

4. november 2018

Kulturdepartementet

Problemstillinger vedr. tilbakelevering av ulovlige kulturgjenstander stoppet i grensekontroll

1. Innledning

1.2 Om bakgrunnen for utredningen

Kulturdepartementet er regelverksforvalter bl.a. for kulturminnelovens regler om ulovlig handel med kulturgjenstander. Det har blitt et økt internasjonalt fokus på handel med kulturgjenstander, som bl.a. utgjør en kilde til terrorfinansiering, og det er utarbeidet både folkerettslige traktater og internrettslig lovverk med regler om tilbakelevering av ulovlig innførte kulturgjenstander.

Reglene om tilbakelevering støter an mot en rekke andre regelsett, både av materiell og prosessuell art, og ser en hen til dette, er det svært mange mulige aktører på feltet (toll, politi, JD, Riksantikvaren, Kulturrådet, div. vedtaksinstitusjoner mv.)

Det er viktig å etablere en god forvaltningspraksis for tilbakelevering av kulturgjenstander. I denne forbindelse er det både viktig å påse at privatpersoners rettssikkerhet ivaretas, og at systemet ikke blir for krevende å håndtere for de ulike involverte myndighetsinstanser.

1.2 Om problemstillingene

Det er i oppdraget angitt tre hovedproblemstillinger:

- 1) Hvilken dokumentasjon bør være påkrevd fra norske myndigheter (politi/påtale/toll) før tilbakelevering til andre lands kulturmyndigheter av

ulovlig utførte kulturgjenstander som er holdt tilbake i tollene ved grensepassering? Er tollens vedtak om beslag tilstrekkelig for tilbakelevering til avsenderlandets myndigheter?

- 2) Dersom det er behov for et formelt inndragningsforelegg, er det KUD som bør anke sakene etter en eventuell henleggelse fra politiet, eller er det anmelder, dvs. angjeldende tolldistrikt? Kan det anbefales en praksis, hvor påtalemyndighetene rutinemessig utsteder et inndragningsforelegg ved brudd på kml 23 a), uten å henlegge saken først?
- 3) Bekreftelse på at det er god praksis å frigi sendinger fra EU-land, dersom ingen tilbakemelding er mottatt etter at 6-måneders svarfristen er utløpt.

Gjennomgangen av stoffet viser at det det også er behov for avklaringer av en del andre spørsmål. Dette gjøres fortløpende.

2. Om det relevante regelverk

2.1 Innledning

Det finnes en rekke forskjellige regler som berører rettsforholdene i en typisk tilbakeleveringssituasjon. De ulike regelsettene er frembrakt med forskjellige formål for øye, og må harmoniseres. I det følgende vil de viktigste regelsettene ble gjennomgått, før jeg deretter problematiserer harmoniseringsspørsmålet.

2.2 Kulturminneloven

Den sentrale lov på feltet er kulturminneloven.¹ Loven har gjennomløpt en rekke endringer, og forbudet mot innførsel av kulturgjenstander har blitt skjerpet. Dette skjedde først ved at loven fikk en ny bestemmelse i § 23 a i 1995, og tok opprinnelig kun sikte på å regulere omsetning av ulovlig fjernede gjenstander fra EØS-området. Bestemmelsene om ulovlige importerte kulturgjenstander ble deretter søkt harmonisert med UNIDROIT-konvensjonen ved lovendring i 2001 (i kraft fra 2002) og med UNESCO-konvensjonen ved lovendring i 2007, med ikrafttredelse i 2007. Dette system med flere lovendringer, gjør at det kan oppstå tilbakevirkningsspørsmål, jf. nedenfor i punkt 2.7.

¹ Lov av 9. juni 1978 nr. 50.

Kulturminneloven forbyr etter siste lovendring *innførsel av kulturgjenstander ulovlig utført fra annen stat og som Norge har inngått traktat om illegal handel med kulturgjenstander med* (§ 23 a). De sentrale traktatene her er som allerede nevnt UNIDROIT-konvensjonen om stjalne eller ulovlig utførte kulturgjenstander,² samt UNESCO-konvensjonen om tiltak for å forby og hindre ulovlig import og eksport av kulturgjenstander og ulovlig overføring av eiendomsrett til kulturgjenstander,³ samt vedlegg II XXVIII til EØS-avtalen (Kulturgjenstander).⁴

De sentrale deler av det grunnleggende innførselsforbud er i § 23 presisert gjennom forskrift om handel med kulturgjenstander § 9.⁵ Et sentralt poeng i forskriftens regulering, er å legge avgjørende vekt på utførselslandets lovgivning ved spørsmål om hvilke gjenstander som er vernet, samt hvorvidt disse er ulovlig utført.

Kulturminneloven § 23 b gir bestemmelser om tilbakelevering i tilfeller der kulturgjenstander er fjernet fra territoriet til en stat Norge har avtale om tilbakelevering med. Bestemmelsen inneholder i annet ledd en regel om at godtroende erverver som ikke selv har eksportert gjenstanden skal få en «rimelig erstatning» fra den anmodende stad. De nærmere rettergangsregler ved tilbakeføring av ulovlig innført kulturgjenstand fremgår av kulturminnelovens § 23 d: Den anmodende stat kan anlegge sak ved tingretten om tilbakelevering av en kulturgjenstand. Saken vil i utgangspunktet være å anse som et alminnelig sivil søksmål, og erstatningssøksmål fra godtroende avtaleerverver kan bringes inn for samme rett. Disse reglene er av særlig viktighet for de det som ovenfor i punkt 1.2 er kalt for hovedspørsmål 1, og vil bli gjenstand for drøftelse nedenfor i punkt 3.

Av særlig viktighet er de særskilte foreldelsesreglene som kommer til anvendelse: Adgangen til å anlegge sak om tilbakelevering foreldes tre år etter at den anmodende stat fikk kjennskap til hvor kulturgjenstanden befant seg, og til besitterens eller innehaverens identitet. Ved siden av denne foreldelsesfristen som er begynner å løpe etter at den anmodende stat ervervet kunnskap, inneholder bestemmelsen også absolutte frister, uavhengig av den anmodende stats kunnskap: Den absolutte foreldelsesfristen er som utgangspunkt 50 år fra gjenstanden ble ulovlig fjernet fra statens territorium, men 75 år dersom det er tale om kulturgjenstander som er en del av

² Konvensjon ble undertegnet 24. juni 1995 og trådte i kraft i Norge 1. mars 2002.

³ Konvensjonen ble signert 17. november 1970.

⁴ EU-kommisjonen la 30. mai 2013 fram forslag til en omarbeidet versjon av det opprinnelige, underliggende EU-direktivet av 1993 (endret ved direktivene 96/100/EEC og 2001/38/EEC). Det nye direktivforslaget ble endelig vedtatt i Rådet 15. mai 2014 og publisert i EU-tidende 28.05.2014.

⁵ Forskrift om utførsel og innførsel av kulturgjenstander av 1. januar 2007 nr. 1 (Kulturdepartementet).

offentlige samlinger eller kirkegods som omfattes av særlig vern etter nasjonal lovgivning. Siden det ikke har gått lang tid siden de siste lovendringene, vil naturlig nok denne bestemmelsen reise særlige tilbakevirkningsspørsmål i tilfeller hvor gjenstanden er ulovlig fjernet før vi fikk noen lovregel om dette i norsk rett. Jeg kommer tilbake til disse spørsmål nedenfor i punkt 2.7.

Loven er utstyrt med straffebud i § 27, der den som forsettlig eller uaktsomt overtrer lovens bestemmelser straffes med 1 års fengsel, men inntil to års fengsel ved særdeles skjerpene omstendigheter.

2.3 Tolloven

Landets tollmyndigheter fører en omfattende kontroll av gods som ankommer landets grenser. Tollmyndighetene har en alminnelig plikt til å håndheve tollregelverket, som særlig består av tre typer regler: (1) Fiskale regler om plikt til å betale toll på varer som innføres, (2) regler om vareførselen dvs. regler om den fremgangsmåte som skal følges når varer føres inn og ut av landet, samt (3) regler om varekontroll, sanksjoner og øvrig tollrelatert saksbehandling.⁶

Når en vare innføres, skal importøren som utgangspunkt sørge for forhåndsvarsel, melding og kontroll av varen, jf. tolloven § 3-1 (1) og (2). Det er gjort unntak for disse pliktene ved innførsel av «toll- og avgiftsfritt reisegods etter § 5-1 første ledd bokstav a og § 6-1 første ledd bokstav a, og som kan innføres uten spesielle tillatelser», jf. tolloven 3-1 (3) litra a. For varer som er forbudt å innføre etter særskilte bestemmelser i spesiallovgivningen, gjelder naturlig nok ikke dette fritaket fra meldeplikten, jf. formuleringen om at varen må kunne «innføres uten spesielle tillatelser».⁷ Det å innføre kulturgjenstander opprinnelig ulovlig utført fra stat Norge har avtale med, faller således ikke inn under unntaksbestemmelsen. Det å forsøke å innføre gjenstander som er forbudt etter kulturminneloven § 23 a, representerer derved ikke bare en handling som er straffbar etter kulturminneloven, jf. kulturminneloven § 27, men også etter tolloven § 16-2. jf. § 16-1.⁸

⁶ Se Ot.prp. nr. 58 (2006–2007) s. 15 første spalte.

⁷ Se Ot.prp. nr. 58 (2006–2007) s.44 første spalte.

⁸ Et spørsmål er om bestemmelsene kan brukes i idealkonkurrens. Ettersom det er fullt mulig å tenke seg bestemmelsene oppfylt separat, foreligger det ikke et logisk nødvendig konsumpsjonsforhold. Siden lovene ivaretar forskjellige hensyn retter de seg som utgangspunkt også mot ulike straffverdige forhold. Etter alminnelig lære burde det da ikke være noe i veien for å anvende bestemmelsene i idealkonkurrens.

Når personer ansatt i tollforvaltningen kommer over forsøk på import i strid med tollreglementet, kan de uten hinder av taushetsplikten overgi informasjon til politi- og påtalemyndigheter, samt andre relevante offentlige myndigheter, jf. tollovens § 12-1 (2) litra b) og f). Dersom tollmyndighetene kommer over opplysninger om straffbare forhold utenfor eget forvaltningsområde, kan opplysningene gis videre om «det er grunn til å undersøke om noen forbereder, begår eller har begått en handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i seks måneder». Ved varsel eller anmeldelse til politiet vil det oppstå en vurdering om saken skal etterforskes videre, med påtale og straffesak som mulig utfall.

Tollmyndighetene har utstrakte hjemler for å foreta kontroller (tolloven kap. 13), også med bestand fra andre etater (tolloven kap. 12) og i samarbeid med andre stater (tolloven kap. 14). Tollmyndighetenes undersøkelser gir ikke sjelden grunn til mistanke om ulovlig innførsel, og i slike tilfeller gir tolloven § 16-3 (1) hjemmel til å beslaglegge vare det kan bli tale om å inndra. Beslaglagt materiale kan tas i forvaring jf. toll. § 16-14. Med inndragelse menes ikke bare inndragelse etter tolloven, men også etter straffeloven, jf. nedenfor i punkt 4.

Dersom eieren av en vare er ukjent, og heller ikke overtreders identitet er kjent, kan varen inndras til fordel for statskassen om ikke eieren har meldt seg innen 1 måned etter at varen kom i det offentliges besittelse, jf. tolloven § 16-8.⁹

2.4 Straffeloven

2.4.1 Innledning

Straffelovens eneste bestemmelse som eksklusivt retter seg mot kulturminnekriminalitet, Strl. § 242, rammer den som forsettlig eller grovt uaktsomt volder betydelig skade på kulturminner eller kulturmiljøer av særlig nasjonal eller internasjonal betydning (1. ledd) og den som i en væpnet konflikt forsettlig eller grovt uaktsomt bruker et kulturminne eller et kulturmiljø av særlig nasjonal eller internasjonal betydning til støtte for militære handlinger og ved det skaper fare for at kulturminnet eller kulturmiljøet skades. Disse har begrenset betydning for problemstillingen i denne utredning Straffeloven bidrar imidlertid med en del regler som like fullt har relevans for overtredelser av forbudet mot import av visse kulturgjenstander. Jeg ser på disse fortløpende.

⁹ Regelen er harmonisert med straffeloven kap. 13.

2.4.2 Straffelovens regler om inndragning

Straffeloven har generelle inndragningsregler i kap. 13. Strafferettslig inndragning i medhold av disse regler er ikke straff, men like fullt en strafferettslig reaksjon, jf. strl. § 30 litra e, jf. § 29. Inndragning i medhold av straffeloven kap. 13 skal skje i straffeprosessens former, jf. straffeprosessloven § 2. Inndragning etter straffelovens kap. 13 kan ilegges alene eller sammen med straff eller andre strafferettslige reaksjoner, jf. strl. § 66. Inndragning forutsetter i alminnelighet ikke at den inndragningen rettes mot kan straffedømmes, noe som imidlertid er en forutsetning ved såkalt utvidet inndragning etter straffeloven § 68.

Ved inndragning alene, er det mest praktisk at det utferdiges et inndragningsforelegg. Dette må imidlertid vedtas av den inndragningen retter seg mot. I motsatt fall blir det hovedforhandling etter straffeprosessloven.

Straffbarhetsvilkår som tilregnelighet og subjektiv skyld vil ikke være av betydning i en alminnelig inndragningssak. Uskuldspresumpsjonen gjør seg heller ikke gjeldende som i alminnelige straffesaker, og strafferettens særlige beviskrav kommer ikke til anvendelse. Det å foreta inndragning etter straffeloven, er en noe mindre krevende affære enn idømmelse av straff.

Ved inndragning av kulturminner ulovlig innført til landet, er det særlig straffeloven § 69 første ledd litra b som er aktuell. Bestemmelsen retter seg mot ting som har vært gjenstand for en straffbar handling. I tilfellet med innførte kulturgjenstander som ulovlig er brakt ut av anskaffelseslandet, er det selve innførselen som er straffbar.

Mens straffeloven bestemmer at inndragning av utbytte fra straffbare handlinger «skal» foretas, sier loven at ting som har vært gjenstand for straffbar handling «kan inndras». jf. strl. § 69 første ledd, første punktum i.f. Når det gjelder den nærmere vurdering av hvilke hensyn som skal tas i betraktning, heter det i str. § 69, tredje ledd: «Ved avgjørelsen av om inndragning skal foretas, og hvilket omfang inndragningen skal ha, skal det særlig legges vekt på om inndragning er påkrevd av hensyn til en effektiv håndheving av straffebudet, og om den er forholdsmessig. Når forholdsmessigheten vurderes, skal det blant annet legges vekt på andre reaksjoner som ilegges, og konsekvensene for den som inndragningen rettes mot.»

Hensynet til effektiv håndheving av kulturminnelovens forbud mot import av ulovlig eksporterte kulturgjenstander, taler i noen grad for slik inndragning, i alle fall om ikke det blir fremsatt krav om tilbakelevering. Forholdsmessighetsvurderingen kan slå annerledes ut. Et moment i denne forbindelse er at kulturminneloven selv inneholder

regler om inndragning, og at systematikken der er at tredjelandet selv kan anmode om å få tingen utlevert. Dette er i seg selv ikke til hinder for at det åpnes inndragelsessak om slik anmodning ikke kommer på plass.

2.4.3 Straffelovens regler om villfarelse

De alminnelige strafferettslige regler om villfarelse (straffeloven §§ 24 og 25) er plassert i lovens del 1 og kommer til anvendelse på straffebed også i spesiallovgivningen, jf. straffeloven § 1. Dette innebærer at til tross for at en rettsregel i spesiallovgivningen er overtrådt, er det ikke sikkert gjerningspersonen kan straffes for det.

For faktiske forhold gjelder det at enhver «skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet», jf. straffeloven § 25 første ledd. Dersom uvitenheten er uaktsom, er handlingen kun straffbar i tilfeller der uaktsomme overtredelser av loven er straffbart, jf. § 25 annet ledd. Både tolloven og kulturminneloven er straffbare å overtre ved uaktsomhet. Men ikke alle overtredelser er uaktsomme. Det kan f.eks. tenkes at man ved en feil tilbys en gammel kulturgjenstand på et marked som primært selger masseproduserte suvenirer laget for å se gamle ut. Er man i aktsom god tro om at så er tilfelle, kan man ikke straffes om det viser seg at det er tale om en kulturgjenstand som det objektivt sett er straffbart å føre ut av landet.

Når det kommer til tolkningen av den underliggende rettsregel, og anvendelsen av denne på det konkrete faktum, er det like fullt på det rene at gjerningspersonen i et slikt tilfelle har brutt loven. Dette innebærer at mens strafferettslige konsekvenser er utelukket, er ikke sivilrettslige konsekvenser som tilbakelevering utelukket.

Når det kommer til rettsvillfarelse, er utgangspunktet i praksis motsatt, selv om regelen på overflaten har tilsynelatende likhetstrekk. Straffeloven § 26 lyder: «Den som på handlingstidspunktet på grunn av uvitenhet om rettsregler er ukjent med at handlingen er ulovlig, straffes når uvitenheten er uaktsom.» Det å ikke kjenne til at en straffbar handling er ulovlig, vil i utgangspunktet anses uaktsomt med mindre særlige forhold eller hensyn gjør seg gjeldende. Slike særlige forhold kan være ny lovgivning, uklar rettsstilstand, særlig komplisert rettskildebilde eller liknende. For et tilfelle der en person tar med seg en kulturgjenstand fra utlandet, vil man vanskelig bli hørt med at man ikke visste at det var ulovlig å ta med seg kulturgjenstanden ut av landet, gitt at man var klar over at det dreier seg om en kulturgjenstand. Det at det er vanskelig å sette seg inn i andre lands rett, vil altså ikke medføre at man er i aktsom god tro med hensyn til lovligheten. Det er tilstrekkelig å kjenne til det norske regelverket for at man

ikke aktsomt kan kjøpe opp kulturgjenstander i utlandet og bringe med hjem uten særlige dokumentasjon av lovligheten.

2.4.4 Straffelovens regler om medvirkning

Mens straffeloven av 1902 ikke hadde noen alminnelig medvirkningsbestemmelse, inneholder straffeloven av 2005 nettopp dette i lovens § 15: «Et straffebud rammer også den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt.» Det følger videre at dette ansvaret også kommer til anvendelse på straffebud i spesiallovgivning, jf. straffelovens § 1: «Bestemmelsene i første del gjelder for alle straffbare handlinger når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov eller følger av tolking.» Dette innebærer at også den som medvirker til kulturminnekriminalitet kan straffes. Medvirkningsansvaret i norsk rett er vidtgående: Det rammer både fysiske og psykiske medvirkningshandlinger. Medvirkningsansvaret kommer videre til anvendelse både på aktive handlinger og kvalifiserte unnlater («passiv medvirkning»).

2.4.5 Straffeloven bestemmelser om konkurrans

Straffeloven § 79 inneholder en regel om forlengelse av lengstestraff ved såkalt idealkonkurrans. Lengestrafen kan forlenges med inntil det dobbelte, men ikke mer enn summen av lengstestrafene etter de enkelte lovbrudd. Mange tilfeller av kulturminnekriminalitet i form av import av kulturminner ulovlig utført fra land Norge har inngått traktat med (kulturminnel. § 23a, jf. § 27) vil også innebære en overtredelse av tolloven § 16-1 jf. § 3-1. Som nevnt i fotnote 8, er det tale om to selvstendige straffebud uten noe konsumpsjonsforhold, de beskytter ulike interesser og de rammer ulike straffverdige sider ved handlingen. De kan etter dette anvendes i konkurrans, noe som innebærer at strafferammen ved samtidig overtredelse av kulturminneloven og tolloven øker til 1,5 år, og til 2,5 under særdeles skjerpene omstendigheter.

2.5 Grunnloven § 96

Grunnloven § 96 sier at ingen kan dømmes uten etter lov, og straffes uten etter dom. Det er vanlig å innfortolke to krav til den rettsregelen man eventuelt dømmes etter: For det første må rettsregelen komme til uttrykk gjennom lovtekst (lex stricta) og for det andre må rettsregelen være tilstrekkelig klar. Når det gjelder kravet til skriftlighet gjennom lovtekst, volder ikke dette på særlige problemer: Straffebudet er kommet til uttrykk i kulturminneloven. Rett nok viser kulturminneloven til lovlighet i et annet

land enn Norge (jf. formuleringen om at det er «forbudt å føre inn til landet kulturgjenstander som er *ulovlig utført*»). Rett nok vises det til lovlighet i et annet land, og det er ikke sikkert at ulovligheten her betyr noe annet enn urettmessig, slik at forbudet følger av rettspraksis, forvaltningspraksis eller andre kilder som ikke nødvendigvis tilfredsstillende grunnlovens krav til formell lov. Dette er heller ikke nødvendig da den ulovlighet det vises til i kulturminneloven § 23 a ikke er det straffebud man dømmes etter. Den såkalte «ulovlighet» det vises til i kulturminneloven utgjør kun et operativt rettsfaktum for å kunne straffe, og hele straffebudet er å finne i kulturminneloven. I prinsippet kunne det operative rettsfaktumet bestått av helt andre kriterier – avtalebaserte, faktumbaserte eller liknende – så lenge kriteriet var håndterlig i praksis. Dette leder over til det annet kriterium: *Lex stricta* eller *lex certa*.

Kravet om klart eller sikker rett henger sammen med en viktig funksjon ved retten; nemlig å beskytte borgernes berettigede forventninger og gi dem mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. I eksempelvis tysk og amerikansk rett er det ikke uvanlig at det reises innsigelser om at straffebestemmelser ikke er tilstrekkelig klare, og det hender at denne typen innsigelser vinner frem. Også EMD har domfelt stater for brudd på klarhetskravet som følger av EMK art. 5. I norsk rett har vi imidlertid ingen tradisjon for å sensurere lovgivning fordi den fremstår som for vag. Påstanden om for vag lov var oppe i den såkalte Mykle-saken (der straffebudet inneholdt termen «utuktig») da denne stod for herredsretten, men ble frafalt i lagmannsretten. Straffeloven § 23 a fremstår inneholder selvsagt en del kriterier som ikke fremstår som glassklare utelukkende ved lesningen av ordlyden, jf. eksempelvis kriteriene «kulturgjenstander», «ulovlig utført», men disse blir tilstrekkelig klare ved gjennomgang av det omkringliggende rettskildebildet.

2.6 Grunnloven § 97

Grunnloven § 97 lyder: «Ingen lov må gis tilbakevirkende kraft.» Selv om dette utgangspunktet synes enkelt, tilhører tilbakevirkningsspørsmålene jussens vanskeligste. En første tradisjonell sonndring gjøres i eldre teori mellom såkalte egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Egentlig tilbakevirkning vil si å knytte nye byrder direkte til handlinger begått i fortiden, typisk straff. Uegentlig tilbakevirkning vil si å gjøre inngrep i eksisterende rettsposisjoner. Mens det å knytte straff direkte til handlinger begått i fortiden som utgangspunkt er forbudt, er det som utgangspunkt et vidt handlingsrom for lovgiver til å regulere rettsposisjoner. Her går det imidlertid en grense, og det må foretas en sammensatt vurdering basert på hvor forholdsmessig inngrepet er, og der en rekke momenter inngår; hva slags inngrep det er tale om, i hva

slags rettsgode, om nødvendigheten av inngrepet, hvor alvorlig inngrepet er, forholdet til borgerens berettigede forventninger mv.

Anvendelsen av reglene i kulturminneloven kan reise tilbakevirkningsspørsmål. Etter sin ordlyd kommer kulturminneloven til anvendelse på forhold som ligger inntil 70 år tilbake i tid, noe som naturlig nok reiser spørsmål om grunnlovsstridig tilbakevirkning. En nærliggende situasjon er at det foreligger erverv av kulturgjenstand og ulovlig utførsel fra et tredjeland før ikrafttredelsen av dagens versjon av kulturminneloven § 23 a. Spørsmålet er hvilken konsekvens det skal ha om gjeldende rett på den tid handlingen fant sted tillot innførsel og erverv av kulturgjenstander ulovlig utført fra stater Norge hadde avtale med.

Det klare utgangspunkt er som nevnt at man ikke kan gi lover som knytter straff til handlinger begått i fortiden, altså før lovens ikrafttredelse. En strafferettslig reaksjon basert på innførsel før handlingsregelen med straffetrussel ble kodifisert, er på denne bakgrunn utelukket.

Når det gjelder tilbakeleveringskravet, er utgangspunktet et noe annet: Det dreier seg her ikke om å knytte straff til handlinger begått i fortiden, og som utgangspunkt vil all lovgivning gå ut på å regulere rettsposisjoner. I det foreliggende tilfellet, er det imidlertid ikke en hvilken som helst «regulering» det er tale om, men fullstendig tap av eiendomsrett. Reaksjonen har vesentlige likhetstrekk med ordinær strafferettslig inndragning, som riktignok ikke utgjør straff, men en strafferettslig reaksjon som eventuelt kan idømmes etter rettergang regulering av straffeprosessloven, og som selvsagt ikke kan idømmes uten lovhjemmel. Det faktum at et tilbakeleveringskrav innebærer fullt tap av eiendomsrett, må det foreligge grunnlag for dette på det tidspunkt eiendomsretten til kulturgjenstanden erverves, det er i forhold til tilbakevirkningsforbudet i norsk rett ikke tilstrekkelig å gi slik hjemmel i etterkant. I den grad selve ervervet beror på straffbar handling eller det foreligger avtalerettslig ugyldighet mellom partene, kan dette utgangspunkt problematiseres. Synspunktet vil da være at det aldri har foreligget en beskyttet rettsposisjon på innehavers side.

Det er et spørsmål om folkeretten via presumpsjonsprinsippet i norsk rett gav slik hjemmel allerede ved traktatenes ikrafttredelse for Norge. Dette spørsmål drøftes i neste punkt.

2.8 Betydningen av folkerettslige bindende traktater og presumpsjonsprinsippet

Det er særlig tre folkerettslige bindende traktater som forplikter Norge til å forby import av kulturgjenstander ulovlig utført fra tredjeland, samt sørge for at slike

gjenstander returneres på forespørsel: UNIDROIT-konvensjonen om stjålne eller ulovlig utførte kulturgjenstander, UNESCO-konvensjonen om tiltak for å forby og hindre ulovlig import og eksport av kulturgjenstander og ulovlig overføring av eiendomsrett til kulturgjenstander og vedlegg II XXVIII (Kulturgjenstander) til EØS-avtalen. Utgangspunktet når det gjelder forholdet mellom norsk rett og folkeretten tas i det dualistiske prinsipp, som innebærer at norsk rett og folkeretten anses å utgjøre to atskilte rettsystemer, slik at en gjeldende regel i det ene system ikke nødvendigvis utgjør en gjeldende regel i det annet. Utgangspunktet er derfor at en traktat ikke gjelder som norsk lov før den har blitt inkorporert eller transformert til norsk rett. Inkorporasjon innebærer at det gis en lov som henviser til traktaten med beskjed om at den skal gjelde som norsk lov. Transformasjon innebærer at lovgiver gir en lov som svarer til traktatens materielle bestemmelser. Kulturminneloven §§ 23a-23f, med tilhørende forskriftsverk innebærer en transformasjon av normer i de tre traktater. Som utgangspunkt innebærer det at traktatens normer først ble kodifisert som norsk rett ved endringene i kulturminneloven.

Et spørsmål er om dette endrer seg om man tar virkningene av det såkalte presumpsjonsprinsippet i betraktning. Presumpsjonsprinsippet har i alminnelighet to virkninger: For det første at man skal presumere at norsk rett er i tråd med folkeretten der norsk rett er uklar, slik at den folkerettslige regel rent faktisk blir å legge til grunn. Presumpsjonsprinsippets annen virkning er at man skal legge den folkerettslige regel til grunn i tilfeller hvor norsk rett isolert sett er klar men i strid med folkeretten, men hvor det fremstår som forsvarlig å justere den norske regel ved harmonisering av rettskildene.

Det har vært reist en viss tvil om presumpsjonsprinsippet kun omfatter den folkerettslige sedvanerett, eller om den også omfatter den traktatbaserte del av folkeretten. Selv om Høyesterett ikke har uttalt seg eksplisitt om spørsmålet, er det på det rene at de i flere avgjørelser også har gitt traktatbasert folkerett gjennomslag i norsk rett gjennom presumpsjonsprinsippet.

Når det gjelder bestemmelsene om tilbakelevering av kulturgjenstander, fantes det ingen slik regler før i intern norsk rett før lovendringene i kulturminneloven. Det mest nærliggende å si er da at norsk rett var klar, men i strid med folkerettslige forpliktelser Norge hadde påtatt seg. Når det gjelder gjennomslagskraften til folkeretten i norsk rett gjennom presumpsjonsprinsippet og dets virkninger, er det antatt at presumpsjonsprinsippet ikke kan anvendes i tilfeller hvor de normer som innfortolkes i norsk rett krever grunnlag i lov etter legalitetsprinsippet. Det å frata norske borgere eiendomsretten over gjenstander som etter norsk rett - isolert sett - er lovlig ervervet, representerer en type inngrep som krever grunnlag i lov.

De folkerettslige traktater er derfor i seg selv ikke tilstrekkelig til å begrunne en internrettslig gjeldende tilbakeleveringsplikt.

2.9 Nærmere om legalitetsprinsippet og muligheten for ekspropriasjon av løse kulturminner

I norsk rett gjelder som nevnt et alminnelig legalitetsprinsipp, som går ut på at ethvert inngrep i en annens rettssfære må ha et rettslig grunnlag. Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsipp har nylig blitt kodifisert i grunnloven § 113, som lyder:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Et eventuelt beslag med eventuell utlevering eller inndragning representerer et inngrep fra myndighetene ovenfor den enkelte som beslaget retter seg mot. Et spørsmål er om det finnes mekanismer i norsk rett som muliggjør oppfyllelse av de traktatmessige forpliktelser.

Et slikt mulig grunnlag er ekspropriasjon av løsøre. Grunnloven forutsetter i § 105 at det er mulig å gi regler om ekspropriasjon av løsøre, men bestemmer at den som får ekspropriet sine eiendeler skal ha «full erstatning av statskassen».

Ettersom ekspropriasjon i høyeste grad representerer et inngrep ovenfor den enkelte, erstatning eller ikke, krever selve ekspropriasjonsinngrepet lovhjemmel. Et spørsmål er om vi har slik lovhjemmel i norsk rett.

Kulturminneloven § 12 tredje ledd fastsetter følgende: «Departementet kan ekspropriere løse kulturminner som nevnt i første ledd bokstav a-c, dersom gjenstanden bør være i offentlig eie ut fra nasjonale kulturminnehensyn og inngrepet utvilsomt er mer til gagn enn skade. Når særlige grunner foreligger omfattes også løse kulturminner uten hensyn til alder.»

Et første spørsmål er om kulturminner anskaffet i utlandet og brakt til Norge kan være av en art nevnt i første ledd bokstav a-c. Første ledd bokstav a-c tar i særlig grad sikte på å angi hvilke løse kulturminner som ingen kjenner eiendomsretten til, og «som kommer for dagen tilfeldig, ved funn, ved utgravninger» er å anse som statens eiendom. Det kan hevdes å være en forutsetning at det dreier seg om gjenstander funnet i Norge. Et spørsmål er om denne forutsetning også gjør seg gjeldende når det er tale om ekspropriasjon. Det faktum at ekspropriasjonsbestemmelsen nettopp kommer til anvendelse i tilfeller hvor staten ikke allerede er eier i kraft av § 12 første ledd, tilsier at hverken ordlyden i første ledd «kommer for dagen tilfeldig, ved funn, ved utgravninger» eller forutsetninger for denne kommer inn som begrensende faktorer ved å avgjøre av hvilke objekter som listes i litra a-c. Dette innebærer at som

utgangspunkt kan kulturgjenstander ervervet i utlandet, og ulovlig eksportert derfra, eksproprieres av myndighetene i Norge. Spørsmålet er imidlertid om vilkårene loven setter for slik ekspropriasjon er oppfylt. Loven stiller to slike vilkår: For det første «at gjenstanden bør være i offentlig eie ut fra nasjonale kulturminnehensyn», og for det andre at «inngrepet utvilsomt er mer til gagn enn skade». Det «nasjonale kulturminnehensyn» tilsier at gjenstanden bør være i offentlig eie, og setter snevre grenser for hvilke gjenstander ervervet i utlandet den norske stat kan ekspropriere der eget erverv er formålet. Et spørsmål er videre om man med «nasjonale kulturminnehensyn» også kan forstås bredere, slik at det ikke bare er norske, nasjonale kulturminnehensyn som kan tas i betraktning, men også andre staters. Denne fortolkningen fremstår som utpreget tvilsom, og en løsning på spørsmålet må eventuelt finnes i praksis, der en rekke konkrete omstendigheter vil gjøre seg gjeldene.

Det fremstår derved som det er tvilsomt å bruke ekspropriasjon som grunnlag for å oppfylle traktatbaserte forpliktelser. Om myndighetene ønsker å ekspropriere kulturgjenstander ulovlig utørt fra tredjeland for utstillings- eller museumsformål i Norge, må det stilles særlige krav til gjenstanden for at lovens kriterium om «nasjonale kulturinteresser» skal være å anse som oppfylt. Det kan imidlertid ikke utelukkes at dette er tilfelle, f eks dersom gjenstanden tross alt har nasjonal tilknytning (vikingbroasje anskaffet i Istanbul og ulovlig ekspropriert fra Tyrkia) eller det dreier seg om et kulturminne med særlig verdi av overnasjonal art.

3. Om grunnlaget for tilbakelevering og lovens krav til fremgangsmåte ved tilbakelevering

Det følger av kulturminneloven § 23 b første ledd at kulturgjenstand som befinner seg i Norge og som er ulovlig fjernet fra territoriet til en stat som er part i en avtale hvor også Norge er part om tilbakelevering eller om tiltak mot illegal import, eksport og handel med kulturgjenstander, skal tilbakeleveres til denne statens territorium. Landet som har fått fjernet kulturgjenstanden har altså en rett til å få gjenstanden tilbakeført.

Når det gjelder de nærmere regler for å få gjenstanden tilbakeført, følger disse av kulturminneloven § 23 d. Det følger av bestemmelsens første ledd at den anmodende stat kan anlegge sak ved tingretten om tilbakelevering av en kulturgjenstand, og at søksmålet skal rettes mot besitter eller innehaver. Som dokumentasjon for sitt krav skal det til stevningen følge et dokument der det fastslås at det er en kulturgjenstand, en beskrivelse av gjenstanden, samt en erklæring fra vedkommende myndighet i den anmodende stat om at kulturgjenstanden er fjernet ulovlig fra dens territorium, jf. bestemmelsens annet ledd. Dersom det blir nødvendig med rettsak, er det viktig at

departementet gir opplysninger om den nødvendige dokumentasjon til den anmodende stats myndigheter.

Lovens regulering er i utgangspunktet ikke til hinder for at den anmodende stat og besitter/innehaver kommer til enighet om annen minnelig ordning, f.eks. frivillig tilbakeføring mot erstatning. Det er i slike tilfeller imidlertid viktig at det foreligger reell enighet og ikke situasjoner med innslag av trusler. Ved klare tilfeller av krenkelse av kulturminneloven § 23 a, vil imidlertid saksomkostningene kunne utgjøre et incitament for å utlevere gjenstanden. Saken mellom den anmodende stat og besitter/innehaver vil være en alminnelig sivil sak, noe som innebærer at alminnelige regler for fordeling av saksbehandlingskostnader skal komme til anvendelse. I et tilfelle der saken tapes fullstendig skal den tapende part som utgangspunkt bære saksomkostningene, mens deling vil være et utgangspunkt om saken er delvis vunnet og delvis tapt. Selv i et tilfelle med delvis seier og deling av saksomkostningene, vil disse fort overskride kulturgjenstandens verdi.

Når det gjelder andre myndigheters befatning med kulturgjenstanden, er bildet mer sammensatt. Tollmyndighetene kan tenkes å ta beslag i gjenstanden, samt politianmelde importøren. Og politiet kan vurdere å ilegge inndragningsforelegg. Også disse fremgangsmåter må vurderes nøye i hvert enkelt tilfelle. Det at noen har brutt loven, er ikke det samme som vilkårene for straff er oppfylt.

Dersom man fra myndighetshold krever at gjenstander utleveres for å slippe anmeldelse eller inndragningssak, vil dette kunne oppfylle ordlyden i den alminnelige utpressingsbestemmelsen i straffeloven.

Fra departementets side anbefales derved at man nøyer seg med å formidle informasjon om mulig ulovlig import og eventuelt beslag til kildestaten, samt opplyse om fremgangsmåten denne staten må følge for å få tingen utlevert.

Kulturminneloven gir kulturdepartementet hjemmel for å ettersøke kulturgjenstand for å hindre at denne unndras fra fremgangsmåten for tilbakelevering. De straffeprosessuelle tvangsmidlene ransaking, beslag og utleveringspålegg kan i denne forbindelse anvendes, også om ingen kan straffes for innførsel, besittelse eller annen befatning med kulturgjenstanden, jf. kulturminneloven § 23 c. Disse reglene må anvendes med forsiktighet, og som hovedregel skulle det være tilstrekkelig med informasjonsutveksling om prosessen videre, både ovenfor den private og den anmodende stat.

4. Tollmyndighetenes rolle i saker om tilbakelevering av kulturminner

Tollmyndighetenes viktigste oppgave i forhold til ulovlig transport av kulturgjenstander over landegrensene, er å avdekke selve transporten av kulturgjenstanden. Uten denne innsatsen ville det ofte ikke blitt noen videre sak.

En annen rolle er å undersøke hvorvidt denne er ledsaget av lovbrudd. En type lovbrudd i denne forbindelse er manglende varsling til tollmyndighetene, jf. ovenfor i pkt. 2.3, et annet er mulig brudd på kulturminneloven § 23a. Begge disse lovbruddene kan politianmeldes.

En tredje rolle er å foreta eventuelt beslag i kulturgjenstanden. Det rettslige grunnlaget for dette beslaget er tolloven § 16-13. I den grad det ikke er noen påviselig kjent lovovertreder her, forutsetter ikke beslaget politianmeldelse. Dersom tollmyndighetene kjenner til lovovertrederens identitet, vil et eventuelt inndragningskrav følge av straffeloven § 69, noe som forutsetter at saken på et tidspunkt anmeldes om det skal være en realitet i inndragningsmuligheten, som er et vilkår for beslaget.

5. Politiets og påtalemyndighetenes rolle i saker om tilbakelevering av kulturminner

Politiets primære rolle i forhold til ulovlig transport av kulturgjenstander er å avdekke og etterforske kriminalitet knyttet til dette. Påtalemyndighetens viktigste rolle er å vurdere tiltalespørsmål og spørsmål knyttet til bruk av tvangsmidler.

Selv om kulturminnekriminalitet i det store bildet kan identifiseres som kilde til terrorfinansiering, kan dette forhold bare i begrenset grad styre prioriteringsspørsmål knyttet til å oppklare forbrytelser. Riktignok har man i norsk straffeprosess gått fra et formelt opportunitetsprinsipp til et formelt prosessuelt legalitetsprinsipp, jf. straffeprosessloven § 62a: «Den offentlige påtalemyndighet skal påtale straffbare handlinger når ikke annet er bestemt ved lov.» Det er imidlertid et faktum at ressurser er begrensede og påtaler krevende, slik at prioriteringer reelt sett vil måtte gjøres. En flik av dette kommer også til uttrykk gjennom regelen i strl. § 62a, som bestemmer at for forbrytelser med en strafferamme på 2 år eller lavere¹ kan påtale unnlates hvis ikke allmenne hensyn tilsier påtale. Ved vurderingen av om allmenne hensyn foreligger, skal det bl.a. legges vekt på overtredelsens grovhet, hensynet til den alminnelige lovlydighet og om den fornærmede, en annen som har lidt skade ved overtredelsen, eller vedkommende berørte myndighet ønsker påtale. Kulturminnekriminalitet har en alminnelig strafferamme på 1 år, og to år under «særdeles skjerpene omstendigheter». Tolloven har en strafferamme på 6 måneder. Det følger av straffeloven § 79 første ledd litra a at konkurrans kun skal gis virkning når dette er særskilt bestemt. I utgangspunktet er ikke transport av kulturgjenstander enkeltvis av en slik karakter at

politiet kan prioritere straffeforfølgning i denne forbindelse. Denne type etterforskning kan vise seg å bli ganske ressurskrevende da det underliggende forhold til dels kan skrive seg fra forhold i utlandet.

Et annet spørsmål er om politiet i slike tilfeller burde etterforske saken mht å foreta inndragning av kulturgjenstanden. Dette innebærer ikke en konstatering av straffeskyld, og påkaller derved en spinklere dimensjonert etterforskningsprosess. Offentlige inndragelsessaker skal foregå i straffeprosessens former, jf. straffeprosessloven § 2 (i motsetning til hva som er tilfelle ved administrativ inndragning), noe som kan innebære at manglende vedtakelse av inndragelsesforelegget kan medføre en ganske krevende prosess. Selve inndragelsesspørsmålet vil dessuten kunne stille seg langt mer problematisk enn straffespørsmålet. Årsaken til dette er bl.a. inndragelseshjemmelens utforming: Som nevnt ovenfor i punkt 2.4.2, vil den aktuelle inndragelseshjemmelen her være straffeloven § 69, første ledd litra b, som retter seg mot ting som har vært gjenstand for straffbar handling. Om slik inndragning overhodet skal skje, beror på en vurdering der en del sentrale momenter er listet opp i bestemmelsens annet ledd, og ut fra disse fremstår det ikke som nærliggende å gjøre inndragning av kulturgjenstander til en hovedregel ved overtredelse av kulturminneloven § 23 a. Utformingen av tilbakeføringsordningen etter sivil søksmål i kulturminneloven § 23 d tilsier også at inndragning ikke skal være hovedregelen her.

På denne bakgrunn vil politiets og påtalemyndighetens rolle i slike saker være å avdekke kriminalitet, samt bistå med å ettersøke gjenstander.

6. Er det tilrådelig å frigi sendinger fra EU-land, dersom ingen tilbakemelding er mottatt etter at 6-måneders svarfristen er utløpt

Kulturminneloven § 23 d tredje ledd bestemmer at adgangen til å anlegge sak om tilbakelevering av ulovlig eksportert kulturgjenstand foreldes tre år etter den dag den anmodende stat fikk kjennskap til hvor kulturgjenstanden befant seg, og til besitterens eller innehaverens identitet.

Tilbakeleveringsdirektivet for kulturgjenstander («Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/60/EU om tilbakelevering av kulturgjenstander som ulovlig er fjernet fra en medlemsstats område») baserer seg på IMI-systemet, der det er satt en svarfrist på 6 måneder fra saken er meldt inn. Spørsmålet er om det etter 6-månedersfristens utløp er i orden om tilbakeholdte sendinger frigis fra toll.

Det foreligger etter kulturminnelovens reglement ikke noen alminnelig plikt til å holde kulturgjenstander i forvaring innen søksmålsfristen. I alminnelighet skulle alminnelig kommunikasjon og registrering av besittelsen være tilstrekkelig. Besitter må naturlig nok gjøres oppmerksom på at vedkommende ikke er berettiget til å videreselge materialet innen fristen, samt den økonomiske risikoen et søksmål fører med seg.

Med vennlig hilsen

Alf Petter Høgberg
(Sign.)