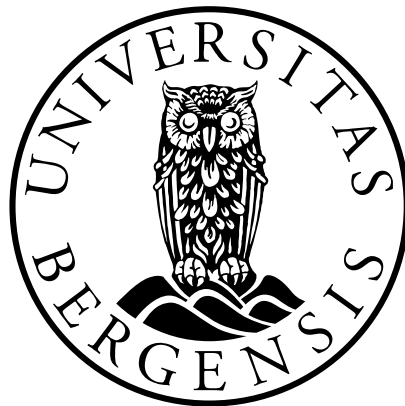


Vernet mot selvinkriminering

Taushet som bevis for straffskyld

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 14838



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2019

INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	Tema og problemstilling.....	3
1.2	Begrepsavklaring	5
1.2.1	Forholdet mellom vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus	5
1.2.2	Skillet mellom mistenkte, siktede og tiltalte	7
1.3	Rettskilder og metode	8
1.3.1	Alminnelig juridisk metode.....	8
1.3.2	Tolkning av EMK med EMD som rettskilde	8
1.4	Videre fremstilling.....	11
2	RETTE TIL Å FORHOLDE SEG TAUS	13
2.1	Historisk bakgrunn	13
2.2	Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring	14
2.2.1	Utgangspunktet.....	14
2.2.2	Nasjonale lovbestemmelser	14
2.2.3	Det menneskerettslige vernet mot selvinkriminering.....	15
2.2.4	Uskyldspresumsjonen.....	16
2.3	Hensyn bak selvinkrimineringsvernet og taushetsretten	17
2.3.1	Oversikt	17
2.3.2	De ulike hensyn	18
3	OM TAUSHET SOM BEVIS FOR STRAFFSKYLD	21
3.1	Rettslig grunnlag for å vektlegge taushet som bevis	21
3.1.1	Straffeprosessloven § 93 andre ledd.....	21
3.1.2	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	24
3.1.3	Rettens plikt til å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag	25
3.2	Har taushet bevisverdi?	26
3.3	I hvilken utstrekning kan domstolene legge vekt på siktedes taushet som bevis for straffskyld?.....	27
3.3.1	Innledning.....	27
3.3.2	Bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus.....	31

3.3.3	Betydningen av forsvarerbistand.....	34
3.3.4	Betydningen av en orientering om risikoen ved taushet	36
3.3.5	Graden av forklaringspress i den konkrete situasjonen.....	39
4	SAMMENFATNING	44
	LITTERATURLISTE.....	45

1 INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess at den som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling ikke har noen forklaringsplikt. Retten til å forholde seg taus utledes av vernet mot selvinkriminering, et rettsstatsprinsipp som innebærer at den som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling ikke skal måtte bidra til sin egen domfellelse.¹ Ettersom det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i straffesaker, har ikke siktede noen plikt til å forklare seg eller på annen måte bli tvunget til å bidra til egen domfellelse. En rett til å forholde seg taus bidrar dermed til å verne mistenkte og siktede mot overgrep fra myndighetene.

Både i norsk og internasjonal rett er det oppstilt vern mot tvungen selvinkriminering, herunder en rett til å forholde seg taus. Taushetsretten betraktes i det følgende som en underkategori av selvinkrimineringsvernet, se punkt 1.2.1 nedenfor.

I internasjonal folkerett er selvinkrimineringsvernet rettslig forankret i Den europeiske menneskerettskonvensjon² art. 6 nr. 1, som oppstiller krav om «fair ... hearing». Også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter³ art. 14 nr. 3 bokstav g gir rett til å ikke «testify against himself or to confess guilt». Begge konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven⁴ § 2 jf. § 3, og gjelder dermed som norsk rett. I punkt 2.2.3 og 3.3.1 gjennomgås nærmere hvordan taushetsretten utledes av kravet til «fair ... hearing».

I norsk lovgivning er selvinkrimineringsvernet sikret flere steder. I Grunnloven⁵ § 93 andre ledd forbys tortur i forbindelse med avhør, noe som lenge har vært kjernen i forbudet mot tvungen selvinkriminering.⁶ Taushetsretten beskyttes av forbudet på den måten at en ikke kan bruke tortur for å fremtvinge en forklaring. Dette er i tråd med hensynet til siktedes personlige integritet, som blant annet skal sikre respekt for menneskelig verdighet og

¹ Dette følger blant annet av Rt. 1999 s. 1269 (s. 1272)

² Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950 (heretter EMK)

³ De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (heretter SP)

⁴ Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter menneskerettsloven eller mrl.)

⁵ Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (heretter Grl.)

⁶ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov s. 207

selvbestemmelsesrett. Nylig har Høyesterett også lagt til grunn at det følger et vern mot selvinkriminering av Grl. § 95 andre punktum der det er fastsatt at «Rettergangen skal være rettfærdig ...».⁷ Dette på bakgrunn av den tilsvarende bestemmelsen i EMK art. 6 nr. 1 om kravet til «fair trial», der selvinkrimineringsvernet og taushetsretten er innfortolket. Videre fremgår retten til å forholde seg taus direkte av straffeprosessloven⁸ § 90 og § 232 første ledd, der det heter at henholdsvis siktede i retten og mistenkte før avhør skal gjøres kjent med at de «ikke har plikt til å forklare seg». Reglene understreker at prosessordningen respekterer menneskets frie vilje, ved å gi vedkommende valget mellom å avgi forklaring eller være taus.

Retten til taushet er imidlertid ikke uten rettslige konsekvenser. Det medfølger en risiko ved å benytte seg av retten til å forholde seg taus ovenfor domstolen. Etter strpl. § 93 andre ledd kan rettens leder gjøre siktede oppmerksom på at dersom han «nekte ... å svare», kan dette «bli ansett for å tale mot ham».

Denne bevisrisikoen er også lagt til grunn i Rt. 1993 s. 202, der det er uttalt: «En siktet har verken plikt til å forklare seg eller til å gi en sannferdig forklaring. Det er likevel klart at nektelse av å gi forklaring vil kunne være et bevismoment mot siktede, jf. forutsetningen i straffeprosessloven § 93 annet ledd».⁹ Dersom siktede benytter seg av taushetsretten, risikerer han samtidig at tausheten kan brukes som bevis i hans disfavør.

Det er i hvilken utstrekning det kan trekkes bevismessige slutninger fra siktedes taushet som er hovedproblemstillingen i oppgaven. Spørsmålet om når domstolen kan tillegge siktedes taushet bevismessig vekt vil forsøkes belyst gjennom klarlegging av de retningslinjer som er oppstilt gjennom praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). For å kunne vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld, må bevisvurderingen ikke stride mot de hensyn og rettigheter som fremgår av Grl. §§ 95 og 96 andre ledd og EMK art. 6 nr. 1.

Spørsmålet er sentralt innenfor selvinkrimineringsvernet, og er internasjonalt kontroversielt. Temaet er kontroversielt fordi bruk av taushet som bevis ligger midt i mellom to prinsipielle ytterpunkter: retten til å beskytte seg selv mot direkte selvinkrimineringspress, og retten til å forholde seg taus uten at dette medfører negative konsekvenser for siktede.¹⁰ En adgang til å

⁷ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 15)

⁸ Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter straffeprosessloven eller strpl.)

⁹ Rt. 1993 s. 202 (s. 207)

¹⁰ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010 s. 274

trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet foreligger kun der siktedes menneskerettigheter og straffeprosessuelle rettigheter ikke blir krenket. Det gjør at påtalemyndigheten og domstolen må sørge for en forsvarlig bevisvurdering i den konkrete sak.

For å finne ut hvor grensen går før bruk av taushet som bevis fører til brudd på selvinkrimineringsvernet, vil jeg se på gjeldende rett på området. Det foreligger retningslinjer fra EMD for vurderingen av hvordan taushet kan vektlegges som bevis, og disse vil forsøkes klarlagt. Til slutt vil jeg komme med en sammenfatning av rettsstilstanden og eventuell utvikling av denne.

Retten til å forholde seg taus er en grunnleggende prosessuell rettighet som består på alle stadier av rettergangen, fra politiavhør til hovedforhandling. I oppgaven vil hovedvekten være på siktedes rett til å forholde seg taus overfor domstolen, men taushetsretten på etterforskningsstadiet vil også omtales der det er naturlig, ettersom det i stor grad er de samme hensyn som gjør seg gjeldende. Taushetsretten under avhør og under hovedforhandlingen blir dessuten behandlet under ett både av norske domstoler og EMD.

Oppgaven avgrenses mot selvinkrimineringsvernet i sivile saker, straffrihet ved falsk forklaring, vernet mot inkriminering av nærstående og spørsmålet om juridiske personer har et vern mot selvinkriminering. En gjennomgang av dette vil ta for mye plass innenfor ordgrensen og er dessuten på siden av oppgavens problemstilling.

1.2 Begrepsavklaring

1.2.1 Forholdet mellom vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus

Spørsmålet om hvorvidt siktedes taushet kan brukes som bevis for straffskyld mot ham, ligger innenfor det videre begrepet «vernet mot selvinkriminering». Det er derfor hensiktsmessig med en nærmere avklaring av hva som ligger i uttrykket «selvinkriminering».

Ordet «selvinkriminering» sikter til tilfeller der en mistenkt eller siktet person bidrar til sin egen domfellelse for en kriminell handling. Dette kan skje der han avgir forklaring eller gir tilgang til bevis som kan sette vedkommende i en ugunstig bevismessig stilling, slik at han

kan bli gjenstand for senere domfellelse.¹¹ Slik selvinkriminering kan skje både gjennom aktiv handling og passivitet. En aktiv handling kan være å utlevere dokumenter, gjenstander eller avgi en forklaring, mens passivitet kan være å forholde seg taus eller forholde seg passiv ved en kroppslig undersøkelse, det vil si der vedkommende ikke foretar seg noe selv.

Vernet mot selvinkriminering og reglene om dette søker å motvirke at den mistenkte eller siktede skal måtte bidra til egen domfellelse gjennom slike aktive handlinger eller passivitet. Vernet skal beskytte mistenkte og siktede mot å stilles i en posisjon der vedkommende må velge mellom å lyve eller gi informasjon som kan være skadelig for egen sak og føre til domfellelse.

Retten til å forholde seg taus skiller seg fra vernet mot selvinkriminering ved at selvinkrimineringsvernet rekker videre enn taushetsretten, ettersom vernet også omfatter annen type passivitet enn nektelse av å svare på spørsmål. Taushetsretten kan omtales som en underkategori av selvinkrimineringsvernet, ettersom taushetsretten kun omhandler den verbale selvinkriminering.¹² I juridisk teori oppstilles det imidlertid ikke et skarpt skille mellom begrepene.¹³

EMD har også lagt til grunn et skille mellom taushetsretten og selvinkrimineringsvernet. I saken *Funke mot Frankrike* uttrykte domstolen at den som har blitt siktet for en straffbar handling, har rett til å «...remain silent and not to contribute to incriminating himself».¹⁴ Domstolen anvender likevel begrepene om hverandre, noe som tilsier at heller ikke domstolen opererer med et skarpt skille her.

Et skille mellom uttrykkene kan imidlertid være hensiktsmessig i avhandlingen, ettersom taushetsretten er presisert i de relevante bestemmelsene i straffeprosessloven og påtaleinstruksen¹⁵. Jeg velger å omtale vernet mot selvinkriminering som en overordnet rettighet etter Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, og taushetsretten som en underkategori av vernet slik både EMD og juridiske forfattere har gjort. Oppgaven avgrenses mot annen type passivitet, og vil i det følgende bare behandle taushetsretten. Der selvinkrimineringsvernet

¹¹ Øyen 2010 s. 25

¹² Øyen 2010 s. 25 med videre henvisninger

¹³ Se Runar Torgersen, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo 2009 s. 201 og Øyen 2010 s. 25

¹⁴ EMDs dom 25. februar 1993 *Funke mot Frankrike* avsnitt 44

¹⁵ Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (heretter påtaleinstruksen)

brukes som betegnelse, siktes det til vernet mot selvinkriminering ved bruk av *taushet*, ikke annen passivitet.

1.2.2 Skillet mellom mistenkte, siktede og tiltalte

Straffeprosessloven anvender blant annet statusene «mistenkte», «siktede» og «tiltalte» om partene på de ulike stadier av rettergangsprosessen. I loven er begrepene bestemmende for hvilke rettigheter partene har på hvert trinn gjennom saken.

Mistenkt er en person som politiet ser på som mistenkt i saken.¹⁶ Er det for eksempel begått en straffbar handling, og det bare er én bestemt person som kan ha utført den slik at etterforskningen er rettet mot ham, er det rimelig å behandle ham som mistenkt.¹⁷

Når en person anses som *siktet* reguleres av strpl. § 82 første ledd. For det første kan en få status som siktet når «påtalemyndigheten har erklært ham for siktet», for det andre «når forfølgning mot ham er innledet ved retten», og for det tredje når «det er besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller lignende forholdsregler rettet mot ham».

Den siktede får status som *tiltalt* når etterforskningen er ferdig og påtalemyndigheten har tatt ut tiltale, eller sendt et forelegg mot vedkommende til tingretten etter § 268 for pådømmelse for den straffbare handling han er siktet for. Domfellelse skjer når den tiltalte blir dømt.

Straffeprosessloven likestiller mistenkte og siktede på flere punkter. Mistenkte skal blant annet – på lik linje med siktede – opplyses om at han ikke har plikt til å forklare seg, jf. § 232 første ledd. Også i påtaleinstruksen kapittel 8 blir begrepet mistenkte brukt som en fellesbetegnelse for den siktede og den som er mistenkt uten å være siktet.¹⁸

Også i forarbeidene til ny straffeprosesslov omtales begrepene «mistenkt» og «siktet» som likestilt i mange tilfeller. Ordet «siktede» i vid forstand omtales som en samlebetegnelse for en rekke paragrafer uten at statusen har noen betydning i sammenhengen, og det er fremmet forslag om at ordet «mistenkte» benyttes som ny samlebetegnelse.¹⁹

¹⁶ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 s. 81

¹⁷ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer, 4. utgave, Oslo 2009 s. 62

¹⁸ Andenæs 2009 s. 61-62

¹⁹ NOU 2016: 24 s. 204 og 207

Betegnelsen «siktete» i vid forstand vil hovedsakelig anvendes i fremstillingen, men også «mistenkte» brukes der dette er naturlig i sammenhengen. Begrepene kan brukes om hverandre, ettersom de er likestilte og ikke gir noen realitetsendring i innholdet. I sitater, omtale av paragrafer og andre gjengivelser brukes det begrep som fremkommer i disse.

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Alminnelig juridisk metode

Fremstillingen tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse, der målet er å klarlegge og analysere gjeldende rett gjennom å se på bestemmelsenes innhold og virkninger.²⁰

Oppgaven vil ta utgangspunkt i vanlig juridisk metode slik den er fremstilt i norsk juridisk litteratur og av Høyesterett.²¹ Problemstillingen reiser ingen essensielle metodiske spørsmål utenfor metodelæren. Av nasjonale rettskilder er lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur relevant for fremstillingen. I tillegg er internasjonal rett og spesielt avgjørelser fra EMD sentrale.

EMK og SP vil være særlig relevante som rettskilder i norsk rett, ettersom disse er inkorporert i norsk rett gjennom mrl. § 2, og går foran norsk lovgivning ved motstrid, jf. § 3.

Av norsk høyesterettspraksis er det svært få rettsavgjørelser som omhandler problemstillingen, og det vil derfor i hovedsak være rettspraksis fra EMD som er egnet til å klarlegge gjeldende rett på området.

1.3.2 Tolkning av EMK med EMD som rettskilde

Straffeprosessloven § 4 bestemmer at «Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat». Også det generelle presumsjonsprinsippet legger til grunn at norsk rett er i overensstemmelse med folkeretten. De folkerettslige begrensninger er dermed direkte gjort til en del av norsk rett. Paragrafen og prinsippet tar blant annet sikte på konvensjoner som EMK og SP.²² Bestemmelsene i menneskerettighetskonvensjonene går altså foran reglene i straffeprosessloven ved motstrid

²⁰ Bård Sverre Tuseth og Nikolai K. Winge, *Masteroppgaven i juss*, 2. utgave, Oslo 2018 s. 20

²¹ Se fremstillingen i Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001

²² Andenæs 2009 s. 9

mellom disse. I menneskerettsloven § 2 jf. § 3 er både EMK og SP inkorporert med forrang fremfor andre bestemmelser i norsk lov.

For tolkningen av EMK og SP gjelder de alminnelige regler om traktattolkning som fremgår av Wien-konvensjonen²³. I konvensjonens art. 31 til 33 følger de relevante tolkningsmomentene for tolkning av folkerettslige avtaler, som anses som en kodifisering av alminnelig folkerett. Som en følge av dette gjelder reglene også for Norge, selv om vi ikke har ratifisert konvensjonen.²⁴

I art. 31 nr. 1 er det bestemt at: «[a] treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Tolkningen skal altså ta utgangspunkt i traktatens ordlyd. For at den naturlige forståelse av ordlyden skal legges til grunn, må denne være forenlig med hva traktaten gjelder, samt formålet med den.²⁵ Wien-konvensjonen er relevant ved tolkning av EMK og SP i den forstand at reglene i konvensjonene tolkes med utgangspunkt i art. 31-33. Imidlertid viser praksis fra EMD at tolkningsreglene ikke anvendes på samme måte ved tolkning av EMK som ved tolkning av øvrige traktater.²⁶ For eksempel anvendes regelen om objektiv tolkning i art. 31 i større grad ved tolkning av traktater mellom stater, mens tolkningen av menneskerettskonvensjoner hovedsakelig bygger på formålsbetraktninger.²⁷

EMKs egne tolkningsregler er dermed mer relevante for tolkningen, idet tolkningsprinsippene dels supplerer og dels avviker fra Wien-konvensjonen, og medfører grunnlag for en mer dynamisk tolkning av EMK.²⁸ Det er først og fremst EMD som bidrar til å utvikle og avklare rettstilstanden etter EMK. Domstolen har ofte omtalt menneskerettskonvensjonen som «a living instrument» som må tolkes i lys av de rådende samfunnsforhold.²⁹

Prinsippene for tolkning av EMK er altså utviklet av EMD. Konvensjonspraksis bygger på at sentrale ord og uttrykk i EMK skal forstås autonomt, det vil si at begrepene har et selvstendig innhold uavhengig av hvordan de er betegnet i nasjonal lovgivning.³⁰ Videre skal

²³ Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (heretter Wien-konvensjonen)

²⁴ Sverre Erik Jebens, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, Oslo 2004 s. 48

²⁵ Jebens 2004 s. 49

²⁶ Se EMDs dom 21. februar 1975 *Golder mot Storbritannia* avsnitt 46

²⁷ Jebens 2004 s. 49-50

²⁸ Jebens 2004 s. 57

²⁹ NOU 2003: 15 Fra bot til bedring, avsnitt 5.7.2 med videre henvisning

³⁰ Jebens 2004 s. 54

bestemmelsene tolkes i lys av andre konvensjonsbestemmelser, og formålet vil ofte være av betydning som et moment. Som et eksempel må minsterrettighetene i EMK art. 6 nr. 3 og den overordnede retten til en rettferdig rettergang i nr. 1 ses i sammenheng. Et annet viktig tolkningsprinsipp er å tolke bestemmelsene dynamisk, slik at de blir praktiske og effektive, ikke teoretiske og intetsigende. På den måten følger bestemmelsene tidens oppfatninger og krav, og fremstår som rettsskapende.³¹ EMKs behov for egne tolkningsregler bunner i at menneskerettskonvensjonene skiller seg fra andre traktater mellom stater, ved at de er laget for å beskytte individets rettigheter i statene.³²

EMDs tolkning ved bruk av disse prinsippene vil ha stor betydning for klarlegging av innholdet i EMK. Det er domstolens rettspraksis som er bestemmende for den fremtidige rettsutviklingen av menneskerettslige standarder. Domstolens dynamiske tolkningsstil innebærer imidlertid at domstolen ikke er bundet av egne avgjørelser dersom det er behov for rettsutvikling på et område.

EMDs tolkningsprinsipper er relevante også for norske domstoler på straffeprosessens område, fordi prinsippene er såpass generelle.³³ Samtidig vil en kunne se hen til parallelle bestemmelser i EMK ved tolkning av nasjonal lovgivning, ettersom bestemmelsene i EMK gjerne er mer utførlige, samt utviklet og presisert gjennom EMDs praksis.³⁴ Et eksempel på dette er å overføre tolkningen av EMK art. 6 til Grl. § 95 om en rettferdig rettergang. En slik hensiktsmessig sammenligning fremgår også av forarbeidene til Grl. § 95, der det uttales:³⁵

«For den nærmere forståelsen av hva som menes med rettferdig rettergang, vil det være naturlig å se hen til ... den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD».

Også ved norske domstolers anvendelse av EMK benyttes konvensjonens tolkningsprinsipper. Høyesterett har i Rt. 2000 s. 996 gjort rede for hvordan en skal forholde seg til EMDs praksis ved tolkning av norsk lov. På dommens side 1007-1008 uttalte retten følgende:

«Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til oppgave å utvikle

³¹ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 s. 39

³² Jebens 2004 s. 46

³³ Jebens 2004 s. 47

³⁴ Aall 2015 s. 36

³⁵ Dokument 16 (2011-2012) s. 122

konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler – innenfor den metode som anvendes av EMD – også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»

Norske domstolers tolkning av EMK skal altså ta utgangspunkt i EMDs avgjørelser, men tradisjonelle norske verdier og interesser vil også kunne få betydning der det ikke foreligger motstrid med EMK. Dersom det foreligger motstrid skal som nevnt EMK ha forrang fremfor norsk lov, jf. mrl. § 2 nr. 1 og § 3. Norske domstoler vil på bakgrunn av dette og presumsjonsprinsippet anstrenge seg for å komme frem til et tolkningsresultat som i størst mulig grad tilsvarer EMDs rettspraksis.

1.4 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil jeg i punkt 2 gå nærmere inn på siktedes rett til å forholde seg taus. Taushetsretten er et svært sentralt element i vernet mot tvungen selvinkriminering. En oversikt over selvinkrimineringsvernet er derfor hensiktsmessig for å forstå betydningen av siktedes taushet som bevis for straffskyld. Først vil jeg gi et historisk tilbakeblikk på utviklingen av taushetsretten. Deretter går jeg nærmere inn på reglene i norsk rett og de menneskerettslige reglene i EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 3 bokstav g, samt EMDs tolkning av kravet til en «fair ... hearing» i art. 6. Til slutt i punkt 2 vil jeg gi en oversikt over de viktige hensyn som ligger bak vernet mot selvinkriminering og taushetsretten.

Problemstillingen om i hvilken grad taushet kan brukes som bevis mot siktede i en straffesak klarlegges nærmere i punkt 3. Her redegjøres for det rettslige utgangspunkt for å kunne bruke taushet som bevis, herunder prinsippet om fri bevisbedømmelse og hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Også det faktiske utgangspunkt og begrunnelsen bak adgangen til å bruke taushet som bevis gjennomgås her. Videre tar jeg for meg bestemmelsen i strpl. § 93 andre ledd, og adgangen denne gir til å vektlegge taushet som bevis. For å besvare problemstillingen ses hen til EMDs avgjørelser og en analyse av disse og de relevante momenter som er av betydning i vurderingen av om, og i hvilken grad, det kan trekkes

bevismessige slutninger fra siktedes taushet i den konkrete sak. Avslutningsvis gis en sammenfatning av rettstilstanden på området slik den er i dag.

2 RETTEN TIL Å FORHOLDE SEG TAUS

2.1 Historisk bakgrunn

Før fremstillingen av de gjeldende bestemmelser er det hensiktsmessig med et historisk tilbakeblikk for å illustrere utviklingen av taushetsretten i norsk rettshistorie. Dette for å forstå grunnen til hvorfor et selvinkrimineringsvern, og særlig en rett til å forholde seg taus, er viktig for ivaretagelsen av siktedes rettssikkerhet.

Et vern mot selvinkriminering har ikke alltid vært en selvfølge i norsk rett. Det var lenge en oppfatning om at siktede var underlagt en plikt til å forklare seg overfor domstolen. Et reskript fra 1795 understreket dette, der den som nektet å forklare seg ble sanksjonert ved å settes i fengsel på vann og brød. Sanksjonen var et forsøk på å overvinne siktedes taushet, men en tilståelse måtte være frivillig og ikke fremtvinges.³⁶

Da Norge i 1814 fikk egen Grunnlov³⁷, ble det innført en bestemmelse i § 96 andre punktum om at «Pinligt Forhør maa ikke finde sted». Reskriptet fra 1795 fortsatte samtidig å gjelde, ettersom det ikke ble ansett som stridende mot torturforbudet i § 96 andre punktum.

Torturforbudet indikerte en rett til å forholde seg taus ved at bruk av tortur i avhør ikke lot seg forene med en taushetsrett. Alternativet om å forholde seg taus var likevel lite fristende så lenge reskriptet også ble ansett som gjeldende rett. Siktede kunne i realiteten velge mellom å lyve eller å inkriminere seg selv gjennom en sannferdig forklaring.³⁸ En konsekvens av å lyve var imidlertid å risikere å bli straffet for falsk forklaring, og dersom indisiebevisene var sterke, var siktedes mulighet til å fri seg fra mistanke gjennom nektingsed liten.

Bruken av nektingsed ble redusert etter en sak fra 1828, og fulgt opp i Rt. 1837 s. 609.³⁹ Da reskriptet fra 1795 ble opphevet i 1866, var det ikke lenger grunnlag for sanksjoner dersom siktede valgte å forholde seg taus. Opphevelsen av reskriptet var begrunnet i tanker om at bruk av rettslige sanksjoner mot taushet var inhumant og en krenkelse av menneskets verdighet, som er viktige hensyn i straffeprosessen.⁴⁰

³⁶ Øyen 2010 s. 42 med videre henvisninger

³⁷ Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814

³⁸ Øyen 2010 s. 46

³⁹ Øyen 2010 s. 46

⁴⁰ Ot.prp. nr. 13 (1865) s. 23-24

Forslag til regler om siktedes rett til å forholde seg taus ble først tatt inn i lovforarbeidene til straffeprosessloven av 1887. Retten til å forholde seg taus er i dag fastsatt i straffeprosessloven §§ 90 og 232 første ledd, jf. § 92 andre ledd som forbyr bruk av forskjellige former for press.

2.2 Selvinkrimineringsvernets rettslige forankring

2.2.1 Utgangspunktet

Vernet mot selvinkriminering innebærer både lovbestemte forbud og rettigheter ivaretatt gjennom Grunnloven, norsk formell lov og internasjonale menneskerettigheter.

Legalitetsprinsippet er grunnsteinen i selvinkrimineringsvern⁴¹. Prinsippet utgjør først og fremst en rettslig skranke for vernet på den måten at det sikrer borgernes rettssikkerhet gjennom blant annet forutberegnelighet. Legalitetsprinsippet begrenser politiets myndighetsutøvelse, og domstolene kan heller ikke gripe inn i borgernes rettssfære uten hjemmel i lov. Prinsippet er lovfestet i Grl. § 96 første ledd, EMK art. 8 nr. 2 første punktum, jf. mrl. § 2 nr. 1, men er også et alminnelig ulovfestet prinsipp. Det ulovfestede legalitetsprinsippet innebærer for eksempel at verken påtalemyndigheten eller domstolen kan gripe inn i den siktedes taushetsrett uten hjemmel i lov. Slik er den lovfestede retten til å forholde seg taus sikret også via legalitetsprinsippet.

I det følgende behandles selvinkrimineringsvernets rettslige forankring i norsk og internasjonal rett.

2.2.2 Nasjonale lovbestemmelser

I Grl. § 93 andre ledd er det oppstilt et generelt forbud mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Forbudet indikerer siktedes rett til å forholde seg taus uten at det skal medføre en slik behandling som konsekvens. Videre er det i Grl. § 95 første ledd oppstilt en rett til rettferdig rettergang. En rettferdig rettergang skal ivareta selvinkrimineringsvern⁴¹. Dette er innfortolket av Høyesterett i Rt. 2014 s. 1292, der det trekkes en parallell mellom Grl. § 95 første ledd og de lignende bestemmelsene om retten til

⁴¹ Øyen 2010 s. 18

en «fair trial» i EMK art. 6 nr. 1 og retten til «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt» i SP art. 14 nr. 3 bokstav g.⁴²

I straffeprosessloven følger retten til å forholde seg taus av § 90 for siktede, og § 232 første ledd for mistenkte. Bestemmelsene pålegger retten og påtalemyndigheten en opplysningsplikt om at den siktede eller mistenkte «ikke har plikt til å forklare seg» i saken. I loven er det oppstilt forbud mot bruk av løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang for å presse siktede til å forklare seg i avhør, jf. § 92 andre ledd jf. § 232 andre ledd. Reglene beskytter siktedes rett til taushet, slik at dersom siktedes forklaring er ervervet i strid med forbudet i § 92 andre ledd, blir det spørsmål om bevisforbud, og beviset kan bli nektet ført i retten. Også straffeloven⁴³ § 221 andre ledd anses å være i tråd med selvinkrimineringsvernet når bestemmelsen unntar siktede fra straffesanksjoner ved å forklare seg uriktig om forhold som gjelder ham selv.

2.2.3 Det menneskerettslige vernet mot selvinkriminering

Siktedes rett til å forholde seg taus har også forankring i menneskerettighetene, som er en integrert del i norsk rett.

I SP art. 14 nr. 3 bokstav g fremgår vernet mot selvinkriminering uttrykkelig. Det heter her at siktede, «In the determination of any criminal charge against him», har rett «not to be compelled to testify against himself or to confess guilt». Vernet fra bestemmelsen gjelder etter ordlyden bare der det foreligger en «criminal charge». Saken må dermed ha strafferettslig karakter, som vil si at vernet ikke omfatter sivile saker. Videre gjelder vernet bare for siktede, jf. ordlyden «against him». Verken vitner eller andre nærstående omfattes. Det siste vilkåret for å påberope seg selvinkrimineringsvernet etter bestemmelsen er at vedkommende må være på stadiet hvor selve avgjørelsen av anklagen skal foretas, jf. ordlyden «determination of any criminal charge». Bestemmelsen omfatter etter dette bare hovedforhandlingen, slik at mistenkte på etterforskningsstadiet ikke nyter godt av vernet i art. 14.

⁴² Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 15)

⁴³ Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff (heretter straffeloven eller strl.)

Det finnes lite praksis der virkeområdet og innholdet i SP art. 14 nr. 3 bokstav g presiseres. Bruk av bestemmelsen i den videre fremstilling vil derfor ha liten praktisk betydning, og vil ikke bli omtalt nærmere.

Det menneskerettslige vernet mot selvinkriminering fremgår i hovedsak av EMDs praksis i tilknytning til EMK art. 6 nr. 1, der vernet er innfortolket i den overordnede retten til «fair ... hearing». Denne tolkningen ble først gjort i saken *Funke mot Frankrike*⁴⁴ i 1993, og er senere fulgt opp i en rekke saker. Det er i praksis lagt til grunn det samme virkeområdet som i SP art. 14 nr. 3, slik at de nevnte vilkårene i art. 14 gir et dekkende utgangspunkt for forståelsen av vernet etter EMK art. 6 nr. 1. Dette følger også av forarbeidene.⁴⁵ Vilåret om at mistenkte på etterforskningsstadiet ikke er beskyttet mot rettslige sanksjoner er imidlertid gjennom tolkningen av art. 6 blitt modifisert. Blant annet i *Funke mot Frankrike*⁴⁶, *Heaney og McGuinness mot Irland*⁴⁷ og *Shannon mot Storbritannia*⁴⁸ har EMD lagt til grunn at selvinkrimineringsvernet kan bli krenket også på etterforskningsstadiet dersom mistenkte ilegges en rettslig sanksjon for å nekte å medvirke til sakens opplysning.

2.2.4 Uskyldspresumsjonen

Vernet mot selvinkriminering må ses i sammenheng med retten til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist etter loven, jf. EMK art. 6 nr. 2 der uskyldspresumsjonen er inntatt. Uskyldspresumsjonen fremgår tilsvarende av SP art. 14 nr. 2 og GrL. § 96 andre ledd. Selvinkrimineringsvernet og uskyldspresumsjonen har nær sammenheng fordi en fremtvinging av skylder kjennelse ofte vil måtte bygge på en forutsetning om at siktede er skyldig.⁴⁹

EMK art. 6 nr. 2 angir følgende: «Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law».

I saken *Barberà m.fl. mot Spania* er artikkelen tolket slik:⁵⁰

⁴⁴ *Funke mot Frankrike* avsnitt 44

⁴⁵ NOU 2003: 15 avsnitt 5.7.12.1

⁴⁶ *Funke mot Frankrike* avsnitt 39-40

⁴⁷ EMDs dom 21. desember 2000 *Heaney og McGuinness mot Irland* avsnitt 43-46

⁴⁸ EMDs dom 4. oktober 2005 *Shannon mot Storbritannia* avsnitt 33-35

⁴⁹ NOU 2003: 15 avsnitt 5.7.12.1

⁵⁰ EMDs dom 6. Desember 1988 *Barberà, Messengué og Jabardo mot Spania* avsnitt 77

«Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused».

Uttalelsen legger til grunn hovedprinsippet om at enhver har rett til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist. I tillegg fremgår det av uskyldspresumsjonen en bevisbyrderregel, slik at bevisbyrden ligger hos påtalemyndigheten, og enhver rimelig tvil skal komme siktede til gode. Det at påtalemyndigheten har bevisbyrden innebærer at den siktede ikke har plikt til å føre bevis for sin uskyld. Anklagen må dermed bygge på selvstendige bevis fra påtalemyndigheten. Ser en dette i sammenheng med siktedes rett til å forholde seg taus, understreker det at bevisbyrden må ligge hos påtalemyndigheten. Dette følger dessuten også av bevisbyrderregelen som i straffesaker pålegger påtalemyndigheten både bevisføringsplikten og tvilsrisikoen. På denne måten anses taushetsretten beskyttet av uskyldspresumsjonen og direkte gjennom bevisbyrderregelen.

2.3 Hensyn bak selvinkrimineringsvernet og taushetsretten

2.3.1 Oversikt

Selvinkrimineringsvernet har som nevnt i punkt 2.1 lang tradisjon historisk. Vernet kan derfor dels begrunnes i historiske tradisjoner, og dels i sentrale straffeprosessuelle hensyn.

Hensynene brukes gjerne i domstolens prinsipielle uttalelser om bakgrunnen for vernet, og ikke i den konkrete rettsanvendelsen.

De viktige straffeprosessuelle hensynene selvinkrimineringsvernet kan relateres til, er vern mot overgrep fra myndighetene, hensynet til et materielt riktig resultat, hensynet til siktedes personlige integritet og hensynet til en effektiv strafferettspleie.⁵¹ Dagens selvinkrimineringsvern må forstås på bakgrunn av disse målsettingene og forankringen de har i vår rettskultur.

⁵¹ Jon Petter Rui, «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 01/2009 s. 47-68 (s. 50-52)

2.3.2 De ulike hensyn

Vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus skal først og fremst *verne den siktede mot overgrep fra myndighetene*. Hensynet har blant annet kommet til uttrykk i *Saunders mot Storbritannia*. For å oppnå målene i EMK art. 6 ble det her uttalt at siktede må beskyttes mot «improper compulsion» fra myndighetene for å hindre «miscarriage of justice». ⁵²

Det er på det rene at myndighetene er den overlegne part ved en straffeforfølgning mot borgeren. Historisk finnes eksempler på myndighetsmisbruk ved ulike pressmidler for å få den siktede til å forklare seg. Også en avhørssituasjon kan oppleves som pressende dersom avhøreren ikke er underlagt begrensninger. Den siktede må derfor ha krav på en viss beskyttelse mot urettmessig tvang fra myndighetene, og en slik beskyttelse får han blant annet gjennom retten til taushet, som er med på å sette grenser for politiet og domstolen i avhør av siktede.

Hensynet til et materielt riktig resultat utledes fra det materielle sannhets prinsipp, som går ut på at avgjørelser skal treffes på grunnlag av sannheten, det vil si på bakgrunn av det som faktisk har skjedd. Legges sannheten til grunn for avgjørelsen, blir resultatet riktig. For et mest riktig resultat bør saken være så godt opplyst som mulig, samt at siktede må få muligheten til å imøtegå anførsler og bevis i tråd med kontradiksjonsprinsippet.

Dersom siktedes forklaring er frembrakt ved krenkelse av hans taushetsrett, vil dette ofte føre til feil resultat, enten på grunn av en falsk tilståelse eller en uriktig forklaring. ⁵³ Der siktedes rett til å forholde seg taus er ivaretatt, vil imidlertid dette være med på å sikre at domstolen kommer frem til en mer materielt riktig avgjørelse, nettopp fordi det ikke er benyttet bevis som er innhentet gjennom tvang eller annen nedverdiggende behandling. ⁵⁴

Det er i Grl. § 102 andre ledd fastslått en grunnleggende menneskerettighet om at statens myndigheter «skal sikre et vern om den personlige integritet». I EMK art. 3 og SP art. 7 finnes også et totalforbud mot nedverdiggende behandling. *Hensynet til siktedes personlige*

⁵² EMDs dom 17. desember 1996 *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 68

⁵³ Rui 2009 s. 51

⁵⁴ Se *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 68

integritet er et utslag av en human prosessordning med respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet.⁵⁵

Den siktedes viljefrihet er viktig. Han skal av fri vilje avgi sin forklaring eller la være. Dersom siktede ikke lenger har denne valgfriheten, vil det være i strid med hensynet til en verdig behandling og siktedes selvbestemmelsesrett, ettersom han da står mellom valget om å lyve eller inkriminere seg selv. Retten til taushet bidrar med å gi siktede en prosessordning med respekt for menneskeverdet og menneskets frie vilje.

I saken *Allan mot Storbritannia* uttales det at valgfriheten om å unnlate å gi forklaring undergraves der den siktede har valgt å forholde seg taus, men myndighetene likevel klarer å lokke frem inkriminerende erkjennelser som fremmes som bevis i saken.⁵⁶ Politiet hadde her plassert en informant i samme fengselscelle som siktede for at informanten skulle få fram inkriminerende erkjennelser.⁵⁷ Materialet han samlet inn for politiet utgjorde et av de viktigste bevisene i saken.⁵⁸ EMD kom til at det forelå krenkelse av EMK art. 6 nr. 1, særlig fordi politiets informant hadde vært svært aktiv og blitt oppfordret til å presse siktede så langt han kunne. Det ble uttalt at verdien av de innhentede bevis dermed var beheftet med stor usikkerhet.⁵⁹ I en slik situasjon har altså siktede i utgangspunktet hatt valgfrihet, men en behandling som dette vil også anses som uverdigg og i strid med siktedes vilje. Dersom siktedes selvbestemmelsesrett ikke respekteres, strider det mot de prosessuelle grunnverdier om at prosessen skal inngi tillit, vise respekt for partens privatsfære, og behandle parten på en verdig måte.⁶⁰ Retten til å forholde seg taus er nødvendig for å oppfylle disse målene.

Det er i EMK art. 6 nr. 1 oppstilt krav om irettføring «within reasonable time». *Hensynet til en effektiv strafferettspleie* er et viktig motstykke til de overnevnte hensynene. En effektiv strafferettspleie innskrenker muligheten til å utøve de andre hensynene på en slik måte at de ville gitt full gjennomslagskraft.⁶¹

For å sikre en effektiv prosess bør blant annet irrelevante bevis avskjæres og bevisføringens omfang begrenses for å få avgjort saken innen rimelig tid. Dette gjelder spesielt når det er fare

⁵⁵ NOU 2016: 24 s. 208

⁵⁶ EMDs dom 5. november 2002 *Allan mot Storbritannia* avsnitt 50

⁵⁷ *Allan mot Storbritannia* avsnitt 13

⁵⁸ *Allan mot Storbritannia* avsnitt 45

⁵⁹ *Allan mot Storbritannia* avsnitt 52

⁶⁰ Øyen 2010 s. 108-112

⁶¹ Rui 2009 s. 52

for at beviset villeder mer enn det kan gi veiledning.⁶² En forklaringsplikt for siktede ville i mange tilfeller bidra mer effektivt til sakens opplysning enn når han har taushetsrett. Slik sett trekker hensynet i motsatt retning enn de overnevnte som ivaretar taushetsretten. På den annen side kan en uriktig eller falsk forklaring som følge av en forklaringsplikt bidra til å gi villedende opplysninger til saken, og dermed svekke en effektiv prosess.

⁶² NOU 2016: 24 s. 258

3 OM TAUSHET SOM BEVIS FOR STRAFFSKYLD

3.1 Rettslig grunnlag for å vektlegge taushet som bevis

3.1.1 *Straffeprosessloven § 93 andre ledd*

Som nevnt i punkt 2.1 ble forslag til regler om siktedes rett til å forholde seg taus først tatt inn i lovforarbeidene til utarbeidelsen av straffeprosessloven av 1887. Bakgrunnen for dette var at det oppstod spørsmål om siktedes plikt til å forklare seg, om utformingen av en slik regel, og om i hvilken grad taushet hos siktede kunne vektlegges i bevisvurderingen, herunder om siktede burde orienteres om bevisrisikoen ved taushet. Spørsmålene oppstod i lys av at bruken av nektingsed i straffesaker hadde blitt sterkt redusert, samtidig som utviklingen av prinsippet om fri bevisbedømmelse hadde kommet langt.⁶³

En regel om at dommeren skulle gjøre siktede oppmerksom på at taushet kunne tale mot ham, eksisterte allerede i lovvedtaket fra 1857.⁶⁴ Etter kommisjonens lovforslag § 75 skulle dommeren gjøre siktede kjent med at unnlatelsen av å svare på spørsmål «lettelig» kunne virke som en omstendighet som talte mot ham. Ordlyden «lettelig» kunne anses som et pressmiddel til å likevel forklare seg. Også det identiske lovforslaget fra Jurykommisjonen lød slik at dommeren «bør» gjøre siktede kjent med at tausheten «vil kunne» tale mot ham, jf. § 55 bokstav b.⁶⁵

Forslagene ble fulgt opp av Getz-komiteen, og senere også i proposisjonen. Bestemmelsen ble inngående debattert før den til slutt ble endret til en «kan-regel» som ble innført som § 260 i straffeprosessloven av 1887.⁶⁶ Det følger av bestemmelsen at dersom siktede nekter å svare, eller kommer med en forbeholden forklaring, *kan* unnlatelsen «som maa ansees ham bekjendte, ... blive opfattet som en Omstændighed, der taler mod ham». Etter denne regelen fikk siktede et bedre vern mot selvinkriminering, selv om taushet fortsatt kunne brukes som bevis i mistenktes disfavour.

⁶³ Øyen 2010 s. 49

⁶⁴ Dokument nr. 1 (1857)

⁶⁵ Dokument nr. 1 (1885) s. 556

⁶⁶ Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Straffeprosessloven (opphævd))

Dommerens rett til å gjøre siktede oppmerksom på at taushet kan tale mot ham, er videreført i dagens straffeprosesslov § 93 andre ledd med samme betydning som § 260 i straffeprosessloven av 1887.

Straffeprosessloven § 93 andre ledd lyder slik:

«Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett for å tale mot ham».

Det er bekreftet av Høyesterett at bestemmelsen forutsetter at retten har adgang til å ta taushet i betraktning som et moment i bevisvurderingen for å avgjøre om siktede er skyldig eller ikke.⁶⁷

Bestemmelsen tilsvarer EMK art. 6 nr. 1, der retten til å ta siktedes taushet i betraktning er tolket inn i kravet til «fair ... hearing». I saken *John Murray mot Storbritannia* uttalte domstolen at det ikke nødvendigvis var i strid med vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 nr. 1 at siktedes taushet ble tillagt vekt i bevisvurderingen.⁶⁸ Dette standpunktet er senere fastholdt i flere saker.

Den norske oppfatning er i samsvar med EMDs praksis, og det legges til grunn at taushet hos siktede kan brukes som et selvstendig bevis mot ham, med den formodning om at det ligger et balansepunkt her, og at det må foretas en konkret vurdering av hver enkelt sak. Adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis er altså ikke ubegrenset, idet den ikke må stride mot vernet mot selvinkriminering, uskyldspresumsjonen og kravet til en rettferdig rettergang, jf. Grl. §§ 95 og 96 andre ledd og EMK art. 6. EMD har gjennom sine avgjørelser gitt flere relevante momenter og retningslinjer for vurderingen, som jeg kommer tilbake til i punkt 3.3.

Det er klart at domstolen etter strpl. § 93 andre ledd har en rett til å orientere siktede om risikoen for at taushet kan tale mot ham i bevisvurderingen. Det kan her stilles spørsmål om retten også har en *plikt* til å informere siktede om dette. I bestemmelsen uttrykkes at retten «kan» gjøre siktede oppmerksom på bevisrisikoen. Ordlyden taler dermed mot at retten har en slik plikt. Det er etter ordlyden opp til retten selv om den ønsker å opplyse siktede om

⁶⁷ Rt. 1993 s. 202 (s. 207)

⁶⁸ EMDs dom 8. februar 1996 *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47

risikoen i den konkrete situasjon. Det er verken i forarbeider eller rettspraksis uttalt særskilt at retten har plikt til å gjøre siktede oppmerksom på bevisrisikoen etter denne bestemmelsen.

Følgende fremgår av Straffeprosesslovens kommentarutgave om § 93 andre ledd:⁶⁹

«En opplysning om adgangen til å trekke inn mistenktes taushet må ikke benyttes som et pressmiddel, jf. § 92 annet ledd, og det bør utvises varsomhet med å foreholde siktede denne følgen av hans taushet ..., ikke minst fordi siktede har en rett til å nekte å forklare seg ...».

Det vises videre til Jebens som fremholder at siktedes rett til å forholde seg taus tilsier «at retten bør være tilbakeholden med å varsle om mulige negative følger av en forklaringsnektelse».⁷⁰ Han trekker samtidig frem at regelen er dels unødvendig på grunn av prinsippet om fri bevisbedømmelse, og dels uheldig fordi den kan indikere at siktedes taushet kan tillegges større betydning enn hva EMK tillater.⁷¹ Det gis ingen begrunnelse ut over dette for hvorfor forfatterne mener at domstolene bør være forsiktige med å informere siktede om risikoen ved taushet.

Jeg tolker det slik at domstolene først og fremst må utvise varsomhet ved orientering av bevisrisikoen på grunn av det indirekte forklaringspress en slik advarsel kan innebære. Dersom siktede opplever å bli presset til å forklare seg etter en advarsel, kan dette medføre at grensen til krenkelse av selvinkrimineringsvernet blir oversteget.

Det foreligger ingen rettslig plikt til å orientere siktede om bevisrisikoen. Etter min mening bør domstolen likevel av hensyn til siktedes rettssikkerhet gjøre ham oppmerksom på risikoen som følger av taushet, jf. § 93 andre ledd. Formålet med en orientering er jo å sikre at valget mellom taushet eller å avgi forklaring blir et informert valg, ikke at orienteringen virker som et pressmiddel.⁷² Et informert valg er viktig for å gi siktede et nyansert bilde av taushetsretten og hva denne innebærer. Jeg forutsetter i mitt standpunkt at domstolens orientering etter § 93 andre ledd bør være nøytral og generell, og ikke innebære en form for indirekte forklaringspress eller en indikasjon om at retten vil trekke bevismessige slutninger i den konkrete sak.

⁶⁹ Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 359

⁷⁰ Jebens 2004 s. 414

⁷¹ Jebens 2004 s. 414

⁷² Øyen 2010 s. 350

Et annet spørsmål i denne forbindelse er om det gjelder et krav om at retten orienterer siktede om bevisrisikoen ved å forholde seg taus for å kunne trekke slutninger fra denne. Spørsmålet drøftes i punkt 3.3.4.

3.1.2 Prinsippet om fri bevisbedømmelse

Prinsippet om fri bevisbedømmelse er i dag hovedregelen etter norsk rett.⁷³ Prinsippet bygger på den oppfatning at det er opp til dommeren å vurdere betydningen av det enkelte bevis, uten å være bundet av andre lovregler enn strpl. § 305, som forutsetter at beviset fremkommer under hovedforhandlingen.⁷⁴ Det blir dermed dommerens egen dømmekraft, livserfaring og eventuell annen fagkunnskap som bestemmer hvilken vekt de ulike bevismomentene skal tillegges.⁷⁵

I den gamle straffeprosessloven av 1887 § 349 andre punktum het det at avgjørelser skulle treffes «etter fri overbevisning på grunnlag av en samvittighetsfull prøvelse av de fremførte bevisligheter». Bestemmelsen ble ikke videreført i den nye straffeprosessloven av 1981, fordi den ble ansett som overflødig.⁷⁶ Prinsippet er i dag en ulovfestet hovedregel i bevisvurderingen, uten skrevne regler eller rettspraksis som gir bestemte retningslinjer for hvordan bevisbedømmelsen skal foregå.⁷⁷ Likevel er det klart at bevisbedømmelsen ikke kan foregå på en hvilken som helst måte, sett hen til loven av 1887 der bevisene skal prøves på en samvittighetsfull måte. Det fremlagte bevis må bearbeides, og sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, også isolert sett. I tillegg må retten være bevisst på mulige frifinnende faktum i saken.⁷⁸ Først på grunnlag av dette kan dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den.⁷⁹

Etter prinsippet om fri bevisbedømmelse kan retten fritt vektlegge siktedes taushet under hovedforhandlingen i bevisvurderingen, på lik linje med andre bevis.

⁷³ Kolflaath, «Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?», *Jussens venner* 39/2004 s. 279-304 (s. 279 med videre henvisninger)

⁷⁴ Øyen 2010 s. 282

⁷⁵ Andenæs 2009 s. 165

⁷⁶ NUT 1969: 3 Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen (1969) s. 308

⁷⁷ Kolflaath 2004 s. 279

⁷⁸ Øyen 2016 s. 454

⁷⁹ Andenæs 2009 s. 166

3.1.3 Rettens plikt til å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag

Et sentralt rettslig utgangspunkt i straffeprosessen er kravet om god saksopplysning. En viktig side av dette utredningskravet er rettens plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.⁸⁰ Regelen i strpl. § 294 første punktum fastsetter at retten skal «våke over at saken blir fullstendig opplyst». En sak bør være så godt opplyst som mulig for å komme nærest mulig sannheten og dermed oppnå et materielt riktig resultat. Det er i utgangspunktet partene som har ansvar for bevisførselen, men retten har etter § 294 et overordnet ansvar. For å nå målet om at straffesaken skal være så godt opplyst som mulig, kan retten pålegge partene å innhente nye bevis og beslutte å utsette saken dersom bevistilbudene er utilstrekkelige, jf. § 294 andre punktum. Rettens avgjørelse om å bedre bevistilbudet må vurderes etter hva slags type avgjørelse som skal treffes og omstendighetene for øvrig.⁸¹

Utredningskravet i strpl. § 294 må ses i sammenheng med Grl. § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr. 1 om kravet til en rettferdig rettergang, ettersom det grunnleggende kravet til en forsvarlig saksbehandling er et utslag av dette.⁸² Det er i praksis antatt at «forsvarlighetsteskelen» i norsk straffeprosess er den samme som etter EMK art. 6 nr. 1, jf. Rt. 2006 s. 856.⁸³ ⁸⁴ Det må foretas en helhetsvurdering av om prosessen totalt sett fremstår som forsvarlig og rettferdig.

For å sikre et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag i situasjoner hvor siktede benytter seg av taushetsretten, må retten i tillegg til å vurdere bevisene påtalemyndigheten fremlegger, også være bevisst på mulige grunner til at siktede forholder seg taus. Se nærmere om dette i punkt 3.3.2. Dersom bevisbedømmeren kommer frem til at siktede er skyldig hovedsakelig fordi han har forholdt seg taus, kan han «... vanskelig tenkes å ha foretatt en forsvarlig bevisbedømmelse», slik Øyen uttaler.⁸⁵ Ettersom siktedes taushet kan skyldes ulike grunner, må retten derfor søke å klarlegge alle omstendigheter i den konkrete sak før den eventuelt legger vekt på siktedes taushet som bevis for straffskyld. Det er først ved en slik

⁸⁰ Øyen 2016 s. 347

⁸¹ Øyen 2016 s. 348

⁸² Se Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 20 flg. med videre henvisninger)

⁸³ Rt. 2006 s. 856 (avsnitt 30)

⁸⁴ Gert Johan Kjelby, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» s. 79-153 i boken; Hadlund, M.-A., Jebens, S. E. og Aarli, R. (red), *Bevis i straffesaker: utvalgte emner*, Oslo 2015 s. 90

⁸⁵ Øyen 2016 s. 341

bevisvurdering at saken anses så godt opplyst som mulig og dermed i tråd med kravet til en rettferdig og forsvarlig prosess i strpl. § 294, Grl. § 95 og EMK art. 6.

3.2 Har taushet bevisverdi?

For at siktedes taushet skal ha bevisverdi i seg selv, må det foreligge en grunn til at tausheten kan tas i betraktning i bevisvurderingen. Det faktiske grunnlaget for at taushet hos siktede kan ses på som bevis, er at hans valg om å forholde seg taus i den aktuelle situasjonen sier noe om hans skyld.⁸⁶ Valget om å forholde seg taus tolkes gjerne slik at tausheten utgjør et selvstendig bevis eller et hjelpefaktum, altså et moment i troverdighetsvurderingen.⁸⁷

Slik tolkning av taushet gjøres ofte på bakgrunn av den oppfatning at uskyldige mistenkte ikke har noe å skjule, og dermed forklarer seg ovenfor politiet og retten. Skulle vedkommende nekte å forklare seg, vil en naturlig tolkning av tausheten derfor være at han har noe å skjule, og at han antakelig skjuler dette fordi det vil bevise at han er skyldig. Dette er en naturlig måte å oppfatte siktedes taushet på, siden det er slik menneskets natur og sunn fornuft fungerer. Tausheten blir dermed oftest tolket i retning *bevis for skyld*, og ikke *bevis for uskyld*.⁸⁸

Det er også tradisjon i Norge for at siktede forklarer seg, ettersom taushet i retten sjelden forekommer. Dersom siktede likevel ikke er villig til å forklare seg, vil det være i strid med den tradisjonelle oppfatningen om at man bør forklare seg i retten, og tausheten vil i praksis nesten automatisk bli holdt mot ham i rettens bevisvurdering.⁸⁹

Adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis medfører en viss risiko for feilvurdering av siktedes skyld. Dette er fordi siktedes taushet er et usikkert bevis isolert sett. Det er derfor viktig at det tas en grundig vurdering av hva som kan være årsaken til at siktede forholder seg taus i den konkrete sak. Tausheten kan ikke utgjøre den avgjørende faktoren i bevisvurderingen, det er andre bevis som må være utslagsgivende.⁹⁰ Også kravet til et

⁸⁶ Øyen 2010 s. 276

⁸⁷ Øyen 2010 s. 276

⁸⁸ Øyen 2010 s. 277

⁸⁹ Tor Langbach, *Forsvareren*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 262

⁹⁰ Se *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47, der det ble uttalt at en ikke kan basere en domfellelse «...solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions...».

forsvarlig avgjørelsesgrunnlag tilsier at taushet som bevis bare kan tillegges begrenset bevisverdi.⁹¹

3.3 I hvilken utstrekning kan domstolene legge vekt på siktedes taushet som bevis for straffskyld?

3.3.1 Innledning

For at retten skal kunne vektlegge siktedes taushet som bevis for straffskyld, noe som er i tråd med prinsippet om fri bevisbedømmelse, må retten overholde siktedes rettigheter etter Grl. §§ 95 og 96 andre ledd og EMK art. 6 nr. 1 og 2. Siktede har etter disse bestemmelsene rett til en rettferdig rettergang, herunder vern mot selvinkriminering og taushetsrett, samt rett til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist. Bevisvurderingen må også i tilstrekkelig grad ta hensyn til den viktige rettssikkerhetsgaranti om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.⁹² En må med andre ord finne balansegangen mellom tilfellet der siktedes taushet taler mot ham på en måte som er i strid med disse grunnleggende rettighetene, og tilfellet der siktedes taushet kan brukes mot ham uten å stride med rettighetene. Bare i det siste tilfellet vil bevisvurderingen være i tråd med kravet på en rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6.

Retten til å forholde seg taus er klart beskyttet i art. 6 nr. 1 i ordlyden «fair ... hearing». Dette er slått fast i en rekke dommer, blant annet i *John Murray mot Storbritannia*. I denne saken ble Murray arrestert på grunn av mistanke om brudd på den nasjonale terrorlovgivningen, og forholdt seg taus både overfor politiet og i retten. Spørsmålet var om siktedes taushet kunne vektlegges som bevis for hans skyld. Det fulgte av nasjonal lovgivning at siktedes taushet kunne benyttes som bevis mot ham. Murray ble dømt, og tausheten utgjorde en forholdsvis stor del av bevisvurderingen. Siktede mente at vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus var krenket på bakgrunn av de negative slutningene trukket fra hans taushet, og klagde saken inn for EMD med rettslig grunnlag i EMK art. 6 nr. 1.

I dommen uttales det om taushetsretten som innfortolkes i art. 6:⁹³

⁹¹ Øyen 2010 s. 325

⁹² Se Rt. 1998 s. 11

⁹³ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 45. Se også for eksempel *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 68 og EMDs dom 2. mai 2000 *Condron mot Storbritannia* avsnitt 56 der det samme standpunktet er fulgt opp.

«Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)».

Retten til å forholde seg taus og vernet mot selvinkriminering er altså sentrale elementer i siktedes krav på en rettferdig rettergang. Taushetsretten er imidlertid ikke absolutt, noe som fremkommer i den videre drøftelsen i Murray-saken.⁹⁴ At rettigheten ikke er absolutt betyr at det er adgang til å legge vekt på siktedes taushet som bevis for straffskyld.⁹⁵

Spørsmålet om taushetsretten kunne anses som en absolutt rettighet, slik at taushet ikke under noen omstendighet kunne brukes mot siktede, var sentralt i Murray-saken. Domstolen kom til at retten til taushet måtte tåle innskrenkninger slik at rettigheten ikke er absolutt. I begrunnelsen ble det oppstilt to rettslige ytterpunkter, som er fulgt opp i senere praksis:^{96 97}

«On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution». (Min understreking)

For det første mente EMD at vernet i art. 6 åpenbart ikke tillater å basere en domfellelse utelukkende eller hovedsakelig på siktedes taushet. Det kreves her at andre bevis utgjør en større del av bevisgrunnlaget enn siktedes taushet. Tausheten kan altså ikke være det avgjørende beviset. I saken *Telfner mot Østerrike*⁹⁸ hadde den nasjonale domstolen lagt avgjørende vekt på siktedes taushet. Ettersom det ikke forelå tilstrekkelig klare bevis mot ham, mente EMD at det hadde blitt lagt for stor vekt på siktedes taushet slik at taushetsretten var krenket.⁹⁹ Dommen illustrerer at det i tillegg til taushet må foreligge andre bevis som taler

⁹⁴ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47

⁹⁵ Se ovenfor i punkt 3.1.1 om adgangen i norsk rett.

⁹⁶ Se bl.a. *Condron mot Storbritannia* avsnitt 56, EMDs dom 6. juni 2000 *Averill mot Storbritannia* avsnitt 45 og EMDs dom 8. oktober 2002 *Beckles mot Storbritannia* avsnitt 56

⁹⁷ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47

⁹⁸ EMDs dom 20. mars 2001 *Telfner mot Østerrike*

⁹⁹ I *Telfner mot Østerrike* ble saken avgjort etter EMK art. 6 nr. 2 om uskyldspresumsjonen, fordi det er denne regelen som ble anført. Det er likevel oppstilt spørsmål om taushetsretten ble krenket, med henvisning til Murray-saken. Derfor er avgjørelsen også relevant for tolkningen av art. 6 nr. 1.

for straffskyld. Tausheten kan ikke i seg selv være tilstrekkelig bevis. Dette vil i realiteten være å overføre bevisbyrden til siktede og utsette ham for et forklaringspress som er i strid med selvinkrimineringsvernet.

For det andre måtte det være åpenbart at taushetsretten ikke kan og ikke bør hindre at den siktedes taushet, i situasjoner som klart krever en forklaring fra ham, tas i betraktning ved bevisvurderingen. I uttalelsen ligger et krav om at andre bevis bør være så sterke at det er bevisene i seg selv som oppfordrer siktede til å forklare seg. Dersom siktede i en situasjon der det er naturlig at han imøtegår det fremlagte bevismaterialet, ikke er villig til å forklare seg om dette, kan ikke taushetsretten hindre at domstolen vektlegger siktedes taushet som et moment i bevisvurderingen.

Spørsmålet er om bevissituasjonen ga siktede en konkret oppfordring til å forklare seg. Dette beror på en helhetsvurdering, der Øyen fremholder følgende som sentrale momenter: «bevisenes styrke samlet sett, bevisenes art og i hvilken grad mistenkte, ut fra sin antatte kunnskap om saken, kan forklare bevissituasjonen».¹⁰⁰

Eksempler på situasjoner der bevissituasjonen ga siktede en oppfordring til å forklare seg er der siktede er arrestert, og anmodes av politiet å gjøre rede for gjenstander, merker eller stoff som han har på kroppen eller klærne, eller en gjenstand i hans besittelse eller gjenstand funnet på stedet siktede befant seg ved pågripelsen. En annen situasjon kan være at siktede oppfordres til å forklare seg fordi han befant seg ved åstedet på tidspunktet for brytelsen fant sted.¹⁰¹ Nekter siktede å svare på slike spørsmål der bevisene taler mot ham, kan tausheten bli vektlagt dersom bevissituasjonen etter en helhetsvurdering tilsier det.

Det er bare der styrken på bevisene og bevisenes karakter er *synlig* for siktede på tidspunktet han forholder seg taus, som er relevant.¹⁰² Det vil kunne bli synlig for siktede gjennom hans egen oppfatning, opplysninger fra forsvarer eller gjennom henvisning til rettslige avgjørelser i etterforskningen.¹⁰³ I motsatt fall, der bevisene ikke er synlige, vil ikke siktede ha den samme oppfordringen til å forklare seg.

¹⁰⁰ Øyen 2010 s. 333

¹⁰¹ Øyen 2010 s. 333

¹⁰² Øyen 2010 s. 333-334

¹⁰³ Øyen 2010 s. 333-334

En helhetsvurdering der en tar disse momentene i betraktning, vil oppfordre domstolene til å være bevisst på bevissituasjonen som foreligger i saken. En større bevissthet vil medføre at siktedes rettssikkerhet vil bli bedre ivaretatt, noe som er et sentralt hensyn i straffeprosessen. Derfor er det viktig at en helhetsvurdering av bevisbildet alltid foretas før slutning trekkes om bevisene «clearly call for an explanation» fra siktede eller ikke.

Om vurderingsnormen uttalte EMD følgende:¹⁰⁴

«Whether the drawing of adverse inference from an accused's silence infringes Article 6 (art. 6) is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inference may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation». (Min understrekning)

Retningslinjene er senere lagt til grunn i etterfølgende rettspraksis fra EMD, og kan også brukes som momenter for tolkning av den norske bestemmelsen i strpl. § 93 andre ledd ettersom denne må leses i lys av EMK art. 6.

Ifølge retningslinjene som oppstilles i dommen, må det foretas en konkret helhetsvurdering i lys av alle omstendigheter i saken. Viktige momenter er den konkrete bevissituasjonen som forelå på det tidspunkt siktede tok beslutningen om å forholde seg taus, hvilken vekt slutningen fra taushet har i forhold til det totale bevismaterialet, samt graden av tvang i den konkrete situasjonen. Oppregningen av relevante momenter er ikke uttømmende, men momenter man skal ta «particular regard to». Bevisvurderingen må i sin helhet fremstå som rettferdig eller «fair» i tråd med Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1.

I *Murray mot Storbritannia* ble resultatet at krenkelse av taushetsretten i EMK art. 6 nr. 1 ikke forelå fordi andre sterke bevis i saken som oppfordret siktede til å forklare seg. Domstolen mente at det å trekke slutninger fra at siktede nektet å forklare seg om sin tilstedeværelse ved pågripelsen i denne situasjonen var et resultat av sunn fornuft, og slutningene kunne dermed ikke betraktes som urettferdig eller urimelig etter omstendighetene. Ut ifra dommen er det altså kun «common sense»-slutninger som er berettiget, og det må vurderes om det er «unfair or unreasonable» å trekke slike slutninger i den konkrete sak.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47

¹⁰⁵ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 54. Slik er også Øyens oppfatning, se Øyen 2010 s. 327-328

I det følgende skal sentrale momenter som er relevante i helhetsvurderingen «in the light of all the circumstances of the case»¹⁰⁶ gjennomgås, og det skal gjøres rede for hvordan de benyttes i domstolens vurdering av om siktedes taushet kan vektlegges som bevis for straffskyld. Momentene er viktig i vurderingen for å klarlegge om det er rettferdig å trekke slutninger fra tausheten.

3.3.2 Bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus

Det første momentet i vurderingsnormen oppstilt av EMD i Murray-saken er den konkrete *bevissituasjonen* som forelå på det tidspunkt siktede tok beslutningen om å forholde seg taus. Situasjonen siktede befant seg i når han tok valget om å forholde seg taus, kan ha påvirket avgjørelsen hans om å velge nettopp taushet, og må dermed tas særlig hensyn til. Dersom valget av å benytte retten til taushet har en plausibel forklaring, kan dette ha betydning for vektleggingen av tausheten i bevisvurderingen. Derfor må bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus klarlegges gjennom en konkret vurdering av om det foreligger en plausibel grunn for tausheten.

Det kan trekkes bevismessige slutninger fra taushet der bevisene fremlagt av påtalemyndigheten er «sufficiently strong to require an answer» fra siktede og «clearly call for an explanation», i situasjoner siktede burde være i stand til dette.¹⁰⁷ Det er samtidig oppstilt et forbud mot å trekke bevismessige slutninger fra taushet der bevisene i saken ikke oppfordrer siktede til å forklare seg, blant annet i *Telfner mot Østerrike*.¹⁰⁸ Dersom taushet likevel blir vektlagt der sakens andre bevis ikke oppfordrer siktede til å forklare seg, vil dette som nevnt legge bevisbyrden over på siktede og medføre krenkelse av taushetsretten. Ut ifra disse synspunktene kan det trekkes slutninger fra taushet i situasjoner som befinner seg mellom disse to ytterpunktene, altså der andre bevis i seg selv er sterke nok til å skape en indikasjon om at siktede er skyldig.

I dommen *Averill mot Storbritannia*¹⁰⁹ var siktede taus under politiavhør, men avga forklaring ovenfor retten. Averill var siktet for innbrudd, biltyveri og medvirkning til drap, og det forelå tekniske bevis mot ham. Han nektet å forklare seg for politiet om de tekniske bevisene som

¹⁰⁶ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47

¹⁰⁷ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 51 og 47

¹⁰⁸ *Telfner mot Østerrike* avsnitt 18. Se også *Averill mot Storbritannia* avsnitt 51

¹⁰⁹ *Averill mot Storbritannia*

ble funnet, men forklarte seg senere for domstolen, der han hevdet å ha alibi for tidspunktet gjerningene ble utført, samt en forklaring på hvorfor hans DNA ble funnet på stedet. Retten mente forklaringen var lite troverdig, ettersom han først hadde nektet å forklare seg om de tekniske bevisene, og ikke fremla alibi før under hovedforhandlingen. EMD tok utgangspunkt i retningslinjene oppstilt i Murray-saken ved vurderingen.¹¹⁰ Retten mente at det ikke forelå noen «reasonable excuse for withholding an explanation» i siktedes tilfelle.¹¹¹

Samtidig statuerte EMD en begrensning av taushetens vekt under politiavhør:¹¹²

«Notwithstanding these justifications, the Court considers that the extent to which adverse inferences can be drawn from an accused's failure to respond to police questioning must be necessarily limited. While it may no doubt be expected in most cases that innocent persons would be willing to cooperate with the police in explaining that they were not involved in any suspected crime, there may be reasons why in a specific case an innocent person would not be prepared to do so. In particular, an innocent person may not wish to make any statement before he has had the opportunity to consult a lawyer». (Min understreking)

Domstolen mener her at en ikke uten videre kan legge siktedes taushet til grunn som bevis for skyld. Det pekes på at også en uskyldig mistenkt kan ha grunner til å forholde seg taus. Bakgrunnen for at den siktede forholder seg taus må dermed tas i betraktning, ettersom det er mulig at det finnes en fornuftig forklaring bak dette valget. Særlig muligheten for at siktede ønsker å rådføre seg med en forsvarer kan være en naturlig forklaring, og må tas i betraktning.

I samme avsnitt påpeker EMD at det ikke kan utelukkes at det finnes en fornuftig forklaring bak siktedes taushet også i de tilfeller han faktisk har fått bistand fra forsvarer. Som eksempel fremheves «bona fide advice received from his lawyer».¹¹³ Er dette sannsynlige grunner til at siktede forholdt seg taus, kan ikke tausheten vektlegges i særlig stor grad.

En sak hvor det ble klarlagt at råd fra forsvareren var bakgrunnen for at siktede valgte å forholde seg taus under politiavhør, er *Condron mot Storbritannia*.¹¹⁴ EMD fremholder her viktigheten av å klarlegge bakgrunnen for siktedes valg av taushet under avhør.¹¹⁵

¹¹⁰ *Averill mot Storbritannia* avsnitt 47

¹¹¹ *Averill mot Storbritannia* avsnitt 49

¹¹² *Averill mot Storbritannia* avsnitt 49

¹¹³ *Averill mot Storbritannia* avsnitt 49

¹¹⁴ *Condron mot Storbritannia*

¹¹⁵ *Condron mot Storbritannia* avsnitt 60 flg.

EMD legger i de overnevnte avgjørelsene til grunn at det for vurderingen kan være avgjørende *hvorfor* siktede forholder seg taus. Dette indikerer at begrunnelsen for tausheten må søkes klarlagt i retten for at denne kan vektlegge tausheten på best mulig måte, i tråd med hensynet til et materielt riktig resultat. Der siktede selv ikke gir en forklaring på hvorfor han velger å forholde seg taus, er det domstolen som må vurdere om det kan finnes en god grunn for siktedes taushet. Domstolen må her vurdere de potensielle grunnenes troverdighet opp mot opplysninger i saken som kan tale for at det finnes en fornuftig forklaring. Domstolen må også ta hensyn til at en uskyldig kan ha grunner til å forholde seg taus. Denne presiseringen er en begrensning i utgangspunktet om at retten kan trekke bevismessige slutninger fra taushet der bevissituasjonen oppfordrer siktede til å forklare seg. Det vil si at retten i slike tilfeller ikke kan bruke taushet som bevis for straffskyld der tausheten kan ha en plausibel forklaring, da dette kan føre til krenkelse av taushetsretten i EMK art. 6 nr. 1.

EMD har i tillegg lagt til grunn at det kan gjelde begrensninger i forbudet mot å vektlegge taushet som bevis der situasjonen *ikke* oppfordrer siktede til å forklare seg.¹¹⁶

Problemstillingen oppstod i saken *Coghlan mot Storbritannia*.¹¹⁷ Siktede var her pågrepet for ran, men bevisene mot ham var ikke tilstrekkelig sterke til at de «clearly call[ed] for an explanation». Siktede hadde i politiavhør fått tilgang til advokat, og var fullt klar over risikoen for at bevismessige slutninger kunne trekkes fra hans taushet. Retten uttalte derfor at: «... in these circumstances, the drawing of such inferences could be legitimate, even if there was no “case to answer” at interview». Siktede la frem alibi, men dette fremkom først under hovedforhandlingen. Retten mente at det måtte være rimelig å forvente at alibiet fremlegges på et tidlig stadium av etterforskningen, selv om bevisene i seg selv ikke oppfordrer siktede til å forklare seg. På bakgrunn av denne situasjonen kunne det dermed være rettmessig å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Saken illustrerer at det etter forholdene kan gjelde en begrensning i forbudet mot å legge vekt på taushet som bevis i situasjoner som ikke oppfordrer siktede til å forklare seg.

Det er etter dette rettmessig å legge vekt på siktedes taushet i saker der bevisene i seg selv oppfordrer til en forklaring. Før taushet blir vektlagt, må imidlertid retten søke å klarlegge bakgrunnen for valget om taushet. Foreligger det en plausibel grunn, vil en vektlegging av tausheten ikke være forenlig med en rettferdig rettergang, med mindre det etter en

¹¹⁶ Forbudet ble oppstilt i *Telfner mot Østerrike* avsnitt 18

¹¹⁷ EMDs dom 29. november 2005 *Coghlan mot Storbritannia*

helhetsvurdering er andre tungtveiende momenter som tilsier at taushet likevel kan brukes mot siktede.

3.3.3 Betydningen av forsvarerbistand

I saken *Aleksandr Zaichenko mot Russland* ble «...the existence of any relevant safeguards in the procedures...» trukket frem som et viktig vurderingsmoment for retten.¹¹⁸ Om de generelle rettssikkerhetsgarantier har vært tilstrekkelig ivaretatt i saken er dermed et viktig moment i vurderingen av om taushet kan tillegges vekt som bevis. Tilstedeværelsen av rettssikkerhetsgarantier bidrar til å sikre en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Hovedformålet med rettssikkerhetsgarantier er å hindre at siktedes taushet tillegges større vekt i bevisvurderingen enn det er grunnlag for.¹¹⁹

I EMK art. 6 nr. 3 bokstav a til e er det oppstilt såkalte minsterettigheter for enhver «som blir siktet for en straffbar handling». Det kan vanskelig tenkes at prosessen er «rettferdig» uten at disse minsterettighetene er ivaretatt, ettersom de presiserer den generelle «fair hearing»-regelen.¹²⁰ Som minsterettigheter gir bestemmelsen blant annet siktede rett på tilstrekkelig informasjon om anklagen på et forståelig språk, tilstrekkelig tid og anledning til å forberede forsvaret og rett på forsvarerbistand.

Rett til bistand fra en forsvarer har EMD i flere avgjørelser fremhevet som en sentral rettssikkerhetsgaranti for siktede. Rettigheten er også en grunnleggende del av kravet til en rettferdig rettergang.¹²¹ Retten til forsvarerbistand skal sikre respekt for siktedes vern mot selvinkriminering, og at siktede blir informert om sine rettigheter.¹²²

Retten til forsvarer anses som en absolutt rettighet ved at enhver person skal ha mulighet til å benytte seg av juridisk bistand.¹²³ Som hovedregel gjelder rettigheten på ethvert trinn av saken, allerede ved politiavhør. Imidlertid har denne retten i konkrete tilfeller vært gjenstand

¹¹⁸ EMDs dom 18. februar 2010 *Aleksandr Zaichenko mot Russland* avsnitt 38

¹¹⁹ Øyen 2010 s. 343

¹²⁰ Aall 2015 s. 480-481

¹²¹ EMDs dom 27. november 2008 *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 51

¹²² EMDs dom 24. september 2009 *Pishchalnikov mot Russland* avsnitt 69 og 78

¹²³ EMDs dom 25. april 1983 *Pakelli mot Tyskland* avsnitt 31

for begrensninger, der spørsmålet er om begrensningen i lys av hele saken har gått på bekostning av siktedes rett til en rettferdig rettergang, eller om begrensningen er rettmessig.¹²⁴

På etterforskningsstadiet er det i mange tilfeller spesielt behov for bistand fra forsvarer på grunn av den sårbare posisjonen siktede er i. Tilgang på forsvarer tidlig i prosessen er derfor noe retten tar særlig hensyn til i vurderingen om vernet mot selvinkriminering er opprettholdt.¹²⁵ Retten til forsvarer skal tross alt:¹²⁶

«... contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused».

En krenkelse av siktedes rett til forsvarerbistand kan altså føre til krenkelse av vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 nr. 1, særlig dersom manglende forsvarerbistand anses som en grunn til at siktede har avgitt inkriminerende forklaringer i avhør og dette kunne vært unngått med bistand fra forsvarer. I det følgende illustreres situasjoner der betydningen av forsvarerbistand var et moment i vurderingen av om retten kunne tillegge siktedes taushet bevismessig vekt. Selv om det må foretas en konkret helhetsvurdering av om rettergangen er «fair» i hvert enkelt tilfelle, viser EMDs avgjørelser konsekvensen av manglende forsvarerbistand og betydningen dette har for vektlegging av taushet.

I saken *Pishchalnikov mot Russland* spurte siktede etter forsvarer under politiavhør, men ønsket ble ikke ettergitt, og avhøret fortsatte uten forsvarer. EMD kom frem til at dette var i strid med EMK art. 6 nr. 1. Begrunnelsen var at avhøret burde vært stoppet da siktede ba om forsvarerbistand, ettersom han ikke hadde tilstrekkelig kunnskap, erfaring eller selvtillit til å gjøre det beste valget for seg selv uten råd og støtte fra en forsvarer.¹²⁷

I saken *Aleksandr Zaichenko mot Russland*¹²⁸ hadde politiet kontroll av kjøretøy på grunn av mistanke om tyveri av drivstoff fra andre kjøretøy. Siktede ble stoppet, og i kombinasjon med at han ikke hadde kvittering på lovlig kjøpt drivstoff og frykten for å bli fengslet, kom han med en falsk tilståelse til politiet som han senere håpet å bli frikjent for siden han var

¹²⁴ *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 52

¹²⁵ *Pishchalnikov mot Russland* avsnitt 69

¹²⁶ *Salduz mot Tyrkia* avsnitt 53

¹²⁷ *Pishchalnikov mot Russland* avsnitt 80

¹²⁸ *Aleksandr Zaichenko mot Russland*

uskyldig. Spørsmålene fra politiet som stoppet ham ble ansett som et avhør. EMD la vekt på at siktede ikke hadde fått bistand fra forsvarer på dette tidspunktet, noe som var i strid med retten på forsvarerbistand i en tidlig fase av etterforskningen. Minsterrettigheten på forsvarer i EMK art. 6 nr. 3 var dermed ikke oppfylt. Domstolen konkluderte etter en helhetsvurdering med at retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 var krenket. Manglende forsvarerbistand var i den konkrete saken et sentralt moment av betydning.

I saken *Condron mot Storbritannia* understreket EMD betydningen av bistand fra forsvarer:¹²⁹

«The fact that an accused person who is questioned under caution is assured access to legal advice, and in the applicants' case the physical presence of a solicitor during police interview, must be considered a particularly important safeguard for dispelling any compulsion to speak which may be inherent in the terms of the caution». (Min understreking)

Tilstedeværelse av forsvarer er et viktig tiltak for å ivareta siktedes rettssikkerhet og redusere uheldig forklaringspress siktede kan oppleve under avhør. Forsvarerbistand er et sentralt virkemiddel for å sikre en betryggende vurdering og herunder forhindre at siktedes taushet blir ilagt større vekt enn det er grunnlag for.¹³⁰ Det er likevel viktig å understreke at manglende forsvarerbistand ikke uten videre fører til krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Selv uten denne rettssikkerhetsgarantien tilstede kan det trekkes bevismessige slutninger fra siktedes taushet dersom det er grunnlag for dette etter en konkret vurdering der rettssikkerhetsgarantiene kun inngår som momenter.

3.3.4 Betydningen av en orientering om risikoen ved taushet

For at retten skal ha adgang til å legge bevismessig vekt på siktedes taushet, må han gis en reell mulighet til å forholde seg taus. En slik mulighet tilkommer siktede direkte gjennom strpl. § 90, som forutsetter at siktede skal gjøres kjent med at han ikke har plikt til å forklare seg. Retten skal etter denne bestemmelsen orientere siktede om taushetsretten. Når det gjelder orientering om den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus, fremgår det av strpl. § 93 andre ledd at domstolen «kan» gjøre siktede oppmerksom på at tausheten kan bli ansett for å tale mot ham. Etter ordlyden er det ikke oppstilt noen rettslig plikt til å gjøre siktede oppmerksom på bevisrisikoen ved taushet. I mangel på andre rettskilder som gir uttrykk for

¹²⁹ *Condron mot Storbritannia* avsnitt 60

¹³⁰ Øyen 2010 s. 343

en annen forståelse av bestemmelsen, må ordlyden anses avgjørende. For spørsmålet om det bør oppstilles en plikt til å informere siktede om bevisrisikoen ved taushet, vises til punkt 3.1.1 ovenfor.

Videre kan det reises spørsmål om det gjelder et krav at domstolen orienterer siktede om den bevismessige risikoen for at slutninger kan trekkes fra tausheten.

En begrenset veiledning kan utledes av saken *John Murray mot Storbritannia*. Det ble her uttalt at «... the trial judge has a discretion whether, on the facts of the particular case, an inference should be drawn». ¹³¹ Domstolen vurderer altså etter fritt skjønn om slutninger skal trekkes fra siktedes taushet. Det at retten faktisk orienterer siktede om denne adgangen eller ikke, kan ifølge dommen ikke «on its own ... be decisive». ¹³² Det synes dermed ikke å være et krav om at domstolen må informere siktede om den bevismessige risikoen for å kunne vektlegge taushet som bevis.

Jørgen Aall synes å være av motsatt oppfatning når han uttaler at det i vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig etter EMK art. 6 nr. 1 er «... av betydning for vurderingen av slike slutningers rimelighet om anklagede er informert om konsekvensene av tausheten ...». ¹³³ Slik jeg forstår uttalelsen bør det oppstilles et krav til orientering for at en slutning trukket fra siktedes taushet skal være rimelig.

En antydning om at retten bør gjøre siktede oppmerksom på bevisrisikoen, særlig i tilfeller der siktede ikke har forsvarerbistand, ble fremlagt i saken *Aleksandr Zaichenko mot Russland*. Først og fremst kom EMD frem til at siktedes rett til forsvarer var krenket. Et annet moment av betydning var at siktede heller ikke var informert om sin rett til å forholde seg taus før han tilsto det straffbare forholdet. EMD fremholdt at det måtte være av betydning at siktede ikke hadde fått tilstrekkelig informasjon om taushetsretten og risikoen for at bevismessige slutninger kan trekkes av denne. ¹³⁴

Saken illustrerer at også opplysning om taushetsretten og risikoen for at bevismessige slutninger trekkes av denne kan være en rettssikkerhetsgaranti som etter omstendighetene kan få betydning i vurderingen av om taushet kan tillegges bevismessig vekt. Vektlegging av

¹³¹ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 51

¹³² *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 50

¹³³ Aall 2015 s. 450

¹³⁴ *Aleksandr Zaichenko mot Russland* avsnitt 59

manglende orientering om den bevismessige risikoen ved taushet blir særlig satt på spissen der siktede ikke har fått forsvarerbistand. Har siktede forsvarer, kan denne opplyse om bevisrisikoen.¹³⁵ I en slik situasjon er det ikke like nødvendig for politiet eller domstolen å orientere siktede, ettersom siktedes rettssikkerhet her er ivaretatt.

Ut ifra dette må det betraktes som lite rettferdig at domstolen trekker bevismessige slutninger fra siktedes taushet når han ikke er orientert om risikoen. Dette gjelder spesielt der han ikke er bistått av forsvarer som kan orientere ham. Dersom siktede først har blitt opplyst om retten til taushet, kan dessuten en orientering om risikoen ved taushet være viktig for å skape et nyansert bilde for siktede om hva taushetsretten innebærer. Likevel oppstilles ikke noe krav om at domstolen må informere siktede om den bevismessige risikoen for å kunne vektlegge tausheten som bevis for straffskyld.

Bakgrunnen for dette synes å være at en slik orientering på den annen side kan oppfattes som et indirekte forklaringspress for siktede. Dette er blant annet uttalt i *John Murray mot Storbritannia*:¹³⁶

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

Domstolen mener at det ikke i seg selv er i strid med taushetsretten å gjøre siktede oppmerksom på risikoen ved å forholde seg taus. En forutsetning for å advare om risikoen, er imidlertid at orienteringen ikke bærer preg av tvang eller forklaringspress for siktede. Domstolen bør derfor benytte orienteringsretten med varsomhet der situasjonen krever det.¹³⁷

Gode grunner taler for at det bør oppstilles et krav om å gjøre siktede oppmerksom på risikoen ved å forholde seg taus for å kunne trekke bevismessige slutninger fra denne.

¹³⁵ Øyen 2010 s. 339

¹³⁶ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 50

¹³⁷ Øyen 2010 s. 338

Domstolen er likevel tilbakeholden med å legge til grunn et slikt absolutt krav, og dette synes å være på grunn av faren for at det kan oppfattes som forklaringspress, som igjen strider mot en «fair» prosess.

På bakgrunn av dette er gjeldende rettstilstand at det kan trekkes bevismessige slutninger fra siktedes taushet også uten at han har blitt orientert om dette. Om siktede har blitt informert om bevisrisikoen før det trekkes slutninger eller ei, synes i stedet å være et moment i den konkrete helhetsvurderingen av om taushet kan tillegges vekt. Relevant i vurderingen er måten advarselen er gitt på og om siktedes rettssikkerhet anses ivaretatt på andre måter slik at rettergangen er rettferdig i det hele. Det sentrale for domstolen er ikke viktigheten av en orientering før slutning tas, men om siktede i det konkrete tilfellet har forstått de rettslige konsekvensene det kan få av å forholde seg taus, slik at han tar et informert valg på riktig grunnlag. Bare på denne bakgrunn anses det rettferdig å bruke tausheten mot ham.

3.3.5 Graden av forklaringspress i den konkrete situasjonen

Hvor stor grad av press det er tale om i den konkrete sak er også et moment av betydning i vurderingen av om bevismessige slutninger er rettferdig etter artikkel 6 nr. 1.¹³⁸ Det er klart i strid med vernet mot selvinkriminering å utsette siktede for direkte press for å få han til å forklare seg. Dette følger av torturforbudet i EMK art. 3 og Grl. § 93 andre ledd, samt rettspraksis fra EMD. Også andre typer direkte press eller tvang er i strid med vernet og blir ansett som konvensjonsstridig. Eksempler på direkte press er fysisk tvang, tortur og trusler om fengsel, rettighetstap eller bot.¹³⁹

I saken *Saunders mot Storbritannia*¹⁴⁰ fremkommer det at også indirekte press er i strid med selvinkrimineringsvernet. Hva indirekte press innebærer er mer uklart, og må vurderes i lys av omstendighetene i saken. Hvordan EMD karakteriserer indirekte press og hvordan dette kan føre til krenkelse av art. 6 vil forsøkes belyst i det følgende.

¹³⁸ *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 47 («...the degree of compulsion inherent in the situation...»)

¹³⁹ Se for eksempel *Funke mot Frankrike* og EMDs dom 21. desember 2000 *Quinn mot Irland* der det forelå direkte press

¹⁴⁰ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 71

Bruk av direkte eller indirekte press innebærer at menneskets viljefrihet begrenses. I *Saunders mot Storbritannia* uttalte domstolen:¹⁴¹

«The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent». (Min understreking)

Det er klart at det er en sentral del av selvinkrimineringsvernet å respektere siktedes vilje om å forholde seg taus. Dette er også forankret i hensynet til siktedes personlige integritet. Når det gjelder taushetsretten er det ved direkte eller indirekte påvirkning av siktedes forklaringsvilje at en står ovenfor tvang.¹⁴² For eksempel kan en formell avhørssituasjon for noen oppleves som en form for indirekte forklaringspress.¹⁴³ Slike tilfeller vil være i strid med retten til en rettferdig rettergang fordi valgfriheten siktede har til å forholde seg taus blir begrenset. Spørsmålet her er om, eventuelt i hvilke situasjoner, EMD har oppstilt et forbud mot å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet på grunn av forklaringspress.

Et tilfelle som klart representerer indirekte forklaringspress er der siktedes taushet blir tillagt avgjørende vekt eller er det eneste bevis i bevisvurderingen. Som tidligere nevnt kan ikke tausheten utgjøre det avgjørende bevis i saken. Dersom dette likevel skjer, vil siktede indirekte tvinges til å forklare seg for å forsøke å motvirke at tausheten fører til egen domfellelse. Dette er ikke i tråd med en rettferdig rettergang, og er i strid med selvinkrimineringsvernet.

I saken *Allan mot Storbritannia* oppstilte EMD momenter for vurderingen av om det foreligger tvang eller press i strid med selvinkrimineringsvernet:¹⁴⁴

«... the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put».

Ut ifra sitatet synes det som at tilstedeværelse av rettssikkerhetsgarantier kan dempe graden av press som ellers ville ført til krenkelse av vernet. Det pekes også på at ikke alt press er i strid med selvinkrimineringsvernet, sett opp mot andre momenter. I en helhetsvurdering kan altså indirekte forklaringspress være «fair» så lenge graden ikke er for høy etter

¹⁴¹ *Saunders mot Storbritannia* avsnitt 69

¹⁴² Torgersen 2009 s. 208

¹⁴³ Torgersen 2009 s. 230

¹⁴⁴ *Allan mot Storbritannia* avsnitt 44

omstendighetene. Dette illustreres av flere avgjørelser fra EMD der indirekte press er tilstede, men ikke i seg selv strider imot selvinkrimineringsvernet.

Øyen fremholder at en situasjon som ofte fører til at siktede føler seg presset til å inkriminere seg selv, er der han er varetektsfengslet med strenge straffeprosessuelle restriksjoner.¹⁴⁵ Den mest tyngende restriksjonen er isolasjon kombinert med brev- og besøksforbud. Der siktede er fengslet med en slik restriksjon, vil det være en risiko for at hans motstandskraft brytes ned og han tenker at en forklaring er den eneste mulighet for at dette opphører. Han kan dermed føle seg både tvunget og lokket til å tilstå eller gi annen inkriminerende forklaring selv om det kan være på uriktig grunnlag.¹⁴⁶ Det vil være i strid med hensynet til siktedes personlige integritet og selvbestemmelsesrett dersom siktede ikke lenger kan velge mellom taushet og å avgi forklaring av fri vilje. Taushetsretten blir dermed krenket, og domstolen kan ikke legge vekt på siktedes taushet som bevis for skyld. EMD har enda ikke behandlet saker der en slik situasjon er vurderingstema.¹⁴⁷

En annen situasjon som i flere saker er fremholdt av EMD er at indirekte forklaringspress etter forholdene kan utledes av en advarsel til siktede om at taushet kan brukes mot ham. Domstolen legger til grunn at denne faktoren ikke i seg selv kan være avgjørende for krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. I saken *Averill mot Storbritannia* ble advarsel om risikoen ved å forholde seg taus ansett som et element av indirekte press. Domstolen viser til Murray-saken¹⁴⁸ og opprettholder standpunktet om at faktoren ikke kunne være avgjørende i seg selv.¹⁴⁹

«The fact that he was warned in accordance with the terms of the cautions administered to him that his silence might lead to the drawing of adverse inferences at his trial discloses a level of indirect compulsion. That of itself is not decisive».

Andre omstendigheter av betydning i vurderingen var at siktede ble nektet forsvarerbistand i løpet av de første 24 timene med avhør, holdt opp mot tilgangen han hadde til å rådføre seg med forsvareren hver dag etter utløpet av 24-timersperioden. En slik nektelse i løpet av de 24 første timene kan tyde på at siktede var undergitt isolasjon med brev- og besøksforbud.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Øyen 2010 s. 336

¹⁴⁶ Øyen 2010 s. 336-337

¹⁴⁷ Øyen 2010 s. 337

¹⁴⁸ Se nærmere om saken i punkt 3.3.4

¹⁴⁹ *Averill mot Storbritannia* avsnitt 48

¹⁵⁰ Øyen 2010 s. 338

Selv om siktede befant seg i en presset situasjonen kombinert med det indirekte forklaringspress som ligger i advarselen om risikoen ved taushet, ble det etter en helhetsvurdering ikke konstatert krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Saken illustrerer at bevismessige slutninger trukket fra siktedes taushet når han er undergitt relativt kortvarige straffeprosessuelle restriksjoner ikke er i strid med en rettferdig rettergang. Videre kan det tolkes slik at tilstedeværelse av rettssikkerhetsgarantier, særlig bistand av forsvarer, kan begrense graden av indirekte press som kan utledes av en advarsel om den bevismessige risiko ved å forholde seg taus.

Dette underbygges i saken *Condron mot Storbritannia* der siktede ble advart om at taushet kunne brukes mot ham, men domstolen kom frem til at det ikke forelå uberettiget forklaringspress i situasjonen. EMD påpekte at siktede ikke risikerte noen straffereaksjon dersom han forholdt seg taus. Det ble ikke vurdert om det forelå indirekte press, men det ble lagt vekt på at siktede hadde forsvarerbistand under avhør og at dette var en viktig rettssikkerhetsgaranti. Uttrykkelig ble det pekt på at tilstedeværelse av forsvarer fjernet et eventuelt forklaringspress i den konkrete situasjonen.¹⁵¹

En del av begrunnelsen for momentet om at domstolen skal ta i betraktning graden av tvang som oppstilt i Murray-saken, er et ønske om å beskytte siktede mot et aktivitetspress som kan medføre en risiko for selvinkriminering på et uriktig grunnlag. En slik risiko gjelder særlig i forbindelse med siktedes taushet.¹⁵²

Sett hen til de overnevnte avgjørelser anser ikke EMD et indirekte tvangselement som avgjørende for krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. Dette er i tråd med vurderingsnormen for art. 6, der det skal foretas en helhetsvurdering i lys av alle omstendigheter i saken for å sikre at prosessen er rettferdig. I vurderingen av om det foreligger press, fremkommer det av avgjørelsene at spesielt tilstedeværelsen av forsvarer er en viktig motvekt som bidrar til en mer rettferdig prosess. Det kan dermed se ut til at ivaretagelse av rettssikkerhetsgarantiene er det avgjørende for om prosessen er rettferdig etter EMK art. 6 nr. 1 slik at retten kan tillegge taushet bevismessig vekt. Dette synspunktet følges opp av EMD i blant annet *Adetoro mot Storbritannia*.¹⁵³

¹⁵¹ *Condron mot Storbritannia* avsnitt 60

¹⁵² Øyen 2010 s. 328

¹⁵³ EMDs dom 20. april 2010 *Adetoro mot Storbritannia* avsnitt 49

I EMDs avgjørelser fremkommer det at en advarsel om at taushet kan brukes mot siktede i hans disfavør er et eksempel på indirekte tvang dersom advarselen etter forholdene gir siktede et forklaringspress. Det gis ingen generell definisjon på hva som er indirekte tvang, noe som underbygger at dette må vurderes konkret. Videre gis ingen retningslinjer om hva som skal til eller hvilken grad av tvang som må foreligge for å konstatere indirekte press og dermed krenkelse av art. 6. Dette kan ha sammenheng med at det ikke har vært nødvendig å ta stilling til spørsmålet isolert ettersom det i de relevante sakene jevnes ut ved at siktede har hatt tilgang på forsvarer som i tilstrekkelig grad ivaretar rettssikkerheten, eller at graden av press er av liten betydning sett i sammenheng med de øvrige omstendigheter.

Domstolen har altså ikke oppstilt et generelt forbud mot å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet på grunn av indirekte forklaringspress. Det kan virke som mye skal til før indirekte press er i strid med art. 6 nr. 1. Ut ifra avgjørelsene ovenfor kan det tenkes at krenkelse av selvinkrimineringsvernet kan skje i tilfeller der siktede er under indirekte forklaringspress samtidig som rettssikkerhetsgarantiene er fraværende. En slik konstruert situasjon viser at det skal mye til før brudd på EMK art. 6 nr. 1 skjer i forbindelse med indirekte tvang. Det kan imidlertid være store forskjeller på hvordan indirekte tvang vektlegges ettersom momentet må ses i lys av alle omstendigheter i saken.

4 SAMMENFATNING

Vernet mot selvinkriminering er ingen skranke mot at det kan trekkes bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Adgangen i norsk rett til å legge vekt på siktedes taushet som bevis for straffskyld bygger på prinsippet om den frie bevisbedømmelse sett i sammenheng med retten til en «rettferdig» rettergang etter Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. Prinsippet om den frie bevisbedømmelse gjør inngrep i siktedes taushetsrett, noe det er grunnlag for så lenge inngrepet ikke er i strid med retten til en rettferdig rettergang. Det er i rettspraksis slått fast at rettens adgang til å bruke taushet som bevis mot siktede følger av strpl. § 93 andre ledd. Etter bestemmelsen «kan» retten gjøre siktede oppmerksom på bevisrisikoen ved å forholde seg taus. Retten har altså ingen rettslig plikt til dette.

En generell norm for hva som skal til for at prosessen skal være rettferdig kan vanskelig oppstilles, ettersom det må foretas en konkret helhetsvurdering for hvert enkelt tilfelle. Retten til en rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1 gir bare «... grunnlag for en totalbedømmelse av prosessen».¹⁵⁴ Hva regelen om en rettferdig rettergang innebærer er presisert og utviklet av EMD, og retningslinjene domstolen har oppstilt for helhetsvurderingen er viktig å følge for bevisvurderingen av taushet. Det legges opp til en varsom bevisvurdering for at siktedes taushet ikke tillegges for stor vekt i forhold til andre relevante bevis.

Retten adgang til å vektlegge taushet som bevis forutsetter for det første at siktede er sikret en reell mulighet til å forholde seg taus i tråd med taushetsretten. For det andre forutsettes at øvrige bevis taler for straffskyld slik at tausheten ikke utgjør det avgjørende bevis. Taushet er et usikkert bevis og vil derfor ha begrenset bevisverdi. Retten må videre i vurderingen klarlegge bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus. Taushet betyr ikke uten videre at siktede er skyldig. Har siktede en plausibel grunn er det ikke adgang til å vektlegge tausheten. For å sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag må i tillegg siktedes øvrige rettigheter respekteres. Siktedes valg om taushet skal tas på riktig grunnlag. Der siktedes rettssikkerhetsgarantier er sikret og vurderingen er i tråd med retningslinjene, stemmer rettens vektlegging av siktedes taushet i bevisvurderingen med det overordnede kravet til en rettferdig rettergang i Grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. Bare i slike tilfeller kan domstolen bruke siktedes taushet mot ham.

¹⁵⁴ Aall 2015 s. 446

LITTERATURLISTE

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven (opphøvd))

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Forskrift 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. november 1950 (EMK)

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

Wien-konvensjonen om traktatretten 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

Lovforarbeider og offentlige utredninger

Dokument nr. 1 (1857) Udkast til Lov om Rettergang i Strafsager

Dokument nr. 1 (1885) Indstilling fra Jurykommissionen indeholdende Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Strafsager og Udkast til Lov om Ophævelse af Stiftsverreterterne m. V. med Bilage, samt Forslag til Lov om Forandring i Strafflovens kap. 6, § 2

Dokument nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NUT 1969: 3 Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomitéen (1969)

NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks

NOU 2003: 15 Fra bot til bedring

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Ot.prp. nr. 13 (1865)

Rettsavgjørelser

Fra Høyesterett:

Rt. 1837 s. 609

Rt. 1993 s. 202

Rt. 1998 s. 11

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2006 s. 856

Rt. 2014 s. 1292

Fra Den europeiske menneskerettsdomstolen:

Adetoro mot Storbritannia; dom av 20. april 2010, application no. 46834/06

Aleksandr Zaichenko mot Russland; dom av 18. februar 2010, application no. 39660/02

Allan mot Storbritannia; dom av 5. november 2002, application no. 48359/99

Averill mot Storbritannia; dom av 6. juni 2000, application no. 36408/97

Barberà, Messegué and Jabardo mot Spania; dom av 6. desember 1988, application no. 10590/83

Beckles mot Storbritannia; dom av 8. oktober 2002, application no. 44652/98

Coghlan mot Storbritannia; dom av 29. november 2005, application no. 8535/02

Condron mot Storbritannia; dom av 2. mai 2000, application no. 35718/97

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

Golder mot Storbritannia; dom av 21. februar 1975, application no. 4451/70

Heaney og McGuinness mot Irland; dom av 21. desember 2000, application no. 34720/97

John Murray mot Storbritannia; dom av 8. februar 1996, application no. 18731/91

Pakelli mot Tyskland; dom av 25. april 1983, application no. 8398/78

Pishchalnikov mot Russland; dom av 24. september 2009, application no. 7025/04

Quinn mot Irland; dom av 21. desember 2000, application no. 36887/97

Salduz mot Tyrkia; dom av 27. november 2008, application no. 36391/02

Saunders mot Storbritannia; dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91

Shannon mot Storbritannia; dom av 4. oktober 2005, application no. 6563/03

Telfner mot Østerrike; dom av 20. mars 2001, application no. 33501/96

Juridisk litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015)

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

Bjerke, Hans Kristian, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther, *Straffeprosessloven kommentarutgave*, 4. utgave (Oslo 2011)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001)

Hadlund, Mary-Ann, Sverre Erik Jebens og Ragna Aarli (red.), *Bevis i straffesaker: utvalgte emner* (Oslo 2015)

Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (Oslo 2004)

Langbach, Tor, *Forsvareren*, 2. utgave (Oslo 2015)

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

Tuseth, Bård Sverre og Nikolai K. Winge, *Masteroppgaven i juss*, 2. utgave (Oslo 2018)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (Bergen 2016)

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

Artikler

Kolflaath, Eivind, «Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?», *Jussens venner* 39/2004 s. 279-304

Rui, Jon Petter, «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 01/2009 s. 47-68