

UiO : **Det juridiske fakultet**

Avskjæring av bevis i straffeprosessen med fokus på vernet mot selvinkriminering

Kandidatnummer: 569

Leveringsfrist: 25. november 2012

Antall ord: 17 824



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Nærmere om problemstillingen	1
1.2	Rettskilder og metode	2
1.3	Begrepesbruk	4
1.4	Avgrensning og videre fremstilling	4
2	REGLENE OM AVSKJÆRING AV BEVIS	6
2.1	Fri bevisføring	6
2.2	Bevisavskjæring.....	8
2.2.1	Regelens innhold	8
2.2.2	Anke over saksbehandlingen.....	13
2.2.3	Hensyn bak reglene om avskjæring av bevis	14
3	VERNET MOT SELVINKRIMINERING	16
3.1	Hensyn bak vernet mot selvinkriminering.....	18
3.2	Ulike situasjoner vernet gjør seg gjeldende.....	19
3.3	Innhenting av informasjon.....	21
3.3.1	Når inntrer vernet mot selvinkriminering?.....	21
3.4	Bruk av tvang.....	26
3.4.1	Oppsummering	33
3.5	Provokasjon og kommunikasjonskontroll	34
3.6	I hvilken grad beskyttes en mistenkt mot at inkriminerende informasjon som er pliktmessig avgitt i en sak, brukes mot ham i en senere straffesak?	38
3.7	Amnesti.....	44
3.8	Konsekvenser av krenkelse av vernet mot selvinkriminering	45
4	VITNEPLIKT	48

4.1	Vitnefritak for nærstående	48
4.2	Straffeprosessloven § 123.....	49
4.2.1	Har et vitne plikt til å svare på ethvert spørsmål?	49
4.2.2	Rekkevidden av vitnefritaket	51
5	AVVERGNINGSPLIKT.....	56
6	ADVOKATERS TAUSHETSPLIKT I FORHOLD TIL DERES OPPLYSNINGSPLIKT	60
7	AVSLUTNING.....	64
	LITTERATURLISTE	65
7.1	Lovgivning.....	65
7.2	Konvensjoner.....	65
7.3	Forarbeider.....	65
7.4	Rettspraksis.....	66
7.5	Juridisk teori	67

1 Innledning

1.1 Nærmere om problemstillingen

Avhandlingens tema er avskjæring av bevis i straffeprosessen, med fokus på vernet mot selvinkriminering. Vernet innebærer at siktede personer ikke skal tvinges til å avgi forklaring og kan medføre begrensninger i føringen av aktuelle bevis. Dessuten kan selvinkrimineringsvernet sette skranker for hvilke metoder myndighetene kan benytte seg av ved bevisserverv.

Formålet med avhandlingen er å fastslå innholdet og omfanget av vernet mot selvinkriminering i forhold til forklaringsplikt. Forklaringsplikt kan være pålagt en person i forbindelse med en straffesak eller som ledd i myndighetenes kontroll av borgerne. Avhandlingen avgrenses ikke mot bevis innhentet av politiet. Opplysningsplikt ilagt personer av øvrige myndigheter kan også ha betydning for vernet mot selvinkriminering og bevisføring.

Personer kan ha et ønske om å forholde seg taus. Vernet aktualiseres når personer utsettes for press for å gi en forklaring. Det kan oppstå en konflikt mellom vernet mot selvinkriminering og myndighetenes behov for opplysninger. En opplysningsplikt kan stille den forklaringspliktige i en vanskelig situasjon. Det kan dermed være nødvendig med en avklaring av følgene av brudd på vernet.

Hovedtyngden i fremstillingen vil ligge på vernet mot selvinkriminering og ulike tilfeller dette gjør seg gjeldende. Det foreligger ingen klare regler på området og sterke hensyn gjør seg gjeldende på hver side.

1.2 Rettskilder og metode

Straffeprosessloven inneholder ingen bestemmelse som regulerer bevisavskjæring for ulovlig eller utilbørlig beviservert. Læren er særlig utviklet gjennom rettspraksis, da lovgiver har overlatt til domstolene å utforme det nærmere innholdet.¹ Rettspraksis har dermed stor vekt på området og vil bli brukt i fremstillingen av bevisavskjæring. Juridisk teori, forarbeider og formålsbetraktninger vil også brukes for å fastslå innholdet. Dette er aksepterte og relevante rettskilder som kan benyttes når man løser rettsspørsmål.²

Vernet mot selvinkriminering kommer til uttrykk i straffeprosessloven³ §§ 90 og 232. En siktet skal gjøres kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg, hverken for retten eller politiet. I tillegg verner Grunnloven⁴ § 96 om taushetsretten. Dessuten sier straffeloven⁵ § 167 at en siktet ikke kan straffes for falsk forklaring.

Utover dette inneholder ikke lovgivningen noen nærmere regulering av vernet. Det er imidlertid tale om en grunnleggende menneskerettighet. For å fastslå det nærmere innholdet og rekkevidden av vernet er det dermed nødvendig å behandle kildene i den internasjonale menneskeretten.⁶ Både SP og EMK er inkorporert i norsk rett. Dette følger uttrykkelig av menneskerettsloven⁷ §2. Dette fremkommer også av strpl.§ 4 som gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten.⁸ Konvensjonene er dermed en relevant rettskilde i norsk rett.⁹

¹ Se Innst. 1969 s.623

² Eckhoff (2001) kapittel I.IV

³ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr.25. (strpl.)

⁴ Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814. (Grl.)

⁵ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.)

⁶ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK) og praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD)

⁷ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai 1999 nr. 30 menneskerettsloven (mnskrl.)

⁸ Se Rt.1999 s.1269

EMK er dynamisk og skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Reglene er utsatt for endringer over tid og bestemmelsene kan ikke tolkes kun ut i fra ordlyden. Rettspraksis er en anerkjent rettskilde i internasjonal rett, men er subsidiær.¹⁰ Det kan være nødvendig å bruke praksis fra EMD særlig hvor konvensjonsordlyden er vag. Dessuten er som sagt konvensjonen dynamisk og EMD har i stor grad bidratt til konvensjonens utvikling. Det har blitt sagt at EMDs avgjørelser er viktig ved tolkningen av EMKs bestemmelser.¹¹ I tillegg tilsier hensynet til konsekvens og forutberegnelighet at domstolens praksis må tillegges vekt.¹²

Norske dommer og teoretikere benytter seg i stor grad av menneskerettighetene for å fastslå vernets innhold.¹³ EMK er dag svært viktig på området og både konvensjonen og EMDs praksis har bidratt til utviklingen av vernet i norsk rett. Det er viktig at norsk rett er i overensstemmelse med menneskerettighetene. Det er sagt at man kan bruke folkeretten til å fylle tomrom i norsk rett.¹⁴ Jeg vil dermed ha stort fokus på EMK og praksis fra EMD i fremstillingen.

Det foreligger også rettspraksis fra norske domstoler. Jeg vil særlig benytte meg av Høyesterettspraksis. Fremstillingen inneholder også en lagmannsrettsdom. Dommer avsagt av lagmannsretten, tillegges normalt ikke like stor vekt som høyesterettspraksis. Omstendighetene kan imidlertid tilsi at praksisen må ha betydning. I dette tilfellet belyser lagmannsrettens avgjørelse norsk rett på et område hvor det finnes lite norsk rettspraksis. Avgjørelsen er ny (fra 2012) og inneholder kvalifiserte og relevante drøftelser av betydning for avhandlingens tema. I tillegg vil den bare brukes ved siden av omfattende rettspraksis fra EMD.

⁹ Innholdet skal tolkes ut i fra Wien- konvensjonen, jf. art.31

¹⁰ Statute of the International Court of Justice art. 38.1.d

¹¹ Jebens (2004) s. 64 og 66

¹² Ruud og Ulfstein (2006) s. 81

¹³ Se blant annet Rt. 1994 s.610, Rt. 1999 s.1269, Rt. 2007 s.932, Rt. 2011 s.800 og RG 2012 s.173

¹⁴ Ruud og Ulfstein (2006) s. 54

Jeg vil også bruke juridisk teori i fremstillingen av vernets innhold. Rekkevidden av vernet er ikke helt klar. Det foreligger sterke hensyn som trekker i forskjellige retninger, slik at også formålsbetraktninger er nødvendig i vurderingen.

Det er særlig under kapittel 3 at de internasjonale kildene blir brukt. I de øvrige kapitlene, vil norsk lovgivning, rettspraksis, forarbeider og juridisk teori bli benyttet gjennomgående.

1.3 Begrepesbruk

I fremstillingen vil jeg vil bruke "siktet" som fellesbetegnelse på stadiene mistenkt, siktet, tiltalt og domfelt, med mindre det er hensiktsmessig med en annen betegnelse. Også for "charge" vil jeg bruke betegnelsen siktet.

Vernet mot selvinkriminering vil bli betegnet på ulike måter i fremstillingen, blant annet som taushetsrett og selvinkrimineringsvernet.

1.4 Avgrensning og videre fremstilling

Dels fordi bevisavskjæring i straffe- og sivilprosessen har likhetstrekk og dels fordi sivilprosessens regler kan belyse bevisavskjæring i straffeprosessen, vil jeg komme inn på disse reglene. Jeg vil imidlertid avgrense mot en utfyllende behandling av bevisforbud på sivilprosessens område. En parallellbehandling av prosessformene vil bli for omfattende.

Det finnes en rekke lovfestede bevisforbud i straffeprosessloven. I tillegg finnes det en ulovfestet regel om avskjæring av ulovlig/utilbørlig ervervet bevis. Jeg vil ha fokus på dette bevisforbudet og vil avgrense mot en behandling av de lovfestede forbudene. Grunnen til dette er at tema for oppgaven er selvinkriminering. I den forbindelse er det interessant med ulovlig eller utilbørlig beviserverv.

Jeg vil behandle myndighetenes bruk av press for å oppnå forklaring. Vernet mot selvinkriminering har også en side til bruk av tvang gjennom vold og tortur eller trusler om slik behandling. Det finnes et omfattende rettskildegrunnlag på området, men på grunn av avhandlingens omfang avgrenser jeg mot dette.

Brudd på vernet mot selvinkriminering kan føre til bevisforbud og jeg behandler dermed først reglene om bevisavskjæring, jf. kapittel 2. Hovedtyngden på avhandlingen ligger på ulike tilfeller av brudd på vernet mot selvinkriminering, og konsekvensene av dette, jf. kapittel 3. Ettersom fokus er på selvinkrimineringsvernet vil jeg også se på noen tilfeller hvor bevisforbud ikke blir aktuelt. Vernet kan sette grenser for myndighetenes beviserverv og slike tilfeller er dermed interessante for fremstillingen, kapittel 3.4. Jeg finner det hensiktsmessig å vurdere vitneplikt og ulike tilfeller vernet begrenser denne plikten, se kapittel 4. Et vitne kan ha et ønske om å forholde seg taus. Også advokaters taushetsplikt har fått plass i avhandlingen, da denne blant annet beskytter klienters vern mot selvinkriminering, jf. kapittel 6. Selvinkrimineringsvernet reiser en rekke interessante spørsmål. På grunn av avhandlingens rammer og omfang er imidlertid mange problemstillinger utelatt.

2 Reglene om avskjæring av bevis

2.1 Fri bevisføring

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisføring. Dette gjelder både innenfor straffe- og sivilprosessen. Prinsippet innebærer at alle tilgjengelige bevis kan føres. I sivilprosessen er dette lovfestet i tvisteloven¹⁵ § 22-3. Noen tilsvarende regel finner vi ikke i straffeprosessloven. Fri bevisføring er imidlertid et innarbeidet prinsipp, slik at det samme gjelder også her. Høyesterett har i flere avgjørelser omtalt prinsippet og at partene i utgangspunktet kan føre de bevis de ønsker.¹⁶

Hovedregelen om fri bevisføring betyr at det er bevisforbud som må begrunnes. Rettspraksis har fastslått at for at "et bevis skal kunne nektes ført, må det foreligge særskilt grunnlag for det".¹⁷ Også Ørnulf Øyen¹⁸ har i en artikkel skrevet at utgangspunktet er fri bevisføring og at "det er avskjæring av bevis som krever en nærmere rettslig begrunnelse".¹⁹ Retten må i utgangspunktet aldri begrunne hvorfor den vil føre bevis.

Selv om ikke straffeprosessloven har noen spesifikk regel, inneholder loven enkelte bestemmelser som indirekte gir uttrykk for prinsippet. Blant annet ordlyden i strpl. § 292 om at bevis "bare nektes ført når..." gir uttrykk for at utgangspunktet må være at alle bevis kan føres.

¹⁵ Lov om mekling og rettergang i sivile saker av 17. juni 2005, nr.90. (tv1.)

¹⁶ Se blant annet Rt.1990 s.1008 og Rt.2002 s.1744.

¹⁷ Rt. 2002 s.1744, s. 1746

¹⁸ Førsteamanuensis ved det juridiske fakultet i Bergen

¹⁹ Øyen (2010) s. 423

Den engelske filosofen og juristen Jeremy Bentham var en stor forkjemper for fri bevisføring.²⁰ Han hevdet at "Evidence is the basis of justice: to exclude evidence is to exclude justice".²¹

For at retten kan danne seg et riktig bilde av faktum i en sak, er det viktig at den får tilgang til alle bevis. Man søker gjennom rettergangen å unngå uriktige avgjørelser og muligheten til å legge vekt på tilgjengelige bevis er viktig for å oppnå dette. Jo flere bevis retten har å bygge sin avgjørelse på, jo større er sannsynligheten for at man kommer frem til et materielt riktig resultat. Videre vil hensynet til sannhet tale for et slikt prinsipp.

Av tvistelovens formålsbestemmelse fremkommer en rekke viktige hensyn, jf. § 1-1. Behandlingen skal være "rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende". Bestemmelsen er relevant også på straffeprosessens område. Å vurdere hvorvidt hvert enkelt bevis kan føres, er tidkrevende. Dette vil kunne undergrave målet om en rask og effektiv rettergang og støtter opp under fri bevisføring.

Videre skal behandlingen være forsvarlig og tillitsskapende. At retten kan legge vekt på alle relevante bevis, medfører at man lettere kan komme frem til riktig resultat, jf. ovenfor. Disse hensynene kan imidlertid også tale mot en regel om fri bevisføring. Dette kommer jeg tilbake til senere i kapittel 2.2.3.

Hensynet til sakens opplysning er nært knyttet til hensynet til et materielt riktig resultat. Saken blir så godt opplyst som mulig dersom alle tilgjengelige bevis kan føres. Dommeren har ansvaret for sakens opplysning, jf. strpl.§ 294, og med hensyn til dommerens ansvar bør all tilgjengelig informasjon kunne benyttes. Hensynene som gjør seg gjeldende kan imidlertid variere fra sak til sak.²² Om dette har Høyesterett uttalt at "hensynet til sakens

²⁰ Torgersen (2009) s. 24.

²¹ Øyen (2010) punkt 3.1

²² Torgersen (2009) s. 25 og s.47

opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold".²³

I tilknytning til dette finnes det et prinsipp om fri bevisvurdering. I en straffesak kan det foreligge en rekke bevis; realbevis, dokumentbevis, partsforklaringer og vitnebevis. Retten skal legge vekt på alle bevis som blir fremlagt i rettssaken og det er opp til denne å vurdere hvilken vekt bevisene har. Det er dermed viktig å avklare hvorvidt enkelte bevis kan nektes ført, jf. kap 2.2.

2.2 Bevisavskjæring

Det kan reises spørsmål om ethvert bevis alltid kan tillates ført. Her kommer reglene om bevisavskjæring til anvendelse. Reglene innebærer begrensninger i partenes adgang til å føre bevis.²⁴ Det må vurderes hvorvidt det aktuelle beviset skal inngå i informasjonsgrunnlaget for bevisvurderingen. Det er altså tale om et bevisforbud som hindrer at retten kan ta beviset i betraktning.²⁵

2.2.1 Regelens innhold

Som nevnt i avgrensningen vil jeg ha fokus på avskjæring i forhold til ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis.

Det foreligger ingen regel om avskjæring av ulovlig eller utilbørlig ervervet bevis i straffeprosessloven. Tvisteloven har imidlertid også her en bestemmelse som kan belyse rettstilstanden i straffeprosessen. I tvl.§ 22-7 fremkommer det at retten i "særlige tilfeller" kan nekte at bevis som er skaffet på "utilbørlig måte" blir ført. Sammenholdt med hensynene

²³ Rt.1992 s.698, s.706

²⁴ Hov (2009) s. 772

²⁵ Torgersen (2009) s. 3-4

bak fri bevisføring, jf. ovenfor, er dette en snever unntaksregel og det skal en del til for at bevis kan nektes ført.

Allerede i 1979²⁶ anerkjente Høyesterett at ulovlig beviserverv kan medføre bevisforbud. Et alminnelig bevisforbud ble imidlertid ikke inntatt i straffeprosessloven av 1981. I forarbeidene ble det sagt at: "Utkastet tar ikke standpunkt til spørsmålet om adgangen til å bruke bevis som er skaffet under tilsidesettelse av lovens regler. Det er her tale om tilfelle av meget forskjellig art.(...) Hovedregelen bør visstnok være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre lovgrunnen for vedkommende prosessuelle regel tilsier det motsatte. (...) Man er derfor blitt stående ved å overlate løsningen til teori og praksis på samme måte som hittil".²⁷ Det er altså opp til praksis og teori å fastslå det nærmere innholdet i en ulovfestet regel om bevisavskjæring. Selv om ikke en regel ble inntatt i loven, utelukket ikke lovgiver bevisavskjæring på grunnlag av ulovlig eller utilbørlig beviserverv.

Ulovlig beviserverv betyr at bevisene er innhentet i strid med en lovregel. Spørsmålet er om den ulovfestede regelen går lenger og i tillegg omfatter tilfeller som ikke strider mot noen lovbestemmelse.

I Rt. 1991 s. 616 var spørsmålet om man under hovedforhandling kunne legge frem et videoopptak foretatt av en arbeidsgiver på arbeidsplassen. Videoopptaket viste angivelig at en arbeidstaker underslo penger. Høyesterett fant at beviset ikke kunne fremlegges og uttalte: "I denne situasjon bør domstolene etter min mening ikke henge seg for sterkt opp i den språkbruk som ligger i den tradisjonelle spørsmålsstilling om det er adgang til å føre et ulovlig ervervet bevis. Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra alminnelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening

²⁶ Rt. 1979 s. 1021, s. 1023

²⁷ Se Innst. 1969 s.197.

være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis".²⁸ Selv om bevisinnhentingene ikke nødvendigvis var i strid med noen lovregel, mente Høyesterett at reglene om ulovlig ervervet bevis måtte få anvendelse på tilfellet. Beviserverv som er utilbørlig eller kritikkverdig rammes dermed av bevisforbudet. Felles er at bevisene er innhentet på en måte som tilsier at de ikke kan eller bør brukes i den aktuelle rettssaken.

At et bevis er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte, betyr ikke at det automatisk må avskjæres. I Rt.2006 s. 582 fant politiet en ladd pistol under ransaking av en bil. Spørsmålet var om bevisene måtte avskjæres fordi ransakingen var ulovlig. Om dette uttalte retten at "det klare utgangspunktet i norsk rett er at eventuelle feil ved innhenting av et bevis ikke er til hinder for at beviset føres."²⁹ Til støtte for dette ble det vist til uttalelser i straffeprosesslovens forarbeider om at hovedregelen bør være at beviset kan føres til tross for feilen, med mindre omstendighetene tilsier avskjæring, jf. ovenfor.

Hvorvidt bevis som er ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte faktisk skal nektes ført, er det ikke noe klart svar på. Lovgiver har gitt uttrykk for at det ikke er mulig å gi noe generelt svar på virkningen prosessuelle feil bør ha for bevisføringsadgangen.³⁰ Det finnes mange ulike tilfeller av ulovlig og utilbørlig beviserverv, og derfor er det vanskelig å oppstille en absolutt regel. Vi har dermed i norsk rett landet på en slags mellomstilling,³¹ hvor det må vurderes konkret hvorvidt bevis kan nektes ført eller ikke.

²⁸ Rt. 1991 s.616, s. 623

²⁹ Rt. 2006 s.582, avsnitt 22

³⁰ Se Innst. 1969 s.197

³¹ Torgersen (2009) s. 97 og 103

I dommen Rt. 1991 s. 616, som gjaldt videoovervåkning, uttalte retten at det kunne oppfattes som en ny krenkelse av den som var overvåket at bevis tilveiebragt gjennom slike metoder ble tillatt brukt.³²

Vurderingstemaet ble videreutviklet i dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1269. Politiet hadde mistanke om at en verksbetjent hadde hjulpet en fengselsinnsatt med å rømme. I etterforskningen hadde politiet ervervet forklaring fra den mistenkte ved å opptre fordekt. Spørsmålet var om forklaringen som var opptatt ved bruk av skjult mikrofon og båndopptaker kunne føres. Høyesterett uttalte at man ved vurderingen av om bevisene skulle nektes ført, måtte se på om "føring av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset". Dersom dette var tilfellet, måtte beviset "normalt" nektes ført. "Normalt nektes ført" betyr at bevisene må kunne tillates hvor krenkelsen er mindre grov, eller øvrige momenter tilsier bevisføring. I denne saken ble resultatet bevisforbud.

Hvorvidt det foreligger fortsatt eller gjentatt krenkelse, beror på om bevisføringen utsetter den siktede for samme krenkelse som da informasjonen ble ervervet. Dersom hensynene bevisforbudet skal ivareta blir krenket ved bruken av bevisene, taler dette for avskjæring. Krenkelsen må imidlertid være av en viss styrke for at resultatet skal bli bevisforbud.

I Rt. 2006 s. 582 som gjaldt ulovlig ransaking av en bil, henviste retten til uttalelsen uvenfor, men fant at beviset måtte føres. Det ble uttalt at det var snakk om "våpen og ammunisjon som A ulovlig var i besittelse av. Hadde politiet vært kjent med de faktiske forhold eller hatt et faktisk grunnlag for å ha skjellig grunn til mistanke, ville det ha vært materiell hjemmel for å gjennomføre ransakingen. Vår sak atskiller seg dermed klart fra tilfeller hvor politiet ikke under noen omstendighet ville hatt adgang til beviset". Dersom man kan få tilgang til beviset på annen måte, vil ikke føringen representere fortsatt krenkelse. I Rt.

³² Rt. 1991 s. 616, s. 623

1999 s. 1269 ville ikke politiet fått forklaring fra verksbetjenten uten sin aktivitet, noe som skiller avgjørelsen fra den overnevnte.³³

I dommen overfor³⁴ ble det påpekt at bevis i tillegg kan avskjæres etter en interesseavveining. Momenter i vurderingen er blant annet grovheten av krenkelsen som ble begått ved beviservervet og om vedkommende pliktet å forklare seg eller utlevere beviset. Videre kan det ha betydning hvor alvorlig eller viktig saken er og verdien av det aktuelle beviset. Spørsmålet er om det foreligger flere bevis, eller om det aktuelle beviset er avgjørende. Måten beviset er innhentet på, kan svekke bevisverdien.

Politiets eller påtalemyndighetens gode eller onde tro kan være et relevant moment. Er beviset bevisst innhentet i strid med gjeldende rett trekker dette i retning av bevisforbud. Det kan imidlertid tenkes at politiet ved en tilfeldighet har fått informasjon om et lovbrudd, uten at de selv har medvirket til det. I tillegg kan man stille spørsmål om beviset er til siktedes fordel eller skade. Terskelen for bevisavskjæring er lavere hvor beviset er til skade for siktede enn hvor det er til siktedes fordel.

Det skal en del til for å avskjære bevis på bakgrunn av en interesseavveining. Av juridisk teori fremkommer det at man ”må være forsiktig med å oppstille et bevisforbud ut fra en interesseavveining.”³⁵

Rt. 1992 s. 698 er et eksempel på en avgjørelse hvor Høyesterett tillot bevis ført til tross for at de var innhentet på ulovlig måte. Saken gjaldt gjenopptakelse av en sak hvor en byråsjef var dømt til 20 års fengsel. Han hevdet at det forelå bevis som var ulovlig ervervet og at disse måtte avskjæres. Det var blant annet tale om pengesedler som var funnet i den siktedes leilighet. Det ble uttalt at "Et moment av vesentlig betydning ved avveiningen av om et

³³ Jf. Rt. 2006 s. 582

³⁴ Rt.1999 s.1269, s.1272

³⁵ Øyen (2010) s.436

ulovlig ervervet bevis kan tillates ført, er hvilke lovstridige handlinger saken gjelder. Hensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold. Tiltalen mot A gjaldt svært alvorlige forbrytelser, som det var av stor betydning å få oppklart".³⁶ Hensynet til sakens opplysning, samt alvorligheten av lovbruddene vedkommende var siktet for, tilsa altså at bevisene allikevel måtte føres.

I dommen Rt. 1991 s. 616 vedrørende videoopptak ble det sagt at hensynet til sakens opplysning kunne tale mot bevisforbud. Det var imidlertid mistanke om underslag og retten anså ikke dette som en så alvorlig forbrytelse at bevisene måtte føres. I motsetning til dommen i Rt. 1992 s.698, var ikke hensynene tilstrekkelig tungtveiende.

Hvorvidt avledede bevis kan nektes ført, ble avgjort i dom inntatt i Rt. 1997 s. 1778. Politiet ble informert om en voldtekt ved en sykehusansatts brudd på taushetsplikten. Problemet var om bruddet på taushetsplikten medførte at samtlige bevis i saken var ulovlig ervervet. Retten uttalte at selv om saken ble innledet som følge av et lovbrudd, kunne ikke det medføre at hele saken som sådan ble avskåret. Bevisavskjæringen rakk ikke lenger enn til bevis som var innvunnet gjennom brudd på taushetsplikten. Det kan foreligge en rekke bevis innhentet på lovlig måte som beviser den straffbare handlingen. At man har fått greie på handlingen på ulovlig/utilbørlig måte, betyr ikke at alle bevis dermed må nektes ført.

2.2.2 Anke over saksbehandlingen

Rettsens beslutning om bevisføring kan gjøres til ankegenstand med saksbehandlingsfeil som begrunnelse. Hvor det er anket over saksbehandlingen må man først vurdere om ervervet av beviset var ulovlig eller utilbørlig. Dersom dette er tilfellet blir spørsmålet hvorvidt fremleggelsen medfører en fortsatt krenkelse, jf. kapittel 2.2.1. Hvor dette besvares bekræftende må ankeinstansen vurdere om bruken av beviset har ført til uriktig resultat.

³⁶ Rt. 1992 s. 698, s. 706

Rt. 2003 s. 549 gjaldt samtaler politiet hadde hatt med en person umiddelbart etter pågripelse. Siktete var ikke gjort kjent med retten til å forholde seg taus. Retten så på hvorvidt lagmannsrettens dom måtte oppheves fordi retten hadde truffet formløs beslutning om å tillate bevisene fra samtalen ført. Det ble vurdert hvorvidt feilen hadde virket inn på lagmannsrettens avgjørelse av skyldspørsmålet. Forklaringene gjaldt ikke forhold av betydning for bedømmelsen og sett i sammenheng med det øvrige bevismaterialet kunne det ikke ha hatt betydning for lagmannsrettens avgjørelse. Lagmannsrettens dom ble ikke opphevet. Hvor resultatet er riktig uavhengig av bevisføringen, kan det være nok at man konstaterer at det ble gjort en feil.

Dersom dommens resultat er galt, kan konsekvensen bli opphevelse. Dommen henvises da til underinstansen for ny behandling. Det skal mindre til å oppheve en fellende dom enn en frifinnende dom. Dette støttes av det grunnleggende prinsippet favor defensionis som innebærer at en siktet er gitt begunstigelser og fordeler i en straffesak.³⁷ Maktbalansen mellom den siktede og myndighetene gjenopprettes og det skal være lettere å foreta endringer som er til fordel for den siktede enn til skade for ham.

2.2.3 Hensyn bak reglene om avskjæring av bevis

Dersom et bevis er ervervet på kritikkverdig måte, kan bevisets pålitelighet være svekket. Gjennom bevisforbud vil man kunne beskytte grunnleggende rettigheter, for eksempel vernet mot selvinkriminering. Myndighetene må følge grunnleggende prosessuelle krav slik at borgernes rettssikkerhet blir ivaretatt. Ved å nekte bevis ført kan man disiplinere myndighetene. Man kan imidlertid hevde at en straffesak ikke er riktig arena å konstatere kritikkverdige forhold.

At bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte kan føre til domfellelse, kan virke støtende. Rt. 1994 s. 1139 gjaldt hvorvidt det i en narkotikasak kunne fremlegges forklaring den

³⁷ http://snl.no/favor_defensionis

tiltalte hadde gitt som siktet i en annen sak. Tiltalte hevdet at han hadde avgitt forklaringene under løfte om at opplysningene ikke skulle brukes annet enn som bakgrunnsstoff. Retten kom til at bevisene kunne føres, da den ikke fant det sannsynliggjort at et slikt løfte var gitt. Forutsatt at et løfte forelå påpekte retten at det kan "fremstå som støtende at politiet skal kunne oppnå domfellelse ved en så grov tilsidesettelse av regler til vern for siktede".

Ovenfor i kapittel 2.1.1 finner vi mothensynene til bevisavskjæring. Bevisforbud vil kunne hindre at saken blir så godt opplyst som mulig. Ovenfor ble det også nevnt at tilliten til rettssystemet taler for bevisføring. Hvor retten avskjærer bevis som er ervervet på kritikkverdige måte, vil imidlertid rettergangen virke tillitsskapende. Retten vurderer bevisenes lovlighet, noe som viser at borgerne kan stole på at deres rettssikkerhet blir ivaretatt.

En vurdering av om bevis kan føres er tidkrevende og kan gå utover prosessøkonomiske hensyn, jf. kapittel 2.1.1. På den annen side kan spørsmål om bevisavskjæring være svært viktig å avklare. Dette kan veie tyngre enn hensynet til en rask og effektiv rettergang. Det prosessøkonomiske aspektet må altså vurderes konkret i hver sak i forhold til foreliggende bevis. Også håndhevingsproblemer kan tale mot en regel om bevisavskjæring. Det kan være vanskelig for dommeren å se bort fra bevis han har kunnskap om. Et slikt hensyn kan imidlertid ikke veie tungt.³⁸

³⁸ Torgersen (2009) s. 54

3 Vernet mot selvinkriminering

Vernet mot selvinkriminering er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess. Vernet innebærer at en mistenkt har rett til å forholde seg taus og at han ikke har noen plikt til å bidra til egen domfellelse.³⁹

Et element i vernet mot selvinkriminering er at en siktet i en straffesak ikke kan straffes for å ha avgitt falsk forklaring, jf. strl.§ 167. Dette er et unntak fra strl.§§ 163 og 166 som oppstiller straff for den som forklarer seg usant. Bestemmelsen omfatter siktede og en begrenset krets av personer, noe jeg kommer nærmere tilbake til i kapittel 4 om vitneplikt.

Reglene om retten til taushet finner vi først og fremst i straffeprosesslovens §§ 90, 92 og 232. Det er uttrykkelig nevnt at siktede skal gis informasjon om at han "ikke har plikt til å forklare seg". Bestemmelsen i § 90 gjelder forklaring for retten, mens § 232 gjelder forklaring til politiet. Overfor politiet kan ingen pålegges forklaringsplikt, jf. strpl. § 230.

Retten til taushet er også fastslått i rettspraksis. I Rt. 1999 s.1269, om verksbetjenten, sa retten at "Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt for en straffbar handling, har rett til å forholde seg taus, og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffelse". Dersom myndighetene ønsker å tvinge siktede til å bidra til sakens opplysning, kreves hjemmel i lov. "Legalitetsprinsippet er en grunnstein i vernet mot selvinkriminering"⁴⁰ og verner altså siktetes rettigheter.

Utover dette inneholder ikke norsk rett noen nærmere regulering av vernets rekkevidde. Menneskerettighetene belyser imidlertid det nærmere innholdet. Vernet kommer eksplisitt til uttrykk i SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Bestemmelsen innebærer at en siktet har rett til "ikke

³⁹ Rui (2009) s. 47

⁴⁰ Øyen (2010) s. 18

å bli tvunget til å vitne mot seg selv eller erkjenne seg skyldig". Vernet er ikke uttrykkelig nevnt i EMK. Det er imidlertid forankret i siktedes rett til en rettfærdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1, jf. "In the determination of (...) any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair (...) hearing". Innhentning av informasjon i strid med taushetsretten, kan føre til at rettergangen ikke har vært rettfærdig. En sak skal altså gjennomføres på en måte som ikke undertrykker siktedes interesser.

At vernet anses for å være omfattet av ordlyden i art.6, er fastslått i en rekke dommer avsagt av EMD. Dette ble blant annet uttalt i avgjørelsen Saunders mot Storbritannia, jf. "The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6".⁴¹ Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i dommen i kapittel 3.6.

Vernet mot selvinkriminering gjør seg gjeldende i to sammenhenger. For det første innebærer det en rett til å forholde seg taus. En siktet skal altså beskyttes mot at opplysninger blir fremtvunget. For det andre vil vernet kunne være til hinder for at opplysningene som fremkommer blir brukt mot siktede.⁴²

Innholdet i selvinkrimineringsvernet kommer til uttrykk i flere EMDdommer. "Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfillment of the aims of Article 6". Vernet skal blant annet å beskytte den siktede mot justismord og utilbørlig tvang fra myndighetene, samt bidra til å oppfylle målene art.6 oppstiller.

⁴¹ Saunders mot Storbritannia

⁴² Torgersen (2009) s. 207.

Ved beviserverv er myndighetene forpliktet til å respektere taushetsretten. Påtalemyndighe- ten skal søke å fremlegge saken uten å bruke bevis innhentet ved hjelp av tvang eller under- trykkelse i strid med siktedes vilje.⁴³ Vernet har også nær sammenheng med uskyldspre- sumsjonen, jf. EMK art. 6 nr. 2. Presumsjonen innebærer at tvil om faktum skal komme tiltalte til gode og at man skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevis. Forklaringsnek- telse kan etter dette ikke alene være nok for å anse en person skyldig.

Taushetsretten omfatter ikke de tilfellene hvor siktede frivillig gir forklaring. Vernet skal bare gi siktede mulighet til å velge å forholde seg taus. Vedkommende har dermed frihet til å avgi forklaring selv om informasjonen er selvinkriminerende. En uttalelse som ikke setter den mistenkte i en ugunstig stilling bevismessig, anses ikke som konvensjonsstridig.

3.1 Hensyn bak vernet mot selvinkriminering

Reglene er utformet for å forhindre tortur og hardhendt behandling som et middel for å oppnå tilståelse eller forklaring i en straffesak. Grunnloven gir uttrykk for dette hensynet, jf. § 96. Her er det nedfelt et forbud mot "pinlig forhør", og betyr at tortur ikke skal finne sted ved avhør. Dette fremkommer også av strpl.§ 92.2. ledd som forbyr bruk av "løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang" under avhør av mistenkte.

I en artikkel skrevet av Jon Petter Rui⁴⁴ fremkommer det at bestemmelsene skal "verne den som blir straffeforfulgt mot overgrep fra myndighetene".⁴⁵ Et vern mot selvinkriminering kan dermed virke preventivt ovenfor myndighetene.

⁴³ Se blant annet Heaney og McGuinness mot Storbritannia avsnitt 40, Serves mot Frankrike avsnitt 46 og Bykov mot Russland avsnitt 92.

⁴⁴ Jurist og postdoktor på det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø

⁴⁵ Rui (2009) s. 50

Videre ivaretar vernet mot selvinkriminering hensynet til den mistenktes personlige integritet. Gjennom et slikt vern, er det opp til den mistenkte selv om han ønsker å uttale seg eller ikke. Han slipper å bli tvunget til å velge mellom å avgi falsk forklaring eller å inkriminere seg selv. En siktet som er uskyldig skal beskyttes mot å komme med en uriktig tilståelse.

En person kan ha påført medmennesker og samfunnet store tap, skader og lidelser.⁴⁶ Dette kan tale for at en siktet bør pålegges en plikt til å opplyse saken så godt som mulig. Det er imidlertid et viktig hensyn at en siktet ikke blir tvunget inn i en situasjon hvor han bli stilt mellom valget å avgi falsk forklaring eller å inkriminere seg selv, jf. ovenfor. Dette har nær tilknytning til hensynet til et materielt riktig resultat. Dersom vedkommende forklarer seg usant, vil retten få feil vurderingsgrunnlag. Dette kan føre til uriktige avgjørelser. Det er dermed bedre at en siktet forholder seg taus, enn at han avgir uriktig forklaring.

3.2 Ulike situasjoner vernet gjør seg gjeldende

Det finnes en rekke bestemmelser i ulike lover som gir kontrollmyndighetene kompetanse til å innhente opplysninger. Gjennom straffesaksjonert opplysningsplikt kan disse kontrollorganene få den informasjonen de etterspør. Lovene kan pålegge personer å gi opplysninger av eget tiltak, eller etter pålegg fra myndighetene. Opplysningene som fremkommer kan i enkelte tilfeller avdekke straffbare forhold og lede til en etterfølgende straffesak. Et annet tilfelle er at et pålegg er gitt, men ikke etterkommet.

Eksempler på slik opplysningsplikt finner vi blant annet i ligningsloven.⁴⁷ Etter lovens § 4-8 kan ligningsmyndighetene pålegge personer å gi "opplysninger om nærmere angitte økonomiske- og andre forhold av betydning". Videre regulerer konkursloven⁴⁸ kontrollmyn-

⁴⁶ Eriksen (1995) s. 169-170

⁴⁷ Lov om ligningsforvaltning av 13.juni 1980 nr. 24 (lignl.)

⁴⁸ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8.juni 1984 nr. 58 (konkl.)

dighetenes kompetanse til å innhente opplysninger om skyldnerens økonomiske forhold og hans forretningsførsel før og under konkurs, jf. § 101.

I tillegg til tilfellene hvor en person har en straffesanksjonert opplysningsplikt, kan det være andre sider ved myndighetenes innhenting av informasjon som kan føre til krenkelse. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 3.5 og 3.7.

Systemet om opplysningsplikt er basert på tillit. Forvaltningen er avhengig av at borgerne gir pålitelig og nødvendig informasjon om de forholdene det kreves opplysninger om. Dette betyr at systemet kan bli utsatt for misbruk og det er dermed nødvendig med regler om opplysningsplikt under straffeansvar. Opplysningsplikten kan videre begrunnes i myndighetenes behov for kontroll. Uten en slik plikt ville det vært svært vanskelig for myndighetene å holde kontroll blant annet med næringsvirksomhet. Et kontrollorgan må kunne undersøke faktiske forhold før det blir tale om etterforskning av et eventuelt lovbrudd.⁴⁹ Kriminalitetsbekjempelse er viktig og samfunnsmessige hensyn tilsier at det må tillates å innhente informasjon, selv om det kan medføre mistanke om straffbare forhold. Det er i mange tilfeller tale om kriminalitet som er vanskelig å oppdage uten undersøkelser.

I tillegg vil det at det foreligger straffesanksjonert opplysningsplikt i noen tilfeller kunne virke preventivt. Man vil kanskje unngå å foreta seg noe kriminelt dersom man vet at man har opplysningsplikt. Dette hensynet veier imidlertid ikke tungt.

Den lovpålagte opplysningsplikten sikrer en nødvendig og troverdig informasjonsflyt og bidrar til at borgerne selv får kontroll over informasjonens omfang, innhold og kvalitet.⁵⁰

Det er tale om opplysningsplikt om forhold som vedkommende selv har valgt å tre inn i. Blant annet det å starte næringsvirksomhet fører med seg plikter, for eksempel prisopplysninger, merverdiavgiftsopplysninger og opplysninger ifm konkurs.

⁴⁹ Se Rt.1994 s.610, s.615

⁵⁰ Eriksen (1998) s. 95

Regler om straffesanksjonert opplysningsplikt er dermed nødvendig. Myndighetene må ha tilgang til å bruke visse sanksjoner dersom opplysningsplikten misligholdes.⁵¹ Ettersom man i en straffesak ikke har plikt til å uttale seg om slike forhold, kan det oppstå konflikt mellom opplysningsplikten og siktedes rett til å forholde seg taus.

3.3 Innhenting av informasjon

Norsk rett gir ingen nærmere anvisning på hva som skal til for at vernet er krenket. Under 3.3.1 vil jeg se nærmere på innholdet i "criminal charge" slik det er oppstilt av EMD.

3.3.1 Når inntreer vernet mot selvinkriminering?

Som nevnt ovenfor kan taushetsretten innfortolkes i retten til en "fair hearing", jf. en rettferdig rettergang. Denne retten tilkommer den som er utsatt for en "criminal charge" etter EMK art. 6 nr. 1. Det er viktig å fastslå hvorvidt "charge" foreligger, da det er avgjørende for om det kan foreligge brudd på taushetsretten.

At det foreligger "criminal charge" betyr at man er siktet i en straffesak. Uttrykket er autonomt, slik at innholdet skal tolkes i lys av EMK, ikke med bakgrunn i nasjonal rett.⁵² Dette betyr at en person kan være siktet i EMKs forstand, selv om det ikke er tatt ut offisiell siktelse mot ham i nasjonal rett. I dommen *Serves mot Frankrike* ble det sagt at "charge" foreligger hvor en person er mistenkt for noe straffbart.⁵³ Det nærmere innholdet finner vi i en rekke avgjørelser avsagt av EMD.

⁵¹ Eriksen (1995) s. 169

⁵² *Serves mot Frankrike*

⁵³ *Serves mot Frankrike* avsnitt 42

Saken Weh mot Østerrike⁵⁴ gjaldt fartsoverskridelse. Klagerens bil var målt i 71 km/t hvor fartsgrensen var 50 km/t. Weh, som var eier av bilen, ble pålagt å angi hvem som var føreren av bilen på det aktuelle tidspunktet. Myndighetene truet med bot for det tilfellet at pålegget ikke ble etterkommet. Opplysningene Weh ga var ikke tilstrekkelige og han ble ilagt en bot på 990 ATS. Spørsmålet var om retten til å forholde seg taus ble krenket da Weh ble bøtelagt. Retten måtte avgjøre om Weh var "charged" etter konvensjonen og uttalte at det måtte foreligge "specific suspicion"⁵⁵ for å bli ansett som "charged". Det må være en konkret mistanke mot personen.

Videre var ikke klageren "substantially affected".⁵⁶ For å anses som siktet, måtte klageren være vesentlig påvirket av myndighetenes tiltak. Sannsynligheten for at klageren ville bli straffeforfulgt for fartsoverskridelse ved å angi føreren av bilen, fremstod som for "fjern og hypotetisk" til at han kunne anses som siktet.⁵⁷ I tillegg var det ingen "tilstrekkelig sammenheng" mellom opplysningsplikten og straffeforfølgning. Weh var dermed ikke siktet.

Etter avsigelsen i Wehsaken, har EMD skiftet retning i forhold til hva som skal til for å være siktet, jf. O'Halloran og Francis mot Storbritannia.⁵⁸ Biler som var registrert på klagerne ble tatt i fotoboks og klagerne ble, under trussel om bot og "prikker" på førerkortet, pålagt å gi opplysninger om føreren. O'Halloran innrømmet at han hadde kjørt bilen, men krevde at informasjonen ikke kunne brukes i straffesaken mot ham. Francis påberopte seg vernet mot selvinkriminering og nektet å gi informasjonen myndighetene etterspurte. Retten så på begge sakene under ett.

⁵⁴ Weh mot Østerrike

⁵⁵ Weh mot Østerrike avsnitt 52

⁵⁶ Weh mot Østerrike avsnitt 54

⁵⁷ Weh mot Østerrike avsnitt 56.

⁵⁸ O'Halloran og Francis mot Storbritannia (O'Halloran og Francissaken)

Det forelå ingen konkret mistanke mot klagerne, annet enn på grunnlag av eierskapet. Klagerne selv var ikke mistenkt for å ha kjørt bilene, men det var innledet etterforskning mot ukjente gjerningsmenn. Klagerne ble allikevel ansett som "vesentlig påvirket"⁵⁹ av pålegget og var dermed siktet etter konvensjonen. Retten ga ingen utfyllende forklaring for hvorfor den fant at klagerne var siktet, og ga heller ingen henvisning til vurderingstemaene oppstilt i Wehsaken. Resultatet ble imidlertid at vernet ikke var krenket, jf. kapittel 3.4.

I en norsk dom ble retningslinjene oppstilt i Wehsaken nevnt, jf. RG-2012-173. Saken gjaldt opplysningsplikt pålagt selskaper om dokumenter knyttet til deres regnskaper. Problemet var om vernet mot selvkriminering var til hinder for utlevering av de etterspurte dokumentene. Saken gjaldt riktignok juridiske personers vern mot selvkriminering, men det er klart at også disse er omfattet av vernet.⁶⁰ Uttalelsene har dermed betydning også for private parter.

Retten vurderte hvorvidt selskapene var vesentlig påvirket av pålegget. Det fantes ingen konkrete holdepunkter for å straffeforfølge selskapene. Påtalemyndigheten opplyste at det ikke var aktuelt med slik straffeforfølgning og at det heller ikke forelå mistanke mot selskapene. Det var dermed ingen sammenheng mellom opplysningene og en eventuell straffeforfølgning.

Etter dette fremstod risikoen for straffeforfølgning som svært lite sannsynlig og faren var fjern og hypotetisk. Lagmannsretten kunne ikke se at selskapene ville bli vesentlig påvirket ved å utlevere dokumentene og fant at det ikke forelå "charge". Selv om vurderingstemaet ikke er blitt oppstilt av EMD i etterfølgende dommer, er spørsmålet om straffeforfølgning er "fjern og hypotetisk" og om det foreligger "tilstrekkelig sammenheng" fremdeles aktuelle momenter i vurderingen. Dette støttes også av Øyen.⁶¹ Han har påpekt at momenter som

⁵⁹ O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 35

⁶⁰ Dette ble avklart i dommen Rt. 2011 s.800, se avsnitt 54

⁶¹ Øyen (2010) s. 150

”spørsmålets karakter, eventuelt karakteren av den gjenstanden som kreves utlevert, den tilknytning pliktsubjektet har til en mistenkt person, en gjenstand benyttet i forbindelse med overtredelsen, stedet der overtredelsen ble begått osv.”, er sentrale i vurderingen av innholdet i fjern og hypotetisk og hvorvidt det foreligger tilstrekkelig sammenheng.

Også formålet bak et pålegg om opplysningsplikt kan være retningsgivende. Dersom formålet med undersøkelsen er å få klarhet i faktiske forhold som ledd i en ordinær kontroll, foreligger ikke siktelse. Det er ingen konkret mistanke mot vedkommende. Kontrollorganenes formål følger allerede av navnet; de skal føre kontroll, fastslå og registrere fakta. Dersom formålet på den annen side er å innhente bevis som ledd i en straffeforfølgning, kan man lettere konstatere at det er tale om en straffsiktelse og vernet kan utløses.

I avgjørelsen ovenfor⁶² var formålet å etterprøve den skattemessige verdien av de aktuelle selskapene. Det var viktig å få tilgang til opplysninger fra de norske selskapene fordi regnskapene fra utlenlandske selskaper var mangelfulle. Formålet var altså ikke å samle informasjon som kunne føre til straff for de aktuelle selskapene.

I dommen J.B mot Sveits⁶³ hadde klageren mellom 1979 og 1985 gjort investeringer med en Mr.P og hans selskaper. Han hadde ikke erklært inntektene fra investeringene på riktig måte i selvangivelsen og ble pålagt opplysningsplikt om sitt forhold til selskapene. Som følge av at klageren ikke svarte, ble han bøtelagt. Klageren hevdet at hans vern mot selvinkriminering var krenket ved ileggelsen av bøtene. EMD kom til at klageren var siktet. Det ble uttalt at formålet med undersøkelsene var å klarlegge om klageren hadde undratt seg skatt og dersom dette var tilfellet, ilegge ham tilleggs skatt og en bot for skatteunndragelse. Dette var ikke avgjørende for at det forelå siktelse, men støttet opp under resultatet.

⁶² Jf. RG 2012 s.173

⁶³ J.B. mot Sveits

Også Zaichenko mot Russland er illustrerende for hva som skal til for at det foreligger siktelse. En bedrift hadde problemer med tyveri av drivstoff og det ble foretatt kontroll for å avdekke tyveriene. Klageren ble stoppet på vei hjem fra jobb og det ble oppdaget to kanner med diesel i bilen. Holdt opp mot formålet med kontrollen, samt at klageren ikke kunne bevise at dieselen var kjøpt, måtte politiet ha mistanke om tyveri på tidspunktet for kontrollen.⁶⁴ At det forelå mistanke støttes også av at politiet opplyste klageren om retten til taushet etter å ha skrevet ned hans forklaring. Disse omstendighetene måtte tilsi at det forelå siktelse på tidspunktet for avhøret av vedkommende.

EMD er lite konsekvent i forhold til hvilke momenter som benyttes i vurderingen og hva som skal til for å anses som "charged". Skal jeg konkludere, synes det klare utgangspunktet å være at man er siktet når man blir vesentlig påvirket av myndighetens pålegg. Sammenhengen mellom dommene, jf. ovenfor, er at det må foretas en konkret helhetsvurdering av forholdene rundt undersøkelsen. Dersom det er utelukket at opplysningene som kreves kan føre til straffeforfølgning, vil det ikke foreligge siktelse. Motsatt er det imidlertid hvor faren fremstår som reell. Det kan se ut som om det skal mindre til for å anses som siktet i dag, enn indikert i Weh-saken.

Vernet mot selvinkriminering skal beskytte mistenkte på etterforskningsstadiet og en status som siktet medfører rettigheter for vedkommende. Foreligger det siktelse på tidspunktet for opplysningsplikten, kan det dermed tenkes at vernet er krenket. Det er imidlertid ikke utelukket at vernet kan være krenket selv om det ikke forelå "charge" ved innhenting av opplysningene. Dette fordi vernet som sagt gjør seg gjeldene i to situasjoner:

"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

⁶⁴ Se også Øyen (2010) s. 151

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.

Second, there are cases concerning the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution".⁶⁵

Av uttalelsen følger blant annet at vernet mot selvinkriminering kan bli aktuelt før en straffesak innbringes for domstolen, jf. allerede ved innhenting av informasjonen, jf. kapittel 3.4. For det andre blir vernet aktuelt hvor det er tale om å bruke pliktmessig avgitt informasjon i en etterfølgende straffesak. Her foreligger siktelse på et senere tidspunkt og selve innhenting har vært konvensjonsmessig. Spørsmålet er i hvilken grad bevisene kan brukes i straffesaken. Dette blir behandlet under kapittel 3.6. I kapittel 3.5 og 3.7 vil jeg gå inn på tilfeller hvor måten myndighetene har innhentet informasjonen på, kan tilsi at vernet er krenket.

3.4 Bruk av tvang

Vernet mot selvinkriminering kan gjøre seg gjeldende før en sak bringes inn for domstolen, jf. kapittel 3.3. Dette betyr at tvang fra myndighetene, kan føre til brudd på vernet. Tvang innebærer en form for ytre påvirkning av siktedes forklaringsvilje.⁶⁶ Under dette kapitlet vil jeg se på tvang i form av opplysningsplikt under straffetrussel. Det avgjørende er hvorvidt rettergangen har vært "fair". Med hensyn til avhandlingens omfang, vil jeg ikke gå nærmere inn på de ulike formene for tvang.

Avgjørelsen O'Halloran og Francis gir uttrykk for at art.6 ikke inneholder et absolutt vern mot selvinkriminering. Domstolen uttalte at man fra tidligere praksis ikke kunne utlede at "any direct compulsion will automatically result in a violation. While the right to a fair trial

⁶⁵ Weh mot Østerrike avsnitt 41-43

⁶⁶ Torgersen (2009) s. 208

under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case".⁶⁷ Dette betyr at bruk av tvang ikke automatisk vil medføre krenkelse av vernet. Det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt vernet er krenket.

Allerede det å sanksjonere en siktet for ikke å etterkomme et pålegg, kan være i strid med vernet. Et slikt tilfelle finner vi i avgjørelsen Funke mot Frankrike.⁶⁸ Funke var mistenkt for å ha overtrådt fransk valuta- og tolllovgivning. Han ble av tollmyndighetene pålagt å gi omfattende opplysninger om eiendeler i utlandet fra de tre siste år. Klageren nektet å etterkomme pålegget og fikk en bot på FRF 1200. I tillegg ble han ilagt en løpende dagmulkt på FRF 50, frem til han ga dokumentene. Han var siktet og spørsmålet var om klagerens rett til selvinkriminering var krenket ved ileggelsen av bøtene. EMD fant at vernet mot selvinkriminering måtte anses som krenket på bakgrunn av at det ble brukt tvang for å få informasjon. Det var tale om omfattende opplysninger og det ble uttalt at en slik krenkelse ikke kunne være i overensstemmelse med rettighetene til en siktet person.

Dette var også temaet i J.B mot Sveits, som gjaldt skatteunndragelse.⁶⁹ Ved en rekke anledninger hadde myndighetene forsøkt å innhente informasjon, og ila klageren fire bøter for ikke å etterkomme påleggene. Spørsmålet var om ileggelsen av bøtene krenket vernet mot selvinkriminering. Retten mente myndighetene forsøkte å tvinge klageren til å fremlegge dokumenter. Klageren kunne ikke utelukke at han kunne bli utsatt for straffeforfølgning for lovbrudd på skatteunndragelsesreglene dersom dokumentene inneholdt opplysninger om inntekter som ikke var skattlagt. Bruken av tvang representerte dermed brudd på vernet mot selvinkriminering i EMK art.6.

⁶⁷ O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 53

⁶⁸ Funke mot Frankrike

⁶⁹ Se avhandlingens kapittel 3.3.1

Også i Heaney og McGuinness mot Irland⁷⁰ var det spørsmål om bruk av tvang var i overensstemmelse med vernet. Klagerne var varetektsfengslet, mistenkt for være involvert i en eksplosjon på en militærbase. Begge ble idømt seks måneders fengsel for å ha nektet å gi informasjon om sine bevegelser i et bestemt tidsrom. Klagerne ble stilt i en situasjon hvor de måtte velge mellom å gi informasjonen eller risikere fengselsstraff for å nekte å avgi forklaring.⁷¹ Om dette uttalte retten at ”the degree and compulsion imposed on the applicants ... destroyed the very essence of their privilege against selfincrimination”.⁷² Klagerne ble dermed utsatt for et slikt press at vernet var krenket.

En straffetrussel kan ikke i seg selv medføre at vernet mot selvinkriminering er krenket. Felles ved de ovennevnte dommene er at klagerne ble ilagt strafferettslige sanksjoner for ikke å etterkomme opplysningsplikten.⁷³ Det er altså ileggelsen av en sanksjon som er det avgjørende, ikke selve trusselen.

Det kan stilles spørsmål om i hvilken grad man kan ilegges en strafferettslig sanksjon for å nekte å avgi informasjon utenfor iretteføringen av egen straffesak. Dette kan for eksempel være hvor en mistenkt er vitne i en straffesak mot en tredjemann, dette kommet jeg tilbake til under behandlingen av strpl.§ 123. Det kan også være tilfelle hvor en siktet er part eller vitne i en sivil sak, eller blir ilagt forklaringsplikt overfor et kontrollorgan samtidig som etterforskning pågår mot ham. Spørsmålet er om en status som siktet kan gi vedkommende rett til å nekte å svare på spørsmål i en annen sak.

I Shannon mot Storbritannia⁷⁴ var en person siktet for falsk regnskapsføring og planlagt svindel og det pågikk etterforskning av forholdet. Han mottok under trussel om bot et på-

⁷⁰ Heaney og McGuinness mot Irland

⁷¹ Heaney og McGuinness mot Irland avsnitt 51

⁷² Heaney og McGuinness mot Storbritannia avsnitt 55

⁷³ Øyen (2010) s. 127

⁷⁴ Shannon mot Storbritannia

legg om å bli intervjuet i forbindelse med etterforskning av finansiell kriminalitet. Klageren møtte ikke til intervjuet og ble bøtelagt. Han hevdet at han under intervjuet kunne bli stilt selvinkriminerende spørsmål som kunne benyttes i den parallelle straffesaken mot ham. Retten uttalte at det ikke var noen risiko for at klageren ville bli straffeforfulgt for forholdene som ble undersøkt av inspektørene. Det var imidlertid sannsynlig at han under intervjuet ville bli stilt spørsmål av betydning for straffesaken. Informasjonen inspektørene etter spurte var av en slik art at de kunne gis videre til politiet. Selv om etterforskningene foregikk separat, ville de støte bort i hverandre dersom inspektørene ga informasjonen til politiet. Det var høy risiko for at klageren ville inkriminere seg selv og straffesaksjonen medførte at vernet var krenket.

Dersom det foregår to parallelle saker mot samme person, må man vurdere sakenes tilknytning til hverandre. I *Marttinen mot Finland*⁷⁵ pågikk det etterforskning mot klageren, som var mistenkt for svindel for ikke å ha gitt myndighetene korrekte opplysninger om sine eiendeler, blant annet fast eiendom, aksjer og biler. I tillegg ble han av sine kreditorer pålagt å gi informasjon om sin økonomiske situasjon i forbindelse med en gjeldsforfølgningssak. Klageren nektet å gi disse opplysningene under henvisning til at det gjaldt samme opplysninger som i etterforskningen mot ham. Han ble som følge av dette ilagt en bot på 200 000 FIM. Det ble påpekt at "it is not apparent that the creditors applying for enforcement were prohibited from using any information received to their personal benefit in the pending criminal proceedings".⁷⁶ Det var risiko for at den pliktmessig avgitt informasjonen kunne brukes mot Marttinen i straffesaken. Domstolen la videre vekt på at det ikke fantes noen regler som beskyttet ham mot at opplysningene ble brukt mot ham.

Om hvorvidt en siktet kan gis pålegg om å gi informasjon i en annen straffesak mener Øyen at det må foreligge "nær tilknytning til straffesaken mot mistenkte"⁷⁷ for å påberope

⁷⁵ *Marttinen mot Finland*

⁷⁶ *Marttinen mot Finland* avsnitt 72

⁷⁷ Øyen (2010) s. 131

seg vernet mot selvinkriminering. Dette var tilfellet i de to ovennevnte dommene. Dersom forholdene som undersøkes ikke har noen sammenheng med straffesaken, vil ikke pålegg om informasjon være konvensjonsstridig. Ved å fremskaffe bevis mot siktede gjennom en annen sak, vil myndighetene kunne omgå vernet.⁷⁸ Hvorvidt en siktet kan nekte å avgi forklaring i en annen sak beror etter dette på en konkret vurdering. I tilfeller hvor det er nær tilknytning mellom sakene og en risiko for selvinkriminering, vil ileggelse av strafferettslig sanksjon kunne medføre krenkelse av vernet.

EMD oppstilte i O'Halloran og Francissaken enkelte retningslinjer for vurderingen av om selvinkrimineringsvernet ble krenket ved bøteleggelsen. Som vurderingstema oppstilte retten betydningen og arten av sanksjonen som ble brukt for å oppnå beviset. Videre var det av betydning i hvilken grad lovgivningen inneholdt effektive garantier mot misbruk og for det tredje på hvilken måte bevisene ble brukt. Det siste kommer jeg tilbake til under kapittel 3.6.

For i hvilken grad lovgivningen inneholder effektive garantier mot misbruk, er det av betydning hvilket valg den siktede står overfor. I O'Halloran og Francis ble det uttalt at dersom de siktede ikke visste eller hadde grunn til å vite hvem som var fører av bilene, inneholdt loven fritak for straff.⁷⁹ Heaney og McGuinness hadde imidlertid kun valget mellom å forklare seg eller risikere fengselsstraff. Dette ga ikke de siktede et tilstrekkelig vern.⁸⁰

Britisk rett inneholder en lovhjemlet opplysningsplikt for bileiere. Dersom ikke opplysningsplikten etterkommes, har myndighetene mulighet til å ilegge bileieren bøter. Dette ble av EMD oppfattet som direkte tvang. Som eier av en bil må man imidlertid ha akseptert regelverket som følger av eierskapet. Domstolen påpekte at "those who drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regula-

⁷⁸ Øyen (2010) s. 128

⁷⁹ O'Halloran og Francis mot Storbritannia, avsnitt 59

⁸⁰ Heaney og McGuinness mot Irland, avsnitt 51

tory regime relating to motor vehicles (...) These responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion”.⁸¹

Videre var opplysningsplikten i denne saken begrenset.⁸² Klagerne ble kun pålagt å gi muntlig informasjon om hvem som hadde vært føreren av bilene. Opplysningen var av et begrenset omfang og det var klart definert hva myndighetene ønsket svar på. Videre var straffen "moderate and non-custodial". Dette skilte saken fra de ovennevnte, for eksempel Funke-saken og Heaney og McGuinness-saken. Funke ble pålagt å utgi omfattende dokumenter, mens Heaney og McGuinness måtte gi opplysninger om sine bevegelser og handlinger i et bestemt tidsrom. Videre var sanksjonen som ble ilagt klageren av begrenset økonomisk karakter. De ble utsatt for bøter og prikker på førerekortet. Ser vi imidlertid på Heaney og McGuinness, var sanksjonen av mer inngripende karakter i og med at klagerne ble ilagt seks måneders fengselsstraff.

Det kan være lettere å akseptere pålegg om utlevering av en spesifikk opplysning eller dokument, enn der det gis et uspesifisert pålegg. Det har blitt sagt at man kanskje kan tolke dommene så langt at myndighetenes kunnskap kan være relevant i vurderingen. Dersom de har omfattende kunnskap til forholdet, vil et pålegg være mindre inngripende og motsatt.⁸³ Det kan imidlertid være vanskelig å vurdere hvilken kunnskap myndighetene satt med på forhånd. I J.B-saken, jf.ovenfor, hevdet skattemyndighetene at de allerede hadde kunnskap om forholdene, slik at utlevering av dokumentene ikke var inngripende. EMD mente at måten myndighetene hadde forsøkt å innhente informasjonen på, tilsa at de ikke hadde slik kunnskap. De hadde i en periode på tre år forsøkt å innhente opplysninger ved åtte anledninger. Da dette ikke førte frem, ble klageren ilagt fire bøter. Dersom det skal kunne legges vekt på kunnskap forut for innhenting av informasjon, mener jeg at det må være klart at

⁸¹ O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 57

⁸² O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 58

⁸³ Øyen (2010) s. 155

myndigheten faktisk har kunnskap om forholdet. Det er tale om en grunnleggende menneskerettighet og det er viktig at vernet blir respektert.

I tillegg kan det legges vekt på det underliggende straffebudet. Opplysningsplikten klagerne i O'Halloran og Francissaken ble utsatt for åpnet ikke for "prolonged questioning about facts alleged to give rise to criminal offences".⁸⁴ Det ble kun krevd opplysninger om enkelte elementer av betydning for om det forelå straffeansvar, noe som måtte anses som konvensjonsmessig. På grunn av de overnevnte omstendighetene var ikke O'Halloran eller Francis utsatt for noen krenkelse i konvensjonens forstand.

I RG 2012 s.173 fant retten at selskapene ikke var siktet, jf.ovenfor. Avgjørelsen inneholder imidlertid uttalelser av betydning for om vernet mot selvinkriminering er krenket. Forutsatt at det forelå "charge" påpekte retten at de aktuelle bevisene forelå uavhengig av selskapenes vilje. Det ble uttalt at "terskelen for at fremtvingelse eller bruk av dokumentbevis skal rammes av selvinkrimineringsvernet er relativt høy." Dokumentene som krevdes utlevert av selskapene var saldobalanse, spesifisert hovedbok og fullstendig reskonto. Det var altså tale om utlevering av nærmere angitte dokumenter, som var av begrenset omfang. Dessuten var ulempen for selskapene ved å fremskaffe dokumentene begrenset. Det var ikke tale om å fremtvinge noen forklaring, men dokumenter som allerede eksisterte. Dette var dokumenter som selskapene hadde plikt til både å utferdige og ta vare på.

I tillegg var det at begjæringen var rettet mot juridiske personer med formål å drive forretningsvirksomhet, et element. Slike selskaper må følge de regler regnskapsloven pålegger og formålet med reglene er å føre kontroll med riktigheten av disposisjoner. Dette kan ha overføringsverdi til andre områder, for eksempel konkurs- og skattesaker. Det er ofte tale om opplysningsplikt for forhold vedkommende frivillig har begitt seg ut på. Man må dermed respektere de regelverk som foreligger.⁸⁵

⁸⁴ O'Halloran og Francissaken avsnitt 58

⁸⁵ Jf. O'Halloran og Francissaken

RG 2012 s. 173 kom som følge av at Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom og henvis- te den til ny behandling i lagmannsretten. I henvisningsdommen, jf. Rt.2011 s.800, sa Høy- esterett at hvorvidt vernet mot selvinkriminering var krenket måtte bero på vurderingste- maene oppstilt av EMD, særlig O'Halloran og Francis, jf. ovenfor. Vi ser etter dette at EMDs praksis har stor betydning for vernets rekkevidde i norsk rett.

3.4.1 Oppsummering

Ovenfor ser vi at det finnes rettsavgjørelser i begge retninger. Det er vanskelig å se at EMD har oppstilt klare retningslinjer for hvilke tilfeller som medfører brudd på vernet. Vi kan imidlertid se flere fellestrekk selv om EMD ikke er konsekvent. Utgangspunktet må være hvorvidt rettergangen har vært rettferdig. Retten vurderer om innhenting av bevis har skjedd på bekostning av den siktedes interesser. Det er gjennomgående nevnt at det beror på en konkret helhetsvurdering hvorvidt vernet mot selvinkriminering er krenket.

Felles for dommene er videre at det vurderes hvor grovt bruddet på selvinkriminering er. Graden av tvang må altså kvalifisere til krenkelse. I avgjørelsen O'Halloran og Francis, påpekte retten at bøteleggelsen ikke representerte krenkelse av vernet. I Funke-saken så domstolen på omfanget av boten og bruk av dagmulkt. Tvangen i denne saken var ikke i overensstemmelse med den retten en siktet har til å forholde seg taus. Til slutt fant domsto- len i Heaney og McGuinness at bruken av fengselsstraff som sanksjon var svært inngripen- de og krenket de siktedes taushetsrett. Hva slags type sanksjon det er tale om har betydning i denne sammenheng.

Videre ser vi at domstolen legger vekt på faren for straffeforfølgning. Her vil omfanget av opplysningsplikten og hva slags opplysninger det er tale om være av betydning. I O'Halloran mot Francis-saken ville ikke spørsmålene føre til langvarige avhør som kunne gitt opphav til straffeforfølgning. I tillegg var det ikke tale om et alvorlig underliggende straffebud, slik at den aktuelle straffen ville vært liten. Også i RG.2012 s. 173 ble det lagt vekt på at dokumentfremleggelse ikke ville føre til straffeforfølgning. I J.B.-saken kunne

imidlertid ikke domstolen utelukke at dokumentene kunne inneholde opplysninger som kunne føre til selvinkriminering. Faren for straff ved å legge frem dokumentene var altså stor og vernet var krenket.

Dommene indikerer i tillegg at omfanget av opplysningsplikten er et moment. Domstolen fant i O'Halloran og Francis at opplysningsplikten var begrenset til spesifiserte muntlige opplysninger. Også i RG 2012 s. 173 var det tale om spesifiserte opplysninger. Disse var ikke omfattende og de forelå uavhengig av selskapenes vilje. I tillegg var dette informasjon selskapet var pliktig til å ta ivareta. Både i Francis-saken og J.B.-saken var det imidlertid tale om omfattende opplysninger. Det var heller ikke spesifisert hvilke dokumenter man krevde utlevert og dette måtte medføre krenkelse.

Hvorvidt nasjonal rett gir en siktet effektive garantier mot misbruk har også betydning for om vernet er krenket.⁸⁶

Av det foreliggende rettskildematerialet kan vi slutte at vernet mot selvinkriminering gjør seg sterkere gjeldende jo mer alvorlig sak det er tale om. Jo mer inngripende tiltaket er overfor den siktede, jo lettere er det å konstatere krenkelse. Det avgjørende er om rettergangen under ett fremstår som rettferdig.

3.5 Provokasjon og kommunikasjonskontroll

Selv om en person ikke er utsatt for press i form av trussel om straffesanksjon ved innhentning av informasjon, kan vernet allikevel være krenket. Dette kan være tilfellet hvor myndighetenes aktivitet tilsier at bevisene ikke er innhentet på forsvarlig måte.

⁸⁶ Blant annet Heaney og McGuinness mot Irland, avsnitt 51, O'Halloran og Francis mot Storbritannia, avsnitt 59 og Jalloh mot Tyskland, avsnitt 117 og 120

Provokasjon kan være en slik form for aktivitet. Det finnes ulike sider ved dette, men etter som fokus er på selvinkriminering vil jeg vurdere bevisprovokasjon. Bevisprovokasjon innebærer at den mistenkte forledes til å forklare seg om egen kriminalitet.⁸⁷ Dette kan blant annet skje ved at politiet opptrer fordekt for å få en tilståelse eller forklaring. Den straffbare handlingen som søkes oppklart, ligger forut for politiets aktivitet. Problemet med bevisprovokasjon er at den mistenkte ikke blir opplyst om retten til taushet, jf. strpl.§ 232. Hensynet til taushetsretten og vernet mot omgåelse av reglene, taler mot at slik provokasjon skal kunne tillates.

Et eksempel på provokasjon finner vi i Rt. 1999 s.1269 om verksbetjenten. Det var tale om informasjon politiet hadde innhentet ved å utgi seg for å være noen andre. Det var politiet som hadde tatt initiativ til å møtes og forklaringen kom som svar på direkte spørsmål fra politiagenten. Politiets aktivitet måtte her betegnes som høy og en slik forklaring hadde ikke forekommet uten politiets opptreden. Retten mente at måten bevisene var innhentet på, krenket den mistenktes vern mot selvinkriminering.

Torgersen⁸⁸ har skrevet at dersom en mistenkt blir stilt spørsmål han i avhør har nektet å svare på, kan etterforskningen få preg av omgåelse og fordekt avhør.⁸⁹ Dette vil kunne krenke vernet uavhengig av om vedkommende er frihetsberøvet eller ikke. Hvor den mistenkte ikke er fengslet og heller ikke tidligere har blitt avhørt, vil kanskje resultatet bli annerledes.

Man må her skille mellom provokasjon og kommunikasjonskontroll. Denne grensen er ikke alltid lett å trekke. Ved kommunikasjonskontroll er det tale om bevis som er ervervet ved en eller annen form for overvåkning, men uten at politiet aktivt har fremkalt bevisene.

⁸⁷ Torgersen (2009) s. 274

⁸⁸ Førstestatsadvokat ved riksadvokatembetet

⁸⁹ Torgersen (2009) s 281

Vi har omfattende hjemler for kommunikasjonskontroll, jf. straffeprosesslovens kapittel 16a. Forutsetningen for kommunikasjonskontroll er at det er tale om alvorlige forhold. Formålet med innføringen av kommunikasjonskontroll var å ”effektivisere etterforskningen av alvorlig og organisert kriminalitet”⁹⁰ og få flest mulig saker oppklart. Når det gjelder kommunikasjonskontroll er det mistenkte som snakker seg inn i et utvilsomt bevis. Forskjellen fra provokasjon er blant annet at påtalemyndigheten ikke har bidratt til at vedkommende inkriminerer seg selv. Det foreligger altså ingen ytre påvirkning på siktede for å gi forklaring. Det er først når kommunikasjonskontrollen går over i provokasjon at vernet mot selvinkriminering blir aktuelt.

I Rt. 2000 s.1345 var det spørsmål om bevis innhentet gjennom telefonsamtaler måtte anses som ulovlig etterforskningsmetode. Det var tale om to telefonsamtaler med to innringere gjennom siktedes beslaglagte telefon. Retten fant at strl.§ 145 om hemmelig avlytting ikke var overtrådt. Politibetjenten hadde bare svart med enstavelser og han hadde ikke plikt til å opplyse om sin identitet.

Også i Bykov mot Russland⁹¹ var dette temaet. Det ble hevdet at klageren hadde gitt V i oppdrag å drepe S og hadde i denne sammenheng gitt V en pistol. V gjennomførte ikke mordet, men anmeldte klageren til politiet. Det ble iscenesatt mord på S og hans forretningspartner. For å skaffe bevis, ble V utstyrt med lydopptaksutstyr og sendt til klageren. Han konfronterte klageren med at han hadde gjennomført mordet og ga pistolen tilbake. Samtalen resulterte i 16 minutters opptak på bånd og klageren ble senere pågrepet.

Spørsmålet for domstolen var om vernet mot selvinkriminering var krenket ved innhenting av informasjonen. EMD påpekte at Bykov ikke hadde vært utsatt for press for å slippe inn V, snakke med ham eller kommentere det V snakket om.⁹² Bykov hadde interesse i

⁹⁰ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2009/nou-2009-15/35.html?id=569766>

⁹¹ Bykov mot Russland

⁹² Bykov mot Russland avsnitt 102

saken og var villig til å fortsette samtalen innledet av V. I tillegg var ikke klageren pågrepet, men befant seg i sitt eget hjem. Det forelå dermed ingen form for press og ingen krenkelse av EMK art. 6.

Det kan stilles spørsmål om EMD gikk langt ved å godta en slik form for etterforskning. Det var imidlertid ikke tale om å sikte klageren for mord, men å skaffe bevis for at han hadde bedt V om å drepe S. Dersom V faktisk hadde gjennomført mordet, ville en slik samtale ha funnet sted uavhengig av om politiet var involvert.

En sak som både inneholdt kommunikasjonskontroll og bevisprovokasjon, var Allan mot Storbritannia.⁹³ Klageren satt i varetekt for å ran, men han var også mistenkt for å ha vært involvert i drapet på en butikkeier. For å samle bevis for at klageren stod bak drapet ble det plassert video- og radioutstyr i fengselet. Slik overhørte politiet samtaler klageren hadde med en medsiktet og en venn som besøkte ham i fengselet. Overvåkingen av samtale var ikke i strid med vernet mot selvinkriminering. Det var tale om samtaler som ble ført uten at politiet medvirket.

Annerledes var det imidlertid for klagerens samtaler med en annen innsatt. Politiet plasserte H (en ”longstanding policeinformer”) på samme celle som klageren. Han hadde fått i oppdrag å få klageren til å forklare seg om drapet. I tillegg til lydopptakene, ga H politiet et 50-60 siders langt referat av samtale. Spørsmålet var om klagerens rett til taushet var krenket. Særlig hvor en mistenkt har valgt å forholde seg taus under avhør og politiet benytter seg av andre metoder for å få en uttalelse, kan taushetsretten bli undergravet. I vurderingen så retten på politiinformantens rolle i saken. Hans oppgave var å fremskaffe forklaringer som klageren ikke ønsket å gi under avhør. H var trent av politiet og instruert til å ”push him for what you can”.⁹⁴ Forklaringene forelå som følge av Hs gjentatte spørsmål om temaet og kunne ikke anses som spontane og frivillige. Det var ikke benyttet direkte tvang

⁹³ Allan mot Storbritannia

⁹⁴ Allan mot Storbritannia, avsnitt 52

mot klageren, men omstendighetene tilsa at han var utsatt for psykisk press. Dette ble begrunnet i at han var siktet for drap, utsatt for frihetsberøvelse og at han stadig ble avhørt av politiet. Metodene som ble brukt for å fremskaffe bevis krenket dermed klagerens vern mot selvinkriminering og representerte brudd på EMK art. 6.

Momenter i vurderingen av om myndighetenes aktivitet er konvensjonsstridig, er blant annet om den mistenkte er frihetsberøvet og om han er avhørt tidligere. Videre er det et spørsmål om vedkommende under tidligere avhør har valgt å benytte seg av retten til taushet. Dersom etterforskningsmetodene bærer preg av omgåelse av taushetsretten, vil dette tale for krenkelse av vernet.

3.6 I hvilken grad beskyttes en mistenkt mot at inkriminerende informasjon som er pliktmessig avgitt i en sak, brukes mot ham i en senere straffesak?

Når det kommer til straffesak og det foreligger informasjon som vedkommende pliktmessig har avgitt tidligere, blir spørsmålet hvordan denne informasjonen skal brukes. Vedkommende er ikke siktet på tidspunktet for innhenting av forklaring. Forutsetningen er at opplysningene er pliktmessig avgitt til kontrollmyndighetene i henhold til et sanksjonert lov-hjemlet påbud. Dersom siktede frivillig har avgitt forklaring, er det ikke tale om krenkelse av taushetsretten. Hvorvidt de omstridte opplysningene er gitt i forbindelse med straffesaken, i en forvaltningssak som er forløper til straffesaken eller i en sak uten tilknytning til straffesaken, er uten betydning.

Av norsk rettspraksis følger det at "også bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot selvinkriminering".⁹⁵ EMD har uttalt at "the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the

⁹⁵ Rt. 2007 s.932 avsnitt 24

right".⁹⁶ Det er altså klart at selv om det ikke foreligger siktelse på tidspunktet for innhentingen av informasjonen, kan vernet allikevel være krenket.

Problemet blir om bruken av informasjonen i den påfølgende straffesaken medførte krenkelse. I O'Halloran og Francissaken ble vurderingstemaet "the use to which any material so obtained was put" fremstilt. Hvor siktede tidligere har oppfylt en opplysningsplikt, vil jo myndighetene sitte med informasjon om forholdet. Det foreligger altså informasjon som siktede i utgangspunktet ikke har plikt til å uttale seg om i en straffesak. Det kan dermed oppstå konflikt mellom opplysningsplikten og vernet mot selvinkriminering. Om det skal foretas begrensninger i bevisføringsadgangen beror på om rettergangen er rettfedig, jf. EMK art. 6.

I Saunders mot Storbritannia hadde selskapene Guinness og Argyll konkurrert om å overta et tredje selskap, Distillers. Det ble fattet mistanke om at Guinness hadde manipulert aksjekursen på selskapets aksjer i forbindelse med fusjonen og det ble foretatt undersøkelser. Saunders, som var administrerende direktør på tidspunktet for fusjonen, hadde forklaringsplikt overfor kontrollmyndighetene. Han ble i nasjonal rett senere dømt for forholdene. Han anket til EMD med påstand om at bruken av hans forklaringer under rettssaken representerte et brudd på retten til en "fair hearing" etter EMK artikkel 6. Spørsmålet var om siktedes vern mot selvinkriminering var krenket.

Av betydning var blant annet hvor stor del av bevisgrunnlaget for fellende dom informasjonen utgjorde. Det var klart at informasjonen Saunders hadde gitt under intervjuene, var av vesentlig betydning for resultatet i saken. Dette fremkom av den nasjonale domstolens avgjørelse, jf. uttalelsen "the interviews formed a significant part of the prosecution case". Deler av Saunders forklaring ble lest opp for retten over en periode på tre dager og måtte anses for vesentlige bevis. Dette må bety at ikke enhver bruk er konvensjonsstridig.

⁹⁶ Saunders mot Storbritannia avsnitt 74

Også hvor stor del av det øvrige bevismaterialet informasjonen utgjør, er av betydning for om vernet er krenket. O'Halloran⁹⁷ hevdet at han var dømt kun på bakgrunn av sin tilståelse. Om dette uttalte retten at "the identity of the driver is only one element in the offence of speeding"⁹⁸ og avgjørelsen ble ikke tatt kun ut i fra hans tilståelse. Det var opp til påtalemyndigheten å bevise at han hadde vært fører av bilen. I Rt.2007 s.932 uttalte førstvoterende at var "klart at forklaringene har spilt en beskjeden rolle ved domfellelsen".⁹⁹ Jeg kommer tilbake til dommen nedenfor.

I Saunderssaken uttalte EMD videre at forklaringene ble brukt på en måte som søkte å inkriminere klageren.¹⁰⁰ Formålet ved bruken av forklaringene var altså å reise tvil om Saunders ærlighet og inkriminere ham.¹⁰¹ Det dreide seg dermed om "such a marked departure (...) from one of the basic principles of a fair procedure" at vernet etter EMK art.6 var krenket.

I.J.L mot Storbritannia¹⁰² var en sak rettet mot tre andre som var involvert i kjøpet av Distillers. Saken mot de tre klagerne ble ført sammen med saken mot Saunders i nasjonal rett. Også disse klagerne hadde avgitt forklaring til kontrollmyndighetene og spørsmålet var om vernet mot selvinkriminering var krenket ved bruken av uttalelsene i den senere straffesaken. Domstolen viste i stor grad til saken mot Saunders. En stor del av saken mot dem var basert på uttalelsene til kontrollmyndighetene. Forklaringene var opplest over en periode på tre dager og de ble brukt med formål å inkriminere klagerne. Saken skilte seg dermed ikke

⁹⁷ O'Halloran og Francis mot Storbritannia

⁹⁸ O'Halloran og Francis mot Storbritannia avsnitt 60

⁹⁹ Rt. 2007 s. 932 avsnitt 35

¹⁰⁰ Saunders mot Storbritannia avsnitt 72

¹⁰¹ Saunders mot Storbritannia avsnitt 74

¹⁰² I.J.L. mot Storbritannia

fra Saundersavgjørelsen og retten kom til at bruken representerte krenkelse av vernet mot selvinkriminering, jf. EMK art. 6 nr.1.

I avgjørelsen *Kansal mot Storbritannia*¹⁰³ hadde et firma den tiltalte eide gått konkurs. Han ble pålagt opplysningsplikt under trussel om bot eller fengsel. Klageren ble senere siktet for å ha tilbakeholdt informasjon om eiendeler. Spørsmålet var om informasjonen Kansal hadde gitt til myndighetene kunne brukes i den etterfølgende straffesaken. Forklaringene "played a significant part of the case against him",¹⁰⁴ jf. også uttalelsene i Saunderssaken. Det var tale om fremtvungne opplysninger som ble brukt som sentrale bevis og EMD anså dette som krenkelse av taushetsretten.

Dette var også aktuelt i Rt.1994 s.610. Det forelå mistanke om ulovlig prissamarbeid mellom fire norske produsenter av bølgepapp. Prisdirektoratet innhentet i forbindelse med dette forklaringer blant annet fra bedriftenes direktører. Opplysningsplikten var hjemlet i prisloven § 7, jf. § 18. Det ble senere tatt ut tiltale mot både selskapene og direktørene. I straffesaken som fulgte ønsket påtalemyndigheten å fremlegge forklaringene som bevis. Høyesterett kom til at forklaringene kunne benyttes i overensstemmelse med rammene strpl.§§ 290, 296 og 297 oppstilte. Førstvoterende sa at man " ikke av de straffeprosessuelle regler kan utlede noe alminnelig forbud mot at opplysninger som er gitt pliktmessig på denne måten, benyttes som bevis i en etterfølgende straffesak".

I følge *Bølgepappdommen* kan det altså ikke oppstilles begrensninger i fremleggelse av bevis innhentet på kontrollstadiet. Dommen er imidlertid fra 1994 og ble avsagt før Saunderssaken. Resultatet hadde muligens blitt annerledes i dag, da vernet kan føre til begrensninger i bruken av pliktmessig avgitt informasjon, jf.ovenfor.

¹⁰³ *Kansal mot Storbritannia*

¹⁰⁴ *Kansal mot Storbritannia* avsnitt 29

I Rt 2007 s.932 hadde en mann gjennom forklaringsplikt avgitt opplysninger til kontroll- og undersøkelsesorganer i forbindelse med konkurs. Retten vurderte hvorvidt bruken av forklaringene under en etterfølgende straffesak angående bounndragelse representerte krenkelse av vernet. Siktede hadde unnlatt å gi opplysninger om et utestående krav på 469 000 kr for salg av en eiendom. I motsetning til Saunderssaken, kom retten her til at vernet mot selvinkriminering ikke var krenket. Høyesterett henviste til tingrettens drøftelse og uttalte at retten ikke la vekt på forklaringene B avga i bevisopptak, men siktedes forklaring under hovedforhandlingen.

Avgjørelsen viser at hvor siktede bekrefter den tidligere forklaringen overfor retten, begrenser ikke dette domstolens adgang til å bygge på forklaringer gitt for retten. Den siktedes forklaring for politiet og tingretten, avvek ikke fra forklaringen siktede hadde gitt for skifteretten. Forklaringene for politiet og tingretten inneholdt derimot mer detaljerte opplysninger om forholdene.

Det kan tenkes at siktedes vilje til å forklare seg for retten blir påvirket av at det allerede foreligger pliktmessig avgitt informasjon. Dette kan være vanskelig å vurdere. Det kan hevdes at hvor vedkommende forklarer seg mer detaljert for retten, vil ikke denne være påvirket av informasjonen som allerede er gitt. Dersom forklaringen ikke avviker fra eller er mindre detaljert enn informasjonen gitt til kontrollorganet, kan det imidlertid tenkes at forklaringen kun gis som følge av at informasjonen allerede foreligger.

Rt.2007 s. 932 er også et eksempel på at den øvrige bevissituasjonen har betydning for om vernet mot selvinkriminering er krenket. I tillegg til forklaringene siktede ga for retten, forelå det øvrige bevis som støttet resultatet. Høyesterett bygget sin beslutning på en kjøpekontrakt og en udatert kvittering som konstaterte siktedes utestående krav. Dette var dokumenter som forelå "uavhengig av den tiltaltes vilje".

I RG 2012 s.173 , jf ovenfor,¹⁰⁵ ble det påpekt at terskelen for at fremtvingelse av bevis som foreligger uavhengig av siktedes vilje skal rammes av vernet mot selvinkriminering, er relativt høy. Dette må også gjelde for bruk av bevis i etterfølgende straffesaker.

Hov¹⁰⁶ har uttalt at man må "gå ut i fra at både EMK art. 6 nr.1 og SP art. 14 3 bokstav g innebærer at opplysninger en har hatt plikt til å gi til slike organer, ikke kan brukes som bevis i en senere straffesak".¹⁰⁷ Vi ser imidlertid av de ovennevnte dommene at det er åpent for en slik bevisføring. Praksis viser at det ikke foreligger noe absolutt hinder for at inkriminerende opplysninger innhentet på kontrollstadiet brukes i en senere straffesak. Det må imidlertid kunne oppstilles begrensningen i forhold til bruken av de aktuelle forklaringene. Hvor stor del av bevisgrunlaget forklaringene utgjør, hvorvidt forklaringene faktisk ble brukt, eksistensen av øvrige bevis, hvorvidt vedkommende forklarer seg for retten og formålet med fremleggelsen av forklaringene er noen momenter av betydning.

Etter dette ser vi at tidspunktet for innhenting av informasjonen ikke er avgjørende for om vernet er krenket. Både innhenting og bruken kan altså medføre brudd på taushetsretten.

Spørsmålet til slutt er om myndighetene kan tenkes å misbruke retten til taushet ved å utsette etterforskningen til opplysninger er gitt på kontrollstadiet. Dette er ingen god løsning for myndighetene. Som vi ser ovenfor, kan det oppstilles skranker for bruken av opplysninger innhentet på kontrollstadiet. Det kan være hensiktsmessig å koble politiet inn på et tidligere stadium av saken dersom det er mistanke om noe kriminelt. På denne måten kan man unngå problemer i forbindelse med bruk av forklaringer fordi politiet kan benytte alternative bevissikringsmetoder.

¹⁰⁵ Jf. avhandlingens kapittel 3.4

¹⁰⁶ Professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo

¹⁰⁷ Hov (2009) s. 788

3.7 Amnesti

Strpl. § 92.2 verner siktede mot at myndighetene benytter seg av ”løfter og uriktige opplysninger” under avhør. En siktet kan bli fristet til å inkriminere seg selv og dette kan medføre krenkelse av taushetsretten. Det vil sprengje oppgavens ramme med en for inngående behandling av dette temaet. Jeg finner det imidlertid hensiktsmessig å nevne dette, da det har betydning for vernet mot selvinkriminering.

Ikke ethvert løfte kan føre til krenkelse av vernet. Det kan hevdes at løftet må ha betydning for siktedes vilje til å forklare seg. Eksempler kan være at vedkommende blir lovet løslatelse eller straffrihet mot at han gir opplysninger. At siktede gis uriktige opplysninger betyr at han blir feilinformert om relevante opplysninger i saken. Han blir for eksempel fortalt at hans fingeravtrykk er funnet på åstedet, mens det i realiteten ikke er funnet noen bevis mot ham.

Det må skilles mellom tilfellene hvor myndighetene av eget tiltak har gitt siktede løfter eller uriktige opplysninger og hvor det kun svares på spørsmål den siktede stiller. I forarbeidene er det uttalt at det kan være ”vanskelig å trekke grensen mellom et løfte og en rent faktisk opplysning om utsiktene til løslatelse” og at det ikke kan ”gi grunnlag for kritikk hvis en korrekt opplysning av denne art kommer som svar på et direkte spørsmål fra siktede”.¹⁰⁸

Forbud mot å gi løfter kan også begrunnes med at påtalemyndigheten ikke kan binde domstolen i dens avgjørelser. Siktetes rettigheter blir undergravet dersom han gis forventninger om et bestemt utfall. Dersom det under avhør i strid med strpl. § 92.2 er gitt et slikt løfte vil beviset være ervervet på ulovlig måte. Retten må i disse tilfellene vurdere hvorvidt vernet ble krenket og konsekvensen av dette.

¹⁰⁸ Innst. 1969 s.189

I Rt. 1994 s. 1139 var det spørsmål om opplesning av mulig ulovlig ervervet bevis. I et obiter dictum uttalte dommeren at det "er vanskelig å akseptere at forklaringer som er avgitt under et løfte om amnesti, skal kunne kreves opplest". Bevisforbud er dermed en mulig konsekvens av bruk av løfter. Retten kom imidlertid til at forklaringen kunne leses opp, da den fant det mest sannsynlig at slikt løfte ikke var gitt. Det er viktig at retten vurderer hvorvidt det faktisk ble gitt løfte om straffrihet under avhøret. I disse tilfellene skal alternativet som fremstår som mest sannsynlig legges til grunn, ikke alternativet som er til siktedes fordel. Man ser dermed bort fra favor defensionisprinsippet i dette tilfellet. Dette kan begrunnes ved at systemet kan bli misbrukt dersom enhver påberoper seg et løfte om amnesti.

Et forbud mot å gi løfter er særlig problematisk i forhold til en siktet som er uskyldig. Dersom denne blir lovet amnesti, kan det være fristende å gi en tilståelse. Dette motvirker straffeprosessrettens grunnleggende mål om et materielt riktig resultat. Det er også et grunnleggende samfunnshensyn å motvirke at uskyldige blir straffet.

3.8 Konsekvenser av krenkelse av vernet mot selvinkriminering

Bevis ervervet i strid med vernet mot selvinkriminering, anses som bevis ervervet på ulovlig eller utilbørlig måte. Problemet er om bevisene må føres eller om de kan avskjæres. Dersom retten mistenkte har til å forholde seg taus er krenket, har vi ingen regel som gir føring på konsekvensen. Som nevnt ovenfor finnes det ingen absolutt regel som trekker i den ene eller annen retning i forbindelse bevisforbud.

Gjennom avskjæring av bevis vil man kunne disiplinere myndighetene til ikke å begå slike feil igjen. I forarbeidene til strpl er det imidlertid uttalt at: "Hensynet til å motvirke ulovlige metoder fra politiets side som har spilt så stor rolle i amerikansk praksis, har under våre forhold ikke samme vekt. Mulige misbruk fra politiet lar seg mer hensiktsmessig motarbeide ved administrative og disiplinære forholdsregler enn ved å avskjære bevis som kanskje

er avgjørende for oppklaring av saken."¹⁰⁹ En mulig konsekvens kan dermed være å stille de aktuelle tjenestemennene som har krenket vernet, ansvarlig. Det mest ønskelige vil være å føre beviset og heller ilegge myndighetene ansvar for feilen som er begått. Hensynet til sakens opplysning og et materielt riktig resultat er altså svært viktig.

Det kan være nok at man konstaterer at det foreligger krenkelse. Hvorvidt dette er tilstrekkelig må imidlertid bero på omfanget og alvoret av krenkelsen.

I hvilke tilfeller kan krenkelse av vernet mot selvinkriminering føre til bevisforbud? På dette punkt gir ikke dommene fra EMD noen føring. Rettens oppgave er å vurdere om vernet mot selvinkriminering er krenket og hvorvidt konvensjonen er overholdt, ikke om bevisene kan føres eller ikke i nasjonal rett.¹¹⁰

I Rt.1999 s.1269 var det tale om krenkelse av en grunnleggende menneskerettighet. Bruken av forklaringen ble ansett som en fortsatt gjentakelse av krenkelsen som ble begått ved ervervet av beviset. Som begrunnelse uttalte retten at påtalemyndigheten hadde fått tilgang til beviset "ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus". Det var tale om et grunnleggende prinsipp og dersom beviset ble tillatt ført ville det "etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset. Jeg er på dette grunnlag kommet til at de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, skulle ha vært avskåret".¹¹¹

Etter denne avgjørelsen er det en begrenset mulighet for at provokasjon som krenker vernet mot selvinkriminering kan tillates. Saken var svært alvorlig, da det var tale om å oppklare rømmingen til en drapsdømt mann. Sakens opplysning tilsa at beviset ervervet gjennom provokasjonen burde kunne brukes. Allikevel ble ikke forklaringen tillatt ført. Dette viser at det skal en del til før resultatet blir noe annet enn avskjæring.

¹⁰⁹ Rui (2009) s. 51

¹¹⁰ Blant annet *Serves mot Frankrike*, avsnitt 47.

¹¹¹ Rt. 1999 s.1269, s.1272-1273

Etter dette vil bevis ervervet på bekostning av vernet mot selvinkriminering kunne medføre bevisavskjæring. Man kan imidlertid etter en helhetsvurdering komme til at bevisene må føres. Vurderingstemaet er hvorvidt rettergangen har vært rettferdig til tross for bruddet. Hvorvidt resultatet blir bevisforbud må avgjøres ut i fra vurderingstemaet oppstilt under kapittel 2.2.1. Jeg mener at hensynet til siktedes interesser tilsier at det skal en del til for at bevis innhentet på en måte som krenker vernet mot selvinkriminering skal kunne føres.

4 Vitneplikt

Som utgangspunkt er det kun siktede som har en lovbestemt rett til å forholde seg taus. Utgangspunktet for vitner finner vi i strpl.§ 108, som pålegger plikt for enhver¹¹² til å møte som vitne for retten. For politiet har imidlertid ingen forklaringsplikt, jf. kapittel 3.

Avhandlingens ordlyd er vernet mot *selvinkriminering* og det er dermed hensiktsmessig også å vurdere vitners rett til å forholde seg taus.

4.1 Vitnefritak for nærstående

Strpl.§ 122 hjemler unntaket fra utgangspunktet om vitneplikt og gir enkelte vitner rett til å forholde seg taus. Ved at vitner blir fritatt fra å gi forklaring, utvides vernet mot selvinkriminering. Strpl.§ 122 omfatter siktedes nærmeste pårørende, for eksempel ektefelle eller samboer, barn osv. Bestemmelsen omfatter personer som er i siktedes nærmeste familie. Jeg vil i det videre omtale disse som siktedes nærstående. Disse er fullstendig fritatt for vitneplikt, slik at de aldri kan pålegges å vitne hvor en nærstående er siktet. Det er altså et uttrykk for et absolutt fritak.¹¹³

Gjennom et slikt vitnefritak beskyttes nærstående mot å velge mellom å avgi falsk forklaring eller å bidra til at en nærstående blir straffet. Ved å slippe å vitne mot en nærstående, unngår man at vitnet stilles i en vanskelig lojalitetskonflikt. I tillegg verner vitnefritaket fortroligheten i familieforhold. Et vitne skal ikke måtte ofre sine fremtidige familierelasjoner.¹¹⁴ Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at nærstående som ønsker å forklare seg har mulighet til dette.

¹¹² Såfremt innkallingen er i samsvar med loven, jf. strpl.§ 110 og ikke bestemmelsen i strpl.§ 109 1. ledd 2. punktum er til hinder for at vedkommende møter.

¹¹³ Hov (2009) s. 785

¹¹⁴ Øyen (2010) s. 431-432

På sivilprosessens område, hjemler tvl.§ 22-8 et tilsvarende fritak, men fritaket er snevrere enn i straffeprosessen. Strpl.§ 122 omfatter for det første en større krets av nærstående enn tvl.§ 22-8. Videre gjelder retten til å bli fritatt fra vitneplikt i tvl.§ 22-8 kun for "bevis om det som er meddelt dem av parten". Fritaket i straffeprosessen er som nevnt absolutt og gjelder alle opplysninger.

4.2 Straffeprosessloven § 123

Som nevnt under kapittel 4 gjelder vitneplikten for "enhver". Spørsmålet er hvorvidt et vitne plikter å svare på ethvert spørsmål det blir stilt og rekkevidden av vitneplikten. Jeg vil behandle disse spørsmålene nedenfor.

4.2.1 Har et vitne plikt til å svare på ethvert spørsmål?

Etter strpl. § 123 gjelder ikke den alminnelige vitneplikten for informasjon som kan være inkriminerende. Et vitne kan nekte å svare på spørsmål dersom han risikerer å utsette seg selv for straff. Vedkommende står i fare for å gi informasjon han ellers ville ha rett til å forholde seg taus om og vernet mot selvinkriminering kan bli aktuelt. Dette er blant annet aktuelt hvor vitnet er siktet i en annen eller samme straffesak.

Utover dette har et vitne rett til å nekte å forklare seg om spørsmål som kan utsette noen som nevnt i § 122 for straff.¹¹⁵ Et vitne kan altså nekte å svare på spørsmål som vil kunne føre til inkriminering av nærstående. I motsetning til ovenfor, jf. 5.1, er det ikke tale om å vitne *mot* en nærstående.

Kan et vitne på denne bakgrunn fritas for vitneplikten i sin helhet? Spørsmålet blir besvart allerede av ordlyden i strpl.§ 123, jf. et vitne kan "nekte å svare på spørsmål" som kan utsette ham for straff. Man blir ikke fritatt fra vitneplikten i sin helhet, men spørsmålets art kan tilsi at vedkommende skal kunne nekte å svare på enkelte spørsmål.

¹¹⁵ Jf. avhandlingens kapittel 4.1

Uttalelser fra Høyesterett viser at bestemmelsen ikke hjemler en alminnelig fritakelse for vitneplikt, "men en adgang for et vitne til å nekte å svare på spørsmål under nærmere angitte betingelser".¹¹⁶ Dette fremkom også av *Serves mot Frankrike*. *Serves* var innkalt som vitne ved tre anledninger. Han nektet å avgi forsikring og forklaring og ble bøtelagt for dette. Spørsmålet var om hans status som mistenkt i en annen sak førte til at vernet ble krenket ved illeggelsen av bøtene. Formålet med forsikringen var ikke å tvinge klageren til å inkriminere seg selv, men å få en forklaring. Han nektet å avgi forklaring for ethvert spørsmål, men retten uttalte at det måtte vurderes ut i fra hvert enkelt spørsmål hvorvidt vitnet kunne nekte å svare. Å avgi forsikring innebar kun "to tell the truth and nothing but the truth" og skulle altså sikre at enhver forklaring til retten var sannferdig. Bøtene var gitt før risiko for selvinkriminering forelå og kunne dermed ikke anses som en krenkelse av vernet. *Serves* kunne ikke nekte å forklare seg i helhet, men måtte i tilfelle påberope seg vernet mot selvinkriminering ettersom spørsmålene ble stilt.

Rt.1986 s.1170 gjaldt spørsmålet om en person skulle fritas fra vitneplikt under henvisning til at svaret ville kunne utsette noen av hennes nærmeste for tap av borgerlig aktelse. Avgjørelsen fastslo at dersom det forelå "felles nektelsesgrunn for alle eller de fleste av de spørsmål som vil bli stilt ved bevisopptaket vedrørende et avgrenset tema, må det kunne treffes en generell avgjørelse uten konkret vurdering av enkeltspørsmål".¹¹⁷

Utgangspunktet må være at vitnefritak må vurderes ut i fra hvert enkelt spørsmål. Omstendigheter rundt en sak kan imidlertid gi adgang til å treffe en felles avgjørelse for flere spørsmål.¹¹⁸

¹¹⁶ Se Rt. 1995 s.289, s. 1173

¹¹⁷ Rt. 1986 s. 1170, s. 1173

¹¹⁸ Se også Rt. 1997 s.1303, på side 1308

4.2.2 Rekkevidden av vitnefritaket

Retten til å nekte å avgi forklaring etter strpl. § 123 er ikke ubetinget. Der retten finner det "rimelig" etter en samlet vurdering, kan den pålegge et vitne å forklare seg, jf. 1. ledd 2. punktum. Hvorvidt forklaringsplikten er rimelig, må besluttes ut i fra en konkret helhetsvurdering. Bestemmelsen oppstiller flere momenter som er av betydning i vurderingen, jf. sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring er relevante i vurderingen. Momentene er ikke uttømmende, men de nevnte er mest sentrale.

Øyen har skrevet at "det skal mer til for å pålegge et vitne å inkriminere seg selv, enn en nærstående." Dette gjelder særlig hvor han "står relativt fjernt fra den som skal forklare seg".¹¹⁹ Man må altså vurdere forholdet mellom vitnet og hans nærstående. Dersom det er tale om en nærstående vedkommende ikke har noe forhold til, skal det mindre til for å pålegge forklaringsplikt. Videre skriver han at "en må legge stor vekt på hvor alvorlig den overtredelsen som risikoen for selvinkriminering knytter seg til, er". En må altså vurdere hvilket lovbrudd det er tale om og hva slags straff vedkommende kan utsette seg selv eller den nærstående for ved å svare. Spørsmålets tilknytning til forholdet det er fare for å inkriminere seg selv for, er også av betydning.

Et vitne må sannsynliggjøre grunnen til at han ikke kan svare på spørsmål uten å utsette seg eller sine nærmeste for straff, jf. strpl. § 127. Dersom grunnen ikke kan sannsynliggjøres, må vedkommende bekrefte dette ved forsikring. Vitnets subjektive mening er imidlertid ikke avgjørende i vurderingen av om nektelse skal godtas. Det er opp til retten å treffe beslutningen.¹²⁰

¹¹⁹ Øyen (2010) s. 163

¹²⁰ Rt. 1986 s. 1170, s. 1173

Bestemmelsen i strpl.§ 123 1. ledd 2.punktum ble endret i 2005¹²¹ fra å innebære et ubetinget vern til å nekte å svare på spørsmål, til nå å bero på en helhetsvurdering. Jo Hov anser at unntaket mest sannsynlig er i strid med EMKs forbud mot selvinkriminering.¹²² Også Jon Petter Rui har uttalt at unntaket sannsynligvis ikke er forenelig med vernet.¹²³ Det er problematisk at det er opp til retten å treffe beslutning av om svaret vil utsette vitnet eller hans nærstående for straff. Ettersom retten ikke kan forutsettes å ha noen formening av hva svaret vil være, kan beslutningen medføre at vitnet blir tvunget til å avgi inkriminerende informasjon.

En beslutning om at vitnet må avgi forklaring, kan videre føre til at vedkommende forklarer seg usant. Vitnet blir stilt i en situasjon som man gjennom vernet mot selvinkriminering søker å unngå, altså valget mellom å forklare seg falsk eller inkriminere seg selv eller en nærstående. Hensynet til et materielt riktig resultat taler dermed for at terskelen for å la et vitne nekte å svare på enkelte spørsmål burde være lav.

Hensynet til sakens opplysning, kan veie tyngre enn å straffeforfølge et vitne. Det er for eksempel viktigere å få dømt store bakmenn bak narkotikasalg enn å straffeforfølge en person som har kjøpt en brukerdose av vedkommende. For å unngå krenkelse av vitnets vern mot selvinkriminering, kan retten la vitnet forklare seg under løfte om at han ikke vil bli straffeforfulgt. Det er imidlertid viktig med regler på området, slik at ikke ethvert vitne kan påberope seg vitnefritak under henvisning til strpl.§ 123.

Høyesterett har påpekt momenter som kan være relevante i for hvorvidt et vitne kan nekte å svare. Et vitne som allerede er dømt i samme saksforhold, kan ikke nekte å avgi forklaring.¹²⁴ Vilkåret etter strpl.§ 123 er at man står i fare for å utsette seg selv for straff. Der-

¹²¹ Ikr. 1.januar 2008

¹²² Hov (2009) s. 786.

¹²³ Rui (2009) s. 67-68

¹²⁴ Rt. 1995 s. 289, s. 292

som vedkommende allerede er "rettskraftig dømt i samme sak", foreligger det ingen risiko for ytterligere straffeansvar.

Videre kan personers tilknytning til saken, føre til at de kan nekte å svare på spørsmål, jf. Rt.1997 s.1303. I etterforskningen av et drapsforsøk på et medlem i motorsykelklubben Hells Angels, var det spørsmål om en rekke vitner med tilknytning til motorsykelklubben Bandidos, kunne nekte å svare på spørsmål. Retten besvarte dette bekreftende. Begrunnelsen var at personer med tilhørighet til organisert kriminalitet, kan ha tilknytning til de straffbare forhold som etterforskes.¹²⁵ Vernet mot selvinkriminering måtte antas å gjelde også overfor disse.

I avgjørelsen ble det også uttalt at det må sannsynliggjøres at det er en mulighet for at svaret vil kunne utsette vitnet for straff, men at det må kreves mer enn en teoretisk mulighet. En rent teoretisk mulighet til å bli straffet, ikke er nok til å fritas fra å svare.¹²⁶

Oppsummert må faren for straff fremstå som en reell og nærliggende mulighet og ikke bare være av teoretisk karakter, for at et vitne skal kunne nekte å svare. Vi kan altså se at det skal en del til for at et vitne kan bli fritatt fra å svare på spørsmål. Kravet kan imidlertid ikke være for strengt, da det er tale om et vern mot å inkriminere seg selv.

Retten kan i tillegg fritta et vitne for forklaring dersom forklaringen kan medføre "vesentlig tap av sosialt omdømme eller vesentlig velferdstap" for seg selv eller noen av dets nærmeste,¹²⁷ jf. strpl.§ 123 1. ledd 3. punktum. Dette er imidlertid ikke en forklaring som kan medføre straff og jeg vil ikke gå nærmere inn på dette unntaket.

¹²⁵ Rt. 1997 s. 1303, s. 1307

¹²⁶ Se også Rt. 1995 s. 289

¹²⁷ Se strpl.§ 122, jf. kapittel 4.1.

Som nevnt i kapittel 3, omfatter vernet mot selvinkriminering straffrihet for falsk forklaring, jf. strl.§ 167.1.ledd. Heller ikke et vitne kan straffes for falsk forklaring hvor forklaringen kan utsette ham selv eller hans nærmeste¹²⁸ for straff, jf. bestemmelsens 2. ledd. Hva slags straff man står i fare for å utsette seg for og omfanget av denne, er uten betydning. Faren må imidlertid fremstå som en reell mulighet, slik at en rent teoretisk mulighet ikke er nok, jf. vurderingstemaet ovenfor i kapittel 4.2.

Dersom et vitne har forklart seg falsk for politiet og senere forklarer seg sant for retten, vil det komme for en dag at han tidligere har løyet. I disse tilfellene er vitnet vernet mot straff, jf. strl.§ 167.2.ledd. Problemet er hvor vedkommende forklarer seg falsk under forsikring. Strl. § 167. 2. ledd 2. punktum sier at et vitne allikevel kan straffes dersom han forklarer seg falsk under avgitt forsikring. At det foreligger straffetrussel for falsk forklaring under forsikring, vil kunne stille vitnet i en vanskelig situasjon. Han må velge mellom risiko for straff for å avgi falsk forklaring, eller inkriminere seg selv eller en nærstående. Medfører dette en innskrenkning i vernet mot selvinkriminering? Overfor politiet foreligger det som nevnt ingen forklaringsplikt. Dersom det er tale om informasjon som kan inkriminere en nærstående, vil man i en rettssak kunne påberope seg strpl.§§ 122 eller 123. I slike situasjoner kan det være best at vitnet forholder seg taus. Dette støttes av hensynet til et materielt riktig resultat. Dersom det foreligger falsk forklaring vil det være fare for at retten kommer til et uriktig resultat. I tillegg vil straffen i slike tilfeller være mildere enn etter hovedregelen, jf. §§ 163 og 166.

Dersom vedkommende avgir falsk forklaring for å beskytte seg selv eller en nærstående, og ikke er opplyst om retten til taushet, bør ikke falsk forklaring under forsikring medføre straff. En de lege ferendavurdering tilsier at en nærstående som ikke er opplyst om taushetsretten, ikke burde straffes for falsk forklaring avgitt under forsikring. Hvor aktuelt dette

¹²⁸ Jf. strl.§ 5

er, er imidlertid usikkert. Vedkommende vil mest sannsynlig bli opplyst om retten dersom det er tale om forklaring for retten.

Også for forklaringer gitt av vitner som følge av brudd på vernet mot selvinkriminering kan føre til begrensninger i bruken av forklaringene og bevisforbud. Konsekvensen må vurderes på samme måte som for forklaringer avgitt av en siktet, jf. kapittel 3.8.

5 Avvergningsplikt

Det finnes spredte bestemmelser i regelverket hvor borgerne ilegges en opplysnings- eller meldeplikt i forbindelse med straffbare forhold. En slik bestemmelse finner vi i strl.§ 139.

I norsk rett foreligger det ingen alminnelig plikt til å gripe inn overfor straffbare handlinger og hindre at skade oppstår.¹²⁹ Det finnes heller ingen alminnelig anmeldelsesplikt¹³⁰ eller meldeplikt om forhold som befinner seg på stadiet for straffri forberedelse. Strl.§ 139 kriminaliserer imidlertid unnlattelse av å avverge fremtidige straffbare handlinger og pålegger borgerne en hindringsplikt.

Plikten til å melde fra om fremtidige lovbrudd som nevnt i strl.§ 139 ble skjerpet i 2010.¹³¹ Tidligere var vilkåret at man hadde pålitelig, altså sikker, kunnskap om at en straffbar handling ville foretas. Etter lovendringen, må det fremstå som mest sannsynlig¹³² at straffbar handling er i ferd med å bli begått for at hindringsplikten skal bli aktuell. Men ikke enhver unnlattelse er straffbar. Oppregningen av forbrytelser som er omfattet av hindringsplikten i §139 er uttømmende. Felles for forbrytelsene er at de er alvorlige. Også hvilke straffebed avvergningsplikten gjelder for, ble utvidet ved den nevnte lovendringen.

Torgersen har skrevet at straffelovens bestemmelser (blant dem §139) har begrenset betydning for selvinkrimineringsproblematikken.¹³³ Opplysningene som kreves har normalt ingen sammenheng med den opplysningspliktiges egne ulovlige adferd. Man kan ikke pålegge en person hindringsplikt for egne straffbare handlinger. For nærstående kan imidlertid avvergningsplikten bli problematisk. En som står vedkommende nær kan kanskje lettere få

¹²⁹ Andenæs (2004) s. 137

¹³⁰ Holmboe (2010) s. 241

¹³¹ Lovendring av 25. juni 2010 nr.47

¹³² <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/lovarbeid/ny-straffelov/faktaark-skjerping-av-avvergningsplikten.html?id=622521>

¹³³ Torgersen (2009) s. 237

greie på hans fremtidige handlinger enn andre. Den nærstående blir dermed stilt i en vanskelig situasjon. Bestemmelsens andre ledd skal beskytte nærstående. Denne sier at en person går straffri dersom han ikke kunne hindre handlingen uten å utsette noen av sine nærmeste for tiltale. Dersom det er fare for at den nærstående kan bli straffeforfulgt, gjelder ikke meldeplikten. Det finnes et samfunnsmessig behov for å avverge straffbare handlinger. I tillegg omhandler bestemmelsen alvorlige forbrytelser. At nærstående unngår straffansvar for ikke å melde fra, motvirker dette behovet. Vedkommende står imidlertid overfor fare for straff eller å inkriminere en nærstående. De samme hensyn som ved vitnefritak gjør seg gjeldende.¹³⁴ Vedkommende har dermed et behov for å vernes i slike situasjoner.

Slik jeg ser det kommer bestemmelsen bare i konflikt med vernet hvor en person har betrodde seg til en annen om en fremtidig straffbar handling, eventuelt pågående straffbare handlinger. Strl.§ 139 kan pålegge den betrodde personen en hindringsplikt og ved å informerer politiet vil han inkriminere vedkommende. Slik vil personen indirekte ha inkriminert seg selv.

Bestemmelsen gjelder først og fremst meldeplikt til politiet. Formålet med bestemmelsen er å avverge fremtidig straffbare handlinger, ikke å straffe personer for allerede begåtte handlinger. Å hindre de straffbare handlingene, kan medføre at vedkommende ikke blir straffeforfulgt eller at han får en mildere straff enn for fullbyrdet forbrytelse. Dette kan for eksempel være fordi forbrytelsen befinner seg på forsøksstadiet, jf. strl.§ 49. Vernet mot selvinkriminering kan dermed i slike tilfeller underordnes hensynet til å hindre straffbare handlinger og grunnleggende samfunnshensyn. For vedkommende er det bedre at handlingen blir hindret, enn at han blir straffet for å ha gjennomført den.

Man kan videre søke å avverge handlingen ”på annen måte”. Dette kan for eksempel være at man fraråder vedkommende til å foreta handlingen, eller melder fra til andre personer

¹³⁴ Jf. kapittel 4.1

eller myndigheter. Avvergingen medfører altså ikke nødvendigvis at det blir innledet straffeforfølgning mot vedkommende. Da vil ikke hindringsplikten komme på kant med selvinkrimineringsvernet.

Et spørsmål er hvor langt avvergningsplikten rekker. Er det nok å gjøre oppmerksom på at en straffbar handling kan skje, eller må man opplyse om alt man vet om forholdet? Den avvergningspliktige må regne det som overveiende sannsynlig at det man gjør kan avverge handlingen.¹³⁵ Man må altså opplyse om såpass mye at den man melder fra til har et godt nok grunnlag til å hindre lovbruddet.

Det vil være å gi i vernet mot selvinkriminering et for omfattende innhold, dersom det skulle være til hinder for å melde fra om straffbare handlinger. Vernet kan imidlertid begrense omfanget av opplysningene. I Rt. 2008 s. 504 hadde en mann under samtale med en psykolog kommet med drapstrusler mot politiet og justisministeren. Mannen hadde sagt at han "kommer til å drepe noen snart", "at han tror ikke han kommer til å ta livet av en politimann, men snarere en ansvarlig person som justisministeren", og "han vil kunne bli så provosert og rasende hvis han igjen opplever seg trakassert at han vil være i stand til å drepe en politimann". Truslene var skikket til å fremkalle alvorlig frykt, og psykologen meldte fra til politiet med hjemmel i helsepersonelloven § 23 og strl.§ 139. Dommen gjaldt hvorvidt mannen kunne trekke tilbake et samtykke i at hans journal kunne legges frem for retten. Psykologen hadde kun meldt fra om truslene. For å fremlegge journalen, var det imidlertid nødvendig med samtykke. Dommen kan dermed være illustrerende for hvor omfattende opplysningsplikten er. Den er altså begrenset til opplysninger som er tilstrekkelig til å avverge handlingen. Vernet mot selvinkriminering ble ikke nevnt, men det ble sagt at det var enighet om at psykologen kunne melde fra om uttalelsene.

¹³⁵<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/lovarbeid/ny-straffelov/faktaark-skjerpning-av-avvergingsplikten.html?id=622521>

Avvergningsplikten gjelder for enhver og går således foran yrkesmessig taushetsplikt.¹³⁶

Nedenfor kan vi imidlertid se at advokaters taushetsplikt er svært omfattende.

¹³⁶ Jf. strl. § 139 og Holmboe (2010) s. 241

6 Advokaters taushetsplikt i forhold til deres opplysningsplikt

Forholdet mellom advokat og klient er spesielt. Forholdet mellom dem gjør det nødvendig med regler om advokaters taushetsplikt. Informasjon avhenger av tillit og fortrolighet og en klient må være sikker på at informasjonen han gir advokaten er beskyttet fra å bli fortalt videre. Informasjonen kan være viktig for at advokaten skal kunne ivareta klientens interesser. Taushetsplikten representerer dermed en viktig rettssikkerhetsgaranti. Ved at advokaten gis alle opplysninger, er det lettere for ham å gi klienten materielt riktige råd. Dette ivaretar hensynet til rettspleien.

Taushetsplikt betyr at man har forbud mot å gi enkelte opplysninger. Det kan imidlertid forekomme konflikt mellom taushetsplikten og andre hensyn, for eksempel hensynet til å få oppklart straffbare handlinger eller hensynet til sakens opplysning. I tillegg kan advokaten komme i en etisk vanskelig situasjon.

Spesielt i straffesaker er advokatens taushetsplikt viktig da den må ses på som en forlengelse av klientens vern mot selvinkriminering.¹³⁷ Klienten har betrodd advokaten informasjon som han ikke har plikt til å gi til politiet eller domstolen. Dersom advokaten gir informasjonen videre, vil dette gå utover klientens vern mot selvinkriminering. Jeg har dermed valgt å ta med dette i oppgaven.

Advokaters taushetsplikt er i utgangspunktet ulovfestet.¹³⁸ Regler finner vi imidlertid i strl.§§ 144, jf. 121, som sier at det er straffbart å bryte taushetsplikten. Dessuten hjemler strpl. §119 fritak for vitneplikt for opplysninger en advokat har fått i forbindelse med sitt arbeid.

Det finnes kun snevre unntak fra taushetsplikten for advokater, i motsetning til for eksempel taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 flg. Advokaters taushetsplikt er dermed sterk.

¹³⁷ Ot.prp. nr.72 s. 57 (2002/03)

¹³⁸ Reiss- Andersen (2009) s. 3

Ved at advokater pålegges opplysningsplikt oppstår det et spenningsforhold. Det kan både foreligge et forbud og en plikt til å gi opplysninger. Spørsmålet er hvor langt taushetsplikten rekker hvor kontrollmyndighetene pålegger en advokat opplysningsplikt.

Spørsmålet har vært et aktuelt tema de siste årene. En rekke advokater har uttrykt et ønske om en ny advokatlov som regulerer dette og rekkevidden har vært tema i flere nyere Høyesterettsdommer. Tidligere leder for advokatforeningen, Berit Reiss-Andersen, har uttalt at en av hennes viktigste oppgaver i hennes lederperiode har vært å verne om taushetsplikten.¹³⁹

I Rt. 2010 s.1638 var spørsmålet om advokaters taushetsplikt var til hinder for at et advokatfirma kunne gis pålegg om å utlevere opplysninger om overføringer fra firmaets klientkonto, jf. strpl. §§119 og 210. Advokatfirmaet Thommessen ble pålagt å angi hvem som var mottaker av tre pengeoverføringer foretatt gjennom klientkontoen. Retten uttalte at "opplysninger om pengeoverføringer som er skjedd som ledd i regulært advokatoppdrag omfattes av taushetsplikten".¹⁴⁰ Videre påpekte førstvoterende at "Hensynene bak reglene om taushetsplikt gjør seg gjeldende også når det kan være risiko for at pengene stammer fra en straffbar handling. Det er nettopp når en person er i en presset situasjon, behovet for å kunne søke råd i fortrolighet kan være størst". Dersom taushetsplikten skulle kunne fravikes i slike tilfeller, vil den uthules.

Legalitetsprinsippet tilsier at det kreves hjemmel for å sette til side taushetsplikten. En slik hjemmel har vi i hvitvaskingsloven § 18.1, jf. § 4.2 nr.3, som pålegger opplysningsplikt for advokater og representere et unntak fra advokaters taushetsplikt. Unntaket er imidlertid snevert, jf. §18.2. Det fremkommer her at advokater ikke har plikt til å gi opplysninger som "de har fått kjennskap til gjennom arbeidet med å fastslå klientens rettsstilling, eller (...)

¹³⁹ Reiss-Andersen (2012)

¹⁴⁰ Rt. 2010 s. 1638, avsnitt 32

før, under eller etter en rettssak, når de forhold opplysningene omhandler har direkte tilknytning til rettstvisten". Det skal altså en del til for å gjøre unntak fra taushetsplikten.

Om dette uttalte retten i Rt. 2010 s. 1638, med henvisning til forarbeidene til hvitvl., at ordlyden talte for at opplysninger om pengeoverføringer var omfattet av taushetsplikten. Videre uttalte retten at det under lovforberedelsen var "allmenn enighet om at det måtte gjøres temmelig vidtgående unntak for advokater".¹⁴¹ Blant annet samfunnets behov for å kunne avdekke og strafforfølge straffbare handlinger ble anført som mothensyn mot at taushetsplikten omfatter pengeoverføringer. Det ble imidlertid sagt at det er opp til lovgiver å endre rettstilstanden dersom man ønsker videre unntak fra taushetsplikten.

I Rt. 2012 s. 608 hadde et advokatfirma gått konkurs og saken gjaldt advokatens taushetsplikt i forbindelse med konkursen. Spørsmålet var om en bostyrer kunne kreve utlevert advokatens regnskap og regnskapsmateriale fra tiden forut for konkursen. Høyesterett fant med henvisning til den ovennevnte dommen at opplysninger om pengeoverføringer mellom advokat og klient og navn på klient i en konkurssak var underlagt advokatens taushetsplikt. Noe annet krevde særlig hjemmel.

Retten vurderte videre hvorvidt den yrkesmessige taushetsplikten var til hinder for at opplysningene ble gitt bostyreren. Det fantes ingen bestemmelse som hjemlet et unntak fra taushetsplikten i slike tilfeller. Det ble uttalt at dokumentene ville kunne inneholde taushetsbelagte opplysninger, både om navnet på klienter og hva sakene nærmere gikk ut på. Behovet for beskyttelse av fortroligheten ble nevnt og at det knyttet seg problemer til det å utlevere slike opplysninger. Resultatet ble at dokumentene ikke kunne kreves utlevert. Bostyreren måtte imidlertid få tilgang til regnskap som viste advokatens utestående krav, da advokaten kunne gå til inkasso mot disse.

¹⁴¹ Rt. 2010 s. 1638, avsnitt 40

Dom inntatt i Rt. 2012 s.868 gjaldt hvorvidt en advokats taushetsplikt var til hinder for at det kunne tas beslag i hans timelister. En advokat ble siktet for grovt bedrageri, jf.strl. §§ 270, jf. 271. Det ble hevdet at han hadde krevd og mottatt offentlig salær for klientbesøk som ikke var gjennomført. Retten kom til at det ikke kunne tas beslag i timelistene. Disse inneholdt informasjon utover eksistensen av klientforholdene og måtte være ”betrodd advokaten i hans stilling”, jf. Strpl.§§ 204 og 119.

Også forarbeidene til ligningsloven støtter at advokater har en sterk taushetsplikt. Det fremkommer at det generelt er antatt at når lovhjemlet rett til å kreve opplysninger kolliderer med en lovbestemt taushetsplikt, pålagt den som opplysningene søkes innhentet hos, må retten til å kreve opplysninger som hovedregel stå tilbake for taushetsplikten”.¹⁴²

Et spørsmål er om det er fare for misbruk av advokaters taushetsplikt. Taushetsplikten kan beskytte mot kontroll som kan avdekke skatteunndragelse og illojal skatteplanlegging blant annet gjennom transaksjoner til og fra skatteparadiser. Grensene for taushetsplikten er dermed interessant.¹⁴³ Hensynet til klientens vern mot selvinkriminering tilsier imidlertid at opplysningsplikten må være begrenset i slike tilfeller.

Vi ser med dette at vernet mot selvinkriminering langt på vei er beskyttet gjennom advokaters taushetsplikt. Plikten står sterkt og rekker svært langt slik at det skal en del til for at unntak kommer til anvendelse. Informasjonsflyt er viktig og dersom informasjonen kan gis videre til kontrollorganer e.l. vil det ikke foreligge noen reell beskyttelse for klienten og dennes vern mot selvinkriminering.

¹⁴² St.meld. nr. 74 (1977-78)

¹⁴³ Blandhol (2012) s. 4

7 Avslutning

På bakgrunn av drøftelsene ovenfor ser vi at det er vanskelig å oppstille klare regler for om bevis skal nektes eller tillates ført. Utgangspunktet må være bevisføring til tross for at forklaringer er innhentet på kritikkverdig måte. Sterke hensyn taler imidlertid for at bevis ervervet i strid med vernet mot selvinkriminering burde medføre bevisforbud. Det er tale om en persons integritet og frie valg til å avgi forklaring. Drøftelsen viser at dette er en sterkt beskyttet rettighet både i norsk- og internasjonal rett.

Det foreligger særlig to motstridende hensyn som gjør seg gjeldende. Hensynet til den siktedes integritet og hensynet til sakens opplysning. Jo mer alvorlig sak det er tale om, jo viktigere er sakens opplysning og bevisføringen. Men også vernet mot selvinkriminering er viktigere i mer alvorlige saker. Vi står hele tiden overfor en interessekonflikt. I en sak kan argumentene på begge sider være veldig gode og det er vanskelig å avklare hvilke hensyn som veier tyngst. Hver sak er ulik, slik at saksforholdet og momentene i hvert enkelt tilfelle er avgjørende.

Retten skal ikke komme til et resultat på bekostning av taushetsretten. Bevisforbud vil imidlertid vanskeliggjøre sakens opplysning. Det er viktig med et omfattende vern mot selvinkriminering, men tungtveiende hensyn kan tilsi at vernet ikke kan være absolutt. Taushetsretten kan altså ikke alltid veie tyngre enn hensynet til sakens opplysning. De sterke hensynene på hver side gjør det dermed vanskelig med klare regler på området. Det avgjørende må imidlertid være om rettergangen i sin helhet har vært rettferdig.

Etter min mening bør myndighetene generelt være forsiktig med bruk av tvang og andre metoder for å skaffe en tilståelse eller forklaring.

Litteraturliste

7.1 Lovgivning

- Kongeriget Norges Grundlov, av 17. mai 1814 (Grunnloven) Grl.
- Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) strl.
- Lov av 13. juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven) lignl.
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) strpl.
- Lov av 8. juni 1984 nr.58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) kkl.
- Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) mnskrl.
- Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) tvl.
- Lov av 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv. (hvitvaskingsloven) hvvl.

7.2 Konvensjoner

- Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. november 1950 (i kr – 3. september 1953. (EMK)
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
- Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (i kr – 23.mars 1976) (SP)
- Statute of the International Court of Justice av 1945
- Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969

7.3 Forarbeider

- Innst. 1969 - Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesskomiteen (1969)

- St.meld. nr. 74 (1977/78) - lov om ligningsforvaltning (ligningsloven)
- Ot.prp. nr. 72 s. 57 (2002/03) - lov om tiltak mot hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger (hvitvaskingsloven)

7.4 Rettspraksis

Lagmannsrettspraksis

- RG 2012 s.173

Høyesterettspraksis:

- Rt. 1970 s. 1547
- Rt. 1986 s. 512
- Rt. 1986 s. 1170
- Rt. 1990 s.1008
- Rt. 1991 s. 616
- Rt. 1992 s. 698
- Rt. 1994 s. 610
- Rt. 1994 s. 1139
- Rt. 1995 s. 289
- Rt. 1997 s. 1303
- Rt. 1997 s. 1778
- Rt. 1999 s. 1269
- Rt. 2000 s. 1345
- Rt. 2002 s. 1744
- Rt. 2003 s. 549
- Rt. 2006 s. 582
- Rt. 2007 s. 932
- Rt. 2008 s. 645
- Rt. 2010 s. 1638
- Rt. 2011 s. 800
- Rt. 2012 s. 608

- Rt. 2012 s. 868

Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol/ The European Court of Human Rights:

- Funke mot Frankrike (10828/84) 25. februar 1993
- Saunders mot Storbritannia (19187/91) 17. desember 1996
- Serves mot Frankrike (82/1996/671/893) 20. oktober 1997
- I.J.L og andre mot Storbritannia (29522/95, 30056/96, 30574/96) 19. september 2000
- Heaney og McGuinness mot Irland (34720/97) 21. mars 2001
- J.B mot Sveits (31827/96) 3.mai 2001
- Allan mot Storbritannia (48539/99) 5. november 2002
- Kansal mot Storbritannia (21413/02) 27. april 2004
- Weh mot Østerrike (38544/97) 8. juli 2004
- Shannon mot Storbritannia (6563/03) 4. oktober 2005
- Jalloh mot Tyskland (54810/00) 11. juli 2006
- O'Halloran og Francis mot Storbritannia (15809/02 og 25624/02) 29. juni 2007
- Bykov mot Russland (4378/02) 10. mars 2009
- Marttinen mot Finland (19235/03) 21. april 2009

7.5 Juridisk teori

Bøker:

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg Oslo 2004 (Universitetsforlaget)
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. 2. oppl. Oslo, 2009 (Universitetsforlaget)
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. Oslo 2001 (Universitetsforlaget)
- Hov, Jo. *Innføring i prosess I og II*. Oslo, 2009 (Papinian)
- Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004 (Cappelen Akademisk Forlag)
- Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 3.utg. Oslo, 2006 (Universitetsforlaget)

- Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. 1.utg. Oslo, 2009 (Papinian)
- Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffesaker*. Bergen, 2010 (Fagbokforlaget)

Artikler:

- Eriksen, Morten. *Om forholdet mellom stat og borger - noen bemerkninger til "selvinkriminaliseringsforbudet" i straffesaker*. LoR Nr. 3 1995 s. 168- 187.
- Eriksen, Morten. *Usannhet og forklaringsnektelse - lovbrudd eller menneskerett*. LoR Nr. 2 1998 s. 94- 105

Nettdokumenter:

- Blandhol, Sverre. *Hvor langt beskytter taushetsplikten opplysninger om overføringer via advokaters klientkonto?* 2012 (Sitert 26.oktober)
<http://www.taxjustice.no/ressurser/advokaters-taushetsplikt>
- Holmboe, Morten. *Prester, taushetsplikt og avvergning av overgrep*. LoR Nr. 5 2010 s. 241- 242 – idunn.no (sitert 15.november 2012)
- Reiss- Andersen, Berit. *Advokatens taushetsplikt - truet av gode hensikter*. 2009 (Sitert 12.november 2012)
http://www.advokatforeningen.no/PageFiles/13110/%C3%85rstale_endelig.pdf
- Reiss-Andersen, Berit. *Advokatlov – nå!* 2012 (sitert 22.oktober 2012)
<http://www.advokatbladet.no/Meninger/Ledere-og-kommentarer-2012/Kommentar-Reiss-Andersen-4-2012/>
- Rui, Jon Petter. *Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å bidra til egen domfellelse*. TfR Nr.1 2009 s.47-68 (sitert 29.september 2012) idunn.no
- Øyen, Ørnulf. *I hvilken grad kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?* LoR Nr.7 2010 s.423-438 (sitert 29. september 2012) idunn.no

Nettsider

- Idunn.no
- Regjeringen.no
- Google.no
- Hudoc.echr.coe.int
- Lovdata.no
- Jusinfo.no
- Advokatbladet.no
- Advokatforeningen.no
- Snl.no
- <http://www.ub.uio.no/fag/jus/jus/>
- Taxjustice.no