

UiO : **Det juridiske fakultet**

Taushet som bevis

I hvilken grad kan det trekkes bevismessige slutninger fra taushet hos mistenkte?

Kandidatnummer: 575

Leveringsfrist: 25.11.18

Antall ord: 16 005



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING | 1 |
| 1.1 | Tema for oppgaven | 1 |
| 1.2 | Problemstilling | 2 |
| 1.3 | Rettskilder og metode | 2 |
| 1.4 | Innledende klargjøringer | 3 |
| 1.4.1 | Selvinkriminering | 3 |
| 1.4.2 | Mistenkte og siktede | 4 |
| 1.4.3 | Bevis | 5 |
| 1.5 | Den videre disposisjonen | 6 |
| 2 | VERNET MOT SELVINKRIMINERING | 7 |
| 2.1 | Historisk bakgrunn | 7 |
| 2.1.1 | Norske Lov og rettsutviklingen på 1700-tallet | 7 |
| 2.1.2 | Grunnloven av 1814 | 8 |
| 2.1.3 | Straffeprosessloven av 1887 | 8 |
| 2.2 | Hensyn | 9 |
| 2.2.1 | Hvorfor har vi et selvinkrimineringsvern? | 9 |
| 2.2.2 | Materielt riktige avgjørelser | 10 |
| 2.2.3 | Myndighetsmisbruk | 11 |
| 2.2.4 | Respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet | 11 |
| 2.2.5 | Et vern for uskyldig mistenkte? | 13 |
| 2.3 | Rettslig forankring | 14 |
| 2.3.1 | De rettslige rammene | 14 |
| 2.3.2 | Legalitetsprinsippet | 14 |
| 2.3.3 | Lovbestemte forbud | 14 |
| 2.3.4 | Lovbestemte rettigheter | 15 |
| 2.3.5 | Det menneskerettslige vernet | 16 |
| 2.4 | Forslag til ny straffeprosesslov | 17 |
| 2.5 | Hvem gjelder selvinkrimineringsvernet for? | 18 |
| 3 | DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR Å TA TAUSHET I BETRAKTNING | 20 |
| 3.1 | Straffeprosessloven | 20 |
| 3.2 | Prinsippet om fri bevisføring | 20 |
| 3.3 | Prinsippet om fri bevisvurdering | 21 |

| | |
|--|-----------|
| 4 HAR TAUSHET BEVISVERDI? | 23 |
| 4.1 Innledende bemerkninger | 23 |
| 4.2 Grunnlaget for bevismessige slutninger fra taushet | 23 |
| 4.3 Kravet til en konkret og grundig bevisvurdering | 24 |
| 4.4 Klarlegging av årsaken til mistenktes taushet | 24 |
| 4.5 Sammenfatning..... | 27 |
| 5 KAN TAUSHET TILLEGGES BEVISMESSIG VEKT?..... | 28 |
| 5.1 Innledende bemerkninger | 28 |
| 5.2 Retten til en rettferdig rettergang | 28 |
| 5.3 En absolutt skranke i bevisgrunnlaget..... | 29 |
| 5.4 Forhold av betydning i vurderingen | 30 |
| 5.4.1 Innledende bemerkninger..... | 30 |
| 5.4.2 Når bevissituasjonen ga mistenkte en oppfordring til forklaring..... | 30 |
| 5.4.3 Betydningen av om mistenkte har blitt orientert om risikoen ved taushet..... | 32 |
| 5.4.4 Betydningen av tidspunktet for taushet..... | 34 |
| 5.4.5 Betydningen av å ha forsvarer | 35 |
| 5.4.6 Betydningen av at skyldspørsmålet avgjøres av en jury | 36 |
| 5.4.7 Betydningen av forhold hos mistenkte..... | 38 |
| 5.4.8 Når mistenkte forklarer seg ufullstendig..... | 38 |
| 5.4.9 Når mistenkte kommer med en forklaring på tausheten | 39 |
| 5.5 Hvilke slutninger kan trekkes? | 39 |
| 6 SAMMENFATNING | 41 |
| 7 REFERANSELISTE | 42 |

1 INNLEDNING

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for denne oppgaven er taushet hos mistenkte som bevis for straffeskyld. Er den tause skyldig? At mistenkte eller siktede forholder seg taus overfor politiet og/eller i retten, er ikke uvanlig, selv om de aller fleste velger å avgi forklaring. Det er naturlig å tenke at en mistenkt eller siktet som er uskyldig vil komme til å forklare seg, siden vedkommende ikke har skyld i det straffbare forholdet saken gjelder, og dermed heller ikke kan ha noe å tape på å avgi forklaring. På samme måte er det også lett å tro at den som velger å forholde seg taus må ha noe straffbart å skjule, og derfor er skyldig. En slik presumsjon er ikke rettslig holdbar, men som vi skal se er det ikke utenkelig at mistenktes taushet kan si noe om vedkommendes skyld i det enkelte tilfellet.

Mistenkte og siktede i straffesaker har rett til å forholde seg taus. Retten til taushet er et element i retten til et vern mot tvungen selvinkriminering. Basert på rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) kan selvinkrimineringsvernet sies å ha tre sider.¹ I tillegg til retten til å forholde seg taus, gir det en begrenset adgang for myndighetene til å bruke taushet som bevis for straffeskyld, og det gir en begrenset adgang for myndighetene til å bruke forklaringer innhentet i strid med taushetsretten. Det innebærer for eksempel at det ikke kan brukes pressmidler mot mistenkte eller siktede for å få vedkommende til å tilstå et straffbart forhold. Et annet eksempel er at det ikke kan legges til grunn at taushet hos mistenkte eller siktede automatisk indikerer at vedkommende har gjort seg skyldig i noe straffbart.

Enhver nyter godt av vernet mot tvungen selvinkriminering. Det innebærer kort sagt at ingen er forpliktet til å bidra til egen domfellelse ved å avgi forklaring eller på annen måte gi tilgang til bevis. Å anse taushet som et relevant bevis for straffeskyld, og tillegge dette bevismessig vekt i straffesaken mot mistenkte eller siktede, støter derfor an mot vedkommende sin rett til et selvinkrimineringsvern. Vernet gjelder på alle stadiene i straffeprosessen, altså helt fra vedkommende blir mistenkt og til en eventuell domfellelse i rettssalen. Det innebærer at både politiet, domstolen og andre i den offentlige myndighet er pliktig til å sikre oppfyllelse av rettigheten. Selvinkrimineringsvernet inneholder en regel om fritak fra å inkriminere seg selv. Det er ikke forbudt for mistenkte eller siktede å gi en forklaring som senere kan føre til domfellelse. Det vil si at myndighetene ikke trenger å forhindre at det gis selvinkriminerende forklaring eller informasjon.

¹ Sak 19187/91 Saunders mot Storbritannia, sak 6563/03 Shannon mot Storbritannia og sak 15809/02 og 25624/02 O'Halloran and Francis mot Storbritannia.

1.2 Problemstilling

En absolutt rett til å forholde seg taus i egen straffesak forutsetter at rettigheten er sanksjonsfri. Det vil si at en mistenkt eller siktet som velger å benytte seg av retten til å forholde seg taus, ikke kan bli utsatt for noen form for sanksjoner som følge av tausheten. En form for sanksjoner er pressmidler eller andre typer urettmessig påvirkning for å få vedkommende til å bidra til sakens opplysning. Dette er forbudt, se for eksempel straffeprosessloven² (strpl.) § 92 andre ledd. En annen ting er at det kan legges bevismessig vekt på taushet hos mistenkte eller siktede, i den forstand at taushet kan tale mot hans sak. Dette er tillatt, og fremgår forutsetningsvis av strpl. § 93 andre ledd. Taushet er altså et relevant bevis for straffeskyld, og det innebærer at retten til taushet ikke er absolutt.

Problemstillingen som vil bli behandlet i det følgende er: I hvilken grad kan det trekkes bevismessige slutninger fra taushet hos mistenkte? Spørsmålet har blitt karakterisert som et av de mest sentrale – og internasjonalt mest kontroversielle – spørsmålene som problemkomplekset vern mot tvungen selvinkriminering reiser.³ Årsaken er nettopp at problemstillingen ligger midt i spenningsfeltet mellom to prinsipielle ytterpunkter; en rett til taushet uten risiko for negative konsekvenser og taushet som et relevant bevis for straffeskyld.

1.3 Rettskilder og metode

Denne fremstillingen er rettsdogmatisk. Målet er å klarlegge gjeldende norsk rett innenfor oppgavens tema og problemstilling.

Oppgaven er basert på den tradisjonelle metodelæren, og reiser slik sett ingen spesielle metodiske utfordringer. Både lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori preger rettskildet bildet for dette temaet. Også internasjonal rett er relevant for problemstillingen.

Av lovtekstene er det først og fremst straffeprosessloven, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen⁴ (EMK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter⁵ (SP) som er de sentrale. EMK og SP er inkorporert i norsk rett gjennom menneskeretts-

² Straffeprosessloven (1981).

³ Øyen (2010) s. 274.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950).

⁵ International Covenant on Civil and Political Rights (1966).

loven⁶ (mrl.) § 2 nr. 1 og 3, og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mrl. § 3. Det vil si at disse internasjonale rettskildene utgjør skranker for nasjonal lovgivning.

Forarbeider relatert til problemstillingen, særlig forarbeider til straffeprosesslovene, er i størst grad egnet til å kaste lys over den historiske utviklingen av selvinkrimineringsvernet og mistenktes rett til å forholde seg taus, men vil også i noen grad bli brukt til å klarlegge gjeldende rett.

For å avgjøre i hvilken grad det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet hos mistenkte, er det rettspraksis som er den mest sentrale rettskilden. Det finnes ikke mange høyesterettsavgjørelser som behandler temaet om mistenktes taushet som bevis for straffeskyld.⁷ Det er derfor i all hovedsak rettspraksis fra EMD som i størst grad er egnet til å kaste lys over problemstillingen.

Når det gjelder rettspraksis fra EMD, nevner jeg at dette er en rettskildefaktor av betydelig vekt ved tolkningen av EMK.⁸ Når norske domstoler skal treffe avgjørelser etter EMK, må de benytte samme metode som EMD. Det innebærer at rettspraksis fra EMD også er helt sentral ved klarleggingen av hva som er gjeldende norsk rett. Dette vil avspeiles godt i denne oppgaven.

1.4 Innledende klargjøringer

1.4.1 Selvinkriminering

Jeg har allerede vært inne på forholdet mellom selvinkrimineringsvernet og adgangen til å bruke taushet som bevis i straffesaker. Som nevnt vil spørsmålet om hvorvidt, og eventuelt i hvilke tilfeller, taushet hos mistenkte eller siktede kan brukes som bevis i straffesaken mot han, berøre vedkommendes rett til vern mot selvinkriminering. En klargjøring av begrepet «selvinkriminering» er derfor hensiktsmessig.

Det kan skilles mellom fire typer tvungen selvinkriminering: Forklaringsplikt, edisjonsplikt, plikt til medvirkning til sakens opplysning gjennom andre faktiske handlinger enn utlevering av gjenstander, og plikt til å stille egen kropp til rådighet for granskning eller prøvetaking. De

⁶ Menneskerettsloven (1999).

⁷ Søk i Lovdatas databaser 19.11.18 blant dommer avsagt av Høyesterett på ordkombinasjonene «strafferett» og «taus», og «selvinkriminering» og «taus» ga henholdsvis 92 og 12 treff. En manuell gjennomgang av disse var nødvendig for å kunne foreta et utvalg. Gjennomgangen viste at det kun er tre avgjørelser fra Høyesterett som direkte behandler spørsmålet om hvilke bevismessige slutninger som kan trekkes fra mistenktes taushet.

⁸ NOU 1993: 18 s. 88.

tre første typene selvinkriminering innebærer at mistenkte aktivt medvirker til egen domfellelse. Pålegg om slik aktiv medvirkning er forbudt, og innebærer for eksempel at politiet eller retten ikke kan pålegge mistenkte eller siktede å avgi forklaring. For den siste typen selvinkriminering er mistenktes medvirkning av passiv karakter, noe som typisk kan være personransaking eller legemsundersøkelse. Pålegg om slik passiv medvirkning er lovlig dersom visse vilkår er oppfylt, se strpl. §§ 157 første ledd og 195 første ledd. Når jeg i det følgende bruker begrepet selvinkriminering, sikter jeg til mistenktes aktive medvirkning til egen domfellelse.

For at informasjonen som fremskaffes gjennom aktivitet fra mistenkte skal være selvinkriminerende, må den på en eller annen måte ha negativ bevismessig betydning for mistenkte i saken. Det stilles ingen krav til hvor stor betydning informasjonen må ha. Det er derfor bedre å heller avgrense andre veien, ved å si at informasjonen ikke er selvinkriminerende dersom den ikke under noen omstendighet kan sette mistenkte i en dårligere bevismessig stilling.

Som allerede påpekt flere ganger, er ikke retten til å forholde seg taus sammenfallende med selvinkrimineringsvernet. Retten til taushet er et element i, eller en underkategori av, vernet mot selvinkriminering. Likevel blir forbudet mot tvungen selvinkriminering ofte omtalt som mistenktes taushetsrett. Rettslig sett har det ingen betydning om man benytter det ene eller det andre begrepet, fordi retten til taushet og retten til vern mot selvinkriminering egentlig er to sider av samme sak. Begrepene vil derfor bli brukt om hverandre i det følgende.

1.4.2 Mistenkte og siktede

I løpet av behandlingen av en straffesak brukes begrepene «mistenkte» og «siktede» om en og samme person, men på ulike stadier av prosessen. Begrepene er delvis overlappende. En mistenkt er en som politiet har en konkret mistanke mot for å ha begått en straffbar handling, men som enda ikke har fått status som siktet. En mistenkt får status som siktet etter strpl. § 82 enten når påtalemyndigheten har erklært han for det, når forfølgning mot han i retten er innledet, eller når det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller lignende mot han.

En mistenkt og en siktet har ikke nødvendigvis samme rettigheter etter straffeprosessloven. En siktet har flere rettigheter enn en mistenkt, for eksempel krav på varsel før rettsmøte etter strpl. § 86 andre ledd, rett til å være til stede og rett til å uttale seg i dem etter strpl. §§ 244 og 245. En siktet har også i større grad krav på forsvarer på det offentliges bekostning etter strpl. § 100 første ledd første punktum, og et rettskrav på erstatning dersom forfølgningen mot han var urettmessig etter strpl. §§ 444 til 446.

I det følgende vil jeg benytte begrepet «mistenkte» som samlebetegnelse, uavhengig av hvilket stadium i straffeprosessen en befinner seg på. I de tilfellene jeg bruker begrepet «siktede»,

er det et avvik fra denne begrepsforenklingen, og er også ment som det. Der begrepene forekommer i sitater, må også den egentlige begrepsforklaringen legges til grunn.

Årsaken til begrepsforenklingen er at retten til taushet gjelder både mistenkte og siktede i en straffesak. Dermed er det ikke nødvendig å skille mellom disse i det følgende. Grunnen til at jeg velger å benytte mistenkte, og ikke siktede, er at det foreslås i forslag til ny straffeprosesslov å innføre uttrykket mistenkte som en fellesbetegnelse på disse to begrepene.⁹ I tillegg vil den som er siktet, også på et tidspunkt ha vært mistenkt, mens ikke alle mistenkte blir siktet.

1.4.3 Bevis

Opgavens tema og problemstilling er mistenktes taushet som bevis, og i hvilken grad det kan trekkes bevismessige slutninger fra den. En klargjøring av begrepet «bevis», og hvilken type bevis taushet er, er derfor hensiktsmessig. Det kan skilles mellom «rettsfakta» og «bevisfakta». Rettsfakta er faktiske forhold som direkte danner grunnlaget for rettsfølgen,¹⁰ altså en omstendighet som har direkte rettslig relevans.¹¹ Det kan også karakteriseres som direkte bevis, fordi det direkte sier noe om det straffbare forholdet. Det kan for eksempel være en tilståelse fra mistenkte, et vitneprov fra en person som har sett vedkommende utføre handlingen, eller brev med ærekrenkende innhold som blir fremlagt i retten. Bevisfakta er faktiske opplysninger som bidrar til å underbygge påstandsgrunnlaget,¹² altså mer supplerende opplysninger. Et annet begrep som brukes om det samme er indirekte bevis, fordi det kun indirekte sier noe om det straffbare forholdet. Som eksempel kan nevnes vitneprov fra personer som har sett mistenkte i nærheten av åstedet på gjerningstidspunktet, eller blod på mistenktes klær.

Taushet hos mistenkte er i denne forstand et bevisfakta, fordi det ikke har direkte rettslig relevans. Det sier ikke direkte noe om det straffbare forholdet, men kan kun bidra til å underbygge påstandsgrunnlaget. Taushet kan derfor ikke alene danne grunnlaget for straff. Dersom taushet som bevis hadde blitt anvendt som et rettsfakta, ville det vært det samme som å legge til grunn at taushet betyr at vedkommende er skyldig i det straffbare forholdet. Man kunne da ha domfelt mistenkte hovedsakelig på grunn av tausheten. Det ville medført at mistenktes rett til å forholde seg taus i praksis var ikke-eksisterende, og ville derfor vært i strid med selvinkrimineringsvernet.

⁹ NOU 2016: 24 s. 207.

¹⁰ Rt. 2012 s. 1985, avsnitt 50.

¹¹ Kolflaath (2013) s. 66.

¹² Backer (2015) s. 252.

1.5 Den videre disposisjonen

I punkt 2 vil jeg redegjøre for vernet mot selvinkriminering i norsk rett. En fremstilling av selvinkrimineringsvernet er nødvendig for forståelsen av den videre drøftelsen av taushet som bevis for straffeskyld, siden retten til taushet er det sentrale elementet i retten til vern mot tvungen selvinkriminering. Det å bruke mistenktes taushet som bevis i straffesaken mot han, berører direkte vedkommendes rett til et selvinkrimineringsvern. Vernet oppstiller derfor skrankene for om og når det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Sagt på en annen måte: Taushet kan kun brukes som bevis mot mistenkte i den grad det er i samsvar med hans rett til et vern mot tvungen selvinkriminering.

I punkt 3 behandler jeg det rettslige grunnlaget for at taushet hos mistenkte er et relevant bevis og kan vektlegges i bevisvurderingen i straffesaken mot han. De rettslige grunnlagene er straffeprosessloven, prinsippet om fri bevisføring og prinsippet om fri bevisvurdering.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke bevismessige slutninger som kan trekkes fra taushet hos mistenkte, må det besvares ut fra to perspektiver. I punkt 4 stilles spørsmålet fra det kunnskapsteoretiske perspektivet: Har taushet bevisverdi? Her ser jeg på grunnlaget for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet, kravet til en konkret og grundig bevisvurdering, og fremgangsmåten for å klarlegge årsaken til mistenktes taushet. Denne drøftelsen er nødvendig for at det kan sies noe om i hvilken grad taushet hos mistenkte kan si noe om hans skyld.

I punkt 5 stilles spørsmålet fra det normative perspektivet: Kan taushet tillegges bevismessig vekt i bevisvurderingen? Spørsmålet er altså om mistenktes taushet kan tillegges slik vekt som det kunnskapsteoretiske perspektivet tilsier. Et utgangspunkt for vurderingen er mistenktes rett til en rettfærdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Videre er en analyse av rettspraksis fra EMD nødvendig for å kunne peke på forhold som har betydning for om det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet i det konkrete tilfellet.

Avslutningsvis er en sammenfatning av oppgavens tema og problemstilling hensiktsmessig for å trekke sammen trådene og komme med en konklusjon. Dette gjør jeg i punkt 6.

2 VERNET MOT SELVINKRIMINERING

2.1 Historisk bakgrunn

2.1.1 Norske Lov og rettsutviklingen på 1700-tallet

Den norske rettshistorien viser at en rett til vern mot selvinkriminering ikke har vært noen selvfølge. Går vi langt nok tilbake i tid, var straffeforfølgning et privat anliggende.¹³ En fornærmet som var blitt utsatt for en straffbar handling, måtte selv gå til sak mot den antatt skyldige. På 1700-tallet ble det offentlige pålagt en strafforfølgningsplikt, noe som førte til at staten i større og større grad tok seg av de kriminelle.¹⁴ Likevel var mistenktes rettssikkerhet meget begrenset sammenlignet med den rettsstilstanden vi kjenner i dag.

En viktig side av dette er at bevisbedømmelsen var legal.¹⁵ En legal bevisbedømmelse innebærer at loven angir hvilke bevis som må foreligge for at retten skal legge et faktum til grunn som tilstrekkelig bevist. Norske Lov av 1687¹⁶ skilte mellom tre typer legale bevis: vitnebevis (1-13-1), tilståelse (1-15-1) og nektingsed (1-14-6 og 1-14-7). Vitnebeviset innebar at dersom to uavhengige og habile vitner var samstemte, så var faktumet i saken tilstrekkelig bevist til at mistenkte kunne dømmes til straff.¹⁷ Dersom bevisene ikke holdt eller mistenkte ikke tilsto, kunne dommeren, på visse vilkår, pålegge mistenkte å avlegge nektingsed. Dette innebar at den mistenkte måtte sverge overfor Gud at sannheten ble forklart, og falsk forklaring under ed var en alvorlig synd.¹⁸ Dermed havnet en skyldig mistenkt som var troende (gudstro var mye mer utbredt i de tidligere århundrene) i et vanskelig dilemma: Enten lyve, og dermed synde for Gud, eller fortelle sannheten og inkriminere seg selv. Dette gjorde at det ikke eksisterte noen reell rett til å forholde seg taus.

Etter hvert utbredte det seg en oppfatning om at mistenkte hadde plikt til å forklare seg for dommeren. Dette kom til uttrykk i reskript av 23. oktober 1795, som fastsatte at mistenkte ble satt i fengsel på vann og brød dersom vedkommende ikke forklarte seg.¹⁹ Tilståelsen måtte imidlertid være frivillig.²⁰ Reskriptet kunne altså ikke brukes for å tvinge frem en tilståelse.

¹³ Holme (1985) s. 25.

¹⁴ Robberstad (1999) s. 75.

¹⁵ Andenæs (2009) s. 165.

¹⁶ Kong Christian Den Femtis Norske Lov (1687).

¹⁷ Andenæs (2009) s. 165.

¹⁸ Øyen (2010) s. 40.

¹⁹ Nissen (1967) s. 58.

²⁰ Lasson (1835) s. 44.

2.1.2 Grunnloven av 1814

I 1814 fikk Norge sin egen Grunnlov.²¹ Her ble det grunnlovsfestet at «Pinligt Forhør maa ikke finde Sted», jf. Grl. § 96 andre punktum.²² Likevel fortsatte reskriptet fra 1795 å gjelde, og ble ikke ansett bortfalt som stridende mot den nye grunnlovsbestemmelsen.²³ Dermed var regelen fortsatt at en mistenkt som nektet å forklare seg, skulle settes på vann og brød for å overvinne tausheten. I realiteten hadde en mistenkt derfor kun to valg: Enten å lyve eller å inkriminere seg selv. Problemet med å lyve var at mistenkte kunne bli straffet for falsk forklaring, og dersom bevisene ellers ikke holdt, kunne vedkommende bli pålagt å avlegge nektingsed.

I 1828 satte Høyesterett for første gang ned foten for bruk av nektingsed,²⁴ noe som synes fulgt opp i Rt. 1837 s. 609. I 1866 ble også reskriptet fra 1795 opphevet,²⁵ og etter dette tidspunkt kunne en mistenkt forholde seg taus uten å risikere sanksjoner. Mistenktes rett til taushet var nå formelt sett gjennomført i straffeprosessen. Likevel fremgikk det av forarbeidene til lov om forandring i behandlingen av straffesaker av 17. mars 1866 at mistenktes taushet «lettelig vil danne et ligesaa vægtigt Indicium» mot han.²⁶

2.1.3 Straffeprosessloven av 1887

I takt med at vernet mot selvinkriminering ble sterkere, skjedde det også en gradvis overgang fra legal til fri bevisbedømmelse på 1700- og 1800-tallet. I 1887 fikk Norge endelig en ny straffeprosesslov,²⁷ etter mange tiår med lovforslag og forkastelser.

Strpl. § 256 første ledd påla dommeren å behandle siktede med «Ro og Værdighed». Videre var det forbudt å bruke løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvangsmidler, jf. strpl. § 256 andre ledd. Dermed var en mistenkt i en straffesak vernet mot pressmidler fra dommeren for å få frem en tilståelse. En svakhet var imidlertid at disse reglene kun gjaldt rettslige avhør foretatt av dommere. Loven åpnet også for at påtalemyndigheten kunne innhente forklaring hos mistenkte, jf. strpl. § 266 første ledd, men her ble det ikke gitt nærmere regler om gjennomføringsmåten. Dermed var ikke vernet mot selvinkriminering like sterkt i møte med påtalemyndigheten. I mange tilfeller ville det da ikke ha noe for seg å benytte seg av retten til taushet

²¹ Grunnloven (1814).

²² Stortinget (2014).

²³ Øyen (2010) s. 46.

²⁴ Høyesteretts avgjørelse av 12. september 1828.

²⁵ Innst. O. Nr. 34 (1866) s. 54.

²⁶ Ot.prp. nr. 13 (1865) s. 24.

²⁷ Straffeprosessloven (1887).

overfor dommeren, siden mistenkte allerede hadde forklart seg for påtalemyndigheten. Dette gjorde vernet mot selvinkriminering mindre reelt.

Den nye straffeprosessloven ga på flere punkter en mistenkt i straffesak et bedre vern mot selvinkriminering, selv om taushet ble ansett som et relevant bevis for skyld. Dette fremgikk av strpl. § 260, som fastslo at dersom mistenkte nektet å svare, kunne dommeren gjøre han oppmerksom på at taushet «kan blive opfattet som en Omstændighed, der taler mod ham». Rettstilstanden på dette punkt kom også klart frem i Jurykommissjonens omtale av gjeldende rett:²⁸ «[D]en Sigtede er fremdeles et Undersøgellesobjekt, mod hvem der vel ikke kan bruges legemlig Tvang for at fremkalde Tilstaaelse, men hvis Vægning ved at lade sig forhøre dog ubetinget betragtes som et Bevis mod ham». I hvilke tilfeller og i hvilken grad det skulle være relevant, ble imidlertid verken avklart eller vurdert.

En viktig forklaring på denne rettstilstanden er nok at lovens utgangspunkt var at bevisvurderingen skulle være fri, jf. strpl. § 349 andre punktum. Hovedregelen var at så lenge taushet var et relevant bevis i den enkelte sak, så kunne det vektlegges. Et unntak fra utgangspunktet om fri bevisvurdering ble gjort for foreleggsaker og politisaker. I disse tilfellene skulle uteblivelse uten gyldig forfall eller nektelse av å avgi forklaring anses som tilståelse «når intet foreligger som taler derimot», jf. strpl. § 377 femte ledd første punktum. Ordlyden taler altså for at taushet var en presumsjon for skyld, slik at det krevdes en aktiv handling fra mistenktes side for å hindre domfellelse. Dette var i så fall i strid med vernet mot selvinkriminering. Presumsjonen ble opphevet ved straffeprosessloven av 1981.

2.2 Hensyn

2.2.1 Hvorfor har vi et selvinkrimineringsvern?

Det kan intuitivt være vanskelig å forstå hvorfor vi har et selvinkrimineringsvern. Hvorfor skal en som er mistenkt i en straffesak få slippe å forklare seg? Er det ikke både rett og rimelig at en som er mistenkt for å ha begått et straffbart forhold bidrar til å oppklare saken? I private relasjoner forventer vi at de som har gjort noe galt mot oss, forteller det. I det minste forventer vi at de ikke lyver om det. Slik er det ikke i straffeprosessen. Her har mistenkte en rett til å forholde seg taus. Retten til vern mot tvungen selvinkriminering skiller seg derfor fra den alminnelige moraloppfatning i mellommenneskelige relasjoner.²⁹

²⁸ Dokument nr. 1 (1885) s. 476.

²⁹ Holmboe (2012) s. 399.

Historien viser at selvinkrimineringsvernet har en lang tradisjon, selv om det reelle vernet har vært varierende gjennom tidene. Vernet kan sies å være begrunnet dels i historiske erfaringer, og dels i de overordnede målene med straffeprosessen. Disse hensynene er først og fremst av teoretisk karakter, i den forstand at retten i sin konkrete rettsanvendelse ikke begrunner sitt resultat i hva som er selvinkrimineringsvernets bakenforliggende hensyn. Det er mer vanlig at retten i sine prinsipielle uttalelser sier noe om hensynene bak vernet, for så å begrunne resultatet i selve retten.

Et viktig poeng er at ikke alle mistenkte er skyldige. Kun de som dømmes av domstolen skal regnes som skyldige. Retten til taushet gjelder dermed også uskyldige. Uskyldige vil aldri komme i dilemmaet om å lyve eller inkriminere seg selv, fordi de kan forklare seg sannferdig uten at det er inkriminerende. Det kan dermed hevdes at selvinkrimineringsvernet kun er et vern for skyldige mistenkte, men det kan også argumenteres for at det også er et vern for uskyldig mistenkte.

Hensynene bak selvinkrimineringsvernet kan deles i fire: Hensynet til materielt riktige avgjørelser, hensynet til fravær av myndighetsmisbruk, hensynet til respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet, og hensynet til uskyldig mistenkte.

2.2.2 Materielt riktige avgjørelser

En fundamental målsetting i straffeprosessen er å sikre materielt riktige avgjørelser. Skyldige skal dømmes, og uskyldige skal gå fri. En grunnleggende forutsetning i den forbindelse er at saken opplyses best mulig.

Sakens opplysning er ofte et argument som anføres mot et selvinkrimineringsvern. Argumentet er at det å pålegge mistenkte en forklaringsplikt vil bidra til at saken opplyses bedre. Et slikt argument er holdbart i den grad det faktisk medfører at flere mistenkte snakker, og at de snakker sant. Problemet er at når mistenkte står overfor valget mellom å lyve eller inkriminere seg selv, er det alltid en viss sannsynlighet for at noen velger å lyve. Dermed kan man uansett aldri legge mistenktes forklaring ukritisk til grunn.

Å pålegge mistenkte en forklaringsplikt kan i ytterste konsekvens medføre at straffesaker ikke oppklares, fordi usanne opplysninger kan villedde politiet i sin etterforskning. Det er også fare for at det blir satt inn alt for store ressurser på avhør av mistenkte, som i verste fall går på bekostning av realbevis som i større grad er egnet til å belyse saken i det enkelte tilfellet. Dersom det å forholde seg taus også er et rettmessig alternativ for en mistenkt, er det naturlig å tro at noen vil benytte seg av dette fremfor å lyve, dersom det ikke er aktuelt å inkriminere seg selv. Argumentet er at dersom mistenkte ikke vil fortelle sannheten, er det bedre for sakens

opplysning at vedkommende forholder seg taus, enn at han lyver. På denne måten kan en rett til taushet være med på å sikre materielt riktige avgjørelser.

På tross av disse argumentene, tyder likevel mye på at en forklaringsplikt ville ha medført at flere forklarte seg sannferdig. Dersom det ikke hadde vært et alternativ for mistenkte å forholde seg taus, er det naturlig å tenke at ikke alle disse heller ville ha fremsatt løgn. Det er sannsynlig at i alle fall noen ville ha fortalt sannheten i stedet. Det er uansett grunn til å tro at en forklaringsplikt ville medført at flere mistenkte ville ha kommet med opplysninger som gjør det enklere å oppklare saken. Sakens opplysning er dermed alt i alt et hensyn som taler mot et selvinkrimineringsvern.

2.2.3 Myndighetsmisbruk

Som beskrevet tidligere, mangler ikke historien eksempler på myndighetsmisbruk i form av tortur, trusler og annet pressmiddel for å få en mistenkt til å forklare seg. Øyen viser i boka «Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen» til forskning som tyder på at avhørssituasjonen kan øke risikoen for selvinkriminering på uriktig grunnlag.³⁰ Det er heller ikke fjernt å tenke seg at en avhørssituasjon preget av pressmidler er egnet til å tvinge frem falske tilståelser. En mistenks rett til vern mot selvinkriminering fungerer på denne måten som en motmakt overfor politiet og domstolene, i den forstand at den setter grenser for hvilke avhørsmetoder som brukes mot mistenkte.

At selvinkrimineringsvernet kan begrunnes i hensynet til vern mot myndighetsmisbruk ble fremhevet av EMD i storkammersaken *Saunders mot Storbritannia*³¹. Flertallet fremholdt i premiss 68 at «[t]heir rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6». Videre påpekes det at retten til vern mot selvinkriminering særlig forutsetter at straffeforfølgelsen i en straffesak søker å bevise saken uten å bruke bevis som er fremkommet gjennom tvangsmetoder. En viktig begrunnelse for selvinkrimineringsvernet er altså å sikre at en straffesak bevises på rettmessig grunnlag. Dette har også en viktig side til uskyldpresumsjonen, fordi det å fremtvinge erkjennelse av skyld ofte vil måtte bygge på en forutsetning om at mistenkte er skyldig.³²

2.2.4 Respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet

En annen viktig målsetting i straffeprosessen er at alle involverte skal behandles med verdighet. Dersom retten til taushet tenkes borte, står en skyldig mistenkt overfor to alternativer:

³⁰ Øyen (2010) s. 99.

³¹ Sak 19187/91 *Saunders mot Storbritannia*.

³² NOU 2003: 15 s. 103.

Enten å lyve eller å inkriminere seg selv. Dette blir av mange ansett som uverdigg behandling av en mistenkt. Respekt for menneskelig verdighet ble fremholdt som et argument for et selvinkrimineringsvern i forarbeidene til dagens straffeprosesslov.³³ I tillegg har Høyesterett uttalt at «nektelsesretten 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».³⁴ Å pålegge mistenkte en forklaringsplikt kommer dermed i konflikt med vedkommende sitt krav på en verdigg straffebehandling.

Sterkt fysisk og psykisk press regnes som kjerneområdet for forbudet mot tvungen selvinkriminering.³⁵ Å tvinge mistenkte til å inkriminere seg selv kan raskt stride mot vedkommende sitt krav på en verdigg behandling. Både EMK art. 3 og SP art. 7 fastsetter et totalforbud mot å utsette et menneske for nedverdiggende behandling. Det verdigmessige fundamentet bak forbudet er menneskenes krav på respekt for sin fysiske og psykiske integritet. Borgernes rett til vern om den personlige integritet er grunnlovsvernet, se GrL. § 102 andre ledd. En mistenkt skal ikke reduseres til et redskap for samfunnet, men skal anerkjennes å ha en selvbestemmellesrett og en privatautonomi som myndighetene ikke kan gripe inn i. Mistenkte skal slippe å prioritere samfunnets ønske om å oppklare straffesaker fremfor seg selv. Enhver råder over informasjon om seg selv, og bør ha rett til å kontrollere hva som deles med andre. Ved å anerkjenne et vern mot selvinkriminering, anerkjenner staten at alle mennesker er født med en egen fri vilje.

At respekt for menneskets autonomi er et hensyn bak selvinkrimineringsvernet kan også utledes fra EMDs praksis. I saken *Allan mot Storbritannia*³⁶ uttaler domstolen i premiss 44 at

«[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seeks to prove the case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused [...]».

Retten fremhever her at menneskets frie vilje skal beskyttes, og dermed må også mistenktes taushetsrett og vern mot undertrykkelsesmetoder ivaretas.

³³ Innstilling (1969) s. 223.

³⁴ Rt. 1993 s. 202, s. 207–208.

³⁵ Torgersen (2008) s. 203.

³⁶ Sak 48539/99 Allan mot Storbritannia.

2.2.5 Et vern for uskyldig mistenkte?

En kan spørre seg hvorvidt selvinkrimineringsvernet er en rettssikkerhetsgaranti for uskyldig mistenkte. I den grad så er tilfelle, er det et sterk argument for å ha et slikt vern. Øyen tar opp denne problemstillingen i sin bok.³⁷ Han oppstiller som den overordnede problemstillingen om en rett til taushet innebærer en beskyttelse mot falske tilståelser og andre former for uriktig selvinkriminering.

Øyen viser til forskning som tyder på at både personlige egenskaper hos mistenkte og bestemte avhørsmetoder kan øke risikoen for falske tilståelser. Personlige egenskaper som kan gjøre mistenkte særlig utsatt er intelligens, selvtillit, alder og rusavhengighet. Situasjonsrelaterte risikofaktorer er press i forbindelse med avhør, redusert motstandskraft hos mistenkte og lange avhør. Et kjent eksempel i denne forbindelse er den såkalte Karmøysaken fra 1995. Birgitte Tengs ble funnet drept i nærheten av sitt hjem på Karmøy, og to år senere ble hennes da 19 år gamle fetter pågrepet og siktet for drapet. Etter mange og lange avhør fikk politiet til slutt frem en tilståelse. Denne ble senere trukket av fetteren, men han ble likevel dømt i Karmsund Herredsrett.³⁸ I ankesaken ble han frikjent av Gulating Lagmannsrett.³⁹

Måten fetteren ble behandlet på under avhørene har møtt sterk kritikk, både da og i senere tid. I en podcast laget av VG beskrives det hvordan avhørene foregikk.⁴⁰ Fetteren ble avhørt over flere uker, og fikk beskjed om at han ikke fikk treffe igjen familien før han samarbeidet med politiet. Teknikken som ble brukt var at han først skulle se for seg hvordan han trodde drapet hadde skjedd, og han skulle skrive det ned. Fetteren hadde fått fullt innsyn i sakens dokumenter, og kunne derfor gi en ganske detaljert historie. Ved opplesning til avhørslederen fikk han beskjed om å rette innholdet flere steder i teksten, slik at beskrivelsen stemte bedre overens med sakens øvrige beviser. Til slutt ble han bedt om å skrive fortellingen om til jeg-person. Dette ble fetterens tilståelse.

Eksemplet viser hvor galt det kan gå dersom avhørsteknikkene ikke sikrer en mistenkets rettigheter. Jeg nevner at fetterens tilståelse ble trukket før rettssaken startet, men den fikk likevel stor betydning i straffesaken mot han. Dersom retten til taushet hadde vært reell i et slikt tilfelle, er det stor grunn til å tro at en tilståelse ikke ville ha blitt gitt, og at vedkommende derfor heller ikke ville blitt dømt. Fetteren har i senere tid blitt renvasket av politiet, som har konkludert med at tilståelsen var ubrukelig. Slike tilfeller gjør at det kan argumenteres for at

³⁷ Øyen (2010) s. 97–108.

³⁸ TKARM-1997-539 (Karmsund).

³⁹ LG-1998-260-2 (Gulating).

⁴⁰ Ruud (2015) episode 4.

selvinkrimineringsvernet også er et reelt vern for uskyldig mistenkte, selv om det nok må forbeholdes de mer ekstreme tilfellene.

2.3 Rettslig forankring

2.3.1 De rettslige rammene

Legalitetsprinsippet, lovbestemte forbud og lovbestemte rettigheter utgjør i dag de rettslige rammene for vernet mot selvinkriminering.⁴¹ Også internasjonale menneskerettigheter inneholder regler som skal sikre mistenktes rett til å forholde seg taus.

2.3.2 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet utgjør en rettslig skranke for det offentliges myndighetsutøvelse overfor borgerne. Prinsippet gjelder derfor både påtalemyndigheten og domstolene der de opptrer som offentlig myndighet overfor enkeltpersoner og befolkningen ellers. Kjernen i legalitetsprinsippet er at myndighetene ikke kan gripe inn i borgernes rettsstilling uten hjemmel i lov. Prinsippet skal sikre forutberegnelighet for borgerne, og hindre at myndighetenes maktbruk blir vilkårlig.

Et av borgernes rettsgoder er privatliv og fysisk og psykisk integritet. Det innebærer at statens myndigheter må ha hjemmel i lov for å gripe inn i borgernes rett til vern mot selvinkriminering. Et eksempel, som er relevant for denne oppgavens tema, er at staten ikke uten lovhjemmel kan pålegge en mistenkt i straffesak å fremlegge bevis som kan føre til egen domfellelse.

Legalitetsprinsippet er lovfestet i både Grunnloven og menneskerettsloven, se Grl. § 96 første ledd, og for eksempel EMK art. 5 nr. 1 andre punktum, art. 8 nr. 2 og tilleggsprotokoll nr. 1 til EMK art. 1 første ledd andre punktum, jf. mrl. § 2 nr. 1. Utover dette eksisterer legalitetsprinsippet også på ulovfestet grunnlag. Det innebærer at myndighetene må ha lovhjemmel for å gripe inn i borgernes rettsstilling, selv om det ikke fremgår av den aktuelle lovteksten. Verken politiet eller domstolene kan derfor gripe inn i mistenktes rett til vern mot tvungen selvinkriminering uten at de har hjemmel i lov for det.

2.3.3 Lovbestemte forbud

Retten oppstiller en rekke forbud som offentlige myndigheter er bundet av i sin behandling av borgerne. For det første inneholder Grunnloven et generelt forbud mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling, se § 93 andre ledd. I tillegg har borgerne et

⁴¹ Øyen (2010) s. 17-20.

vern etter straffeloven⁴² (strl.), hvor forbudene også gjelder myndighetene. Størst interesse når det gjelder selvinkrimineringsvernet er strl. § 271 (kroppskrenkelse), strl. § 273 (kroppsskade), strl. § 251 (tvang), strl. § 254 (frihetsberøvelse) og strl. § 263 (trusler). I tillegg inneholder også EMK art. 3 og SP art. 7, jf. mrl. § 2 nr. 1 og 3 forbud mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Norsk rett inneholder også lovbestemte forbud som er oppstilt for å verne mistenkte personer i straffesaker. Strpl. § 92 andre ledd, jf. § 232 andre ledd andre punktum inneholder forbud mot bruk av løfter, uriktige opplysninger, trusler og tvang for å få en person til å forklare seg, og er rettet mot de som foretar politiavhør og rettslige avhør. Bestemmelsen forbyr også bruk av midler som kan nedsette bevisstheten eller evnen til selvbestemmelse, og mistenkte må sikres sedvanlige måltider og nødvendig hvile. Dersom mistenkte avgir en forklaring som følge av brudd på reglene i strpl. § 92 andre ledd, vil beviset være ulovlig ervervet, og det blir et spørsmål om bevisforbud.⁴³ Det vil si at dersom de offentlige myndighetene bryter dette regelverket, risikerer man at beviset blir nektet ført i retten. Dette er altså regler som skal beskytte mistenktes taushetsrett.

Strl. § 221 andre ledd gjør det straffritt for en siktet å forklare seg falskt.

2.3.4 Lovbestemte rettigheter

Selv om straffeprosessloven ikke uttrykkelig sier at mistenkte har rett til å forklare seg i et rettsmøte, er det ikke tvilsomt at det foreligger en slik rett. Det fremgår forutsetningsvis av flere bestemmelser, se strpl. §§ 90, 91 første ledd, 244 første ledd første punktum, 289a og 290. Jeg går ikke nærmere inn på disse reglene her. Selv om mistenkte har en rett til å forklare seg, foreligger ingen plikt, jf. strpl. § 230 første ledd første punktum. Dette medfører at en mistenkt heller ikke kan pålegges å utlevere gjenstander som kan ha betydning som bevis, se strpl. § 210.

Mistenktes rett til taushet er heller ikke direkte lovfestet i straffeprosessloven, men fremgår forutsetningsvis av strpl. §§ 90 og 232 første ledd. Strpl. § 90 gjelder første gang mistenkte møter i retten, mens strpl. § 232 første ledd gjelder politiavhør av mistenkte i forbindelse med etterforskning av straffesaken. I begge tilfellene har vedkommende rett til og gjøres kjent med at han «ikke har plikt til å forklare seg» i saken. Mistenktes rett til ikke å inkriminere seg selv har relativt nylig blitt innfortolket av Høyesterett i Grl. § 95 første ledd.⁴⁴ Spørsmålet om

⁴² Straffeloven (2005).

⁴³ Torgersen (2008) s. 200.

⁴⁴ Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 15.

hvilke sider av selvinkrimineringsvernet som nyter grunnlovsværn, lar Høyesterett imidlertid stå ubesvart.

Selv om en mistenkt har rett til å forholde seg taus i egen straffesak, har han plikt til å stille sin egen kropp til rådighet for undersøkelse og prøvetaking, jf. strpl. §§ 157 første ledd og 195 første ledd. Det er dette som omtales som den passive medvirkningsplikten. I tillegg omfatter ikke taushetsretten *personalia*, slik at dette er noe en mistenkt er pålagt å legge frem for offentlige myndigheter.

2.3.5 Det menneskerettslige vernet

I tillegg til de menneskerettslige bestemmelsene som allerede er nevnt, inneholder også internasjonale regler et mer direkte vern mot selvinkriminering. Av SP art. 14 nr. 3 bokstav g framgår det at «[i]n the determination of any criminal charge against him» har vedkommende rett til «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt». Bestemmelsen innebærer at en rett til taushet foreligger dersom tre vilkår er oppfylt. For det første må det gjelde en straffesak, jf. ordlyden «criminal charge». Sivilrettslige saker faller derfor naturligvis utenfor. For det andre må det være tale om egen straffesak, jf. ordlyden «against him». Det innebærer først og fremst at vernet ikke omfatter vitner eller andre nærstående. For det tredje kan selvinkrimineringsvernet etter bestemmelsen kun påberopes på tidspunktet når anklagen skal avgjøres, jf. ordlyden «in the determination of». Som en følge av dette er en mistenkt, i begrepetets egentlige forstand, ikke vernet mot tvungen selvinkriminering ved politiavhør etter denne bestemmelsen.

SP håndheves ikke av noe sanksjoneringsorgan, og det finnes dermed ikke rettspraksis etter SP art. 14 nr. 3 bokstav g. FNs menneskerettighetskomité har kompetanse til å gi uttrykk for sine synspunkter på fortolkningen av SP overfor statene.⁴⁵ Disse har kun virkning som rådgivende uttalelser. Manglende rettspraksis etter SP art. 14 nr. 3 bokstav g gjør at bestemmelsen får mindre betydning i det praktiske liv. Den blir derfor ikke drøftet i det videre.

EMK inneholder ikke et uttrykkelig selvinkrimineringsvern, men et slikt vern er av EMD innfortolket i EMK art. 6 nr. 1 som et element i retten til en «fair (...) hearing». Dette ble for første gang gjort i saken *Funke mot Frankrike*.⁴⁶ Funke var en tysk statsborger som bodde i Frankrike, og under en ransakelse i hans hus erkjente han å ha flere bankkontoer i utlandet. Da påtalemyndigheten ikke greide å sikre tilstrekkelige bevis for dette, innledet de straffesak for å få Funke til å fremlegge bevisene i form av dokumenter. Han ble ilagt en dagmulkt for

⁴⁵ NOU 1993: 18 s. 88.

⁴⁶ Sak 10828/84 *Funke mot Frankrike*, premiss 44.

ikke å etterkomme pålegget. Funke framholdt at dette var i strid med hans rett til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Han fikk medhold av EMD, som kom til at hans vern mot selvinkriminering var krenket, og at det derfor var skjedd et brudd på EMK art. 6 nr. 1. Denne rettstilstanden er senere fulgt opp av EMD i en rekke dommer, som jeg kommer tilbake til senere.

Formuleringen i SP art. 14 nr. 3 bokstav g gir et dekkende utgangspunkt også for forståelsen av vernet etter EMK art. 6 nr. 1.⁴⁷

2.4 Forslag til ny straffeprosesslov

Ny straffeprosesslov er under forberedelse, og har vært ute på høring.⁴⁸ I straffeprosesslovutvalgets forslag til ny straffeprosesslov blir retten til vern mot selvinkriminering tatt opp.⁴⁹ Utvalget påpeker at både Grunnloven og Norges folkerettslige forpliktelser tilsier at ny straffeprosesslov bør inneholde et vern mot selvinkriminering. Det vises til Grl. § 95 første ledd og EMK art. 6 nr. 1, som jeg tidligere har vært inne på. I lovforslaget er selvinkrimineringsvernet inntatt i § 3-1 andre ledd bokstav a, jf. § 3-2. Her fremgår det at mistenkte har rett til og ikke tvinges til å bidra til egen straffeforfølgning eller domfellelse, og at vedkommende har rett til å forholde seg taus og til ikke å utlevere bevis. Det nærmere innholdet av vernet er ikke regulert.

Lovforslaget kan, i tilknytning til spørsmål om selvinkrimineringsvernet, kritiseres på flere punkter. For det første drøfter ikke utvalget hvorvidt, eller i hvilken grad, taushet hos mistenkte er et relevant bevis. Det pekes kun på at det er en viss åpning etter EMK for å trekke slutninger fra mistenktes taushet når det gjelder skyldspørsmålet.⁵⁰ Lovforslaget inneholder heller ingen plikt for retten til å informere mistenkte om betydningen av taushet, slik nåværende straffeprosess gjør i § 93 andre ledd. Når det likevel pålegges forsvareren å gi råd og veiledning om betydningen av å forholde seg taus i lovforslagets § 3-7 første ledd bokstav d, synes de å forutsette at taushet har en viss bevisverdi. På den andre siden kan det virke meningsløst å pålegge forsvareren en plikt til å veilede om betydningen av å forholde seg taus, når loven ikke sier noe om hvilken betydning det har. I verste fall risikerer man da at en mistenkt foretar et feilinformert valg om å forholde seg taus.

⁴⁷ NOU 2003: 15 s. 103.

⁴⁸ Regjeringen (2016).

⁴⁹ NOU 2016: 24 s. 207–208.

⁵⁰ Regjeringen (2016) s. 519.

For det andre etterlater § 3-1 andre ledd bokstav a, jf. § 3-2 tvil om rettstilstanden er ment å videreføres når det gjelder selvinkrimineringsvernet, eller om lovforslaget er ment å endre gjeldende rett. I lovteksten synes to elementer i retten til et selvinkrimineringsvern foreslått lovfestet, ved at det vises til lovforslagets henholdsvis § 9-1 og § 19-7 første ledd. De to elementene er at mistenkte ikke har forklaringsplikt overfor politiet og retten, og at mistenkte ikke har plikt til å utlevere inkriminerende dokumenter eller andre bevis. Selvinkrimineringsvernets øvrige elementer er ikke nevnt. Det fremgår imidlertid av merknadene til de enkelte bestemmelsene i utkastet til ny straffeprosesslov at § 3-1 andre ledd bokstav a, jf. § 3-2 skal forstås som etter gjeldende rett for så vidt gjelder fysiske personer.⁵¹ På bakgrunn av dette må det kunne legges til grunn at hensikten med lovfestingen er kun å rettighetsfeste mistenktes rett til vern mot tvungen selvinkriminering, som nå eksisterer på ulovfestet grunnlag.

2.5 Hvem gjelder selvinkrimineringsvernet for?

Selvinkrimineringsvernet gjelder først og fremst fysiske personer. Det vil si at dersom mistenkte benytter seg av retten til taushet, og det ikke føres andre bevis som er tilstrekkelige for å erklære skyld, så skal saken henlegges eller vedkommende frikjennes. At selvinkrimineringsvernet gjelder fysiske personer, må forstås på bakgrunn av begrunnelsene for et slikt vern, som allerede redegjort for.

Større uklarhet har det vært om hvorvidt juridiske personer er vernet av retten til vern mot tvungen selvinkriminering. I straffeprosessen generelt har juridiske personer i utgangspunktet samme rettsstilling som fysiske personer. Dette følger forutsetningsvis av strpl. § 84 a første punktum. I tillegg er foretak egne strafferettslige ansvarssubjekter, jf. strl. § 27 første ledd. Forutsetningen for at juridiske personer kan straffes, er at en fysisk person har handlet på vegne av foretaket. Et foretak har altså ikke selv prosessuell handleevne.

Det finnes ingen bestemmelser som oppstiller et vern mot selvinkriminering for juridiske personer, verken direkte eller forutsetningsvis. Spørsmålet om disse har et selvinkrimineringsvern ble for første gang drøftet av Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 2011 s. 800. Hovedspørsmålet var her om EMK art. 6 nr. 1 oppstiller et slikt vern. Retten fastslo at utgangspunktet er at fysiske og juridiske personer er likestilt etter artikkelen, og at det ikke er holdepunkter for at selvinkrimineringsvernet står i en særstilling. Det ble videre lagt vekt på rettssikkerhetshensyn, og uttalelser fra EMD som tyder på at selskaper omfattes av vernet. Retten kom dermed til at juridiske personer nyter et selvinkrimineringsvern etter EMK art. 6 nr. 1.

⁵¹ NOU 2016: 24 s. 551.

Under utarbeidelsen av den nye straffeprosessloven, som enda ikke er vedtatt, har spørsmålet om juridiske personers selvinkrimineringsvern blitt tatt opp.⁵² Utvalget drøfter dommen inn- tatt i Rt. 2011 s. 800 og internasjonal rett, og kommer til at Norge ikke er folkerettslig forplik- tet til å gi juridiske personer et slikt vern. Deretter ser utvalget på begrunnelsene for selv- inkrimineringsvernet, og kommer til at disse ikke gjør seg gjeldende overfor juridiske perso- ner, siden de i stor grad knytter seg til menneskelige egenskaper som et foretak eller et selskap ikke kan ha. Utvalget foreslår dermed å lovfeste i § 3-2 andre ledd andre punktum i ny straf- feprosesslov at juridiske personer ikke skal være vernet mot tvungen selvinkriminering.

Forslaget til ny straffeprosesslov er som nevnt enda ikke vedtatt. I høringssvarene er det bred enighet om at selvinkrimineringsvernet bør lovfestes som en rettighet. Forslaget om å gjøre unntak for juridiske personer har imidlertid møtt større motstand (først og fremst hos Advo- katforeningen, Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, Riksadvokatembetet og Innlandet politidistrikt).⁵³ Hovedargumentet som gjentar seg er at lovgiver ikke kan endre Høyesteretts fortolkning av gjeldende rett etter EMK. Siden EMK har forrang foran annen norsk lovgivning, jf. mrl. § 2 nr. 1, jf. § 3, vil ikke en norsk lovregel om at selvinkrimine- ringsvernet ikke gjelder juridiske personer, få anvendelse i praksis. Forutsetningen er at Høy- esteretts tolkning av EMK art. 6 nr. 1 på dette punkt er riktig. Spørsmålet vil derfor ikke bli endelig avklart før det er behandlet av EMD.

⁵² NOU 2016: 24 s. 209–214.

⁵³ Regjeringen (2016).

3 DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR Å TA TAUSHET I BETRAKTNING

3.1 Straffeprosessloven

Strpl. § 93 andre ledd slår fast følgende: «Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham». Bestemmelsen er en videreføring av § 260 i straffeprosessloven av 1887. Den bygger på en klar forutsetning om at mistenktes taushet i retten kan tas i betraktning i bevisvurderingen.⁵⁴ Dette er også lagt til grunn av Høyesterett. I kjennelsen inntatt i Rt. 1993 s. 202 krevde tre personer, som hadde vært siktet for ran av en pengetransport, oppreisning for urettlig forfølgning etter strpl. § 446. To av dem hadde forholdt seg tause både overfor politiet og i retten. Kjæremålsutvalget pekte først på mistenktes rett til ikke å forklare seg, og uttalte deretter at «[d]et er likevel klart at nektelse av å gi forklaring vil kunne være et bevismoment mot siktede», og det vises til forutsetningen i strpl. § 93 andre ledd.⁵⁵

Mistenktes rettsstilling i politiavhør reguleres av strpl. § 232, som i første ledd slår fast at mistenkte skal gjøres kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg. Bestemmelsen sier derimot ingenting om mistenktes taushet i politiavhør har noen bevismessig betydning. Den har heller ingen henvisninger til § 93 andre ledd, som sier at rettens leder skal gjøre siktede oppmerksom på at taushet kan tale mot han. Dette taler for at taushet i politiavhør ikke er et like sentralt bevis som taushet i retten. Likevel kan ikke den slutning trekkes at taushet i politiavhør ikke kan tas i betraktning i bevisvurderingen. I Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt. 1993 s. 202 synes ikke retten å skille mellom politiavhør og rettslig avhør, og dommen trekker derfor i retning av at også mistenktes taushet overfor politiet kan ha bevismessig betydning.⁵⁶ Som den senere gjennomgangen av praksis fra EMD viser, må dette også sies å være dagens retts-tilstand.

3.2 Prinsippet om fri bevisføring

Prinsippet om fri bevisføring er ikke lovfestet på straffeprosessens område, men det er likevel ikke tvilsomt at det gjelder. Dette fremgår av en rekke dommer fra Høyesterett, se blant annet Rt. 1990 s. 1008, s. 1010 og Rt. 2008 s. 605 avsnitt 13. Prinsippene innebærer at partene i utgangspunktet kan føre de bevis de ønsker, og at retten ikke kan avskjære bevis med mindre

⁵⁴ Ot.prp. nr. 77 (2001-2002) s. 18.

⁵⁵ Rt. 1993 s. 202, s. 207.

⁵⁶ Rt. 1993 s. 202, s. 206.

de har lovhjemmel for det. Begrunnelsen for at bevisføringen er fri er dels at det sikrer best mulig opplysning av saken,⁵⁷ siden det er partene som kjenner saken best og dermed vet hvilke relevante opplysninger som foreligger. Dels er begrunnelsen at prinsippet bidrar til at saksbehandlingen inngir tillit hos partene ved at de får ivareta sine interesser og opplever at de blir hørt.⁵⁸

Prinsippet om fri bevisføring gjelder bare for bevisføring som skal belyse det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Dette innebærer at det ikke uten videre kan føres bevis om retts spørsmål. Utgangspunktet er at prinsippet gjelder alle typer bevismidler og informasjon, og på ethvert trinn av saken. Mistenkte og påtalemyndigheten nyter naturligvis begge godt av prinsippet om fri bevisføring.

Partenes rett til å føre de bevis de ønsker fremgår ikke direkte av EMK, men etter art. 6 nr. 3 bokstav d har en mistenkt rett til å føre vitner på samme vilkår som påtalemyndigheten. Dette må ses i sammenheng med at enhver har rett til en «fair (...) hearing» etter konvensjonens art. 6 nr. 1. EMD har lagt til grunn at det først og fremst er opp til nasjonale myndigheter å regulere omfanget av bevisføringen i en straffesak, se for eksempel *Poropat mot Slovenia*⁵⁹ premiss 42. Den internasjonale domstolens rolle er å sørge for at bevisføringen ikke krenker mistenktes rett til en «fair (...) hearing».

Prinsippet om fri bevisføring innebærer at taushet hos mistenkte i utgangspunktet kan føres som bevis.

3.3 Prinsippet om fri bevisvurdering

Som jeg allerede har vært inne på i punkt 2.1, var bevisvurderingen tidligere legal. En legal bevisvurdering innebærer at loven angir hvilke bevis som må foreligge for at retten skal anse sakens faktum som tilstrekkelig bevist. Motsetningen er en fri bevisvurdering, og det er dette som er hovedregelen i dag.⁶⁰ Heller ikke prinsippet om fri bevisvurdering fremgår av straffeprosessloven, fordi det under lovforberedelsen ble ansett unødvendig å lovfeste det.⁶¹ Det er likevel ikke tvilsomt at det gjelder, se blant annet Rt. 1994 s. 610, s. 614 og Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 13.

⁵⁷ Rt. 2008 s. 605, avsnitt 13.

⁵⁸ Øyen (2016) s. 352.

⁵⁹ Sak 21668/12 *Poropat mot Slovenia*.

⁶⁰ Kolflaath (2004) s. 279.

⁶¹ Innstilling (1969) s. 197 og 308.

Prinsippet om fri bevisvurdering innebærer at bevisenes styrke må vurderes konkret i den enkelte sak. Det vil for det første si at det i utgangspunktet ikke gjelder noen rettsregler eller retningslinjer for hvordan bevisene skal vurderes. For det andre innebærer det at retten ikke er bundet av partenes argumentasjon om hvordan bevisene skal vurderes.⁶²

Prinsippet om fri bevisvurdering gjør at taushet hos mistenkte som utgangspunkt skal vurderes på samme linje som andre typer bevis.

⁶² Jerkø (2015) s. 335–336.

4 HAR TAUSHET BEVISVERDI?

4.1 Innledende bemerkninger

Har taushet hos mistenkte bevisverdi? Formulert på en annen måte: Kan det si noe om vedkommende sin skyld? For at taushet skal ha noe bevisverdi, må den være talende, i den forstand at den sier noe om vedkommende sin skyld. Kunnskapsteoretisk er hovedproblemstillingen om – og eventuelt i hvilken grad – taushet hos mistenkte kan belyse om et bevistema er korrekt eller ikke.

For at et bevis skal ha noe bevisverdi, i den forstand at det medfører at bevistemaet blir bedre opplyst, må tre forutsetninger være oppfylt.⁶³ For det første må beviset gi grunnlag for slutninger i en bestemt retning. For det andre må beviset være relevant i relasjon til bevistemaet. For det tredje må bevisføringen rundt det aktuelle bevistemaet ikke allerede være så omfattende og entydig at ytterligere bevisføring er uten betydning. For denne oppgavens vedkommende forutsettes de to siste forutsetningene oppfylt. Her er det kun den første forutsetningen som er interessant, nemlig om beviset gir grunnlag for slutninger i en bestemt retning. Mer presist: Kan det trekkes den slutning at taushet hos mistenkte sier noe om vedkommende sin skyld?

4.2 Grunnlaget for bevismessige slutninger fra taushet

Det er en utbredt oppfatning at uskyldig mistenkte normalt ikke benytter seg av retten til å forholde seg taus, og at de i alle fall gjør dette sjeldnere enn de som er skyldig mistenkt. Dette kan begrunnes i det faktum at uskyldig mistenkte ikke har noe å skjule, og dermed normalt ikke har noe å tape på å gi en forklaring. Også EMD har påpekt at det eksisterer en forventning om at en uskyldig mistenkt vil forklare seg, se *Averill mot Storbritannia*⁶⁴ premiss 49. Om det stemmer at uskyldig mistenkte forklarer seg oftere enn skyldig mistenkte, er vanskelig å etterprøve empirisk.

Dersom en regner taushet hos mistenkte som et bevis som har bevisverdi, legger en til grunn at valget av taushet i den konkrete situasjonen sier noe om vedkommende sin skyld. Det er en tolkning av mistenktes valg av taushet, hvor resultatet av tolkingen brukes som et bevis i straffesaken mot han.

⁶³ Øyen (2016) s. 320–321.

⁶⁴ Sak 36408/97 *Averill mot Storbritannia*.

For at taushet hos mistenkte skal kunne gi grunnlag for slutninger i en bestemt retning, må skyldige og uskyldige som grupper kunne stilles fra hverandre i den aktuelle konteksten. Det forutsettes altså at vi kan angi en hyppighetsforskjell mellom dem, som sier noe om hvor ofte skyldig mistenkte forholder seg taus, og hvor ofte uskyldig mistenkte forholder seg taus. Der- som vi etter dette kan anta at størsteparten av mistenkte som forholder seg taus er skyldige, kan vi trekke den slutning at taushet i det enkelte tilfellet tyder på at vedkommende er skyldig.

Problemet er at det ikke finnes empirisk grunnlag for å operere med en slik hyppighetsforskjell mellom skyldig og uskyldig mistenkte. Bevismessige slutninger fra taushet hos mis- tenkte innebærer derfor en risiko for feilslutning, både fordi det ikke kan legges til grunn en slik hyppighetsforskjell mellom uskyldige og skyldige, og fordi det er høyst usikkert om mis- tenkte i den konkrete saken opptrer i tråd med en slik antakelse. Selv om den utbredte oppfat- ningen er at uskyldig mistenkte i større grad enn skyldig mistenkte velger å aktivt bidra til sakens opplysning, kan en ikke trekke den slutning at en mistenkt som forholder seg taus, er skyldig.

4.3 Kravet til en konkret og grundig bevisvurdering

Det følger av prinsippet om fri bevisvurdering at vurderingen av bevisene skal være konkret og grundig. Dette kom til uttrykk i den gamle straffeprosessloven ved at prøvingen av bevisene måtte være «samvittighedsfuld», jf. § 349 andre punktum. Det innebærer at mistenktes taushet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og ikke under en forhåndspreferanse om at taushet indikerer skyld. En viktig del av dette er å vurdere om tausheten kan ha en annen for- klaring enn at vedkommende er skyldig. I saken *Averill mot Storbritannia* påpeker EMD i premiss 49 at det kan være grunner til at også en uskyldig mistenkt velger å forholde seg taus, og retten må også vurdere dette. Mye taler derfor for at så lenge det finnes alternative årsaker i det konkrete tilfellet som kan begrunne mistenktes taushet, er det ikke forenelig med kravet til en konkret og grundig bevisvurdering å trekke den slutning at tausheten indikerer skyld.

4.4 Klarlegging av årsaken til mistenktes taushet

For å avgjøre om mistenktes taushet har noe bevisverdi, må det klarlegges hvilken årsak, eller hvilke årsaker, det er for at vedkommende forholder seg taus. Hovedspørsmålet er om taushe- ten kan ha andre årsaker enn at vedkommende er skyldig. I den forbindelse kan det kan opp- stilles tre trinn som retten må gå gjennom for å se om det kan være andre grunner til taushet enn skyld.⁶⁵

⁶⁵ Øyen (2010) s. 321–322.

For det første må retten vurdere om det lå et bevisst og rasjonelt valg bak mistenktes taushet. Dersom personen har en personlighetsforstyrrelse, lavt intellektuelt nivå, er i psykisk ubalanse eller er ruspåvirket, er det svært betenkelig å trekke bevismessige slutninger fra vedkommendes taushet. I slike tilfeller er det stor fare for at beslutningen om å forholde seg taus er ubevisst og/eller irrasjonell. Siden det da er stor fare for at tausheten har andre årsaker enn at vedkommende er skyldig, kan ikke tausheten i slike tilfeller tolkes slik at den indikerer skyld.

For det andre må det vurderes om mistenkte kunne ha vurdert bevisrisikoen slik at den er størst ved aktivitet. Da er i så fall dette årsaken til at vedkommende har forholdt seg taus, og tausheten sier ikke nødvendigvis noe om hans skyld. Han kan være uvitende om at taushet kan få bevismessige konsekvenser, eller tenke at det ikke er reelt i den konkrete situasjonen. Videre kan han ha vurdert det slik at den bevismessige risikoen er mindre dersom han forholder seg taus, enn hvis han avgir forklaring. Det kan være flere grunner til dette. Mistenkte kan ha dårlig erfaring fra tidligere, for eksempel med politiets avhørsmetoder eller måten forklaringen blir dokumentert og nedskrevet på. Det kan også være at mistenkte er redd for at forklaringen hans blir misforstått på noen måte, ved at han roter seg inn i selvmotsigelser eller uklarheter. Det kan for eksempel være språkproblemer som gjør at mistenkte vurderer det slik. Videre kan en uskyldig mistenkt være redd for ikke å bli trodd, for eksempel fordi han objektivt sett har overtrådt et straffebud, men frykter han ikke vil bli hørt med at han handlet i nødverge eller ikke har utvist subjektiv skyld.

Når det gjelder språkproblemer som mulig årsak til at mistenkte velger å forholde seg taus, er det interessant å trekke frem et tema som i nyere tid stadig er gjenstand for diskusjon: Bruk av tolk i rettsalen. Behovet for tolker i rettssystemet øker jevnt. At domstolenes tolkeutgifter i 2013 passerte 110 millioner kroner,⁶⁶ sier noe om hvor stor andel av saker for norske domstoler som føres med tolk. Undersøkelser som viser at mange tolker gjør en for dårlig jobb, har medført et større fokus på dette i senere tid. Anne Birgitta Nilsen er førsteamanuensis ved tolkeutdanningen på Høgskolen i Oslo, og har forsket på tolkemedierte politiavhør og rettsforhandlinger. I sin artikkel «Tolkemedierte samtaler – makt og avmakt i offentlig sektor»⁶⁷ kommer hun med nedslående resultater fra forskningsprosjektet. Empirisk basert forskning viser at mange som tar oppdrag som tolk i forbindelse med politiavhør og rettssaker ikke bare oversetter replikker; de fortolker replikker, de er i stor grad med på å styre samtalen, og de mangler kompetanse. At tolk ikke er noen beskyttet yrkestittel trekkes frem som en medvir-

⁶⁶ Langbach (2014) s. 429.

⁶⁷ Nilsen (2011) s. 62–77.

kende årsak til problemet; hvem som helst kan kalle seg tolk, og det er få krav til kompetanse for å tolke i retten.

At tolker ikke kvalitetssikres er et økende rettssikkerhetsproblem, på flere grunnlag. Ett av dem er at mistenkte som forklarer seg ved hjelp av tolk kan føle seg så misforstått at vedkommende til slutt gir opp sin forklaring. Det kan oppleves som å miste kontrollen over egen forklaring, og man blir maktesløs. En feilaktig høring kan altså rett å slett føre til at mistenkte til slutt velger å forholde seg taus. Det vil være utenfor oppgavens tema å gå nærmere inn på dette her. Poenget for dette temaets vedkommende er å kjenne til språkproblemer som en mulig årsak til mistenktes taushet, og at det da ikke er grunnlag for å trekke bevismessige slutninger fra den.

Et noe annet tilfelle er når forsvareren råder sin klient til å forholde seg taus. Det kan ikke trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet når årsaken er råd fra forsvareren, fordi tausheten da ikke nødvendigvis sier noe om hans skyld. Dersom det skal trekkes slutninger fra tausheten i slike tilfeller, må det klarlegges at mistenktes taushet berodde på hans egen selvstendige vurdering, selv om forsvareren rådet han til å forholde seg taus. At dette er rettstilstanden ble bekreftet av EMD i saken *Condron mot Storbritannia*⁶⁸ premiss 61. Her hadde de mistenkte forholdt seg tause under politiavhør, og forklarte det med at forsvareren hadde rådet dem til det. Dette bekreftet også forsvareren selv. I rettsbelæringen ble dette nevnt, men rettsformann overlot til juryen å avgjøre hvilke bevismessige slutninger som skulle trekkes fra tausheten. EMD kom til at rettsbelæringen var i strid med de mistenktes rett til taushet, fordi dommeren ikke hadde vært tydelig nok på at bevismessige slutninger kun er rettmessig når det ikke finnes andre årsaker til taushet enn skyld.

En tredje vurdering retten må foreta for å klarlegge om det kan være andre årsaker til at en mistenkt forholder seg taus, er muligheten for at den uskyldig mistenkte ikke ønsker å prioritere en økt mulighet for henleggelse eller frifinnelse foran andre hensyn som fra hans synspunkt foreligger i den konkrete situasjonen. Slike andre hensyn kan være ønsket om å verne den egentlige skyldige, som kanskje er en venn eller slektning. Det kan heller ikke utelukkes at samarbeidet i kriminelle nettverk er så sterkt at uskyldige tar straffen slik at de egentlig skyldige kan fortsette sin virksomhet.

⁶⁸ Sak 35718/97 *Condron mot Storbritannia*.

4.5 Sammenfatning

Vi ser altså at det ikke automatisk kan trekkes den slutning at taushet indikerer at mistenkte er skyldig. Det finnes også forklaringer på taushet som er godt forenelig med uskyld. Ikke før retten har gått gjennom og vurdert alle de nevnte alternative årsakene til mistenktes taushet, og kommet til at disse ikke er aktuelle i den konkrete saken, kan det være berettiget å trekke bevismessige slutninger. Et viktig poeng i den forbindelse er at selv om retten ikke finner konkrete holdepunkter for at den mistenkte ikke hadde alternative grunner til å forholde seg taus, så er det ikke dermed sagt at slike ikke forelå. Dette gjør at taushet hos mistenkte alltid er et usikkert bevis. Det kan ikke sies med sikkerhet at årsaken til at mistenkte forholder seg taus, er at han er skyldig. Mistenktes taushet har dermed begrenset bevisverdi.

5 KAN TAUSHET TILLEGGES BEVISMESSIG VEKT?

5.1 Innledende bemerkninger

Kan taushet hos mistenkte tillegges slik bevismessig vekt som bevisverdien gir grunnlag for? Som nevnt innledningsvis, står vi her overfor et av de mest sentrale spørsmålene som problemkomplekset vern mot selvinkriminering reiser. Det kan ikke tillegges større bevismessig vekt, fordi det vil i så fall innebære å sanksjonere taushet i strid med selvinkrimineringsvernet.⁶⁹ Som eksempel kan nevnes at dersom mistenktes taushet tillegges stor bevismessig vekt i en situasjon hvor det er grunn til å tro at tausheten skyldes råd fra advokaten, så strider dette mot mistenktes vern mot selvinkriminering. Tausheten kan derfor ikke tillegges større bevismessig vekt enn det er grunnlag for ut fra det kunnskapsteoretiske perspektivet. Det interessante er om mistenktes taushet skal tillegges mindre bevismessig vekt enn hva drøftelsen i punkt 4 gir grunnlag for. Normativt er altså hovedproblemstillingen om det gjelder skranker, slik at rammen for bevismessige slutninger er snevrere.

En gjennomgang av rettspraksis er nødvendig for å klarlegge i hvilke tilfeller taushet hos mistenkte kan tillegges bevismessig vekt. Rettskildesøkene viser som nevnt at det er få saker om dette som kommer opp for Høyesterett. Det er dermed i all hovedsak rettspraksis fra EMD som avgjør rettstilstanden.⁷⁰ En analyse av disse avgjørelsene har gjort det mulig å oppstille noen generelle bemerkninger om når taushet hos mistenkte kan tillegges bevismessig vekt i straffesaken mot han.

5.2 Retten til en rettferdig rettergang

Avgjørende for om det kan trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet, er om det er rettmessig i henhold til EMK art. 6 nr. 1. Bestemmelsen fastslår at mistenkte har rett til en «fair (...) hearing». EMD slår i en rekke dommer fast at retten til å forholde seg taus «lay at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6», se for eksempel *Condron mot Storbritannia* premiss 56 og *Beckles mot Storbritannia*⁷¹ premiss 58. Retten til taushet er altså et sentralt element i en mistenkts rett til en rettferdig rettergang.

⁶⁹ Rt. 2014 s. 1292, avsnitt 17.

⁷⁰ Søk i HUDOCs databaser 19.11.18 på ordkombinasjonene «incrimination» og «silence» under «EMK art. 6 nr. 1 Fair Hearing» ga 86 treff. Søk samme sted og samme dato på ordkombinasjonene «silent» og «silence» ga 114 treff. En manuell gjennomgang av disse var nødvendig for å kunne foreta et utvalg. Mine rettskildesøk viser at det er elleve avgjørelser fra EMD som direkte behandler spørsmålet om hvilke bevismessige slutninger som kan trekkes fra mistenktes taushet.

⁷¹ Sak 44652/98 Beckles mot Storbritannia.

Retten til å forholde seg taus er ikke absolutt, jf. strpl. § 93 andre ledd. Høyesterett har bekref- tet at dette er rettstilstanden i blant annet Rt. 1993 s. 202, s. 207. Også EMD har i en rekke avgjørelser fremholdt at retten til taushet ikke er absolutt, se blant annet *Condron mot Storbri- tannia* premiss 56 og *Beckles mot Storbritannia* premiss 57. Det vil si at det er tillatt å legge bevismessig vekt på taushet hos mistenkte.

Avgjørende for om det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten i det konk- rete tilfellet, er om det er i samsvar med mistenktes krav på en rettferdig rettergang. Om retts- saken har vært rettferdig, beror på en helhetsvurdering. Dette fremheves i en rekke EMD- avgjørelser, se for eksempel *John Murray mot Storbritannia*⁷² premiss 47 og *O'Donnell mot Storbritannia*⁷³ premiss 51. Det fremheves på samme sted tre momenter som er særlig sentral i helhetsvurderingen: I hvilke situasjoner det kan trekkes bevismessige slutninger, hvilken vekt nasjonale domstoler har tillagt tausheten i den konkrete saken, og graden av tvang i den aktuelle situasjonen. Det nærmere innholdet i momentene drøftes ikke på prinsipielt grunnlag i noen av sakene.

5.3 En absolutt skranke i bevisgrunlaget

En mistenkt kan ikke dømmes «solely or mainly» på grunnlag av sin taushet. Dette ble fasts- lått første gang av EMD i *John Murray mot Storbritannia* premiss 47. Rettstilstanden er sene- re fulgt opp av en rekke avgjørelser fra EMD.⁷⁴ Dette representerer en absolutt skranke for å tillegge mistenktes taushet bevismessig vekt. Det må ses i sammenheng med at taushet er et bevisfakta, og dermed kun indirekte sier noe om mistenktes skyld, se punkt 1.4.3 om bevis. Taushet hos mistenkte som bevis kan altså ikke utgjøre hele eller mesteparten av bevisgrunn- laget for domfellelsen. Det ville i så fall vært å tillegge mistenkte bevisbyrden for egen straf- feskyld, noe som er i strid med uskyldpresumsjonen og det grunnleggende prinsippet om at det er påtalemyndighetens oppgave å føre bevis mot mistenkte.⁷⁵ Dersom en mistenkt døm- mes utelukkende eller hovedsakelig på grunnlag av sin taushet, vil det stride mot hans rett til en rettferdig rettergang. Dermed må det også være riktig å hevde at en rett som dømmer kun på grunnlag av mistenktes taushet, ikke har foretatt en forsvarlig bevisvurdering.

⁷² Sak 18731/91 John Murray mot Storbritannia.

⁷³ Sak 16667/10 O'Donnell mot Storbritannia.

⁷⁴ Se for eksempel sak 35718/97 Condron mot Storbritannia premiss 56, sak 36408/97 Averill mot Storbritannia premiss 45, sak 44652/98 Beckles mot Storbritannia premiss 58, sak 46834/06 Adetoro mot Storbritannia premiss 48 og sak 40945/09 Tabbakh mot Storbritannia premiss 25.

⁷⁵ Andenæs (2009) s. 160.

5.4 Forhold av betydning i vurderingen

5.4.1 Innledende bemerkninger

En analyse av rettspraksis har gjort det mulig å trekke frem noen forhold som EMD synes å tillegge betydning i vurderingen av om taushet hos mistenkte kan tillegges bevismessig vekt i det konkrete tilfellet. Flere av disse forholdene representerer også mulige skranker for når det kan trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Det vil si at det må vurderes om forholdene gjelder som absolutte vilkår, i den forstand at de må være oppfylt i den enkelte sak for at det kan trekkes slutninger fra tausheten.

5.4.2 Når bevissituasjonen ga mistenkte en oppfordring til forklaring

En begrunnelse for å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet, og som gjentar seg i de fleste avgjørelsene fra EMD om temaet, er at påtalemyndigheten har etablert en sak mot mistenkte som «clearly call for an explanation from him». Dette ble for første gang uttalt av retten i *John Murray mot Storbritannia*, se premiss 47. Murray ble pågrepet av politiet i et hus hvor han befant seg sammen med en kidnappet person. Den kidnappede personen hevdet at han ble utsatt for dødstrusler. Politiet fant blant annet sammenkrøllet teip på badet hvor fangen ble holdt, og mente flere omstendigheter i saken talte mot Murray. Han forholdt seg taus overfor både politiet og domstolen. EMD kom til at når bevisene mot mistenkte var såpass sterke, og han velger å forholde seg taus, er det naturlig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten.

Begrunnelsen for å trekke bevismessige slutninger i slike tilfeller synes å være at når bevissituasjonen er slik at det kan forventes at en uskyldig mistenkt ville ha forklart seg, så er det rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten. Også Kolflaath påpeker i sin artikkel «Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?» at når mistenkte ikke forklarer seg i et tilfelle hvor bevisene mot han her sterke, er det nærliggende å anta at det ikke finnes en frifinnende forklaring.⁷⁶ Denne rettstilstanden er fulgt opp av en rekke senere EMD-avgjørelser, se for eksempel *Condron mot Storbritannia* premiss 56. Jeg påpeker at selv om det i slike tilfeller er rettmessig å trekke slutninger fra tausheten, er det ikke dermed sagt at det også er rettferdig. Det beror fortsatt på en helhetsvurdering.

Dersom mistenktes taushet blir tillagt bevismessig vekt i et tilfelle hvor påtalemyndigheten ikke har etablert en sak som «clearly call for an explanation» fra han, vil det i praksis være å overføre bevisbyrden til mistenkte. Dette fremgår blant annet av *Telfner mot Østerrike*⁷⁷ pre-

⁷⁶ Kolflaath (2004) s. 300.

⁷⁷ Sak 33501/96 Telfner mot Østerrike.

miss 18 og *Krumpholz mot Østerrike*⁷⁸ premiss 40. I *Telfner mot Østerrike* hadde en person blitt påkjørt og skadet av en bil. Offeret fanget opp registreringsnummeret på bilen, og politiet fant den senere igjen. Bilen var registrert på mistenkes mor, men politiet fant ut at mistenkte var hovedbrukeren av den. Dette var det eneste beviset mot han i saken. Omkringliggende omstendigheter, som at mistenkte ikke var hjemme etter ulykken, og ingen visste hvor han var, gjorde at det kun var han selv som kunne forsvare seg. Mistenkte hadde ingen forklaring på hvor han var da ulykken skjedde, og ble dømt. EMD kom til at bevisbyrden i realiteten var overført til mistenkte, og at EMK art. 6 nr. 2 var krenket.

At avgjørelsen gjelder EMK art. 6 nr. 2 og ikke EMK art. 6 nr. 1 er noe merkelig, men har ikke betydning for de prinsipielle uttalelsene i saken. Årsaken er nok at saken ble anket på grunnlag av påstand om at det var uskyldpresumsjonen som var krenket, og ikke retten til en rettferdig rettergang.

I denne forbindelse er det interessant å stille spørsmål om dette representerer en skranke for når det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet. Spørsmålet er altså om det er en forutsetning for å trekke slutninger fra mistenktes taushet at påtalemyndigheten har etablert en sak som «clearly call for an explanation from him».

Både *Telfner mot Østerrike* og *Krumpholz mot Østerrike* taler for at påtalemyndigheten må ha etablert en sak som påkaller aktivitet fra mistenkte for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra tausheten hans. Særlig *Telfner mot Østerrike* synes å oppstille dette som et krav for at det kan trekkes slutninger i det enkelte tilfellet, når det vises til *John Murray-saken* og uttales i premiss 17 at:

«[T]he law allowed for the drawing of common-sense inferences from the accused's silence, where the prosecution had established a case against him, which called for an explanation. Considering that the evidence adduced at the trial constituted a formidable case against the applicant, the Court found that the drawing of such inferences, which was moreover subject to important procedural safeguards, did not violate Article 6 in the circumstances of the case».

Argumentet underbygges av at EMD senere poengterer at: «In requiring the applicant to provide an explanation although they had not been able to establish a convincing prima facie case against him, the courts shifted the burden of proof from the prosecution to the defence». Retten fastslår her at når påtalemyndigheten ikke har etablert en tilstrekkelig sak mot mistenkte, vil det å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet være uforenelig med retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1.

⁷⁸ Sak 13201/05 *Krumpholz mot Østerrike*.

Basert på dette må det legges til grunn at EMD i *Telfner-avgjørelsen* oppstiller et forbud mot å trekke bevismessige slutninger fra taushet når bevisene i saken ikke påkaller en forklaring fra mistenkte. Også Øyen legger en slik tolkning til grunn,⁷⁹ og argumenterer også for at skranken må begrenses til at bevisene «call for» en forklaring. Han mener altså at det ikke er nødvendig at bevisene «clearly» gir mistenkte en oppfordring til å forklare seg.

Forbudet kan likevel ikke betraktes som absolutt. I saken *Coghlan mot Storbritannia*⁸⁰ var mistenkte tiltalt for å ha ranet en postmann, for så å ha flyktet i en bil. Bevisene påtalemyndigheten satt på i saken var et brev fra mistenkte til den antatte fluktbilsjåføren, som ble funnet hjemme hos den antatte sjåføren. I tillegg hadde en av fem personer i en identifikasjonstest utpekt mistenkte som raneren. EMD vurderte bevisene slik at de ikke var tilstrekkelig til å påkalle en forklaring fra mistenkte. Likevel var det rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Retten fremholdt:

«The applicant had been arrested, cautioned and given the benefit of legal assistance prior to his interview. Therefore, he was fully aware of the risk of adverse inferences being drawn from silence in interview. The Court considers that, in these circumstances, the drawing of such inferences could be legitimate, even if there was no “case to answer” at interview».

Når mistenkte hadde tilgang til advokat under politiavhørene, og var fullt klar over risikoen ved taushet, kan det være rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten. Dette representerer dermed et unntak fra forbudet oppstilt i *Telfner-saken* om at bevismessige slutninger ikke kan trekkes dersom sakens beviser ikke påkaller en forklaring fra mistenkte. I *Coghlan-saken* hevdet mistenkte i retten å ha et alibi. Den bakenforliggende begrunnelsen for å trekke bevismessige slutninger fra tausheten synes å være at det er rimelig å forvente at mistenkte legger frem alibiet på et tidligere stadium av saken, selv om påtalemyndighetens bevis ikke påkaller en forklaring fra han.

5.4.3 Betydningen av om mistenkte har blitt orientert om risikoen ved taushet

Som tidligere redegjort for, skal en mistenkt i straffesak gjøres kjent med at taushet kan tale mot hans sak. Dersom mistenkte ikke blir orientert om dette, risikerer man at mistenktes valg om å forholde seg taus er basert på feil grunnlag. Da er det større sjanse for at tausheten skyldes andre årsaker enn at vedkommende er skyldig. Hvis mistenkte forholder seg taus i den tro at det ikke kan få noen konsekvenser i bevisvurderingen, må det betraktes som lite rettfærdig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten. Dette gjenspeiles av EMD i de fleste avgjørelse-

⁷⁹ Øyen (2010) s. 332.

⁸⁰ Sak 8535/02 *Coghlan mot Storbritannia*.

ne om temaet, ved at det vises til at mistenkte har blitt orientert om risikoen ved taushet som en del av begrunnelsen for at det kan trekkes bevismessige slutninger, se blant annet *John Murray mot Storbritannia* premiss 56 og *Averill mot Storbritannia* premiss 51. I *John Murray-saken* fremhever retten også orientering om risikoen ved taushet som en sikkerhet for mistenkte i de tilfellene det trekkes bevismessige slutninger, se dommens premiss 51.

Det kan stilles spørsmål om orientering av mistenkte representere en skranke for når det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten. Spørsmålet er altså om det gjelder et krav om at mistenkte er orientert om risikoen ved taushet for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra den.

Det å orientere mistenkte om risikoen ved å forholde seg taus har to sider: På den ene siden kan det, som nevnt, betraktes som lite rettfærdig å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet dersom vedkommende ikke er orientert om risikoen. På den andre siden kan en slik orientering oppleves som et forklaringspress for mistenkte. Dette er fremhevet av EMD i en rekke avgjørelser. I *John Murray mot Storbritannia* uttalte retten i premiss 50:

«Admittedly a system which warns the accused - who is possibly without legal assistance (as in the applicant's case) - that adverse inferences may be drawn from a refusal to provide an explanation to the police for his presence at the scene of a crime or to testify during his trial, when taken in conjunction with the weight of the case against him, involves a certain level of indirect compulsion. However, since the applicant could not be compelled to speak or to testify, as indicated above, this factor on its own cannot be decisive. The Court must rather concentrate its attention on the role played by the inferences in the proceedings against the applicant and especially in his conviction».

Det er altså ikke i seg selv uforenelig med taushetsretten å orientere mistenkte om risikoen ved taushet. Forutsetningen er at måten orienteringen blir gitt på ikke får virkning som press eller tvang overfor mistenkte. Ved siden av dette synes det avgjørende å være at mistenkte forstår innholdet. Tilgang til forsvarer fremheves som en viktig sikkerhet i den forbindelse. Det nevnes ingenting i *John Murray-saken* om at orientering om risikoen ved taushet er en forutsetning for at det kan trekkes bevismessige slutninger, men det drøftes heller ikke om det eksisterer en slik skranke.

Saken *Averill mot Storbritannia* taler for at orientering om risikoen ved taushet ikke er et absolutt krav for bevismessige slutninger, i det retten synes å legge til grunn at sakens alvorlighetsgrad og øvrige sikkerhetsgarantier er avgjørende for om slik orientering er nødvendig i det enkelte tilfellet. Tiltalen i saken gjaldt to drap, et drapsforsøk og ulovlig besittelse av to ladede rifler. Retten fremhever i premiss 49:

«For the Court, considerable caution is required when attaching weight to the fact that a person, arrested, as in this case, in connection with a serious criminal offence and having been denied access to a lawyer during the first twenty-four hours of his interrogation, does not provide detailed responses when confronted with incriminating evidence against him. Nor is the need for caution removed simply because an accused is eventually allowed to see his solicitor but continues to refuse to answer questions. It cannot be excluded that the accused's continued silence is based on, for example, bona fide advice received from his lawyer».

Der mistenkte ikke har tilgang til advokat og forholder seg taus, er orientering om risikoen ved taushet nødvendig for å sikre at mistenktes valg om taushet er basert på riktig grunnlag. I tillegg fremhever retten at slik orientering også kan være nødvendig dersom mistenkte har tilgang til advokat, men fortsatt forholder seg taus. I slike tilfeller kan det ikke utelukkes at tausheten er basert på råd fra advokaten, slik at det er større sjanse for at tausheten skyldes andre årsaker enn at vedkommende er skyldig.

Etter dette synes rettstilstanden å være at orientering om risikoen ved taushet ikke er et absolutt krav for at det kan trekkes bevismessige slutninger, men om det er «fair» i det konkrete tilfellet beror på en vurdering av måten orienteringen blir gitt på og hvilke øvrige sikkerhetsgarantier mistenkte har. Det overordnede målet om å finne ut om det kan være andre årsaker til at mistenkte forholder seg taus, tilsier at det sentrale er at mistenkte forstår de rettslige konsekvensene av å forholde seg taus. Bare i slike tilfeller er mistenkte i stand til å treffe valg på riktig grunnlag. Og bare da kan en i den enkelte saken utelukke andre årsaker til taushet enn skyld, dersom saksforholdet ellers tilsier det.

5.4.4 Betydningen av tidspunktet for taushet

Når det gjelder hvilke bevismessige slutninger som kan trekkes fra taushet hos mistenkte, kan det skilles mellom to tidspunkter for taushet: Taushet i politiavhør og taushet i retten. Av de elleve EMD-avgjørelsene som direkte omhandler taushet hos mistenkte som bevis, forholdt mistenkte seg taus i politiavhør i ni av tilfellene. I seks av tilfellene forholdt mistenkte seg taus i retten. Det vil si at i fire av tilfellene forholdt mistenkte seg altså taus både i politiavhør og i retten.

EMD synes ikke å tillegge skillet noen rettslig vekt. Vurderingen er i utgangspunktet den samme uavhengig av om mistenkte har vært taus i politiavhør eller i retten, eller begge steder. At dette er rettstilstanden kan utledes av EMD ved at retten ikke skiller på vurderingstema eller klarlegging av gjeldende rett når de drøfter tiltaltes taushet i politiavhør og retten. Heller ikke i den konkrete vurderingen synes de å legge ulike vurderingskriterier til grunn. At det

ikke opereres med et skille fremheves mer direkte i saken *O'Donnell mot Storbritannia*, se premiss 48:

«The fact that a trial judge leaves a jury with the option of drawing an adverse inference from an accused's failure to give evidence, either during police interview or, as in the instant case, during his trial, cannot in itself be considered incompatible with the requirements of a fair trial».

Retten synes her å legge til grunn at vurderingen er den samme, uavhengig av om mistenkte har vært taus i politiavhør eller i retten.

5.4.5 Betydningen av å ha forsvarer

Å ha forsvarer regnes som en viktig rettssikkerhetsgaranti for en som er mistenkt. I HR-2015-1405-A fremhever Høyesterett at en forsvarer kan være et viktig virkemiddel i arbeidet for å sikre mistenkte et vern mot tvungen selvinkriminering i enhver form, se dommens avsnitt 31. I *Condron mot Storbritannia* uttaler retten i premiss 60:

«The fact that an accused person who is questioned under caution is assured access to legal advice [...] must be considered a particularly important safeguard for dispelling any compulsion to speak which may be inherent in the terms of the caution».

Tilgang til forsvarer har altså stor betydning for en mistenkts sikkerhet mot å bli presset til å forklare seg.

At mistenkte har en forsvarer er særlig viktig når det gjelder vedkommendes forståelse av risikoen ved taushet, som tidligere behandlet. Som siterte utdrag fra EMDs avgjørelser ovenfor viser, er mistenktes tilgang til advokat meget sentralt i vurderingen av om mistenkte i tilstrekkelig grad har blitt orientert om at det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet. Dersom mistenkte har tilgang til advokat, så forutsettes det at advokaten orienterer mistenkte om risikoen på en nøytral og forståelig måte. Som tidligere drøftet, er slik orientering i mange tilfeller nødvendig for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Tilgang til advokat og orientering om risikoen ved taushet henger derfor tett sammen.

At det i større grad er «fair» å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet når vedkommende har tilgang til advokat, gjenspeiles i en rekke avgjørelser fra EMD. I vurderingen av om det er rettferdig i det konkrete tilfellet vises det ofte til om mistenkte hadde tilgang til advokat eller ikke, se for eksempel *Coghlan mot Storbritannia* og *Donohoe mot Irland*⁸¹ pre-

⁸¹ Sak 19165/08 Donohoe mot Irland.

miss 84. I *Donohoe mot Irland* gjaldt tiltalen ulovlig medlemskap i en kriminell organisasjon, og mistenkte forholdt seg taus både i politiavhør og i retten. Ved behandlingen av spørsmålet om det kunne legges bevismessig vekt på mistenktes taushet, viste EMD blant annet til at mistenkte var bistått av forsvarer. Resultatet ble at tausheten ble tillagt vekt i bevisvurderingen. At en mistenkt er bistått av forsvarer synes altså å bli brukt som en del av begrunnelsen for at det er rettferdig å trekke bevismessige slutninger i det enkelte tilfellet.

Det må vies særlig oppmerksomhet til de tilfellene hvor mistenkte ikke får tilgang til advokat med en gang. Det kan for eksempel være at det tar litt tid før en advokat er på plass. Dersom mistenkte forholder seg taus på dette tidspunkt, kan det stilles spørsmål om det da er rettmessig å trekkes bevismessige slutninger. Det er ikke utenkelig at mange ønsker å konferere med sin advokat før de forklarer seg, eller før de velger om de skal forklare seg. Det kan altså være gode grunner for at en mistenkt velger å forholde seg taus før vedkommende har fått tilgang til advokat. Spørsmålet er da om dette representerer en skranke for når det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra tausheten.

I saken *Condron mot Storbritannia* fremhever retten at det må utøves forsiktighet med å trekke bevismessige slutninger i slike tilfeller. Retten fremholder i premiss 60:

«For the Court, particular caution is required when a domestic court seeks to attach weight to the fact that a person who is arrested in connection with a criminal offence and who has not been given access to a lawyer does not provide detailed responses when confronted with questions the answers to which may be incriminating».

Det oppstilles imidlertid ikke noe skranke for at det ikke kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet før mistenkte har fått tilgang til advokat. Det eksisterer dermed ikke noe forbud mot bevismessige slutninger i slike tilfeller. Det er likevel rimelig å legge til grunn at det i mange tilfeller kan krenke mistenktes rett til en «fair» rettergang, fordi det er større sannsynlighet for at tausheten har andre årsaker enn skyld. Dette må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

5.4.6 Betydningen av at skyldspørsmålet avgjøres av en jury

I seks av de elleve sakene for EMD ble skyldspørsmålet avgjort av en jury. Da er det opp til juryen å avgjøre om, og eventuelt hvilke, bevismessige slutninger som skal trekkes fra mistenktes taushet. EMD har gjentatte ganger fastslått at dette ikke i seg selv er uforenelig med retten til en rettferdig rettergang, se for eksempel *Condron mot Storbritannia* premiss 57 og

*Tabbakh mot Storbritannia*⁸² premiss 26. På samme sted fremheves at det at saken skal avgjøres av en jury likevel er et moment i helhetsvurderingen av om rettergangen har vært «fair».

Avgjørende for om rettergangen har vært «fair» i dette henseende er om dommerens rettsbelæring til juryen har vært riktig. I saken *Condron mot Storbritannia* fremhever retten i premiss 62 viktigheten av at juryen blir riktig informert når det gjelder bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Det påpekes videre i den forbindelse at skyldspørsmålet ellers avgjøres av en erfaren dommer som begrunner sitt standpunkt. En jury begrunner ikke sin avgjørelse, og det er dermed ikke mulig å etterprøve hvordan juryen vurderte mistenktes taushet i den enkelte sak. Dermed er det desto viktigere å påse at juryen holder seg innenfor riktige rammer når de håndterer skyldspørsmålet.

I to av disse seks sakene hvor skyldspørsmålet ble avgjort av en jury, kom EMD til at EMK art. 6 nr. 1 var krenket. Begrunnelsen i begge sakene er at dommerens veiledning til juryen hadde vært feilaktig.

I saken *Condron mot Storbritannia* hadde mistenkte forholdt seg taus i politiavhør, og årsaken ble i retten hevdet å være råd fra advokaten. Advokaten vitnet i saken, og bekreftet at han hadde rådet mistenkte til taushet. Mistenkte ble dømt av juryen. EMD kom til at veiledningen til juryen var uforenelig med mistenktes rett til vern mot selvinkriminering. Selv om dommeren hadde gjort juryen oppmerksom på mistenktes forklaring på tausheten, ble det overlatt til juryen å avgjøre hvilke bevismessige slutninger som skulle trekkes fra tausheten. Om dette uttalte retten i EMD i dommens premiss 61:

«In the Court's opinion, as a matter of fairness, the jury should have been directed that it could only draw an adverse inference if satisfied that the applicants' silence at the police interview could only sensibly be attributed to their having no answer or none that would stand up to cross-examination».

I saken *Beckles mot Storbritannia* ville mistenkte forklare seg for politiet under arrestasjonen, men fikk beskjed av politiet om å vente til han kom til politistasjonen. Der samrådet han seg først med sin advokat, og etter dette tidspunktet var han ikke villig til å forklare seg likevel. I retten forklarte mistenkte at tausheten skyldes råd fra advokaten. Dommeren overlot til juryen å avgjøre om forklaringen på tausheten var troverdig, og de dømte han skyldig. EMD kom til at rettsbelæringen var feilaktig, fordi dommeren ikke hadde nevnt det faktum at mistenkte

⁸² Sak 40945/09 *Tabbakh mot Storbritannia*.

faktisk var villig til å forklare seg før han traff sin forsvarer, og at dette talte for at mistenktes forklaring på tausheten var sann. EMK art. 6 nr. 1 var dermed krenket.

I saken *Tabbakh mot Storbritannia* var mistenkte tiltalt for å ha forberedt en terrorhandling. Påtalemyndighetene mente at han hadde forsøkt å lage en bombe med den hensikt å utføre en terrorhandling, eller få noen andre til å gjøre det. Tiltalte forklarte i politiavhør at han hadde tenkt å lage fyrverkeri til feiring av den muslimske høytiden Eid. I retten forholdt han seg taus, men førte en rekke bevis for at hans mentale tilstand gjorde at han ikke kunne forklare seg. I dommerens rettsbelæring til juryen gjorde dommeren dem oppmerksom på mistenktes sykdomsbilde, og poengterte at bevismessige slutninger kun kan trekkes hvis det er passende og rettferdig. Mistenkte ble dømt. EMD påpeker i dommens premiss 27 at dommeren i sin rettsbelæring satte «clear terms» for når bevismessige slutninger kan trekkes. Mistenktes rett til en rettferdig rettergang var derfor ikke krenket.

Avgjørelsene viser at rettsbelæringen om bevismessige slutninger må sette klare skjønnsmessige rammer for juryen, for at retten til vern mot selvinkriminering ikke skal være krenket.

5.4.7 Betydningen av forhold hos mistenkte

I saken *O'Donnell mot Storbritannia* hadde mistenkte en IQ på 62. Dette medførte at hans forståelse av muntlig språk var på nivå med en seksåring. Mistenkte var tiltalt for drap. Han hadde forklart seg under politiavhør, men i retten ble avhørene fjernet som bevis fordi prosedyrene for å avhøre mistenkte som er psykisk handikappet ikke ble fulgt. I forbindelse med rettssaken hadde en lege erklært mistenkte som egnet til å kunne bli stilt spørsmål til, så lenge spørsmålene ble stilt på riktig måte. Mistenkte forholdt seg også taus i retten. Juryen dømte han til livstid i fengsel.

Mistenkte anket til EMD, men ikke på grunnlag av at han mente det ikke kunne trekkes bevismessige slutninger fra tausheten på grunn av hans mentale tilstand. I EMDs vurdering av om rettergangen hadde vært «fair», sies det imidlertid ikke noe om at det var urettmessig. Selv om spørsmålet ikke behandles direkte av retten, taler avgjørelsen altså for at bevismessige slutninger ikke i seg selv er uforenelig med selvinkrimineringsvernet når mistenktes mentale helse er redusert. Det må likevel anses å være et moment i helhetsvurderingen, og det må kunne legges til grunn som sannsynlig at retten ville ha kommet til et annet resultat dersom mistenkte var i en slik tilstand at han ikke forsto spørsmålene som ble stilt han.

5.4.8 Når mistenkte forklarer seg ufullstendig

Det kan skilles mellom to typer taushet; den fullstendige og den ufullstendige. Dette må ses i sammenheng med at mistenkte ikke trenger å velge mellom å avgi en fullstendig forklaring og forholde seg helt taus. En mistenkt kan forklare seg i den grad han ønsker. Fullstendig taushet

foreligger i de tilfellene hvor mistenkte nekter å forklare seg overhodet. Dersom mistenkte kun nekter å svare på enkelte spørsmål, er tausheten ufullstendig. Det foreligger da en forklaring, selv om den ikke er fullstendig.

De tilfellene hvor mistenktes taushet er ufullstendig, må holdes atskilt fra de tilfellene hvor mistenktes taushet er fullstendig. I to av EMD-avgjørelsene som direkte omhandler bevismessige slutninger fra taushet, var mistenktes taushet ufullstendig. I sakene *Telfner mot Østerrike* og *Averill mot Storbritannia* unnlot mistenkte enten å svare på visse spørsmål, eller forklare seg om visse omstendigheter i saken. I slike tilfeller blir mistenktes forklaring et bevis på linje med de andre bevisene i saken. Hovedspørsmålet blir da om mistenktes forklaring er troverdig, og eventuelt hvor troverdig den er. Når en mistenkt forholder seg taus om visse omstendigheter i saken, eller velger å ikke svare på visse spørsmål, vil det naturligvis få betydning i troverdighetsvurderingen av mistenktes forklaring.

5.4.9 Når mistenkte kommer med en forklaring på tausheten

Et noe spesielt tilfelle som også er verdt å drøfte betydningen av, er når mistenkte kommer med en forklaring på tausheten. Det kan typisk være at mistenkte forklarer i retten hvorfor han forholdt seg taus i politiavhør. I både *Condron mot Storbritannia* og *Beckles mot Storbritannia* forklarte de mistenkte at tausheten skyldes råd fra advokaten. I *Beckles mot Storbritannia* var mistenkte tiltalt for ran, ulovlig frihetsberøvelse og forsøk på drap. Ved oppstarten av avhørene fortalte mistenktes advokat til politiet at han hadde rådet mistenkte til ikke å svare på noen spørsmål. Mistenkte forholdt seg fullstendig taus. Etter en identifikasjonstest som pekte ut mistenkte som den skyldige, kom han med en forklaring på at han ikke var skyldig. På spørsmål om hvorfor han ikke hadde svart på spørsmål tidligere, svarte han at det var på grunn av råd fra advokaten. Juryen fant han skyldig i tiltalen.

EMD kom til at mistenktes rett til taushet var krenket, fordi dommeren i sin rettsbelæring til juryen ikke hadde vektlagt mistenktes forklaring på tausheten riktig. EMD fastslår at tiltaltes forklaring må inn i en troverdighetsvurdering. Dersom retten mener mistenkte snakker sant, kan det ikke trekkes bevismessige slutninger fra tausheten. Retten mener da at det er en annen årsak til tausheten enn at mistenkte er skyldig, og da er det ikke rettferdig å trekke bevismessige slutninger. Dersom retten mener mistenktes forklaring på tausheten ikke er holdbar, kan det være rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra den.

5.5 Hvilke slutninger kan trekkes?

Dersom forholdene ligger slik an at det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet, er spørsmålet hvilke slutninger som kan trekkes. EMD fastslår i en rekke av-

gjørelser at det kun kan trekkes fornuftige slutninger fra taushet. For eksempel uttales det i *John Murray mot Storbritannia* i premiss 51:

«It is only if the evidence against the accused "calls" for an explanation which the accused ought to be in a position to give that a failure to give any explanation "may as a matter of *common sense* [min utheving] allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is guilty"».

At det kun er «common sense»-slutninger som kan trekkes fra mistenktes taushet følges opp i en rekke senere avgjørelser fra EMD.⁸³ At slutningene må være basert på «common sense» innebærer at det kun kan trekkes slutninger fra tausheten dersom det er fornuftig og naturlig i det enkelte tilfellet. Det kan for eksempel ikke trekkes slike slutninger dersom dommeren eller juryen finner en annen forklaring på tausheten enn at mistenkte er skyldig. At det kun er «common sense»-slutninger som kan trekkes må ses i sammenheng med at om, og eventuelt hvilke, bevismessige slutninger som kan trekkes fra mistenktes taushet, beror på en helhetsvurdering. At slutningene som trekkes må være fornuftige, representerer en slags sikkerhetsventil for å sikre mistenkte en rettferdig rettergang: Når saken ligger slik an at det er rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet, ligger det en begrensning i at det kun er fornuftige slutninger som kan trekkes. Det kan altså ikke trekkes andre slutninger enn hva det er grunnlag for ut fra omstendighetene i saken. Dette skal sikre mistenkte er rettferdig behandling av sin sak.

⁸³ Se for eksempel *Telfner mot Østerrike* premiss 17 og *Krumpholz mot Østerrike* premiss 33.

6 SAMMENFATNING

Retten til vern mot tvungen selvinkriminering er ikke til hinder for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet. Det kan imidlertid ikke oppstilles noen legalpresumsjon for at taushet betyr at vedkommende er skyldig. Siden det er vanskelig å etterprøve empirisk hvor stor andel av henholdsvis skyldige og uskyldige mistenkte som velger å forholde seg taus, er det ikke grunnlag for en slik presumsjon. Mistenktes taushet må vurderes i hvert enkelt tilfelle, og retten må se hen til andre mulige årsaker til tausheten. Kun dersom retten mener at det ikke er andre årsaker til taushet enn at mistenkte er skyldig, kan det være rettmessig å legge til grunn at tausheten indikerer skyld. Det kan imidlertid aldri utelukkes at årsaken til taushet er noe annet enn skyld, og dermed vil taushet alltid ha begrenset bevisverdi.

Praksis fra EMD viser at taushet kan tillegges bevismessig vekt i bevisvurderingen. Det kan imidlertid ikke utgjøre hele bevisgrunnlaget. At mistenkte ikke kan dømmes «mainly or solely» på grunn av sin taushet, representerer altså en absolutt skranke for når taushet kan tillegges bevismessig vekt. Dette må ses i sammenheng med at taushet ikke er et selvstendig bevis; det kan kun brukes for å underbygge eller bekrefte andre bevis i saken.

Avgjørende for om mistenktes taushet kan tillegges bevismessig vekt i den konkrete saken er om det krenker mistenktes rett til en «fair (...) hearing» etter EMK art. 6 nr. 1. Om det er rettmessig i det enkelte tilfellet beror på en helhetsvurdering. Praksis fra EMD viser at som hovedregel må påtalemyndigheten ha anlagt en sak mot mistenkte som påkaller en forklaring, for at det kan trekkes bevismessige slutninger. Et unntak fra dette er når mistenkte i retten hevder å ha alibi. I slike tilfeller slår retten fast at mistenkte skulle ha kommet med dette på et tidligere stadium av saken, og det kan da trekkes bevismessige slutninger selv om saken ikke påkaller en forklaring fra mistenkte.

EMD fremhever gjentatte ganger at det må være forholdsmessige sikkerhetstiltak på plass for at det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet, uten at det krenker mistenktes rett til en «fair» rettergang, se for eksempel *O'Donnell mot Storbritannia* premiss 51. Sentrale momenter i denne vurderingen er om mistenkte har blitt orientert om risikoen ved taushet på en nøytral og forståelig måte, og om vedkommende har tilgang til forsvarer. Dersom skyldspørsmålet skal avgjøres av en jury må dommerens rettsbelæring til juryen være riktig. Dette er alle sikkerhetstiltak som skal sikre at mistenkte får en rettferdig behandling av sin sak, og at vedkommende tar sitt valg om å bevare taushet på riktig grunnlag. Kun da kan det være rimelig å trekke den slutning at tausheten indikerer at mistenkte er skyldig, og tillegge dette bevismessigvekt i straffesaken mot han.

7 REFERANSELISTE

Litteratur

- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer, Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
- Backer, Inge Lorange *Norsk sivilprosess*, Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Holmboe, Morten «Ørnulf Øyen: Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen», *Tidsskrift for rettsvitenskap* Årg. 125 (2012), s. 398–402.
- Holme, Jørn *Fra amtmann til statsadvokat: om overgangen til en selvstendig påtalemyndighet*, Oslo: Universitetsforlaget, 1985.
- Jerkø, Markus *Rettslig bevisvurdering – Om dens rammer, redskaper og grensene for vår erkjennelse*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2015.
- Kolflaath, Eivind «Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?» *Jussens venner* Vol. 39 (2004), s. 279–304.
- Kolflaath, Eivind *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen: Fagbokforlaget, 2013.
- Langbach, Tor «Domstolene i fremtiden», *Lov og Rett* Årg. 53 (2014), s. 423–437.
- Lasson, Peder Carl *Haandbog i den Norske Processes anden Deel*, Oslo: Forfatterens eget Forlag hos H. L. Risum, 1835.
- Nilsen, Anne Birgitta «Tolkemedierte samtaler – makt og avmakt i offentlig sektor», *Norsk filosofisk tidsskrift* Årg. 46 (2011), s. 62–77.
- Nissen, Gunnar Brun, Finn Hiorthøy og Karsten Gaarder *Den dømmende makt : domstolene og rettsutviklingen 1814-1964*, Oslo: Universitetsforlaget, 1967.
- Robberstad, Anne *Mellom tvekamp og inkvisisjon: straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*, Oslo: Universitetsforlaget, 1999.
- Ruud, Tor-Erling Thømt, Sindre Leganger, Kristine Hellesland og Cathinka Rondan ”Uløst”, (Podcast), *VG* (2015). <https://www.vg.no/podcast/ulost/episode-4-tilst-elsen/>. [Hørt 31.08.18].

- Torgersen, Runar *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2008.
- Øyen, Ørnulf *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
- Øyen, Ørnulf *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen: Fagbokforlaget, 2010.

Lover

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov).
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).
- 1887 Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager.
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Forarbeider

- Innst. O. Nr. 34 (1866) *Indstilling fra Justitskomiteen No. 2 i Anledning af kongelig Proposition om Forandringer i Behandlingen af Strafsager. Stortingsforhandlinger 1865-66 bind 9.*
- Dokument nr. 1 (1885) *Indstilling fra Jurykommissionen indeholdende Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Strafsager og Udkast til Lov om Ophævelse af Striftsverreterne m. V. Med Bilage, samt Forlag til Lov om Forandring i Strafflovens kap. 6, § 2, 1885.*
- Innstilling (1969) *Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteen, 1969.*
- NOU 1993: 18 *Lovgivning om menneskerettigheter.*
- NOU 2003: 15 *Fra bot til bedring.*

| | |
|---------------------------|--|
| NOU 2016: 24 | <i>Ny straffeprosesslov.</i> |
| Ot.prp nr. 13 (1865) | <i>Om Forandringen i Behandlingen af Strafsager.</i> |
| Ot.prp nr. 77 (2001-2002) | <i>Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (Erstatning etter straffeforfølging).</i> |

Internasjonale konvensjoner

| | |
|-----|--|
| EMK | Convention for the Protection of Human Rights, Roma 4. november 1950. |
| SP | International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966. |

Norsk rettspraksis

| | |
|------|---|
| 1828 | Høyesteretts avgjørelse av 12. september 1828. <i>Departements-Tidende</i> for 1829 s. 187-198. |
| 1837 | Rt. 1837 s. 609. |
| 1990 | Rt. 1990 s. 1008. |
| 1993 | Rt. 1993 s. 202. |
| 1994 | Rt. 1994 s. 610. |
| 2005 | Rt. 2005 s. 1353. |
| 2008 | Rt. 2008 s. 605. |
| 2011 | Rt. 2011 s. 800. |
| 2012 | Rt. 2012 s. 1985. |
| 2014 | Rt. 2014 s. 1292. |
| 2015 | HR-2015-1405-A. |
| 1998 | LG-1998-260-2 (Gulating). |
| 1997 | TKARM-1997-539 (Karmsund). |

Rettsavgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

| | |
|---|---|
| Adetoro mot Storbritannia | Sak EMD-2006-46834, dom av 20. april 2010. |
| Allan mot Storbritannia | Sak EMD-1999-48539, dom av 5. november 2002. |
| Averill mot Storbritannia | Sak EMD-1997-36408, dom av 6. juni 2000. |
| Beckles mot Storbritannia | Sak EMD-1998-44652, dom av 8. oktober 2002. |
| Coghlan mot Storbritannia | Sak EMD-2002-8535, dom av 29. november 2005. |
| Condron mot Storbritannia | Sak EMD-1997-35718, dom av 2. mai 2000. |
| Donohoe mot Irland | Sak EMD-2008-19165, dom av 12. desember 2013. |
| Funke mot Frankrike | Sak EMD-1984-10828, dom av 25. februar 1993. |
| John Murray mot Storbritannia | Sak EMD-1991-18731, dom av 8. februar 1996. |
| Krumpholz mot Østerrike | Sak EMD-2005-13201, dom av 18. mars 2010. |
| O'Donnell mot Storbritannia | Sak EMD-2010-16667, dom av 7. april 2015. |
| O'Halloran og Francis mot Storbritannia | Sak EMD-2002-15809 og EMD-2002-25624, dom av 29. juni 2007. |
| Poropat mot Slovenia | Sak EMD-2012-21668, dom av 9. mai 2017. |
| Saunders mot Storbritannia | Sak EMD-1991-19187, dom av 17. desember 1996. |
| Shannon mot Storbritannia | Sak EMD-2003-6563, dom av 4. oktober 2005. |
| Tabbakh mot Storbritannia | Sak EMD-2009-40945, dom av 21. februar 2012. |
| Telfner mot Østerrike | Sak EMD-1996-33501, dom av 20. mars 2001. |

Andre kilder

Stortinget *Grunnloven fra 1814*. (2014),
<https://www.stortinget.no/no/Stortinget-og-demokratiet/Lover-og-instrukser/Grunnloven-fra-1814/>
[Lest 16.08.18].

Regjeringen

Regjeringen. *Høring – NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.* (2016), <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/>
[Lest 27.08.2018].