

UiO • **Det juridiske fakultet**

Bevisforbud på etterforsknings- og domstolstadiet som følge av forklaringstvang

Særlig tvang i form av tortur, provokasjon og straffesanksjonerte
forklaringsplikter

Kandidatnummer: 572

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 997



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Om oppgaven	1
1.2	Begrepsbruk	2
1.2.1	Vernet mot tvungen selvinkriminering	2
1.2.2	Anklagede	3
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Rettskilder	5
2	GENERELT OM VERNET MOT TVUNGEN SELVINKRIMINERING OG BEVISFORBUD	6
2.1	Om vernet mot tvungen selvinkriminering	6
2.1.1	Begrunnelsen for et vern mot tvungen selvinkriminering	6
2.1.2	Når vernet inntreer	7
2.1.3	Hvor inkriminerende må forklaringen være?.....	9
2.1.4	Generelt om hva vernet beskytter mot	10
2.2	Om bevisforbud	12
2.2.1	Ulike typer bevisforbud og deres innbyrdes sammenheng	12
2.2.2	Utgangspunkter om bevisforbud	13
2.2.3	Hvordan begrunne bevisforbud under etterforskningen?.....	15
2.3	Om den videre fremstillingen.....	21
3	TORTUR OG UMENNESKELIG OG NEDVERDIGENDE BEHANDLING	21
4	PROVOKASJON	24
4.1	Innledning.....	24
4.2	Nærmere om grensen etter EMK artikkel 6	24
4.3	Nærmere om Høyesteretts praksis.....	27
5	STRAFFESANKSJONERTE OPPLYSNINGSPLIKTER	29
5.1	Innledning og problemsituasjoner	29
5.2	Ikke overholdt opplysningsplikt.....	30

5.3 Bruk i straffesaker av opplysninger ervervet ved straffesaksjonert opplysningsplikt .. 35

6 KONSEKVENSER AV AT VERNET MOT TVUNGEN SELVINKRIMINERING ER KRENKET	40
6.1 Mulige konsekvenser.....	40
6.2 Bevisforbud på domstolstadiet	41
6.3 Bevisforbud på etterforskningsstadiet	43
6.3.1 Forbud mot at politiet gjør seg kjent med opplysningene.....	43
6.3.2 Bevisforbud ved gjentatt eller fortsatt krenkelse	44
6.3.3 Bevisforbud etter en interesseavveining	46
6.4 Bevisforbudets rekkevidde	50
6.4.1 Viderevirkning	50
6.4.2 Dominoeffekt	52
7 OPPSUMMERING	54
KILDER.....	56

1 Innledning

1.1 Om oppgaven

Avhandlingens tema er anklagedes rett til ikke å måtte bidra til egen domfellelse i straffesaker, også omtalt som vernet mot tvungen selvinkriminering. Det skal nærmere undersøkes når denne retten er krenket i relasjon til tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling, bevisprovokasjon og straffesanksjonerte forklaringsplikter. Det skal også undersøkes i hvilke tilfeller bevisforbud inntreer når vernet er krenket. Bevisforbud kan inntre på ulike stadier av straffesaksbehandlingen. Fokus har tradisjonelt vært på domstolstadiet, men det kan også reises spørsmål om bevisforbud på etterforskningsstadiet. Dette temaet er lite behandlet i teori og praksis, og vies av den grunn en del plass i avhandlingen. Det er av særlig interesse å undersøke hvilke bevisforbudsnormer som er anvendelige på etterforskningsstadiet. Se punkt 2.2.3.

Avhandlingen tar sikte på å beskrive gjeldende norsk rett. Enkelte steder vil lite gjennomarbeidede emner berøres, slik at det blir rom for synspunkter de sententia ferenda. Utover de bestemmelsene som finnes i straffeprosessloven, vil særlig rettsreglene som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) behandles inngående.

Vernet mot tvungen selvinkriminering er en del av en større, grunnleggende interessekonflikt som gjennomsyrrer straffeprosessen. På en side står samfunnet, hvis interesse er en effektiv straffeforfølgning og materielt riktige avgjørelser. Mot dette står anklagedes rettigheter og særlig kravet til en verdig behandling. Selvinkrimineringsvernet er ment å sikre nettopp dette, og anses derfor som et helt sentralt vern for anklagede i egen straffesak. Vernet er en rettighet på anklagedes hånd som begrenser rettssystemets virkemidler for å få vedkommende dømt for den handling han er anklaget for å ha begått. Det begrenser lovers innhold, politiets og påtalemyndighetenes tjenesteutøvelse og ikke minst hvilke bevis domstolene kan ta til inntekt for et bestemt resultat.

1.2 Begrepsbruk

1.2.1 Vernet mot tvungen selvinkriminering

I punkt 1.1 er temaet for avhandlingen angitt til ”vernet mot tvungen selvinkriminering”. Dette kan også omtales som en rett til ikke å inkriminere seg selv, eller en rett til ikke å bidra til egen domfellelse. Man snakker også om en rett til å forholde seg taus. Hvorvidt dette anses som en del av vernet mot tvungen selvinkriminering eller som en rett for seg, varierer noe. Særlig benyttes ”en rett til å forholde seg taus” som noe eget i situasjoner der anklagede blir lurt eller forledet til å forklare seg, for eksempel ved at politiet benytter provokasjon med sikte på å fremskaffe bevis. Et eksempel på dette finner vi i Høyesteretts ordbruk i den såkalte Fængselsbetjentsaken i Rt-1999-1269. Innledningsvis uttaler førstvoterende på vegne av en samlet avdeling 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 strafffellelse”.¹ Som konklusjon på politiets fremgangsmåte uttales det videre på side 1272: ”Etter min mening har politiet ved den fremgangsmåte som er blitt benyttet, ikke i tilstrekkelig grad respektert mistenktes rett til å forholde seg taus.” Høyesterett kommenterer ikke skillet eller valget av terminologi nærmere.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) er undertiden noe uklar i sitt valg av terminologi. Som en innledning til temaet uttales undertiden ”[a]s regards the privilege against self-incrimination or the right to silence, the Court has reiterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure”.² Her ser det altså ut til å være et skille mellom vernet mot tvungen selvinkriminering og retten til å forholde seg taus. Innledningen følges imidlertid typisk opp med ”[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent”.³ Dette indikerer at retten til taushet anses som en del av det videre vernet mot tvungen selvinkriminering.

¹ Rt-1999-1269 på side 1271.

² Allan v. The United Kingdom avsnitt 44, Saunders v. The United Kingdom avsnitt 68.

³ Allan v. The United Kingdom avsnitt 44, Saunders v. The United Kingdom avsnitt 69.

Øyen anser i sin avhandling ”retten til taushet” som en underkategori av ”vernet mot selvinkriminering”, hvor det førstnevnte kun relaterer seg til vern mot inkriminering ved forklaringer i motsetning til for eksempel tilfeller av utleveringspålegg av dokumenter.⁴ Elgesem og Wahlen ser ut til å se på dette som to sider av samme sak når de snakker om “[r]etten til å forholde seg taus – eller mer dekkende; retten til ikke å bidra til sin egen domfellelse i strid med egen vilje”.⁵ Torgersen snakker på sin side om forbudet mot tvungen selvinkriminering som plikt for myndighetene, mens den korresponderende rettigheten for individet omtales som ”siktetes taushetsrett”.⁶ Det er med andre ord variasjoner innad i teorien.

Heretter benytter avhandlingen begrepet ”vernet mot tvungen selvinkriminering”. Undertiden benyttes også ”selvinkrimineringsvernet”. Begrepene brukes på tross av at det kan virke noe kunstig å omtale en inkriminering som ”tvungen” i situasjoner hvor anklagede for eksempel har blitt forledet eller lurt til å forklare seg. Som de overnevnte kilder viser, er dette likevel en forsvarlig terminologi. Et slikt valg gjør det også lettere for leseren enn dersom det benyttes flere begreper. Retten til å forholde seg taus, som vil være det mest sentrale for denne oppgaven, forstås dermed som hovedelementet i det videre begrepet vernet mot tvungen selvinkriminering.

1.2.2 Anklagede

Etter EMK artikkel 6 inntreer vernet mot tvungen selvinkriminering når vedkommende er under en ”criminal charge” i konvensjonens forstand. Straffeprosesslovens (strpl.) bestemmelser om vernet mot tvungen selvinkriminering, blant annet §§ 90 og 92, kommer til anvendelse overfor personer som er ”siktet” etter § 82. Men også ”mistenkte” personer skal gjøres oppmerksomme på retten til å forholde seg taus overfor politiet, jf. § 232.

En som er ”siktet” etter § 82 i straffeprosessloven, vil i de fleste tilfeller være under en ”criminal charge” etter EMK artikkel 6. Konvensjonens begrep omfatter flere tilfeller enn straffeprosesslovens, jf. punkt 2.1.2. Hvis en mistenkt er ”charged” etter EMK artikkel 6, men

⁴ Øyen (2010) s. 25.

⁵ Elgesem (2010) s. 59.

⁶ Torgersen (2009) s. 201.

ikke ”siktet” etter strpl. § 82, vil uansett EMK artikkel 6 være anvendelig for vedkommende for norske domstoler, jf. menneskerettsloven (mnskr.) §§ 2 (1) og 3. Disse bestemmelsene sammen med strpl. § 4, forstås imidlertid ikke slik at straffeprosessloven er direkte anvendelig overfor en mistenkt som er ”charged” etter EMK artikkel 6, men ikke ”siktet” etter § 82.

Denne avhandlingen vil benytte begrepet ”anklagede”. Med dette forstås en som er under en ”criminal charge” etter EMK artikkel 6, slik at vernet mot tvungen selvinkriminering har inntrådt. Begrepet er ikke ment å si noe om vedkommendes stilling etter straffeprosessloven, selv om vedkommende i mange tilfeller vil være ”siktet” også etter bestemmelsene der.

1.3 Avgrensninger

Det avgrenses mot forklaringer avgitt fra andre enn anklagede selv og mot forklaringer i saker utenfor EMKs straffebegrep. Det forutsettes således at vi har å gjøre med en sak om straff etter EMK artikkel 6. Det avgrenses også mot konfliktsituasjoner som oppstår der anklagede får pålegg om å fremskaffe reelle bevis. Videre vil kun forklaringer som er, eller kan tenkes å være, til ugunst for anklagede, omtales.

Når det gjelder de pressmidlene som omtales i denne avhandlingen, er dette av flere årsaker utelukkende tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling, provokasjon og straffesanksjonerte forklaringsplikter. På et praktisk plan er det her mange sentrale spørsmål oppstår, slik at tilfanget av rettspraksis, særlig fra EMD, er rikholdig. Videre er disse tre formene for press så forskjelligartede at de til sammen kan være egnet til å belyse allmenne prinsipper rundt vernet mot tvungen selvinkriminering. Selv om tilfellene av tortur og lignende kan synes noe fjernt fra norsk virkelighet, er dette temaet inkludert på bakgrunn av at avhandlingen setter fokus på et mulig utvidet bevisforbud, se punkt 2.2. Det er dermed fordelaktig å inkludere de grovere tilfellene. Straffesanksjonerte opplysningsplikter skiller seg også ut ved at forklaringer innhentet på denne måten er lovlig ervervet. I slike tilfeller er det bruken av forklaringene som kan være i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. Denne noe ulike systematikken gjør disse tilfellene interessante. Til sist følger det en naturlig plassbegrensning med en avhandling som dette, slik at et bredere utvalg av pressmidler ville gått på bekostning av dybden i drøftelsene.

1.4 Rettskilder

Vernet mot tvungen selvinkriminering berøres i ulike rettskilder. Allerede Grunnloven § 96 inneholder et forbud mot ”pinligt Forhør”, som må forstås som et grunnlovsfestet forbud mot tortur under avhør.⁷ Den mest grunnleggende beskyttelsen av vernet mot tvungen selvinkriminering er dermed beskyttet direkte gjennom Grunnloven. I den nærmere avgrensningen av vernet har imidlertid Grunnloven § 96 liten betydning.

Straffeprosessloven har ingen bestemmelse som uttrykkelig fastsetter vernet mot tvungen selvinkriminering for anklagede. Det fremkommer likevel klart, om enn forutsetningsvis, av § 90 at en ”siktet” etter § 82 har et slikt vern overfor retten. Videre setter § 92 begrensninger på hvordan et avhør av siktede skal foregå. Selv om vernet mot tvungen selvinkriminering ikke nevnes uttrykkelig, er det klart at særlig begrensningene i § 92 (2) er viktige i denne forbindelse. Etter § 232 fremkommer det, igjen forutsetningsvis, at mistenkte har et vern mot tvungen selvinkriminering også under politiavhør, samt at begrensningene på gjennomføringen av avhøret som følger av § 92 gjelder tilsvarende i disse tilfellene, jf. § 232 (2) annet punktum.

EMK artikkel 6 sikrer retten til en ”fair trial” ved avgjørelsen av en ”criminal charge”. Artikkelen gjelder som norsk lov med forrang, jf. mnskrl. §§ 2(1) og 3. Ordlyden i artikkel 6 inneholder ingenting om vernet mot tvungen selvinkriminering, men det er sikker rett at vernet må innfortolkes.⁸ På grunn av den status som konvensjonen og tilhørende praksis har i norsk rett, vil artikkelens nærmere innhold være av stor betydning når de nærmere grenser for vernet skal trekkes.

FNs konvensjon om politiske og sivile rettigheter (SP) gjelder også som norsk lov med forrang, jf. mnskrl. §§ 2 (3) og 3. SP art. 14 nr. 3 g inneholder en uttrykkelig bestemmelse om vernet mot tvungen selvinkriminering. Denne bestemmelsen har imidlertid liten selvstendig betydning ved siden av EMK art. 6.

⁷ Smith (2008) s. 117.

⁸ Funke v. France avsnitt 44.

2 Generelt om vernet mot tvungen selvinkriminering og bevisforbud

2.1 Om vernet mot tvungen selvinkriminering

2.1.1 Begrunnelsen for et vern mot tvungen selvinkriminering

Det er viktig å kjenne begrunnelsen for vernet mot tvungen selvinkriminering når det skal tas stilling til hvor langt vernet rekker. Utviklingen har sammenheng med den tidligere utstrakte bruken av tortur under avhør.⁹ Denne begrunnelsen er imidlertid ikke tilstrekkelig i dag. Det er vanskelig å tenke seg at det ville blitt vanlig med tortur under avhør i Norge dersom vernet mot tvungen selvinkriminering forsvant.

Kort fortalt er verdighet og humanitet i straffeforfølgningen de sentrale hensyn bak vernet mot tvungen selvinkriminering. Høyesterett ser ut til å anerkjenne dette i Rt-1993-202 når det uttales at vernet er ”særlig begrunnet i at en siktet ikke skal ha plikt til å angi seg selv eller komme i det dilemma at han må lyve for å unngå dette”.¹⁰ Man ønsker at anklagede skal slippe en situasjon hvor man må velge mellom lojalitet til seg selv og til samfunnet. Som Øyen beskriver det, er tankegangen at anklagede ikke skal være tvunget til å velge samfunnets interesser over egne i alle tilfeller. Dette ville i så fall ta fra vedkommende den grunnleggende selvbestemmelsesretten som kjennetegner alle mennesker.¹¹ Også EMD ser ut til å ha sluttet seg til at anklagedes verdighet er en del av begrunnelsen.¹² Andre begrunnelser er hensynet til såkalt systemsikkerhet, samt folks tillitt til domstolene ved at vernet mot tvungen selvinkriminering sikrer individet mot ”improper compulsion”.¹³ Det indikeres også i teorien at vernet til en viss grad hindrer at uskyldige mennesker feilaktig inkriminerer seg selv.¹⁴ Når

⁹ *ibid.* s. 202.

¹⁰ Rt-1993-202 s. 207-208.

¹¹ Øyen (2010) s. 116.

¹² *ibid.* s. 123. Dommer Martens dissenterende votum i *Saunders v. The United Kingdom* tar i avsnitt 9 uttrykkelig avstand fra dette.

¹³ *Saunders v. The United Kingdom* avsnitt 68.

¹⁴ Øyen (2010) s. 108.

det gjelder forklaringer, er det også tvilsomt i hvilken grad sakens opplysning får lide ved at anklagede har rett til ikke å inkriminere seg.¹⁵

2.1.2 Når vernet inntre

Når kan en person anses som ”charged” i en straffesak etter EMK artikkel 6? Vernet mot tvungen selvinkriminering kan krenkes selv om vedkommende som gav forklaringen ikke var under en ”charge” på forklaringstidspunktet, men det må da foreligge en siktelse etter EMK artikkel 6 på et senere tidspunkt i behandlingen av saken dersom vernet skal aktualiseres.

Etter straffeprosessloven inntre vernet mot tvungen selvinkriminering overfor retten når mistenkte får status som ”siktet” etter § 82, jf. § 90. Overfor politiet skal mistenkte under avhør alltid gjøres oppmerksom på at han ikke har plikt til å forklare seg, jf. § 232 (1). Etter EMK art. 6 gjelder vernet ”in the determination” av en ”criminal charge”. Det må være en sak som er ”criminal” og anklagede må være ”charged”. Begge er autonome begreper som dermed er uavhengig av de formelle begrepene i norsk straffeprosess.¹⁶

Det er klart at ”the determination” av anklagen må tolkes utvidende. Vernet gjelder ikke utelukkende ved selve domstolsbehandlingen, men også under etterforskningen. Forutsetningen er at vedkommende er å anse som ”charged”. Dette begrunner EMD med at konvensjonen må tolkes slik at den sikrer rettigheter som er ”practical and effective as opposed to theoretical and illusory”.¹⁷ Prinsipielt er dette viktig. Press og tvang mot anklagede utøves sjelden under domstolsbehandlingen. Det er under etterforskningen at anklagede risikerer å utsettes for tvang eller press i strid med selvinkrimineringsvernet.

EMD har i en rekke avgjørelser presisert begrepet ”charged” i EMK artikkel 6. Det sentrale vurderingstemaet er om vedkommende er ”substantially affected”¹⁸ av etterforskningen. Det er anklagedes reelle og ikke formelle situasjon som er avgjørende. Status som ”charged” etter konvensjonen kan dermed oppstå forut for eller uavhengig av en straffesak etter nasjonal rett,

¹⁵ *ibid.* s. 92.

¹⁶ Johnsen (2002) s. 597.

¹⁷ *Heaney and McGuinness v. Ireland* avsnitt 45.

¹⁸ *Deweert v. Belgium* avsnitt 46.

til og med uavhengig av politiets etterforskning. Ulike forvaltningsorganer har kompetanse til selv å etterforske lovbrudd og ilegge sanksjoner som tilsvarer straff etter konvensjonen. Dersom mistenkte i et slikt tilfelle blir ”substantially affected” av forvaltningens etterforskning, vil EMK art. 6 og vernet mot tvungen selvinkriminering være anvendelig. Dette kan føre til spenninger mot hensynet til en effektiv forvaltning.

Vurderingstemaet ”substantially affected” er forsøkt presisert i Weh. Det må vurderes om linken mellom en opplysningsplikt og en mulig straffeforfølgelse er ”remote and hypothetical”, og om det er en ”sufficiently concrete link” mellom det presset mistenkte utsettes for og den etterfølgende straffeforfølgelsen.¹⁹ Vurderingstemaet må være det samme, selv om senere praksis har fraveket resultatet i Weh.²⁰ Det er sentralt om det foreligger en konkret mistanke mot vedkommende på forklaringstidspunktet, eller om forklaringen kun er et ledd i en generell kontrollvirksomhet. Etter dette vil en ”charge” kunne foreligge for eksempel første gangen mistenkte blir avhørt og får beskjed om at vedkommende er mistenkt for å ha begått en kriminell handling.²¹ Allerede en offisiell meddelelse til vedkommende hvor han anklages for å ha begått et lovbrudd kan være tilstrekkelig til at en ”charge” etter EMK artikkel 6 foreligger.²²

Høyesterett i plenum uttaler følgende om spørsmålet i Rt-2000-996 Bøhler:

”Ordinære kontrolltiltak kan etter dette ikke anses for å utgjøre en straffesiktelse. Det kreves noe mer, nemlig at vedkommende myndighet underretter om at en administrativ reaksjon av strafferettslig karakter etter artikkel 6 kan være aktuelt for nærmere angitte overtredelser som skattyteren anses for å ha begått.”²³

Dette må sies å være i tråd med det ovenstående, med det forbehold at det ikke nødvendigvis er påkrevet at det trues med en sanksjon i meddelelsen.

¹⁹ Weh v. Austria avsnitt 56.

²⁰ Øyen (2010) s. 150.

²¹ Hozee v. The Netherlands. avsnitt 45-46.

²² Corigliano v. Italy avsnitt 34.

²³ Rt-2000-996 på s. 1018.

Konsekvensene av at en "charge" foreligger er at vedkommende er beskyttet mot å presses eller tvinges til å inkriminere seg selv. Hvis vernet ikke har inntrådt, kan vedkommende i prinsippet presses til å forklare seg gjennom for eksempel en straffesaksjonert forklaringsplikt. I slike tilfeller kan vernet mot tvungen selvinkriminering aktualiseres dersom myndighetene ønsker å benytte den inkriminerende informasjonen i en senere straffesak mot vedkommende, se nærmere under punkt 5.3.

For at det skal bli snakk om en krenkelse av selvinkrimineringsvernet etter EMK artikkel 6, er det også en forutsetning at anklagede senere blir straffedømt eller at anklagede ilegges en sanksjon for å nekte å forklare seg.²⁴ Dersom anklagede etterkommer anmodningen eller plikten om å forklare seg uten at videre konsekvenser inntreffer, vil det trolig ikke foreligge en krenkelse av vernet mot tvungen selvinkriminering. Vedkommende vil ikke anses som "victim of a violation" etter EMK artikkel 34.²⁵

En person mistenkt for lovbrudd er dermed "charged" etter EMK artikkel 6 dersom vedkommende er "substantially affected" av etterforskningen. Dette er en terskel som ikke praktiseres strengt. Det kreves videre at en eventuell forklaring etterfølges av en straffesak for at vernet mot tvungen selvinkriminering skal aktualiseres.

2.1.3 Hvor inkriminerende må forklaringen være?

Det kan spørres hvor inkriminerende en uttalelse må være før vernet mot tvungen selvinkriminering aktualiseres. På den ene siden kan det være kun de tilfellene der anklagede kommer med fullstendige tilståelser vedrørende det aktuelle lovbruddet. På den andre siden kan vernet tenkes anvendelig allerede vedrørende uttalelser som i prinsippet kan brukes til å svekke anklagedes troverdighet. I praksis vil spørsmålet henge sammen med hvordan beviset ble brukt under straffesaken.

EMD uttaler i Saunders at anklagedes forklaring ikke nødvendigvis må være "directly incriminating".²⁶ I denne saken var klageren underlagt straffesaksjonert opplysningsplikt over-

²⁴ Heaney and McGuinness v. Ireland avsnitt 43-46.

²⁵ Øyen (2010) s. 127 og Torgersen (2009) s. 240.

²⁶ Saunders v. The United Kingdom avsnitt 71.

for en sivil undersøkelseskommissjon i forbindelse med mistanke om ulovlige aksjemanipulasjoner. Klageren var ikke ”charged” på forklaringstidspunktet, men selvinkrimineringsvernet ble aktualisert da påtalemyndighetene brukte forklaringene under klagerens straffesak. EMD poengterer at forklaringer som i utgangspunktet ikke er inkriminerende, men som kun gir ren informasjon, ”may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him”.²⁷ Slike uttalelser kan dermed aktualisere vernet mot tvungen selvinkriminering. EMD uttaler imidlertid samme sted at ”what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial”. Det er verdt å merke seg at bruken i Saunders var svært omfattende. Dette endrer likevel ikke det prinsipielle standpunktet at selv forklaringer fra anklagede som på overflaten ikke synes inkriminerende, senere kan vise seg å bli benyttet i strid med vernet.

2.1.4 Generelt om hva vernet beskytter mot

Begrepet ”vernet mot tvungen selvinkriminering” indikerer at det må foreligge et element av tvang eller press for at en inkriminerende forklaring fra anklagede er oppnådd i strid med vernet. EMD har i en rekke saker uttalt at vernet beskytter anklagedes vilje til å forholde seg taus, se for eksempel Allan mot Storbritannia.²⁸ Klageren ble her arrestert i forbindelse med en ranssak. Mens han var fengslet, fikk politiet mistanke om at han også var innblandet i en drapssak. Klageren nektet imidlertid å forklare seg om dette under avhør. Det ble da iverksatt avlytting av besøk han mottok og av cella han delte med en medanklaget og senere med en politiformant. EMD tok stilling til hvorvidt bruken av disse opptakene samt en forklaring fra informanten krenket klagerens selvinkrimineringsvern. Se punkt 4.2. I sakens avsnitt 44 uttaler EMD at det sentrale for å beskytte viljen er at påtalemyndighetene ”seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through *methods of coercion or oppression*” (min uthevelse). Vernet beskytter altså mot at myndighetene fremskaffer bevis gjennom tvang eller press i strid med anklagedes vilje. Poenget er at anklagede har en rett til å ta et informert valg vedrørende om vedkommende vil forklare seg eller ikke. Innsamling av

²⁷ I.c.

²⁸ Allan v. The United Kingdom

DNA-bevis eller blodprøver fra anklagede berøres ikke av vernet mot tvungen selvinkriminering. Anklagedes vilje er ikke relevant for fremskaffelsen av slike bevis.²⁹

Det er klart at vernet mot tvungen selvinkriminering ikke er absolutt. Dette betyr at ikke alle pressmidler som utøves direkte mot anklagede i den hensikt å få vedkommende til å forklare seg, vil utgjøre tilstrekkelig tvang eller press. EMD har på dette området utviklet retts-tilstanden. Mens oppfatningen tidligere var at vernet var absolutt, i det minste i relasjon til press i form av straffesanksjonerte forklaringsplikter, kan dette ikke lenger opprettholdes. Se punkt 5.

Ved vurderingen av om forklaringer er oppnådd gjennom tvang eller press har EMD i flere saker uttalt at det skal legges vekt på ”the nature of compulsion”, ”the degree of compulsion”, “the existence of any relevant safeguards in the procedures” og ”the use to which any material so obtained is put”.³⁰ Selv om også disse momentene er vage og må sammenholdes i en helhetsvurdering, tjener de som en verdifull konkretisering av hvilke grenser som gjelder for hva slags press anklagede kan utsettes for. Denne avhandlingen vil forsøke å knytte de nevnte momentene opp mot de formene for tvang som blir omtalt nedenfor.

I tillegg til de fire momentene som er nevnt, vil nok også samfunnets behov for å tillate den aktuelle atferd fra myndighetenes side være relevant, om enn bare til en viss grad. I Saunders anførte staten at den aktuelle økonomiske kriminalitet var svært vanskelig å etterforske, noe som ikke ble møtt med velvillighet av EMD.³¹ Senere har argumenter av lignende art blitt ansett som relevante.³² Det må imidlertid være klart at slike argumenter har begrenset vekt.³³

²⁹ Se Heaney and McGuinness v. Ireland nederst i avsnitt 40.

³⁰ Bykov v. Russia avsnitt 92, Heaney og McGuinness v. Ireland avsnitt 48 – 52.

³¹ Saunders v. The United Kingdom avsnitt 64 og 74.

³² Jalloh v. Germany avsnitt 97.

³³ Bykov v. Russia avsnitt 93.

2.2 Om bevisforbud

2.2.1 Ulike typer bevisforbud og deres innbyrdes sammenheng

En mulig konsekvens av at en forklaring er innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering, er et forbud mot at forklaringen brukes mot anklagede. Et slikt bevisforbud kan forstås som et forbud mot å føre forklaringen for retten, altså et føringsforbud. Alternativt kan det foreligge et vektleggingsforbud. Det er i så fall ikke en saksbehandlingsfeil at påtalemyndigheten førte forklaringen for retten, men retten må se bort fra forklaringen. Som et tredje alternativ finnes bevisforbud på etterforskningsstadiet. Et slikt bevisforbud vil innebære at politiet har plikt til å se bort i fra beviset i ulike relasjoner, fra at det er forbudt for politiet å innhente beviset til at det ikke kan danne grunnlag for tvangsmidler.

Mellom de ulike bevisforbudene er det et logisk hierarki. Dersom det var en feil at beviset i det hele tatt ble ført for domstolen, vil det samtidig ikke være lovlig for dommeren å legge vekt på dette. På samme måte kan ikke politi eller forvaltning være avskåret fra å benytte beviset allerede under etterforskningen av saken, hvis det likevel kan føres lovlig for domstolene. I et slikt hierarki vil altså et føringsforbud også innebære et vektleggingsforbud, mens bevisforbud under etterforskningen vil innebære både et føringsforbud og et vektleggingsforbud.

Det sentrale er at det forbudte beviset ikke er med og danner grunnlaget for domfellelse. Dette viser seg gjennom at en ulovlig bevisføring ikke nødvendigvis får noen konsekvenser dersom den ikke innvirket på saken, jf. strpl. § 342 (2) nr. 3 og § 343 (1). Gode grunner taler imidlertid for at det praktiseres et føringsforbud i alle tilfeller man ønsker at forklaringen skal være unntatt rettens vurdering. Bare på denne måten vil vektleggingsforbudet sikres realitet. Spørsmålet er berørt i Rt-1948-46. Her omtaler Høyesterett forklaringer fremtvunget fra de anklagede på en svært kritikkverdig måte. De anklagede ble en og en tatt med til stedet hvor de angivelig hadde begått et drap. Hensikten var å skremme dem til å forklare seg. Høyesterett mente fremgangsmåten hadde ”en terroraksjons preg” og at den innebar en ”åpenbar tilside-settelse av en rekke av de prosessuelle bestemmelser som er gitt til vern for mistenkte og siktede personer”.³⁴ Lagmannsrettens dom ble imidlertid ikke opphevet, fordi Høyesterett

³⁴ Rt-1948-46 s. 48.

fant at de omstridte forklaringene ikke hadde virket inn på dommens innhold. Førstvoterende var imidlertid ”tilbøyelig”³⁵ til å mene at opplesingen var i strid med dagjeldende straffeprosesslov, men dette var ikke avgjørende. Det ser dermed ut til at Høyesterett anså det som en feil at forklaringene ble ført for retten, noe som trekker i retning av et føringsforbud i stedet for bare et vektleggingsforbud.

Et vektleggingsforbud vil ikke hindre den samvittighetskonflikt som dommerne kommer i ved at de plikter å se bort fra bevis de selv anser som pålitelige og relevante.³⁶ I Rt-1995-1453 var det spørsmål om å lese opp en forklaring fra et vitne som ikke var tilgjengelig for kontradiksjon. Saken gikk for lagmannsretten med lagrette. Forklaringen ble lest opp kun for fagdommerne, som avgjorde at forklaringen ikke kunne føres for lagretten. Vitneforklaringen var imidlertid også relevant for straffeutmålingen, hvor fagdommerne deltok. Av ovennevnte grunner kom Høyesterett med 3-2 til at det var en saksbehandlingsfeil at de tre fagdommerne kjente til innholdet i et forbudt bevis ved utmålingen av straffen. Dette fikk imidlertid ingen konsekvenser i den aktuelle saken, da tre av dommerne mente feilen ikke hadde innvirket på dommen, jf. nåværende strpl. § 343. For øvrig var retten samstemte, i et obiter dictum, om at en opplesning for dommerne av en forklaring for å vurdere bevisforbudsspørsmålet, var en saksbehandlingsfeil i saker som går med meddomsrett. Avgjørelsen viser at der det foreligger et bevisforbud, vil det ikke være lovlig at dommerne gjøres kjent med beviset for så å se bort fra det. Et bevisforbud på domstolstadiet må håndheves som et føringsforbud.³⁷ Av denne grunn vil vektleggingsforbud ikke omtales særskilt i det videre.

2.2.2 Utgangspunkter om bevisforbud

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er det ulovfestede prinsippet om fri bevisføring, se Rt-1990-1008 side 1010. Dette opprettholdes for ulovlig bevis, slik at også disse som hovedregel kan benyttes. Se for eksempel uttalelsen om ”hovedregel”³⁸ i forarbeidene til straffeprosessloven og Rt-2006-582 avsnitt 22 hvor dette omtales som ”det klare utgangspunkt”. Begrunnelsen er at saken bør avgjøres på bakgrunn av de bevis som faktisk eksisterer.

³⁵ I.c.

³⁶ Rt-1995-1453 s. 1458 og Torgersen (2009) s. 471.

³⁷ Eriksen (1998) s. 99-100 er kritisk.

³⁸ Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 197 andre spalte.

Hensynet til materielt riktige avgjørelser står med andre ord sterkt. Det er likevel klart at det finnes unntak fra dette utgangspunktet i form av bevisforbud.

Når et ulovlig bevis må nektes ført for retten, er ikke lovregulert. Forarbeidene tok ikke stilling til problemet og lot det være opp til teori og praksis å løse spørsmålet.³⁹ Praksis har utmeislet to alternative grunnlag for når ulovlige bevis skal nektes ført for retten. Disse kommer klart til uttrykk i Fengselsbetjentsaken i Rt-1999-1269 side 1272. Beviset må ”normalt” nektes ført dersom det vil innebære en ”gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet” som ble begått ved ervervet. Dersom føringen av beviset ikke vil innebære en slik krenkelse, beror spørsmålet ”på en interesseavveining”. Denne saken gjaldt bevisprovokasjon. En fengselsbetjent var mistenkt for å ha bistått en fange med å rømme. For å skaffe bevis benyttet politiet en informant i fengselet. Vedkommende tok kontakt med betjenten for bistand til selv å rømme. Det ble avtalt at betjenten skulle møte en bekjent av informanten på utsiden og overlevere en skisse av fengselet i bytte mot 80 000 kroner. Ved møtestedet dukket det opp en politimann med skjult opptaksutstyr som utga seg for å være den bekjente. Politimannen spurte betjenten direkte om hans bistand til rømningen de etterforsket, noe som foranlediget at betjenten kom med selvinkriminerende uttalelser. Høyesterett konkluderte med at dette var en fremgangsmåte som krenket betjentens rett til å forholde seg taus, som omtales som ”et grunnleggende rettsstatsprinsipp”.⁴⁰ Føring av opptakene ble nektet da dette ville innebære en ”gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset”.⁴¹

I Rt-1999-1269 uttales det at de ovennevnte bevisforbudsreglene er anvendelige på ”ulovlig ervervet bevis”.⁴² Det er imidlertid klart at de får anvendelse ikke bare på bevis ervervet i strid med formell lov, men også på bevis ervervet på en illojal eller utilbørlig måte.⁴³ En alternativ synsvinkel er at de får anvendelse på bevis ervervet i strid med en beviservervsnorm, enten lovfestet eller ulovfestet.⁴⁴ De er også anvendelige på bevis som ble lovlig ervervet, men som senere har blitt ulovlige. Et eksempel er når materiale fra kommunikasjonskontroll ikke er

³⁹ l.c.

⁴⁰ Rt-1999-1269 på s. 1271.

⁴¹ ibid. s. 1273.

⁴² ibid. s. 1272.

⁴³ Rt-2011-1324 avsnitt 33.

⁴⁴ Torgersen (2009) s. 5-6.

slettet i tråd med strpl. § 216g og forskrift om kommunikasjonskontroll § 9. Hvis selve ervervet av forklaringen var i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering, vil imidlertid forklaringen alltid være ulovlig ervervet. Dette er ikke nødvendigvis tilfellet ved bruk av straffesanksjonerte opplysningsplikter, hvis forklaringen er ervervet før vernet inntreer. Det er i slike tilfeller bruken av forklaringen i straffesaken som er i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering, ikke selve ervervet.

2.2.3 Hvordan begrunne bevisforbud under etterforskningen?

2.2.3.1 Intern norsk rett

Hvordan kan et eventuelt bevisforbud på etterforskningsstadiet kan begrunnes? I norsk rettspraksis er det nærmest utelukkende bevisforbud på domstolstadiet som omtales. Det at en forklaring er innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering og brukt under etterforskning, blir i rettspraksis altså et spørsmål om hvorvidt forklaringen skal nektes ført for retten, eventuelt om det var en feil at den ble ført. Dersom forklaringen er brukt som grunnlag for fremskaffelsen av andre bevis, kan det oppstå bevisforbudsspørsmål for disse avledede bevisene. Se punkt 6.4.

Fordi spørsmålet sjelden omtales i praksis, er det vanskelig å angi når det foreligger et bevisforbud på etterforskningsstadiet. Det er nok ikke en automatisk virkning av at et bevis trolig ikke kan føres lovlig for domstolen. Derimot er det naturlig, med tanke på det innbyrdes hierarkiet mellom bevisforbudene som er omtalt ovenfor, at et føringsforbud i utgangspunktet er en forutsetning for at det skal foreligge et bevisforbud på etterforskningsstadiet. Det kan altså vanskelig tenkes et bevis som lovlig kan føres for domstolen, men som politiet ikke lovlig kan benytte på domstolstadiet.

Spørsmålet er så om normen om gjentatt eller fortsatt krenkelse er den relevante for å vurdere bevisforbudsspørsmålet også på etterforskningsstadiet.⁴⁵ Problemstillingen er berørt i enkelte rettskilder. Den omtales for eksempel av DNA-utvalget under behandlingen av hvorvidt ulovlig innhentet DNA kan benyttes til å fremstille DNA-profiler under etterforskning. Utvalget viser til regelen om gjentatt eller fortsatt krenkelse og uttaler:

⁴⁵ Dette er den veiledende normen på domstolsstadiet, punkt 2.2.2.

”Således kan man spørre om framstilling og senere bruk av DNA-profilen vil være en ny eller fortsatt krenkelse overfor den som har vært utsatt for en ulovlig legemsundersøkelse. Svaret på dette er nok ganske opplagt – det å følge opp en ulovlig kroppsundersøkelse med å fremstille en DNA-profil som består av informasjon om vedkommendes genetiske arvemateriale, er en ny eller fortsatt krenkelse.”⁴⁶

Til grunn for denne uttalelsen ligger en forutsetning om at samme veiledende bevisforbudsregel gjelder før og under straffesaken. Politiet kan ikke benytte en forklaring innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering på en måte som medfører en fortsatt eller gjentatt krenkelse overfor anklagede. Utvalget antar at fortsatt eller gjentatt krenkelse foreligger hvis ulovlig innhentet DNA brukes til framstilling av DNA-profiler. Slik bruk av DNA-materiale er dermed ikke tilgjengelig i politiets videre etterforskning.

I sin utredning vedrørende ny politiregisterlov inntar Politiregisterutvalget samme forutsetning som DNA-utvalget,⁴⁷ noe Justisdepartementet støttet.⁴⁸ Som eksempel på at registrerte opplysninger beheftet med feil skal slettes fra registeret, viser departementet til opplysninger som er ”innhentet gjennom ulovlig ervervede bevis som politiet er avskåret fra å benytte i en straffesak”.⁴⁹ Det legges til grunn at dersom en opplysning er ulovlig innhentet slik at den ikke kan benyttes i straffesaken, skal den også slettes fra politiregisteret; den kan ikke brukes under politiets etterforskning. Igjen benyttes samme vurdering under etterforskningen som under straffesaken. Disse rettskildene er i utgangspunktet ikke tungtveiende, og de gjelder ikke direkte selvinkrimineringsvernet. Samtidig synes normens anvendelighet klart forutsatt.

Begrunnelsen for bevisforbudsregelen er å hindre at anklagede nok en gang får krenket de samme interesser som ble krenket ved beviservervet. Så lenge politiets bruk av forklaringen innebærer en slik fortsatt eller gjentatt krenkelse, er denne begrunnelsen like treffende på etterforskningsstadiet av saken.

⁴⁶ NOU 2005:19 s. 29 annen spalte.

⁴⁷ Se NOU 2003: 21, særlig forslaget til § 46 på s. 392 og omtalen av § 46 annet ledd på side 279.

⁴⁸ Ot.prp. nr 108 (2008-2009) s. 227.

⁴⁹ *ibid.* s. 319.

Også retsteknisk er det en fordel at de samme reglene gjelder på de ulike stadiene av saken. Alternativt måtte man komme opp med en annen norm på etterforskningsstadiet. Resultatet av dette ville være at politi og påtalemyndigheter gjennom etterforskningen måtte forholde seg til denne alternative normen i tillegg til normen om fortsatt eller gjentatt krenkelse, som fortsatt ville vært styrende for når tiltale kan tas ut.⁵⁰

Gode grunner taler dermed for at normen om fortsatt eller gjentatt krenkelse er anvendelig for bevisforbudsspørsmålet også på etterforskningsstadiet.

Et interessant spørsmål blir dermed i hvilken grad politiets bruk av en forklaring også under etterforskningen kan medføre en slik gjentatt krenkelse. Som vist rett ovenfor, legger DNA-utvalget til grunn i NOU 2005: 19 at bruk av ulovlig innhentet DNA-materiale til å fremstille en DNA-profil vil være en slik krenkelse. Selv om dette gjelder bruk av reelle bevis, må det være klart at også politiets bruk av en forklaring under etterforskningen prinsipielt kan innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse. Der dette er tilfellet, blir det også et spørsmål om graden av gjentatt krenkelse. I teorien legges det til grunn at spørsmålet om gjentatt krenkelse er et gradsspørsmål.⁵¹ Det kan tenkes at vi her befinner oss i situasjoner hvor graden av krenkelse ikke er tilstrekkelig til å begrunne bevisforbud under etterforskningen.

Det er i denne sammenhengen verdt å presisere nærmere hva den gjentatte krenkelsen må bestå av. I Rt-1999-1269 angis en gjentakelse eller fortsettelse av ”det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset” som det relevante. Det ser ut til at normen som ble krenket ved beviservervet, må krenkes på ny gjennom bevisføringen før bevisforbud inntreffer. Hvis beviservervsnormen kan krenkes ved bevisføringen, er denne normen i realiteten også en bevisføringsnorm.⁵² Dette er ikke tilfellet. I tråd med abstraksjonsprinsippet er det ulike normer som styrer beviservervet og bevisføringen.⁵³ Det riktige er i stedet at en fortsatt eller gjentatt

⁵⁰ Riksadvokaten (2/2012) s.3-4.

⁵¹ Torgersen (2009) s.148.

⁵² *ibid.* s. 140.

⁵³ *ibid.* s. 11-12.

krenkelse av de interesser og hensyn som ligger bak beviservervsnormen, er det som ”normalt” tilsier et bevisforbud under straffesaken.⁵⁴

Som vi så under punkt 2.2.2, vil et bevisforbud på domstolstadiet også kunne inntre utenfor tilfellene av fortsatt eller gjentatt krenkelse. Bevisforbudet må i så fall begrunnes i en ”interesseavveining”.⁵⁵ Spørsmålet er om denne avveiningen kan begrunne bevisforbud på etterforskningsstadiet i tilfeller hvor politiets befatning med forklaringen ikke innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse.

I interesseavveiningen Høyesterett gir anvisning på, er det fire momenter som det ”blant annet [må] legges vekt på”, nemlig ”grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset”.⁵⁶ Høyesterett angir disse generelt, uavhengig av hva slags ulovlighet bevisene er beheftet med. Skal den samme interesseavveiningen kunne anvendes under etterforskningen, må det være sentralt at disse momentene også passer som begrunnelse for bevisforbud på dette stadiet.

Det synes som om momentene Høyesterett gir anvisning på, passer godt også i en vurdering av bevisforbud under etterforskningen. Grovheten av krenkelsen som er begått, må også her være det sentrale, jf. de hensyn som normalt begrunner et bevisforbud, for eksempel vern om anklagedes rettsikkerhet og personvern. Sakens alvor må også være relevant å ta i betraktning. Dette vil bidra til å styrke hensynet til sakens opplysning, som står sterkere i tilfeller der det er snakk om en alvorlig forbrytelse.⁵⁷ Som utgangspunkt vil en anklaget ikke ha hatt plikt til å forklare seg, verken overfor politiet eller retten. Der vedkommende var underlagt en straffesanksjonert opplysningsplikt i forkant av anklagen, kan dette likevel være annerledes. I motsetning til anklagede i straffesaker, vil man på forvaltningsstadiet kunne bli tvunget til å forklare seg for et sivilt forvaltningsorgan. Se punkt 5.

⁵⁴ *ibid.* s. 140.

⁵⁵ Rt-1999-1269 s.1272.

⁵⁶ *l.c.*

⁵⁷ Rt-1992-698 s. 706.

På domstolstadiet taler lav bevisverdi for bevisforbud. På etterforskningsstadiet passer ikke dette momentet like godt. Forklaringen kan da brukes som grunnlag for ytterligere beviservert. Disse nye bevisene vil bidra til å styrke sakens opplysning. Det er ingenting som tilsier at de er beheftet med samme lave bevisverdi som den ulovlig ervervede forklaringen. Dermed synes pålitelighetshensyn å ha mindre vekt som begrunnelse for bevisforbud på etterforskningsstadiet enn på domstolstadiet. Hvis forklaringen brukes som grunnlag for forelegg etter strpl.§ 255 eller påtaleunntatelse etter strpl.§§ 69 og 70, blir dette annerledes. I slike tilfeller bør lav bevisverdi trekke i retning av bevisforbud også under etterforskningen. Tilsvarende gjelder der forklaringen danner grunnlag for tiltalebeslutning mot anklagede.

Det må videre være et tungtveiende argument at det ovenfor er konkludert med at normen om fortsatt eller gjentatt krenkelse bør gjelde på etterforskningsstadiet. For sammenhengens skyld bør dermed også interesseavveiningen gis anvendelse på dette stadiet i prosessen.

Samlet bør konklusjonen være at den interesseavveiningen Høyesterett gir anvisning på, er anvendelig for vurderingen av hvorvidt det i enkelttilfeller også må foreligge et bevisforbud under etterforskningen.

Selv om de samme retningslinjene for bevisforbud synes anvendelige, kan terskelen for når forbud foreligger, være ulik på etterforskningsstadiet og domstolstadiet. Generelt er politiets bruk av forklaringer under etterforskningen mindre belastende for anklagede enn bruken under straffesaken vil være. Under etterforskningen vil ikke beviset nødvendigvis bli offentligjort,⁵⁸ i motsetning til hva som er hovedregelen under hovedforhandlinger.⁵⁹ Beviset vil heller ikke nødvendigvis brukes for å bevise straffeskyld, selv om det kan medvirke til tiltalebeslutninger, forelegg og påtaleunntatelser.

Oppsummert bør bevisforbud under etterforskningen begrunnes etter de samme regler som begrunner bevisforbud på domstolstadiet. Prinsipielt kan politiets bruk av forklaringer under etterforskningen innebære en gjentakelse eller fortsettelse av den krenkelsen anklagede ble utsatt for ved ervervet av beviset. Alternativt kan et slikt bevisforbud begrunnes i den interes-

⁵⁸ Riksadvokaten (1/1981).

⁵⁹ Domstoloven § 124.

seavveiningen som Høyesterett gir anvisning på. Krenkelsen for anklagede vil i enkelte tilfeller vil være mindre ved bruk av beviset under etterforskningen. Dette indikerer at terskelen for bevisforbud på etterforskningsstadiet må være høyere enn for bevisforbud som et føringsforbud. Det kan dermed forekomme at det foreligger føringsforbud for en forklaring på domstolstadiet, men at forklaringen likevel kan benyttes under etterforskningen.

2.2.3.2 EMK artikkel 6

Det skal i dette punktet undersøkes hvorvidt kravene til en "fair trial" i EMK artikkel 6 under tiden kan tilsi bevisforbud på etterforskningsstadiet.

Heller ikke EMD omtaler bevisforbudsproblematikken på etterforskningsstadiet eksplisitt. I Harutyunyan utaler domstolen at "the use of such evidence rendered the trial as a whole unfair".⁶⁰ Og i Jalloh snakkes det om bruk av beviset "in the criminal proceedings against the applicant"⁶¹ og at "the use in evidence of the drugs obtained by the forcible administration of emetics to the applicant rendered his trial as a whole unfair".⁶² Dette forstås slik at bruken av bevisene i selve straffesaken er det sentrale ved mulig krenkelse av artikkel 6.

En tilsynelatende klar uttalelse fra Gäfgen mot Tyskland⁶³ taler i samme retning. Saken gjaldt en klager som ble truet med tortur dersom han ikke oppga hvor en ung gutt som han hadde kidnappet og drept, befant seg. Under avhørene av klageren trodde myndighetene at gutten fortsatt var i live. Klageren ga etter for presset før tortur ble fysisk påført, og ledet politiet til liket av gutten. Behandlingen krenket klagerens vern mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i EMK artikkel 3. I straffesaken ble forklaringene avgitt under etterforskningen avskåret. EMD tok stilling til om bruken av flere reelle bevis funnet som følge av forklaringene og anklagedes forklaringer avgitt for retten, hadde ført til at klageren ikke hadde fått en "fair trial". Denne problemstillingen drøftes i punkt 6.4. Her er det imidlertid av interesse når flertallet av storkammeret uttaler at "an issue arises under Article 6 in respect of evidence obtained as a result of methods in violation of Article 3 only if such evidence was

⁶⁰ Harutyunyan v. Armenia avsnitt 66.

⁶¹ Jalloh v. Germany avsnitt 104.

⁶² ibid. avsnitt 108.

⁶³ Gäfgen v. Germany.

not excluded from use at the applicant's trial".⁶⁴ Det blir ikke snakk om en krenkelse av artikkel 6 hvis de omstridte bevisene utelukkes fra anklagedes straffesak. EMD avviser dermed tanken om at et bevisforbud på etterforskningsstadiet kan være nødvendig for å sikre anklagede en "fair trial". Dette gjøres på tross av at behandlingen anklagede utsettes for under etterforskningen, klart er relevant for om det foreligger krenkelse av artikkel 6. Det er imidlertid en forutsetning for krenkelse at forklaringene blir brukt i straffesaken. Når dette uttales om forklaringer ervervet i strid med EMK artikkel 3, må tilsvarende også gjelde i andre, mindre grove tilfeller.

Det kan dermed ikke legges til grunn at bevisforbud på etterforskningsstadiet kan være nødvendig for å gi anklagede en "fair trial". Det er likevel ingenting i veien for at et slikt forbud følger av intern norsk rett.

2.3 Om den videre fremstillingen

I det videre vil den nærmere grensen for når vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket, omtales i relasjon til tre ulike pressmidler; tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling i punkt 3, provokasjon som etterforskningsmetode i punkt 4 og straffesanksjonerte forklaringsplikter i punkt 5. Overtredelse av vernet kan sees som en rettslig betingelse. I punkt 6 vil rettsvirkningene av at denne betingelsen foreligger, undersøkes, med særlig fokus på bevisforbud på domstol- og etterforskningsstadiet.

3 Tortur og umenneskelig og nedverdiggende behandling

Problemstillingen i dette avsnittet er når myndighetenes erverv av forklaringer fra anklagede gjennom bruk av tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling, vil være i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering i EMK artikkel 6.

⁶⁴ *ibid.* avsnitt 172.

Tortur er forbudt og straffbart,⁶⁵ og som nevnt er det her den historiske kjernen i forbudet mot tvungen selvinkriminering ligger. Straffeprosessloven inneholder selv ingen bestemmelser vedrørende tortur i avhør eller i retten, men forbudet mot ”Pinligt Forhør” i GrL. § 96 omfatter nettopp disse tilfellene. Det er også talende for situasjonen i Norge at straffeprosessloven inneholder bestemmelser som forbyr det mildere, nemlig ”tvang” og ”trusler”, jf. strpl. § 92 (2). Dette indikerer en erkjennelse av at tortur er lite praktisk i norsk rett.

En relevant norsk sak finnes i Rt-1948-46, omtalt under punkt 2.2.1. Her ble forklaringer oppnådd ved en ”åpenbar tilsidesettelse av en rekke av de prosessuelle bestemmelser som er gitt til vern for mistenkte og siktede personer”.⁶⁶ Vernet mot tvungen selvinkriminering nevnes ikke eksplisitt, men det fremkommer tydelig av Høyesteretts omtale at en slik fremgangsmåte ikke var akseptabel av hensyn til de anklagedes rettigheter.

EMD har behandlet flere saker hvor forklaringer er innhentet ved bruk av tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling under etterforskningen. Med tanke på momentene nevnt under punkt 2.1.4, er det klart at ”the nature and degree of compulsion” i disse tilfellene vil være momenter som taler meget sterkt i retning av at vernet er krenket. Verken arten eller graden av tvang kan tenkes sterkere enn i tilfeller av tortur. EMD har imidlertid ikke alltid funnet det nødvendig å gå inn på den helhetsvurderingen som er beskrevet i punkt 2.1.4. I tilfeller der anklagedes forklaring erverves ved bruk tortur i strid med EMK artikkel 3, og forklaringen senere benyttes under straffesaken, har domstolen fastslått brudd på artikkel 6 allerede som følge av krenkelsens karakter.⁶⁷ EMD har dermed fastslått at det ikke har foreligget en ”rettferdig rettergang” hvor anklagedes forklaring ble ervervet ved tortur, så sant forklaringen ble benyttet under straffesaken.

Selv hvor anklagede ”kun” har vært utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling i strid med EMK artikkel 3, ser det ut til at EMD vil fastslå brudd på artikkel 6 hvor behandlingen har resultert i en forklaring som ble brukt under straffesaken. Dette gjelder uavhengig

⁶⁵ EMK artikkel 3 jf. mnskrl. §§ 2 (1) og straffeloven § 117 a.

⁶⁶ Rt-1948-46 s. 48.

⁶⁷ Se *Harutyunyan v. Armenia* avsnitt 66.

av forklaringens vekt som bevis. I Kacu og Kotorri mot Albania oppsummeres rettstilstanden på følgende måte:

”The Court has established that an applicant’s self-incriminating statements obtained in breach of Article 3, irrespective of the classification of the ill-treatment, and which were used at his trial, regardless of the probative value, rendered the trial as a whole unfair.”⁶⁸

Det eneste unntaket som nevnes er Alchagin mot Russland,⁶⁹ en sak hvor forklaringen ble gitt som følge av nedverdiggende og umenneskelig behandling. Forklaringen ble gitt med en forsvarer til stedet og senere opprettholdt under straffesaken. Samtidig var retten til forsvarer opprettholdt saken igjennom. Det kan altså ikke utelukkes at man i konkrete saker må falle tilbake på vurderingen av om forklaringen er frembrakt ved bruk av ”methods of compulsion or oppression” i strid med anklagedes vilje, jf. punkt 2.1.4. Som hovedregel vil likevel bruk av forklaringer ervervet i strid med EMK artikkel 3, i seg selv medføre en krenkelse av artikkel 6.

Som utgangspunkt foretar altså ikke EMD en selvstendig vurdering av om vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket dersom anklagedes forklaring erverves i strid med EMK artikkel 3, og deretter benyttes i anklagedes straffesak. En slik fremgangsmåte vil i seg selv være i strid med den overordnede normen om ”fair trial” i artikkel 6. Hvis forklaringen ikke benyttes under straffesaken, kan krenkelse også foreligge hvis avledet bevis tillates ført. Se punkt 6.4. Etter intern norsk rett vil forklaringer ervervet i strid med EMK artikkel 3 lede til spørsmål om bevisforbud både på domstol- og etterforskningsstadiet. Se punkt 6.2 og 6.3.

⁶⁸ Kaciu and Kotorri v. Albania avsnitt 124.

⁶⁹ Alchagin v. Russia.

4 Provokasjon

4.1 Innledning

Med provokasjon menes det som også omtales som *aktiv bevisprovokasjon*.⁷⁰ Dette er provokasjon som etterforskningsmetode for allerede begått kriminalitet.⁷¹ En grense trekkes mot tiltaleprovokasjon som består i innblanding i et hendelsesforløp som fører til en kriminell handling. Skal aktiv bevisprovokasjon stride mot vernet mot tvungen selvinkriminering, kreves en viss grad av aktivitet fra politiets side. Situasjonene som omtales er dermed at anklagede blir lurt eller provosert til å forklare seg gjennom skjult opptreden fra politiet. Problemstillingen er i hvilke tilfeller innhenting av forklaring fra anklagede ved bruk av aktiv bevisprovokasjon strider mot selvinkrimineringsvernet. EMDs praksis om spørsmålet gjennomgås i punkt 4.2, og Høyesteretts praksis gjøres rede for i punkt 4.3.

4.2 Nærmere om grensen etter EMK artikkel 6

For at selvinkrimineringsproblematikken skal være aktuell, må politiet eller en representant for politiet oppnå den inkriminerende forklaringen fra anklagede gjennom fordekt opptreden. I andre tilfeller vil rettergangens ”fairness” bedømmes ut fra anklagedes mulighet til å imøtegå riktigheten av forklaringen.⁷² Det skal imidlertid ikke mye til før en sivil person antas å opptre på vegne av politiet. Når en utenforstående brukes på initiativ fra politiet, er dette etter omstendighetene relativt klart. Men også når det er privatpersoner som initierer operasjonen, har EMD ansett disse som representanter for politiet i denne sammenhengen. I A mot Frankrike tok en privatperson kontakt med politiet og meldte seg på eget initiativ til å overvåke en telefonsamtale med en mistenkt. EMD uttalte at det avgjørende for om personen opptrådte på vegne av politiet, var om politiets bidrag var ”a crucial contribution to executing the scheme”.⁷³ Dette var tilfellet da en politimann stilte sitt kontor med telefon og taleopptaker til rådighet slik at privatpersonen kunne gjennomføre samtalen med mistenkte.⁷⁴

⁷⁰ Torgersen (2009) s. 274.

⁷¹ Fredriksen s. 140.

⁷² Torgersen (2009) s. 276.

⁷³ A v. France avsnitt 36.

⁷⁴ I.c.

Videre må det foreligge en påvirkning av en viss styrke. Det må være et element av tvang eller press dersom bevisprovokasjonen skal stride mot vernet mot tvungen selvinkriminering. Tilstrekkelig grad av tvang eller press kan foreligge i tilfeller hvor anklagede lures eller forledes. Som nevnt i punkt 2.1.4, beskytter vernet mot tvungen selvinkriminering anklagedes vilje; han har rett til å foreta et informert valg av om han ønsker å forklare seg for politiet eller ikke. I den forbindelse uttaler EMD for eksempel i Allan at anklagedes skyld må bevises uten ”methods of compulsion or coercion”.⁷⁵ Det må foretas en slik helhetsvurdering som anvist i punkt 2.1.4.⁷⁶

Klageren ble arrestert i forbindelse med en ranssak. Mens han var fengslet, fikk politiet mistanke om at han også var innblandet i en drapssak. Klageren nektet imidlertid å forklare seg om dette under avhør. Det ble da iverksatt avlytting av besøk han mottok og av cella han delte med en medanklaget og senere med en politiinformant.

I Allan var forklaringer fra anklagede ervervet ved flere skjulte opptak. Se nærmere om saken i punkt 2.1.4. Staten krenket anklagedes rettigheter etter EMK artikkel 8 ved å gjøre opptak av besøk klageren fikk og i cella han delte med en medmistenk. Bruken av disse opptakene i straffesaken krenket imidlertid ikke selvinkrimineringsvernet. Det var tilstrekkelig at forsvaret hadde hatt anledning til å kreve opptakene avvist og bestride riktigheten av dem. Bruk i straffesaken av skjulte opptak gjort i cella klageren delte med en politiinformant, var derimot i strid med selvinkrimineringsvernet. Det ble vektlagt at opptakene var gjort etter at informanten hadde fått i oppgave å presse klageren til å snakke om drapet. Sentralt for krenkelse var også at klageren satt fengslet da opptakene fant sted, slik at han var under et sterkt psykisk press. Videre hadde han vært forsøkt avhørt, men nektet å gi de aktuelle opplysningene. Opptakene kan dermed sees som en omgåelse av klagerens manglende vilje til å forklare seg. Samtidig var informanten, som klagerens cellekamerat, en av få personer klageren hadde kontakt med. Arten og graden av tvang ble dermed et sterkt moment for krenkelse, særlig på grunn av det psykiske presset klageren befant seg i. Retten påpekte også at opptakene ble

⁷⁵ Allan v. The United Kingdom avsnitt 44.

⁷⁶ I.c.

gjort uten de ”safeguards” som vanligvis følger av en avhørssituasjon.⁷⁷ Videre bør man være klar over at de mest inkriminerende uttalelsene fra klageren ikke ble fanget opp av opptakene. De ble utelukkende gjenfortalt av informanten som var lovet strafferabatt for oppdraget.⁷⁸ Påliteligheten av informantens forklaring var dermed tvilsom, uten at EMD kommenterer dette inngående. Det bør også nevnes at opptakene og forklaringen fra politiinformanten utgjorde sentrale bevis i straffesaken, slik at også ”the use to which any material so obtained is put” talte for at vernet mot tvungen selvinkriminering var krenket, jf. punkt 2.1.4.⁷⁹

Selv om flere av momentene i Allan talte for at det forelå en krenkelse av vernet mot tvungen selvinkriminering, var det nok særlig den samlede bruk av press eller tvang ved beviservervet som var viktig. Bykov var annerledes på flere måter. Klageren var ikke fengslet på tidspunktet for møtet med politiagenten, slik at han ikke var under et psykisk press. Relasjonen til politiagenten var heller ikke av en særlig art. Agenten styrte ikke samtalen bevisst i den hensikt å oppnå inkriminerende uttalelser. Den samlede tvang mot klageren var derfor langt mindre enn i Allan. Opptakene utgjorde også en mindre del av det totale bevisbildet mot klageren,⁸⁰ selv om mindretallet så annerledes på dette.⁸¹ Konklusjonen til flertallet av storkammeret i EMD ble at det ikke forelå krenkelse i saken. Seks dommere dissenterte imidlertid, og fem av dem samlet seg om en begrunnelse som i større grad vektla at det var politiet som organiserte møtet mellom klageren og agenten.⁸²

Heller ikke i Heglas⁸³ ble det konstatert krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Begrunnelsen i dommen er knapp på dette punktet, så det er begrenset veiledning å hente. For øvrig var situasjonen relativt lik den i Bykov. Politiet regisserte et møte mellom en agent som var en av klagerens nærstående og klageren mens denne fortsatt var på frifot. Samtalen ble i liten grad styrt av agenten som opptrådte relativt passivt, men klageren kom likevel med selv-

⁷⁷ Allan v. The United Kingdom avsnitt 52.

⁷⁸ Strandbakken (2003) s. 208.

⁷⁹ Allan v. The United Kingdom avsnitt 16 og 52.

⁸⁰ Bykov. v. Russia avsnitt 96-98 og 103.

⁸¹ ibid. Dommer Spielmanns votum avsnitt 16-17.

⁸² Bykov v. Russia. Dommer Spielmanns votum avsnitt 30.

⁸³ Heglas v. The Czech Republic. Denne avgjørelsen finnes ikke på Engelsk. Jeg baserer meg på omtalen i Torgersen (2009) s. 279 og Øyen (2010) s. 245.

inkriminerende uttalelser. Opptakene av dette og agentens forklaring kunne føres for retten uten at det krenket EMK artikkel 6, selv om det utgjorde sentrale bevis.

Disse tre eksemplene viser at EMD vier mye oppmerksomhet til momenter som faller inn under ”the nature and degree of compulsion”. Hvilken tvang anklagede var utsatt for, påvirkes av hvorvidt anklagede var fengslet på det aktuelle tidspunktet, om han tidligere har vært avhørt uten å ville forklare seg, en eventuell nær relasjon mellom agent og klager, hvem som tok initiativ til møtet og i hvilken grad agenten presser samtalen i retning av inkriminerende informasjon. Særlig det førstnevnte og det sistnevnte er tydelig forskjellig i Allan på den ene siden og Bykov og Heglas på den annen.

Som gjennomgangen har vist, er også den bevismessige betydningen av forklaringene relevant. Vekten av dette momentet er likevel underordnet dersom graden av tvang er tilstrekkelig sterk. I Allan påpekes det også at de ”safeguards” som er vanlige i avhør, ikke er til stede i slike skjulte operasjoner.⁸⁴ Til slutt er det strafferettslige behovet i en viss grad relevant, jf. Bykov og Heglas. Dette kan forstås slik at sakens alvor, samt det konkrete behovet for den aktuelle provokasjonen, kan tilsi at terskelen for krenkelse heves.⁸⁵

Oppsummert ser vi at alle momentene fra punkt 2.1.4 gjør seg gjeldende i vurderingen av når provokasjonen har krenket vernet mot tvungen selvinkriminering. Men det må samtidig være klart at graden av tvang som anklagede ble utsatt for, er det viktigste momentet.

4.3 Nærmere om Høyesteretts praksis

I dette punktet vil Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om vernet mot tvungen selvinkriminering i relasjon til provokasjon undersøkes nærmere. Denne vil også sammenlignes med de retningslinjer EMD har trukket opp.

⁸⁴ Allan v. The United Kingdom avsnitt 52.

⁸⁵ Dissenterende dommer Spielmann tar i Bykov v. Russia uttrykkelig avstand fra et slikt synspunkt i avsnitt 26 i sitt votum.

Den mest sentrale dommen om bruk av aktiv bevisprovokasjon i relasjon til vernet mot tvungen selvinkriminering er den såkalte Fengselsbetjentsaken i Rt-1999-1269. Her forledet en politimann anklagede til å inkriminere seg selv ved å opptre skjult, slik at anklagede ikke forstod at han var i samtale med politiet. Se nærmere om denne saken i punkt 2.2.2. Høyesterett fastslo krenkelse av vernet mot tvungen selvinkriminering. Det sentrale var at politiet initierte operasjonen og stilte direkte inkriminerende spørsmål til anklagede, sammenholdt med at anklagede tidligere var avhørt om emnet uten å ville forklare seg. En slik form for skjult avhørt ble ikke akseptert.

Graden av initiativ og pågåenhet fra politiet har vist seg viktig også i andre saker, om enn med motsatt utfall. I Rt-1994-1262 ble en pågrepet person gitt i oppgave å ringe sin medsammen-svorne for å fortelle at et parti med narkotika kunne leveres som avtalt. Høyesterett anså ut-talelsene fra medsammen-svorne i telefonsamtalen som lovlig bevis. En viktig forskjell fra Fengselsbetjentsaken var at den anklagede ikke ble stilt direkte inkriminerende spørsmål.⁸⁶ Heller ikke i Rt-2000-1345 ble ervervet av en forklaring ansett i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. Politiet hadde beslaglagt en telefon som anklagede ringte. Ved to anled-ninger svarte politiet uten å tilkjennegi seg. Utskrift av innholdet av disse samtalene var ikke å anse som ulovlig bevis. Felles for disse to sakene er at politiets involvering i fremskaffelsen av forklaringene, er langt mindre enn i Fengselsbetjentsaken.

Denne praksisen indikerer at anklagede gis tilstrekkelig vern av Høyesterett sammenlignet med EMDs praksis. I Rt-1994-1262 initierte politiet kontakten med anklagede, og det forelå en viss relasjon mellom denne og agenten. Samtidig var ikke anklagede under psykisk press på forklaringstidspunktet, og agenten styrte ikke samtalen med direkte inkriminerende spørsmål. Saken kan sammenlignes med Bykov, hvor EMD ikke fant krenkelse.

Det hevdes i stedet at Høyesterett gikk for langt i beskyttelsen av anklagede i Fengselsbetjent-saken.⁸⁷ Vedkommende var under mindre psykisk press enn i Allan, fordi han ikke var fengslet. Han hadde heller ingen spesiell relasjon med personen han inkriminerte seg selv overfor, slik tilfellet var i Heglas. Opptakene og politimannens forklaring var heller ikke de

⁸⁶ Torgersen (2009) s. 283.

⁸⁷ Strandbakken (2003) s. 209.

eneste bevisene i saken.⁸⁸ Imidlertid hadde han tidligere vært avhørt uten å ville forklare seg om forholdene. Videre var det politimannen som fikk den anklagede til å inkriminere seg selv, ved å spørre han direkte om det aktuelle straffbare forholdet. Disse momentene gjorde graden av tvang i relativt stor, for eksempel sammenlignet med Bykov.

Strandbakken kan godt tenkes å ha rett når han hevder at Fengselsbetjentsaken gikk unødvendig langt i å beskytte anklagedes interesser. På den annen side er det, som tidligere påpekt, fremhevet av EMD at anklagede bør kunne foreta et informert valg om han ønsker å forklare seg til politiet eller ikke. Frivillighet i denne relasjonen var det smått med i Fengselsbetjentsaken. Sett i lys av at flere sentrale EMD-dommer er fra tiden etter Fengselsbetjentsaken, kan det likevel tenkes at Høyesterett justerer kursen ved en senere anledning.

Oppsummert kan det sies at det i norsk rett foreligger sparsomt med praksis om dette spørsmålet, men at særlig politiets initiativ og pågåenhet under samtalen er viktig. Om anklagede samtidig har befunnet seg i en psykisk vanskelig situasjon, har fått mindre fokus. Denne holdningen kan sammenlignes med det synet som dommer Spielmann, med tilslutning av fem dommere, gjorde rede for i sitt dissenterende votum i Bykov.⁸⁹ I tilfeller hvor provokasjon har krenket selvinkrimineringsvernet, vil bevisforbudsspørsmål oppstå både på domstolsstadiet og under etterforskningen. Se punkt 6.3.

5 Straffesanksjonerte opplysningsplikter

5.1 Innledning og problemsituasjoner

Straffesanksjonerte opplysningsplikter finnes innen en rekke rettsområder, for eksempel konkursretten⁹⁰ og konkurranseretten.⁹¹ Slike bestemmelser finnes av hensynet til forvaltningens effektivitet. Forvaltningens kontrollvirksomhet gjøres vesentlig lettere ved at opplysningsplikter pålegges aktørene innenfor de respektive rettsområdene. Som vi skal se,

⁸⁸ Rt-1999-1269 s. 1273.

⁸⁹ Bykov v. Russia. Dommer Spielmanns votum avsnitt 30.

⁹⁰ Konkursloven § 105 jf. § 101.

⁹¹ Konkurranseloven § 32, jf. § 24.

vil imidlertid hensynet til forvaltningens effektivitet kunne komme i konflikt med hensynet til privatpersoners rettssikkerhet.

Den alminnelige vitneplikten for domstolene etter strpl. § 108 gjelder ikke dersom vitnet risikerer å inkriminere seg selv, jf. § 123 (1) første punktum. Tiltalte har i alle tilfeller rett til å forholde seg taus, jf. § 90. Men før eventuelle straffesaker oppstår, kan altså enhver bli underlagt forvaltningsrettslige opplysningsplikter. Med tanke på EMK artikkel 6 er dette ofte uproblematisk. På kontrollstadiet i forvaltningen er ikke konvensjonen til hinder for at enkeltpersoner underlegges en opplysningsplikt som også kan innebære selvinkriminerende opplysninger. Bakgrunnen for dette er at vernet etter artikkel 6 først inntreer når den aktuelle personen kan anses som ”charged” i konvensjonens forstand, se punkt 2.1.2 ovenfor.

Problemer i forbindelse med EMK artikkel 6 kan likevel oppstå i to forskjellige tilfeller. Når forklaringer avgitt til forvaltningen fører til en senere straffeforfølgning mot vedkommende, vil myndighetene ofte benytte denne forklaringen som bevis under straffesaken. Dette kan etter forholdene komme i konflikt med vernet mot tvungen selvinkriminering. Se punkt 5.3. Det kan videre tenkes tilfeller der vedkommende nekter å etterkomme opplysningsplikten, og dermed ilegges en sanksjon av en slik styrke at dette alene kan være i strid med vernet. Forutsetningen er at personen må være ”charged” i en sak om straff i konvensjonens forstand på tidspunktet opplysningsplikten pålegges.⁹² Se punkt 5.2.

Et tredje tilfelle kan også tenkes. Vedkommende er under forklaringsplikt og risikerer en relativt streng sanksjon hvis denne ikke etterkommes, men gir etter for presset og kommer med inkriminerende uttalelser. Dersom det likevel ikke blir en straffesak, vil det ikke være krenkelse av artikkel 6. Se punkt 2.1.2.

5.2 Ikke overholdt opplysningsplikt

Dette punktet omhandler den andre typesituasjonen nevnt ovenfor. Spørsmålet er i hvilke tilfeller en ilagt sanksjon for ikke overholdt forklaringsplikt i seg selv er i strid med vernet mot

⁹² Torgersen (2009) s. 240.

tvungen selvinkriminering. Som nevnt er situasjonen her at vedkommende nektet å etterkomme pålegget om å forklare seg, slik at det ble ilagt en rettslig sanksjon, og at vedkommende anses som ”charged” i en sak om straff etter artikkel 6.

I arbeidet med avhandlingen er det ikke funnet norsk rettspraksis som eksplisitt drøfter denne problemstillingen. EMD har imidlertid behandlet spørsmålet i flere saker.

Vernet mot selvinkriminering er ikke absolutt. Enhver ”tvang” i form av en rettslig sanksjon vil ikke krenke vernet.⁹³ Ved vurderingen av om det foreligger en krenkelse, må det tas utgangspunkt i momentene oppstilt under punkt 2.1.4, nemlig graden og arten av tvang, prosessuelle garantier og også ulike samfunnshensyn. Bruken av beviset vil bare være aktuelt i den andre typesituasjonen som omtales nedenfor.

Arten av tvang anklagede her utsettes for, er en rettslig forklaringsplikt sanksjonert med straff dersom den ikke overholdes. Det er dermed det nærmere innholdet i denne sanksjonen som vil være relevant i vurderingen av arten og graden av tvang. Arten av en slik sanksjon vil være bot eller fengselsstraff, enten som et engangstilfelle, eller gjentatt for hver gang anklagede nekter å etterkomme et pålegg. Graden av tvang kan etter omstendighetene variere betraktelig. EMD har lagt til grunn at både strafferammen og den straffen som vedkommende faktisk blir ilagt for ikke å ha overholdt opplysningsplikten, er relevant.⁹⁴ Det er imidlertid naturlig at den faktisk ilagte sanksjonen vil være mest tungtveiende.⁹⁵ Hvor grensen går for en tolerabel art og grad av tvang, er vanskelig å angi presist. Det sentrale må være om sanksjonen er av en slik art og styrke at den er egnet til å frata anklagedes reelle vern mot tvungen selvinkriminering. Generelt kan det sies at fengselsstraff ikke vil aksepteres. I Heaney og McGuinness ble klagerne ilagt fengselsstraff på seks måneder da de nektet å etterkomme pålegg om å oppgi hvor de befant seg i forkant av en terroraksjon. Selv om det forelå flere prosessuelle garantier, ble arten og graden av tvang ansett som så sterkt at EMD fastslo krenkelse av vernet mot tvungen selvinkriminering.⁹⁶ Graden av tvang kan også benyttes som et moment mot

⁹³ O’Halloran and Francis v. The United Kingdom avsnitt 53.

⁹⁴ Lückhof and Spanner v. Austria avsnitt 54.

⁹⁵ Øyen (2010) s. 153-154.

⁹⁶ Heaney and McGuinness v. Irealand avsnitt 51.

krenkelse. I O'Halloran og Francis ble klagerne tatt for å kjøre for fort i en automatisk trafikkontroll. De ble deretter pålagt å gi opplysninger om hvem som var sjåfør. Manglende opplysninger ville medføre en bot på 1000 britiske pund i tillegg til tre prikker på førerkortet. EMD poengterte at sanksjonene var "moderate and non-custodial".⁹⁷ Denne saken er et eksempel på vernets relative karakter; en moderat straff medførte ikke en krenkelse.

Omfanget av den forklaringsplikten anklagede pålegges, vil være av betydning for om vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket. Det sentrale er at dersom forklaringsplikten er mindre omfattende, vil den lettere godtas som konvensjonsmessig. Sakene Heaney og McGuinness og O'Halloran og Francis kan være illustrerende. I den førstnevnte var de to klagerne mistenkt for å være deltakere i en alvorlig terroraksjon. I medhold av nasjonal lovgivning ble de under avhør pålagt å gjøre rede for hvor de hadde vært og hva de hadde gjort innenfor avgrensede tidsrom på mellom sju og 13 timer.⁹⁸ I O'Halloran og Francis ble klagerne kun pålagt å informere om hvem som hadde kjørt bilene på et bestemt tidspunktet. Sammenlignet med den omfattende opplysningsplikten i Heaney og McGuinness var det kvantitative omfanget av denne opplysningsplikten svært liten. Dette anerkjennes av EMD, som uttaler at opplysningsplikten var "markedly more restricted" enn i Heaney og McGuinness.⁹⁹ EMD har ansett forklaringsplikten som et poeng av betydning for hvilken grad av tvang anklagede var utsatt for.¹⁰⁰ Teorien har derimot omtalt dette som et eget moment.¹⁰¹ Det er i alle tilfeller klart at forklaringsplikten omfang er relevant for om vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket eller ikke.

Det kan stilles spørsmål ved hvor treffende det er å legge vekt på slike kvantitative forskjeller i forklaringsplikten omfang.¹⁰² Et slikt argument kan aksepteres grunnet hensynet til å unngå at uskyldige inkriminerer seg.¹⁰³ Det har derimot dårlig forankring i hensynet til mistenktes

⁹⁷ O'Halloran and Francis v. The United Kingdom avsnitt 58.

⁹⁸ Heaney and McGuinness v. Ireland avsnitt 10.

⁹⁹ O'Halloran and Francis v. The United Kingdom avsnitt 58.

¹⁰⁰ I.c.

¹⁰¹ Torgersen (2009) s. 246 og Øyen (2010) s. 154.

¹⁰² Torgersen (2009) s. 252.

¹⁰³ Øyen (2010) s. 154.

verdighet.¹⁰⁴ Når det gjelder å hindre at anklagede stilles i en posisjon hvor vedkommende må velge mellom å lyve eller å inkriminere seg, er ikke alltid det kvantitative omfanget av forklaringsplikten viktig. I tilfeller hvor det er på det rene at det er kjørt for fort, vil det typisk kun være sjåførens identitet som mangler før straffeansvar kan idømmes. Så lenge hensynet til verdig behandling av mistenkte er en sentral begrunnelse bak vernet mot tvungen selvinkriminering, bør kanskje fokuset være på hvor avgjørende den aktuelle informasjonen er for straffespørsmålet, i stedet for det kvantitative omfanget av opplysningsplikten. Når det er sagt var ikke dette det eneste momentet som talte imot krenkelse i O'Halloran og Francis (se nedenfor).

EMD vurderer også hvorvidt det forelå prosessuelle garantier ment å sikre anklagedes rettigheter ved vurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket.¹⁰⁵ Slike garantier kan eksempelvis innebære at straffen for ikke overholdt opplysningsplikt ikke er strengt objektiv, slik at anklagede slipper sanksjonen hvis han faktisk ikke har den aktuelle opplysningen.¹⁰⁶ De kan også gå ut på rett til bistand av forsvarer, eller at eventuelt inkriminerende forklaringer ikke kan benyttes i en senere straffesak.¹⁰⁷ Vekten av dette momentet er imidlertid svært avhengig av hvilken grad av tvang som foreligger. Dersom tvangen er sterk, ser det ikke ut til at EMD mener at prosessuelle garantier kan forhindre en krenkelse. EMD har blant annet uttalt om slike prosessuelle garantier at "such protections could only be relevant to the present complaints if they could effectively and sufficiently reduce the degree of compulsion imposed (...) to the extent that the essence of the rights at issue would not be impaired by that domestic provision".¹⁰⁸ Poenget ser ut til å være, slik som Dale Jensen uttaler det, at andre "rettigheter eller garantier som tilkommer anklagede under straffeprosessen, må således være av en slik art at vernet mot selvinkriminering fortsatt er reelt".¹⁰⁹ Det kan således hevdes at tilgangen på prosessuelle garantier sjelden gjør en form for tvang som i utgangspunktet er for sterk, legitim.

¹⁰⁴ I.c.

¹⁰⁵ O'Halloran and Francis v. The United Kingdom avsnitt 55 og 59.

¹⁰⁶ ibid. avsnitt 59.

¹⁰⁷ Heaney og McGuinness v. Ireland avsnitt 52.

¹⁰⁸ ibid. avsnitt 51.

¹⁰⁹ Jensen (2003) s. 28.

Ulike samfunnshensyn er også relevante ved vurderingen av om opplysningsplikten har krenket vernet mot tvungen selvinkriminering. Særlig det strafferettslige behovet for å tillate den fremgangsmåten som myndighetene benyttet, har vært anført for domstolen. Det strafferettslige behovet kan være en henvisning til at den aktuelle typen kriminalitet er vanskelig å etterforske eller til den konkrete sakens alvor. Praksis gir ikke grunnlag for å gå inn på eventuelle forskjeller mellom disse. Slike hensyn ble nokså uttrykkelig avvist både i Saunders om økonomisk kriminalitet¹¹⁰ og i Heaney og McGuinness om terror.¹¹¹ Imidlertid har domstolen i det minste nevnt momentet i flere senere saker, slik at det må antas å være relevant.¹¹² Det ser imidlertid ikke ut til at hensynet har blitt tillagt avgjørende vekt i noen saker. O'Halloran og Francis viser at dette er et kontroversielt moment. Flertallet tar ikke opp spørsmålet i sine premisser, mens et dissenterende mindretall uttrykkelig avviste relevansen av momentet. Både dommer Pavloschi og dommer Myjer er i sine dissenser klare på at "public interest" ikke kan rettferdiggjøre slike inngrep i retten til en fair trial.¹¹³ Disse utgjør kun et mindretall, slik at flertallets mening må stå som gjeldende rett. Men flertallets manglende behandling av problemstillingen må svekke den rettskildemessige vekten av dommen på dette punkt.

I nær relasjon til "public interest"-momentet ble det i O'Halloran og Francis vektlagt hvilket saksområde saken gjaldt, nemlig trafikkkontroll. Nærmere bestemt ble det påpekt at bilførere er underlagt et kontrollregime av hensyn til at biler har "the potential to cause grave injury".¹¹⁴ I forlengelsen av dette ble det påpekt av flertallet at bileiere har akseptert nettopp dette kontrollregime ved å eie bilen. Dette forstås slik at det må være hensynet til bilers farepotensial som kan begrunne at et slikt nasjonalt kontrollregime opprettholdes, selv der det tilsynelatende er i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. Argumentet om at man skulle ha akseptert et innhugg i vernet etter EMK artikkel 6 simpelthen ved å anskaffe en bil, virker lite

¹¹⁰ Saunders v. The United Kingdom avsnitt 74.

¹¹¹ Heaney and McGuinness v. Ireland avsnitt 57-58.

¹¹² Jalloh v. Germany avsnitt 97.

¹¹³ O'Halloran v. Francis. Siste halvannen side av Pavloschi (ingen avsnittsoppdeling) og avsnitt 6 og 7 hos Myjer.

¹¹⁴ *ibid.* avsnitt 57.

naturlig.¹¹⁵ En slik tankegang passer bedre på mer spesialiserte og profesjonaliserte områder, for eksempel innenfor forretningslivet.¹¹⁶

Oppsummert viser det seg at momentene nevnt under punkt 2.1.4 er det sentrale også i relasjon til straffesanksjonerte opplysningsplikter, med unntak for bruken av forklaringene. Gode grunner taler for at arten og graden av tvang som pålegges anklagede dersom han ikke etterkommer opplysningsplikten, er det mest tungtveiende momentet. Videre er det verdt å merke seg at omfanget av forklaringsplikten er relevant, og likeså at man befinner seg innenfor et kontrollregime med farepotensial.

5.3 Bruk i straffesaker av opplysninger ervervet ved straffesanksjonert opplysningsplikt

Problemstillingen i dette punktet omhandler personer som har valgt å etterkomme en opplysningsplikt fra forvaltningen, enten før eller etter at de var ”charged” etter EMK artikkel 6. Forvaltningsorganet som mottok forklaringen, kan gi opplysningene videre til politiet uten hinder av forvaltningslovens taushetsplikter, jf. forvaltningsloven § 13 b (1) nr. 6. For enkelte forvaltningsorganer er dette en viktig del av organets virksomhet, som for eksempel for Konkurransetilsynet.¹¹⁷ Det er likevel klart at bruken av slike forklaringer under en straffesak mot vedkommende kan være i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. Problemstillingen er når dette er tilfellet.

Som påpekt under punkt 2.1.2, inntreer vernet mot tvungen selvinkriminering først fra det tidspunktet det foreligger en siktelse i konvensjonens forstand. På tidspunktet hvor opplysningsplikten pålegges, vil det ikke nødvendigvis foreligge en slik siktelse. I Bølgepappkjennelsen i Rt-1994-610 forstod Høyesterett utgangspunktet om at vernet mot tvungen selvinkriminering ikke gjelder før det foreligger en siktelse, slik at forklaringer innhentet før siktelse, fritt kunne brukes under straffesaken. Nyere praksis indikerer imidlertid at Høyesterett har snudd i

¹¹⁵ O’Halloran and Francis v. The United Kingdom. Dissenterende dommer Pavloschis votum.

¹¹⁶ Torgersen (2009) s. 251.

¹¹⁷ Elgesem (2010) s. 61.

spørsmålet, blant annet som følge av Saunders-saken. I dommen inntatt i Rt-2007-932 vises det til både Bølgepappkjennelsen og Saunders, før førstvoterende uttaler at

”det i dag ikke kan trekkes noe skarpt skille mellom forklaringer avgitt på kontroll- og undersøkelsesstadiet og forklaringer avgitt under straffesak. Også bruk i straffesak av forklaringer avgitt under forklaringsplikt før straffesaken kan krenke vernet mot tvungen selvinkriminering”.¹¹⁸

Regelen er dermed klar. Også forklaringer ervervet ved en straffesanksjonert opplysningsplikt forut for en eventuell siktelse, kan krenke vernet mot tvungen selvinkriminering dersom forklaringene brukes i en etterfølgende straffesak.

Forklaringen vil i disse tilfellene ikke være ulovlig ervervet. Situasjonen skiller seg dermed fra tilfeller av tortur eller provokasjon. Forskjellen gir seg utslag i hvilke vurderinger som gjøres for å avgjøre hvorvidt selvinkrimineringsvernet er krenket. Dette illustreres gjennom forskjellene i Høyesteretts tilnærming i avgjørelsene i Rt-1999-1269 og Rt-2007-932. I den første forelå ingen opplysningsplikt, men forklaringen var ervervet ved bruk av provokasjon i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering. Se om saken i punkt 2.2.2. Bevisforbudsspørsmålet ble løst gjennom en vurdering av hvorvidt en føring av beviset ville innebærer en gjentakelse eller fortsettelse av det aktuelle rettsbruddet. I den andre var forklaringen innhentet i samsvar med en opplysningsplikt på et tidspunkt hvor vernet mot tvungen selvinkriminering ennå ikke hadde inntrådt. Det forelå dermed ikke et ulovlig beviserverv. Høyesterett foretok da en bredere vurdering av hvorvidt bruken av forklaringen i lys av andre momenter var i strid med vernet i EMK artikkel 6. Presist uttalte Høyesterett at ”måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys”, vil være ”sentralt”.¹¹⁹

I Saunders viste EMD til to momenter når det skulle vurderes om bruken av forklaringen i straffesaken hadde krenket vernet mot tvungen selvinkriminering; hvorvidt klageren var ”subject to compulsion to give evidence” og om ”the use made of the resulting testimony at his

¹¹⁸ Rt-20932 avsnitt 24.

¹¹⁹ Rt-2007-932 avsnitt 24.

trial offended the basic principles of a fair procedure”.¹²⁰ Når det rett nedenfor uttales at staten var enig i at klageren her var utsatt for tvang ved at han risikerte bøter og fengsel i opptil to år ved å nekte å svare på spørsmålene, var det bruken av forklaringen under straffesaken som utgjorde det sentrale momentet i vurderingen.

I en nyere dom, O’Halloran og Francis, viser EMD til en samlet vurdering av de fire momentene nevnt i punkt 2.1.4.¹²¹ Det ser dermed ut til at også prosessuelle garantier er relevante.¹²² Det samme er samfunnsinteresser som spilte en fremtredende rolle i denne saken. Det er imidlertid verd å merke seg at de to klagerne var i ulike situasjoner. O’Halloran hadde erkjent at han kjørte bilen, slik at det i utgangspunktet var en tilsvarende situasjon som i Saunders: Var det i strid med selvinkrimineringsvernet at forklaringen ble brukt i straffesaken? For Francis var situasjonen mer som i punkt 5.2: Var sanksjonen som ble ilagt da han nektet å forklare seg i strid med selvinkrimineringsvernet? EMD foretok en samlet vurdering av disse tilfellene, med unntak av at momentet om hvordan forklaringen ble brukt i den etterfølgende straffesaken, kun var relevant for O’Halloran.

Selv om det må foretas en bred vurdering, tyder uttalelser i praksis på at bruken av forklaringene vil være særlig tungtveiende. Mer presist viser både Saunders og Rt-2007-932 at den kvantitative bruken av de aktuelle forklaringene under straffesaken er relevant, altså hvor stor plass forklaringene vies under hovedforhandlingen. I hvilken utstrekning forklaringen brukes, kan være et argument både for og imot at krenkelse foreligger. I Saunders brukes den omfattende oppmerksomheten som ble viet til opplesningen av forklaringene, som argument for at vernet er krenket. Påtalemyndighetene leste opp de aktuelle forklaringene fra Saunders i tre dager med den hensikt å svekke hans troverdighet. EMD omtaler dette som ”extensive use”.¹²³ Krenkelse ble følgelig fastslått. I Rt-2007-932 brukes i stedet momentet som argument for at vernet etter EMK artikkel 6 ikke er krenket. Det uttales at den aktuelle bruken kunne ”ikke på noen måte sammenlignes med den svært omfattende bruken i saken mot

¹²⁰ Saunders v. The United Kingdom avsnitt 69.

¹²¹ O’Halloran and Francis v. The United Kingdom avsnitt 55.

¹²² Saunders v. The United Kingdom avsnitt 75.

¹²³ *ibid.* avsnitt 72.

Saunders”.¹²⁴ Det var i denne saken tvil om det virkelig ble lest fra de tidligere avgitte forklaringene under straffesaken.

EMD ser også på hvor sentrale forklaringene var i det totale bevisbildet. I *Kansal mot Storbritannia* la EMD til grunn at vernet mot tvungen selvinkriminering var krenket nærmest utelukkende fordi de aktuelle forklaringene, som var avgitt under opplysningsplikt, ble ansett som svært sentrale bevis i saken.¹²⁵ Også i hvilken grad forklaringene ble vektlagt kan selvsagt brukes i motsatt retning dersom de utgjorde kun en mindre del av det totale bevisbildet. Høyesterett gjør dette i Rt-2007-932 når det uttales at ”forklaringene har spilt en beskjeden rolle ved domfellelsen”.¹²⁶ EMD benytter en slik argumentasjon i *O’Halloran og Francis*. O’Halloran hadde gitt etter for en opplysningsplikt som gikk ut på å informere om hvem som var sjåfør av bilen han eide etter at bilen ble tatt i automatisk trafikkontroll. EMD påpekte imidlertid i avsnitt 60 at klageren ikke utelukkende ble dømt på bakgrunn av sin egen forklaring. Det generelle poenget; at forklaringenes vekt i bevisvurderingen er relevant, har gode grunner for seg. Men at en bileiers innrømmelse av at han var sjåfør av bilen på et tidspunkt det er uomtvistet at bilen kjørte for fort, synes å ha større betydning i den samlede bevisvurderingen enn det EMD her legger opp til.

Det kan også reises spørsmål om det kreves at de avgitte forklaringene faktisk benyttes under straffesaken, eller om det er tilstrekkelig for å konstatere krenkelse av vernet at myndighetene besitter forklaringene og har anledning til å legge dem fram. Den tidligere omtalte *Bølgepappsaken* ble klaget inn til EMD, men ble avvist av kommisjonen som ”manifestly ill-founded”.¹²⁷ Årsaken til dette er at de aktuelle forklaringene faktisk ikke ble opplest under straffesaken. Høyesterett hadde konkludert med at forklaringene kunne brukes innen rammene av strpl. § 290, slik at de kunne brukes i konfrontasjonsøyemed dersom klagerne under straffesaken forklarte seg avvikende.¹²⁸ Vitende om dette valgte klagerne å forklare seg på samme måte under straffesaken som tidligere. Kommisjonens avgjørelse tyder på at vernet mot tvungen selvinkriminering ikke kan anses krenket der de tidligere avgitte forklaringene

¹²⁴ Rt-2007-932 avsnitt 35.

¹²⁵ *Kansal v. The United Kingdom*. Saken er imidlertid spesiell ved at staten erkjente krenkelse.

¹²⁶ Rt-2007-932 avsnitt 35.

¹²⁷ *Peterson Sarpsborg AS and Others v. Norway*.

¹²⁸ Rt-1994 s.610 på s. 620.

faktisk ikke benyttes under straffesaken. Aall er kritisk til avgjørelsen. Han mener at kommisjonen har lagt ”for liten vekt på den ’psykiske tvang’ til å bidra til sin egen domfellelse som de tidligere avgitte forklaringene utgjorde”,¹²⁹ og at forskjellen mot Saunders var ”ikke vesentlig”.¹³⁰ Aall påpeker også det rettskildemessig betenkelige i at verken forholdet til Funkedommen eller til Kommisjonens egen rapport om Saunders-saken omtales.¹³¹ Videre er det uttalelser i Saunders som tyder på at i hvilken grad forklaringene påvirket anklagede til å også forklare seg under straffesaken, er relevant ved vurderingen av om vernet er krenket.¹³²

Forholdene ved avgivelsen av forklaringen, altså graden og arten av tvang vedkommende var underlagt, vil også være et viktig moment. I O’Halloran og Francis ble dette momentet benyttet likt for begge de to klagerne, selv om de altså befant seg i ulike situasjoner. Dette indikerer at det som ble sagt om grad og art av tvang i punkt 5.2, vil ha relevans også her. I O’Halloran og Francis trekkes særlig frem hva slags sanksjon de to klagerne risikerte dersom pålegget om opplysningsplikt ikke ble overholdt, samt det kvantitative og kvalitative omfanget av opplysningsplikten. Se punkt 5.2.

Også det som er sagt om prosessuelle garantier og samfunnshensyn under punkt 5.2, vil være relevant for tilfellene omtalt i dette punktet.

For å oppsummere viser praksis at særlig ulike sider ved bruken av forklaringene under straffesaken vil være av stor betydning for å avgjøre om vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket. Men på samme måte som omtalt i punkt 5.2, vil også de andre momentene fra punkt 2.1.4 være relevante. Som ovenfor er graden av tvang den anklagede risikerte dersom ikke opplysningsplikten ble overholdt, det viktigste.

¹²⁹ All (1998) s. 165.

¹³⁰ I.c.

¹³¹ ibid. s. 164.

¹³² Saunders v. The United Kingdom avsnitt 73.

6 Konsekvenser av at vernet mot tvungen selvinkriminering er krenket

6.1 Mulige konsekvenser

Krenkelse av vernet mot tvungen selvinkriminering kan anses som en rettslig betingelse. Når denne betingelsen foreligger, kan det tenkes en rekke alternative rettsvirkninger. Disse er ikke gjensidig utelukkende. Flere kan tenkes aktuelle i samme sak. Som en ytterste konsekvens, kan anklagede frifinnes, slik som tilfellet vil være ved ulovlig tiltaleprovokasjon.¹³³ Alternativt kan saken blitt avvist som følge av overtredelsen. Andre konsekvenser kan være sanksjoner for den eller de tjenestemenn som faktisk stod for det ulovlige beviservervet. De kan gjøres til gjenstand for disiplinærsanksjoner eller straff.

En sentral rettsvirkning av krenkelse av selvinkrimineringsvernet er bevisforbud på domstolstadiet. Denne mulige konsekvensen gjennomgås nærmere i punkt 6.2. Deretter vil det forsøksvis sies noe om hvorvidt det må foreligge bevisforbud også under etterforskningen i punkt 6.3. Til slutt skal avledede bevisforbud behandles i punkt 6.4.

Når det gjelder tilfellene med straffesanksjonerte forklaringsplikter, passer de ikke helt inn i en systematikk med krenkelse av vernet som betingelse for rettsvirkningen bevisforbud. I situasjonene hvor anklagede nekter å forklare seg og dermed ilegges en sanksjon, vil det ikke bli en etterfølgende straffesak hvor bevisforbud er aktuelt. Når anklagede derimot forklarer seg inkriminerende, og det blir spørsmål om å benytte denne forklaringen under straffesaken, er det som nevnt denne bruken som kan stride mot vernet mot tvungen selvinkriminering, ikke beviservervet i seg selv. Det blir dermed kunstig å snakke om krenkelse av vernet som en betingelse for at rettsvirkningen bevisforbud skal inntre. Det interessante er uansett når en slik forklaring må nektes ført for retten, og dette er omtalt i punkt 5.3.

¹³³ Rt-1992-1088 på s. 1091.

6.2 Bevisforbud på domstolstadiet

Som nevnt i punkt 2.2.1 vil et bevisforbud på domstolstadiet måtte forstås som et føringsforbud og ikke bare et vektleggingsforbud. Spørsmålet i dette punktet, er dermed når forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering må nektes ført for retten. Det minnes om at hovedregelen i norsk rett er at selv ulovlig ervervet bevis kan føres for retten.

Ulovlig innhentede forklaringer må som utgangspunkt nektes ført for retten dersom føringen vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de interesser som ble krenket ved ervervet. Se punkt 2.2. Om denne vurderingen uttaler førstvoterende i Fængselsbetjentsaken:

”I dette tilfellet har påtalemyndigheten fått tilgang til de beviser som er fremskaffet ved bruk av C og politibetjent D, ved at politiet ikke i tilstrekkelig grad har respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus. Denne retten er et grunnleggende prinsipp for norsk straffeprosess, og om beviset skulle bli tillatt ført, vil det etter min mening måtte ses på som en gjentakelse av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset.”¹³⁴

Ved vurderingen av om føringen av forklaringen vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse, tar Høyesterett ikke utgangspunkt i den fremgangsmåten som politiet brukte ved ervervet av forklaringen. Det at forklaringen ble sikret ved bruk av aktiv bevisprovokasjon, blir ikke nevnt. I stedet er det resultatet av fremgangsmåten, at den var i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering som er i fokus. Dette er i overensstemmelse med at det relevante er om bevisføringen vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av de samme interessene som ble krenket ved beviservervet. Ved innhenting av en forklaring i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering er det anklagedes interesse i kontrollere inkriminerende informasjon om seg selv som krenkes. Dersom forklaringen legges frem i retten, er det nærliggende å anse dette som en krenkelse av den samme interessen. Den aktuelle informasjonen benyttes utenfor anklagedes kontroll. Hvordan vernet mot tvungen selvinkriminering ble krenket, er således underordnet. Basert på Fængselsbetjentsaken må derfor utgangspunktet være bevisforbud for forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering.¹³⁵

¹³⁴ Rt-1999-1269 s. 1272-1273.

¹³⁵ Torgersen (2009) på s. 287.

I teorien er imidlertid spørsmålet om gjentatt eller fortsatt krenkelse ved føringen av en forklaring et gradsspørsmål.¹³⁶ Det legges dermed opp til at hensynet til sakens opplysning likevel kan vinne frem dersom den fortsatte eller gjentatte krenkelse må anses som liten.

Øyen viser til Rt-2003-1814 som et eksempel på at forklaring innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering ikke alltid fører til bevisforbud.¹³⁷ En person ble tilsnakket av to uniformerte politimenn mens han befant seg i en bil. Han var åpenbart beruset og politiet spurte gjentatte ganger om mannen hadde kjørt bilen, noe han bekreftet flere ganger. Pressmiddelet i saken bestod i at mannen ble ikke gjort oppmerksom på sin rett til ikke å forklare seg til politiet etter strpl. § 232. Høyesterett drøftet ikke bevisforbud under synsvinkelen gjentatt eller fortsatt krenkelse, men foretok i stedet en ”interesseavveining” uten å kommentere gjentakelsesnormen nærmere.¹³⁸ Forklaringen ble tillatt ført i saken av hensyn til den materielle sannhet.¹³⁹ Hvorfor Høyesterett valgte denne fremgangsmåten fremstår som noe uklart. Det kan være snakk om et tilfelle der den gjentatte eller fortsatte krenkelsen ble ansett som så liten at forklaringen av den grunn likevel kunne føres, slik Øyen legger opp til. Alternativt kan man forstå Høyesterett slik at det ikke var snakk om en fortsatt eller gjentatt krenkelse, og at man dermed falt tilbake på den interesseavveining som anvist i Fengselsbetjentsaken. Sentralt er uansett at krenkelsen anklagede var utsatt for, var liten og bevispåliteligheten stor. Hensynet til den materielle sannhet trumfet derfor anklagedes interesser. Denne saken bærer preg av å være et unntak fra utgangspunktet om at bruk av forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering, vil medføre bevisforbud.¹⁴⁰

I saker hvor anklagedes vern mot tvungen selvinkriminering er krenket, er det som nevnt anklagedes interesse i å kontrollere selvinkriminerende informasjon som krenkes. Ved å legge frem denne informasjonen under straffesaken, vil anklagedes interesser i å kontrollere den aktuelle informasjonen krenkes igjen. Forstått på denne måten er det utgangspunktet som tilsynelatende tas i Fengselsbetjentsaken fornuftig. Denne tankegangen gjelder uavhengig av

¹³⁶ Torgersen (2009) s. 148, Øyen LoR (2010) s. 431.

¹³⁷ *ibid.*s. 433.

¹³⁸ Rt-2003-1814 avsnitt 22.

¹³⁹ *ibid.* avsnitt 24.

¹⁴⁰ Øyen LoR (2010) s. 433.

arten av det rettsbruddet anklagede har vært gjenstand for, enten dette er provokasjonshandlinger eller tortur. Anklagedes interesse i å kontrollere informasjon om seg selv vil være den samme.

Ved tortur og lignende kommer det et aspekt av fysisk krenkelse i tillegg. Det kan vanskelig hevdes at den anklagedes interesser i å ikke bli utsatt for fysiske overgrep, krenkes på nytt dersom forklaringen legges frem i retten. Men igjen foreligger det en gjentatt krenkelse av interessen i å kontrollere informasjon. I disse tilfellene er det også andre hensyn som bidrar til å styrke rettmessigheten av et bevisforbud. Bevispåliteligheten blir svekket, samtidig som hensynet til en lovformelig prosess tilsier bevisforbud når krenkelsen er så alvorlig. I tillegg følger det av praksis fra EMD at et føringsforbud for forklaringene i mange tilfeller vil være nødvendig for å hindre krenkelse av EMK artikkel 6. Se punkt 3.

Konklusjonen må være at føring av en forklaring innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering som utgangspunkt, må anses som en fortsatt eller gjentatt krenkelse av anklagedes interesser, og at forklaringen dermed normalt må nektes ført. Det kan likevel tenkes unntak fra dette der krenkelsen av anklagedes interesser er særlig liten, slik at hensynet til sakens opplysning vinner frem.

6.3 Bevisforbud på etterforskningsstadiet

6.3.1 Forbud mot at politiet gjør seg kjent med opplysningene

Når anklagede har vært undergitt en straffesaksjonert forklaringsplikt og dermed avgitt en inkriminerende forklaring, oppstår spørsmålet om politiet undertiden har forbud mot å gjøre seg kjent med forklaringen. I saker hvor politiet fremskaffer opplysningene fra anklagede, oppstår ikke problemet naturlig under denne synsvinkelen. Det blir da et spørsmål om hvorvidt politiets fremgangsmåte har vært tilbørlig, og eventuelt et spørsmål om konsekvenser hvis så ikke er tilfellet.

Forvaltningsorganer som mottar inkriminerende forklaringer fra anklagede, kan som utgangspunkt formidle disse til politiet uavhengig av taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13 b (1) nr. 6. Selv om forvaltningsorganet ikke er forhindret fra å gi den aktuelle informasjonen, kan politiet teoretisk ha forbud mot å ta den i mot. Normen om fortsatt eller gjentatt krenkelse er

imidlertid ikke direkte anvendelig i disse tilfellene. Det er ikke snakk om en ulovlig ervervet forklaring, men kun at eventuell bruk er i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering.

Som nevnt kan et bevisforbud på etterforskningsstadiet ikke forankres i EMK artikkel 6, slik at et forbud mot at politiet gjør seg kjent med forklaringer gitt til forvaltningsorganer, ikke følger av denne bestemmelsen.

I Rt-1996-1114 som omhandler en anklaget som ønsket å føre resultatet av en løgndetektor-test for retten, uttaler Høyesterett at det "helt unntaksvis" kan tenkes bevisforbud på ulovfestet grunnlag også for bevis ervervet på lovlig måte.¹⁴¹ Dette må i så fall begrunnes i "tungtveiene generell rettsikkerhets- eller personvern hensyn".¹⁴² Forutsatt at samme norm er anvendelig på dette stadiet i saken, kan det tenkes et forbud mot at politiet gjør seg kjent med opplysninger fremskaffet ved grovere krenkelser overfor anklagede. Press i form av en straffesanksjonert opplysningsplikt vil imidlertid neppe medføre en slik konsekvens.

6.3.2 Bevisforbud ved gjentatt eller fortsatt krenkelse

Spørsmålet er om et bevisforbud for forklaringer oppnådd gjennom brudd på vernet mot tvungen selvinkriminering kan strekkes til også å gjelde på etterforskningsstadiet, slik at politiet plikter å se bort i fra beviset under den videre etterforskningen. Et slikt bevisforbud må begrunnes på samme måte som et bevisforbud for domstolene, jf. punkt 2.2.3.1. Det relevante er dermed å vurdere om politiets bruk av forklaringen vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse av de interesser som ble krenket ved beviservervet. Dersom dette ikke er tilfellet, må bevisforbud vurderes etter en interesseavveining.

Hvorvidt politiets bruk av en forklaring innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering vil innebære en fortsatt eller gjentatt krenkelse, er en vanskelig vurdering. Interessen som er krenket ved beviservervet, kan som nevnt omtales som interessen i å kontrollere den inkriminerende informasjonen. Dersom politiet benytter forklaringen som grunnlag for den videre etterforskning, for eksempel for å finne nye vitner, vil den informasjonen som anklagede har interesse av å kontrollere, i og for seg bli brukt utenfor vedkommendes kontroll. Slik

¹⁴¹ Rt-1996-1114 s. 1118.

¹⁴² *ibid.* s. 1119.

krenkes interessene i å kontrollere informasjonen igjen. Samtidig er politiets bruk av forklaringen slik at krenkelsen må anses som mildere enn i tilfellene der forklaringen føres for retten under straffesaken.

Graden av gjentakelse eller fortsettelse vil avhenge av hva slags bruk politiet gjør av forklaringen. Krenkelsen må være størst der forklaringen benyttes som grunnlag for påtaleunntatelse eller forelegg, eller som grunnlag for tvangsmidler mot anklagede. Den informasjonen som det var i anklagedes interesse å ha kontroll over, blir i slike tilfeller brukt for domstolene med mulige inngripende konsekvens for anklagede. Under etterforskningen er det slik bruk som ligger nærmest opp til føring av beviset i straffesaker, for eksempel ved at det typisk foreligger et mistankekrav i saker om tvangsmidler. Slik bruk av forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering må innebære en gjentatt krenkelse av anklagedes interesser i å kontrollere den inkriminerende informasjonen.

Hvis forklaringen kun inngår som et ledd i politiets oversikt over de faktiske opplysningene i saken, uten at den benyttes på annen måte, er det tvilsomt om det overhodet foreligger en fortsatt eller gjentatt krenkelse. Forklaringen brukes ikke, utover å inngå som et element i etterforskningsmaterialet. Det er vanskelig å se hvordan dette kan innebære en gjentatt krenkelse av anklagedes interesser. Bevisforbudet etter denne normen ikke kan strekkes så langt at politiet plikter å se helt bort fra informasjon ervervet gjennom brudd på vernet mot tvungen selvinkriminering.

Mellom de to ovennevnte ytterpunktene kan forklaringer tenkes benyttet på en rekke ulike måter. Hvorvidt bruken innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Som nevnt i pkt 2.2.3.1 legger DNA-utvalget til grunn at bruk av ulovlig innhentet DNA til fremstilling av DNA-profiler, vil innebære en gjentatt krenkelse av de interesser som ble krenket ved ervervet. Tilsvarende kan forklaringer tenkes brukt til å finne nye vitner eller lokalisere reelle bevis. Dette må sies å være vanskelige grensetilfeller. Isolert sett benyttes forklaringen avgitt under press eller tvang mot anklagede, men samtidig er bruken relativt avledet og ikke direkte rettet mot vedkommende. Den tryggeste konklusjonen er dermed at bevisforbud ikke hindrer slik bruk av forklaringer, og heller vurdere disse spørsmålene under synsvinkelen avledet bevisforbud, se punkt 6.4.

Oppsummert må politiets bruk av forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering som grunnlag for tvangsmidler mot anklagede, som utgangspunkt innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av anklagedes interesser. Dette tilsier at det foreligger et bevisforbud. Resultatet bør være motsatt når det gjelder bruk av forklaringer til kun å belyse fakta, mens annen bruk på etterforskningsstadiet vil skape vanskelige grensespørsmål.

6.3.3 Bevisforbud etter en interesseavveining

Sett bort fra tilfellene av fortsatt eller gjentatt krenkelse må bevisforbudsspørsmålet løses etter en interesseavveining. Spørsmålet er om og i hvilke tilfeller denne avveiningen kan begrunne et bevisforbud på etterforskningsstadiet. Høyesterett har som nevnt gitt anvisning på fire momenter som må vektlegges, nemlig ”grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset”.¹⁴³ I tillegg må det være relevant å vurdere de hensynene som normalt begrunner bevisforbud på domstolstadiet, i den grad de ikke fanges opp av momentene i interesseavveiningen.

Grovheten av den krenkelse som anklagede utsettes for, er svært alvorlig i torturtilfellene. Det gjelder en av anklagedes mest grunnleggende rettigheter. Forbudet mot tortur er i EMK artikkel 3 absolutt i den forstand at det aldri kan derogeres fra, jf. EMK art. 15. Selv behandling som ikke er tortur, men som kvalifiserer til umenneskelig eller nedverdiggende behandling, må sies å utgjøre grove krenkelser av anklagedes interesser. Behandlingen de anklagede var utsatt for i Rt-1948-46 var nok i strid med dagens forståelse av EMK artikkel 3. Bevisforbud på etterforskningsstadiet var ikke et tema der. Fremgangsmåten til politibetjentene var imidlertid gjenstand for svært skarp kritikk av Høyesterett, som helt klart anså den krenkelsen de anklagede hadde vært utsatt for, som grov.

I de tilfellene der politiet krenker vernet mot tvungen selvinkriminering ved å benytte for vidtgående provokasjonsmetoder, må ”grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset” også anses som relativt betydelig. Krenkelsen er ikke like grov som når anklagede utsettes for tortur eller annen behandling i strid med EMK artikkel 3, men myndighetene

¹⁴³ Rt-1999-1269 s. 1272.

har likevel tilsidesatt et ”grunnleggende rettsstatsprinsipp”¹⁴⁴ til beskyttelse av anklagede ved å forlede vedkommende til å forklare seg i strid med eget ønske. Krenkelsens grovhet taler dermed for et bevisforbud både i tilfeller av tortur og provokasjon.

Når det gjelder om vedkommende plikter å forklare seg, følger det av strpl. § 232 at ingen plikter å forklare seg for politiet. Dersom forfølgning innledes ved retten, for eksempel i en sak om tvangsmidler, vil anklagede som utgangspunkt anses som ”siktet” etter strpl. § 82 slik at vedkommende ikke plikter å forklare seg, jf. strpl. § 90. Også dette momentet i interesseavveiningen taler dermed for et bevisforbud på etterforskningsstadiet.

Høyesterett vektlegger i tillegg sakens alvor i interesseavveiningen. Hensynet til sakens opplysning står sterkere jo mer alvorlige saken er. I Rt-1992-698 uttaler Høyesterett nettopp at ”[h]ensynet til sakens opplysning gjør seg sterkere gjeldende ved alvorlige forbrytelser enn ved mindre grove forhold”.¹⁴⁵ Samfunnets forventning om at alvorlig kriminalitet oppklares, kan dermed legitimere bruk av bevis som ikke ville blitt godtatt i mer bagatellmessige saker. Dette poenget bør imidlertid kun være avgjørende i tvilstilfeller.

Å tillate flere ulovlige bevis i mer alvorlige saker er tilsynelatende et lite paradoks i saker hvor beviset krenket vernet mot tvungen selvinkriminering. Begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet står sterkere i mer alvorlige saker, fordi anklagede her risikerer strengere straff og større moralsk bebreidelse.¹⁴⁶ At en sak er alvorlig, blir dermed først et poeng som styrker begrunnelsen for selvinkrimineringsvernet, før samme poeng brukes for å begrunne at krenkelsen ikke skal føre til bevisforbud. Rettstilstanden er imidlertid klar, og denne tilsynelatende selvmotsigelsen har nok begrenset verdi.

Hovedhensynet mot et bevisforbud vil alltid være hensynet til sakens opplysning. Dette hensynet står imidlertid svakere dersom ”bevisverdien av beviset” er usikker. Det er mindre grunn til å godta bruk av en upålitelig forklaring enn en forklaring som med stor sikkerhet beskriver sannheten. Bevisverdien av forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen

¹⁴⁴ *ibid.* s. 1271.

¹⁴⁵ Rt-1992-698 s. 706.

¹⁴⁶ Øyen (2010) s. 118-119.

selvinkriminering avhenger av hva slags krenkelse anklagede har vært utsatt for. Behandling i strid med EMK artikkel 3 fører til at forklaringens troverdighet svekkes. Forklaringer ervervet ved ulovlig bevisprovokasjon er ikke beheftet med slik usikkerhet som naturlig følger med forklaringer ervervet i strid med torturforbudet. Men selv om anklagede i slike tilfeller ikke er utsatt for psykisk press og bruk av opptaksutstyr gjør det helt klart hva som faktisk ble sagt, er det ingen automatikk i at anklagedes forklaring er sann.

Bevisverdien av forklaringen som begrunnelse for bevisforbud, gjør seg imidlertid i mindre grad gjeldende under etterforskningen. Forklaringen vil ofte kun danne utgangspunkt for det videre beviservert. Dersom det senere tas ut tiltale mot anklagede, vil dette med sannsynlighet være fordi også andre bevis taler for anklagedes skyld. Hvis den selvinkriminerende forklaringen er usann, er det muligheter for at dette kommer frem gjennom senere beviservert, slik at det aldri tas ut tiltale mot vedkommende. Dette blir noe annerledes ved spørsmål om tvangsmidler mot anklagede, men slik bruk vil som utgangspunkt måtte anses som en gjentatt krenkelse, jf. punkt 6.3.2.

Et forbud mot bruk av forklaringer ervervet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering under etterforskningen har støtte i en betraktning om at det motsatte resultat vil være i strid med et ønske om en lovformelig og tillittfull straffeforfølgning. Dels anses en slik lovformelig prosess som et gode, og dels vil lovformeligheten indirekte støtte opp om andre ønskede konsekvenser av straffeprosessen.¹⁴⁷ Motsatt vil ervert av forklaringer som krenker selvinkrimineringsvernet, stride med befolkningens rettsfølelse og skape en distanse til myndighetene som kun er egnet til å svekke tillitten til straffesystemet og fjerne potensielle prevensjonsvirkninger ved straffen.¹⁴⁸ Med det sagt, vil ikke all bruk av ulovlig ervervede forklaringen stride mot folks rettsfølelse, særlig ikke i alvorlige saker.

Disiplineringshensynet gis tradisjonelt ikke særlig vekt i norsk rett som begrunnelse for bevisforbud,¹⁴⁹ selv om det i sjeldne tilfeller nevnes i rettspraksis.¹⁵⁰ Hensynet går ut på at et for-

¹⁴⁷ Torgersen (2009) s. 50.

¹⁴⁸ I.c.

¹⁴⁹ Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen 1969 s. 197.

¹⁵⁰ Rt-1992-1088 s. 1091 – i relasjon til tiltaleprovokasjon.

bud for politiet mot bruk av forklaringer ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet, vil kunne virke disiplinerende. Et forbud vil fjerne incentivet til å erverve forklaringer på denne måten. Hensynet er viktig i amerikansk rett, hvor bevisforbudene ofte strekkes lenger enn i norsk rett.¹⁵¹ En av årsakene til at hensynet ikke har blitt vektlagt, er at man har ønsket andre reaksjonsformer enn bevisforbud for å motvirke uønsket oppførsel i politiet. Det kan imidlertid være grunn til å tillegge hensynet mer betydning ved spørsmålet om bevisforbud under etterforskningen, fordi problemstillingen nok oftere forblir innad i politiet, og den reelle muligheten for alternative reaksjoner er mindre.

Disiplineringshensynet nevnes i begrunnelsen av bevisforbud i Rt-1991-616.¹⁵² Denne saken gjaldt imidlertid beviserverv foretatt av en privatperson. Det er naturlig å spørre hvorfor disiplineringshensynet tillegges vekt i saker hvor private har innhentet bevis, men ikke når politiet gjør det. Privatpersoner vil sjelden havne i slike situasjoner på ny, slik at en oppdragende effekt, er lite treffende.¹⁵³ Samtidig er det lite trolig at alminnelige personer kjenner til eller er interesserte i grensene for lovlig beviserverv. Dermed treffer heller ikke den allmenne disiplineringen spesielt godt, særlig hvis det sammenlignes med hvordan den ville truffet mot politiet.¹⁵⁴

I den grad disiplineringshensynet er relevant er det instinktivt viktigst i torturtilfeller. Dette er de groveste overgrepene mot anklagede, og dermed de viktigste å hindre. På en annen side treffer her argumentasjonen om at andre virkemidler kan være vel så gode. Det er nærliggende å tenke seg både straff og disiplinære sanksjoner mot tjenestemenn som utøver behandlingen. Dette er potensielt vanskeligere i provokasjonssakene hvor grunnlaget for andre sanksjoner kan være mindre, samtidig som overtramp lettere kan holdes skjult. Dette taler for å tillegge disiplineringshensynet større vekt ved bevisforbudsspørsmålet i saker om provokasjon.

Anklagede vil alltid være utsatt for en relativt grov krenkelse når selvinkrimineringsvernet er overtrådt. Anklagede vil heller ikke plikte å forklare seg i disse tilfellene. To av momentene i

¹⁵¹ Torgersen (2009) s. 42.

¹⁵² Rt-1991-616 s. 623.

¹⁵³ Torgersen (2009) s. 49.

¹⁵⁴ I.c.

interesseavveiningen trekker således i retning av bevisforbud. Hvorvidt også hensynet til sakens alvor tilsier bevisforbud, vil variere. Bevisets manglende bevisverdi kan tale for et bevisforbud, men antagelig ikke med samme styrke som på domstolstadiet. Hensynet til en lovformelig prosess og disiplineringshensynet taler begge for bevisforbud, selv om dette er av begrenset vekt. Gode grunner taler for at disiplineringshensynet kanskje vektlegges noe i provokasjonstilfellene. Bevisforbud på etterforskningsstadiet bør dermed kunne begrunnes i en interesseavveining, særlig i saker som ikke er spesielt alvorlige.

6.4 Bevisforbudets rekkevidde

6.4.1 Viderevirkning

Spørsmålet om bevisforbudets rekkevidde oppstår i flere sammenhenger. I dette punktet behandles kort i hvilken grad et bevisforbud for en forklaring innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering kan strekkes til også å gjelde senere avgitte forklaringer fra anklagede. Dette omtales som viderevirkning.¹⁵⁵ I punkt 6.4.2 drøftes en mulig dominoeffekt. En dominoeffekt vil innebære at bevis (dominobevis) som erverves som en følge av et ulovlig innhentet bevis (primærbeviset), også omfattes av bevisforbudet. Bevisforbud forstås i det følgende som et føringsforbud.

Tanken bak viderevirkning av bevisforbud er at den ulovlighet anklagede var utsatt for og den forklaringen vedkommende tidligere har avgitt, påvirker anklagedes vilje til å forklare seg på nytt. Selv der nye avhør foretas under forhold som isolert sett er lovmessige, kan anklagede fortsatt være under forklaringspress. Dette kan være av frykt for å utsettes for samme press igjen dersom ytterligere forklaringer ikke gis. Alternativt kan det være fordi anklagede er av den oppfatning at de tidligere avgitte forklaringene kan legges frem for retten, slik at taushet ikke fremstår som et alternativ.

Høyesterett er inne på tanken om en viderevirkning i Rt-1997-1778. Politiet ble gjort kjent med en voldtekt gjennom brudd på en sykehusansatts taushetsplikt. Fornærmede ble innkalt til politiavhør, men ikke gjort oppmerksom på sin rett til taushet i kraft av å være anklagedes

¹⁵⁵ Torgersen (2009) s. 181.

nærstående, jf. strpl. §§ 122 jf. 235. Da fornærmede ble avhørt på nytt tre uker senere, fikk hun imidlertid informasjon om dette. På spørsmål om feilen ved det første avhøret var reparert, sa Høyesterett at man hadde ”tilstrekkelig sikkerhet for at det som samlet fremkom ved de to avhørene var hennes forklaring, vitende om at hun ikke hadde plikt til å forklare seg mot sin samboer”. Feilen ble ansett reparert selv om vedkommende ikke fikk informasjon om at den første forklaringen ikke kunne brukes for retten. Høyesterett ordlegger seg likevel slik at det sentrale må være at forklaringen virkelig er avgitt frivillig.¹⁵⁶ Det er dermed mulig at vedkommende må få informasjon om at den første forklaringen ikke kan benyttes for retten dersom tilsvarende spørsmål oppstår for en anklaget. Hvis dette ikke gjøres, er det fare for at forklaringspresset som tidligere ble utøvet, reelt sett fortsetter å virke.

EMD drøfter om viderevirkning var nødvendig for å hindre krenkelse av EMK artikkel 6 i Gäfgen, omtalt under punkt 2.2.3.2. Det var spørsmål om behandling i strid med EMK artikkel 3 og bruk av reelle bevis ervervet som følge av behandlingen, påvirket anklagedes vilje til å forklare seg under straffesaken.¹⁵⁷ EMD vektla at anklagede ble gitt informasjon om retten til taushet og om at hans tidligere avgitte forklaringer ikke kunne benyttes. Det vektlegges også at de ulovlige bevisene i saken ikke belyste alle relevante momenter, slik at taushet ikke kunne oppleves som helt unyttig for anklagede. EMD påpeker videre at anklagede hevdet å tilstå av anger og av hensyn til offerets familie. Samlet fant domstolen at forklaringsviljen under straffesaken ikke var påvirket på en slik måte at det forelå krenkelse av artikkel 6 ved at disse ble vektlagt av retten.

Gode grunner taler for at anklagede i slike tilfeller bør forelegges en såkalt kvalifisert belæring, som både informerer om at vedkommende ikke har plikt til å forklare seg og at de tidligere avgitte forklaringene ikke kan benyttes i straffesaken. Hvis dette ikke gjøres, kan ikke en viderevirkning av bevisforbudet utelukkes, slik at også senere forklaringer avgitt under lovlige forhold, må forbys.

¹⁵⁶ *ibid.* s. 188.

¹⁵⁷ *Gäfgen v. Germany* avsnitt 181-186.

6.4.2 Dominoeffekt

Problemstillingen i dette underpunktet er hvorvidt dominobevis ervervet som følge av forklaringer innhentet i strid med vernet mot tvungen selvinkriminering (primærbeviset), må nektes ført i straffesaken.

Spørsmålet om bevisforbud for dominobevis er ikke det samme som spørsmålet om bevisforbud for forklaringer under etterforskningen. Politiets bruk av den ulovlig ervervede forklaringen kan isolert sett ha vært lovlig. Andre bevis ervervet som følge av denne forklaringen (dominobevis), kan likevel måtte avskjæres for domstolene. Selv om dette ikke omtales som et bevisforbud på etterforskningsstadiet, blir resultatet relativt likt. Spørsmålene er med andre ord tett knyttet sammen.

I utgangspunktet anerkjennes ikke en dominoeffekt i norsk rett.¹⁵⁸ Dette er naturlig når hovedregelen er at selv det ulovlig ervervede beviset, tillates ført. Utgangspunktet bekreftes i Rt-1997-1778, hvor det oppstod spørsmål om bevis måtte avskjæres på bakgrunn av at politiet hadde fått kjennskap til voldtekten gjennom brudd på taushetsplikt. Bevisavskjæring ble avvist, blant annet fordi saken ellers ikke kunne blitt etterforsket overhodet. Lagmannsretten uttalte i sin begrunnelse, tilsluttet av Høyesterett, at det kunne ”anføres at denne bevisførselen representerer en fortsettelse av den krenkelse som har skjedd”. For dominobeviset førte dette likevel ikke til et utgangspunkt eller en hovedregel om bevisavskjæring.¹⁵⁹ Det var for øvrig fornærmedes interesser som eventuelt var gjenstand for en fortsatt eller gjentatt krenkelse.

Et utgangspunkt om avvisning av en dominoeffekt har god støtte i hensynet til sakens opplysning. En dominoeffekt kan føre svært langt, slik at saken vanskelig lar seg opplyse tilstrekkelig. Det er heller ingenting som tilsier at bevispåliteligheten generelt er lav for dominobevis. Lovformelighetshensynet taler imidlertid for en dominoeffekt, særlig der anklagede er utsatt for grovere krenkelser ved beviservervet.

¹⁵⁸ Andenæs (2000) s. 270, Strandbakken (2003) s. 210.

¹⁵⁹ Torgersen (2009) s. 190.

Høyesterett har så vidt åpnet for en dominoeffekt, men bare når det er snakk om grov krenkelse ved ervervet av primærbeviset.¹⁶⁰ I Rt-2001-668 påpeker Høyesterett i et obiter dictum at dominobevis som bygget på et ulovlig videobevis, kunne tenkes å måtte avvises av hensyn til effektiv avskjæring av videobeviset.

Hvorvidt en dominoeffekt var nødvendig for å unngå krenkelse av artikkel 6, ble vurdert i Gäfgen, omtalt under punkt 2.2.3.2. Klageren ble utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling i avhør og kom følgelig med inkriminerende uttalelser. Domstolen tok stilling til om flere reelle bevis som ble funnet som følge av den ulovlige forklaringen, skulle vært avskåret av hensyn til anklagede. EMD uttalte at forklaringer oppnådd gjennom umenneskelig og nedverdiggende behandling og reelle bevis ervervet som følge av tortur, må avskjæres. Ved erverv av reelle bevis som følge av umenneskelig eller nedverdiggende behandling, måtte imidlertid "the nature of the convention violation" og "the extent to which the impugned evidence was obtained thereby" vurderes.¹⁶¹ Ved siden av at anklagede ble utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3, finner EMD at "the impugned real evidence was secured as a direct result of his interrogation by the police that breached article 3".¹⁶² De to momentene domstolen oppstilte, tilsa dermed bevisforbud for dominobevisene.

EMD finner likevel ingen krenkelse av EMK artikkel 6, fordi ulovligheten ikke hadde noen innvirkning på domsresultatet. Kravet om at "the breach of article 3 had a bearing on the outcome of the proceedings or sentence"¹⁶³ var ikke oppfylt. Det forelå ikke årsakssammenheng mellom de ulovlige metodene som ble benyttet, og domfellelsen av anklagede. Etter en kvalifisert belæring tilstod tiltalte på nytt under straffesaken. Dermed hadde domstolen tilstrekkelig materiale til å domfelle. De omstridte bevisene "was not used by the domestic court against the applicant to prove his guilt, but only to test the veracity of his confession".¹⁶⁴

EMD anerkjenner at dominobevis undertiden må avskjæres for å hindre krenkelse av artikkel 6. Når anklagede er utsatt for tortur, må alle reelle bevis ervervet som følge av den ulovlig

¹⁶⁰ Rt-1994-1010 s.1011-1012.

¹⁶¹ Gäfgen v. Germany avsnitt 170.

¹⁶² ibid. avsnitt 171.

¹⁶³ ibid. Avsnitt 178.

¹⁶⁴ ibid. avsnitt 178.

innhentede forklaringen, avskjæres. I andre tilfeller må krenkelsens art undersøkes nærmere sammenholdt med hvor direkte sammenheng det var mellom forklaringen og funnet av domnobevisene. Ved siden av denne vurderingen kreves det at den ulovlighet som anklagede har vært utsatt for, faktisk har innvirket på domfellelsen.

7 Oppsummering

Vernet mot tvungen selvinkriminering anerkjennes som et ”grunnleggende rettsstatsprinsipp”.¹⁶⁵ Samtidig er det klart at vernet ikke er absolutt, slik at ikke alt press som utøves mot anklagede, er i strid med vernet. Hvis anklagede har vært utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3, vil bruk av fremtvungne forklaringer i straffesaken være i strid med vernet. I andre tilfeller må det foretas en vurdering hvor særlig graden og arten av tvang den anklagede ble utsatt for, er viktig. Dette er i tråd med hensynet til verdig behandling av den anklagede, som er den grunnleggende begrunnelsen for vernet. I hvilken grad beviset er brukt, er også sentralt i situasjonene i punkt 5.3. Det er lite norsk praksis om disse spørsmålene, men praksis fra EMD er omfattende og Høyesterett vektlegger EMDs forståelse av vernets omfang. For eksempel har Høyesterett anerkjent at bruk i straffesaken av forklaringsplikter pålagt før en person er ”charged” etter EMK artikkel 6, kan være i strid med selvinkrimineringsvernet.¹⁶⁶

Bevisforbud er en alminnelig rettsvirkning av at selvinkrimineringsvernet er krenket. Bevisforbud på domstolstadiet må praktiseres som et føringsforbud. I tråd med reglen om at forklaringen må avskjæres dersom føringen vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av anklagedes interesser, vil avskjæring i de fleste tilfeller blir resultatet for forklaringer innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet, selv om unntak forekommer. Føringen for domstolen innebærer normalt en gjentatt krenkelse av de interesser hos anklagede som ble krenket ved ervervet av forklaringen.

På etterforskningsstadiet kan det også foreligge et bevisforbud. På dette stadiet bør bevisforbud stadfestes etter de samme normer som gjelder på domstolstadiet. Bevisforbud bør bli

¹⁶⁵ Rt-1999-1269 s. 1271.

¹⁶⁶ Rt-2007-932.

resultatet hvis en forklaring ervervet i strid med selvinkrimineringsvernet, benyttes som grunnlag for tvangsmidler, men ikke hvis politiet ikke gjør annen bruk av forklaringen enn å la den opplyse om faktiske forhold. Mellom disse ytterpunktene finnes vanskelige grensetilfeller.

Bevisforbud på etterforskningsstadiet er ikke nødvendig for å unngå krenkelse av EMK artikkel 6. Men denne bestemmelsen kan undertiden stille krav om et avledet bevisforbud hvor en forklaring er innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet. enten som viderevirkning eller som dominoeffekt.

Kilder

Lover og forskrifter

- 1814 Kongeriket Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Edsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven) av 17. mai 1814.
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5.
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967.
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25.
- 1984 Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 1995 Forskrift om kommunikasjonskontroll (kommunikasjonskontrollforskriften) av 31. mars 1995 nr. 281.
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12.

Forarbeider

Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen, avgitt i juni 1969.

Ot.prp.nr.35 (1978-1979) *Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).*

NOU 2003:21 *Kriminalitetsbekjempelse og personvern – politiets og påtalemyndighetens behandling av opplysninger.*

NOU 2005:19 *Lov om DNA-register til bruk i strafferettspleien.*

Ot.prp.nr.108 (2008-2009) *Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven).*

Rundskriv

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 1 (1981) *Meddelelser til offentligheten om straffesaker – opplysninger om etterforskning, påtaleavgjørelser, mv*
http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/Eldre_dokumenter/Rundskriv/Rundskrivnr1for1981-Meddelelser_til_offentligheten_om_straffesaker.pdf [konferert 19. mars 2014].

Rundskriv fra Riksadvokaten nr. 2 (2012) *Krav til straffesaksbehandlingen i politiet og ved statsadvokatembetene.*

<http://riksadvokaten.no/filestore/Dokumenter/2012/Riksadvokatensrundskriv2-2012.pdf>

[konferert 2. april 2014].

Juridisk teori

- Aall, Jørgen *Domstolsadgang og domstolsprøving i menneskerettighetsaker.* I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. (1998) s. 1-181.
- Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess Bind I.* 3. Utgave. Oslo, 2000.
- Elgesem, Frode og Wahlen, Henning Rosenlund *Vernet mot tvungen selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen – særlig om i rettigheter under Konkurransetilsynets forklaringsopptak og øvrige bevissikring.* I: Tidsskrift for Forretningsjus. (2010) s. 59-75. (Sitert fra Rettsdata.no)
- Eriksen, Morten *Usannhet og forklaringsnektelse – lovbrudd eller menneskerett? –noen tanker etter menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i Saunders mot Storbritannia.* I: Lov og Rett. (1998) s. 94-105.
- Fredriksen, Steinar
Jensen, Espen Dale *Innføring i Straffeprosess.* 3. Utgave. Oslo, 2013.
Vernet mot selvinkriminering. Særlig om beskyttelsens innhold med vekt på praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. I: Tidsskrift for strafferett. (2003) s. 24-37. (Sitert fra Rettsdata.no)
- Johnsen, Jon T. *Menneskerettsvernet i straffeprosessen. Er det behov for en mer aktiv lovgiver?* I: Lov og Rett (2002) s. 585-605. (Sitert fra Idunn.no)
- Smith, Eivind *Konstitusjonelt demokrati,* Foreløpig utgave. Bergen, 2008.
- Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen - "In dubio pro reo".* Bergen, 2003.
- Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker.* Oslo, 2009.

Øyen, Ørnulf
Øyen, Ørnulf (LoR)

Vernet mot tvungen selvinkriminering. Bergen, 2010.
*I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivil-
le saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig
eller utilbørlig måte? I: Lov og Rett (2010) s. 423-438.*
(Sitert fra Idunn.no)

Norsk rettspraksis

Rt-1948-46	Rt-1996-1114
Rt-1991-616	Rt-1999-1269
Rt-1992-698	Rt-2000-996
Rt-1992-1088	Rt-2000-1345
Rt-1993-202	Rt-2003-1814
Rt-1994-610	Rt-2006-582
Rt-1994-1010	Rt-2007-932
Rt-1994-1262	Rt-2011-1324
Rt-1995-1453	

Internasjonal rettspraksis

Deweere v. Belgium	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. Februar 1980
Corigliano v. Italy	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. desember 1982.
Funke v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. februar 1993.
A. v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. november 1993.
Peterson Sarpborg and Others v. Norway	The European Commission of Human Rights, Strasbourg, 27. november 1996.
Saunders v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. desember 1996.
Hozee v. The Netherlands	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. mai 1998.
Heaney and McGuinness v. Ireland	The European Court of Human Rights,

	Strasbourg, 21. desember 2000.
J.B. v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 3. mai 2001.
Allan v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 5. november 2002.
Weh v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. april 2004.
Kansal v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. april 2004
Jalloh v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2006.
Harutyunyan v. Armenia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. juni 2007.
Heglas v. The Czech Republic	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. mars 2007.
O'Halloran and Francis v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. juni 2007.
Lückhof and Spanner v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. januar 2008.
Bykov v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. mars 2010.
Gäfgen v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. juni 2010.
Alchagin v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. januar 2012.
Kaciu and Kotorri v. Albania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. juni 2013.