domstoler».⁷⁶

Avgjørelsene viser at konteksten og domsgrunnene sett i sammenheng, ble vektlagt både før (bl.a. *Reeves*), etter (bl.a. *N.A.*), samt i *Orr*. Videre har verken EMD eller Høyesterett tatt avstand fra dommen. Slik jeg ser det er *Orr* derfor verken å anse som et feilgrep eller en endring i rettstilstanden. Etter min oppfatning skjedde dermed ingen tilstramming av kravene til domsgrunnene sammenlignet med tidligere praksis.

3.2.4. Ble rettstilstanden endret ved *Allen mot Storbritannia*?

Allen mot Storbritannia omhandler en frikjent persons avslag på erstatning fra staten for uriktig domfellelse. Spørsmålet for EMD var om begrunnelsen for avslaget krenket uskyldspresumsjonen. Saken gjelder altså *ikke* offererstatning. EMD gikk imidlertid grundig gjennom sin egen praksis i ulike situasjoner knyttet til uskyldspresumsjonen etter frifinnelse, og gjorde blant annet rede for ulike tilnæringsmåter til uskyldspresumsjonen for de

⁷⁵ Avsnitt 126.

⁷⁶ Avsnitt 28.

forskjellige situasjonene.⁷⁷ Etter at utgangspunktet for de ulike situasjonene var presentert, uttalte EMD:

«It emerges from the above examination of the Court's case-law under Article 6 § 2 that there is no single approach to ascertaining the circumstances in which that Article will be violated in the context of proceedings which follow the conclusion of criminal proceedings. As illustrated by the Court's existing case-law, *much will depend on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted.*

In all cases and no matter what the approach applied, the language used by the decision-maker will be of critical importance in assessing the compatibility of the decision and its reasoning with Article 6 § 2 [...]. However, *when regard is had to the nature and context of the particular proceedings, even the use of some unfortunate language may not be decisive*».⁷⁸ (Mine kursiveringer).

Rui har fremholdt at EMD, med de ovenfor kursiverte setningene, introduserte to nye overordnede vurderingstema for saker hvor det reises spørsmål om krenkelse av uskyldspresumsjonen etter frifinnelse.⁷⁹ Ut fra de nye vurderingstemaene mener han at det har skjedd en «ikke uvesentlig endring i rettsstilstanden» sammenlignet med tidligere avgjørelser.⁸⁰ I denne sammenheng viser han til *Ringvold* og *Y*, hvor EMD la til grunn at «erstatningskravet ikke måtte begrunnes på en måte som *skapte tvil om siktedes strafferettslige skyld*» (Ruis kursivering), og *Hammern mot Norge (Hammern)* og *O mot Norge (O)*,⁸¹ hvor EMD fastslo at uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 «embodies a general rule that, following a final acquittal, *even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible*».⁸² (Ruis kursivering). Han utdyper så at «[n]år man sammenholder de generelle retningslinjene i [*Allen mot Storbritannia*] og den konkrete anvendelsen av dem med den strenge og snevre betraktningmåten i tidligere praksis, hvor det utelukkende fokuseres på valg av ord, ikke lenger er gjeldende rett».⁸³

Før jeg vurderer om retningslinjene har ført til endring i rettsstilstanden, vil jeg si noe om utgangspunktene i *Y*, *Ringvold*, *Hammern* og *O*. Det kan synes som om Rui med «den strenge og snevre betraktningmåten i tidligere praksis» mener at det tidligere var én og samme betraktningmåte i alle disse sakene. Dette synes enda klarere i hans sammenfatning, hvor han

⁷⁷ Avsnitt 120-124.

⁷⁸ Avsnitt 125-126.

⁷⁹ Rui (2014) s. 124-125.

⁸⁰ Rui (2014) s. 126.

⁸¹ EMDs dom av 11. februar 2003, *Hammern mot Norge*, søkenr. 30287/96, EMDs dom av 11. februar 2003, *O mot Norge*, søkenr. 29327/95.

⁸² Rui (2014) s. 126.

⁸³ Rui (2014) s. 126-127.

skriver at «[t]idligere forelå en krenkelse av uskyldspresumsjonen hvis en uttalelse skapte tvil om siktedes strafferettslige uskyld; «even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence» var forbudt».⁸⁴

Dette er jeg ikke enig i. Riktignok har utgangspunktet om ikke å så tvil om riktigheten av frifinnelsen blitt oppstilt i både *Ringvold, Y, Hammern* og *O*.⁸⁵ Derimot er de nærmere krav til hvilke uttalelser som tillates, etter min mening ulike. Ettersom EMD i *Hammern* og *O* formulerte seg slik at EMK art. 6 nr. 2 «embodies a general rule that [...] even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence» (min kursivering) ikke var tillatt, kunne det synes som om dette skulle gjelde generelt. Utgangspunktet stammer fra *Sekanina mot Østerrike (Sekanina)* og *Asan Rushiti mot Østerrike (Rushiti)*, som ble avsagt i henholdsvis 1993 og 2000.⁸⁶ Begge disse avgjørelsene gjaldt, i likhet med *Hammern* og *O*, den frikjentes erstatningskrav mot staten for uberettiget straffeforfølgning. I både *Hammern* og *O* ble det vist til disse avgjørelsene for hvilke krav uskyldspresumsjonen stilte.⁸⁷ EMD viste derimot ikke til disse avgjørelsene for hvilke krav som stilles til domsgrunnene i *Y* og *Ringvold*, som ble avsagt samme dag.⁸⁸ I stedet ble et annet krav formulert; om erstatningssaken inneholdt *uttalelser som tilskriver den frikjente straffeskyld*.⁸⁹

At kravene er ulike fremgår klart av *N.A.*, hvor EMD, med henvisning til gjennomgangen av tidligere praksis i *Allen*, skriver at domstolen har hatt en annen tilnærming til de sakene som gjelder forfølgningserstatning, hvor «even the voicing of suspicion regarding the accused's innocence has been deemed incompatible» med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2, enn offererstatningstilfellene, hvor spørsmålet «[i]n contrast» er om den nasjonale avgjørelsen «were to contain a statement imputing criminal liability».⁹⁰

Utgangspunktet i forfølgningserstatningssakene er etter min oppfatning strengere enn i offererstatningssakene. Allerede den strengere formuleringen om at *enhver mistankeytring* rammes i forfølgningstilfellene, mens domsgrunnene i offererstatningstilfellene må inneholde uttalelser som *tilskriver den frikjente straffeskyld*, indikerer dette. Med henvisning til uttalelsene i *N.A.* og *Allen*, har også Høyesterett uttalt at kravene i forfølgningstilfellene er

⁸⁴ Rui (2014) s. 136.

⁸⁵ *Ringvold* avsnitt 38, *Y* avsnitt 46, *Hammern* avsnitt 48, *O* avsnitt 40.

⁸⁶ EMDs dom av 25. august 1993, *Sekanina mot Østerrike*, søkenr. 13126/87 avsnitt 30 og EMDs dom av 21. mars 2000, *Asan Rushiti mot Østerrike*, søkenr. 28389/95 avsnitt 31.

⁸⁷ *Hammern* avsnitt 47 og 49, *O* avsnitt 39 og 41.

⁸⁸ *Y* avsnitt 42-47, *Ringvold* avsnitt 38-42.

⁸⁹ *Ringvold* avsnitt 38, *Y* avsnitt. 42.

⁹⁰ Avsnitt 42.

strengere enn i offererstatningstilfellene.⁹¹ På samme måte synes *Aall* å tolke kriteriene, som skriver om kravet oppstilt i *Hammern* at:

«Det er en streng regel som her bekreftes [...]. Når kravet formuleres så strengt, må dette ses i sammenheng med at disse sakene alltid har en sterk tilknytning til straffesaken. Temaet er sannsynligheten for selve handlingen tiltalen gjaldt, og det er staten som er motpart.»⁹²

Tilknytningen til straffesaken er svakere i offererstatningssakene.⁹³ Dette skyldes både at erstatningskrav mot den frikjente for samme handling som vedkommende er frifunnet for kan reises uavhengig av straffesaken og hvilket utfall denne får, og at det er andre partsforhold enn i straffesaken.⁹⁴ I den etterfølgende erstatningssaken er fornærmede den frikjentes motpart, ikke staten slik som i straffesaken.

Kravet om ikke å skape tvil om riktigheten av frifinnelsen synes derfor å være et felles overordnet krav for både offererstatningssaker og forfølgningserstatningssaker,⁹⁵ men med ulike terskler for hvor stor tvil som godtas, ut fra disse underordnede kravene om forbud mot enhver mistankeytring eller tilskrivelse av straffeskyld i henholdsvis forfølgningserstatningssakene og offererstatningssakene.⁹⁶

Hva gjelder spørsmålet om retningslinjene i *Allen* har ført til endring i rettsstilstanden, er det godt mulig at en endring har skjedd for det typetilfellet dommen gjaldt, altså forfølgningserstatningssakene. Dette faller imidlertid utenfor avhandlingen å vurdere. For offererstatningstilfellene er jeg enig i at retningslinjene fra EMD er nyskapinger i den forstand at EMD for første gang formulerte slike generelle retningslinjer. Spørsmålet er imidlertid om de innebærer noen nyskaping *innholdsmessig*; om de representerer en endring i rettsstilstanden for offererstatningstilfellene.

Den første retningslinjen om at «much will depend on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted», kan etter min mening ikke tolkes isolert. Den må i stedet ses i sammenheng med at EMD i forkant gjorde rede for sin tidligere praksis og hvilken tilnærming domstolen hadde hatt til uskyldspresumsjonen i de ulike

⁹¹ HR-2018-1783-A avsnitt 29. Gjentatt i HR-2018-2427-A avsnitt 47.

⁹² Aall (2018) s. 490 og Aall (2003) s. 251.

⁹³ Aall (2018) s. 491 og Aall (2003) s. 252.

⁹⁴ Se Johnsen (2006) s. 30, hvor disse forskjellene fremheves som årsak til at forfølgningserstatningssaker er såkalte «fortsettelsessaker» til straffesaken, mens offererstatningssaker er «selvstendige saker».

⁹⁵ Se også Aall (2018) s. 490-491, som skriver at det er det samme overordnede tema.

⁹⁶ Sml. *Johnsen*, som har kommet til en mellomløsning. Han mener at kravene oppstilt i *Sekanina*, videreført i *Rushiti*, også gjelder i offererstatningssaker, men med modifikasjoner sammenlignet med forfølgningserstatningssakene, se Johnsen (2006) s. 24-25.

typetilfellene. Etter denne gjennomgangen skrev EMD at «[i]t emerges from the above examination of the Court's case-law under Article 6 § 2 that there is no single approach to ascertaining the circumstances in which that Article will be violated in the context of proceedings which follow the conclusion of criminal proceedings». Deretter skrev EMD at «[a]s illustrated by the Court's existing case-law, much will depend on the nature and context of the proceedings in which the impugned decision was adopted».

Når EMD viser til at mye vil avhenge av «the nature and context of the proceedings» som avgjørelsen ble tatt i, er dette etter min oppfatning naturlig å forstå som en henvisning til utgangspunktene i ulike typetilfellene som ble gjennomgått. Det er i så fall ikke ment som en oppmykning av kravene hvor det fokuseres mindre på valg av ord enn tidligere, slik *Rui* mener.

For det første viser gjennomgangen av de ulike situasjonene til tidligere praksis fra EMD og allerede gjeldende utgangspunkter for disse, jf. også EMDs egen henvisning, «[a]s illustrated by the Court's existing case-law».⁹⁷ For det andre støttes dette av EMDs uttalelser i *N.A.* Med henvisning til *Allen*, uttalte domstolen at «the nature and context of the proceedings» i denne konkrete saken omhandlet en bestemt type situasjon, nemlig et offers erstatningskrav mot en person som er strafferettslig frifunnet for handlingene.⁹⁸ EMD påpekte videre at spørsmålet i «the present type of context» er om den nasjonale erstatningsavgjørelsen inneholder noen uttalelser som tilskriver den frikjente straffeskyld. Man ser her at EMD selv tolker retningslinjen i *Allen* slik at utgangspunktet i den enkelte sak må oppstilles ut hva hvilket typetilfelle det gjelder – det er *dette* som er arten og sammenhengen. I alle fall hva gjelder offererstatningstilfellene, oppstilles det samme utgangspunktet som tidligere, før *Allen*. Etter mitt syn er retningslinjen derfor for offererstatningssakene kun en presisering av den allerede gjeldende rettstilstanden, og ikke et nytt vurderingstema som endrer rettstilstanden.

Det kan spørres om den andre retningslinjen utgjør et nytt vurderingstema og dermed endrer rettstilstanden, eller om også dette kun er en presisering av gjeldende rett. Retningslinjen går ut på at valg av ord er sentralt, men med den reservasjon at «when regard is had to the nature and context of the particular proceedings, even the use of some unfortunate language may not be decisive».

⁹⁷ *Allen* avsnitt 125.

⁹⁸ Avsnitt 42.

EMD forklarer ikke nærmere hva det siktes til ved «the nature and context of the particular proceedings». Formuleringen tyder imidlertid på at det her siktes til arten og sammenhengen i den konkrete saken, og ikke typetilfellet, slik som den første retningslinjen, jf. formuleringen «the *particular* proceedings» (min kursivering). Retningslinjen innebærer i så fall at selv om språket til den som utformer avgjørelsen er av stor betydning, kan noe uheldig språk godtas når arten og sammenhengen i den enkelte sak tilsier det.

Ved oppstilling av retningslinjen, viser EMD til blant annet *Reeves* som et eksempel på et tilfelle hvor EMK art. 6 nr. 2 ikke ble ansett krenket, selv om språket til de nasjonale myndighetene og domstolene ble kritisert.⁹⁹ Dette viser at et slikt slingringsmonn som retningslinjen oppstiller også ble gitt før *Allen*. Det samme viser *Ringvold*. I denne saken konkluderte EMD med at domsgrunnene til Høyesterett ikke krenket uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.¹⁰⁰ Ordene «seksuelt misbruk» og «overgrep», ble brukt gjentatte ganger av Høyesterett i sin bevisvurdering, men ikke trukket frem av EMD som problematiske.¹⁰¹ Ordbruken har imidlertid blitt kommentert i ettertid. I *N.A.* uttalte EMD at bruk av ordet «mishandling» var problematisk.¹⁰² I vurderingen av om dette skapte tvil om frifinnelsen, ble det vist til at bruken av uttrykket «seksuelt misbruk» ikke førte til brudd på uskyldspresumsjonen i *Ringvold*. Denne henvisningen er etter min mening naturlig å forstå dithen at uttrykket «seksuelt misbruk» var minst like problematisk som «mishandling». Også uttrykkets mer klanderverdige karakter tilsier dette. Uheldig ordbruk synes derfor å ha blitt godtatt allerede i *Ringvold*.

Det at uheldig ordbruk ble godtatt i både *Reeves* og *Ringvold*, som begge ble avsagt før *Allen*, viser etter mitt syn at retningslinjen ikke presenterer en nyskapning eller endring i rettstilstanden. At EMD pekte på *Reeves* som et eksempel for retningslinjen, viser også at EMD selv ikke mente dette som en endring. Ut fra Høyesteretts uttalelse i HR-2018-1783-A om at *Allen* «innebærer en oppsummering og klargjøring» av EMDs syn på uskyldspresumsjonens anvendelse i ulike situasjoner, synes det heller ikke som om Høyesterett er av den oppfatning at dommen har skapt noen endret rettstilstand for disse typetilfellene.¹⁰³

⁹⁹ Avsnitt 126.

¹⁰⁰ Avsnitt 42.

¹⁰¹ Avsnitt 38-42. Se Høyesteretts domsgrunner i Rt. 1996 s. 864 på s. 870-872.

¹⁰² Avsnitt 48.

¹⁰³ Avsnitt 26.

Sett i lys av EMDs og Høyesteretts uttalelser, kan jeg ikke se at de generelle retningslinjene i *Allen* innebærer noen endring av rettsstilstanden for offererstatningstilfellene. Slik jeg ser det, er retningslinjene heller en presisering av gjeldende rett. Kravene til domsgrunnene derfor ikke relativisert eller myknet opp sammenlignet med tidligere praksis.

Ut fra vurderingene under dette punktet, samt 3.2.2. og 3.2.3, er min oppfatning at verken *Orr* eller *Allen* endret rettsstilstanden fra den første offererstatningssaken i *Y* ble avsagt. Samtlige må derfor anses som gjeldende rett, og legges til grunn i den videre analysen og drøftelsen av uskyldspresumsjonens krav til domsgrunnene.

3.3. Det må foretas en helhetsvurdering

Hvorvidt domsgrunnene i erstatningsavgjørelsen sår tvil om riktigheten av frifinnelsen, beror på en helhetsvurdering av sakens omstendigheter. Dette ble tydelig allerede i *Y*. Her ble flere omstendigheter tatt i betraktning, og EMD kom til sin konklusjon om krenkelse «[i]n light of these considerations».¹⁰⁴ Også uttrykk som «in sum» ved presentasjon av konklusjonen viser at EMD har foretatt sin avgjørelse ut fra en helhetsvurdering.¹⁰⁵ Høyesterett har også uttalt at «det må foretas en totalvurdering».¹⁰⁶

Om domsgrunnene anses å sette frifinnelsen i tvil, må vurderes ut fra dommen som et hele. Dette understreket EMD i blant annet *Reeves*, hvor domstolen uttalte at hvorvidt domsgrunnene reiser spørsmål under EMK art. 6 nr. 2 «must be viewed in the context of the proceedings as a whole and their special features»,¹⁰⁷ og i den konkrete vurderingen i *N.A.*, hvor EMD uttalte at «[r]ead in context of the judgment as a whole», så kunne ikke uttalelsene med rimelighet bli lest som en tilskrivelse av straffeskyld til den frikjente.¹⁰⁸ I Høyesterettspraksis er dette fremhevet generelt,¹⁰⁹ og ved uttalelser i konklusjonene som «[n]år domsgrunnene leses under ett...», «[l]est i sammenheng...» og «...det samlede inntrykk begrunnelsen gir».¹¹⁰

I det følgende vil jeg se nærmere på momenter av betydning for helhetsvurderingen av om domsgrunnene i erstatningssaken krenker uskyldspresumsjonen. Jeg har oppstilt listen ut fra

¹⁰⁴ Avsnitt 47.

¹⁰⁵ F.eks. *Ringvold* avsnitt 42 og *N.A.* avsnitt 52.

¹⁰⁶ HR-2018-1783-A avsnitt 32.

¹⁰⁷ «The law», «B. The Court's assessment».

¹⁰⁸ Avsnitt 48.

¹⁰⁹ Rt. 2014 s. 705 avsnitt 4. Gjengitt i Rt. 2015 s. 1299 avsnitt 4 og HR-2017-2387-U avsnitt 3.

¹¹⁰ Henholdsvis Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 37, HR-2017-2387-U avsnitt 5 og HR-2018-1783-A avsnitt 41.

omstendigheter som har vist seg å være sentrale, etter å ha gått gjennom rettspraksis fra EMD og Høyesterett. Den er likevel langt på vei sammenfallende med de momentene som er oppstilt i blant annet HR-2018-1783-A og HR-2018-1909-A.¹¹¹ Listen er på ingen måte uttømmende.

3.4. Relevante momenter i helhetsvurderingen

3.4.1. Strafferettslig terminologi

Om strafferettslig terminologi i domsgrunnene, har Høyesterett uttalt at det er av betydning «at drøftelsen i minst mulig grad gis slike formuleringer at den gir assosiasjoner til en tilsvarende drøftelse av det strafferettslige skyldkravet»,¹¹² og at domstolene «bør søke å unngå typiske strafferettslige begreper».¹¹³ Bruk av strafferettslig terminologi i domsgrunnene har vært tema i vurderingen av om det foreligger krenkelse av uskyldspresumsjonen i en rekke saker fra både EMD og Høyesterett.

Som tidligere skrevet, har EMD ansett bruk av uttrykkene «skyldig» (*Reeves*), «seksuelt misbruk» (*Ringvold*), «misbruk» og «vold» (*N.A.*), problematisk, uten at det førte til krenkelse av uskyldspresumsjonen.¹¹⁴ Omtale av de erstatningsbetingende handlinger som «de forbrytelser», ble etter omstendighetene avgjørende for krenkelse av uskyldspresumsjonen i (*Y*).¹¹⁵ Det samme gjelder uttrykket «vold» i *Orr*.¹¹⁶

Også i Høyesterettspraksis har en rekke uttrykk blitt kritisert. I Rt. 2007 s. 1601 uttalte Høyesterett at «forgrepet seg» og «overgrep» er uttrykk «av belastende karakter» og som «ofte blir benyttet til å karakterisere den straffbare handling i saker som gjelder overtredelser av bestemmelser i straffelovens kapittel om seksualforbrytelser».¹¹⁷ Videre påpekte de at «[u]ttrykkene brukes imidlertid naturlig også i en del andre sammenhenger utenfor strafferetten, også i saker om oppreisning som reises uavhengig av straffesaker». Med henvisning til at bruk av uttrykket «overgrep» ble godtatt i *Ringvold*, førte ordbruken ikke til krenkelse av uskyldspresumsjonen.

¹¹¹ HR-2018-1783-A avsnitt 32 og HR-2018-1909-A avsnitt 54-55.

¹¹² Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 13, gjentatt i Rt. 2008 s. 1292 avsnitt 19.

¹¹³ Bl.a. Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 30. Lignende uttalelser er også gitt av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2014 s. 705 avsnitt 4, Rt. 2015 s. 1299 avsnitt 4 og HR-2017-2387-U avsnitt 3.

¹¹⁴ Avhandlingens punkt 3.2.3. og 3.2.4.

¹¹⁵ Se ovenfor, punkt 3.2.2.

¹¹⁶ Se foran, punkt 3.2.3.

¹¹⁷ Avsnitt 21.

I Rt. 2012 s. 47 mente Høyesteretts ankeutvalg at selv om uttrykket «overgrep» i seg selv ikke krenker uskyldspresumsjonen, var det problematisk når det ble brukt i en sammenheng hvor lagmannsretten ikke hadde foretatt reservasjoner for ulike beviskrav i straffesaken og erstatningssaken.¹¹⁸ Dette bidro til å skape tvil om riktigheten av frifinnelsen, som igjen førte til brudd på EMK art. 6 nr. 2.

Høyesteretts ankeutvalg gikk enda lenger i å vektlegge slik ordbruk i HR-2017-2387-U. Bruk av uttrykkene «overgrep» og «fornærmede», ble ansett som strafferettslig terminologi som «visker [...] ut grensene mellom straffesaken og de sivile kravene som det er nødvendig å opprettholde for å unngå at frifinnelsen trekkes i tvil».¹¹⁹ Dette var det eneste ankeutvalget kritiserte ved domsgrunnene til lagmannsretten, før det konkluderte med at domsgrunnene lest i sammenheng krenket uskyldspresumsjonen.¹²⁰

I HR-2018-1783-A ble utstrakt bruk av uttrykkene «tiltalte» og «fornærmede» ansett som «klart strafferettslig begrepsbruk», og uheldig.¹²¹ I tillegg ble bruk av uttrykkene «seksuelle overgrep», «alvorlige krenkelser» og «seksuelle overgrepshandlinger» ansett å forsterke forbindelsen til straffesaken.¹²² Strafferettslig begrepsbruk var ett av flere forhold som bidro til krenkelse av uskyldspresumsjonen.¹²³

Avgjørelsene fra EMD og Høyesterett viser at strafferettslig terminologi ikke bare har vært problematisk, men også i flere tilfeller avgjørende for brudd på uskyldspresumsjonen. For å unngå krenkelse, bør domstolene i størst mulig grad unngå de ovennevnte uttrykkene ved utformingen av domsgrunner i erstatningssaken.

Som tidligere nevnt, kan enkelte ord utgjøre vilkår for både straffansvar og oppreisningsansvar etter skl. § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3, eller erstatningsansvar etter skl. § 3-3, jf. § 3-1.¹²⁴ Dette gjelder for eksempel «vold». Slike uttrykk kan bli vanskelig å unngå uten fare for at domsgrunnene blir for vage.¹²⁵ Derimot kan jeg ikke se at det skal være problematisk å la være å benytte uttrykk som «tiltalte» og «fornærmede» i begrunnelsen for erstatningsansvar. Her er for eksempel «skadevolder» og «skadelidte» innarbeidede erstatningsrettslige begreper for partene i saken. Også betegnelse av partene som for eksempel

¹¹⁸ Sidetall/avsnitt finnes ikke.

¹¹⁹ Avsnitt 4.

¹²⁰ Avsnitt 4-5.

¹²¹ Avsnitt 36.

¹²² Avsnitt 38.

¹²³ Avsnitt 40.

¹²⁴ Se ovenfor, punkt 3.2.3.

¹²⁵ Se også NOU 2011: 13 s. 91.

«A» og «B» er en enkel måte å unngå å rette tanken mot straffesaken på, se Høyesteretts domsgrunner i Rt. 1996 s. 864 (Ringvold-saken).¹²⁶ Bruk av uttrykkene «tiltalte» og «fornærmede» skaper dermed, etter min mening, unødvendig forbindelse til straffesaken. Det samme gjelder karakterisering av den skadegjørende handling som en «forbrytelse». Her finnes erstatningsrettslig terminologi som «erstatningsbetingende handling», «skadevoldende handling» eller lignende.

3.4.2. Strafferettslig bevistema

Begrepet *bevistema* brukes om det «som skal bevises».¹²⁷ Vilkårene i en rettsregel bestemmer hvilket faktum som må være oppfylt, og det aktuelle faktumet kan omfatte ett eller flere bevistemaer.¹²⁸ Bevistema består gjerne av en *faktisk problemstilling*, hvor partene har ulike påstander om hva som er riktig løsning av denne. I saker om offererstatning vil bevistemaene være knyttet opp mot de erstatningsrettslige vilkårene.

I Høyesterettspraksis er det fremhevet at det er vesentlig for å overholde uskyldspresumsjonen at «premissene ikke kobles opp mot elementer i straffesaken, som for eksempel tiltalebeslutningen eller spørsmålsskriftet til lagretten».¹²⁹ I flere avgjørelser fra EMD og Høyesterett har det fått betydning for vurderingen opp mot uskyldspresumsjonen at det har blitt vist til den forutgående straffesaken ved angivelse av bevistema i den etterfølgende erstatningssaken.

I *Y* var det angitte bevistema for erstatningsdommen, ved å henvise til tiltalen, knyttet til de strafferettslige vilkår. Ut fra min tidligere tolkning av dommen, var trolig ikke henvisningen til tiltalen avgjørende for krenkelse av uskyldspresumsjonen.¹³⁰ Legges derimot det som synes å være *Johnsen* sin tolkning av dommen til grunn, er den et eksempel på at henvisning til strafferettslig bevistema har ført til brudd på uskyldspresumsjonen. Lagmannsretten viste også til tiltalebeslutningen ved beskrivelsen av de faktiske forhold i *Reeves*.¹³¹ Dette var ett av flere forhold EMD kritiserte. Ut fra en helhetsvurdering ble imidlertid ikke domsgrunnene ansett å krenke uskyldspresumsjonen.

¹²⁶ På s. 870-872.

¹²⁷ Strandberg (2012) s. 407.

¹²⁸ Pedersen (2016) s. 266.

¹²⁹ Uttalt av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2014 s. 705 avsnitt 4, Rt. 2015 s. 1299 avsnitt 4 og HR-2017-2387-U avsnitt 3. Lignende uttalelse ble gitt av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1456 avsnitt 30.

¹³⁰ Se drøftelsen foran, punkt 3.2.2.

¹³¹ Se ovenfor, punkt 3.2.3.

I Rt. 2003 s. 1671 var en av de avgjørende årsaker til brudd på uskyldspresumsjonen at bevistema i lagmannsrettsdommen var angitt å være hvorvidt den tiltalte hadde «forholdt seg slik som beskrevet i spørsmålsskriftet» til lagretten, og at lagmannsretten etterpå uttalte at den tiltalte hadde opptrådt slik som beskrevet der, i både objektivt og subjektivt henseende.¹³² Etter at juryordningen ble opphevet med virkning fra den 1. januar 2018, vil riktignok henvisning til spørsmålsskriftet til lagmannsretten ikke lenger være aktuelt.¹³³ Prinsippet er imidlertid fortsatt det samme; bevistemaet bør ikke kobles opp mot straffesaken.

De ovennevnte avgjørelsene viser at det å koble bevistema i erstatningssaken opp mot straffesaken er problematisk, og har bidratt til krenkelse av uskyldspresumsjonen. I mange av sakene om offererstatning kreves oppreisningserstatning etter skl. § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3. Bevistema i erstatningssaken knytter seg da til det faktum som må bevises for å oppfylle vilkårene i disse bestemmelsene. Fordi skl. § 3-5 første ledd bokstav b, jf. § 3-3 inneholder vilkår om at det må være «tilføyd krenking eller utvist mislig adferd» som nevnt i ulike strafferettslige bestemmelser, vil de objektive vilkårene for straffansvar og erstatningsansvar kunne være sammenfallende. Skadeerstatningsloven § 3-5 åpner for erstatningsansvar ved både forsettlig og grovt uaktsom overtredelse, mens hovedregelen er at det kreves forsett for straffansvar, jf. strl. § 21. Flere bestemmelser i straffeloven gjør imidlertid unntak fra denne hovedregelen ved at handlinger også er straffbare ved grov uaktsomhet. Dermed kan også de subjektive vilkårene være sammenfallende ved både forsettlig og grovt uaktsom overtredelse.

Bevistema kan dermed bli identisk i erstatningssaken og straffesaken. Dette skaper en særlig utfordring for utformingen av domsgrunnene i erstatningssaken. Samtidig blir det da desto viktigere at domstolene tydelig skiller begrunnelsen for erstatningsansvar fra straffesaken.¹³⁴ Det vil alltid være forskjeller mellom erstatningssaken og straffesaken. I tillegg til ulike beviskrav, skiller erstatningssaken seg fra straffesaken ved at vilkårene for erstatningsansvar fremgår av de *erstatningsrettslige* regler. Bevistema bør da kobles mest mulig opp mot disse bestemmelsene.

At domstolene henviser til for eksempel tiltalen ved angivelse av bevistema for erstatningssaken, og begrunnelse for at erstatningsvilkårene er til stede, kan kanskje forklares med at retten gjør en slags *mer til det mindre*-betraktning ved den såkalte «afortiori»-

¹³² Avsnitt 36 og 38.

¹³³ Se ikraftsetting av lov 16. juni 2017 nr. 58 om endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen) med overgangsbestemmelser.

¹³⁴ Se bl.a. Rt. 2004 s. 321 avsnitt 30 og Rt. 2004 s. 970 avsnitt 27.

metoden, som ofte anvendes ved begrunnelse av etterfølgende erstatningsplikt ved strafferettslig *domfellelse*.¹³⁵ Da vilkårene for straff gjerne er strengere enn vilkårene for erstatning, vil oppfyllelse av de strafferettslig vilkår kunne føre til at også de erstatningsrettslige vilkår automatisk er innfridde. En slik metode kan imidlertid ikke brukes ved frifinnelse på grunn av bevistvil, ettersom dette reiser tvil om skyldspørsmålet i straffesaken.

3.4.3. Uttalelser om bevisenes styrke i bevisvurderingen

Bevisvurderingen er den begrunnelsen retten gir for sin konklusjon på den faktiske problemstillingen som bevistema ofte utgjør.¹³⁶ Det forklares da hvorfor et bestemt faktum (*bevisresultat*) legges til grunn for det aktuelle bevistema. I offererstatningssaker går bevisvurderingen ut på å begrunne hvilket faktum som legges til grunn for de erstatningsrettslige bevistemaene, som igjen er bestemt av vilkårene i de erstatningsrettslige reglene.

I Høyesterettspraksis er det flere eksempler på at lagmannsretten i bevisvurderingen har uttalt seg på en måte som kan gi inntrykk av at bevisene i erstatningssaken er vurdert som sikre nok til å oppfylle det strafferettslige beviskravet, ikke bare beviskravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt eller «klar sannsynlighetsovervekt», som ofte gjelder i erstatningssakene. Når det i disse sakene er de ulike beviskravene og bevistvil som har ført til ulike konklusjoner i erstatningssaken og straffesaken, er det ofte også tvil rundt *de samme bevisene* som har ført til frifinnelse. Uttalelser som kan gi inntrykk av at domstolen ikke er i tvil om disse bevisene, kan da så tvil om skyldspørsmålet i straffesaken.

I Rt. 2008 s. 1292 fremhevet Høyesterett at lagmannsretten i sin bevisvurdering blant annet hadde sagt at den «legger [...] fornærmedes forklaringer [...] til grunn» og at den «finner etter bevisførselen ikke konkrete holdepunkter for at forklaringene er fabrikkert eller at de fornærmede skulle ha noe motiv for å forklare seg usant...».¹³⁷ Høyesterett mente at lagmannsretten med dette ga inntrykk av at den ikke hadde vært i tvil om riktigheten av forklaringene. Sett i lys av at fornærmedes forklaringer var et både sentralt og omstridt bevis i straffesaken, kunne det etterlate et inntrykk av at domstolen så det slik at det ikke var rimelig

¹³⁵ Se Johnsen (2006) s. 50-51, hvor han skriver at de nasjonale domstoler fulgte denne metoden ved begrunnelsen i *Y*.

¹³⁶ Pedersen (2016) s. 267.

¹³⁷ Avsnitt 30-32.

tvil om det strafferettslige skyldspørsmålet. Høyesterett konkluderte ut fra dette med at uskyldspresumsjonen var krenket.¹³⁸

Et annet eksempel er Rt. 2009 s. 1456. Her pekte Høyesterett på at lagmannsretten uten forbehold uttrykte at den fornærmedes forklaring var troverdig.¹³⁹ I straffesaken var det springende punkt hva som objektivt sett hadde skjedd mellom tiltalte og fornærmede en natt, og tiltalte og fornærmede hadde gitt ulike forklaringer rundt dette.¹⁴⁰ Høyesterett mente at det blant annet av disse grunner ble skapt tvil om riktigheten av den strafferettslige frifinnelsen, som krenket uskyldspresumsjonen.¹⁴¹ Lignende uttalelser i lagmannsrettens domsgrunner ble vektlagt i Rt. 2012 s. 47, og var avgjørende for krenkelse i Rt. 2013 s. 22 og Rt. 2014 s. 249.¹⁴²

Avgjørelsene viser at uttalelser som kan gi inntrykk av at også det strafferettslige beviskravet er oppfylt, ikke bare har blitt vektlagt i vurderingen, men ofte har vært avgjørende for brudd på uskyldspresumsjonen. Som tidligere sagt, kan de likhetene mellom erstatningssaken og straffesaken som kommer av at beviskravene er nære hverandre, skape utfordringer for utforming av domsgrunnene i erstatningssaken.¹⁴³ Det er da vesentlig at domstolene knytter bevisvurderingen opp mot det riktige beviskravet. Legges bevisene det tviles om til grunn uten forbehold, kan det skape tvil om riktigheten av frifinnelsen.

Johnsen har fremholdt at det «ikke [er] noe i veien for å si at erstatningsplikten er utvilsom hvor det er tale om samme faktiske handling, så lenge dette bevisresultatet ikke knyttes til spørsmålet om straffeskyld».¹⁴⁴ Etter min mening viser avgjørelsene under dette punkt at det ikke kan gjøres, i alle fall for tilfeller hvor bevistvil er årsaken til erstatningsplikt til tross for frifinnelse. Dette var tilfellet for både sakene under dette punkt, og *Y* og *Ringvold*, som *Johnsen* underbygget sitt resonnement med. Avgjørelsene gjennomgått under dette punktet viser at uttalelser om bevisenes styrke som kan gi inntrykk av at det strafferettslige beviskravet er oppfylt, har ført til krenkelse av uskyldspresumsjonen uten at bevisresultatet har blitt koblet til spørsmålet om straffeskyld. I motsetning til uttalelsene gjennomgått ovenfor om strafferettslig bevistema, er det her ikke vist til tiltalen, spørsmålsskriftet eller

¹³⁸ Avsnitt 33.

¹³⁹ Avsnitt 34-35.

¹⁴⁰ Avsnitt 32.

¹⁴¹ Avsnitt 36-37.

¹⁴² Rt. 2014 s. 249 avsnitt 3-5. De to førstnevnte avgjørelsene er ikke inndelt i avsnitt/sidetall.

¹⁴³ Se punkt 1.3.

¹⁴⁴ *Johnsen* (2006) s. 35.

lignende. Likevel har domsgrunnene altså skapt slik tvil om frifinnelsen som er uforenlig med uskyldspresumsjonen.

EMD har for sin del ikke avsagt noen avgjørelser hvor slike uttalelser som omhandlet i dette punktet, har ført til brudd på uskyldspresumsjonen. Etter det jeg kan se, har ikke slike saker kommet opp for domstolen.¹⁴⁵

3.4.4. «*Cautionary statements*»

Uttrykket «*cautionary statements*» er brukt av EMD og Høyesterett om uttalelser hvor forskjellene mellom det strafferettslige beviskravet og beviskravet som benyttes i erstatningssaken forklares, og uttalelser hvor domstolene forsikrer om at erstatningsavgjørelsen ikke rokker ved frifinnelsen. Et eksempel på en slik uttalelse er lagmannsrettens innledning av erstatningssaken gjengitt i Rt. 2004 s. 321 (Orr-saken):

«Fordi de sivilrettslige krav på erstatning og oppreisning stiller andre og svakere krav til bevisene for at en handling faktisk har funnet sted, enn tilfellet er når det er spørsmål om idømmelse av straff for den samme handling, vil en tilkjennelse av erstatning/oppreisning ikke i seg selv innebære en tilsidesettelse av den frifinnende dom».¹⁴⁶

Et annet eksempel er Høyesteretts konklusjon om at vilkårene for erstatningsansvar var oppfylte i Rt. 1996 s. 864 (Ringvold-saken):

«Det er da grunnlag for å tilkjenne henne oppreisning [...]. Men jeg presiserer at dette skjer uavhengig av avgjørelsen i straffesaken og ikke rokker ved frifinnelsen for straff».¹⁴⁷

Høyesterett har i flere avgjørelser fremhevet betydningen av «*cautionary statements*» for vurderingen av om uskyldspresumsjonen er krenket.¹⁴⁸ I Rt. 2014 s. 705 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at det, av flere momenter, er «vesentlig at domsgrunnene får frem forskjellene i beviskrav [...] og at det uttrykkelig sies at idømmelsen av erstatningsansvaret ikke rokker ved den konklusjon at det ikke er grunnlag for straffansvar».¹⁴⁹

¹⁴⁵ *A mot Norge* gjelder en sak hvor slike uttalelser førte til krenkelse av uskyldspresumsjonen på nasjonalt nivå, se dommens avsnitt 31. Spørsmålet for EMD gjaldt imidlertid rettsvirkningene ved brudd på uskyldspresumsjonen, se avsnitt 32. Domstolen tok derfor ikke stilling til hvorvidt den anså konklusjonen om krenkelse riktig.

¹⁴⁶ Avsnitt 31. For lagmannsrettens dom, se LE-2003-60.

¹⁴⁷ Dommens s. 872.

¹⁴⁸ F.eks. Rt. 2007 s. 1601 s. avsnitt 13 og Rt. 2008 s. 1292 avsnitt 19.

¹⁴⁹ Avsnitt 4. Gjentatt i bl.a. Rt. 2015 s. 1299 avsnitt 4 og HR-2017-2387-U avsnitt 3.

I Rt. 2003 s. 1671 hadde ikke lagmannsretten forklart forskjellen mellom beviskravene. Blant annet dette bidro ifølge Høyesterett til å «knytte pådømmelsen av erstatningskravet til straffesaken på en uheldig måte».¹⁵⁰ Den manglende forklaringen av forskjellen mellom beviskravene ble ikke trukket frem i begrunnelsen for konklusjonen om brudd på uskyldspresumsjonen, men Høyesteretts uttalelser viser at det i alle tilfeller var problematisk.¹⁵¹ I både Rt. 2004 s. 970 og Rt. 2007 s. 40 ble manglende presisering av ulikheten mellom beviskravene avgjørende for krenkelse.¹⁵² Slik unnlattelse ble dessuten vektlagt i konklusjonen om brudd på uskyldspresumsjonen i Rt. 2015 s. 1299.¹⁵³ Videre ble manglende understreking av at idømmelsen av erstatningsansvar ikke rokket ved den strafferettslige frifinnelsen, vektlagt i Rt. 2009 s. 1456.¹⁵⁴

I *Orr* uttalte EMD at selv om lagmannsretten flere steder hadde kommet med «cautionary statements» ved å understreke forskjellen mellom det sivilrettslige og strafferettslige beviskravet, var domstolen ikke overbevist om at domsgrunnene ikke tilsidesatte den strafferettslige frifinnelsen.¹⁵⁵ Det var altså ikke tilstrekkelig med slike uttalelser, all den tid domsgrunnene ellers satte frifinnelsen i tvil. Det samme uttalte EMD i *N.A.*¹⁵⁶ Heller ikke i HR-2018-1783-A var «cautionary statements» tilstrekkelig til å gå klar av uskyldspresumsjonen.¹⁵⁷

Avgjørelsene viser at mangel på «cautionary statements» i domsgrunnene har blitt ansett både problematisk og etter omstendighetene ført til krenkelse av uskyldspresumsjonen. Samtidig er det ikke tilstrekkelig for overholdelse av uskyldspresumsjonen å gi slike uttalelser, der begrunnelsen av andre årsaker skaper tvil om riktigheten av frifinnelsen.

I Rt. 2004 s. 790 uttalte Høyesterett at forklaring av forskjellene mellom beviskravene var et *krav*.¹⁵⁸ Som de ovennevnte uttalelsene viser, har de senere uttalt at det er «vesentlig» for vurderingen. Uansett taler mye for at «cautionary statements» bør inntas i domsgrunnene. En viktig funksjon ble poengtert av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1671. Her uttalte de at forskjellene mellom beviskravene bør presiseres fordi «dette vil bidra til å markere avstand til

¹⁵⁰ Avsnitt 36.

¹⁵¹ Avsnitt 38.

¹⁵² Rt. 2004 s. 970 avsnitt 28-30, og Rt. 2007 s. 47 avsnitt 24-25 og 27.

¹⁵³ Avsnitt 5.

¹⁵⁴ Avsnitt 36-37.

¹⁵⁵ Avsnitt 52-53.

¹⁵⁶ Avsnitt 46.

¹⁵⁷ Avsnitt 39-40.

¹⁵⁸ Avsnitt 22.

straffesaken».¹⁵⁹ Det samme må etter mitt syn gjelde understreking av at erstatningssaken ikke rokker ved frifinnelsen for straff. Ved ellers store likheter mellom sakene, vil de forskjeller som finnes måtte tydeliggjøres for ikke å skape tvil om skyldspørsmålet i straffesaken.

Videre kan slike presiseringer bidra til å klargjøre om domstolen har forstått og anvendt riktige regler, som kreves etter tvl. § 19-6 fjerde ledd bokstav c, jf. femte ledd andre punktum. I denne sammenheng er det vesentlig at det for overholdelse av uskyldspresumsjonen, ikke er tilstrekkelig at domstolene selv har forstått forskjellene mellom straffesaken og erstatningssaken. Ifølge Høyesterett må «avgjørelsen ikke [...] etterlate inntrykk av at tiltalte er straffskyldig selv om han er frifunnet for straff. Det er derfor av sentral betydning hvordan begrunnelsen fremstår for tiltalte og omverdenen».¹⁶⁰ Reglene som i norsk rett gir adgang til å idømme offererstatning kan oppleves retsteknisk vanskelige og generelt uforståelige for borgerne.¹⁶¹ Dette medfører at slike forklaringer og klargjøringer blir desto viktigere. Og antakeligvis krever ikke slike tilføyelser særlig mye av domstolene.

Aall har fremholdt om faren for å krenke uskyldspresumsjonen når domstolene skal gi en god begrunnelse for at kravet om klart sannsynlighetsovervekt er oppfylt, at «[f]orsikringer om at straffesaken og den sivile saken likevel er forskjellige, får lett karakter av en skinnmanøver i det øyemed (formelt) å tilfredsstille konvensjonen. Og slike besvergelser er det ingen grunn til å oppmuntre til».¹⁶² All den tid *Aall* kun sikter til de tilfeller hvor slike uttalelser brukes som en slags «redningsmanøver», er jeg enig hans synspunkt. Domstolene må ikke bruke «cautionary statements» for å dekke over domsgrunner som ellers bærer preg av å sette frifinnelsen i tvil. Uttalelsene bør komme *i tillegg* til ellers varsomme domsgrunner.

3.4.5. Andre omstendigheter av betydning

I tillegg til forhold som direkte omhandler hvordan domstolene utformer domsgrunnene, kan det spørres om også enkelte andre omstendigheter vil kunne påvirke vurderingen av om det er skapt tvil om riktigheten av frifinnelsen.

¹⁵⁹ Avsnitt 35.

¹⁶⁰ Rt. 2007 s. 40 avsnitt 25. Uttalelsen ble gitt i forbindelse med uttalelser om de ulike beviskravene, men slik jeg forstår uttalelsen, er den generell. Se også og Rt. 2007 s. 1601 avsnitt 27, hvor det fremheves at det er avgjørende hvordan leseren forstår domsgrunnene.

¹⁶¹ Se bl.a. Strandbakken (2003) s. 245 og Aall (2018) s. 492.

¹⁶² Aall (2018) s. 489 og Aall (2003) s. 250-251.

I Rt. 2004 s. 970 fremhevet Høyesterett at det kreves særlig varsomhet ved utformingen av domsgrunnene i tilfeller hvor vilkårene for straffansvar og erstatningsansvar er likt formulert og beviskravene ligger nære hverandre, slik de gjør der det kreves klar sannsynlighetsovervekt i erstatningssaken.¹⁶³ Dette ble begrunnet med at det ellers kan bli altfor stor likhet mellom domsgrunnene i straffesaken og erstatningssaken. I Rt. 2007 s. 40 uttalte Høyesterett at domstolene har en særlig oppfordring til å formulere seg slik at det ikke skapes tvil om riktigheten av frifinnelsen i saker hvor erstatningssaken pådømmes av meddomsrett, hvor de samme dommerne avgjør både straffekravet og erstatningskravet.¹⁶⁴ Det ble fremhevet at dette synspunktet forsterkes der flere av de samme dommerne som voterer for erstatningsansvar, har votert for domfellelse i straffesaken. I begge sakene bidro manglende varsomhet ved utformingen av domsgrunnene til at Høyesterett konkluderte med brudd på uskyldspresumsjonen.¹⁶⁵

De omstendighetene som er fremhevet av Høyesterett i de ovennevnte sakene, er forhold som skaper en *sterkere forbindelse* mellom straffesaken og erstatningssaken. Dette tilsier at domstolene bør utvise en særlig varsomhet også ved andre omstendigheter som skaper en sterkere forbindelse mellom straffesaken og erstatningssaken.

Aall har fremhevet at, i tillegg til mer nøytralt språk, skilte *Ringvold* seg fra *Y* ved at førstnevnte sak ble avgjort i en separat sak i sivilprosessens former, og ut fra delvis nytt bevisgrunnlag.¹⁶⁶ Han hevder at disse forhold skapte en svakere forbindelse mellom straffesaken og erstatningssaken enn i *Y*. I vurderingen av om domsgrunnene krenket uskyldspresumsjonen i *Ringvold*, nevnte EMD at erstatningssaken ble avsagt i en egen sivil sak.¹⁶⁷ Det ble imidlertid ikke uttrykkelig sagt at det fikk betydning for vurderingen. Hva gjelder at saken ble avsagt ut fra delvis nytt bevisgrunnlag, kan jeg ikke se at EMD ga uttrykk for at dette hadde betydning for kravene til domsgrunnene. Jeg er likevel enig med *Aall* i at disse forhold i realiteten skaper en svakere forbindelse til straffesaken. Dette tilsier at domstolene også bør være særlig varsom ved utforming av domsgrunnene der erstatningssaken behandles sammen med straffesaken etter strpl. § 3, og der bevisgrunnlaget i sakene er likt.

¹⁶³ Avsnitt 27.

¹⁶⁴ Avsnitt 27.

¹⁶⁵ Rt. 2004 s. 970 avsnitt 27-28 og 30 og Rt. 2007 s. 40 avsnitt 27-28.

¹⁶⁶ *Aall* (2018) s. 491 og *Aall* (2003) s. 253.

¹⁶⁷ Avsnitt 38.

Alle disse omstendighetene er forhold som domstolene ikke nødvendigvis kan noe for eller kan gjøre noe med, men som likevel kan påvirke vurderingen av om uskyldspresumsjonen er overholdt. For å unngå å skape en slik forbindelse til straffesaken som sår tvil om riktigheten av frifinnelsen, bør domstolene derfor ta dem i betraktning. Der slike omstendigheter som forsterker forbindelsen mellom erstatningssaken og straffesaken foreligger, blir det da ekstra viktig for eksempel å unngå strafferettslig terminologi og få fram forskjellene mellom straffesaken og erstatningssaken hva gjelder både bevistema og beviskrav.

3.5. Hvor går terskelen for krenkelse av uskyldspresumsjonen?

3.5.1. EMD-praksis

Som tidligere nevnt, har EMD under spørsmålet om hvilke uttalelser som krenker utskyldspresumsjonen, uttalt at «a statement imputing criminal liability», kan skape en forbindelse mellom straffesaken og erstatningssaken som faller inn under virkeområdet til EMK art. 6 nr. 2, som gjerne også krenker uskyldspresumsjonen.¹⁶⁸ Spørsmålet er imidlertid hvor terskelen går for at uttalelsene har skapt slik tvil om riktighetene av frifinnelsen som er uforenlig med uskyldspresumsjonen – altså *hvor stor tvil* som godtas.

Formuleringen «a statement imputing criminal liability» synes å gi uttrykk for at det må foreligge uttalelser som konstaterer straffeskyld, jf. også Høyesteretts oversettelse «utsagn som tilskriver straffeskyld».¹⁶⁹ I norsk strafferett forutsetter strafferettslig skyld at de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt.¹⁷⁰ For at vilkårene skal anses oppfylt, må imidlertid det relevante faktum under vilkårene være bevist utover enhver rimelig tvil.¹⁷¹ Isolert sett er det derfor naturlig å tolke formuleringen dithen at uttalelsene må gi inntrykk av at både de strafferettslige vilkår og det strafferettslige beviskravet er oppfylt.

EMD har i sine avgjørelser stort sett vist til at de nasjonale domsgrunnene enten inneholder, eller ikke inneholder, uttalelser som dekker de objektive og subjektive vilkår for straffansvar. I *Ringvold* uttalte EMD at den nasjonale avgjørelsen «...did not state, either expressly or in substance, that all the conditions were fulfilled for holding the applicant criminally liable...».¹⁷² I *Orr* uttalte domstolen at faktumbeskrivelsen i den nasjonale avgjørelsen

¹⁶⁸ Se foran, punkt 3.1. og 3.2.4.

¹⁶⁹ F.eks. HR-2018-1783-A avsnitt 26.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 194.

¹⁷¹ Se ovenfor, punkt 2.1.

¹⁷² Avsnitt 38.

«...covered practically all those constitutive elements, objective as well as subjective, that would normally amount to the criminal offence...».¹⁷³ Selv om EMD ikke presiserte hva som var galt med domsgrunnene til lagmannsretten i *Y*, har domstolen i ettertid bekreftet at uttalelsene ga inntrykk av at de objektive og subjektive vilkår for straff var oppfylte.¹⁷⁴

I *N.A.* uttalte EMD at de nasjonale domstoler sine domsgrunner «...did [not] contain any statement suggesting, either expressly or in substance, that all the conditions were fulfilled for holding her criminally liable...».¹⁷⁵ Her synes det som om EMDs oppfatning er at uttalelser som tyder på («suggesting») at de strafferettslige vilkårene er oppfylt, er tilstrekkelig for brudd på uskyldspresumsjonen. Dette setter etter min mening en lavere terskel for krenkelse enn uttalelser som fastslår («state») at de strafferettslige vilkår er oppfylt eller som dekker («covered») de strafferettslige vilkår. Likevel innebærer denne nyansen trolig ingen rettsutvikling. Uttalelsen synes heller som en presisering av kravet, særlig fordi EMD henviste til den mindre nyanserte uttalelsen i *Ringvold*.

Ut fra EMDs uttalelser synes domstolen med «a statement imputing criminal liability» å sikte til uttalelser som gir inntrykk av eller antyder at de strafferettslige vilkårene er oppfylt. Imidlertid kan jeg ikke se at EMD har fremholdt at de nasjonale avgjørelsene gir inntrykk av at det strafferettslige beviskravet er oppfylt. Domstolen har fastslått brudd på uskyldspresumsjonen i to saker, *Y* og *Orr*. I *Y* var uttalelsen om «de forbrytelser» klageren var tiltalt for, direkte koblet til beviskravet om klar sannsynlighetsovervekt.¹⁷⁶ I *Orr* hadde de nasjonale domstoler koblet faktum til det lavere beviskravet for erstatningsansvar og presisert forskjellen mellom dette og det strafferettslige beviskravet.¹⁷⁷

Ut fra dette ser det ut til at det er tilstrekkelig til å anses som «a statement imputing criminal liability» med uttalelser som antyder at de strafferettslige vilkår er oppfylt, ut fra et lavere beviskrav. Dette utelukker at det kreves slik skyldkonstatering som må være til stede for straffeskyld i norsk rett. Likevel må uttalelser som *antyder* at vilkårene for straff er oppfylt, sette en vesentlig høyere terskel for brudd på uskyldspresumsjonen enn kravet om at *enhver mistankeyttring* omfattes, som er tilstrekkelig for brudd på uskyldspresumsjonen i forfølgningserstatningssakene.¹⁷⁸

¹⁷³ Avsnitt 51.

¹⁷⁴ *N.A.* avsnitt 49.

¹⁷⁵ Avsnitt 49.

¹⁷⁶ Avsnitt 44.

¹⁷⁷ Avsnitt 52 og Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 321 avsnitt 31 og 33-34.

¹⁷⁸ Se ovenfor, punkt 3.2.4.

Akkurat hvor terskelen går for hvor stor tvil uttalelsene kan gi uttrykk for før det er uforenlig med uskyldspresumsjonen, er likevel ikke klart. Det kan spørres om dette er mulig å fastslå helt generelt, ettersom hva som utgjør en krenkelse av uskyldspresumsjonen må avgjøres ut fra en helhetsvurdering av konkrete omstendigheter i den enkelte sak.

3.5.2. Høyesterettspraksis

Spørsmålet er så om Høyesterett har fulgt standarden oppstilt av EMD, eller om de har kjørt en strengere linje. I enkelte avgjørelser synes Høyesterett og dets ankeutvalg å ha vært nokså strenge i bedømmelsen av domsgrunnene. For eksempel har Høyesterett i en sak begrunnet brudd på uskyldspresumsjonen med at ulikheten mellom beviskravene i erstatningssaken og straffesaken ikke var presisert *godt nok*, selv om den fremgikk av domsgrunnene.¹⁷⁹ I en annen sak ble bruk av strafferettslig terminologi som «fornærmede» og «overgrep» i den konkrete sammenhengen alene avgjørende for brudd på uskyldspresumsjonen.¹⁸⁰ Ikke i noen av avgjørelsene begrunnes krenkelse med at uttalelsene tilskriver eller antyder at de strafferettslige vilkårene er oppfylt,¹⁸¹ kun med at frifinnelsen er satt i tvil.

Ettersom brudd på uskyldspresumsjonen beror på en konkret helhetsvurdering av domsgrunnene i den enkelte sak sett i sammenheng, må det etter min mening utvises forsiktighet ved sammenligning av dommene og konklusjoner om hvor strenge de er. Og selv om det i Høyesterettspraksis, i motsetning til EMDs praksis, ikke alltid er presisert nærmere hva som legges i at det er skapt tvil om frifinnelsen, er det ikke nødvendigvis noen realitetsforskjell mellom tersklene EMD og Høyesterett har lagt til grunn. Begge utgangspunktene gir anvisning på en *viss* tvil uten å klargjøre nøyaktig *hvor stor* tvil som godtas. Dessuten har spesifikke ord eller formuleringer vært avgjørende for krenkelse av uskyldspresumsjonen, også i EMDs avgjørelser.¹⁸² Etter min oppfatning er det derfor ingen klare holdepunkter for at Høyesterett har vært strengere i bedømmelsen av kravene til domsgrunnene enn EMD.¹⁸³

Det må likevel nevnes at EMK ikke stenger for at nasjonale domstoler gir et sterkere vern enn konvensjonens bestemmelser ut fra andre lover eller konvensjoner, jf. art. 53. I dag kan et sterkere vern av uskyldspresumsjonen forankres i Grl. § 96 andre ledd. Dette følger for øvrig

¹⁷⁹ Rt. 2004 s. 970 avsnitt 28.

¹⁸⁰ HR-2017-2387-U avsnitt 4.

¹⁸¹ Rt. 2004 s. 970 avsnitt 28-30, HR-2017-2387-U avsnitt 4-5.

¹⁸² Se punkt 3.2.2. om *Y*, punkt 3.2.3 om *Orr*.

¹⁸³ Sml. Rui (2014) s. 131-132.

allerede av at Grunnloven er *lex superior*,¹⁸⁴ og dermed overordnet EMK. Slik Høyesterett uttalte i Rt. 2015 s. 93: «[d]et er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁸⁵ I denne sammenheng kan det også nevnes at det i dag er klart at Grl. § 92, som pålegger norske myndigheter å «respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter», ikke skal tolkes som en inkorporasjonsbestemmelse som gir EMK eller andre menneskerettskonvensjoner Grunnlovs rang.¹⁸⁶

Et svakere vern etter Grunnloven kan derimot ikke oppstilles. Det er et alminnelig folkerettslig prinsipp at nasjonale lovregler – dermed også Grunnlovens bestemmelser – ikke kan brukes som grunnlag for ikke å oppfylle traktatforpliktelser.¹⁸⁷ EMK oppstiller et *minimumsvern*. Et svakere vern vil dessuten stride mot formålet med innføringen av de nye menneskerettighetene i Grunnloven, om å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett.¹⁸⁸

I Høyesterettspraksis fra 2018 ser man en utvikling hvor Høyesterett har gått fra å anvende EMK art. 6 nr. 2 til å ta utgangspunkt i Grl. § 96 andre ledd.¹⁸⁹ Denne løsrivelsen fra EMK kan muligens være starten på en mer selvstendig tolkning av Grunnlovens vern av uskyldspresumsjonen. Imidlertid taler flere forhold mot at Høyesterett vil fravike EMKs vern av uskyldspresumsjonen i særlig stor grad – i alle fall med det første. Som tidligere skrevet, følger det av forarbeidene til de nye grunnlovsbestemmelsene at den nærmere grensen for når uskyldspresumsjonen er overtrådt, fortsatt skal trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal praksis på området.¹⁹⁰ Høyesterett fulgte opp dette i HR-2018-1783-A og HR-2018-1909-A.¹⁹¹ Det er derfor grunn til å tro at Høyesterett vil fortsette i denne retning, men det vil fremtidige avgjørelser vise.

¹⁸⁴ Se f.eks. Aall (2018) s. 24.

¹⁸⁵ Avsnitt 57.

¹⁸⁶ Jf. HR-2016-2554-P avsnitt 70. Dette må skilles fra det faktum at EMK er inkorporert til norsk rett og har forrang foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.

¹⁸⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 87.

¹⁸⁸ Se punkt 2.2.

¹⁸⁹ Første gang i HR-2018-1783-A, se avsnitt 20-40. Se også HR-2018-1909-A avsnitt 40-66, hvor Grunnlovens bestemmelse ble enda mer selvstendig anvendt. Denne dommen gjelder riktignok idømmelse av erstatningsansvar etter delvis frifinnelse. Imidlertid ble de samme overordnede utgangspunktene som ved total frifinnelse oppstilt, se dommens avsnitt 54-55. De nærmere kravene synes å være modifiserte, men dette faller utenfor avhandlingen å vurdere, jf. punkt 1.3.

¹⁹⁰ Se punkt 3.1.

¹⁹¹ HR-2018-1783-A avsnitt 20-25 og HR-2018-1909-A avsnitt 51-55. I sistnevnte dom brukes kun retningslinjer fra Høyesterettspraksis ved fastleggelsen av kravene til domsgrunnene, se avsnitt 54-55. Disse retningslinjene bygger imidlertid på praksis fra EMD, se bl.a. avsnitt 54 sammenholdt med HR-2018-1783-A avsnitt 32.

Ved å bruke Grunnlovens menneskerettsbestemmelser aktivt i avgjørelsene, kan Høyesterett føre en bedre dialog med EMD om de nasjonale synspunkter på uskyldspresumsjonen.¹⁹² En god dialog mellom nasjonale domstoler og EMD er viktig for at menneskerettighetene i EMK skal utvikles på en balansert og legitim måte.¹⁹³ Hvis EMDs tolkning av EMK art. 6 nr. 2 i fremtidige avgjørelser skulle fravike den norske rettsoppfatningen, vil signaler om dette fra Høyesterett kunne gi større muligheter for at EMD korrigerer eventuelle uheldige tolkninger av EMKs vern av uskyldspresumsjonen.

4. KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Etter en nærmere analyse av Høyesterettspraksis og praksis fra EMD, har jeg kommet fram til at de krav uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2 stiller til utformingen av domsgrunnene i offererstatningssaker er de samme i dag som de var ved den første avgjørelsen fra EMD i 2003, *Y mot Norge*. De nærmere kravene har blitt gradvis mer presisert med årene etter hvert som flere avgjørelser om emnet har blitt avsagt, men dette er naturlig utvikling. Jeg kan heller ikke se noen konkrete holdepunkter for at Høyesterett har anvendt en strengere standard enn EMD. Høyesterett har foreløpig også fulgt opp standarden etter EMK art. 6 nr. 2 ved tolkning av uskyldspresumsjonen etter Grl. § 96 andre ledd. Foreløpig er derfor uskyldspresumsjonens krav til domsgrunnene de samme etter Grunnloven og EMK.

Det overordnede kravet er fortsatt at det ikke må sås tvil om riktigheten av frifinnelsen. Om dette er tilfellet beror på en helhetsvurdering av de nærmere omstendigheter i saken. I helhetsvurderingen er det av stor betydning at det ikke brukes strafferettslig terminologi, angis strafferettslig bevistema eller gis uttalelser som kan gi inntrykk av at bevisene er sikre nok til å oppfylle det strafferettslige beviskravet. Videre at forskjellene mellom beviskravene i straffesaken og erstatningssaken forklares og at det forsikres om at erstatningssaken ikke rokker ved frifinnelsen. Dessuten kreves særlig varsomhet ved utformingen av domsgrunnene der det foreligger omstendigheter som skaper en sterkere forbindelse til straffesaken.

Domsgrunnene sett under ett er avgjørende for helhetsvurderingen. I denne sammenheng er det ikke bare hvordan domstolene synes å ha forstått forskjellene mellom straffesaken og

¹⁹² Se Bårdsen (2017) s. 12, som fremhever aktiv bruk av Grunnlovens menneskerettigheter for å oppfylle «en selvstendig rolle i det man gjerne omtaler som *dialogen* med de internasjonale håndhevingsorganene...» (Bårdsens kursivering).

¹⁹³ Rui (2014) s. 143.

erstatningssaken det ses på, men like mye hvordan domsgrunnene fremstår for leseren – hvilket inntrykk denne sitter igjen med.

I det nærmere spørsmålet om hvor stor tvil som skal til for å krenke uskyldspresumsjonen, er uttalelser som *antyder* at de strafferettslige vilkår foreligger, tilstrekkelig. Det kreves ikke at uttalelsene gir uttrykk for at det strafferettslige beviskravet er oppfylt, mens heller ikke *enhver mistankeyring* fører til krenkelse. Utover dette er det etter dagens rettstilstand ikke klarlagt hvor terskelen for krenkelse går. Det lengste man kan komme et svar er trolig å se på hva som har ført til brudd på uskyldspresumsjonen i tidligere saker, slik som forsøkt i denne avhandlingen. Likevel kan ikke prejudikatsvirkningen dras for langt, ettersom det i betydelig grad dreier seg om konkrete vurderinger.

Flere av de omstendigheter som har blitt ansett problematisk og noen ganger vært avgjørende for brudd på uskyldspresumsjonen, har etter min mening vært unødvendige koblinger til straffesaken. Dette gjelder særlig angivelse av strafferettslig bevistema ved for eksempel henvisning til tiltalen, mangel på «cautionary statements» og en god del strafferettslig terminologi, som «tiltalte», «fornærmede» og «forbrytelser». Noe strafferettslig terminologi er imidlertid vanskelig å unngå uten å komme i fare for altfor vage domsgrunner, herunder ord som utgjør vilkår for både erstatningsansvar og straffansvar.

Selv med de omstendigheter som hver for seg kan anses som unødvendige koblinger til straffesaken, er jeg i stor grad enig med Høyesterett og Straffeprosessutvalget til «Ny straffeprosesslov» om at utforming av domsgrunner uten å krenke uskyldspresumsjonen, synes å være en utfordrende oppgave.¹⁹⁴ Både likhet i vilkår og de nære beviskravene skaper store likheter mellom erstatningssaken og straffesaken. Samtidig som domstolene skal forsøke å skrive en dekkende begrunnelse for at det er grunnlag for erstatningsansvar, skal de ta i betraktning alle disse ulike momentene som kan bidra til brudd på uskyldspresumsjonen. *Til sammen* virker det som en vanskelig balansegang. Dessuten kan det hevdes at oppgaven kompliseres av at kravene er relativt uoversiktlige. Et nærmere svar på hvilke krav som stilles til domsgrunnene krever et dypdykk inn i en rekke rettsavgjørelser, og selv da vil man ikke finne et klart svar på hvilke uttalelser som godtas og ikke.

¹⁹⁴ Sml. Robberstad (2017) s. 326, som mener det ikke er en vanskelig oppgave. Hun begrunner sitt synspunkt først og fremst med at norske domstoler klarte å begrunne sin erstatningsavgjørelse uten å krenke uskyldspresumsjonen i *N.A.*, og at hun slutter seg til *Ruis* synspunkt om endring i rettstilstanden ved *Allen*, i retning mindre strenge krav til domsgrunnene. Som tidligere skrevet, er jeg av en annen oppfatning, se punkt 3.2.4.

Blant annet som følge av vanskelighetene med utformingen av domsgrunner i offererstatningssaker, har Straffeprosessutvalget til «Ny straffeprosesslov» foreslått å gjeninnføre ensrettingsprinsippet.¹⁹⁵ Dersom forslaget får gjennomslag, vil domstolene slippe utforming av domsgrunner i offererstatningssaker etter strpl. § 3.¹⁹⁶ Utfordringen vil imidlertid fortsatt bestå i offererstatningssaker som reises i egen sivil sak, selv om den svakere tilknytningen til straffesaken vil kunne lette noe på problemene.

Skal utfordringene minskes uavhengig av prosessform, vil et alternativ kanskje være å mykne opp uskyldspresumsjonens krav til domsgrunnene, slik at små nyanseringer ikke blir avgjørende for om krenkelse finner sted. All den tid Høyesterett ikke anvender en strengere standard enn EMD allerede, vil en slik endring muligens – som følge av EMK som et minimumsvern – måtte starte med EMD. Men det kan spørres om slike finmaskede krav egentlig gir den frikjente bedre rettssikkerhet.¹⁹⁷ Høyesterett kan uansett gi signaler om et slikt syn gjennom *dialogen* med EMD.

Eventuelt kan det, om mulig, gis klarere retningslinjer om hvilke uttalelser som godtas og ikke under uskyldspresumsjonen. Det er trolig sant som dommer De Gaetano poengterte i sitt separate votum i *Allen*:

«To state that it all depends on whether “the national decision on compensation [contains] a statement imputing criminal liability to the respondent party” [...] – which in effect means “it all depends on what you say and how you say it” – is just playing with words and most unhelpful».¹⁹⁸

¹⁹⁵ NOU 2016: 24 s. 113-114 og s. 493.

¹⁹⁶ For nærmere om den alternative løsning om statlig garantiordning som foreslås, se NOU 2016: 24 s. 494 flg. Det faller for øvrig utenfor denne avhandlingen å vurdere – *de lege ferenda* – om reglene burde endres og hvilke løsninger som eventuelt burde velges.

¹⁹⁷ Se Rui (2014) s. 131. Han stiller imidlertid spørsmålet i forbindelse med sitt synspunkt om at Høyesterett oppstiller strengere krav til domsgrunnene enn EMD.

¹⁹⁸ «Separate opinion of Judge De Gaetano» avsnitt 3.

Kilderegister:

Lover og forskrifter:

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (OPPHEVET)
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven) (OPPHEVET)
- Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven)
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ikraftsetting av lov 16. juni 2017 nr. 58 om endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen) med overgangsbestemmelser

Internasjonale konvensjoner og erklæringer:

- De forente nasjoners verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 (Verdenserklæringen)
- Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)
- De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

Forarbeider og stortingsdokumenter:

- NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
- NOU 2000: 33 Offererstatning der tiltalte er frifunnet for straff

- NOU 2001: 32 A Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- NOU 2006: 10 Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter
- NOU 2011: 13 Juryutvalget – Når sant skal skrives
- Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
- Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
- NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Rettspraksis:

Nasjonal rettspraksis:

Høyesterettspraksis:

- Rt. 1992 s. 64
- Rt. 1996 s. 864
- Rt. 1999 s. 1363
- Rt. 2003 s. 1671
- Rt. 2004 s. 321
- Rt. 2004 s. 970
- Rt. 2005 s. 1353

- Rt. 2007 s. 40
- Rt. 2007 s. 1601
- Rt. 2008 s. 1292
- Rt. 2009 s. 1456
- Rt. 2012 s. 47
- Rt. 2013 s. 22
- Rt. 2014 s. 249
- Rt. 2014 s. 705
- Rt. 2015 s. 93
- Rt. 2015 s. 1299
- HR-2016-2554-P
- HR-2017-2387-U
- HR-2018-1783-A
- HR-2018-1909-A
- HR-2018-2427-A

Underrettspraksis:

- LG-1998-260-2
- LE-2003-60

Internasjonal rettspraksis:

- EMDs dom av 25. august 1993, *Sekanina mot Østerrike*, søkenr. 13126/87.
- EMDs dom av 21. mars 2000, *Asan Rushiti mot Østerrike*, søkenr. 28389/95.

- EMDs dom av 11. februar 2003, *O mot Norge*, søkenr. 29327/95.
- EMDs dom av 11. februar 2003, *Hammern mot Norge*, søkenr. 30287/96.
- EMDs dom av 11. februar 2003, *Ringvold mot Norge*, søkenr. 34964/97.
- EMDs dom av 11. februar 2003, *Y mot Norge*, søkenr. 56568/00.
- EMDs avvisningsavgjørelse av 8. juli 2004, *Reeves mot Norge*, søkenr. 4248/02.
- EMDs dom av 15. mai 2008, *Orr mot Norge*, søkenr. 31283/04.
- EMDs dom av 12. juli 2013, *Allen mot Storbritannia*, søkenr. 25424/09.
- EMDs dom av 18. desember 2014, *N.A. mot Norge*, søkenr. 27473/11.
- EMDs avvisningsavgjørelse av 29. mai 2018, *A mot Norge*, søkenr. 65170/14.

Litteratur:

- Bårdsen, Arnfinn, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i Høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», *Jussens venner*, 2017, s. 1-44. (Sitert fra Idunn.no).
- Johnsen, Jon T., «Hva ble Norge dømt for i Strasbourg?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2006, s. 1-70. (Sitert fra Lovdata).
- Krokeide, Kjetil, «Bom stopp for sprikende konklusjoner», *Tidsskrift for strafferett nr. 2 2003 årgang 3*, s. 194-216. (Sitert fra Lovdata).
- Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse for rettsavgjørelser*, (Tromsø 2016).
- Robberstad, Anne, «Prosessen og fornærmede», *Tidsskrift for strafferett*, 2017, s. 311-328. (Sitert fra Idunn.no).
- Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen – Utvalgte avgjørelser for perioden 23. januar til 18. august 2008», *Tidsskrift for strafferett*, 2008, s. 348-364. (Sitert fra Lovdata).
- Rui, Jon Petter, «Uskyldspresumsjonens vern mot omtale av straffesaker før straffedom og etter frifinnelse», *Tidsskrift for strafferett*, 2014, s. 119-143. (Sitert fra Lovdata).

- Strandbakken, Asbjørn, «Simpson i Strasbourg, *Lov og Rett*, 2003, s. 231-248. (Sitert fra Lovdata).
- Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker*, (Bergen 2012).
- Aall, Jørgen, «Uskyldspresumsjonen etter frifinnende dom», *Lov og Rett*, 2003, s. 249-256. (Sitert fra Lovdata).
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave (Bergen 2018).