

**Ulovlig beviserverv i strid med siktedes taushetsrett og
bevisføringsadgangen i straffesaker**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

KANDIDATNUMMER: 506

LEVERINGSFRIST: 25.11.2011

TIL SAMMEN: 15158 ORD

1. Introduksjon av avhandlingens tema	1
1.1 Avgrensninger.....	2
1.2 Begrepsavklaringer	3
1.3 Prinsippet om fri bevisføring i norsk rett	4
1.4 Hensynene bak bevisavskjæring av bevis ervervet ved tvungen selvinkriminering	5
1.5 Hjemmelsspørsmålet.....	7
2 Rettskildesituasjonen.....	7
2.1 Norsk rett.....	8
2.2 Internasjonal rett.....	8
2.2.1 Betydningen av EMK art 6 nr. 1 som grunnlag for bevisforbud.....	9
2.2.2 SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g?.....	10
3 Særlig om beviserverv ved brudd på taushetsretten	11
3.1 Hvilke innhentingemetoder kan potensielt krenke siktedes taushetsrett?.....	13
3.1.1 Nærmere om tvangsmidlene; herunder sondringen mellom lovlig og ulovlig tvangsmiddelbruk.....	14
3.1.2 Særlig om latent psykisk press under etterforskningen.....	17
3.1.3 Forholdet til EMK.....	18
3.2 Særlig om EMK art 6 nr. 1	18
3.3 Nærmere om EMK art 3	21
3.3.1 Tortur.....	22
3.3.2 Umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling	23
3.3.3 Forholdsmessighetskravet mellom mål og middel etter art	26
3.4 Bevis ervervet i forvaltningsrettslig sammenheng.....	26
4 Taushetsrettens rekkevidde ved særlige typetilfeller i norsk rett.....	30
4.1 Bevis ervervet ved skjult avhør.....	30
4.2 Ervervet bevis ved ulovlig frihetsberøvelse av siktede	32
4.3 Provokasjonstilfeller.....	33
4.4 Rekkevidden av vernet mot ulovlig bruk av tvang; såkalte dominobevis	35
5 Øvrige forhold av betydning for bevisforbudsspørsmålet	37
5.1 Generelt om reelle bevismidler	37
5.1.1 Innhenting av reelle bevismidler og dokumentbevis ved tvang mot andre enn siktede	38
5.2 Det offentlige behov for kontroll	40
5.3 Nærmere om karakteren og omfanget av brudd på taushetsretten	41
5.4 Betydningen av bevisets vesentlighet i saken	43
5.5 Kan alvoret og arten av den straffbare handlingen rettferdiggjøre beviservervet ved selvinkriminering?.....	45
6 Avsluttende bemerkninger.....	47

1. Introduksjon av avhandlingens tema

Avhandlingens tema er bevisforbud ved krenkelse av taushetsretten og virkningene forbudet mot selvinkriminering måtte ha ifht adgangen til å føre beviset i en rettssak. Taushetsretten assosieres tradisjonelt ett med forbudet mot selvinkriminering¹ i straffesaker.

Avhandlingens hovedproblemstilling vil være *“under hvilke omstendigheter vil tvungen selvinkriminering mot siktede føre til et forbud mot å føre beviset i retten?”*. Videre vil det, ved å drøfte utvalgte rettslige problemstillinger som melder seg ved en nærmere tillempling av prinsippene om bevisforbudet ved tvungen selvinkriminering, bli forsøkt å belyse avhandlingens rettslige utfordringer gjennom en rettsdogmatisk vurdering. Innledningsvis vil utgangspunktene i oppgaven bli forklart. Deretter vil de aktuelle problemstillingene relevant til temaet bli lagt frem.

I norsk rett omtales siktedes taushetsrett som forbudet mot tvungen selvinkriminering. I det vil begrepene brukes om hverandre. Forbudet mot selvinkriminering innebærer et prinsipp om at ingen skal tvinges til å inkriminere seg selv ved å vitne mot seg selv.² Taushetsretten og retten til å ikke bidra til egen domfellelse anses som et substansielt rettsstatsprinsipp, noe som blant annet fremgår av SP art. 14-3 som «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt», samt fair trial-prinsippet i EMK art. 6 nr 1. Selvinkriminering kan assosieres med bruk av tvang i og med at opplysningene fra siktede har vært fremskaffet i mot hans frie vilje og ønske om å meddele informasjon som ved en senere anledning blir brukt i mot vedkommende i en rettssak.

I en straffesak vil påtalemyndighetene føre konkrete bevis mot siktede. Oppgavens tema er adgangen til føring av bevis ervervet i strid med siktedes taushetsrett. Det forutsettes at ervervet informasjon ikke er blitt meddelt frivillig. Videre forutsettes det at beviserverv og bevisføring i disfavør av siktede for å straffefølge vedkommende.

¹ Se Torgersen side 201

² Rt 1999-1269

Beviserverv ved selvinkriminering kan forekomme ved bruk av tvang fra henholdsvis påtalemyndigheten³, private aktorer⁴ som operere på vegne av myndighetene, eller av retten og forhørsretten⁵, jfr. strpl. § 178. Det kan også stilles spørsmål om erverv av selvinkriminerende bevis på rent privatrettslig grunnlag kan føre til bevisforbud? Forholdet kan fortone seg som følgende: nabo A tar opptak av nabo B hvor nabo B forklarer om et tyveri han har begått. Forklaringen kommer som følge av tillitten mellom naboene. Spørsmålet er om lydopptaket kan føres mot nabo B i en eventuell straffesak mot ham?

Krenkelse av taushetsretten kan forekomme ved bruk av forskjellige former for tvang fra påtalemyndighetene. En slik tvangsbruk kan innledes i tre generelle typetilfeller:⁶ 1. ulovlig krenkelse av det fysiske eller psykiske personvernet; 2. krenkelse av det fysiske og psykiske personvernet som ikke fremstår ulovlig i norsk rett; 3. Svik på straffesankjonte opplysningsplikt. Videre synes det klart at hvilket typetilfelle er benyttet under etterforskningen vil få en betydning ifht. adgangen til avskjæring av beviset i rettsaken.⁷

Et annet spørsmål av interesse er bevisforbudets virkeområde, altså hvilke bevismidler som omfattes av forbudet mot tvungen selvinkriminering? Bevismidlene som kan aktualisere spørsmålet om tvungen selvinkriminering kan være forklaringer, dokumentbevis av alle tenkelige arter og reelle bevismidler og undersøkelser, mens i avhandlingen fokuseres hovedsakelig på forklaringer.

1.1 Avgrensninger

Som skisseringen overfor viser, vil avhandlingen behandle bevisføringsadgangen ved brudd på taushetsretten, altså hvorvidt det er adgang til å operere med en såkalt bevisavskjæring når beviservervet er forekommet som følge av tvungen selvinkriminering? Temaet bevisforbud og bevisavskjæring på generelt grunnlag vil ikke behandles, men konturene ved hovedregelen om bevisføring i norsk rett vil imidlertid bli forklart. Dette vil være en naturlig avgrensning siden temaet er meget omfattende og faller utenfor avhandlingens hovedproblemstilling. Det

³ Rt 1948-46

⁴ Rt 1994-319

⁵ Se Anders Bratholm 1959 Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte side 112

⁶ Se Torgersen side 209

⁷ Se kap 3 om aktuelle innhentingsmetoder som kan krenke taushetsretten

sentrale vernet mot selvinkriminering vil summarisk bli drøftet fordi kjernen for vernet må berettes før en behandler bevisføringsadgangen i strid med vernet. Sondringen mellom bevisforbud på lovfestet og ulovfestet grunnlag vil også bli tatt stilling til.

EMK vil da få en sentral stilling i oppgaven og særlig EMKs art. 6 nr. 1 om “*kravet til en rettfærdig rettergang*”. Begreper som tvang, selvinkriminering, bevisforbud og bevisavskjæring, som benyttes i avhandlingen, vil også bli redegjort for.

Nærmere avgrensninger blir gjort ved behandling av rekkevidden av bevisforbudet ved tvungen selvinkriminering - såkalte dominoeffekt av primærbeviset. Omgåelsesbevis og reparasjonsbevis blir ikke behandlet siden dette vil sprengte oppgavens ramme. Videre vil nyttige definisjoner vi har med å gjøre i avhandlingen forklart.

1.2 Begrepsavklaringer

Ved begrepet bevis der det ikke blir uttrykt noe annet, siktes det til enkeltbevis partene anfører i rettsaken. Rettsteori opererer med tre typer bevismidler: henholdsvis tinglige eller reelle bevismidler, forklaringer og dokumentbevis.⁸ Reelle bevismidler forstås som enhver gjenstand, ting eller objekt som benyttes som bevis i rettsaken, mens med forklaringer siktes det til partsforklaringer eller vitneforklaringer. Oppgavens fokus er primært på forklaringer i tilknytning til saken. En taushet, utelukkelse eller unnlattelse av en konkret handling fra tiltalte kan også defineres som bevis. Vernet mot selvinkriminering vil også innskrenke bruk av taushet som bevis for straffeskyld i straffesaken.⁹

Tvang og tvangsmidler er andre aktuelle begreper som melder seg i oppgaven. Språklig sett kan begrepet tvang forstås som bruk av fysisk eller psykisk makt i form av press eller undertrykking. Begrepet tvangsmiddel er ikke definert i straffeprosessloven men fremgår imidlertid av lovens fjerde del, jf. strpl. § 170a-222d. Lovens bestemmelser regulerer konkrete tvangsmidler samt adgangen til bruk av dem. Forskjellige hensyn er forsøkt ivaretatt i

⁸ Se Andenæs Norsk straffeprosess 4. Utgave side 163, Jusleksikon Jon Gisle

⁹ Se Shannon vs. United Kingdom, Heanely & McGuinness vs. United Kingdom

bestemmelsene fra lovgiveren. Tvangsmidlene kan etter sin art innrettes mot både materiell og mennesker. De kan anvendes både som et forebyggende tiltak og som et ledd i etterforskning i straffeforfølgning.

Videre skal begrepet *bevisforbud* forklares nærmere. Det første spørsmålet en kan stille seg, er et forbud mot hva og hvem? Tradisjonelt sett kan begrepet tematisere forbud mot henholdsvis: 1. Innhenting av bevis; 2. Føring av bevis for domstolen; 3. Bruk av bevis i etterforskning, saksforberedelse eller som grunnlag for rettsavgjørelser.¹⁰ Avhandlingen vil omhandle begrepets betydning i pkt 3. – herunder bruk av bevis som grunnlag for rettsavgjørelser. Nærmere sagt forbudet mot at beviset inngår i et informasjonsgrunnlag ved domstolens bevisvurdering i straffesaken. *Bevisavskjæring* er et annet begrep som vil bli nevnt i avhandlingen, og begrepet innebærer selve håndhevelse av bevisforbudsprinsippet.

1.3 Prinsippet om fri bevisføring i norsk rett

Prinsippet om fri bevisføring er ulovfestet i norsk rett, og går ut på at partene kan føre de bevis de ønsker,¹¹ og det antas at unntak fra prinsippet må ha særskilt hjemmel. Følgene av et slikt prinsipp kan sies å være fri bevisvurdering og fri bevisbedømmelse, og en slik holdning lagt til grunn medfører at retten står fri¹² i sin bevisvurdering av informasjonsgrunnlaget i saken. Prinsippet om fri bevisføring kommer ikke eksplisitt til uttrykk i lovens bestemmelser, men det antas å ha en solid stilling i norsk rett. Dette innebærer at retten selv avgjør hvilke momenter som skal vektlegges. Hovedregelen om fri bevisføring fører naturlig nok til at et hvert ulovlig innhentet bevis kan føres for norske domstoler, men denne adgangen modifiseres noe fra lovgiveren. Forbudet mot innhentet bevis ved brudd på siktedes taushetsrett kan nok oppfattes som et unntak fra hovedregelen om fri bevisføring.

Ideologien om fri bevisføring er også blitt støttet av den engelske filosofen og juristen Jeremy Bentham: “Evidence is the basis of justice; to exclude evidence is to exclude justice.”¹³

¹⁰ Se Torgersen side 3

¹¹ Rt 1990-1008 (på side 1010), Rt. 1994 side 610 (på side 614), Rt. 2002 side 1744 (på side 1746), Rt. 2005 side 1353 (i avsnitt 13) og Rt. 2008 side 605 (i avsnitt 13)

¹² Se Andenæs Norsk Straffeprosess 4. utgave side 168

¹³ Jeremy Bentham, Rationale of Judicial Evidence, volume IV, London 1827 side 490

Formålet med prinsippet om fri bevisføring kan assosieres med lovgiverens ønske om oppklaring av sakens opplysninger samt en rettførdig avgjørelse som indirekte er uttrykt i EMK art 6. Det er liten tvil om at den prosessuelle saksbehandlingen legger grunnlaget for avgjørelsen, samt at måten den er forekommet på vil få en vesentlig betydning for rettførdighetsprinsippet som er fundamental i straffesaker. Politiets behandling av opplysninger samt partenes adgang til å kunne føre ønskede bevis er nevneverdige momenter. Således kan regelen om fri bevisføring forklares med ønske om å oppnå et rettførdig resultat.

1.4 Hensynene bak bevisavskjæring av bevis ervervet ved tvungen selvinkriminering

I det videre anses det naturlig å presisere hensynene for og mot siktedes taushetsrett; herunder regelen om bevisforbud ved tvungen selvinkriminering. Hensynet til bevispålidelighet, beskyttelse mot rettighets- og interessekrenkelse og lovformelighetshensynet vil bli drøftet.

Hensynet til bevispålidelighet¹⁴ kan nevnes som et sentralt element. Det er da ikke omstridt at rettsvesenet og rettssystemet må fremstå tillitsvekkende og traust. Samfunnsborgerne skal kunne stole på rettsvesenet, som hovedsakelig skal basere sine avgjørelser på rettførdighetsprinsippet. Dersom formålet er borgernes tillitt til rettsvesenet og en rettførdig rettergang i saken, må bevisene ført i saken fremstå pålitelige. Således kan et rettførdig resultat i saken assosieres med konkrete krav til bevisføring.

Hensynet til bevispålidelighet kan også funderes i rettførdighetsprinsippet, som EMK art 6. nr. 1 stiller til domstolsbehandling. I forhold til kritikkverdige etterforskningsmetoder nevner forarbeidene til straffeprosessloven hensynet til borgernes tillitt til rettsvesenet. Det er et relevant hensyn ved bevisavskjæring når innhenting av beviset hender ved grove brudd på gjeldende regler.¹⁵

En fri bevisføring av ulovlig ervervede bevis ved bruk av tvang kan fremstå i strid med allmenne rettigheter og interesser som enhver borger bør ha i et sivilisert samfunn. Det er

¹⁴ Se Torgersen side 37 hvor han problematisere temaet som bevisets usikre verdi ifht bevisføringsadgangen

¹⁵ Se Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 197

gjærne slik at bevisforbudsreglene om ervervet bevis ved tvungen selvinkriminering intenderer å ivareta og beskytte konkrete samfunnsrettslig- og personvern hensyn. Således vil fravær av bevisforbudsreglene krenke grunnleggende interesser til borgerne. Rettigheter som det her siktes til, har lovgiver intendert å beskytte gjennom henholdsvis lovfestede og ulovfestede rettsnormer om bevisføring. Lovgivers intensjon har antagelig vært å beskytte samfunnsmedlemmene mot maktmisbruk og vilkårlig inngrep i privatsfæren, og det er grunn til å uttrykke at maktmisbruk og vilkårlige inngrep ligger i kjernen av forbudet mot tvungen selvinkriminering.¹⁶

Erfaring viser at ved selvinkriminering er det ofte to konkrete og paradoksale hensyn som kjemper mot hverandre: hensynet til sakens opplysning mot integritetshensynet. Tanken er at ved en eventuell bevisavskjæring vil siktedes interesser vektlegges høyere enn saksopplysningshensynet som er en konkurrerende faktor.¹⁷ Det antas at ikke enhver interesse og rettighet skal kunne bli krenket av politiet på grunn av behovet for sakens oppklaring. Sakens opplysning skal *ikke* prioriteres på bekostning av vesentlige samfunnsmessige- og private interesser som selvinkrimineringsforbudet intenderer å beskytte.

Avslutningsvis er det av interesse å nevne respekten til vårt rettsvesen. Hensynet til lovformelighet fremkommer ikke som et direkte hensyn, men heller som et sideordnet hensyn som taler for å operere med regler om bevisavskjæring ved brudd på taushetsretten. Således kan statens *overdådighet* og *overlegenhet* tale for at ulovlig beviserverv fra politiet ikke skal forekomme reaksjonsfritt. Det fremgår av straffeprosesslovens forarbeider at:

”Det kan undertiden også anføres andre grunner til fordel for avskjæring, for eksempel at det vil være støtende at rettsvesenet benytter seg av materiale som er skaffet til veie ved grove brudd på gjeldende regler.”

Mothensynene kan være sannhetsidealet som sikter på å oppnå sannheten i saken. Det er selvforklarende at et bevisforbud vil vanskeliggjøre saksopplysningen og hensynet til den materielle sannheten. Ved å sette sterke barrierer for bevisinnhenting vil vi som en naturlig

¹⁶ Se nærmere på de dommene det vises til i avhandlingen

¹⁷ Se Torgersen side 40 som må kunne forstås slik jeg uttrykker

konsekvens innskrenke politiets mulighet til å oppklare flest mulig saker. Dermed vil flere lovforbrytere gå fri i samfunnet og det skapes økt kriminalitet til skade for samfunnet. Det reises liten tvil om at dette er en uheldig rettshåndhevelse.

1.5 Hjemmelsspørsmålet

Temaet her er rettslige grunnlag for å hjemle et eventuelt bevisforbud av ervervet bevis ved krenkelse av taushetsretten i norsk rett. Det er sikker rett at politiet ikke har hjemmel til å utøve tvang mot borgerne uten kompetansegrunnlag eller hjemmel i loven, jf legalitetsprinsippet. Legalitetsprinsippet forstås som en rettslig barriere for maktutøvelse fra myndighetene uten lovhjemmel.¹⁸ Det er det felles europeiske rettsstatsprinsipp som har betegnelsen ”rule of law.”¹⁹ Prinsippet begrunnes med hensynet til demokratisk kontroll i samfunnet.²⁰ Det er også på det rene at brudd på legalitetsprinsippet kan medføre strafferettslige konsekvenser for maktutøveren. Når det er sagt, kan vi legge til grunn at en hver maktutøvelse fra politiet overfor siktede må ha hjemmel i loven. Som Øyen uttrykker;

*“legalitetsprinsippet er grunnstein i vernet mot selvinkriminering”.*²¹

Dersom politiet skal ha adgang til å foreta maktutøvelse i strid med en konkret lovhjemmel, er det essensielt at det finnes annen lovhjemmel med minst samme trinnhøyde, jf. Lex Superior-prinsippet. Følgelig kan bevisforbud forekomme også ved brudd på EMK.²² Muligheten for at bevisforbudet krenker både EMK og legalitetsprinsippet i norsk rett er naturlig nok til stede – ellers kan utelukkende det ene blir krenket mens det andre forblir uberørt.

2 Rettskildesituasjonen

I den rettsdogmatiske avhandlingen vil rettskildene bestå hovedsakelig av norske- og internasjonale rettskilder. Straffeprosesslovens bestemmelser, EMK art 6 nr. 1 og SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g er av særlig betydning. Som tidligere påpekt kan beviservervet forekomme som følge av brudd på nasjonalrettslige normer eller brudd på EMK’s bestemmelser. Videre

¹⁸ Se Eckhoff/Smith 2003 side 309

¹⁹ Se NOU 2004: 6 kap. 5.2.1

²⁰ Se NOU 2009: 15 kap 7.5

²¹ Se Øyen vernet mot selvinkriminering side 18

²² Særlig ved krenkelse av rettergangens rettferdighet i artikkel 6 nr 1 som behandles spredt i oppgaven

blir det redegjort for tilgjengelige norske og internasjonale hjemler for bevisforbud ved brudd på taushetsretten.

2.1 Norsk rett

Norsk rett har ingen²³ konkret lovhjemmel som forbyr bruk av bevis ervervet i strid med taushetsretten i rettsaken. Det finnes imidlertid mangfoldig rettspraksis og rettsteori hvor prinsippet er blitt fastslått. Videre blir det behandlet lovbestemmelser for å og se om en eventuell hjemmel kan forankres i bestemmelsene som behandles.

2.2 Internasjonal rett

Utgangspunktet i norsk rett er et dualistisk prinsipp, jf. Rt. 1997-580. Dette innebærer at dersom internasjonale kilder skal være relevante, må dette bygges på et særskilt grunnlag samt å være en del av norsk rett.²⁴ Det er lite tvil om at den mest sentrale rettskilden for oppgavens tema er EMK som er inkorporert i norsk rett og dets vern er universelt og skal være like i alle rettsstater. EMK vil gå foran alt annen lovgivning²⁵ i Norge. EMK etter 1990 har stadig påvirket utviklingen av norsk straffeprosessrett. Spørsmålet herunder er metode som skal anvendes for å avklare juridiske avklaringer av EMK's bestemmelser.

Straffeprosessloven er en sektormonistisk lov, noe som innebærer at når EMK anvendes i norsk prosessrett, skal EMK tolkes i samsvar med EMD's tolkningsmetoder.²⁶ Tolkning av EMK skal ikke bygges på nasjonale tolkninger og definisjoner. Domstolene ved tolkning av EMK skal benytte samme metode som EMD²⁷ – noe som tilsier at EMD's domsavgjørelser vil således få en substansiell rolle. Wienkonvensjonen av 1969 er utgangspunktet for hvordan tolkingen skal foretas.

Etter art. 31 para. 1 skal tolkingen finne sted etter "the ordinary meaning" av bestemmelsen. Således skal tolkingen gjøres i "good faith", noe som taler for en tolking i samsvar med ordenes vanlige mening samt den kontekst de er benyttet i. Dessuten skal tolkingen skje i

²³ Grl § 96 annet ledd forbyr kun pinlig avhør

²⁴ Prinsippet forutsettes i blant annet, Rt 1994-610, Rt 1994-1244, Rt 1997-580 og Rt 2001-1006

²⁵ Jf. strpl. § 4 og menneskerettsloven §§ 2 og 3

²⁶ Jf. Rt 2000-996

²⁷ Jf. Rt 2000-996

lyset av konvensjonens formål, jf. " object and purpose". Ifølge EMD skal konvensjonspartene foreta en evolutiv og dynamisk tolkning av EMK. Dette innebærer at tolkningen skal foretas i samsvar med samfunnsutviklingen i statene.

Med utgangspunkt i det som ble sagt foran, skal alle lovanvendere i Norge ta EMK i betraktning ved lovanvendelse, men det er ikke en selvfølge at dette alltid skjer. Et eklatant eksempel på at menneskerettighetene i stillhet kan bli krenket,²⁸ er Rt. 1989 s. 715; Bottendommen. EMK's innflytelse på norsk straffeprosess kan sies å være av en markant størrelse.

Av betydning er at føring av selvinkriminerende bevis som fremstår konvensjonsstridig nektes ført for retten. Konvensjonsbrudd kan forekomme gjennom henholdsvis bruk av bevis som er skaffet i strid med nasjonal lovgivning og som følge av bruk av konvensjonsstridig skaffet bevis.²⁹

FN-konvensjonens SP-art 14 (3) bokstav (g) konstateres retten til «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt» og forstås som hjemmel for selvinkrimineringsforbudet, mens den i praksis aldri har blitt benyttet som hjemmel for bevisforbud som følge av tvungen selvinkriminering. SP er også inkorporert i norsk rett og i følge menneskerettsloven, har forrang foran all annen lovgivning. Videre det tatt stilling til EMK art 6 nr 1. som er en sentral rettskilde i avhandlingen.

2.2.1 Betydningen av EMK art 6 nr. 1 som grunnlag for bevisforbud

EMK som rettskildefaktor setter begrensninger i den vide bevisføringsadgangen. EMD tar ikke stilling til hvordan de internrettslige regler er formulert og utformet,³⁰ så lenge de substansielle rettigheter EMK er ment å ivareta oppfylles. Tradisjonelt sett er rettferdighetsprinsippet i EMK art 6 nr 1 vært knyttet til bevisføringsspørsmålet, herunder forbudet mot selvinkriminering³¹ ved erverving av bevis. Politiets adgang til å benytte seg av

²⁸ Se Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver? Av professor dr. juris Jon T. Johnsen for nærmere redegjørelse

²⁹ Se Torgersen side 71

³⁰ Jf prinsipputtalelsene i Engel-dommen

³¹ Se Jebens Menneskerettigheter i straffeprosessen side 407

konkrete etterforskningsmidler innskrenkes ved art 6 nr 1, mens på den annen side har borgerne blitt gitt rettigheter og beskyttelser.

I kapittel 2.2 ble det sagt at brudd på blant annet artikkel 6 kan oppstå både som følge av krenkelse av internrettslige beviservervsnormer samt brudd på EMK selv. Hvordan et eventuelt brudd kan hende, skal det presiseres for senere i oppgaven ved hjelp av rettspraksis.

Interessene som beskyttes av bestemmelsen har vært sammensatte, men forholdsvis utpenslet i mangfoldig EMD-praksis. Rettsoppfatningen er at bevisføringen utvilsomt kan berøre rettergangens rettferdighet og skape intrikate problemstillinger ifht. taushetsretten. Videre legges det til grunn at art 6. nr 1 er av avgjørende betydning for bevisforbudsspørsmålet ved brudd på selvinkriminering.

2.2.2 SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g?

Retten til ikke å vitne mot seg selv fremgår uttrykkelig av SP art. 14. nr. 3 g), og det innebærer at påtalemyndighetenes mulighet for å kunne straffedømme tiltalte på grunnlag av tiltaltes egne forklaringer forbys. Et slikt bevisbyrdekrav fører til at påtalemyndighetene må føre selvstendige bevis for tiltaltes skyld. Bestemmelsen er inkorporert i norsk rett og har forrang foran annen lovgivning, jf menneskerettsloven §§2 og 3.

SP art 14 nr. 3 g verner siktede kun mot siktetes egne forklaringer og rekker ikke lenger enn det. Det er imidlertid uten betydning ved norske domstoler i og med at EMK art 6 nr. 1 vil være heldekkende og omfatter all slags bevis som fremstår selvinkriminerende. Dette innebærer at politiet kan ta blodprøve³² av siktede uten at SP art 14 nr. 3 g skaper rettslig barriere. Dermed er det lite tvil om at siktede kan påberope seg bestemmelsen til å forholde seg taus under straffeforfølgning.

³² SCHMIDT v. AUSTRIA

3 Særlig om beviserverv ved brudd på taushetsretten

Rekkevidden for bruk av selvinkriminerende opplysninger og taushetsretten må utledes av rettspraksis. Grensene er ikke fullstendig avklart, men enkelte utgangspunkter kan imidlertid synes å være bred enighet om. Påtalemyndigheten er forpliktet til å respektere mistenktes rett til å forholde seg taus i en straffesak. Spørsmålet som vil være sentralt i hele oppgaven er altså: under hvilke omstendigheter vil beviserverv ved brudd på taushetsretten føre til bevisforbud?

Siktedes taushetsrett er forsøkt sikret gjennom norsk lovgivning³³ på noen rettsområder. Lovreguleringen medfører at borgerne i samfunnet skal være sikret mot vilkårlig bruk av fysisk- eller psykisk tvang til å angi seg selv. Høyesterett har fastslått at *“det er et grunnleggende rettstatsprinsipp at mistenkte har rett til å forholde seg taus og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse.”*³⁴

Selvinkrimineringsforbudet kan krenkes som følge av lovlig eller ulovlig tvangsbruk³⁵. Ulovlig bruk av tvang hender når den fremgangsmåten politiet benytter seg av, forbys i loven. Ved lovlig tvangsbruk er forholdet annerledes. Politiet vil ha konkret hjemmel for å foreta maktutøvelse men overskrider grensene for tillatt maktbruk.

Videre synes det klart at krenkelse av taushetsretten hender kun ved påvirkning av siktedes forklaringsvilje, når siktede ikke er villig til å meddele informasjonen frivillig. I Rt. 1994-1139 hadde politiet innhentet forklaringer ved løfte om amnesti. Gjeldende opplysninger var blitt gitt i forbindelse med en drapssak hvor siktede hadde blitt forsikret om amnesti for ytterligere straffeforfølgning. Høyesterett stilte spørsmålstegn ved beviset pålitelighet ved amnestiforhold og på side 1141 presiserte at

“det kan fremstå som støtende om politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede, som det her vil være tale om.”

³³ Jf blant annet strpl. §§ 90, 92 annet ledd, 232 første ledd, 117a

³⁴ Jf. Rt 1999-1269

³⁵ Les mer om det under pkt 3.1

Et annet eksempel på påvirkning av siktedes forklaringsvilje er det regulerte rettsforholdet i EMK artikkel 3. Bestemmelsen forbyr bruk av tortur som den øvre grensen mens den nedre grensen strekker seg til umenneskelig og nedverdiggjørende behandling.³⁶ Slike innhentingsmetoder anses konvensjonsstridige. Det kan også hende at politiet bruker metoder som ikke direkte fremstår som tortur i sin tradisjonelle forstand men er kvalifisert for begrepsbruken.³⁷ Slike innhentingsmetoder omfattes ofte som avstraffing, ydmykelser og lettere psykiske lidelser. Torturbegrepet omfatter alvorlige lidelser mens umenneskelig behandling omfatter forhold når handlingen er anvendt over lengre tidsperspektiv, planlagt og har forårsaket alvorlige fysiske eller psykiske lidelser³⁸ uten at den øvre grensen i art. 3 er nådd.

Det kan være krevende å skille mellom henholdsvis typetilfellene tortur og umenneskelig behandling. Svaret beror nok på flere momenter hvor tvangens grad, karakter og omfang kan være veiledende, jf. pkt. 3.2 i oppgaven.

Beviservervet som krenker forbudet mot selvinkriminering kan være både lovlig eller ulovlig. Det hender at politiet beslaglegger selvinkriminerende dokumenter ved en ulovlig ransaking. Spørsmålet herunder er om vernet mot selvinkriminering forbyr føring av dokumentene som bevis i saken? Prinsippet om fri bevisføring taler for å kunne føre dokumentene som bevis i rettsaken.³⁹ Det er imidlertid klart at siktede ikke kan tvinges til å forklare seg⁴⁰, og han er i sin fulle rett til å nekte å svare på ethvert kaptatorisk og inkriminerende spørsmål som kan føre til straff. Hva som anses straff⁴¹ i EMK, avgjøres på grunnlag av såkalte Engel-kriteriene i ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS.

³⁶ Se kap 3.4 i oppgaven

³⁷ Se CASE OF HURTADO v. SWITZERLAND og CASE OF HACI ÖZEN v. TURKEY hvor det hadde hendt "inhuman treatment" av klagerne

³⁸ Se CASE OF LABITA v. ITALY para. 120

³⁹ Se Aall rettstat og menneskerettigheter side 361

⁴⁰ Se Aall rettergang og menneskerettigheter side 223

⁴¹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, Menneskerettsdomstolens straffebegrep side 194

EMD⁴² har fastslått at taushetsretten ikke er til hinder for at domstolene kan vektlegge på siktedes taushet så lenge dommen ikke bygges kun på siktedes taushet. Det kan også enkes at det selvinkriminerende bevis kunne ha vært innhentet uavhengig av siktedes ønske om å forklare seg. Politiet ved brudd på taushetsretten innhenter informasjon som kunne ha vært ervervet på selvstendig grunnlag, og vil føre beviset for retten. Det er sikker rett at slikt ervervet bevis eksisterende av siktedes viljeforklaring kan føres for retten, uavhengig av selvinkrimineringsforbudet.⁴³

Visse selvinkriminerende innhentingsmetoder av informasjon er fullstendig avskåret i norsk rett mens andre forhold beror mer på en konkret vurdering. På den andre side kan en spørre seg hvilke lovlige metoder kan politiet benytte seg av, samt grensene for tillatte og avskåret etterforskningsmetoder? Spørsmålet skal belyses ved hjelp av rettspraksis i avhandlingen.

3.1 Hvilke innhentingsmetoder kan potensielt krenke siktedes taushetsrett?

Her vil mulige tvangsmetoder som potensielt kan krenke taushetsretten tas stilling til. Med det siktes det mot fysisk- eller psykisk press, økonomisk, rettslige⁴⁴ eller forvaltningssanksjoner tvangsmidler som intenderer å innhente informasjon fra siktede imot hans vilje. Omfanget av eksempler på forholdet er ytterliggående og jeg vil benytte eksempler fra rettspraksis og lovregulerte forhold i norsk rett for å belyse problematikken. Eksempler er innhenting av fysiske bevis som blant annet undersøkelser av kroppens indre, tvangsmessige undersøkelser som polygraftester, psykisk tvang og tortur, innhenting av biologiske materiale og legemsundersøkelser osv. nevnes som eksempler.

Enhver bruk av tvangsbruk som sikter mot å inkriminere siktede er utelukket i norsk rett, jf straffeprosessloven §230. Kjerneområdet til temaet selvinkriminering har tradisjonelt sett vært bruk av fysisk og psykisk press eller forvaltningssanksjoner. Forvaltningssanksjoner kan forekomme i form av bøter eller fratagelse av en rettighet, mens psykisk og fysisk press kan hende som følge av tortur, umenneskelig og nedverdiggjørende behandling⁴⁵, jf EMK art. 3. Torturtilfeller omfatter forhold hvor det er benyttet sterk fysisk eller psykisk maktbruk, mens

⁴² Se Tirade Ortiz and Lozano Martin

⁴³ Se Aall side 361

⁴⁴ Rettslig tvangsbruk forekommer når pålegger siktede å snakke i en sak

⁴⁵ Se kap 3.3 I oppgaven

umenneskelig behandling gjelder mindre⁴⁶ inngripende metoder som psykisk eller fysisk påvirkning av siktedes frie vilje. Det stilles krav om krenkelse av den fysiske eller psykiske integriteten til siktede fra påtalemyndighetenes side. Eksemplene er hardhendte avhørsmetoder, innhenting av reelle bevis fra siktedes eiendeler eller hans legeme, ulovlig fengsling av siktede under kritikkverdige forhold som bruk av direkte vold mot siktede selv eller hans nærmeste pårørende.

Retten vil alltid foreta en helhetsvurdering⁴⁷ om bevisføringsadgangen av det selvinkriminerende bevis. I helhetsvurderingen vil hovedfokuset være på hvorvidt rettergangen fremstår rettferdig, og om føring av det selvinkriminerende bevis vil krenke rettsakens rettferdighet. Krenkelsens karakter⁴⁸ og grad er alltid av interesse i vurderingen, i og med at konkrete etterforskningsmetoder⁴⁹ fremstår uforenlig med fairness-kravet i EMK art 6 nr 1.

3.1.1 Nærmere om tvangsmidlene; herunder sontringen mellom lovlig og ulovlig tvangsmiddelbruk

Politiets tvangsbruk kan enten være forankret i loven eller være ulovlig. Utgangspunktet i forhold til føring av beviset er fortsatt prinsippet om fri bevisføring i retten. Når det er sagt vil ulovligheten av selvinkriminerende handlingen⁵⁰ og dens grovhet ifht. adgangen til å føre beviset være av en viss interesse. Torgersen⁵¹ sier at

Regelbrudd i forbindelse med metodebruk som krever lovhjemmel, vil nok gjennomgående være mer alvorlig enn ulovlighet i form av brudd på regler som er satt for å regulerer skrankene for myndighetsovergrep utover det legalitetsprinsippet krever.

Dersom handlingen er lovlig i norsk rett, innebærer det at lovgiver har vurdert forholdet, og forbud mot føring av beviset kan utelukkende forekomme dersom bevisføringen krenker

⁴⁶ Jf. CASE OF SELMOUNI v. FRANCE

⁴⁷ Se Rt 1994-1139 side 1141 og Rt 1991-616 side 623

⁴⁸ Jf. Rt 1999-1269

⁴⁹ Eksemplet er bruk av metoder som krenker EMK art 3

⁵⁰ Se drøftelsen i Bratholm 1959, Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte side 112-114

⁵¹ Se Torgersen side 316, det virker som om Torgersen legger til grunn en slik tanke

EMK, jf menneskerettsloven §§2 og 3. Det har vist seg at lovlig tvangsbruk vil sjelden reise problemer ifht selvinkrimineringsspørsmålet. Som eksempel kan presset som ligger i lovlig fengsling av mistenkte nevnes. Siktete kan etter forholdene bli påvirket av fengslingen og inkriminere seg selv, men en slik mulig påvirkning vil ikke innebære tvang i relasjon til selvinkrimineringsforbudet, og har aldri blitt ansett som konvensjonsstridig av rettspraksis.

Ulovlig tvangsmiddelbruk som påvirker siktede til å forklare seg, kan forekomme på mange tenkelig måter. Ulovligheten kan omfatte handlinger som ligger i kjernen av vernet mot selvinkriminering⁵², til andre former for ulovlige handlinger som ikke vil berøre spørsmålet om selvinkriminering på samme måte. Således vil kravet om årsakssammenheng mellom selvinkriminerende opplysninger og den ulovlige handlingen melder seg umiddelbart. Hva menes med det, skal jeg forklare nærmere videre i avhandlingen.

Tillatt maktutøvelse i straffeprosessloven er regulert i kap. 12-15. Lovgiver har gitt politiet tillatelse til maktbruk under visse situasjoner. Dermed kan et bevisforbud som følge av tvungen selvinkriminering ikke fastslås før politiet har eventuelt overskredet rettslig skranke for tvangsbruken. Det foreligger ingen automatikk i at ulovlig maktbruk vil føre til bevisforbud, jf. prinsippet om fri bevisføring. Ved tilfeller hvor politiet har overskredet rettslige maktutøvelsesnormer, kan bevisforbud stadfestes med hjemmel i EMK art. 6 nr 1.⁵³ Det er heller lite tvil om at bruk av tortur alltid er uforenlig med kravet om rettferdig⁵⁴ rettssak i art 6.

I form av en hver kontakt med politiet kan mistenkte utsettes for psykisk og fysiske belastninger som isolert sett ikke er ulovlige. En hver form for kontakt med politiet og avhørssituasjoner er antagelig mest belastende for de sinnssvake- og psykisk underordnede personligheter som ikke har særlig erfaring fra kontakt med politiet. Tvangsbruken som aktualiserer selvinkrimineringsspørsmålet må innebære en eller annen form for ytre

⁵² Fysisk eller psykisk press som forbys i EMK art 3 anses å være kjernen i forbudet mot selvinkriminering

⁵³ Se kap 3.2

⁵⁴ Jf. Sacettin Yildiz v Turkey

påvirkning av forklaringsfriheten til siktede, jf. det generelle krav om årsakssammenheng mellom selvinkriminerende handling og gitt informasjon.

Siktedes psyke og vilje blir i større eller mindre grad påvirket av omstendighetene rundt pågripelsen. Graden av påvirkningsviljen er nok individuell med tanke på at mennesker er forskjellige fra naturen av, og har ulike psykiske forutsetninger. Videre kan det spørres om hva den ytre påvirkningen innebærer og kriteriene for at en slik påvirkning skal anses ulovlig? Svaret er ikke selvforklarende og fremstår mer subtil siden den menneskelige viljen er et av de mest permeable spørsmål vi er kjent med. Noen retningslinjer kan imidlertid gis.

Vurderingstemaet her er påvirkningsgraden av siktedes forklaringsvilje. Som tidligere påpekt kan bevisforbud⁵⁵ ikke forklares med ulovlig etterforskningsmetode, men det kan føre til at beviset er mindre pålitelig enn det ellers ville ha vært. Usikker bevispålitelighet⁵⁶ som følge av selvinkriminerende handling, kan på selvstendig grunnlag føre til bevisforbud. Føring av slike bevis vil som regel være uforenlig med kravet om rettferdig rettergang i art 6 nr. 1.

I *Allan v. the United Kingdom* avsnitt 43 ble spørsmålet om bevisets pålitelighet og rettergangens rettferdighet drøftet. EMD sa at svakere og upålitelige bevis krever supplerende bevisføring for at konkret faktum skal legges til grunn, mens sterkere bevis fremstår pålitelige. De ble sagt på avsnitt 43 at:

“In that context, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected, in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use, as well as the opportunity of examining any relevant witnesses; whether the admissions made by the applicant during the conversations were made voluntarily, there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions (see Khan, cited above, § 36); and the quality of the evidence, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on

⁵⁵ Jf. prinsippet om fri bevisføring

⁵⁶ Jf. Rt 2003-1814 og *Jalloh v Germany* avsnitt 96.

its reliability or accuracy. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker.”

Følgende skal noen særtilfeller bli behandlet.

3.1.2 Særlig om latent psykisk press under etterforskningen

Det er åpenbart at en hver kontakt med politiet kan oppfattes belastende for visse personer. Forholdet melder seg spesielt når den utsatte er ung eller har hatt mindre kontakt med politiet tidligere. Vedkommende kan bli psykisk presset av kontakten med politiet og oppføre seg annerledes enn han ville ha gjort under normale forhold – belastningen en etterforskning kan medføre kan nevnes som et eksempel.

Latent psykisk press kan forekomme til et hvert tidspunkt under etterforskningen, selv om det er avhengig av påvirkningsgraden og de personlige forutsetninger fra siktede til å la seg bli psykisk stresset. Mistenkte kan bli så stresset at han beretter opplysninger som han ikke ville meddele politiet under normale forhold. Spørsmålet er hvorvidt latent psykisk press under etterforskning kan medføre brudd på taushetsretten?

Det er nok vanskelig å finne konkrete hensyn som taler for å fastslå krenkelse av taushetsretten ved latent psykisk press. De hensyn som melder seg ved forbudet mot taushetsretten blir ikke berørt. Hensynet til sakens opplysning samt en mulighet for å kunne straffeforfølge kriminelle handlinger ved etterforskning taler imidlertid for å tillate latent psykisk press. Det psykiske presset som ligger latent i en hver form for kontakt med politiet er nok umulig å unngå. Temaet har lite direkte tilknytning til taushetsretten og kan heller ikke sies å være ulovlig siden det er snakk om et alminnelig press som berører de fleste av oss i kontakt med påtalemyndighetene. Det skal imidlertid ikke glemmes at vurderingstemaet ved vurdering av krenkelse av selvinkrimineringsforbudet er rettergangens rettferdighet i sin helhet.

3.1.3 Forholdet til EMK

EMK som en del folkeretten har de siste årene i stadig større grad satt preg på utviklingen av norsk prosessrett. Bestemmelsene i EMK av betydning for oppgavens tema er hovedsakelig art 3 og art 6. EMK artikkel 6 er den bestemmelsen som har vært mest brukt av Høyesterett. Bestemmelsens innhold har blitt relativt utpenslet av EMD, og Høyesterett⁵⁷ har gjengitt de konkrete tolkninger.⁵⁸ Videre er det klart at innholdet i artiklene 3 og 6 skal tolkes i lys av EMK art. 1. EMK har da ingen konkret hjemmel som forbyr bruk av bevis ved brudd på taushetsretten, men en slik regel innfortolkes i art 6 nr 1⁵⁹ - kravet om en rettferdig rettsak.

3.2 Særlig om EMK art 6 nr. 1

Retten til en “fair hearing” er nedfelt i EMK art 6 nr 1 uten at begrepet forklares nærmere. EMD omtaler rettigheten som “fair trial” – altså en rettferdig rettergang som har vært et vesentlig tema i flere avgjørelser hvor selvinkrimineringsstemmet⁶⁰ har meldt seg. Således er det vanskelig å gi en heldekkende forklaring på hva en rettferdig rettergang innebærer.

EMD har lagt til grunn at EMK art. 6 nr. 1 beskytter taushetsretten og gir et vern mot tvungen selvinkriminering.⁶¹ Ut i fra ordlyden i bestemmelsen, kan en konkludere at retten kun kan påberopes i selve rettsaken og ikke på etterforskningsstadiet eller andre omstendigheter. Dette innebærer at bruk av det selvinkriminerende bevis er uforenlig med en rettferdig rettergang. Taushetsretten kan assosieres med uskyldpresumsjonen⁶² i EMK art 6 nr. 2. Tanken er at påtalemyndigheten skal forankre sin anklage mot siktede i selvstendige bevis og ikke ved selvinkriminerende bevisdata fra siktede. I SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM para 68 ble det sagt at

” The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper

⁵⁷ Jf. Rt 2000- 996

⁵⁸ Se kap 2.2

⁵⁹ Se pkt 2.2.1

⁶⁰ KHUDOBIN v. RUSSIA, VISLOGUZOV v. UKRAINE

⁶¹ Jf. SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM, SOYSAL v. TURKEY

⁶² Jf. SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM para 68

compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6. The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).”

Kort sagt er kjernen i kravet om rettferdig rettergang ifht oppgavens tema det at et hvert bruk av bevis som impliserer brudd på siktedes taushetsrett fremstår konvensjonsstridig. Politiet må bevise anklagen mot siktede uten å ty til bevis fremskaffet ved selvinkriminerende metoder. Siktede er i sin fulle rett til å nekte et hvert samarbeid med politiet når siktede mener at han kan risikere strafforfølgelse, jf straffeprosessloven § 230. Vernet mot selvinkriminering som er forankret i art 6 nr 1, kan utelukkende påberopes av siktede i saken. Vernet gjelder kun når siktede er forledet til å meddele informasjonen til påtalemyndigheten, og ikke når påtalemyndigheten kan fremskaffe bevisdata på andre tenkelige måter, jf det alminnelige kravet om årsakssammenheng.

I JALLOH v. GERMANY var klageren mistenkt for narkotikasalg. Påtalemyndigheten hadde mistanke om at siktede hadde svelget narkotikaposer. Påtalemyndighetens injisering av et brekkmiddel ved bruk av makt mot siktede, for å få siktede til å kaste opp posene, ble ansett selvinkriminerende. Siktede ville ikke gi posene til politiet, men ble holdt av flere politimenn mens en lege injiserte et brekkmiddel i siktedes kropp. Dette medførte at han kastet opp plastposen som riktignok inneholdt narkotika. På bakgrunn av beviset ble han tiltalt for omsetning av narkotika. EMD nektet beviset ført for retten og konkluderte brudd på taushetsretten og vernet mot selvinkriminering. Fremgangsmåten ble ansett som umenneskelig behandling, jf. art 3 og føring av beviset for retten hadde vært i strid med en rettferdig rettergang, jf. art 6 nr. 1. Kravet om rettferdig rettergang er nok absolutt og gjelder ifht all slags kriminalitet uavhengig av arten og graden av forbrytelsen. EMD⁶³ sa at

“The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the

⁶³ Se para 97

investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention"

Det kan også hende at politiet ikke utøver direkte tvang mot siktede, men bruker etterforskningsmetoder som medfører sterk psykisk belastning for siktede. Slike belastninger kan fremstå nedverdiggende, jf. art 3. I BILGIN v. TURKEY hadde siktedes nærmeste blitt truet av politiet i håp om at siktede skulle meddele konkrete selvinkriminerende opplysninger til politiet. Tvangsbruken ble konkludert selvinkriminerende og konvensjonsstridig.

I HACI OZEN v. TURKEY hadde klageren blitt frihetsberøvet og fengslet av militærpolitiet. Klageren hadde blitt mishandlet av politiet under fengslingen, noe som førte til at klageren hadde tilstått beskyldningene rettet mot ham. EMD konkluderte at den tyrkiske militærdomstolen ikke hadde foregått rettferdig siden den ikke hadde vurdert klagerens påstand om mishandling. Klagerens tilståelse måtte bli nektet ført for retten på grunn av bruk av selvinkriminerende metoder. Tilståelse hadde vært det sentrale beviset ved domfellelsen.

EMD's praksis⁶⁴ indikerer at EMK art. 6 nr. 1 gir et absolutt vern om en rettferdig rettergang⁶⁵ hvor bruk av bevis ervervet ved krenkelse av taushetsretten er utelukket. Noen minimumsrettigheter for siktede under rettsaken skal være sikret og han har ingen plikt til å forklare seg. Rettssikkerhetsgarantiene i art 6 nr. 1 gjør seg gjeldende utelukkende under rettsaken og ikke ved beviservervet. Men selvinkrimineringsvernet kommer også til anvendelse før straffesaken innbringes for domstolene. I Weh mot Østerrike avsnitt 42 ble det sagt at vernet mot selvinkriminering gjelder også når:

"the use of compulsion for the purpose of obtaining information which might incriminate the person concerned in pending or anticipated criminal proceedings against him"

⁶⁴ Jf. de dommene som nevnes i avhandlingen samt flere andre aktuelle

⁶⁵ Jf. SP art. 14 nr. 1

3.3 Nærmere om EMK art 3

Brudd på konvensjonen ved krenkelse av taushetsretten forekommer når tvangsbruk er av kvalifisert art, og informasjon gis mot siktedes vilje. EMD skiller mellom krenkelse av art 3 som utgjør tortur og krenkelse som ikke når denne terskelen.⁶⁶ For forhold hvor det er snakk om umenneskelig behandling, distingveres mellom mishandling under avhør for å erverve forklaring og fysisk tvang som intenderer å erverve reelle bevis fra siktedes legeme.⁶⁷ Krenkelse av art 3 ved beviserhvervet hvor det er benyttet tortur vil alltid krenke taushetsretten og være uforenlig med rettferdig rettergang.⁶⁸ EMD har utvidet anvendelsesområde⁶⁹ for torturtilfeller.

Politiet må ha hjemmel for å foreta kroppsundersøkelser, jf. strpl. § 157. Grundige undersøkelser av kroppen for å lete etter spor som slag, innvendige deler av kroppen som magesekken, urin og avføringsundersøkelser, kloremerker, blodflekker, bitemerker er undersøkelser som krenker EMK, jf. Jalloh-saken. Slike undersøkelser kan også fremstå paradoksalt med retten til privat liv⁷⁰ hjemlet i EMK art. 8. Henholdsvis urinprøve ved bruk av kateter og mageundersøkelser mot siktedes vilje for å innhente bevisdata er forbudt og anses rettsstridig⁷¹.

Straffeprosessloven har lovregulert tilfeller hvor politiet har fått myndighet til å foreta ransaking. Ransaking og fysiske undersøkelser av en person er hjemlet i strpl. § 195. Ransaking er undersøkelser av personens klær, væske eller ting på kroppen⁷² og reguleres av kap. 15 i straffeprosessloven. Straffeprosesskomiteen gir forhold som å lete etter en ring festet i håret, eller narkotika festet med tape i armhulen - altså gjenstander som fysisk kan beslaglegges som eksempler. Videre påpeker komiteen at legemsbesiktigelse går også inn under ransakingsbegrepet.⁷³

⁶⁶ Se Aall rettsstat og menneskerettigheter side 151

⁶⁷ Se Torgersen side 211

⁶⁸ Jf. HARUTYUNYAN v. ARMENIA

⁶⁹ Jf. SELMOUNI v. FRANCE, AKSOY v TURKEY og AYDIN v TURKEY

⁷⁰ Se pkt. 4.3.3 i oppgaven

⁷¹ Se Se påtaleinstruksen § 10-4 første ledd annet pkt.

⁷² Se jusleksikon med Jon Gisle

⁷³ Se Straffeprosesslovkomiteens innstilling side 251

Videre skal sondringen mellom tortur, umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling drøftes.

3.3.1 Tortur

Tortur er forbeholdt de mest ekstraordinære og oppsiktsvekkende etterforskningsmetoder hvor bruk av fysisk eller psykisk vold er benyttet. Førings av bevis ervervet ved tortur vil stride med vernet mot selvinkriminering. I SELMOUNI v. FRANCE hadde siktede vært utsatt for en avhørsmetode over flere dager og EMD uttalte at

*“the Court is satisfied that the physical and mental violence, considered as a whole, committed against the applicant’s person caused “severe” pain and suffering and was particularly serious and cruel. Such conduct must be regarded as acts of torture for the purposes of Article 3 of the Convention.”*⁷⁴

En dynamisk tolkning av EMK’s bestemmelser førte til at avhørsmetoden ble oppfattet som tortur i 1999. En slik avhørsmetode er også forbudt på intern rettslig grunnlag, jf. GrL. § 96 2. pkt.

En kan spekulere i om alvorlig kriminalitet som terrorisme, graverende narkotikakriminalitet - hvor gjenger er involvert og det er vanskelig å nå arkitektene bak gjengene-, barnedrap og masse mord kan rettferdiggjøre bruk av tortur under etterforskningen. Tanken her er at hensynet til kriminalitet ikke kan legitimere bruk av tortur.⁷⁵

I TOMASI v. FRANCE, GOCMEN v. TURKEY hadde klageren blitt fysisk og psykisk mishandlet under avhør, og det samme hadde skjedd i ASHOT HARUTYUNYAN v. ARMENIA. I sist nevnte sak var politiet ikke direkte involvert i innhenting av forklaringene, men en annen enhet sto for selve utføring av torturhendelser mot siktede. Krenkelse av taushetsretten ble fastslått i begge saker.

⁷⁴ Se para 105

⁷⁵ Se TOMASI v. FRANCE

Det hender at siktede påføres fysiske skader hvor vedkommende er pliktet etter loven å samarbeide med politiet under arresten. Dermed blir politiet nødt til å bruke tvang. EMD er nøysom med å konkludere bruk av tortur ved slike tilfeller. I KLAAS v. GERMANY brukte makt under arresten. Maktbruken var nødvendig i og med at siktede var svært urolig og brukte vold mot politiet. Siktede ble påført skader under arrestasjonen men krenkelse av art 3 var imidlertid ikke forekommet.

I HARUTYUNYAN v. ARMENIA hadde andre enn politiet selv stått for utføring av tortur. For å sikre rettsakens rettferdighet konkluderte EMD at samtlige selvinkriminerende bevis, ervervet etter torturhandlingene måtte avskjæres. Bruk av tortur i etterforskningen for å erverve bevis ble fullstendig avvist, selv om domfellelsen ikke var basert på det konkrete bevis. Det ble sagt i avsnitt 63 at

” The use of evidence obtained in violation of Article 3 in criminal proceedings raises serious issues as to the fairness of such proceedings. Incriminating evidence – whether in the form of a confession or real evidence – obtained as a result of acts of violence or brutality or other forms of treatment which can be characterised as torture should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3 of the Convention sought to proscribe or, in other words, to “afford brutality the cloak of law.”

Annet utfall ville legitimere bruk av torturmetoder, noe som er konvensjonsstridig.

3.3.2 Umenneskelig behandling og nedverdiggende behandling

Umenneskelig og nedverdiggende behandling knesetter seg for mindre graverende forhold enn torturtilfeller hvor mishandlingen har vært mindre alvorlig. Sondringen mellom tortur og

umenneskelig behandling går dit hen at graden av inngrepet avgjør hvor vidt gjeldende forhold dreier seg om det ene eller det andre.⁷⁶

For at en handling skal ha karakteren umenneskelig behandling, må et minimumsnivå⁷⁷ av alvor overskrides - hvor den påførte lidelse og smerte til klageren er mer enn det som er tillatt ved lovlig straff.⁷⁸ Behandlingen må ha vært forekommet over et lengre tidsrom og ha forårsaket enten legemsskade eller intens fysisk eller psykisk smerte.⁷⁹

Terskelen for ”a level og serenity” er relativt og avhengig av

*“all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.”*⁸⁰

Dermed er det ikke sagt at en hver tvangsbruk er lovstridig. Politiets inngrep kan være lovlig når inngrepet er hjemlet i akseptable motiver.⁸¹ Det er også blitt sagt at inngrepet skal være forholdsmessig.⁸² I JALLOH v. GERMANY avsnitt 68 ble det sagt at dersom inngrepet volder fare eller betydelig smerte for anklagede, vil forbudet mot umenneskelige behandling være overtrådt⁸³.

Et interessant tilfelle og anvendelse av art 3 var oppe i PRETTY v. THE UNITED KINGDOM. Klageren som var ei dødelig syk kvinne reiste sak mot myndighetene hvor hun mente at hun hadde vært utsatt for umenneskelige behandling. Hun ønsket en erklæring om straffrihet fra myndighetene om at hennes mann ikke ville bli strafforfulgt ved aktiv dødshjelp til henne. Klagen ble avvist av EMD men de fastslo at å gi eller ikke å gi smertefull behandling til noen, kan stride med art 3. Denne anvendelse av art. 3 var kanskje litt særegen. Men av betydning er at enhver handling uavhengig av dens karakter, hvor klageren mener å

⁷⁶ Se Sverre Erik Jebens Menneskerettigheter i straffeprosessen side 246

⁷⁷ ”a level of severity” jf. inter alia - Se IRELAND v UNITED KINGDOM para 162

⁷⁸ Se Aall rettstat og menneskerettigheter 2. utgave side 151

⁷⁹ Se LABITA v. ITALY para 120

⁸⁰ Se Mouisel v. France para 37

⁸¹ Aall side 152

⁸² Se kap 3.4.3

⁸³ Jf. også forutsetningene i YANKOV v. BULGARIA og VALASINAS v. LITHUANIA

ha blitt utsatt for nedverdiggjørende og umenneskelig behandling omfattes av bestemmelsen. EMD i avsnitt 52 fremhevet at:

“Ill-treatment’ that attains a minimum level of severity and involves actual bodily injury or intense physical or mental suffering... Where treatment humiliates or debases an individual showing a lack or respect for, or diminishing, his or her human dignity or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual’s moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3.... The suffering which flows from naturally occurring illness, physical or mental, may be covered by Article 3, where it is, or risks being, exacerbated by the treatment, whether flowing from conditions of detention, expulsion or other measures, for which the authorities can be held responsible”

Ved umenneskelig behandling av siktede, skal det foretas en helhetsvurdering av rettergangens rettferdighet⁸⁴ før en konkludere krenkelse av art. 3. I helhetsvurderingen vil momenter som tvangens karakter, betydning av beviset og siktedes mulighet til å utfordre beviset rettslig vektlegges.⁸⁵ Det er heller ingen krav om at myndighetene selv må ha utført den umenneskelige behandlingen.⁸⁶

Om grensene for umenneskelig behandling ble det i E.G IRELAND v UNITED KINGDOM para 162 sa at;

Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration and its physical or mental effects.

Domstolen la vekt på alvorlighet, lengden av inngrepet og virkningen av det. Empirisk sett kan det hevdes at umenneskelig behandling av mistenkte forekommer forholdsvis ofte.⁸⁷ I samtlige saker har EMD konkludert med at krenkelse av art. 3 under avhør vil føre til

⁸⁴ Torgersen synes å legge til grunn et slikt utgangspunkt – se side 213

⁸⁵ E.G. Ireland v United Kingdom

⁸⁶ Jf. Harutyunyan som gjaldt torturtilfelle

⁸⁷ Jf. SOYLEMES v. TURKEY, VAN DER VEN v. THE NETHERLANDS, YANKOV v. BULGARIA, JALLOH MOT GERMANY

bevisforbud. Således vil føring av bevis under slike forhold være uforenlig med en “*fair trial*”.

3.3.3 Forholdsmessighetskravet mellom mål og middel etter art

Problemstillingen her er om det stilles krav til forholdsmessighet mellom mål og middel – altså den konkrete betydningen av ervervet bevis og tvangsbruken for å skaffe beviset i saken? I den såkalte helhetsvurderingen vil flere elementer være av betydning for sakens utfall. Proporsjonalitetsprinsippet i forvaltningsretten tilsier at et lovregulert inngrep fra myndighetene ikke skal være større enn nødvendig. Statene er altså forpliktet til å velge en mindre inngripende form for inngrep i borgernes rettigheter.⁸⁸

I *JALLOH v. GERMANY* hadde politiets behandling av siktede ikke vært ulovlig etter tysk rett. EMD slo imidlertid fast at behandlingen av klageren var umenneskelig. Det ble sagt at dersom et inngrep volder fare eller anselig smerte for siktede, vil forbudet mot umenneskelig behandling kunne være overtrådt. Domstolen konstaterte krenkelse av art 3 ved betydelig tvangsbruk før de la vekt på forholdsmessighetsprinsippet. De interessene samfunnet hadde i å bekjempe et så lite narkotikalovbrudd måtte tape for klagerens integritet.⁸⁹ Med et slikt utgangspunkt lagt til grunn kan det påstås at et hvert fysisk integritetsangrep som går lenger enn nødvendig, er en umenneskelig behandling av vedkommende - således vil faren for selvinkriminering alltid være overhengende.

3.4 Bevis ervervet i forvaltningsrettslig sammenheng

Det hender at en person forklarer seg for et forvaltningsorgan i en konkret sak, og senere reises det tiltale mot vedkommende. Spørsmålet er om bruk av forklaringene gitt til forvaltningsorganet i en senere straffesak, strider med siktedes taushetsrett?

⁸⁸ Prinsippets kjerne fremgår av EMK artiklene 8 til 11

⁸⁹ Se avsnitt 97

Taushetsretten i EMK 6 nr 1 melder seg utelukkende når vedkommende er allerede ”charged”⁹⁰ – altså når en siktelse er reist.⁹¹ Etter forholdene foreligger imidlertid ingen siktelse ved det tidspunktet forklaringene blir gitt til forvaltningsmyndighetene, men ved et senere tidspunkt.

Det er ingen særskilt hjemmel i norsk rett for å avskjære forklaringer gitt til forvaltningsmyndigheter som bevis. En må se nærmere på rettspraksis for å kartlegge rammene rundt temaet. Forutsatt at hensikten med et pålegg om opplysningsplikt fra forvaltningsmyndighetene, er bruk av opplysningene i en straffesak, kan det spørres om, pålegget krenker taushetsretten? Det formodes at taushetsretten vil bli krenket dersom pålegget har preg av straff⁹², samt siktede sanksjoneres på grunn av forklaringsnekt⁹³ etter at siktelsen er reist. I SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM var forklaringene gitt før straffesiktelsen. Bruk av forklaringene i en senere sak var konvensjonsstridig. Forklaringene inkriminerte klageren og hadde spilt en hovedrolle i straffefellelsen.

Ved spørsmålet om bruk av forklaringer gitt til forvaltningsmyndighetene i en senere straffesak mot den som har meddelt forklaringene, vil hensynet til opplysningsplikten utfordrer hensynet til siktedes taushetsrett. Noen av våre forvaltningsmyndigheter har fått selvstendig hjemmel til å undersøke og forfølge straffbare handlinger. Krenkelse av vernet mot selvinkriminering beror på momenter som tidspunktet for straffesiktelse, art og karakter⁹⁴ av meddelte opplysninger, alvoret, karakter og graden av utført press⁹⁵ mot siktede. Videre blir det benyttet rettspraksis til å belyse temaet nærmere.

En krenkelse av taushetsretten hender kun når forklaringene ikke er tilgjengelig gjennom andre mulige kilder, jf. også kravet om årsakssammenheng. I Rt. 1994-610 var spørsmålet, hvorvidt forklaringer avgitt til kontrollorganet i prisdirektoratet under lovbestemt forklaringsplikt, kunne brukes i en etterfølgende straffesak. En person hadde oppgitt opplysninger til prisdirektoratet under forklaringsplikt, og ble senere tiltalt for ulovlig

⁹⁰ Et autonomt begrep jf. engelkriteriene

⁹¹ Se JANOSEVIC v. SWEDEN 91

⁹² Jf. begrepets definisjon iht. Engel-kriteriene

⁹³ Jf. Funke v. France som gjaldt fremlegging av dokumenter etter at det forelå siktelse

⁹⁴ JALLOH v GERMANY avsnitt 98

⁹⁵ JALLOH v GERMANY avsnitt 101

prissamarbeid. Høyesterett mente imidlertid at det var en saksbehandlingsfeil å legge frem forklaringene under hovedforhandlingen, men denne feilen var imidlertid ikke avgjørende for rettergangens rettferdighet. Det ble sagt at dokumenter og bevis som eksisterer uavhengig av den tiltaltes vilje, kan legges frem i saken uten å krenke vernet mot selvinkriminering. De la blant annet vekt på den beskjedne betydningen forklaringene hadde for skyldspørsmålet samt at dokumentene eksisterte uavhengig av tiltaltes vilje.

Saksforholdet i SAUNDERS v. THE UNITED KINGDOM var hvorvidt vernet mot selvinkriminering var krenket som følge av bruk av forklaringene. Saunders hadde under lovpålagt plikt meddelt informasjon til inspektører i det britiske handels- og industridepartementet. Under en etterfølgende straffesak mot Saunders ble forklaringene opplest, noe Saunders ikke ønsket. EMD fant at forklaringene i Saunders-tilfelle var brukt ”in a manner which sought to incriminate the applicant”⁹⁶. EMD uttalte at det dreide seg om ”such a marked departure from one of the basic principles of a fair procedure”.⁹⁷

Selvinkrimineringsforbudet var krenket på grunn av måten forklaringene ble brukt på i saken.

Videre anses tvangens omfang og karakter å ha en viss betydning. Ikke enhver straffesanksjonert forklaringstvang fremstår konvensjonsstridig, og tvangen må representere tilstrekkelig grad straffetrussel for siktede før den kan sette selvinkrimineringsforbudet i fare.⁹⁸ Videre er det antatt at frivillig gitte opplysninger kan brukes i en senere straffesak. EMD inviterer til å foreta en helhetsvurdering av selvinkrimineringsspørsmålet, hvor måten forklaringene er brukt på vil være avgjørende.

I FUNKE v. GERMANY var Funke bøtelagt for å nekte å fremlegge konkrete opplysninger som kunne true selvinkrimineringsforbudet. Dokumentene kunne føre til brudd på tysk valuta- og tollbestemmelser, og kunne stille Funke straffansvarlig. EMD uttalte at det å kreve

⁹⁶ Se avsnitt 72

⁹⁷ Se avsnitt 74

⁹⁸ Forutsetningene i O'HALLORAN AND FRANCIS avsnitt 58; her var det tale om beskjedne bot og ikke streng straff

selvinkriminerende dokumenter fra Funke ved å sanksjonere han og ilegge han tvangsmulkt, var en krenkelse av taushetsretten, jf. art. 6 nr 1.

Skatteretten og skattepliktig inntekt bygger på et tillitsforhold mellom borgerne og myndighetene. En kan straffes for uriktige eller ufullstendige opplysninger meddelt skattemyndighetene om sin inntjening, ligningsloven §§ 12-1 og 12-2 og merverdiavgiftsloven § 72 første ledd. Straffpålagte bestemmelser kan tvinge en person til å oppgi korrekt informasjon. Skattemyndighetene skal ha anledning til å beregne riktig skatt for borgerne. En slik forholdsmessig lovpålagt forklaringstvang kan ikke sies å krenke taushetsretten, men det kan hende at en blir pålagt tilleggsskatt som straff for nekt av å oppgi korrekt informasjon. Spørsmålet er om tilleggsskatt kan berøre den involvertes taushetsrett? Svaret ble nei i Rt. 2000 side 996 på grunn av at tilleggsskatt var begrunnet i hensynet til en effektiv og formålstjenlig forvaltning av samfunnets fellesinteresser. Norsk rett pålegger i mange tilfeller borgerne en straffesanksjonert forklaringsplikt overfor administrative tilsyns- og kontrollmyndigheter.⁹⁹ Formålet bak lignende bestemmelser er antageligvis behovet for kontroll av samfunnets fellesinteresser. En slik sanksjonering må være tillatt uten at selvinkrimineringsforbudet berøres.

Spørsmålet om adgangen til å sanksjonere opplysningsplikt ble drøftet i O'HALLORAN and FRANCIS v. UK. Vernet mot selvinkriminering ifht straffesanksjonert opplysningsplikt relativiseres i O'HALLORAN and FRANCIS v. UK.¹⁰⁰ I første dommen var klageren etter britisk veitrafikklov forpliktet til å oppgi opplysninger om hvem hadde kjørt bilen hans. Klageren nektet det og fikk tre prikker i førerkortet sitt og ble bøtelagt. EMD nevnte ikke vesentlige samfunnsinteresser for å følge forbrytelsen men la vekt på det generelle offentliges kontrollbehov. Tanken er at den som kjører bil, har indirekte akseptert visse forpliktelser som opplysningsplikt overfor veitrafikkmyndighetene, jf avsnitt 57. Når slike hensyn melder seg, åpner EMD tydeligvis et rom for aksept av straffsanksjonerte opplysninger. Ved vurdering av krenkelse av taushetsretten ville EMD legge vekt på

⁹⁹ Se NOU 2003: 15 s.96-98

¹⁰⁰ Se også LUCKHOF and SPANNER v. AUSTRIA

“the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and to the use to which any material so obtained was put.”¹⁰¹

4 Taushetsrettens rekkevidde ved særlige typetilfeller i norsk rett

I dette kapittel behandles aktuelle tilfeller av beviserverv som kan forekomme i norsk rett.

4.1 Bevis ervervet ved skjult avhør

Bevis ervervet ved skjult avhør er et omfattende tema som har vært til behandling i Høyesterett ved flere tilfeller. Utgangspunktet er fortsatt at mistenkte har krav på å få vite at han ikke har plikt til å forklare seg, jf. stprl. §232. Kravet vil ikke være oppfylt når forholdet gjelder skjult avhør av mistenkte. Mistenkte blir normalt sett narret til å forklare seg til en anonym person som opptrer på vegne av politiet. Det store spørsmålet er om føring av bevis ervervet ved skjult avhør vil krenke siktedes taushetsrett? Ved et slikt tilfelle vil begrepet provokasjon melder seg. Provokasjonsbegrepet behandles ikke nærmere, i og med at oppgavens ramme vil sprenges.

Bevisføring ved skjult eller fordekt avhør er nok avhengig av i hvilke stadiet i saken er avhøret foretatt? Av betydning er hvorvidt det skjulte avhøret skjedde for å innhente bevis av allerede begått kriminalitet, eller for å fremprovosere ny straffbar handling.¹⁰² Ved tilfeller hvor en tredjepart bidrar politiet under etterforskningen, kan bevispåliteligheten¹⁰³ og manglende notoritet¹⁰⁴ føre til bevisforbud. Videre er det klart at informasjon om retten til taushetsrett er et absolutt og reelt krav.¹⁰⁵ Skjult avhør kan også krenke retten til privatliv i EMK art 8. Etter straffeprosessloven kap. 16a vil avlytting og andre etterforskningsmetoder ved av bruk kommunikasjonsmidler generelt ikke reiser problemer ifht selvinkrimineringsforbudet – forutsatt at lovens grenser ikke overskrides. Politiet skal opptre

¹⁰¹ Para 55

¹⁰² Se Hopsnes, provokasjon som politimetode side 68

¹⁰³ Jf. Rt 2000-1482

¹⁰⁴ Det forutsettes i Rt 2000-1223(1231)

¹⁰⁵ Jf. Rt 1999-1269

passivt ved skjult avhør for at selvinkrimineringsforbudet¹⁰⁶ ikke skal krenkes. De kan altså ikke aktivt og skjult ta til handling for å domfelle mistenkte, jf strpl. §232 første ledd.

Spørsmålet her er bruk av ervervet bevis i en senere rettssak enn da beviservervet forekom? I Rt. 1999-1269 hadde politiet opptrådt fordekt ved brukt en informant til å erverve bevis om medvirkning til rømning av en fange fra fengsel. Høyesterett på side 1271 uttalte at

”Det er et grunnleggende rettsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse.”

Ikke enhver form for bevissamling kolliderer med selvinkrimineringsforbudet, og ikke enhver form for påvirkning medfører bevisføringsforbud. Forutsetningen er at påvirkningen må ha hendt i strid med siktedes ønske om å forklare seg¹⁰⁷ og om forklaringene har fremkommet valgfritt. Avgjørende vil også være om politiet har forlokket siktede til samtalen¹⁰⁸, og om siktede har blitt utsatt for psykisk press til å forklare seg, jf. Allan mot Storbritannia. Intrikate problemstillingen tilknyttet fordekt avhør kan reises ved bruk av privat personer¹⁰⁹ eller når et opptak skjer i privat regi. Torgersen utelukker selvinkrimineringsproblematikken når opptaket er forekommet i privat regi.¹¹⁰

Andre momenter av betydning er hvorvidt siktede er frihetsberøvet, og om den straffbare handlingen er avsluttet eller i ferd med å skje før fordekt avhør foretas. En kan neppe generelt påstå at taushetsretten vil bli krenket ved fordekt avhør hvor siktede allerede er fengslet, men det har en viss betydning om siktede allerede har forklart seg om saken, og avhøret tilsikter å narre siktede til å forklare seg. Ved slik opptreden er det nærliggende å påstå at politiet vil omgå forbudet mot selvinkriminering, jf. Rt. 2000-1345.

¹⁰⁶ Rt 2000-1345 og WOOD V. ENGLAND

¹⁰⁷ Jf. TEXEIRA DE CASTRO v. PORTUGAL para 39

¹⁰⁸ Rt 1999-1269

¹⁰⁹ Se Helgas mot Tsjekkia

¹¹⁰ Se side 276

Det kan nok hende at mistenkte ved ren forsømmelse har meddelt opplysningene til politiet, eller at han frivillig gir informasjon til et familiemedlem eller en tredjeperson. Lignende tilfeller vil nok ikke krenke taushetsretten i og med at beviservervet er ikke motivert av politiets involvering. EMD stiller imidlertid ikke absolutt forbud mot bruk av skjult avhør, og legger til grunn at bruk av slik etterforskningsmetode beror på en helhetsvurdering av forholdene rundt det skjulte avhøret.¹¹¹ Grensene for bevisføring ved skjult avhør beror på en helhetsvurdering av saken, men utgangspunkt er utvilsomt at mistenktes rett til å tie skal under ethvert forhold respekteres.

4.2 Ervervet bevis ved ulovlig frihetsberøvelse av siktede

Frihetsberøvelse reguleres av stprl. Kap 14 og EMK art 5.¹¹² Spørsmålet her er om bevisføringsadgangen når tvang i form av ulovlig fengslingen har resultert i forklaringer som siktede ellers ikke ville ha meddelt. Utgangspunktet er at erverv av opplysninger ved bruk av ulovlig frihetsberøvelse hvor mistenkte utsettes for en viss ytre påvirkning er i kjernen av selvinkrimineringsforbudet. Den ulovlige frihetsberøvelsen kan være tvangsbruk i relasjon til stprl. § 92 annet ledd. Det forutsettes årsakssammenheng mellom avgitt forklaring og frihetsberøvelsen. Eksemplet er at politiet frihetsberøver mistenkte samt presse han til å meddele opplysningene.¹¹³ Mistenkte skal få vite hva saken gjelder¹¹⁴ samt informasjon om taushetsretten iht. stprl. § 90.

Ikke enhver form for forklaringspress er ulovlig. Lovligheten vil være avhengig av arten, graden og lengden av presset. Samtlige forklaringer ervervet ved ulovlig frihetsberøvelse av mistenkte for å presse han til å snakke, vil være konvensjonsstridig, jf drøftelse om selvinkrimineringsforbudet i kap 3.

Det er antatt at selve fengsling av mistenkte for å stille vedkommende til avhør, gjør selve avhøret ulovlig.¹¹⁵ Et annet spørsmål er bevisavskjæring ved ulovlig frihetsberøvelse på

¹¹¹ Jf. forutsetningene i ALLAN v. THE UNITED KINGDOM

¹¹² Fengsling foretas dersom kravene i §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er oppfylt

¹¹³ Se Torgersen side 363

¹¹⁴ Jf. forutsetningene i stprl § 232 første ledd og påtaleinstruksen § 8-1 første ledd

¹¹⁵ Se Torgersen side 367

selvstendig grunnlag – hvor det er ikke forekommet forklaringspress? Torgersen¹¹⁶ legger til grunn at ved langvarig ulovlig frihetsberøvelse må bevise avskjæres. Tanken bak er antagelig tvil ved bevispåliteligheten i lys av selvinkrimineringsforbudet. Mann vil være usikker på hvorvidt den ulovlige frihetsberøvelsen har påvirket siktede.

Avslutningsvis kan det konkluderes at grensene for bevisføringsadgangen ved frihetsberøvelse må vurderes etter en helhetsvurdering.

4.3 Provokasjonstilfeller

Det forekommer ikke sjeldent at politiet eller en som opptrer på vegne av politiet, benytter metoder med såkalte provokasjonstilsnitt for å påvirke hendelsesforløpet til den straffbare handlingen. Provokasjon anses som en utenrettslig¹¹⁷ etterforskningsmetode, hvor rettens bistand ikke søkes. Provokasjon er en ulovfestet¹¹⁸ straffefritaksgrunn.

Provokasjon under etterforskningen benyttes ofte for å sikre bevis som ellers ville ha vært vanskelig å erverve. Det er en effektiv etterforskningsmetode som medfølger visse rettslige problemstillinger i forhold til den utsatte, samt andre konsekvenser for provokatøren som faller utenfor oppgavens tema.

Provokasjon tradisjonelt sett inndeles i tiltaleprovokasjon¹¹⁹ og bevisprovokasjon.¹²⁰

Provokasjon kan etter forholdene være lovlig eller ulovlig. Lovlig provokasjon hender som avvergende og forebyggende element i forbindelse med ikke foregått straffbar handling, eller som reddende element som drøftes i saken om Munch-maleriet “Skrik”.

¹¹⁶ Se side 370

¹¹⁷ Se Andenæs Norsk Straffeprosess 4. utgave side 252

¹¹⁸ Jf. forutsetningen i Rt. 1992-1088, Rt. 1913. 750, Rt. 1978-1428

¹¹⁹ Jf. Rt 1999-1269

¹²⁰ Se Hopsnes, Provokasjon som politimetode side 65

I norsk rett distingveres mellom bevisprovokasjon og tiltaleprovokasjon. Før en etterforskningsmetode kan betegnes som provokasjon, er det av stor betydning å skille mellom henholdsvis etterforskning av allerede begått kriminalitet og kontroll samt håndtering av handlingen som fører til en straffbar gjerning. Det første er bevisprovokasjon mens det andre betegnes som tiltaleprovokasjon. Den tidsmessige sonderingen er av substansiell betydning for tiltalte – altså hvorvidt provokasjonen har fremkommet før eller etter den straffbare handlingen. Provokasjonsbegrepet assosieres hovedsakelig med tiltaleprovokasjon. Av betydning for oppgavens tema er forholdet mellom bevisprovokasjon og taushetsretten. Sagt annerledes; under hvilke forhold vil overskridelse av reglene om bevisprovokasjon krenke taushetsretten?

Bevisprovokasjon eller bevissikringsprovokasjon¹²¹ omfatter forhold hvor politiet påvirker eller fremkaller tiltalte til å angi bevis for en straffbar handling som allerede er begått.¹²² Eksemplet er når politiet avlytter en telefon, for å skaffe seg bevis for at tiltalte er i besittelse av våpen i forbindelse med et ran. Politiet kan neppe påvirke tiltaltes straffeskyld ved bevisprovokasjon, i og med at hendelsesforløpet og gjerningstidspunktet for straffbarheten ligger forut for politiets rekkevidde. Enhver fremprovoserende handling hvor tiltalte begår kriminalitet som ellers ikke ville funnet sted, er ulovlig provokasjon og bevis ervervet som følge av det blir nektet ført for retten.¹²³ Spørsmålet her er om slike fremprovoserende handlinger er selvinkriminerende?

Tilfeller ved bevisprovokasjon kan reise spørsmålsteget ved siktedes ønske om å forklare seg. Beviset blir innhentet uten tiltaltes viten om bevisopptaket og informasjon om taushetsretten, jf. stprl. § 230 første ledd. Ved provokasjonstilfeller er det fundamentalt for krenkelse av selvinkrimineringsforbudet og bevisforbudsspørsmålet om politiet har opptrådt passivt eller aktivt¹²⁴, samt om mistenkte er blitt forlokket til å begå den straffbare handlingen.

¹²¹ Jf. Rt 2000-1345 og Rt.2000-1223

¹²² Se Hopsnes provokasjon som politimetode side 21, Torgersen side 256

¹²³ Jf. Rt 2006-120

¹²⁴ Se Rt. 2000-1223 (side 1227)

Mistenktes taushetsrett i provokasjonstilfellet ble i Rt 1999-1269 side 1273 beskrevet som et grunnleggende rettsstatsprinsipp, jf. SP art. 14 nr. 3 bokstav g, jf. artikkel EMK. art. 6 nr 1. Det blir blant annen uttalt at *slike fremgangsmåter ved å opptre fordekt, er i strid med taushetsretten. Mistenktes rett til å forholde seg taus blir ikke holdt i tilstrekkelig grad.*¹²⁵ Dersom taushetsretten skulle ha reell betydning, måtte resultatet blir avskjæring av beviset.

Årsakssammenheng mellom selvinkriminerende etterforskning og erverv av beviset ble vektlagt i KLASS AND OTHERS v. GERMANY. Forutsetningen var at siktede måtte ha vært påvirket av den selvinkriminerende etterforskningsmetode, men ikke enhver form for påvirkning kan heller medføre bevisføringsforbud. Påvirkningen må krenke siktedes taushetsrett. Avgjørende vil også være om politiet har forlokket siktede til samtalen¹²⁶ for å inkriminere vedkommende.¹²⁷ Intrikate problemstillingen tilknyttet selvinkrimineringstemaet kan reises ved bruk av privat personer¹²⁸ eller når et opptak skjer i privat regi. Torgersen utelukker selvinkrimineringsproblematikken når opptaket er forekommet i privat regi.¹²⁹

4.4 Rekkevidden av vernet mot ulovlig bruk av tvang; såkalte dominobevis

Det kan hende at politiet erverver sekundærbevis gjennom første beviset som ble skaffet ved krenkelse av taushetsretten. Spørsmålet herunder er adgangen til bevisføring av sekundærbeviset? Bevisene kan etter forholdene forekomme i en bevisskjede – altså rekkefølge vis hvor det første beviset fører til beslag av andre bevis.

Det konstateres at andre beviset kan etter forholdene være både lovlig og ulovlig ervervet. Adgangen til å føre lovlig- eller ulovlig bevis reguleres av prinsippet om fri bevisføring som faller utenfor avhandlingens tema. Det såkalte dominobevis som kapitlet omhandler, kan beskrives som rekkevidden av vernet mot ulovlig bruk av tvang ved beviserverv. Det kan hende at politiet gjennom selvinkriminering innhenter opplysninger om et ran, hvor de finner ledetråd til ytterligere bevisdata om annen straffbar handling.

¹²⁵ Jf. Rt 2000-1345

¹²⁶ Jf. Rt 1999-1269

¹²⁷ Jf. Rt 2000-1223

¹²⁸ Jf. HELGAS v Czech Republic

¹²⁹ Se side 276

Annet eksempel er at politiet ved selvinkriminering legger beslag på en stjålet PC, hvor opplysninger om økonomisk kriminalitet fremkommer. Spørsmålet er da om sekundærbeviset skal nektes ført for retten, med den begrunnelse at sekundærbeviset er et direkte resultat av første beviset? Sekundærbeviset er bevis som må vurderes på grunnlag av rettslige normer om bevisføring. Det finnes ingen bestemmelser som regulerer sekundærbeviset i norsk rett, men temaet har vært til behandling hos EMD. Det er altså lettere å tenke seg at dominoeffekten får virkning ved alvorlige krenkelsers av siktedes interesser. Således kan svaret kan være mer klart når sekundærbeviset er ervervet ved krenkelse brudd på EMK art 3.

Forholdet kan fortone seg slik at politiet ved å mishandle mistenkte, kommer på sporing av en bil. Bilen beslaglegges og det blir funnet et drapsvåpen som har blitt benyttet i et ran. Spørsmålet er om politiet kan bruke drapsvåpenet som bevis i en rettssak mot tiltalte? Hensynene bak art 3 og Grl. § 96 annet pkt. taler for å avskjære slikt beviserverv. Bestemmelsene utelukker ethvert bruk av tortur for å erverve bevis. Forebyggende hensyn, hensynet til bevispålitelighet, hensynet til beskyttelse mot rettighets- og interessekrenkelse og lovformelighetshensynet taler for avskjæring av sekundærbeviset når primærbeviset er innhentet ved tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling, jf EMK art. 3.

I *GAFGEN v. GERMANY* presumeres at bevis som er indirekte resultat av tortur eller umenneskelig behandling avskjæres. Saken gjaldt en drapssak hvor klageren hadde blitt utsatt for tortur og umenneskelig behandling av tysk politi for å fortelle hvor en avdød gutt befant seg. Spørsmålet i saken var hvorvidt føring av ervervet forklaringer ved brud på artikkel 3, krenket art 6 nr 1, jf. forbudet mot selvinkriminering. EMD nektet føring av både siktedes forklaringer i saken, og samtlige bevis ervervet som følge av siktedes forklaringer - så kalte dominobevis.

Det ble sagt at

“there was a strong presumption that the use of items of evidence obtained as the fruit of a confession extracted by means contrary to Article 3 rendered a trial as a whole unfair in the same way as the use of the extracted confession itself”¹³⁰

EMD gikk så langt som å si

“that even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned.”¹³¹

Gafgen ble imidlertid dømt for saken basert på

“the applicant's second confession at the trial which – alone or corroborated by further untainted real evidence – formed the basis of his conviction for murder and kidnapping with extortion and his sentence.”¹³²

Adgangen til bevisføring av sekundærbeviset beror på en helhetsvurdering, hvor prinsippet om fri bevisføring og integritetshensynet til siktede konkurrerer mot hverandre.¹³³

5 Øvrige forhold av betydning for bevisforbudsspørsmålet

I det videre skal jeg behandle aktuelle tema som har betydning i vurderingen av selvinkrimineringsspørsmålet og bevisføringsadgangen.

5.1 Generelt om reelle bevismidler

Spørsmålet om taushetsretten og selvinkriminering hender hovedsakelig i forbindelse med forklaringer og tinglige eller reelle bevismidler. Reelle bevismidler¹³⁴ er slike som kroppsundersøkelse av mistenkte, dokumentbevis¹³⁵, et drapsvåpen eller et middel som er blitt brukt ved en straffbar handling. Bruk av lignende etterforskningsmetoder kalles

¹³⁰ Se avsnitt 147

¹³¹ Jf. avsnitt 87

¹³² Se avsnitt 180

¹³³ Se kap. 1.3 og 1.4

¹³⁴ Tvl. § 26-1 definerer realbevis som personer og alle typer gjenstander som er informasjonsobjekt i saken

¹³⁵ Se stprl. § 179

granskning i straffeprosessloven.¹³⁶ Retten skal foreta granskning iht. straffeprosesslovens kap. 12. Lignende beviserverv kan etter forholdene reiser spørsmål knyttet til krenkelse av siktedes taushetsrett - i og med at tiltalte etter norsk lov er pliktet til å ta undersøkelser som kan inkriminere vedkommende.

Hjemmelen til å foreta kroppslig undersøkelser fremgår av stprl. § 157 og regelen kan nok stride med retten til privatliv i EMK art 8. Retten til privatliv kan innskrenke adgangen til granskning, ransaking og etterforskningsmetoder som berører privatlivet til siktede. Bruk av tvangsbruk må være forankret i loven, nødvendig i et demokratisk samfunn og forholdsmessig.¹³⁷ Spørsmålet om rekkevidden om legemsundersøkelser begrenses av undersøkelser som innebærer umenneskelig behandling av siktede, jf EMK art 3.

I den grad reelle bevis gjelder dokumenter, er det nærliggende å påstå at det er innholdet i dokumentet som kan krenke taushetsretten. Politirapporter, mistenktes tidligere avgitte forklaringer til forvaltningen eller referat av siktedes tidligere forklaringer i saken kan nevnes som eksempel.

5.1.1 Innhenting av reelle bevismidler og dokumentbevis ved tvang mot andre enn siktede

Selvinkrimineringsspørsmålet og brudd på taushetsretten kan også omfatte det trivielle at reelle bevismidler erverves gjennom andre tenkelig ledd enn siktede selv – siktedes nærstående eller venner. En kan forestille seg mange tenkelige beviservervsmåter ved bruk av tvang mot andre enn siktede. Muligheten for at siktedes nærstående, familiemedlemmer og venner kan bli utsatt for psykisk eller fysisk tvang er alltid til stede. Spørsmålet herunder er under hvilke omstendigheter vil siktedes taushetsrett være brudd og bevisspørsmålet som følge av det?

¹³⁶ Se Andenæs Norsk Straffeprosess 4. utgave side 163

¹³⁷ Se Prop. 49 L (2010–2011) pkt. 3.3.2.2

Begrepet andre enn siktede kan assosieres med vitner i saken. Videre er det ingen tvil om at bevis ervervet ved brudd på stprl. § 122 blir avskåret på selvstendig grunnlag. Mulige tilfeller er at beviset hentes ved ulovlig ransaking av eiendeler til siktedes nærstående, og spørsmålet er om slikt beviserverv krenker selvinkrimineringsforbudet. Utgangspunktet må fortsatt være det fundamentale prinsippet om fri bevisføring for retten. Verken siktede eller hans nærstående utsettes for direkte tvang ved lignende etterforskning. Det er nærliggende å anta at beviset vil kunne bli ført for retten i og med at selvinkrimineringsforbudet ikke blir krenket.

Andenæs nevner vitneføring av hotellbetjening i straffesak mot hotelleierens ulovlig skjenking av alkohol. Eller vitneføring av gjengmedlemmer i narkotikagrupper mot hovedmannen i organisasjonen. Det er nærliggende å påstå at en slik bevisføring ikke vil krenke selvinkrimineringsforbudet og forholdet reguleres ikke av loven heller.

Ved tilfeller hvor siktede betror vitne ved å fortelle vedkommende om begått straffbar handling, og vitne velger å meddele informasjonen til politiet, kan vitne ikke påberope seg taushetsretten til siktede. Det kan sies slik at det var et feil valg fra siktede å fortelle om forholdet til den nærstående. Siktede har for eksempel foregrip seg på et barn og forteller om det til sin egen kone for at han plages psykisk med faktumet og vil snakke om det med noen. Kona hans velger deretter å fortelle om forholdet til politiet. Selvinkrimineringsforbudet og taushetsretten vil ikke kunne hindre føring av konas forklaringer for retten.

Andre tenkelige måter er å utnytte menneskelige relasjoner ved å utsette siktedes nærstående for tvang for å få siktede til å tilstå. I *BILGIN v. TURKEY* hadde huset til mistenktes nærstående blitt brent ned for å skremme siktede for å snakke om tiltalen. Metoden er preget av en mental lidelse for siktedes nærstående, som foranlediger selvinkriminering av siktede. EMD argumenterte at lignende beviserverv

“have caused the applicant suffering of sufficient severity for the acts of the security forces to be categorised as inhuman treatment”.¹³⁸

¹³⁸ Se para 103

Det er nevneverdig å påpeke at pressen kan også utrette seg mot siktedes eiendeler og ikke direkte mot hans legeme. Konklusjonen ender dit hen at bruk av bevis ervervet i strid med art. 3 i form av umenneskelig og nedverdiggjørende behandling av siktede er uforenlig med en rettferdig rettergang¹³⁹, uavhengig av bevisets vesentlighet. En umenneskelig og nedverdiggjørende behandling av siktede forekommer ved å utsette hans nærmeste for psykisk, fysisk eller økonomiske påkjenninger. Eksemplet på økonomisk tvang er når politiet krever et stort beløp fra siktedes nærstående for at siktede skal snakke. Videre anses det innestått at rettsakens rettferdighet er et absolutt krav ved bevisføringen.

5.2 Det offentlige behov for kontroll

Det er nærliggende å påstå at i et moderne samfunn må forvaltningsorganer kunne ha adgang til å regulere deres fagområde for at samfunnet skal fungere forsvarlig. Feltene reguleres hovedsakelig av vår spesiallovgivning. Eksempelvis har skattemyndigheten et åpenbart behov for å kontrollere skattebetalernes skatteoppgjør, politiet må ha adgang til å kunne regulere trafikkreglene eller at NAV må ha anledning til å følge med på trygdesvindler.¹⁴⁰ Det behovet offentlige forvaltningssektorer har, fremstår som en sentral del av vår demokrati. Spørsmålet er om plikt til å oppgi ønskede informasjon til det offentlige kan sies å kolliderer med selvinkrimineringsforbudet?

I *WEH v. AUSTRIA* var bileieren straffet for å nekte meddelelse av informasjon om hvem som hadde kjørt bilen. EMD argumenterte at selvinkrimineringsforbudet ikke var absolutt¹⁴¹ og at konklusjon fra siktedes taushets kunne tas fra domstolene.¹⁴² Selvinkrimineringsforbudet var ikke krenket og forbudet strakk ikke dit hen hvor klageren utelukkende var

*“required to state a simple fact – namely who had been the driver of his car.”*¹⁴³

Det virker som om EMD la vekt på samfunnets interesse i å ha rettslige normer som regulerer trafikkreglene. Hvorvidt et slikt utgangspunkt kan forsvares i lys av taushetsretten er et

¹³⁹ Se *HARUTYUNYAN v. ARMENIA*

¹⁴⁰ Se for eksempel ligningsloven § 12-1 nr. 1 d, konkuranseloven § 24

¹⁴¹ Se avsnitt 46

¹⁴² se *MURRAY v. THE UNITED KINGDOM*

¹⁴³ Se avsnitt 54

dilemma som like godt kan resultere i krenkelse av selvinkrimineringsforbudet. Dommen var dissens og mindretallet bygde begrunnelsen på at det var en hypotetisk tanke at klageren ville bli straffeforfulgt samt at selvinkrimineringsforbudet ikke aktiviseres utelukkende ved risiko for etterforskning – faren må være reell.¹⁴⁴

Statens kontrollbehov ble vektlagt fra flertallet. Statenes kontrollbehov kan også tale for opplysningsplikt uten at selvinkrimineringsforbudet berøres. EMD i O'HALLORAN AND FRANCIS uttalte at

” Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom, these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion. ”

Statens kontrollbehov var igjen utslagsgivende i domsbegrunnelsen.

5.3 Nærmere om karakteren og omfanget av brudd på taushetsretten

Som tidligere nevnt vil ervervet bevis som følge av brudd på art. 3 være uforenlig med selvinkrimineringsforbudet, jf. art. 6 nr 1. EMD har fastslått krenkelse av taushetsretten når beviset innhentes ved tortur eller umenneskelig behandling i og med at siktedes informasjonsbeherskningsrett anses å være påvirket i så vesentlig grad at bevisets pålitelighet fremstår usikker, jf. Jallohsaken.¹⁴⁵

I den tidligere omtalte O'HALLORAN AND FRANCIS la EMD til grunn at terskelen for krenkelse var avhengig av karakter og graden av tvangsbruken, og måten de ervervet bevisdata ble benyttet. Det ble sagt at ikke alle former for tvang med det formål å frembringe selvinkriminerende bevisdata, krenket taushetsretten. Dette bærer budskap om at

¹⁴⁴ Se avsnitt 45

¹⁴⁵ Se kap 3.3

taushetsretten ikke er absolutt.¹⁴⁶ Bevisene i saken gjaldt momenter av betydning for straffespørsmålet men uten at straffeansvaret var bygd på gjeldende selvinkriminerede bevis. Grensene for hva slags bevis kan føres uavhengig av taushetsretten er nok mer subtile, og kan ikke trekkes generelt. Taushetsretten var ikke krenket når ønskede opplysninger gjaldt en mindre graverende strafforhold. Faren for selvinkriminering i saken var ikke reell, og klageren kunne oppgi en annen fører av bilen enn han selv.¹⁴⁷

I *SERVES v. FRANCE* var klageren en soldat i franske hæren og som måtte vitne i saken etter fransk rett. Han nektet det og ble bøtelagt for å nekte å avlegge ed samt forklare seg til en etterforskningsdommer. Taushetsretten var ikke krenket i og med at eden intenderte å forsikre retten om at samtlige forklaringer i fra klageren måtte være sannferdig, og ikke hadde til hensikt å inkriminere klageren. Det virker som om tidspunktet da risikoen for selvinkriminering oppsto var også vesentlig ved domfellelsen av Serves ved krigsdomstolen. Eden ble altså krevd *før* selvinkrimineringsspørsmålet meldte seg. EMD i avsnitt 42 uttrykte at *SERVES*

” was nevertheless the subject of a charge for the purposes of Article 6 § 1.”

Altså at han ikke var ”charged”¹⁴⁸ i konvensjonens forstand. Serves rolle som vitne samt tvangens karakter var vesentlig og det ble sagt at

” the latter is designed to ensure that any statements made to the judge are truthful, not to force witnesses to give evidence.”

Taushetsretten forblir uberørt når hensikten med den påståtte krenkelsen ikke når terskelen for det som anses uforsvarlig av EMD – altså når hensikten ikke er selvinkriminering av siktede. Videre er det utvetydig at konturene ved en eventuell krenkelse avgjøres blant annet ut i fra karakter og omfanget av tvangsbruken.

¹⁴⁶ Se *JOHN MURRAY v. THE UNITED KINGDOM* avsnitt 47

¹⁴⁷ Se avsnitt 59

¹⁴⁸ *Funke v. France*

5.4 Betydningen av bevisets vesentlighet i saken

Et tema som ved flere tilfeller har vært drøftet av EMD er bevisets vesentlighet ved domfellelse når domfellelsen er hovedsakelig basert på det inkriminerende bevis.

Rettergangens rettferdig trues dersom domfellelsen baseres hovedsakelig på inkriminerende bevis hvor beviset har vært utslagsgivende i domfellelsen. EMDs praksis viser at bevisets vesentlighet synes å vektlegges forskjellig avhengig av krenkelsens karakter.¹⁴⁹

Ofte vil konflikten omfattes av interesser som bevisets usikre og misvisende marginer samt risikoen for feilbedømmelse mot sakens opplysning. Troverdigheten kan bli avgjørende i enkelte saker hvor fare for feil resultat og mangel på stringens kamuflerer i rettsforholdet. Saksopplysningshensynet veies mot hensynet til personvern i helhetsvurderingen ved føring av selvinkriminerende bevis. Saksopplysningshensynet har ved flere tilfeller blitt vektlagt av Høyesterett¹⁵⁰ hvor bevisets vesentlighet har vært tema. Hvilken betydning beviset vesentlighet har for rettergangens rettferdighet ble drøftet generelt av Bratholm¹⁵¹ som følgende;

Antagelig vil også bevisets styrke få betydning (hvis man da har grunnlag for å bedømme styrken). Det vil vel bli ansett som mindre betenkelig å avskjære et ulovlig ervervet bevis som antas å ha liten betydning for sakens utfall (det har f.eks. bare betydning for et mindre vesentlig subsumsjonsspørsmål), enn et bevis som er helt avgjørende.

Videre er det lite tvil om at bevisets vesentlighet¹⁵² er et moment av betydning i den helhetsvurderingen som domstolene foretar. En domfellelse vil lettere aksepteres dersom det eksisterer øvrige bevis som forsterker politiets påstander. En måte å si det på er at ved selvinkriminerende beviserverv kan bevisets pålitelighet alltid kritiseres. Saken skal oppklares optimalt før dommen blir avsagt jf. stprl. § 294, og i denne sammenheng anses pålitelighet av beviset elementært, jf kravet til rettferdig rettergang.

¹⁴⁹ Eksemplet er brudd på art 3 (tortur og umenneskelig behandling eller brudd på art 8 (retten til privatliv) jf SCHENK v. SWITZERLAND

¹⁵⁰ Jf. 2004-858

¹⁵¹ Se Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte 1950 side 120-121

¹⁵² JALLOH v GERMANY hvor kokainposene var det avgjørende bevis i saken, betydningen av the quality of the evidence ble også påpekt i ALLAN v. THE UNITED KINGDOM para 43

Bevisets troverdighet reguleres av bevisets karakter. Dersom beviset regulerer menneskelige relasjoner, vil dens troverdighet være avhengig av vitnes troverdighet. Gjelder bevissspørsmålet en gjenstand eller andre umenneskelige forhold vil troverdigheten være avhengig av beviservervsprosessen samt øvrige forhold. I Rt. 2004-858 sies det at dersom beviset er blitt til på en ulovlig eller kritikkverdig måte, kan retten nekte beviset ført, hvis beviset er lite å stole på.

I HACI OZEN v. TURKEY var selvinkrimineringsforbudet ansett krenket da klageren hadde tilstått under tvang fra påtalemyndighetene. EMD reiste tvil ved bevispåliteligheten i og med at beviservervs måten kunne kritiseres sterkt. Nasjonale domstoler hadde også unnlatt å ta stilling til klagerens påstand om mishandling¹⁵³ hvor påtalemyndighetenes konkrete bevis hadde vært vesentlig ved domfellelsen. EMD uttalte at det ikke var deres oppgave å regulere intern rettslige bevisnormer men heller å vurdere rettsakens rettferdighet.¹⁵⁴ Videre ble det sagt i avsnitt 101 at

*“the use of evidence obtained in violation of Article 3 in criminal proceedings infringed the fairness of such proceedings even if the admission of such evidence was not decisive in securing the conviction”*¹⁵⁵

Med andre ord var beviservervet preget av rettslig porøs og bruk av lignende upålitelig bevis tilfredsstilte ikke kravene til en rettferdig rettergang i art 6 nr 1.¹⁵⁶

Dermed legges det til grunn at en domfellelse ikke kan utelukkende funderes på siktedes selvinkriminerende uttalelser hvor beviset spiller en sentral rolle. Med utgangspunkt i tidligere drøftelse kan det påstås at domfellelse kan forekomme hvor selvinkriminerende bevis inngår som en del av komplett bevisdata, og følgelig supplere andre bevis mot siktede.

¹⁵³ Kravet til Kontradiksjon ble sagt å være absolutt dersom domfellelsen skule utelukkende baseres på selvinkriminerende bevis, se også Matningsdal siktedes rett til å eksaminere side 61-63.

¹⁵⁴ Se avsnitt 100, I SACETTIN YILDIZ v. TURKEY ble det sagt at det var ”a matter for regulation under national law”

¹⁵⁵ Se Örs and Others v. Turkey avsnitt 60

¹⁵⁶ Se SACETTIN YILDIZ v. TURKEY avsnitt 51

5.5 Kan alvorret og arten av den straffbare handlingen rettferdiggjøre beviservervet ved selvinkriminering?

Det kan hende at siktede planlegger kidnapping av et barn¹⁵⁷ eller terrorplaner mot en befolkningsgruppe. Ved slike tilfeller kan politiet bli fristet til å behandle mistenkte i strid med artikkel 3, hvor mistenkte utsettes for konvensjonsstridig behandling. Formålet med politiets opptreden kan blant annet være press av siktede til å oppgi selvinkriminerende informasjon.

Det kan virke som om hensynet til sakens opplysning og oppklaring av alvorlig kriminalitet har større betydning enn beskyttelse av den kriminelle, prevensjonshensynet og disiplinering av politietterforskning, ved alvorlige forbrytelser. Høyesterett i den såkalte Treholt-saken (20.06.1985) fastslo at lovbruddet hadde en vesentlig betydning i vurderingen. Den 20. juni 1985 ble Arne Treholt dømt til 20 års fengsel, samt inndragning av 1,1 million kroner for landssvik og spionasje til fordel for Irak og Sovjetunionen. Det ble sagt at alvorligheten¹⁵⁸ av den straffbare handlingen er et moment av betydning ved avveiningen av om et ulovlig ervervet bevis kan tillates ført eller ikke. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn bagatelle lovbrudd.¹⁵⁹ Etter kjæremålsutvalget gjaldt tiltalen mot Treholt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å belyse.

Om arten av siktelse sier Bratholm¹⁶⁰ at;

“Det må for øvrig antas at arten av siktelsen i tvilstilfelle vil kunne få betydning ved bedømmelsen av rettmessigheten av en bestemt etterforskningsmetode. Således vil en særlig alvorlig siktelse kunne forsvare en fremgangsmåte som en mindre alvorlig siktelse ikke ville berettige til. I helt særlige tilfelle vil en ellers ulovlig fremgangsmåte kunne bli ansett som rettmessig etter strl. § 47 eller § 48 om nødrett og nødverge.”

¹⁵⁷ Jf. GAFGEN v. GERMANY

¹⁵⁸ Jf. Rt 1999-1269

¹⁵⁹ Jf. Jallohsaken

¹⁶⁰ Se Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte 1959 side 114

De Lege Ferenda kan reise spørsmålstegn til en slik holdning i norsk rett, siden det er nettopp i store alvorlige krim saker, faren for å begå lovbrudd er større enn i bagatellsaker. Kanskje et motsatt resultat hadde vært mest opportunt. I norsk rett har det også blitt konstatert bevisforbud, hvor alvoret i den kriminelle handlingen har vært av graverende¹⁶¹ grad. Dette indikerer at en fast og enerådige regel på område ikke finnes, men noe retningslinjene er gitt i rettspraksis. Utgangspunktet er fortsatt en helhetsvurdering av brudd på taushetsretten.

I JALLOH v GERMANY ble det sagt at tiltalens alvor som et relevant argument for bevisføring. Det ble uttalt at “the public interest in securing the applicant’s conviction cannot be considered to have been of such weight as to warrant allowing that evidence to be used at the trial.”¹⁶²

Kriminalitetens alvorlighet er av mindre betydning i vurderingen, så lenge taushetsretten trues direkte. Utgangspunktet nyanseres imidlertid noe hvor det går glidende overganger fra utgangspunktet og behandling som ikke strider med menneskerettigheter. Eksempelvis avlytting og diverse passive opptak av mistenkte oppfattes som lovlig etterforskningsmetode og innebærer ikke selvinkriminering av mistenkte.¹⁶³

En mulig løsning for å tillate bevisføring av lignende ervervet bevis er kompensasjon for eventuelle skadevirkninger som følge av rettighetskrenkelsen og lovbruddet begått mot siktede. Eksempler er kompensasjon gjennom strafferabatt eller å stille politiet ansvarlig gjennom andre tenkelige måter.

Et annet interessant spørsmålet i denne sammenheng er når siktede blir mishandlet til å oppgi informasjon av en tredjeperson, eventuelt medfange eller medforbryter. Opplysningene blir dermed meddelt påtalemyndigheten. Hvordan vil adgangen til bevisføring stille seg?

¹⁶¹ Rt 1999-1269 og Rt 1991-616

¹⁶² Se avsnitt 107

¹⁶³ Jf stprl. Kap. 16a

Omgåelsesforbud av reglene vil antagelig tale for bevisforbud i et lignende tilfelle. Jeg behandler ikke temaet nærmere.

Rettskildene fører dit hen at kriminalitetens alvorlighet er et relevant tema, men respekt for taushetsrett er fortsatt et absolutt krav.

6 Avsluttende bemerkninger

Det ble sagt at retten til å forholde seg taus og selvinkrimineringsforbudet inntreffer fra det øyeblikk siktede er “charged” i konvensjonens forstand.¹⁶⁴ Videre ble det sagt at retten til taushet er forankret i lovbestemte tilfeller i norsk rett, samt rettferdighetskravet i EMK art 6 nr 1. Videre måtte tvangen være uten lovhjemmel og utilbørlig før selvinkrimineringsforbudet forhindrer en bevisføring som anses uforenlig med forbudet. En krenkelse av taushetsretten hvor tvangen er forankret i lov, forekommer ved overskridelse av skrankene loven gir. Vernet mot selvinkriminering kan assosieres med uskyldpresumsjonen¹⁶⁵ i og med at siktede har rett til å bli ansett uskyldig inntil det motsatte er bevist.

Føring av ethvert selvinkriminerende bevis som er uforenlig med retten til en rettferdig rettergang er konvensjonsstridig, jf. EMK art 6 nr 1. Høyesterett og EMD praksis har klart forutsatt bevisforbud for visse tilfeller av beviservert, hvor taushetsretten er direkte krenket eller det reises tvil ved bevisets pålitelighet i saken. Videre kan beviservert ved krenkelse av personvernet innskrenker bevisføringsadgangen i retten.¹⁶⁶ Mest dyptgripende er når beviset innhentes ved krenkelse av EMK art 3. Føring av ervervet bevis ved krenkelse av denne bestemmelsen er alltid uforenlig med rettferdig rettergang.

Ved bevisføringsadgangen av selvinkriminerende bevisdata er det ofte slik at grunnleggende hensyn som rettighetsbeskyttelse, lovformelighet eller disiplinering av politietterforskning

¹⁶⁴ Se Andenæs 1976 s. 352 og Rt. 1977 s. 1207 som ga sin tilslutning til definisjonen, EMK art 6 nr 1 ”any criminal charge”

¹⁶⁵ Se strandbakken uskyldpresumsjonen side 67

¹⁶⁶ hemmelige lyd- eller videoopptak som krenker taushetsretten

utfordrer saksopplysningshensynet og samfunnets behov for oppklaring av den kriminelle handlingen. I konkurransen mellom sannhetsidealet og integritetshensynet ved bevissspørsmålet er det lite tvil om at substansielle rettsoppfatninger i norsk rett ikke skal krenkes.

Et interessant spørsmål er beviserverv og betydningen av påpekte hensyn, når beviservervet skjer i utlandet. Beviservervsnormene varierer fra land til land, hvor det opereres med egne lovverk. Ulike typetilfeller kan eksemplifisere problemstillingen, men av størst interesse er når føring av det selvinkriminerende bevis er lovlig i utlandet mens norske regler avviser en slik bevisføring. Kan da norsk påtalemyndighet kreve beviset ført for retten i Norge? Det er nærliggende å påstå at føring av den selvinkriminerende bevis innhentet i utlandet¹⁶⁷ må ikke stride med grunnleggende rettsprinsipper¹⁶⁸ og verdioppfatninger i Norge. Temaet behandles imidlertid ikke nærmere. Spørsmålet om dominoeffekt av det selvinkriminerende bevis ble også drøftet, hvor omgåelseproblematikken var et sentralt tema.

Terskelen for beviservervsnormer varierer noe i de ulike land men EMK bidrar til en rettsharmoni hvor menneskerettigheter innskrenker konvensjonsstridig beviserverv. Min vurdering av behovet for lovreguleringen av adgangen til føring av selvinkriminerende bevis er at temaet er kompleks og predikært. Høyesterett og EMD har gitt forholdsvis klare retningslinjer, og en detaljregulering av temaet er nok overflødig. En detaljregulering lar seg vanskelig gjort på grunn av praktiske hensyn. Norsk rett forbyr noen typetilfeller av beviserverv mens andre er ulovfestede og utelatt til rettspraksis. EMK får stor betydning, hvor borgerne har anledning til å reise sak for EMD dersom de mener at de er blitt behandlet konvensjonsstridig. Således må kunne sies at rettssikkerheten er ivaretatt i tilstrekkelig grad, jf. EMK art 6 nr 1.

¹⁶⁷ Jf. rammebeslutningen om bevisordre som uttrykkes som ”The European evidence warrant”

¹⁶⁸ Jf. Rt 2005- 1524