



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Skyld som vilkår for foretaksstraff

Forholdet mellom det EMK-rettslige skyldprinsippet og foretaksstraff i norsk rett

Hogne Huus-Hansen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2020

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Innledning..... | 1 |
| 1.1 | Oppgavens tema | 1 |
| 1.2 | Temaets aktualitet..... | 2 |
| 1.3 | Metodiske utgangspunkter..... | 2 |
| 1.4 | Kort om forholdet til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser | 3 |
| 1.5 | Den videre fremstilling..... | 4 |
| 2 | Følger det et krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner av EMK? | 4 |
| 2.1 | EMK art 6 (2) – uskyldspresumsjonen | 5 |
| 2.1.1 | Innledning - kort om reelle hensyn, rettighetsvernet og anvendelsesområde | 5 |
| 2.1.2 | Kan det utledes et krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner av EMK art 6 (2)? | 8 |
| 2.2 | EMK art 7 – legalitetsprinsippet..... | 15 |
| 2.2.1 | Innledning – kort om reelle hensyn, kort om rettighetsvernet og anvendelsesområde..... | 15 |
| 2.2.2 | Kan det utledes et krav om subjektiv skyld av EMK art 7?..... | 18 |
| 2.3 | Nærmere om forholdsmessighetsterskelen | 29 |
| 2.3.1 | Innledende spørsmål og veien videre | 29 |
| 2.3.2 | Forholdsmessighetsterskelen..... | 30 |
| 3 | Forholdet mellom foretaksstraffen og skyldprinsippet i EMK art 7 | 35 |
| 3.1 | Innledning..... | 35 |
| 3.2 | Generelt om foretaksstraff..... | 35 |
| 3.3 | Tolkning..... | 38 |
| 3.3.1 | I hvilken grad tillater straffeloven §§ 27 og 28 tiltalte å forsvare seg på subjektivt grunnlag? | 38 |
| 3.3.2 | Hva er begrunnelsen for unntaket fra skyldkravet? | 41 |
| 3.3.3 | I hvilke grad tillater straffeloven §§ 27 og 28 tiltalte å forsvare seg på objektivt grunnlag?..... | 42 |

| | | |
|--------------------------------------|--|----|
| 3.3.4 | Hvilke straffesanksjoner kan benyttes mot foretak? | 45 |
| 3.4 | Proporsjonalitetsvurdering..... | 45 |
| Kildeliste | | 50 |
| Lover og internasjonale konvensjoner | | 50 |
| Lovforarbeider..... | | 50 |
| Avgjørelser fra Høyesterett | | 51 |
| Avgjørelser fra EMD..... | | 51 |
| Juridisk litteratur | | 53 |

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for denne oppgaven er forholdet mellom det EMK-rettslige skyldprinsippet og det norske foretaksstraffinstituttet. Oppgaven er inspirert av Jon Petter Ruis artikkel «Fra menneskerettighetsdomstolen» om EMDs storkammerdom av 28 juni 2018 *G.I.E.M. s.r.l. med flere v. Italia*.¹ I artikkelen fremholder forfatteren at art 7 av den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK i det følgende) fra og med dommen inneholder et absolutt materielt krav til skyld for idømmelse straffesanksjoner.² Videre konkluderer forfatteren med at skyldkravet er uforenelig med foretaksansvaret i straffeloven § 27 sin tilsynelatende objektive karakter.³

Målsettingen med oppgaven er derfor å ta stilling til EMKs betydning for foretakstraffinstituttet. Den overordne problemstillingen oppgaven reiser kan dermed formuleres slik:

«Er straffeloven § 27 sin objektive karakter forenelig med det EMK-rettslige skyldprinsippet?»

Med skyldprinsippet menes utgangspunktet om at en straffesanksjon kun kan idømmes et rettssubjekt som har opptrådt klanderverdig ved å utvise skyld.⁴ Slik klander forutsetter at gjerningspersonen har opptrådt med forsett eller uaktsomhet og at vedkommende var ved en slik bevissthetstilstand at det er rimelig å legge ham slik skyld til last. Når jeg i denne oppgaven referer til subjektive anasvarvilkår, subjektive vilkår for straff eller lignende er det disse vilkårene om skyld og tilregnelighet i straffeloven §§ 20 – 23 og deres paralleller i andre lands rett, jeg referer til.

For å kunne besvare problemstilling må det tas stilling til to underspørsmål. For det første må det undersøkes om EMK faktisk inneholder et slikt skyldprinsipp og hva som eventuelt er den

¹ Rui, J.P. (2018). «Fra menneskerettighetsdomstolen». *Tidsskrift for strafferett*, 18(3), s. 202-215.

² Samme sted, s. 204.

³ Samme sted, s. 211.

⁴ Rui, J.P. (2015). «Skyldprinsippet». *Lov og rett*, 54(9), s. 511-512 (511).

nærmere rekkevidden av dette. For det andre må det så tas stilling til om foretaksstraffens utforming strider mot dette eventuelle skyldprinsippet.

1.2 Temaets aktualitet

Artiklene i EMK gjelder etter menneskerettsloven §§ 2 og 3 som norsk lov med forrang mot andre lovbestemmelser. Allerede dette gjør nyere rettsutvikling innen EMK-feltet interessant for en nærmere undersøkelse.

Spørsmålet om et EMK-rettslig skyldprinsipp er videre interessant ettersom rettstilstanden lenge har vært usikker og gjenstand for debatt. Den store mengden rettspraksis fra EMD gjør det vanskelig for den jevne rettsanvender å holde seg oppdatert på de siste utviklinger innenfor feltet. Rettsanvendere er derfor ofte avhengig av å støtte seg på analyser i juridisk teori, slik som den artikkelen som har inspirert denne oppgaven. Som det vil fremgå i det følgende er jeg kritisk til den rettsoppfatning Rui legger til grunn i sin artikkel. Likevel er det få kritiske røster i teorien. Avhandlingen vil derfor kunne virke berikende på fagdiskusjonen, dog med de begrensninger som ligger i formen.

Til dette kommer også at reglene for foretaksstraff er under utredning for revisjon. I henhold til mandatet gitt utvalget for utredning av reglene om foretaksstraff og korrupsjon, skulle det avgi sin utredning til departementet 31. januar 2020.⁵ Planen for min oppgave var derfor at den skulle inneholde et fjerde kapittel hvor forslagene som ble gitt i utredningen også ble analysert med utgangspunkt i det EMK-rettslige skyldprinsippet. Dessverre er utredningen blitt utsatt på ubestemt tid grunn av sykdom. Det blir dermed ikke rom for en slik analyse. Når utredningen endelig kommer vil forhåpentligvis likevel de funnene som blir presentert i avhandlingen fortsatt være av interesse.

1.3 Metodiske utgangspunkter

Opgaven er en rettsdogmatisk framstilling. De vil si at formålet er å gi en framstilling av innholdet i gjeldende rett.⁶ EMK og tilhørende tolkningspraksis utgjør dermed sentrale rettskilder. I det følgende vil det derfor gis en kort redegjørelse for EMK sin posisjon i norsk rett og de tolkningsprinsipper som gjelder for konvensjonen.

⁵ Se regjeringen.no

⁶ Se Skoghøy, J.E.A. (2018) *Rett og rettsanvendelse*. Oslo, s. 25

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at folkerettslige forpliktelser ikke kan anvendes direkte i norsk rett, det kreves en autoriserende rettsakt. Menneskerettsloven § 2 inkorporer EMK slik at konvensjonens bestemmelser gjelder «som norsk lov». Dette innebærer at bestemmelsene kan danne utgangspunkt for rettigheter og plikter på samme måte som andre nasjonale lovvedtak. For å styrke menneskerettighetenes stilling ut over dette følger det av menneskerettsloven § 3 at konvensjonens bestemmelser ved motstrid går foran andre lovvedtak. Altså kan en ikke bygge en rettsposisjon på alminnelige lovvedtak i strid med konvensjonen.

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er et folkerettslig instrument. Wienkonvensjonen av 1969 antas å gi uttrykk for gjeldende folkerettslig sedvane for traktatstolkning.⁷ I henhold til konvensjonens artikkel 31 (1) skal konvensjoners ordlyd tolkes lojalt («in good faith») og utgjøre utgangspunktet for tolkningen. EMD har videre utviklet egen tolkningsstil som supplerer dette utgangspunkt. EMD uttaler nesten som en trosbekjennelse at konvensjonen er et levende instrument («living instrument») som må tolkes i tråd med de til enhver tid gjeldende omstendigheter og dominerende ideer.⁸ EMDs tolkningsstil kalles gjerne dynamisk og evolutive.⁹

Det følger av høyesterettpraksis at norske rettsanvendere skal legge denne samme metoden til grunn ved fortolkning av EMK.¹⁰

1.4 Kort om forholdet til Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser

I denne oppgaven vil både EMK art 6 (2) og art 7 behandles. Disse bestemmelsene har sine paralleller i henholdsvis Grunnloven § 96 annet og første ledd. Det er dermed et spørsmål om de funn som gjøres i tilknytning til EMK også har gyldighet i relasjon til Grunnloven § 96.

I forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014 var det et ønske fra lovkonsipistene at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser måtte tolkes i lys av de internasjonale

⁷ Se Skoghøy, samme sted, s. 211.

⁸ Se EMDs dom av 15. mars 2012 *Austin v. Storbritannia* avs. 53 og 54.

⁹ Se Bårdsen, A. (2017). *Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK*, s. 3.

¹⁰ Rt 2005 s. 833 avs. 45 og Rt 2000 s. 996 s. 1007.

menneskerettighetskonvensjonene og tilhørende praksis.¹¹ Dette ønske er i stor grad blir etterkommet ved at Høyesterett i stor grad tolker Grunnlovens og EMKs bestemmelser i en felles integrert prosess.¹²

Dette innebærer imidlertid ikke at det er en naturlov at parallelliteten mellom Grunnloven og EMKs bestemmelser opprettholdes. I Rt 2015 s. 93 understreker Høyesterett det prinsipielle utgangspunktet at det Høyesteretts oppgave å utvikle Grunnloven – slik at de ikke er bundet av fremtidig praksis fra EMD.

En kan derfor si at de funn som gjøres i tilknytning til EMK i denne avhandlingen vil være momenter ved tolkningen av tilsvarende grunnlovsbestemmelser, men funnene gir ingen autoritativ løsning. Ut over dette vil ikke forholdet til Grunnloven behandles nærmere.

1.5 Den videre fremstilling

For å ta stilling til den overordnede problemstillingen er det som nevnt nødvendig å besvare to spørsmål, (1) inneholder EMK et skyldprinsipp og (2) er foretasansvaret i konflikt med dette. Det første spørsmålet vil besvares i kapittel 2. Både EMK art 6 (2) og art 7 behandles. Her vil det kunne innvendes at behandlingen av art 6 (2) er unødvendig ettersom den avgjørende storkammerdommen ble avsagt i tilknytning til art 7. Imidlertid er det etter mitt skjønn nødvendig å også behandle art 6 (2) rettsutviklingen tilknyttet objektive straffbarhetsvilkår begynte under denne bestemmelsen. Videre er den aktuelle rettspraksis under art 6 (2) også relevant for det nærmere innholdet i artikkel 7. I kapittel 3 vil det gjennomføres en tolkning av foretaksstraffen med utgangspunkt i de funn som er gjort i kapittel 2 og gjøres en vurdering av instituttets konvensjonsmessighet.

2 Følger det et krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner av EMK?

Kapittelet her tar sikte på å besvare to spørsmål. For det første; følger det et subjektivt krav til skyld for idømmelse av straffesanksjoner av enten art 6 (2) eller art 7? Denne første problemstillingen vil behandles under punkt 2.1. og 2.2. Det andre spørsmålet angår rekkevidden av et slikt skyldprinsipp. Dette spørsmålet vil behandles under punkt. 2.3.

¹¹ Dok.nr.16 (2011-2012) s. 89-90

¹² Se Bårdsen, s. 7.

2.1 EMK art 6 (2) – uskyldspresumsjonen

2.1.1 Innledning - kort om reelle hensyn, rettighetsvernet og anvendelsesområde

Uskyldspresumsjonen er et av elementene i det generelle kravet til en rettferdig rettergang i art 6 (1).¹³ Bestemmelsen lyder:

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

Etter sin ordlyd gir bestemmelsen alle som blir siktet i en straffesak («criminal charge») en rett til å bli antatt uskyldig inntil skyld er bevist i henhold til nasjonal lov. Det følger av praksis fra EMD at dette innebærer to bevisregler. For det første må bevisbyrden i straffesaker ligge på påtalemyndigheten.¹⁴ For det andre innebærer det et beviskrav, det vil si et krav til graden av sannsynlighet som må foreligge med hensyn til sakens avgjørende faktum for at en straffesanksjon kan ilegges.¹⁵ Dette er formuleres gjerne som at rimelig tvil med hensyn til sakens bevistema skal komme tiltalte til gode.¹⁶ Aall omtaler disse to bevisreglene som uskyldspresumsjonens «kjerneområde»¹⁷

Straff er det mest inngripende rettslige institutt. Det er derfor nødvendig med regler som hindrer at uskyldige borgere blir straffet. Det er dette som er det bærende hensynet bak disse bevisreglene.¹⁸ EMD har imidlertid tolket uskyldspresumsjonen slik at den rommer ytterligere rettssikkerhetsgarantier som også ivaretar andre hensyn.¹⁹

¹³ EMDs dom av 13. april 1998 *Bernard v. Frankrike* avs. 96.

¹⁴ EMDs dom av 6. desember 1988 *Barbera, Messegue og Jarbardo v. Spania* avs. 77

¹⁵ *Barbera, Messegue og Jarbardo* avs. 77, se fotnote nr. 13, og EMDs dom av 19. oktober 2019 *Tsalkitzis v. Hellas (No. 2)* avs. 60

¹⁶ Merk at beviskravet ikke er helt uensartet. For mindre inngripende sanksjoner, som også oppfyller kravet til «criminal charge», vil det være tilstrekkelig for statens representanter å godgjøre sakens bevistema med «klar sannsynlighetsovervekt», jf. Rt 2012 s 1556. Skoghøy, J.E.A. (2014). «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven.» *Jussens venner*, 49(5), s. 297-337, s. 315-316.

¹⁷ Aall, J. (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utg.). Bergen, s. 481.

¹⁸ Jebsen, S.E. (2004) *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, s. 436.

¹⁹ Strandbakken, A. (2003). *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, s. 67. Forfatteren påpeker her at disse, ytterligere, reglene hviler på et selvstendig rettspolitisk grunnlag.

Uskyldspresumsjonen er til hinder for uttalelser fra myndighetspersoner som bærer preg av skyldkonstateringer. At den ansvarlige dommer ikke skal uttale seg om tiltaltes straffeskyld før domsavsigelse synes å følge allerede av bestemmelsens ordlyd og er uttrykkelig slått fast i, blant andre, *Bohmer v. Tyskland* avs. 54.²⁰ Det er imidlertid ikke bare dommere som kan krenke uskyldspresumsjonen med skyldkonstateringer. Også andre offentlige tjenestemenn, herunder innehavere av politiske stillinger, skal unnlate å antyde skyld før dom er avsagt.²¹ Det sentrale er at skyldspørsmålet skal avgjøres innenfor rammene av straffesaken.²² Forbudet mot skyldkonstateringer skal gjøre at en unngår tilfeller av forhåndsdømming og ivaretar således hensynet til uskyldige ikke skal dømmes og verner om siktedes omdømme.²³

Tidsmessig gjelder forbudet mot skyldkonstateringer fram til tiltalte er funnet skyldig i tiltalen. I tilfelle en frifinnende dom skaper dette særlige problemer for sivile krav med grunnlag i samme faktiske omstendigheter som er grunnlag for tiltalen i straffesaken. Ettersom sivile krav i alminnelighet er underlagt en annen bevisbyrde enn den som gjelder i straffesaker er det en kjent problematikk at tiltalte kan bli frikjent i straffesaken og samtidig bli funnet erstatningsansvarlig for å ha gjennomført den samme handlingen han ble frifunnet for i straffesaken.²⁴ EMD har lagt til grunn at uskyldspresumsjonen ikke er til hinder for å tilkjenne erstatning i slike saker, men domstolen må ved behandlingen av det sivile kravet ikke uttrykke seg på en slik måte at det sår unødig tvil om frifinnelsen.²⁵

Uskyldpresumsjonen setter også begrensninger for medlemsstatenes adgang til å operere med straffesanksjonerte plikter for borgerne til å gi myndighetene opplysninger. Umiddelbart synes det kanskje mest naturlig å problematisere slike straffesanksjonerte opplysningsplikter med utgangspunkt i selvinkrimineringsvernet som er et element i «fair trial»-normen i EMK art 6 (1),²⁶ men EMD har også konstatert brudd på uskyldspresumsjonen ved bruk av denne

²⁰ EMDs dom av 3. oktober 2002 *Bohmer v. Tyskland* avs. 54.

²¹ EMDs dom av 7. august 1996 *Allenet de Ribemont v. Frankrike* avs 41

²² Reid, K. (2011). *A practitioner's guide to the European convention on human rights*. (4. utg.) London, s. 219.

²³ Jebsen, s. 436.

²⁴ Skoghøy, J.E.A. (2017). *Tvisteløsning*. (3. utg.) Oslo s. 914 og s. 935-936.

²⁵ EMDs dom av 12. juli 2013 *Allen v. UK* avs. 134, EMDs dommer av 11. februar 2003 *Y v. Norge* avs. 41 og *Ringvold v. Norge* avs. 38.

²⁶ Aall, s. 461 og 463.

formen for straff.²⁷ Likevel er inntrykket at der inngrepet er av mer alvorlig karakter behandles det utelukkende under EMK art 6 (1).²⁸

Bestemmelsens saklige virkeområde angis ved ordlyden «criminal offence». En rent formell forståelse av begrepet kunne tilsi at en forbrytelse er en overtredelse som etter nasjonal rett kan møtes med en sanksjon som intern rett definerer som strafferettslig. En slik fortolkning ville imidlertid åpnet for at medlemsstatene kunne omgå rettergangsgarantiene i konvensjonen ved å sanksjonere i et forvaltningsløp. EMD har derfor understreket at begrepet «criminal offence» må forstås autonomt.²⁹ Det sentrale prejudikat for spørsmålet om hva som etter konvensjonen er å anse som en forbrytelse er EMDs dom av 8. juni 1976 *Engel m.fl. v. Nederland*. I dommen framholdt retten at vurderingen tar utgangspunkt i tre kriterier; klassifisering i nasjonal rett, overtredelsens natur og den potensielle sanksjonens karakter.³⁰ I utgangspunktet er disse kriteriene alternative, idet det er tilstrekkelig at en av dem tilsier at overtredelsen er av kriminell art. Dette er imidlertid til hinder for å avgjøre spørsmålet etter en helhetsvurdering i tvilstilfeller.³¹

Bestemmelsens tidsmessige virkeområde følger av ordlyden «charged». Igjen tilsier en isolert ordlydsfortolkning at rettssikkerhetsgarantiene først kommer til anvendelse når det foreligger en formell siktelse. En slik formell tilnærming har imidlertid de samme svakhetene som en formell tilnærming til forbrytelsesbegrepet. EMD avgjør derfor spørsmålet ut ifra en vurdering av hvorvidt borgeren har blitt «substantially affected».³²

For oppgavens overordnede spørsmål er bestemmelsens personelle virkeområde av særlig interesse. Dette angis ved ordlyden «everyone», som skulle tilsi at rettssikkerhetsgarantiene kan påberopes av alle, også juridiske personer. At så er tilfellet følger også forutsetningsvis av EMDs praksis hvor uskyldspresumsjonen er påberopt av juridiske personer.³³

²⁷ EMDs dom av 21. desember *Heany og McGuinness v. Irland*

²⁸ Reid, s. 224

²⁹ EMDs dom av 21. februar 1984 *Öztürk v. Tyskland* avs. 49-50.

³⁰ *Engel m.fl. v. Nederland* avs. 82.

³¹ EMDs dom av 24. februar 1994 *Bendenoun v. Frankrike* avs. 47.

³² EMDs dom av 27. februar 1980 *Deweert v. Belgia* avs. 46.

³³ EMDs dom av 23 juli 2002 *Västberga taxi aktiebolag og Vulic v. Sverige*.

2.1.2 Kan det utledes et krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner av EMK art 6 (2)?

Ordlyden «innocent» er i den norske versjonen oversatt til «uskyldig». Uskyld i strafferettslig forstand er et fravær av straffeansvar. Straffeansvar krever, avhengig medlemsstatens interne rett, at flere kumulative vilkår er oppfylt. Subjektiv skyld kan være et av disse, men det er dermed ikke slik at fravær av straffeansvar er betinget av fravær av skyld. Ordlyden «innocent» kan dermed vanskelig tas til inntekt for et materielt krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner.

Retten til å bli ansett uskyldig opphører idet tiltalte er funnet «guilty according to law». Det er naturlig å forstå dette som en motsetning til uttrykket «innocent», slik at det relaterer seg til de nasjonale vilkårene for straffeansvar. Påhenget «according to law» underbygger en slik forståelse. Heller ikke denne delen av bestemmelsen taler dermed med noen styrke for at bestemmelsen oppstiller et materielt krav til skyld for idømmelse av straffesanksjoner.³⁴

Det synes vanskelig å utlede noe materielt krav til skyld fra bestemmelsens ordlyd. Svaret på spørsmålet om et skyldkrav må derfor søkes i praksis fra EMD.³⁵

2.1.2.1 Særlig om forholdet til presumsjoner

Ut ifra de overnevnte prosessuelle garantier, se 2.1.1, er det vanskelig å slutte noe materielt krav til skyld for idømmelse av straffesanksjoner fra EMK art 6 (2). EMD har imidlertid behandlet et nærmere beslektet tema i spørsmål om uskyldspresumsjonens forhold til presumsjoner.

En legalpresumsjon er en rettsregel som, om vilkårsleddet er oppfylt etablerer en antakelse om at et visst faktum foreligger.³⁶ En presumsjon kan knytte seg til samtlige straffbarhetsvilkår, men om presumsjonen knytter seg til et skyldvilkår ser vi straks den nære sammenhengen til objektive straffebud, idet det tillater domstolen å idømme en

³⁴ I G.I.E.M srl. m.fl. tar EMD likevel ordlyden «guilty» i art 7 til inntekt for et slikt krav. Se Van Kempen og Bemelmans, “EU protection of substantive criminal principles of guilt and the ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights”, som kaller tolkning “hardly convincing” (s. 254).

³⁵ Se på samme måte, Hika, G. (2010). «Objektivt straffeansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art 6 (2)». *Tidsskrift for rettsvitenskap*, s. 505-547 (s. 515)

³⁶ Strandbakken, A. (2003). *Uskyldspresumsjonen*. Bergen, s. 64.

straffesanksjon uten å ha funnet skyld bevist.³⁷ Om skyld er et vilkår for sanksjonen blir det opp til tiltalte å vise at slik ikke har foreligget.

Den første dommen som omhandler forholdet mellom art 6 (2) og legalpresumsjoner er EMDs dom av 7. oktober 1988 *Salabiaku v. Frankrike*. I henhold til fransk tollovgivning kunne personer straffes for smugling av ulovlige varer dersom de ble tatt med slike varer i besittelse. Bestemmelsen opererte således med en presumsjon om at personer i besittelse av slike varer også hadde innført dem i landet. Lovgivningen stilte ingen krav til skyld for domfellelse. Imidlertid fulgte det av fransk rettspraksis at tiltalte skulle frifinnes dersom vedkommende kunne vise at besittelsen var et resultat av «force majeure» som skyldtes forhold utenfor vedkommendes kontroll. Salabiaku, som var blitt arrestert i besittelse av en koffert inneholdende 10 kg cannabis, hevdet at lovgivningen etablerte en presumsjon som i praksis var ugjendrivelig og derfor i strid med uskyldspresumsjonen.

EMD fant at det ikke forelå noe brudd på art 6 (2). Domstolen uttalte at konvensjonen ikke prinsipielt forbyr bruk av presumsjoner, men at medlemsstatene må forholde seg innenfor rimelige grenser («reasonable limits») tatt i betraktning betydningen av hva som er på spill («the importance of what is at stake») og tiltaltes muligheter til å forsvare seg.³⁸

Linjen fra Salabiaku er fulgt opp i senere praksis.³⁹ I EMDs dom av 13. juli 2002 *Janosevic v. Sverige* ble en svensk skattebetaler ilagt tilleggsatt for å ha gitt feilaktige opplysninger til skattemyndighetene. Ileggelsen var i utgangspunktet objektiv, idet den ikke stilte noe krav om at skattemyndighetene måtte påvise forsett eller uaktsomhet hos skattebetaleren. Imidlertid hadde skattelovgivningen flere unntak. Blant annet kunne skattebetaleren unngå tilleggsatt om han kunne påvise at de gale opplysningene ble gitt som følge av vedkommendes alder, sykdom, uerfarenhet eller tilsvarende omstendigheter.

EMD fastholdt rettssetningen fra Salabiaku-dommen og uttalte at:

“Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the

³⁷ Høivik, K. (2012). *Foretaksstraff*. Oslo, s. 387.

³⁸ Avs. 28.

³⁹ Se blant andre *Pham Hoang v. Frankrike* (13191/87)

*rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.*⁴⁰

Uttalelsen synes å tydeliggjøre vurderingstemaet noe, idet det i klartekst uttales at det skal gjøres en forholdsmessighetsavveining mellom de bakenforliggende hensyn som begrunner presumsjonen og inngrepet som gjøres i tiltaltes mulighet til å forsvare seg.

Det foreligger ikke avvikende praksis fra EMD hva angår spørsmålet om presumsjoner. Janosevic-dommen må dermed antas å gi tilstrekkelig uttrykk for gjeldende rett. Det nærmere innholdet i denne forholdsmessighetsterskelen vil redegjøres nærmere for under punkt 2.3. nedenfor.

2.1.2.2 Forholdet mellom presumsjoner og objektive straffebud og straffbarhetsvilkår

En legalpresumsjon er, som nevnt, en rettsregel som dersom vilkårsleddet er oppfylt etablerer en *antagelse* om at et visst faktum foreligger. I straffesaker medfører dette at bevisbyrden snus, slik at tiltalte må vise at antagelsen ikke er korrekt. Antagelsen kan knytte seg til samtlige straffbarhetsvilkår, men om presumsjonen knytter seg til de subjektive vilkårene for straff innebærer presumsjonen at tiltalte kan straffes uten at det er ført direkte bevis for at de subjektive vilkårene er oppfylt.

En skyldpresumsjon kan etablere en terskel for gjendrivelse. I Salabiaku-dommen var kravet at det måtte vises et «force majeure»-tilfelle, mens det i andre tilfeller er tilstrekkelig for tiltalte å etablere en rimelig tvil. Jo høyere denne terskelen for gjendrivelse er, jo større preg får straffebudet av å være objektivt. Det er altså ikke noe helt klart skille mellom skyldpresumsjoner og objektive straffebud. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at om art 6 (2) begrenser adgangen til å operer med presumsjoner, må den forstås slik at den også begrenset det andre.

I motsetning til presumsjoner gir ikke objektive straffebud tiltalte mulighet til å forsvare seg med grunnlag i sine subjektive oppfatninger på gjerningstidspunktet. Objektive straffebud innebærer derfor et større inngrep i tiltaltes mulighet til å forsvare seg. Tadros og Tierney fremholder derfor at det vil være absurd om uskyldspresumsjonen begrenser adgangen til å

⁴⁰ Avsnitt 101.

operere med presumsjoner, men ikke kommer til anvendelse mot objektive straffebud.⁴¹ En medlemsstat vil da kunne komme rundt vernet som ligger i uskyldspresumsjonen ved å gjøre en skyldpresumsjon rent objektiv. Dette større inngrepet i tiltaltes rettigheter, vil ikke komme i konflikt med konvensjonen.

Ut over slike formålsbetraktninger kan også uttalelser i *Salabikau*-dommen kan tas til inntekt for at forholdsmessighetsbegrensningen gjelder for bruk av objektiv straff. Retten framholdt i dommen at:

«...the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.»⁴²

Som det framgår angår uttalelsen objektive straffebud og ikke presumsjoner. Den gir klart uttrykk for at objektive straffebud som sådan ikke innebærer konvensjonsbrudd. Imidlertid tyder forbeholdet «under certain conditions» på at dette utgangspunktet ikke gjelder fullt ut. EMD går ikke nærmere inn på hvilken skranke betingelsene («conditions») innebærer for bruk av objektive straffebud, men tatt i betraktning det nære slektskapet mellom instituttene og at uttalelsen kommer som ledd i utledningen av forholdsmessighetsskranken for presumsjoner som ble etablert i *Salabiaku*, syntes det en naturlig slutning at vilkårene for bruk av presumsjoner og objektive straffebud var de samme.

At dette var korrekt forståelse av dommen syntes bekreftet av EMDs avvisningsavgjørelse av 16. mars 2000 *Hansen v. Danmark*. Saken gjaldt overtredelse av danske kjøre- og hviletidsbestemmelser. Etter dansk rett kunne arbeidsgiveren til en sjåfør som hadde brutt kjøre- og hviletidsbestemmelsene bøtelegges uten at det ble stilt noe krav til personlig skyld hos arbeidsgiveren. For arbeidsgiveren var det altså å snakke om et rent objektivt ansvar. Klageren, som ble idømt en bot på 750 DKK for en av sine ansattes overtredelser, mente boten var ilagt i strid med uskyldspresumsjonen.

⁴¹ Tadros, V. & Tierney, S. (2004). "The Presumption of Innocence and the Human Rights Act". *Modern Law Review*, 67(3), s. 402-434 (s. 423).

⁴² Avs. 27.

EMD avviste saken som åpenbart grunnløs, jf. art 35 nr. 3 bokstav a, men kun etter en prøving under forholdsmessighetskranken etablert i Salabiaku-dommen.⁴³ Avgjørelsen bygger derfor utvilsomt på rettsforståelsen om at objektive straffebud *er begrenset* av uskyldpresumsjon og at denne begrensningen er *den samme som gjelder for presumsjoner*.

I alminnelighet er avvísingsavgjørelser av mindre rettskildemessig vekt. Selv om rettsoppfattelsen som ble lagt til grunn i *Hansen*-saken er klar, gir ikke avgjørelsen sikkerhet med hensyn til en konklusjon om at presumsjoner og objektivitet er gjenstand for den samme forholdsmessighetsprøvingen.

Hvorvidt uskyldspresumsjonen er i strid med objektive straffbarhetsvilkår kom opp for Høyesterett i Rt. 2005 s 833. Spørsmålet ble aktualisert av dagjeldende straffelov § 195. I henhold til bestemmelsens tredje ledd kunne tiltalte dømmes for å ha hatt seksuell omgang med barn under 14 år uavhengig av om vedkommende hadde subjektiv skyld med hensyn til offerets alder. Bestemmelsen var altså ikke rent objektiv, men hadde et objektivt straffbarhetsvilkår. Høyesterett i plenum fant at det objektive straffbarhetsvilkåret var i strid med uskyldspresumsjonen og at det derfor måtte innfortolkes et krav om at gjerningspersonen kunne bebreides for sin villfarelse med hensyn til barnets alder etter modell av dagjeldende straffelov § 196 tredje ledd.

Ved behandlingen fant flertallet på 16 dommere at objektive straffbarhetsvilkår måtte behandles på samme måte som presumsjoner. Dommer Gjølstad, som representant for flertallet, fant støtte for en slik tilnærming i den EMD-praksis som er referert over og den «nær[e] indre sammenheng» og «glidende overgang» mellom presumsjoner og objektive straffebud.⁴⁴ Flertallet viste også til at objektive straffebud som oftest vil bygge på en presumsjon om skyld, til tross for at denne ikke åpner for gjendrivelse.⁴⁵

Dissensen knyttet seg ikke til resultatet, men en uenighet med hensyn til rekkevidden flertallet la i art 6 (2). Mens flertallet la til grunn at uskyldspresumsjonen stiller krav til den nasjonale strafferettens materielle innhold, mente mindretallet at uskyldspresumsjonen primært er en prosessuell garanti som ikke angår de straffbarhetsvilkår som etableres i den nasjonale

⁴³ Se dommens side 6-7.

⁴⁴ Se dommens avs. 71.

⁴⁵ Se dommens avs. 71

rettsordenen. Dommer Mitsem, som målmann for mindretallet, fremhevet det prinsipielle skillet mellom presumsjoner og objektive straffebud. Når et vilkår er gjenstand for en presumsjon er dette vilkåret fortsatt et bevistema i saken. Mindretallet framholdt at tiltaltes mulighet til å forsvare seg med utgangspunkt i sakens bevistema – uavhengig av om det er gjenstand for en presumsjon - klart nok er beskyttet av uskyldspresumsjonen, men at dette er annerledes enn å stille krav til de materielle vilkårene for straff.⁴⁶

Likevel konkluderte mindretallet på samme måte som flertallet med at det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195 var i konflikt med art 6 (2). Argumentasjonen var at straffeloven § 195 tredje ledd må anses som en ugjendrivelig presumsjon, idet lovgiver hadde ansett det som uunngåelig for gjerningspersonen å utvise noen form for skyld med hensyn til barnets alder.⁴⁷ Lovgivers bruk av ugjendrivelige presumsjoner, måtte ifølge mindretallet, underlegges den samme forholdsmessighetstesten som andre, gjendrivelige, presumsjoner.

Her kan det godt innvendes at mindretallets argumentasjon synes å mangle indre konsistens. Den sentrale årsaken for dissensen synes å være det prinsipielle skillet mellom prosessuelle garantier og materiell rett, idet det ifølge mindretallet er EMK uvedkommende å gi føringer for innholdet i materiell rett, mens prosessuelle garantier er i konvensjonens kjerneområde. Med dette utgangspunktet kan det synes merkelig å konkludere med at uskyldspresumsjonen faktisk stiller krav til innholdet i materielle rett, men bare så langt denne bygger på en lovgiverpresumsjon om skyld.

Dommen syntes i alle tilfeller å slå fast den gjeldende oppfatning om at skyldprinsippet hadde EMK-rettslig vern, idet avvik fra skyldprinsippet i form av objektive straffbarhetsvilkår, måtte holde seg innenfor det forholdsmessige. Flertallet valgte eksplisitt ikke å ta stilling til spørsmålet rent objektive straffebud er underlagt den samme testen.⁴⁸ Igjen kan det her gjøres gjeldende et fra det mer til det mindre-argument. Om uskyldspresumsjonen verner om tiltaltes rett til å kunne forsvare seg med utgangspunkt i sin subjektive oppfatning i relasjon til et enkelt element i gjerningsbeskrivelsen, bør den som et minimum verne om retten til å kunne forsvare seg med sine subjektive oppfatninger overhode.

⁴⁶ Avs. 108

⁴⁷ Avs. 115-116.

⁴⁸ Avs. 70

Høyesteretts avgjørelse i Rt 2005 s. 833, den overnevnte rettspraksis, samt de argumenter som er blitt gjennomgått over, ga god rettskildemessig forankring for et standpunkt om at bruken av objektive straffebestemmelser og objektive straffbarhetsvilkår hørte under EMK art 6 (2).⁴⁹ Så kom imidlertid en utvikling ved EMDs avvisningsavgjørelse av 30. august 2011 *G. v. Storbritannia*.

I motsetning til det som ble antatt av flertallet i Rt 2005 s 833 var ikke Norge alene om å ha lovfestet et objektivt straffbarhetsvilkår i gjerningsbeskrivelsen av seksuallovbrudd mot mindreårige.⁵⁰ Storbritannia straffet også personer som hadde seksuell omgang med mindreårige under 13 år uten hensyn til om vedkommende hadde utvist subjektiv skyld med hensyn til barnets alder. Klageren i *G. v. Storbritannia* hevdet, i tråd med Høyesteretts vurdering av rettskildebildet, at objektive straffbarhetsvilkår medfører brudd på uskyldspresumsjonen om de ikke holder seg innenfor de rimelige grensene etablert i *Salabiaku*-dommen.

EMD frifant imidlertid Storbritannia og avviste at art 6 (2) stilte krav til de materielle vilkårene for straff. Domstolen gikk ikke nærmere inn på rettskildene som kunne tale *for* at EMK innebærer en slik begrensning, men uttalte heller kort at dens rolle ikke er å

*“...dictate the content of domestic criminal law, including whether or not a blameworthy state of mind should be one of the elements of the offence or whether there should be any particular defence available to the accused”*⁵¹

I tråd med dette uttalte retten at den nasjonale lovgivers valg om å ikke gjøre tilgjengelig en frifinnelsesmulighet for tiltalte basert på subjektiv skyld, objektiviteten, ikke var en presumsjon. Derfor:

*“...[t]he principle considered in Salabiaku (cited above) therefore has no application here.”*⁵²

⁴⁹ Se i denne retning Hika s. 522-525.

⁵⁰ Avs. 47.

⁵¹ Avs. 27.

⁵² Avs. 29.

Uttalelsen kan ikke forstås annerledes enn at forholdsmessighetsbegrensningen som gjelder for bruk av presumsjoner ikke gjelder tilsvarende for objektive straffebud/straffbarhetsvilkår.

Dommen mangler en utgreiing av de bakenforliggende reelle hensyn som talte for en slik løsning. Imidlertid er nok begrunnelsen å spore i uttalelsen om at EMD ikke skal diktere innholdet i nasjonal strafferett. EMD opererer i det spenningsområdet som eksisterer mellom hensynet til å realisere en effektiv beskyttelse av menneskerettighetene på den ene siden og ikke legge for sterke bånd på den nasjonale myndigheter på den annen. At domstolen da vek tilbake for å etablere et materielt vern mot objektive straffbarhetsvilkår er prinsipielt forståelig, da det ville reist spørsmål om kovensjonsmessigheten til en usikker mengde nasjonale rettsregler.

Etter avvisningsavgjørelsen i 2011 finnes det ikke praksis under art 6 (2) som avviker fra konklusjonen om at uskyldspresumsjonen stiller ikke krav til medlemsstatenes materielle strafferett. I teorien har imidlertid noen tatt til ordet for at avgjørelsens prinsipielle begrunnelse ikke kan tas på ordet slik at rettsstilstanden fortsatt er usikker.⁵³ Tatt i betraktning den rettspraksis som er kommet til tilknytning til EMK art 7 synes slike synspunkt langt på vei å ha vært riktige, men gitt i tilknytning til feil bestemmelse.

Konklusjonen under punkt 2.1.2. er at det ikke kan utledes et subjektivt krav til skyld av EMK art 6 (2).

2.2 EMK art 7 – legalitetsprinsippet

2.2.1 Innledning – kort om reelle hensyn, kort om rettighetsvernet og anvendelsesområde

EMK art 7 rommer konvensjonens strafferettslige legalitetsprinsipp. Bestemmelsen lyder:

“No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed.”

⁵³ Aall antyder at bestemmelsen kan være utslag av forhold i den konkrete saken og at resultatet ville være annerledes om straffebestemmelsen hadde vært rent objektiv, se s. 483. Skoghøy mener tilsvarende at konflikten mellom G. v. Storbritannia og tidligere EMD-praksis gjør konklusjonen usikker, se Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven s. 317.

Legalitetsprinsippets kjerne er at vilkårene som utløser en straffesanksjon på forhånd må være definert i et rettslig grunnlag som binder domstolens adgang til å idømme sanksjonen. Dette ivaretar særlig to funksjoner. For det første hindrer det vilkårlig maktutøvelse, idet staten må forholde seg til de allerede definerte rammer som rettsgrunnlaget inneholder.⁵⁴ For det andre fremmer det forutberegnelighetshensynet ved at borgerne, ved å observere vilkårene for straffesanksjonen, kan vite hva slags type adferd som vil utløse en straffesanksjon. Borgerne har dermed mulighet til å innrette sin adferd deretter for ikke å utløse strafferisiko. Dermed ivaretas også et av de sentrale hensynene straffeinstituttet bygger på – prevensjonshensynet.⁵⁵ I et demokrati hvor straffebestemmelsene er vedtatt i den lovgivende forsamling, sørger også legalitetsprinsippet for at straffen har demokratisk legitimitet.⁵⁶

Isolert sett tilsier ordlyden i art 7 at ingen kan kjennes skyldig i en forbrytelse uten at den på handlingstidspunktet utgjorde en forbrytelse etter nasjonal eller internasjonal lov.

Bestemmelsen forbyr således straffebud med tilbakevirkende kraft.

Videre rommer den prinsippet om at kun lov kan definere forbrytelser og foreskrive straff (nullum crimen, nulla poena sine lege).⁵⁷ Lov («law») skal forstås på samme måte som ellers i konvensjonen og stiller dermed et to-delt krav.⁵⁸ For det første innebærer det et formelt krav til rettsgrunnlag. Dette kan imidlertid ikke utelukkende oppfylles av lovvedtak fra den lovgivende forsamling, slik vi er kjent med i Norge, men kan også av rettspraksis («case law»)⁵⁹ For det andre stiller law-begrepet kvalitative krav til rettsgrunnlagets tilgjengelighet («accessibility») og forutberegnelighet («foreseeability»)⁶⁰ Tilgjengelighetskravet innebærer at rettsgrunnlaget må vært ha kunngjort og dermed tilgjengelig for den det straffesanksjoners mot.⁶¹ Forutberegnelighetskravet innebærer at tiltalte må, om nødvendig med retts hjelp,

⁵⁴ NOU:1992 s. 73

⁵⁵ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 194

⁵⁶ Det er flere hensyn som er ivaretatt av legalitetsprinsippet. Se blant andre Aall s.166, som fremhever legalitetsprinsippets maktfordelingsfunksjon.

⁵⁷ EMDs dom av 27. februar 2001 *Zeyrek v. Tyrkia* avs. 29-30.

⁵⁸ EMDs dom av 11. november 1996 *Cantoni v. Frankrike* avs. 29.

⁵⁹ *Zeyrek v. Tyrkia* avs. 29.

⁶⁰ EMDs dom av 21. oktober 2013 *Del Rio Prada v. Spania* avs. 91.

⁶¹ Aall s. 132.

kunne slutte fra rettsgrunnlagets ordlyd hvilke handlinger som ville medføre straffesanksjon.⁶² Dette er likevel ikke til hinder for at straffebestemmelser innhold klargjøres og utvikles over tid gjennom fortolkning, så lenge tolkningen er i tråd med kjernen i straffebudet og dermed rimelig forutberegnelig.⁶³

Bestemmelsens saklige og personelle virkeområde angis henholdsvis i begrepene «criminal offence» og «no one». Tradisjonelt har EMD operert med et sammenfallende straffebegrep i art 6 og 7. Dermed har Engel-kriteriene vært avgjørende for hvorvidt art 7 kommer til anvendelse på samme måte som etter art 6, se punkt 3.1.1 over.⁶⁴ Uttalelser i *G.I.E.M. v. Italia* reiser spørsmål ved om dette enhetlige begrepet er opprettholdt.⁶⁵ En nærmere behandling av dette faller imidlertid utenfor avhandlingens siktemål og vil ikke drøftes videre. For vårt vedkommende er det tilstrekkelig å vite at en siktelse for foretaksstraff utvilsomt er å anse som en «criminal offence» ettersom både bot og rettighetstap er klassifisert som straff i norsk rett, jf. straffeloven § 29 første ledd bokstav e og f.

Et særlig spørsmål verdt å berøre innledningsvis er om det art 7 kommer kan påberopes av upersonlige rettssubjekter. I andre fremstillinger er det vanlig å reise dette spørsmålet som en egen problemstilling. Jeg vil kun behandle spørsmålet her i korthet. Ordlyden bruker uttrykket «no one» som tilsier at legalitetsprinsippet kan påberopes av upersonlige rettssubjekt. EMD har bekreftet denne tolkning i *Sud Fondi srl. v. Italia* og *G.I.E.M. v. Italia*. Upersonlige rettssubjekt er rettighetssubjekter under art 7.

I sammenheng med det foregående synes imidlertid dette unødvendig omstendelig. Rettighetsvernet i art 7 tilfaller etter sin ordlyd alle. Videre er skyldprinsippet etablert i

⁶² EMDs dom av 12 februar 2008 *Kafkaris v. Kypros* avs. 140.

⁶³ EMDs dom av 22. november 1995 *S.W. v. Storbritannia* avs. 36

⁶⁴ EMDs dom av 4. oktober 2016 *Žaja v. Kroatia* avs. 86.

⁶⁵ Dommens avs. 211.

rettspraksis tilknyttet nettopp upersonlige rettssubjekter.⁶⁶ Det kan dermed ikke være tvilsomt at vernet også omfatter slike.

2.2.2 Kan det utledes et krav om subjektiv skyld av EMK art 7?

Bestemmelsens ordlyd gir få holdepunkter for forankring av et krav om subjektiv skyld. Ordlyden «guilty» kan forstås som å innebære et slik krav, men de samme innvendingene gjør seg gjeldende som ved fortolkningen av art 6 (2). Ordlyden «guilty» kan forstås som å angi et krav til subjektiv skyld, men også som et krav til straffeansvar, uten at bestemmelsen gir ytterligere veiledning for hvilken forståelse som er den riktige.

Generelt må det kunne innvendes at om artikkelen var ment å forankre et krav til subjektiv skyld for idømmelse av straffesanksjoner har det antakelsen mot seg at dette ville gjøres ved å formelig snike kravet med i formuleringen av legalitetsprinsippet. Rett nok er ikke dette til hinder for at EMD videreutvikler konvensjonsrettighetene under «living instrument»-tilnærmingen, men en slik utvikling kan ikke forankre sin rettslige legitimitet i konvensjonens ordlyd.⁶⁷

En må derfor se hen til praksis fra EMD. I senere tid har EMD behandlet tre saker som er av særlig interesse for spørsmålet om art 7 inneholder et materielt krav til skyld for idømmelse av straffesanksjoner.

Den første av disse er EMDs dom av 20. januar 2009 *Sud Fondi srl m.fl. v. Italia*. Klagerne i saken var tre selskaper. Tidlig på 90-tallet inngikk de alle utbyggingsavtaler med de lokale myndighetene i Bari, og i 1995 fikk de utbyggingstillatelser. Etter at byggingen var i gang på alle byggeplassene klagde den nasjonale landskapsmyndigheten til ordføreren i Bari og hevdet at byggingen var i strid med et forbud mot bygging i kystområder.

Som følge av klagen og etterfølgende avisoppslag innledet påtalemyndigheten straffesak mot direktørene i Sud Fondi Srl. Etter en lengre rettsprosess ble det endelig avgjort i 2001 at

⁶⁶ Både Sud Fondi og G.I.E.M. gjaldt upersonlige rettssubjekter.

⁶⁷ Se Jebsen s. 53 og 59-60.

byggingen var i strid med to ulike byggeforbud, et generelt for kystområder i regionen og et mer spesielt som knyttet seg til det aktuelle området.

De tiltalte ble imidlertid frikjent ettersom de ikke hadde opptrådt forsettlig eller uaktsomt. Retten karakteriserte overtredelsene som uunngåelige og unnskyldelige («inevitable and excusable») feil som følge av vage og dårlig formulert («vague and poorly formulated») regional lovgivning som blandet seg inn i nasjonal rett.⁶⁸ Til tross for frikjennelsen ble samtlige av de omtvistede eiendommene konfiskert til fordel for de lokale myndigheter da loven kun krevde at byggingen objektivt sett var i strid med et byggeforbud for å kunne inndra.

For EMD anførte de tre selskapene at inndragningen av eiendommene var i strid med art 7, idet den innebar en straffesanksjon uten at de var funnet skyldige i noen forbrytelse.

Etter innledningsvis å ha lagt til grunn at inndragningen kvalifiserte som straff («penalty») henviser domstolen til den nasjonale domstolens vurdering av at feilen var uunngåelig. Denne vurderingen overprøver ikke EMD, men konkluderer dermed at kravene til forutberegnelighet og tilgjengelighet ikke var oppfylt (se pkt. 3.2.1 over).⁶⁹ Slutningen var at ingen av kvalitetskravene til hjemmelen er oppfylt om den overtrådte handlingsnormen er såpass vag og utilgjengelig at overtredelse, etter de nasjonale domstolers skjønn, var «uunngåelig».

EMD gir seg imidlertid ikke med dette. Domstolen påpeker det faktum at inndragningen, som i henhold til italiensk rett ikke er å anse som straff, går klar av den italienske grunnlovs art 27/1 som stiller krav til skyld for idømmelse av straffesanksjoner.⁷⁰ Domstolen går så over til å vurdere art 7. Retten konstaterer at ordlyden ikke eksplisitt krever en «mental link» mellom den objektive overtredelsen («material element») og overtrederen. Flertallets votum forsetter så:

“Nevertheless, the rationale of the sentence and punishment, and the ‘guilty’ concept (in the English version) and the corresponding notion of ‘*personne coupable*’ (in the French version), supports and interpretation whereby Article 7

⁶⁸ Jf. Sud Fondi summary s. 1. Dommen er beklageligvis ikke i sin helhet tilgjengelig på engelsk.

⁶⁹ Avs. 112-114

⁷⁰ Avs. 115

requires, for the purposes of punishment, an intellectual link (awareness and intent) disclosing an element of liability in the conduct of the perpetrator of the offence, failing which the penalty will be unjustified.”⁷¹

Uttalelsen kan vanskelig forstås annerledes enn at art 7 krever («requires») en intellektuell kobling («intellectual link») for å idømme en straffesanksjon. Domstolen synes langt på vei å sette likhetstegn mellom gjerningspersonens subjektive oppfatning og strafferettslig ansvar, idet den intellektuelle koblingen er det som avslører («disclosing») ansvaret. Selv om det er dette som uttrykkes er det mulig å forstå bruken av uttrykket støtter («supports») som et forbehold, slik at EMD fremholder et mulig tolkningsalternativ heller enn en endelig rettsforståelse.

I fortsettelsen underbygger imidlertid EMD skyldkravet ytterligere. I avsnitt 118 fremholder retten at det vil være inkonsistent om art 7 krever et tilgjengelig og forutberegnelig rettsgrunnlag og samtidig tillater straff med grunnlag i uunngåelig feil som vedkommende ikke kan klandres for. I domstolens begrunnelse for at det foreligger konvensjonsbrudd henvises videre til «alle de [overnevnte] grunnene» (min oversettelse).⁷² Når henvisningen rommer *alle* grunnene er det naturlig å tolke den slik at den omfatter mangelen på skyld. EMD trekker dermed en direkte linje mellom mangelen på skyldelement og konvensjonsbruddet. Dommen må derfor forstås slik at art 7 krever et subjektivt element hos gjerningspersonen for å idømme straffesanksjoner.

Uttalelsenes vekt svekkes noe av at domstolen allerede har slått fast at kvalitetskravene i art 7 ikke var oppfylt av det påberopte rettsgrunnlaget. De har dermed karakter av *obiter dicta*.⁷³

Den andre saken av interesse for spørsmålet er EMDs dom av 29. oktober 2013 *Varvara v. Italia*. Også denne saken hadde sitt utspring i den italienske praksisen med inndragning av eiendommer som var ulovlig bebygget. Sakens faktum var i korte trekk at klageren, Hr. Varvara, i perioden 1984-85 ble gitt en utbyggingstillatelse av - og inngikk en utviklingsavtale med - lokale myndigheter. Kort tid etterpå ble det vedtatt to lover, som til sammen medførte at planer godtatt etter dette tidspunktet behøvde godkjennelse av en

⁷¹ Avs. 116

⁷² Avs. 118.

⁷³ Skoghøy, Rett og rettsanvendelse, s. 108.

regional komite. I 1993 innga klageren en ny utgave av planen som allerede ble godkjent i 1984 til myndighetene og fikk den godkjent, uten behandling i den regionale komiteen.

I 1997 ble det innledet straffesak mot Varvara. Påtalemyndigheten anførte at den planen som ble godkjent i 1993 var en selvstendig plan, som dermed behøvde godkjenning av den regionale komiteen. Varvara mente at 93-planen kun var en revisjon av den eldre planen og derfor ikke behøvde slik godkjenning. Dette spørsmålet strides partene om i det italienske rettssystemet fram til 2006, da en domstol endelig avgjorde at det eventuelle straffbare forholdet uansett var foreldet allerede i 2002. På samme måte som i Sud Fondi fant domstolen imidlertid at byggingen objektivt sett var i strid med bygningslovgivningen og beordret inndragning av den aktuelle eiendommen. Den aktuelle lovhjemmelen tillot inndragning når det var kommet en endelig avgjørelse i saken, og domstolen fant at avgjørelsen om foreldelse var tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret.

For EMD anførte Varvara blant annet at inndragningen innebar en straff uten domfellelse i strid med art 7.

I spørsmålet om inndragning innebar en straffesanksjon henviser domstolen til avgjørelsen i Sud Fondi og besvarer spørsmålet bekreftende. Når det gjelder spørsmålet om brudd på rettergangsgarantiene i art 7 utleder domstolen først tre konsekvenser av bestemmelsen; den forbyr domstolene å tolke en hjemmel utvidende til skade for tiltalte, den forbyr å straffe noen for andres handlinger og den forbyr idømmelse av straff uten at vedkommende er funnet strafferettslig ansvarlig.⁷⁴ Domstolen går så inn i en tolkning av art 7 som er til forveksling lik den som gjøres i Sud Fondi:

«The “penalty” and “punishment” rationale and the “guilty” concept (in the English version) and the corresponding notion of “personne coupable” (in the French version) support an interpretation of Article 7 as requiring, in order to implement punishment, a finding of liability by the national courts enabling the offence to be attributed to and the penalty to be imposed on its perpetrator. Otherwise the punishment would be devoid of purpose (see Sud Fondi and Others, cited above, § 116). It would be inconsistent on the one hand to require an

⁷⁴ Jf. henholdsvis avs. 62, 63 og 67

accessible and foreseeable legal basis and on the other to permit punishment where, as in the present case, the person in question has not been convicted.”⁷⁵

Det ikke uvanlig at EMD gjentar slike rettssetninger med en avsluttende henvisning til det opprinnelige prejudikatet. Det som imidlertid framgår ved nærmere lesning er at det er noen helt sentrale forskjeller i tolkningen som gjøres i Varvara og Sud Fondi.

Mens begrunnelsen for straff og ordlyden «guilty» benyttes til å utlede et krav til en «intellectual link» i Sud Fondi, benyttes de samme argumentene her for å understøtte et krav om «a finding of liability». Det engelske ordet «liability» tilsvarer det norske ansvarsbegrepet. I en strafferettslig kontekst betyr det dermed straffeansvar. Domstolen utleder dermed et krav om å bli funnet strafferettslig ansvarlig heller enn et krav til subjektiv skyld.

En tilsvarende forskjell framgår ved rettens bruk av konsistens-argumentet. Mens det i Sud Fondi brukes for underbygge et krav om subjektiv skyld hos gjerningspersonen, benyttes det i Varvara til å utlede domfellelse («convicted») som vilkår for staffesanksjonering.

Tatt i betraktning disse forskjellene framstår det noe underlig at uttalelsene kommer under henvisning til rettens avgjørelse i Sud Fondi. At uttalelsene likevel har samme form kan tyde på at domstolen i Varvara forsøkte å distansere seg noe fra det eksplisitte kravet til skyld slik det var formulert den tidligere avgjørelsen.

Spenningsforholdet mellom uttalelsene er påpekt av Van Kempen og Bemelmans.⁷⁶ De synes å forstå at uttalelsen i Sud Fondi som utslag av de konkrete forholdene i saken og ikke uttrykk for en generell rettssetning.⁷⁷

En mulig forklaring på forskjellene er at retten ikke ønsket å bekrefte kursendringen Sud Fondi virket å innebære. Som vi har sett under punkt 3.1.2 vek EMD i G. v. Storbritannia

⁷⁵ Avs. 71

⁷⁶ Van Kempen, P.H. & Bemelmans, J. (2018). “EU protection of the substantive criminal law principles of guilt and ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights: Underdevelopment and overdevelopment in an incomplete criminal justice framework”. *New Journal of European Criminal Law*, 9(2), s. 247-264.

⁷⁷ Van Kempen og Bemelmans s. 255, deres fotnote nr. 33.

tilbake fra å stille krav til nasjonalstatenes materielle strafferett. En opprettholdelse av rettstilstanden slik den ble formulert i Sud Fondi ville innebære et avvik fra de synspunkt som ble formulert der. Om så var tilfelle er det beklagelig at domstolen valgte å ikke ta mer eksplisitt avstand fra uttalelsene i Sud Fondi ettersom det medførte en uklar rettstilstand.

Den siste dommen av interesse for rettsspørsmålet er dommen av 28. juni 2018 *G.I.E.M srl. m.fl. v. Italia*. Dommen er avsagt i storkammer, noe som nok har sammenheng med den nevnte uklarheten Sud Fondi og Varvara medførte. Storkammeret hadde forent tre saker til behandling. Her vil vi imidlertid bare fokusere på saken mot G.I.E.M. srl, da det er dette saksforholdet som reiste spørsmålet om skyld som vilkår for straff.

Saken har sitt utspring i det samme saksforholdet som Sud Fondi-saken. Selskapet G.I.E.M. srl. eide en tomt som grenset til den aktuelle utbyggingstomten i Sud Fondi. I 1992 kontaktet lokale myndigheter G.I.E.M srl. med et tilbud om å delta i prosjektet, som G.I.E.M. aksepterte. Som følge av deltagelsen i prosjektet var G.I.E.M. en av selskapene som fikk eiendommene sine inndratt i straffesaken mot direktørene i Sud Fondi. I motsetning til Sud Fondi hadde ikke direktører i G.I.E.M. vært part i saken som førte til inndragningen.

For EMD anførte klageren at inndragningen innebar at de var blitt straffet uten å ha blitt funnet strafferettslig ansvarlig. Storkammeret behandlet spørsmålet om inndragningen kunne gjennomføres uten funn av en bevisst kobling hos klageren som en egen problemstilling.

Domstolen innleder drøftelsen ved å sitere hele utledningen av et skyldkrav fra Sud Fondi. Retten uttaler deretter at den støtter analysen av art 7 slik at den krever en «mental link» for å straffesanksjonere. Videre uttales følgende:

“The Grand Chamber thus shares the Chamber’s findings in that case to the effect that punishment under Article 7 requires the existence of a mental link through which an element of liability may be detected in the conduct of the person who physically committed the offence.”⁷⁸

⁷⁸ Avs. 242.

Det her siterte kan vanskelig forstås annerledes enn at art 7 som et utgangspunkt krever at det foreligger et subjektivt element for å straffe. Uttalelsen er uten forbehold og synes å gi uttrykk for et absolutt krav til subjektiv skyld.

Fortsettelsen gir imidlertid grunn til å reise spørsmål ved hvor langt dette gjelder. Domstolen går nemlig så over til å gjenta en del av rettssetningene fra EMDs praksis knyttet til art 6 (2) sitt forhold til bruk av presumsjoner. Storkammeret uttaler blant annet at konvensjonen ikke er til hinder for:

«certain forms of objective liability stemming from presumptions of liability»⁷⁹

Og videre at:

“... the Contracting states remain free to apply the criminal law to an act where it is not carried out in the normal exercise of one of the rights protected under the Convention ... and, accordingly, to define the constituent elements of the resulting offence. In particular, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence.”⁸⁰

Med den siste setningen uttrykker EMD klart at medlemsstatene kan kriminalisere rent objektive overtredelser av en handlingsnorm. Uttalelsen er dermed uforenelig med et absolutt skyldkrav. Rett nok er det tatt det samme forbeholdet som i tidligere dommer, ved at medlemsstatenes mulighet til å kriminalisere rent objektive overtredelser gjelder på visse vilkår («certain conditions»), men logisk nok kan ikke disse vilkårene innebære et skyldkrav ettersom det ville gjøre setningen meningsløs.⁸¹ Konflikten i flertallets votum er dermed ikke løst med dette.

Domstolens kan synes å presentere løsningen på denne selvmotsigelsen med uttalelsen:

“Having regard to the common ground between Article 7 and Article 6 § 2, in their respective areas, namely that they protect the right of any individual not to

⁷⁹ Avs. 234

⁸⁰ Avs. 234

⁸¹ Se *Salabiaku v. Frankrike* avsnitt 27

be punished without his personal liability, involving a mental link with the offence, having been duly established the Court finds that the case-law described above applies mutatis mutandis under Article 7.”⁸²

Mutatis mutandis betyr grovt oversatt «så langt det passer».⁸³ Altså følger det av uttalelsen at rettspraksisen, som etablerte forholdsmessighetsstandarden for bruk av presumsjoner under art 6 (2), se pkt 3.1.2, skal gjelde så langt den passer under artikkel 7. Det er ikke uten videre klart hva dette innebærer.

En mulig forståelse er at på samme måte som uskyldspresumsjonen begrenser bruken av presumsjoner til det som må anses forholdsmessig, så begrenser også det innførte skyldprinsippet bruken av objektive straffebud og straffbarhetsvilkår til det forholdsmessige. Om så er riktig, vil det innebære en form for oppreisning for den rettsoppfatningen Høyesterett i plenum ga uttrykk for i Rt 2005 s. 833.

En slik forståelse passer imidlertid dårlig overens med at retten gjentar krav til en mental link også senere. I den foreløpige konklusjonen uttaler retten at art 7:

«...the Court finds that in the present case Art 7 precluded any decision to impose those measures on the applicants in the absence of a mental link disclosing an element of liability in their conduct.”⁸⁴

Denne uttalelsen synes å trekke i retning av at kravet til et subjektivt element («mental link») er absolutt. Samtidig kan EMD tolkes slik at de begrenser rekkevidden av uttalelsen til den foreliggende saken («in the present case»). Det er med andre vanskelig å fullt ut forene de ulike uttalelsene i dommen. Flertallets uklarhet på dette punktet er berørt i begge de dissenterende vota.⁸⁵

Dommer de Albuquerque påpeker uklarheten treffende når han uttaler:

⁸² Avs. 244

⁸³ Se Oxford Learner's Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/mutatis-mutandis?q=mutatis+mutandis>

⁸⁴ Avs. 246.

⁸⁵ Dommer de Albuquerque's votum er kun delvis dissenterende.

«It is true that the majority confirm the principle *nulla poena sine culpa* ... But in spite of this confirmation, the majority immediately backtrack from their own position, by conceding in the following paragraph that this requirement does not preclude the existence of certain forms of “objective liability stemming from presumptions of liability” The majority simply omit to provide any articulation for the two logically and axiologically contradictory statements. The only justification given is that, since the Court has accepted certain forms of presumption of liability under Article 6 § 2 of the Convention, “the Court finds that the case-law described above applies *mutatis mutandis* under Article 7”⁸⁶

Den dissenterende dommer påpeker den foreliggende selvmotsigelsen, men gir sparsomt med eksplisitte tolkningsbidrag til flertallets rettsforståelse. I avs. 91 anklager han imidlertid flertallet for, ved å importere rettspraksisen under art 6 (2), å ignorere art 7 unntaksfrie karakter. Dette må forstås slik at han oppfatter flertallet slik at *nulla poena sine culpa*-prinsippet ikke er absolutt.

Votumet til de to andre dissenterende dommere kan også forstås i denne retning da de under henvisning til uttalelsen om å kriminalisere en handling uten krav til skyld blant annet uttaler:

“This is commonly termed strict or objective criminal liability. Although the Court has not had an opportunity to define in more detail what those “conditions” are, limiting the imposition of strict criminal liability under the Convention, it is clear in our view that those limitations would flow from the requirements of Article 6 § 2, not from those of Article 7.”⁸⁷

⁸⁶ Avs. 61 i de Albuquerque's votum. Dommeren omtaler uklarheten som dybt beklagelig («deeply regrettable») og mener flertallets votum har gjenklang av dagens tidsånd («chimes with the spirit of the age»). Votumet framstår for øvrig som del juridisk betenking og dels flammende forsvarstale for menneskerettighetene i et Europa i krise.

⁸⁷ Dommeren Spano og Lemmens delvis dissenterende votum avs. 26

De dissenterende dommere synes med dette å forstå flertallet slik at nulla poena sine culpa prinsippet innfortolket i 7 representerer vilkårene («conditions») for objektivt straffeansvar som EMD har omtalt siden Salabiaku, men ikke klargjort innholdet av.⁸⁸

Sett under ett er det vanskelig å utlede noen klar rettsregel av dommen. Det er på det rene at den innfortolker et skyldprinsipp, spørsmålet er om dette gjelder absolutt. På den ene side synes uttalelsene om skyldprinsippet klare og ubetingede, og kan tyde på at kravet gjelder uten unntak. På den annen side er et absolutt skyldprinsipp uforenelig med uttalelsene om objektive straffebud. Den eneste måten å harmonisere de ulike uttalenes i flertallets votum er om skyldkravet forstås relativt. Et slikt relativt skyldkrav stemmer godt med en import av forholdsmessighetsterskelen utviklet i forbindelse med art 6 (2) sitt forhold til presumsjoner. De dissenterende dommernes votum synes også å tale for at skyldkravet må forstås relativt. Den mest nærliggende forståelsen med utgangspunkt i dommens formuleringer synes dermed den som er gitt uttrykk for over – objektivitet og presumsjoner er gjenstand for samme forholdsmessighetsprøving.

I skrivende stund (30.05.2020) har ikke EMD i senere praksis henvist til G.I.E.M. srl. på noen måte som kan bidra til å klargjøre rekkevidden av skyldprinsippet.

I teorien er dommen forstått noe forskjellig. Rui synes å legge til grunn at skyldkravet er absolutt og går ikke nærmere inn på betydningen av de motsigende utsagnene eller henvisningen til praksis under art 6 (2).⁸⁹ Selv om deler av flertallets votum kan tas til inntekt for at skyldkravet er absolutt, inneholder dommen, som det framgår over, klare motsetninger. En analyse som tar sikte på å forklare dommens betydning for gjeldende rett uten å kommentere disse risikerer å bli ensidig og synes ufullstendig.

Matningsdal går derimot inn på betydningen av konflikten i flertallets argumentasjon. Han synes imidlertid å legge til grunn at dommen er til hinder for rent objektive straffebud, og

⁸⁸ Se Høivik, s.390, som beklager seg over EMDs manglende utfylling av innholdet i forbeholdet «certain limits» i Salabiaku v. Frankrike.

⁸⁹ Rui, «Fra menneskerettighetsdomstolen» s. 204 flg, skriver blant annet: «Det [skyldprinsippet] medfører at en lovgiver som skal lovgi innenfor rammene av EMK, ikke kan kriminalisere rent objektive overtredelser av en handlingsnorm. I de tilfeller det er gjort, må domstolene, for å avsi en dom som er i samsvar med EMK art 7, innfortolke et krav om utvist skyld».

tillegger de motsigende uttalelsene kun betydning i relasjon til objektive straffbarhetsvilkår.⁹⁰ For disse deler han imidlertid analysen av at forholdsmessighetsbegrensningen gjelder på samme måte som for bruken av presumsjoner under art 6 (2).

Etter min mening er det ikke noe i domspremissene som skulle tilsi at omtalen av adgangen til å straffe på objektivt grunnlag har gyldighet kun i relasjon til objektive straffbarhetsvilkår. Tvert imot knytter uttalelsen seg til å straffe en objektiv handling uavhengig av hvorvidt den er resultatet av forsett eller uaktsomhet, med andre ord ren objektivitet. Mot den rettstilstanden Matningsdal anfører, kan det ytterligere gjøres gjeldende et tilsvarende fra det mer til det mindre-argument som gjengitt under i punkt 3.1.2. Om artikkelen innskrenker medlemsstatenes adgang til å sanksjonere på objektivt grunnlag, må det ha formodningen mot seg at denne innskrenkningen er begrenset til det, som for borgerne, griper minst inn i deres mulighet til å forsvare seg mot en tiltale.

Boucht berører G.I.E.M. Srl. i en fotnote. Han synes å legge til grunn en mer relativ forståelse av skyldprinsippet.⁹¹

Som allerede påpekt under pkt. 2.1.2.2 kan det være gode grunner til å behandle objektive straffebud og presumsjoner etter samme regel. Som påpekt av Høyesterett er grensen mellom presumsjoner og objektivitet flytende og de objektive reglene ofte utslag av en lovgiverpresumsjon om skyld hos overtrederen av en gitt handlingsnorm.⁹²

Observert fra makro-nivå synes også en forholdsmessighetsbegrensning å passe bedre inn i den senere praksis fra EMD. Det er en utpreget trend at domstolen i sin praksis beveger seg vekk fra firskårne, absolutte, garantier over mot mer relative standarder med økt fokus på subsidiaritetsprinsippet.⁹³

Også på mikro-nivå kan en forholdsmessighetsskranke synes som en mer naturlig utvikling enn innføringen av et absolutt forbud. I G. v. Storbritannia avviste EMD at konvensjonen

⁹⁰ Matningsdal, M. *Straffeloven 2005. Lovkommentar*, § 21. Skyldkravet. Juridika.no

⁹¹ Boucht, J. (2019). «Kulturminnekriminalitet og strafferettslig inndragning». I Matningsdal, M. & Strandbakken, A. (Red.) *Integritet og ære: festskrift til Henry John Mæland*. (s. 32-44) s. 37 fotnote 16.

⁹² Rt. 2005 s. 833 avs. 71-72.

⁹³ Rui, J.P. (2017). «Retten til en rettferdig rettergang anno 2017». *Jussens venner*, 52(3), s. 123-184 (s. 124-136).

stilte noen krav til de materielle vilkårene for idømmelse av straffesanksjoner. Om G.I.E.M. skal forstås slik at den innebærer et absolutt krav til skyld, representerer det en helomvending.

Alle forhold tatt i betraktning, særlig vektlagt dommens egne formuleringer, legges følgende forståelse av G.I.E.M. til grunn i det videre: Art 7 inneholder et skyldprinsipp. Dette medfører at det, som et utgangspunkt, kreves en «mental link» for idømmelse av straffesanksjoner etter konvensjonen. Dette er imidlertid ikke til hinder for å operere med objektive straffebud og straffbarhetsvilkår, så lenge bruken er forholdsmessig tatt i betraktning tiltaltes rett til å forsvare seg og betydningen av hva som står på spill.⁹⁴

2.3 Nærmere om forholdsmessighetsterskelen

2.3.1 Innledende spørsmål og veien videre

For å kunne ta stilling til om foretaksansvaret er forenelig med forholdsmessighetsterskelen utledet over, er det nødvendig å fastlegge det nærmere innholdet i vurderingen. Dette vil gjøres i det følgende. De utgangspunkter og momenter som utledes her vil danne utgangspunktet for tolkningen av straffeloven § 27 i neste kapittel.

Innledningsvis er det verdt å poengtere hvilke rettskilder som er relevante for fastleggingen av terskelen. Som nevnt har ikke EMD kommentert skyldprinsippet i art 7 siden G.I.E.M.-dommen. En er derfor henvist til EMD-praksis knyttet til bruk av presumsjoner, som ifølge EMD gjelder så langt den passer under art 7.⁹⁵ Som indikert tidligere er dermed også Høyesteretts plenumsdom Rt 2005 s. 833 av interesse.⁹⁶ Selv om Høyesteretts uttalelser der er knyttet til et spørsmål om objektive straffbarhetsvilkår er forholdsmessighetsterskelen Høyesterett etablert i stor grad utledet av praksis tilknyttet bruken av presumsjoner.⁹⁷ Den er dermed fortsatt av gyldighet for spørsmålet her. At Høyesterett la til grunn at forholdsmessighetsterskelen for bruk av presumsjoner under art 6 (2) gjaldt tilsvarende for

⁹⁴ Se blant annet *Janosevic v. Sverige* avs. 101.

⁹⁵ Se *G.I.E.M. srl. m.fl. v. Italia* avs. 244.

⁹⁶ Se på samme måte Matningsdal, *Straffeloven 2005*. Lovkommentar, § 21. Skyldkravet. Juridika.no Som kommentert i foregående kapittel legger Matningsdal til grunn at skyldprinsippet relative karakter kun gjelder i tilknytning til objektive straffbarhetsvilkår, mens rent objektive straffebestemmelser er i strid med konvensjonen.

⁹⁷ Se dommens avsnitt 70.

objektive straffbarhetsvilkår medførte også flere analyser av forholdsmessighetstesten i teorien som også er relevante.⁹⁸

Et annet spørsmål som vil kommenteres innledningsvis angår rekkevidden av skyldprinsippet utledet over. I uttalelsene hvor EMD etablerer det relative skyldprinsippet uttaler de at det ikke er til hinder for:

“...certain forms of objective liability *stemming from presumptions of liability*”
(min utheving)⁹⁹

Uttalelsen gir grunn til å reise spørsmålet hva som ligger i uttrykket «*stemming from presumptions of liability*». Som klarlagt over kan liability oversettes med det norske ordet ansvar. Altså kan uttalelsen forstås slik at det kun er objektivt straffeansvar som *stammer fra en presumsjoner om straffeansvar*, som kan gjøre unntak fra hovedregelen om skyld. Men hva vil i så fall et slikt forbehold inneholde. Ansvarspresumsjon er ikke noe innarbeidet begrep i norsk juridisk sammenheng. Det er kanskje mest nærliggende å forstå det som en lovgivergitt antagelse om at overtrederen av en gitt handlingsnorm har handlet på en strafferettslig ansvarliggjørende måte. Imidlertid synes ikke dette å innebære noen spesiell terskel. Enhver objektiv regel kan *framstå* som at lovgiver har antatt at overtrederen av en handlingsnorm må ha vært ansvarlig og det er vanskelig å gjennomføre noen prøving i praksis. Forbeholdet blir dermed så upresist og vagt at det blir innholdsløst.

Etter dette er ikke rekkevidde av skyldprinsippet relative karakter begrenset til objektive straffebed som stammer fra presumsjoner om ansvar.

2.3.2 Forholdsmessighetsterskelen

Som nevnt i kapittel 3 ble forholdsmessighetsterskelen først introdusert i *Salabiaku v. Frankrike* og ble siden nærmere i utpenslet i *Janosevic v. Sverige*. I *Janosevic v. Sverige* formulerte EMD forholdsmessighetskravet slik:

«*[T]he Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is at stake and the rights of the defence; in other words, the*

⁹⁸ Se særlig Høivik s. 385 flg. og Hika s. 516-526.

⁹⁹ G.I.E.M. s.r.l., avs 234.

means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved.”¹⁰⁰

Det skal altså gjøres en avveining mellom, på den ene siden, formålet med unntaket fra hovedregelen om skyld og, på den annen siden, tiltaltes rettigheter. En proporsjonalitetsavveining er en velkjent øvelse i EMK-sammenheng, men i motsetning til den mer operasjonaliserte proporsjonalitetsprøvingen som skjer ved inngrep i f.eks. art 8 gir ikke Janosevic-dommen holdepunkter for hvor dette balansepunktet skal treffes.¹⁰¹ Her er imidlertid G.I.E.M. srl. m.fl. v. Italia klargjørende. I avsnitt 243 uttaler retten at grensen er overskredet dersom presumsjonen:

«has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him, thus depriving him of the benefit of Article 6 § 2 of the Convention”

Selv om EMD utleder dette av tidligere praksis, har ikke domstolen tidligere eksplisitt uttalt at terskelen går der presumsjonen gjør frifinnelse umulig («impossible»). Antagelig kan ikke uttalelsen tas helt bokstavelig, ettersom en så høy terskel vil begrene vernet betraktelig. At menneskerettighetsdomstolen har valgt å uttrykke seg på denne måten tilsier likevel at terskelen er høy.

I alle tilfeller er det klart at formålet med unntaket fra hovedregelen om skyld er et sentralt moment i vurderingen. Det må altså klargjøres hvorfor medlemsstaten har gjort unntak fra skyldkravet. I Janosevic var begrunnelsen hensynet til statens økonomiske interesser, mens eksempler på andre hensyn som er tillagt vekt er preventiv effekt mot krenkende ytringer i radiomediet og hensynet til trafikksikkerhet.¹⁰²

¹⁰⁰ Janosevic v. Sverige avs. 101.

¹⁰¹ For en behandling av vilkårene for inngrep i kovensjonsrettigheter se Aall, Rettstat og menneskerettigheter s. 146-161. Fordelene ved en slik proporsjonalitetstest er behandlet av Rui, (2018). «Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter». *Lov og rett*, 57(3), s. 123-30».

¹⁰² Se Janosevic v. Sverige avs. 103, Radio France m.fl. v. Frankrike avs. 24 og Falk v. Nederland s. 9.

Interessant i denne sammenhengen er hvorvidt EMD veier disse hensynene forskjellig. I praksis er det vanskelig å se at det gjøres noen slik eksplisitt vurdering av hvor betydningsfull begrunnelsen for regelen er. Dette kan synes å ha sammenheng med den andre siden av vektskålen. I EMDs praksis virker de mest alvorlige inngrepene i tiltaltes mulighet til å forsvare seg å være gjort i de minst alvorlige sakene. Saken Falk v. Nederland er illustrerende. I henhold til nederlandsk trafikklovgivning ble den registrerte *eieren* av kjøretøy benyttet ved overtredelser ilagt bot uten hensyn til om vedkommende hadde vært fører, dersom vedkommende ikke kunne vise at bilen var brukt mot vedkommenes vilje, utleid i kommersiell sammenheng eller ikke lenger hans.¹⁰³ Lovgivningen etablerte altså en hovedregel om objektivt ansvar som var gjenstand for et begrenset antall unntak. Regelen var begrunnet i hensynet til å en effektiv håndhevelse av trafikklovgivningen. Selv om det innenfor strafferetten generelt ikke er stort rom for å vektlegge effektivitetshensyn, var sanksjonen begrenset til en bot som ikke ble registrert i strafferegisteret.¹⁰⁴ EMD konkluderte med at det ikke forelå noen krenkelse av art 6 (2). Selv om klageren hadde svært begrenset adgang til å forsvare seg, og effektivitetshensynet generelt ikke veier tungt i strafferetten, var sanksjonen heller ikke av alvorlig karakter.

Det er imidlertid ingen automatikk i at regler begrunnet i hensyn av mindre betydningsfull karakter begrunner mindre inngripende regler. Det må derfor legges til grunn at om større inngrep er begrunnet i mindre tungtveiende hensyn tilsier det at forholdsmessighetsterskelen er overskredet.

Mot hensynet som begrunner regelen skal veies inngrepet i den tiltaltes rettigheter («the rights of the defence»)¹⁰⁵ Som det framgår av det siterte fra G.I.E.M. er det helt sentralt i dette om tiltalte har en reell mulighet til å forsvare seg mot tiltalen («exonerate himself from the accusations against him»). Hika omtaler dette som tiltaltes *disculeringsadgang*.¹⁰⁶ For det første omfatter dette tiltaltes mulighet til å forsvare seg med grunnlag i sine *subjektive oppfatninger* på gjerningstidspunktet.

¹⁰³ Dommens s. 3.

¹⁰⁴ Dommens side 3

¹⁰⁵ Jf. Janosevic v. Sverige avs. 101, sitert over.

¹⁰⁶ Hika side 518.

Både Janosevic v. Sverige og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige omhandler den svenske praksisen med å sanksjonere mot feilaktige skatteopplysninger med tilleggsskatt. Tilleggsskatten ilegges i utgangspunktet på objektivt grunnlag, men skattebetaleren kan unngå ansvar om vedkommende kan vise at de feilaktige opplysningene ble gitt som følge av en unnskyldelig feil. I begge avgjørelsene tilla EMD denne forsvarsmuligheten vekt. Det fremgår av den sistnevnte avgjørelsen når EMD framholder at:

“Thus, they have been able to claim, as an alternative line of defence, that, even if they were found to have furnished incorrect information to the Tax Authority, it was excusable in the circumstances...”¹⁰⁷

Det er naturlig at muligheten til å forsvare seg på subjektivt grunnlag tillegges vekt ettersom det avhjelper det betenkelige med et objektivt ansvar i utgangspunktet.¹⁰⁸

EMD har også vektlagt tiltaltes mulighet til å forsvare seg med grunnlag i *objektive straffbarhetsvilkår*. Dette framgår i Radio France v. Frankrike hvor domstolen framhevet alle de objektive omstendighetene påtalemyndigheten måtte bevis for å kunne holde en redaktør ansvarlig for krenkende utsagn ytret på radio.¹⁰⁹ Tilsvarende følger det av Hansen v. Danmark hvor domstolen uttalte at den objektive regelen ikke innebar at Hansen var:

“... left entirely without a means of defence. Not only was it necessary for the trial court to establish the employer/employee relationship between the applicant and the driver but it was also necessary to establish that the driver was driving in the interest of the employer.”¹¹⁰

¹⁰⁷ Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic v. Sverige avs. 114 og tilsvarende i Janosevic v. Sverige avs. 102.

¹⁰⁸ Tilsvarende Hika s. 518 og

¹⁰⁹ Dommens side 20 hvor det følger at:

“A number of elements have to be proved before the publishing director can be convicted: he must have the status of publishing director; the offending statement must have been broadcast and must be defamatory; and the content of the statement must have been fixed before it was broadcast.”

¹¹⁰ Avgjørelsens side 7.

Igjen er det naturlig at de objektive frifinnelsesmulighetene tillegges vekt i ettersom de begrenser den objektive regelens anvendelsesområde.¹¹¹

Som påpekt av Hika er det i EMD praksis, ut over tiltaltes frifinnelsesmuligheter, mangel på tydelige utkrystalliserte momenter.¹¹² I Rt 2005 s. 833 fremhevet Høyesterett imidlertid også hvilket område av strafferetten straffebudet gjaldt og den potensielle straffesaksjonen.¹¹³

Som Høyesterett fremhever, blir behovet for rettssikkerhetsgarantier større jo mer inngripende sanksjon som er aktuell.¹¹⁴ Det vil derfor være av betydning om den er fengselsstraff eller mindre inngripende økonomiske sanksjoner som er den potensielle konsekvensen av en overtredelse.

Når det gjelder hvilken del av strafferetten en befinner seg i, har momentet nær sammenheng med den potensielle sanksjonen. Som fremhevet av Hika må den sentrale begrunnelsen for momentets selvstendige vekt være stigmaet sanksjonen innebærer.¹¹⁵ Selv om sanksjonens karakter langt på vei vil gjenspeile om en befinner seg i strafferettens periferi eller mer i sentrum, kan det nok også tenkes tilfeller hvor det moralske stigmaet ikke er helt sammenfallende med straffesaksjonens karakter. Å vektlegge det moralske stigmaet en domfellelse vil innebære for tiltalte vil i slike tilfeller gjøre vurderingen mer nyansert.

Til sist må det understrekes at EMD foretar en helhetsvurdering av inngrepet. Derfor vil momenter som ikke framgår direkte av rettspraksis også være av betydning. Som Aall framholder er det en totalvurdering av avviket fra rettighetens normalordning som er avgjørende.¹¹⁶ På generelt grunnlag angir han de momentene som tillegges vekt som «avvikets karakter, begrunnelse, og eksistensen av kompenserende sikkerhetsmekanismer».¹¹⁷

Oppsummeringsvis kan det sies at forholdsmessighetsvurderingen avhenger av en avveining mellom den objektive regelens formål og hvor tungtveiende inngrep i tiltaltes rettigheter

¹¹¹ Hika s. 518

¹¹² Hika, s. 518.

¹¹³ Dommens avsnitt 87.

¹¹⁴ Sml. Høivik s. 403.

¹¹⁵ Hika, s. 520

¹¹⁶ Aall, s. 483-484.

¹¹⁷ Aall s. 484.

regelen representerer. Sentrale momenter i denne vurderingen tiltaltes frifinnelsesmuligheter, ha slags sanksjon som er aktuell, hvilket rettslig område en befinner seg på og en potensiell fellende doms stigmatiserende effekt.

3 Forholdet mellom foretaksstraffen og skyldprinsippet i EMK art 7

3.1 Innledning

I forrige kapittel fant vi at skyldprinsippet i EMK art 7 innebærer at bruk av objektive straffebud og objektive straffbarhetsvilkår må begrenses til det forholdsmessige. Her er problemstillingen de norske reglene om foretaksstraff er forenelig med dette skyldprinsippet. Kapitlet vil deles tre, en generell del, en tolkningsdel og en vurderingsdel. I den generelle delen vil det som en innledning redegjøres for foretaksstraffens rettslige plassering og instituttets rettspolitiske begrunnelse. I tolkningsdelen vil foretaksstraffens nærmere innhold utledes med utgangspunkt i vurderingsmomentene utledet i kapittel 2.3. I vurderingsdelen vil den forholdsmessighetsvurderingen som er foreskrevet av EMK art 7 gjennomføres med grunnlag i de funnene som blir gjort i tolkningsdelen.

3.2 Generelt om foretaksstraff

Foretaksstraff innebærer at det rettes en straffesanksjon mot et upersonlig rettssubjekt. Foretaksstraff er regulert i straffeloven §§ 27 og 28. Ut over at den rettes mot rettssubjekt som tradisjonelt ikke er gjenstand for straff har foretaksstraffen flere særtrekk. For det første er foretaksstraffen *fakultativ*. Med dette menes at straffen ikke er en automatisk følge av at vilkårene for straff er oppfylt. Spørsmålet om foretaksstraff skal idømmes er, om vilkårene er oppfylt, overlatt til rettens skjønn etter en vurdering av momentene i § 28, jf. ordlyden «kan» i straffeloven § 27. Det trekkes derfor et skille mellom ansvarsspørsmålet – om vilkårene for straff er oppfylt - og straffespørsmålet - om straff bør ilegges.

Et annet trekk ved foretaksansvaret er at det er av supplerende karakter. Dette følger av ordlyden «når et straffebud er overtrådt» i § 27 første ledd. På samme måte som medvirkningsbestemmelsen i straffeloven § 15 innebærer dette et krav om at det foreligger en primærforbrytelse for at bestemmelsen skal være aktuell.¹¹⁸

¹¹⁸ Se punkt 3.3 nedenfor for en nærmere behandling av vilkåret.

Tradisjonelt har det vært stor skepsis mot å rette straffesanksjoner mot juridiske personer. Den tradisjonelle oppfatningen var at strafferetten var forbeholdt fysiske personer. Argumentasjonen var at straff som institutt skal være forbeholdt handlinger som er uttrykk for en rettsstridig vilje.¹¹⁹ Ettersom en juridisk person, etter vanlig oppfatning, ikke har noen selvstendig vilje, passer ikke den juridiske personen inn i strafferettens dypere struktur og er derfor uegnet som straffesubjekt.¹²⁰

Det dominerende synet i dag er mer pragmatisk og nytteorientert. I stedet for å avgjøre spørsmålet om det bør være adgang til å rette straffesanksjoner mot juridiske personer med utgangspunkt i utledninger fra strafferettens og foretakets vesen, stilles heller spørsmålet som et om hvilken nytte et slikt ansvar gjør. Representativ for dette synet er Andenæs, Riber-Mohn og Sæter når de skriver:

«*De lege ferenda* er problemet: Er det behov for et slikt ansvar? Og støter det i bekreftende fall på avgjørende betenkeligheter?»¹²¹

Overgangen fra det mer absolutistiske begrunnede synspunktet til det pragmatiske som dagens lovgivning er uttrykk for skjedde gradvis.¹²² Andenæs og Høivik identifiserer Administrasjonsrådets anordning om prisregulering av 12. september 1940 som den første hjemmelen for å rette straffesanksjoner mot juridiske personer. Med etterkrigstidens rasjonering og gjennomregulering av næringslivet ble det gitt en rekke spredte hjemler for foretaksstraff i reguleringslovgivningen.¹²³

¹¹⁹ Andenæs, J. (2016). *Alminnelig strafferett* (6. utg. ved Riber-Mohn, G.F. & Sæter K.E.) Oslo, s. 275 (petitavsnitt).

¹²⁰ Se Høivik s. 42-47 og Gröning, L, Husabø, E.J. & Jacobsen, J. (2016). *Frihet, forbrytelse og straff*. Bergen s. 439-440 som illustrer argumentasjonen med sitater fra henholdsvis Friedrich Karl von Savigny og Hans Hagerup Gyldenpalm.

¹²¹ Andenæs, s. 274.

¹²² Høivik sporer dreiningen i norsk sammenheng til Gjelsvik og Skeie og gjennomslaget for erstatningsansvar for juridiske personer, se side 54-57.

¹²³ I forarbeidene til dagjeldende straffelov (1902) § 48 a og 48 b uttales det at det var ca. 60 spredte ulike hjemler for foretakansvar, se Ot.prp.ne.27 (1990-1991) s. 7 og 13.

At det ble gitt særskilte hjemler for foretaksansvar på hvert enkelt lovområde skapte med tiden et uoversiktlig og inkonsistent rettskildelbilde.¹²⁴ Ønsket om en opprydding var derfor en av hovedårsakene til at det i 1991 ble innført en generell hjemmel for foretaksstraff i dagjeldende straffelov (1902) §§ 48 a og 48 b.

Lovgiver begrunner foretaksansvaret, på samme måte som straffeinstituttet generelt, med dets preventive virkning.¹²⁵ Som supplement til det personlige ansvaret er foretaksansvarets funksjon å styrke straffeбудenes prevensjonsvirkning.¹²⁶ Den preventive effekten av et individuelt straffeansvar er begrenset til å skape et insentiv for individet til ikke selv å begå straffbare handlinger. Ved å rette straffetrusselen mot foretaket i tillegg skapes et insentiv hos foretaket til å unngå at straffbare handlinger begås på dets vegne. Den primære effekten vil være at foretakets ledelse innretter seg på en måte som forhindrer at de kommer i ansvar, både på grunn av den økonomiske konsekvensen av bot og på grunn det omdømmetapet en straffesanksjon vil innebære for foretaket. Primært er altså ønsket at ansvaret skal skape et insentiv til å gjennomføre preventive tiltak hos foretakets ledelse.¹²⁷

Foretaksformen kan medføre at prevensjonsvirkningen til det individuelle straffeansvaret pulveriseres. Ved lovbrudd begått på foretakets vegne kan det være vanskelig å identifisere de personene som faktisk har instigert forbrytelsen. Videre kan et foretak framstå som ugjennomtrengelig slik at den individuelle gjerningspersonen blir vanskelig å identifisere. Til sist kan også overtredelser være et resultat av flere gjerningsmenns handlinger, som ingen hver for seg har utvist tilstrekkelig grad av skyld til å straffes.¹²⁸ Ved å holde foretaket som sådan ansvarlig motvirker en denne effekten.

Selv om et prevensjonsbegrunnet foretaksansvar i dag må anses som en etablert rettstilstand er det fortsatt noen som opprettholder det syn som tidligere ble tillagt avgjørende vekt mot

¹²⁴ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 3

¹²⁵ For foretaksansvaret begrunnelse se Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 6. For den generelle begrunnelsen for straff se Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹²⁶ Ot.prp.nr, 27 (1990-1991) s. 6

¹²⁷ Høivik s. 70-71

¹²⁸ Slike kumulative feil fremholdes av Økokrim i Ot.prp.nr.27 (1990-1991) som et spesielt tungtveiende argument for å holde foretaket som sådan ansvarlig. Dette er fordi om kumulative feil forblir straffrie, insentiverer det uklare ansvarsforhold, se side 15 og 17.

foretaksstraffen. Som nevnt er dette at straff forutsetter klander, klander forutsetter skyld og skyld forutsetter menneskelige egenskaper som et upersonlig rettssubjekt ikke har eller kan inneha.¹²⁹ Husabø, Gröning og Jacobsen tar på denne bakgrunn til ordet for å avskaffe foretakansvaret.¹³⁰ Å behandle denne diskusjonen i hele sin bredde faller utenfor rammene av denne avhandlingen. Oppgavens overordnede spørsmål faller imidlertid også inn i denne konfliktlinjen, men begrenset til det EMK-rettslige skyldprinsippet.

3.3 Tolkning

For å ta stilling til om foretaksstraffen er forenelig med EMK art 7, er det nødvendig å gjøre en nærmere tolkning. Momentene utledet i kapittel 2.3. vil fungere som retningsgivende problemstillinger. Det understrekes at også andre momenter enn de som fungerer som utgangspunkt for underproblemstillinger her vil være relevante i forholdsmessighetsvurderingen, de er imidlertid ikke egnet som utgangspunkt for noen tolkning.

3.3.1 I hvilken grad tillater straffeloven §§ 27 og 28 tiltalte å forsvare seg på subjektivt grunnlag?

Ellers i strafferetten er disse vilkårene knyttet til straffesubjektet, idet gjerningspersonen og straffesubjektet er samme rettssubjekt. Den norske foretaksstraffen bygger imidlertid på forutsetningen om at et upersonlig rettssubjekt ikke har skyldevne og dermed ikke har kapasitet til å oppfylle subjektive ansvarsvilkår. Dette er uttrykt slik i forarbeidene til straffeloven (1902):

«Et foretak kan ikke utvise skyld, det kan bare fysiske personer»¹³¹

Intuitivt synes dette også riktig. Et foretak er en sosial og juridisk konstruksjon som ikke i seg selv er i stand til å utvise verken forsett eller noen selvstendig uaktsomhet. Dette er også begrunnelsen for den tradisjonelle skepsisen mot å innføre straffesanksjoner mot foretak, se punkt 3.2 over. Det er imidlertid verdt å merke seg at oppfatningen om at foretak mangler

¹²⁹ Jacobsen, J. (2009). «Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi? Om det ideologiske grunnlaget for straffansvar for juridiske personer.» *Tidsskrift for strafferett*, 9(1) s. 43–74, (s. 61)

¹³⁰ s.741-742. Spørsmålet er nærmere behandlet av Jacobsen artikkelen «Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi».

¹³¹ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 6.

skyldevne ikke er universell. Både Høivik og Jacobsen synes å konkludere med at foretak faktisk kan tilskrives, skyldevne enten ved identifikasjon eller ved etablering av en kollektiv organisasjonsskyld.¹³² Til tross for dette bygger det norske foretaksansvaret på forutsetningen om at foretak ikke har skyldevne. Derfor knyttes eventuelle subjektive vilkår til gjerningspersonen heller enn foretaket som sådan.

Straffeloven § 27 første ledd annen setning lyder:

«Det gjelder [at foretaket kan straffes] selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet»

Ordlyden gir klart inntrykk av at det ikke lenger er noe krav til subjektiv skyld hos gjerningspersonen.

Ved utarbeidelsen av en generell hjemmel for foretaksstraff i straffeloven (1902) §§ 48 a og b ble spørsmålet om et skyldkrav utredet grundig. Resultatet ble at det skulle gjelde et skyldkrav for gjerningspersonen, men da slik at også kumulativ og anonym skyld ble rammet.¹³³ Under bestemmelsen var det altså et krav for at foretaket kunne dømmes at det aktuelle straffebudets skyldkrav var oppfylt av gjerningspersonen.¹³⁴ Det var imidlertid ikke noe krav om at gjerningspersonen var tilregnelig.¹³⁵ Da ny straffelov ble utredet foreslo straffelovkommisjonen at denne rettstilstanden skulle opprettholdes.¹³⁶ Justisdepartementet var imidlertid av en annen oppfatning og endret bestemmelsens første ledd andre punktum til utformingen bestemmelsen har i dag. I forbindelse med endringen skrev departementet at:

«...det ikke settes som en betingelse for å ilegge foretakstraff at bestemte personer som har handlet på vegne av foretaket, har utvist subjektiv skyld, og at det heller ikke skal gjelde noe skyldkrav ved anonyme eller kumulative feil.»¹³⁷

¹³² Høivik s. 112 – 118 og Jacobsen s. 62-68. Merk imidlertid at Jacobsen avviser løsningen ettersom den etter hans oppfatning vil innsnevre foretaksansvaret for mye.

¹³³ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 14.

¹³⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 241.

¹³⁵ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s 15.

¹³⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt 17.3 s. 241.

¹³⁷ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 242

Imidlertid framstår ikke endringen som en ren objektivisering av ansvaret, idet ansvar ikke kan idømmes dersom:

«overtredelsen må anses som et hendelig uhell eller utslag av force majeure.»¹³⁸

Ordlyden, lest i sammenheng med forarbeidene, gir inntrykk av det fortsatt stilles subjektive krav om subjektiv skyld hos gjerningspersonen, men at terskelen for at vilkåret er oppfylt er lavere enn det som kreves i straffeloven §§ 21, jf. 22, og 23.

I teorien er også bestemmelsen forstått slik at det ikke stilles krav til skyld ut over et grunnlag for bebreidelse som ligger over tilfeller av hendelige uhell og force majeure.¹³⁹ Endringen har vært gjenstand for mye kritikk.¹⁴⁰ I vår sammenheng er det imidlertid tilstrekkelig å konkludere med følgende: I norsk rett er foretaksstraffen bortimot objektiv. Alt som kreves av skyld for domfellelse er at overtredelsen ikke er et resultat av et hendelig uhell eller et force majeure-tilfelle.

Straffeloven § 27 gir etter dette en svært begrenset mulighet for tiltalte til å forsvare seg på subjektivt grunnlag.

Til dette kommer ansvarsspørsmålet. Det følger av straffeloven § 28 bokstav d at domstolen i vurderingen av om foretaksstraff skal idømmes skal ta hensyn til om noen som handler på vegne av foretaket «har utvist skyld». Ordlyden «skal» innebærer at domstolen er pliktig til å ta hensyn til om gjerningspersonen har utvist skyld. I forarbeidene heter det det at en slik mulighet til å vektlegge skyld i vurderingen av straffespørsmålet, gjør skyld som *vilkår* for foretaksansvar «unødvendig».¹⁴¹

Det er dermed på det rene at straffeloven § 28 også gir tiltalte en mulighet til å forsvare på subjektivt grunnlag. Det er imidlertid en viktig prinsipiell forskjell mellom absolutte vilkår og momenter i en helhetsvurdering. Betydningen av dette vil jeg komme tilbake til under pkt. 3.4.

¹³⁸ Se Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 242.

¹³⁹ Se Gröning, Husabø og Jacobsen s. 747, Andenæs, Rieber-Mohn og Sæter s. 278 (petitavsnitt) og Matningsdal, M. *Straffeloven 2005. Lovkommentar*, § 27. Straff for foretak, Juridika.no.

¹⁴⁰ Se blant andre Eskeland, S. (2018). *Strafferett* (5. utg. ved Høgberg, A.P.) Oslo s. 386-387

¹⁴¹ Se Ot.prp.nr.90 (2002-2004) s. 242.

3.3.2 Hva er begrunnelsen for unntaket fra skyldkravet?

Foretaksstraffen som sådan bygger på en prevensjonsbegrunnelse.¹⁴² I forarbeidene til dagens straffelov skriver departementet at:

«Departementet ... ser en effektiv foretaksstraff som et viktig element i den nye straffeloven. Det kan etter departementets syn virke uheldig om det forhold at en bestemt gjerningsperson ikke kan straffes på grunn av manglende skyld, alltid skal gjøre at man ikke kan anvende foretaksstraff mot det foretaket som vedkommende har handlet på vegne av.»¹⁴³

Tatt i betraktning den overordnede begrunnelsen er det naturlig å forstå en «effektiv foretaksstraff» som en som effektivt styrker straffeбудenes preventive virkning. Det «uheldige» i denne konteksten blir eventuell uutnyttet preventivt potensiale. Et foretaks muligheter til å motvirke overtredelser vil i stor grad gjøre seg gjeldende også for tilfeller som ikke er utslag av forsett eller grov uaktsomhet. Når så er tilfellet ivaretas hensynet til foretaksstraffens preventive virkning godt ved at det ikke kreves noen høy grad av skyld. Imidlertid må det antas at foretakets mulighet til å motvirke overtredelser også blir mindre jo mindre grad av skyld som ligger bak overtredelsen. Derfor gjør også prevensjonshensynet seg mindre gjeldende jo nærmere en kommer de hendelige uhell og forse majeure-tilfeller. Det går derfor an å spørre seg om ikke lovgiver her har satt terskelen så lavt at det tillates foretaksstraff i tilfeller hvor foretakets mulighet til å unngå overtredelsen er minimal. I alle fall er det tydelig at prevensjonshensynet var en sentral del av begrunnelsen for å kvitte seg med skyldkravet.

I forarbeidene peker departementet også på at den nye straffeloven medførte en overgang til forsett som den primære skyldformen. Ønsket var å minimere uaktsomt straffeansvar og begrense det mest mulig til grov uaktsomhet.¹⁴⁴ Denne overgangen ville vanskeliggjøre bruken av foretaksstraff om vilkåret til skyld hos gjerningspersonen ble opprettholdt. Proposisjonen påpeker blant annet på at det kan være vanskelig å karakterisere anonyme og

¹⁴² Se punkt. 3.2. over

¹⁴³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 242

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 111-121.

kumulative feil som utslag av grov uaktsomhet. Også denne delen av begrunnelsen må kunne karakteriseres som preventiv.

Forarbeidende begrunner imidlertid også objektiviteten i hensynet til prosessøkonomi.¹⁴⁵ Departementet fremholder at et skyldkrav vil virke både «kompliserende» og «fordyrende». Hvilken vekt dette hensynet kan tillegges i forholdsmessighetsvurderingen vil jeg komme tilbake til under punkt 3.4..

Avviket fra skyldkravet er etter dette begrunnet i hensynet til prevensjon og prosessøkonomi.

3.3.3 I hvilke grad tillater straffeloven §§ 27 og 28 tiltalte å forsvare seg på objektivt grunnlag?

Straffeloven § 27 første ledd første setning lyder:

«Når et *straffebud er overtrådt* av noen som har *handlet på vegne av et foretak*, kan foretaket straffes»

Bestemmelsen oppstiller tre vilkår for idømmelse av foretaksstraff. Straffesubjektet må være et «foretak», et straffebud må være overtrådt og gjerningspersonen må ha handlet på vegne av foretaket.

Foretaksbegrepet er definert i bestemmelsens annet ledd og omfatter «selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet». Ordlyden i alternativet «selskap» tyder ikke på at det er ment å avgrense mot en spesiell selskapsform. Dette bekreftes i forarbeidene til straffeloven § 48a, hvor det framgår at organisasjonsformen ikke bør være avgjørende for om foretaksstraff kan idømmes.¹⁴⁶

Videre omfattes enkeltpersonforetak. Det følger imidlertid av rettspraksis at det er et vilkår for at enkeltpersonforetak kan rammes at de har ansatte eller oppdragstakere.¹⁴⁷ Alternativet «annen sammenslutning» fungerer som en sekkepost for andre, mindre formaliserte samarbeid og viser at oppstillingen ikke er ment uttømmende. Avgjørende for om selve

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 242

¹⁴⁶ Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) s. 25-27.

¹⁴⁷ Rt 2007 s 785 avs. 18.

samarbeidet kan omfattes av ansvaret er om hensynene til straffverdighet og prevensjon gjør seg gjeldende.¹⁴⁸ Etter avgjørelsen inntatt Rt 2004 s. 1639 er det sikker rett at også politiske partier er ansvarssubjekter etter bestemmelsen.

Etter dette virker foretaks-vilkåret å være så vidt at det synes å fungere som en angivelse av bestemmelsens anvendelsesområde heller enn et vilkår tiltalte kan benytte som frifinnelsesgrunnlag.

Det andre vilkåret for foretaksansvar er at «et straffebed er overtrådt». Ordlyden «straffebed» er generelt utformet og tilsier at overtredelse av samtlige straffesanksjonerte handlingsnormer omfattes. Dette følger også av Rt 2000 s 2023 hvor retten framholder at hjemmelen er «generell».¹⁴⁹ Dette innebærer at bestemmelsen kan anvendes overfor samtlige forbrytelser uavhengig av om følger av straffeloven eller annen spesiallovgivning.

Forutsetningen er at straffebedet er «overtrådt» som innebærer at vilkårene i gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebedet må være oppfylt ved den underliggende handlingen.¹⁵⁰ Det er imidlertid ikke noe vilkår at den aktuelle gjerningspersonen kan identifiseres eller at overtredelsen er framkalt av en person alene.¹⁵¹ Slike tilfeller kalles henholdsvis anonyme og kumulative feil.

Ordlyden «overtrådt» gir ikke klart svar på om det at en straffrihetsgrunn gjør seg gjeldende for en gjerningsperson også fritar foretaket for straffeansvar. Det følger imidlertid klart av forarbeidene at foretaket ikke kan straffes dersom gjerningspersonen har handlet med straffrihetsgrunn.¹⁵² Eskeland er kritisk til dette, idet straffrihetsgrunnen kan være resultatet av at ledelsen har unnlatt å ta organisatoriske forholdsregler for å eliminere faren.¹⁵³ Om så er

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 239 og Eskeland s. 373.

¹⁴⁹ s. 2027

¹⁵⁰ Matningsdal, M. *Straffeloven 2005. Lovkommentar*, § 27. Straff for foretak, juridika.no

¹⁵¹ Se Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 14

¹⁵² NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp.nr. 27 (1990-1991) s. 14.

¹⁵³ Eskeland illustrerer dette med en arbeidstaker som må begå en straffbar handling ved slukking av en brann som er et resultat av at ledelsen ikke har oppfylt krav om brannsikring. Se Eskeland side 381.

tilfellet gjør de bakenforliggende hensyn seg gjeldende, men foretaksansvaret kommer altså ikke til anvendelse.

Til slutt er det et vilkår at gjerningspersonen har handlet «på vegne av foretaket». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at overtredelsen må være begått som ledd i vedkommendes tjeneste hos foretaket. Det følger av forarbeidene at vilkåret innebærer at både lovbrøyteren og handlingen må ha tilknytning til foretaket.¹⁵⁴ I teorien er det derfor vanlig å dele behandlingen av vilkåret, i det som gjerne kalles personell og funksjonell tilknytning.¹⁵⁵

Hva gjelder kravet til tilknytning mellom foretaket og gjerningspersonen, formuleres det i forarbeidene et krav til «positiv hjemmel» for å handle på foretakets vegne.¹⁵⁶ Med dette menes at det må foreligge et rettsforhold mellom foretaket og gjerningspersonen.¹⁵⁷ Det er imidlertid ikke et krav at det foreligger et ansettelsesforhold, idet også oppdragstakere kan handle på vegne av foretaket. Avgjørende for om et oppdragsforhold er tilstrekkelig til å ansvarliggjøre foretaket er om det har hatt noen reell mulighet til å påvirke måten oppdraget ble utført på, hvis ikke slår ikke prevensjonsbegrunnelsen for foretaksansvaret til.¹⁵⁸ Om gjerningspersonen har et formelt ansettelsesforhold tyder høyesterettspraksis på at det ikke gjelder et tilsvarende vilkår om at ledelsen har instruksjonsmyndighet overfor gjerningspersonen.¹⁵⁹ Begrunnelsen synes å være at foretaket ikke kan fri seg fra ansvar ved å gi ansatte uavhengige stillinger.¹⁶⁰

Videre krever ordlyden «på vegne av foretaket» en funksjonell tilknytning, altså en forbindelse mellom foretaket og overtredelsen av det aktuelle straffebudet. I forarbeidene framholdes det en rekke momenter som er relevante ved vurderingen og illustrerer at spørsmålet beror på en sammensatt helhetsvurdering.¹⁶¹ Høvik inndeler momentene i tre

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 430.

¹⁵⁵ Se på denne måten Eskeland s. 382- 384, Gröning, Husabø og Jacobsen s. 749-752 og Høvik s. 230 flg. Begrepene personell og funksjonell tilknytning stammer fra Høvik og brukes også av Gröning, Husabø og Jacobsen.

¹⁵⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 430.

¹⁵⁷ Høvik s. 236-236.

¹⁵⁸ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 19 og Eskeland s. 383.

¹⁵⁹ Rt 2001 s. 1379 s. 1381

¹⁶⁰ Høvik s. 268.

¹⁶¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 430-431.

kategorier.¹⁶² Det første og viktigste momentet er nærheten mellom vedkommendes arbeidsoppgaver i foretaket og den aktuelle overtredelsen. Jo nærmere overtredelsen er beslektet med vedkommendes arbeidsoppgaver, jo mer nærliggende er det at de er utført «på vegne» av foretaket. Videre nevner Høivik hvorvidt handlingene tjener foretakets interessere og om overtredelsen var en påregnelig følge av gjerningspersonens funksjon i foretaket.¹⁶³

Straffeloven § 27 synes etter dette å gi tiltalte vide frifinnelsesmuligheter på objektivt grunnlag.

3.3.4 Hvilke straffesanksjoner kan benyttes mot foretak?

Det følger av straffeloven § 27 tredje ledd at foretaksstraffen er begrenset til å bot, rettighetstap og inndragning. Det ligger i sakens natur at et foretak ikke kan straffes ved frihetsberøvelse på samme måte som personer. Forarbeidene fastslår at man skal utvise tilbakeholdenhet ved bruken av rettighetstap og bør idømmes dersom samfunnsmessige hensyn tilsier det.¹⁶⁴ Reaksjonsfastsettelsen skal gjøres med utgangspunkt i momentene i straffeloven § 28, jf. bestemmelsens første ledd.

3.4 Proporsjonalitetsvurdering

Som vi har sett avhenger medlemsstatenes adgang til å operere med objektive straffebud av om bruken er begrenset til det forholdsmessige. Terskelen vil være overskredet dersom avviket fra skyldprinsippet gjør et så stort inngrep i tiltaltes rettigheter at det blir uforholdsmessig vanskelig for tiltalte å bli frifunnet.¹⁶⁵ Hvorvidt avviket anses forholdsmessig vil langt på vei avhenge av de de hensyn som begrunner avviket.

Foretaksstraffens avvik fra skyldprinsippet bygger på et delt hensynsgrunnlag.¹⁶⁶ For det første bygger på det prevensjonshensynet. Dette er et av få formål som kan begrunne inngrep i konvensjonens rettigheter art 8-11.¹⁶⁷ Videre pålegger konvensjonen medlemsstatene positive

¹⁶² Høivik s. 268

¹⁶³ Andre momenter nevnt i forarbeidene er gjerningspersonens plass i foretakets hierarki og hvorvidt handlingen er foretatt innenfor gjeldende instruks, se Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 18.

¹⁶⁴ Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 33-34

¹⁶⁵ Se punkt 2.3.2 over.

¹⁶⁶ Se punkt 3.3.1 over.

¹⁶⁷ Jf. Ordlyden «for the prevention of disorder or crime» i samtlige av bestemmelsene. At formålsangivelsen i artiklenes andre ledd er uttømmende følger av artikkel 18.

forpliktelser til kriminalitetsbekjempelse.¹⁶⁸ I EMDs dom av 26. mars 1985 *X og Y mot Nederland* fant EMD at manglende mulighet til å straffeforfølge en sedelighetsforbryter var et brudd på Nederlands positive forpliktelser etter art 8 overfor ofrene. I avsnitt 27 fremholder at retten at sedelighetsforbrytelser er et område hvor effektive avskrekking («effective deterrence») er uerstattelig. I tilknytning til bruken av presumsjoner har hensynet også blitt tillagt vekt i EMDs dom av 30. mars 2004 *Radio France v, Frankrike*.

Det kan dermed ikke bestrides at kriminalitetsbekjempelse er et formål som må tillegges betraktelig vekt.

Videre begrunnes den objektive karakteren i hensynet til prosessøkonomi. Tradisjonelt er det lite rom for å tillegge dette hensynet stor vekt i strafferetten. I teorien er det imidlertid hevdet at foretakets karakter som straffesubjekt tilsier at det bør være større rom for å vektlegge slike hensyn.¹⁶⁹ Dette reiser det større spørsmålet om foretakets karakter tilsier at en tillater større inngrep overfor det som tiltalt før det anses uforholdsmessig.¹⁷⁰

De menneskerettslige rettssikkerhetsgarantiene er utviklet med bakgrunn i humanistiske idealer.¹⁷¹ Uskyldspresumsjonen bygger på det sentrale hensyn at man må unngå at uskyldige personer påføres de pinsler en straffesanksjon kan innebære.¹⁷² Foretaket som straffesubjekt passer ikke umiddelbart inn i denne konteksten. Foretaket som sådan lider ikke under sanksjonen. Det påføres ikke det psykologiske stresset innesperring eller bøtestraff innebærer. Inngrepet straffesanksjon representerer overfor straffesubjektet blir dermed mindre enn et inngrep overfor en person - og behovet for rettssikkerhetsgarantier gjør seg dermed tilsvarende mindre gjeldende. Samtidig kan en ikke tillegge slike hensyn ubegrenset vekt. Eierne og andre interessehavere komme indirekte til skade ved sanksjonen. De interessene disse representerer har også behov for beskyttelse.

¹⁶⁸ De positive forpliktelsens følger først og fremst av artikkel 2, 3 og 8

¹⁶⁹ Se Hika, TfR s. 541 og i samme retning Bratholm, A. (1980). *Strafferett og samfunn*. Oslo, s. 271.

¹⁷⁰ Merk at dette er et annet spørsmål enn om rettighetsvernet kommer til anvendelse. Her er spørsmålet om foretakets karakter gjør at en må anse inngrepet i rettighetens normalordning mindre tyngende. Se pkt. 2.3.2. over.

¹⁷¹ For en nærmere behandling se Michalsen, D. (2011) *Rett - en internasjonal historie*. Oslo, s.267-287.

¹⁷² Se pkt. 2.1.1, over.

Etter dette taler foretakets karakter for at det må tåle noe større inngrep i dets rettigheter som straffesubjekt før det anses uforholdsmessig.¹⁷³ Som en del av dette må prosessøkonomiske hensyn kunne tillegges vekt.

Sentralt i vurderingen av hvor inngripende avviket fra skyldprinsippet er, er tiltaltes frifinnelsesmuligheter. Til tross for at straffeloven § 27 framstår som rent objektiv er det, som vi har sett under punkt 3.3.2., ikke adgang til å holde foretaket ansvarlig dersom overtredelsen er et resultat av force majeure eller hendelige uhell. Det er på det rene at den frifinnelsesmuligheten som ligger i dette er begrenset og kan tyde på inngrepet er uforholdsmessig.

Her har imidlertid foretaksansvaret betydelige likhetstrekk med avgjørelsene i Salabiaku og Janosevic, hvor tiltalte måtte frifinnes dersom overtredelsen var et resultat av henholdsvis force majeure eller et unnskyldelig uhell. I begge avgjørelsene fant menneskerettsdomstolen at bruken av presumsjoner var begrenset til det forholdsmessige.

Tiltaltes muligheter til å fri seg fra ansvar på subjektivt grunnlag er ikke uttømt med straffeloven § 27, da spørsmålet om skyld også har betydning for vurdering av hvorvidt ansvar skal ilegges etter straffeloven § 28. Det er imidlertid grunn til å skille mellom den forsvarsmulighet som ligger i ansvarsspørsmålet og den som ligger i straffespørsmålet. Tiltaltes mulighet til å frifinnes med grunnlag i et absolutt vilkår fungerer som en skranke. Om skyldvilkåret ikke finnes oppfylt har ikke domstolen adgang til å idømme straff. Det vern som ligger i et pliktig moment i en helhetsvurdering under kan-skjønnnet er mindre sikkert. Domstolen står i vurderingen fritt, innenfor rammene av forsvarlig skjønnsutøvelse, til å vektlegge andre momenter til tross for at skyldelementet er begrenset til det minimum som kreves under § 27. Denne forskjellen må innebære at den ekskulperingsmulighet som ligger i straffeloven § 28 bokstav d ikke kan tillegges særlig vekt.

Som vist under punkt 3.3.1. oppstiller straffeloven § 27 tre objektive vilkår for straff. Disse vilkårene gir tiltalte frifinnelsesmuligheter. Kravet til funksjonell tilknytning under «på vegne»-vilkåret knytter overtredelsen til foretakets egne forhold og interesser. For foretaket

¹⁷³ Se på samme måte Hika s. 541 og Høvik 403.

får dermed ansvaret mindre karakter av et vikarierende ansvar for andres overtredelser. Dette gjør ansvarets objektive karakter mindre betenkelig.

I Hansen v. Danmark la EMD vekt på et tilsvarende vilkår og fant at klagen - basert på art 6 (2) - var uten grunnlag. Det kan her innvendes at ansvaret i Hansen v. Danmark var begrenset til en bot på 750 danske kroner og følgelig ikke har særlig overføringsverdi til foretaksansvaret, hvor så lave beløp sjelden vil være aktuelt. På den annen side var ansvaret i avgjørelsen personlig for Hansen. Uavhengig av vekten av Hansen v. Danmark synes straffeloven § 27 å gi tiltalte gode muligheter for frifinnelse på objektivt grunnlag. Dette taler for at inngrepet i foretaks mulighet til å forsvare seg er forholdsmessig.

På samme måte som subjektive momenter under straffespørsmålet ikke kan tillegges særlig vekt som ekskuperingsmuligheter synes det ikke grunn til å legge vekt på objektive omstendigheter som skal tillegges vekt under § 28. Som Aall framholder er imidlertid sikkerhetsmekanismer av betydning.¹⁷⁴ Foretaksstraffens fakultative karakter må derfor som helhet tillegges vekt. I forarbeidene kommer det til uttrykk at å straffesanksjonere dersom de subjektive straffbarhetsvilkårene ikke er oppfylt i visse tilfeller vil være urimelig.¹⁷⁵ Det virker underforstått i uttalelsen at det ikke skal idømmes straff i slike tilfeller. En slik forståelse stemmer godt med uttalelsene om at foretaksstraffens fakultative karakter gjør et absolutt skyldkrav «unødvendig».¹⁷⁶ Kan-skjønnnet vil derfor fungere som en sikkerhetsmekanisme som gjør avviket fra skyldprinsippet mindre betenkelig. Dette taler for at straffeloven § 27s objektive karakter er begrenset til det forholdsmessige.

Enkelte momenter vil variere fra sak til sak. Når det gjelder hvilken del av strafferetten en befinner seg i, vil dette variere avhengig av grunndelikten. Det er derfor vanskelig å si noe generelt om hva momentet tilsier utover at jo nærmere en beveger seg, i Høyesteretts begrepsbruk, «den sentrale strafferett», jo større inngrep medfører objektiviteten. Samtidig er foretaksstraffens primære virkeområde reguleringslovgivning, hvor det ligger i sakens natur at inngrepet normalt vil være mindre.

¹⁷⁴ Aall, s. 484.

¹⁷⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) s. 432

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.90 s. 242.

Et annet moment som vil variere fra sak til sak er selskapets form. Hvor rammende ansvaret blir for eierne vil i noen grad avhenge av dette. Dersom foretaket har personlig ansvar vil boten fort gå ut over eiernes personlige økonomi og inngrepet blir dermed større.¹⁷⁷ Straffens stigmatiserende effekt vil også kunne variere med selskapets form. Det er en forutsetning for foretaksstraffen at den ikke innebærer noen bebreidelse mot eierne.¹⁷⁸ Imidlertid vil nok innehaveren av et enkeltpersonforetak i den alminnelige befolkningen fort identifiseres med foretaket som sådan. Stigmaet en straffesanksjon innebærer vil dermed også kunne smitte over på innehaveren til tross for vilkåret om at foretaket har ansatte eller oppdragstakere. Hvor inngripende objektiviteten er vil dermed avhenge av foretakets form.

Som et siste moment kommer at foretaksansvaret er begrenset til bot og rettighetstap, jf. § 27 tredje ledd. Dette er en mindre inngripende sanksjonsform enn fengselsstraff, og taler for at ansvaret er forholdsmessig. Til en viss grad vil imidlertid også dette momentet avhenge av den konkrete saken, da et overveldende høyt beløp også kan representere et stort inngrep, særlig for foretak med personlig ansvar.

Sett under ett tyder mye på at straffeloven §§ 27 og 28 kan anvendes i tråd med lovgivers hensikt uten å komme i konflikt med EMK art 7. Særlig at foretaket gis reelle muligheter for frifinnelse både på objektivt og subjektivt grunnlag, foretakets karakter som straffesubjekt og at kan-skjønnet under straffeloven § 28 fungerer som en sikkerhetsmekanisme taler for dette. Som påpekt vil imidlertid en del momenter avhenge av den konkrete saken. En kan derfor for eksempel se for seg tilfeller av foretaksstraff for drap med det minimum av skyld som straffeloven § 27 krever rettet mot et foretak med personlig ansvar. Høivik mener slike tilfeller står i et problematisk forhold til forholdsmessighetsterskelen.¹⁷⁹ Etter min mening når heller ikke slike tilfeller opp til terskelen som følger av EMDs praksis.¹⁸⁰ Selv om straff i slike tilfeller nok kan framstå som urimelig, er dette heller et resultat av lovgivers noe lettvinde løsning ved å overlate mye til domstolens hensiktsmessighetsskjønn enn at tiltalte har blitt fratatt muligheten til å forsvare seg.

¹⁷⁷ Se Høivik s. 403.

¹⁷⁸ Jf. Ot.prp.nr.27 (1990-1991) s. 7

¹⁷⁹ Høivik, s. 407

¹⁸⁰ Se på samme måte Hika, s. 542.

Konklusjonen blir etter dette at foretaksansvaret fullt ut er forenelig med skyldprinsippet i EMK art 7.

Kildeliste

Lover og internasjonale konvensjoner

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamling på Eidsvoll 17 mai.
- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelige borgerlige Straffelov (Straffeloven) (Opphevet)
- 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
- 1969 Vienna Convention on the law of treaties.
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lovforarbeider

- 1989 NOU 1989:11 Straffansvar for foretak Straffelovkomisjonens delutredning III
- 1991 Ot.prp.nr.27 (1990-1991) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (Straffeansvar for foretak)
- 2004 Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)
- 2011 Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Avgjørelser fra Høyesterett

Rt 2000 s. 996

Rt 2000 s. 2023

Rt 2004 s. 1639

Rt 2005 s. 833

Rt. 2012 s. 1556

Rt 2015 s. 96

Avgjørelser fra EMD

Case of Engel and Others v. The Netherlands, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgment Strasbourg 8 June 1976.

Case of Deweer v. Belgium, Application no. 6903/75, Judgment Strasbourg 27 February 1980.

Case of Öztürk v. Germany, Application no. 8544/79, Judgment Strasbourg 21 February 1984.

Case of X and Y v. The Netherlands, Application no. 8978/80, Judgment Strasbourg 26 March 1985.

Case of Salabiaku v. France, Application no. 10519/83, Judgment Strasbourg 7 October 1988.

Case of Barberà, Messegué and Jarbardo v. Spain, Application no. 10590, Judgment Strasbourg 6 December 1988.

Case of Bendenoun v. France, Application no. 12547/86, Judgment Strasbourg 24 February 1994.

Case of S.W. v. The United Kingdom, Application no. 20166/92, Judgment Strasbourg 22 November 1995.

Case of Allenet de Ribemont v. France, Application no. 15175/89, Judgment Strasbourg 7 August 1996

Case of *Cantoni v. France*, Application no. 17862/91, Judgment Strasbourg 11 November 1996.

Case of *Bernard v. France*, Application no. 22885/93, Judgment Strasbourg 13 April 1998.

Case of *Öztürk v. Turkey*, Application no. 22479/93, Judgment Strasbourg 28 September 1999.

Decision as to the admissibility of Application no. 28971/95 by Hardy HANSEN against Denmark, 16 March 2000.

Case of *Heany and McGuinness v. Ireland*, Application no. 34720/97, Judgment Strasbourg 21 December 2000.

Case of *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, Application no. 29295/95 and 29363/95, Judgment Strasbourg 27 February 2001.

Case of *Janosevic v. Sweden*, Application no. 34619/97, Judgment Strasbourg 13 July 2002.

Case of *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden*, Application no. 36985/97, Judgment Strasbourg 23 July 2002.

Case of *Böhmer v. Germany*, Application no. 37568/97, Judgment Strasbourg 3 October 2002.

Case of *Lavents v. Latvia*, Application no. 58442/00, Judgment Strasbourg 28 November 2002.

Case of *Ringvold v. Norway*, Application no. 34964/97, Judgment Strasbourg 11 February 2003.

Case of *Y. Norway*, Application no. 56568/00, Judgment Strasbourg 11 February 2003.

Case of *Radio France and Others v. France*, Application no. 53984/00, Judgment Strasbourg 30 March 2004.

Decision as to the admissibility of Application no. 66273/01 by Joost FALK against the Netherlands, 19 October 2004.

Case of Kafkaris v. Cyprus, Application no. 21906/04, Judgment Strasbourg 12 February 2008.

Case of Sud Fondi Srl and Others v. Italy, Application no. 75909/01, Judgment Strasbourg 20 January 2009.

Decision as to the admissibility of Application no. 37334/08 by G. against the United Kingdom, 30 August 2011.

Case of Austin and Others v. The United Kingdom, Applications no. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, Judgment Strasbourg 15 March 2012.

Case of Allen v. The United Kingdom, Application no. 25424/09, Judgment Strasbourg 12 July 2013.

Case of Del Rio Prada v. Spain, Application no. 42750/09, Judgment Strasbourg 21 October 2013.

Case of Varvara v. Italy, Application no. 17475/09, Judgment Strasbourg 29 October 2013.

Case of Žaja v. Croatia, Application no. 37462/09, Judgment Strasbourg 4 October 2016.

Case of Tsalkitzis v. Greece (no. 2), Application no 72624/10, Judgment Strasbourg 19 October 2017.

Case of G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy, Application no. 1828/06, 34163/07 and 19029/11, Judgment 28 June Strasbourg 28 June 2018.

Juridisk litteratur

Aall, J. (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utg.). Bergen: Fagbokforlaget.

Andenæs, J. (2016). *Alminnelig strafferett* (6. utg. ved Riber-Mohn, G.F. & Sæter K.E.) Oslo: Universitetsforlaget. Hentet fra: <https://juridika.no/fagbok/alminnelig-strafferett/6/dokument>

Boucht, J. (2019). Kulturminnekriminalitet og strafferettslig inndragning. I Matningsdal, M. & Strandbakken, A. (Red.) *Integritet og ære: festskrift til Henry John Mæland* (s. 32-44). Oslo: Gyldendal forlag. Hentet fra:

<https://min.rechtsdata.no/Dokument/gINTEGRITETz5FAEREz2DKOM>

- Bratholm, A. (1980). *Strafferett og samfunn*. Oslo: Universitetsforlaget. Hentet fra: http://urn.nb.no/URN:NBN:no-nb_digibok_2007071001042
- Bårdsen, A. (2017). *Høyesterett og dynamisk tolkning av EMK*. Innlegg ved Ryssdal-seminaret. Oslo. Hentet fra: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/dokumenter/taler-og-artikler/ryssdal-seminaret-2017.pdf>
- Eskeland, S. (2018). *Strafferett* (5. utg. ved Høgberg, A.P.) Oslo: Cappelen Damm.
- Gröning, L, Husabø, E.J. & Jacobsen, J. (2016). *Frihet, forbrytelse og straff*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Hika, G. (2010). Objektivt straffeansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK art 6 (2). *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 123(3) s. 505-547. Hentet fra: <https://www.idunn.no/tfr/2010/03/art05>
- Høivik, K. (2012). *Foretaksstraff*. Oslo: Cappelen Damm
- Jacobsen, J. (2009). Fiksjon utan moral eller konstruksjon utan verdi? Om det ideologiske grunnlaget for straffansvar for juridiske personer. *Tidsskrift for strafferett*, 9(1) s. 43–74. Hentet fra: https://www.idunn.no/file/pdf/66865424/fiksjon_utan_moral_eller_konstruksjon_utan_verdi.pdf
- Jebsen, S.E. (2004) *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo: J.W. Cappelens forlag.
- Matningsdal, M. *Straffeloven 2005. Lovkommentar*. Hentet fra: <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/>
- Michalsen, D. (2011) *Rett - en internasjonal historie*. Oslo: Pax forlag.
- Reid, K. (2011). *A practitioner's guide to the European convention on human rights*. (4. utg.) London: Sweet & Maxwell.
- Rui, J.P. (2015). Skyldprinsippet. *Lov og rett*, 54(9), s. 511-512. Hentet fra: <https://www.idunn.no/lor/2015/09/skyldprinsippet>

Rui, J.P. (2017). Retten til en rettferdig rettergang anno 2017. *Jussens venner*, 52(3), s. 123-184. Hentet fra:

https://www.idunn.no/file/pdf/66961864/retten_til_en_rettferdig_rettergang_i_straffesaker_2017anno.pdf

Rui, J.P. (2018). Grunnlovens krav om forholdsmessighet ved inngrep i grunnlovsfestede menneskerettigheter. *Lov og rett*, 57(3), s. 123-30. Hentet fra:

https://www.idunn.no/lor/2018/03/grunnlovens_krav_om_forholdsmessighet_ved_inngrep_i_grunnlo

Rui, J.P. (2018). Fra menneskerettighetsdomstolen. *Tidsskrift for strafferett*, 18(3), 202-215.

Hentet fra:

https://www.idunn.no/tidsskrift_for_strafferett/2018/03/fra_menneskerettighetsdomstolen

Skoghøy, J.E.A. (2014). Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven. *Jussens venner*, 49(5), s. 297-337. Hentet fra: <https://juridika.no/tidsskrifter/jussens-venner/2014/5/artikkel/skogh%C3%B8y>

Skoghøy, J.E.A. (2017). *Tvisteløsning*. (3. utg.) Oslo: Universitetsforlaget.

Skoghøy, J.E.A. (2018) *Rett og rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget. Hentet fra:

<https://juridika.no/fagbok/rett-og-rettsanvendelse/1/dokument>

Strandbakken, A. (2003). *Uskyldspresumsjonen*. Bergen: Fagbokforlaget.

Tadros, V. & Tierney, S. (2004). The Presumption of Innocence and the Human Rights Act. *Modern Law Review*, 67(3), s. 402-434. Hentet fra:

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdfdirect/10.1111/j.1468-2230.2004.00493.x>

Van Kempen, P.H. & Bemelmans, J. (2018). EU protection of the substantive criminal law principles of guilt and ne bis in idem under the Charter of Fundamental Rights:

Underdevelopment and overdevelopment in an incomplete criminal justice framework. *New Journal of European Criminal Law*, 9(2), s. 247-264. Hentet fra:

<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2032284418778146>

