

Selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 som begrensning for politiets bevisprovokasjon



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 582

Leveringsfrist: 25.04.2012

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17 729 ord

23.04.2012

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Oppgavens tema | 1 |
| 1.2 | Avgrensninger | 2 |
| 1.2.1 | Provokasjon | 2 |
| 1.2.2 | Infiltrasjon og spaning | 3 |
| 1.2.3 | Virkningen av at selvinkrimineringsvernet er krenket | 4 |
| 1.3 | Terminologi | 5 |
| 1.3.1 | Retten til å forholde seg taus og selvinkrimineringsvernet | 5 |
| 1.3.2 | Begrepet "mistenkte" | 5 |
| 1.4 | Opplegget videre | 5 |
| <u>2</u> | <u>GENERELT OM BEVISPROVOKASJON</u> | <u>6</u> |
| 2.1 | Historisk bakgrunn og hensyn bak etterforskningsmetoden | 6 |
| 2.2 | Rettslig grunnlag | 7 |
| 2.3 | Vilkår | 9 |
| 2.3.1 | Innledning | 9 |
| 2.3.2 | Materielle vilkår | 9 |
| 2.3.2.1 | Grunnvilkåret | 9 |
| 2.3.2.2 | Alvorlig straffbar handling | 10 |
| 2.3.2.3 | Krav til mistanke | 11 |
| 2.3.3 | Prosessuelle vilkår | 13 |
| 2.3.3.1 | Sekundært etterforskningsmiddel | 13 |
| 2.3.3.2 | Kompetent nivå og nødvendig kontroll | 13 |
| 2.3.3.3 | Ikke uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler | 14 |
| <u>3</u> | <u>GENERELT OM SELVINKRIMINERINGSVERNET</u> | <u>14</u> |
| 3.1 | Innledning | 14 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 3.2 | Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring | 15 |
| 3.2.1 | Særskilt om EMD som rettskildefaktor | 16 |
| 3.3 | Historisk bakgrunn | 17 |
| 3.4 | Hvilke hensyn begrunner selvinkrimineringsvernet? | 19 |
| 3.5 | Hvem beskyttes av selvinkrimineringsvernet? | 22 |
| <u>4</u> | <u>GENERELT OM EMD SIN VURDERING AV OM SELVINKRIMINERINGSVERNET ER KRENKET</u> | <u>26</u> |
| <u>5</u> | <u>BESKYTTER SELVINKRIMINERINGSVERNET MOT FORLEDELSE?</u> | <u>27</u> |
| 5.1 | Innledende bemerkninger | 27 |
| 5.2 | Tilsier hensynene bak selvinkrimineringsvernet at forledelse må anses betenkelig? | 28 |
| 5.3 | Praksis fra EMD | 31 |
| <u>6</u> | <u>NÆRMERE OM GRENSEN FOR HVOR LANGT PROVOKASJONSHANDLINGEN KAN GÅ</u> | <u>37</u> |
| 6.1 | Innledning | 37 |
| 6.2 | Er den mistenkte på frifot? | 38 |
| 6.3 | Har mistenkte i forkant av bevisprovokasjonen gitt uttrykk for et valg om å benytte retten til taushet? | 40 |
| 6.4 | Provokatørens forhold til den mistenkte | 42 |
| 6.5 | Provokatørens aktivitetsnivå | 46 |
| 6.5.1 | Innledende bemerkninger | 46 |
| 6.5.2 | Direkte spørsmål om det straffbare forhold | 48 |
| 6.5.3 | Politiet opptrer relativt passivt | 49 |
| 6.5.4 | Avsluttende bemerkninger | 50 |
| 6.6 | Øvrige momenter | 51 |

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| 6.6.1 | På hvilken måte blir beviset brukt i prosessen? | 51 |
| 6.6.2 | Forsvarets rettigheter i prosessen | 53 |
| 6.6.3 | Kan man vektlegge den offentlige interessen i å straffeforfølge? | 54 |
| 6.7 | Oppsummering | 57 |
| <u>7</u> | <u>SÆRSKILT OM STRAFFEPROSESSLOVEN § 216 L</u> | <u>57</u> |
| <u>8</u> | <u>KILDER</u> | <u>61</u> |
| 8.1 | Lover | 61 |
| 8.2 | Forarbeider | 61 |
| 8.3 | Rundskriv | 62 |
| 8.4 | Internasjonale konvensjoner | 62 |
| 8.5 | Norsk rettspraksis | 62 |
| 8.6 | EMD | 62 |
| 8.7 | Litteratur | 64 |
| 8.7.1 | Bøker | 64 |
| 8.7.2 | Artikler | 64 |

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Norsk politi står overfor et stadig mer komplekst kriminalitetsbilde og som i større grad preges av organisert kriminalitet.¹ Bruk av tradisjonelle etterforskningsmetoder vil ofte ikke være tilstrekkelig for å innhente de nødvendige bevis. Av hensynet til å bekjempe og avdekke kriminalitet, har politiet som ledd i sin etterforskning en viss adgang til å anvende såkalte ekstraordinære eller utradisjonelle etterforskningsmetoder. Begrepene blir ikke brukt i noen lovtekst og har for øvrig ikke et klart avgrenset innhold. I stor utstrekning gir likevel begrepene uttrykk for at det er snakk om metoder som er mer inngripende enn andre etterforskningsmetoder.² En metode som faller innunder disse betegnelse er bevisprovokasjon.³

Metoden kjennetegnes ved at politiet gjennom fordekt opptreden, aktivt oppsøker vedkommende som er objekt for provokasjonen og utnytter en villfarelse hos ham til å innhente bevis.⁴ En slik skjult og intens metode kan være betenkelig med hensyn til rettssikkerheten til den som utsettes for provokasjonen, og det er særlig mistenktes selvinkrimineringsvern som vil kunne reise vanskelige problemer: Politiets fordekte opptreden vil kunne forlede eller lure mistenkte til å inkriminere seg ved ord eller handling.

Gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 ble Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter, vanligvis omtalt som Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (forkortet EMK), gjort til norsk lov og skal i følge § 3 ved motstrid gå foran annen norsk

¹ Se Meld. St. 7 (2010-2011) s. 7-14

² Se Ot.prp. nr. 64 (1998-99) pkt. 3.3

³ Se Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) pkt. 3.3

⁴ Se NOU 2004: 6 s. 83-84

lovgivning. Et vern mot selvinkriminering følger ikke uttrykkelig av EMK eller dens tilleggsprotokoller, men er av Den europeiske menneskerettsdomstolen (forkortet EMD), innfortolket i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr. 1.⁵ EMD har ved en rekke avgjørelser presisert virkeområdet for og innholdet av det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er hvilke skranker selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr.1 oppstiller for politiets bruk av bevisprovokasjon.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Provokasjon

Det er politiets bruk av bevisprovokasjon oppgaven har som tema, og det vil avgrenses mot andre former for provokasjon.

Begrepet provokasjon omfatter en rekke typetilfeller og aktiviteter. Det er likevel tre provokasjonsmetoder som det ofte deles inn i; avvergende provokasjon, tiltaleprovokasjon og bevisprovokasjon. En måte å inndele de ulike typene, er å skille mellom der hvor politiets opptreden inntreder *før* den straffbare handlingen og etterforskning av en allerede *begått* straffbar handling. Det første dekker i utgangspunktet både avvergende provokasjon og tiltaleprovokasjon. Hvorvidt det foreligger en avvergende provokasjon eller en tiltaleprovokasjon, beror på hva informasjonen som fremkommer skal brukes til.⁶ Dersom politiet anvender provokasjon for å avverge en straffbar handling, eller å hindre dens uheldige utslag, betegnes dette som avvergende provokasjon.⁷ I Riksadvokatens rundskriv nevnes også provokasjonstiltak som kan betegnes som en slags redningsaksjon; eksempelvis provokasjonstiltak som har til formål å bringe stjålet gods tilbake.⁸ Hvis derimot politiet tar ut tiltale med grunnlag i provokasjonen, foreligger det en tiltaleprovokasjon.⁹

⁵ Dette ble første gang gjort i Funke mot Frankrike, dom av 25. februar 1993, application no. 10828/84

⁶ NOU 2004: 6 s. 83-85

⁷ Hopsnes *JV* 2003 s. 66

⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 3

⁹ NOU 2004: 6 s. 83-85

Dersom provokasjon anvendes for å sikre bevis for en allerede begått straffbar handling, foreligger det bevisprovokasjon.¹⁰ Spørsmål knyttet til vernet mot selvinkriminering vil først og fremst oppstå hvor formålet bak provokasjon nettopp er å innhente bevis på bakgrunn av en allerede begått straffbar handling, og dette er bakgrunnen for at oppgaven har bevisprovokasjon som tema.

Det må kort presiseres at en provokasjon med det formål å innhente bevis ikke nødvendigvis utelukker at provokasjonen også kan bli betegnet som en tiltaleprovokasjon, eller for den slags skyld en avvergende provokasjon, men dette vil ikke bli problematisert ytterligere.

1.2.2 Infiltrasjon og spaning

Bruk av bevisprovokasjon må videre avgrenses mot etterforskningsmetoder som anses som mindre inngripende, herunder infiltrasjon og spaning.

Det blir ofte betegnet som spaning der hvor politiet passivt foretar observasjoner på bakgrunn av mistanke om forberedelser til en straffbar handling, eller at det allerede er begått en straffbar handling.¹¹ Spaning vil kunne gå over til infiltrasjon dersom politiet *aktivt* oppsøker personen eller miljøet det ønskes opplysninger om. I NOU 2004: 6 uttales det:¹²

"For at spaningen skal gå over i infiltrasjon kreves at politimannen eller agenten 'holder kontakt' med en person eller persongruppe målrettet for å samle inn informasjon. Grensen mellom kildekontakt og spaning, og infiltrasjon beror på en mer sammensatt vurdering. Sentralt i vurderingen er formålet til polititjenestemannen, lengden på kontakten og stedet for kontakten."

¹⁰ NOU 1997: 15 pkt. 4.2.8.1

¹¹ NOU 2004: 6 pkt. 7.2.4.1

¹² NOU 2004: 6 pkt. 11.8.2

Både infiltrasjon og provokasjon har til felles at de utnytter en villfarelse hos den eller de etterforskningen retter seg mot. Den nærmere grensen mellom metodene blir beskrevet slik i NOU 2004: 6:¹³

"Provokasjon er på samme måte som infiltrasjon en manipulerende metode. Den kjennetegnes ved at politiet bygger opp eller utnytter en villfarelse hos en potensiell gjerningsmann, men provokasjon skiller seg fra infiltrasjon ved at provokatøren gir personen provokasjonen retter seg mot inntrykk av et ønske om at han skal begå eller endre gjennomføringen av en straffbar handling. Formålet er å styre hans straffbare adferd for å skaffe bevis mot vedkommende."

I form av intensitet kan en si at provokasjon avgrenses nedad mot infiltrasjon, mens infiltrasjon avgrenses igjen nedad mot spaning. Provokasjon anses som den mest intense etterforskningsmetoden av disse tre. Nettopp derfor er det av interesse å vurdere provokasjon opp mot selvinkrimineringsvernet; mistenktes selvinkrimineringsvern vil i større grad bli utfordret ved en slik intens etterforskningsmetode som provokasjon anses for å være, enn ved de øvrige etterforskningsmetodene.

1.2.3 Virkningen av at selvinkrimineringsvernet er krenket

Det kan være at den konkrete bevisprovokasjon har krenket mistenktes selvinkrimineringsvern. Virkningen av at selvinkrimineringsvernet eventuelt er krenket vil være av stor betydning da påtalemyndigheten på tross av krenkelsen, kan tenkes å ville føre beviset. Etter norsk rett er det et ulovfestet prinsipp om fri bevisførsel, og spørsmålet om mulig avskjæring av et ulovlig ervervet bevis beror på rettspraksis og teori.¹⁴ Til tross for at spørsmålet er viktig, har jeg av plasshensyn ikke mulighet til å gå nærmere inn på det. Oppgaven vil følgelig avgrenses mot spørsmålet om et bevis som er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet skal avskjæres.

¹³ NOU 2004: 6 s. 235

¹⁴ Se Rt. 1999 s. 1269 og Rt. 1991 s. 616

1.3 Terminologi

1.3.1 Retten til å forholde seg taus og selvinkrimineringsvernet

Det har i teorien blitt drøftet sammenhengen mellom retten til å forholde seg taus og vernet mot selvinkriminering.¹⁵ EMD foretar også et skille mellom disse rettighetene, uten at domstolen har begrunnet det nærmere.¹⁶

Som Trechsel anfører, kan de to rettighetene ses på som "two partly overlapping circles".¹⁷ På den ene siden er retten til taushet en underkategori av vernet mot selvinkriminering, ved at førstnevnte kun dekker den verbale selvinkriminering. Eksempelvis beskytter selvinkrimineringsvernet også mot at mistenkte må utlevere dokumenter i strid med egen vilje, jfr. Funke mot Frankrike.¹⁸ Retten til taushet gir derimot ikke bare den mistenkte rett til å forholde seg taus med hensyn til inkriminerende spørsmål, den gir mistenkte en *absolutt* taushetsrett.¹⁹ Jeg vil videre i fremstillingen operere med et slikt skille mellom retten til å forholde seg taus og vernet mot selvinkriminering.

1.3.2 Begrepet "mistenkte"

Personen som utsettes for en bevisprovokasjon kan ha ulik status, herunder mistenkt, siktet og tiltalt.²⁰ I den videre fremstilling vil "mistenkte" være en fellesbetegnelse på den som blir utsatt for bevisprovokasjon. Hvorvidt vedkommende er beskyttet av selvinkrimineringsvernet i medhold av EMK art. 6 nr 1, drøftes i punkt 3.5.

1.4 Opplegget videre

I fremstillingen nedenfor har punkt 2 som formål å gi en generell innføring i etterforskningsmetoden bevisprovokasjon. Herunder redegjøres for hvilke hensyn som begrunner metoden og de vilkår som stilles for at metoden kan anvendes. Hensynene som begrunner selvinkrimineringsvernet, samt dets rettslige forankring og virkeområde

¹⁵ Se Rui *TfR* 2009 s. 48-50 og Øyen s. 25

¹⁶ Se Øyen s. 25

¹⁷ Trechsel s. 342. I samme retning Rui *TfR* 2009 s. 48-50

¹⁸ Dom av 25. februar 1993, application no. 10828/84

¹⁹ Se for eksempel straffeprosessloven § 232

²⁰ Se Andenæs/Myhrer 2009 s. 54

redegjøres for i punkt 3. I punkt 4 til 6 er siktemålet å klarlegge gjeldende rett med hensyn til hvilke begrensinger det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet oppstiller for politiets bruk av bevisprovokasjon. I punkt 4 og 5 vil det med utgangspunkt i EMD sin praksis trekkes opp rammer for vurderingen, mens en mer konkret vurdering av de oppsatte grensene blir foretatt i punkt 6. Til slutt stilles det et særskilt spørsmål om forholdet mellom straffeprosessloven § 216 l og selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1.

2 GENERELT OM BEVISPROVOKASJON

2.1 Historisk bakgrunn og hensyn bak etterforskningsmetoden

Behovet for nye etterforskningsmetoder var særlig begrunnet i fremveksten av narkotikakriminalitet.²¹ Narkotikakriminalitet har flere av de kjennetegn som etter Metodeutvalgets oppfatning i NOU 2009: 15 kan rettferdiggjøre bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder.²² I slike saker har man normalt ingen anmeldelse fra et offer som utgangspunkt for etterforskningen. Ved narkotikaforbrytelser vil også offeret begå straffbare handlinger, noe som gjør at de ikke kan forventes å bidra til oppklaring. Samme situasjon vil kunne foreligge ved menneskesmugling. Videre vil kriminaliteten ofte foregå i lukkede miljøer som gjør det vanskelig for politiet ved bruk av tradisjonelle etterforskningsmetoder å innhente informasjon. Miljøene vil ofte være profesjonelle, og de vil både kunne være særlig oppmerksomme på at de er under etterforskning og i tillegg ha kunnskap om hvordan de skal beskytte seg mot politiets metodebruk. I disse lukkede miljøene vil det også kunne være en sterk indre justis der verken offer eller andre kan forventes å ville samarbeide med politiet.

²¹ Se NOU 1997: 15 pkt. 4.1.5 hvor det vises til tidligere Riksadvokat Dorenfeldt sin artikkel "Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?" fra 1978. Artikkelen er gjengitt i Lov og Rett 1978 s. 291 flg.

²² NOU 2009: 15 pkt. 8.7

Det grunnleggende hensynet bak bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder, herunder bevisprovokasjon, er hensynet til en effektiv bekjempelse av kriminalitet.²³ I nær sammenheng er det straffeprosessuelle prinsippet om hensynet til den materielle sannhet. I NOU 2009: 15 hvor Metodekontrollutvalget blant annet evaluerte lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler uttales det:²⁴

"Et sentralt prinsipp i norsk straffeprosess er *den materielle sannhets prinsipp*, som innebærer at et viktig formål med prosessen skal være å føre frem til materielt riktige avgjørelser."

På bakgrunn av blant annet de ovennevnte grunner er det akseptert at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke alltid strekker til, og at en dermed må åpne for utradisjonelle metoder for å ivareta de nevnte hensyn.

Samtidig vil adgangen for politiet til å anvende mer intense metoder i sin etterforskning representere "særlige utfordringer i lys av enkeltpersoners krav på rettssikkerhet".²⁵ Retten til ikke å bidra til egen domfellelse er blant de rettighetene som skal ivareta mistenktes rettssikkerhet. Hensynet til en effektiv bekjempelse av kriminalitet må avveies mot hensynene som begrunner mistenktes selvinkrimineringsvern.

2.2 Rettslig grunnlag

Bevisprovokasjon er ikke lovregulert i norsk rett. Ved en rekke anledninger har det blitt vurdert å lovregulere provokasjon som metode, men lovgiver har foreløpig ikke ansett det som nødvendig. Spørsmålet ble senest vurdert i NOU 2004:6.²⁶

Høyesteretts dom avsagt i Rt. 1984 s. 1076 er den første sentrale dom hvor det var spørsmål om lovlig bruk av politiprovokasjon.²⁷ Førstvoterende la først til grunn at

²³ NOU 2009: 15 s. 47

²⁴ NOU 2009: 15 pkt. 26.3

²⁵ NOU 2009: 15 pkt. 8.7

²⁶ NOU 2004: 6 s. 24 og Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 140-141

²⁷ Andenæs/Myhrer 2009 s. 259 siste avsnitt

mangel på lovhjemmel ikke nødvendigvis medfører at bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder er forbudt. Videre uttalte førstvoterende:²⁸

"I mangel av lovregulering må skrankene bero på slike alminnelige rettsprinsipper som ligger til grunn for vår strafferettspleie. Disse rettsprinsipper må påtalemyndigheten legge til grunn for sin etterforskningsvirksomhet, og det tilkommer i siste omgang domstolene å ta standpunkt til om prinsippene er overtrådt."

Rettspraksis, og i særlig grad Høyesterettspraksis, er en sentral rettskildefaktor for hvilke grenser som oppstilles for bruk av bevisprovokasjon. På bakgrunn av oppgavens problemstilling og av hensyn til begrensninger i oppgavens omfang, vil det likevel i liten grad bli vist til norsk rettspraksis.

Riksadvokaten ga i 1980 retningslinjer for bruk av ekstraordinære etterforskningsmetoder i narkotikasaker. Retningslinjene har etter hvert blitt endret på visse punkter og begrenser seg ikke lenger til etterforskning av narkotikasaker. Nå gjeldende regulering fremgår av Riksadvokatens rundskriv av 26.4.2000 (2/2000) avsnitt III. Retningslinjene er bindende for tjenestemenn i politi og påtalemyndighet, men ikke for domstolene. Retningslinjene har likevel hatt stor betydning for rettsutviklingen på området fordi Høyesterett i adskillig utstrekning har bygget på vilkårene som Riksadvokaten har oppstilt.²⁹

Fremstillingens overordnede problemstilling er hvilke skranker det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet oppstiller for politiets adgang til å anvende bevisprovokasjon. Som det blir gjennomgått senere i fremstillingen, er EMK og EMD sentrale faktorer for fastleggelsen av vernet. Disse rettskildefaktorene vil dermed ha betydning for lovlighetsvurderingen av etterforskningsmetoden.

²⁸ Rt. 1984 s. 1076 på s. 1079

²⁹ NOU 2004: 6 pkt. 7.5.2.4. Se også Rt. 1984 s. 1076 på s. 1081

En annen relevant faktor er reelle hensyn. Som det ble gjennomgått i forrige punkt, er det tungtveiende og grunnleggende straffeprosessuelle hensyn som både begrunner bruk av bevisprovokasjon, men også som tilsier at det bør oppstilles begrensinger.

2.3 Vilkår

2.3.1 Innledning

Som tidligere nevnt har det gjennom rettspraksis utpenslet seg begrensinger til bruken av provokasjon som etterforskningsmetode. Videre har Riksadvokaten gitt retningslinjer i tråd med rettspraksis. Det fremgår av disse retningslinjene at vilkårene i stor grad er utledet av alminnelige prosessuelle grunnkrav.³⁰

Da temaet for oppgaven er å drøfte ett av vilkårene som må foreligge for at bevisprovokasjonen skal anses lovlig; vernet mot tvungen selvinkriminering, vil de øvrige vilkår kun bli kommentert kort. For oversiktens skyld, anses det likevel hensiktsmessig å gi et innblikk i de øvrige vilkår som må være oppfylt for at etterforskningsmetoden kan anvendes.

2.3.2 Materielle vilkår

2.3.2.1 Grunnvilkåret

I saken Rt. 1984 s. 1076 (på s. 1080) oppstilte Høyesterett et grunnkrav for å kunne godta en provokasjonshandling. Politiet kan ikke "fremprovosere en handling som ellers ikke ville ha blitt begått".

Det såkalte grunnkravet er opprettholdt i senere Høyesterettsdommer og har også kommet til uttrykk i Riksadvokatens retningslinjer.³¹³² Standpunktet blir likevel i en viss grad modifisert av Høyesterett i ovennevnte avgjørelse (på s. 1080) ved at det må godtas at politiet gir årsak til "visse endringer i tid, sted og utførelse".

³⁰ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.1

³¹ Se eksempelvis Rt. 1984 s. 1076 på s. 1080, Rt. 1998 s. 407 på s. 410 og Rt. 2000 s. 1223 på s. 1227

³² Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.2

Vilkåret vil som regel være oppfylt der hvor hensikten med provokasjonen er å innhente bevis for en allerede begått straffbar handling. Bakgrunnen er at en bevisprovokasjon har som formål å innhente bevis for en *allerede begått* straffbar handling. I et slikt tilfelle vil ikke politiets adferd som utgangspunkt kunne kriminalisere.³³

2.3.2.2 Alvorlig straffbar handling

Hensynene som tilsier en adgang for politiet til å anvende utradisjonelle etterforskningsmetoder, må som tidligere nevnt anses som tungtveiende i norsk straffeprosess. Det må likevel legges til grunn at bevisprovokasjon er et inngripende etterforskningssteg for den som provokasjonen retter seg mot. På bakgrunn av det generelle forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessen som blant annet kommer til uttrykk i straffeprosessloven § 170 a, har Høyesterett slått fast at det aktuelle straffbare forhold må ha en viss alvorlighetsgrad for at et så inngripende etterforskningssteg skal kunne forsvares.³⁴ Vilkåret kom først til uttrykk i avgjørelsen Rt. 1984 s. 1076. Innholdet i kravet ble nærmere presisert av Høyesterett i Rt. 1993 s. 473 (på s. 475) hvor førstvoterende uttalte:

"Ved bedømmelsen av om det dreier seg om slik kriminalitet at etterforskningsmetoder av denne art kan aksepteres, bør man nok ikke bare se på strafferammen, men også ta hensyn til den samfunnsmessige betydning av å bekjempe nettopp denne form for kriminalitet."

Høyesterett har i flere avgjørelser ansett alvorlige narkotikaforbrytelser som en alvorlig lovovertrædelse.³⁵ Videre slo Høyesterett fast i Rt. 1998 s. 407 at alvorlige vinningsforbrytelser kan oppfylle kravet. Hvorvidt vinningskriminalitet skal bli karakterisert som en alvorlig lovovertrædelse vil etter Riksadvokatens oppfatning særlig avhenge av omfang, organisering og verdi.³⁶

³³ NOU 2004: 6 s. 84-85

³⁴ Straffeprosessloven § 170 a gjelder direkte for straffeprosessuelle tvangsmidler som er regulert i straffeprosessloven

³⁵ Se blant annet Rt. 1984 s. 1076 og Rt. 2000 s. 1482

³⁶ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.2

Riksadvokaten legger til grunn at straffbare handlinger knyttet til seksuelle overgrep mot barn, og særskilt ved slike lovbrudd begått på internett, vil kunne være forenlig med Høyesterett sine retningslinjer vedrørende hva som faller innunder en alvorlig lovovertrødelse.³⁷ Dette til tross for at det er forholdsvis lave strafferammer ved slike straffbare handlinger. Videre uttaler Riksadvokaten:³⁸

"Etter riksadvokatens oppfatning er det ikke hensiktsmessig å instruksfeste i detalj ved hvilke typer straffbar virksomhet provokasjon kan benyttes.

Bedømmes kriminaliteten som et alvorlig samfunnsproblem på grunn av omfang eller karakter, bør metoden kunne brukes, forutsatt at de prosessuelle vilkår [...] er oppfylt."

Både Høyesterett sine uttalelser og de vurderinger som Riksadvokaten oppstiller, gir holdepunkter for at det må foretas en skjønnsmessig vurdering og hvor den til enhver tid rådende oppfatning av hva som anses som et "alvorlig samfunnsproblem" bør vektlegges.³⁹

I relasjon til selvinkrimineringsvernet kan det spørres om alvorlighetsgraden av forbrytelsen spiller inn i vurderingen av om kravet til "fair [...] hearing" er oppfylt. Med andre ord om det skal mer til for at det foreligger brudd på selvinkrimineringsvernet der hvor det dreier seg om en alvorlig straffbar handling, enn ved mindre alvorlige forbrytelser. I punkt 6.6.3 vil jeg drøfte hvorvidt et slikt element skal vektlegges i vurderingen.

2.3.2.3 Krav til mistanke

I Rt. 1998 s. 407 (på s. 411) ble det oppstilt et krav til mistankens styrke for å kunne anvende provokasjon som etterforskningsmetode. Førstvoterende la til grunn at det skal foreligge "sterk mistanke mot en eller flere personer. Skjellig grunn til mistanke er i utgangspunktet ikke nok".⁴⁰ Et slikt krav fremgikk av Riksadvokatens rundskriv datert

³⁷ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.2

³⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.3

³⁹ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.3

⁴⁰ Se Rt. 1984 s. 1076 på s. 1081 hvor det også kreves "sterk mistanke"

1980 i tilknytning til narkotikaforbrytelser.⁴¹ I Riksadvokatens rundskriv fra 2000 er ikke et slikt krav oppstilt. Basert på retningslinjene vil det i utgangspunktet kun være det generelle mistankekravet som fremgår av straffeprosessloven § 224 som må være oppfylt. Her stilles det kun krav til "rimelig grunn" for at en rettmessig etterforskning kan starte.

I NOU 2004: 6 fastslås det et mistankekrav, men uten å problematisere at Riksadvokatens rundskriv fra 2000 utelot å oppstille et skjerpet krav til mistanke:⁴²

"Provokative politimetoder kan bare tas i bruk overfor den som er under mistanke for straffbare handlinger. I Riksadvokatens rundskriv fra 1980 var mistankekravet formulert slik at det måtte foreligge en 'sterk mistanke'. Det samme ble formulert i Rt-1984-1076."

I Rt. 2011 s.1455 (i avsnitt 35) berørte Høyesterett kravet til mistanke (min utheving):

"I tillegg kreves at de metoder som blir benyttet, på bakgrunn av forholdets alvor og *grad av mistanke* fremstår som proporsjonale, og at etterforskningsskrittene blir besluttet og gjennomført på en forsvarlig og dokumenterbar måte [...] "

Utover dette har jeg ikke funnet nyere rettspraksis som berører spørsmålet om hvilke krav det stilles til mistankens styrke for at det kan igangsettes bruk av bevisprovokasjon. Etter min oppfatning er det vanskelig å si hvorvidt det må oppstilles et skjerpet mistankekrav utover de krav som oppstilles i straffeprosessloven § 224. Samtidig illustrerer Høyesteretts uttalelse i Rt. 2011 s. 1455 at graden av mistanke vil inngå i vurderingen av om den aktuelle provokasjonshandlingen er å anse som et forholdsmessig etterforskningsskritt. Jo sterkere grad av mistanke politiet har mot den aktuelle personen, jo mer taler det for at etterforskningsskrittet er forholdsmessig.

⁴¹ Disse retningslinjene ble ikke gitt i skriftlig form før november 1982

⁴² NOU 2004: 6 pkt. 7.5.2.5.2 første avsnitt

2.3.3 Prosessuelle vilkår

De prosessuelle begrensningene knyttet til provokasjon som etterforskningsmetode kan deles inn i tre hovedgrupper: Provokasjon skal i utgangspunktet være et sekundært etterforskningsmiddel, bruk av metoden må besluttes på kompetent nivå og gjennomføres under nødvendig kontroll og metoden må ikke være uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler.⁴³

2.3.3.1 Sekundært etterforskningsmiddel

Det oppstilles et nødvendighetskrav for bruk av provokasjon som etterforskningsmetode. Metoden kan kun anvendes der hvor "vanlige etterforskningsmetoder må anses utilstrekkelige", jfr. Rt. 1984 s. 1076.

Et nærliggende spørsmål er hvorvidt politiet må ha benyttet tradisjonelle etterforskningsmetoder før man kan igangsette en bevisprovokasjon. I den ovennevnte avgjørelsen uttrykker Høyesterett et krav til at andre metoder "må anses utilstrekkelige". Etter en språklig forståelse av ordlyden, oppfatter ikke jeg at det stilles krav til at andre metoder faktisk er forsøkt. Sett i sammenheng med det generelle kravet til forholdsmessighet, vil det være naturlig å tolke Høyesterett sin uttalelse som et krav til at tradisjonelle og andre mindre inngripende metoder har blitt *vurdert* og ansett uhensiktsmessig, før man går til verks med bruk av provokasjon. Som Riksadvokaten uttaler i sitt rundskriv vil det i noen tilfeller "allerede fra starten av være klart at tradisjonell etterforskning ikke kan gi resultater".⁴⁴

2.3.3.2 Kompetent nivå og nødvendig kontroll

I Rt. 1984 s. 1076 (på s. 1080) ble det uttalt at det "kan være grunn til å stille nærmere krav [...] til den beslutningsprosess og kontroll som finner sted innenfor påtalemyndigheten". Riksadvokaten har utdypet dette nærmere i sitt rundskriv ved å stille krav til at beslutning om bruk av provokasjon skal treffes av statsadvokaten i distriktet. Videre er det politimester eller visepolitimester som skal ta stilling til hvorvidt provokasjon skal anvendes og dermed innhente tillatelse fra statsadvokaten.⁴⁵

⁴³ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.4

⁴⁴ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.4

⁴⁵ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.4

I tillegg kreves det en utarbeidet plan for hvordan provokasjonshandlingen skal gjennomføres og at politiet har kontroll over gjennomføringen av provokasjonen, herunder ivaretagelse av sikkerheten til de involverte, samt at det som oppstår kan dokumenteres.⁴⁶ I relasjon til fremstillingens tema vil nettopp dokumentasjon over politiets bruk av provokasjon kunne være av betydning for å bevise at etterforskningskrittet er utført i tråd med gjeldende lovverk, herunder selvinkrimineringsvernet.

2.3.3.3 Ikke uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler

I Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269 ble det lagt til grunn at etterforskningskrittet provokasjon ikke kan stride med retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse, når man er mistenkt for en straffbar handling.⁴⁷ Disse skrankene er som mange ganger nevnt selve kjernen i oppgavens problemstilling.

Med henvisning til den ovennevnte dommen, uttaler Riksadvokaten på et generelt grunnlag at etterforskningsmetoden provokasjon "må ikke være uforenlig med prosessuelle grunnprinsipper eller regler".⁴⁸

3 GENERELT OM SELVINKRIMINERINGSVERNET

3.1 Innledning

Vernet mot selvinkriminering innebærer at tiltalte ikke har plikt til å bidra til sakens opplysning ved å forklare seg eller medvirke til sakens oppklaring på annen måte.⁴⁹

⁴⁶ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.4

⁴⁷ Se nærmere om denne dommen i pkt. 6.5.2

⁴⁸ Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000 pkt. III 2.4

⁴⁹ NOU 2003: 15 pkt. 5.5.3.3

For å kunne gi en vurdering av hvilke skranker det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet oppstiller med hensyn til etterforskningsmetoden bevisprovokasjon, vil jeg i det følgende gi en generell redegjørelse for vernet.

3.2 Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (forkortet SP) art. 14 nr. 3 bokstav g sier at enhver ved behandling av en siktelse mot ham for en straffbar handling, ikke skal bli "compelled to testify against himself or to confess guilt".

EMK har i motsetning til SP ikke et uttrykkelig vern mot tvungen selvinkriminering. Etter sikker praksis er likevel et slikt vern innfortolket i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr. 1. En slik forståelse av EMK art. 6 nr. 1 har blant annet kommet til uttrykk i sakene Funke mot Frankrike og Saunders mot Storbritannia.⁵⁰

Ved menneskerettsloven § 2 ble blant annet EMK og SP inkorporert som norsk lov. Videre følger det av menneskerettsloven § 3 at EMK og SP skal ha forrang dersom det foreligger motstrid med bestemmelser i annen lovgivning.

Både SP og EMK gir mistenkte et vern mot selvinkriminering. Det er likevel viktig å presisere at et vern mot tvungen selvinkriminering har vært et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp i norsk rett i lang tid. Det kan vises til Rt. 1999 s. 1269 (på s. 1271) hvor det ble uttalt (min tilføyelse):

"Men også lenge før [SP og EMK] ble gjort til norsk rett, har det vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt."

Prinsippet er ikke nedfelt i straffeprosessloven, men en rekke bestemmelser er utslag av det grunnleggende prinsippet. Blant annet for å gjøre vernet reelt, oppstiller straffeprosessloven § 232 jf. § 90 en informasjonsrett for den mistenkte om at han ikke

⁵⁰ Henholdsvis dom av 25. februar 1993 application no. 10828/84 og dom av 17. desember 1996 (Grand Chamber) application no. 19187/91

har plikt til å forklare seg.⁵¹ Jeg minner om at oppgaven har EMK art. 6 nr. 1 som tema og går derfor ikke nærmere inn på de nevnte bestemmelsene i straffeprosessloven.

Det foreligger lite praksis fra FNs menneskerettskomité vedrørende art. 14 nr. 3 bokstav g. Det foreligger derimot en rekke saker hvor EMD har presisert innholdet i selvinkrimineringsvernet som er forankret i kravet til "fair [...] hearing". Dette er bakgrunnen for at fremstillingen har EMK art. 6 nr. 1 som tema.

3.2.1 Særskilt om EMD som rettskildefaktor

EMK er inkorporert som norsk lov og skal ha forrang over bestemmelser i annen lovgivning dersom det foreligger motstrid. Det kan derfor være hensiktsmessig å se på hvordan norske domstoler skal anvende EMD sin praksis som rettskildefaktor.

Det fremgår av forarbeidene til menneskerettsloven at praksis fra EMD er en relevant rettskildefaktor når norske domstoler skal anvende bestemmelser i EMK.⁵² Videre ble det i plenumsavgjørelsen i Rt. 2005 s. 833 (i avsnitt 45) slått fast at norske domstoler skal

"foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning".

Norske domstoler må altså anvende og ta hensyn til EMD sin metodelære når de skal avgjøre spørsmål som forankres i EMK, herunder art. 6 nr. 1. EMD har videre lagt til grunn at selv om domstolen ikke er formelt bundet av tidligere avgjørelser, så bør den

⁵¹ Se også straffeprosessloven §§ 92(2) og 123 og straffeloven § 115

⁵² NOU 1993: 18 s. 88-89 og Ot.prp. nr. 3 (1998-99) s. 68-70

ikke uten "good reason" fravike tidligere avgjørelser.⁵³ Sett i sammenheng med at norske domstoler skal anvende samme metode som EMD, vil EMD sin praksis ha adskillig vekt også når norske domstoler skal avgjøre saker med grunnlag i EMK. En liknende tilnærming fremgår av forarbeidene til menneskerettsloven,⁵⁴ og i Rt. 2004 s. 134 (i avsnitt 32) uttalte Høyesterett:

"Ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene vil – foruten Høyesteretts egen praksis – særlig praksis fra EMD være tungtveiende."

Konvensjonsteksten er sentral for forståelsen av bestemmelsen. EMD tolker konvensjonsteksten autonomt.⁵⁵ Det vil si at EMD ikke finner nasjonale begreper avgjørende, noe som er nødvendig for å kunne oppnå et enhetlig vern i konvensjonslandene. I tilknytning til konvensjonsteksten er det viktig å være klar over at det kun er engelsk og fransk som er autentiske konvensjonstekster i EMK. Det er altså den franske og engelske teksten som er norsk lov og ikke den norske oversettelsen.⁵⁶

3.3 Historisk bakgrunn

Det er usikkert når tanken om å verne siktede mot tvungen selvinkriminering først oppsto.⁵⁷ I juridisk teori har det først og fremst vært rettet fokus mot rettsutviklingen som foregikk i England rundt 1550 til 1820. En dekkende gjennomgang av den historiske utviklingen vil være for omfattende og kompleks. Det vil likevel i det følgende bli gitt en kort innføring av hendelsene som fant sted i England.

I England hadde kirken et eget rettssystem som var selvstendig ved siden av rettssystemet *common law*. Spesialdomstolene *the Court of High Commission* og *the Court of Star Chamber*, som hadde en inkvisitorisk prosessform, hadde blant til hensikt å straffe religiøse avvikere. Domstolene påla mistenkte personer forklaringsplikt under

⁵³ Goodwin mot Storbritannia, dom av 11. juli 2002, application no. 28957/95, avsnitt 74

⁵⁴ NOU 1993: 18 s. 88

⁵⁵ Se NOU 2004: 6 pkt. 4.3.1

⁵⁶ Se NOU 2003: 15 pkt. 5.7.1

⁵⁷ Se Trechsel s. 341

ed – "oath ex officio".⁵⁸ Dersom mistenke nektet å avlegge ed, innebar dette forakt for retten og han risikerte å bli utsatt for tortur. Hvis den mistenkte derimot avla ed og løy for retten, kunne det medføre eksempelvis dødsstraff.⁵⁹ Det ble dannet stor motstand mot forklaringsplikt under ed, og det ble i særskilt grad argumentert med maksimen *nemo tenetur seipsum prodere*, som i engelsk teori har blitt oversatt til "no man is bound to accuse himself".⁶⁰ Domstolene i common law la ned forbud mot edfesting "ex officio" basert på maksimen, og i 1641 besluttet Parlamentet å avskaffe spesialdomstolene. I tillegg forbød også Parlamentet prosessregelen "oath ex officio".⁶¹

Det er tilsynelatende uenighet i teorien hvor nær sammenheng det var mellom avskaffelsen av spesialdomstolene og "oath ex officio", og common law sin aksept av mistenktes rett til ikke å bli utsatt for tvungen selvinkriminering slik vi kjenner rettigheten i dag.⁶² Til tross for at den mistenkte i common law hadde rett til å forholde seg taus, var det ingen sterk prosessuell rettighet. Det hadde nær sammenheng med at mistenkte ikke hadde rett til å benytte seg av en forsvarer, og det forelå ikke et prinsipp om at rimelig tvil skulle komme den mistenkte til gode. Som Langbein fremhever: "[T]he core value of the privilege, the accused's right not to speak, presupposes an effective right to have another speak in the accused's stead."⁶³ Mistenkte tok dermed en betydelig risiko i å nekte å forklare seg, og det medførte som regel at mistenkte ikke benyttet seg av retten.⁶⁴ Det var ikke før på slutten av 1700-tallet at domstolene i common law begynte å anerkjenne en rett for den mistenkte til å la seg bistå av en forsvarer og prinsippet om at rimelig tvil skal komme mistenkte til gode.⁶⁵ Det var først på dette tidspunkt at et selvinkrimineringsvern som vi forbinder med i dag, begynte å få en realitet.

⁵⁸ Se Salky s. 1

⁵⁹ Se Salky s. 2

⁶⁰ Se nærmere om maksimen i Langbein s. 100-101 og Øyen s. 62-63

⁶¹ Se Trechsel s. 341

⁶² Se Langbein s. 100-108

⁶³ Langbein s. 108

⁶⁴ Se Langbein s. 82-100 og Øyen s. 65

⁶⁵ Se Langbein s. 83 og 85

3.4 Hvilke hensyn begrunner selvinkrimineringsvernet?

Problemstillingen her er hvilke hensyn som begrunner selvinkrimineringsvernet. Som det ble vist til i punktet ovenfor, har selvinkrimineringsvernet en lang forhistorie, og vernets rekkevidde og karakter har i stor grad endret seg siden det ble etablert en rett for mistenkte til ikke å måtte bidra til egen domfellelse. Jeg vil i det følgende gi en oversikt over de hensyn som begrunner selvinkrimineringsvernet slik vi kjenner det i dag. Da fremstillingen har som problemstilling å vurdere selvinkrimineringsvernet som er innfortolket i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr 1, vil jeg ta utgangspunkt i hvilke hensyn EMD anser som styrende for krenkelsesvurderingen.

I saken Allan mot Storbritannia uttalte EMD at "the right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting *the will* of an accused person to remain silent" (min utheving).⁶⁶ EMD har ikke gitt klart uttrykk for hvorfor en skal respektere mistenktes vilje, men det er nærliggende å anta at hensynet til menneskets verdighet og selvbestemmelsesrett er sentrale elementer for begrunnelsen. Dersom en må velge mellom å lyve eller å tilstå vil det kunne være en moralsk belastning for den mistenkte. Videre vil det å bli tvunget til å handle i strid med egne interesser av hensyn til det offentliges behov for å bekjempe kriminalitet, innebære en nedverdiggende og ydmykende situasjon for den mistenkte.⁶⁷ Øyen viser til Martens sin dissens i Saunders-saken som støtte for hvorfor EMD anerkjenner verdighetsperspektivet.⁶⁸ Martens, som tilsynelatende var skeptisk til verdighetsperspektivet som begrunnelse for selvinkrimineringsvernet, uttalte følgende:⁶⁹

"In this context I note that legal writers and courts have frequently accepted a further rationale. Its formulations vary, but they all essentially boil down to the proposition that respect for human dignity and autonomy requires that every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with

⁶⁶ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 44

⁶⁷ Se Trechsel s. 348. Se for øvrig Torgersen s. 202-204 hvor det "moralske dilemmaet" blir problematisert

⁶⁸ Øyen s. 118-123

⁶⁹ Dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91, avsnitt 9 i dissensen.

respect to the criminal charges against him. On this view it would be improper, because incompatible with such respect, to compel an accused to cooperate in whatever way in bringing about his own conviction. This rationale often seems to be the main justification for the broader privilege against self-incrimination.

The present judgment strongly suggests that the Court now has embraced this view. A first argument for this interpretation is that in the second sentence of paragraph 68 it repeats the rationale given in *John Murray* (see paragraph 6 above) but - by prefacing its quotation by the words 'inter alia' - underlines that this is only part of the rationale of the two immunities. A second and still more telling argument is the stress laid, both in the last sentence of paragraph 68 and in paragraph 69, on the will of the accused: the Court now underlines that the privilege against self-incrimination is primarily concerned 'with respecting the will of an accused person'. That comes very near to the rationale outlined above which allies both immunities to respect due to human dignity and autonomy."

Trechsel fremholder at å handle i mot sine egne interesser har et "degrading element to it".⁷⁰ Jeg oppfatter dette som et liknende syn som Øyen gir uttrykk for med hensyn til begrunnelsen for hvorfor mistenktes vilje skal respekteres. På denne bakgrunn bør det kunne legges til grunn at menneskets verdighet og selvbestemmelsesrett er sentrale hensyn bak selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1.

I forlengelsen av kravet til mistenktes vilje, har EMD fremholdt at selvinkrimineringsvernet også tilkjenner den mistenkte en *valgrett* med hensyn til om han ønsker å besvare spørsmål fra politiet. EMD uttalte i *Allan-saken* at selv om selvinkrimineringsvernet og retten til å forholde seg taus primært er rettet mot situasjonen hvor bruk av direkte tvang medfører at mistenktes vilje ikke respekteres, er ikke rettighetene begrenset til situasjoner hvor mistenktes vilje har blitt underkuet som resultat av direkte tvang: "The right [...] serves in principle to protect the freedom of a

⁷⁰ Se Trechsel s. 348

suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police."⁷¹ Dette elementet vil jeg komme tilbake til i punkt 6.3.

EMD la videre til grunn i Allan-saken at retten til ikke å bidra til egen domfellelse og retten til å forholde seg taus er "generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure".⁷² Etter en språklig fortolkning av ordlyden, gir formuleringen etter min vurdering uttrykk for at rettighetene er grunnleggende for hvorvidt prosessen som helhet er å anse som "fair". En naturlig konsekvens av en slik tolkning er at kravet til "fair [...] hearing" ikke er oppfylt, der hvor taushetsretten og selvinkrimineringsvernet ikke har blitt ivaretatt.⁷³

Videre uttalte EMD i Allan-saken at formålet bak de ovennevnte rettighetene "is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice and secure the aims of Article 6".⁷⁴ Sistnevnte begrunnelse – at rettighetene skal sikre formålet bak EMK art. 6 - er ikke lett å få tak på hvis man ser det i sammenheng med uttalelsen om at rettighetene "lie at the heart of a fair procedure". På den ene siden gir EMD uttrykk for at en "fair" prosess forutsetter at selvinkrimineringsvernet og retten til å forholde seg taus er ivaretatt, samtidig som rettighetene skal bidra til å oppfylle formålet bak EMK art. 6. I den forbindelse bemerker Trechsel: "I fear that this statement is merely an unfortunate rhetorical turn which contributes little to the understanding of the provision."⁷⁵

Videre kan det bemerkes at EMD begrunner selvinkrimineringsvernet med henvisning til å komme frem til et materielt riktig resultat ("to avoid miscarriages of justice"). Med det som bakgrunn uttaler Trechsel: "[C]ompulsion involves the danger of untruthful answers."⁷⁶ Der hvor den mistenkte utsettes for tvang, kan det være en fare for at mistenkte eksempelvis innrømmer noe han ikke har gjort, for å slippe ytterligere fysisk

⁷¹ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 50

⁷² Avsnitt 44 i dommen

⁷³ Se Trechsel s. 347

⁷⁴ Avsnitt 44 i dommen

⁷⁵ Trechsel s. 347-348

⁷⁶ Trechsel s. 347

eller psykisk tvang. Det er naturligvis også i påtalemyndighetens interesse at en slik situasjon ikke inntreffer. Som det vil bli nærmere gjennomgått i punkt 5, utsettes ikke den mistenkte for tvang der hvor politiet gjennom en bevisprovokasjon opptrer fordekt. Potensielle opplysninger politiet vil kunne innhente i et slikt tilfelle, kommer som en konsekvens av at den mistenkte er lurt eller forledet med hensyn til hvilken situasjon han befinner seg i og hvem hans samtalepartnere er. Det kan stilles spørsmål om også en slik situasjon er problematisk ut fra hensynet til et materielt riktig resultat. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til i punkt 5.2.

I avgjørelsen *Saunders mot Storbritannia* fremhevet EMD ytterligere et aspekt ved selvinkrimineringsvernet. EMD uttalte at vernet mot selvinkriminering har en nær sammenheng med retten til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist etter loven, jf. EMK art. 6 nr. 2:⁷⁷

"The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the 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 [...]"

Fremtvingning av skylderkjennelse vil jo ofte måtte bygge på forutsetningen om at siktede er skyldig.⁷⁸

3.5 Hvem beskyttes av selvinkrimineringsvernet?

Som nevnt innfortolkes selvinkrimineringsvernet i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr. 1. og den innledes slik:

"In the determination [...] of [...] any criminal charge against him [...]"

⁷⁷ Dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91, avsnitt 68

⁷⁸ NOU 2003: 15 pkt. 5.7.12.1

Art. 6 nr. 1 kommer til anvendelse der hvor det er satt i verk en prosess med det siktemål å avgjøre en straffesiktelse.⁷⁹ Før dette tidspunkt er en ikke beskyttet av selvinkrimineringsvernet som er knyttet opp mot kravet til "fair [...] hearing".

For det første må det foreligge en "*criminal charge*". Begrepet er autonomt, slik at nasjonale definisjoner ikke uten videre er avgjørende.⁸⁰ Det kan kort bemerkes at det i de fleste tilfeller ikke vil være noen tvil hvorvidt det foreligger en straffesak eller ikke.⁸¹ Dette gjelder også fort vårt vedkommende, da oppgaven omhandler bevisprovokasjon som etterforskningsmetode.

Videre må det foreligge en "*criminal charge*". Vilkåret avgjør på hvilket tidspunkt EMK art. 6 nr. 1. kommer til anvendelse. På lik linje med forståelsen av begrepet "*criminal*", er også "*charge*"-begrepet autonomt.⁸² Spørsmålet om starttidspunktet har blitt tatt stilling til en rekke ganger av EMD.⁸³ Med hensyn til selve vurderingen uttalte EMD i *Corigliano mot Italia*:⁸⁴

"Whilst 'charge', for the purposes of Article 6 § 1 (art. 6-1), may in general be defined as 'the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence', it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect [...]"

⁷⁹ Begrepet "*criminal charge*" er på norsk blitt oversatt til "straffesiktelse". Se Ot.prp. nr. 3 (1998-99) s. 90

⁸⁰ *Deweere mot Belgia*, dom av 27. februar 1980, application no. 6903/75

⁸¹ For en nærmere gjennomgang av begrepet "*criminal*", se *Engel mot Nederland*, dom av 8. juni 1976, application no. 5100/71

⁸² *Deweere mot Belgia*, dom av 27. februar 1980, application no. 6903/75

⁸³ Se blant annet *Serves mot Frankrike*, dom av 20. oktober 1997, application no. 20225/92 og *Weh mot Østerrike*, dom av 8. april 2004, application no. 38544/97

⁸⁴ Dom av 10. desember 1982, application no. 8304/78, avsnitt 34

Det foreligger to alternative situasjoner som etter EMDs praksis kan medføre en siktelse. Utgangspunktet vil være hvorvidt vedkommende offisielt er underrettet om at det blir gjort gjeldende at han har begått en straffbar handling. Dersom en slik underrettelse ikke oppfyller de formelle kravene, kan det likevel foreligge en "charge" i henhold til konvensjonsteksten. Forutsetningen er at det har blitt truffet andre tiltak som har tilsvarende konsekvenser og som berører siktede på en slik måte at det må likestilles med en formell siktelse.

Når politiet iverksetter en bevisprovokasjon, vil det i flertallet av tilfellene bli rettet mot personer som ikke vet at de er i politiets søkelys. Kravet om formell underrettelse vil da ikke være oppfylt. Spørsmålet om en person som utsettes for bevisprovokasjon har stillingen som "charged", vil dermed bero på hvorvidt hans situasjon er "substantially affected".⁸⁵

I saken Weh mot Østerrike, viste EMD til to situasjoner hvor vernet mot selvinkriminering kan gjøres gjeldende:⁸⁶

"42. First, there are cases relating to the use of compulsion for the purpose of obtaining information which might incriminate the person concerned in pending or anticipated criminal proceedings against him, or - in other words - in respect of an offence with which that person has been "charged" within the autonomous meaning of Article 6 § 1 [...]"

43. Second, there are cases concerning the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution [...]"

Det er førstnevnte situasjon som er aktuelt her. EMD viste til Funke-saken⁸⁷ hvor kriteriet "anticipated criminal proceedings against him" var oppfylt, da myndighetene i

⁸⁵ Se Øyen s. 148-151 for en nærmere redegjørelse av kravet til "substantially affected". Se også Trechsel s. 137-140

⁸⁶ Weh mot Østerrike, dom av 8. april 2004, application no. 38544/97

⁸⁷ Funke mot Frankrike, dom av 25. februar 1993, application no. 10828/84

nevnte sak hadde "a specific suspicion against the applicant".⁸⁸ På denne bakgrunn legger jeg til grunn at vernet inntreer i saker hvor politiet har "specific suspicion against the applicant".

Der hvor politiet iverksetter bevisprovokasjon, vil en antakeligvis være forbi de innledende stadiene av etterforskningen. Det antas at politiet ikke bare har mistanke om en begått straffbar handling, men også med hensyn til hvem som har utført handlingen. Personen som blir utsatt for bevisprovokasjonen har etter mitt syn et behov for å bli beskyttet av selvinkrimineringsvernet. EMD har i flere avgjørelser gitt uttrykk for at konvensjonen skal gi rettigheter som er "practical and effective as opposed to theoretical and illusory".⁸⁹ Dersom mistenktes rettigheter etter EMK art. 6 nr.1 skal være reelle, bør bruk av en så intens etterforskningsmetode rettet mot vedkommende, utløse rettighetene. Jeg legger derfor til grunn at en person som er utsatt for bevisprovokasjon er "charged", da kravet til "substantially affected" anses som oppfylt.

Til slutt stilles det krav til at siktemålet med etterforskningsskrittet er å *avgjøre* ("determination") straffesiktelsen. Bruk av provokasjon for å innhente bevis faller innunder dette kravet.

Det vil i den videre fremstilling legges til grunn at den som provokasjonen retter seg mot, har en rett til å påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1.

⁸⁸ Weh mot Østerrike, dom av 8. april 2004, application no. 38544/97, avsnitt 52. Se også Elgesem/Rosenlund Wahlen Tff 2010-2/3

⁸⁹ Se blant annet Allenet de Ribemont mot Frankrike, dom av 10. februar 1995 (Series A 308), application no. 15175/89, avsnitt 35

4 Generelt om EMD sin vurdering av om selvinkrimineringsvernet er krenket

Siden vernet mot tvungen selvinkriminering ikke har en klar ordlyd i EMK, vil vernets innhold i stor grad måtte løses på bakgrunn av praksis fra EMD. I det følgende vil det redegjøres for hva som er vurderingstemaet når EMD skal ta stilling til om vernet er krenket.

EMD uttalte i Allan mot Storbritannia at hvorvidt selvinkrimineringsvernet er "undermined to such an extent" slik at det foreligger en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1, "depends on all the circumstances of the individual case".⁹⁰ EMD gir anvisning på en konkret helhetsvurdering. I den forbindelse ble det blant annet i Allan-saken gitt nærmere retningslinjer for vurderingen av når vernet er å anse som krenket (min utheving):⁹¹

“In examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court must examine *the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put* [...] ”

EMD oppstiller her tre momenter som vil ha betydning for vurderingen: (1) Tvangens “nature and degree”, (2) hvilke “relevant safeguards” som den mistenkte har til rådighet og (3) på hvilken måte det innhentede beviset har blitt brukt.⁹²

I Jalloh mot Tyskland ble også et fjerde moment ansett som relevant for vurderingen: Den offentlige interessen i straffeforfølgning.⁹³ Hvilken betydning et slikt hensyn har i vurderingen er usikkert og en nærmere gjennomgang av momentet vil bli gjort i punkt 6.6.3.

Hensynene bak vernet og videre de vurderinger EMD foretar ved avgjørelsen av om selvinkrimineringsvernet i det konkrete tilfellet er krenket, tilsier at momentet tvangens

⁹⁰ Allan mot Storbritannia, dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 51

⁹¹ Avsnitt 44 i dommen

⁹² Se Torgersen s. 280 siste avsnitt

⁹³ Dom av 11. juli 2006, application no. 54810/00, avsnitt 117

"nature and degree" bør være retningsgivende for hvorvidt det foreligger en krenkelse. Vekten av de øvrige opplistede momentene bør derfor avhenge av "the nature and degree" av den aktuelle tvangsbruk; dersom EMD finner at det i den konkrete sak har blitt anvendt sterkt press mot den mistenkte, skal det muligens mer til for at de øvrige momentene medfører at det likevel ikke foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet.⁹⁴

Videre er det viktig å presisere at selvinkrimineringsvernet er skjønnsmessig og som Trechsel uttrykker det "one of the most complex guarantees in the entire body of fundamental rights applicable in the context of criminal proceedings".⁹⁵ Det foreligger for øvrig ikke mye praksis fra EMD som berører selvinkrimineringsvernet i relasjon til bevisprovokasjon. Etter min oppfatning taler det for at de grunnleggende hensynene bak selvinkrimineringsvernet bør tillegges stor vekt i vurderingen.⁹⁶

De opplistede momentene vil bli nærmere redegjort for i punkt 5 og 6.

5 Beskytter selvinkrimineringsvernet mot forledelse?

5.1 Innledende bemerkninger

Vernet mot selvinkriminering har opprinnelig vært rettet mot situasjonen hvor den mistenkte sitter i et formelt avhør hvor han er klar over identiteten til de som avhører han. Det skal i en slik situasjon ikke fra politiet sin side anvendes press, trusler mv. for å få siktede til å forklare seg.⁹⁷ I tillegg vil den mistenkte kunne føle et forklaringspress alene av den grunn at det er politiet som fremtrer som den sterke part.

Ved et fordekt avhør vil et slikt press ikke kunne foreligge, da hensikten med provokasjonen nettopp er at siktede ikke skal vite at han snakker med politiet. Årsaken

⁹⁴ Se Torgersen s. 281

⁹⁵ Trechsel s. 341

⁹⁶ Se pkt. 3.4

⁹⁷ Se eksempelvis straffeprosessloven § 92 (2) og påtaleinstruksen § 8-2 (4)

til hvorfor en mistenkt eventuelt avgir inkriminerende opplysninger til politiet som opptrer fordekt, kan bero på en rekke årsaker. To mulige begrunnelser kan for eksempel være: Den mistenkte føler et “psykisk press” om i det hele tatt å fortelle om forholdet – uavhengig av hvem den mistenkte oppfatter som samtalepartner. Et slikt tvangselement kan også tenkes at bør bli motvirket gjennom mistenktes selvinkrimineringsvern.⁹⁸ Provokasjonen kan også medføre at den mistenkte mer eller mindre *lures* eller *forledes* til å snakke. I sistnevnte tilfelle vil det som Torgersen uttrykker det muligens bli “anstrengt å snakke om *tvungen* selvinkriminering”.⁹⁹ Samtidig har politiet en fordel i forhold til den mistenkte; politiet vil ved informasjonsinnhenting ha et klart formål med samtalen og er i tillegg trent i ulike avhørsteknikker. Likhetsprinsippet – “equality of arms” som også forankres i kravet til “fair [...] hearing” i EMK art. 6 nr.1, gjør det betenkelig å godta en provokasjonshandling som lurer en mistenkt til å snakke.¹⁰⁰

5.2 Tilsier hensynene bak selvinkrimineringsvernet at forledelse må anses betenkelig?

Selvinkrimineringsforbudet har en nær og uløselig sammenheng med hensynene som begrunner forbudet.¹⁰¹ I den forbindelse kan det spørres om disse hensynene tilsier at selvinkrimineringsvernet bør aktualiseres der hvor bevisprovokasjon anvendes i den hensikt å *forlede* den mistenkte til å inkriminere seg selv. I juridisk teori er det tilsynelatende en viss uenighet hvorvidt hensynene bak selvinkrimineringsvernet taler for at forledelse er problematisk i relasjon til vernet. Strandbakken anfører at hensynene som begrunner selvinkrimineringsforbudet tilsier at forbudet kun bør komme til anvendelse ved den formelle avhørssituasjonen og uttaler i den forbindelse:¹⁰²

"Utenfor avhørssituasjonen bør politiet ha samme handlefrihet som enhver annen borger. Politiet bør derfor i utgangspunktet kunne stille inkriminerende spørsmål under falsk identitet [...] Det vil være opp til den enkelte mistenkte å besvare spørsmålet."

⁹⁸ Se Torgersen s. 285

⁹⁹ Se Torgersen s. 279

¹⁰⁰ Se liknende betraktninger Ashworth s. 768

¹⁰¹ Se pkt. 3.4

¹⁰² Strandbakken s. 202.

I punkt 3.4 ble det lagt til grunn at mistenktes *selvbestemmelsesrett* og *viljesfrihet* er sentrale hensyn bak selvinkrimineringsvernet. Slik jeg forstår Øyen oppstiller han som forutsetning at "mistenkte er seg bevisst at han presses til å bidra til egen domfellelse" for at de nevnte hensyn skal ha aktualitet.¹⁰³ Med det som bakgrunn uttaler han:¹⁰⁴

"Hvis fordekt opptreden skal anses betenkelig i et *selvinkrimineringsperspektiv*, må det kreves at politiet, enten selv eller med bistand fra en politiagent, oppsøker mistenkte og aktivt går inn for å skaffe informasjon fra ham om de temaer etterforskningen gjelder. Hvor betenkelig slik målrettet fordekt informasjonsinnhenting kan sies å være, avhenger dels av de nærmere omstendigheter."

Når mistenkte verken er klar over at han snakker med politiet eller utsettes for fysisk eller psykisk tvang, vil hans selvbestemmelsesrett som utgangspunkt ikke bli direkte krenket. Som Øyen påpeker kan det likevel være betenkelig å godta at politiet gjennom fordekt opptreden oppsøker mistenkte og aktivt går inn for å skaffe informasjon. Etter mitt syn vil omgåelsesbetraktninger kunne spille inn i vurderingen her. Der hvor bevisprovokasjonen bærer preg av en omgåelse, tilsynelatende for å unngå at den mistenkte påberoper seg retten til å forholde seg taus ved et formelt avhør, vil mistenktes selvbestemmelsesrett effektivt kunne bli undergravet.

EMD har også begrunnet selvinkrimineringsvernet med hensynet til et materielt riktig resultat. I punkt 3.4 ble det lagt til grunn at tilståelser som er avgitt på bakgrunn av tvang, vil kunne være uriktige. Som tidligere nevnt kan ikke jeg se at fordekt opptreden gjennom en bevisprovokasjon vil kunne skape en tvangssituasjon, og det kan stilles spørsmål ved om hensynet til et materielt riktig resultat gjør seg gjeldende. Som Øyen påpeker, vil opplysningene som den mistenkte gir til politiet under bevisprovokasjonen,

¹⁰³ Øyen s. 232

¹⁰⁴ Øyen s. 232

være gitt på et uriktig grunnlag da mistenkte er i villrede med hensyn til hvem han snakker med (min tilføyelse):¹⁰⁵

"[Mistenkte] kan komme til å overdrive sin forbryterske virksomhet, enten objektivt eller subjektiv sett. Motivet for en slik overdrivelse kan være å opphøye seg selv til en sentral og viktig person i et forbrytersk miljø å fremstille seg selv som modig og fryktløs mv."

Uten å begrunne det nærmere har Jon Petter Rui Johansen tilsynelatende et motsatt synspunkt (min utheving):¹⁰⁶

"Det er grunn til å merke seg at det kun er hensynet til siktedes selvbestemmelsesrett som taler for at bruk av skjult avhør må være forbudt. En forklaring frembrakt ved bruk av skjult avhør, *reiser ikke prinsipielle betenkeligheter ut fra hensynet til siktedes sikkerhet og hensynet til et materielt riktig resultat.*"

Uten å ha empiriske fakta å relatere drøftelsen til, er det vanskelig å si hvilken risiko det er for at den mistenkte vil kunne overdrive sin "forbryterske virksomhet" under en bevisprovokasjon. Det er likevel klart at opplysningene som mistenkte gir til politiagenten, er gitt på et uriktig grunnlag. Etter min oppfatning kan det dermed ikke fullstendig avvises at opplysningene som innhentes vil kunne være overdrevet eller liknende, og av den grunn problematisk av hensynet til et materielt riktig resultat.

Som nevnt i punkt 5.1, vil det også kunne være betenkelig å godta at politiet lurer den mistenkte til å snakke på bakgrunn av likhetsprinsippet som også er forankret i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr. 1.

¹⁰⁵ Øyen s. 229

¹⁰⁶ Rui *TfR* 2009 s. 57

5.3 Praksis fra EMD

I dommene Allan mot Storbritannia og Bykov mot Russland ble det anført krenkelse av selvinkrimineringsvernet forankret i kravet til "fair [...] hearing, jf. EMK art. 6 nr. 1.¹⁰⁷ I begge sakene var den påståtte krenkelsen begrunnet i politiets fordekte opptreden under bevisinnhenting. I både Allan-saken og Bykov-saken foretok EMD en konkret vurdering av en rekke ulike faktorer. I førstnevnte sak ble det fastslått brudd på selvinkrimineringsvernet. I Bykov-saken kom derimot flertallet (elleve dommere) til at det ikke forelå en krenkelse av vernet. Jeg vil i det følgende redegjøre for EMD sin begrunnelse i de to avgjørelsene.

I saken Allan mot Storbritannia ble Richard Roy Allan mistenkt for å ha drept en butikksjef. Allan og en annen person ble arrestert for et annet forhold noen uker senere. Politiet iverksatte hemmelig avlytting av samtaler Allan hadde med personen han ble arrestert sammen med og i tillegg en venninne som besøkte han i fengselet. Senere ble også en politiinformant plassert på samme celle med Allan med det formål å få Allan til å avsløre sin skyld. Også politiinformantens samtaler med Allan ble hemmelig avlyttet. Allan ble idømt livsvarig fengsel for drapet. Allan klaget Storbritannia inn for EMD, hvor brudd på EMK art. 6 var blant grunnlagene for at Storbritannia hadde krenket konvensjonen. Innledningsvis kommenterte EMD vernets anvendelsesområde:¹⁰⁸

"While the right to silence and the privilege against self-incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion by the authorities and the obtaining of evidence through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused, the scope of the right is not confined to cases where duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way. The right, which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice

¹⁰⁷ Dom av henholdsvis 5. november 2002, application no. 48539/99 og dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02

¹⁰⁸ Avsnitt 50 i dommen

is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial."

EMD la til grunn at vernet blant annet skal beskytte mistenktes *valg* om han ønsker å snakke eller å forholde seg taus der hvor politiet stiller spørsmål.¹⁰⁹ I forlengelsen av dette ble det fremhevet at selvinkrimineringsvernet ikke er begrenset til tilfeller hvor det brukes direkte tvang for å innhente opplysninger fra den mistenkte.

I EMDs konkrete vurdering kan det trekkes ut visse momenter som domstolen tilsynelatende har vektlagt.¹¹⁰ For det første bemerket EMD at den mistenkte "consistently availed himself of his right to silence" under de formelle avhørene i forkant av provokasjonen.¹¹¹ Videre ble det fremhevet at plasseringen av politiagenten i samme celle som Allan var med den konkrete hensikt i å lokke frem inkriminerende utsagn. I den forbindelse viste EMD til at politiet hadde gitt politiagenten beskjeden "push him for what you can".¹¹²

Mistenktes mottakelighet for påvirkning synes det også som at EMD vektla i vurderingen. Allan var frihetsberøvet og mistenkt for en alvorlig forbrytelse.¹¹³

"While it is true that there was no special relationship between the applicant and H. and that no factors of direct coercion have been identified, the Court considers that the applicant would have been subjected to psychological pressures which impinged on the 'voluntariness' of the disclosures allegedly made by the applicant to H.: he was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and

¹⁰⁹ Se også pkt. 3.4

¹¹⁰ Se også Øyen s. 239-240 og Trechsel s. 350-352 for en gjennomgåelse av Allan-saken

¹¹¹ Avsnitt 52 i dommen

¹¹² Avsnitt 52 i dommen

¹¹³ Avsnitt 52 i dommen

would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence."

Ytterligere et moment som EMD viste til var politiagentens aktivitet overfor den mistenkte (min utheving):¹¹⁴

"[T]he admissions allegedly made by the applicant to H., [...] were not spontaneous and unprompted statements volunteered by the applicant, but were *induced by the persistent questioning of H., who, at the instance of the police, channeled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the functional equivalent of interrogation, without any of the safeguards which would attach to a formal police interview [...]* "

EMD viste også til en faktor som ikke berørte selve bevisinnhentingene, men derimot måten beviset hadde blitt brukt i etterkant. Det ble uttalt at de angivelige inkriminerende opplysningene "formed the main or decisive evidence" under straffesaken mot Allan.¹¹⁵

Etter en konkret vurdering av de foreliggende omstendigheter, fastslo EMD at informasjonen ble innhentet i strid med mistenktes vilje og videre at bruken av beviset i straffesaken medførte et inngrep i mistenktes selvinkrimineringsvern. Kravet til "fair [...] hearing" var ikke oppfylt.

Både EMD sin konklusjon i Allan-saken og for øvrig deres redegjørelse for resultatet, gir etter mitt syn uttrykk for at bruk av forledelse for å innhente inkriminerende opplysninger kan medføre en krenkelse av mistenktes selvinkrimineringsvern. Det kan i tillegg nevnes at EMD i flere avgjørelser har anvendt uttrykk som "subterfuge" og "trickery" i sammenheng med kravet til "compulsion". I avvisningsavgjørelsene Chalkley og Hewitson var EMK art. 6 ikke krenket blant annet fordi det hverken forelå

¹¹⁴ Avsnitt 52 i dommen

¹¹⁵ Avsnitt 52 i dommen

"oppression *or* trickery" (min utheving).¹¹⁶ Med henvisning til de nevnte formuleringene avgitt i Chalkley og Hewitson, uttaler Torgersen at man kan "neppe utelukke at forledelse eller lureri i seg selv kan utgjøre et slikt 'tvangselement' som medfører at beviset må være innhentet 'in defiance of the will of the accused' ".¹¹⁷

Både resultatet og EMDs uttalelser i Allan-saken, i tillegg til formuleringene som anvendes i de nevnte avvisningsavgjørelsene, taler altså etter mitt syn for at forledelse vil kunne være problematisk i et selvinkrimineringsperspektiv. Hvorvidt den konkrete bevisprovokasjon har forledet mistenkte på en slik måte at selvinkrimineringsforbudet er krenket, beror som tidligere nevnt på en konkret helhetsvurdering hvor retningslinjene som ble oppstilt i punkt 4 vil være sentrale. I den forbindelse kan det vises til avgjørelsen Bykov mot Russland, hvor flertallet ikke fant grunnlag for at politiets fordekte opptreden hadde krenket mistenktes selvinkrimineringsvern.¹¹⁸

Bykov var administrerende direktør i et aluminiumsverk. I september 2009 skal angivelig Bykov ha gitt "V", en underordnet, beskjed om å drepe "S". S var en tidligere forretningspartner av Bykov. V tok i stedet kontakt med politiet i Russland og fortalte hva Bykov hadde beordret og det ble åpnet etterforskning mot Bykov. En del av etterforskningen gikk ut på en dekkoperasjon med det formål å innhente opplysninger som kunne bevise at Bykov hadde til hensikt å drepe S. Politiet gikk til media og informerte om at to døde mennesker hadde blitt funnet i leiligheten som tilhørte S, den ene var S og den andre var S sin forretningspartner "I". Deretter instruerte politiet V til å oppsøke Bykov for å fortelle at det fiktive drapet hadde blitt utført. V tok med seg visse gjenstander, herunder 20 000 USD i kontanter og to klokker som tilhørte henholdsvis S og I, som bevis for at drapet var gjennomført. I tillegg var V utstyrt med mikrofon med radiosender som gjorde det mulig for politiet å ta opp samtalen mellom Bykov og V. Dagen etter ble Bykov sitt hjem ransaket, og Bykov ble arrestert. Bykov ble av russisk rett funnet skyldig i å ha inngått avtale om å ta livet av S. Bykov klaget

¹¹⁶ Henholdsvis avgjørelse av 26. september 2002, application no. 63831/00 og avgjørelse av 22. oktober 2002, application no. 50015/99

¹¹⁷ Torgersen s. 280

¹¹⁸ Dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02. Se også Øyen s. 236-237 hvor han gjennomgår dommen

Russland inn for EMD. Klagen ble blant annet begrunnet med at det forelå brudd på selvinkrimineringsvernet.

I samsvar med tidligere avgjørelser viste EMD til betydningen av "the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put" for vurderingen av om selvinkrimineringsvernet var krenket.¹¹⁹ Flertallet vurderte politiets fremgangsmåte ved innhenting av bevisene slik:¹²⁰

"The Court notes that in the present case the applicant had not been under any pressure to receive V. at his 'guest house', to speak to him, or to make any specific comments on the matter raised by V. Unlike the applicant in the *Allan* (cited above), the applicant was not detained on remand but was at liberty on his own premises attended by security and other personnel. The nature of his relations with V. – subordination of the latter to the applicant – did not impose any particular form of behavior on him. In other words, the applicant was free to see V. and to talk to him, or to refuse to do so. It appears that he was willing to continue the conversation started by V. because its subject matter was of personal interest to him. Thus, the Court is not convinced that the obtaining of evidence was tainted with the element of coercion or oppression which in the *Allan* case the Court found to amount to a breach of the applicant's right to remain silent."

Til støtte for flertallets resultat ble det fremhevet at politiets fremgangsmåte ikke medførte et press på Bykov; Bykov var ikke frihetsberøvet og forholdet til politiagenten påvirket ikke Bykov sin opptreden.¹²¹

Flertallet vurderte også på hvilken måte det innhentede bevis hadde blitt brukt i den påfølgende straffesaken:¹²²

¹¹⁹ Avsnitt 92 i dommen

¹²⁰ Avsnitt 102 i dommen

¹²¹ Se også Øyen s. 237

"The Court also attaches weight to the fact that in making their assessment the domestic courts did not directly rely on the recording of the applicant's conversations with V., or its transcripts and did not seek to interpret specific statements made by the applicant during the conversations. [...] Moreover, at the trial the recording was not treated as a plain confession or an admission of knowledge capable of lying at the core of a finding of guilt; it played a limited role in a complex body of evidence assessed by the court."

Både måten opptaket ble vurdert av nasjonal rett og videre opptakets begrensede betydning sett i sammenheng med de øvrige bevisene i saken, tilsa at selvinkrimineringsvernet ikke var trådt for nær. Etter å ha foretatt en konkret helhetsvurdering, konkluderte flertallet med at den mistenktes rettergang var "fair" i henhold til EMK art. 6 nr. 1.

Dissenterende dommer Spielmann, med støtte av fire dommere, la derimot til grunn at det forelå brudd på selvinkrimineringsvernet:¹²³

"The covert operation undermined the voluntary nature of the disclosures to such an extent that the right to remain silent and not to incriminate oneself was rendered devoid of all substance."

Mindretallet stilte spørsmålet om samtalen mellom den mistenkte og politiagenten hadde funnet sted og på den måten som den gjorde, dersom man så bort fra politiets aksjon. Dette ble besvart benektende og ble særlig begrunnet i politiets iscenesettelse av to fiktive drap. Før V ankom gjestehuset, fremholdt mindretallet at mistenkte var påvirket av uriktige opplysninger om at en alvorlig forbrytelse hadde blitt begått og hans inntrykk ble forsterket ved at V innrømmet at han hadde begått drapene. Med det som bakgrunn uttalte mindretallet:¹²⁴

¹²² Avsnitt 103 i dommen

¹²³ Avsnitt 37 i Spielmanns dissens

¹²⁴ Avsnitt 35 i Spielmanns dissens

"The applicant's conduct was therefore not solely, or mainly, guided by events which would have taken place under normal circumstances, but above all by the appearances created by the investigating authorities. To that extent, seeing that he was the victim of a ruse, his statements and reaction cannot reasonably be said to have been voluntary or spontaneous."

6 Nærmere om grensen for hvor langt provokasjonshandlingen kan gå

6.1 Innledning

Både hensynene bak vernet og praksis fra EMD gir etter mitt skjønn uttrykk for at bevisprovokasjon som forleder den mistenkte til å snakke, *kan* være problematisk i et selvinkrimineringsperspektiv. Hvorvidt den enkelte provokasjon er i strid med vernet, beror likevel på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Utgangspunktet for vurderingen må tas i retningslinjene som blant annet ble gitt i Allan-saken.¹²⁵

Ett av momentene er *tvangens* "nature and degree". Som fremstillingen hittil har vist, vil bevisprovokasjon potensielt kunne forlede den siktede til å snakke, men provokasjonen vil som utgangspunkt ikke skape en tvangssituasjon. Slik jeg ser det vil det derfor ikke bli naturlig å relatere drøftelsen direkte til *tvangens* "nature and degree". Siktemålet med momentet må likevel være å vurdere hvorvidt de konkrete opplysningene ble gitt i en situasjon som EMD ikke kan godta i henhold til de skranker selvinkrimineringsvernet oppstiller. Ved gjennomgåelsen av Allan og Bykov i punkt 5.3, ble det trukket frem spesifikke omstendigheter som EMD tilsynelatende anså som relevante for vurderingen av politiets opptreden ved bevisinnhenting. Disse vil jeg gjennomgå i punkt 6.2 til 6.5. I punkt 6.6 vil de øvrige momentene som EMD har oppstilt bli belyst.

¹²⁵ Se pkt. 4

6.2 Er den mistenkte på frifot?

Det kan først stilles spørsmål om betydningen av at den mistenkte er fengslet når han avgir de angivelig inkriminerende opplysningene. På hvilken måte vedkommende reagerer på å være frihetsberøvet, varierer naturligvis fra person til person. Det må likevel kunne hevdes at frihetsberøvelse som utgangspunkt vil sette en person i en mer sårbar situasjon enn der han er på frifot. I sin vurdering av hvilket press den mistenkte kan bli utsatt for ved formelle avhør, uttaler Trechsel seg om betydningen av at mistenkte er fengslet:¹²⁶

"The pressure becomes even more acute when the defendant is detained because the authorities assume that there is a danger of him or her tampering with the evidence. A confession would result in the release of the accused. The guilty suspect therefore 'pays' for the better chance of acquittal in the 'currency of personal liberty'."

Mistenktes allerede vanskelige situasjon ved å være fengslet, gjør at vedkommende kanskje lettere enn ellers blir påvirket til å avgi inkriminerende opplysninger. En slik situasjon vil etter mitt syn utfordre mistenktes verdighet og selvbestemmelsesrett, som er sentrale hensyn bak selvinkrimineringsvernet.¹²⁷

Fengslingen vil kunne ha noe å si for den mistenktes *mottakelighet* for å bli påvirket. I punkt 6.5 er vurderingen hvor aktive politiet kan være i sin påvirkning av den mistenkte for å innhente opplysninger. På lik linje med at det vil kunne foreligge begrensinger i den forbindelse, vil det være naturlig å vurdere hvor mottakelig den mistenkte er for den påvirkning politiet utviser. Med andre ord kan det anføres at politiet kan vise større aktivitet der hvor den mistenkte er på frifot, enn der hvor den mistenkte er fengslet eller pågrepet.

¹²⁶ Trechsel s. 346

¹²⁷ Se pkt. 3.4

Som det ble vist til under punkt 5.3 fremhevet EMD i Allan-saken blant annet mistenkte sin situasjon som fengslet:¹²⁸

"[H]e was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence."

I Bykov-saken var den mistenkte ikke fengslet eller pågrepet da bevisprovokasjonen ble utført. I den forbindelse uttalte flertallet: "Unlike the applicant in the Allan case [...] the applicant was not detained on remand but was at the liberty on his own premises attended by security and other personnel."¹²⁹ Videre la flertallet til grunn: "In other words, the applicant was free to see V. and to talk to him, or to refuse to do so."¹³⁰

I avvisningsavgjørelsen Wood mot Storbritannia var den mistenkte i likhet med Allan fengslet på tidspunktet han uttalte seg.¹³¹ Saksforholdet var i korthet slik: I perioden 4. juli 1998 til 1. april 1999 ble det begått en rekke ran og innbrudd. Som et resultat av politiets etterforskning ble det rettet mistanke mot rundt ni personer. Politiet hadde likevel problemer med å sikre bevis mot de mistenkte og besluttet å utføre en skjult operasjon. Operasjonen gikk ut på å arrestere de mistenkte for brudd på andre lovovertridelser enn de nevnte ranene og innbruddene. De ble plassert i samme celle og formålet var å få de mistenkte til å diskutere hvorfor de var pågrepet og dermed få de til å inkriminere seg selv. Cellen var avlyttet med teknisk utstyr. Opptakene dannet grunnlaget for tiltalen mot Clayton Wood. Wood klaget Storbritannia inn for EMD og påberopte blant annet at det forelå brudd på EMK art. 6 med grunnlag i at den skjulte operasjonen krenket selvinkrimineringsvernet hans. EMD vurderte anførselen som "manifestly ill-founded"¹³² og uttalte: "[T]he Court does not find any element of

¹²⁸ Dom av 5. november 2003, application no.48539/99, avsnitt 52

¹²⁹ Dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02, avsnitt 102

¹³⁰ Avsnitt 102 i dommen

¹³¹ Avgjørelse av 20. januar 2004, application no. 23414/02

¹³² Siste side i avgjørelsen

coercion or oppression inducing the applicants to break their silence as occurred in *Allan v. the United Kingdom*."¹³³

De faktiske forhold som forelå i Wood-saken, herunder fengslingen, innebar altså ikke at de inkriminerende utsagnene var gitt i en slik situasjon som etter EMD sin vurdering krenket mistenktes selvinkrimineringsvern.

Dommene gir etter mitt skjønn uttrykk for at det vil kunne være relevant å vektlegge hvorvidt den mistenkte er fengslet eller på frifot. I juridisk teori er det tilsynelatende uenighet hvor mye EMD vektlegger at mistenkte er fengslet. Slik jeg forstår Torgersen er han av den oppfatning at det nok skal "mye til" for at en bevisprovokasjon manipulerer situasjonen så sterkt at det foreligger et psykisk press som krenker selvinkrimineringsforbudet i tilfeller der mistenkte ikke er fengslet.¹³⁴ Øyen uttaler derimot:¹³⁵

"En kan ikke tolke EMDs praksis dit hen at den menneskerettslige normen for hvor aktive politiet kan være, varierer betydelig alt etter som den mistenkte er på frifot eller ikke. EMDs praksis bør imidlertid forstås slik at momentet er relevant, og at en i tvilstilfelle kan legge en viss vekt på det."

6.3 Har mistenkte i forkant av bevisprovokasjonen gitt uttrykk for et valg om å benytte retten til taushet?

Situasjonen her er at mistenkte i forkant av bevisprovokasjonen har gitt uttrykk for et valg om å benytte retten til taushet. Problemstillingen er hvorvidt dette skal vektlegges i krenkelsesvurderingen.

I en etterforskning kan det bli en vurdering av hvorvidt en mistenkt skal kalles inn til et formelt avhør eller ikke. Det kan være at ved å innkalle til et formelt avhør, så vil politiet avsløre overfor vedkommende at han er i politiets søkelys. Konsekvensen ved å

¹³³ Pkt. THE LAW A nr. 2 i avgjørelsen

¹³⁴ Torgersen s. 281

¹³⁵ Øyen s. 245

foreta et formelt avhør vil da kunne for eksempel være at den mistenkte flytter sin kriminelle virksomhet, eller blir mer bevisst på å dekke mulige spor. Det er altså en rekke scenarioer som politiet både må og er berettiget til å ta hensyn til. Hvor sannsynlig det er at den mistenkte ønsker å uttale seg om det straffbare forhold i et formelt avhør, vil da være ett av vurderingstemaene.

Det kan stilles spørsmålstegn ved om utfallet av en slik konkret vurdering, eventuelt skal kunne begrense politiets aktivitetsnivå av hensyn til mistenktes selvinkrimineringsvern. En mulig følge av å tillegge momentet vekt, er at en mistenkt som ved et formelt avhør har benyttet seg av retten til å forholde seg taus, vil ha et "sterkere" selvinkrimineringsvern enn en mistenkt som ikke har blitt innkalt til et formelt avhør. Det at politiet i sistnevnte tilfellet ikke foretok et formelt avhør i forkant av provokasjonen, vil dermed tale i den mistenktes disfavør. Fra et slikt ståsted, virker det unaturlig at momentet skal tillegges vekt.

Samtidig kan bevisprovokasjonen gi inntrykk av at politiet forsøker å omgå mistenktes rettigheter.¹³⁶ Det er betenkelig å godta at politiet skal kunne opptre fordekt med den hensikt å innhente opplysninger som de ikke var i stand til å innhente under det formelle avhøret, når mistenkte klart har gitt uttrykk for sitt valg om å forholde seg taus. Som det ble vist til i punkt 3.4, har EMD i sin fastleggelse av selvinkrimineringsvernets innhold og formål, fremholdt at vernet ikke bare har til hensikt å beskytte mot tilfeller hvor politiet tvinger mistenkte til å gå imot sin egen vilje. Som EMD uttalte i Allan-saken skal selvinkrimineringsvernet også ivareta "a suspected person to *choose* whether to speak or to remain silent when questioned by the police" (min utheving).¹³⁷ I forlengelsen av dette uttalte EMD:¹³⁸

"Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect confessions or other statements of an

¹³⁶ Se også Torgersen s. 281

¹³⁷ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 50

¹³⁸ Avsnitt 50 i dommen

incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial."

I Allan-saken hadde mistenkte under de formelle avhørene benyttet seg av retten til å forholde seg taus:¹³⁹

"In the present case, the Court notes that in his interviews with the police following his arrest the applicant had, on the advice of his solicitor, consistently availed himself of his right to silence."

I Bykov-saken omtalte flertallet tidligere avsagte dommer. Blant annet ble saken Heglas mot Tsjekkia sammenlignet med de faktiske forhold som forelå i Allan-saken.¹⁴⁰ Den førstnevnte dommen omhandlet også påstand om krenkelse av selvinkrimineringsvernet på grunnlag av politiets fordekte opptreden. I Heglas-saken fant EMD at det ikke forelå brudd på EMK art. 6 nr. 1. Flertallet i Bykov-saken la til grunn at ett av elementene som skilte Heglas-saken fra Allan-saken, var at den mistenkte i Allan-saken var "in pre-trial detention and expressed his wish to remain silent when questioned by the investigators",¹⁴¹ noe som ikke var tilfelle i Heglas-saken.

EMD sine uttalelser i både Allan-saken og flertallets uttalelse i Bykov-saken gir etter mitt syn uttrykk for at momentet vil kunne ha betydning i krenkelsesvurderingen.

6.4 Provokatørens forhold til den mistenkte

Dersom mistenkte forteller det straffbare forhold til noen, er han klar over at det er en risiko for at personen vil kunne røpe forholdet til politiet. Muligheten for at mistenkte velger å betro seg til noen, vil i stor grad bero på hvilket forhold han har med den aktuelle personen, enten det består av tillit, avhengighet eller andre årsaker.¹⁴² Selvinkrimineringsvernet beskytter ikke den mistenkte i slike tilfeller.¹⁴³

¹³⁹ Avsnitt 52 i dommen

¹⁴⁰ Heglas mot Tsjekkia, dom av 1. mars 2007, application no. 5935/02

¹⁴¹ Dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02, avsnitt 101

¹⁴² Se Øyen s. 249

Ved valg av politiagent, kan det tenkes at politiet har mulighet til å benytte en agent som den mistenkte kjenner på forhånd. Det vil kunne bidra til at mistenkte i mindre grad føler motstand for å fortelle om det straffbare forhold. Hvis man sammenligner med ovennevnte avsnitt, er mistenkte i dette tilfellet forledet til å tro at det foreligger en *viss risiko* for at informasjonen kan gå til politiet, når han i stedet betror seg direkte til politiet.

Selv om det fremstår som rimelig klart at den mistenkte lettere vil kunne uttale seg om mulige straffbare forhold til en person han kjenner på forhånd enn en fremmed, kan det spørres om hvorfor et slikt forhold bør vektlegges med henvisning til selvinkrimineringsvernet. Øyen uttaler i den forbindelse (min utheving):¹⁴⁴

"Hvis beskyttelsen mot forklaringspress skal tas på alvor, bør en [...] vektlegge hvilken *motstandsdyktighet* mistenkte hadde overfor den aktuelle samtalepartnern."

Det kan muligens være hensiktsmessig trekke linjer til situasjonen hvor mistenkte er frihetsberøvet; på den ene siden vil det ha betydning hvor aktive politiet er i å påvirke, og på den andre siden vil det ha betydning hvor *mottakelig* den mistenkte er for påvirkning. Provokatørens forhold til den mistenkte vil slik jeg ser det kunne ha betydning for mistenktes mottakelighet for påvirkning.

Der hvor politiagenten kjenner mistenkte, vil politiet altså ha et "lettere" utgangspunkt i å få den mistenkte til å snakke. Mistenkte vil ikke i like stor grad ha reserverasjoner mot å fortelle om sine straffbare forhold. I likhet med der hvor han er frihetsberøvet, kan dette være problematisk ut fra hensynet til hans selvbestemmelsesrett. I hvor stor grad dette hensynet vil spille inn, bør bero på hva slags forhold det er mellom mistenkte og provokatøren og i hvor stor grad forholdet er egnet til å *påvirke* mistenkte i å snakke. Det vil etter mitt syn være mer betenkelig å godta bruk av en provokatør som mistenkte

¹⁴³ Se Øyen s. 231

¹⁴⁴ Øyen s. 249

har et avhengighets- eller underordningsforhold til, enn der det kun er et rent tillitsforhold.

Et annet hensyn som i visse tilfeller kan tale for at en bør vektlegge forholdet mellom politiagenten og mistenkte, er hensynet til et materielt riktig resultat. Som tidligere nevnt er dette et av hensynene som EMD begrunner selvinkrimineringsvernet med.¹⁴⁵ I punkt 5.2 ble det vist til Øyen sine bemerkninger med hensyn til risikoen for at mistenkte kan tenkes å overdrive sin forbryterske virksomhet i sine samtaler med provokatøren for å fremstå som for eksempel modig. En slik risiko kan muligens oppstå der hvor mistenkte oppfatter provokatøren som en sentral skikkelse i det kriminelle miljøet.

Er derimot politiagenten fremmed for mistenkte, er forholdet dem imellom ikke i seg selv noe som øker sannsynligheten for at mistenkte vil forklare seg. Spørsmålet er da hvorvidt rammen for aktivitet snevres inn for politiet, dersom provokatøren har et særskilt forhold til den mistenkte.

I Allan-saken hadde den mistenkte og provokatøren til felles at de begge var innsatt og plassert på samme celle. De hadde ikke kjennskap til hverandre på forhånd. Innledningsvis viste EMD til kanadisk rett hvor det legges vekt på karakteren av forholdet mellom den mistenkte og provokatøren.¹⁴⁶ Videre i domspremissene uttalte EMD (min utheving):¹⁴⁷

"While it is true that there were no special relationship between the applicant and H. and that no factors of direct coercion have been identified, the Court considers that the applicant would have been subjected to psychological pressures which impinged on the "voluntariness" of the disclosures allegedly made by the applicant to H."

¹⁴⁵ Se pkt. 3.4

¹⁴⁶ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 51

¹⁴⁷ Avsnitt 52 i dommen

EMD kom som nevnt til at det forelå en krenkelse av selvinkrimineringsvernet i saken, til tross for at det ikke forelå en særskilt tilknytning mellom den mistenkte og politiagenten i foreliggende sak. Selv om EMD ikke uttaler seg om vekten av momentet, kan den ovennevnte uttalelsen i det minste tale for at EMD anser det som relevant å vektlegge forholdet mellom den mistenkte og provokatøren.

I motsetning til Allan-saken, hadde den mistenkte og provokatøren i saken Bykov mot Russland kjennskap til hverandre i forkant av provokasjonen. Med hensyn til betydningen av karakteren av forholdet fremholdt flertallet:¹⁴⁸

"The nature of his relations with V. – subordination of the latter to the applicant – did not impose any particular form of behavior on him."

Mistenkte var altså overordnet provokatøren, noe som etter EMD sin oppfatning ikke påvirket den mistenktes opptreden. Flertallet uttalte videre:¹⁴⁹

"It appears that he was willing to continue the conversation started by V. because its subject matter was of personal interest to him."

Jeg oppfatter flertallets uttalelser slik at det forelå et særskilt forhold mellom den mistenkte og provokatøren, men på bakgrunn av karakteren av forholdet, var det altså ikke et moment som tilsa krenkelse av selvinkrimineringsvernet i foreliggende tilfelle. Uttalelsene i både Allan-saken og Bykov-saken gir etter mitt syn grunnlag for at momentet kan tillegges vekt.

Det kan spørres om hva som faller innunder begrepet "special relationship". I Allan saken ble det å være cellekamerater ikke i seg selv ansett som tilstrekkelig til å danne et særskilt forhold. Utover dette har ikke EMD fastlagt nærmere kriterier. Et naturlig

¹⁴⁸ Avsnitt 102 i dommen

¹⁴⁹ Avsnitt 102 i dommen

utgangspunkt vil være å ta en helt konkret vurdering av både varigheten og arten av forholdet.¹⁵⁰

6.5 Provokatørens aktivitetsnivå

6.5.1 Innledende bemerkninger

Når politiet velger å opptre fordekt, oppstår spørsmålet om hvor aktive de kan være overfor den mistenkte. Med dette menes i hvor stor grad politiet kan forlede den mistenkte i retning selvinkriminering, før det kan sies at opplysningene er gitt "in defiance of the will of the accused".¹⁵¹ Det kan være alt fra at politiet innleder kontakt med den mistenkte til påvirkning av samtaletema og videre direkte spørsmål om hvorvidt mistenkte har begått bestemte straffbare handlinger. Politiets aktivitetsnivå må ses i sammenheng med mistenktes mottakelighet for påvirkning. Tidligere i fremstillingen har det blitt vist til betydningen av at mistenkte er fengslet og forholdet mellom provokatøren og mistenkte.

Problemstillingen kan illustreres med et tilfelle hvor bruk av provokasjon kan tenkes utøvd for å innhente opplysninger: Som det ble vist til i punkt 2.3.2.2, legger Riksadvokaten til grunn i sitt rundskriv at det vil være forenlig med Høyesteretts retningslinjer å anvende provokasjon som etterforskningsmetode der hvor hensikten er å hindre spredning av barnepornografi på Internett. I Meld. St. 7 (2010-2011) – Kampen mot kriminalitet blir det uttalt:¹⁵²

"Politiet har [...] behov for å opptre anonymt på nettet. Typiske eksempler på dette er spaning gjennom innsamling av data i åpne kanaler uten å legge igjen spor. Et annet eksempel er infiltrasjon, for eksempel ved at politiet infiltrerer lukkede pedofilringer som opererer på internett. Denne etterforskningsmetoden vil ofte kunne være helt avgjørende, ikke minst for å bekjempe organisert kriminalitet."

¹⁵⁰ Se Øyen s. 250 siste avsnitt

¹⁵¹ Se blant annet dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 50

¹⁵² Meld. St. 7 (2010-2011) s. 53

Et mulig scenario vil kunne være at politiet klarer å infiltrere en slik lukket gruppe på internett som begår straffbare handlinger mot barn. På hvilken måte politiet opptrer er av stor betydning. For det første er det en risiko for at politiet kan bidra til å skape nye straffbare handlinger, jfr. "grunnvilkåret".¹⁵³ Dette vilkåret skaper naturlig nok skranker for politiets aktivitet. Det kan også nevnes at Riksadvokaten har utarbeidet en fortrolig instruks som regulerer adgangen for politiet til å begå ellers straffbare handlinger for å opprettholde troverdighet ved infiltrasjon.¹⁵⁴ For det andre vil det bli spørsmål om hvor aktive politiet kan være uten å krenke mistenktes selvinkrimineringsvern. Mulige problemstillinger som kan oppstå er for eksempel:

1. Kan politiet være først med å ta kontakt med øvrige medlemmer, eller må politiet avvente til de blir kontaktet?
2. Kan politiet komme inn på temaer som er relevante for den strafferettslige bedømmelsen av mistenkte, og i så fall hvor detaljert?
3. I hvilken grad kan politiet, dersom den mistenkte kommer inn på strafferettslig relevante forhold, følge opp temaet?

Eksemplene illustrerer ulik grad av intensitet fra politiet sin side. I Allan-saken fikk politiagenten instruksjonen "push him for what you can".¹⁵⁵ EMD la til grunn at den mistenktes angivelige innrømmelser var hverken spontane eller gitt på eget initiativ, men derimot "induced by the persistent questioning of H., who, at the instance of the police, channeled their conversations into discussions of the murder".¹⁵⁶

Det at provokatøren ved gjentatte anledninger tok initiativet til valg av samtaletema og i tillegg stilte direkte spørsmål om det aktuelle lovbruddet, var dermed et relevant moment og - slik jeg tolker EMD sin begrunnelse - en medvirkende årsak til at det forelå krenkelse av selvinkrimineringsvernet i Allan-saken. Avgjørelsen gir etter mitt syn uttrykk for at dersom politiet opptrer med tilstrekkelig grad av intensitet i sin

¹⁵³ Se pkt. 2.3.2.1.

¹⁵⁴ Se NOU 2004: 6 s. 82

¹⁵⁵ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 52

¹⁵⁶ Avsnitt 52 i dommen

opptreden, så vil situasjonen kunne bli manipulert på en slik måte at mistenktes selvbestemmelsesrett ikke i tilstrekkelig grad har blitt respektert.

Det vil ikke være mulig å angi eksakte grenser for hvilken aktivitet som kan utøves av politiet i form av intensitet. Dette skyldes både at det er relativt lite rettspraksis som berører tema, men også at det foreligger utallige aktivitetsnivåer som kan oppstå under en politiprovokasjon. Formålet med punkt 6.5 er å belyse politiets aktivitetsnivå som moment for vurderingen av om selvinkrimineringsforbudet er trådt for nær.

6.5.2 Direkte spørsmål om det straffbare forhold

Som det ble nevnt innledningsvis dekker graden av intensitet over en bred skala av tilfeller; alt fra tilfeldig kontakt mellom provokatøren og den mistenkte, til der hvor provokatøren stiller direkte spørsmål til mistenkte om det angivelige straffbare forhold.¹⁵⁷ Mellom disse ytterpunktene igjen rommer det tilfeller med ulik grad av intensitet.

Den mest intense form for aktivitet vil være der hvor mistenkte får direkte spørsmål om den straffbare handling. En slik situasjon kan illustreres med Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269. Saksforholdet var i korthet slik: En fange som sonet en dom på 14 års fengsel rømte fra Ringerike fengsel i januar 1996. Politiet fattet mistanke mot en fengselsbetjent for å ha bistått med rømmingen. Under etterforskningen innledet politiet et samarbeid med en av de innsatte ved landsfengselet. Fengselsbetjenten fortalte den nevnte innsatte at han var villig til å bistå med en ny rømming. For 80 000 kr påtok fengselsbetjenten å tegne en skisse av fengselet som skulle overleveres til en medhjelper. En politibetjent som utga seg for å være den avtalte medhjelper var utstyrt med skjult mikrofon og båndopptaker. Ifølge utskrift av lydbåndopptaket skal fengselsbetjenten ha blitt uttrykkelig spurt av politibetjenten om hans deltakelse i rømmingen som fant sted i januar 1996. Fengselsbetjenten innrømmet at han hjalp den innsatte med å flykte og skal i tillegg ha gitt en nærmere forklaring på hvordan dette skjedde. Høyesterett viste blant annet til dette i sin begrunnelse, og etter en konkret

¹⁵⁷ Torgersen s. 282

vurdering kom Høyesterett frem til at bevisprovokasjonen hadde krenket mistenktes selvinkrimineringsvern.

En liknende situasjon oppstod Allan-saken, hvor provokatøren gjentatte ganger kom inn på temaet som mistanken dreiet seg om og i den forbindelse stilte spørsmål til den mistenkte om forholdene han var siktet for.¹⁵⁸ EMD uttalte at omstendighetene rundt provokatørens opptreden måtte anses som "the functional equivalent of [an] interrogation" (min tilføyelse), men uten de rettssikkerhetsgarantier som følger med et formelt avhør, for eksempel rett på forsvarer.¹⁵⁹

Som det ble vist til i punkt 5, var provokatørens opptreden overfor Allan ett av flere momenter som EMD viste til. Mistenkte var blant annet fengslet og i større grad enn ellers mottakelig for påvirkning. På denne bakgrunn er det derfor vanskelig å si om det kan oppstilles en absolutt grense for politiet til å stille direkte spørsmål om det straffbare forhold. Slik jeg oppfatter EMD sine uttalelser i Allan-saken, peker de likevel i den retning at det er stor sannsynlighet for at direkte spørsmål om det aktuelle lovbrudd, vil med stor tyngde tale for at det foreligger brudd på mistenktes selvinkrimineringsvern.

6.5.3 Politiet opptrer relativt passivt

Dersom provokatøren stiller direkte spørsmål om det saken gjelder, vil det som nevnt tale for at vernet mot tvungen selvinkriminering er trådt for nær. I motsatt retning kan mye tyde på at det ikke vil være problematisk med hensyn til selvinkrimineringsforbudet der hvor politiet forholder seg relativt passive.

Jeg tenker først og fremst på tilfellet hvor politiet iscenesetter en situasjon, men uten å ta direkte kontakt med mistenkte. Som Øyen fremhever, vil dette normalt "bare la seg gjennomføre hvis flere medmistenkte plasseres på samme fengselscelle og cellen blir avlyttet".¹⁶⁰ Muligens kan også politiets opptreden i Bykov-saken, hvor de gikk til

¹⁵⁸ Dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 52

¹⁵⁹ Avsnitt 52 i dommen

¹⁶⁰ Øyen s. 234

media med uriktig informasjon om at to bestemte personer hadde blitt drept, illustrere hvorledes politiet kan arrangere en situasjon med det formål å få mistenkte til å snakke. I motsetning til Bykov-saken, hvor politiagenten tok direkte kontakt med mistenkte, forholdt politiet seg derimot passive i saken Wood mot Storbritannia. Det eneste politiet foretok seg i sistnevnte sak var å plassere de mistenkte på samme fengselscelle i håp om at de skulle inkriminere seg selv. Som det ble vist til ovenfor i punkt 6.2, avviste EMD klagen på punktet om mistenktes selvinkrimineringsvern var krenket, da de ikke fant "any element of coercion or oppression inducing the applicants to break their silence".¹⁶¹

Etter min oppfatning gir avvisningsavgjørelsen uttrykk for at det antakeligvis ikke vil være betenkelig med hensyn til selvinkrimineringsvernet der hvor politiets opptreden må karakteriseres som passiv. Videre kan jeg ikke se at hensynet til mistenktes selvbestemmelsesrett tilsier begrensinger i en slik situasjon.

6.5.4 Avsluttende bemerkninger

I de to ovennevnte punktene er det forsøkt å danne et bilde av ytterpunktene i form av provokatørens aktivitetsnivå. Med grunnlag i praksis og teori kan det som et utgangspunkt sies at disse grensene er forholdsvis klare. Beveger man seg derimot til tilfeller som ikke ligger helt i disse ytterpunktene, er det vanskelig å si noe nærmere om hvilken intensitet politiet kan ha ved sin fordekte opptreden. Det finnes utallige muligheter og scenarioer, jf. det oppsatte eksempelet som ble nevnt i punkt 6.5.1: Dersom det er den mistenkte som tar initiativ til samtale med provokatøren inne på en slik chattegruppe og kommer inn på strafferettslige relevante forhold, vil det være mindre betenkelig om politiet følger opp med spørsmål, enn der hvor det er politiet som innleder samtalen. Det sentrale er at jo mer provokatøren stiller pågående spørsmål, eller jo mer han styrer samtalen i retning av det straffbare forhold, jo mer taler det for at politiets opptreden krenker de hensyn selvinkrimineringsvernet har til formål å beskytte.

¹⁶¹ Avgjørelse av 20. januar 2004, application no. 23414/02

6.6 Øvrige momenter

6.6.1 På hvilken måte blir beviset brukt i prosessen?

Bevisprovokasjon som etterforskningsmetode er å anse som et sekundært etterforskningsmiddel. Som det ble vist til i punkt 2.3.3.1 stilles det krav til at mindre intense etterforskningsmetoder må anses som utilstrekkelige før det åpnes for bruk av provokasjon. I tilfeller hvor det besluttes å igangsette en bevisprovokasjon, vil situasjon typisk være at mindre intense etterforskningsmetoder ikke strekker til for å innhente de nødvendige bevis. Selv om det er stor variasjon i tilfellene hvor det besluttes å bruke bevisprovokasjon, vil det likevel som utgangspunkt være naturlig at de eventuelle bevisene som er innhentet ved dette etterforskningskrittet, er blant de sentrale ved straffeforfølgelsen. Det vil derfor være av interesse å se nærmere på hvilken vekt EMD tillegger at de innhentede opplysningene er sentrale bevis under den påfølgende straffesaken.

Hittil i fremstillingen har de opplistede momentene vært relatert til tidspunktet hvor de inkriminerende utsagn ble gitt. EMD sin vurdering begrenser seg likevel ikke til dette tidsrommet. Uavhengig av omstendighetene rundt og årsaken til at den mistenkte avga inkriminerende utsagn, har EMD tillagt betydning hvordan beviset senere blir brukt. At EMD vektlegger bruken av det innhentede bevis, er en naturlig konsekvens av at selvinkrimineringsvernet er forankret i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr.1, hvor vurderingstemaet er om prosessen som helhet er å anse som "fair".

I tråd med tidligere praksis oppstilte flertallet i Bykov-saken som sagt tre retningslinjer eller momenter som skal tillegges vekt i vurderingen.¹⁶² Det tredje momentet var "the use to which any material so obtained is put".¹⁶³ I likhet med de øvrige momentene, utdypet ikke flertallet i Bykov-saken hvilken vekt momentet skal tillegges.

¹⁶² Dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02

¹⁶³ Se pkt. 4

For det første fremholdt flertallet at bevisene som ble innhentet ved politiets skjulte opptreden, ikke var de eneste bevisene som den nasjonale rett hadde å basere seg på som grunnlag for mistenktes domfellelse. Videre uttalte flertallet:¹⁶⁴

"In fact, the key evidence for the prosecution was the initial statement by V., who had reported to the FSB that the applicant had ordered him to kill S., and had handed in the gun [...] This statement, which gave rise to the investigation, was made by V. before, and independently from, the covert operation, in his capacity as a private individual and not as a police informant."

For det andre vektla flertallet at¹⁶⁵

"the domestic courts did not directly rely on the recording of the applicant's conversation with V., or its transcript, and did not seek to interpret specific statements made by the applicant during the conversations".

Avslutningsvis oppsummerte flertallet hvordan opptakene hadde blitt brukt og tolket i nasjonal rett:¹⁶⁶

"Moreover, at the trial the recording was not treated as a plain confession or an admission of knowledge capable of lying at the core of finding of guilt; it played a limited role in a complex body of evidence assessed by the court."

Flertallet vurderte både om grunnlaget for domfellelsen var basert på øvrige bevis, og i tillegg *på hvilken måte* de avgitte opplysningene hadde blitt ført. I dette tilfellet anså flertallet det slik at måten opptakene ble ført på, ikke hadde en slik inkriminerende effekt som kunne ha oppstått hvis opptakene hadde blitt vurdert som en ren innrømmelse av det straffbare forhold.

¹⁶⁴ Dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02, avsnitt 96

¹⁶⁵ Avsnitt 103 i dommen

¹⁶⁶ Avsnitt 103 i dommen

I Allan-saken kom EMD enstemmig frem til at det forelå en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. I begrunnelsen for resultatet påpekte EMD at de påståtte innrømmelsene fra den mistenktes side "formed the main or decisive evidence against him at the trial".¹⁶⁷ EMD utdypet ikke betydningen av dette forhold.

I sin kommentar av Bykov-saken problematiserer Jon Petter Rui Johansen EMDs vurdering av hvorledes nasjonal rett har forholdt seg til det innhentede beviset. Han uttaler i den forbindelse:¹⁶⁸

"Med mindre nasjonale domstoler har uttalt direkte i domsgrunnene at et bevis er sentralt eller avgjørende, er det en svært vanskelig oppgave for internasjonale domstoler å gjøre en slik vurdering. Det kan også stilles spørsmål ved hvor effektivt kriteriet er for å kontrollere rettferdigheten i den nasjonale domstols bevisføring. Eksempelvis vil den nasjonale domstolen kunne skrive i domspremissene at ingen bevis har utpekt seg som sentrale eller avgjørende bevis, men at overbevisningen om skyld ligger i en samlet vurdering av bevismaterialet. Slik vil det jo også ofte være."

Uten å forfølge synspunktet til Rui Johansen videre, kan det i det minste legges til grunn at måten beviset har blitt brukt i prosessen, er et moment som EMD vil anse som relevant i sin vurdering av om selvinkrimineringsvernet forankret i kravet til "fair [...] hearing", jf. EMK art. 6 nr. 1, er å anse som krenket. Med henvisning til Bykov-saken vil både betydningen av om de inkriminerende opplysningene har vært sentrale for domfellelsen og videre hvordan nasjonal rett har vurdert beviset, være relevante elementer å trekke inn i den oppstilte helhetsvurderingen.

6.6.2 Forsvarets rettigheter i prosessen

Et ytterligere moment som EMD har vist til betydningen av er "the existence of any relevant safeguards in the procedures".¹⁶⁹ Momentet er et naturlig utslag av at oppgaven

¹⁶⁷ Allan mot Storbritannia, dom av 5. november 2002, application no. 48539/99, avsnitt 52

¹⁶⁸ Rui *TfS* 2009 s. 240-241

¹⁶⁹ Se blant annet Bykov mot Russland, dom av 10. mars 2009 application no. 4378/02, avsnitt 93

til EMD er å vurdere om prosessen som helhet er å anse som "fair". Omstendighetene som medførte at mistenkte inkriminerte seg skal dermed vurderes opp mot de øvrige rettssikkerhetsgarantiene som mistenkte har hatt til rådighet i prosessen. Et eksempel på en slik rettssikkerhetsgaranti ble vist til i saken Pavlenko mot Russland:¹⁷⁰

"Early access to a lawyer is a part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination [...]"

At det er oppstilt tydelige rammer rundt bruk av bevisprovokasjonen vil også kunne spille en rolle, herunder om det føres tilstrekkelig kontroll med at vilkårene er oppfylt under planleggingen og gjennomføringen av aksjonen.¹⁷¹ Som tidligere nevnt i fremstillingen er det i norsk rett oppstilt krav til kompetanse og notoritet for å innhente bevis ved hjelp av provokasjon.

I Bykov-saken ble det vektlagt at den mistenkte hadde adgang til å imøtegå og bestride bevisene som ble innhentet ved politiets fordekte aksjon.¹⁷² Etter en konkret gjennomgang av forsvarets rettigheter i prosessen, konkluderte flertallet slik:¹⁷³

"Nothing has been shown to support the conclusion that the applicant's rights were not properly complied with in respect of the evidence adduced or that its evaluation by the domestic courts was arbitrary."

6.6.3 Kan man vektlegge den offentlige interessen i å straffeforfølge?

Der hvor det eksempelvis foreligger et drap eller alvorlige narkotikaforbrytelser, vil det være av større samfunnsmessig betydning å straffeforfølge forholdet, enn ved mindre alvorlige forbrytelser. Når politiet anvender ekstraordinære etterforskningsmetoder for å avdekke alvorlige forbrytelser, kan det anføres at en i større grad bør godta politiets måter å skaffe bevis på når grensene for lovlig bevisinnhenting skal trekkes. Som det

¹⁷⁰ Dom av 1. april 2010, application no. 42371/02, avsnitt 101

¹⁷¹ Se Rui *TfR* 2009 s. 66 som viser til dette momentet i sin vurdering av Rt. 1999 s. 1269

¹⁷² Bykov mot Russland, dom av 10. mars 2009, application no. 4378/02, avsnitt 95

¹⁷³ Avsnitt 98 i dommen

ble nevnt i punkt 2.3.2.2 kan det stilles spørsmål om et slikt moment har betydning for krenkelsesvurderingen.

I saken Saunders mot Storbritannia uttalte EMD at "[t]he general requirements of fairness contained in Article 6 (art. 6), including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex".¹⁷⁴ Uttalelsen gir uttrykk for at det ikke skal tillegges vekt hva slags straffbart forhold det dreier seg.¹⁷⁵

I den tidligere nevnte Jalloh-saken ble derimot den offentlige interesse i å straffeforfølge forholdet opplistet som et relevant moment i krenkelsesvurderingen (min utheving):¹⁷⁶

"In order to determine whether the applicant's right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; *the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue*; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put."

Det tilsynelatende klare standpunktet fra Saunders-saken, som for øvrig ble gjentatt i saken Heaney og McGuinness mot Irland,¹⁷⁷ ble ikke berørt av EMD i Jalloh-saken. Om momentets betydning for den konkrete saken uttalte EMD:¹⁷⁸

"As regards the weight of the public interest in using the evidence to secure the applicant's conviction, the Court observes that [...] the impugned measure targeted a street dealer who was offering drugs for sale on a comparatively small scale and who was eventually given a six-month suspended prison sentence and propations.

¹⁷⁴ Saunders mot Storbritannia, dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91, avsnitt 74

¹⁷⁵ Se Ashworth s. 766 hvor liknende forståelse legges til grunn

¹⁷⁶ Jalloh mot Tyskland, dom av 11. juli 2006, application no. 54810/00, avsnitt 117

¹⁷⁷ Dom av 21. desember 2000, application no. 34720/97, avsnitt 57

¹⁷⁸ Dom av 11. juli 2006, application no. 54810/00, avsnitt 119

In the circumstances of the instant case, the public interest in securing the applicant's conviction could not justify recourse to such a grave interference with his physical and mental integrity."

EMD fant altså at den offentlige interesse i å sikre domfellelse, kunne ikke rettferdiggjøre "such a grave interference" i mistenktes psykiske og fysiske integritet.

Året etter avgjørelsen falt i Jalloh-saken, ble momentet ignorert i saken O'Halloran og Francis mot Storbritannia.¹⁷⁹ EMD utdypet verken standpunktet som ble fattet i Saunders-saken, eller hvorfor de tilsynelatende fravek vurderingstemaet som EMD oppstilte i saken Jalloh mot Tyskland. I både Allan- og Bykov-saken ble den offentlige interesse i å straffeforfølge også utelatt som moment i vurderingen. I førstnevnte sak ble ikke dette nærmere begrunnet, men i Bykov-saken la flertallet til grunn liknende formulering som ble uttrykt i Saunders mot Storbritannia:¹⁸⁰

"The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence at issue. 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 [...]"

EMD har altså ikke i etterkant av Jalloh-saken direkte kommentert standpunktet som ble avgitt i denne avgjørelsen. Det er vanskelig ut fra de ovennevnte sakene å gi noe klart svar på hvordan rettsstillingen er i dag. Likevel kan det anføres at dersom momentet er å anse som relevant, gir blant annet uttalelsen i Bykov-saken grunnlag for å hevde at EMD anser det som et moment med begrenset vekt.

¹⁷⁹ O'Halloran og Francis mot Tyskland, dom av 29. juni 2007, application no. 1509/02 og 25624/02

¹⁸⁰ Dom av. 10. mars 2009, application no. 4378/02, avsnitt 93.

Øyen fremholder at dersom momentet skal tillegges betydning, er det kun som en *skranke*, og slik jeg tolker hans vurderinger, ikke et moment som potensielt kan tilsi en videre adgang for politiet til å innhente opplysninger ved fordekt opptreden:¹⁸¹

"En fordekt samtale med mistenkte kan bare godtas der det strafferettslige behovet er kvalifisert på grunn av sakens alvor, og fordi saken vanskelig kan etterforskes effektivt på annen måte."

Slik jeg oppfatter Øyen sin uttalelse, samsvarer disse skrankene med allerede fastsatte krav som politiet må overholde for å kunne bruke bevisprovokasjon som etterforskningsmetode.¹⁸²

6.7 Oppsummering

Drøftelsene ovenfor viser hvor skjønnsmessig vurderingen er. Det må både tas hensyn til provokatørens opptreden overfor den mistenkte, men også hvor mottakelig mistenkte er for den aktuelle påvirkning. Dersom det er "naturlig ut fra samtalesituasjonen", bør det som Øyen anfører ikke være problematisk at politiet stiller spørsmål til mistenkte.¹⁸³ Hva som er naturlig, beror naturligvis på den konkrete situasjonen og er vanskelig å si noe generelt om. I motsatt retning vil selvinkrimineringsvernet antakeligvis være trådt for nær der hvor politiet påvirker samtalen tema og retning og hvor samtalen bærer preg av omgåelse av et formelt avhør.

7 Særskilt om straffeprosessloven § 216 I

Straffeprosessloven § 216 I ble tilføyd ved endringslov av 3. desember 1999 nr. 82. Bestemmelsen gir politiet adgang, på visse vilkår, til å foreta avlytting når politiet selv deltar i samtalen eller har fått samtykke fra en av samtalepartene.

¹⁸¹ Øyen s. 248

¹⁸² Se pkt. 2.3.2.2 og 2.3.3.1

¹⁸³ Se Øyen s. 251

Bakgrunnen for at § 216 l tas opp i fremstillingen, er at den etter mitt syn reiser spørsmål med hensyn til mistenktes selvinkrimineringsvern. I punkt 6.5.3 ble det anført at det i utgangspunktet er uproblematisk i forhold til selvinkrimineringsvernet der hvor politiet opptrer relativt passivt. I den forbindelse er det i norsk straffeprosess ikke ansett å reise problemer i relasjon til mistenktes selvinkrimineringsvern å gjennomføre kommunikasjonskontroll.¹⁸⁴ Som Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i kjennelsen Rt. 2005 s. 205:

“Kommunikasjonskontroll etter straffeprosessloven kapittel 16a er et tvangsmiddel som nettopp forutsetter at siktede - riktignok uforvarende - kan komme til å inkriminere seg selv. I forhold til EMK har problemstillingen først og fremst vært forholdet til artikkel 8 om rett til privatliv og familieliv, jf. drøftelsen i Ot.prp.nr.64 (1998-1999) side 19 ff. Reglene ble utformet med sikte på å vareta de nødvendige hensyn i den forbindelse [...] Det hadde etter utvalgets syn formodningen mot seg at artikkel 6 skulle spille en selvstendig rolle ut over dette [...] “

I punkt 6.5.3 ble det vist til avvisningsavgjørelsen Wood mot Storbritannia. Som tidligere nevnt avviste EMD klagen på punktet om at politiets avlytting av mistenkte i fengselscellen krenket selvinkrimineringsvernet hans. Klagen ble derimot fremmet til behandling for EMK art. 8, og EMD konstanterte krenkelse på dette punktet.¹⁸⁵

Det som likevel skiller § 216 l fra de øvrige kommunikasjonsbestemmelsene oppstilt i straffeprosessloven, er at politiet ikke har mulighet til å påvirke samtalens innhold i de sistnevnte avlyttingstilfellene. Ved at § 216 l legger opp til at politiet kan foreta fordekte samtaler med den mistenkte, kan det stilles spørsmål om hvordan dette stiller seg til mistenktes selvinkrimineringsvern. Som det ble fastslått tidligere i fremstillingen, følger det av menneskerettsloven § 3 at EMK har forrang over øvrige norske bestemmelser. Med det som bakgrunn kan det stilles spørsmål om § 216 l åpner for

¹⁸⁴ Se Øyen s. 233-234

¹⁸⁵ Se dom av 16. november 2004, application no. 23414/02

etterforskningskritt som kan være i strid med selvinkrimineringsvernet forankret i kravet til "fair [...] hearing" i EMK art. 6 nr.1.

I forarbeidene til § 216 l blir spørsmålet så vidt berørt:¹⁸⁶

"Overfor den av deltakerne i samtalen som ikke kjenner til avlyttingen, utgjør imidlertid avlyttingen og opptaket et inngrep i den forutsetning som kan ligge til grunn for det vedkommende sier under samtalen. Og politiets avlytting og opptak avskjærer muligheten til å kunne benekte hva som er sagt. Retten til å la være å bekrefte sannheten kan synes lite beskyttelsesverdig. Det er likevel en frihet enhver har, og som er reflektert i selvinkrimineringsforbudet (slik dette er innfortolket i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 6). Likevel er det snakk om et langt mindre inngrep enn for eksempel ved hemmelig telefonavlytting."

Det er vanskelig ut fra ovennevnte formuleringer å klarlegge hvordan lovgiver vurderer § 216 l opp mot mistenktes selvinkrimineringsvern etter EMK.

I Rt. 1999 s. 1269 avlyttet politiet en samtale mellom en fordekt politibetjent og den mistenkte. § 216 l var ikke innført på dette tidspunktet, og Andenæs stiller spørsmål om resultatet kunne blitt annerledes dersom politiet hadde hatt § 216 l som hjemmel for sin avlytting. Andenæs avkrefter dette rask med å uttale (min tilføyelse):¹⁸⁷

"I [Rt. 1999 s. 1269] ble det antatt at det var i strid med både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen når den mistenkte i samtale med en politimann som utga seg for å være en annen, var blitt forledet til å forklare seg om en tidligere straffbar handling. [...] Det hemmelige opptaket skjedde før lovreguleringen i § 216l ble vedtatt, men etter Høyesteretts begrunnelse kan det ikke stille saken i en annen stilling at man nå har fått lovhjemmel i strpl. § 216 l.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 64 (1998-199) pkt. 8.11.4

¹⁸⁷ Andenæs/Myhrer 2009 s. 336

Som Høyesterett fremhevet i dommen, er disse konvensjonene i dag en del av norsk rett (menneskerettsloven §2 og strpl. § 4). I tilfelle motstrid med andre lovbestemmelser skal konvensjonene gå foran."

Innføringen av § 216 l var lovregulering av en situasjon som også tidligere ble vurdert som lovlig, jfr. Rt. 2005 s. 205. Det fremgår av forarbeidene at formålet bak bestemmelsen var å gi politiet en sikker hjemmel for å kunne bruke det aktuelle opptaket i retten som bevis i overensstemmelse med de krav EMK oppstiller i den forbindelse.¹⁸⁸ Slik jeg vurderer foreliggende rettskilder er det ingen grunn til å tro at bestemmelsen åpner for etterforskningsmetoder som potensielt kan krenke mistenktes selvinkrimineringsvern.

I medhold av menneskerettsloven § 3 må § 216 l fortolkes med de innskrenkninger som følger av EMK, herunder selvinkrimineringsvernet etter art. 6 nr. 1.

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) s. 162

8 KILDER

8.1 Lover

- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1981 Lov 22. mai. 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)

8.2 Forarbeider

- NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll.
Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker
- NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern. Politimetoder i forebyggende øyemed
- NOU 2003: 15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff
- NOU 1997: 15 Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet. Delinnstilling II
- NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter
- Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
- Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- Ot.prp. nr. 64 (1998-99) Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m v (etterforskningsmetoder m v)
- Ot.prp. nr. 35 (1978-79) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesaksloven)
- Meld. St. nr. 7 (2010-2011) Kampen mot organisert kriminalitet – en felles innsats

8.3 Rundskriv

Riksadvokatens rundskriv nr. 2/2000, datert 26. april 2000: Vederlag til politiets kilder og provokasjon som etterforskningsmetode

Riksadvokatens rundskriv av 1980

8.4 Internasjonale konvensjoner

EMK, Den europeiske menneskerettskonvensjonen 4. november 1950, i kraft 3. september 1953

SP, De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter, i kraft 23. mars 1976

8.5 Norsk rettspraksis

Rt. 2011 s. 1455

Rt. 2005 s. 205

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2004 s. 134

Rt. 2000 s. 1223

Rt. 2000 s. 1482

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 1998 s. 407

Rt. 1993 s. 473

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1984 s. 1076

8.6 EMD

Allan mot Storbritannia (2002)

Dom av 5. november 2002, appl. no. 48539/99

Allenet de Ribemont mot Frankrike (1995)

Dom av 10. februar 1995, appl. no. 15175/89

Bykov mot Russland (2009)

Dom av 10. mars 2009, appl. no. 4378/02

Chalkley mot Storbritannia (2002)

Avgjørelse av 26. september 2002, appl. no. 63831/00

| | |
|--|---|
| Corigliano mot Italia (1982) | Dom av 10. desember 1982, appl. no. 8304/78 |
| Deweer mot Belgia (1980) | Dom av 27. februar 1980, appl. no. 6903/75 |
| Engel mot Nederland (1976) | Dom av 8. juni 1976, appl. no. 5100/71 |
| Funke mot Frankrike (1993) | Dom av 25. februar 1993, appl. no. 10828/84 |
| Goodwin mot Storbritannia (2002) | Dom av 11. juli 2002, appl. no. 28957/95 |
| Heaney og McGuinness mot Irland (2000) | Dom av 21. desember 2000, appl. no. 34720/97 |
| Heglas mot Tsjekia (2007) | Dom av 1. mars 2007, appl. no. 5935/02 |
| Hewitson mot Storbritannia (2002) | Avgjørelse av 22. oktober 2002, appl. no. 50015/99 |
| Jalloh mot Tyskland (2006) | Dom av 11. juli 2006, appl. no. 54810/00 |
| Lewis mot Storbritannia (2003) | Avgjørelse av 8. juli 2003, appl. no. 1303/02 |
| O'Halloran og Francis mot Storbritannia (2007) | Dom av 29. juni, 2007, appl. 15809/02 og 25624/02 |
| Pavlenko mot Russland (2010) | Dom av 1. april 2010, appl. no. 42371/02 |
| Saunders mot Storbritannia (1996) | Dom av 17. desember 1996, appl. no. 19187/91 |
| Serves mot Frankrike (1997) | Dom av 20. oktober 1997, appl. no. 20225/92 |
| Weh mot Østerrike (2004) | Dom av 8. april, 2004, appl. no. 38544/97 |
| Wood mot Storbritannia (2004) | Avgjørelse av 20. januar 2004, appl. no. 23414/02 |

8.7 Litteratur

8.7.1 Bøker

Andenæs, Johs (2009) *Norsk straffeprosess*. 4. utgave. Samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer. Universitetsforlaget, Oslo 2009

Bertelsen, Thor Ehlers (2010) *EMK – Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*. Gyldendal akademisk, Oslo 2011

Helmholz m.fl (1997) R.H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith og Albert W. Alschuler: *The Privilege Against Self-incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press, Chicago/London 1997

Salky, Steven M. (2009) *The Privilege of Silence: Fifth Amendment Protection Against Self Incrimination*. American Bar Association, 2009

Strandbakken, Asbjørn (2003) *Uskyldspresumsjonen*. Fagbokforlaget, Bergen 2003

Torgersen, Runar (2009) *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Papinian, Oslo 2009

Trechsel, Stefan (2005) *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, Oxford/New York 2005

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

8.7.2 Artikler

Ashworth, Andrew: *Self-incrimination in European human rights law – a pregnant pragmatism?* Cardozo law review 2008, no. 3 (sist sett på http://echrblog.blogspot.com/2009_07_01_archive.html 8. mars 2012)

Dorenfeldt, J.D. *Kan ekstraordinære etterforskningsmetoder aksepteres i visse saker?* LoR 1978 s.291-303

Elgesem/Rosenlund Wahlen: *Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen*. Tidsskrift for Forretningsjuss 2010 s. 59

Gray, Charles M.: *Self- Incrimination in Interjurisdictional Law. The Sixteenth and Seventeenth Centuries*. Bidrag på s. 47-81 i boken; R.H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith og Albert W. Alschuler: *The Privilege Against Self- Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press, Chicago/London 1997

Hopsnes, Roald: *Provokasjon som politimetode*. Jussens Venner 2003 s. 62-130

Johansen, Jon Petter Rui: *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse*. Tidsskrift for rettsvitenskap 2009 s. 47 -

Johansen, Jon Petter Rui: *Fra menneskerettsdomstolen – Utvalgte avgjørelser fra første kvartal 2009*. Tidsskrift for strafferett 2009 s. 229-251

Langbein, John H: *The privilege and Common Law Criminal Procedure: The sixteenth to the Eighteenth Centuries*. Bidrag på s. 82-108 i boken; R.H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith og Albert W. Alschuler: *The Privilege Against Self- Incrimination. Its Origins and Development*. The University of Chicago Press, Chicago/London 1997

