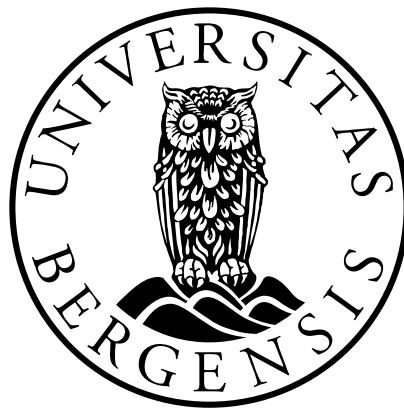


*Adgangen i norsk rett til å vektlegge siktedes
taushet som bevis for skyld*

Kandidatnummer: 139

Antall ord: 14371



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

*'Er tausheten også en løgn, slik unnlattelse kan være en synd,
en omvendt gjerning, et negativ, verre enn noe annet?'*

Lars Saabye Christensen, Maskeblomstfamilien Oslo 2003

INNHOLDSFORTEGNELSE

1.	INNLEDNING	4
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling	4
1.2	Begrepsavklaringer	6
1.2.1	Vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus	6
1.2.2	Forholdet mellom siktede, mistenkte og tiltalte	7
2.	METODISK UTGANGSPUNKT	8
2.1	Alminnelig juridisk metode	8
2.2	EMDs tolkningsmetode og tolkningen av EMK i norsk rett	8
3.	SIKTEDES RETT TIL Å FORHOLDE SEG TAUS.....	11
3.1	Innledning	11
3.2	Menneskerettslig forankring	11
3.3	Nasjonal forankring	14
4.	ADGANGEN I NORSK RETT TIL Å VEKTLEGGE SIKTEDES TAUSHET SOM BEVIS FOR SKYLD	15
4.1	Rettslig utgangspunkt	15
4.1.1	Innledning	15
4.1.2	Begrunnelsen for å vektlegge siktedes taushet som bevis	16
4.1.3	Rettens frie bevisvurdering	18
4.1.4	Rettens plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag	19
4.2	Vurderingsnormen for adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis	20
4.2.1	Innledning	20
4.2.2	Konkret vurdering av den bevissituasjon som forelå på tidspunktet siktede valgte å forholde seg taus	22
4.2.3	Rettens plikt til å klarlegge bakgrunnen for at siktede har valgt å forholde seg taus	33
4.2.4	Betydningen av manglende orientering om risikoen for bevismessige slutninger fra tausheten	37
4.2.5	Avsluttende helhetsvurdering av hvorvidt bevismessige slutninger fra tausheten vil være i strid med kravet på en rettfærdig rettergang	39

5.	KILDEREGISTER.....	40
5.1	Lov og forskrift.....	40
5.2	Internasjonale konvensjoner	40
5.3	Forarbeider	40
5.4	Rettsavgjørelser	41
5.4.1	Høyesterettspraksis	41
5.4.2	Norsk underrettspraksis	41
5.4.3	Internasjonale avgjørelser	41
5.5	Juridisk litteratur.....	43
5.6	Artikler	43
5.7	Nettsider	43

1. INNLEDNING

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

En vårkveld i 2013 startet A kvelden med noen enheter alkohol hos en kamerat før han senere dro videre i 18-års dagen til B. Etterhvert som byens nattklubber og restauranter stengte, dro A i lag med flere av de andre festdeltakerne til Cs leilighet for å fortsette kvelden. På dette tidspunktet hadde A drukket både øl, rusbrus og brennevin og dermed var beruset. På grunn av støynivået fant C det etter hvert nødvendig å avbryte festen. A dro da tilbake til kameraten han startet kvelden hos. Her ble han grunnet mistanke om promillekjøring pågrepet av politiet og tatt med til blodprøvetaking. Det viste seg at B og D hadde sett As bil forlate leiligheten til C da festen ble avbrutt, og deretter varslet politiet. Etter at blodprøven morgenen etter viste en promille på 1,12 ble tiltale mot A utferdiget. I retten forklarte A at det ikke var han selv som hadde kjørt bilen, men at han var så full at han ikke kunne huske hvem. Ved lagmannsrettens behandling fant retten det avgjørende for å domfelle A, at han ikke hadde kunnet oppgi hvem som hadde kjørt ham. Den taushet A utviste i denne situasjonen måtte være «et bevismoment i hans disfavør»¹.

Slik lød saksforholdet i Rt. 2014 s. 1292 (heretter omtalt som Promillesaken). Det rettslige utgangspunktet for lagmannsrettens bevisvurdering var straffeprosessloven² (heretter strpl.) § 93 annet ledd som angir at retten, dersom siktede velger å forholde seg taus, kan gjøre ham oppmerksom på at «dette kan bli ansett for å tale mot ham». For Høyesterett var spørsmålet hvorvidt lagmannsrettens bevisvurdering, ved å vektlegge As taushet som bevis for at han hadde promillekjørt, var i strid med uskyldspresumsjonen slik denne fremgår av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon³ (heretter EMK) artikkel 6 nr. 2, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) artikkel 14 nr. 3 bokstav g⁴ og Grunnloven⁵ (heretter Grl.) § 96 annet ledd.

¹ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 16)

² Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

³ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

⁴ FNs Konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

⁵ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at siktede i straffesaker har «rett til å forholde seg taus og ikke har noen plikt til å bidra til egen straffellelse»⁶. For norsk retts vedkommende kommer prinsippet direkte til uttrykk i strpl. § 90 som angir at siktede «ikke har plikt til å forklare seg». Taushetsretten utledes fra vernet mot selvinkriminering som beskytter siktede i straffesaker mot å tvinges til gjennom ord eller handling å bidra til egen domfellelse⁷. Av de for Norge bindende traktater har selvinkrimineringsvernet rettslig forankring i SP artikkel 14 nr. 3 bokstav g som angir at siktede i straffesaker har en grunnleggende rett «*Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt*». Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD) viser dernest at vernet mot selvinkriminering er beskyttet i EMK artikkel 6 gjennom kravet på en rettferdig rettergang⁸, og dessuten har «en nær sammenheng med retten til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist etter loven»⁹ slik denne fremgår av EMK artikkel 6 nr. 2. En følge av at EMK er inkorporert i norsk rett¹⁰ er at norske myndigheter gjennom Grl. § 92 er forpliktet til å «respektene og sikre» menneskerettighetene slik de er nedfelt i konvensjonen (se kapittel 2 nedenfor). Dette innebærer at norske myndigheter ikke bare er forpliktet til å sikre den siktede i straffesaker en reell mulighet til å forholde seg taus, men også er underlagt et forbud mot at den siktede påføres urimelige negative konsekvenser ved å utøve taushetsretten. En viss adgang til å påføre siktede negative konsekvenser ved å forholde seg taus fremgår av strpl. § 93 annet ledd, som angir at siktedes taushet «kan bli ansett for å tale mot ham». Ordlyden av «kan» tilsier imidlertid at det må foretas en konkret vurdering.

Med utgangspunkt i den gjengitte problemstillingen i Promillesaken, tar oppgaven sikte på å klarlegge de retningslinjer som gjør seg gjeldende ved vurderingen av hvilken adgang det i norsk rett er til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld, uten at bevisvurderingen strider med de rettigheter og hensyn som fremgår av Grl. §§ 95 og 96 annet ledd og EMK artikkel 6, herunder vernet mot selvinkriminering, uskyldspresumsjonen og kravet på en rettferdig rettergang. Før jeg tar fatt på oppgavens hovedproblemstilling, er det innledningsvis nødvendig å avklare enkelte sentrale begreper og redegjøre for de rettslige og metodiske utgangspunktene for oppgaven.

⁶ Rt. 1999 s. 1269 (s. 1271)

⁷ NOU 2009: 09 «Lov om offentlige undersøkelseskommissjoner» (s. 42)

⁸ Se bl.a. Sauders mot Storbritannia, application no. 19187/91 (avsnitt 68)

⁹ NOU 2013: 15 «Fra bot til bedring» (s. 103)

¹⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2

1.2 Begrepsavklaringer

1.2.1 Vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus

Terminologien «selvinkriminering» beskriver enhver aktiv handling der mistenkte eller siktede blant annet utgir opplysninger, dokumenter, gjenstander eller avgir kroppslige prøver som kan fungere som bevis i en straffesak der vedkommende selv står som mistenkt eller siktet¹¹. Det er imidlertid ikke bare aktive handlinger som favnes av begrepet; også ren passivitet der mistenkte eller siktede forholder seg fullstendig taus overfor myndighetene vil kunne omfattes av selvinkrimineringsbegrepet. Det sentrale innholdet i begrepet er at mistenkte eller siktede selv aktivt eller passivt bidrar til sakens opplysning på en måte som kan utsette vedkommende for straffeansvar. Når en taler om *vernet mot selvinkriminering* taler en om det sett av regler og normer som skal beskytte siktede mot å være tvunget til et valg mellom å lyve eller oppgi opplysninger og lignende som kan utsette vedkommende selv for straffesanksjoner¹². Blant disse reglene finner vi siktedes rett til å forholde seg taus og unntaket i straffeloven¹³ § 221 annet ledd som angir at «*en mistenkt som forklarer seg uriktig om det forhold mistanken mot ham gjelder*» ikke kan straffes.

Ettersom siktedes taushetsrett kan sees på som en av flere måter selvinkrimineringsvernet kan operasjonaliseres¹⁴, er skillet mellom de to ofte ikke klart. I relasjon til avhandlingens tema er det derimot hensiktsmessig å skille dem. En grunn til dette er at taushetsretten er beskyttet og presisert i egne bestemmelser i straffeprosessloven¹⁵ og påtaleinstruksen¹⁶, mens vernet mot selvinkriminering følger mer indirekte av det overordnede kravet til rettferdig rettergang, jf. Grl. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. Videre vil selvinkrimineringsvernet, selvstendig eller som en del av kravet på en rettferdig rettergang, kunne danne retningslinjer for rettens bevisvurdering¹⁷. I det følgende vil jeg dermed fokusere på taushetsretten og dens implikasjoner, mens vernet mot selvinkriminering vil omtales som en av flere rettigheter og

¹¹ Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering*, Bergen 2010 (s. 25)

¹² Rt. 2010 s. 456 (avsnitt 31)

¹³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

¹⁴ NOU 2013: 15 (s. 103)

¹⁵ Strpl. §§ 90 og 232

¹⁶ Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) § 8-1

¹⁷ NOU 2013: 15 (s. 103)

hensyn retten må ta i betraktning ved vurderingen av hvorvidt den kan vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld.

1.2.2 Forholdet mellom siktede, mistenkte og tiltalte

Siktedes rett til å forholde seg taus er som nevnt uttrykkelig fastslått i strpl. § 90 der det heter at siktede «(...) ikke har plikt til å forklare seg». I likhet med siktede, har heller ikke mistenkte noen plikt til å forklare seg, jf. strpl. § 232. Hvorvidt en person har status som mistenkt følger ikke direkte av straffeprosessloven, men beror på en konkret vurdering av hvor sterk politiets mistanke om at vedkommende har gjort den aktuelle straffbare handlingen er¹⁸. For tiltaltes vedkommende følger taushetsretten forutsetningsvis av strpl. § 249 annet ledd ved at tiltalte i straffesaker allerede har status som mistenkt. Den konkrete vurderingen av hvilken rettslig status en person har i en straffesak er imidlertid av begrenset betydning for oppgavens videre fremstilling. Det sentrale er her å klargjøre at både mistenkte, siktede og tiltalte har en lovfestet rett til å forholde seg taus. Dette følger for øvrig også av Grl. §§ 95 og 96 som fastslår at kravet på rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen gjelder «*Enhver*».

I tråd med prinsippene om fri bevisføring og rettens frie bevisvurdering¹⁹ er det ingen grunn til å skille mellom adgangen til å vektlegge den taushet mistenkte utøver under politiavhør og den taushet som fremkommer under hovedforhandlingen. Det er imidlertid først under hovedforhandlingen retten «*kan*» orientere siktede om at tausheten kan tale mot ham, jf. strpl. § 93 annet ledd. At strpl. § 232 ikke tillegger politiet den samme myndighet til å orientere mistenkte i politiavhør om taushetens konsekvenser, innebærer ikke at denne taushet ikke kan vektlegges som bevis. Bakgrunnen for at dette likevel ikke fremgår av bestemmelsen må forstås i sammenheng med at det ikke er politiets oppgave å foreta en bevisvurdering, men deres oppgave i tråd med den strafferettslige bevisbyrden å fremlegge bevisene for retten. Idet problemstillingen i oppgaven er hvorvidt retten i den samlede bevisvurderingen har adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld, vil jeg for ordens skyld presisere at vi i det følgende vil befinne oss i situasjonen der tiltale er tatt ut og det foreligger en strafferettslig siktelse. I det videre vil jeg utelukkende omtale tausheten i relasjon til «siktede».²⁰

¹⁸ Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, Bergen 2016 (s. 81)

¹⁹ Se nærmere redegjørelse av disse prinsippene under punkt 4.1.3 og 4.1.4

²⁰ Min konsekvente omtale av siktede i hankjønnsord i det følgende er tilfeldig og ikke bygget på fordommer

2. METODISK UTGANGSPUNKT

2.1 Alminnelig juridisk metode

Ettersom jeg i oppgaven skal redegjøre for den rettslige adgangen det i norsk rett er til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld, vil utgangspunkt for analysen være i tråd med alminnelig juridisk metode slik denne er utviklet av Høyesterett og fremstilt i juridisk teori²¹. Siktedes taushet er som nevnt også rettslig forankret i de av for Norge bindende menneskerettighetskonvensjoner og i GrL §§ 95 og 96 annet ledd. Ved grunnlovsendringen i 2014 var et av formålene å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett²². I relasjon til dette ble det i Menneskerettighetsutvalgets utredning til lovendringen understreket at «(...) *Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser i fremtiden må tolkes i lys av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene (...)*»²³ og at det dermed vil være «*naturlig å se hen til tidligere nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD*»²⁴. Ettersom et betydelig rettsstoff vedrørende adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld finnes i avgjørelser fra EMD²⁵, og norske rettsanvendere er forpliktet til å tolke de parallelle grunnlovsbestemmelsene i lys av EMK, vil EMDs tolkningsmetode være sentral ved redegjørelsen og drøftelsen av avhandlingens problemstilling.

2.2 EMDs tolkningsmetode og tolkning av EMK i norsk rett

Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 angir i artikkel 31 til 33 de vesentlige prinsipper for tolkning av folkerettslige avtaler. Av artikkel 31 følger det at: «*A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose*».

²¹ Jeg viser her til den generelle fremstillingen i Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Bergen 2012

²² Dokument 16 (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven* (s. 13)

²³ Dok 16 (s. 90). Den demokratiske legitimiteten av uttalelsene høstes fra Innst. 186 S (2013-2014) (s. 20) der konstitusjonskomiteen sluttet seg til uttalelsene ved å si at Lønning-utvalgets anbefalinger «gir gode holdepunkter for tolking av Grunnlovens rettighetsbestemmelser.»

²⁴ Dok 16 (s. 122)

²⁵ En følge av dette er at SP i det videre ikke vil behandles

Det sentrale ved tolkningen av folkerettslige avtaler er altså å ta utgangspunkt i ordlyden i konvensjonsteksten, tolke denne i sammenheng med traktatens formålsbestemmelser og i lys av den kontekst den står i. Dette utgangspunktet er i samsvar med den alminnelige juridiske metoden vi er vant med ved tolkning av norsk lovt tekst. EMD har imidlertid understreket at de begreper som fremgår av EMK skal forstås autonomt og at konvensjonen i seg selv er et «*living instrument*»²⁶. Dette innebærer blant annet at nasjonale begreper kan gi uttrykk for et videre eller snevrere anvendelsesområde enn hva EMK er ment å gi uttrykk for²⁷. Da EMD har siste ordet for klarleggingen av innholdet i EMK, vil naturligvis domstolens egen praksis være sentral ved tolkning av konvensjonen²⁸. Dette innebærer imidlertid ikke at domstolen selv anser seg bundet av egen praksis. Av hensyn til forutberegnelighet synes avgjørelsene likevel å ha en relativt sterk rettskildemessig vekt også for domstolen selv. Av menneskerettsloven § 2 nr. 1 og § 3 følger det at EMK skal gjelde som norsk lov, og at denne ved motstrid skal gå foran annen lovgivning. Dette utgangspunktet ble bekreftet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 996 der retten inngående redegjorde hvordan norske rettsanvendere skal forholde seg til EMDs avgjørelser ved tolkning av norsk lov. Retten uttalte på side 1007 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 oppgave å utvikle konvensjonen. Norske domstoler må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser. Når det oppstår tvil om rekkevidden av EMDs avgjørelser, vil det være av betydning om disse bygger på et saksforhold som faktisk og rettslig kan jevnføres med det som foreligger til avgjørelse for den norske domstol. I den utstrekning det er tale om å avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre, må norske domstoler - innenfor den metode som anvendes av EMD - også kunne bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer. Dette gjelder særlig dersom den norske lovgiver har vurdert forholdet til EMK og lagt til grunn at det ikke foreligger motstrid.»

²⁶ Se bl.a. Tyrer mot Storbritannia, application no. 5856/72 (avsnitt 31)

²⁷ Se for eksempel begrepene «charged» og «criminal» som har en langt videre utstrekning enn de parallelle nasjonale uttrykkene

²⁸ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015 (s. 42-43)

Dette innebærer at den norske rettsanvender må ta utgangspunkt i EMDs metode ved tolkning av EMK, men at norske verdier vil kunne spille inn i en eventuell interesseavveining. Selv om norske rettsanvendere er forpliktet å se hen til EMDs avgjørelser som tolkningsfaktor ved klarlegging av innholdet i de nasjonale rettsregler som berøres av konvensjonen, er det viktig å understreke at norske domstoler alltid skal foreta en «*selvstendig tolkning av konvensjonen*»²⁹. For å unngå et tolkningsresultat som motstrider konvensjonsbestemmelsene, vil norske rettsanvendere tilstrebe et tolkningsresultat som i størst mulig grad svarer til EMDs avgjørelser.

²⁹ Rt. 2005 s. 833 (avsnitt 45)

3. SIKTEDES RETT TIL Å FORHOLDE SEG TAUS

3.1 Innledning

Selvinkrimineringsvernet og taushetsretten er et utslag av det absolutte forbudet mot bruk av «*tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*»³⁰. Ved at siktede tildeles en grunnleggende rett til å forholde seg taus, tar man videre hensyn til vedkommendes personlige integritet slik at han selv fritt kan velge hvorvidt han ønsker å forklare seg for myndighetene eller ei³². Siktetes rett til å forholde seg taus gir ikke bare den siktede en grunnleggende rett til ikke å måtte bidra til egen domfellelse, men som en grunnleggende forutsetning for en rettferdig rettergang, også pålegger myndighetene en plikt til å respektere og sikre en effektiv beskyttelse av taushetsretten. Som vist til innledningsvis fremgår taushetsretten direkte og indirekte av ulike regelverk. I tillegg ivaretas og effektiviseres den ved at myndighetene har plikt til å informere om rettigheten³³ og gjennom de ulovfestede bevisavskjæringsreglene som er utviklet i rettspraksis³⁴. I dette kapittelet skal det redegjøres for den rettslige forankringen det i norsk rett er for siktede til å forholde seg taus.

3.2 Menneskerettslig forankring

Avgjørelsen Funke mot Frankrike var den første avgjørelsen der EMD tok stilling til hvorvidt retten til taushet hadde menneskerettslig beskyttelse. I saken var Funke ilagt dagmulkt for all den tid han ikke produserte og utleverte dokumenter til politiet som opplyste om finansielle forhold i utlandet. Domstolen fant at statens pålegg om utlevering av dokumenter ikke kunne rettferdiggjøres idet det stred med retten «*to remain silent and not to contribute to*

³⁰ EMK artikkel 3 og GrL. § 93

³¹ Påtaleinstruksen § 8-2 presiserer utgangspunktet: «Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes»

³² Jon Petter Rui, «Om retten til å forholde seg taus og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 (s. 51)

³³ Se strpl. §§ 232 og 90 og påtaleinstruksen § 8-1

³⁴ Se Rt. 1999 s. 1269 der mistenkte, uvitende om at politiet tok opp samtalen, hadde tilstått en straffbar handling. Ved at påtalemyndigheten ikke hadde informert vedkommende om sine rettigheter, hadde den «ikke i tilstrekkelig grad (...) respektert den rett mistenkte i en straffesak har til å forholde seg taus» og beviset måtte dermed avskjæres

incriminating himself», hvilket var beskyttede rettigheter som lå «*within the autonomous meaning of (...) Article 6*»³⁵.

De relevante deler av EMK artikkel 6 angir at «*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing (...)*». At siktedes rett til å forholde seg taus må innfortolkes i denne bestemmelsen er også lagt til grunn og utviklet i senere rettspraksis fra EMD. Blant annet presiserte EMD i *Serves mot Frankrike*³⁶ at taushetsretten ikke gjelder ubegrenset slik at den gir den mistenkte en rett til å nekte og avlegge ed og svare på ethvert spørsmål fra myndighetene. Domstolen uttalte at kravet om å avlegge ed har som formål å sikre at de opplysningene som blir gitt under saken er sanne, uten at dette betyr at vedkommende er tvunget til å forklare seg. Avgjørelsen gir uttrykk for at retten til å forholde seg taus ikke kan gå lenger enn en rett til å nekte og forklare seg eller svare på spørsmål av inkriminerende karakter. Dette utgangspunktet synes å være i samsvar med formålet og begrunnelsen for vernet mot selvinkriminering og taushetsretten, idet et krav om å avlegge ed ikke vil medføre at vedkommende bidrar til egen domfellelse. Retten til å forholde seg taus har også nær sammenheng med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2 som angir at «*Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.*» EMD har i relasjon til tolkningen av denne uttalt at bestemmelsen:

«(...) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.»³⁷ (Mine understrekninger)

³⁵ Funke mot Frankrike, application no. 10828/84 (avsnitt 44). Den konkrete uttalelsen: «The special features of customs law (see paragraphs 30-31 above) 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 (art. 6), to remain silent and not to contribute to incriminating himself»

³⁶ Serves mot Frankrike, application no. 20225/92 (avsnitt 47)

³⁷ Barberà m.fl. mot Spania, application no. 10590/ 83 (avsnitt 77)

Uttalelsen viser at uskyldspresumsjonen, foruten å angi prinsippet om at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist, også er bærer av det strafferettslige beviskravet og angir at det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden³⁸. Påtalemyndighetens bevisbyrde innebærer prinsipielt at det ikke kan oppstilles noen plikt for den siktede til å føre bevis for sin uskyld³⁹. Ved at siktede har anledning til å forholde seg fullstendig taus bidrar taushetsretten til å operasjonalisere påtalemyndighetens bevisbyrde. En kan dermed se det slik at taushetsretten i tillegg til å være en del av selvinkrimineringsvernet og kravet på en rettferdig rettergang, også er beskyttet av uskyldspresumsjonen.

Etter grunnlovsendringen av 2014 ble innholdet i Grl. §§ 95 og 96 annet ledd gitt en tilnærmet identisk ordlyd som EMK artikkel 6 nr. 1 og 2: «*Rettergangen skal være rettferdig og offentlig*» og «*Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven*». I samsvar med de metodiske prinsippene som ble redegjort for i kapittel 2, er det på det rene at de menneskerettslige grunnlovsbestemmelsene skal forstås med utgangspunkt i EMK og EMDs tolkning av denne. I blant annet Promillesaken som jeg refererte fra i innledningen, bekreftet Høyesterett dette i forbindelse med tolkningen av Grl. § 95. Førstvoterende fremholdt i denne saken at kravet på en rettferdig rettergang er «*en selvstendig rettsnorm, hvor innholdet må fastlegges 'i lys av en allment anerkjent internasjonal og nasjonal tolkningspraksis på området', jf. Dok. Nr. 16 (2011-2012) s. 122.*» I motsetning til Grunnloven som tillegger kravet på en rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen til «*Enhver*», synes EMK artikkel 6 å begrense sitt anvendelsesområde til de situasjoner hvor det foreligger en «*criminal charge*». Ordlyden gir uttrykk for at de rettigheter som følger av artikkelen først utløses der det foreligger en formell strafferettslig siktelse. Begrepet «*charge*» har imidlertid vært gjenstand for en utvidende tolkning av EMD der det avgjørende har vist seg å være om «*the situation of the [suspect] has been substantially affected*»⁴⁰ av en straffeprosessuell eller administrativ etterforskning rettet mot ham⁴¹. Dette innebærer at de rettigheter som følger av EMK artikkel 6 kommer til anvendelse også før det foreligger en strafferettslig siktelse, såfremt vedkommende er i en slik situasjon at rettighetene som følger

³⁸ Aall 2015 (s. 462)

³⁹ Gert Johan Kjelby, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» (s. 79-153), Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Bergen/ Oslo/ Trondheim 2015 (s. 108)

⁴⁰ Se bl.a. Deweer mot Belgia, application no. 6903/75 (avsnitt 46)

⁴¹ Aall 2015 (s. 425)

av artikkelen bør tilkomme ham⁴². Ettersom Grl. §§ 95 og 96 annet ledd tillegger kravet på en rettfærdig rettergang og uskyldspresumsjonen til «enhver», synes utgangspunktet likevel å være at disse favner en noe videre krets av personer enn EMK artikkel 6. Hva gjelder selve retten til å forholde seg taus, synes imidlertid ikke ordlydsforskjellen å ha særlig betydning. Da behovet for en taushetsrett først vil komme på spissen under et eventuelt politiavhør, vil den mistenkte allerede være utsatt for en administrativ etterforskning eller på annen måte befinne seg i en slik situasjon at rettighetene i artikkel 6 bør tilkomme ham. På bakgrunn av dette må det legges til grunn at retten til å forholde seg taus har den samme rettslige forankringen i Grl. §§ 95 og 96 annet ledd, som etter EMK artikkel 6.

3.3 Nasjonal forankring

Foruten den menneskerettslige forankringen i Grunnloven og EMK, fremgår siktedes rett til å forholde seg taus direkte av strpl. § 90 som angir at *«Første gang siktede møter for retten, skal han spørres om navn, fødselsår og –dag, stilling og bopel, og gjøres kjent med siktelsen og at han ikke har plikt til å forklare seg.»* Ordlyden gir først og fremst uttrykk for siktedes rett til å nekte og forklare seg i retten om forhold rundt siktelsen. Ved at siktede er forklaringspliktig hva gjelder personlig formalia, angir bestemmelsen også en modifikasjon av siktedes taushetsrett. Bestemmelsen må forstås i sammenheng med strl. § 162 som hjemler at den som ikke oppgir formalia eller oppgir slike opplysninger uriktig til *«en polititjenestemann eller annen offentlig myndighet som ber om opplysningen som ledd i tjenesteutøvelsen»* kan straffes. At siktede er forpliktet til å gi disse opplysningene vil likevel ikke gå på bekostning av vernet mot selvinkriminering, idet informasjonsplikten bare gjelder personlig formalia⁴³. Det er verdt å merke seg at det høsten 2016 ble sendt et utkast til ny straffeprosesslov på høring der taushetsretten er gitt rettslig forankring i § 9-1⁴⁴. Utkastet har per nå en meget begrenset rettskildemessig vekt⁴⁵, men viser at det i en eventuell ny straffeprosesslov ikke er ment å endre dagens rettstilstand på dette området.

⁴² Aall 2015 (s. 426)

⁴³ Se også strl. § 221 annet ledd

⁴⁴ NOU 2016: 24 «Ny straffeprosesslov» (s. 207) Bestemmelsen angir at «mistenkte kan la være å forklare seg», men det presiseres i utkastet at «mistenkte» skal omfatte det som i gjeldende rett defineres som «siktede»

⁴⁵ Den begrensede rettskildemessige vekten begrunnes i den lave demokratiske legitimiteten et høringsutkast har forut for Stortingsbehandling. Svarfrist på høringsbrev er 6. juni

4. ADGANGEN I NORSK RETT TIL Å VEKTLLEGGE SIKTEDES TAUSHET SOM BEVIS FOR SKYLD

4.1 Rettslig utgangspunkt

4.1.1 Innledning

Historisk ser vi tendenser til en positivisme i norsk rett for vektlegging av siktedes taushet som bevis for skyld allerede i straffeprosessloven av 1887. Av denne lovs § 260 fulgte det at siktedes valg om å nekte og svare på spørsmål eller forklare seg forbeholdent «*maa ansees ham bekjendte, kan blive opfattet som en Omstændighed, der taler mod ham*»⁴⁶. I denne sammenheng er det imidlertid verdt å merke seg en viss utvikling. Mens det tidligere bare gjaldt en adgang til å vektlegge den taushet som ble utøvet under hovedforhandlingen, synes rettspraksis i dag å forutsette at også taushet på etterforskningsstadiet kan tillegges vekt.⁴⁷ Når det likevel ikke følger direkte av loven eller annen autoritativ rettskilde, må det likevel antas at taushet på etterforskningsstadiet vil være av mindre interesse som bevis for skyld, enn taushet under hovedforhandlingen. I dagens straffeprosesslov finner vi bestemmelsen som hjemler rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis i § 93 annet ledd. Av denne følger det:

«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 viser at siktedes rett til å forholde seg taus ikke er til hinder for at retten i sin bevisvurdering kan vektlegge utøvelsen av rettigheten som bevis for hans skyld. Adgangen for retten til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld har også menneskerettslig forankring. Til tross for at EMK artikkel 6 etter sin ordlyd er taus både i relasjon til taushetsretten i seg selv og dens betydning i bevisvurderingen, fastslo EMD i dommen John

⁴⁶ Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Straffeprosessloven opphevet)

⁴⁷ Rt. 1993 s. 202 (side 207): I denne saken hadde A og B nektet å forklare seg både for politiet i avhør og for retten. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at «det er (...) klart at nektelse av å gi forklaring vil kunne være et bevismoment mot siktede, jf. forutsetningen i straffeprosessloven § 93 annet ledd». Se også TBERG-2008-186063: «Retten finner at de tiltalte både overfor politiet og overfor retten i sterk grad har forholdt seg som om de har hatt en del å skjule. Dette legger retten vekt på i den samlede bevisvurderingen. Retten bemerker at de tiltalte selvsagt har hatt rett til å nekte å svare på spørsmål både overfor politiet og overfor retten. Dette hindrer imidlertid ikke retten i å legge vekt på deres tilbakeholdenhet og uvillighet til å gi opplysninger i den samlede bevisvurderingen, jf. prinsippet i straffeprosessloven § 93 andre ledd.»

Murray mot Storbritannia at det var klart at «*the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, [can] be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.*»⁴⁸ Det er dermed heller ikke tvil om at det rettslig sett, også etter EMK, er adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for hans skyld.

Adgangen er imidlertid ikke ubegrenset.

Der strpl. § 93 annet ledd gir uttrykk for at retten «kan» trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet gir ordlyden uttrykk for at det ikke er noen automatikk i at retten kan vektlegge tausheten i siktedes disfavør, men fordrer en konkret vurdering. Rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld er i all hovedsak et spørsmål om hvordan statens myndigheter skal kunne gjennomføre en effektiv og forsvarlig straffeprosess uten å tilsidesette eller innskrenke siktedes mulighet til å benytte sine grunnleggende straffeprosessuelle og menneskerettslige rettigheter. Partenes frie bevisføring og den frie bevisvurderingen som er tillagt retten vil på den ene siden tale for at retten fritt kan vurdere hvorvidt den vil tillegge siktedes taushet en bevismessig vekt. På den andre siden må retten stadig sørge for at den ikke foretar en uforsvarlig bevisvurdering der den tillegger tausheten en slik beviskraft at den trår selvinkrimineringsvernet og uskyldspresumsjonen for nær. Kravet på en rettferdig rettergang vil til slutt i alle henseender stå som en endelig skranke for rettens bevisvurdering og adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld. Før jeg inngående under punkt 4.2 skal redegjøre for den rettslige vurderingsnormen EMD har utviklet i relasjon til spørsmålet, vil jeg under de neste punktene kort presentere begrunnelsen for å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld og de rettslige utgangspunktene for rettens bevisvurdering i relasjon til taushetsretten.

4.1.2 Begrunnelsen for å vektlegge siktedes taushet som bevis

Utgangspunktet for vektlegging av ethvert bevis i straffesaker, så vel som i sivile saker, er at de bevis som fremlegges av partene må være egnet til å belyse sakens bevistema. Dette innebærer at retten dersom den skal anvende siktedes taushet som bevis, må foreta en konkret vurdering av hvorvidt tausheten er egnet til å si noe om hvorvidt siktede oppfyller de subjektive og/ eller objektive straffbarhetsvilkår i bestemmelsen han er tiltalt for å ha

⁴⁸ John Murray mot Storbritannia, application no. 18731/91 (avsnitt 47). Saksforholdet og EMDs konkrete vurderinger vil inngående behandles under punkt 4.2

overtrådt. Årsaken til at en generelt ser siktedes utøvelse av taushetsretten som et aktuelt bevis som kan belyse bevistemaet i straffesaker, har av Ørnulf Øyen blitt begrunnet slik:

*«Et standpunkt om at taushet eller annen passivitet hos mistenkte er et bevis for skyld (eller uskyld), bygger på at mistenktes valg av passivitet i den aktuelle situasjonen sier noe om hans skyld».*⁴⁹

Jeg finner denne begrunnelsen treffende. Dersom den mistenkte eller siktede i en straffesak ikke ønsker å forklare seg eller unngår å lansere et frifinnende faktum, vil hans valg av taushet indikere skyld. Generelt eksisterer det et bevismessig skille mellom anvendelsen av siktedes taushet som bevis. Siktedes taushet kan opptre som et selvstendig bevis der man ser tausheten i seg selv som noe som direkte belyser bevistemaet. Taushet kan også opptre som et moment i vurderingen av siktedes troverdighet i relasjon til det som faktisk er forklart⁵⁰. I slike situasjoner har kanskje siktede lansert et frifinnende faktum, men ved spørsmål om å klarlegge omstendighetene rundt dette nekter han å svare eller forklare seg ytterligere. Her vil gjerne troverdigheten av det som allerede er forklart svekkes. Slutningen fra siktedes taushet tar altså utgangspunkt i den pressede situasjonen siktede er i på tidspunktet han får valget mellom å svare på spørsmål og forklare seg, og der han forholder seg fullstendig taus eller forklarer seg forbeholdent. At valget av taushet i slike situasjoner kan si noe om skyldspørsmålet, bygger på en erfaring om at det forekommer hyppigere at skyldige nekter å svare på spørsmål eller forklarer seg forbeholdent enn uskyldige⁵¹. Bakgrunnen for at man i det hele tatt ser taushet som et bevismoment, er altså at man tenker at tausheten gjerne indikerer skyld hos siktede. Det må imidlertid kreves at retten foretar en nærmere analyse og vurdering av den taushet siktede utviser og situasjonen som forelå på tidspunktet siktede valgte å forholde seg taus. Dette vil være i tråd med det strafferettslige beviskravet og rettens plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag⁵². Retten kan ikke under noen omstendighet uten videre vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld alene basert på en erfaring om at taushet indikerer skyld.

⁴⁹ Øyen 2010 (s. 276)

⁵⁰ Øyen 2010 (s. 276)

⁵¹ Øyen 2010 (s. 277)

⁵² Se punkt 4.1.4

4.1.3 Rettens frie bevisvurdering

Det klare utgangspunktet i alle straffesaker er at domfellelse kun kan forekomme i de tilfeller der det etter «*en samlet vurdering av bevisene*»⁵³ er bevist utover enhver rimelig tvil at siktede er skyldig i den straffbare handlingen han er tiltalt for å ha begått. Etter partene har fremlagt sine bevis er det opp til retten, ut fra påtalemyndighetens bevistilbud, å vurdere hvorvidt det strafferettslige beviskravet anses oppfylt eller ei. Beviskravet angir ikke hvilken individuell bevisstyrke det enkelte bevis kan og skal ha i bevisvurderingen, men fordrer at påtalemyndighetens samlede bevisoppgave eliminerer enhver rimelig tvil om at siktede oppfyller både de subjektive og objektive straffbarhetsvilkårene i straffebestemmelsen han er tiltalt etter.⁵⁴ Til forskjell fra det beviskrav som gjelder i sivilprosessen, er det på strafferettens område altså ikke tale om en alminnelig sannsynlighetsovervekt for skyld, men et krav om at domfellelse kun kan skje der det er bevist utover enhver rimelig tvil at siktede er skyldig.

En grunnleggende hovedregel for rettens bevisvurdering er at denne skal være fri⁵⁵. Dette innebærer at hverken rettsregler, andre normative retningslinjer eller partenes argumentasjon om hvordan det enkelte bevis skal vurderes er bindende for rettens bevisvurdering.⁵⁶ Den eneste rammen der finnes for rettens bevisvurdering følger av strpl. § 305. Av denne fremgår det at rettens avgjørelsesgrunnlag begrenses til «*de bevis som er ført under hovedforhandlingen*». I relasjon til bevismessige slutninger fra siktedes taushet er det dermed etter strpl. § 305 et krav om at siktede rent faktisk har forholdt seg taus under hovedforhandlingen, eller at det kan føres bevis for at han under etterforskningen forholdt seg taus.⁵⁷ Rettens sentrale oppgave er ut fra de fremlagte bevis i saken, å søke og begrunne en domfellelse slik at man viser at «*man etter en totalvurdering av alle momenter i saken [er] overbevist om skylden*».⁵⁸ Til tross for at det i norsk straffeprosess gjelder et prinsipp om fri bevisvurdering, vil retten måtte forholde seg til visse overordnede krav. Dersom retten foretar en fullstendig fri bevisvurdering der den uten videre vektlegger siktedes taushet som bevis for

⁵³ Rt. 2012 s. 856 (avsnitt 43)

⁵⁴ Øyen 2016 (s. 446)

⁵⁵ Jf. bl.a. Rt. 2005 s. 1353 (avsnitt 13): «Prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisvurdering er klare hovedregler i norsk straffeprosess.»

⁵⁶ Øyen 2016 (s. 451)

⁵⁷ Øyen 2010 (s. 282)

⁵⁸ Rt. 2004 s. 1063 (avsnitt 8)

hans skyld, står en overfor en situasjon der det blir vanskelig for myndighetene samtidig å sikre og respektere siktedes grunnleggende krav på en rettferdig rettergang. Ettersom strpl. § 93 annet ledd er taus om hvilke tilfeller siktedes taushet kan vektlegges som bevis, er det nødvendig å se hen til andre rettskilder for å analysere og klarlegge hvilken vurderingsnorm man i norsk rett kan operere med for rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet.

4.1.4 Rettens plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag

Det overordnede målet i enhver straffesak er at saken skal være så godt opplyst som mulig, slik at man får frem sannheten og oppnår en materielt korrekt dom. Det følger av strpl. § 294 at «*Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst*». Bestemmelsen er ikke bare et påbud om at retten skal sikre et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, men vil i tillegg tillate retten blant annet å pålegge partene å innhente ytterligere bevis og beslutte en utsettelse av saken der den finner det nødvendig. Rettens ansvar for å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag innebærer at retten i sin bevisvurdering må ta i betraktning alle bevis som er fremlagt i saken, stadig må være seg bevisst mulige frifinnende faktum og må «*foreta en grundig vurdering av påliteligheten av det enkelte bevis og av troverdigheten til en person som har forklart seg*». ⁵⁹ Plikten til å sørge for en fullstendig opplyst sak skal i første rekke bidra til å operasjonalisere det materielle sannhets prinsipp. Imidlertid er det viktig å påpeke at søken etter den materielle sannhet ikke på noe tidspunkt må gå på bekostning av hensynet til den mistenktes rettssikkerhet slik at rettergangen ikke anses rettferdig. Det strenge beviskravet som gjelder på strafferettens område vil her sette skranker. Som Gert Johan Kjelby fremholder i *Bevis i straffesaker utvalgte emner: «Sannhetsidealet gjelder først og fremst i retning av å oppnå materielt riktige domfellelser, idet skaden som kjent er større ved en avgjørelse som dømmer en uskyldig enn den som frifinner en skyldig»* ⁶⁰.

Norsk straffeprosess er en såkalt partsprosess som tilsier at det er partene som har ansvaret for bevisførselen ⁶¹. Dette innebærer at partenes bevisføring i utgangspunktet er fri ⁶², slik at det er

⁵⁹ Øyen 2016 (s. 454)

⁶⁰ Kjelby, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» i Aarli m.fl. 2015 (s. 85)

⁶¹ Kjelby, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker» i Aarli m.fl. 2015 (s. 91)

⁶² Øyen 2016 (s. 353)

unntak og avskjæring av bevis som krever rettsgrunnlag⁶³. Dette utgangspunktet gjør seg også gjeldende i relasjon til bevismessige slutninger fra siktedes taushet, slik at det er begrensninger eller unntak fra adgangen til å føre tausheten som bevis som må ha rettslig forankring. Idet sannsynligheten for å oppnå en materielt korrekt dom vil øke i takt med sakens opplysning og de bevis som fremlegges, må adgangen til å avskjære bevis anses som et snevert unntak fra prinsippet om fri bevisføring.

Et «forsvarlig» avgjørelsesgrunnlag krever ikke bare at påtalemyndigheten i tråd med bevisbyrden fremlegger et bevismateriale som samlet sett oppfyller det strafferettslige beviskravet, men også at retten stadig er seg bevisst de mulige grunnene til at siktede har forholdt seg taus. Ørnulf Øyen har blant annet tatt til orde for at *«En bevisbedømmer som overbevises om at tiltalte er skyldig hovedsakelig fordi tiltalte forholdt seg taus under hovedforhandlingen og/ eller på etterforskningsstadiet, kan vanskelig tenkes å ha foretatt en forsvarlig bevisbedømmelse»*.⁶⁴ I lys av den usikkerheten taushet representerer må det være klart at retten plikter å klarlegge alle omstendigheter i saken før den velger å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld. Dersom rettens bevisvurdering fremstår unyansert vil det medføre at rettergangen hverken vil være «forsvarlig» etter strpl. § 294 eller rettferdig etter Grl. § 95 og EMK artikkel 6.

4.2 Vurderingsnormen for adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis

4.2.1 Innledning

Hvorvidt siktedes taushet kan vektlegges som bevis for skyld er i all hovedsak et spørsmål om hvordan retten, i tråd med prinsippet om fri bevisvurdering, kan ta i betraktning siktedes valg om å forholde seg taus uten at dette går på bekostning av plikten til å sikre og respektere de rettigheter som tilkommer siktede gjennom Grunnloven §§ 95 og 96 annet ledd og EMK artikkel 6. Dette innebærer at rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld vil avhenge av hvorvidt det i den konkrete sak vil være i tråd med de hensyn og rettigheter som fremgår av uskyldspresumsjonen og selvinkrimineringsvernet å la siktedes utøvelse av taushetsretten tale i hans disfavør. Selv om EMK i utgangspunktet legger bevisvurdering og bevisføring til statens domene, har EMD blant annet lagt til grunn at en bevisbruk som grovt tilsidesetter grunnleggende rettsstatsprinsipper, alltid vil føre til at

⁶³ Et lovfestet rettsgrunnlag som hjemler avskjæring av bevis følger blant annet av strpl. § 292

⁶⁴ Øyen 2016 (s. 341)

rettergangen anses «(...) as a whole unfair contrary to Article 6»⁶⁵. Dette innebærer at en bevisbruk som tilsidesetter den siktedes grunnleggende rettigheter vil måtte føre til at bevisvurderingen har vært i strid med kravet på en rettferdig rettergang etter Grl. § 95 og EMK artikkel 6.

Et par år etter at EMD i Funke mot Frankrike slo fast at retten til taushet utvilsomt var beskyttet i EMK artikkel 6, fikk domstolen en ny sak der spørsmålet var hvorvidt siktedes valg om å forholde seg fullstendig taus både på etterforskningsstadiet og under hovedforhandlingen kunne vektlegges som bevis for hans skyld. I John Murray mot Storbritannia var Murray arrestert på bakgrunn av mistanke om at han hadde brutt engelsk terrorlovgivning. I likhet med den norske strpl. § 93 annet ledd fulgte det av den britiske Criminal Evidence Act at siktedes taushet kunne bli brukt som bevis mot ham i retten. Etter at Murray ble dømt og tausheten var gitt en fremtredende plass i bevisvurderingen, innklagde han saken for EMD med påstand om at den nasjonale domstolens vektlegging av tausheten måtte være i strid med EMK artikkel 6. Til dette uttalte EMD:

*«Whether the drawing of adverse inference from an accused's silence infringes Article 6 (art. 6) is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inference may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation».*⁶⁶ (Mine understrekninger)

Vurderingsnormen eller de retningslinjene som EMD i sitatet ovenfor gjør rede for, er lagt til grunn i senere rettspraksis fra EMD og har i lys av Norges folkerettslige forpliktelser dessuten også vært avgjørende for Høyesterett og andre norske underinstansers vurdering og utfylling av innholdet i strpl. § 93 annet ledd. I vurderingen av hvorvidt siktedes taushet kan vektlegges som bevis for skyld må man altså i lys av alle omstendigheter i saken, for det første foreta en konkret vurdering av hvilken bevissituasjon som forelå på tidspunktet siktede valgte å utøve taushetsretten. I tråd med rettens plikt til å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, må man dernest klarlegge bakgrunnen for at siktede valgte å forholde seg taus og konkret vurdere taushetens bevisvekt. Når alle disse forhold er klarlagt må man til slutt vurdere hvorvidt

⁶⁵ Gäfgen mot Tyskland, application no. 22978/05 (avsnitt 165)

⁶⁶ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 47)

bevisvurderingen eller rettergangen under ett fremstår som rettferdig og i tråd med Grl. § 95 og EMK artikkel 6. Under de neste punktene skal det redegjøres for hvert av disse momentene og hvordan de spiller inn i rettens vurdering.

4.2.2 *Konkret vurdering av den bevissituasjon som forelå på tidspunktet siktede valgte å forholde seg taus*

Det første EMD pekte på i Murraysaken var at retten i sin vurdering av hvorvidt siktedes taushet kan tillegges vekt, særlig må ta i betraktning de situasjonene der bevismessige slutninger kan trekkes. Ordlyden av dette tilsier at rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet er begrenset til visse tilfeller. I lys av det strafferettslige beviskravet må et grunnleggende utgangspunkt være at tausheten aldri kan være det eneste eller hovedsakelige bevis i saken. Dette fordi siktedes valg om å forholde seg taus i seg selv ikke vil gi sikre indikasjoner for skyld og dermed eliminere enhver rimelig tvil. Dette er lagt til grunn som sikker rett både av EMD i Murraysaken⁶⁷ og av Høyesterett. I blant annet Rt. 2011 s. 133 i avsnitt 17 uttalte førstvoterende at det i samsvar med strpl. § 93 annet ledd, er en generell adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis, men at forbudet mot selvinkriminering og uskyldspresumsjonen er til *«hinder for at en domfellelse utelukkende bygger på tiltaltes nektelse av å svare på spørsmål»*. I tillegg til at taushet aldri selvstendig vil kunne tilfredsstillende det strafferettslige beviskravet, vil *«det å bygge dommen helt ut eller i det vesentlige på anklagedes taushet (...) antakelig under alle omstendigheter [være] konvensjonsstridig»*.⁶⁸ Dersom retten dømmer siktede skyldig alene basert på hans utøvelse av taushetsretten, vil myndighetene indirekte utsette siktede for et forklaringspress som vil være uforenelig med vernet mot selvinkriminering. Bakgrunnen for at dette kan anses som et forklaringspress i strid med selvinkrimineringsvernet, er at kjernen i vernet er å beskytte siktede mot å utgi opplysninger og lignende som kan utsette vedkommende for straff. Ettersom siktede er gitt en grunnleggende rett til å forholde seg fullstendig taus overfor myndighetene, vil det stride med selve formålet bak selvinkrimineringsvernet dersom han påføres urimelige konsekvenser ved utøvelsen av denne retten. I tillegg til at det vil være i strid med vernet mot selvinkriminering å bygge en domfellelse alene på siktedes valg av å

⁶⁷ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 47): «(...) it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused's silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself.»

⁶⁸ Aall 2015 (s. 450)

forholde seg taus, vil et slikt forklaringspress også innebære at bevisbyrden snus over fra påtalemyndigheten til siktede selv, hvilket vil være i strid med uskyldspresumsjonen, jf. GrL. § 96 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 2. Dersom tausheten representerer det eneste eller hovedsakelige bevis for siktedes skyld vil siktede anses for å være pålagt en bevisføringsplikt der det ikke lenger er påtalemyndighetens bevis som danner grunnlaget for domfellelsen, men siktedes taushet. Det er dermed klart at det å bygge dommen hovedsakelig på siktedes utøvelse av taushetsretten er en urimelig konsekvens som må anses konvensjonsstridig.

Jeg innledet oppgaven med en gjengivelse av saksforholdet i Promillesaken. Bakgrunnen for at jeg valgte å innlede oppgaven slik, var for tidlig å illustrere at det ikke er en ubegrenset adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for hans skyld. I Promillesaken var nettopp det konkrete spørsmålet hvorvidt rettens bevisvurdering var i strid med uskyldspresumsjonen idet det talte i As disfavør at han forholdt seg taus ved ikke å oppgi hvem som hadde kjørt ham. En grunn til at vektlegging av siktedes taushet som bevis for skyld kan komme i konflikt med uskyldspresumsjonen er, som jeg viste til i kapittel 3, at taushetsretten bidrar til å operasjonalisere uskyldspresumsjonen. Ved å tillegge siktedes taushet en for sterk beviskraft, kan det reises spørsmål om man etablerer en omvendt bevisbyrde ved at det ikke lenger er påtalemyndigheten som skal bevise skyld, men siktede som gjennom ord eller handling må bevise sin uskyld for ikke å bli dømt. Hvorvidt en vektlegging av siktedes taushet i den konkrete sak representerer en omlegging av den strafferettslige bevisbyrden, er imidlertid et spørsmål som fordrer en nærmere vurdering. Sammenhengen mellom uskyldspresumsjonen og vektlegging av siktedes taushet som bevis er påpekt av EMD i flere avgjørelser. I blant annet Saunders mot Storbritannia utalte retten at:

«The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case 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. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the convention (art. 6-2).»⁶⁹ (Mine understrekninger)

I Murraysaken presiserte domstolen at rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld i alle tilfeller må være avhengig av hvorvidt «*the evidence adduced by the*

⁶⁹ Saunders mot Storbritannia (avsnitt 68)

prosecution is sufficiently strong to require an answer».⁷⁰ Det er altså påtalemyndighetens bevisstilbud som må være avgjørende. For at siktedes valg om å forholde seg taus i en konkret situasjon skal kunne benyttes av retten som bevis for hans skyld, må et grunnleggende utgangspunkt være at påtalemyndighetens fremlagte bevisstilbud «*clearly call for an explanation from him*».⁷¹ Det må oppfattes slik at påtalemyndigheten må ha etablert en *prima facie-sak* mot den siktede for at han skal befinne seg i en situasjon der påtalemyndighetens bevisstilbud gir ham en særlig forklaringsoppfordring. En *prima facie-sak* vil foreligge der påtalemyndighetens bevisstilbud i seg selv er sterkt nok til å skape en presumsjon for at siktede er skyldig i det straffbare forholdet han er tiltalt etter⁷². Dersom siktede i slike situasjoner unnlater å forklare seg, er det klart at tausheten vil kunne vektlegges i hans disfavør. Et eksempel på en slik situasjon kan være følgende:

A blir av politiet funnet beruset bak førersetet på en bil og blir satt under tiltale for kjøring i ruspåvirket tilstand. B og C vitner til politiet at de så A gikk fra festen med bilnøkklene i hånden. A bestrider at han kjørte i ruspåvirket tilstand. Politiet spør ham videre hvordan han havnet i førersetet på bilen. A fastholder sin påstand om at han er uskyldig, men nekter å svare på noen spørsmål eller forklare seg ytterligere.

I en situasjon som denne har påtalemyndigheten etablert en *prima facie-sak* der det ikke foreligger rimelig tvil om at siktede faktisk er skyldig i det straffbare forholdet. As påstand om at han er uskyldig vil i lys av det fremlagte bevismaterialet helt klart heller ikke alene være tilstrekkelig til å skape tvil om skyldspørsmålet. Det er klart at det bevisstilbudet som her fremlegges av påtalemyndigheten er «*sufficiently strong to require an answer*» og «*clearly call for an explanation from him*». Det at siktede ut fra påtalemyndighetens bevisstilbud har en særlig forklaringsoppfordring, må forstås slik at bevissituasjonen er egnet til å skape en slags aktivitetsplikt for siktede. Det er den særlige oppfordringen for siktede til å underbygge sine påstander som vil utgjøre aktivitetsplikten. Såfremt den siktede befinner seg i en bevissituasjon der påtalemyndighetens bevisstilbud presumerer hans skyld, må retten anses for å ha adgang til å vektlegge i siktedes disfavør hans manglende etterlevelse av den aktivitetsplikt bevisstilbudet gir grunnlag for. Det kan imidlertid reises spørsmål om hvorvidt

⁷⁰ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 51)

⁷¹ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 47)

⁷² Definisjonen på *Prima facie-sak*: «A fact presumed to be true unless it is disproved», jf. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/prima+facie>

utgangspunktet om at siktede må ha en særlig oppfordring til å forklare seg for at tausheten skal kunne tale mot ham, er forenelig med selvinkrimineringsvernet da kjernen i dette nettopp er at siktede ikke skal være tvunget til å forklare seg. På den ene siden er det klart at siktede vil kunne føle seg presset til å forklare seg eller svare på spørsmål dersom påtalemyndigheten legger frem et bevismateriale som i seg selv presumerer hans skyld. Et slikt press er imidlertid ikke hva selvinkrimineringsvernet beskytter siktede mot. Vernet mot selvinkriminering beskytter siktede mot «*improper compulsion by the authorities*»⁷³. Det at siktede *burde* forklare seg i tilfeller påtalemyndigheten sitter på et bevismateriale som i seg selv er egnet til å oppfylle det strafferettslige beviskravet, kan ikke anses som et urimelig press i strid med vernet mot selvinkriminering. Det er i alle tilfeller «*the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution*»⁷⁴ som vil være avgjørende for adgangen til å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet. Til tross for at siktedes særlige forklaringsoppfordring ikke vil anses som et urimelig press i strid med vernet mot selvinkriminering, må aktivitetsplikten likevel anses å representere en form for modifikasjon av selvinkrimineringsvernet. Dersom påtalemyndighetens bevilbud derimot ikke gir klare indikasjoner på skyld og ikke anses for å gi siktede en særlig forklaringsoppfordring, vil situasjonen tale for at vektlegging av siktedes taushet som bevis er urimelig. Følgende eksempel kan illustrere dette:

A er samboer med B der de eier en bil sammen. A blir satt under tiltale for uaktsom bilkjøring og brudd på hjelpeplikten etter at person C blir funnet hardt skadet langs bilveien og forklarer at han så registreringsnummeret på bilen før den kjørte fra stedet. I tillegg til Cs forklaring, fremlegger påtalemyndigheten som bevis bilder av bilen med skader og vitneforklaringer om at A var den som brukte bilen mest. A påstår seg uskyldig. Påtalemyndigheten krever alibi av A, men A velger å forholde seg taus.

I dette eksempelet er påtalemyndighetens bevilbud ikke sterkt nok til å presumere As skyld og gi ham en særlig oppfordring til å forklare seg. Når A i eksempelet avkreves forklaring for å bli hørt med sin uskyldspåstand, vil det representere en type press fra påtalemyndigheten som ikke vil være forenelig med vernet mot selvinkriminering. Det vil også kunne innebære en omlegging av den strafferettslige bevisbyrden å pålegge A en aktivitetsplikt når

⁷³ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 45)

⁷⁴ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 47)

påtalemyndighetens bevisstilbud, slik som i eksempelet, ikke er sterkt nok til å presumere As skyld. Til tross for at hovedregelen er at det er påtalemyndigheten som bærer bevisbyrden i straffesaker, synes imidlertid ikke enhver aktivitetsplikt for den siktede å bli oppfattet som en omlegging av bevisbyrden i strid med uskyldspresumsjonen. I Murraysaken la nettopp EMD til grunn at et vilkår for å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld må være at påtalemyndighetens bevisstilbud er «*sufficiently strong to require an answer*». En adgang til å kreve en viss aktivitet fra den siktede synes også å være lagt til grunn i norsk rett. Allerede den gamle straffeprosessloven syntes å åpne opp for at siktede kan avkreves aktivitet i henhold til sin påstand. Francis Hagerup har i relasjon til siktedes uskyldspåstand skrevet at

«I saadanne tilfælde faar forholdet skinnet af, at der paahviler tiltalte en bevisbyrde med hensyn til vedkommende kjendsgjerning, medens sagens virkelige sammenheng er, at hans unkladelse af at føre beviset i sig selv her har krakteren af et (anklagen støttende) bevismoment» og at tiltalte må «aabenbart fældes, naar der intetsomhelst foreligger, som kan støtte disse paastande.»⁷⁵

Jørgen All har også i sin artikkel «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker» i *Bevis i straffesaker utvalgte emner* tatt til orde for at «(...) Hensynet til straffebudets effektivitet (...) i enkelte tilfeller [kan] forsvare» at påtalemyndighetens bevisbyrde fravikes i praksis, men at dette må forbeholdes de tilfeller der påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak⁷⁶. Jeg vil for min del ikke karakterisere aktiviteten som avkreves fra den siktede som en omlegging av bevisbyrden. En omlegging av bevisbyrden vil innebære at det oppstilles en bevisføringsplikt for siktede. Det å karakterisere oppfordringen til å forklare seg som en «bevisføringsplikt», vil være uheldig idet ordlyden gir uttrykk for et påbud for siktede til å bevise sin uskyld. Et slikt påbud vil uten nærmere vurdering alltid måtte anses i strid både med selvinkrimineringsvernet og uskyldspresumsjonen. Etter mitt skjønn er det mer hensiktsmessig å omtale det som en aktivitetsplikt der det kan tale i siktedes disfavør at han ikke evner eller velger å la være å underbygge sin påstand om at han er uskyldig. I realiteten pålegges ikke siktede en plikt til å bevise sin uskyld, men snarere oppfordres til aktivitet med

⁷⁵ Francis Hagerup, *Den norske straffeproses*, Kristiania 1892 (s. 304-305)

⁷⁶ Jørgen Aall, «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker» (s. 459-480) i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, Bergen/ Oslo/ Trondheim 2015 (s. 468-469)

hensyn til å underbygge uskyldspåstanden⁷⁷. Strandbakken synes å innta samme standpunkt og holder at «dersom aktivitetsplikten begrenses til at siktede i en viss grad underbygger sin påstand om ansvarsfrihet, vil den etter mitt syn ikke være i strid med uskyldspresumsjonen».⁷⁸ Uskyldspresumsjonen nekter ikke retten å foreta en selvstendig og konkret vurdering av troverdigheten av de påstander som fremsettes. De bevismessige slutningene som kan trekkes fra siktedes taushet, har av EMD blitt lagt til grunn at ikke kan være annet enn «*common sense*»-slutninger. Dersom siktede velger å forholde seg taus og ikke underbygger sin påstand om at han er uskyldig, vil det nettopp måtte anses for å være en fornuftighetsslutning fra siktedes taushet å legge til grunn at han ikke snakker sant. Både selvinkrimineringsvernet, uskyldspresumsjonen og kravet på en rettfærdig rettergang verner siktede mot at det trekkes urimelige slutninger fra hans taushet⁷⁹ og at tausheten aldri alene vil kunne utgjøre det eneste eller hovedsakelige bevis. Selv om jeg mener det vil være uheldig å omtale siktedes aktivitetsplikt som en «bevisføringsplikt», vil realiteten og innholdet i begrepet være den samme. Det sentrale er at siktede i visse situasjoner kan avkreves en form for aktivitet, og at hans taushet i slike situasjoner vil kunne vektlegges som bevis for hans skyld uten at det strider med uskyldspresumsjonen. Etersom siktede kun kan avkreves en aktivitetsplikt i de tilfeller der påtalemyndighetens bevistilbud er «*sufficiently strong to require an answer*» og «*clearly call for an explanation from him*», er det på det rene at det er påtalemyndighetens bevistilbud som i hvert tilfelle er avgjørende.

I eksempelet mitt ovenfor der A ble presumert skyldig i uaktsom bilkjøring og brudd på hjelpeplikten var påtalemyndighetens bevistilbud ikke sterkt nok til å gi ham en forklaringsoppfordring. Den siktedes utøvelse av retten til å forholde seg taus i dette tilfellet kunne ikke vektlegges som bevis for hans skyld. Det å oppstille en aktivitetsplikt for siktede i slike situasjoner vil ikke være forenelig med uskyldspresumsjonen. Eksempelet mitt er lignende saksforholdet i EMDs avgjørelse i Telfner mot Østerrike⁸⁰. I denne saken var Telfner

⁷⁷ Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2002 (s. 545) Slike situasjoner karakteriseres også av ham som «en viss aktivitetsplikt i forhold til bevisførelsen» og ikke som en omvendt bevisbyrde. Christian Diesen, *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Stockholm 1992 (s. 489): Heller ikke han karakteriserer aktivitetsplikten som en omlegging av bevisbyrden, men som «ett praktisk instrument» for å prøve hvorvidt påberopte forhold er troverdige eller ei

⁷⁸ Strandbakken 2002 (s. 545)

⁷⁹ Aall 2015 (s. 449, fotnote 95)

⁸⁰ Telfner mot Østerrike, application no. 33501/96

dømt for uaktsom bilkjøring med personskade til følge. Det var ingen som kunne peke på at det var Telfner som hadde kjørt, men idet han ikke hadde vært hjemme på tidspunktet kjøringen fant sted og bilen tilhørte hans mor, fant den østerrikske domstolen at det måtte foreligge presumsjon for at Telfner hadde kjørt. EMD fant i saken at bevismaterialet var for tynt til at en her kunne pålegge Telfner en aktivitetsplikt uten å stride med uskyldpresumsjonen. I lys av myndighetens plikt til å respektere siktedes rett til å forholde seg taus, måtte det ut fra den bevissituasjon som forelå være uakseptabelt å pålegge Telfner en plikt til å forklare seg for å motbevise sin uskyld.

Avgjørelsen Donohoe mot Irland⁸¹ skiller seg derimot fra Telfner. I denne saken hadde en politimann observert et mistenkelig møte mellom flere biler. Når forsterkninger fra politiet ankom stedet og stilte spørsmål til enkelte av personene, bet de seg merke i flere mistenkelige objekter inni bilen som senere ble fremlagt som bevis for medlemskap i en terrororganisasjon. Vedkommende politiet hadde pratet med oppga falskt navn, bilene hadde ugyldige registreringsskilt og noen av mennene var ikledd politiuniformer. Alle disse observasjonene førte til at det ble tatt ut tiltale for medlemskap i en ulovlig terrororganisasjon. Den nasjonale domstolen fant at den tiltaltes manglende imøtegåelse av påtalemyndighetens bevilbud måtte anses å tale mot ham. Flertallet i dommen konkluderte med at det ikke var i strid med uskyldpresumsjonen å pålegge tiltalte en aktivitetsplikt med hensyn til å motbevise påtalemyndighetens bevilbud i et slikt tilfelle som dette, hvor påtalemyndighetens bevisoppgave alene oppfylte beviskravet og presumerte hans skyld. EMD fastholdt dette synspunktet i Averill mot Storbritannia. Også i denne saken var forholdet slik at påtalemyndigheten fremla en rekke tekniske bevis som knyttet tiltalte til den straffbare handlingen. Domstolen holdt her at bevissituasjonen Averill befant seg i måtte føre til at han *«could have been expected to provide the police with explanations. (...) His failure to provide an explanation when questioned by the police at Gough Barracks could, as a matter of common sense, allow the drawing of an adverse inference that he had no explanation and was guilty (...)»*.⁸²

Donohoe og Averill skiller seg fra Telfner idet de siktede i disse sakene stod overfor et betydelig sterkere bevilbud fra påtalemyndigheten enn hva Telfner gjorde. Grensen mellom

⁸¹ Donohoe mot Irland, application no. 19165/08

⁸² Averill mot Storbritannia, application no. 36408/97 (avsnitt 51)

Donohoe og Averill, og Telfner viser klart at bevissituasjonen er avgjørende for hvorvidt bevismessige slutninger kan trekkes fra siktedes taushet. Det var i de tilfeller der påtalemyndighetens bevilbud presumerte de siktedes skyld og dermed ga dem en særlig forklaringsoppfordring at det ikke ble ansett å stride med uskyldspresumsjonen å vektlegge deres taushet som bevis. Det er viktig å merke at de siktede hverken i Donohoe eller Averill var blitt utsatt for et press fra myndighetene, men var gitt en reell mulighet til å underbygge sine uskyldspåstander. At de valgte ikke å benytte seg av muligheten, var noe som måtte tale i deres disfavør.

Det er særlig to Høyesterettsdommer fra nyere tid som illustrerer den bevissituasjonen den siktede må befinne seg i for at retten rettmessig kan pålegge siktede en aktivitetsplikt, og eventuelt trekke bevismessige slutninger fra hans taushet uten at det strider med uskyldspresumsjonen etter GrL. § 96 annet ledd og EMK artikkel 6 nr. 2. Den ene av disse sakene var Promillesaken som jeg innledet oppgaven med. Oppsummert var bevissituasjonen i denne saken følgende: politiet hadde målt et alkoholnivå hos A på 1,12 promille morgenen etter han ble pågrepet og to vitner hadde sett As bil forlate festen. Det ene vitnet hadde sett A «pakke» folk inn i bilen før den forlot leiligheten festen ble avholdt i. Vitnet som påstod hun hadde sett A kjøre bilen, kunne ikke lites tillit til ettersom vedkommende var så beruset at hun måtte bæres i seng. A påstod seg uskyldig og hevdet noen andre hadde kjørt ham, men at han ikke kunne huske hvem dette var idet han var så full. Lagmannsretten mente bevissituasjonen forholdt seg på en slik måte at As manglende evne til å peke ut sjåføren av bilen måtte være et «bevismoment i hans disfavør». I likhet med Telfnersaken var det ingen klare bevis som knyttet A til selve kjøringen av bilen. Førstvoterendes redegjørelse av hvorvidt lagmannsrettens bevisvurdering hadde vært forsvarlig, tok utgangspunkt i det grunnleggende prinsippet om at tiltalte aldri kan domfelles alene på bakgrunn av nektelse av å forklare seg. Videre tok han utgangspunkt i strpl. § 93 annet ledd og viste at denne må forstås på bakgrunn av de retningslinjer EMD har lagt til grunn i relasjon til EMK artikkel 6 for adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld. Ut fra Murraysaken var det klare utgangspunktet at det kun er «*common sense*»-slutninger som kan trekkes, og at det avgjørende må være om påtalemyndighetens bevilbud «*clearly call for an explanation from him*». Førstvoterende med tilslutning fra 3 øvrige dommere fant at lagmannsrettens bevisvurdering i saken ikke var i tråd med EMDs retningslinjer og at den aktivitetsplikten A her ble pålagt var noe annet enn fornuftighetsslutninger ut fra det øvrige bevismaterialet. Lagmannsretten hadde snarere i denne saken pålagt A en plikt til aktivt å bevise sin uskyld,

hvilket måtte representere en omlegging av bevisbyrden i strid med uskyldspresumsjonen.

Vedrørende lagmannsrettens bevisvurdering uttalte førstvoterende at dette var:

«noe annet enn å trekke slike «common-sense» slutninger fra den tiltaltes taushet som uskyldspresumsjonen i noen grad tillater: Ved å legge vekt på at tiltalte selv kunne og burde ha sørget for en avklaring, har lagmannsrettens flertall i realiteten kommet i skade for å pålegge ham en utrednings- og bevisføringsplikt som ikke er forenlig med uskyldspresumsjonen i Grunnloven § 96 andre ledd, jf. EMK artikkel 6 nr. 2 og SP artikkel 14 nr. 2.»⁸³

I stedet for at lagmannsretten tok utgangspunkt i at det forelå et bevismateriale som i seg selv ga grunnlag for en aktivitet fra A og trakk fornuftighetsslutninger fra hans taushet i en slik situasjon, ble det altså lagt vekt på at A i den konkrete situasjonen ikke klarte å oppfylle rettens forventning om at han måtte fremlegge materiale som beviste hans uskyld. Etter mitt skjønn synes lagmannsretten i sin bevisvurdering å ta utgangspunkt i hva A i den konkrete situasjonen *kunne og burde* ha gjort, og deretter trekke en slutning om at valget av å forholde seg taus var så dårlig at det måtte holdes mot ham. Rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet i hans disfavør kan ikke basere seg på en frirettslig vurdering av hvorvidt siktedes valg av å utøve taushetsretten er et godt eller dårlig valg og hva han i situasjonen burde ha gjort. Ut fra EMDs avgjørelser er det bevissituasjonen som er avgjørende. I Promillesaken var det klart at påtalemyndighetens bevistilbud ikke evnet å presumere As skyld – det forelå rimelig tvil og var ingen plausible bevis som tilsa at A selv hadde kjørt. Det var kun tilfældigheter og indisier som pekte i den retning. Likevel presumerte lagmannsretten at A var skyldig i forholdet og dømte ham på bakgrunn av hans manglende evne til å bevise sin uskyld. De overordnede retningslinjene fra EMD viser klart at det bare er i de tilfeller der påtalemyndighetens bevistilbud evner å skape en særlig forklaringsoppfordring for den siktede at det er adgang til å presumere siktedes skyld og la en manglende aktivitet tillegges vekt i hans disfavør. Slik forklaringsoppfordring vil som nevnt foreligge der påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak mot den siktede. Når situasjonen i Promillesaken var at det ikke forelå en prima facie-sak fant Høyesteretts flertall at lagmannsrettens bevisvurdering måtte stride med uskyldspresumsjonen. Dette resultatet synes å harmonere godt med det resultat EMD kom til i Telfnersaken.

⁸³ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 17)

Det var imidlertid i saken én dommer som mente lagmannsrettens vurdering ikke var i strid med uskyldspresumsjonen. Selv om dissenterende dommer Arntzen fant lagmannsrettens uttalelse uheldig formulert, mente hun den ikke påla tiltalte en bevisføringsplikt i strid med uskyldspresumsjonen. Hun tolket lagmannsrettens uttalelse snarere som en «*begrunnet troverdighetsvurdering av tiltaltes forklaring om han 'ble kjørt dit av en person, men at han var så full at han ikke husker hvem det var'*».⁸⁴ Arntzen innledet sin begrunnelse i dommens avsnitt 41 med at «*De ulike bevismomentene i flertalls bevisvurdering supplerer hverandre og inngår i rettens helhetsvurdering*» og konkluderte med at situasjonen i denne saken tilsa at det ikke var i strid med uskyldspresumsjonen å trekke «common sense»-slutninger fra siktedes taushet. Hun viste videre til uttalelsene fra Murraysaken som tilsier at det er tillatt å ta i betraktning «*all relevant circumstances, including the manner in which the accused has behaved or has conducted his defence*»⁸⁵, og at forutsetningen for adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis er at påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak. Ut fra de bevis som forelå i saken kan jeg derimot ikke se at påtalemyndigheten hadde etablert en prima facie-sak mot A. Idet lagmannsretten fant ikke å kunne lite på Bs vitneforklaring, var det ingen bevis i saken som direkte knyttet A til selve kjøringen av bilen og dermed kunne danne tilstrekkelig grunnlag for å presumere A skyldig i promillekjøringen. På denne bakgrunn finner jeg for min del flertallets argumentasjon i dommen er best forenelig med det overordnede vurderingstemaet og de retningslinjer som er utviklet av EMD i rettspraksis.

Dommen illustrerer klart hvordan det øvrige bevismaterialet i saken er avgjørende for adgangen til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld, og i hvilke situasjoner retten kan pålegge den siktede en aktivitetsplikt uten at det strider med uskyldspresumsjonen. Når det i saken ikke forelå et klart bevismateriale, befant heller ikke siktede seg i en situasjon som «*clearly call for an explanation from him*». Det var også flere forhold i saken som ikke var påpekt – retten hadde blant annet ikke foretatt en grundig vurdering av bakgrunnen for at siktede forholdt seg taus. Selv om siktede oppga at han ikke husket hvem som kjørte ham, kan det tenkes at han hadde en legitim interesse i å holde for seg selv hvem som kjørte bilen av

⁸⁴ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 39)

⁸⁵ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 41). Uttalelsen fra John Murray mot Storbritannia som siteres er hentet fra dommens avsnitt 51

hensyn til ikke å inkriminere vedkommende dersom denne var beruset⁸⁶. Lagmannsretten synes generelt, slik flertallet påpeker, ikke her å trekke fornuftighetsslutninger fra siktedes manglende forklaring, men snarere å oppstille en presumsjon om skyld som aktivt må motbevise av siktede for ikke å felle ham i en endelig dom. Dette er etter min forståelse en rettslig argumentasjon som ligger i kjernen av hva vernet mot selvinkriminering og uskyldspresumsjonen beskytter mot og således ikke kan aksepteres.

I HR-2016-1857-A (heretter Ulvesaken) var bevisituasjonen annerledes. I denne saken var fire menn satt under tiltale for forsøk på ulovlig felling av ulv. En av de tiltalte gjorde i anken til Høyesterett gjeldende at lagmannsretten hadde foretatt en bevisvurdering i strid med uskyldspresumsjonen idet den hadde lagt for stor vekt på at han ikke hadde kunnet oppgi «noen rimelig forklaring» på de bevisene påtalemyndigheten hadde lagt frem. Høyesterett viste her til at EMK artikkel 6 nr. 2 og Grunnloven § 96 annet ledd var til hinder for at siktedes taushet kan utgjøre «det eneste eller det hovedsakelige bevis for straffeskyld».⁸⁷ I tråd med flertallets vurdering i Promillesaken var det heller ikke her adgang til å pålegge siktede en utredningsplikt for å bevise sin uskyld. Forholdet i Ulvesaken var imidlertid, til forskjell fra Promillesaken, at lagmannsretten hadde redegjort for et «*adskillig bevismateriale*» der den tiltaltes taushet ikke var annet enn et «*moment i den samlede bevisvurderingen*». Det var altså i Ulvesaken ikke tale om et usikkert bevismateriale der siktede nærmest var pålagt å forklare seg for ikke å bli dømt etter tiltalen. Påtalemyndigheten hadde i Ulvesaken fremlagt et bevismateriale som ga den siktede en særlig forklaringsoppfordring av hensyn til å underbygge sin uskyldspåstand. Dermed fant Høyesterett at lagmannsrettens vektlegging av den siktedes taushet i denne saken utelukkende var en fornuftighetsslutning og ikke en omlegging av bevisbyrden i strid med uskyldspresumsjonen.

For at rettens vektlegging av siktedes taushet ikke skal være i strid med uskyldspresumsjonen, har Jørgen Aall lagt til grunn at det er «(...) *en nødvendig betingelse for omlegging av bevisbyrden med hensyn til straffeskyld at påtalemyndigheten har etablert en prima facie-*

⁸⁶ Det skal ikke spekuleres i fakta i saken, men en av rettens plikter ved vurderingen av om den skal vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld er å ta i betraktning de ulike mulige grunnene for at siktede har valgt å forholde seg taus. Se punkt 4.2.3

⁸⁷ Dommens avsnitt 44

sak». ⁸⁸ Denne observasjonen finner jeg treffende. Felles i avgjørelsene fra EMD og Høyesterettsdommene ovenfor var nettopp at det gjennomgående var påtalemyndighetens bevisoppgave som var avgjørende for hvorvidt den siktede kunne avkreves en viss aktivitet. Det må dermed oppfattes som et grunnleggende krav for å vektlegge siktedes taushet at påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak der bevistilbudet etter omstendighetene skaper en presumsjon for at siktede er skyldig i forholdet han er tiltalt etter ⁸⁹. Den siktedes taushet der påtalemyndighetens bevistilbud er «*sufficiently strong to require an answer*» vil gi klare indikasjoner på at han ikke evner å bevise sin uskyld og dermed nettopp er skyldig. Siktedes manglende etterlevelse av den forklaringsoppfordring påtalemyndighetens bevistilbud gir, vil ut fra alminnelige fornuftighetsbetraktninger indikere hans skyld og dermed kunne vektlegges i hans disfavør. Rettens adgang til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld er dermed både i relasjon til selvinkrimineringsvernet og uskyldspresumsjonen avhengig av hvorvidt det øvrige bevismaterialet gir ham en forklaringsoppfordring og om den utviste taushet i en slik situasjon evner å belyse skyldspørsmålet.

4.2.3 *Rettens plikt til å klarlegge bakgrunnen for at siktede har valgt å forholde seg taus*

Såfremt påtalemyndigheten har etablert en prima face-sak mot siktede kan altså retten trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet. I tråd med utgangspunktet fra Murraysaken om at retten må ta i betraktning alle omstendigheter i saken, og i lys av rettens plikt til etter strpl. § 294 å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, er retten dernest pliktig å foreta en grundig vurdering av alle bevis i saken. Dette innebærer at retten må søke å klarlegge alle forhold rundt siktedes utøvelse av taushetsretten før den velger å vektlegge den som bevis for hans skyld. Rettens manglende vurdering av forholdet rundt siktedes valg om å forholde seg taus var bakgrunnen for at EMD i Getiren mot Tyrkia konstaterte brudd på EMK artikkel 6 nr. 1. I denne saken var Getiren mistenkt som gjerningsmannen bak en bombing av et kjøpesenter. Polititjenestemennene som forsøkte å avhøre Getiren utarbeidet en erklæring som Getiren skulle undertegne. Av denne fulgte det at Getiren ikke ville forklare seg for politiet eller andre representanter fra tyrkiske myndigheter. Da Getiren nektet å undertegne erklæringen, ble denne brukt som et av bevisene mot ham i retten. Getiren klagde saken inn for EMD med anførsel om at myndighetenes bruk av erklæringen som bevis krenket hans

⁸⁸ Aall, «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker» i Aarli m.fl. 2015 (s. 469)

⁸⁹ Aall, «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker» i Aarli m.fl. 2015 (s. 469)

vern mot selvinkriminering. EMD ga Getiren medhold og begrunnet det med at den tyrkiske domstolen ikke hadde foretatt en konkret vurdering av erklæringen og konteksten den var i. Domstolen uttalte her at:

«(...) by finding that the applicant was behaving as a member of an illegal organisation since he had not signed this document, while disregarding the applicant's consistent allegations of ill-treatment, the Istanbul State Security Court regarded the applicant's silence itself as an indication of his guilt, in breach of the very essence of the right to a fair trial.»⁹⁰ (Mine understreknings)

At retten ikke foretar en grundig vurdering der den søker å klarlegge bakgrunnen for at siktede valgte å forholde seg taus, vil altså kunne føre til at rettergangen ikke anses rettfærdig etter GrL. § 95 og EMK artikkel 6 nr. 1. Det er dermed helt sentralt at retten har visse grunnleggende momenter den må ta i betraktning før den vektlegger tausheten i siktedes disfavør. Ørnulf Øyen har stilt opp tre momenter jeg finner treffende. Her følger det at retten må vurdere a) «om det lå et bevisst og rasjonelt valg bak passiviteten», b) «være seg bevisst mulige årsaker til at en uskyldig mistenkt kan anta at aktivitet ikke styrker hans sak bevismessig» og c) «muligheten for at en uskyldig mistenkt ikke ønsket å prioritere en økt mulighet for henleggelse eller frifinnelse foran andre hensyn eller behov som i hans øyne foreligger i den aktuelle situasjonen».⁹¹

Med unntak av de tilfeller der siktede er ruspåvirket, har et lavt intellektuelt nivå, er i psykisk ubalanse eller har en annen form for personlighetsforstyrrelse, vil han i de aller fleste tilfeller være seg a) *bevisst over eget valg av taushet*. I visse tilfeller kan siktede ha blitt truet til taushet eller det kan tenkes at siktede på gjerningstidspunktet var sammen med en elskerinne, hvilket kan ha ført til at han ikke har villet avsløre noe og dermed har valgt å forholde seg taus. I slike situasjoner er valget av å forholde seg taus et bevisst valg fra siktedes side, men gir likevel ingen klare indikasjoner på hans skyld i det konkrete straffbare forholdet. Disse eksemplene illustrerer viktigheten av rettens plikt til å klarlegge bakgrunnen for at siktede i den aktuelle situasjonen valgte å forholde seg taus.

⁹⁰ Getiren mot Tyrkia, application no 10301/03 (avsnitt 127)

⁹¹ Øyen 2010 (s. 321-322)

Videre er det viktig at b) *retten er seg bevisst de mange mulige årsakene* til at en uskyldig mistenkt tviler på at aktivitet styrker hans sak bevismessig. Dette fordrer at retten setter seg inn i den tiltaltes tanker på tidspunktet han tok beslutningen om å forholde seg taus. Der siktede har en dårlig erfaring eller inntrykk av politiets avhørsmetoder eller rettens protokollering av forklaringer, vil han kanskje mene utøvelse av taushetsretten fremstår som et tryggere valg enn det å forklare seg. I andre tilfeller kan ytre omstendigheter være avgjørende. Siktede kan for eksempel ha valgt å forholde seg taus som følge av råd fra forsvarer. I slike tilfeller vil det være mindre grunn til å legge vekt på siktedes egne betraktninger rundt tausheten idet siktede ofte og naturligvis vil legge forsvarerens råd opp til grunn.⁹² At retten må ta slike forhold i betraktning ble lagt til grunn av EMD i avgjørelsen *Condron mot Storbritannia* der to personer var siktet for narkotikaovertridelser. Som følge av deres sterke rusavhengighet hadde forsvareren vurdert dem som «unfit to be interviewed» og dermed rådet dem til ikke å svare på spørsmål. Rettens formann nevnte i juryinstruksjonen at de siktede hadde forholdt seg tause som følge av råd fra forsvarer, men understreket at det var opp til juryen å vurdere bevisverdien av tausheten. Det var ingen tvil om at taushetsretten var utøvet alene som følge av forsvarerens råd. EMD vurderte hvorvidt dommerens juryinstruksjon var tilstrekkelig til at rettergangen under ett fremstod som rettferdig. EMD fant i dommen at vektleggingen av siktedes taushet hadde gått på bekostning av hans krav på en rettferdig rettergang og uttalte at

«In the Court's opinion, as a matter of fairness, the jury should have been directed that it could only draw an adverse inference if satisfied that the applicants' silence at the police interview could only sensibly be attributed to their having no answer or none that would stand up to cross-examination.»⁹³

Dommen viser at rettens manglende redegjørelse og instruksjon til juryen om bakgrunnen for siktedes taushet i seg selv var tilstrekkelig til at en vektlegging av utøvelsen av den som bevis var i strid med EMK artikkel 6.

Det siste momentet retten må ta i betraktning ved bevismessige slutninger fra siktedes taushet er c) *muligheten for at en uskyldig mistenkt ikke ønsket å prioritere en økt mulighet for*

⁹² Øyen 2010 (s. 321)

⁹³ *Condron mot Storbritannia*, application no. 35718/97 (avsnitt 61)

henleggelse eller frifinnelse foran andre hensyn eller behov som i hans øyne foreligger i den aktuelle situasjonen. I visse situasjoner kan siktede finne det mer hensiktsmessig å forholde seg taus og dermed risikere ytterligere etterforskning fremfor en umiddelbar henleggelse eller frifinnelse. Dersom siktede er en del av et større kriminelt miljø eller ønsker å beskytte nærstående eller andre bekjente kan dette eksempelvis bidra til at han velger å utøve taushetsretten fremfor å gi en forklaring. Dette må sees i sammenheng med det bevismaterialet påtalemyndigheten har presentert for siktede på tidspunktet han står overfor valget av taushet. Sannsynligheten for henleggelse eller frifinnelse vil i tråd med det strafferettslige beviskravet være større der politiet sitter med et ufullstendig bevisbilde. I tillegg til at retten må ha i mente de ulike mulighetene for siktedes valg av taushet, må den foreta en selvstendig prøving av om siktedes oppgitte bakgrunn for tausheten er plausibel eller ei.⁹⁴ Det sentrale er hvorvidt grunnlaget for tausheten synes reell og troverdig. I EMDs avgjørelse i Beckles mot Storbritannia hadde Beckles uttalt i politiavhør at han var innstilt på å forklare seg. Hans forsvarer rådet ham derimot til å utøve retten til å forholde seg taus, men ble ikke ført som vitne for domstolen. Til dette uttalte EMD at

«For the Court, these are all matters which go to the plausibility of the applicant's explanation and which, as a matter of fairness, should have been built into the direction in order to allow the jury to consider fully whether the applicant's reason for his silence was a genuine one, or whether, on the contrary, his silence was in effect consistent only with guilt and his reliance on legal advice to stay silent merely a convenient self-serving excuse.»⁹⁵

Retten er altså pliktig å foreta en selvstendig vurdering av den grunn siktede oppgir for hans utøvelse av taushetsretten. I denne sammenhengen må faren for at retten legger for stor vekt på hvorvidt valget av taushet i den konkrete situasjonen er et godt eller dårlig valg påpekes. Som følge av prinsippet om fri bevisvurdering vil retten, dersom påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak, stå nokså fritt i sin vurdering av hvilke slutninger som kan trekkes fra siktedes taushet og hvilken bevisverdi dette skal tillegges i det samlede bevisbilde. Når retten skal vurdere om siktedes valg av taushet i den konkrete situasjonen var plausibel, må det tas utgangspunkt i de oppgitte grunner og dernest vurderes hvorvidt disse grunnene synes

⁹⁴ Øyen 2010 (s. 323)

⁹⁵ Beckles mot Storbritannia, application no. 44652/98 (avsnitt 62)

sannferdige. Dersom retten betrakter siktedes valg av taushet i en konkret situasjon som lite overveid, vil det gi retten en større grunn til å vektlegge tausheten i hans disfavør.

Det kan likevel by på problemer der retten overprøver motivet for utøvelsen av taushetsretten. Siktedes valg om å forholde seg taus må som sagt vurderes konkret ut fra alle omstendigheter i saken⁹⁶. Der retten har lagt for stor vekt på egne betraktninger av siktedes valg av taushet i det konkrete tilfellet, vil det for det første stride med at det er siktedes forutsetninger og overveielser i den konkrete situasjonen som skal danne utgangspunktet for vurderingen. Dernest vil slik overdrevent fokus på om valget var godt eller dårlig kunne gå på bekostning av andre sentrale omstendigheter i slik grad at ikke bevisvurderingen fremstår forsvarlig og i tråd med kravet til rettferdig rettergang. Lagmannsrettens vurdering i Promillesaken kan her tjene til eksempel. Istedenfor at lagmannsretten trakk fornuftighetsslutninger fra As taushet i lys av bevissituasjonen, la den vekt på hvorvidt det enkelt «*ville latt seg gjøre å finne ut*» hvem som hadde kjørt A⁹⁷. Lagmannsretten la altså vekt på at A ut fra hva kunne og burde ha gjort, etter dens vurderinger foretok et så dårlig valg ved å utøve taushetsretten sin at det måtte tale mot ham. Denne type bevisvurdering var altså i strid med Grl. § 95 og 96 annet ledd og EMK artikkel 6.

4.2.4 Betydningen av manglende orientering om risikoen for bevismessige slutninger fra tausheten

I tråd med myndighetens plikt til å ivareta siktedes rettigheter for at rettergangen skal anses rettferdig, er også adgangen til å vektlegge tausheten som bevis avhengig av at siktede er gitt en reell adgang til å forholde seg taus. En grunnleggende forutsetning for at siktede skal ha en reell mulighet til å forholde seg taus, er at vedkommende har blitt orientert om rettigheten. Dette fremgår direkte av strpl. § 90. Hva gjelder den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus fremgår det av strpl. § 93 annet ledd at retten «*kan*» orientere siktede om at utøvelsen av taushetsretten kan anses å tale mot ham. Ordlyden av «*kan*» gir i samsvar med prinsippet om rettens frie bevisvurdering uttrykk for at det er opp til retten selv å vurdere hvorvidt den finner det hensiktsmessig å orientere siktede om den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus. Jon Petter Rui har derimot fremholdt at «*Det er helt på det rene at politiet eller dommeren*

⁹⁶ John Murray mot Storbritannia

⁹⁷ Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 16)

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.»⁹⁸ (Mine understrekninger). Forfatteren gir i sitatet uttrykk for at «kan» skal forstås som skal. De hensyn og rettskilder denne observasjonen er bygget på er mer uklar. Jeg mener dette ikke kan legges til grunn. I mangel på autoritative rettskilder som gir klart uttrykk for en slik forståelse av «kan»-kriteriet må ordlyden av strpl. § 93 annet ledd være avgjørende. I tråd med EMK artikkel 6 og Grl. § 95 og myndighetens sikringsplikt for øvrig etter EMK artikkel 1 og Grl. § 92, vil det riktignok være avgjørende for rettferdigheten av rettergangen, om siktede er gitt en reell mulighet til å forholde seg taus⁹⁹. Det synes imidlertid ikke å foreligge hverken praksis fra EMD eller Høyesterett, eller andre autoritative kilder som gir uttrykk for en plikt for retten til å orientere siktede om at tausheten kan anses å tale mot ham.

I John Murray mot Storbritannia understreket domstolen at «(...) the trial judge has a discretion whether, on the facts of the particular case, an inference should be drawn»¹⁰⁰ og uttalte at en orientering om den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus «on its own cannot be decisive»¹⁰¹. Retten er altså tillagt et fritt skjønn i sin vurdering av hvorvidt slutninger fra tausheten skal trekkes, men adgangen til å vektlegge tausheten som bevis synes ikke å avhenge av hvorvidt siktede er informert om den bevismessige risikoen. Det kan imidlertid hevdes at siktede, særlig der han ikke har vært bistått av en forsvarer, bør orienteres om risikoen for at tausheten kan vektlegges i hans disfavør for ikke å stride med vernet mot selvinkriminering og dermed lede til at rettergangen totalt sett ikke anses rettferdig. I så fall vil det etter omstendighetene kunne anses som en saksbehandlingsfeil dersom en siktede uten forsvarer ikke har blitt orientert om den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus, jf. strpl. § 343 første ledd. Jørgen Aall har blant annet i *Rettsstat og menneskerettigheter* tatt til orde for at det generelt i vurderingen av om rettergangen har vært rettferdig etter EMK artikkel 6 vil være «av betydning for vurderingen av slike slutningers rimelighet om anklagede er informert om konsekvensene av tausheten».¹⁰² Utover de tilfellene siktede ikke har vært bistått av en forsvarer, mener jeg det i lys av manglende støtte fra andre rettskilder

⁹⁸ Rui, «Om retten til å forholde seg taus og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse» 2009 (s. 51)

⁹⁹ Se bl.a Kolu mot Tyrkia, application no. 35811/97, der Kulus forklaring ikke kunne brukes mot ham idet retten ikke hadde blitt orientert om retten til å forholde seg taus før han forklarte seg

¹⁰⁰ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 51)

¹⁰¹ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 50)

¹⁰² Aall 2015 (s. 450)

ikke er grunnlag for å oppstille en generell norm om at manglende orientering av den bevismessige risikoen ved å utøve taushetsretten er av betydning for rettferdigheten av rettergangen. Det er imidlertid nødvendig å merke at dersom retten etter en skjønnsvurdering velger å trekke slutninger fra siktedes taushet, må dommeren «*explain the reasons for the decision to draw inferences and the weight attached to them*»¹⁰³. At retten må begrunne avgjørelsen om å trekke bevismessige slutninger fra siktedes taushet og deres bevisvekt, er likevel noe annet enn at siktede må være bevisst den bevismessige risikoen ved å utøve taushetsretten.

4.2.5 Avsluttende helhetsvurdering av hvorvidt bevismessige slutninger fra tausheten vil være i strid med kravet på en rettferdig rettergang

I alle tilfeller vil adgangen i norsk rett til å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld være avhengig av hvorvidt rettens bevisvurdering og siktedes rettigheter har blitt sikret og respektert på en slik måte at rettergangen under ett fremstår «rettferdig» etter Grl. § 95 og EMK artikkel 6. Det konkrete innholdet og hva som må til for at rettergangen skal være rettferdig er videre vanskelig konkret å stadfeste. Kravet på rettferdig rettergang må leses som en overordnet norm som «*gir (...) grunnlag for en totalbedømmelse av prosessen*».¹⁰⁴ I relasjon til vektlegging av siktedes taushet som bevis for skyld må det likevel oppfattes som minstekrav for at rettergangen skal være rettferdig at retten har fulgt de retningslinjer som ovenfor er gjennomgått. Først der siktede er sikret en reell adgang til å forholde seg taus og det øvrige bevismaterialet tillater det, vil retten ha adgang til å tillegge tausheten bevisvekt ved vurderingen av skyldspørsmålet. Det må videre oppfattes som et absolutt krav for å vektlegge siktedes taushet som bevis for skyld at retten har foretatt en selvstendig vurdering av bakgrunnen for at siktede har valgt å forholde seg taus. Er siktedes øvrige rettigheter i prosessen sikret og respektert, vil rettens bevisvurdering være forsvarlig og en vektlegging av siktedes taushet være i tråd med det overordnede kravet på en rettferdig rettergang i Grl. § 95 og EMK artikkel 6¹⁰⁵.

¹⁰³ John Murray mot Storbritannia (avsnitt 51). Se også Condron mot Storbritannia der det avgjørende for om siktede hadde blitt sikret en rettferdig rettergang var hvorvidt dommeren hadde instruert juryen om bakgrunnen for at siktede valgte å forholde seg taus

¹⁰⁴ Aall 2015 (s. 446)

¹⁰⁵ Avslutningsvis ønsker jeg å takke professor Jørgen Aall for god og nyttig veiledning under arbeidet med oppgaven

5. KILDEREGISTER

5.1 Lov og forskrift

- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
- 1887 Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven opphevet)
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
- 1985 Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen)

5.2 Internasjonale konvensjoner

- 1950 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950
- 1966 FNs Konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
- 1969 Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

5.3 Forarbeider

- NOU 2009: 09 «Lov om offentlige undersøkelseskommissjoner»
- NOU 2013: 15 «Fra bot til bedring»
- NOU 2016: 14 «Ny straffeprosesslov»

Dokument 16 (2011-2012) «Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i
Grunnloven»

5.4 Rettsavgjørelser

5.4.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1993 s. 202

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2004 s. 1063

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2010 s. 456

Rt. 2011 s. 133

Rt. 2012 s. 856

Rt. 2014 s. 1292

HR-2016-1857-A

5.4.2 Norsk underrettspraksis

TBERG-2008-186063

5.4.3 Internasjonale avgjørelser

Case of Averill v. United Kingdom

Dom av 6. juni 2000 (application no. 36408/97)

Case of Barberà m.fl. v. Spain

Dom av 6. desember 1988 (application no. 10590/ 83)

Case of Beckles v. United Kingdom

Dom av 8. oktober 2002 (application no. 44652/98)

Case of Condron v. United Kingdom

Dom av 2. mai 2000 (application no. 35718/97)

Case of Deweer v. Belgium

Dom av 27. februar 1980 (application no. 6903/75)

Case of Donohoe v. Ireland

Dom av 12. desember 2013 (application no. 19165/08)

Case of Funke v. France

Dom av 25. februar 1993 (application no. 10828/84)

Case of Gäfgen v. Germany

Dom av 1. juni 2010 (application no. 22978/05)

Case of Getiren v. Turkey

Dom av 22. juli 2008 (application no. 10301/03)

Case of John Murray v. United Kingdom

Dom av 8. februar 1996 (application no. 18731/91)

Case of Kolu v. Turkey

Dom av 2. august 2005 (application no. 35811/97)

Case of Saunders v. United Kingdom

Dom av 17. desember 1996 (application no. 19187/91)

Case of Serves v. France

Dom av 20. oktober 1997 (application no. 20225/92) (82/1996/671/893)

Case of Telfner v. Austria

Dom av 20. mars 2001 (application no. 33501/96)

Case of Tyrer v. United Kingdom

Dom av 25. april 1978 (application no. 5856/72)

5.5 Juridisk litteratur

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

Aall, Jørgen, «Uskyldspresumsjonen og beviskravet i straffesaker», Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, (Bergen/ Oslo/ Trondheim 2015)

Diesen, Christian, *Utevarohandläggning och bevisprövningi brottmål*, (Stockholm 1992)

Hagerup, Francis, *Den norske straffeproses*, (Kristiania 1892)

Kjelby, Gert Johan, «Bevisrettens grunnprinsipper og hovedregler i straffesaker», Aarli, Ragna, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker utvalgte emner*, (Bergen/ Oslo/ Trondheim 2015)

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (Bergen 2012)

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen* (Bergen 2002)

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess* (Bergen 2016)

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

5.6 Artikler

Jon Petter Rui, «Om retten til å forholde seg taus og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009

5.7 Nettsider

West's Encyclopedia of American Law, 2. utgave (2008). Hentet sist 29. mai 2017
fra <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/prima+facie>