



UIT

NORGES  
ARKTISKE  
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

## Retten til å forholde seg taus

*Anvendelsen av straffeprosessloven § 93 annet ledd under iringtefring og politiavhør i lys av EMK*

—

**Maren Singsås Brurok**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2018*





# Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling.....	1
1.2	Begrepsavklaringer.....	2
1.2.1	«Retten til å forholde seg taus» og «vernet mot selvinkriminering» .....	2
1.2.2	Begrepet «mistenkte».....	3
1.3	Metode og rettskildebruk .....	3
1.3.1	Innledning.....	3
1.3.2	EMK og EMDs praksis .....	3
1.3.3	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter .....	4
1.4	Avgrensninger .....	5
1.5	Videre fremstilling .....	6
2	Retten til å forholde seg taus .....	6
2.1	Historisk utvikling i norsk rett.....	6
2.2	Legislative hensyn .....	8
2.3	Rettslig regulering .....	9
2.3.1	EMK.....	9
2.3.2	Nasjonal rett .....	11
3	Anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd under irettføring – mistenktes taushet som bevis for skyld.....	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Rettslig grunnlag i nasjonal rett for å anvende mistenktes taushet som bevis .....	15
3.3	EMDs tilnærming: John Murray v. the United Kingdom.....	16
3.3.1	Relevante momenter som inngår i kravet om en konkret helhetsvurdering.....	18
3.4	Virkingen av brudd på retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95.....	32
3.5	Oppsummering og konklusjon.....	33

4	Anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør – kan politiet gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus? .....	33
4.1	Innledning .....	33
4.2	Rettskildebildet .....	34
4.2.1	Lovtekst og påtaleinstruks .....	34
4.2.2	Forarbeidene .....	35
4.2.3	Rettspraksis .....	36
4.2.4	EMDs praksis .....	37
4.2.5	Påtalepraksis .....	37
4.2.6	Uttalelser fra Europarådets antitorturkomité (CPT) .....	38
4.2.7	Fremmed rett: Britisk straffeprosess .....	39
4.2.8	Juridisk litteratur .....	42
4.2.9	Reelle hensyn .....	44
4.3	Oppsummering og konklusjon .....	46
5	Referanseliste .....	47
5.1	Lover og forskrifter .....	47
5.2	Internasjonale konvensjoner .....	47
5.3	Offentlige dokumenter .....	48
5.4	Rettspraksis .....	48
5.4.1	Høyesterettspraksis .....	48
5.4.2	EMDs praksis .....	49
5.5	Rundskriv fra riksadvokaten .....	50
5.6	Uttalelser fra Europarådets antitorturkomité .....	51
5.7	Uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité .....	51
5.8	Bøker .....	51
5.9	Artikler .....	52
5.10	Nettsider .....	52



# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens tema omhandler retten til å forholde seg taus på straffeprosessens område. Oppgavens overordnede problemstilling gjelder den nærmere anvendelsen av straffeprosessloven<sup>1</sup> (heretter «strpl.») § 93 annet ledd under hovedforhandling og politiavhør.

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at mistenkte i straffesaker har «rett til å forholde seg taus, og ikke har plikt til å bidra til egen straffellelse».<sup>2</sup> Prinsippet kommer direkte til uttrykk i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter<sup>3</sup> (heretter «SP») art. 14 nr. 3 bokstav g. I Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>4</sup> (heretter «EMK») art. 6 nr. 1 utgjør retten til taushet en integrert del av retten til en «fair [...] hearing». I nasjonal rett kommer rettigheten til uttrykk i strpl. §§ 90, 123 og 232. I tillegg er retten til å forholde seg taus grunnlovsfestet i Grunnloven<sup>5</sup> (heretter «Grl.») § 96 andre punktum. Etter Grl. § 95 har alle en rett til en rettferdig rettergang, og i likhet med EMK art. 6 nr. 1, må retten til taushet antas å utgjøre en integrert del av bestemmelsen.

Retten til å forholde seg taus nyter således et sterkt rettslig vern. Det følger imidlertid av strpl. § 93 annet ledd at utøvelse av taushet kan påføre siktede negative bevismessige konsekvenser. Bestemmelsens annet ledd lyder: «[n]ekter 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». Dersom retten til taushet skal anses reell, må det forutsettes å gjelde visse begrensninger for anvendelsen av siktedes taushet i bevisvurderingen, herunder hvilken bevismessig vekt tausheten kan tillegges.

På denne bakgrunn vil oppgaven behandle to hovedproblemstillinger. Den første dreier seg om rettens adgang til å vektlegge mistenktes taushet som bevis for skyld, se punkt 3 nedenfor. Den andre problemstillingen omhandler politiets adgang til å orientere mistenkte om

---

<sup>1</sup> Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.

<sup>2</sup> Rt. 1999 s. 1269 A s. 1271, se også Rt. 2007 s. 932 A avsnitt 17.

<sup>3</sup> Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

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

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

bevisrisikoen ved å forholde seg taus under avhør, se punkt 4 nedenfor. Adgangen til å orientere om at taushet kan gi negative bevismessige konsekvenser, gjelder etter strpl. § 93 annet ledd kun for «rettens leder». Problemstillingen settes særlig på spissen i lys av riksadvokatens rundskriv fra 2016<sup>6</sup> hvor det er lagt til grunn at strpl. § 93 annet ledd skal anvendes analogisk i politiavhør. Fra ulike hold er det uttrykt skepsis til at bestemmelsen skal gjelde tilsvarende i utenrettslige avhør.

Hovedformålet med avhandlingen er å klarlegge hva som er gjeldende rett i relasjon til de nevnte problemstillingene. Før det går nærmere inn på disse problemstillingene, vil det redegjøres for enkelte begreper som benyttes i oppgaven, avgrensninger av temaet, samt metode og rettskildebruk.

## 1.2 Begrepsavklaringer

### 1.2.1 «Retten til å forholde seg taus» og «vernet mot selvinkriminering»

Begrepet «vernet mot selvinkriminering» angir at en mistenkt ikke må tvinges til å bidra til sin egen domfellelse gjennom vitnemål eller erkjennelse av skyld. Mistenkte kan heller ikke tvinges til å fremlegge dokumenter eller andre bevis som taler mot vedkommende.<sup>7</sup>

Selvinkrimineringsvernet omfatter derimot ikke tvangsmessig innhenting av håndfaste bevis så som blodprøver, utåndingsprøver eller urinprøver.<sup>8</sup> Slike bevis eksisterer uavhengig av mistenktes vilje. Retten til å forholde seg taus refererer kun til verbal kommunikasjon, og kan dermed anses som en underkategori av det videre uttrykket «vernet mot selvinkriminering».<sup>9</sup>

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter «EMD») oppstilte et skille mellom vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus allerede i den første saken domstolen behandlet på selvinkrimineringsvernets område.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> RA-2016-2 pkt. 4.3.

<sup>7</sup> NOU 2003: 15 s. 103.

<sup>8</sup> Harris mfl. (2014) s. 422.

<sup>9</sup> Øyen (2010) s. 25.

<sup>10</sup> Dom av 25. februar 1993 *Funke v. France* avsnitt 44. Skillet er opprettholdt i etterfølgende praksis, bl.a. dom av 6. juni 2000 *Averill v. the United Kingdom* avsnitt 45 og dom av 5. november 2002 *Allan v. the United Kingdom* avsnitt 50.

I den videre fremstillingen vil det derfor skilles mellom vernet mot selvinkriminering og retten til å forholde seg taus. Enkelte bestemmelser i straffeprosessloven er særskilt knyttet til reguleringen av retten til taushet, og avhandlingens hovedfokus vil være på retten til å forholde seg taus. Uttrykket «vernet mot selvinkriminering» vil benyttes som en samlebetegnelse på alle former for selvinkriminerende handlinger.

### **1.2.2 Begrepet «mistenkte»**

I straffeprosessloven er det knyttet ulike bestemmelser om taushetsretten avhengig av om en person har rettslig status som mistenkt, siktet eller tiltalt. For avhandlingens vedkommende er de aktuelle regler som skal drøftes ikke nødvendigvis begrenset til personer som enten er siktet, mistenkt eller tiltalt. Av praktiske årsaker vil benevnelsen «mistenkte» benyttes som en felles betegnelse på personer i målgruppen, med mindre noe annet fremgår.

## **1.3 Metode og rettskildebruk**

### **1.3.1 Innledning**

Avhandlingen har et rettsdogmatisk perspektiv. Formålet er å besvare de aktuelle problemstillinger gjennom en fremstilling av gjeldende rett i henhold til alminnelig juridisk metode.

I det følgende vil det redegjøres for særtrekk ved den metodiske tilnærmingen til oppgavens tema. Retten til taushet er rettslig regulert både i nasjonal lov og internasjonale konvensjoner. Forholdet mellom disse rettskildene og hvordan de skal harmoniseres må derfor klarlegges.

### **1.3.2 EMK og EMDs praksis**

EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven<sup>11</sup> (heretter «mrl.») § 2. Ved en eventuell motstrid mellom konvensjonene og nasjonal lovgivning, skal konvensjonene gis forrang, jf. mrl. § 3. Ved tolkning av konvensjonen skal det tas utgangspunkt i ordlydens betydning i lys av konvensjonens gjenstand og formål.<sup>12</sup> Norske myndigheter er etter GrL. §

---

<sup>11</sup> Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

<sup>12</sup> Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten art. 31 nr. 1.

92 forpliktet til å sikre og respektere menneskerettigheter som følger av bindende konvensjoner, herunder EMK. Det følger i tillegg av strpl. § 4 og mrl. §§ 2 og 3 at norsk lovgivning må tolkes og anvendes i samsvar med EMK. Ved tolkning og anvendelse av nasjonal lovgivning som faller inn under konvensjonens virkeområde, vil praksis fra EMD spille en sentral rolle. Det finnes omfattende praksis fra EMD som presiserer innholdet i rettighetene og omfanget av statenes forpliktelser. Domstolen foretar en dynamisk fortolkning, hvor formålet er å belyse og videreutvikle konvensjonens rettigheter.<sup>13</sup> Videre vil praksis fra Storkammeret tillegges større vekt enn praksis fra et kammer eller en komité. Dette skyldes Storkammerets særlige rolle med hensyn til å sikre en enhetlig og dynamisk praksis.<sup>14</sup> Ved tolkningen av konvensjonen er det viktig at statene ser hen til EMDs metode. EMD er prejudikatdomstol i norsk rett for tolkningen av EMK.<sup>15</sup> I plenumsdommen inntatt i Rt. 2005 s. 833 uttalte førstvoterende at:

«... norske domstoler [skal] foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning».<sup>16</sup>

### **1.3.3 FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter**

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ble inkorporert i menneskerettsloven som norsk lov i 1999. Etter mrl. § 3 skal konvensjonen ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Ved tolkning av konvensjonen skal det tas utgangspunkt i ordlyden. Ordlyden tolkes etter den ordinære betydningen i konvensjonens kontekst, og i lys av konvensjonens «object and purpose».<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Kjølbros (2017) s. 17.

<sup>14</sup> Kjølbros (2017) s. 21.

<sup>15</sup> Aall (2015) s. 43.

<sup>16</sup> Dommens avsnitt 44.

<sup>17</sup> Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 om traktatretten art. 31 nr. 1.



FNs menneskerettighetskomité («HRC») håndhever statenes forpliktelser etter konvensjonen gjennom å gi uttalelser. Komiteens uttalelser er ikke rettslig bindende for statene, men det er fremholdt av Høyesterett at komiteens konvensjonstolkning må ha betydelig vekt som rettskilde.<sup>18</sup>

Komiteen har ikke avgitt uttalelser som i særlig grad belyser selvinkrimineringsvernet i SP art. 14 nr. 3 bokstav g. Det er heller ingen grunn til å anta at selvinkrimineringsvernet etter SP rekker noe lengre enn vernet etter EMK.<sup>19</sup> Hovedfokuset i oppgaven vil derfor være på EMDs praksis om selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1.

## 1.4 Avgrensninger

Opgaven avgrenses mot selvinkrimineringsvernet i sivile saker, herunder det som i norsk rett regnes som forvaltningsrettslige sanksjoner. EMD har uttrykkelig avvist at det gjelder et selvstendig selvinkrimineringsvern i sivile saker.<sup>20</sup>

Videre vil det avgrenses mot selvinkrimineringsvernet for juridiske personer. Rekkevidden av selvinkrimineringsvernet for juridiske personer er noe uklar. I Rt. 2011 s. 800 A fastslo Høyesterett at vernet mot selvinkriminering kan påberopes av juridiske personer. I forbindelse med arbeidet med ny straffeprosesslov gikk straffeprosesslovutvalget inn for at juridiske personer ikke skal ha en rett til å påberope seg selvinkrimineringsvernet. Utvalget fant ikke Høyesteretts argumenter i Rt. 2011 s. 800 A avgjørende, og konkluderte med at hensynet til å få opplyst straffesaker mot foretak måtte veie tyngst.<sup>21</sup> På bakgrunn av dette fremholdte riksadvokaten i sin høringsuttalelse at dersom Stortinget velger å fremsette lovvedtak i tråd med utvalgets forslag på dette punkt, vil det føre til at spørsmålet forblir så vidt uavklart at det vil måtte kreve en behandling av EMD.<sup>22</sup> Det presiseres at før lovforslaget er ferdig behandlet av Stortinget vil utvalgets forslag med høringsuttalelser være av begrenset rettskildeverdi.

---

<sup>18</sup> Rt. 2008 s. 1764 P avsnitt 81. Se også HR-2017-2428-A avsnitt 57.

<sup>19</sup> Prop. 62 L (2015-2016) s. 134. Om SP art. 14 nr. 3 bokstav g, se komiteens uttalelse i UN doc. CCPR/C/79/Add. 55 (1995) avsnitt 17.

<sup>20</sup> Dom av 7. september 1999 *Vernon v. the United Kingdom* side 5, pkt. 1, avsnitt 5.

<sup>21</sup> NOU 2016: 24 s. 210-211.

<sup>22</sup> <https://www.riksadvokaten.no/document/horingsuttalelse-om-ny-straffeprosesslov/> s. 10. Sist lest 14/9/18.

Straffrihet ved falsk forklaring har en viss tilknytning til vernet mot selvinkriminering. Etter straffeloven<sup>23</sup> § 167 er siktede personer som forklarer seg falskt i egen straffesak unndratt straff. Imidlertid er straffrihet ved falsk forklaring ikke betraktet som en del av selvinkrimineringsvernet av EMD.<sup>24</sup> Dette vil derfor ikke behandles nærmere.

## 1.5 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen vil det i kapittel 2 gis en oversikt over retten til å forholde seg taus, herunder rettighetens historiske utvikling i norsk rett, legislative hensyn og den rettslige reguleringen av rettigheten i nasjonal rett og etter EMK. I punkt 3 vil det redegjøres for rettens adgang til å vektlegge mistenktes taushet som bevis for skyld, med de begrensninger som følger av Norges forpliktelser etter EMK. I punkt 4 drøftes hvorvidt politiet kan gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus, herunder om det er rettskildemessig grunnlag for en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør.

## 2 Retten til å forholde seg taus

### 2.1 Historisk utvikling i norsk rett

Det inkvisitoriske prosesssystemet hadde stor utbredelse under middelalderen. Tortur under avhør var ikke uvanlig for å få en mistenkt til å tilstå.<sup>25</sup> På 1600-tallet var tortur fortsatt en vanlig sanksjon fra lovgivers side, brukt for å straffe tiltaltes forklaringsnekt. På 1700-tallet oppsto en rettsutvikling som i sin tur styrket mistenktes stilling. Gjennom ulike forordninger fra midten av 1700-tallet ble blant annet kravene til etterforskningen i alvorlige straffesaker skjerpet. I tillegg skulle riktigheten av en mistenkets tilståelse etterprøves før den kunne utgjøre et fullt bevis i straffesaken.<sup>26</sup> I forordning av 21. mai 1751 ble det innført et torturforbud. Likevel hersket det fortsatt en oppfatning om at mistenkte hadde forklaringsplikt

---

<sup>23</sup> Lov 20. mai 2005 nr. 28. lov om straff (straffeloven).

<sup>24</sup> Se dom av 4. mai 2000 *Serves v. France* avsnitt 47.

<sup>25</sup> Rui (2009) s. 50.

<sup>26</sup> Øyen (2010) s. 41.

ovenfor dommeren. I et reskript fra 1795 ble det gitt sanksjonsmuligheter overfor mistenkte som forholdte seg taus. Reskriptet fastslo at mistenkte hadde en forklaringsplikt, og hjemlet bruk av fengsel på brød og vann for å overvinne mistenktes taushet.<sup>27</sup>

Under grunnlovsarbeidet i 1814 var flere av delegatene kjent med rettighetene i den amerikanske konstitusjonen, blant annet det femte grunnlovstillegget hvor det fremgår at ingen skal bli tvunget til å inkriminere seg selv i sin egen straffesak. Det mest omfattende utkastet til den norske grunnloven hadde en tydelig parallell til det femte grunnlovstillegget i den amerikanske konstitusjonen. Selv om store deler av utkastet ble strøket, ble det grunnlovsfestet i § 96 annet punktum at «Pinligt Forhør maa ikke finde Sted».<sup>28</sup>

På midten av 1840-tallet startet arbeidet med en ny straffeprosesslov. Noen sentrale spørsmål under arbeidet var hvordan en eventuell rett til taushet skulle utformes, hvilken vekt tausheten skulle tillegges i en bevisvurdering, og om mistenkte burde orienteres om de negative konsekvenser av å forholde seg taus.<sup>29</sup> At taushet fra mistenkte kunne utgjøre et relevant og legitimt bevis for skyld var dermed akseptert.

Arbeidet med den nye straffeprosessloven stoppet imidlertid opp, og ble ikke gjenopptatt før begynnelsen av 1880-tallet.<sup>30</sup> I 1887 ble en ny straffeprosesslov vedtatt.<sup>31</sup> I lovens § 255 annet punktum fremgikk det at dommeren før avhør skulle henstille mistenkte til å forklare seg. Dommeren hadde imidlertid ingen plikt til å informere om mistenktes rett til å forholde seg taus. I § 260 ble det fastslått at dommeren kunne gjøre mistenkte kjent med at tausheten kunne ha negative konsekvenser. I § 256 annet ledd var det inntatt et forbud mot bruk av trusler eller tvangsmidler under avhør. I straffeprosessloven av 1981 ble forbudet mot tvang og trusler videreført i § 92 annet ledd. Videre ble det oppstilt en alminnelig orienteringsplikt for dommere i § 90. Dommeres rett til å orientere mistenkte om bevismessige konsekvenser av taushet ble også videreført i § 93 annet ledd.

---

<sup>27</sup> Øyen (2010) s. 42.

<sup>28</sup> Øyen (2010) s. 44-45.

<sup>29</sup> Ibid. s. 48-49.

<sup>30</sup> Ibid. s. 56.

<sup>31</sup> Lov 1. juli 1887 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven opphevet).

Under grunnlovsrevisjonen i 2014 ble vernet mot selvinkriminering gitt en implisitt forankring i Grl. § 95 om retten til en rettferdig rettergang. I tillegg er det i utkastet til ny straffeprosesslov foreslått en klar forankring av retten til taushet i en egen fanebestemmelse.<sup>32</sup>

Som den foregående redegjørelsen viser har retten til taushet historisk sett vært gjennom en stor utvikling. Rettigheten var for noen århundrer tilbake mer eller mindre ikke-eksisterende, og det var tillatt med tortur og tvang for å fremtvinge tilståelser. I dag er retten til taushet gitt en sterk stilling i nasjonale prosessregler og Grunnloven.

I punkt 2.3 gis en nærmere oversikt over den rettslige forankringen av retten til taushet internasjonalt og nasjonalt. Først skal det i punkt 2.2 redegjøres for de legislative hensyn som søkes ivaretatt av mistenktes rett til å forholde seg taus.

## 2.2 Legislative hensyn

Selvinkrimineringsvernet og retten til taushet er først og fremst begrunnet i hensynet til en human prosessordning, og hensynet til respekt for menneskelig verdighet, autonomi og integritet. Enkeltmenneskets krav på en verdig behandling og prosess regnes som en grunnleggende verdi i vår rettskultur. Det å tvinge en mistenkt til å prioritere straffesaksapparatets behov for saksopplysning fremfor egne interesser vil ikke være i tråd med kravet om en verdig prosess.<sup>33</sup> EMD har lagt til grunn at hensynet til mistenktes integritet er i kjernen av selvinkrimineringsvernet. Domstolen uttalte i Allan-dommen at “[t]he right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent ...”.<sup>34</sup> Retten til å forholde seg taus skal med andre ord ivareta den mistenktes frihet til å selv velge mellom å forholde seg taus eller å forklare seg i sin egen straffesak.

I Allan-dommen uttalte EMD videre at vernet mot selvinkriminering forutsetter at påtalemyndigheten søker å bevise mistenktes skyld uten å måtte ty til bevis innhentet ved bruk av metoder som tvang og utpressing i strid med mistenktes vilje.<sup>35</sup> Et viktig hensyn

---

<sup>32</sup> NOU 2016: 24 s. 209.

<sup>33</sup> NOU 2016: 24 s. 208.

<sup>34</sup> Allan v. UK avsnitt 44.

<sup>35</sup> Dommens avsnitt 68.

retten til taushet søker å ivareta er derfor å forhindre overgrep fra myndighetene. Dersom myndighetene innhenter en forklaring i strid med mistenktes taushetsrett, vil en mulig konsekvens være avskjæring av forklaringen som bevis i straffesaken. Dette vil igjen virke disiplinerende på myndighetene under avhør og straffesak, slik at myndighetene avstår fra å anvende tvang eller press for å overvinne mistenktes taushet.<sup>36</sup> Disiplineringshensynet har slikt sett en nær sammenheng med hensynet til å beskytte mistenkte mot overgrep fra myndighetene.<sup>37</sup>

Videre er hensynet til et materielt riktig resultat nært tilknyttet disiplineringshensynet og hensynet til vern mot overgrep fra myndighetene. Dersom det hadde vært tillatt med tvang og tortur for å fremtvinge tilståelser, ville det kunne ført til uriktige tilståelser og dermed uriktige domsresultat. Retten til å forholde seg taus er på denne måten med på å sikre at domstolen kommer frem til et materielt riktig resultat.<sup>38</sup>

## 2.3 Rettslig regulering

### 2.3.1 EMK

Det følger av EMK art. 6 nr. 1 at “[i]n the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing ...”. Selv om vernet mot selvinkriminering ikke fremgår uttrykkelig av ordlyden, er det på bakgrunn av EMDs praksis klart at selvinkrimineringsvernet utgjør en integrert del av retten til en rettferdig rettergang etter art. 6 nr. 1.

Selvinkrimineringsvernet som en del av retten til en rettferdig rettergang ble for første gang innfortolket i art. 6 nr.1 i EMDs avgjørelse *Funke v. France*.<sup>39</sup> Dette utgangspunktet ble tre år senere presisert av storkammeret i *Saunders-dommen*:

“The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally

---

<sup>36</sup> Rui (2009) s. 51.

<sup>37</sup> I NOU 2016: 24 (s. 273) har utvalget lagt til grunn at disiplineringshensynet bør tillegges større vekt i vurderingen av om rettsstridig ervervede bevis skal avskjæres. Selv om uttalelsen per dags dato har begrenset rettskildevekt, gir den en indikasjon på hva som vil kunne være rettstilstanden i fremtiden.

<sup>38</sup> Rui (2009) s. 51.

<sup>39</sup> Se dommens avsnitt 44.

recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6) ...”.<sup>40</sup>

Uttalelsen fastsetter at mistenktes rett til å forholde seg taus og selvinkrimineringsvernet ligger i kjernen av prinsippet om en rettferdig rettergang. Storkammerets uttalelse i Saunders-dommen ble i sin tid ansett som en viktig symbolsk erklæring av selvinkrimineringsvernets sentrale betydning innenfor europeiske rettssystemer.<sup>41</sup> Dette standpunktet og det nærmere innholdet av selvinkrimineringsvernet er presisert i en rekke etterfølgende dommer på området.<sup>42</sup>

Retten til taushet har også en nær sammenheng med presumsjonen om uskyld. Etter EMK art. 6 nr. 2 har enhver som er siktet for en kriminell handling rett til å bli ansett uskyldig inntil det motsatte er bevist. Presumsjonen om uskyld innebærer at påtalemyndigheten må bevise tiltaltes skyld utover enhver rimelig tvil, også kalt bevisbyrdeprinsippet. Videre kan det ikke kreves at tiltalte fremlegger bevis for sin uskyld, og vedkommende kan heller ikke straffes for å ikke gi en fullstendig forklaring.<sup>43</sup> I Saunders-dommen uttalte EMD at det sentrale i selvinkrimineringsvernet er at påtalemyndigheten unngår bruk av tvang og utpressing for å innhente bevis mot den mistenkte, slik at vernet mot selvinkriminering på dette punkt har en nær sammenheng med uskyldspresumsjonen i art. 6 nr. 2.<sup>44</sup> Når den mistenkte utøver sin rett til å forholde seg taus vil dette aktualisere uskyldspresumsjonen, herunder bevisbyrdeprinsippet, ved at påtalemyndigheten må søke å bevise mistenktes skyld utover enhver rimelig tvil uten støtte fra hans eller hennes forklaring. Retten til taushet kan på denne måten ses som et praktisk uttrykk for uskyldspresumsjonen og påtalemyndighetens bevisbyrde, slik at uskyldspresumsjonen også innebærer et vern mot selvinkriminering.

I juridisk teori har det vært reist spørsmål om EMK art. 10 om ytringsfrihet, herunder negativ ytringsfrihet, også hjemler en rett til å forholde seg taus.<sup>45</sup> Et bekræftende svar vil i så fall medføre at art. 10 om ytringsfrihet supplerer retten til taushet i art. 6 nr. 1. Problemstillingen er ikke vurdert av EMD. Spørsmålet er imidlertid berørt av Europarådets kommisjon for

---

<sup>40</sup> Storkammerdom av 17. desember 1996 *Saunders v. the United Kingdom* avsnitt 68.

<sup>41</sup> Quirk (2017) s. 21.

<sup>42</sup> Se bla. Allan v. UK avsnitt 44 og storkammerdom av 11. juli 2006 *Jalloh v. Germany* avsnitt 117.

<sup>43</sup> Rt. 2014 s. 1292 A avsnitt 15.

<sup>44</sup> *Saunders v. UK* avsnitt 68.

<sup>45</sup> Se Øyen (2010) på side 23.



menneskerettigheter (Kommisjonen) i en sak fra 1993. I saken var en klager med status som vitne blitt straffet for å ikke ville avgi forklaring i en situasjon hvor klageren sto i fare for å inkriminere seg selv ved å avgi forklaring. Kommisjonen konkluderte med at dette utgjorde en krenkelse av klagerens rett til negativ yringsfrihet jf. EMK art. 10.<sup>46</sup> Kommisjonens praksis kan likevel ikke tillegges stor vekt som rettskilde, og dens praksis vil sjeldent være et uttrykk for gjeldende rett.<sup>47</sup>

EMD har på sin side lagt til grunn at i saker som angår krenkelse av selvinkrimineringsvernet i art. 6 nr. 1, vil retten til negativ yringsfrihet etter art. 10 ikke reise noen ytterligere spørsmål.<sup>48</sup> Dette kan tas til inntekt for at art. 10 ikke supplerer selvinkrimineringsvernet i art. 6 nr. 1.

Det kan også nevnes at saken som ble behandlet av Kommisjonen i 1993 sannsynligvis ville blitt vurdert etter art. 6. nr. 1 dersom den hadde vært til behandling på nytt, sett i lys av sakens faktum og EMDs senere praksis.<sup>49</sup>

Etter dette må det antas at kun i tilfeller hvor det er utvilsomt at et vitne ikke er «charged» i konvensjonens forstand på samme tid som vitnet pålegges å avgi forklaring, vil spørsmålet om krenkelse av negativ yringsfrihet kunne få selvstendig betydning.<sup>50</sup> Det kan dermed ikke legges til grunn at retten til negativ yringsfrihet i art. 10 supplerer retten til taushet etter art. 6 nr. 1.

### 2.3.2 Nasjonal rett

Under grunnlovsrevisjonen i 2014 ble det vedtatt en ny § 95 som sikrer enhver en rettferdig rettergang. De relevante deler av bestemmelsen lyder:

«Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid. Rettergangen skal være rettferdig og offentlig ...».

---

<sup>46</sup> Dom av 2. juni 1993 *K. v. Austria*, forlikssak hvor EMD ikke tok stilling til spørsmålet om forholdet mellom art. 10 og art. 6 nr. 1.

<sup>47</sup> Kjølbros (2017) s. 650.

<sup>48</sup> Dom av 21. desember 2000 *Heaney and McGuinness v. Ireland* avsnitt 63.

<sup>49</sup> Øyen (2010) s. 24.

<sup>50</sup> Kjølbros (2017) s. 650.

Det følger av forarbeidene at bestemmelsen gir uttrykk for en selvstendig rettsnorm som kan påberopes av den enkelte, dersom han eller hun mener retten til en rettferdig rettergang ikke er ivaretatt av myndighetene.<sup>51</sup> Grl. § 95 må dermed ses i sammenheng med Grl. § 92, som angir myndighetenes plikt til å respektere og sikre grunnlovsrettighetene og rettigheter fastsatt i bindende konvensjoner. Videre vil prinsippet om en rettferdig rettergang prege tolkningen av annen lovgivning. Mer konkret vil dette bety at straffeprosesslovens detaljerte regler alltid må tolkes i lys av det overordnede kravet om en rettferdig rettergang, jf. HR-2018-1909-A, avsnitt 28-29.<sup>52</sup>

Selvinkrimineringsvernet er av Lønning-utvalget ikke nevnt i oppstillingen av de sentrale elementene i en rettferdig rettergang.<sup>53</sup> Utvalget presiserte imidlertid at da prinsippet om rettferdig rettergang allerede fulgte av EMK art. 6 nr. 1, ville Grl. § 95 ikke endre rettstilstanden på annen måte enn at prinsippet ble gitt grunnlovs rang.<sup>54</sup> På bakgrunn av dette må det antas at Grl. § 95 skal forstås på samme måte som EMK art. 6 nr. 1, slik at grunnlovsbestemmelsen hjemler et vern mot selvinkriminering.

At vernet mot selvinkriminering skal innfortolkes i Grl. § 95, fremgår av HR-2016-1459-A. Førstvoterende Indreberg, som også var en del av Lønning-utvalget, uttalte at

«Det er videre gjort gjeldende at innhenting av grunnlagsmaterialet krenker vernet mot selvinkriminering – det vil si vernet mot at siktede presses til å forklare seg om det forhold siktelsen gjelder. Vernet inngår i retten til en rettferdig rettergang, jf. Grunnloven § 95 og EMK artikkel 6 ... ».<sup>55</sup>

Videre følger det av Grl. § 96 annet ledd at «enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Bestemmelsen ble inntatt i Grunnloven ved revisjonen i 2014. I forarbeidene er det fremholdt at rekkevidden av uskyldspresumsjonen må trekkes opp på bakgrunn av nasjonal og internasjonal rettspraksis på området.<sup>56</sup> Høyesterett har lagt til grunn at § 96 annet ledd grunnlovsfester innholdet i EMK art. 6 nr. 2.<sup>57</sup> Det kan derfor legges til

---

<sup>51</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 122.

<sup>52</sup> Se nærmere Bårdsen (2017) s. 25.

<sup>53</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 118.

<sup>54</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 121.

<sup>55</sup> Dommens avsnitt 42.

<sup>56</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 130.

<sup>57</sup> Rt. 2014 s. 1161 A avsnitt 29.

grunn at uskyldspresumsjonen i Grl. § 96 annet ledd, i likhet med EMK art. 6 nr. 2, også innehar et vern mot selvinkriminering. Sammenhengen mellom uskyldspresumsjonen og vernet mot selvinkriminering er i tillegg påpekt av Høyesterett. I Rt. 2014 s. 1292 A uttalte førstvoterende:

«Presumsjonen om uskyld rommer flere regler og prinsipper. Helt grunnleggende er det at i ordinære straffesaker må påtalemyndigheten bevise tiltaltes skyld utover rimelig tvil ... Den tiltalte kan på sin side ikke avkreves bevis for sin uskyld. Han kan heller ikke domfelles fordi han ikke har villet gi en fullstendig forklaring. *Regelen her står i sammenheng med den tiltaltes rett til ikke å inkriminere seg selv*, jf. Grunnloven § 95 første ledd, EMK artikkel 6 ...».<sup>58</sup>

Av straffeprosessuelle bestemmelser kommer retten til taushet klarest til uttrykk i strpl. § 90 hvor det fremgår at «[f]ørste 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». Det følger uttrykkelig av ordlyden at siktede har en rett til å forholde seg taus under iretteføring, med unntak av oppgivelse av personalia. Strpl. §§ 230 og 232, som angir at mistenkte ikke har plikt til å forklare seg under politiavhør, er også et direkte utslag av vernet mot selvinkriminering.<sup>59</sup>

Strpl. § 93 annet ledd utgjør imidlertid et inngrep i retten til å forholde seg taus. Under punkt 3 vil det redegjøres for anvendelsen av mistenktes taushet som bevis for straffskyld, herunder den nærmere tolkningen av strpl. § 93 annet ledd i lys av EMDs praksis på området.

### **3 Anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd under iretteføring – mistenktes taushet som bevis for skyld**

#### **3.1 Innledning**

Problemstillingen i det følgende gjelder rettens adgang til å anvende mistenktes taushet som bevis for skyld. Kronologisk sett vil det være mest naturlig å redegjøre for anvendelsen av

---

<sup>58</sup> Dommens avsnitt 75 (uthevet her). Dommen behandles nærmere i punkt 3.3.1.1 nedenfor.

<sup>59</sup> Rt. 2011 s. 800 A avsnitt 75.

strpl. § 93 annet ledd i politiavhør først, men på grunn av oppgavetekniske hensyn vil det være mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i bestemmelsens anvendelse under iretteføring. Problemstillingen i dette punkt gjelder bruk av mistenktes taushet som bevis uavhengig av om tausheten er fremkommet under politiavhør eller hovedforhandling<sup>60</sup>, mens problemstillingen i punkt 4 gjelder politiets adgang til å orientere om bevisrisikoen ved å forholde seg taus under avhør.

-Problemstillingen om anvendelse av mistenktes taushet som bevis for skyld er kontroversiell, idet man på den ene siden klart anerkjenner at mistenkte har en rett til å forholde seg taus, mens man på den andre siden gjør et betydelig inngrep i denne retten ved å tillate at det trekkes negative bevismessige slutninger fra tausheten. Normalt vil en forklaring fra den mistenkte utgjøre et sentralt bevis i en straffesak. Selv om mistenkte ikke tilstår, kan forklaringen likevel ha stor bevisverdi.<sup>61</sup> Hensynet til en effektiv strafferettspleie står på denne måten som et motstykke til mistenktes rett til å forholde seg taus etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95 om rettferdig rettergang. Retten til å forholde seg taus i EMK art. 6 nr. 1 er ikke generelt til hinder for at taushet tillegges bevismessig vekt til skade for mistenkte. Konvensjonen setter imidlertid grenser for hvor stor vekt tausheten kan tillegges i skyldspørsmålet.

Bakgrunnen for at taushet fra mistenkte i det hele tatt kan være aktuelt som bevis for skyld, forklares ved at man bygger på at mistenktes valg av å forholde seg taus sier noe om hans eller hennes skyld. Det er generelt antatt at uskyldige mistenkte ikke vil velge å forholde seg taus, men heller søke å frigi seg mistanken. Oppfatningen om at taushet indikerer skyld er basert på erfaringer rundt mistenkte personers handlemåte og betraktninger om hva som er en rasjonell handlemåte.<sup>62</sup> Det er nettopp denne oppfatningen som utgjør begrunnelsen for at mistenktes taushet kan anvendes som bevis for skyld.

Taushet som bevis for skyld kan anvendes på ulike måter. For det første kan taushet fra den mistenkte tjene som et selvstendig bevis der tausheten i seg selv belyser bevistemaet direkte. Et vidtrekkende perspektiv er å vektlegge mistenktes taushet i vurderingen av om påtalemyndighetens bevisføring kan overbevise retten om tiltaltes skyld. En annen måte er å

---

<sup>60</sup> Se punkt 3.2 nedenfor.

<sup>61</sup> Andenæs (2009) s. 169-170.

<sup>62</sup> Øyen (2010) s. 277.

begrense vektleggingen av mistenktes taushet til vurderingen av om et alternativt frifinnende faktum er sannsynlig. Dette vil også gjøre det lettere å sikre at mistenktes taushet tillegges en begrenset bevisvirkning.<sup>63</sup>

Mistenktes taushet kan også anvendes som et hjelpefaktum. Dersom mistenkte velger å avlegge forklaring, vil et sentralt spørsmål dreie seg om forklaringens troverdighet. Dersom mistenkte ikke vil svare på enkelte spørsmål, vil dette medføre at forklaringen blir ufullstendig, og skape et troverdighetsproblem for den mistenkte. En slik form for delvis taushet vil da kunne utgjøre et hjelpefaktum retten kan anvende i sin helhetsvurdering av forklaringens troverdighet. Uavhengig av om mistenktes taushet anvendes som selvstendig bevis eller hjelpefaktum, vil anvendelsen i alle tilfeller bero på en bevismessig tolkning av tausheten. Forskjellen viser seg i hvordan tausheten plasseres i bevisvurderingen.<sup>64</sup>

### **3.2 Rettslig grunnlag i nasjonal rett for å anvende mistenktes taushet som bevis**

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisførsel og fri bevisvurdering. Selv om ingen av prinsippene kommer til uttrykk i straffeprosessloven, er det ingen tvil om at prinsippene utgjør klare hovedregler i norsk straffeprosess.<sup>65</sup> Prinsippet om fri bevisføring innebærer at partene kan føre ethvert relevant bevis til støtte for sin sak. Begrunnelsen bak prinsippet er å sikre en best mulig opplysning av saken.<sup>66</sup> Prinsippet om fri bevisvurdering innebærer at retten fritt vurderer relevansen og vekten av de fremlagte bevis. Prinsippet er begrunnet i at dommeren best kan finne frem til sannheten dersom vurderingen av bevisene kan skje uten å måtte ta hensyn til lovregler.<sup>67</sup> Retten står likevel ikke helt fritt, da bevisvurderingen må være grundig, konkret, logisk og i samsvar med alminnelige erfaringssetninger og vitenskapelig kunnskap.<sup>68</sup>

---

<sup>63</sup> Ibid. s. 279-280.

<sup>64</sup> Ibid. s. 280.

<sup>65</sup> Rt. 2005 s. 1353 A, avsnitt 13. I tvisteloven er de to prinsippene lovfestet i tvl. § 21-2 første ledd og § 21-3 første ledd.

<sup>66</sup> Rt. 2008 s. 605 A, avsnitt 13.

<sup>67</sup> Andenæs (2009) s. 165.

<sup>68</sup> Øyen (2010) s. 281.

Prinsippet om fri bevisføring taler for at det kan føres bevis for mistenktes taushet, mens prinsippet om rettens frie bevisvurdering taler for at retten fritt kan legge vekt på mistenktes taushet i bevisvurderingen.

I tillegg er rettens adgang til å vektlegge taushet som bevis for skyld hjemlet i strpl. § 93 annet ledd, hvor det fremgår at rettens leder kan gjøre siktede oppmerksom på at utøvelse av taushet kan bli ansett for å tale mot ham. Selv om strpl. § 93 annet ledd etter sin ordlyd kun gjelder i retten, kan dette ikke tilsi at taushet under politiavhør overhodet ikke kan tas i betraktning i bevisvurderingen. EMD har heller ikke oppstilt noe skille mellom taushet fremkommet under politiavhør eller taushet fremkommet under hovedforhandling.<sup>69</sup> Forskjellen er at taushet under politiavhør må bevisføres under hovedforhandling for å kunne anvendes som bevis for mistenktes straffskyld, jf. strpl. § 305. Ordlyden i strpl. § 93 annet ledd i denne sammenheng må heller tolkes som en skranke for politiets adgang til å orientere mistenkte om at tausheten kan gi negative bevismessige konsekvenser.<sup>70</sup> I den videre fremstillingen vil det derfor ikke skilles mellom taushet fremkommet under politiavhør og taushet fremkommet under irettføring.

Strpl. § 93 annet ledd, sammenholdt med prinsippene om fri bevisføring og fri bevisvurdering, gir etter dette et klart rettslig grunnlag i norsk rett for at mistenktes taushet kan vektlegges i bevisvurderingen. Retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95 tilsier imidlertid at taushet hos mistenkte ikke ubegrenset kan tillegges vekt til skade for den mistenkte. Som følge av kravet om at straffeprosessens detaljerte regler alltid må tolkes i lys av det overordnede kravet om en rettferdig rettergang jf. punkt 2.3.2 ovenfor, er det derfor nødvendig å se hen til EMDs og Høyesteretts praksis om EMK for å klarlegge hva som er gjeldende rett i spørsmålet om rettens adgang til å vektlegge mistenktes taushet som bevis for skyld.

### **3.3 EMDs tilnærming: John Murray v. the United Kingdom**

Murray-saken var første gang EMD tok stilling til spørsmålet om en vektlegging av mistenktes taushet i bevisvurderingen vil være i strid med retten til en rettferdig rettergang i

---

<sup>69</sup> Se dom av 8. oktober 2002 *Beckles v. the United Kingdom* avsnitt 57.

<sup>70</sup> Den konkrete anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør vil drøftes nærmere nedenfor i punkt 4.



EMK art. 6 nr. 1. Sakens dreide seg om John Murray som var mistenkt og arrestert for brudd på terrorlovgivningen i Nord-Irland. Murray forholdt seg fullstendig taus under gjentatte forsøk på politiavhør og under hovedforhandlingen. Under hovedforhandlingen ble han domfelt, og hans taushet under politiavhør og hovedforhandling ble tillagt vekt som selvstendig bevis i vurderingen av hans straffskyld. Murray klagde saken inn for EMD, med påstand om at den nasjonale domstolens bevisbedømmelse måtte være i strid med retten til en rettferdig rettergang i art. 6 nr. 1. Flertallet i EMD fastslo at art. 6 nr. 1 ikke angir et generelt forbud mot at mistenktes taushet utgjør en del av rettens bevisvurdering. Det vil imidlertid aldri være kompatibelt med konvensjonen å basere en domfellelse alene eller i det vesentlige på mistenktes taushet.<sup>71</sup> På den annen side vil det ikke være i strid med art. 6 nr. 1 at mistenktes taushet dras inn i vurderingen av de foreliggende bevis for mistenktes straffskyld, så lenge situasjonen «clearly call for an explanation from him».<sup>72</sup>

Dersom politiet for eksempel kan bevise at den mistenkte befant seg ved åstedet på gjerningstidspunktet, vil dette medføre at en forklaring fra mistenkte må anses påkrevet i den gitte situasjonen.<sup>73</sup>

I tillegg uttalte flertallet at spørsmålet om å anvende taushet som bevis for skyld, i alle tilfeller må bero på en konkret helhetsvurdering («in the light of all the circumstances of the case»), hvor tre momenter ble særlig fremhevet. Det må for det første tas hensyn til bevissituasjonen som forelå på tidspunktet mistenkte valgte å forholde seg taus, videre hvilken vekt tausheten er tillagt bevismessig av den nasjonale domstolen - og til sist graden av tvang i den konkrete situasjonen.<sup>74</sup>

Domstolens flertall konkluderte med at det ikke forelå krenkelse av art. 6 nr. 1 og 2. Det ble lagt vekt på at påtalemyndigheten hadde fremlagt sterke bevis, hvorledes «common sense» - betraktninger gjorde det påkrevet med en forklaring fra den mistenkte. Da mistenktes taushet

---

<sup>71</sup> Storkammerdom av 8. februar 1996 *John Murray v. the United Kingdom* avsnitt 47. Dette er også lagt til grunn i etterfølgende praksis, se bla. *Averill v. UK* avsnitt 45 og storkammerdom av 29. juni 2007 *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* avsnitt 46.

<sup>72</sup> Dommens avsnitt 47.

<sup>73</sup> Øyen (2010) s. 333.

<sup>74</sup> Avsnitt 47.

ikke utgjorde det avgjørende bevis for hans straffskyld, kunne rettergangen etter flertallets syn ikke anses «unfair».<sup>75</sup>

De momentene som særlig ble fremhevet av EMD i Murray-dommen og kravet om en konkret helhetsvurdering er lagt til grunn av domstolen i etterfølgende praksis på området. I etterfølgende praksis kan det synes som at domstolen også tar hensyn til tilstedeværelsen av rettssikkerhetsgarantier under prosessen, i tillegg til at retten må vurdere bakgrunnen for at den mistenkte velger å forholde seg taus. Under neste punkt vil det gås nærmere inn på hvilke momenter det skal tas hensyn til i helhetsvurderingen av om art. 6 nr. 1 er krenket ved anvendelsen av mistenktes taushet som bevis for straffskyld. Enkelte av disse momentene sammenfaller noe med hverandre, men vil likevel behandles adskilt for å vise konkret hvilke momenter som vil være relevante i helhetsvurderingen.

### **3.3.1 Relevante momenter som inngår i kravet om en konkret helhetsvurdering**

#### **3.3.1.1 Bevissituasjonen som forelå på tidspunktet mistenkte valgte å forholde seg taus**

Et av momentene fremhevet av EMD er at det må ses hen til bevissituasjonen på tidspunktet mistenkte valgte å forholde seg taus. Anvendelse av mistenktes taushet som bevis for skyld kan enklest forsvares i situasjoner hvor bevissituasjonen gir mistenkte en klar oppfordring om å avgi forklaring.<sup>76</sup> Det videre spørsmålet er hvilken vekt de øvrige bevis må inneha før situasjonen stiller krav om at den mistenkte avgir forklaring.

Momentet om at det må ses hen til den konkrete bevissituasjonen har nær sammenheng med det rettslige utgangspunktet oppstilt av EMD i Murray-dommen; det vil ikke stride med art. 6 nr. 1 at mistenktes taushet tillegges negativ bevismessig vekt dersom situasjonen «clearly call for an explanation». Flertallet uttalte at i slike tilfeller er det åpenbart at taushetsretten ikke skal beskytte den mistenkte.<sup>77</sup> Videre vil det kun være tillatt med skyldslutninger basert på sunn fornuft fra den mistenktes taushet («common-sense inferences»)<sup>78</sup>. Kravet om at

---

<sup>75</sup> Avsnitt 54. Mindretallet fant det ikke berettiget å vektlegge mistenktes taushet som selvstendig bevis fordi dette ville innebære at mistenkte ble straffet for utøvelse av en prosessuell rettighet hjemlet i konvensjonen. Se mindretallets votum anført av dommer Walsh, avsnitt 3.

<sup>76</sup> Øyen (2016) s. 340.

<sup>77</sup> Murray v. UK avsnitt 47.

<sup>78</sup> Murray v. UK avsnitt 51.

bevissituasjonen må «clearly call for an explanation» er også tilknyttet uskyldspresumsjonen. I de tilfeller det trekkes bevismessige slutninger fra mistenktes taushet uten at det øvrig sett foreligger tilstrekkelig med bevis, vil dette innebære at bevisbyrden forskyves over på den mistenkte i strid med presumsjonen om uskyld i art. 6 nr. 2.

Telfner-dommen er illustrerende i denne sammenheng. I saken var klageren domfelt for uaktsom kjøring etter at en person var blitt påkjørt av en bil som tilhørte klagerens mor. Klageren nektet straffskyld, og forholdt seg taus under hovedforhandling. Domfellelsen var i stor grad basert på politiets etterforskningsrapport hvor det fremgikk at det vanligvis var klageren som disponerte bilen og at han heller ikke var hjemme i tiden etter ulykken skjedde. Rapporten konkluderte med at flere omstendigheter talte for at klageren kjørte bilen under ulykken. I sin behandling av saken henviste EMD til det rettslige utgangspunktet «clearly call for an explanation» som ble fremholdt i Murray-dommen, og poengterte at påtalemyndigheten må ha etablert en sak hvor bevisene avkrever en forklaring fra den mistenkte. Domstolen kunne ikke se at påtalemyndigheten i den aktuelle sak hadde “... constituted a case against the applicant which would have called for an explanation from his part”.<sup>79</sup> Da påtalemyndigheten ikke hadde vært i stand til å etablere en overbevisende prima facie-sak<sup>80</sup> mot den mistenkte, innebar dette at bevisbyrden ble forskjøvet fra påtalemyndigheten og over på den mistenkte. EMD konkluderte derfor med at det forelå krenkelse på art. 6 nr. 2.<sup>81</sup>

Telfner-dommen viser at utgangspunktet om at situasjonen må «clearly call for an explanation», i praksis innebærer at påtalemyndigheten må ha bygd opp en prima facie-sak før det kan avkreves forklaring fra den mistenkte. Dersom den mistenkte likevel velger å forholde seg taus i slike tilfeller, er det klart at tausheten kan tolkes som en indikasjon for skyld.

EMDs utgangspunkt i Telfner-dommen er også lagt til grunn i Høyesteretts praksis. I Rt. 2014 s. 1292 A var det sentrale spørsmålet i saken om den tiltalte eller noen andre hadde kjørt

---

<sup>79</sup> Dom av 20. mars 2001 *Telfner v. Austria* avsnitt 18.

<sup>80</sup> Definisjonen på en prima facie-sak er en sak bestående av direkte bevis som sammenholdt med legitimerede slutninger basert på bevisene vil overbevise retten utover enhver rimelig tvil om at den mistenkte er skyldig. Se *Murray v. UK* avsnitt 51.

<sup>81</sup> Selv om dommen angikk krenkelse på uskyldspresumsjonen i art. 6. nr. 2, har domstolens resonnement likevel betydning for vurderingen av om bevissituasjonen «clearly call for an explanation» i relasjon til taushetsretten i art. 6 nr. 1. EMD har lagt til grunn at de rettslige vurderinger som foretas etter art. 6 nr. 2, sammenfaller med de vurderinger som foretas etter art. 6 nr. 1, se dom av 2. mai 2000 *Condron v. the United Kingdom* avsnitt 72. Det samme er lagt til grunn i *Averill v. UK* avsnitt 54.

tiltaltes bil i alkoholpåvirket tilstand. Tiltaltes bil ble funnet av politiet på samme sted som han ble pågrepet, og i bagasjerommet lå tiltaltes jakke med hans lommebok. Den tiltalte hadde forklart at han var så beruset at han ikke husket hvem som hadde kjørt bilen. Lagmannsrettens flertall la til grunn at den tiltalte burde vært interessert i å finne ut hvem som hadde kjørt bilen, og at det etter alt å dømme enkelt ville latt seg gjøre ved å spørre de andre festdeltakerne. Da han ikke kunne oppgi hvem som kjørte bilen, ble dette ansett å være et bevismoment i hans disfavør. Under Høyesteretts behandling tok førstvoterende utgangspunkt i Telfner-dommen og uttalte at bevisslutninger fra den tiltaltes taushet er rettmessige dersom bevissituasjonen tilsier at en forklaring fra den tiltalte må anses påkrevet, videre at strpl. § 93 annet ledd må forstås på denne bakgrunn.<sup>82</sup> Førstvoterende fant at lagmannsretten i sin bevisbedømmelse hadde tillagt den tiltalte en utrednings- og bevisføringsplikt i strid med uskyldspresumsjonen.<sup>83</sup> Lagmannsrettens dom ble på dette grunnlag opphevet jf. strpl. § 342 første ledd.

Dersom man tar sakens bevissituasjon i betraktning må Høyesteretts resonnement forstås som at bevisførselen mot den tiltalte ikke utgjorde en prima facie-sak, noe som i sin tur medførte at lagmannsretten ikke kunne pålegge tiltalte en forklaringsplikt. Høyesteretts vurdering er i denne sammenheng i tråd med EMDs standpunkt i Telfner-dommen.

### **3.3.1.2 Betydningen av hvilken vekt mistenktes taushet er tillagt i bevisvurderingen**

Det andre momentet EMDs flertall fremhevet i Murray-dommen var at det må ses hen til hvilken vekt retten har tillagt mistenktes taushet i sin bevisvurdering. Dette har sammenheng med det rettslige utgangspunktet som ble oppstilt i samme dom en domfellelse kan aldri «solely or mainly» baseres på mistenktes taushet – det vil i så fall stride mot mistenktes rett til en rettfærdig rettergang i EMK art. 6. Dette utgangspunktet er fastholdt av domstolen i etterfølgende praksis.<sup>84</sup>

Betydningen av mistenktes taushet vil aktualiseres både i forhold til EMK art. 6 nr. 1 og 2. I relasjon til uskyldspresumsjonen i nr. 2 vil det sentrale være hvilken vekt retten har tillagt

---

<sup>82</sup> Dommens avsnitt 15.

<sup>83</sup> Dommens avsnitt 17. Motsatt i HR-2016-1857-A, hvor Høyesterett fant at lagmannsrettens vektlegging av tiltaltes mangelfulle forklaring i sin bevisvurdering gikk klar av de grenser som følger av Grl. § 96 andre ledd og EMK art. 6 nr. 2, se dommens avsnitt 44.

<sup>84</sup> Se bla. O'Halloran and Francis v. UK avsnitt 46 og Beckles v. UK avsnitt 56.

mistenktes taushet i sin konstatering av straffskyld.<sup>85</sup> En for sterk vektlegging av den mistenktes taushet i bevisvurderingen vil medføre at bevisbyrden legges over på den mistenkte i strid med uskyldspresumsjonen, i tillegg til at en slik vektlegging vil medføre at den mistenkte bidrar til sin egen domfellelse mot sin vilje i strid med selvinkrimineringsforbudet i art. 6 nr. 1. Det gjelder derfor en absolutt grense for den kvalitative vekten av mistenktes taushet i bevisvurderingen, hvor summen av de øvrige bevis må være av et mer sentralt element enn mistenktes taushet.<sup>86</sup>

Utgangspunktet om at mistenktes taushet ikke kan utgjøre det eneste eller vesentlige bevis er også lagt til grunn i Høyesteretts praksis. I Rt. 2011 s. 133 var den tiltalte domfelt i lagmannsretten som følge av grovt bedrageri. I sin bevisvurdering hadde retten blant annet lagt vekt på at den domfelte ikke var villig til å oppgi navn på selskaper han hevdet å eie. Den domfelte anket saken til Høyesterett med påstand om at lagmannsrettens bevisbedømmelse var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2, da retten ved å legge vekt på tiltaltes taushet hadde forskjøvet bevisbyrden over på den tiltalte. Høyesteretts ankeutvalg påpekte i avsnitt 17 at forbudet mot selvinkriminering og uskyldspresumsjonen er til hinder for at en domfellelse utelukkende bygger på tiltaltes taushet. Ankeutvalget la imidlertid vekt på at lagmannsretten hadde redegjort for andre bevis, herunder bevisførselen som fant sted i tingretten. Utvalget konkluderte med at lagmannsretten ikke hadde lagt bevisbyrden på tiltalte, eller krenket selvinkrimineringsvernet eller uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 1 og 2. Anken ble derfor ikke tillatt fremmet etter strpl. § 323 første ledd andre punktum.

Utgangspunktet om at mistenktes taushet aldri kan utgjøre det eneste eller vesentlige bevis for straffskyld, vil først og fremst være av teoretisk interesse. Dersom retten hovedsakelig baserer en domfellelse på mistenktes taushet, kan den vanskelig sies å ha foretatt en forsvarlig og grundig bevisvurdering.<sup>87</sup>

### **3.3.1.3 Graden av tvang**

Det tredje momentet som ble fremhevet av EMDs flertall i Murray-dommen var at det må ses særlig hen til «... the degree of compulsion inherent in the situation».<sup>88</sup> Graden av tvang er

---

<sup>85</sup> Myhrer (2017) s. 16.

<sup>86</sup> Øyen (2010) s. 329.

<sup>87</sup> Øyen (2016) s. 340.

<sup>88</sup> Murray v. UK avsnitt 47.

dermed et viktig moment i helhetsvurderingen av om bevismessige slutninger fra taushet vil være i strid med retten til en rettferdig rettergang.

EMD har fremholdt på generelt grunnlag at bruken av tvang ikke må være av en slik grad at den tilintetgjør selve essensen i selvinkrimineringsvernet etter art. 6 nr. 1.<sup>89</sup> Inkriminerende forklaringer fra den mistenkte innhentet i strid med konvensjonens art. 3 om forbud mot tortur vil alltid være uforenlig med de rettigheter fastsatt i art. 6 nr. 1.<sup>90</sup> Videre vil myndigheters bruk av trusler om fengselsstraff som respons på mistenktes manglende samarbeidsvilje, klart utgjøre tvang i strid med art. 6 nr. 1.<sup>91</sup> Selv om selvinkrimineringsvernet primært skal beskytte mot myndighetenes bruk av direkte tvang for å innhente inkriminerende forklaringer, er et viktig element i vernet å beskytte den mistenktes frihet til å selv velge om man skal forklare seg eller forholde seg taus under politiavhør. Denne valgfriheten vil bli effektivt undergravd i tilfeller hvor myndighetene velger å ty til uærlige metoder som ledd i å fremprovosere opplysninger fra den mistenkte.<sup>92</sup>

Det kan dermed sies at selvinkrimineringsvernet innebærer et forbud mot både direkte og indirekte tvang. Med indirekte tvang menes i denne sammenheng bruk av mildere former for forklaringspress enn det som kan karakteriseres som trusler eller fysisk tvang. I NOU 2007: 7 (på side 106) ble det uttalt at «[d]et er på det rene at politiet kan bruke ulike former for press i et avhør». Grensen for hva som regnes som lovlig eller ulovlig psykologisk press er imidlertid uklart. Det faktum at mistenkte har en lovfestet rett til å forholde seg taus, tilsier at det må gjelde en øvrig grense for bruk av indirekte tvang. I det følgende vil det på bakgrunn av EMDs praksis belyses nærmere hvilken grad av indirekte tvang som må foreligge før bevismessige slutninger fra mistenktes taushet vil krenke retten til en rettferdig rettergang.

I Murray-dommen tok EMD stilling til hvorvidt politiets orientering om bevisrisikoen ved taushet under avhør alltid ville innebære en form for utilbørlig tvang («improper compulsion»), og dermed være i strid med art. 6 nr. 1. Storkammeret presiserte innledningsvis at den ikke fant det nødvendig å gi en abstrakt analyse av hva som i denne sammenheng ville

---

<sup>89</sup> Storkammerdom av 13. september 2016 *Ibrahim and others v. the United Kingdom* avsnitt 269.

<sup>90</sup> Dom av 6. oktober 2015 *Turbylev v. Russia* avsnitt 90.

<sup>91</sup> Se som eksempel *Heaney and McGuinness v. Ireland*, hvor klageren ble truet med fengselsstraff dersom han nektet å besvare politiets spørsmål. EMD fant at dette klart utgjorde tvang i strid med art. 6 nr. 1.

<sup>92</sup> *Allan v. UK* avsnitt 50.



regnes som utilbørlig tvang.<sup>93</sup> Domstolen bemerket at klageren i den konkrete saken rent faktisk var i stand til å forholde seg taus. Til tross for gjentatte orienteringer om potensielle konsekvenser av taushet, også mens klageren var uten forsvarerbistand, opprettholdt klageren tausheten. Hans utøvelse av taushet resulterte heller ikke i trusler om sanksjoner. Domstolen anerkjente at advarsler om mulige konsekvenser av taushet, sammenholdt med belastningen av en straffesak mot den mistenkte, innebar en viss grad av indirekte tvang.<sup>94</sup>

Storkammeret fant likevel ikke at dette kunne være en avgjørende faktor i seg selv, tatt i betraktning at den mistenkte i saken ikke ga etter og forklarte seg for politiet. Domstolens fokus måtte heller rettes mot rollen klagerens taushet spilte i domfellelsen mot ham. Det ble i denne sammenheng lagt vekt på tilstedeværelsen av rettssikkerhetsgarantier, blant annet at avgjørelsen av om han var skyldig ikke var tillagt en jury, men en erfaren dommer. Videre ble det vektlagt at den nasjonale lovgivningen inneholdt flere rettssikkerhetsgarantier som sørget for å begrense bruken av bevismessige slutninger fra taushet. I tillegg ville kravet om en prima facie-sak motvirke at urettmessige slutninger fra taushet blir trukket.<sup>95</sup> EMD kunne dermed ikke se at en advarsel om potensielle beviskonsekvenser under avhør innebar tvang i strid med art. 6 nr. 1.<sup>96</sup>

Heller ikke i Magee-dommen ble bruken av indirekte tvang ansett å ha avgjørende betydning for spørsmålet om mistenktes rett til en rettferdig rettergang var ivaretatt. I denne saken ble klageren orientert om rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra hans taushet under avhør, samtidig som klageren var nektet forsvarerbistand med hjemmel i nasjonal lov. Klageren ble i tillegg holdt isolert under pausene mellom avhørene. Klageren anførte at disse omstendighetene kombinert med intense avhør over en lengre periode ble konstruert med det formål å påvirke hans opprinnelige valg om å forholde seg taus. Klageren forholdt seg taus under de innledende avhør, men begynte å forklare seg under den andre dagen med avhør. EMD ga støtte til klagerens anførsel om at omgivelsene under avhør var konstruert i den hensikt å skape et psykologisk press for å bryte ned klagerens beslutning om å forholde seg taus. Dette ble imidlertid ikke i seg selv tillagt avgjørende vekt av EMD. Domstolen la til

---

<sup>93</sup> Murray v. UK avsnitt 46.

<sup>94</sup> Dommens avsnitt 50.

<sup>95</sup> Dommens avsnitt 51.

<sup>96</sup> EMDs standpunkt om at en advarsel om mulige rettslige implikasjoner ved taushet under avhør ikke kan anses som tvang i strid med art. 6 nr. 1 er fastholdt i etterfølgende praksis. Se bla. dom av 20. april 2010 *Adetoro v. the United Kingdom* avsnitt 50 og *Ibrahim and others v. UK* avsnitt 286.

grunn at klageren burde fått tilgang til forsvarer som en motvekt til tvangselementet under avhørene. Som følge av den manglende forsvarerbistanden, konkluderte domstolen med at det forelå en krenkelse på art. 6 nr. 1 sammenholdt med art. 6 nr. 3 c.<sup>97</sup> Selv om dommen ikke omhandlet bruk av mistenktes taushet som bevis for skyld, tyder det faktum at domstolen valgte å begrunne krenkelsen i den manglende forsvarerbistanden på at terskelen for bruk av indirekte tvang er forholdsvis høy.

Til dette kommer også at EMD i *Condron*-dommen fant at det ikke vil stride med art. 6 nr. 1 at mistenktes taushet anvendes som bevis for skyld i tilfeller hvor mistenkte befant seg i politiets varetekt samtidig som han forholdt seg taus. Dette vil heller være et relevant moment i vurderingen. Domstolen uttalte:

“Accordingly, the fact that the applicants' exercised their right to silence at the police station is relevant to the determination of the fairness issue. However, that fact does not of itself preclude the drawing of an adverse inference ...”<sup>98</sup>

Samtidig understreket domstolen også her at tilstedeværelsen av en forsvarer vil utgjøre en «particular important safeguard» for å minimere forklaringspresset inneværende i situasjonen, særlig dersom den mistenkte samtidig blir orientert om bevisrisikoen knyttet til utøvelse av taushet.<sup>99</sup>

EMDs praksis overordnet sett tyder på at domstolen ikke anser forklaringspresset som ligger i situasjonen hvor mistenkte er i politiets varetekt og samtidig er gjort bevisst på bevisrisikoen ved utøvelse av taushet som avgjørende hva gjelder adgangen til å anvende mistenktes taushet som bevis for skyld. Bruken av indirekte tvang vil heller utgjøre et relevant moment i vurderingen av om rettergangen som en helhet har vært rettfærdig. Tilstedeværelsen av forsvarer har i stor grad vært bestemmende for om elementet av indirekte tvang har krenket art. 6 nr. 1. Utover dette har EMD ikke uttrykkelig vurdert hvilken grad av indirekte tvang som kreves før bevismessige slutninger fra mistenktes taushet vil være i strid med art. 6 nr. 1.

---

<sup>97</sup> Dom av 6. juni 2000 *Magee v. the United Kingdom* avsnitt 43.

<sup>98</sup> *Condron v. UK* avsnitt 57.

<sup>99</sup> *Condron v. UK* avsnitt 60. Bruken av lengre avhørsperioder sammenholdt med en advarsel om risikoen for bevismessige slutninger fra mistenktes taushet ble heller ikke tillagt avgjørende vekt i *Averill v. UK*, selv om domstolen anerkjente at dette i seg selv etablerte en grad av indirekte tvang. EMD understreket i stedet, i likhet med *Condron*-dommen og *Magee*-dommen, betydningen av at mistenkte er bistått av forsvarer i disse situasjonene. Se dommens avsnitt 48.

Magee-dommen tyder på at terskelen for bruk av forklaringspress er høy. Problemstillingen om indirekte tvang i seg selv er kompleks, fordi man står mellom en avveining av myndighetenes behov for en effektiv strafferettspleie, og mistenktes rett til en rettferdig rettergang. Domstolens resonnement i Murray-dommen synes å være at så lenge den mistenkte ikke rent faktisk gir etter for forklaringspresset, vil indirekte tvangsbruk aldri kunne ha en avgjørende betydning i vurderingen av om rettergangen som en helhet har vært rettferdig. Dette virker noe motstridende, all den tid et sentralt element i selvinkrimineringsvernet er å respektere mistenktes valg om å forholde seg taus og beskytte mot både direkte og indirekte former for tvang.

#### **3.3.1.4 Betydningen av manglende forsvarerbistand**

I vurderingen av om en anvendelse av mistenktes taushet vil stride med art. 6 nr. 1, har EMD vektlagt hvorvidt det var tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier til stede under prosessen, herunder om den mistenkte var bistått av forsvarer. Etter EMK art. 6 nr. 3 c har mistenkte en rett til å bli bistått av en forsvarer under prosessen. Lovgivning som gir adgang til å tillegge mistenktes atferd under politiavhør negativ bevismessig vekt, vil innebære et tvangselement som medfører et behov for at mistenkte blir bistått av en forsvarer. Tilstedeværelsen av forsvarer kan i denne sammenheng bidra til å sikre at myndighetene respekterer den mistenktes rett til å ikke inkriminere seg selv.<sup>100</sup> Retten til forsvarer henger dermed nært sammen med forbudet mot selvinkriminering. Som nevnt under punkt 3.3.1.3 har EMD vektlagt om mistenkte var bistått av forsvarer i tilfeller hvor det er konstatert et element av indirekte tvang. I det følgende vil det belyses hvorvidt selvinkrimineringsvernet i art. 6 nr. 1 oppstiller et absolutt krav om forsvarerbistand.

I Murray-dommen anførte klageren at det var «unfair» at det ble trukket bevismessige slutninger fra hans taushet på samme tidspunkt som han ikke var bistått av forsvarer. EMD i Storkammer la til grunn at manglende forsvarerbistand ikke vil ha en avgjørende betydning i vurderingen av rettmessigheten av rettens vektlegging av mistenktes taushet som bevis for skyld. EMD la vekt på at påtalemyndigheten hadde etablert en prima facie-sak som gjorde det påkrevet at den mistenkte avga forklaring. De bevismessige slutningene som ble trukket fra

---

<sup>100</sup> Dom av 24. september 2009 *Pishchalnikov v. Russia* avsnitt 69.

mistenktes taushet var et resultat av «common-sense»-betraktninger, og dermed ikke urimelige eller urettferdige.<sup>101</sup>

Den manglende tilstedeværelsen av forsvarer under avhør hadde derimot implikasjoner for klagerens forsvar, noe som etter domstolens oppfatning krevde en separat vurdering. Domstolen uttalte at i situasjoner hvor nasjonal lovgivning tillater at mistenktes atferd under politiavhør tillegges bevismessig vekt, vil art. 6 som hovedregel kreve at den mistenkte blir bistått av en forsvarer. Domstolen uttalte videre at dette utgangspunktet likevel vil kunne innskrenkes dersom gode grunner («good cause») tilsier det. Vurderingstemaet ville da bli om innskrenkningen, i lys av hele saken, har frarøvet den mistenkte en rettfærdig rettergang.<sup>102</sup> I den konkrete saken hadde politiet i medhold av nasjonal lovgivning nektet mistenkte tilgang til forsvarer under de første 48 timene med avhør. Den mistenkte ble under disse avhørene orientert om at dersom han tilbakeholdt opplysninger som han senere frembrakte under rettssaken, kunne det bli ansett å tale mot ham. Det fundamentale dilemmaet mistenkte befinner seg i etter en slik orientering, måtte etter domstolens syn gjøre det påkrevet etter art. 6 at en forsvarer er til stede. Dersom den mistenkte velger å forholde seg taus, vil det i seg selv kunne medføre negative bevismessige konsekvenser. På den annen side, dersom den mistenkte velger å avgi forklaring under avhør, vil dette i sin tur skape en risiko for at hans forsvar settes på spill uten å nødvendigvis samtidig eliminere muligheten for at det blir trukket bevismessige slutninger i hans disfavør. En nektelse i tilgang på forsvarer ville derfor være "... incompatible with the rights of the accused under Article 6".<sup>103</sup> Etter domstolens syn var det for den konkrete sakens vedkommende ikke tvilsomt at klageren og hans forsvar ble direkte påvirket som følge av manglende forsvarerbistand på tidspunktet politiet orienterte om bevisrisikoen.<sup>104</sup> Domstolen konkluderte derfor med at det forelå et brudd på art. 6 nr. 1 sammenholdt med art. 6 nr. 3 c.

I Averill-dommen ble manglende forsvarerbistand samtidig som politiet orienterer den mistenkte om bevisrisikoen ansett å utgjøre en krenkelse på art. 6 nr. 1 sammenholdt med art. 6 nr. 3. I likhet med storkammerets resonnement i Murray-dommen, la domstolen også her vekt på at det fundamentale dilemmaet den mistenkte står ovenfor etter en slik orientering

---

<sup>101</sup> Murray v. UK avsnitt 54.

<sup>102</sup> Murray v. UK avsnitt 63.

<sup>103</sup> Murray v. UK avsnitt 66.

<sup>104</sup> Murray v. UK avsnitt 68.

medfører at mistenkte som hovedregel må være bistått av forsvarer. Når det gjaldt den nasjonale domstolens anvendelse av mistenktes taushet som bevis for skyld, ble den manglende forsvarerbistanden heller ikke her ansett å ha avgjørende betydning. Domstolen uttalte at betydningen av manglende forsvarerbistand under avhør utgjør en «relevant factor» når rettferdigheten av bevismessige slutninger fra den mistenktes taushet skal vurderes.<sup>105</sup> Domstolen benyttet uttrykket «considerable caution» i stedet for «relevant factor» som veiledende i vurderingen av adgangen til å trekke bevismessige slutninger i saker av mer alvorlig karakter, der den mistenkte i tillegg er pågrepet og ønsker forsvarerbistand før han tar valget om å forklare seg eller forholde seg taus.<sup>106</sup>

I Ibrahim-saken var klagerne arrestert som følge av terrorangrepene i London i 2005. Under politiavhørene ble tre av klagerne ved en feil orientert om at deres taushet kunne bli ansett å tale mot dem i den etterfølgende straffesaken. Klagerne ble orientert uten forsvarer til stede. Klagerne var anholdt etter gjeldende nasjonal terrorlovgivning som gir adgang til å nekte tilgang til forsvarer dersom særlige omstendigheter tilsier det. Det fulgte i tillegg av den samme lovgivningen at politiet i disse tilfellene ikke har adgang til å advare mistenkte om potensielle konsekvenser av å utelate opplysninger under avhør. Klagerne anførte for EMD at den manglende tilstedeværelsen av forsvarer samtidig som de ble orientert av politiet hadde krenket deres rett til en rettferdig rettergang.

EMD i Storkammer la innledningsvis til grunn at retten til en forsvarer i art. 6 nr. 3 c er en av de mest fundamentale elementene i en rettferdig rettergang. Tidlig tilgang til forsvarer vil utgjøre en viktig beskyttelse for sårbare mistenkte i politiets varetekt, i tillegg til å fungere som en sentral rettssikkerhetsgaranti mot tvang, og sikre den mistenktes rett til en rettferdig rettergang. Domstolen presiserte samtidig at det i dens tidligere praksis lenge har vært anerkjent at det er adgang til å nekte tilgang til forsvarer så lenge det foreligger tvingende grunner («compelling reasons») som nødvendiggjør dette. Det ble videre uttalt at at “[t]he absence of compelling reasons does not ... lead in itself to a finding of a violation of Article 6 of the Convention”.<sup>107</sup> Dersom det ikke foreligger tvingende grunner som kan rettferdiggjøre en nektelse i tilgang på forsvarer, må retten foreta en særlig streng helhetsvurdering av

---

<sup>105</sup> Averill v. UK avsnitt 48.

<sup>106</sup> Averill v. UK avsnitt 49.

<sup>107</sup> Dommens avsnitt 262.

hvorvidt mistenktes rettigheter etter art. 6 er blitt uopprettelig skadelidende som følge av manglende forsvarerbistand.<sup>108</sup> Storkammeret konkluderte med at det i den aktuelle saken forelå tvingende grunner som rettfærdiggjorde nektelsen i forsvarerbistand. Den manglende forsvarerbistanden utgjorde dermed ingen krenkelse på art. 6.

Selv om manglende forsvarerbistanden samtidig som klagerne ble orientert om bevisrisiko under avhør ikke ble tillagt avgjørende vekt av EMD i Ibrahim-dommen, tilsier vilkåret «tvingende grunner» at tilstedeværelse av forsvarer fortsatt vil være av en sentral betydning. Vilkaåret i seg selv er strengt, og tatt i betraktning sakens alvorlige og ekstraordinære omstendigheter er det klart at ikke enhver sak som omhandler selvinkriminering vil oppfylle vilkåret. I sin nyere praksis om forsvarerbistand i relasjon til art. 6 har EMD opprettholdt to trinns-vurderingen som ble anvendt i Ibrahim-dommen.<sup>109</sup> Gjeldende rett må derfor være at art. 6 som hovedregel krever tilstedeværelse av forsvarer, særlig når den mistenkte er i politiets varetekt og samtidig orienteres om at taushet kan bli brukt mot ham. Manglende forsvarerbistand vil ikke i seg selv være nok til å konstatere krenkelse, så lenge det foreligger tvingende grunner som kan rettfærdiggjøre en nektelse i tilgangen på forsvarer. For de tilfeller hvor det ikke foreligger tvingende grunner må det foretas en særlig streng helhetsvurdering av hvorvidt mistenktes rettigheter etter art. 6 er blitt uopprettelig skadelidende som følge av manglende forsvarerbistand.

Hva gjelder rettens adgang til å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet samtidig som mistenkte ikke var bistått av forsvarer, vil manglende forsvarerbistand ikke være avgjørende i vurderingen av rettmessigheten av slike slutninger. Retten skal heller rette fokus mot hvorvidt påtalemyndigheten har etablert en prima facie-sak og om de bevismessige slutninger som er trukket er basert på sunn fornuft. Retten må likevel i mer alvorlige saker utvise «considerable caution» i tilfeller hvor den mistenkte ikke ble bistått av forsvarer, før mistenktes taushet anvendes som bevis for skyld.

---

<sup>108</sup> Dommens avsnitt 265.

<sup>109</sup> Dom av 23. januar 2018 *Izzet Celik v. Turkey* avsnitt 38.

### 3.3.1.5 Bakgrunnen for at mistenkte har valgt å forholde seg taus

En forutsetning for at mistenktes taushet kan anvendes som bevis for skyld, er at mistenktes valg av å forholde seg taus bygger på en selvstendig vurdering. Dette fordrer videre at mistenktes valg beror på et bevisst og rasjonelt valg, noe som vanskelig kan tenkes dersom mistenkte har et lavt intellektuelt nivå eller er i psykisk ubalanse. Oppfatningen om at taushet indikerer skyld er grunnet på forutsetningen om at en uskyldig mistenkt vil ønske å avgi forklaring for å øke muligheten for henleggelse eller frifinnelse. På den annen side kan en uskyldig mistenkt ha ulike grunner til å velge å forholde seg taus. Vedkommende kan prioritere andre hensyn eller behov foran en økt mulighet for frifinnelse, eksempelvis dersom det er en nær tilknytning mellom den mistenkte og fornærmede, eller at den mistenkte har liten tillit til rettsapparatet. Dersom rettens bevisvurdering skal være forsvarlig og betryggende, vil dette i sin tur kreve at retten søker å klarlegge bakgrunnen for at den mistenkte velger å forholde seg taus i den aktuelle situasjonen, i samsvar med strpl. § 294.<sup>110</sup> Det sentrale i vurderingen av årsaken bak mistenktes taushet er å avgjøre hvorvidt tausheten i seg selv er en indikasjon på skyld, eller om tausheten har en plausibel forklaring som er forenlig med uskyld.<sup>111</sup>

EMD har i sin praksis lagt vekt på at årsaken til at den mistenkte har valgt å forholde seg taus er et moment det må tas hensyn til i vurderingen av om tausheten kan tillegges vekt som bevis for straffskyld. I Averill-saken uttalte domstolen at selv om det er ofte forventet at en uskyldig mistenkt normalt vil være villig til å samarbeide med politiet, kan det foreligge spesifikke grunner til at en uskyldig mistenkt heller velger å forholde seg taus. I den konkrete saken var den mistenkte nektet forsvarerbistand under avhør. Domstolen uttalte at det å nekte å forklare seg uten forsvarer til stede var en fornuftig grunn til å forholde seg taus uavhengig av skyld, og at retten må være seg bevisst de ulike årsakene til at en mistenkt velger å forholde seg taus.<sup>112</sup>

Dersom det skal være adgang til å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet i tilfeller hvor tausheten er utøvd som følge av råd fra forsvarer, må en slik slutning bygge på at mistenkte har tatt en selvstendig vurdering og konkludert med at taushet bør velges. Dersom

---

<sup>110</sup> Øyen (2010) s. 320-322.

<sup>111</sup> Ibid. s. 325.

<sup>112</sup> Averill v. UK avsnitt 49.

mistenkte ikke foretar en selvstendig vurdering av forsvarerens råd om taushet, vil man i realiteten trekke en bevismessig slutning fra forsvarerens råd om taushet, og ikke fra mistenktes valg om å forholde seg taus.<sup>113</sup> Condron-dommen illustrerer viktigheten av at alle faktiske omstendigheter vurderes, herunder den konkrete årsaken til at mistenkte har valgt å forholde seg taus. I saken hadde klagerne utøvd sin taushetsrett under politiavhør som følge av råd fra sin forsvarer. Under iretteføring av saken trakk juryen negative bevismessige slutninger basert på klagernes taushet under avhør. Da saken kom opp for EMD hevdet klagerne at deres rett til en rettferdig rettergang var krenket fordi de var blitt straffet ved å utøve sin taushetsrett på bakgrunn av forsvarerens råd. EMD uttalte at:

“... the very fact that an accused is advised by his lawyer to maintain his silence must also be given appropriate weight by the domestic court. There may be good reason why such advice may be given. The applicants in the instant case state that they held their silence on the strength of their solicitor's advice that they were unfit to answer questions”.<sup>114</sup>

Domstolen uttalte videre 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”.<sup>115</sup>

Klagerne i saken led av abstinenssymptomer under politiavhørene som følge av heroinmisbruk. Forsvareren mente derfor at klagerne ikke var i stand til å svare på politiets spørsmål, og rådet de på denne bakgrunn om å forholde seg taus. Rettens formann hadde bemerket overfor juryen hvorfor klagerne valgte å forholde seg tause. EMD fant at denne bemerkningen ble gitt på en slik måte at juryen likevel ble gitt en frihet til å trekke bevismessige slutninger fra klagernes taushet, selv om juryen muligens anså klagernes forklaring på tausheten som troverdig. Etter EMDs oppfatning burde dommeren i tillegg ha informert juryen om at bevismessige slutninger fra mistenktes taushet bare kan trekkes i de tilfeller tausheten blir utøvd som en logisk følge av at mistenkte ikke ønsker å svare på

---

<sup>113</sup> Øyen (2010) s. 322.

<sup>114</sup> Condron v. UK avsnitt 60.

<sup>115</sup> Dommens avsnitt 61.



politiets spørsmål for å unngå og inkriminere seg selv. Rettens unnlattelse av å begrense juryens skjønn ytterligere i relasjon til bevisvekten av klagernes taushet ble av EMD ansett å være i strid med art. 6 nr. 1.

Getiren-dommen er et annet eksempel på at årsaken til mistenktes taushet er bestemmende for om tausheten kan tillegges bevismessig vekt. I saken var klageren arrestert og mistenkt for bombingene av et kjøpesenter. Under avhør utarbeidet politiet en erklæring som gikk ut på at den mistenkte kun sto til ansvar for PKK (Kurdistan Arbeiderparti) og at han nektet å forklare seg for tyrkiske myndigheter. Den mistenkte nektet videre å undertegne erklæringen. Den tyrkiske domstolen fant den mistenkte skyldig, og la vekt på at han nektet å avgi forklaring til politiet på grunn av sitt medlemskap i PKK, og at han av samme grunn nektet å undertegne erklæringen som oppga årsakene til hans taushet. Den nasjonale domstolen anså i denne forbindelse mistenktes taushet i seg selv som en indikasjon på skyld. EMD fant at bruken av mistenktes taushet som bevis undergravde hans rett til taushet etter EMK art. 6 nr. 1, begrunnet i den nasjonale domstolens manglende vurdering av erklæringen og konteksten rundt denne.<sup>116</sup> Da den nasjonale domstolen ikke hadde foretatt en nærmere vurdering av hvorfor den mistenkte valgte å forholde seg taus, og uten videre vektla tausheten som en indikasjon på skyld, forelå det en krenkelse på art. 6 nr. 1.

Essensen i EMDs praksis virker å være at retten er pliktig å klarlegge bakgrunnen for at den mistenkte velger å forholde seg taus, uavhengig av hvilken begrunnelse for tausheten mistenkte har oppgitt. Årsaken til at den mistenkte velger å forholde seg taus vil legitimere bruken av tausheten som bevis. Dersom den mistenkte velger å forholde seg taus kun fordi vedkommende ikke kan imøtegå politiets krysseksaminasjon eller ikke har et passende svar på politiets spørsmål, er det klart at tausheten kan vektlegges som bevis. For de tilfeller hvor mistenkte forholder seg taus etter råd fra sin forsvarer eller det foreligger andre fornuftige årsaker til mistenktes taushet, kan tausheten i seg selv ikke sies å indikere skyld. Det vil derfor kunne være «unfair» å trekke bevismessige slutninger fra mistenktes taushet i slike tilfeller.

---

<sup>116</sup> Dom av 22. juli 2008 *Getiren v. Turkey* avsnitt 127.

### **3.4 Virkningen av brudd på retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95**

For de tilfeller hvor mistenktes rett til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95 er krenket, oppstår spørsmålet om hvordan krenkelsen kan repareres.

EMD har på generelt grunnlag uttalt at den mest hensiktsmessige form for reparasjon ved brudd på retten til en rettferdig rettergang i art. 6 nr. 1 vil være å sikre at klageren så langt som mulig blir satt i en tilsvarende situasjon som vedkommende ville ha vært i dersom statens forpliktelser etter art. 6 nr. 1 hadde blitt fulgt fullt ut. Dette vil i praksis innebære en ny rettssak eller gjenåpning av saken såfremt klageren krever det.<sup>117</sup> Dersom statens nasjonale lovgivning gir adgang til å reparere kun en del av krenkelsen, vil EMD etter art. 41 i tillegg kunne tilkjenne klageren erstatning for økonomiske og ikke-økonomiske tap og andre kostnader og utgifter knyttet til saken. Dette gjelder så lenge det foreligger en tilstrekkelig årsakssammenheng mellom krenkelsen og klagerens tap.<sup>118</sup> Dersom statens nasjonale lovgivning tillater ny rettssak eller gjenåpning av saken, vil klagerens ikke-økonomiske tap anses tilstrekkelig reparert ved at EMD konstaterer krenkelse.<sup>119</sup>

I tilfeller hvor tingretten i sin bevisvurdering har anvendt tiltaltes taushet i strid med EMK art. 6 nr. 1 og Grunnloven § 95, vil en slik feil vil i de fleste tilfeller antas å ha hatt betydning for avgjørelsen under skyldspørsmålet, eventuelt vil feilen være tilknyttet et sentralt bevisstema i saken. Lagmannsretten vil da kunne reparere krenkelsen ved å foreta en ny fullstendig behandling av saken, jf. strpl. § 331 første ledd. Høyesterett kan i motsetning til lagmannsretten ikke behandle anker som er begrunnet i feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, jf. strpl. § 306 annet ledd. Ved feil som må antas å ha virket inn på dommens innhold, vil Høyesterett oppheve dommen jf. strpl. § 343, jf. § 347, se for eksempel Rt. 1999 s. 1269 A.

---

<sup>117</sup> Dom av 10. juli 2018 *Kumitskiy and others v. Russia* avsnitt 28.

<sup>118</sup> <https://www.coe.int/en/web/execution/article-41>, lest 5. november 2018.

<sup>119</sup> *Kumitskiy and others v. Russia* avsnitt 28.

### **3.5 Oppsummering og konklusjon**

Redegjørelsen under punkt 3.3-3.4 viser at taushetsretten først og fremst ikke er absolutt. Som det fremgår av Murray-dommen, innebærer retten til en rettferdig rettergang ikke et generelt forbud mot å anvende taushet som bevis for skyld. Adgangen er likevel ikke ubegrenset - de rettslige utgangspunktene oppstilt av EMD viser at det må være etablert en prima facie-sak som klart gir mistenkte en oppfordring om å forklare seg, i tillegg til at tausheten aldri kan utgjøre det eneste eller vesentlige bevis for den mistenktes skyld. I alle tilfeller vil vurderingen av om bevismessige slutninger fra taushet vil krenke retten til en rettferdig rettergang, bero på en konkret helhetsvurdering hvor det skal ses særlig hen til bevissituasjonen, bevisvekten av tausheten og hvilken grad av tvang den mistenkte har blitt utsatt for. Tilstedeværelsen av forsvarer vil også være av betydning, i tillegg til at retten har en plikt til å klarlegge bakgrunnen for at den mistenkte har valgt å forholde seg taus. Norges forpliktelser etter EMK krever i sin tur at strpl. § 93 annet ledd tolkes og anvendes i lys av EMDs praksis, jf. Grl. § 92.

## **4 Anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør – kan politiet gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus?**

### **4.1 Innledning**

Som fremstillingen ovenfor viser, er det rettslig sett klart at mistenktes taushet under politiavhør og hovedforhandling kan anvendes som bevis for mistenktes straffskyld. Noe som er heller uklart, er hvorvidt politiet etter norsk rett har en adgang til å orientere mistenkte om at taushet under avhør potensielt kan bli ansett å tale mot vedkommende. For rettens leder følger denne adgangen uttrykkelig av ordlyden i strpl. § 93 annet ledd.

I riksadvokatens rundskriv fra 2016 er det lagt til grunn at bestemmelsen også skal kunne anvendes i politiavhør.<sup>120</sup> Fra et menneskerettslig ståsted er det uttrykt bekymring til at

---

<sup>120</sup> RA-2016-2 pkt. 4.3.

politiet skal ha en slik adgang.<sup>121</sup> Da Europarådets Torturovervåkingskomité (CPT) avla Norge et besøk våren 2018, var denne adgangen til en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør noe komiteen stilte seg skeptisk til i sin foreløpige rapport.<sup>122</sup> Grunnen til at dette anses betenkelig er at en slik orientering fra politiets side kan legge et uheldig forklaringspress på den mistenkte under avhør, noe som i sin tur kan skape en større risiko for selvinkriminering på uriktig grunnlag.<sup>123</sup>

På bakgrunn av dette er hovedspørsmålet i punkt 4 om det foreligger et rettskildemessig grunnlag for en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør. I punkt 4.2 vil det foretas en gjennomgang av relevante rettskildefaktorer, hvor formålet er å komme frem til hvilke slutninger hver enkelt rettskildefaktor kan tas til inntekt for. I punkt 4.3 vil de ulike rettskildefaktorene avveies mot hverandre, for å gi svar på spørsmålet om politiet kan gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus under avhør.

## 4.2 Rettskildebildet

### 4.2.1 Lovtekst og påtaleinstruks

Strpl. § 93 annet ledd lyder:

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

Bestemmelsen består av to elementer, det ene elementet utgjør orienteringselementet («gjøre ham oppmerksom på») og det andre elementet utgjør bevisverdielementet («ansett for å tale mot ham»)<sup>124</sup> Anvendelse av taushet som bevis er gjennomgått i punkt 3, og det er ikke tvil om at taushet under politiavhør kan anvendes som bevis mot den mistenkte. Foruten en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd kan dette også forankres i prinsippene om fri bevisføring og fri bevisvurdering. Hva gjelder politiets adgang til å *orientere* mistenkte om bevisrisikoen er rettstilstanden uklar. Det presiseres at problemstillingen under punkt 4

---

<sup>121</sup> Asbjørn Rachlew og Ivar Fahsing, «Taushet i politiavhør kan bli brukt mot deg» kronikk i Aftenposten 26. august 2016, lest 27.09.18.

<sup>122</sup> CPTs uttalelser vil drøftes nærmere nedenfor i pkt. 4.2.6.

<sup>123</sup> Øyen (2010) s. 349.

<sup>124</sup> Myhrer (2017) s. 12.

gjelder anvendelsen av orienteringselementet i strpl. § 93 annet ledd under avhør. Nærmere sagt om politiet, på lik linje med dommere, har adgang til å gjøre mistenkte kjent med bevisrisikoen ved utøvelse av taushet under avhør.

En alminnelig tolkning av ordlyden «rettens leder» taler for at bestemmelsen kun kan anvendes i rettslige avhør. Dette støttes også av at strpl. § 232, som gjelder politiets plikt til å orientere mistenkte om taushetsretten, henviser til §§ 90, 91 og 92 annet ledd, men ikke § 93 annet ledd. I påtaleinstruksen<sup>125</sup> (heretter «pti.») er strpl. §§ 90, 91, 92 annet ledd og § 93 første ledd inntatt i pti. §§ 8-1, 8-2 og 8-4. Heller ikke her er det inntatt en bestemmelse som tilsvarende strpl. § 93 annet ledd. Av de nevnte bestemmelser som regulerer forholdet mellom avhører og mistenkte er det dermed bare strpl. § 93 annet ledd som ikke er gitt en tilsvarende anvendelse for utenrettslige avhør.<sup>126</sup> Dette gir, sammenholdt med ordlyden, klare holdepunkter for at politiet ikke har adgang til å orientere om bevisrisikoen under avhør.

#### 4.2.2 Forarbeidene

I forarbeidene til straffeprosessloven<sup>127</sup> og påtaleinstruksen<sup>128</sup> finnes det ingen uttalelser som belyser anvendelsesområdet til strpl. § 93 annet ledd nærmere. Tausheten i seg selv kan tyde på at bestemmelsen ikke kan anvendes under utenrettslige avhør. Til dette kommer også at det i forarbeidene til påtaleinstruksen er redegjort for hvilke bestemmelser i straffeprosessloven som får tilsvarende anvendelse for politiavhør, mens strpl. § 93 annet ledd ikke er nevnt i denne forbindelse.<sup>129</sup> Det er derfor lite som tyder på at forarbeidenes taushet rundt anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd er tilfeldig, eller at tausheten kan tas til inntekt for at lovgiver har ment å åpne for å anvende bestemmelsen i politiavhør.<sup>130</sup> Dette understøttes også av at departementet i Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) på side 187 uttaler at:

«Gjeldende straffeprosesslov har ikke generelle bestemmelser som pålegger borgerne å gi forklaring overfor påtalemyndigheten eller politiet. Det er heller ikke aktuelt å

---

<sup>125</sup> Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679 om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen).

<sup>126</sup> Myhrer (2017) s. 3.

<sup>127</sup> NUT 1969: 3 og Ot.prp. nr. 35 (1978-1979).

<sup>128</sup> NOU 1984: 27.

<sup>129</sup> Se NOU 1984: 27 s. 114-119. På side 118-119 nevnes bestemmelsen i påtaleinstruksen som svarer til strpl. § 93 første ledd, mens strpl. § 93 annet ledd ikke nevnes i denne sammenheng.

<sup>130</sup> Slik også Myhrer (2017) s. 3.

foreslå inntatt slike bestemmelser i den nye loven. Dersom det i enkelte saker blir spørsmål om plikt til å forklare seg utenrettslig, bør dette normalt reguleres i vedkommende særlov ...».

Uttalelsen er fremholdt i relasjon til utformingen av strpl. § 232, hvor det følger uttrykkelig av bestemmelsens første punktum at politiet ikke kan pålegge mistenkte å avgi forklaring.

Bestemmelsen er et utslag av vernet mot selvinkriminering.<sup>131</sup> Selv om en orientering om bevisrisiko etter strpl. § 93 annet ledd ikke direkte vil pålegge mistenkte en forklaringsplikt, vil en slik orientering inneha en formaning om å forklare seg. Uttalelsen i proposisjonen kan i denne sammenheng tyde på at dersom det skulle blitt tillatt å pålegge mistenkte en formaning om eller press til å forklare seg i utenrettslige avhør, ville det i så fall allerede vært lovfestet.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden i lovteksten, sammenholdt med forarbeidene til straffeprosessloven og påtaleinstruksen, tyder på at det bygger på en relativt klar lovgivervilje at orienteringsdelen i strpl. § 93 annet ledd ikke skal gis anvendelse utenfor rettslige avhør.

### 4.2.3 Rettspraksis

Høyesterett har ikke avsagt avgjørelser som direkte belyser anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd. I Rt. 1993 s. 202 (på side 207) uttalte kjæremålsutvalget med henvisning til strpl. § 93 annet ledd at dersom den mistenkte velger å forholde seg taus, ville dette kunne bli ansett å tale imot vedkommende. De siktede i saken hadde forholdt seg tause både under avhør og i retten, noe som ble nevnt av utvalget i avsnittet før forutsetningen i strpl. § 93 annet ledd ble omtalt. Utvalget foretok dermed ikke et skille mellom tausheten under politiavhør og tausheten i retten i sin omtale av § 93 annet ledd.<sup>132</sup> Avgjørelsen kan imidlertid bare tas til inntekt for at taushet under politiavhør kan tillegges bevismessig vekt på lik linje med taushet utøvd i retten. Som tidligere påpekt, er denne bevismessige anvendelsen av § 93 annet ledd i relasjon til politiavhør ikke rettslig problematisk. Avgjørelsen har i denne sammenheng ingen rettskildemessig relevans for anvendelsen av orienteringsdelen av bestemmelsen, nærmere sagt om politiet kan foreholde mistenkte at tausheten kan gi negative bevismessige

---

<sup>131</sup> Rt. 2011 s. 800 A, avsnitt 75.

<sup>132</sup> Slik også Øyen (2016) s. 339.

konsekvenser, på samme måte som dommere. I underrettspraksis er det heller ikke tatt stilling til anvendelsesområdet for orienteringsdelen i strpl. § 93 annet ledd.

Rettspraksis gir på denne bakgrunn ingen klare holdepunkter for hvorvidt politiet har adgang til å orientere om bevisrisikoen ved taushet. Det må derfor ses hen til andre rettskildefaktorer for å besvare problemstillingen.

#### **4.2.4 EMDs praksis**

Straffeprosessloven må tolkes i samsvar med EMK, jf. strpl. § 4 og mrl. § 2, jf. § 3. EMDs praksis vil derfor være veiledende når det skal tas stilling til spørsmålet om politiets adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved å forholde seg taus.

Som drøftet ovenfor i kapittel 3 følger det av EMDs praksis at selv om en advarsel om mulige implikasjoner ved utøvelse av taushet under avhør vil innebære en viss grad av indirekte tvang, vil dette i seg selv ikke være i strid med art. 6 nr. 1. Domstolen har i denne sammenheng understreket viktigheten av at den mistenkte blir bistått av en forsvarer i disse tilfellene. Det følger av EMDs praksis at art. 6 nr. 1 som hovedregel krever at den mistenkte blir bistått av forsvarer på tidspunktet politiet orienterer om at taushet kan brukes mot ham. Dette er imidlertid ikke et absolutt krav. Så lenge det foreligger tvingende grunner som kan begrunne en nektelse i forsvarerbistand eller myndighetene sannsynliggjør at mistenktes rettergang ikke er blitt uopprettelig skadelidende som følge av manglende forsvarerbistand, vil det ikke foreligge en krenkelse på retten til en rettferdig rettergang.

EMK er derfor ikke til hinder for at strpl. § 93 annet ledd anvendes analogisk i politiavhør.

#### **4.2.5 Påtalepraksis**

Frem til riksadvokatens rundskriv av 11. mai 2016 var det ikke gitt noen autoritativ uttalelse om anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør. Av rundskrivets punkt 4.3 annet avsnitt følger det:

«Strpl. § 93 annet ledd lyder «Nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett å tale mot ham», og gjelder etter sin ordlyd bare ved rettslige avhør. Bestemmelsen kan

imidlertid også leses som et utslag av prinsippet om fri bevisvurdering. Innenfor rammene av strpl. § 92 jf. pti. § 8-2 siste ledd bør politiet allerede i en tidlig fase av etterforskningen kunne gjøre mistenkte kjent med at en manglende eller forbeholden forklaring etter omstendighetene kan bli ansett for å tale mot ham. Vernet mot selvinkriminering er ikke til hinder for at politiet oppfordrer mistenkte til å bidra til sakens opplysning. Politiet må imidlertid ikke benytte løfter, uriktige opplysninger, trusler, tvang eller midler som nedsetter mistenktes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Bruken av prinsippet i strpl. § 93 bør skje i nært samråd med påtaleansvarlig, og det må sikres notoritet om når og hvordan mistenkte er informert.»

Selv om formuleringen i rundskrivet er forsiktig, jf. «bør ... kunne», byr riksadvokatens rundskriv på liten tvil når det gjelder politiets adgang til å orientere mistenkte om at taushet kan brukes mot ham. Rundskrivet utgjør dermed et klart argument for at orienteringsdelen av strpl. § 93 annet ledd kan anvendes analogisk i politiavhør.

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

CPT overvåker statenes gjennomføring av Den europeiske konvensjonen om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Komiteen sender ut delegasjoner til medlemsstatene hvert fjerde år, i tillegg til adhoc-besøk ved behov. CPT er av en ikke-juridisk karakter og har ikke myndighet til å domfelle medlemsstatene for brudd på konvensjonen. Konvensjonen håndheves ved at komiteen utgir rapporter tilknyttet hvert statsbesøk hvor det gis generelle anbefalinger til statenes praksis på området.<sup>133</sup>

Etter at CPT avla Norge et besøk våren 2018, avga komiteen en foreløpig rapport som ble oversendt Justis- og beredskapsdepartementet. Om riksadvokatens rundskriv fra 2016 uttalte komiteens delegasjon følgende:

«For det første er politiet forpliktet til å informere den mistenkte om at hvis han / hun bestemmer seg for å tilstå, så kan dette føre til redusert straff. For det andre kan mistenkte som velger å tie få beskjed om at slik stillhet kan brukes mot dem.

Delegasjonen har tvil om hvorvidt disse bestemmelsene, som kan oppfordre de berørte

---

<sup>133</sup> <https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt>, lest 26.10.2018.



personene til å tilstå de lovbruddene de mistenkes for, er fullt kompatible med det undersøkende intervju paradigmet. Delegasjonen ønsker å motta norske myndigheters kommentarer i denne saken». <sup>134</sup>

Selv om rapporten ikke er endelig <sup>135</sup>, trekker uttalelsen i retning av at politiet ikke bør gis adgang til å orientere mistenkte om bevisrisiko under avhør.

#### **4.2.7 Fremmed rett: Britisk straffeprosess**

Vernet mot selvinkriminering er lovfestet i mange lands rettssystem. I de landene hvor selvinkrimineringsvernet er lovfestet, oppstår ofte de samme kontroversielle problemstillinger knyttet til adgangen til å anvende mistenktes taushet som bevis. Nasjonale myndigheter har i flere land gjort inngrep i taushetsretten som ledd i å bekjempe økt kriminalitet og terrorisme. <sup>136</sup> Grunnen til at det i denne sammenheng fokuseres på britisk straffeprosess, er fordi politiet i England og Wales over en lengre periode har hatt adgang til å informere mistenkte om den bevismessige risikoen ved å forholde seg taus i medhold av nasjonal lovgivning. Det kan derfor være av interesse å se hvordan dette har fungert, og hvilke eventuelle betenkeligheter som kan ha oppstått i kjølvannet etter at adgangen ble innført.

Engelske domstoler fulgte i lengre tid tilnærmingen i amerikansk rett hvor bevismessige slutninger fra taushet ikke var tillatt. <sup>137</sup> En innskrenkning i retten til taushet ble første gang foreslått i 1972 av Criminal Law Revision Committee. I 1994 ble the Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA) vedtatt. Lovendringen skulle fungere som en respons på den økende terrorkriminaliteten og økt organisert kriminalitet. <sup>138</sup> CJPOA section 34 til 39 regulerer rettens adgang til å vektlegge mistenktes taushet under skyldspørsmålet. The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) Code C, som er vedtatt i medhold av PACE section 66, regulerer politiets adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved taushet. <sup>139</sup>

---

<sup>134</sup> Tilgjengelig på <https://juristen.no/2018/09/bekymret-over-norske-avh%C3%B8rsregler>. Sist lest 7.09.2018.

<sup>135</sup> Den endelige rapporten ble forespeilet publisert i løpet av november, men var fortsatt ikke publisert ved avhandlingens innleveringsfrist 17.12.2018.

<sup>136</sup> Quirk (2017) s. 2.

<sup>137</sup> Quirk (2017) s. 25.

<sup>138</sup> Quirk (2017) s. 2-3.

<sup>139</sup> Se Ibrahim and others v. UK avsnitt 182-184.

Vedtagelsen av CJPOA medførte at politiets orientering om retten til taushet under avhør måtte endres. Ordlyden i politiets orientering før CJPOA trådte i kraft lød som følger: “You do not have to say anything, but anything you do say may be given in evidence” (vanligvis referert til som «old-style caution»). Orienteringen politiet rutinemessig har gitt mistenkte siden CJPOA trådte i kraft i 1995 (vanligvis referert til som «new-style caution») følger av PACE Code C § 10.5 og lyder:

“You do not have to say anything. But it may harm your defence if you do not mention when questioned something which you later rely on in Court. Anything you do say may be given in evidence”.

Den første publiserte studien som sammenlignet bruken av «no comment» - avhør før og etter politiets anvendelse av «new-style caution» indikerte en klar nedgang i mistenktes utøvelse av taushetsrett. Data ble samlet fra 3950 mistenkte fordelt på 8 politistasjoner over hele England ett år før CJPOA ble introdusert, og fem til ti måneder etter lovens tiltredelse. Statistikken viste at antallet mistenkte som forholdt seg fullstendig taus under avhør sank fra 10 til 6 %, mens antallet mistenkte som forholdt seg delvis taus sank fra 13 til 10 %. Ved to politistasjoner i London sank mistenktes utøvelse av taushet fra 20 % til 10 %.<sup>140</sup>

Den største nedgangen forekom hos mistenkte som var bistått av forsvarer, mistenkte som var mørkhudete og de som var mistenkt for alvorlige lovbrudd.<sup>141</sup> Dette var også de gruppene som før lovendringen trådte i kraft var mer tilbøyelige til å anvende sin rett til å forholde seg taus under avhør.

Lovendringen var i sin tid en av de mest kontroversielle endringene foretatt i engelsk rett i de senere år. En stor del av kontroversen rundt CJPOA var knyttet til formuleringen av «new-style-caution». Det ble blant annet vist til at ordlyden «it may harm your defence» var upassende, fordi en mistenkt ikke vil ha behov for et forsvar før en eventuell siktelse foreligger. Forsøk på å gjøre orienteringens ordlyd mer brukervennlig ble avvist. Forslag om at orienteringen også burde informere mistenkte om sin rett til forsvarer ble heller ikke akseptert.<sup>142</sup> Det opprinnelige forslaget til orienteringens ordlyd var noe mer omfattende, men

---

<sup>140</sup> Bucke mfl. (2000) s. 31–32.

<sup>141</sup> Bucke mfl. (2000) s. 33–34.

<sup>142</sup> Quirk (2017) s. 63.

forslaget ble forkastet etter at en undersøkelse viste at bare 58 % av en gruppe A-studenter forsto orienteringens innhold.<sup>143</sup>

Undersøkelser på politistasjoner foretatt etter at CJPOA trådte i kraft viste at mange mistenkte hadde vanskeligheter med å forstå innholdet og de rettslige implikasjonene innbefattet i orienteringen. Politibetjenter uttalte at de ofte ble nødt til å presisere at den mistenkte fortsatt hadde en rett til taushet etter å ha blitt orientert om eventuelle konsekvenser av å forholde seg taus.<sup>144</sup> Politiets ansvar med å sørge for at den mistenkte forstår innholdet i orienteringen ble også komplisert, fordi en tredel av politibetjentene på de undersøkte politistasjonene hadde vanskeligheter med å forstå orienteringens innhold. Dette medførte i sin tur at politibetjentene ikke var i stand til å gi den mistenkte en tilstrekkelig forståelig forklaring rundt implikasjonene ved utøvelse av taushet.<sup>145</sup>

Politiet opplevde i tillegg at flere mistenkte som tidligere gjorde bruk av sin taushetsrett under avhør, heller valgte å lyve etter å ha blitt orientert om at utøvelse av taushet kunne bli brukt mot dem.<sup>146</sup> Forsvarere uttrykte bekymring over at enkelte politibetjenter gjentatte ganger orienterte den mistenkte, særlig i tilfeller hvor den mistenkte ikke ønsket å svare på politiets spørsmål. De gjentatte orienteringene ble ofte gjort med ekstra trykk på de rettslige konsekvensene av taushet i orienteringen, noe forsvarere oppfattet som en form for forklaringspress. Hva gjaldt effekten på mistenktes utøvelse av taushet under avhør var det ulike oppfatninger innad i politiet. Noen mente lovendringen ikke hadde hatt noen effekt, mens andre uttrykte at orienteringen var en god måte å få «varmet opp» den mistenkte i starten av avhøret.<sup>147</sup> Undersøkelser publisert samme år som orienteringen ble tatt i bruk av politiet, fant at 59 % av mistenkte oppfattet orienteringen som en trussel eller en form for forklaringspress. En undersøkelse foretatt i 1999, viste at tendensene rundt forståelsen av innholdet i «new-style caution» i stor grad var de samme som i 1995. Det var fortsatt flere

---

<sup>143</sup> Det opprinnelige forslaget lød: “You do not have to say anything. But if you do not mention now something which you later use in your defence the court may decide that your failure to mention it now strengthens the case against you. A record will be made of anything you say and it may be given in evidence against you if you are brought to trial”. Se Quirk (2017) s. 63, fotnote 5.

<sup>144</sup> Bucke mfl. (2000) s. 27.

<sup>145</sup> Quirk (2017) s. 63.

<sup>146</sup> Bucke mfl. (2000) s. 35.

<sup>147</sup> Bucke mfl. (2000) s. 28-29.

mistenkte, politibetjenter, og også forsvarere som hadde vanskeligheter med å forstå og forklare orienteringens innhold.

CJPOA section 34 har gjennomgått noen endringer etter at den trådte i kraft. Som følge av en revidering i 2003 følger det nå av section 34 2A at bevismessige slutninger fra taushet ikke kan trekkes i de tilfeller mistenkte var i politiets varetekt og samtidig uten forsvarerbistand på tidspunktet han forholdt seg taus.<sup>148</sup> I 2014 ble det lovfestet en innsynsrett for den mistenkte og hans forsvarer. Denne innsynsretten er imidlertid begrenset, i likhet med strpl. § 242 om mistenktes innsynsrett. Politiet kan nekte innsynsrett dersom innsyn vil være skadelig for etterforskningen.<sup>149</sup>

Selv om det ikke er noen automatikk i at det norske politiets bruk av strpl. § 93 annet ledd vil ha nøyaktig samme effekt som den britiske «new-style caution», viser redegjørelsen i dette punkt at politiets orientering om bevisrisiko ved taushet potensielt kan ha både en negativ og positiv effekt. Samtidig det viktig å påpeke at de undersøkelser som er foretatt i etterkant av lovendringen er av eldre dato. I mangel av nyere, sammenlignende studier vil de eldre studienes gjennomslagskraft svekkes. Det er 23 år siden CJPOA trådte i kraft, det kan derfor være sannsynlig å anta at «new-style caution» blir bedre kommunisert på politistasjoner og at orienteringens innhold i større grad blir forstått i dag.

#### **4.2.8 Juridisk litteratur**

I juridisk litteratur er spørsmålet om en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør lite behandlet. I straffeprosesslovens kommentarutgave fremholdes det at «det bør utvises varsomhet med å foreholde siktede denne følgen av hans taushet eller hans forbehold, ikke minst fordi siktede har en rett til å nekte å forklare seg ...».<sup>150</sup> Selv om uttalelsen knytter seg til domstolenes anvendelse av bestemmelsen, må det antas at den samme skepsisen, om ikke i større grad, ville blitt uttrykt rundt en analogisk anvendelse av bestemmelsen i politiavhør.

---

<sup>148</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/34>, lest 23.11.2018.

<sup>149</sup> Quirk (2017) s. 108.

<sup>150</sup> Bjerke mfl. (2011) Kommentar til § 93.

Rui fremholder på sin side at

«Ordlyden setter derimot ikke et absolutt forbud mot at politiet argumenterer overfor en som forholder seg taus om at han likevel bør forklare seg. Det er helt på det rene at politiet eller dommeren ikke bare kan, men også skal gjøre den som forholder seg taus, oppmerksom på at tausheten kan bli ansett å tale mot han. Dette fremgår direkte av straffeprosessloven § 93 annet ledd».<sup>151</sup>

Rui gir utover dette ingen nærmere vurdering rundt betydningen av at bestemmelsen uttrykkelig kun gjelder for rettslige avhør.

Øyen foretar en mer utførlig drøftelse rundt politiets adgang til å orientere mistenkte om bevisrisikoen ved taushet. Hans oppfatning er at det må skilles mellom de situasjoner hvor mistenkte er bistått av forsvarer og de situasjoner hvor mistenkte ikke har forsvarer. Han uttaler videre at i de tilfellene mistenkte har forsvarer, vil det være en naturlig oppgave for forsvareren å orientere mistenkte. I de tilfellene forsvarer ikke er tilstede, mener Øyen at politiet må ha anledning til å gi mistenkte en kort og nøytral orientering, hvor det samtidig presiseres at det ikke er noen automatikk i at retten trekker bevismessige slutninger fra taushet. Videre fremholdes det at bevissikringshensyn vil tilsi at orienteringen protokolleres i rapport.<sup>152</sup>

Myhrer tillegger reelle hensyn betydelig vekt når han legger til grunn at det er mindre betenkeligheter med å anvende bestemmelsen i politiavhør i dag, enn på tiden da straffeprosessloven og påtaleinstruksen trådte i kraft. Av reelle hensyn som taler for at bestemmelsen kan anvendes under politiavhør fremheves blant annet betydningen av lyd – og bildeopptak under avhør, mistenktes utvidete rett til forsvarer jf. strpl. § 98 første ledd, samt en forbedret avhørsopplæring av politibetjenter.

Av hensyn som taler mot at politiet skal ha adgang til å orientere om bevisrisikoen, nevner Myhrer blant annet at kombinasjonen av en slik orientering i tillegg til en orientering om mulig strafferabatt, vil medføre at den mistenkte vil tenke at politibetjentens mål er å få den mistenkte straffet. Myhrer oppsummerer dilemmaet slik: «Du er ikke pliktig til å forklare deg,

---

<sup>151</sup> Rui (2009) s. 55.

<sup>152</sup> Øyen (2010) s. 350-351.

men gjør du bruk av denne rettigheten vil det tale mot deg, og du går glipp av den muligheten for vesentlig mindre straff som en tilståelse kan gi». Budskapet er treffende, særlig tatt i betraktning av at det i tillegg henvises til forskning som indikerer at lovnader om mildere straff kan føre til at en mistenkt vil tilstå, selv om vedkommende objektivt sett er uskyldig.<sup>153</sup> I sin sammenfattende konklusjon legger Myhrer til grunn at det i nasjonal rett ikke er noen sikker rettskildemessig dekning for at orienteringsdelen av strpl. § 93 annet ledd kan anvendes tilsvarende i politiavhør.<sup>154</sup>

Uttalelsene i juridisk litteratur taler dermed for at det enten ikke er adgang til en anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i utenrettslige avhør, eller for at det *er* adgang til dette så lenge avhørssituasjonen sikres etterprøvnbarhet og man skiller mellom situasjoner hvor forsvarer er til stede og situasjoner hvor forsvarer ikke er til stede.

#### **4.2.9 Reelle hensyn**

De grunnleggende reelle hensyn som må veies opp mot hverandre for spørsmålet om en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør er hensynet til en effektiv strafferettspleie, og hensynet til mistenktes rett til å forholde seg taus og til å ikke inkriminere seg selv.

Det er av betydning å påpeke den faktiske forskjellen mellom et politiavhør og en hovedforhandling. Ved politiavhør er saken under etterforskning, og politiets hensikt under avhør vil være å få mistenkte til å avgi forklaring for å få mest mulig opplysninger om saken. Dette i seg selv tillegger mistenkte en viss grad av press. Risikoen for selvinkriminering vil ofte være størst under politiavhør, det vil derfor kunne utfordre forbudet mot selvinkriminering dersom politiet gis adgang til å anvende et ytterligere maktmiddel overfor den mistenkte.

Under hovedforhandling er saken ferdig etterforsket og tiltale vil være tatt ut. Dommeren er i motsetning til påtalemyndigheten en nøytral part. Da det til syvende og sist er retten som skal avgjøre hvorvidt den mistenkte er skyldig, kan det i forlengelsen av dette spørres om det muligens vil ligge utenfor politiets myndighetsområde å orientere mistenkte om potensielle

---

<sup>153</sup> Myhrer (2017) s. 13.

<sup>154</sup> Myhrer (2017) s. 19.

bevismessige konsekvenser basert på hans eller hennes atferd under avhør. En slik orientering fra politiets side vil kunne føre til at politiavhør gis preg av å være en del av domstolprosessen, da med den forskjell at mistenkte under avhør er i en åpenbart underlegen posisjon, i motsetning til hva som vil være tilfelle under irretteføring.

På den annen side vil en anvendelse av strpl. § 93 annet ledd under politiavhør sannsynligvis føre til at færre mistenkte velger å forholde seg taus, noe som igjen vil kunne lette politiets etterforskning og dermed bidra til mer effektivitet. Det er også et sentralt argument at politiet i dagens samfunn med økt kriminalitet og terrorfare innehar tilstrekkelige midler til å kunne bekjempe dette.

I sitt rundskriv fra 2016 la riksadvokaten til grunn at lydopptak skal benyttes så vidt mulig i alle avhør, og at bildeopptak skal anvendes så vidt mulig i enkelte typer saker.<sup>155</sup>

I NOU 2016: 24 er bruken av lyd- og bildeopptak noe utvidet. I utkastets § 10-8 første ledd er det oppstilt en alminnelig hovedregel om lyd- og bildeopptak ved politiavhør.<sup>156</sup> Lyd- og bildeopptak vil i denne sammenheng være særlig viktig fordi det vil sikre etterprøvbarhet i tillegg til å minimere risikoen for at det skjer uregelmessigheter under avhør. Fokus i avhørsopplæringen på hvordan orienteringen skal foreholdes mistenkte vil også kunne sikre at orienteringen blir gitt på en klar og uforbeholden måte, uten en større grad av press enn det som allerede vil foreligge under et avhør.

Klare retningslinjer for hvordan de rettslige implikasjonene i orienteringen skal forstås, vil også kunne sikre en bedre forståelse av orienteringen blant politibetjenter og mistenkte. I tillegg er det et viktig argument at en mistenkt etter strpl. § 94 har rett til å bli gjort kjent med sin rett til forsvarer på ethvert trinn av saken. Tilstedeværelse av forsvarer vil kunne fungere som en ytterligere rettssikkerhetsgaranti når mistenkte foreholdes at utøvelse av taushet under avhør kan tale mot ham. Forsvarerbistand vil sikre at mistenktes avgjørelse om å forholde seg taus eller å avgi forklaring i større grad bygger på et veloverveid valg.

---

<sup>155</sup> RA-2016-2 pkt. 6.6.

<sup>156</sup> NOU 2016: 24 s. 170.

Reelle hensyn taler dermed for en analogisk anvendelse av orienteringsdelen i strpl. § 93 annet ledd i politiavhør, såfremt bestemmelsen anvendes med varsomhet, forsvarer er tilstede og det sikres notoritet i form av lyd- og bildeopptak.

### 4.3 Oppsummering og konklusjon

Påtalepraksis og juridisk litteratur taler for at bestemmelsen skal kunne anvendes i politiavhør. Juridisk teori er imidlertid ikke entydig. Videre vil riksadvokatens rundskriv ha en begrenset rettskildemessig vekt utenfor politiet- og påtalemyndigheten.<sup>157</sup> Det som taler sterkest imot en slik adgang, er at verken lovteksten eller forarbeidene gir holdepunkter for at lovgiver har ment å åpne for at bestemmelsen skal kunne anvendes tilsvarende i utenrettslige avhør.

De internasjonale kildene, herunder EMDs praksis og CPTs uttalelser, trekker i ulik retning. EMDs praksis viser at politiets orientering under avhør ikke vil krenke EMK art. 6 nr. 1. På den annen side oppstiller domstolens praksis ingen *krav* om at politiet skal gis en adgang til å orientere om bevisrisiko, den uttrykker kun at det ikke vil være i strid med Norges internasjonale forpliktelser om adgangen tillates. Uttalelsene fra CPT trekker i retning av at adgangen ikke skal tillates. Selv om disse uttalelsene ikke er rettslig bindende, følger det av Høyesteretts praksis at uttalelsene vil kunne ha relevans i vurderingen av reelle hensyn.<sup>158</sup>

Samlet sett må det legges avgjørende vekt på at ordlyden i strpl. § 93 annet ledd er klar. En konklusjon som legger til grunn at politiet kan gis adgang til å orientere om bevisrisikoen ved taushet vil i denne sammenheng ikke ha særlig tyngde hva gjelder rettskildemessig forankring.

Konklusjonen er etter dette at det ikke foreligger et rettskildemessig grunnlag for å anvende orienteringselementet i strpl. § 93 annet ledd tilsvarende i politiavhør.

---

<sup>157</sup> Myhrer (2003) s. 245.

<sup>158</sup> Rt. 2015 s. 844 A, avsnitt 36.



## **5 Referanseliste**

### **5.1 Lover og forskrifter**

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

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

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

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

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

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

### **5.2 Internasjonale konvensjoner**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950

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

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

## **5.3 Offentlige dokumenter**

NUT 1969: 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).

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

NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks.

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

NOU 2007: 7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie.

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

Prop.62 L (2015 – 2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.).

NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

## **5.4 Rettspraksis**

### **5.4.1 Høyesterettspraksis**

Rt. 1993 s. 202 A

Rt. 1999 s. 1269 A

Rt. 2005 s. 833 P

Rt. 2005 s. 1353 A

Rt. 2008 s. 605 A

Rt. 2008 s. 1764 P

Rt. 2011 s. 133 A

Rt. 2011 s. 800 A

Rt. 2014 s. 1161 A

Rt. 2014 s. 1292 A

Rt. 2015 s. 844 A

HR-2016-1459-A

HR-2016-1857-A

HR-2017-2428-A

HR-2018-1909-A

#### **5.4.2 EMDs praksis**

Dom av 5. november 2002 *Allan v. the United Kingdom*, application no. 48539/99.

Dom av 6. juni 2000 *Averill v. the United Kingdom*, application no. 36408/97.

Dom av 8. oktober 2002 *Beckles v. the United Kingdom*, application no. 44652/98.

Dom av 2. mai 2000 *Condron v. the United Kingdom*, application no. 35718/97.

Dom av 25. februar 1993 *Funke v. France*, application no. 10828/84.

Dom av 22. juli 2008 *Getiren v. Turkey*, application no. 10301/03.

Dom av 21. desember 2000 *Heaney and McGuinness v. Ireland*, application no. 34720/97.

Storkammerdom av 13. september 2016 *Ibrahim and others v. the United Kingdom*, application no. 50541/08.

Dom av 23. januar 2018 *Izzet Celik v. Turkey*, application no. 15185/05.

Storkammerdom av 11. juli 2006 *Jalloh v. Germany*, application no. 54810/00.

Storkammerdom av 8. februar 1996 *John Murray v. the United Kingdom*, application no. 18731/91.

Dom av 2. juni 1993 *K v. Austria*, application no. 16002/90.

Dom av 10. juli 2018 *Kumitskiy and others v. Russia*, application no. 66215/12.

Dom av 6. juni 2000 *Magee v. the United Kingdom*, application no. 28135/95.

Storkammerdom av 29. juni 2007 *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, application no. 15809/02.

Dom av 24. september 2009 *Pishchalnikov v. Russia*, application no. 7025/04.

Storkammerdom av 17. desember 1996 *Saunders v. the United Kingdom*, application no. 19187/91.

Dom av 20. oktober 1997 *Serves v. France*, application no. 20225/92.

Dom av 20. mars 2001 *Telfner v. Austria*, application no. 33501/96.

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

Dom av 7. september 1999 *Vernon v. the United Kingdom*, application no. 38753/97.

## **5.5 Rundskriv fra riksadvokaten**

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

## 5.6 Uttalelser fra Europarådets antitorturkomité

Endelig rapport vil bli automatisk publisert på <https://www.coe.int/en/web/cpt/norway>

## 5.7 Uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité

CCPR/C/79/Add. 55, 27. juli 1995, tilgjengelig på

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2FC%2F79%2FAdd.55&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CPR%2FC%2F79%2FAdd.55&Lang=en) (lest 6.12.18).

## 5.8 Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015.

Andenæs, Johs., *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer, Universitetsforlaget 2009.

Bjerke H. K., Keiserud E., Sæther K. E., *Straffeprosessloven kommentarutgave*, 4. utg., Universitetsforlaget 2011. Nedlastet fra [juridika.no](http://juridika.no) 7.11.18.

Harris D., O'Boyle M., Bates E., *Law of the European convention on human rights*, 3. utg., Oxford University Press 2014.

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvention: for praktikere*, 4. utg., Jurist- og økonomforbundet 2017.

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2016.

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

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

## 5.9 Artikler

Bucke, T., Street, R., Brown, D., “The right of silence: the impact of the Criminal Justice and Public Order Act 1994: A Research, Development and Statistics Directorate Report”, *Home Office Research Studies*, London: Home Office 2000.  
Tilgjengelig på: <http://library.college.police.uk/docs/hors/hors199.pdf>

Bårdsen, Arnfinn, «Grunnloven, straffeprosessen og strafferetten – noen linjer i høyesteretts praksis etter grunnlovsreformen 2014», *Jussens Venner*, 2017 s. 1 – 44.

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

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

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

## 5.10 Nettsider

<https://www.riksadvokaten.no/document/horingsuttalelse-om-ny-straffeprosesslov/>, lest 14.09.18.

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/VoJa3/Taushet-i-politiavhor-kan-bli-brukt-mot-deg--Asbjorn-Rachlew-og-Ivar-Fahsing>, lest 27.09.18.

<https://www.coe.int/en/web/execution/article-41>, lest 5.11.18.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/section/34>, lest 23.11.18.

<https://www.coe.int/en/web/cpt/about-the-cpt>, lest 26.10.18.

<https://juristen.no/2018/09/bekymret-over-norske-avh%C3%B8rsregler>, lest 24.11.18.

