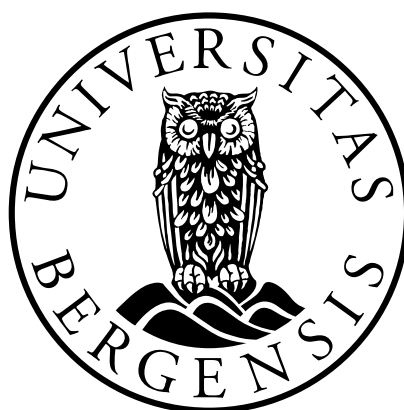


Rettsens plikt til å avskjære tiltaltes politiforklaring etter læren om ulovlig ervertet bevis

Bruk av tiltaltes politiforklaring som bevis for straffeskyld når forklaringen ble innhentet uten forsvarerbistand etter strpl. § 100 (2) til stede

Kandidatnummer: 163

Antall ord: 14874



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	2
1.1	Problemstillingen og dens aktualitet.....	2
1.2	Rettslige utgangspunkter for avskjæringsvurderingen.....	3
1.2.1	Bevisavskjæring etter læren om ulovlig ervervet bevis.....	3
1.2.2	Straffeprosessloven § 100 (2).....	5
1.2.3	Betydningen av tiltaltes rett til rettferdig rettergang	6
1.3	Rettskildebildet	8
1.4	Opplegget videre	10
2	RETNINGSLINJEN OM GJENTATT ELLER FORTSATT KRENKELSE SOM MULIG AVSKJÆRINGSGRUNNLAG	11
3	RETNINGSLINJEN OM EN BREDERE INTERESSEAVVEINING SOM MEST NÆRLIGGENDE AVSKJÆRINGSGRUNNLAG	16
3.1	Nærmere om interesseavveiningens innhold og anvendelse.....	16
3.2	Hensynet til sakens opplysning som hovedargument for bevisføring	18
3.2.1	Hensynet til sakens opplysning hjemles i det tungtveiende prinsippet om materiell sannhet.....	18
3.2.2	Forklaringens bevismessige betydning styrker argumentet om bevisføring ytterligere.....	18
3.3	Hensynet til å markere viktigheten av de krenkede interessene som argument for bevisavskjæring.....	20
3.4	Hensynet til rettsstatlige verdier som argument for bevisavskjæring	23
3.4.1	Siktedes rett til å forholde seg taus i politiavhøret	23
3.4.2	Tiltaltes rett til å forholde seg taus under hovedforhandlingen	28
3.4.3	Målet om å ivareta befolkningens tillit til domstolens avgjørelser	29
3.5	Hensynet til tiltaltes rettssikkerhet under hovedforhandlingen som argument for bevisavskjæring.....	30
3.5.1	Risiko for bevisupålitelighet som vanskelig lar seg bedømme	30
3.5.2	Sterk ubalanse i bevisbildet i retning straffeskyld.....	34
4	ER ARGUMENTENE SOM TALER FOR BEVISAVSKJÆRING TUNGTVEIENDE NOK TIL Å FRAVIKE PRINSIPPET OM FRI BEVISFØRSEL?	36

4.1	Den samlede vurderingen.....	36
4.2	Hvilke «særlige grunner» gjør det spesielt aktuelt å nekte forklaringen ført?.....	39
5	NOEN BETRAKTNINGER OM § 100 (2) SOM AVSKJÆRINGSGRUNN	41
5.1	Forutsetter avskjæring at siktede forut for avhøret begjærte forsvarer oppnevnt?	41
5.2	Paragraf 100 (2) som avskjæringsgrunn i lys av forslaget til ny straffeprosesslov	42
	KILDELISTE	45
	VEDLEGG: RETTSBOK FRA LB-2017-175298 (UTDRAG)	53

«Når man har avgitt en tilsynelatende troverdig tilståelse til politiet, er det som regel vanskelig, om ikke umulig, for individet å senere bevise sin uskyld.»

Ulf Stridbeck (2015) s. 268

1 Innledning

1.1 Problemstillingen og dens aktualitet

Temaet for oppgaven er rettens plikt til å avskjære politiforklaringer som er innhentet på en måte som bryter med siktedes rett til forsvarerbistand. Etter den ulovfestede læren om ulovlig ervervet bevis skal retten på nærmere vilkår avskjære bevis som er innhentet på rettstridig vis. Regelen er et unntak fra det grunnleggende prinsippet om fri bevisførsel. I oppgaven skal jeg avklare i hvilke tilfeller retten må nekte tiltaltes inkriminerende politiforklaring ført som følge av at retten til oppnevnt forsvarerbistand etter straffeprosessloven § 100 andre avsnitt første setning¹ ikke ble overholdt da siktede forklarte seg for politiet.

Hvorvidt tiltaltes tidligere politiforklaring må avskjæres som følge av manglende oppnevnt forsvarerbistand ble første gang kommentert av Høyesterett i 2015. I en prinsippavgjørelse om bruk av straffeprosessloven § 100 (2) i etterforskningsfasen, fastsatte Høyesterett at forsvarer generelt må oppnevnes i større grad enn før på etterforskningsstadiet.² Et reelt hensyn var å unngå at politiforklaringen senere måtte avskjæres som følge av den uteblitte forsvarerbistanden.³ Selv om avgjørelsen fra 2015 ikke direkte gjaldt bevisavskjæring, har uttalelsene ført til at tiltalte for første gang har begjært sin egen politiforklaring avskåret som følge av at forklaringen ble innhentet uten oppnevnt forsvarer til stede.⁴ I samtlige saker har begjæringen blitt tatt til følge.⁵ Også Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har i nyere storkammeravgjørelser påpekt at det å avskjære politiforklaringen effektivt kan

¹ Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.). Heretter «§ 100 (2)».

² Rt. 2015 s. 844 avsnitt 41. To dommere hadde egne begrunnelser for resultatet. Flertallets begrunnelse ble tiltrådt i Rt. 2015 s. 860 avsnitt 16 jf. 28 og 29. Videre henviser jeg til Rt. 2015 s. 844 («prinsippavgjørelsen»), med mindre Rt. 2015 s. 860 har presiserende betydning.

³ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 51.

⁴ HR-2017-1894-U (ankeutvalg), HR-2018-938-U (ankeutvalg), HR-2016-379-A, LB-2015-90290-2 (Borgarting), LE-2016-56480 (Eidsivating) og LB-2017-175298 (Borgarting) jf. vedlagte utdrag fra rettsbok.

⁵ Problemstillingen kom imidlertid ikke på spissen i HR-2016-379-A, da Høyesterett fant at vilkårene i strpl. § 100 (2) ikke var oppfylt i politivhøret.

bidra til å avhjelpe manglende forsvarerbistand i politiavhøret hvor forklaringen ble innhentet.⁶

Hvordan bevisavskjæringsregelen praktiseres for manglende overholdelse av straffeprosessloven § 100 (2) er likevel ikke klart. Høyesterett oppstilte i den nevnte prinsippavgjørelsen ikke nærmere retningslinjer for når unnlatt forsvareroppnevning må føre til at politiforklaringen ikke kan brukes som bevis. De få drøftelsene i rettspraksis og teori som gjelder avskjæring som følge av manglende overholdelse av § 100 (2), er noe uklare med hensyn til hva som skal til for at politiforklaringen avskjæres. De få *klare* standpunktene som inntas fremstår underanalyserte.

Samtidig kan spørsmålet om bevisavskjæring være av stor betydning for saksutfallet. Rettspraksis illustrerer tilfeller hvor tiltalte domfelles i rettsinstansen hvor politiforklaringen tillates ført, og frifinnes i instansen hvor politiforklaringen avskjæres.⁷

Det er derfor både nyttig og aktuelt å undersøke om en mer nyansert og fyllestgjørende drøftelse av gjeldende rett kan klargjøre når manglende overholdelse av § 100 (2) må føre til avskjæring. Må for eksempel avskjæringsvurderingen falle ulikt ut alt ettersom hvilke «særlige grunner» i § 100 (2) som begrunnet behovet for forsvarerbistand? I teorien er det uttrykt et ønske om å komme frem til mer presise regler for typiske grupper av tilfeller.⁸

1.2 Rettslige utgangspunkter for avskjæringsvurderingen

1.2.1 Bevisavskjæring etter læren om ulovlig ervervet bevis

Norsk rettstradisjon bygger på et klart utgangspunkt om fri bevisførsel.⁹ Hovedregelen er derfor at partene kan fremlegge også bevis som er innhentet på ulovlig måte.¹⁰

⁶ Simeonovi v. Bulgaria («Simeonovi-saken») avsnitt 120 bokstav b og Ibrahim and Others v. The United Kingdom («Ibrahim-saken») avsnitt 274 eksempelvis.

⁷ LE-2016-56480 (Eidsivating) jf. TGLOM-2015-153536 (Glåmdal tingrett).

⁸ Andenæs (2009) s. 241.

⁹ Prinsippet kom til uttrykk i straffeprosessloven av 1887 § 349 andre setning, men ble sløyfet som overflødig i nåværende straffeprosesslov, se NUT 1969: 3 s. 308.

Om beviset likevel skal avskjæres etter læren om ulovlig ervervet bevis¹¹ forutsetter en vurdering i to trinn. Inngangsvilkåret er at måten beviset ble innhentet på krenket en rettsnorm som regulerer situasjonen beviset ble innhentet i. I vårt tilfelle er rettsbruddet den prosessuelle feilen det er å unnlate å oppnevne forsvarer etter straffeprosessloven § 100 (2) når vilkårene for oppnevning er oppfylt. Deretter må domstolen på bakgrunn av en bred og konkret avveining vurdere om feilen aktualiserer så tungtveiende argumenter i retning avskjæring at prinsippet om fri bevisførsel må vike.¹² Kjernen i avveiningen er å veie betydningen av å opplyse saken på den ene siden opp mot betydningen av å verne tiltaltes beskyttelsesverdige interesser og rettsstatens ideelle verdier på den andre. Dersom avveiningen faller ut til fordel for bevisavskjæring, er det sikker rett at domstolen plikter å avskjære beviset.¹³

Når det gjelder fremgangsmåten for avskjæringsvurderingen har Høyesterett gitt anvisning på et tosporet system. I tilfeller hvor bevisføringen vil innebære «en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset» må beviset ifølge Høyesterett «normalt» nektes ført.¹⁴ I slike tilfeller foretas det ingen egentlig vurdering av øvrige relevante momenter.

«I andre tilfeller» hvor bevisføringen ikke klart vil føre til en gjentatt krenkelse, beror spørsmålet på en bredere interesseavveining hvor flere argumenter må kumuleres for å hjemle avskjæring.¹⁵

Den innledende terskelen for å avskjære beviset beror dermed på hvilket av de to strukturelle utgangspunktene som anvendes. Derfor vurderer jeg først om retningslinjen om gjentatt krenkelse kommer til anvendelse, i punkt 2. Innholdet i den bredere interesseavveiningen fastsettes nærmere i punkt 3.

I praksis vurderes avskjæring rett før eller under hovedforhandlingen, i forbindelse med at tiltalte motsetter seg aktors bevistilbud. Samtidig som problemstillingen gjelder bruk av

¹⁰ Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22 eksempelvis. For at tiltaltes tidligere politiforklaringer skal kunne leses opp må likevel vilkårene i strpl. § 290 første setning være oppfylt. Det forutsettes i det videre.

¹¹ I vårt tilfelle som grunnlag for innskrenkende tolkning av strpl. § 290 første setning.

¹² Rt. 1991 s. 616 på s. 623, 2006 s. 582 avsnitt 22. Det stilles også krav om årsakssammenheng mellom rettsbruddet og beviset, se Torgersen (2009) s. 119–130. Jeg forutsetter sammenhengen oppfylt.

¹³ Torgersen (2009) s. 502. Manglende avskjæring utgjør da en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse etter strpl. § 343.

¹⁴ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272, gjentatt i Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22.

¹⁵ Ibid.

politiforklaringen slik situasjonen er på hovedforhandlingstidspunktet, knytter avskjæringsvurderingen seg i stor grad til rettsbruddet slik det skjedde da tiltalte fortsatt bare var siktet. Begrepsmessig bruker jeg «siktete» når jeg vurderer momentene som gjelder situasjonen på etterforskningsstadiet, og «tiltalte» i forbindelse med momentene som knytter seg til bevisføringen under hovedforhandlingen.

1.2.2 Straffeprosessloven § 100 (2)

Utgangspunktet er at det offentlige bare besørger forsvarer under hovedforhandling og ved varetektsfengsling. De nærmere reglene om dette fremgår av straffeprosessloven §§ 96 til 99, jf. § 100 (1). Formålet med § 100 (2) er å sikre siktete forsvarerbistand i tilfeller hvor behovet ikke dekkes av lovens hovedregler, for eksempel i politiavhør. Kravet er ifølge lovteksten at det foreligger «særlige grunner» som tilsier at siktete har et særskilt behov for forsvarerbistand.

I 2015 fastsatte Høyesterett at det har skjedd en nasjonal og internasjonal utvikling i synet på viktigheten av forsvarerbistand i politiavhør.¹⁶ Om forsvarer oppnevnes etter § 100 (2) beror likevel på en konkret helhetsvurdering. Ordlyden av «særlige grunner» tilsier at det i politiavhøret må foreligge et bistandsbehov utover det normale ubehaget som ligger i avhørssituasjonen. Lovteksten peker på siktedes psykiske og fysiske funksjonsevne som relevante momenter, mens forarbeidene supplerer med blant annet sakens alvor og om faktum eller jus er uklart eller komplisert.¹⁷ Selv om § 100 (2) er en økonomisk dekningshjemmel, står det ifølge lovgiver og Høyesterett lite sentralt om siktete har økonomisk behov for å få forsvarersalæret dekket av det offentlige.¹⁸ Det avgjørende er dermed om siktete er i stand til å ivareta sine interesser i møte med politi- og påtalemyndighet uten forsvarerbistand.¹⁹

Oppgavens problemstilling forutsetter at vilkårene i § 100 (2) var oppfylt i politiavhøret. Jeg kommer derfor bare til å belyse sider av § 100 (2) som er sentrale for avskjæringsdrøftelsen.

Jeg har avgrenset problemstillingen til å gjelde manglende overholdelse av straffeprosessloven § 100 (2). Grunnen til at andre forsvarerhjemler utelates, er for det første

¹⁶ Rt. 2015 s. 844, spesielt avsnitt 28, jf. Rt. 2015 s. 860 avsnitt 20 og 22.

¹⁷ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26.

¹⁸ Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 26 jf. Rt. 2015 s. 844 avsnitt 54.

¹⁹ Prop. 141 L (2009–2010) s. 133.

at siktedes rettssikkerhet kommer særlig på spissen når § 100 (2) er oppfylt; vilkåret om «særlige grunner» innebærer at det foreligger et reelt og begrunnet behov for forsvarerbistand i avhøret. Dette til forskjell fra hva som kan være tilfellet dersom siktede benytter seg av den alminnelige retten til å la seg bistå av privat antatt forsvarer etter straffeprosessloven § 94. For det andre er hovedreglene for retten til offentlig forsvarerbistand i etterforskningsfasen såpass klare og ubetingede at de er lite interessante å vurdere i relasjon til bevisavskjæring.

Jeg forutsetter at siktede ikke ga forsvarlig avkall på retten til forsvarerbistand i avhøret.²⁰ Jeg avgrenser også mot tilfeller hvor siktede ble bistått av privat antatt forsvarer. Dersom siktede rent faktisk mottok forsvarerbistand i avhøret vil §100 (2) kun fungere som en økonomisk dekningshjemmel. Tiltaltes rettssikkerhet kommer i slike tilfeller for lite på spissen til at det er aktuelt å vurdere bevisavskjæring som konsekvens av at forsvarerbistanden ikke ble offentlig besørget.

1.2.3 Betydningen av tiltaltes rett til rettferdig rettergang

Dersom et ulovlig ervervet bevis brukes som grunnlag for domfellelse, kan dette krenke tiltaltes rett til «rettferdig» rettergang etter Grunnloven § 95 første avsnitt andre setning og retten til «fair ... hearing» i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1.²¹ Hensynet til å unngå konvensjonsbrudd spiller derfor prinsipielt sett inn i avskjæringsvurderingen.²²

Faren for at bruk av et ulovlig ervervet bevis krenker retten til rettferdig rettergang, er likevel forholdsvis liten. EMD har fastslått at artikkel 6 nr. 1 ikke hjemler et prinsipielt forbud mot ulovlig ervervede bevis.²³ Domstolen begrenser seg til en overordnet vurdering av om rettergangen som helhet, bevisførselen tatt i betraktning, samlet sett var «fair».²⁴ I denne vurderingen fokuserer EMD på om feilen under etterforskningen har blitt tilstrekkelig

²⁰ Se HR-2016-379-A avsnitt 31–41 om muligheten for avkall.

²¹ Jeg fastlegger rettighetsinnholdet på bakgrunn av EMK artikkel 6 og ikke Grunnloven § 95. Det gjør også Høyesterett, se Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21.

²² Dette følger både av det generelle presumsjonsprinsippet og strpl. § 4, og av at EMK er gjort til norsk rett med forrang foran internrettslige regler ved motstrid, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 14 nr. 1 og nr. 3 er relevant, men behandles på grunn av liten praktisk betydning ikke nærmere.

²³ Bykov v. Russia avsnitt 88–89.

²⁴ Ibrahim-saken avsnitt 254 jf. 251 og 262.

avhjulpet under hovedforhandlingen.²⁵ Hvorvidt nasjonaldomstolen har vurdert tiltaltes innsigelser til måten beviset ble innhentet på og gitt tiltalte anledning til å uttale seg om mulige konsekvenser av at beviset ble innhentet ulovlig, står sentralt. Slike tiltak vil normalt være foretatt i norsk rettergangsprosess.

Videre vurderer EMD rettsbruddets art og det ulovlige bevisets betydning. Disse momentene vurderes også, som vi skal se, i medhold av læren om ulovlig ervervet bevis. Når reguleringen av bevisførselen primært er overlatt til nasjonalstaten, og læren om ulovlig ervervet bevis fanger opp de samme type vurderingsmomentene som oppstilles av EMD, vil retten til rettferdig rettergang sjelden krenkes som følge av at et ulovlig ervervet bevis føres.²⁶

Riktignok har EMD i nyere storkammersaker lagt seg på en lavere terskel for at bevisføringen har krenket retten til rettferdig rettergang dersom nasjonaldomstolen har vektlagt tiltaltes inkriminerende politiforklaring, innhentet uten forsvarerbistand til stede, som grunnlag for domfellelse.²⁷ I slike tilfeller virker det å gjelde presumsjon for krenkelse.²⁸ Dette er fordi EMD anser retten til forsvarerbistand, inntatt i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c, som helt sentralt for at rettergangen er «fair».²⁹ Selv om EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c etter sin ordlyd også hjemler forsvarerbistand «assigned officially if need be», har Høyesterett likevel tolket disse sakene til å gjelde tilfeller hvor siktede ble nektet tilgang til forsvarerbistand overhodet.³⁰ Denne situasjonen reguleres av straffeprosessloven § 94 og ikke § 100 (2). Jeg legger derfor til grunn at terskelen for at retten til rettferdig rettergang krenkes av at en politiforklaring innhentet under brudd på § 100 (2) føres, er like høy som normalt.

Jeg kommer derfor ikke til å fokusere på hensynet til å unngå konvensjonsbrudd i avskjæringsdrøftelsen. Jeg foretar heller ingen avsluttende vurdering av når retten til rettferdig rettergang eventuelt vil krenkes av at politiforklaringen leses opp.³¹

²⁵ Vurderingsmomentene er nå samlet i Simeonovi-saken avsnitt 120.

²⁶ Slik også Torgersen (2009) s. 76 og Kjølbros (2017) s. 603–604. Den internrettslige vurderingen «synes å være vel så restriktiv» som vurderingen EMD foretar, ifølge NOU 2001: 32 B s. 961–962 til den sivilprosessuelle avskjæringsregelen i tvl. § 22-7. Rettskilder til tvl. § 22-7 er jf. punkt 1.3 relevant.

²⁷ Dvorski v. Croatia avsnitt 80 jf. Ibrahim-saken avsnitt 256.

²⁸ Ibrahim-saken avsnitt 265 og Kjølbros (2017) s. 678.

²⁹ Simeonovi-saken avsnitt 112.

³⁰ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 27 jf. 23 og 85.

³¹ Sml. Jahre (2016) s. 149.

En vurdering av retten til rettferdig rettergang vil kunne ha selvstendig betydning dersom det først i etterkant av politiavhøret blir synlig at det forelå «særlige grunner» i politiavhøret. Dersom det på avhørstidspunktet ikke var mulig å vurdere om vilkårene i § 100 (2) var oppfylt, er det nærliggende at manglende overholdelse strengt tatt ikke utgjorde en prosessuell feil. Læren om ulovlig ervervet bevis er da ikke anvendelig som avskjæringsgrunnlag. Prinsipielt sett kan det likevel stride mot retten til rettferdig rettergang å lese opp forklaringen under hovedforhandlingen.³² Denne situasjonen faller utenfor oppgavens rammer.

1.3 Rettskildebildet

Lovgiver har uttrykkelig overlatt presisering og utvikling av læren om ulovlig ervervet bevis til domstolene og akademiet.³³ Det er derfor rettspraksis og teori som utgjør de sentrale rettskildene. Ved fastleggingen av avskjæringsvurderingens innhold er også rettskilder tilknyttet tvisteloven § 22-7 relevant. Det er fordi vurderingstemaet for om ulovlig ervervede bevis må avskjæres er det samme for straffe- og sivilprosessen.³⁴ I tillegg står reelle hensyn sentralt i den avveiningen som må foretas for å kunne konkludere for bevisavskjæring.

Rettspraksis om avskjæring av politiforklaringer som følge av manglende overholdelse av § 100 (2) i politiavhør er foreløpig sparsom. Siden Høyesterett (i ankeutvalg) bare har behandlet ett tilfelle,³⁵ trekker jeg også inn de tre sakene fra lagmannsrettspraksis.³⁶ Kjennelsen fra Eidsivating anvendes likevel lite i drøftelsen. Avskjæringsdrøftelsen er knapp³⁷ og har derfor liten argumentasjonsverdi. Den nyeste avgjørelsen fra Borgarting anvendes også lite.³⁸

³² Opplesingsadgangen i strpl. § 290 begrenses av EMK artikkel 6, jf. strpl. § 4 og mrl. §§ 2 og 3. Dersom bruk av forklaringen vil krenke EMK artikkel 6 kan § 290 ikke hjemle opplesing.

³³ NUT 1969: 3 s. 197, tiltrådt i Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) s. 139.

³⁴ Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 48. Utfallet av vurderingen kan imidlertid bli ulikt.

³⁵ HR-2017-1894-U. I den ferske HR-2018-938-U ble anke over lagmannsrettens beslutning om å tillate opplesing av politiforklaringen fremmet, men ankeforhandling var per 1. juni ikke gjennomført.

³⁶ LB-2015-90290-2 (Borgarting), LE-2016-56480 (Eidsivating) og LB-2017-175298 (Borgarting) jf. det vedlagte utdraget fra rettsboken. LB-2015-90290-2 og nevnte HR-2017-1894-U gjelder samme politiforklaring, men behandler henholdsvis det strafferettslige skyldspørsmålet (rettskraftig avgjort for lagmannsretten) og det sivile erstatningskravet.

³⁷ LE-2016-56480 under overskriften «Lagmannsretten bemerker».

³⁸ LB-2017-175298 jf. den vedlagte rettsboken. Siden aktor var enig i at politiforklaringen ikke kunne leses opp (vedlegget på s. 7–8), avsier ikke lagmannsretten noen kjennelse om avskjæring. (Lagmannsretten synes å være enig i at politiforklaringen ikke kunne føres, se vedlegget s. 11 første og andre avsnitt.) Når jeg omtaler «lagmannsretten» i resten av oppgaven sikter jeg derfor ikke til LB-2017-175298, men til nevnte LB-2015-90290-2.

Hvordan Høyesterett avstemmer hensynene som er relevante etter læren om ulovlig ervervet bevis, uttrykkes sjelden tydelig. Rommet og behovet for juridisk teori som supplement til rettspraksis er derfor stort, og som nevnt også forutsatt av lovgiver. Avskjæring av tiltaltes politiforklaring som følge av brudd på straffeprosessloven § 100 (2) er likevel lite behandlet i litteraturen. Hans Petter Jahre er innom problemstillingen i sin artikkel fra 2016,³⁹ men behandler temaet kortfattet.

I punkt 1.2.3 redegjorde jeg for hvorfor retten til rettfærdig rettergang har liten selvstendig betydning for anvendelsen av læren om ulovlig ervervet bevis. Siden § 100 (2) er ment å gjennomføre EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c,⁴⁰ vil punkt 3.3 vise at EMD-praksis likevel er relevant i avskjæringsvurderingen. Dette ikke av hensyn til å unngå konvensjonsbrudd, men av hensyn til å foreta en interesseavveining som er seg bevisst det europeiske rettssamfunnets syn på alvoret i krenkelsen. Utfordringen er at artikkel 6 nr. 3 bokstav c som nevnt ikke bare regulerer retten til forsvarerbistand betalt av det offentlige. Bestemmelsen regulerer også retten til å la seg bistå av forsvarer overhodet. EMDs vurderinger av retten til forsvarer*adgang* kan likevel være av betydning også for avskjæringsdrøftelsen tilknyttet § 100 (2). Det er som nevnt behovet for forsvarer som sådan som står sentralt for bruken av § 100 (2), og ikke det økonomiske behovet for å få bistanden dekket.

Hvordan problemstillingen best løses vurderer jeg de lege lata. Eventuelle innvendinger mot vurderingene som rettspraksis har foretatt vedrørende avskjæring som følge av manglende forsvarerbistand, reises innenfor gjeldende rett. Det er fordi retningslinjene som Høyesterett oppstiller for avskjæringsvurderingen er såpass vage at spillerommet for hvilke utfall vurderingen kan få er forholdsvis vidt. Dette gjelder særlig avskjæring som følge av manglende overholdelse av § 100 (2), som er såpass lite behandlet i rettspraksis. Å identifisere den mest treffende vektingen av argumentene som taler for og mot avskjæring krever bevissthet rundt verdigrunnlaget i straffeprosessen generelt og bevisretten spesielt, i tillegg til det legislative grunnlaget for § 100 (2).

³⁹ Jahre (2016) på s. 146–149.

⁴⁰ HR-2016-379-A avsnitt 30 jf. Rt. 2015 s. 844 avsnitt 22.

1.4 Opplegget videre

Hittil har jeg vist at problemstillingen er verdt å undersøke nærmere. Jeg har også fastsatt de grunnleggende utgangspunktene for vurderingen. Fra og med punkt 2 drøfter jeg hvorvidt, og i så fall i hvilke tilfeller, manglende overholdelse av straffeprosessloven § 100 (2) i politiavhør innebærer at politiforklaringen ikke kan brukes som bevis for straffeskyld. Hypotesen er at utfallet av vurderingen særlig beror på hvilke «særlige grunner» som begrunner at forsvarerbistand etter § 100 (2) skulle vært oppnevnt.

Avveiningsnormen som ligger i læren om ulovlig ervervet bevis utgjør ingen klar hovedregel med definerte unntaksvilkår man enkelt kan subsumere under. Drøftelsen krever analyse i flere trinn. Først undersøker jeg om retningslinjen om fortsatt eller gjentatt krenkelse kommer til anvendelse (punkt 2).

Deretter står den brede interesseavveiningen for tur (punkt 3). I punkt 3.1 forklarer jeg hvordan interesseavveiningen nærmere foretas. På den ene siden står hensynet til sakens opplysning (punkt 3.2). På den andre siden står hensynene som taler for at politiforklaringen må avskjæres (punkt 3.3 til 3.5). Drøftelsen er formet i lys av vurderingene som står sentralt for retten til forsvarerbistand, og er bare en av mange mulige.

I punkt 4 måles den samlede vekten av argumentene som taler for avskjæring opp mot hensynet til materiell sannhet. En utfordring er å foreta drøftelsen ut fra det brede spekteret av «særlige grunner» som kan begrunne at § 100 (2) er oppfylt i avhøret. Ettersom både læren om ulovlig ervervet bevis og straffeprosessloven § 100 (2) er skjønnsmessige og sammensatte, vil en enhetlig konklusjon nok verken være mulig eller hensiktsmessig. Jeg forsøker derfor heller å si noen ord om hvordan typetilfellet vurderes mer presist i fremtiden. Oppgaven rundes av med noen avsluttende betraktninger i punkt 5.

2 Retningslinjen om gjentatt eller fortsatt krenkelse som mulig avskjæringsgrunnlag

Dersom opplesing av politiforklaringen vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse av rettsbruddet som ble begått da forklaringen ble innhentet, tilsier uttalelser fra Høyesterett som nevnt at det gjelder en omvendt hovedregel om bevisavskjæring.⁴¹ For å se om en slik senket avskjæringsterskel gjelder for vårt typetilfelle, må det undersøkes om opplesing av en politiforklaring innhentet fra siktede uten oppnevnt forsvarerbistand til stede på nytt vil krenke interessene som straffeprosessloven § 100 (2) beskytter.

Hva som utgjør en gjentatt eller fortsatt krenkelse er ikke definert av Høyesterett. Juridisk teori har presisert at det avgjørende er om de samme interessene som bevisinnhentingsnormen beskytter, og som dermed ble krenket da beviset ble innhentet, vil krenkes igjen dersom beviset føres under hovedforhandlingen.⁴² Avskjæring vil da avverge at krenkelsen skjer på ny.

I august 2017 avskar Borgarting lagmannsrett politiforklaringen som en 17-åring avga til politiet da han var pågrepet og siktet for voldtekt. Situasjonen var ifølge lagmannsretten «vanskelig og følelsesmessig nokså kaotisk for ham ettersom han ble pågrepet på skolen og kjørt rett til avhør på politistasjonen», uten verge eller forsvarer til stede. Hensett til den alvorlige siktelsen og den unge alderen hadde gutten «et åpenbart behov for bistand». I lys av den nevnte prinsippavgjørelsen fra Høyesterett om viktigheten av forsvarerbistand i politiavhør, var det «klart» feil at det ikke ble oppnevnt forsvarer etter § 100 (2).⁴³ Etter å ha sitert Høyesteretts todelte vurderingslinje om gjentatt krenkelse eller en bredere interesseavveining, konkluderte lagmannsretten at;

⁴¹ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272, Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22, Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 50. «Fortsatt og forsterket» krenkelse i NOU 2001: 32 B s. 961.

⁴² Øyen (2016) s. 414, Torgersen (2009) s. 142. Også Straffeprosesslovkomiteen uttaler seg i denne retning, se NUT 1969: 3 s. 197. Da det ikke ble lovfestet noen avskjæringsregel er uttalelsene ikke forarbeidsuttalelser i egentlig forstand, og bare av støtteverdi.

⁴³ LB-2015-90290-2 pkt 2. Saksforholdet i nevnte LB-2017-175298, hvor samtlige aktører var enige i at politiforklaringen ikke kunne brukes, er svært likt.

«måten avhøret ... ble gjennomført på, krenker en av siktedes grunnleggende prosessuelle rettigheter på en slik måte at avhøret ikke kan brukes Eventuell bruk av forklaringen ... må anses som en gjentakelse eller fortsettelse av denne krenkelsen.»⁴⁴

For straffesakens del ble spørsmålet om avskjæring rettskraftig avgjort av lagmannsretten. I oktober 2017 nedla deretter Høyesteretts ankeutvalg forbud mot å lese opp guttens politiforklaring også i den etterfølgende behandlingen av fornærmedes erstatningskrav.⁴⁵ Ankeutvalget sluttet seg i avsnitt 14 til lagmannsrettens vurdering av hvorfor vilkårene i § 100 (2) var oppfylt i avhøret. Deretter drøftet ankeutvalget spørsmålet om avskjæring, og slo fast at;

«flere grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som har til formål å beskytte ham ... har blitt krenket. Samlet må rettskrenkelsen da bedømmes som relativt grov. Og krenkelsen vil få preg av å fortsette dersom avhøret benyttes mot ham i den påfølgende rettsaken mot fornærmede» (avsnitt 17).

I den eneste artikkelen som behandler avskjæring av politiforklaringer som følge av at forsvarerbistand etter § 100 (2) skulle vært oppnevnt i avhøret, tar Jahre med henvisning til Høyesteretts prinsippavgjørelse også til orde for at det;

«lett [kan] hevdes at gjennomføringen av avhøret krenker en av siktedes grunnleggende prosessuelle rettigheter, og at bruk av forklaringen under hovedforhandlingen vil innebære en gjentakelse eller fortsettelse av dette rettsbruddet.»⁴⁶

Selv om samtlige rettskilder viser til at opplesing vil innebære en gjentatt eller fortsatt krenkelse, presiserer verken rettspraksis eller teori hvordan siktedes interesser slik de er vernet av § 100 (2) på ny vil krenkes dersom politiforklaringen leses opp. At opplesing vil

⁴⁴ LB-2015-90290-2 pkt 3.

⁴⁵ HR-2017-1894-U. Behandlingen av erstatningskravet ble utsatt etter strpl. § 431. Jahre (2017) § 431 beskriver muligheten for å anvende tvistelovens bevisregler i slike tilfeller. Det fremgår ikke klart om ankeutvalget anvender den straffeprosessuelle eller sivilprosessuelle avskjæringsregelen. Vurderingstemaet er som nevnt likt, og resultatet ble som i straffesaken.

⁴⁶ Jahre (2016) s. 149.

innebære en gjentatt krenkelse som alene begrunner avskjæring er etter min mening ikke opplagt. Det legislative grunnlaget for § 100 (2) må undersøkes.

Formålet med å oppnevne forsvarerbistand er at forsvareren bidrar til en forsvarlig rettergangsprosess. Høyesterett fremhever at forsvarerbistand på etterforskningsstadiet kan være viktig for «å sikre siktede mot selvinkriminering i enhver form» og «å sikre likevekt mellom aktoratet og den siktede.»⁴⁷ Disse uttalelsene stod sentralt for hvorfor lagmannsretten fastslo at 17-åringen skulle fått oppnevnt forsvarerbistand i politiavhøret, som ankeutvalget sa seg enig i. Uttalelsene synes også å ha vært viktige for konklusjonene om avskjæring.

Det må dermed undersøkes om opplesing av politiforklaringen vil innebære en gjentatt krenkelse av lovformålene om å sikre likevekt mellom partene og å sikre siktede mot selvinkriminering.

Formålet om at forsvarerbistand bidrar til likevekt mellom siktede og aktoratet skriver seg til prinsippet om at den ene parten ikke må stilles prosessuelt bedre enn den andre etter tiltale er tatt ut.⁴⁸ Dersom mangel på oppnevnt forsvarerbistand i politiavhøret fører til prosessuell ubalanse under hovedforhandlingen, vil hensynet til partlikhet slik det er vernet i § 100 (2) være krenket. Det vil tale for avskjæring (punkt 3.5.2). Ettersom hensynet til partlikhet formelt sett knytter seg til balansen mellom tiltalte og aktoratet under hovedforhandlingen, vil ubalansen under hovedforhandlingen likevel ikke være en «gjentatt eller fortsatt» krenkelse, men en nyartet og selvstendig sådan.

Å lese opp politiforklaringen vil derimot kunne innebære en viss gjentatt krenkelse av hensynet til at oppnevning etter § 100 (2) skal verne siktede mot selvinkriminering. Siktetes rett til taushet innebærer at siktede straffritt⁴⁹ kan holde tilbake inkriminerende informasjon om seg selv, som ledd i retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse.⁵⁰ Dersom manglende overholdelse av § 100 (2) svekket siktetes mulighet til å holde den inkriminerende informasjonen tilbake i politiavhøret – slik ankeutvalget, lagmannsretten og Jahre som nevnt

⁴⁷ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 31 jf. 22.

⁴⁸ Prinsippet om partslikhet og jevnbyrdighet finnes også som prinsippet om «equality of arms» i EMK artikkel 6.

⁴⁹ Straffeloven § 221 (2).

⁵⁰ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271. Se Saunders v. The United Kingdom avsnitt 68 om prinsippet slik det hjemles i EMK artikkel 6. For politiavhør kommer prinsippet til uttrykk i strpl. §§ 230 (1) jf. 232 (1).

synes å mene – vil det utgjøre en gjentatt krenkelse av siktedes rett til taushet om en gjengir denne informasjonen ytterligere under hovedforhandlingen.

Rt. 1999 s. 1269 støtter standpunktet. Saken gjaldt ikke brudd på retten til forsvarerbistand, men en situasjon hvor en politibetjent i forkledning fremprovoserte inkriminerende innrømmelser fra siktede som ble tatt opp med skjult båndopptaker. Høyesterett nektet lydbåndopptaket ført. Siden siktede ikke visste at han inkriminerte seg til en tjenestemann var taushetsretten krenket, og føringen av tilståelsesopptaket mot tiltaltes vilje ville gjenta denne krenkelsen.⁵¹ At krenkelsen gjentas underbygges også av teorien.⁵²

Hvorvidt opplesing av forklaringen vil gjenta krenkelsen er likevel et gradsspørsmål.⁵³ Som vi skal se i punkt 3.4.1 krenker manglende overholdelse av § 100 (2) i politiavhøret ikke *kjernen* i selvinkrimineringsvernet slik det er fastlagt av Høyesterett og EMD. Manglende overholdelse av § 100 (2) krenker retten til verktøyet som skal sikre at taushetsretten er reell, og ikke taushetsretten i seg selv. Når krenkelsen ikke ligger i kjernen av taushetsretten på tidspunktet forklaringen innhentes, vil fortsettelsen av krenkelsen ikke være noe sterkere på hovedforhandlingstidspunktet.⁵⁴

I slike tilfeller hvor opplesing bare vil øke krenkelsen i noen grad, vil det å avskjære forklaringen alene på bakgrunn av gjentakelseelementet ikke være godt begrunnet. En hovedregel om avskjæring innebærer at hensynet til interessene som krenkes på ny, prioriteres forholdsvis drastisk foran hensynet til sakens opplysning. I tilfeller hvor den gjentatte krenkelsen er forholdsvis svak, har teorien derfor tatt til orde for at elementet av gjentatt krenkelse heller inngår som et argument som taler for avskjæring i en bredere interesseavveining.⁵⁵

Det må det være rom for ut fra en «fra det mer til det mindre»-tankegang. I mindre tyngende inngrep i taushetsretten enn hva som var tilfellet i Rt. 1999 s. 1269, virker også Høyesterett å (implisitt) drøfte avskjæringsspørsmålet ut fra en interesseavveining hvor

⁵¹ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271–1273.

⁵² Skoghøy (1998) s. 638, Torgersen (2009) s. 146 og s. 230.

⁵³ Torgersen (2009) s. 146 i pkt. 3.5.6.

⁵⁴ Slik også Torgersen (2009) s. 230 om en lignende situasjon: Manglende overholdelse av plikten til å opplyse om taushetsretten etter strpl. § 232 (1) vil bare «i noen grad» gjentas dersom forklaringen føres.

⁵⁵ Øyen (2016) s. 414 og Torgersen (2009) s. 147.

gjentakelseelementet inngår som vurderingsmoment.⁵⁶ En slik løsning er treffende også ved manglende overholdelse av § 100 (2). Den direkte krenkelsen av siktedes rett til forsvarerbistand etter § 100 (2) krenker bare siktedes rett til taushet på indirekte vis. Politiforklaringen bør da ikke kunne avskjæres utelukkende fordi taushetsretten vil krenkes på ny dersom forklaringen leses opp.

Uttalelsene som Høyesteretts ankeutvalg, lagmannsretten og Jahre har om at bevisføringen vil innebære en gjentatt krenkelse, fremstår dermed noe unyanserte. Det kan virke som om uttalelsene egentlig knytter seg til alvoret i det å ikke overholde § 100 (2) i politiavhøret, vurdert i lys av situasjonen på avhørstidspunktet. Selv om arten og grovheten av interessekrenkelsen er sentrale avskjæringsmomenter (punkt 3.3 og 3.4), sier dette likevel lite om opplesing av forklaringen vil gjøre krenkelsen større under hovedforhandlingen. Hvordan domstolene bruker gjentakelseelementet i de to rettsavgjørelsene er i alle tilfelle ikke åpenbart, og burde vært klarere begrunnet.

Hvorvidt politiforklaringen må avskjæres på bakgrunn av en bredere interesseavveining, hvor gjentakelseelementet inngår, vurderes i det følgende.

⁵⁶ Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2003 s. 1814. Disse behandles nærmere senere.

3 Retningslinjen om en bredere interesseavveining som mest nærliggende avskjæringsgrunnlag

3.1 Nærmere om interesseavveiningens innhold og anvendelse

Ettersom opplesing av politiforklaringen ikke klart vil krenke hensynene bak § 100 (2) på ny, beror avskjæringsvurderingen på en bredere vurdering av om hensynene som taler for avskjæring trumfer hensynet til sakens opplysning.

I denne interesseavveiningen må det ifølge Høyesterett blant annet legges vekt på «grovheten av den krenkelse som ble begått ved ervervet av beviset, om den som satt med beviset pliktet å forklare seg eller utlevere dette, hvor alvorlig eller viktig saken er, og bevisverdien av beviset».⁵⁷ Andre vurderingsmomenter er det prinsipielt betenkelige i å tillate bevis som er ervervet på kritikkverdige måte, herunder om det ut fra rettsstatlige grunnverdier vil virke støtende å tillate beviset ført.⁵⁸ Både konkrete momenter (som bevisverdien) og mer prinsipielle hensyn (som at beviset er støtende å bruke) spiller dermed inn.⁵⁹

Utgangspunktet for interesseavveiningen er at hensynet til sakens opplysning alltid, i større eller mindre grad, taler for at relevante bevis føres. Som vi skal se står dette hensynet i utgangspunktet sterkt når påtalemyndigheten ønsker å lese opp sentrale forklaringer i alvorlige saker. Essensen i argumentene som taler *mot* at forklaringen brukes er å beskytte henholdsvis de krenkede interessene som vernes av § 100 (2) (punkt 3.3), rettsstatens ideelle verdier (punkt 3.4) eller tiltaltes interesser under hovedforhandlingen (punkt 3.5). Som disse punktene viser har jeg ikke strukturert drøftelsen ut fra de enkelte vurderingsmomentene, men

⁵⁷ Rt. 1999 s.1269 på s. 1272.

⁵⁸ Rt. 1994 s. 1139 på s. 1141 og Rt. 2007 s. 920 avsnitt 55 samt NUT 1969: 3 s. 197 og NOU 2001: 32 B s. 961.

⁵⁹ Rt. 1991 s. 616 på s. 623.

heller ut fra hva formålet med eller hensynet bak å vektlegge de ulike momentene synes å være.⁶⁰ Det er de bakenforliggende hensynene som avgjør momentenes gjennomslagskraft.

I punkt 3.3 vurderer jeg grovheten av måten forklaringen ble innhentet på. Dersom manglende overholdelse av § 100 (2) fremstår som et graverende rettsbrudd, kan hensynet til å beskytte interessene vernet i § 100 (2) tale for at det er prinsipielt betenkelig å føre forklaringen.

I punkt 3.4 diskuterer jeg hvorvidt bevisavskjæring kan begrunnes i behovet for å verne rettsstatlige verdier. Hensynet til de krenkede interessene i punkt 3.3 taler sterkest for avskjæring dersom krenkelsen av § 100 (2) er av en slik art at det ikke bare vil fremstå prinsipielt betenkelig, men også støtende, dersom aktor benytter politiforklaringen som bevis.⁶¹ I hvilken grad manglende overholdelse av § 100 (2) begrenser siktedes rett til å forholde seg taus i politiavhøret, og dermed også under hovedforhandlingen dersom forklaringen leses opp, står sentralt.

I punkt 3.5 vurderer jeg om politiforklaringen må avskjæres fordi opplesing vil bryte med tiltaltes krav på rettssikkerhet. Det kan være at forklaringen må avskjæres fordi opplesing øker risikoen for et materielt uriktig resultat.

Siden læren om ulovlig ervervet bevis gir anvisning på en avveining av diverse interesser og hensyn, kan det ikke gis et generelt svar⁶² på når ulovlig ervervede bevis ikke kan føres. Derfor ble det heller ikke lovfestet noen avskjæringsregel.⁶³ Mens noen europeiske land har klarere definerte vilkår for om beviset må avskjæres, står Norge i en slags mellomposisjon med fokus på om begrunnelsen for å fravike prinsippet om fri bevisførsel er god nok i det konkrete tilfellet.⁶⁴ Terskelen for å nekte siktedes politiforklaring opplest kan derfor ikke trekkes opp innledningsvis her, men vil kunne få nærmere innhold i forbindelse med den endelige avveiningsomgangen i punkt 4.

⁶⁰ Øyen (2016) s. 412–419 anvender en lignende variant.

⁶¹ Rettskildene presiserer ikke når bevisføringen fremstår støtende som i punkt 3.4 og når den ‘bare’ fremstår prinsipielt betenkelig som i punkt 3.3. Forskjellen må ligge i typen og alvorlet i krenkelse. Punkt 3.3 fokuserer på den brutte regelens karakter. Punkt 3.4 fokuserer på hvordan siktedes interesser faktisk krenkes og hvordan bevisføringen påvirker rettsstatens verdighet i den aktuelle saken. At det er tale om to ulike argumenter illustreres av NOU 2001: 32 B s. 961.

⁶² Eckhoff (1991) s. 122 om avveiningsnormer generelt.

⁶³ NUT 1969: 3 s. 197.

⁶⁴ Torgersen (2009) s. 97, Strandbakken (2003) s. 183, Bratholm (1959) s. 131.

3.2 Hensynet til sakens opplysning som hovedargument for bevisføring

3.2.1 Hensynet til sakens opplysning hjemles i det tungtveiende prinsippet om materiell sannhet

Å sikre best mulig opplysning av saken er det bærende argumentet for at det ulovlige beviset føres. Tyngden hjemles i prinsippet om materiell sannhet. Tanken er at økt informasjonstilgang øker sjansen for riktig domsresultat. Materielt riktige resultater tjener igjen til å oppnå straffeprosessens grunnleggende målsetning om en effektiv strafferett som dømmer skyldige og frifinner uskyldige.⁶⁵

Hensynet til sakens opplysning gjør seg ifølge Høyesterett særlig gjeldende i alvorlige saker.⁶⁶ Siden oppnevning etter § 100 (2) normalt brukes i forbindelse med kriminalitet som innebærer en reell sjanse for fengselsstraff,⁶⁷ kreves det dermed generelt sterkere grunner for å avskjære siktedes politiforklaring her enn i saker som gjelder mindre grove forhold.

3.2.2 Forklaringens bevismessige betydning styrker argumentet om bevisføring ytterligere

Hensynet til sakens opplysning taler naturlig nok enda sterkere for bevisføring dersom beviset er av stor bevismessig betydning, sett i lys av de andre bevisene i saken.⁶⁸

Utgangspunktet er at tiltalte forklarer seg muntlig og umiddelbart for retten. Tidligere politiforklaringer kan bare leses opp dersom tiltalte forklarer seg forbeholdent eller avvikende i retten sammenlignet med hva hun sa i politiavhøret, jf. straffeprosessloven § 290 første setning. Teknisk sett er derfor politiforklaringer subsidiære bevis.

Ifølge Høyesterett vil gjengivelse av tiltaltes inkriminerende politiforklaringer likevel «naturlig nok kunne utgjøre viktige bevis i tiltaltes disfavør».⁶⁹ En inkriminerende

⁶⁵ Øyen (2016) s. 24, Strandbakken (2003) s. 167–168.

⁶⁶ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272, Rt. 2006 s. 582 avsnitt 22, Rt. 1992 s. 698 på s. 706. Sistnevnte angir sakens alvor som et moment av «vesentlig betydning». Se også Andenæs (2009) s. 241, Strandbakken (2003) s. 185, Bratholm (1959) s. 120 og 128–129. Øyen (2016) s. 419 er uenig i argumentet, men må i lys av tydelig rettspraksis uttale seg de lege ferenda.

⁶⁷ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 48.

⁶⁸ Rt. 1995 s. 1453 betegner på s. 1456 dette som et «vesentlig» moment.

politiforklaring innhentet kort tid etter den kriminelle handlingen fant sted, kan fort tillegges mer vekt enn en forbeholden forklaring for retten hvor tiltalte 'ikke husker'. Dersom tiltaltes forklaring føres vil inntrykket man sitter igjen med «sjelden være vesentlig endret etter den øvrige bevisførselen.»⁷⁰ Størst betydning har rene tilståelser. Kassin og Gudjonsson påpeker at «confessions tend to overwhelm other information, such as alibis and other evidence of innocence».⁷¹ Dersom siktedes politiforklaring står såpass sentralt i bevismassen, blir det av hensyn til å oppnå materiell sannhet særlig viktig at forklaringen føres. Det er slike bevissituasjoner jeg fokuserer på i det videre.

Hensynet til materiell sannhet taler likevel sterkest for bevisføring dersom beviset gir sikker informasjon om det virkelige hendelsesforløpet. Politiforklaringer kan imidlertid være mindre pålitelige som følge av mangelen på forsvarerbistand.⁷² I slike tilfeller hvor den rettsstridige måten beviset er innhentet på har påvirket bevisverdien, uttrykker deler av rettspraksis og deler av teorien at svekket pålitelighet utgjør et støtteargument for avskjæring.⁷³

På den annen side er upålitelighet og liten opplysningsverdi noe domstolen normalt tar forsvarlig hensyn til i bevisbedømmelsen. Andre deler av rettspraksis og juridisk teori har derfor markert at svekket pålitelighet ikke på nevneverdig vis begrunner at beviset nektes ført.⁷⁴

Motsetningen i disse synspunktene synes ikke avklart. Begge synspunkter finnes i EMD-praksis.⁷⁵ Sett i lys av hvor sterkt hensynet til sakens opplysning taler for at siktedes inkriminerende politiforklaring føres der bevisbildet ellers er svakt, vil likevel svekket

⁶⁹ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 88.

⁷⁰ Lie (2012) s. 20.

⁷¹ Kassin (2004) s. 57. Artikkelen sammenstiller den europeiske og amerikanske forskningsfronten på tilståelser. Arbeidet er lagt til grunn i norsk psykologisk forskning (Stridbeck (2015)), og i norsk juridisk teori (Øyen (2010b)).

⁷² Sammenlignet med situasjonen der beviset for eksempel er et videoklipp filmet ulovlig med skjult kamera. Selv om filmingen er rettsstridig har rettsbruddet ikke påvirket filmklippets innhold.

⁷³ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272, Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17, Rt. 2004 s. 858 avsnitt 18, Torgersen (2009) s. 175 jf. 37, Strandbakken (2003) s. 168.

⁷⁴ Rt. 1994 s. 610 på s. 614, Rt 1996 s. 1114 på s. 1119, Rt. 2013 s. 1501 avsnitt 36 og Øyen (2016) s. 416, Andenæs (2009) s. 244. Se også NUT 1969: 3 på s. 303 til strpl. § 290.

⁷⁵ Utgangspunktet er at bruk av upålitelige bevis taler mot at rettergangen har vært «fair» (Bykov v. Russia avsnitt 90). EMD har likevel også sett hen til om beviset hadde en «pre-determined role» eller om bevisvurderingen ble tilpasset de konkrete forholdene (Dragos Ioan Rusu v. Romania avsnitt 55).

pålitelighet nok vanligvis ikke utgjøre noe betydningsfullt avskjæringsargument der upåliteligheten lar seg bedømme.

Argumentet om svekket pålitelighet stiller seg imidlertid annerledes i tilfellene hvor graden av upålitelighet vanskelig lar seg fastsette. Svekket pålitelighet relaterer seg da ikke bare til hvor sterkt hensynet til sakens opplysning gjør seg gjeldende, men vil på selvstendig grunnlag kunne tale sterkt for avskjæring av hensyn til siktedes rettssikkerhet. Dette kan gjelde en del tilfeller hvor § 100 (2) ikke ble overholdt. Situasjonen behandles nærmere i punkt 3.5.1.

Utenfor tilfellene i forrige avsnitt, vil hensynet til sakens opplysning samlet sett trekke sterkt i retning av at tiltaltes politiforklaring – og særlig tilståelse – tillates ført. Spørsmålet er så om mangelen på forsvarerbistand i politiavhøret og følgene mangelen får dersom forklaringen tillates ført, er så alvorlige at hensynet til en prosess som respekterer sentrale interesser og verdier må prioriteres foran hensynet til materiell sannhet. Argumentene som taler for at forklaringen avskjæres undersøkes i det videre.

3.3 Hensynet til å markere viktigheten av de krenkede interessene som argument for bevisavskjæring

Høyesterett løfter som nevnt frem «grovheten av krenkelsen som ble begått ved ervervet av beviset» som et sentralt vurderingsmoment.⁷⁶ Hvor grovt rettsbruddet er, beror på hvilken type regel som er brutt og hvilke interesser som er krenket. Krenker rettsbruddet en materiell, fremfor en formell, regel taler det for avskjæring.⁷⁷ Dette gjelder særlig dersom rettsbruddet også krenker sentrale straffeprosessuelle interesser.⁷⁸

Straffeprosessloven § 100 (2) utgjør en sentral rettssikkerhetsgaranti for en siktet som avhøres av politiet. Rettssikkerhetsbegrepet er mangefasettert, men gjelder i sin kjerne «krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep ... fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å ... forsvare sine rettslige interesser».⁷⁹ Den oppnevnte

⁷⁶ Rt. 1999 s. 1269 på s. 1272.

⁷⁷ Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 43, Rt. 2007 s. 920 avsnitt 55 jf. NOU 2001: 32 B s. 961, Jahre (2016) s. 136.

⁷⁸ Øyen (2016) s. 418, Bratholm (1959) s. 119.

⁷⁹ Definisjonen legges til grunn i NOU 2009: 15 s. 60.

forsvareren er et lovgivergitt virkemiddel som skal bidra til at dette kravet ivaretas.⁸⁰ Forsvareren sørger for at politi- og påtalemyndigheten respekterer siktedes rettigheter, i tillegg til å være siktedes rådgiver og talsperson.⁸¹ Fordi det etter § 100 (2) må foreligge «særlige grunner» som tilsier at forsvarerbehovet er større enn normalt, er forsvarerbistanden spesielt viktig. Som vi skal se kan manglende forsvarerbistand i slike situasjoner føre til at forklaringen blir upålitelig (punkt 3.5.1), at bevisbildet innrettes uforholdsmessig skjevt (punkt 3.5.2) og at siktede inkriminerer seg på en måte som ikke var så frivillig som rettsstaten ideelt krever (punkt 3.4.1). Manglende overholdelse av § 100 (2) fremstår derfor som et forholdsvis grovt rettsbrudd. Slik karakteriserer også ankeutvalget krenkelsen av 17-åringens rett til forsvarerbistand.⁸²

At rettsbruddet er forholdsvis graverende underbygges av at § 100 (2) som nevnt må tolkes i lys av retten til forsvarerbistand i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c.⁸³ Ettersom forsvarerbistand er et sentralt virkemiddel for å oppnå en «fair» rettergang, har EMD fastsatt at siktede som hovedregel kan kreve forsvarerbistand fra første politiavhør.⁸⁴ Selv om Høyesterett har stadfestet at denne hovedregelen ikke gjelder *oppnevnt* forsvarerbistand,⁸⁵ har Høyesterett begrunnet standpunktet om at § 100 (2) må brukes oftere i politiavhør med at EMD «meget sterkt og klart har understreket betydningen av at forsvarer involveres på et tidlig stadium i prosessen».⁸⁶ EMDs syn på forsvareren som betydningsfullt vern mot ufrivillig selvinkriminering og som bidrag til «equality of arms», må ifølge Høyesterett etter omstendighetene tillegges «vesentlig betydning»⁸⁷ i vurderingen av om vilkåret om «særlige grunner» er oppfylt på etterforskningsstadiet.⁸⁸ Når § 100 (2) bygger på hensyn som EMD anser som sentrale for å sikre en rettferdig rettergang, fremstår manglende overholdelse forholdsvis alvorlig.

⁸⁰ Definisjonen av rettsikkerhetsgaranti i NOU 2009: 15 s. 61.

⁸¹ Advokatforskriftens kapittel 12 om reglene for god advokatskikk, punkt 1.2, til illustrasjon.

⁸² HR-2017-1894-U avsnitt 17.

⁸³ Bestemmelsene er ment å gi anvisning på samme vurderingsnorm, jf. Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 26. Vilåårene i EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c behandles derfor ikke nærmere.

⁸⁴ Ibrahim-saken avsnitt 256.

⁸⁵ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 27 jf. 23 og 85.

⁸⁶ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 33, jf. 22. Høyesterett viser også til synspunkter hos bl.a. EU og FN (avsnitt 34–40).

⁸⁷ Rt. 2015 s. 860 avsnitt 22, jf. Rt. 2015 s. 844 avsnitt 41 jf. 22. Samme hensyn hjemles også internrettslig, se Rt. 2015 s. 844 avsnitt 43. Prinsippet om forsvarlig saksbehandling er ikke nytt.

⁸⁸ Rt. 2015 s. 844 bygger på en rekke EMD-avgjørelser. Nyere, men fortsatt treffende, uttalelser i Ibrahim-saken avsnitt 253 og 255.

I teorien er det likevel uttalt at krenkelsens grovhet også påvirkes av hvor klart eller åpenbart rettsbruddet er.⁸⁹ Det skjønnsmessige vilkåret om «særlige grunner» innebærer at § 100 (2) er utfordrende å vurdere i praksis. Anvisningene på når det foreligger «særlige grunner» er forholdsvis generelle. Manglende overholdelse av § 100 (2) kan derfor skyldes uforsettlig feilvurderinger eller forglemmelser. I så tilfelle får rettsbruddet et mindre grovt preg enn hva som er tilfellet ved forsettlig rettsbrudd som bevisst foretas med formål om å innhente inkriminerende informasjon.

På den annen side plikter politi- og påtalemyndigheten å vurdere rettighetsbestemmelser riktig.⁹⁰ De har en forskriftsfestet plikt til å fortløpende vurdere behovet for bistand etter § 100 (2) i tilfeller hvor siktede selv ikke ønsker å la seg bistå, jf. påtaleinstruksen § 8-1 a. I den forbindelse har Riksadvokaten påpekt behovet for bevissthet rundt bruken av § 100 (2) i politiavhør.⁹¹ Manglende overholdelse kan også skyldes at forsvarer begjæres oppnevnt i tråd med påtaleinstruksen, men at domstolen urettmessig avslår begjæringen i forkant av avhøret. Selv om ordlyden av «kan» gir inntrykk av at oppnevningen beror på rettens skjønn, er det likevel sikker rett at forsvarer skal oppnevnes dersom vilkåret om «særlige grunner» er oppfylt.⁹² At rettsbruddet skulle være mindre grovt fordi rekkevidden av § 100 (2) er utfordrende å fastsette, fremstår etter dette lite naturlig. Uklarheten bør i lys av prinsippet om forsvarlig saksbehandling heller skjerpe bevisstheten til aktørene som plikter å overholde den.⁹³

Samlet fremstår manglende overholdelse av § 100 (2) som et forholdsvis grovt rettsbrudd. At dette taler for avskjæring er likevel ikke ment som en form for kompensasjon til siktede for krenkelsen på avhørstidspunktet.⁹⁴ Av hensyn til offeret og kriminalitetsbeskyttelse bør krenkelsen overfor siktede gjenopprettes på annet vis enn at en sentral politiforklaring nektes ført.

⁸⁹ Øyen (2016) s. 418.

⁹⁰ Ansvarer kommer til uttrykk i påtaleinstruksen § 7-5 (2) første setning.

⁹¹ Riksadvokaten (2016 nr. 2) pkt 4.4.

⁹² Rt. 1983 s. 1276 på s. 1278, Bjerke (2011) Kommentar til § 100.

⁹³ At avskjæring kan virke disiplinerende og preventivt er prinsipielt sett et relevant argument for avskjæring. Det tillegges likevel lite og sjelden vekt ved avskjæring i straffesaker, se Rt. 1992 s 698 på s. 705 og Rt. 2006 s. 582 avsnitt 24. Jeg bruker derfor ikke disiplineringshensynet videre.

⁹⁴ Slik også Torgersen (2009) s. 154.

Å avskjære politiforklaringen fordi den ble innhentet på en måte som brøt med sentrale rettssikkerhetsgarantier begrunnes heller i argumentet om at det er prinsipielt betenkelig å benytte slike bevis.⁹⁵ Tanken er at avskjæring prinsipielt sett beskytter interessene som vernes i bestemmelsen som ble krenket. Retten tar en form for avstand fra etterforskningsresultater fremskaffet i strid med sentrale rettsregler til vern for siktede.⁹⁶ Avskjæring vil også «styrke domstolenes anseelse som kritiske og uavhengige statsmakter».⁹⁷ Viktigheten av at etterforskende myndigheter respekterer rammene som lovgiver har satt for etterforskningen har en verdi i seg selv,⁹⁸ uavhengig av hva hensynet til den individuelle siktede skulle tilsi.

3.4 Hensynet til rettsstatlige verdier som argument for bevisavskjæring

3.4.1 Siktetes rett til å forholde seg taus i politiavhøret

Dersom rettsbruddet ikke bare krenker viktige interesser men også rettsstatlige verdier, har Høyesterett nektet beviset ført på dette grunnlaget alene; presumtivt for å ivareta rettssystemets integritet, verdighet og moralske renhet.⁹⁹ Bevisføring ville ellers virket støtende.¹⁰⁰ Spørsmålet er om dette gjør seg gjeldende for vårt typetilfelle. Å beskrive noe som støtende eller moralsk uverdigg er forholdsvis sterk ordbruk.

Hensynet til å verne rettsstatlige verdier gjør seg sterkest gjeldende dersom innhenting av beviset krenker en menneskerettighet.¹⁰¹ EMD har imidlertid fastslått at mangel på forsvarerbistand på etterforskningsstadiet ikke utgjør en konvensjonskrenkelse med mindre forsvarermangelen også har ført til at rettergangen som helhet ikke har vært «fair».¹⁰² Som vi så i punkt 1.2.3 synes denne terskelen å være forholdsvis høy når det gjelder mangel på

⁹⁵ NOU 2001: 32 B s. 961 jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459, Torgersen (2009) s. 51–52, Øyen (2016) s. 418, NOU 2016: 24 s. 274 (om gjeldende rett).

⁹⁶ Andenæs (2009) s. 244.

⁹⁷ Aall (2002) s. 963.

⁹⁸ Riksadvokaten (2016 nr. 2) pkt. IV, Torgersen (2009) s. 50–53, NOU 2016: 24 s. 273–274 (om gjeldende rett).

⁹⁹ Torgersen (2009) s. 50, Øyen (2016) s. 412.

¹⁰⁰ Rt. 2007 s. 920 avsnitt 55, Rt. 1994 s. 1139 på s. 1141 og Rt. 1992 s. 698 på s. 705, samt NUT 1969: 3 s. 197 og NOU 2001: 32 B s. 961.

¹⁰¹ Øyen (2016) s. 412.

¹⁰² Ibrahim-saken avsnitt 251 jf. 254.

oppnevnt forsvarerbistand. Manglende overholdelse av § 100 (2) i politiavhør innebærer derfor ikke nødvendigvis at også EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c jf. nr. 1 er krenket.

Jeg skal derimot undersøke i hvilken grad siktedes rett til taushet utgjør et argument for avskjæring. Fordi siktedes rett til taushet er et grunnleggende rettsstatsprinsipp, har Høyesterett tidligere nektet politiforklaringer ført alene som følge av at forklaringen ble innhentet i en situasjon hvor politiet ikke respekterte taushetsretten.¹⁰³ Som vi så i punkt 2 synes både rettspraksis og teori å forutsette at siktedes taushetsrett krenkes i avhøret dersom § 100 (2) ikke overholdes.¹⁰⁴

Kjernen i selvinkrimineringsvernet er å beskytte siktede mot at politiet innhenter forklaringen ved bruk av tvang eller manipulasjon, foretatt med formål om å få siktede til å forklare seg.¹⁰⁵

Slik maktmisbruk er ikke nødvendigvis tilfellet ved manglende overholdelse av § 100 (2). Prinsippavgjørelsen fra 2015 viser riktignok den internasjonale enigheten om at mangel på forsvarerbistand øker risikoen for at politiet opptrer utilbørlig.¹⁰⁶ Et av formålene med å oppnevne forsvarer til å bistå i politiavhør er nettopp å beskytte siktede mot ufrivillig selvinkriminering. Med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for annet, kan det likevel vanskelig legges til grunn at fravær av forsvarerbistand etter § 100 (2) innebærer at norsk politi nødvendigvis opptrer utenfor det som er lovlig¹⁰⁷ avhørspres. At manglende overholdelse av § 100 (2) ikke nødvendigvis innebærer statlig maktmisbruk eller direkte krenkelse av taushetsretten, adresseres ikke i ankeutvalgets eller lagmannsrettens vurdering av 17-åringens politiforklaring.¹⁰⁸ At rettsbruddet ligger utenfor kjernen av selvinkrimineringsvernet er heller ikke vurdert i Jahres artikkel.

At sondringen ikke er vurdert, innebærer at argumentet om å avskjære politiforklaringen av hensyn til siktedes taushetsrett kan ha blitt tillagt for stor betydning i avskjæringsvurderingen. Når det gjelder vern om siktedes taushetsrett som grunnlag for avskjæring utenfor § 100 (2)-tilfellene, synes nemlig Høyesterett å tydeligst nekte politiforklaringen ført i situasjoner hvor

¹⁰³ Rt. 1994 s. 1139 og Rt. 1999 s. 1269. Nærmere om disse senere.

¹⁰⁴ Hvis ikke gir uttalelsene om «gjentatt» krenkelse lite mening.

¹⁰⁵ Rt. 2013 s. 323 avsnitt 35, 36 og 38, jf. Strandbakken (2003) s. 202 og Kjølbro (2017) s. 641. EMD bruker begrepene «improper compulsion» og «coercion or oppression», se Ibrahim-saken avsnitt 266–267.

¹⁰⁶ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 29–31 jf. 34–40.

¹⁰⁷ Strpl. § 232 (2) jf. 92 og påtaleinstruksens § 8-2 regulerer rammene.

¹⁰⁸ Slik utilbørlig atferd var heller ikke anført.

politiet har spilt en aktiv rolle i at siktede inkriminerte seg.¹⁰⁹ I Rt. 1994 s. 1139 inkriminerte siktede seg som følge av at politiet angivelig lovet ham at informasjonen bare skulle brukes som bakgrunnsinformasjon i en annen straffesak, i strid med straffeprosessloven § 92 (2).¹¹⁰ I nevnte Rt. 1999 s. 1269 om brudd på orienteringsplikten i straffeprosessloven § 232 (1) ble siktede forledet til å inkriminere seg ved bruk av skjult politiprovokasjon. I de to tilfellene hvor rettsbruddet bestod i manglende orientering om taushetsretten uten ytterligere påvirkning fra politiet, har løsningen vært mindre klar.¹¹¹ Denne sontringen mellom når hensynet til siktedes taushetsrett prioriteres foran hensynet til sakens opplysning og ikke, taler i utgangspunktet for at politiforklaringer innhentet under brudd på § 100 (2), som heller ikke innebærer at politiet aktivt krenket taushetsretten, ikke klart kan avskjæres av hensyn til selvinkrimineringsvernet alene.¹¹²

På den annen side viser forskning at visse omstendigheter som rettskildene angir som typiske «særlige grunner» i § 100 (2), kombinert med mangel på forsvarerbistand, kan innebære at siktedes evne til å holde den inkriminerende informasjonen tilbake overfor politiet er såpass svekket at det likevel fremstår rettsstatlig uverdigg å bruke forklaringen som bevis. Forekomsten av slike omstendigheter ved siktede innebærer at situasjonen skiller seg fra de tilgrensende tilfellene i forrige avsnitt. Forskningsmaterialet er stort og mulige «særlige grunner» mange, men i det følgende utpensler jeg de tydeligste sammenhengene.¹¹³

Til vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» peker lovteksten i § 100 (2) på om siktede har «nedsatt funksjonsevne eller er i en annen ... psykisk tilstand» som tilsier at siktede har et bistandsbehov utover det normale. Ifølge forarbeidene kan dette for eksempel dreie seg om alder, kognitive funksjonsnedsettelse eller annen svak intellektuell utrustning.¹¹⁴ Særlig sårbarhet kan videre skyldes siktedes helsemessige status, herunder psykisk sykdom og psykisk ubalanse.¹¹⁵ Fra Riksadvokaten ble det, ukontroversielt, også pekt

¹⁰⁹ Også Strandbakken (2003) s. 197 tolker rettspraksis til at avskjæring står sterkest der politiet foretar en ytre påvirkning av forklaringsviljen. Andenæs (2009) s. 242 i samme retning.

¹¹⁰ Høyesterett gir uttrykk for at forklaringen måtte avskjæres dersom rettsbruddet ble bevist, men fant ikke forholdet bevist i den konkrete saken, se s. 1141–1142.

¹¹¹ Forklaringen ble tillatt ført i Rt. 2003 s. 1814, mens Høyesterett i Rt. 2003 s. 549 syntes å uttrykke at avskjæring kunne være nærliggende. Mer om Rt. 2003 s. 549 senere.

¹¹² Øyen (2010a) s. 433 i tilsvarende retning ved brudd på strpl. § 232 (1).

¹¹³ Sammenhengene er riktignok ikke påpekt i rettskildene tilknyttet § 100 (2).

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 66 (2001–2002) s. 26 jf. Prop. 141 L (2009–2010) s. 81–82.

¹¹⁵ Ibid.

på betydelige rusproblemer hos siktede.¹¹⁶ Dette er faktorer som alle, i ulike former, også øker risikoen for at siktede inkriminerer seg på en måte som bærer preg av å være ufrivillig.

De nevnte omstendighetene kan for det første føre til at siktede er spesielt sårbar for det normale forklaringspresset som ligger i avhørssituasjonen. Siktede opplever ikke muligheten til å forholde seg taus som reell.¹¹⁷ Mindreårige kan for eksempel inkriminere seg på en måte de egentlig ikke ønsker, fordi de ifølge forskningen er «particularly susceptible to interrogative pressure and negative feedback from persons in a position of authority.»¹¹⁸ Presset øker dersom siktede er pågrepet.¹¹⁹

Sjansen for at siktede inkriminerer seg ufrivillig øker dersom politiet benytter straffeprosessloven § 93 (2) til å gjøre siktede oppmerksom på at taushet kan tale mot henne. Direkte gjelder bestemmelsen under hovedforhandling, og er ment å sette siktede i stand til å foreta et informert valg om bruk av taushetsretten. Anvendt analogisk i politiavhør¹²⁰ kan imidlertid påpekningen fra politietterforskeren, som siktede ofte anser som sin mektige motpart, heller oppleves som et utilbørlig press til å få siktede til å inkriminere seg.¹²¹

Det er kjent at forsvarerbistand demper presset og øker siktetes psykiske motstandskraft overfor politiet.¹²² At den oppnevnte forsvareren avhjelper siktetes særlige sårbarhet slik at muligheten til å forholde seg taus er reell, utgjør som nevnt en av hovedbegrunnelsene for bruk av § 100 (2) i politiavhør. I diskursen rundt analogisk anvendelse av § 93 (2) tas det på grunn av risikoen for betenkelig avhørspres nettopp til orde for at det bør sondres mellom tilfellene hvor siktede bistås av forsvarer og ikke.¹²³

¹¹⁶ Riksadvokatens høringsuttalelse gjengitt i Prop. 141 L (2009–2010) på s. 81.

¹¹⁷ Øyen (2010b) s. 200–201 og s. 369 i pkt. 9.2.1. Se også Stridbeck (2015) s. 270–271.

¹¹⁸ Kassin (2004) s. 52, samt s. 50.

¹¹⁹ Forsvarer oppnevnes i medhold av strpl. § 98 (1) først når det er klart at pågripelsen vil vare utover 24 timer.

¹²⁰ Riksadvokaten har gitt et (forsiktig) internt pålegg om at bestemmelsen benyttes i politiavhør, se Riksadvokaten (2016 nr. 2) pkt 4.3. Selv om hensiktsmessigheten er omdiskutert i teorien, antar jeg at den praktiseres slik enn så lenge.

¹²¹ Øyen (2010b) s. 349, og s. 350–351. Myhrer (2016) s. 13 oppgir dette som argument mot analogisk anvendelse.

¹²² Øyen (2010b) s. 200, Torgersen (2009) s. 299. Også EMD anser forsvarerbistand som sentralt for at taushetsretten i politiavhør har realitet, se *Dvorski v. Croatia* avsnitt 77.

¹²³ Øyen (2010b) s. 350, Myhrer (2016) i fotnote 39 på s. 14.

I tillegg til særlig sårbarhet for press kan siktedes svekkede mentale eller psykiske evne også innebære at siktede ikke foretar en forsvarlig vurdering av taushetsretten.¹²⁴ For eksempel kan psykisk utviklingshemmede være «limited in their capacity to foresee the consequences of their actions when making legal decisions».¹²⁵ En siktet som er i sterk mental ubalanse eller har betydelige rusabstinenser kan «mangle evne til å foreta et rasjonelt valg mellom aktivitet og passivitet.»¹²⁶

Vanskene med å vurdere bruk av taushetsretten forsterkes av at politiet gir forholdsvis detaljert informasjon om hvordan en tilståelse tidlig i saken kan gi strafferabatt.¹²⁷ Selv om informasjonen er nøytral og standardisert, inviterer den siktede til å foreta en risikoavveining som hun i slike tilfeller ikke er i stand til å foreta uten forsvarerbistand.¹²⁸ Enda vanskeligere blir det dersom det i tillegg foreligger «særlige grunner» som skriver seg til en spesielt kompleks sak, juridisk eller faktisk, som de nevnte forarbeidene angir som relevante momenter for § 100 (2).

For en siktet med såpass svekket vurderingsevne ville forsvarerbistand etter § 100 (2) hjulpet siktede til å foreta en reell, forsvarlig vurdering av taushetsretten. Det er en sentral forsvareroppgave å gi siktede råd om hun bør forklare seg for politiet.¹²⁹

Mye taler etter dette for at siktede ved visse «særlige grunner» som svekker vurderingsevnen eller den interne motstandskraften ikke opplever retten til taushet som reell. Siktede inkriminerer seg på en måte som strider med hennes egentlige forklaringsvilje. Selv om manglende overholdelse av § 100 (2) ikke krenker taushetsretten direkte, kan bruk av slike forklaringer fremstå såpass uverdige at det begrunner avskjæring.

At forklaringen i slike tilfeller må avskjæres støttes av rettspraksis. I nevnte Rt. 2003 s. 549 ble siktede avhørt på stedet rett etter pågripelse, uten at han ble informert om retten til å forholde seg taus etter straffeprosessloven § 232 (1). Selv om politiet ikke gjorde annet enn å stille siktede målrettede spørsmål, fant Høyesterett (i avsnitt 18) at det var en «åpenbar» feil at

¹²⁴ Stridbeck (2015) s. 270, Kassin (2004) s. 39 og 45.

¹²⁵ Kassin (2004) s. 53.

¹²⁶ Øyen (2010b) s. 372. Se også Stridbeck (2015) s. 270.

¹²⁷ Politiet informerer om straffeloven §§ 78 bokstav f og 80 a nr. 2. Se Øyen (2010b) s. 217–218.

¹²⁸ Øyen (2010b) s. 218.

¹²⁹ Advokatforeningens retningslinjer for forsvarere punkt 3.2 til illustrasjon. Se også Øyen (2010b) s. 373 og Andenæs (2009) s. 80.

lagmannsretten ikke vurderte om politiforklaringen måtte nektes ført som følge av at strpl. § 232 (1) ikke var overholdt. Høyesterett åpnet dermed for at avskjæring kan begrunnes i rettsbrudd som ikke krenker taushetsretten i seg selv, men som 'bare' krenker bestemmelser skal sette siktede i stand til å vurdere om han vil og bør inkriminere seg.¹³⁰

Dette standpunktet er relevant også for vårt typetilfelle. Som § 232 (1) skal også § 100 (2) sikre at siktedes taushetsrett er reell. Mens manglende overholdelse av § 232 (1) innebærer at siktede ikke vet at han kan holde den inkriminerende informasjonen tilbake, innebærer manglende overholdelse av § 100 (2) at siktede i de nevnte tilfellene ikke opplever valget som reelt. At Høyesterett anser avskjæring som noe som «åpenbar[t]» bør vurderes ved brudd på § 232 (1), underbygger at avskjæring kan være godt begrunnet i hensynet til taushetsretten også ved brudd på § 100 (2).

3.4.2 Tiltaltes rett til å forholde seg taus under hovedforhandlingen

Å lese opp en politiforklaring som ble til fordi siktede, som følge av myndighetenes rettsbrudd, ikke opplevde taushetsretten som reell, vil i seg selv utfordre rettens verdighet. Siden taushetsretten vil krenkes på ny dersom forklaringen tillates opplest (punkt 2), vil selve bevisføringen utfordre verdigheten ytterligere.

Dette elementet av gjentatt krenkelse utgjør et viktig argument i retning avskjæring.¹³¹ Når tiltaltes rett til taushet krenkes av selve opplesingen, og ikke 'bare' av den fortidige etterforskningen, vil bevisavskjæring direkte avverge videre krenkelse av en sentral rettsstatlig verdi.

Dersom retten derimot tillater beviset ført, kan dette på sin side oppfattes som en form for tillatelse til at krenkelsen gjentas. At domstolene tilsynelatende tar del i den økte krenkelsen¹³² kan svekke allmennhetens tillit til domstolens uavhengighet og integritet, og svekke aksepten for domstolens avgjørelser.¹³³ Denne praktiske siden av hensynet til vern om rettsstatlige verdier, vurdert i lys av hva det bredere samfunnsmessige fellesskapet mener om avskjæringsspørsmålet, behandles i det følgende.

¹³⁰ Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17 og 18. Jahre (2016) tar denne, også lest opp mot nevnte Rt. 2003 s. 1814, til inntekt for at brudd på § 232 (1) i ordinære politiavhør fører til at forklaringen må avskjæres, se s. 143–144.

¹³¹ Se rettskildene i fotnote 37 og 38.

¹³² Torgersen (2009) s 52.

¹³³ Torgersen (2009) s. 50.

3.4.3 Målet om å ivareta befolkningens tillit til domstolens avgjørelser

At rettergangen gjennomføres på en måte som inngir tillit i befolkningen er en grunnleggende straffeprosessuell målsetning.¹³⁴ Dersom beslutningen om å tillate forklaringen ikke vil fremstå moralsk rettferdiggjort¹³⁵ for folk flest, taler hensynet til å unngå rettsavgjørelser som støter befolkningen for avskjæring.

Det kan derimot være vanskelig å påvise en alminnelig oppfatning om hva folk flest mener er den legitime løsningen på spørsmålet om en sentral politiforklaring må avskjæres.¹³⁶ Noen kan synes det er støtende at rettssikkerhetsgarantiene som er satt til vern for enkeltmennesket ikke overholdes, og miste tillit dersom politiforklaringen føres. Andre kan synes det er støtende at offerets og samfunnets beskyttelse mot alvorlig kriminalitet nedprioriteres til fordel for en som tross alt inkriminerte seg til politiet, og miste tillit dersom politiforklaringen ikke tillates ført. Når en allmenn rettsoppfatning vanskelig kan påvises, vil hensynet til å avverge tillitssvikt ikke utgjøre et betydningsfullt argument.

Selv om en enhetlig rettsfølelse rundt et slikt teknisk enkeltelement i prosessen er vanskelig å påvise, kan det likevel tenkes at befolkningen opplever helheten i prosessen som såpass lite rimelig at bruken av forklaringen ikke oppleves rettferdiggjort. Dersom siktede er såpass svekket som omtalt i punkt 3.4.1, kan nok dette være nærliggende. I så tilfelle utgjør hensynet til å ivareta rettens legitimitet i befolkningen et argument for avskjæring.

I dette punkt 3.4 har vi sett at manglende overholdelse av § 100 (2) kan innebære at siktede frafaller taushetsretten på en måte som ikke er i tråd med hva siktede ville gjort dersom hun hadde mottatt forsvarerbistanden hun hadde rett på. Da kan avskjæring måtte skje for å bevare rettens verdighet, og kanskje også tilliten i befolkningen.

I neste punkt undersøker jeg om bruken av politiforklaringen kan øke risikoen for at saken avgjøres på et uriktig grunnlag. Avskjæring vil da ikke begrunnes i at forklaringen bærer preg av manglende frivillighet, men i siktedes krav på en materielt riktig rettsavgjørelse.

¹³⁴ Øyen (2016) s. 25.

¹³⁵ Mæhle (2005) s. 22.

¹³⁶ Slik også Torgersen (2009) s. 51.

3.5 Hensynet til tiltaltes rettssikkerhet under hovedforhandlingen som argument for bevisavskjæring

3.5.1 Risiko for bevisupålitelighet som vanskelig lar seg bedømme

Dersom rettsbruddet krenker en rettssikkerhetsnorm som gjør det vanskelig å vurdere påliteligheten av beviset, gir rettspraksis og teori (som nevnt i punkt 3.2.2) holdepunkter for at risikoen for upålitelighet utgjør et sterkt argument for avskjæring.¹³⁷ Bevisavskjæring vil da beskytte tiltalte mot ulempene som følger av rettsbruddet.

Ankeutvalgets begrunnelse for hvorfor 17-åringens forklaring måtte avskjæres, illustrerer at dette argumentet kan være aktuelt for politiforklaringer innhentet under brudd på § 100 (2).

Ankeutvalget uttaler:

«Lagmannsretten har i sin vurdering trukket fram hensynet til sakens opplysning og til at det avses en riktig dom. Disse hensynene står etter ankeutvalgets syn ikke særlig sterkt her. Bevisverdien av politiavhøret kan være svekket når rettssikkerhetsgarantiene er brutt, og det vil derfor – på generelt grunnlag – være usikkert hvilket bidrag avhøret kan gi til bevisbedømmelsen».¹³⁸

Ankeutvalget var på generelt grunnlag uenig i at eventuelle svakheter ved forklaringens bevisverdi kunne tas hensyn til i bevisvurderingen, slik lagmannsretten på sin side tok til orde for¹³⁹ i avgjørelsen av straffekravet.¹⁴⁰

Rasjonalet må være at dersom det er vanskelig å fastsette hvordan rettsbruddet har påvirket påliteligheten til forklaringen, er det også vanskelig for retten å ha en begrunnet oppfatning om hva risikoen for feilbedømmelse er. Å føre forklaringen kan da øke risikoen for uriktig domfellelse. Dette er et sterkere argument for avskjæring enn at bevisverdien *er* svekket fordi

¹³⁷ Øyen (2016) s. 416 og 419, Torgersen (2009) s. 497 og nok også Rt. 2009 s. 1526 avsnitt 31 og Rt. 1997 s. 795, samt Rt. 1995 s. 1295 på s. 1297–1298 uttrykkelig. Sistnevnte gjaldt ikke ulovlig beviserverv, men er overførbart mht. vurderingstema.

¹³⁸ HR-2017-1894-U avsnitt 18.

¹³⁹ LB-2015-90290-2 pkt. 4.

¹⁴⁰ Ankeutvalgets bortprioritering av hensynet til sakens opplysning fremstår særlig tydelig fordi avgjørelsen ikke gjaldt straffekravet, men det sivile erstatningskravet med mindre inngripende domsvirkning enn fengselsstraff.

måten beviset ble innhentet på *har* ført til at beviset er upålitelig,¹⁴¹ slik situasjonen var i punkt 4.2.2. I denne sistnevnte situasjonen hvor upåliteligheten lar seg fastsette, vil risikoen for feilbedømmelse avverges på vanlig vis ved at retten tillegger forklaringen mindre vekt i samsvar med sannsynligheten for upålitelighet. I den førstnevnte situasjonen kan ikke retten bedømme risikoen for upålitelighet like forsvarlig. Da vil hensynet til siktedes rettssikkerhet utgjøre et sterkt argument for å nekte forklaringen ført.

Selv om lagmannsretten mente å kunne stadfeste at manglende overholdelse av § 100 (2) ikke hadde påvirket innholdet i 17-åringens forklaring, skal vi nå se at øvrige rettskilder kombinert med psykologisk forskning viser at ankeutvalgets standpunkt kan ha mye for seg.

Siden forklaringer er kommunikasjonsprodukter fremskaffet på bakgrunn av siktedes mentale og følelsesmessige forestillinger, er de sårbare for påvirkning i innhentingsfasen.¹⁴² Det er også generelt sett vanskelig å vite hvordan feil ved innhenting påvirker forklaringens innhold. Dette til sammenligning med eksempelvis fingeravtrykk, hvor feilkildens innvirkning på bevispåliteligheten kan analyseres forholdsvis objektivt og nøyaktig. Dette kan i seg selv bidra til en usikker bevisverdi som taler for avskjæring.

Videre tilstår siktede ikke sjeldent uriktig i politiavhør.¹⁴³ For eksempel tilstod 133 personer drapet på den svenske statsministeren Olof Palme.¹⁴⁴ Som følge av denne alminnelige muligheten for uriktighet er forsvareren ikke nødvendigvis bundet av klientens skylderkjennelse.¹⁴⁵

Til dette kommer det at upålitelighetsrisikoen blant forklaringer som er fremskaffet under brudd på § 100 (2) i visse tilfeller er spesielt høy. Forskning viser at det er en sammenheng mellom omstendigheter som typisk utgjør «særlige grunner» etter § 100 (2) og omstendigheter som utgjør faktorer som øker risikoen for falske tilståelser.¹⁴⁶

¹⁴¹ Torgersen (2009) s. 170–171.

¹⁴² Riksadvokaten (2016 nr. 2) pkt. II.

¹⁴³ Dette ble grundig erkjent av riksadvokaten allerede i 1933, se Kjerschow (1933) s. 4–7. Videre Øyen (2010b) s. 87, Andenæs (2009) s. 169–170.

¹⁴⁴ Matre (2016).

¹⁴⁵ Advokatforeningens retningslinjer for forsvarere pkt 2.3.

¹⁴⁶ Stridbeck (2015) s. 270, Øyen (2010b) s. 98–99 og s. 371–373. Sammenhengen er likevel ikke uttrykkelig påpekt i rettskildene tilknyttet § 100 (2).

For eksempel øker psykisk og mental sårbarhet risikoen for at siktede ikke kommuniserer eller holder fast ved det som er sant.¹⁴⁷ Slike faktorer omhandles i forarbeidene til § 100 (2). Som vist i punkt 3.4.1 knyttes vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» blant annet til kognitive funksjonsnedsettelse, svak intellektuell utrustning, psykisk sykdom eller betydelige rusproblemer.¹⁴⁸

For eksempel kan bevissthetsforstyrrelser som reduserer den realistiske vurderingsevnen gjøre siktede «såpass ukritisk at risikoen for selvinkriminering på et uriktig grunnlag blir uakseptabelt høy.»¹⁴⁹ Særlig er psykisk utviklingshemmede «disproportionately represented in databases of actual false confessions.»¹⁵⁰ Så lenge disse tilstandene ikke utgjør utilregnelighetsgrunner etter straffeloven § 20 (1) bokstav b–d, vil de typisk utgjøre relevante omstendigheter etter § 100 (2).¹⁵¹ Forskning viser også sammenheng mellom falske tilståelser og rus eller rusabstinenser.¹⁵²

Sammenhengene finnes særlig fordi opplevelsen av sterkt forklaringspress øker risikoen for uriktige tilståelser.¹⁵³ I tillegg til slike psykiske eller mentale tilstander, er derfor ung alder en faktor som både kan begrunne oppnevningsbehov etter § 100 (2) og føre til økt sannsynlighet for uriktig inkriminering. Mindreårige er som nevnt i punkt 3.4.1 særlig sårbare for press, og kan tilstå falskt for å unnsnippe situasjonen. Unge er også «more likely to subscribe to memories of fictitious events when exposed to repetition [and] leading questions»,¹⁵⁴ og kan derfor etter hvert selv tro at straffeskylden politiet impliserer er sann.

Dersom det er slike psykiske, mentale eller aldersbetingede omstendigheter som begrunner at § 100 (2) er oppfylt i avhøret, vil risikoen for at siktede inkriminerer seg på en måte som ikke stemmer overens med virkeligheten være spesielt høy. Forsvarerens nærvær er samtidig det

¹⁴⁷ Stridbeck (2015) s. 268 og 270.

¹⁴⁸ Ot.prp.nr. 66 (2001-2002) s. 26 og Prop. 141 L (2009-2010) s. 81-82.

¹⁴⁹ Øyen (2010b) s. 373 om tilstandene som i dag omfattes av straffeloven § 78 bokstav d.

¹⁵⁰ Kasson (2004) s. 52.

¹⁵¹ Er det grunn til å tro at siktede har en tilstand oppregnet i straffeloven § 20 b–d, skal siktede ha oppnevnt forsvarer etter strpl. § 96 (7). De samme hensynene gjør seg gjeldende bak oppnevning etter §§ 96 (7) og 100 (2), se Rt. 2004 s. 1242 (avsnitt 6). Forskjellen ligger i hvor svekkede evner siktede har. Tilstander som er alvorlige men likevel ikke innebærer utilregnelighet, omfattes dermed av § 100 (2).

¹⁵² Øyen (2010b) s. 373.

¹⁵³ Øyen (2010b) s. 90-91.

¹⁵⁴ Kasson (2004) s. 52. Se også s. 50.

viktigste virkemiddelet for å beskytte siktede mot å tilstå uriktig.¹⁵⁵ Manglende overholdelse av § 100 (2) vil derfor ikke bare øke risikoen for uriktig forklaring fordi det foreligger «særlige grunner» som påvirker siktede til å forklare seg usant. Risikoen vil også være særlig høy fordi hovedvirkemiddelet som skulle avhjelpe den allerede økte risikoen ikke var til stede.

At det foreligger en økt risiko for at siktedes inkriminerende forklaring er falsk, er et særlig godt argument for avskjæring fordi dommere vanskelig kan bedømme den økte risikoen på treffende vis. Forskning viser at det generelt er vanskelig å skille sanne forklaringer fra usanne. Selv dommere som er trent i å foreta forsvarlig og samvittighetsfull bevisbedømmelse, med kunnskap om de psykologiske mekanismene som påvirker vurderingen av forklarings troverdighet, «perform only slightly better than chance, if at all.»¹⁵⁶

Også lovgiver erkjenner at prinsippet om fri bevisbedømmelse ikke garanterer mot uriktige domfellelser.¹⁵⁷ Forskning viser at bruk av forklaringer det hefter innvendinger mot øker muligheten for uriktig domfellelse *selv når* retten er seg bevisst at forklaringens sannhetsverdi er usikker.¹⁵⁸ Retten «do not fully discount confession evidence even when it is logically and legally appropriate to do so,»¹⁵⁹ heller ikke i tilfellene hvor det i premissene oppgis at forklaringen ikke ble vektlagt.¹⁶⁰ Det kan derfor være treffende når Stridbeck skriver at: «Når man har avgitt en tilsynelatende troverdig tilståelse til politiet, er det som regel vanskelig, om ikke umulig, for individet å senere bevise sin uskyld.»¹⁶¹

Denne delen av ankeutvalgets begrunnelse for hvorfor 17-åringens politiforklaring måtte nektes ført er dermed godt begrunnet, og har rekkevidde, som ankeutvalget selv påpekte, utover den aktuelle saken.

¹⁵⁵ Stridbeck (2015) s. 271.

¹⁵⁶ Kassin (2004) s. 37, jf. også Stridbeck (2015) s. 271.

¹⁵⁷ Prop. 141 L (2009–2010) s. 63.

¹⁵⁸ Dette skyldes to psykologiske mekanismer: 1) Fundamentale attribusjonsfeil. Det at siktede faktisk tilstod tillegges mer vekt enn omstendighetene rundt tilståelsen. 2) Bekreftelsestendens. Man legger merke til og søker etter det som bekrefter noe man allerede har en formening om. Leses siktedes tilståelse opp i starten av hovedforhandlingen, danner dette et bakteppe for videre oppfattelse.

¹⁵⁹ Kassin (2004) s. 57.

¹⁶⁰ Kassin (2004) s. 59.

¹⁶¹ Stridbeck (2015) s. 268.

3.5.2 Sterk ubalanse i bevisbildet i retning straffeskyld

Dersom manglende overholdelse av § 100 (2) har ført til at bevisbildet er særlig skjevt innrettet i retning straffeskyld, vil argumentet om å avskjære forklaringen av hensyn til tiltaltes rettssikkerhet stå særlig sterkt.

Å ivareta partslikheten under hovedforhandlingen står ifølge Høyesterett sentralt i den legislative begrunnelsen for § 100 (2).¹⁶² At manglende forsvarerbistand tidlig i etterforskningen kan føre til at bevisbildet innrettes skjevt, er også en av hovedårsakene til at EMD anser retten til forsvarerbistand som et så viktig verktøy for å sikre en «fair» rettergang.¹⁶³

Siktetes inkriminerende politiforklaring kan ha innsnevret fokuset i den videre etterforskningen til fortrengsel for årsaksforklaringer som kunne talt i frikjennende retning. Politiavhør gir betydningsfull informasjon i identifiseringen av videre etterforskingsskritt.¹⁶⁴ Bevisbildet kan være innrettet så skjevt at aktoratet har en langt bedre mulighet til å bevise siktetes skyld enn siktede har til å bevise sin uskyld. Dersom den prosessuelle ubalansen kan skrives tilbake til den manglende forsvarerbistanden i politiavhøret, vil hensynet til å realisere formålet bak § 100 (2) og til å beskytte tiltaltes rettssikkerhet tale tydelig for avskjæring. Å nekte politiforklaringen ført vil senke risikoen for at tiltalte dømmes på bakgrunn av et bevisbilde som er uforholdsmessig skjevt på grunn av myndighetenes feiltrinn. Argumentet står særlig sterkt dersom det også foreligger risiko for at forklaringen er upålitelig på en måte som ikke forsvarlig lar seg bedømme, som drøftet i punkt 3.5.1.

En slik skjevhet forutsetter at politi- og påtalemyndigheten ikke har overholdt objektivitetsplikten de skal legge til grunn for etterforskningen.¹⁶⁵ Situasjonen forutsetter også at forsvareren som oppnevnes i forbindelse med hovedforhandlingen etter straffeprosessloven §§ 96 (1) jf. 100 (1) ikke har maktet å utbalansere bevissituasjonen i løpet av

¹⁶² Rt. 2015 s. 844 avsnitt 31 jf. 22.

¹⁶³ Etterforskningens betydning for «equality of arms» under hovedforhandlingen beskrives i Ibrahim-saken avsnitt 253.

¹⁶⁴ Riksadvokaten (2016 nr. 2) pkt. II.

¹⁶⁵ Uttrykt i strpl. § 226 (3).

saksforberedelsen.¹⁶⁶ Det kan derfor tenkes at avskjæringsargumentet ikke er særlig praktisk. Gjør det seg likevel gjeldende, står avskjæringsargumentet sterkt.

Punkt 3.5 har vist at hensynet til å beskytte tiltaltes rettssikkerhet under hovedforhandlingen taler sterkt for avskjæring i tilfellene der «særlige grunner» øker risikoen for at siktede har forklart seg uriktig, uten at denne risikoen lar seg forsvarlig vurdere. Spørsmålet videre er om dette, eventuelt sammenholdt med de prinsipielle argumentene drøftet i punkt 3.3 og 3.4, når opp til terskelen for bevisavskjæring.

¹⁶⁶ For eksempel kan rettergangsskritt kreves foretatt etter strpl. § 241.

4 Er argumentene som taler for bevisavskjæring tungtveiende nok til å fravike prinsippet om fri bevisførsel?

4.1 Den samlede vurderingen

Problemstillingen er drøftet for lite i rettspraksis til at det kan gis noen endelig konklusjon på hvordan avskjæringsspørsmålet best løses. Spørsmålet er heller ikke behandlet av Høyesterett i avdeling. Drøftelsen gir likevel holdepunkter for å si noe om den samlede prioriteringen av argumentene.

I punkt 3.2 så vi at hensynet til sakens opplysning i utgangspunktet taler sterkt for at forklaringen leses opp. Når en inkriminerende forklaring utgjør et sentralt bevis i en alvorlig straffesak, tjener bevisføring til å oppnå straffeprosessens formål om å iredteføre kriminalitet på vegne av samfunnet. Selv om det kan være vanskelig å påvise hva allmennheten mener er den rettferdige løsningen på selve avskjæringsspørsmålet (punkt 3.4.3), ansees materielt riktige *domsresultater* alltid nødvendig for allmennhetens tillit til strafferettspleien.¹⁶⁷ At domstolen «treffer» riktig er også en forutsetning for at straffetrusselen virker mest mulig allmennpreventivt.¹⁶⁸ Samlet skal det derfor i utgangspunktet mye til for at politiforklaringen avskjæres.

Avskjæring synes for det første å kunne begrunnes i tiltaltes grunnleggende krav på en rettssikker prosess. Punkt 3.5.1 viste at brudd på rettssikkerhetsgarantiene i § 100 (2) kan føre til at det foreligger en høy risiko for at forklaringen er uriktig på en måte som ikke lar seg forsvarlig bedømme. En slik situasjon må alene kunne begrunne avskjæring.¹⁶⁹ Å nekte forklaringen ført verner tiltalte mot en risiko for uriktig domfellelse som myndighetenes feiltrinn har gjort unødvendig høy.¹⁷⁰ Samtidig står hensynet til sakens opplysning svakere når

¹⁶⁷ Prop. 141 L (2009–2010) s. 63.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Kildehenvisningene i fotnote 137 i punkt 3.5.1. Til tvl. § 22-7 angis «tungtveiende rettssikkerhetshensyn» som hovedbegrunnelse for avskjæring, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459. En upålitelig bevissituasjon som ikke lar seg forsvarlig bedømme kjennetegner også en rettergang som ikke har vært rettferdig, se Simeonovi-saken (avsnitt 120 bokstav d og g) og Øyen (2016) s. 417.

¹⁷⁰ Torgersen (2009) s. 37 løfter frem et slikt risikofordelingssynspunkt som tilleggsmoment.

forklaringen tillegges mindre betydning i bevisvurderingen som følge av upåliteligheten. Å avskjære forklaringen for å minimere risikoen for uriktig domfellelse er i tråd med prinsippet om materiell sannhet,¹⁷¹ og i samsvar med den grunnleggende erkjennelsen om at det er bedre at skyldige går fri enn at uskyldige dømmes. Å nekte forklaringen ført av hensyn til tiltaltes rettssikkerhet fremstår spesielt velbegrunnet dersom forsvarermangelen i avhøret også har ført til at bevisbildet har blitt skjevt innrettet i retning straffeskyld (punkt 3.5.2). Slik skjevhet synes likevel ikke nødvendig for at terskelen for avskjæring er nådd.

I tilfellene hvor manglende forsvarerbistand har gjort forklaringen upålitelig på en måte som forsvarlig *lar seg bedømme*, vil hensynet til å verne tiltalte mot uriktig domfellelse gjøre seg mindre gjeldende enn i forrige avsnitt. Svekket bevisverdi gjør det riktignok mindre viktig for sakens opplysning at beviset føres. Normalordningen er likevel, som vist i punkt 3.2.2 jf. punkt 3.5.1, at slike upålitelige bevis tillates ført og heller tillegges mindre vekt i bevisvurderingen. I tilfellene hvor upåliteligheten *lar seg forsvarlig bedømme* må det nok derfor kreves flere argumenter for at en viktig forklaring kan avskjæres.

Et slikt ytterligere avskjæringsargument er det prinsipielle hensynet til å beskytte interessene som vernes i § 100 (2) (punkt 3.3). At manglende overholdelse av § 100 (2) er et forholdsvis grovt rettsbrudd, taler for avskjæring uavhengig av hvilke konsekvenser rettsbruddet har fått i den aktuelle saken. At etterforskningen respekterer siktedes sentrale rettssikkerhetsgarantier er en straffeprosessuell målsetning¹⁷² og et rettsstatlig prinsipp.¹⁷³ Det gir avskjæringsargumentet tyngde. Rettsbruddets grovhet fremheves i samtlige rettskilder som drøfter bevisavskjæring som følge av manglende overholdelse av § 100 (2).¹⁷⁴

Vi har likevel sett at styrken som hensynet til å beskytte interessene i § 100 (2) trekker i retning avskjæring, varierer med situasjonen. I tilfeller hvor det foreligger «særlige grunner» som svekket siktedes motstandskraft eller vurderingsevne på en måte som begrenset siktedes reelle mulighet til å forholde seg taus overfor politiet, vil mangel på berettiget forsvarerbistand være så graverende at opplesing vil fremstå støtende på et vis som alene, uten

¹⁷¹ Torgersen (2009) s. 23–24.

¹⁷² Øyen (2016) s. 24–25.

¹⁷³ Bernt (2007) s. 171–173.

¹⁷⁴ HR-2017-1894-U avsnitt 17, LB-2015-90290-2 pkt 3, LB-2017-175298 jf. vedlegget s. 11, 8 og 7 forutsetningsvis samt Jahre (2016) s. 149.

andre argumenter, begrunner avskjæring (punkt 3.4).¹⁷⁵ At rettergangen respekterer siktedes taushetsrett, psykiske integritet og handlefrihet er grunnleggende straffeprosessuelle og rettsstatlige verdier.¹⁷⁶ Å nedlegge bevisforbud er i slike tilfeller nødvendig for å opprettholde rettens integritet og verdighet; særlig siden taushetsretten vil krenkes på ny dersom forklaringen føres (punkt 3.4.2 jf. punkt 2).

Dette hensynet til å verne rettsstatlige verdier begrunner avskjæring selv om politiforklaringen kan være materielt riktig. Til illustrasjon fant lagmannsretten som avskar 17-åringens politiforklaring ikke noe feil ved forklaringens bevisverdi.

Selvinkrimineringsvernet begrunnes likevel ikke bare i respekten for siktedes integritet og handlefrihet, men også i hensynet til å unngå uriktige resultater.¹⁷⁷ Forklaringer frembragt under (den opplevde følelsen) av tvang er oftere uriktige enn ellers.¹⁷⁸ Omstendighetene som øker risikoen for henholdsvis ufrivillig og uriktig forklaring er, som vi har sett, derfor ofte overlappende.¹⁷⁹ Dersom det foreligger «særlige grunner» som tilsier at siktedes forklaringsvilje ikke var reell (punkt 3.4.1) og som i tillegg skaper risiko for uriktig forklaring (punkt 3.5.1), må politiforklaringen klart avskjæres. Avskjæring vil i slike tilfeller avverge risiko for uriktig resultat i retning domfellelse, i tillegg til å være nødvendig for å unngå at bevisføringen er støtende.

Hvor nærliggende det er å avskjære forklaringen varierer dermed ut fra hvilke argumentasjonslinjer som er aktuelle i den konkrete saken. Den prinsipielle linjen om å markere at § 100 (2) må respekteres (punkt 3.3) taler alltid for avskjæring. Hvorvidt rettssikkerhetslinjen (punkt 3.5) eller rettsstatslinjen (punkt 3.4) taler for avskjæring, beror på omstendighetene som begrunner behovet for forsvarerbistand i avhøret.

¹⁷⁵ Torgersen (2009) s. 497 og kildene brukt fotnote 99 og 100 i punkt 3.4.1.

¹⁷⁶ Øyen (2016) s. 25 og Bernt (2007) s. 168–170.

¹⁷⁷ Kjølbro (2017) s. 638.

¹⁷⁸ Rui (2009) s. 51.

¹⁷⁹ Mælandutvalgets konklusjoner på hvorfor Fritz Moen på 70- og 80-tallet tilstod to drap han ikke hadde begått (NOU 2007: 7), illustrerer dette godt. Moen *følte* seg presset til å tilstå, og trodde innimellom også selv at han var skyldig. Det kritiseres at Moen, med særskilt bistandsbehov, ikke fikk oppnevnt forsvarer til politiavhørene. Konklusjonene står spredt – se spesielt pkt. 8.3.3.2 på s. 199, pkt. 11.2.2.3 på s. 281, pkt 13.2 fra s. 316 flg. og pkt 13.4.6 på s. 324.

4.2 Hvilke «særlige grunner» gjør det spesielt aktuelt å nekte forklaringen ført?

Selv om det ikke kan gis anvisning på en endelig prioritering av hensynene for og mot at politiforklaringen avskjæres, kan det likevel sies noe om hvilke avhørssituasjoner som gjør et bevisforbud særlig aktuelt.

Drøftelsen har vist at argumentene for avskjæring typisk dreier seg om hvordan siktedes svekkede motstandskraft eller vurderingsevne får uheldige utslag som følge av den manglende forsvarerbistanden. Det er i slike tilfeller at bevisføringen bryter med kravet til en rettssikker prosess (3.5) og/eller idealet om en hensynsfull prosess som respekterer retten til taushet (3.4).

Ved manglende overholdelse av § 100 (2) kan avskjæring for det første begrunnes i omstendigheter som medfører risiko for at siktede tilstår *uriktig*. Siktede tilstår en forbrytelse hun ikke har gjort, eller oppgir informasjon som innebærer at hun vil straffes hardere enn hva det egentlig er grunnlag for. På tross av at det nok ikke er direkte vanlig med falske tilståelser,¹⁸⁰ har vi sett at risikoen er tydelig til stede dersom siktede ikke mottar forsvarerbistanden som er nødvendig. Selv om også svekkede personer kan ha motforestillinger mot å tilstå noe en ikke har gjort,¹⁸¹ må faren for uriktige tilståelser generelt sett «tas alvorlig».¹⁸² Det avgjørende må være om «særlige grunner» tilsier at siktedes evne til å kommunisere det som er sant var svekket i avhøret.

Avskjæring kan for det andre begrunnes i «særlige grunner» som medfører at siktede tilstår *ufrivillig*. Her er likevel utgangspunktet at også personer med nedsatt dømmekraft eller økt sårbarhet kan gi forsvarlig avkall på retten til taushet.¹⁸³ Det er nok derfor ikke alle omstendigheter som er relevante etter § 100 (2) som påvirker siktedes frie vilje så sterkt at det fremstår støtende eller moralsk uverdigg om aktor får bruke forklaringen som bevis for straffeskyld. De fleste er nok enige i at det fremstår mindre støtende å bruke en politiforklaring som er innhentet fra en siktet som er mindre intelligent enn gjennomsnittet, enn fra en siktet som grenser til å være psykisk utviklingshemmet i høy grad.

¹⁸⁰ Holmboe (2016) s. 102.

¹⁸¹ Slik også Øyen (2010b) i pkt. 3.4.2 på s. 99.

¹⁸² Ot.prp. nr. 81 (1999–2000) s. 36.

¹⁸³ Se også Øyen (2010b) s. 372.

Til sist innebærer hensynet til at like tilfeller behandles likt – så langt det lar seg gjøre – at politiforklaringen avskjæres dersom det særlige behovet for bistand begrunnes i at siktede er mindreårig, pågrepet i forbindelse med en alvorlig siktelse og avhøres umiddelbart uten verken verge eller forsvarer til stede. Denne situasjonen førte for det første til at 17-åringens politiforklaring ble avskåret uten tvil av både Høyesteretts ankeutvalg¹⁸⁴ og lagmannsretten i 2017.¹⁸⁵ En svært lignende situasjon førte også til at en annen 17-åringens politiforklaring ikke ble opplest for lagmannsretten i 2018.¹⁸⁶

«Særlige grunner» som normalt *ikke* begrunner avskjæring, vil følgelig være omstendigheter som skriver seg til den mistenkte kriminalitetens høye strafferamme eller siktelsens belastende karakter, at saken er særlig komplisert, eller at siktede har funksjonsnedsettelse som ikke påvirker kognisjon, kommunikasjonsevne eller psykiske sårbarhet på en slik måte at mangelen på forsvarerbistand fører til ufrivillig eller uriktig inkriminering.¹⁸⁷ Teorien beskriver at terskelen for at forsvarer oppnevnes til bruk i politiavhør «ikke [er] særlig høy», og at vilkårene i § 100 (2) «ofte» er oppfylt.¹⁸⁸ En slik praksis innebærer at § 100 (2) nok oppfylles i en del politiavhør hvor manglende overholdelse av § 100 (2) ikke begrunner at en viktig politiforklaring nektes ført.

Læren om ulovlig ervervet bevis er likevel ingen formalistisk regel som anvendes likt for alle tilfeller som faller innunder virkeområdet. Siktemålet er å identifisere den mest treffende vektningen av hensynene i den aktuelle saken. Det innebærer at det sjelden finnes én verdiprioritering som er riktig, heller ikke innenfor typetilfellet. Drøftelsen kan dermed nødvendigvis falle ulikt ut for enkelttilfellet av brudd på § 100 (2).

¹⁸⁴ HR-2017-1894-U.

¹⁸⁵ LB-2015-90290-2.

¹⁸⁶ LB-2017-175298 jf. den vedlagte rettsboken. Samtlige aktører syntes som nevnt å dele rettsoppfatningen om at politiforklaringen ikke kunne brukes, se vedlegget s. 7, 8 og 11 første og andre avsnitt.

¹⁸⁷ Se imidlertid nevnte LE-2016-56480 (Eidsivating). Her ble politiforklaringen til en voksen mann, tilsynelatende uten risikofaktorer, avskåret. Avskjæringsvurderingen blir likevel, som nevnt, knapt nok artikulert i premissene.

¹⁸⁸ Øyen (2016) s. 99.

5 Noen betraktninger om § 100 (2) som avskjæringsgrunn

5.1 Forutsetter avskjæring at siktede forut for avhøret begjærte forsvarer oppnevnt?

I artikkelen som drøfter avskjæring av politiforklaringer som følge av brudd på straffeprosessloven § 100 (2) i politiavhør, tar Jahre til orde for at «forutsetningen for avskjæring [må] være at siktede forut for avhøret har bedt om å få oppnevnt offentlig forsvarer, og at domstolen med urette har avslått denne begjæringen».¹⁸⁹ Som begrunnelse påpekes det at;

«[r]etten til forsvarerbistand er en rettighet siktede har, ingen plikt. Hvis siktede er gjort kjent med sin rett til forsvarer og har fått et reelt tilbud om slik bistand, men har avstått fra å benytte dette, er det ingen grunn til å avskjære bruk av forklaringen. Se her også HR-2016-379-A ...»¹⁹⁰

Det er uklart om Jahre uttaler seg de lege lata eller de lege ferenda. I alle tilfelle vil en slik forutsetning tydelig avgrense avskjæringsadgangen og bør vurderes nærmere.

Jahre har rett i at siktede kan gi avkall på retten til forsvarerbistand i politiavhør. Denne adgangen, og vilkårene for at avkallet er virksomt, fremgår av nevnte HR-2016-379-A (avsnitt 31–40). Slik jeg vurderer rettskildebildet er likevel spørsmålet om avkall på forsvarerbistand noe annet enn et krav om at siktede selv, forut for politiavhøret, må ha bedt om offentlig forsvarer for at avskjæring skal være aktuelt.

I HR-2016-379-A oppstiller Høyesterett retningslinjer for når avkall på forsvarerbistand kan gis, utledet av EMD-praksis om tilsvarende spørsmål tilknyttet EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c.¹⁹¹ På grunn av forsvarerbistandens betydning for siktedes rettssikkerhet, krever EMD at

¹⁸⁹ Jahre (2016) s. 149.

¹⁹⁰ Jahre (2016) s. 149.

¹⁹¹ HR-2016-379-A avsnitt 31–41 jf. bl.a. Dvorski v. Croatia avsnitt 100–101.

avkallet blant annet er «knowing and intelligent» og «established in an unequivocal manner».¹⁹²

Disse betingelsene innebærer at siktede ikke nødvendigvis har gitt et virksomt avkall på retten til forsvarerbistand fordi hun ikke ber om offentlig forsvarer, eller til og med takker nei til tilbudt bistand. At siktede likevel skal miste muligheten til å få politiforklaringen avskåret fordi hun ikke begjærte forsvarer oppnevnt, vil etter min mening gi dårlig sammenheng i systemet.

At siktede kategorisk mister innsigelsen mot opplesing av politiforklaringen fordi hun ikke begjærte forsvarer oppnevnt forut for politiavhøret, vil også harmonere dårlig med § 100 (2) og påtaleinstruksen § 8-1 a. I motsetning til rettstilstanden under forrige straffeprosesslov¹⁹³ krever § 100 (2) ikke at siktede selv begjærer forsvarer oppnevnt. Formålet med å innføre § 8-1 a var ifølge departementet nettopp å redusere risikoen for at forsvarer ikke oppnevnes i tilfellene hvor siktede reelt sett har behov for det, siden det da «normalt ikke [er] andre enn politiet og påtalemyndigheten som vil kunne målbære et behov for offentlig forsvarer.»¹⁹⁴

Når § 100 (2) ikke krever aktivitet fra siktede for å komme til anvendelse, og manglende begjæring forut for avhøret ikke nødvendigvis kan tolkes som et avkall på retten til forsvarerbistand, kan jeg ikke se den rettskildemessige dekningen for at bevisavskjæring verken må eller bør forutsette at siktede fremsetter en begjæring som domstolen deretter avslår.

5.2 Paragraf 100 (2) som avskjæringsgrunn i lys av forslaget til ny straffeprosesslov

I forslaget til ny straffeprosesslov foreslår Straffeprosessutvalget læren om ulovlig ervervet bevis lovfestet.¹⁹⁵ Selv om lovfestingen i det vesentlige er ment å videreføre gjeldende rett,¹⁹⁶ foreslår Straffeprosessutvalget noen justeringer som muligens kan innebære at

¹⁹² Simeonovi-saken avsnitt 115. Denne presiserer EMD-praksisen Høyesterett anvender i HR-2016-479-A avsnitt 31.

¹⁹³ Straffeprosessloven av 1887 § 102.

¹⁹⁴ Prop. 141 L (2009–2010) side 82.

¹⁹⁵ NOU 2016: 24 (§ 8-5 i lovutkastet).

¹⁹⁶ NOU 2016: 24 s. 272.

politiforklaringer innhentet under manglende overholdelse av § 100 (2) vil avskjæres oftere enn i dag.

Utvalget spør for eksempel om hensynet til å markere at myndighetene må respektere sentrale regler for etterforskningen, bør gis økt vekt i avskjæringsvurderingen.¹⁹⁷ Vi har sett at hensynet til å markere viktigheten av at § 100 (2) overholdes i politiavhør gjør seg tydelig gjeldende (punkt 3.3). Dersom den nye straffeprosessloven tillegger hensynet til lovformelighet ytterligere vekt i retning avskjæring, vil en begjæring om bevisforbud som følge av brudd på § 100 (2) kunne stå enda sterkere.

Videre foreslår utvalget at hensynet til å forebygge rettsbrudd under etterforskningen gis noe større gjennomslag enn i dag.¹⁹⁸ Riksadvokatens rundskriv fra 2016 tyder som nevnt på at det foreligger forbedringspotensial når det gjelder politi- og påtalemyndighetens bevissthet rundt plikten de har til å vurdere behovet for § 100 (2) etter påtaleinstruksen § 8-1 a. Dersom disiplineringshensynet gis økt vekt, vil hensynet til å øke politi- og påtalemyndighetens vurderingsfrekvens tale for avskjæring.

Utvalget løfter også frem spørsmålet om menneskerettighetene nå innebærer at rettsbrudd under etterforskningen kan måtte avbøtes gjennom bevisavskjæring.¹⁹⁹ I 2015 stadfestet Høyesterett som nevnt at EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c ikke hjemler noen regel om at siktede kan kreve oppnevnt forsvarerbistand i politiavhør. Uttalelsene om at forsvarer i visse tilfeller må oppnevnes til bruk i politiavhør for å unngå at politiforklaringen senere avskjæres, knyttes likevel opp mot hensynet til å unngå at bevisføringen krenker EMK artikkel 6 nr. 1.²⁰⁰ Sett i lys av hvor mye som kreves for at bevisføringen krenker retten til rettfærdig rettergang, kan det tenkes at uttalelsene gikk noe lenger enn nødvendig.²⁰¹ Samtidig er EMDs praksis om hvorvidt EMK artikkel 6 nr. 3 bokstav c hjemler rett til oppnevnt forsvarerbistand i politiavhør, uklar.²⁰² Kanskje den lavere terskelen som EMD har lagt seg på for tilfellene der siktede har blitt nektet adgang til forsvarerbistand overhodet, etterhvert tolkes til å også gjelde

¹⁹⁷ NOU 2016: 24 s. 273–274 jf. 272.

¹⁹⁸ NOU 2016: 24 s. 272–273.

¹⁹⁹ NOU 2016: 24 s. 272.

²⁰⁰ Rt. 2015 s. 844 avsnitt 51, 57 og 88.

²⁰¹ Det er EMD, og ikke nasjonaldomstolene, som utvikler EMK, se Rt. 2000 s. 996 på s. 1007–1008.

²⁰² Spørsmålet resulterte i tre ulike synspunkter i Rt. 2015 s. 844.

situasjonen i § 100 (2)? Hvordan hensynet til å unngå konvensjonsbrudd turneres som avskjæringsmoment i det videre lovarbeidet er interessant ved brudd på § 100 (2).

Straffeprosessutvalget foreslår videre å utvide retten til oppnevnt forsvarerbistand i politiavhør.²⁰³ Som begrunnelse viser utvalget til Høyesteretts og EMDs synspunkter på viktigheten av forsvarerbistand i etterforskningsfasen.²⁰⁴

Straffeprosessutvalgets forslag er bare et skritt på veien til ny straffeprosesslov. Forslaget om å utvide avskjæringsadgangen har møtt noe motbør.²⁰⁵ Ser vi signalene fra Høyesterett og Straffeprosessutvalget i sammenheng, om utvidelse av både retten til oppnevnt forsvarerbistand i politiavhør og utvidet adgang til bevisavskjæring mer generelt, virker det likevel som om rettens plikt til å avskjære politiforklaringer som følge av brudd på § 100 (2) i alle fall ikke vil svekkes i tiden fremover.

Anken som 18. mai 2018 ble tillatt fremmet for Høyesterett²⁰⁶ er i den forbindelse spennende. Domfeltes anførsel er at politiforklaringen han avga *med* oppnevnt forsvarer til stede skulle vært avskåret fordi politiavhøret han forklarte seg i stod i nær tilknytning til et forutgående politiavhør hvor han skulle hatt, men ikke fikk, oppnevnt forsvarerbistand. Problemstillingen gjelder dermed spørsmålet om den manglende overholdelsen av § 100 (2), muligens som følge av rettsbruddets grovhet,²⁰⁷ må føre til at også en annen politiforklaring enn den som ble direkte påvirket av rettsbruddet må avskjæres. Domfelte anfører det motsatte av hva som er den dominerende løsningen i dag.²⁰⁸ Fører anførselen frem må nødvendigvis også avskjæring av politiforklaringer som direkte påvirkes av rettsbruddet stå sterkt. Det blir interessant å følge utviklingen.

²⁰³ Retten foreslås utvidet til å også gjelde politiavhør av mistenkte, og ikke bare siktede, i alvorlige saker, se NOU 2016: 24 lovutkastet § 3-12.

²⁰⁴ NOU 2016: 24 s. 217–219.

²⁰⁵ Riksadvokaten (2017) s. 27–28 eksempelvis.

²⁰⁶ Nevnte HR-2018-938-U. Strpl. § 323 (1) siste setning gjaldt for vurderingen av om anken skulle fremmes.

²⁰⁷ Øyen (2016) s. 419, Torgersen (2009) s. 190–191.

²⁰⁸ Rt. 1997 s. 1778, Rt. 2014 s. 916, Øyen (2016) s. 419, Strandbakken (2003) s. 210.

Kildeliste

Lover og forskrifter

- 1814 Lov 17. mai 1814 Grunnloven.
- 1887 Lov 1. juli 1887 om rettergangsmaaden i straffesager (straffeprosessloven av 1887).
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven – strpl.).
- 1985 Forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).
- 1996 Forskrift til domstolloven kapittel 11 (advokatforskriften).
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.).
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.).

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

- NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomteen.
- Ot.prp. nr. 35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).
- Ot.prp. nr. 81 (1999–2000) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (bruken av varetektsfengsling mv.)
- NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks.

NOU 2001: 32 B	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
Ot.prp. nr. 66 (2001–2002)	Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
NOU 2007: 7	Fritz Moen og norsk strafferettspleie.
NOU 2009: 15	Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.
Prop. 141 L (2009–2010)	Endringer i straffeprosessloven mv.
NOU 2016: 24	Ny straffeprosesslov.
Riksadvokaten (2017)	Riksadvokaten. (2017) <i>Riksadvokatens høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov</i> , 01.12.2016. [https://www.regjeringen.no/contentassets/addade5d609e4683a3f6317304df9fc9/ra.pdf?uid=Riksadvokatembetet]

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)	The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma 4. november 1950.
FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter	International Covenant on Civil and Political Rights, Strasbourg 16. desember 1966.

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1983 s. 1276

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1992 s. 698 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1995 s. 1295

Rt. 1995 s. 1453

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1997 s. 795

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2004 s. 858

Rt. 2004 s. 1242 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt. 2006 s. 582

Rt. 2007 s. 920 (Høyesteretts kjæremålsutvalg)

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2013 s. 1282 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2013 s. 1501

Rt. 2013 s. 323

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2014 s. 1292

Rt. 2015 s. 860

Rt. 2015 s. 844 (“Prinsippavgjørelsen”)

HR-2016-379-A

HR-2017-1894-U (Høyesteretts ankeutvalg)

HR-2018-938-U (Høyesteretts ankeutvalg)

Underrettspraksis

TGLOM-2015-153536 (Glåmdal tingrett)

LE-2016-56480 (Eidsivating lagmannsrett)

LB-2015-90290-2 (Borgarting lagmannsrett)

LB-2017-175298 (Borgarting lagmannsrett)

Menneskerettsdomstolen (EMD)

Saunders v. The United Kingdom

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 17. desember 1996.

Bykov v. Russia

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 10. mars 2009 (Grand
Chamber).

Dvorski v. Croatia

The European Court of Human Rights,
Strasbourg, 20. oktober 2015 (Grand
Chamber).

Ibrahim and Others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 13. September 2016 (Grand Chamber).
Dragos Ioan Rusu v. Romania	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31. oktober 2017.
Simeonovi v. Bulgaria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 12. mai 2017 (Grand Chamber).

Litteratur

Aall (2002)	Aall, Jørgen. «Høyesterett som prosesskaper særlig på området for utilbørlige bevis», i <i>Rettsteori og rettsliv: Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002</i> , Peter Lødrup et.al. (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2002, s. 957–966. [Sitert fra Lovdata]
Andenæs (2009)	Andenæs, Johs. <i>Norsk straffeprosess</i> , 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer, Oslo: Universitetsforlaget, 2009.
Bernt (2007)	Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle. <i>Rett, samfunn og demokrati: innledning til juss-studiet</i> , Oslo: Gyldendal akademisk, 2007.
Bjerke (2011) Kommentar til § 100	Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther. (2011) “Straffeprosessloven: kommentarutgave” i <i>kommentarutgaver.no</i> . [Sist besøkt 30.05.2018]
Bratholm (1959)	Bratholm, Anders. «Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte», <i>Tidsskrift for rettsvitenskap</i> (1959) s. 109–132. [Sitert fra Lovdata]

- Eckhoff (1991) Eckhoff, Torstein og Nils Christian Sundby. *Rettsystemer: systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 2. rev. utg. ved Torstein Eckhoff, Oslo: Tano, 1991.
- Holmboe (2016) Holmboe, Morten. *Fengsel eller frihet*, Oslo: Gyldendal Juridisk, 2016.
- Jahre (2016) Jahre, Hans Petter. «Bevisavskjæring: begrensninger i opplesningsadgangen når det er prosessuelle feil ved en tidligere avgitt forklaring», *Tidsskrift for strafferett*, (2016), s. 131–160. [Sisert fra Lovdata]
- Jahre (2017) Jahre, Hans Petter. (2017) «Merknad til straffeprosessloven» i *Lovdata*, 13. oktober 2017 [Sist lest 24.05.2018].
- Kassin (2004) Kassin, Saul M. og Gisli H. Gudjonsson. “The Psychology of Confessions. A Review of the Literature and Issues.”, *Psychological Science in the Public Interest* Volume 5, (2004), side 33–67. [Sisert fra SAGE Complete, sist lest 30.05.18]
- Kjerschow (1933) Kjerschow, Peder. «Tilstaaelser i straffesaker», inntatt i Rt-1933-1 [sisert fra Lovdata], (1933) s. 1–16.
- Kjølbrot (2017) Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere*, 4. utg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Lie (2012) Lie, Nils Erik: *Parts- og vitneavhør: i straffesaker og sivile saker*, 2. utg., Oslo, Cappelen Damm akademisk, 2012.
- Myhrer (2017) Myhrer, Tor-Geir (2017). «Kan politiet formane en mistenkt om å forklare seg?» *Tidsskrift for strafferett*, (2017) s. 6–25. [Sisert fra Lovdata]
- Mæhle (2005) Mæhle, Synne Sæther. *Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt*

og rettighetsvern, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2005.

- Rui (2009) Rui, Jon Petter. «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2009) s. 47–69. [Sitert fra Lovdata]
- Rui (2014) Rui, Jon Petter. «Straffeprosessen i perspektiv», *Jussens Venner* nr. 6 (2014) s. 382–443. [Sitert fra Lovdata]
- Skoghøy (1998) Skoghøy, Jens Edvin: *Twistemål*, Oslo: Universitetsforlaget, 1998.
- Strandbakken (2003) Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen*, Bergen: Fagbokforlaget, 2003.
- Stridbeck (2015) Stridbeck, Ulf «Falske tilståelser», i *Rettspsykiatriske beretninger: om sakkyndighet og menneskeskjebner*, Stridbeck, Ulf (red.) og Pål Grøndahl, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2015, s. 255–272 kapittel 16.
- Torgersen (2009) Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo: Papinian, 2009.
- Øyen (2010a) Øyen, Ørnulf. «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?», *Lov og Rett* Årg. 49 (2010) s. 423–438. [Sitert fra Lovdata]
- Øyen (2010b) Øyen, Ørnulf. *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen: Fagbokforlaget, 2010.
- Øyen (2016) Øyen, Ørnulf. *Straffeprosess*, Bergen: Fagbokforlaget, 2016.

Annet

- Riksadvokaten (2016 nr. 2) Riksadvokaten (2016) Rundskriv nr. 2 *Politiavhør*, 11. mai

2016. [Sisert fra Lovdata].

Advokatforeningens
retningslinjer for forsvarere

Advokatforeningen (udatert) *Retningslinjer for forsvarere*
[<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/god-advokatskikk/retningslinjer-for-forsvarere/>] [Sist lest 30.05.2018]

Matre (2016)

Matre, Jostein og Axel Støren Wedén. (2016) «133 personer har tilstått Palme-drapet», *VG*, 25. februar 2016
[<https://www.vg.no/nyheter/utenriks/i/J0j2j/133-personer-har-tilstaatt-palme-drapet/>] [Sist lest 30.05.2018]

Vedlegg: Rettsbok fra LB-2017-175298 (utdrag)

**BORGARTING LAGMANNSRETT****RETTSBOK**

Den 27. februar 2018 kl. 0910 ble ankeforhandling med lagrette holdt i sal M01, Oslo

Saksnr.: 17-175298AST-BORG/03

Dommere:

Lagmann
Lagdommer
Ekstraordinær lagdommer

Tonje Vang
Lars Ole Evensen
Tore Lindseth

Protokollfører: Ekstraordinær lagdommer

Tore Lindseth

Saken gjelder: Grov voldtekt

Tiltalt

Advokat Inga Tollefsen Laupstad

Påtalemyndighet

Oslo Statsadvokatembeter

Statsadvokat Stein Vale

Begjæring om bevisavskjæring

Retten avsa deretter følgende enstemmige

Kjennelse:

Forsvarer har begjært avskåret politiforklaringene av tiltalte som er tatt 31. mai 2016 og 1. juni 2016 i den forstand at den ikke skal kunne leses opp eller brukes til konfrontasjon ved avhøres av tiltalte.

Under tingrettens behandling fremsatte forsvarer begjæring om at avhøret ble avskåret som bevis, og tingsretten avsa 4. oktober 2017 kjennelse inntatt i rettsboken, med slik slutning:

Aktor tillates å konfrontere tiltalte med utsagt i avhøret 1. juni 2016, eventuelt å lese opp deler av dette, forutsatt av tiltaltes forklaring i retten så langt har stått i motstrid med hans forklaring i dette avhøret og med den begrensning at det av det oppleste ikke skal fremgå hva tiltalte forklarte i tidligere avholdt avhør uten forsvarer til stede.

Under saksforberedelsen i lagmannsretten, i brev 11. januar 2018, fremsatte forsvarer begjæring om at avskjæring av beviset og ba om at dette spørsmålet blir avgjort under saksforberedelsen, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. I brev 31. januar 2018 motsatte aktor seg at beviset skulle avskjæres, men hadde ikke merknader til at spørsmålet om bevisavskjæring ble avgjort i eget rettsmøte. I prosesskriv 31. januar 2018 sluttet bistandsadvokaten seg til påtalemyndigheten, og krevde at politiforklaring kunne benyttes under behandlingen av det sivile kravet.

Forberedende dommer besluttet at det skulle holdes saksforberedende rettsmøte til behandling av spørsmålet om bevisavskjæring, jf. straffeprosessloven § 272 første ledd bokstav c. Saksforberedende rettsmøte i lagmannsretten ble først berammet til 8. februar 2018, men måtte utsettes på grunn av sykdom. Det lot seg ikke gjøre å finne nytt tidspunkt som passet for alle aktørene før ankeforhandlingen. Forberedende dommer besluttet derfor å utsette avgjørelsen til ankeforhandlingen, jf. straffeprosessloven § 272 tredje ledd.

Aktor har for lagmannsretten presisert at det aksepteres at det ikke kan leses opp fra eller stilles konfronterende spørsmål fra avhør nr. 1 (31. mai 2016). Spørsmålet for lagmannsretten er etter dette om det er grunnlag for å avskjære avhør nr. 2 (1. juni 2017).

Forsvarer har i hovedsak anført:

Det er begått flere saksbehandlingsfeil under avhør nr. 1. Tiltalte fikk ikke tilstrekkelig informasjon om retten til forsvarer da han var i avhør 31. mai 2017, og uavhengig av om tiltalte sa at han ikke trengte forsvarer, burde forsvarer vært oppnevnt på grunn av tiltaltes unge alder. Videre ble ikke verge tilstrekkelig informert om avhøret og ble i realiteten ikke gitt mulighet til å være til stede. Avhør nr. 2, hvor forsvarer var til stede, bygger på avhøret dagen før, og må derfor avskjæres. Forsvarers tilstedeværelse i avhør nr. 2 kan ikke reparere krenkelsen fra avhør nr. 1, og bruk av avhør nr. 2 vil innebære en fortsatt krenkelse. Videre er det betydelig tvil om vergen ble gitt en reell mulighet til å være med i avhør nr. 2. Muligheten for tilstedeværelse av verge og forsvarer må anses som to helt sentrale rettssikkerhetsgarantier som ikke ble ivaretatt. Dette medfører at avhøret er ulovlig eller utilbørlig ervervet. Politiforklaringen 1. juni 2017 må etter dette avskjæres som bevis i saken.

Aktor har i korte trekk anført:

Påtalemyndigheten motsetter seg at avhøret 1. juni 2016 avskjæres som bevis. Verge ble informert i avhør nr. 1. Dette fremgår av politirapporten. Det erkjennes imidlertid at det i avhør nr. 1 burde vært oppnevnt forsvarer, og at avhøret derfor ikke bør brukes som bevis. Når det gjelder avhør nr. 2, vises det til at tidligere forsvarer, advokat Mette Yvonne Larsen, bekreftet overfor politiet at hun skulle informere vergen. Dette måtte politiet kunne legge til grunn at ble gjort. Det er på det rene at vergen var kjent med at sønnen var under etterforskningen, og at det ble tatt avhør av ham. Forsvarer hadde hverken før eller under avhøret den 1. juni 2017 merknader til at det ble gjennomført uten verge til stede. Dersom det ble gjort en feil i avhør nr. 1 ved at forsvarer ikke var til stede, kan ikke dette medføre at også det nye avhøret også må avskjæres. Feilen er da rettet opp i avhør nr. 2. Det kan ikke være tvilsomt at avhøret 1. juni 2017 kan benyttes til konfrontasjon dersom vilkårene for opplesning for øvrig er til stede. Politiforklaringen 1. juni 2017 må etter dette tillates ført som bevis i saken.

Bistandsadvokaten har i det vesentlige sluttet seg til aktors vurdering av saken.

Lagmannsretten har kommet til at begjæringen om avskjæring av bevis ikke skal tas til følge.

Innledningsvis vil lagmannsretten bemerke at beviskravet ved prosessuelle spørsmål er alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. blant annet Rt. 2006 side 856 avsnitt 18.

Lagmannsretten skal således legge til grunn det saksforholdet som den etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig.

Lagmannsretten bemerker innledningsvis at tiltalte ble pågrepet på morgenen den 31. mai 2016 ca. kl 09. Han var da 17 år og 6 måneder. Avhør nr. 1 ble gjennomført mellom kl. 09.30 og 11.37. Avhør nr. 2 ble gjennomført neste dag mellom kl. 12.15 og 14.05. Deretter ble tiltalte løslatt. Begge avhørene er gjennomført uten verge til stede. Forsvarer var til stede i avhør nr. 2, men ikke i avhør nr. 1.

Avhør uten verge

Etter straffeprosessloven § 232 tredje ledd «bør» vergen «som regel gis anledning til å være til stede under avhøret og til å uttale seg» dersom mistenkte er under 18 år. En tilsvarende regel følger av påtaleinstruksens § 8-3 annet ledd, hvor det heter at vergene «underrettes så vidt mulig om avhøret og gis som regel anledning til å være til stede under avhøret og til å uttale seg, herunder om forsvarerspørsmålet». Bestemmelsen innebærer ikke at vergen har et ubetinget krav på å være til stede. Ved vurderingen av om varsling kan unnlates, skal det blant annet legges vekt på sakens alvor, ulempene ved en utsettelse av avhøret, mistenktes alder og betydningen av at vergen er til stede. Bestemmelsen er likevel ikke forstått slik at hovedregelen er at vergen skal varsles og gis anledning til å være til stede. Problemstillingen har i praksis vært formulert som et spørsmål om politiet har forsvarlig grunnlag for å foreta avhør uten at vergen har fått anledning til å være til stede, jf. Rt. 1979 side 1021. Det er tale om en rett for vergen. Hvis vergen er varslet og ikke benytter seg av adgangen, kan avhøret likevel gjennomføres.

Tiltaltes far; _____ har forklart at han ble nektet adgang til avhør nr. 1 og ikke fikk snakke med sønnen, mens avhør nr. 2 visste han ikke om. Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at vergen mest sannsynlig ble varslet om at sønnen var pågrepet av politiet, at han befant seg på politistasjonen og skulle i avhør. Lagmannsretten finner det mest sannsynlig at vergen ble gitt mulighet til å være til stede under avhør nr. 1,

men at han ikke benyttet seg av denne retten. Lagmannsretten legger her mest vekt på det tidsnære beviset, politirapporten 31. mai 2017, hvor det fremgår at tiltalte snakket med sin far mens avhører ventet utenfor. Deretter snakket avhører med vergen, som sa at det var greit at avhøret ble gjennomført.

Når det gjelder avhør nr. 2, fremgår det av epostkorrespondanse mellom politiet og siktedes forsvarer at forsvarer påtok seg å varsle vergen om tid og sted for avhøret. Advokat Mette Yvonne Larsen har forklart for lagmannsretten at hun regner med at hun eller advokatfullmektig Ingrid Gundersen ga slik beskjed om dette til far, men at det ikke er noe hun konkret kan huske. På bakgrunn epostkorrespondansen, og på bakgrunn at forsvarer i avhøret ikke hadde merknader til at verge ikke var til stede, finner lagmannsretten det mest sannsynlig at verge ble varslet om avhøret.

I avhør nr. 2 ble imidlertid ikke tiltales far gitt mulighet til å være til stede fordi politiet vurderte ham som et vitne i saken. I denne situasjonen skulle politiet trolig ha forsikret seg om at også tiltaltes mor ble varslet, slik at hun kunne gis mulighet til å være til stede under avhøret.

Lagmannsretten kan ikke se at en eventuell feil ved at politiet ikke forsikret seg om at også tiltaltes mor ble varslet og gitt mulighet til å være med på avhør nr. 2, skal medføre av beviset avskjæres. Det vises til at tiltalte var bistått av forsvarer, jf. nedenfor. Forsvarer hadde påtatt seg å varsle far, og hadde for øvrig ingen merknader til at hverken mor eller far ikke var til stede.

Det vises videre til at det i teori og rettspraksis er lagt til grunn at det nok skal mer til for at brudd på vergereglene i seg selv medfører bevisavskjæring, jf. Rt. 2004 side 858 avsnitt 19, LB-2015-90290-2 og Bjerke, Keiserud og Sæther, Straffeprosessloven Kommentarutgave, 4. utg. side 853. I dette tilfellet, hvor tiltalte var bistått av forsvarer og hvor politiet måtte kunne legge til grunn at far var informert, kan ikke en eventuell feil ved ikke også varsle tiltaltes mor, medføre at avhøret ikke kan brukes under ankeforhandlingen. Etter en samlet vurdering mener lagmannsretten at avhøret ble forsvarlig gjennomført, og det kan ikke sies å foreligge krenkelse av tiltaltes grunnleggende prosessuelle rettigheter.

Avhør med forsvarer

Som det fremgår ovenfor var forsvarer til stede i avhør nr. 2, men ikke i avhør nr. 1. Lagmannsretten legger til grunn at det skulle vært oppnevnt forsvarer for tiltalte under avhør nr. 1 etter straffeprosessloven § 100 annet ledd, som også gjelder ved politietterforskning, og at tiltalte ikke ga tilstrekkelig avkall på denne retten. Det ble således begått en saksbehandlingsfeil under avhør nr. 1.

Lagmannsretten kan likevel ikke se at denne feilen skal medføre at også avhør nr. 2 skal avskjæres i et tilfellet som dette, hvor avhør nr. 2 er gjennomført med oppnevnt forsvarer til stede.

Forsvarer har anført at det blir en form for «smitteeffekt» mellom avhør nr. 1 og nr. 2, at avhør nr. 2 bygger på avhør nr. 1, og at det kan gjøre det vanskeligere å gå tilbake på noe som er sagt i det første avhøret. Anførelse kan ikke føre frem.

For det første viser lagmannsretten til at tiltalte har nektet straffeskyld for forholdet hele tiden. Det er således ikke tale om at tiltalte har gitt en tilståelse i et avhør som feilaktig ble gjennomført uten forsvarer, og som han senere vil trekke tilbake, slik situasjonen var i avgjørelsen fra EMD 11. desember 2008, Panovits v. Cyprus, som forsvarer har vist til.

Saken skiller seg videre i betydelig grad fra Borgarting lagmannsretts kjennelse 30. august 2017 (LB-2015-90290-2) hvor politiforklaringen ble avskåret som bevis. Lagmannsretten kom her til at siktedes grunnleggende prosessuelle rettigheter var krenket, dels ved at vergen ikke fikk være til stede ved avhøret, og dels ved at siktede – i motsetning til i vår sak – ikke var bistått av forsvarer.

Videre viser lagmannsretten til at avhør nr. 2 i det vesentlige er lagt opp som et helt nytt avhør, hvor alle siktedes rettigheter gjentas på en grundig måte, men hvor det er opplyst om at avhører innledningsvis oppsummerte hva tiltalte sa i forrige avhør. Tiltalte ble deretter spurt om denne oppsummeringen var riktig og gitt mulighet til å korrigere. Lagmannsretten bemerker at den innledende delen med oppsummering og mulighet for korrigering tok relativt kort tid, og etter om lag 11 minutter starter avhører med nye spørsmål til tiltalte.

Lagmannsretten kan ikke se at måten avhør nr. 2 er gjennomført på krenker tiltaltes grunnleggende prosessuelle rettigheter på en slik måte at virkningen må bli at avhøret ikke kan brukes under ankeforhandlingen, jf. EMK art 6 nr. 1 og de ulovfestede reglene om bevisavskjæring. Bruken av forklaringen fra avhør nr. 2 kan ikke sies å representere en gjentatt eller fortsatt krenkelse av avhøret nr. 1, nettopp fordi tiltalte i avhør nr. 2 er bistått av forsvarer. Etter en samlet vurdering mener lagmannsretten at avhør nr. 2 er gjennomført på en forsvarlig måte, og siktedes grunnleggende prosessuelle rettigheter er tilstrekkelig ivare tatt.

Etter dette kan ikke lagmannsretten se at det er grunnlag for å avskjære politiforklaringen 1. juni 2016.

Slutning:

Begjæringen om avskjæring av politiforklaring av tiltalte 1. juni 2016 tas ikke til følge.

Forhandlingen fortsatte onsdag 28. februar 2018 kl 0900 med de samme til stede som første dag, bortsett fra fornærmede og oppnevnt medforsvarer.

Rettens leder redegjorde for rettens kjennelser vedrørende avvisningskravet og endringen av tiltalebeslutningen.

Aktor frafalt vitne

Framsto siktede:

Navn:

Fødselsdato:

Stilling:

Bopel:

Siktede ble gjort kjent med at han ikke har plikt til å avgi forklaring. Siktede var villig til å gi forklaring, ble oppfordret til å forklare seg sannferdig og avga forklaring.