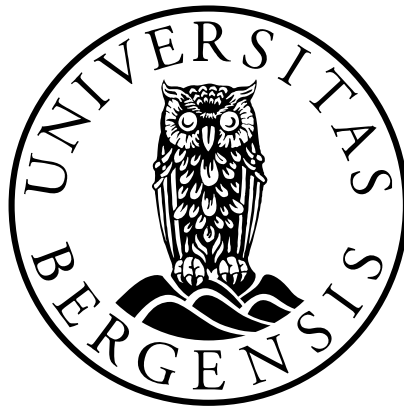


Retten til å forholde seg taus  
*Anvendelsen av straffeprosessloven § 93, annet  
ledd under iretteføring og politiavhør*

Kandidatnummer: 203

Antall ord:

*14 616*



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b><i>Innledning:</i></b> .....	<b>2</b>
1.1	<b>Tema og problemstilling</b> .....	<b>2</b>
1.2	<b>Begrepsavklaringer</b> .....	<b>3</b>
1.2.1	Vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus. ....	3
1.2.2	Mistenkt og siktet. ....	4
1.3	<b>Metode og rettskildebruk</b> .....	<b>4</b>
1.4	<b>Avgrensninger av oppgaven</b> .....	<b>5</b>
1.5	<b>Fremstillingen videre</b> .....	<b>5</b>
<b>2</b>	<b><i>Retten til å forholde seg taus.</i></b> .....	<b>6</b>
2.1	<b>Historisk utvikling</b> .....	<b>6</b>
2.2	<b>Legislative hensyn – Retten til å forholde seg taus</b> .....	<b>8</b>
2.3	<b>Rettslig forankring – Retten til å forholde seg taus</b> .....	<b>10</b>
2.3.1	Norsk rett .....	11
2.3.2	Internasjonal rett .....	13
<b>3</b>	<b><i>Mistenktes taushet eller forbeholdenhet som bevis for skyld</i></b> .....	<b>16</b>
3.1	<b>Rettslig grunnlag for å vektlegge taushet som bevis</b> .....	<b>16</b>
3.1.1	Straffeprosessloven §93, annet ledd .....	16
3.1.2	Prinsippet om fri bevisføring .....	18
3.2	<b>I hvilken utstrekning kan domstolene legge vekt på siktedes taushet eller tilbakeholdenhet som bevis for straffeskyld?</b> .....	<b>19</b>
3.2.1	EMD – Kravet til en konkret helhetsvurdering .....	20
3.2.2	Bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus .....	21
3.2.3	Betydningen av rettsikkerhetsgarantier – Forsvarerbistand.....	25
3.2.4	Graden av forklaringspress i den konkrete situasjonen .....	27
3.3	<b>Avsluttende bemerkninger</b> .....	<b>30</b>
<b>4</b>	<b><i>Anvendelsen av straffeprosessloven §93, annet ledd i politiavhør</i></b> .....	<b>32</b>
4.1	<b>Innledende bemerkninger</b> .....	<b>32</b>
4.2	<b>Rettskildebilde</b> .....	<b>33</b>
4.2.1	Lovtekst. ....	33
4.2.2	Påtaleinstruksen .....	34
4.2.3	Forarbeider. ....	36
4.2.4	Rettsavgjørelser .....	37
4.2.5	Uttalelser fra Europarådets antitorturkomité (CPT) .....	38
4.2.6	Juridisk litteratur .....	39
4.2.7	Reelle hensyn.....	42
4.3	<b>Avsluttende bemerkninger</b> .....	<b>45</b>
	<b>LITTERATURLISTE:</b> .....	<b>47</b>

# 1 Innledning:

## 1.1 Tema og problemstilling

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at den som er mistenkt eller siktet for en straffbar handling har et vern mot selvinkriminering, herunder retten til å forholde seg taus. Den siktede har derfor ingen plikt til å bidra til sin egen domfellelse.<sup>1</sup> Retten til å forholde seg taus er regulert både i norsk og internasjonal rett.

Retten til å forholde seg taus følger direkte av FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter<sup>2</sup> (heretter SP) art. 14 nr. 3. bokstav g. Det fremgår av bestemmelsen at mistenkte ikke har plikt til å «testify against himself or to confess guilt». Prinsippet er også rettslig forankret i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen<sup>3</sup> (heretter EMK) der retten til taushet utgjør en integrert del av retten til en «fair [...] hearing» etter EMK art. 6 nr. 1. Begge konvensjonene er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettighetsloven<sup>4</sup> § 2 jf. § 3 og gjelder som norsk lov.

Retten til å forholde seg taus er grunnlovfestet i Grunnloven<sup>5</sup> § 93, annet ledd som forbyr tortur i forbindelse med avhør. Grunnloven § 95 oppstiller et krav til en «rettferdig rettergang» og i likhet med EMK art. 6 nr. 1. utgjør retten til taushet en integrert del av bestemmelsen. I særlovgivningen er retten til å forholde seg taus regulert i straffeprosessloven<sup>6</sup> §§ 90 og 232 angående henholdsvis rettslige og utenomrettslige avhør. Det fremgår av bestemmelsene at en siktet i en straffesak eller en mistenkt under politiavhør skal informeres om at han «ikke har plikt til å forklare seg».

Som en følge av retten til taushet har mistenkte ingen plikt til å inkriminere seg eller bidra til egen domfellelse. Det oppstår likevel et spørsmål om hvorvidt en utøvelse av retten til taushet

---

<sup>1</sup> Se blant annet Rt. 1999 s. 1269

<sup>2</sup> FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

<sup>3</sup> Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.

<sup>4</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

<sup>5</sup> Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

<sup>6</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

kan medføre rettslige konsekvenser. Dersom en siktet i en straffesak nekter å svare eller forklarer seg forbeholdent kan rettens leder gjøre den siktede «oppmerksom på at dette kan bli ansett å tale mot ham», jf. straffeprosessloven § 93, annet ledd. Bestemmelsen medfører et inngrep i den siktedes rett til taushet og det må foreligge visse begrensninger for hvilken utstrekning retten kan trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet.

Formålet med denne avhandlingen er å belyse to problemstillinger som straffeprosessloven § 93, annet ledd oppstiller. Den første problemstillingen omhandler rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet og i hvilken utstrekning denne adgangen rekker. Den andre problemstillingen omhandler politiets adgang til å orientere mistenkte om den bevismessige risikoen ved taushet, herunder om det er rettskildemessig grunnlag for en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd.

## **1.2 Begrepsavklaringer**

### ***1.2.1 Vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus.***

Vernet mot selvinkriminering innebærer at en mistenkt eller siktet bidrar til sin egen domfellelse. Vernet mot selvinkriminering rekker videre enn retten til å forholde seg taus. Vernet mot selvinkriminering omfatter også andre former for passivitet og aktivitet, som blant annet tvungen utlevering av bevis. Retten til taushet dekker kun verbal selvinkriminering.<sup>7</sup>

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD) skilte mellom vernet mot selvinkriminering og retten til taushet alt i den første saken de behandlet angående selvinkriminering. I Funke mot Frankrike uttaler EMD at en mistenkt har rett til å «...remain silent and not to contribute to incriminating himself».<sup>8</sup>

I fremstilling videre vil det skilles mellom begrepene «vernet mot selvinkriminering» og «retten til å forholde seg taus». Utrykket «retten til taushet» benyttes som en underkategori av det mer omfattende uttrykket «vernet mot selvinkriminering».

---

<sup>7</sup> Øyen, 2010 s. 25

<sup>8</sup> Funke mot Frankrike: Dom av 25. februar 1993, application no. 10828/84 avsnitt 44.

### ***1.2.2 Mistenkt og siktet.***

Straffeprosessloven skiller mellom personer som har status som mistenkt, siktet og tiltalt. Virkeområdet til de bestemmelsene som behandles i denne avhandlingen begrenses ikke til personer som er tiltalt i lovens forstand. Av praktiske årsaker vil det dermed, med mindre annet fremgår, begrepet «mistenkt» benyttes som en fellesbetegnelse for personer i målgruppen.

## **1.3 Metode og rettskildebruk.**

Avhandlingen tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse. Formålet med avhandlingen er å klarlegge og analysere gjeldende rett for å besvare de overnevnte problemstillingene i henhold til den alminnelige juridiske metode.<sup>9</sup> Av nasjonale kilder er lovtekst, forarbeider, rettspraksis og juridisk litteratur relevante for fremstillingen. Av internasjonale kilder er EMK og SP særlig relevant ettersom disse konvensjonene er inkorporert i norsk rett og vil ved en eventuell motstrid med nasjonale kilder gis forrang jf. menneskerettighetsloven § 2 jf. § 3. Forholdet mellom disse rettskildene og hvordan kildene skal harmoniseres må dermed klarlegges.

Det følger i av straffeprosessloven § 4 og menneskerettighetsloven §§ 2 og 3 at norsk lovgivning må tolkes og anvendes i samsvar med EMK. Ved tolkning av konvensjonen skal en ta utgangspunkt i ordlydens betydning i lys av konvensjonens gjenstand og formål.<sup>10</sup> EMD er en prejudikatdomstol i tolkningen av EMK.<sup>11</sup> Norske domstoler må derfor se hen til EMDs metodelære i spørsmål om tolkningen av EMK. Det fremgår av forarbeidene til menneskerettighetsloven at EMDs praksis er en rettskildefaktor når en skal tolke og anvende nasjonal lovgivning som faller innenfor EMKs anvendelsesområde.<sup>12</sup>

Av plenumsavgjørelsen i Rt. 2005 s. 833 er det fremholdt at norske domstoler skal:

---

<sup>9</sup> Det vises til fremstillingen av juridisk metode i Eckhoff, *Rettskildelære*, 2001.

<sup>10</sup> Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 art. 31 nr. 1.

<sup>11</sup> Aall, 2018 s. 43.

<sup>12</sup> NOU 1993: 18 s. 88-89 og Ot.prp. nr. 3 (1998-99) s. 68-70.

«...foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»<sup>13</sup>

## **1.4 Avgrensninger av oppgaven**

Avhandlingen avgrenses mot selvinkrimineringsvernet i sivile saker, det som regnes som forvaltningsrettslige sanksjoner i norsk rett. Videre vil selvinkrimineringsvernet for juridiske personer og vitner ikke bli behandlet. Vernet mot selvinkriminering har en viss tilknytning til spørsmålet om en mistenkt kan foreklare seg falskt overfor retten eller politiet, påvirke vitner til å forholde seg tause eller forklare seg falskt eller ødelegge bevis.<sup>14</sup> Etter straffeloven<sup>15</sup> §§ 157-160 og 221, annet ledd er slik aktivitet som i utgangspunktet straffbar. Rekkevidden av et eventuelt straffeansvar etter de overnevnte bestemmelsene drøftes ikke videre i avhandlingen. Straffefrihet ved løgn behandles bare der dette belyser mistenktes selvinkrimineringsvern.

## **1.5 Fremstillingen videre**

I den videre fremstillingen vil det i punkt 2 gis en oversikt over retten til å forholde seg taus, herunder rettighetens historiske utvikling i norsk rett. De legislative hensynene bak vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus vil deretter bli behandlet. Den rettslige reguleringen av rettigheten i norsk rett og i internasjonal rett vil også bli behandlet under dette punktet. Problemstillingen om rettens adgang til å vektlegge taushet som bevis mot siktede i en straffesak, med de begrensningene som følger av Norges folkerettslige forpliktelser, klarlegges nærmere i punkt 3. Til slutt vil problemstillingen hvorvidt politiet har adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus under politiavhør bli behandlet under punkt 4. Behandlingen tar utgangspunkt i om det er rettskildemessig grunnlag for en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd.

---

<sup>13</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

<sup>14</sup> Øyen, 2010 s. 29-30.

<sup>15</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

## 2 Retten til å forholde seg taus.

### 2.1 Historisk utvikling

Før en fremstilling av de gjeldende bestemmelsene for retten til å forholde seg taus, vil det være hensiktsmessig å gjennomgå den historiske utviklingen av prinsippet. Dette vil illustrere bakgrunnen for hvorfor et vern mot selvinkriminering, og særlig retten til å forholde seg taus, er en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Mistenkte i straffesaker har ikke alltid hatt en rett til å forholde seg taus. Historisk har det vært et forbud mot anvendelse av tortur for å fremtvinge tilståelser, men det forelå en forklaringsplikt for mistenkte. Dette fremgår av forordning av 21. mai 1751 der mistenkte hadde plikt til å forklare seg. Videre fremgikk det av et reskript fra 1795 at den som nektet å forklare seg ble sanksjonert med fengsel. Dette førte til at mistenkte ble sanksjonert uansett hvilken årsak han hadde for å forholde seg taus.

Da det i 1814 skulle lages en grunnlov for Norge ble det trukket inspirasjon fra det amerikanske lovgrunnlaget på den tiden. Det mest kjente og omfattende utkastet til grunnloven var utarbeidet av Johan Gunder Adler og sorenskriver Christian Magnus Falsen.<sup>16</sup> Forslaget i § 17 lød «Ingen skal kunne tvinges til at vidne imod sig selv». Dette er det første uttrykket av et selvstendig selvinkrimineringsprinsipp i Norge, og det hadde medført at den mistenkte ikke måtte bidra i sin egen domfellelse. Forslaget ble ikke fremmet videre og ble i stedet erstattet av datidens § 96, annet ledd der det sto at «Intet pinligt Forhør maae nogensinde tilstædes i Norge».

I rettspraksis og juridisk teori ble reskriptet ansett som gjeldende rett også etter 1814.<sup>17</sup> En kan således legge til grunn at reskriptet ikke ble ansett for å stride med datidens Grunnlov § 96, annet ledd. En slik sanksjonering åpnet opp for at myndigheten, som den sterkere part, kunne legge stort press på en mistenkt som i realiteten ikke hadde noe valg enn å forklare seg. En skyldig mistenkt hadde derfor valget mellom å inkriminere seg selv gjennom en sannferdig forklaring, og dermed bidra til egen domfellelse, eller å lyve.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Øyen, 2010 s. 42

<sup>17</sup> Øyen, 2010 s. 47

<sup>18</sup> Øyen, 2010 s. 47.

Bruken av nektingsed ble redusert etter en dom fra 1828 som ble fulgt opp i Rt. 1837 s. 609. Videre ble reskriptet fra 1795 som påla straff ved forklaringsnekt først opphevet i 1866. En mistenkt ble etter dette punkt ikke lenger sanksjonert hvis han nektet å forklare seg. Derimot var det fortsatt bruk av straff etter Kriminalloven<sup>19</sup> av 1842 ved falsk forklaring. Utviklingen gikk fra å sanksjonere den som nektet å forklare seg, til å sanksjonere den som forklarte seg falskt overfor retten.

Når arbeidet med en straffeprosesslov begynte på 1840-tallet, oppsto det spørsmål angående forklaringsplikten til mistenkte i en straffesak. Spørsmål som ble diskutert var om mistenkte burde ha plikt til å forklare seg i saken, hvordan en slik rett skulle utformes, i hvilken grad taushet hos mistenkte kunne vektlegges i bevisvurderingen under skyldspørsmålet og om mistenkte burde orienteres om bevisrisikoen ved taushet.<sup>20</sup> Resultatet av denne diskusjonen ble straffeprosessloven av 1887<sup>21</sup> § 255 der det fremgikk at dommeren før et avhør på etterforskningsstadiet skulle henstille mistenkte om å forklare seg. Spørsmålet om mistenkte skulle orienteres om retten til taushet ble ikke fremmet, da dette ikke ble ansett nødvendig.<sup>22</sup>

Den største utviklingen som skjedde angående retten til å forholde seg taus var ved revisjonen av kriminalloven i 1890, der det ble inntatt en generell bestemmelse om straff for falsk forklaring i retten. Konsekvensen av lovendringen ble at skyldige personer ikke kunne straffes for falsk forklaring i retten, og at uskyldige personer ikke kunne straffes der en sannferdig forklaring i retten ville utsette vedkommende for betydelig mistanke.<sup>23</sup> Når det ut over 1900-tallet ble mer vanlig med politiavhør enn rettslige avhør ble det gitt lovgivning angående politiavhør som i stor grad tilsvarte reguleringen i straffeprosessloven av 1890.

Norge ratifiserte i 1952 Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter. I følge EMK art. 1 plikter staten å sikre konvensjonens rettigheter overfor enhver innenfor sitt myndighetsområde. Vernet mot selvinkriminering fremgår ikke direkte av EMK, men er innfortolket i kravet om rettfærdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1 og har betydning for hvordan en tolker retten til å forholde seg taus i norsk rett i dag.

---

<sup>19</sup> Lov 20. august 1842 Lov om Forbrydelser (Kriminalloven) [opphevet].q

<sup>20</sup> Øyen, 2010 s. 50.

<sup>21</sup> Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven) [opphevet].

<sup>22</sup> Øyen, 2010 s. 59.

<sup>23</sup> Øyen, 2010 s. 71.



Ved endringen av påtaleinstruksen<sup>24</sup> ble det fastsatt at politiet skulle orientere mistenkte om retten til taushet før et avhør tok til. I dagens straffeprosesslov § 90 er dette også gjennomført for rettslige avhør. Videre oppstiller § 92, annet ledd forbud mot bruk av løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang.

Utviklingen viser at reguleringen i norsk rett har gått fra å beskytte myndighetens interesser, det å få en mistenkt til å forklare seg uansett hans bakgrunn for å forholde seg taus, til å beskytte den mistenktes interesser av å forholde seg taus. Bakgrunnen for denne utviklingen ser vi i de legislative hensynene bak reguleringene. De legislative hensynene vil derfor bli behandlet i det videre.

## **2.2 Legislative hensyn – Retten til å forholde seg taus**

De legislative hensynene bak retten til å forholde seg taus er av betydning for tolkningen av de norske straffeprosessuelle reglene. Det er hensiktsmessig å trekke frem at når vernet mot selvinkriminering ikke følger direkte av EMK art. 6, men er innfortolket, fører dette til at de legislative hensynene EMD bygger sine avgjørelser på får stor vekt. Når en ikke har mulighet til å tolke ordlyden av regelen må hensynene bak regelen vektlegges, både angående spørsmål om den materielle rekkevidden og anvendelsesområdet til selvinkrimineringsvernet.

De legislative hensynene som skal behandles i det følgende er hensynet til den siktedes personlige integritet, vern mot overgrep fra myndighetene, hensynet til et materielt riktig resultat og hensynet til en effektiv strafferettspleie.<sup>25</sup>

Et av de mer sentrale hensynene som begrunner vernet mot selvinkriminering er synet på hva som utgjør en human prosessordning og hensynet til respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet.<sup>26</sup> Hensynet til siktedes personlige integritet står også sterkt i EMD praksis. I saken Allan mot Storbritannia hadde politiet plassert en informant i samme fengselscelle som den siktede. Dette var gjort for å tvinge frem kriminelle erkjennelser når

---

<sup>24</sup> Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

<sup>25</sup> Se Rui, 2009 s. 50-52

<sup>26</sup> NOU 2016:24 s. 209.

den siktede hadde valgt å forholde seg taus. Det materialet som informanten hadde samlet inn utgjorde en sentral del av bevisene i saken.<sup>27</sup>

EMD kom i denne saken frem til at dette var en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1 og de uttalte at retten til å ikke inkriminere seg selv går først og fremst ut på å respektere «...the will of an accused person to remain silent...» og at myndighetene i en straffesak skal strekke seg etter å bevise saken mot den siktede «...without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused...».<sup>28</sup>

Den siktedes autonomi, hans valg til å forholde seg taus, ble undergravid når myndighetene lokket frem inkriminerende erkjennelser som fremmes som bevis i saken. Dette strider mot de prosessuelle grunnverdier om at prosessen skal inngi tillit, vise respekt for partenes privatsfære og behandle parten på en verdig måte.<sup>29</sup> Det å tvinge vedkommende til å prioritere straffesaksapparatets behov foran egeninteresser bryter således med ideen om en verdig prosess.<sup>30</sup> En forklaringstvang er et inngrep i mistenktes negative ytringsfrihet og mistenktes autonomi vil sikres ved at han får frihet til å bestemme om han vil snakke med myndighetene eller ikke. Valgfriheten som gis ved rettigheten til å forholde seg taus, er en sentral og nødvendig rettighet for å oppfylle disse målene.

Et annet hensyn som står sentralt i begrunnelsen for retten til taushet er vern mot overgrep fra myndighetene. EMD har uttalt at mistenkte skal beskyttes mot «[...]improper compulsion by the authorities[...]

» og bidra til «[...]the avoidance of miscarriages of justice [...]».<sup>31</sup> Vernet mot selvinkriminering er dermed sentralt i beskyttelsen av borgeren mot den overlegne part som staten er i en straffeforfølgningssituasjon. Når myndighetene vet at bevis som er fremskaffet ved bruk av tortur, umenneskelig, nedverdiggende eller annen utilbørlig fremferd ikke tillates ført, har slike virkemidler ingen funksjon for å fremskaffe en tilståelse.<sup>32</sup> Retten til å forholde seg taus forebygger derfor mot overgrep fra myndighetene.

---

<sup>27</sup> Allan mot Storbritannia: Dom av 5. november 2002, application no. 48359/99 avsnitt 45.

<sup>28</sup> Allan mot Storbritannia avsnitt 44.

<sup>29</sup> Se Øyen, 2010 s. 109.

<sup>30</sup> NOU 2016:24 s. 209.

<sup>31</sup> Saunders mot Storbritannia: Dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91 avsnitt 68

<sup>32</sup> Se Rui, 2009 s. 50-52.

Dette poenget kommer tydelig frem i Sanders mot Storbritannia der EMD uttaler at vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus fører til at myndighetene «[...]seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused». <sup>33</sup>

En av hovedoppgavene myndighetene har er å ivareta den offentlige interesse i en materiell riktig avgjørelse. <sup>34</sup> Denne interessen er ofte omtalt som den materielle sannhets prinsipp. Prinsippet går ut på at avgjørelser tatt i en straffesak skal treffes på grunnlag av sannheten, med andre ord det som faktisk har skjedd. For å finne det materielle riktige resultatet skal saken være så godt opplyst som mulig. I norsk rett kommer dette tydelig frem i straffeprosessloven § 294 der det fremgår at retten skal «våke over at saken blir fullstendig opplyst».

I Rt. 1993 s. 202 uttaler høyesterett at taushetsretten er «særlig begrunnet i at en siktet ikke skal ha plikt til å angi seg selv eller komme i det dilemma at han må lyve for å unngå dette». <sup>35</sup> Hvis en mistenkt underlegges forklaringsplikt kan dette medføre at det blir oppgitt feilaktig informasjon som kan vanskeliggjøre det å oppnå et materiell riktig resultat.

Et hensyn som taler mot retten til å forholde seg taus er hensynet til en effektiv strafferettspleie. Dette fremgår blant annet i straffeprosessloven § 226, tredje ledd der det står at etterforskning «skal gjennomføres så raskt som mulig og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe». Det kan argumenteres for at en forklaringsplikt vil føre til at opplysning av saken skjer så kjapt som mulig. På den andre siden vil ikke en slik forklaringsplikt nødvendigvis føre til en mer effektiv strafferettspleie dersom den mistenkte avgir falsk eller villedende forklaring.

## **2.3 Rettslig forankring – Retten til å forholde seg taus**

Retten til å forholde seg taus er forankret i Grunnloven, norsk formell lov og internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter. Legalitetsprinsippet er grunnsteinen i

---

<sup>33</sup> Saunders mot Storbritannia avsnitt 68.

<sup>34</sup> Kjelby, 2019 s. 277.

<sup>35</sup> Rt. 1993 s. 202 på s. 209.

selvinkrimineringsvernet, herunder retten til å forholde seg taus.<sup>36</sup> Prinsippet er lovfestet i Grunnloven § 96, første ledd, EMK art. 8 nr. 2, første punktum og menneskerettighetsloven § 2, nr. 1. Legalitetsprinsippet er også et alminnelig ulovfestet prinsipp og går i korte trekk ut på at inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Selv om retten til taushet ikke hadde vært lovregulert hadde legalitetsprinsippet gitt en beskyttelse ved å kreve hjemmel i lov dersom det skulle vært tale om en forklaringsplikt. Legalitetsprinsippet sikrer altså den straffeforfulgtes rett til taushet. I det følgende vil den rettslige forankringen om retten til å forholde seg taus i norsk og internasjonal rett bli behandlet.

### **2.3.1 Norsk rett**

I norsk rett har retten til å forholde seg taus vært et grunnleggende straffeprosessuelt prinsipp og en rettsikkerhetsgaranti. Det uttales blant annet i Rt. 1999 s. 1269 at «også lenge før [SP og EMK] ble gjort til norsk rett, har det vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt».<sup>37</sup>

Grunnloven § 95 oppstiller en konstitusjonell forankring av vernet mot selvinkriminering. Det fremgår av bestemmelsen at: «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig». Dette er en forankring av EMK art. 6 nr. 1 der retten til å forholde seg taus som nevnt er innfortolket i ordlyden. Retten til å forholde seg taus har tilsvarende blitt innfortolket i Grunnloven § 95 av Høyesterett i Rt. 2014 s. 1292. Høyesterett trekker i denne saken paralleller mellom Grunnloven § 95 om «rettferdig rettergang» og de lignende bestemmelsene i EMK art. 6 nr. 1. om «fair trial» og SP art. 14 nr. 3. bokstav g.<sup>38</sup> Høyesterett uttaler i saken at «presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper» og at den mistenkte ikke kan «domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring».<sup>39</sup> Det er dermed på det rene at retten til taushet skal innfortolkes i «rettferdig rettergang» i Grunnloven § 95.

Grunnloven § 95 må tolkes i lys av Grunnloven § 92 der det fremgår at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene». Grunnloven § 95 jf. Grunnloven

---

<sup>36</sup> Øyen, 2010 s. 18.

<sup>37</sup> Rt. 1999 s. 1269 på s. 1271-1272.

<sup>38</sup> Øyen, 2010 s. 18.

<sup>39</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 15.

§ 92 pålegger statsmakten en aktivitetsplikt for ivaretagelse av rettighetene. For domstolene innebærer denne sikringsplikten at de må håndheve menneskerettighetene i Grunnloven og Norges bindende menneskerettighetsforpliktelser. Dette fremheves i Rt. 2014 s. 1292 der Høyesterett uttaler at «retten til en rettferdig rettergang etter Grunnloven §95, første ledd er en selvstendig rettsnorm» og at det medfører «at den enkelte kan påberope seg bestemmelsen overfor domstolene dersom han eller hun mener at retten til rettferdig rettergang ikke er ivaretatt».<sup>40</sup>

Det fremgår av forarbeidene til Grunnloven at bestemmelsen i § 95 vil «fungere som en rettslig skranke for lovgiver» og at prinsippet om rettferdig rettergang vil «prege tolkningen av annen lovgivning».<sup>41</sup> Dette er en annen virkning av sikringsplikten. Høyesterett fremhever denne rettslige skranken medfører at «straffeprosesslovens mer detaljerte regler alltid må avstemmes med det overordnede kravet om at rettergangen skal være rettferdig».<sup>42</sup>

Det følger av Grunnloven § 96, annet ledd at «enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Retten til taushet og uskyldspresumsjonen har nær sammenheng da det å fremtvinge en skylderkjennelse ofte bygger på en forutsetning om at mistenkte er skyldig.<sup>43</sup> Høyesterett kommenterte i Rt. 2014 s. 1292 sammenhengen mellom uskyldspresumsjonen og retten til å forholde seg taus. Førstevoterende skriver at:

«Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil» og at «[d]en tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring».<sup>44</sup>

Det at påtalemyndigheten har bevisbyrden fører til at anklagen må bygge på selvstendige bevis, og anklagen kan ikke alene bygge på den mistenktes passivitet eller taushet. Grunnloven § 96 innehar dermed et vern mot selvinkriminering, men fra et annet perspektiv, nemlig bevisbyrden.

---

<sup>40</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 21.

<sup>41</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 122.

<sup>42</sup> HR-2018-1909 A avsnitt 29.

<sup>43</sup> NOU 2003:15 punkt 5.7.12.1.

<sup>44</sup> Rt. 2014 s. 1292 avsnitt 15.

Når det kommer til de mer detaljerte reglene i straffeprosessloven, kommer retten til å forholde seg taus frem i straffeprosessloven § 90 og § 232 angående henholdsvis rettslige og utenomrettslige avhør. Det fremgår av begge bestemmelsene at en tiltalt eller en mistenkt ikke har plikt til å forklare seg. Det følger videre av straffeprosessloven § 92, annet ledd at «[l]øfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang ikke må brukes». Bestemmelsen forbyr dermed bruk av umoralske metoder der en straffeforfulgt ikke ønsker å forklare seg.

Høyesterett har på ulovfestet grunnlag oppstilt regler om bevisavskjæring i tilfeller hvor bevis er innhentet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Det er nærliggende å si at brudd på reglene overfor om retten til taushet kan føre til bevisavskjæring. Om dette skriver Øyen at et «bevisforbud ut ifra en slik tankegang er særlig nærliggende hvis et bevis er fremskaffet gjennom brudd på et forbud eller en rettighet som har status som en menneskerettighet».<sup>45</sup>

Straffeprosessloven § 93, annet ledd og bruk av taushet eller tilbakeholdenhet som bevis for skyld utgjør imidlertid et inngrep i retten til taushet. Bestemmelsen vil bli behandlet senere i avhandlingen under punkt 3.1.1.

### ***2.3.2 Internasjonal rett***

Av straffeprosessloven § 4 forutsettes straffeprosessen å stemme overens med folkeretten. Av menneskerettsloven § 2 jfr. § 3, skal bestemmelsene i EMK og SP gå foran norsk rett ved motstrid. I Rt. 2000 s. 996 slo Høyesterett fast grunnleggende tolkningsprinsipper for norske domstolars forståelse av EMK. Det uttales at det:

«følger av forrangbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK, fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt».<sup>46</sup>

Videre uttaler Høyesterett at: «Selv om norske domstoler ved anvendelsen av EMK skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, er det EMD som i første rekke har til

---

<sup>45</sup> Øyen, 2016 s. 412.

<sup>46</sup> Rt. 2000 s. 996 på s. 1008.

oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser».<sup>47</sup>

Når norske domstoler skal tolke EMK skal de dermed bruke de samme tolkningsprinsippene som EMD, men skal ikke drive rettsutvikling på EMKs anvendelsesområde.

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at «[i]n the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing». Som tidligere nevnt fremgår ikke vernet mot selvinkriminering uttrykkelig av ordlyden, men det er på bakgrunn av langvarig EMD praksis klart at selvinkrimineringsvernet, herunder retten til taushet, utgjør en sentral del av retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1. Allerede i den første dommen EMD behandlet om selvinkriminering kom dette frem. I Funke mot Frankrike forsøkte myndigheten å tvinge Funke til å fremlegge bevis for lovbrudd han angivelig hadde begått.

EMD uttalte i denne sammenheng at «[t]he special features of customs law [...] cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself».<sup>48</sup>

Dette standpunktet ble videreført i blant annet Saunders mot Storbritannia, der det uttales: «although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6».<sup>49</sup>

Kravet om en rettferdig rettergang er i FN fulgt opp i SP artikkel 14, som Norge har forpliktet seg til å følge. Det følger av SP artikkel 14, punkt 3 jf. bokstav g at «[i]n the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality [...] not to be compelled to testify against himself or to confess guilt». Rettigheten som bestemmelsen oppstiller er snevrere enn det som oppstilles i norsk rett og i EMK. Ordlyden «[i]n the determination og any criminal charge» må forstås slik at den

---

<sup>47</sup> Rt. 2000 s. 996 på s. 1008.

<sup>48</sup> Funke mot Frankrike avsnitt 44.

<sup>49</sup> Saunders mot Storbritannia avsnitt 68.

mistenkte bare kan påberope seg rettigheten på det stadiet av saken der selve anklagen skal avgjøres. Bestemmelsen har dermed kun virkeområde i rettslige avhør under en hovedforhandling. Det finnes lite praksis der virkeområdet og innholdet bestemmelsen presiseres, og bestemmelsen vil ikke bli behandlet videre i avhandlingen.

Vernet etter EMK art. 6 nr. 1 vil derimot gjelde på etterforskningsstadiet. Det følger av bestemmelsen at virkeområdet er «[i]n the determination of [...] any criminal charge». I relasjon til vernet mot selvinkriminering har EMD benyttet kriteriet «a specific suspicion».<sup>50</sup> En konkret mistanke angående et straffeforhold er tilstrekkelig for at en mistenkt er beskyttet av selvinkrimineringsvernet og retten til taushet etter EMK art. 6 nr. 1.

---

<sup>50</sup> Se Weh mot Østerrike: Dom av 8. april 2004, application no. 38544/97 avsnitt 52.



### **3 Mistenktes taushet eller forbeholdenhet som bevis for skyld**

Problemstillingen som i det videre skal drøftes gjelder rettens bruk av mistenktes taushet som bevis for skyld. Dette har vært en kontroversiell problemstilling da den straffeforfulgte har en rett til å tie fullstendig, men dommeren kan tillegge denne tausheten bevismessig vekt i skyldspørsmålet. Det er et betydelig inngrep i den straffeforfulgtes rettighet til taushet at retten trekker negative bevismessige slutninger fra denne tausheten.

For å sikre den mistenktes rett til å forholde seg taus må han bli orientert om at han ikke er pliktig til å forklare seg. Det følger av straffeprosessloven §232, første ledd at «før det foretas avhør av mistenkte» skal han gjøres kjent med at «han ikke har plikt til å forklare seg». En slik informasjonsrett sikrer den mistenktes mulighet til å ta et informert valg om han ønsker å uttale seg eller å forholde seg taus.

For at taushet fra mistenkte skal kunne vektlegges som bevis i skyldvurderingen, må den mistenktes valg om å forholde seg taus si noe om hans skyld. Det er ikke uvanlig at en mistenkt forholder seg taus eller forklarer seg forbeholdent overfor politiet og retten. Det er naturlig å tenke at en uskyldig mistenkt ønsker å forklare seg, da han bare kan vinne på å avgi en forklaring. På den andre siden er det lett å tenke at den som forholder seg taus har noe straffbart å skjule. En slik presumsjon er ikke rettslig holdbar, men det er denne oppfatningen som begrunner anvendelsen av mistenktes taushet som bevis.

Når det skal gjøres inngrep i retten til å ikke forklare seg, stiller legalitetsprinsippet opp et krav om hjemmel i lov. I det følgende vil det rettslige grunnlaget for å vektlegge taushet som bevis for skyld gjennomgås. Videre vil vurderingsnormen EMD har oppstilt for hvilken utstrekning domstolene kan tillegge taushet bevismessig vekt gjennomgås.

#### **3.1 Rettslig grunnlag for å vektlegge taushet som bevis**

##### ***3.1.1 Straffeprosessloven §93, annet ledd***

Straffeprosessloven § 93 andre ledd lyder: «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». Ordlyden av «kan» gjør det klart at det ikke er noe automatikk at passivitet blir vektlagt bevismessig. Videre tilsier ordlyden at bestemmelsen kun gjelder for passivitet i hovedforhandling og ikke overfor politiet i etterforskningsfasen. Hvorvidt bestemmelsen i straffeprosessloven § 93, annet ledd kan anvendes analogisk i politiavhør behandles under punkt 4.

Straffeprosessloven § 232 regulerer politiets avhør av mistenkte og i bestemmelsens annet ledd, annen punktum henvises det til reglene for rettslige avhør i straffeprosessloven § 92, men ikke til bestemmelsen i straffeprosessloven § 93, annet ledd. Den manglende henvisningen til straffeprosessloven § 93, annet ledd kan tilsa at mistenktes taushet overfor politiet ikke er et like sentralt bevis som hans taushet overfor retten. Det tilsier derimot neppe at taushet overfor politiet overhodet ikke kan tas i betraktning i bevisvurderingen i rettssak.<sup>51</sup>

Høyesterett har ikke behandlet problemstillingen på prinsipielt grunnlag. Uttalelser fra Rt. 1993 s. 202 trekker i retning av at mistenktes taushet overfor politiet kan tas i betraktning, da uttalelsen ikke synes å skille taushet i politiavhør og taushet i retten.<sup>52</sup> Høyesterett uttaler at 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».<sup>53</sup>

EMD har uttalt at vernet mot selvinkriminering i EMK art. 6 ikke setter skranker for adgangen til å ta mistenktes passivitet i betraktning i bevisvurderingen.<sup>54</sup> EMD har heller ikke oppstilt et skille mellom taushet under politiavhør eller taushet under hovedforhandling. Dette ser man i Beckles mot Storbritannia der det uttales:

«Accordingly, the fact that a trial judge leaves a jury with the option of drawing adverse inference from an accused's silence either, as in the instant case, during police interview or

---

<sup>51</sup> Øyen, 2010 s. 284.

<sup>52</sup> Øyen, 2010 s. 284.

<sup>53</sup> Rt. 1993 s. 202 på s. 208.

<sup>54</sup> John Murray mot Storbritannia: Dom av 8. februar 1996, application no. 18731/91 avsnitt 47

during his trial cannot of itself be considered incompatible with the requirement of a fair trial». <sup>55</sup>

I den videre fremstillingen vil det ikke skilles mellom taushet ved politiavhør og taushet ved hovedforhandling.

En viktig oppklaring angående vernet om selvinkriminering kom i John Murray mot Storbritannia. Murray hadde nektet å forklare seg både overfor politiet og retten. Dommen innebar at mistenktes taushet kan vektlegges som et selvstendig bevis, og ikke bare som et element i vurderingen av hvor troverdig en eventuell forklaring fra hans side er. <sup>56</sup>

Det kan legges til grunn at taushet eller tilbakeholdenhet hos siktede kan brukes som et selvstendig bevis mot han. Likevel må det være en absolutt terskel at vektleggingen av taushet ikke må stride mot vernet mot selvinkriminering, uskyldspresumsjonen eller kravet til en rettferdig rettergang jf. Grl. §§ 95 og 96 andre ledd og EMK art. 6.

### ***3.1.2 Prinsippet om fri bevisføring***

Prinsippet om fri bevisføring og fri bevisvurdering er sentrale rettslige utgangspunkt i straffeprosessen. Selv om prinsippet om fri bevisføring verken kom til uttrykk i straffeprosessloven fra 1887 eller dagens straffeprosesslov er det ingen tvil om at utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisføring. <sup>57</sup> Prinsippet bygger på den oppfatning at sannheten gjennomgående fremmes i størst grad dersom bevisføringen og bevisbedømmelsen er fri og ikke bundet av rettsregler. <sup>58</sup>

Utgangspunktet er at prinsippet om fri bevisføring gjelder for alle typer bevismidler og informasjon. En vesentlig avgrensning er derimot at prinsippet om fri bevisføring gjelder bare for bevis som kan belyse det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. <sup>59</sup> Videre følger det av straffeprosessloven § 292, andre ledd bokstav a, at retten kan avskjære bevis «når beviset [...] gjelder forhold som er uten betydning for dommens innhold».

---

<sup>55</sup> Beckles mot Storbritannia: Dom av 8. oktober 2002, application no. 44652/98 avsnitt 57.

<sup>56</sup> Øyen, 2010 s. 286.

<sup>57</sup> Øyen, 2016 s. 378.

<sup>58</sup> NOU 2016:24 s. 263.

<sup>59</sup> Øyen, 2016 s. 378.

I Rt. 2003 s. 549 uttaler Høyesterett at:

«Utgangspunktet er at partene kan føre alle bevis som vedrører saken [...] Dersom beviset er kommet til på ulovlig eller kritikkverdig måte, kan imidlertid retten nekte dette ført om beviset er lite til å stole på eller hvor føring av beviset krenker beskyttelsesverdige interesser eller representerer en gjentakelse eller fortsettelse av rettsbruddet...».<sup>60</sup>

Som utgangspunkt faller derfor siktedes passivitet eller tilbakeholdenhet inn under den frie bevisføring, så lenge tausheten er relevant og kan belyse avgjørelsesgrunnlaget i saken.

Prinsippet om fri bevisbedømmelse innebærer at retten fritt vurderer hvilke av de fremlagte bevis som er relevante og hvilken vekt de skal ha. Straffeprosessloven §§ 294 og 305 er utslag av prinsippet. Straffeprosessloven § 305 forutsetter imidlertid at denne tausheten har fremkommet under hovedforhandling. Taushet under politiavhør må bevisføres gjennom dokumenter eller vitneforklaringer på lik linje som øvrige bevis.

### **3.2 I hvilken utstrekning kan domstolene legge vekt på siktedes taushet eller tilbakeholdenhet som bevis for straffeskyld?**

Bakgrunnen for selvinkrimineringsprinsippet og retten til å forholde seg taus er som nevnt i punkt 2 å sikre den mistenktes personlige integritet, verne mot overgrep fra myndighetene og til slutt sikre et materielt riktig resultat. Dersom domstolene kan legge for stor eller avgjørende vekt på taushet i skyldspørsmålet vil selvinkrimineringsvernet bli utvannet til den grad at det ikke lenger er en rettssikkerhetsgaranti som sikrer de overnevnte hensynene.

Når det kommer til spørsmålet om hvilken utstrekning retten kan legge vekt på mistenktes taushet har Høyesterett 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. På samme måte vil det kunne tale mot en siktet at vedkommende gir en uriktig forklaring, også om feilene ikke har betydning for de

---

<sup>60</sup> Rt. 2003 s. 549 avsnitt 17.

sentrale spørsmål i saken. Utvalget finner imidlertid at det ikke kan legges avgjørende vekt på dette i forhold til sannsynliggjøringskravet ...».<sup>61</sup>

Det er på det rene at en ikke kan legge avgjørende vekt på taushet, men Høyesterett har gitt få retningslinjer ut over dette. EMD har derimot i sin praksis gitt veiledning for når og i hvilken utstrekning taushet kan vektlegges. Dette vil bli behandlet i det følgende.

### ***3.2.1 EMD – Kravet til en konkret helhetsvurdering***

I saken John Murray mot Storbritannia oppstiller EMD to rettslige ytterpunkt som utgangspunkt for adgangen til å vektlegge taushet som bevis. EMD uttaler at det er i strid med EMK art. 6 nr. 1 «to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself».<sup>62</sup> Dette skal likevel ikke «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».<sup>63</sup> EMD legger til grunn at domstolen ikke kan legge avgjørende vekt på mistenktes taushet, men at domstolen kan vektlegge taushet i situasjoner der det foreligger en klar oppfordring for den mistenkte om å forklare seg. I det siste tilfellet vil bevisene være så klare i seg selv at de gir mistenkte en oppfordring til å forklare seg.

Øyen tar til orde for at EMD har benyttet et mildere kriterium enn hva som ble oppstilt i John Murray mot Storbritannia. Han skriver at skranken «er ikke så vidtrekkende at bevisene *klart* må gi mistenkte en oppfordring til aktivitet. I Murray-saken ble uttrykket «clearly call for» brukt for å beskrive en situasjon som var åpenbar («obvious»). I EMDs konkrete drøftelse i Telfner-saken [...] ble det mer moderate kriteriet «call for» benyttet. Det samme ble gjort i saken Averill mot Storbritannia».<sup>64</sup> Eksempelvis vil en forklaring fra mistenkte anses påkrevd der den mistenkte unnlater å redegjøre for hvorfor han befant seg ved eller i nærheten av åstedet på tidspunktet for forbrytelsen.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Rt. 1993 s. 202 på s. 207.

<sup>62</sup> John Murray mot Storbritannia avsnitt 47.

<sup>63</sup> John Murray mot Storbritannia avsnitt 47.

<sup>64</sup> Øyen, 2010 s. 333.

<sup>65</sup> Øyen, 2010 s. 334.

Hvorvidt bevissituasjonen påkaller aktivitet fra mistenkte beror på en helhetsvurdering der sentrale momenter er bevisenes styrke samlet sett, bevisenes art og i hvilken grad mistenkte, ut fra sin antatte kunnskap om saken kan forklare bevissituasjonen.<sup>66</sup> Dersom bevisenes art eller styrke ikke er synlige for mistenkte på det tidspunktet han forholder seg taus vil ikke den mistenkte ha en oppfordring til å forklare seg. En synliggjøring kan skje gjennom siktedes egne oppfatning, opplysninger fra forsvarer eller gjennom henvisning til rettslige avgjørelser i etterforskningen.<sup>67</sup> Kravet til en konkret helhetsvurdering vil oppfordre de nasjonale domstolene til å være mer bevisste på den aktuelle bevissituasjonen som foreligger i saken. Det vil som resultat medføre at den mistenktes rettssikkerhet blir bedre ivaretatt.

Med hensyn til hvorvidt bevissituasjonen påkaller aktivitet fra mistenkte uttaler EMD i Murray mot Storbritannia:

«Whether the drawing of adverse inferences 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 inferences 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».<sup>68</sup>

Momentene som ble fremhevet i denne dommen og kravet til en konkret helhetsvurdering er fulgt opp i senere praksis. I senere praksis har EMD også tatt hensyn til tilstedeværelsen av rettssikkerhetsgarantier og bakgrunnen for at den mistenkte holder seg taus. Videre i avhandlingen skal det gjøres rede for momentene EMD har vektlagt i helhetsvurderingen hvorvidt bevissituasjonen påkaller aktivitet fra mistenkte.

### ***3.2.2 Bakgrunnen for siktedes valg om å forholde seg taus***

Dersom mistenktes passivitet skal brukes som et bevis mot ham, må dette bygge på at mistenkte har foretatt en selvstendig vurdering og kommet til at passivitet bør velges.<sup>69</sup> Det må foreligge et bevisst og rasjonelt valg bak passiviteten, og det er svært betenkelig å trekke

---

<sup>66</sup> Øyen, 2010 s. 334.

<sup>67</sup> Øyen, 2010 s. 333.

<sup>68</sup> John Murray mot Storbritannia avsnitt 47.

<sup>69</sup> Øyen, 2010 s. 323.

bevismessige slutninger fra passivitet hvis personen for eksempel er under ruspåvirkning eller har et lavt intellektuelt nivå.

En antakelse om at passivitet hos mistenkte indikerer skyld bygger på en forutsetning om at en uskyldig mistenkt vil bidra med aktivitet i den aktuelle situasjonen fordi det øker muligheten for at saken henlegges eller at han blir frifunnet.<sup>70</sup> Eller at en uskyldig mistenkt verdsetter en økt mulighet for henleggelse eller frifinnelse høyere enn de hensyn eller behov som for han tilsier passivitet i den aktuelle situasjonen.<sup>71</sup> I vurderingen om taushet kan anvendes som bevis må en være bevisst på at en ikke er forutinntatt overfor mistenkte som velger å forholde seg taus, og at en foretar en objektiv vurdering for hvilke plausible årsaker som kan føre til at mistenkte ikke ønsker å forklare seg.

Dette fremgår også i dommen Averill mot Storbritannia. Averill var siktet for blant annet innbrudd, biltyveri og medvirkning til drap. Han hadde nektet å forklare seg under politiavhør om de tekniske bevisene som ble funnet på åstedet, men forklarte seg i retten om hvorfor DNA-et hans ble funnet på åstedet og oppga et alibi for gjerningstidspunktet. EMD uttalte i saken:

«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».<sup>72</sup>

Domstolen fremhevet her at det kan være årsaker som vil føre til at en uskyldig person ønsker å forholde seg taus. Om hvilke plausible årsaker som kan ligge til grunn for et slikt valg, skriver Øyen:

«En mulig grunn til at mistenkte anser bevisrisikoen ved taushet som lavest, er at han fra tidligere har dårlig erfaring med politiets avhørsmetoder, herunder med måten hans forklaring

---

<sup>70</sup> Øyen, 2010 s. 321.

<sup>71</sup> Øyen, 2010 s. 321.

<sup>72</sup> Averill mot Storbritannia: Dom av 6. juni 2000, application no. 36408/97 avsnitt 49

er blitt protokollert på. En annen mulig grunn er at mistenkte er redd han vil vikle seg inn i selvmotsigelser eller uklarheter hvis han forklarer seg. Risikoen for at en uskyldig mistenkt kan ha vurdert situasjonen slik, er særlig aktuell ved taushet like etter en pågrepelse, ikke minst der mistenkte mangler erfaring med politiavhør og ikke har konferert med en forsvarer, der mistenkte er ruspåvirket eller i psykisk ubalanse, og der den overtredelsen mistanken gjelder, er lite konkretisert forut for avhøret». <sup>73</sup> Med andre ord er det flere plausible årsaker som kan føre til at en mistenkt i en straffesak ikke ønsker å forklare seg. Det er ikke nødvendigvis bare det at han prøver å unngå straff.

I Getiren mot Tyrkia nektet den siktede å skrive under på en erklæring som forklarte at han forholdt seg taus overfor politiet fordi han kun sto til ansvar for en organisasjon kalt PKK. EMD uttaler at «[i]n the Court's view, by finding that the applicant was behaving as a member of an illegal organisation since he had not signed this document, [...] the Istanbul State Security Court regarded the applicant's silence in itself as an indication of his guilt, in breach of the very essence of the right to a fair trial». <sup>74</sup> Domstolen hadde ikke vurdert innholdet av erklæringen og konteksten for hvorfor en person ikke ville undertegne en slik erklæring. Den nasjonale domstolen gjorde ikke vurderingen om hvorfor den mistenkte forholdt seg taus, men anså tausheten som en indikasjon for skyld. EMK kom da frem til at det forelå et brudd på EMK art. 6 nr. 1 fordi domstolen «regarded the applicant's silence in itself as an indication of his guilt».

I Averill-dommen uttaler EMD at det ikke kan utelukkes at siktedes taushet er grunnet råd han har fått fra en forsvarer. EMD uttaler at:

«It cannot be excluded that the accused's continued silence is based on, for example, bona fide advice received from his lawyer» <sup>75</sup>

Mistenkte vil ofte stole på forsvarerens råd om taushet uten nærmere vurdering om hva dette vil si for hans sak. Hvorvidt mistenktes passivitet skal brukes som et bevis mot ham, til tross for at hans forsvarer har rådet ham til passivitet, må dette bygge på at mistenkte har foretatt en

---

<sup>73</sup> Øyen, 2010 s. 322.

<sup>74</sup> Getiren mot Tyrkia: Dom av 22. juli 2008, application no. 10301/03 avsnitt 127.

<sup>75</sup> Averill mot Storbritannia avsnitt 49



selvstendig vurdering og kommet til at passivitet bør velges.<sup>76</sup> Dersom dette ikke er tilfelle vil domstolen trekke bevisslutninger fra forsvarers råd, ikke den mistenktes taushet.

EMD behandlet i *Condron mot Storbritannia* denne problemstillingen. De mistenkte i saken hadde forholdt seg tause, som de forklarte under hovedforhandlingen skyldtes råd fra forsvarerne. EMD uttaler i saken at:

«...the very fact that an accused is advised by his lawyer to maintain his silence must also be given appropriate weight by the domestic court. There may be good reason why such advice may be given. The applicants in the instant case state that they held their silence on the strength of their solicitor's advice that they were unfit to answer questions».<sup>77</sup>

EMD fremhever her at retten må ta særlig hensyn til at råd fra en forsvarer kan være grunnet andre årsaker enn mistenktes skyld. De siktede i *Cordron*-saken hadde abstinenssymptomer fra heroinmisbruk under politiavhørene. Forsvareren hadde vitnet i saken om at han derfor var bekymret for om de siktede hadde kapasitet til å forstå spørsmålene under avhøret. Det var denne bekymringen som begrunnet rådet til de siktede om å forholde seg tause.

Under iretteføring av saken nevnte rettens formann at forsvarer hadde rådet de siktede til taushet, men gjorde det på en slik måte at det ble opp til juryen å trekke bevismessige slutninger fra tausheten. Dette var uavhengig av om juryen fant de tiltaltes forklaring om årsaken til tausheten troverdig eller ikke. EMD kom frem til at det forelå brudd på EMK art. 6 nr. 1. i saken da den nasjonale retten ikke hadde begrenset juryens skjønn. Rettens formann hadde ikke informert juryen om at bevismessige slutninger fra mistenktes taushet bare kan trekkes dersom «the applicants' silence at the police interview could only sensibly be attributed to their having no answer or none that would stand up to cross-examination».<sup>78</sup>

Det som fremstår som sentralt i EMDs praksis er at de nasjonale domstolene kan rettmessig legge vekt på den mistenktes taushet der bevisene i seg selv gir en oppfordring til en forklaring. Retten skal likevel søke å klarlegge bakgrunnen for valget av taushet, og tausheten må bygge på et bevisst og rasjonelt valg. I de tilfellene mistenkte er bistått av en forsvarer kan

---

<sup>76</sup> Øyen, 2010 s. 322.

<sup>77</sup> *Condron mot Storbritannia*: Dom av 2. mai 2000, application no. 35718/97 avsnitt 60.

<sup>78</sup> *Condron mot Storbritannia* avsnitt 61.

ikke tausheten i seg selv tilsi skyld. Det er bare der «the applicants' silence at the police interview could only sensibly be attributed to their having no answer or none that would stand up to cross-examination»<sup>79</sup> at det er legitimt å legge vekt på taushet. Dersom det foreligger en plausibel grunn for mistenktes taushet, vil ikke en vektlegging av denne være forenlig med kravet til en rettferdig rettergang, med mindre det etter en helhetsvurdering er andre tungtveiende momenter som tilsier at tausheten likevel kan vektlegges i skyldspørsmålet.

### ***3.2.3 Betydningen av rettssikkerhetsgarantier – 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.<sup>80</sup> Det følger av EMK art. 6 nr. 3 at alle som er mistenkt for en kriminell handling har minimumsrettigheter som konkretiserer kravet til en rettferdig rettergang. Dette er blant annet å få tilstrekkelig tid til å forberede sitt forsvar, ha tilgang på tolk, muligheten til å imøtekomme bevis og juridisk støtte gjennom en forsvarer. Hvorvidt det foreligger grunnleggende rettssikkerhetsgarantier på det tidspunktet siktede forholder seg taus, er et viktig moment i vurderingen om retten kan trekke bevismessige slutninger fra taushet. Hvis det ikke foreligger grunnleggende rettssikkerhetsgarantier vil dette tale sterkt mot bruk av taushet som bevis.

Det å få bistand fra forsvarer er en viktig rettssikkerhetsgaranti. Det må antas at risikoen for et uoverveid valg av aktivitet eller passivitet reduseres gjennom bistand og at risikoen for et uheldig press i en avhørssituasjon reduseres der mistenkte er bistått av forsvarer.<sup>81</sup> Vernet mot selvinkriminering henger derfor nøye sammen med retten til en forsvarer.

I Pishchalnikov mot Russland fremheves viktigheten av forsvarerbistand for å forhindre brudd på vernet mot selvinkriminering. EMD uttalte at i etterforskningsstadiet vil «an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by

---

<sup>79</sup> Condrón mot Storbritannia avsnitt 61.

<sup>80</sup> Aleksandr Zaichenko mot Russland: Dom av 18. februar 2010, application no. 39660/02 avsnitt 38

<sup>81</sup> Øyen, 2010 s. 337.

the assistance of a lawyer whose task is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself».<sup>82</sup>

Det å få bistand av en forsvarer på et tidlig tidspunkt er dermed et av momentene EMD vektlegger når spørsmål om brudd på selvinkrimineringsretten oppstår. Brudd på selvinkrimineringsretten skjer som regel i den sårbare etterforskningsperioden, og bistand fra en forsvarer på et tidlig stadium vil redusere sjansen for at slike brudd kan skje. Der forsvarer er til stede vil det også forhindre at mistenktes taushet blir tillagt større vekt i bevisvurderingen enn det er grunnlag for.<sup>83</sup>

I saken *Averill mot Storbritannia* la EMD til grunn at manglende forsvarerbistand forut for beslutningen om taushet, ikke i seg selv er et hinder for at bevismessige slutninger kan trekkes. EMD uttaler at manglene forsvarerbistand må anes som «a relevant factor to be weighed in the balance when assessing the fairness»<sup>84</sup> av å vektlegge taushet bevismessig.

Senere i *Condron mot Storbritannia* oppstiller EMD en strengere vurderingsnorm angående spørsmålet:

«For the Court, particular caution is required when a domestic court seeks to attach weight to the fact that a person who is arrested in connection with a criminal offence and who has not been given access to a lawyer does not provide detailed responses when confronted with questions the answers to which may be incriminating».<sup>85</sup>

Hvor stor varsomhet en bevisbedømmer skal utvise der mistenkte på beslutningstidspunktet ikke var bistått av en forsvarer, beror på en konkret vurdering.<sup>86</sup> En må blant annet vektlegge om mistenkte var kjent med strafferettspleien generelt og hva slags type passivitet det er tale om. Det er større grunn til varsomhet der den mistenkte ikke ønsker å avgi politiforklaring enn å utlevere f.eks. dokumenter.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Pishchalnikov mot Russland: Dom av 24. september 2009, application no. 7025/04 avsnitt 69.

<sup>83</sup> Øyen, 2010 s. 343.

<sup>84</sup> *Averill mot Storbritannia* avsnitt 48.

<sup>85</sup> *Condron mot Storbritannia* avsnitt 60.

<sup>86</sup> Øyen, 2010 s. 336.

<sup>87</sup> Øyen, 2010 s. 336.

Et særlig spørsmål oppstår der den mistenkte tilkjennegir at han ønsker å bli bistått av en forsvarer før han tar stilling til om han skal forholde seg taus. Det kan bidra til å sikre effektiviteten av rettigheten dersom mistenkte gis en absolutt beskyttelse mot bevismessige slutninger der han forholder seg passiv i påvente av forsvarerbistand.<sup>88</sup> I *Averill mot Storbritannia* oppstiller ikke EMD et absolutt forbud, men domstolen er restriktive:

«For the Court, considerable caution is required when attaching weight to the fact that a person, arrested, as in this case, in connection with a serious criminal offence and having been denied access to a lawyer during the first twenty-four hours of his interrogation, does not provide detailed responses when confronted with incriminating evidence against him».<sup>89</sup>

Kriteriet «considerable caution» er strengt, og det kan i alle fall bare helt unntaksvis komme på tale å trekke bevismessige slutninger der saken er alvorlig, mistenkte er pågrepet, og han ønsker å konferere med en forsvarer før han tar stilling til om han skal forklare seg.<sup>90</sup>

Tilstedeværelse av forsvarer er en viktig rettssikkerhetsgaranti som reduserer forklaringspress mistenkte kan oppleve under avhør. Det følger av praksisen som er gjennomgått at bistand fra en forsvarer burde gis på et tidlig stadium av etterforskningen. Manglende forsvarerbistand på beslutningstidspunktet er derimot ikke avgjørende for rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet og vil ikke alene føre til brudd på EMK art. 6 nr. 1. Hvor stor varsomhet en bevisbedømmer skal utvise der mistenkte ikke er bistått av forsvarer, beror på en konkret vurdering. Forsvarerbistand er et moment som tas inn i helhetsvurderingen, og selv uten denne rettssikkerhetsgarantien kan bevismessige slutninger trekkes fra mistenktes taushet dersom det er grunnlag for det etter en konkret helhetsvurdering. Retten må likevel utvise stor forsiktighet i alvorlige saker, der mistenkte er pågrepet og forholder seg taus i påvente av forsvarerbistand.

### ***3.2.4 Graden av forklaringspress i den konkrete situasjonen***

---

<sup>88</sup> Øyen, 2010 s. 336

<sup>89</sup> *Averill mot Storbritannia* avsnitt 49.

<sup>90</sup> Øyen, 2010 s. 336.

Graden av forklaringspress i den konkrete situasjonen er et viktig moment i helhetsvurderingen om slutninger fra taushet vil være i strid mot retten til å forholde seg taus.<sup>91</sup> Et direkte press for å få mistenkte til å forklare seg er som en klar hovedregel i strid mot retten til å forholde seg taus. Videre vil det å innhente inkriminerende forklaringer fra mistenkte i strid med EMK art. 3 om tortur alltid være i strid med retten til å forholde seg taus. I tillegg til det klare forbudet mot tortur, vil også trusler om frihetsberøvelse eller rettighetstap som respons på mistenktes taushet utgjøre direkte press.<sup>92</sup>

I *Allan mot Storbritannia* uttaler EMD at også indirekte tvang kan være i strid med retten til å forholde seg taus. Det fremgår av dommen at:

«Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial».<sup>93</sup>

Den straffeforfulgtes valgfrihet til taushet vil bli undergravd dersom myndighetene tyr til uærlige metoder for å innhente inkriminerende opplysninger fra den straffeforfulgte. I det følgende vil det på bakgrunn av EMDs praksis, belyses hvilken grad av indirekte tvang som må foreligge før bevismessige slutninger fra mistenktes taushet vil krenke retten til en rettferdig rettergang.

I *John Murray*-dommen tok EMD stilling til hvorvidt politiets orientering om at taushet under avhøret kunne telle mot mistenkte bevismessig ville være en form for utilbørlig tvang og derfor i strid med EMK art. 6 nr. 1. Domstolen uttalte at «a system which warn the accused [...] that the adverse inferences may be drawn from 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 into conjunction with the weight of the case against him, involves a certain level of indirect compulsion».<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> *Turbylev v. Russia*: Dom av 6. oktober 2015, application no. 4722/09 avsnitt 90.

<sup>92</sup> Se som eksempel *Heaney og McGuinness mot Irland*: Dom av 21. desember 2000, application no. 34720/97. Klageren ble truet med fengselsstraff dersom han nektet å besvare politiets spørsmål.

<sup>93</sup> *Allan mot Storbritannia* avsnitt 50.

<sup>94</sup> *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 50.

Selv om domstolen kom frem til at det er var et visst nivå av indirekte tvang, var det ikke avgjørende siden «the applicant could not be compelled to speak or to testify, as indicated above, this factor on its own cannot be decisive».<sup>95</sup> En orientering om at retten kan trekke bevismessige slutninger fra den mistenktes taushet var dermed ikke nok til å krenke retten til taushet etter EMK art. 6 nr. 1. EMD oppstiller her en ganske høy terskel for bruk av indirekte tvang. Uttalelsene tilsier at så lenge den mistenkte ikke inkriminerer seg som resultat av forklaringspresset, vil ikke denne indirekte tvangen ha særlig rettslig betydning i den konkrete helhetsvurderingen.

EMD har påpekt at når mistenkte blir informert om at taushet kan bli vektlagt av retten, kan han oppleve dette som tvang. Denne oppfatningen vil derimot reduseres hvis det foreligger rettssikkerhetsgarantier. Dette fremgår av *Condron mot Storbritannia* der «..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».<sup>96</sup> Dette viser hvorfor det er nødvendig med en helhetsvurdering angående spørsmålet om retten kan vektlegge mistenktes taushet som bevis for skyld. Det er en nær sammenheng mellom momentene forsvarerbistand og graden av forklaringspress. Bistand av en forsvarer vil kunne redusere det forklaringspresset den mistenkte opplever under avhør.

Direkte press eller tvang vil alltid være i strid med vernet mot selvinkriminering, og bruk av trusler som sanksjonering eller rettighetstap som respons til mistenktes taushet vil føre til brudd på EMK art. 6 nr. 1. Det samme gjelder for når myndigheten tyr til uærlige metoder for å innhente inkriminerende bevis. Når det kommer til indirekte tvang har EMD praksis vist at dersom rettssikkerhetsgarantier er til stede vil dette svekke betydningen av indirekte tvang eller press fra myndighetene. Domstolen har anvendt en konkret helhetsvurdering av om straffeprosessen i sin helhet har oppfylt kravet til rettferdig rettergang, og ikke lagt avgjørende vekt på tilstedeværelsen av den indirekte tvangen. Det er ingen holdepunkter fra EMDs praksis for hvor stor grad av indirekte tvang som kreves, men fra *Murray-dommen* virker det som om terskelen for bruk av forklaringspress er høy, så lenge mistenkte ikke ender opp med å gi etter for dette presset. En antitese av den praksisen som er gjennomgått tilsier at hvis det

---

<sup>95</sup> *John Murray mot Storbritannia* avsnitt 50.

<sup>96</sup> *Condron mot Storbritannia* avsnitt 60.

foreligger en situasjon der en mistenkt er utsatt for en stor grad av indirekte press og der få rettssikkerhetsgarantier foreligger, for eksempel manglende bistand av en forsvarer, kan dette bli utslagsgivende til at prosessen anses for ikke å ha vært rettferdig.

### **3.3 Avsluttende bemerkninger.**

Vernet mot selvinkriminering, herunder retten til taushet vil som overordnede prinsipp vil ikke oppstille en skranke mot at retten trekker bevismessige slutninger fra taushet. Adgangen til å vektlegge mistenktes taushet som bevis for straffeskyld fremgår av prinsippet om den frie bevisbedømmelse og straffeprosessloven §93, annet ledd. Adgangen til å vektlegge taushet begrenses derimot til de tilfellene tausheten vi si noe om den mistenktes skyld. Det er ikke noe automatikk i at dette vil skje.

Når det kommer til hvilken utstrekning domstolene kan vektlegge taushet som bevis, er det klare utgangspunkt at domstolen ikke kan legge avgjørende vekt på taushet som bevis for straffeskyld. Det kan ikke oppstilles en generell rettslig norm for når bevismessige slutninger fra taushet er i strid med retten til en rettferdig rettergang, herunder retten til taushet. EMD har uttalt at det må foretas en konkret helhetsvurdering i hver enkelt situasjon, og domstolen har utviklet og presisert sentrale retningslinjer i denne vurderingen. Formålet med denne helhetsvurderingen er at mistenktes taushet ikke tillegges for stor vekt i forhold til andre relevante bevis.

Dersom mistenktes passivitet skal brukes som et bevis mot ham må tausheten for det første bygge på et bevisst, selvstendig og rasjonelt valg. Videre må domstolen klarlegge bakgrunnen for den siktedes valg om å forholde seg taus. Rettsanvenderen må foreta en objektiv vurdering for hvilke plausible årsaker som kan føre til at den mistenkte ikke ønsker å forklare seg. Dersom det foreligger en plausibel årsak til mistenktes taushet, vil det ikke være adgang for domstolen å vektlegge denne. Gjennomgangen overfor har vist at verken manglende forsvarerbistand eller relativt høyt forklaringspress hver for seg har vært avgjørende for rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra taushet. Kravet til en konkret helhetsvurdering medfører likevel at disse momentene skal ses i sammenheng. I en helhetsvurdering av om straffeprosessen i sin helhet har oppfylt kravet til rettferdig rettergang kan momenter som i seg selv ikke bryter med kravet til rettergang, til sammen medføre brudd

på EMK art. 6 nr. 1. Det er bare i de tilfellene vektlegging av mistenktes taushet i bevisvurderingen er i tråd med det overordnede kravet om rettferdig rettergang, domstolen har adgang til å bruke mistenktes taushet mot ham.



## 4 Anvendelsen av straffeprosessloven §93, annet ledd i politiavhør

### 4.1 Innledende bemerkninger.

Som fremstillingen i punkt 3 viser er det på det rene at mistenktes taushet under politiavhør og i hovedforhandling, kan anvendes som bevis for mistenktes straffeskyld. Et spørsmål som oppstår som en naturlig konsekvens av dette, er hvem som kan informere den mistenkte om bevisrisikoen ved taushet. Formålet med å gi mistenkte en orientering, er å sikre at hans valg mellom taushet og tale blir et informert valg.<sup>97</sup>

Ordlyden i straffeprosessloven § 93, annet ledd, gir rettens leder uttrykkelig adgang til en slik orientering. Politiets adgang til å orientere den mistenkte om den bevismessige risikoen av taushet er i motsetning til hva som gjelder under rettslige avhør, er ikke lovregulert.

Riksadvokaten har i sitt rundskriv fra 2016 lagt tatt til orde for at straffeprosessloven § 93, annet ledd gir uttrykk for et mer alminnelig prinsipp og derfor kan anvendes av påtalemyndigheten på etterforskningsstadiet. Det som potensielt kan være betenkelig ved at politiet kan informere den mistenkte om bevisrisikoen ved taushet, er at dette kan legge et uheldig forklaringspress på den mistenkte.

Som nevnt under punkt 3.2.4. har EMD I Murray-dommen kommet frem til at en orientering om den bevismessige risikoen ved taushet er en form for indirekte tvang, men at dette i seg selv ikke vil føre til et brudd på taushetsretten i strid med EMK art. 6 nr. 1. EMD stiller dermed ikke opp en rettslig skranke som vil forhindre bruken av en slik orienteringsrett for politiet. EMD har derimot ikke gitt politiet rett til å orientere den mistenkte om bevisrisikoen ved taushet etter EMK. Dersom politiet skal ha en slik orienteringsrett må dette i så fall følge av den nasjonale lovgivningen.

---

<sup>97</sup> Øyen, 2010 s. 351

Spørsmålet som skal behandles i det videre er hvorvidt politiet gjennom en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd har adgang til å orientere mistenkte om den bevismessige risikoen ved taushet.

## 4.2 Rettskildebilde

### 4.2.1 Lovtekst.

Straffeprosessloven § 93, annet ledd lyder:

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

Bestemmelsen kommer til anvendelse der siktede «nekter [...] å svare» eller «forklarer [...] seg forbeholdent». Dersom et av disse alternative vilkårene er oppfylt, oppstiller bestemmelsen to elementer som en reaksjon av passivitet i hovedforhandling. Det første elementet er et orienteringselement, jf. ordlyden «gjøre han oppmerksom». Det andre elementet er rettet mot bevisverdien av en slik passivitet, jf. ordlyden «ansett for å tale mot han».

Bevisverdielementet er gjennomgått overfor i punkt 3 og den resterende delen av oppgaven rettes mot orienteringselementet i lovteksten og analogisk anvendelse av denne i politiavhør.

En alminnelig tolkning av ordlyden «rettens leder» taler for at bestemmelsen kun kan anvendes i rettslige avhør. Begrepet «siktet» refererer ikke bare til den straffeforfulgte under hovedforhandling, men også når det er «besluttet eller foretatt pågripelse, ransaking, beslag eller liknede forholdsregler rettet mot han» jf. straffeprosessloven § 82. I denne bestemmelsen må det likevel være klart at «siktet» retter seg mot den straffeforfulgte under hovedforhandling, da en må tolke ordlyden i sammenheng med «rettens leder».

Dette støttes også av en kontekstuell tolkning av straffeprosessloven. I straffeprosessloven § 232, som angår politiets plikt til å orientere mistenkte om taushetsretten før politiavhør, henvises det til straffeprosessloven §§ 90, 91 og 92, men ikke § 93, annet ledd. Disse bestemmelsene gjentas også i lovens kap. 18 om etterforskning slik at de har et eget

anvendelsesområde under politiavhør. Dette taler mot at straffeprosessloven § 93, annet ledd kan anvendes analogisk.

Det er også et poeng å trekke frem at påtaleinstruksen ikke har en bestemmelse som tilsvarende straffeprosessloven § 93. I påtaleinstruksen er derimot straffeprosessloven §§ 90, 91, 92 annet ledd og § 93, første ledd inntatt i påtaleinstruksen §§ 8-1, 8-2 og 8-4.

Dette taler sterkt for at det ikke er en tilfeldighet fra lovgiver at denne bestemmelsen ikke er inntatt i påtaleinstruksen eller henvist til i straffeprosessloven. Av de bestemmelser i strpl. §§ 90–93 som regulerer hvordan avhører skal forholde seg til mistenkte, er det bare bestemmelsen i strpl. § 93 annet ledd som gjennom henvisning eller gjentakelse ikke er gitt tilsvarende anvendelse ved utenrettslige avhør under etterforskningen.<sup>98</sup>

Dette gir, sammenholdt med ordlyden, klare holdepunkter for at politiet ikke har adgang til å orientere om bevisrisikoen under avhør.

#### **4.2.2 Påtaleinstruksen**

Inntil 2016 hadde riksadvokaten ikke gitt noen autoritativ uttalelse om spørsmålet. I riksadvokatens rundskriv av 11. mai 2016 under punkt 4.3 «Vern mot selvinkriminering og (mulige) rettslige konsekvenser av forbeholden forklaring»<sup>99</sup> tar han stilling til spørsmålet.

Han tar her til orde for at bestemmelsen «gjelder etter sin ordlyd bare ved rettslige avhør» men at bestemmelsen «kan imidlertid også leses som et utslag av prinsippet om fri bevisvurdering». Han argumenterer derfor for at politiet innenfor rammene av straffeprosessloven § 92 jf. påtaleinstruksen § 8-2 siste ledd «allerede i en tidlig fase av etterforskningen kunne gjøre mistenkte kjent med at en manglende eller forbeholden forklaring etter omstendighetene kan bli ansett for å tale mot ham».<sup>100</sup> Riksadvokaten gir ingen konkrete holdepunkter for grunnlaget for en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93 i politiavhør, foruten at bestemmelsen må leses som et utslag for prinsippet om fri

---

<sup>98</sup> Myhrer, 2017 s. 3

<sup>99</sup> RA-2016-2 punkt 4.3

<sup>100</sup> RA-2016-2 punkt 4.3

bevisvurdering. Prinsippet om fri bevisvurdering innebærer at retten fritt skal kunne vurdere hvilke bevis som er relevante og hvilken vekt bevisene skal gis. Prinsippet om fri bevisvurdering vil ikke alene kunne gi et grunnlag for en orienteringsrett for politiet.

Senere i punktet fremhever han at vernet mot selvinkriminering ikke er til «hinder for at politiet oppfordrer mistenkte til å bidra til sakens opplysning», men for at en slik orientering ikke skal føre til et brudd på vernet mot selvinkriminering må ikke politiet «benytte løfter, uriktige opplysninger, trusler, tvang eller midler som nedsetter mistenktes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse». Til slutt uttales det at bruken «av prinsippet i strpl. § 93 bør skje i nært samråd med påtaleansvarlig, og det må sikres notoritet om når og hvordan mistenkte er informert».<sup>101</sup> Dette sier i seg selv ikke noe om anvendelsesområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd. Det viser derimot at Riksadvokaten mener at en slik analogisk anvendelse ikke vil komme i konflikt med taushetsretten, så lenge visse rettssikkerhetsgarantier foreligger.

Riksadvokatens formulering er forsiktig og det brukes ord som «bør» og «kunne». Likevel er budskapet i rundskrivet klart. Politiet har anledning til å gi mistenkte eller siktede den samme formaning i politiavhør som rettens leder har ved rettslige avhør under de forutsetninger at det foreligger rettsgarantier.

Riksadvokaten har den overordnede ledelsen av påtalemyndigheten. Han kan gi pålegg umiddelbart til politiets tjenestepersoner, samt gi pålegg om hvordan etterforskningen skal gjennomføres jf. straffeprosessloven §§ 55, annet ledd, 58, annet ledd og 225, annet ledd. For spørsmål eller sakstyper som ikke blir gjenstand for rettslig overprøving vil riksadvokatens praksis rent faktisk bli avgjørende for rettstilstanden.<sup>102</sup> Utenfor egen etat vil den rettskildemessige autoritetsverdi av dette direktivet være av marginal betydning.<sup>103</sup> Det kan vektlegges at riksadvokaten som en overordnet stemme har sett på denne orienteringsretten som et allment prinsipp, men det kan på langt nær være avgjørende i tolkning av bestemmelsens virkeområde.

---

<sup>101</sup> RA-2016-2 punkt 4.3

<sup>102</sup> Myhrer, 2003 s. 237.

<sup>103</sup> Myhrer, 2017 s. 19.

### **4.2.3 Forarbeider.**

Forarbeidene til straffeprosessloven og påtaleinstruksen er tause om anvendelsesområdet for straffeprosessloven § 93, annet ledd. Den rettslige reguleringen i straffeprosessloven §§ 90, 91 og 92 er derimot omtalt i forarbeidene. I disse uttalelsene er det begrunnet hvorfor de aktuelle normene kommer tilsvarende til anvendelse ved politiavhør og hvorfor det er nødvendig å regulere dette i påtaleinstruksen.<sup>104</sup> Straffeprosessloven § 93, annet ledd er ikke nevnt i denne redegjørelsen. Da de øvrige reglene er uttrykkelig nevnt er det vanskelig å tenke seg at dette er tilfeldig eller at lovgiver har ment å åpne opp for at bestemmelsen, som etter sin ordlyd bare tar sikte på rettslige avhør, skal gis et utvidet virkeområde.

I Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) fremgår synspunktet på regulering av en forklaringsplikt. Uttalelsen behandler utformingen av straffeprosessloven § 232, hvor det fremgår at en mistenkt «ikke har plikt til å forklare seg». Det fremgår av forarbeidet at:

«Gjeldende straffeprosesslov har ikke generelle bestemmelser som pålegger borgerne å gi forklaring overfor påtalemyndigheten eller politiet. Det er heller ikke aktuelt å foreslå inntatt slike bestemmelser i den nye loven. Dersom det i enkelte saker blir spørsmål om plikt til å forklare seg utenrettslig, bør dette normalt reguleres i vedkommende særlov».<sup>105</sup>

En orientering om at taushet eller tilbakeholdenhet kan tale mot en mistenkt bevismessig vil ikke være en forklaringsplikt, men en formaning om å forklare seg. Uttalelsene i forarbeidet kan tale for at dersom en skulle tillate slik formaning i utenomrettslige avhør ville det vært uttrykkelig lovfestet.

Forslaget til ny straffeprosesslov<sup>106</sup> er et etterarbeid i forhold til gjeldende lov. Etter søk av de relevante sidene synes ikke utvalget å ha drøftet bestemmelsen i straffeprosessloven § 93, annet ledd. Som Øyen skriver i sitt høringsinnspill til utredningen, vurderer ikke utvalget om bestemmelsen bør videreføres, men det blir foreslått at forsvarerens plikt til å veilede

---

<sup>104</sup> Se NOU 1984:27 side 118-119

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) på side 187.

<sup>106</sup> NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

mistenkte om den bevismessige risikoen ved taushet.<sup>107</sup> Selvinkrimineringsvernet foreslås uttrykkelig lovfestet i utkastets §3-2, annet ledd.

Selv om et stilltiende forarbeid har mindre rettskildeverdi enn uttrykkelig og klare uttalelser, er ikke taushet helt uten betydning. Verken tidligere forarbeidsuttalelser eller utvalget til ny straffeprosesslov har ansett straffeprosessloven § 93, annet ledd som en bestemmelse som burde gis et utvidet anvendelsesområde.

#### **4.2.4 Rettsavgjørelser**

Anvendelsesområdet av straffeprosessloven § 93, annet ledd er en problemstilling som Høyesterett ikke har tatt direkte stilling til. Det er imidlertid uttalelser fra Høyesterett og underrettene som tilsier at det å forholde seg taus eller tilbakeholden under politiavhør tillegges lik vekt av domstolene. I Rt. 1993 s. 202 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg:

«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. På samme måte vil det kunne tale mot en siktet at vedkommende gir en uriktig forklaring, også om feilene ikke har betydning for de sentrale spørsmål i saken.»<sup>108</sup>

I saken hadde de siktede forholdt seg tause både under politiavhør og i retten.

Kjæremålsutvalget skilte i premissene ikke mellom taushet under politiavhør og taushet i retten i omtalen av straffeprosessloven § 93, annet ledd.<sup>109</sup> Tilsvarende synspunkter er også kommet til uttrykk i tingrettsavgjørelser.<sup>110</sup>

En må allikevel være tilbakeholden med å tillegge denne uttalelsen vekt angående spørsmålet om orienteringsdelen av bestemmelsen i straffeprosessloven § 93, annet ledd. Avgjørelsen i Høyesteretts kjæremålsutvalg og tingrettsavgjørelsene uttrykker ikke mer enn at domstolen i bevisvurderingen kan ta i betraktning at mistenkte har nektet å forklare seg under politiavhør

---

<sup>107</sup> Øyen, Høringsuttalelse til NOU:2016: 24 på s. 5.

<sup>108</sup> Rt. 1993 s. 202 på s. 207.

<sup>109</sup> Øyen, 2016 s. 339.

<sup>110</sup> Se for eksempel TOSLO 2000- 9083, TOSLO 2004-37017, TSTAV 2004 -100223 og TBERG 2008-186063.

på lik linje som med taushet utøvd retten. Domstolene sier dermed ingenting om hvorvidt politiet i en avhørssituasjon kan anvende orienteringselementet i straffeprosessloven § 93, annet ledd på lik linje som en dommer.

#### ***4.2.5 Uttalelser fra Europarådets antitorturkomité (CPT)***

CPT overvåker statenes gjennomføring av Den europeiske konvensjonen om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff som bygger på EMK art 3. CPT er ikke et etterforskende organ og har ikke dømmende kraft. Komiteen gjør statsbesøk til ulike organer der personer opplever frihetsberøvelse. Dette kan være fengsler, politistasjoner eller psykiatriske avdelinger.<sup>111</sup> Etter et endt statsbesøk utgir komiteen en rapport som inneholder generelle anbefalinger til statens praksis på et visst område. Målet med arbeidet er «to provide a non-judicial preventive mechanism to protect persons deprived of their liberty against torture and other forms of ill-treatment. It thus complements the judicial work of the European Court of Human Rights».<sup>112</sup>

CTP avla Norge besøk i 2018 og avga rapport. Om riksadvokatens rundskriv fra 2016 uttaler delegasjonen fra CPT følgende:

« The Committee is concerned that some provisions in the criminal legislation may run counter to the paradigm of investigative interviewing. Firstly, the police are obliged to inform the suspect that if s/he decides to confess, this may lead to a reduced sentence. Secondly, suspects who remain silent or respond hesitantly may be instructed that such silence may be used against them. During the end-of-visit talks, the delegation expressed its doubts as to whether the abovementioned provisions, which may incite the persons concerned to confess to the offence(s) they were suspected of, were fully compatible with the investigative interviewing paradigm».<sup>113</sup>

Uttalelsen stiller spørsmål til om en orientering av bevisrisiko under avhør vil stride mot det undersøkende intervju paradigmet der målet er å skaffe «accurate and reliable information,

---

<sup>111</sup> <https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt> (Lest 07.05.2021)

<sup>112</sup> <https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt> (Lest. 07.05.2021)

<sup>113</sup> CTPs rapport s. 18

rather than a confession» uten bruk av tvang eller uærlige avhørsmetoder.<sup>114</sup> Når CPT, som et organ som er tett tilknyttet EMD, setter spørsmålsteget ved bruk av en slik praksis bør dette vektlegges. Hvis bruken av orientering av bevisrisiko ved taushet ikke er forenlig med en avhørsmetode som skal få frem nøyaktig og pålitelig informasjon uten tvang, taler dette mot at politiet bør gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisiko under avhør.

Det er også et poeng å nevne at norske myndigheter gitt et tilsvaret til delegasjonens observasjoner i rapporten. Det fremgår i svaret at i forslaget til den nye straffeprosessloven «does not, however, propose that the police give such instructions, which is the case under the current regulation».<sup>115</sup> Selv om dette gir en relativ klar uttalelse om virkeområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd er det ikke oppgitt i rapporten hvilken norsk myndighet som har skrevet tilsvaret. Det tillegges derfor lite vekt i tolkningen av anvendelsesområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd.

#### **4.2.6 Juridisk litteratur**

Spørsmålet om en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd i politiavhør er sparsomt behandlet i juridisk litteratur. I straffeprosesslovens kommentarutgave gis generelle betraktninger angående domstolenes anvendelse av bestemmelsen. Det fremholdes at «det bør utvises varsomhet med å foreholde siktede denne følgen av hans taushet eller hans forbehold, ikke minst fordi siktede har en rett til å nekte å forklare seg ...».<sup>116</sup> Når forfatterne tar til orde for en tilbakeholden bruk av bestemmelsen i hovedforhandling, må det antas at en større reservasjon ville blitt uttrykt angående en analogisk anvendelse av bestemmelsen i politiavhør.

Jon Petter Rui behandler temaet i en artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap.<sup>117</sup> I denne artikkelen fremholder han følgende:

«For øvrig forbyr straffeprosessloven § 232, jf. § 92 bruk av løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang, samt midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri

---

<sup>114</sup> CTPs rapport s. 16

<sup>115</sup> CTPs rapport s.18

<sup>116</sup> Bjerke mfl, 2011, kommentar til straffeprosessloven § 93.

<sup>117</sup> Rui, 2009 s. 55.



selvbestemmelse. Ordlyden setter derimot ikke et absolutt forbud mot at politiet argumenterer overfor en som forholder seg taus om at han likevel bør forklare seg. Det er helt på det rene at politiet eller dommeren ikke bare kan, men også skal gjøre den som forholder seg taus, oppmerksom på at tausheten kan bli ansett å tale mot han. Dette fremgår direkte av straffeprosessloven § 93 annet ledd.»

Rui legger her til grunn at anvendelsen av straffeprosessloven § 93, annet ledd omfatter politiavhør uten å kommentere at ordlyden bare gjelder for rettslig avhør eller at i motsetning til de andre bestemmelsene, ikke er gjentatt i straffeprosessloven eller politiinstruksen.

Bjerkenes og Williksen har i Politirapport, som er et læremiddel for undervisningen ved politihøgskolen, skrevet om bruken av straffeprosessloven § 93, annet ledd i politiavhør. De tar til orde for en orienteringsrett for politiet dersom mistenkte ikke vil forklare seg: «Det kan også være aktuelt at den mistenkte blir gjort kjent med bestemmelsen i strpl. § 93 andre ledd om at det å ikke svare eller ikke forklare seg for retten, kan bli ansett for å tale mot ham». <sup>118</sup> Utover dette skriver forfatterne lite om bakgrunnen for uttalelsen og har ikke begrunnet den utenom å stadfeste at politiet har denne rettigheten.

Auglend og Mæland har i Politirett også uttalelser av betydning for virkeområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd. De skriver:

«Forsvarer har full rett til å råde sin klient til ikke å avgi forklaring til politiet. Rett nok uttales det i strpl. § 93, 2. ledd at det kan bli ansett å tale mot vedkommende dersom han ikke vil forklare seg for retten. Det er ikke uttalt noen tilsvarende regel for den som nekter å forklare seg for politiet. En annen sak er at en siktet som forklarer seg for retten først etter å ha gjennomgått sakens dokumenter, vil kunne bli møtt med en viss skepsis». <sup>119</sup>

Auglend og Mæland sikter her til at dersom en siktet først forklarer seg i retten vil dette bli tatt til etterretning, men at politiet ikke har en rett til å orientere mistenkte med den bevismessige betydningen dette kan få.

---

<sup>118</sup> Bjerkenes og Williksen, 2016 s. 315.

<sup>119</sup> Auglend og Mæland 2017 s. 965.

Øyen foretar en grundigere drøftelse angående politiets adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved taushet. Han skriver: «I motsetning til hva som gjelder ved rettslige avhør, der straffeprosessloven § 93 annet ledd regulerer spørsmålet, er politiets adgang til å gi en orientering om bevisrisikoen ved taushet ikke lovregulert».<sup>120</sup> Videre skriver han at det er potensielt betenkelig at politiet orienterer mistenkte om bevisrisikoen, og at orienteringen kan pålegge mistenkte et «press som kan skape en risiko for en selvinkriminering på et uriktig grunnlag».<sup>121</sup> Han tar dermed utgangspunkt i at ordlyden i straffeprosessloven § 93, annet ledd gjelder rettslige avhør og en orienteringsrett kan føre til et press som vil tale mot anvendelsen av bestemmelsen i politiavhør.

I sin konklusjon, etter en gjennomgang av lovtekst og forarbeidene, fremholder Øyen at spørsmålet derimot må bedømmes ut ifra «mer generelle betraktninger».<sup>122</sup> Hans syn på spørsmålet er at det må skilles mellom de situasjoner hvor mistenkte er bistått av en forsvarer og de situasjoner hvor mistenkte ikke er bistått av forsvarer. I de tilfellene mistenkte ikke er bistått av forsvarer mener Øyen at politiet har en anledning til å gi mistenkte en orientering som er kort og nøytral, at det skal sikres etterprøvbarhet og at politiet skal presisere at det ikke er noe «automatikk i at retten rekker bevismessige slutninger der mistenkte forholder seg taus overfor politiet».<sup>123</sup>

Myhrer er den forfatteren som har behandlet dette temaet mest utførlig i sin artikkel fra 2017. Etter en gjennomgang av rettskildene, fremhever han at kombinasjonen av en bevisorientering i tillegg til en orientering om mulig strafferabatt kan medføre at den mistenkte vil føle et utilbørlig press. Dette oppsummerer han på en treffende måte: «Du er ikke pliktig til å forklare deg, men gjør du bruk av denne rettigheten vil det tale mot deg, og du går glipp av den muligheten for vesentlig mindre straff som en tilståelse kan gi».<sup>124</sup> På den andre siden argumenterer han for at det er mindre betenkelig å anvende bestemmelsen i dag, grunnet bilde og lydopptak under avhøret.<sup>125</sup> Han konkluderer med at riksadvokatens standpunkt om anvendelsesområdet for straffeprosessloven § 93, annet ledd «ikke er basert på noe

---

<sup>120</sup> Øyen, 2010 s. 349.

<sup>121</sup> Øyen, 2010 s. 349.

<sup>122</sup> Øyen, 2010 s. 350.

<sup>123</sup> Øyen, 2010 s. 350-351.

<sup>124</sup> Myhrer, 2017 s. 13

<sup>125</sup> Myhrer, 2017 s. 14

rettskildemessig grunnfjell». <sup>126</sup> Konklusjonen er særlig begrunnet i den klare lovteksten og manglende forarbeidsuttalelser på området.

Det er i teorien ikke noe entydig oppfatning angående anvendelsesområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd. Av de forfatterne som er gjennomgått er det kun Øyen og Myhrer som foretar en grundigere drøftelse av rettskildematerialet, og disse fremstillingene må derfor tillegges mest vekt innenfor juridisk teori. Uttalelsene i disse fremstillingene taler dermed for at det enten ikke er tilgang til å anvende straffeprosessloven §93, annet ledd under politiavhør, eller at det er adgang for dette når den mistenkte ikke har bistand av forsvarer og en kan sikre etterprøvbarehet.

#### **4.2.7 Reelle hensyn**

I vurderingen om en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd i politiavhør, er det særlig hensynet til en effektiv strafferettspleie og hensynet til mistenktes vern mot selvinkriminering som veies opp mot hverandre.

Det er av betydning å trekke frem at den mistenktes situasjon i politiavhør er en helt annen en ved hovedforhandling i retten. Når dommeren under hovedforhandling kommer med sin formaning er saken ferdig etterforsket og den siktede har hatt mulighet til å sette seg inn i alle bevis. Den siktede kan derfor ta et informert valg om han vil forholde seg taus eller ikke. En tilsvarende formaning under politiavhør blir gjerne fremsatt tidlig i etterforskningen. Det er på et tidspunkt hvor politietterforskere vil prøve å innhente mest mulig informasjon for å opplyse saken, herunder den mistenktes forklaring. En orientering av bevismessige konsekvenser av taushet på dette tidspunktet kan oppleves mer som et pressmiddel enn en redegjørelse for juridiske implikasjoner ved taushet.

Videre er dommeren en nøytral part, mens politietterforskeren oppfattes i større grad som en motpart. Det er retten som skal avgjøre hvilke bevis som er relevante i skyldspørsmålet, og det å informere om at taushet kan telle bevismessig mot den mistenkte i retten er derfor i utgangspunktet utenfor politiets myndighetsområde. Det hadde derfor vært mer naturlig at en forsvarer hadde orientert den mistenkte om bevisrisikoen ved taushet, slik det er foreslått i

---

<sup>126</sup> Myhrer, 2017 s. 19

forslaget til ny straffeprosesslov.<sup>127</sup> For en mistenkt som ikke har noe erfaring med strafferettspleien kan en slik orientering under politiavhør gi inntrykk av et krav fra politiet om at den mistenkte skal bidra til oppklaringen av egen sak, særlig hvis han ikke blir informert fra politiets side om at det ikke er noe automatikk i at taushet vektlegges i retten.

En kan argumentere for at en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd under politiavhør vil lette politiets etterforskning, da færre mistenkte vil velge å forholde seg tause. I England har de gjennomført orienteringsretten for politiet og dette har ført til interessante poenger som kan belyse om en orientering av bevismessige konsekvenser faktisk vil føre til en mer effektiv strafferettspleie.

Orienteringen politiet gir mistenkte følger av PACE Code C § 10.5 og lyder: «You do not have to say anything. But, it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in court. Anything you do say may be given in evidence».

Statistikken viste at fem til ti måneder etter lovens tiltredelse hadde antallet mistenkte som forholdt seg fullstendig taus under politiavhør gjennomsnittlig sunket fra 10 til 6 prosent mens antallet mistenkte som forholdt seg delvis taus hadde sunket gjennomsnittlig fra 13 til 10 prosent.<sup>128</sup> Dette taler for at strafferettspleien vil bli effektivisert ved gjennomføringen av en orienteringsrett av rettslige konsekvenser ved taushet for politiet.

Likevel hadde innføringen av orienteringsretten i England visse konsekvenser som også må belyses. Undersøkelsene som ble gjort viste at mange mistenkte og en del politibetjenter hadde vanskeligheter med å forstå innholdet og de rettslige implikasjonene orienteringen innebærer.<sup>129</sup> Politiet opplevde også at mistenkte som tidligere hadde utøvd sin rett til taushet, valgte å heller lyve etter politiets orientering om bevismessige konsekvenser av taushet.<sup>130</sup> Det at flere mistenkte velger å forklare seg uriktig som konsekvens av orienteringen vil i større grad hindre en effektiv etterforskning enn hvis den mistenkte hadde forholdt seg taus. Falske forklaringer kan føre til at politietterforskerne villedes og dermed bruker ressurser unødvendig.

---

<sup>127</sup> NOU 2016:24 Lovutkastet §7-3

<sup>128</sup> Bucke mfl., 2000 s. 31–32.

<sup>129</sup> Quirk, 2017 s. 63.

<sup>130</sup> Quirk, 2017 s. 63.

Undersøkelser viste også at 59 prosent av mistenkte oppfattet orienteringen som en form for forklaringspress eller en trussel.<sup>131</sup> Det at så mange mistenkte oppfattet orienteringen som en form for forklaringspress eller trussel er særlig urovekkende. Når det per dags dato ikke foreligger retningslinjer for hvordan en orientering skal gjennomføres for å redusere dette presset, taler dette mot at politiet bør ha en slik adgang til orientering om bevismessige konsekvenser ved taushet.

Dette presset vil bli større hvis både orienteringsbestemmelsen i strpl. § 93, annet ledd og straffeutmålingsbestemmelsene i straffeloven §§ 78 bokstav f og 80a nr. 2 skal anvendes samtidig. Straffeutmålingsbestemmelsene gir en redusert straff til mistenkte dersom han gir en uforbeholden tilståelse. Det er da en risiko for at den mistenkte oppfatter politietterforskeren som en person som bare er ute etter å få den mistenkte straffet. Det er forskning som tyder på at utsiktene til en midlere straff kan bevege en mistenkt til å tilstå selv om mistenkte objektivt er uskyldig.<sup>132</sup> Selv om orienteringen om bevismessig risiko og redusert straff ved tilståelse er ment for å informere den mistenkte om hvilke konsekvenser hans valg kan ha, er det muligheter for dette vil føre til et stort forklaringspress som står i strid med prinsippet om en hensynsfull prosessordning.

Det er likevel visse tiltak som har ført til at betenkelighetene overfor reduseres.

Riksadvokaten har i det overnevnte rundskrivet om politiavhør uttalt at det må sikres notoritet om hvordan formaningen har fremkommet. Bruk av lyd-og bildeopptak vil sikre notoritet og minimere risikoen for at orienteringen blir brukt som et pressmiddel i politiavhør. Videre fungerer forsvarerbistand som en rettssikkerhetsgaranti som vil redusere den mistenktes opplevelse av forklaringspress, og vil sikre at mistenktes valg om å forholde seg taus er et informert valg. Det vil også være viktig å gi retningslinjer for hvordan orienteringen skal gjennomføres på en klar og objektiv måte for å minimere graden av forklaringspress den mistenkte føler seg utsatt for.

En orientering om den bevismessige risikoen ved taushet kan oppfattes som et forklaringspress eller en trussel. Det kan særlig bli oppfattet som forklaringspress eller en trussel hvis både orienteringsbestemmelsen i strpl. §93, annet ledd og

---

<sup>131</sup> Bucke mfl., 2000 s. 28-29.

<sup>132</sup> Se Holmboe, 2016 s. 102–108.

straffeutmålingsbestemmelsene i straffeloven §§ 78 bokstav f og 80a nr. 2 skal anvendes samtidig. For å redusere dette presset hadde det vært mest naturlig at en forsvarer får ansvaret om å orientere den mistenkte om bevisrisikoen. Likevel vil ikke forklaringspresset oppleves så stort dersom politiet anvender bestemmelsen med varsomhet. Sjansene for misbruk av bestemmelsen reduseres også dersom notoritet sikres gjennom bruk av lyd- og bildeopptak. Såfremt de overnevnte tiltakene gjennomføres under orienteringen av bevismessig risiko ved taushet, og særlig i situasjonen der mistenkte ikke er bistått av forsvarer, taler de reelle hensynene for en analogisk anvendelse av orienteringsdelen i straffeprosessloven §93, annet ledd.

### **4.3 Avsluttende bemerkninger**

Når det kommer til tolkningen av anvendelsesområdet til straffeprosessloven § 93, annet ledd er det særlig riksadvokatens rundskriv og reelle hensyn som taler for en analogisk anvendelse av bestemmelsen. Riksadvokaten viser i sin begrunnelse til at straffeprosessloven § 93, annet ledd må leses som et utslag for prinsippet om fri bevisføring. Prinsippet om fri bevisvurdering vil derimot i seg selv ikke kunne gi grunnlag for en orienteringsrett for politiet. Utenfor egen etat vil den rettskildemessige autoritetsverdi av dette direktivet være av relativt marginal betydning.<sup>133</sup>

Selv om de reelle hensynene vil tale for en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd kan ikke dette tillegges særlig rettskildemessig vekt. Selv om reelle hensyn som helhet taler for en analogisk anvendelse av bestemmelsen, foreligger det tunge mothensyn. Videre kan ikke reelle hensyn få gjennomslag over klar ordlyd i lovtekst, særlig ikke på straffeprosesslovens område.

I juridisk teori har spørsmålet vært lite omtalt, men det uenighet i forhold til straffeprosessloven §93, annet ledd sitt anvendelsesområde. En kan derfor ikke tillegge den juridiske teorien særlig vekt.

Det er tungtveiende kildemateriale som taler mot en analogisk anvendelse av straffeprosessloven § 93, annet ledd. Uttalelsene fra CPT tilsier at bruken av orientering av

---

<sup>133</sup> Myhrer, 2017 s. 19.

bevisrisiko ved taushet ikke er forenlig med en avhørmetode som skal få frem nøyaktig og pålitelig informasjon uten tvang. Dette vil tale for at politiet ikke bør gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisiko under avhør. Videre tilsier uttalelsene fra forarbeidene at dersom en slik orienteringsrett hadde vært tilsiktet, så ville dette allerede vært lovregulert.

Det avgjørende må likevel være den klare ordlyden i straffeprosessloven § 93, annet ledd. En konklusjon som gir adgang en analogisk anvendelse av bestemmelsen, ville ikke hatt noe særlig rettskildemessig tyngde. Det er dermed kun rettens leder som kan orientere den mistenkte om den bevismessige risikoen ved taushet.

Konklusjonen er politiet ikke har adgang til å orientere mistenkte om den bevismessige risikoen ved taushet gjennom en analogisk anvendelse av straffeprosessloven §93, annet ledd.

## **LITTERATURLISTE:**

### **Norske lover og forskrifter**

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 20. august 1842 Lov om Forbrydelser (Kriminalloven) [opphevet].

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven) [opphevet].

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

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

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

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

### **Internasjonale konvensjoner**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

### **Offentlige dokumenter**

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

NOU 1984:27 Ny påtaleinstruks

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter

Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

NOU 2003:15 Fra bot til bedring. Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff



Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

## **Rettsavgjørelser**

### Fra Høyesterett (årstall)

Rt. 1993 s. 202

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2003 s. 549.

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2014 s.1292

HR-2018-1909 A

### Fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (alfabetisk)

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

Beckles mot Storbritannia: Dom av 8. oktober 2002, application no. 44652/98

Condron mot Storbritannia: Dom av 2. mai 2000, application no. 35718/97

Funke mot Frankrike: Dom av 25. februar 1993, application no. 10828/84

Getiren mot Tyrkia: Dom av 22. juli 2008, application no. 10301/03.

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

Pishchalnikov mot Russland: Dom av 24. september 2009, application no. 7025/04

Saunders mot Storbritannia: Dom av 17. desember 1996, application no. 19187/91

Turbylev v. Russia: Dom av 6. oktober 2015, application no. 4722/09.

Weh mot Østerrike: Dom av 8. april 2004, application no. 38544/97

Underrettspraksis:

TOSLO 2000- 9083 (Oslo tingrett)

TOSLO 2004-37017 (Oslo tingrett)

TSTAV 2004 -100223 (Stavanger tingrett)

TBERG 2008-186063 (Bergen tingrett)

**Rundskriv fra riksadvokaten**

Rundskriv av 11. mai 2016 RA-2016-2 Politiavhør.

**Uttalelser angående Europarådets antitorturkomité**

Report to the Norwegian Government on the visit to Norway carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 28 May to 5 June 2018.

Rapporten kan leses på <https://rm.coe.int/1680909713>

**Litteratur**

All, Jørgen, Rettsstat og menneskerettigheter, 5. utg., Fagbokforlaget 2018

Auglend, Ragnar L. og Mæland, Henry John, Politirett, 3 utg., Gyldendal juridisk 2017

Bjerke H. K., Keiserud E. og Sæther K. E., Straffeprosessloven kommentarutgave, 4. utg., Universitetsforlaget 2011

Bjerjnes, Ole Thomas og Williksen, Eldrid, Politirapport, 4 utg., Fagbokforlaget 2016

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, 5 utg., Universitetsforlaget 2001

Holmboe, Morten, Fengsel eller frihet, Gyldendal juridisk 2016

Kjelby, Gert Johan, Påtalerett, 2 utg., Cappelen Damm Akademisk 2019

Øyen, Ørnulf, Straffeprosess, 2 utg., Fagbokforlaget 2016.

Øyen, Ørnulf, Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen, Fagbokforlaget 2010.

Quirk, Hannah, The rise and fall of the right to silence, Abingdon: Routledge 2017.

## Artikler

Bucke, Tom, Street, Robert og Brown, David, "The right of silence: the impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994: A Research, Development and Statistics Directorate Report", Home Office Research Studies, London: Home Office 2000.

Kan leses på <http://library.college.police.uk/docs/hors/hors199.pdf>

Myhrer, Tor-Geir, «Kan politiet formane en mistenkt om å forklare seg? Anvendelsen av straffeprosessloven § 93 annet ledd i politiavhør», Tidsskrift for strafferett, 2017 s. 6 – 25.

Myhrer, Tor-Geir, «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2003 s. 219 – 245.

Rui, Jon Petter, «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», Tidsskrift for rettsvitenskap, 2009 s. 47 – 69.

Ørnulf Øyen, Høringsuttalelse til NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov

Kan leses på <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing--nou-2016-24-ny-straffeprosesslov/id2522685/?uid=ea6d93dc-d9f6-4845-8f65-cbef34380f2a>

## Nettsider

<https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt> - Lest 07.05.2021