

Artikkelen er publisert under modellen grønn åpen tilgang (green open access). Det betyr at utgiver tillater forfatter å arkivere sin artikkel i åpne institusjonelle arkiv (egenarkivering) eller på eget eller arbeidsgivers nettsted, i den versjon og det format som ble godkjent av tidsskriftets redaksjon (akseptert versjon/tekstversjonen).

Sitering av artikkelen i APA (6th):

Myhrer, T.-G. (2017). Kan politiet formane en mistenkt om å forklare seg?: Anvendelsen av straffeprosessloven § 93 annet ledd i politiavhør. *Tidsskrift for strafferett*, 17(1), 6-25.

Dette er siste tekstversjon av artikkelen, den kan inneholde ubetydelige forskjeller fra forlagets pdf-versjon.

Kan politiet formane en mistenkt om å forklare seg?

Anvendelsen av straffeprosessloven § 93 annet ledd i politiavhør

Professor Tor-Geir Myhrer

Tor-Geir Myhrer, cand.jur. 1976, dr. juris 2000, har tidligere arbeidet som dommerfullmektig, politiinspektør, førstestatsadvokat ved Riksadvokatembetet og lovrådgiver i Justisdepartementets lovavdeling. Fra 2006 er han professor ved Politi- og rettsvitenskapens forskningsavdeling, og var i tiden 2006–2011 professor II ved Det juridiske fakultetet, Universitetet i Oslo. E-post: tor-geir.myhrer@phs.no

Sammendrag:

Straffeprosessloven § 93 annet ledd om adgangen til å gjøre siktede oppmerksom på at unnlatelse av å forklare seg kan tillegges vekt i hans/hennes disfavør ved bevisvurderingen, gjelder etter ordlyden bare ved rettslige avhør. Det er likevel reist spørsmål om bestemmelsen også kan anvendes ved utenrettslige politiavhør, og riksadvokaten har i et rundskriv fra 2016 om politiavhør lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for et mer alminnelig prinsipp. Artikkelen drøfter det nasjonale rettskildemessige grunnlaget for å gi strpl. § 93 annet ledd et slikt utvidet anvendelsesområde, og konkluderer med at grunnlaget for dette er heller svakt. Artikkelen ser også på spørsmålet i lys av kravet om rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen i EMK art. 6.

Nøkkelord: politiavhør, rettslig avhør, bevisvurdering, selvinkriminering, retten til å forholde seg taus

Innledning

Bestemmelsen i straffeprosessloven § 93 annet ledd lyder:

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

I politiet, kanskje først og fremst blant dem som på ulike nivåer driver avhørsopplæring, er det reist spørsmål om bestemmelsen kan anvendes ved utenrettslige politiavhør. Et bekreftende svar vil ha to konsekvenser:

- Politietterforskeren kan gi mistenkte/siktede en advarende formaningsadgang hvis han/hun nekter å forklare seg eller åpenbart forklarer seg forbeholdent.
- Påtalemyndigheten kan tillegge forklaringsnektelsen bevismessig vekt når påtalespørsmålet skal avgjøres.

Det er ikke gitt at disse to sider av bestemmelsen – formaningsadgangen og bevisverdien – må få den samme rettslige løsning. Og ved første øyekast kan problemstillingen synes å gjelde en

formell detalj om gjennomføringen av politiavhør, men fremstillingen vil vise at også mer grunnleggende rettsprinsipper utfordres.¹

Det er naturlig først å se på anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd ut fra nasjonale rettskilder, og deretter drøfte i hvilken grad de ulike tolkningsalternativer lar seg forene med EMK art. 6(1) – vernet mot selvinkriminering (nå også Grunnloven § 95 første ledd annet punktum) og EMK 6(2) – uskyldspresumsjonen (nå også Grunnloven § 96 annet ledd). Dette gir en hensiktsmessig drøftelse, men er kanskje rettskildemessig ikke helt korrekt. Mange ville kanskje sett det som naturlig at innholdet av de overordnede normer ble fremstilt først, men normenes generelle karakter gjør at drøftelsene lett blir lite «matnyttige» hvis de ikke knyttes til mer konkrete problemstillinger.

Fortolkning av straffeprosessloven § 93 annet ledd

Ved drøftelsen av spørsmålet ser jeg først på hva en kan utlede om spørsmålet fra de ulike rettskildefaktorene lovtekst, regelverkets organisering, forarbeider, avgjørelser, praksis, teori, og avslutningsvis om det er reelle hensyn som kan trekke i en annen retning enn det som følger av de øvrige rettskilder.

Lovteksten og påtaleinstruksen

Ordlyden i strpl. § 93 annet ledd er, som allerede nevnt:

«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.»

Ser man isolert på denne lovteksten, trekker den temmelig entydig i retning av at bestemmelsen bare skal anvendes ved rettslige avhør. Det er først og fremst henvisning til «rettens leder» og at bestemmelsen er plassert i et kapittel som primært omhandler siktedes rettigheter og plikter overfor domstolen, som gir grunnlag for denne slutning.

Denne forståelse styrkes ytterligere hvis en sammenholder reguleringen av siktedes rettigheter og plikter i avhørssituasjonen etter strpl. §§ 90–93 med bestemmelsene i straffeprosesslovens etterforskningskapittel (kap. 18) og reglene i påtaleinstruksen kap. 8 om politiavhør av mistenkte.

¹ Asbjørn Rachlew og Ivar Fahsing, «*Taushet i politiavhør kan blir brukt mot deg*», kronikk i Aftenposten 26. august 2016.

Retten til å bli opplyst om at man ikke har plikt til å forklare seg, som er inntatt i strpl. § 90, er for den utenrettslige avhørssituasjon gjentatt både i § 232 første ledd og i påtaleinstruksen § 8-1 første ledd.

Forespørselen om siktede er villig til å forklare seg, og oppfordringen om å forklare seg sannferdig som er inntatt i strpl. § 91 første ledd, gjentas videre både i § 232 annet ledd første pkt. og påtaleinstruksen § 8-1 første ledd.

Bestemmelsen i strpl. § 92 annet ledd som gir begrensninger i hvordan avhøret kan gjennomføres, er gitt direkte anvendelse også for utenrettslige avhør gjennom henvisningen i § 232 annet ledd annet pkt., og er i noe utvidet språklig form også gjentatt i påtaleinstruksen § 8-2 annet til femte ledd.

Regelen i strpl. § 93 første ledd om hvordan siktede kan forholde seg til forsvareren, er gjentatt for de utenrettslige avhør i påtaleinstruksen § 8-4 annet punktum.

Av de bestemmelser i strpl. §§ 90–93 som regulerer hvordan avhøreren skal forholde seg til mistenkte/siktede, er det bare bestemmelsen i strpl. § 93 annet ledd som ikke gjennom henvisning eller gjentakelse uttrykkelig er gitt tilsvarende anvendelse ved utenrettslige avhør under etterforskningen. Sammen med ordlyden gir denne reguleringen en forventning om at bestemmelsen ikke er ment å gjelde tilsvarende under den utenrettslige etterforskning.

Forarbeider

Både forarbeidene til straffeprosessloven² og til påtaleinstruksen³ er tause om anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd. Selv om dette har mindre rettskildeverdi enn uttrykkelige og klare motivuttalelser, er tausheten ikke uten betydning. Den rettslige regulering som det er gjort rede for ovenfor, er omtalt i forarbeidene, og det er begrunnet både hvorfor de aktuelle normene må komme tilsvarende til anvendelse ved politiavhør, og hvorfor det er nødvendig uttrykkelig å regulere dette i strpl. kap. 18 eller i påtaleinstruksen kap. 8. Med denne uttrykkelige omtalen av de øvrige reglene er det vanskelig å tenke seg at lovgiveren gjennom sin taushet har ment å åpne for at bestemmelsen i § 93 annet ledd, som etter sin ordlyd bare tar sikte på rettslig avhør, likevel skulle gis tilsvarende anvendelse i politiavhør.

² Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (juni 1969) og Ot.prp. nr. 35 (1978–79) om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakslova).

³ NOU 1984: 27 Ny påtaleinstruks.

Dette understøttes ytterligere når en tar i betraktning lovgivningen forut for ikrafttredelsen av någjeldende straffeprosesslov og påtaleinstruks. Straffeprosessloven av 1887 hadde ingen regler om den utenrettslige avhøring av mistenkt/siktede. Loven av 1887 hadde regler om avhør av siktede i §§ 255–260. Om disse uttaler Andenæs⁴:

«Men de gjelder bare for avhør i retten. Om politiets avhør av siktede inneholder loven ingen forskrifter, men påtaleinstruksens §§ 7 og 10 har bestemmelser som stort sett stemmer med lovens regler om rettslig avhør.»

Straffeprosessloven (1887) § 260 inneholdt bestemmelsen som tilsvarte någjeldende § 93 annet ledd. Noen tilsvarende bestemmelse var imidlertid ikke inntatt i den gamle påtaleinstruks §§ 7 eller 10, et forhold som altså er videreført i gjeldende lov og påtaleinstruks. En oppfatning om at strpl. § 93 annet ledd gjelder tilsvarende for utenrettslige avhør, må derfor «se bort fra» at forarbeidene da blir ganske inkonsistente: Nettopp den avhørsbestemmelsen som ikke omtales og som etter ordlyden bare gjelder for rettslig avhør, antas ved taushet å være gitt anvendelse også ved politiavhør. Hvilket leder til en forståelse av bestemmelsen som synes å avvike fra rettsoppfatningen som var lagt til grunn i et halvt århundre forut for ikrafttredelsen av straffeprosessloven.⁵

Det kan derfor neppe være tvil om at også forarbeidene trekker i retning av at strpl. § 93 annet ledd ikke skal gis tilsvarende anvendelse ved utenrettslige avhør.

Forslaget til ny straffeprosesslov⁶ blir i forhold til gjeldende lov å regne som et etterarbeid. Basert på elektronisk søk og gjennomlesning av de mest relevante sider synes utvalget ikke å ha drøftet bestemmelsen i gjeldende lov § 93 annet ledd.⁷ Men tatt i betraktning at bestemmelsen heller ikke foreslås videreført ved rettslig avhør, og selvinkrimineringsvernet foreslås uttrykkelig lovfestet i utkastets § 3-2 annet ledd, kan man trolig legge til grunn at utvalget ikke har ansett strpl. §93 annet ledd som en bestemmelse som burde gis et utvidet anvendelsesområde.

⁴ Johs. Andenæs: *Straffeprosessen i første instans* (1962), s. 168.

⁵ Regnet fra Påtaleinstruksen av 1934 til straffeprosesslovens og ny påtaleinstruks' ikrafttredelse i 1986.

⁶ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov.

⁷ I spesialkommentaren til lovutkastets § 3-7 henvises det riktignok til strpl. § 93 annet ledd, men basert på lovutkastets innhold er det en feilskrift for § 93 første ledd.

Rettsavgjørelser

Det er ikke publiserte rettsavgjørelser som direkte tar standpunkt til anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd (ev. gml. strpl. § 260). I Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1968 s. 105 heter det riktig nok:

«Regelen i straffeprosesslovens § 260 må antas å gjelde *også* under hovedforhandlingen, og har sin største betydning nettopp på dette trinn av saksbehandlingen» (forfatters kursivering).

Men mye tyder på at dette tar sikte på forholdet mellom avhør under rettslig etterforskning og hovedforhandlingen, og ikke mellom det utenrettslige avhør og hovedforhandlingen.

Det er imidlertid uttalelser både i avgjørelser fra Høyesterett og underrettene som trekker i retning av at nektelse av å forklare seg for politiet eller å forklare seg forbeholdent under etterforskningen tillegges vekt av domstolene med henvisning til strpl. § 93 annet ledd.

Avgjørelsen om erstatning for uberettiget forfølgning etter «Tråkka-ranet»⁸ trekker ganske klart i den retning, all den tid det i den aktuelle sak aldri ble noen hovedforhandling.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte:

«En siktet har verken plikt til å forklare seg eller til å gi en sannferdig forklaring. Det er likevel klart at nektelse av å gi forklaring vil kunne være et bevismoment mot siktede, jf. forutsetningen i straffeprosessloven § 93 annet ledd. På samme måte vil det kunne tale mot en siktet at vedkommende gir en uriktig forklaring, også om feilene ikke har betydning for de sentrale spørsmål i saken.»

Tilsvarende synspunkter er også kommet til uttrykk i tingrettsavgjørelser som er publisert i Lovdata. Det er her uttalelser som trekker i retning av at domstolene likestiller det at siktede ikke har vært villig til å forklare seg for politiet med det å ikke forklare seg eller forklare seg forbeholdent for retten.⁹

Etter mitt skjønn kan det likevel ikke legges særlig stor vekt på disse uttalelsene. De sier neppe mer enn at retten ved bevisvurderingen kan ta i betraktning at siktede også har nektet å forklare seg for politiet eller forklart seg forbeholdent her. Selv om dette forankres i § 93 annet ledd, er det likevel ikke mer enn det domstolen uansett kunne kommet frem til ut fra prinsippet om fri bevisvurdering.

Det at domstolen kan ta nektelsen mv. i politiavhør i betraktning, sier derfor ingen ting om den andre side av § 93 annet ledd, nemlig hvorvidt politietterforskeren under avhøret, på samme måte som dommeren, kan foreholde siktede at atferden vil kunne tale mot ham. Som

⁸ Rt. 1993 s. 202.

⁹ Se for eksempel Oslo tingsretts dommer TOSLO 2000- 9083 og TOSLO 2004-37017, Stavanger tingretts dom TSTAV 2004 -100223 (NOKAS) og Bergen tingretts dom TBERG 2008-186063.

det vil fremgå nedenfor i avsnittet om reelle hensyn, er det forskjeller mellom politiavhøret og det rettslige avhør som kan tale for at den formaning og det «press» som følger av § 93 annet ledd, ikke bør aksepteres ved den utenrettslige behandling.

Praksis

Det synes ikke å være noen entydig praksis i politiet knyttet til bruk av strpl. § 93 annet ledd under politiavhør. Den rådende oppfatning ved grunnutdanningen ved Politihøgskolen har vært at bestemmelsen ikke skal brukes tilsvarende ved politiavhør. Praksis ute i politidistriktene har nok vært mer varierende.

Inntil rundskrivet fra riksadvokaten av 11. mai 2016 om politiavhør¹⁰ hadde heller ikke riksadvokaten gitt noen autoritativ uttalelse om spørsmålet. Gjennom annet avsnitt i rundskrivets punkt 4.3, «Vern mot selvinkriminering og (mulige) rettslige konsekvenser av forbeholden forklaring», er dette nå endret. Det heter her:

«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 riksadvokatens formulering er forsiktig, jf. «bør ... kunne», er budskapet klart:

Under de forutsetninger og forsiktighetsregler som riksadvokaten viser til, har politiet anledning til å gi mistenkt/siktede den samme formaning i politiavhør som rettens leder har ved rettslig avhør. Anvisningen fra riksadvokaten må ses i lys av strpl. § 55 annet ledd om at riksadvokaten har den overordnede ledelsen av påtalemyndigheten, § 58 annet ledd om at han kan gi pålegg umiddelbart til politiets tjenestepersoner, samt strpl. § 225 annet ledd om at riksadvokaten kan gi pålegg om hvordan etterforskningen skal gjennomføres. Det kan derfor neppe være vil om at en formaning i et politiavhør i samsvar med riksadvokatens retningslinjer vil måtte godtas som riktig og rettmessig ved den påtalemessige kontrollen som påtaleansvarlige er pålagt etter påtaleinstruksen § 7-5 annet ledd.

¹⁰ Rundskriv fra Riksadvokaten 2016/2 Politiavhør.

Om hvilken rettskildemessig vekt og betydning riksadvokatens direktiver kan tillegges ved en senere rettslig behandling, vises det til behandlingen nedenfor.

Teorien

I den politirettslige og straffeprosessuelle litteratur er anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd (og den tidligere strpl. 1887 § 260) forholdsvis beskjedent behandlet, i alle fall inntil de siste 6–7 årene.

For bestemmelsen i § 260 i straffeprosessloven av 1887 følger den klareste anvisning av Andenæs i sitatet som er gjengitt ovenfor.¹¹ Det er vanskelig å forstå sitatet annerledes enn at lovens regler ikke gjaldt for politiavhør, og skulle tilsvarende normer gjelde der, måtte dette være gjentatt i påtaleinstruksen §§ 7 og 10. Noen regel tilsvarende gml. strpl. § 260 var, som nevnt, ikke inntatt i påtaleinstruksens regler.

I kommentarutgaven til den gamle straffeprosesslov er § 260 behandlet helt kortfattet, men uten bemerkninger om anvendelsesområdet.¹²

Avhør av mistenkte, tiltalte og vitner i straffesaker var et av temaene ved det 5. nordiske kriminalistmøte i Helsingfors i 1962. Johs. Andenæs var en av innleiderne, og i hans foredrag behandles politiavhøret.¹³ Heller ikke her er det holdepunkter for at gml. strpl. § 260 kunne gis tilsvarende anvendelse ved politiavhør.

Anders Bratholm fremholder derimot::

«Nekter siktede å forklare seg, kan han gjøres oppmerksom på at nektelsen vil kunne oppfattes som en omstendighet som taler mot ham, se § 260, som må antas å få analogisk anvendelse ved utenrettslig avhør.»¹⁴

Noen nærmere drøftelse av begrunnelsen for eller betenkelighetene ved en slik analogisk anvendelse foretas derimot ikke.

Den teoretiske behandling av gjeldende regulering gir heller ikke noen sikre og entydige holdepunkter for om strpl. § 93 annet ledd skal gis tilsvarende anvendelse ved utenrettslige politiavhør.

¹¹ Johs. Andenæs: *Straffeprosessen i første instans* (1962), s. 168.

¹² Olaf Salomonsen: *Den norske straffeproseslov med kommentarer* (1925), bind I, s. 263.

¹³ Johs. Andenæs: *Avhandlinger og foredrag* (1962), s. 248–269, på s. 255–261.

¹⁴ Anders Bratholm: «Pågripelse og varetektsfengsling» (1957), s. 257.

I standardverket i norsk straffeprosess av Johs. Andenæs er reglene om avhør av mistenkte/siktede behandlet i kap. 22, «Siktedes forklaring», og i kap. 33, «Gjennomføring av etterforskingen». I kapitlet om siktedes forklaring heter det:¹⁵

«Strpl. §§ 90–93 gir nærmere regler om avhøringen av siktede. Bestemmelsene gjelder for alle trinn av forfølgningen, både etterforsking og hovedforhandling. *De gjelder direkte bare for avhør i retten.* Om politiets avhør av siktede har loven regler i kapitlet om etterforskingen, se §§ 230, 232 og 233. Mer utførlige regler er gitt i påtaleinstruksen. De grunnleggende regler i § 92 er gitt tilsvarende anvendelse for politiets avhør (§ 232, 2. ledd, 2. punktum), og de restriksjoner på avhørsmetodene som er gitt i § 92, har nok størst praktisk betydning for politiets avhør» (min kursivering).

De utenrettslige forklaringer behandles i boken i kap. 33 om etterforskingen, og det heter her følgende:¹⁶

«Strpl. 1887 hadde få bestemmelser om den utenrettslige etterforsking. I stedet var den regulert i påtaleinstruksen. Den nye straffeprosesslov har mer utførlige regler om utenrettslig etterforsking; i atskillig grad er det regler som tidligere stod i påtaleinstruksen, men som nå er tatt inn i loven. *Bestemmelsene i §§ 223–236 handler om den utenrettslige etterforsking.*

[...]

For øvrig er *mange av de bestemmelser som gjelder for rettslige avhør, gitt tilsvarende anvendelse for politiets avhør.* For avhør av vitner fremgår det av § 234. For avhør av mistenkte er det sagt i § 232, 2. ledd, 2. punktum: 'Reglene i § 92 gjelder tilsvarende.' Særlig viktig er reglene i § 92, 2. ledd om avhørsmåter som er forbudt» (min kursivering).

Leser man sitatene ovenfor i sammenheng, og med særlig vekt på de formuleringer som er uthevet, er det naturlig å forstå Andenæs slik at strpl. § 93 annet ledd bare gjelder for rettslig avhør, og at den ikke er gitt tilsvarende anvendelse for politiets utenrettslige avhør.

Jo Hov behandler mistenktes/siktedes rett til å nekte å avgi forklaring.¹⁷ Han behandler først retten til å nekte å forklare seg for politiet med henvisning til strpl. § 232, og forsetter deretter¹⁸ med den rettslige forklaring hvor han innleder avsnittet slik:

«Men heller ikke for retten har siktede noen forklaringsplikt.»

Og det er i avsnittet om den rettslige forklaring at Hov trekker frem strpl. § 93 annet ledd om at *retten* kan anse forklaringsnektelsen som et bevismoment i disfavør av siktede.

I straffeprosesslovkommentaren til Bjerke, Keiserud og Sæther¹⁹ er det ikke uttalelser som trekker i retning av at strpl. § 93 annet ledd skal gis tilsvarende anvendelse ved utenrettslig avhør.

¹⁵ Johs. Andenæs: *Norsk straffeprosess* (4. utg. 2009), s. 170–171.

¹⁶ L.c., s. 252–253.

¹⁷ Jo Hov: *Rettergang II* (2010), s. 904–905.

¹⁸ L.c., s. 905.

Jon Petter Rui fremholder derimot i en artikkel i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* følgende:²⁰

«For øvrig forbyr straffeprosessloven § 232, jf. § 92 bruk av løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang, samt midler som nedsetter siktedes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Ordlyden setter derimot ikke et absolutt forbud mot at politiet argumenterer overfor en som forholder seg taus om at han likevel bør forklare seg. Det er helt på det rene at politiet eller dommeren ikke bare kan, men også skal gjøre den som forholder seg taus, oppmerksom på at tausheten kan bli ansett å tale mot han. Dette fremgår direkte av straffeprosessloven § 93 annet ledd.»

Rui verken kommenterer eller drøfter betydningen av at den bestemmelse han viser til, etter ordlyden bare gjelder for rettslige avhør, og i motsetning til de øvrige bestemmelsene ikke er gjentatt i reguleringen av utenrettslige avhør.

En slik drøftelse foretar derimot Ørnulf Øyen når behandler spørsmålet om «I hvilken grad kan eller skal politiet gjøre mistenkte kjent med bevisrisikoen ved passivitet?»²¹ Øien fremholder først på side 349 følgende:²²

«I motsetning til hva som gjelder ved rettslige avhør, der straffeprosessloven § 93 annet ledd regulerer spørsmålet, er politiets adgang til å gi en orientering om bevisrisikoen ved taushet ikke lovregulert. Siden § 93 annet ledd fastsetter at dommeren 'kan' gjøre mistenkte kjent med bevisrisikoen, må det uten videre legges til grunn at politiet ikke har en plikt til å gi mistenkte en orientering. Den videre drøftelsen begrenses derfor til spørsmålet om politiet, forutfor avhør, kan orientere mistenkte.»

Øien tar deretter som utgangspunkt at det er «potensielt betenkelig ved at politiet orienterer mistenkte om bevisrisikoen, og at orienteringen kan legge et uheldig aktivitetspress på ham, et press som kan skape en risiko for en selvinkriminering på et uriktig grunnlag».²³ Som også jeg kommer tilbake til nedenfor i avsnittet om reelle hensyn, fremholder Øyen deretter at det kan være grunn til å skille mellom de tilfeller der mistenkte er bistått av forsvarer, og der han eller hun ikke er det. Om rettskildegrunnlaget for å gjøre bruk av strpl. § 93 annet ledd under politiavhør sier han at «når § 232 annet ledd annet punktum ikke henviser til § 93 annet ledd, kan det tilsi at politiet ikke har anledning til å orientere om den bevismessige risikoen ved taushet».²⁴ Han mener imidlertid at en slik slutning er usikker, og tillegger nok tausheten om

¹⁹ Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud og Knut Erik Sæther: *Straffeprosessloven med kommentarer* (4. utg. 2011). Dette gjelder både fremstillingen i bind I s. 359, der det først gis en generell omtale av reglene i lovens kap. 8, og på s. 387 hvor § 93 omtales særskilt, og i bind II s. 793 flg. hvor reglene i lovens kap. 18 om etterforskningen omtales, samt på s. 851–853 hvor bestemmelsen i § 232 behandles.

²⁰ Jon Petter Rui: «Om retten til å forholde seg taus og retten til ikke å måtte bidra til egen domfellelse», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009, s- 47 flg. Jf. artikkelens punkt 4.2. om «Hvilke begrensninger legger taushetsretten på politiet» (s. 55).

²¹ Ørnulf Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010), pkt. 8.6.1 (s. 349–351).

²² L.c., s. 350–351.

²³ L.c., s. 349.

²⁴ L.c., s. 350.

spørsmålet i forarbeidene noe mindre vekt enn hva jeg gjør. Han synes også uten videre å akseptere Bratholms ubegrunnede anførsel om at gml. strpl. § 260 ble anvendt tilsvarende ved utenrettslige avhør. I sin bok *Straffeprosess*²⁵ gjentar han imidlertid ikke dette, se særlig fremstillingen om av avhør av mistenkte,²⁶ men nøyer seg – med henvisning til EMD og Høyesterett – med å anta at den bevismessige siden av strpl. § 93 annet ledd også gjelder ved politiavhør.²⁷

Som det vil fremgå senere i denne artikkel, har jeg derimot atskillig sans for Øyens konklusjon på spørsmålet i boken *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*.²⁸

«Rettmessigheten av å gi en orientering synes etter dette å måtte bedømmes ut fra mer generelle betraktninger. Det er her naturlig å resonnerer etter de samme linjer som i punkt 6.4.6 (c) ovenfor, der det ble drøftet hvorvidt politiet kan eller skal informere mistenkte om muligheten for tilståelsesrabatt i medhold av straffeloven [1902] § 59 annet ledd. Politiet må derfor ha anledning til å gi mistenkte en kort og nøytral orientering. I en slik orientering bør det presiseres (1) at retten innenfor rammen av prinsippet om fri bevisvurdering har anledning til å vektlegge taushet hos mistenkte personer, (2) at det ikke er noen automatikk i at retten trekker bevismessige slutning der mistenkte har forholdt seg taus overfor politiet, og (3) at retten må foreta en konkret vurdering av den konteksten der mistenkte forhold seg taus, før bevismessige slutninger kan trekkes. Orientering må være generell, og ikke innebære en prognose om hvorvidt en domstol vil trekke bevismessige slutninger i den aktuelle konteksten. Bevismessige hensyn tilsier at orienteringen protokolleres i rapporten for avhøret.»

Av den politirettslige litteratur er det naturlig å nevne Bjerknes og Williksen²⁹ og Auglend og Mæland.³⁰ Bjerknes og Williksen er det læremiddel som ligger til grunn for undervisningen ved PHS, og boken behandler avhør av mistenkte/siktede (kap. 8), og det fremholdes her:³¹

«Hvis mistenkte ikke vil forklare seg, kan mistenkte etter omstendighetene gjøres kjent med at påtalemyndigheten vil kunne treffe sin avgjørelse på grunnlag av sakens opplysninger, jf. påtaleinstruksen § 8-2 åttende ledd siste setning. Det kan også være aktuelt at den mistenkte blir gjort kjent med bestemmelsen i strpl. § 93 andre ledd om at det å ikke svare eller ikke forklare seg for retten, kan bli ansett for å tale mot ham. I politiavhør er det mest ryddig at man forholder seg til påtaleinstruksens fokus på hvordan påtalemyndigheten vurderer bevisverdien ved å forklare seg forbeholdent.»

I *Politirett*³² er det også uttalelser av betydning for virkeområdet til strpl. § 93 annet ledd. Det heter her:

²⁵ Ørnulf Øyen: *Straffeprosess* (2016).

²⁶ L.c., s. 144–145.

²⁷ L.c., s. 339–341.

²⁸ Ørnulf Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010), s. 350–351.

²⁹ Ole Thomas Bjerknes og Eldrid Williksen: *Politirapport* (4. utg. 2015).

³⁰ Ragnar Auglend og Henry John Mæland: *Politirett* (3. utg. 2016).

³¹ Bjerknes og Williksen: *Politirapport*, s. 315.

³² Auglend og Mæland: *Politirett*, s. 965 – under avsnittet «Forsvarers stilling under etterforskingen».

«Forsvarer har full rett til å råde sin klient til ikke å avgi forklaring til politiet. Rett nok uttales det i strpl. § 93, 2. ledd at det kan bli ansett å tale mot vedkommende dersom han ikke vil forklare seg for retten. Det er ikke uttalt noen tilsvarende regel for den som nekter å forklare seg for politiet. En annen sak er at en siktet som forklarer seg for retten først etter å ha gjennomgått sakens dokumenter, vil kunne bli møtt med en viss skepsis. Forsvareren kan likevel se det som mest tjenlig for sin klient at han ikke forklarer seg til politiet eller at han venter en tid før han avgir forklaring. Et slikt forsvarerråd kan rett nok hindre etterforskingen og det vil av enkelte polititjenestemenn lett bli oppfattet som uetisk. Men her må politiet huske på at forsvarerens oppgaver blant annet innebærer å berge sin klient gjennom saken på gunstigste måte – med lovlige midler – uansett hva den objektive sannhet måtte være.»

Det er naturlig å forstå Auglend og Mæland slik at en nektelse av å forklare seg for politiet må tas til etterretning, uten forsøk på å legge press på mistenkte/siktede gjennom å gjøre han eller hun kjent med hvilken bevismessig betydning dette kan få. I alle fall må dette gjelde hvis mistenktes standpunkt er tatt i forståelse med advokaten.

Spørsmålet om anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd berøres ikke av Rachlew og Fashing.³³ Basert på forfatternes kronikk omhandlet i note 1 må de likevel antas å være negative til anvendelsen av strpl. § 93 annet ledd i politiavhør.

Med bakgrunn i ovenstående gjennomgang må konklusjonen bli at det i teorien ikke er noe entydig rettskildemessig holdepunkt for at strpl. § 93 annet ledd skal gis tilsvarende anvendelse ved utenrettslige politiavhør. Av de forfattere som mener bestemmelsen kan gis analogisk anvendelse, er det bare Øyen som foretar en nærmere drøfting av grunnlaget for slutningen. Men det er kanskje likevel grunn til å merke seg at det er blant de norske rettsteoretikerne som i de seneste år har markert seg sterkest på området for menneskerettigheter og straffeprosess (Rui og Øyen) at man finner de klareste og mest positive holdninger til analogisk anvendelse av «formaningsdelen» av strpl. § 93 annet ledd ved utenrettslige politiavhør.

Reelle hensyn

Bortsett fra ordlyden i strpl. § 93 annet ledd og i rundskrivet fra riksadvokaten³⁴ er konklusjonene ovenfor i stor grad knyttet til slutninger fra den rettslige regulering og vektlegging av tausheten i forarbeidene og i stor grad også i teorien. Løsningen dette rettskildebildet gir anvisning på, har derfor ikke noen stor motstandskraft hvis sterke reelle

³³ Asbjørn Rachlew og Ivar Fahsing: *Politiavhøret*, i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red): *Bevis i straffesaker – utvalgte emner* (2015).

³⁴ Rundskriv fra Riksadvokaten 2016/2 Politiavhør.

hensyn skulle tale for en annen løsning. Det blir derfor viktig hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende, og i hvilken retning de trekker.

Flertallet av straffesakene (mer enn 4/5) blir ikke gjenstand for rettslig behandling.³⁵ Det kan argumenteres for at mistenkte/siktede bør gis det samme incitament til å forklare seg i disse saker som i de saker som kommer for retten. Og bør ikke påtalemyndigheten på samme måte som dommeren kunne ta en forklaringsnektning eller en sterkt forbeholden forklaring i betraktning som bevis i siktedes disfavør når påtaleavgjørelse treffes? Selv om vi ikke går lenger tilbake enn vedtakelsen av någjeldende straffeprosesslov og påtaleinstruks, er det i dag en vesentlig større andel av straffesakene som avgjøres utenrettslig. Det er først og fremst utvidelsen av området for forelegg på bot samt en viss økt bruk av påtaleunntatelse og overføring til behandling i konfliktråd som er årsaken. Effektivitetshensyn taler derfor nå med større styrke for at siktedes incitament til å bidra til sakens opplysning ikke bør være svakere ved den utenrettslige behandling enn ved den rettslige enn tilfellet var 30–40 år tilbake.

For bevisvekten av en forklaringsnektelse er det mye som taler for at strpl. §93 annet ledd må anvendes analogisk. Men på den annen side er man her – som påpekt ovenfor – på et område hvor det ikke er nødvendig å forankre løsningen i en fortolking eller analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd. Det samme vil følge av prinsippet om fri bevisvurdering. Hvor stor bevismessig vekt det er adgang til å tillegge forklaringsnektelsen, er det naturlig å se nærmere på i forhold til uskyldspresumpsjonen i EMK art. 6(2).

For «formaningssiden» av strpl. § 93 annet ledd er derimot ikke parallelliteten til den rettslige behandling like sterk og innlysende. Det er naturlig å trekke frem to forhold:

- Dommeren er en nøytral tredjepart, mens etterforskeren er og oppfattes som en representant for den mistenkte/siktede anser som sin motpart – en motpart som under etterforskningen dessuten råder over tvangsmidler.
- Når dommeren kommer med sin formaning under hovedforhandlingen, fremsettes den i en situasjon hvor saken er ferdig etterforsket og opplyst, og hvor siktede har hatt tilgang til all informasjon i saken. En tilsvarende formaning fra politietterforskeren vil gjerne bli fremsatt på et tidspunkt hvor saken er langt mer

³⁵ Ifølge Statistisk sentralbyrås statistikk ble det for 2014 anmeldt totalt 372 000 lovbrudd, hvorav 349 300 ble ferdig etterforsket. 174 400 ble oppklart og 174 900 forble uoppklart. I de oppklarte sakene ble det ilagt til sammen 302 646 straffereaksjoner. Men 74,3 % av disse var forenklede forelegg, og av de resterende 77 762 reaksjonene ble hele 74,7 % ilagt utenrettslig av påtalemyndigheten.

uavklart og siktedes mulighet for å bedømme konsekvensene av å tale, tie eller lyve er tilsvarende svakere.

En formaning under politiavhøret kan derfor lettere bli oppfattet som et krav fra politiet om at mistenkte skal bidra til å oppklare sin egen sak enn tilfellet er når formaningen fremsettes av dommeren under hovedforhandlingen. Når det er dommeren som spør, vil nok oppfordringen i større grad blir oppfattet som en anmodning om å forklare eller avdempe betydningen av omstendigheter som allerede med tyngde taler mot siktede.

Når ovenstående også kombineres med at etterforskeren skal gjøre mistenkte oppmerksom på straffeloven § 78 bokstav f og § 80 a nr. 2 om den straffutmålingsmessige betydning av en tilståelse, er det en betydelig risiko for at den avhørte oppfatter polititjenestemannen som en som primært er ute etter å få ham straffet. Det må i denne sammenheng tas i betraktning at mange av dem som skal avhøres, er i en slik spent eller opprørt tilstand at de i liten grad evner å oppfatte de finere nyansene i det som blir foreholdt dem. Hvis både formaningsbestemmelsen i strpl. § 93 annet ledd og straffutmålingsbestemmelsene i § 78 bokstav f og § 80 a nr. 2 skal bringes til anvendelse, kan nok mange mistenkte oppfatte budskapet slik:

«Du er ikke pliktig til å forklare deg, men gjør du bruk av denne rettigheten vil det tale mot deg, og du går glipp av den muligheten for vesentlig mindre straff som en tilståelse kan gi.»

Det er forskning som tyder på at utsiktene til en midlere straff kan bevege en mistenkt til å tilstå selv om han eller hun objektivt er uskyldig.³⁶ Tar man i tillegg i betraktning den mistenktes underlegne stilling i etterforskingens innledende fase (særlig etter pågrepelse/fengsling), kan dette lett bli oppfattet som et forsøk på å presse mistenkte til å bidra til egen fellelse.³⁷ Selv om det fra etterforskeren primært er ment som en orientering om hvilke virkninger mistenktes ulike valg vil ha, kan orienteringer med et slikt innhold likevel komme til å være i dårlig harmoni med det grunnleggende kravet om at prosessordningen skal være å fremtre som hensynsfull og tillitvekkende overfor de involverte, herunder selvsagt også mistenkte. Men hvis formaningen gis på en nøktern og objektiv måte, skal en på den annen side ikke se bort fra at noen mistenkte vil se det som mest hensynsfullt at de blir gjort oppmerksom på at retten til taushet ikke nødvendigvis er en helt kostnadsfri rettighet.

I løpet av de senere år har det imidlertid skjedd rettslige og faktiske endringer som i betydelig grad reduserer de betenkelighetene jeg har pekt på ovenfor.

³⁶ Se Morten Holmboe: *Fengsel eller frihet* (2016), s. 102–108 med henvisninger.

³⁷ Se Ulf Stridbeck: «Falske tilståelser», i Pål Grøndahl og Ulf Stridbeck (red): *Rettspsykiatriske beretninger – om sakyndighet og menneskeskjebner* (2015), på s. 255–272.

Bruk av lyd- og bildeopptak under avhøret av siktede brukes i vesentlig større utstrekning enn tidligere. Både for påtalemyndigheten og eventuelt også for retten er det derfor vesentlig bedre mulighet for å kontrollere hvordan formaningen er fremsatt.³⁸ For personer som er pågrepet, gir dessuten strpl. § 98 første ledd i dag utvidet rett til å få oppnevnt forsvarer. I saker hvor politiet påregner å holde siktede pågrepet i mer enn 24 timer (12 timer for personer under 18 år), skal forsvarer straks oppnevnes. Avhør som foretas av mistenkte i den pressede situasjon som en pågrepelse innebærer, vil derfor nå i større utstrekning enn tidligere bli foretatt med forsvarer til stede.³⁹

Den påtaleansvarlige politijurist har etter påtaleinstruksen § 7-5 annet ledd ansvaret for – og må derfor også kontrollere – at etterforskningen skjer i samsvar med lov og instruks. Riksadvokaten har i sitt rundskriv om politiavhør understreket at det må sikres notoritet om hvordan formaningen har fremkommet. Ved denne kontrollen (ev. også veiledning i forkant) må det legges spesiell vekt på at formaningen ikke er fremført på en slik måte at den kan oppfattes som et utilbørlig press. Det er i denne sammenheng grunn til å minne om at nettopp fordi politiet og påtalemyndigheten ble gitt utvidede fullmakter på etterforskningsstadiet, fikk strpl. § 55 i 2013 et nytt siste ledd hvor objektivitetsplikten ble presisert. Viktigheten av kravet om objektivitet innleder også riksadvokatens rundskriv om politiavhør av 11. mai 2016.

Og sist, men ikke minst, er opplæringen av og kunnskapen hos de polititjenestepersoner som i dag foretar avhør, vesentlig bedre enn det den var da strpl. § 93 og § 232 ble vedtatt for vel 30 år tilbake. Politiavhøret har en sentral plass i den 3-årige bachelorutdanningen, og Politihøgskolen har flere etter- og videreutdanninger knyttet til avhør og avhørsopplæring.

Konklusjon

Selv om det fremdeles vil være forskjell på situasjonen hvor en dommer i retten gir siktede en formaning etter strpl. § 93 annet ledd, og om en polititjenesteperson gjør det samme under et utenrettslig politiavhør, må det konkluderes med at det er vesentlig mindre betenkeligheter knyttet til en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd i dag enn tilfellet var da straffeprosessloven og påtaleinstruksen ble satt i kraft. Og siden den utenrettslige behandlingen av straffesaker har fått økt betydning, og med det også betydningen av at saksbehandlingen innenfor forsvarlige rettssikkerhetsmessige rammer er mest mulig effektiv,

³⁸ Se påtaleinstruksen § 8-16 og retningslinjer fra riksadvokaten om «Lyd- og bildeopptak av politiforklaringer» av 16. oktober 2009, samt pkt. 6.6 i rundskriv fra Riksadvokaten 2016/2 Politiavhør.

³⁹ Jf. om betydningen av dette også Ørnulf Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010), s. 350.

kan det, som riksadvokaten fremholder, være hensiktsmessig at siktede også under politiavhøret kan gis en slik formaning som bestemt i strpl. § 93 annet ledd.

I relasjon til formaningsdelen av strl. § 93 annet ledd må det nok fremdeles konkluderes med at rettskildesituasjonen er forholdsvis usikker, men tipper kanskje mest i favør av at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved utenrettslig politiavhør. Spørsmålet er hvor stor vekt en skal legge på riksadvokatens rundskriv om politiavhør av 11. mai 2016 (Rundskriv fra Riksadvokaten 2016-2). Her må man skille mellom rundskrivets rettskildemessige vekt ved vurderingen i domstolene og hvilken vekt det må tillegges internt i politi- og påtalemyndighet.⁴⁰

Overfor domstolene vil direktivet fra riksadvokaten i begrenset utstrekning ha autoritativ rettskildemessig betydning. Men selv om retten ikke skulle dele riksadvokatens oppfatning om at strpl. § 93 annet ledd er utslag av et alminnelig prinsipp, er det vanskelig å tenke seg at bruk av en slik formaning som nevnt i strpl. § 93 annet ledd under politiavhøret vil lede til at dette blir avvist som bevis. Da må i tilfelle formaningen være gjort så uskjønnsomt og talentløst at den har karakter av en trussel, og da er der andre regler å henge avvisningen på enn fortolkningen av § 93 annet ledd. Mer sannsynlig er det nok at forsvareren vil prosedere på at bevisverdien av den forklaring som er avgitt etter en slik formaning, må reduseres på grunn av det press siktede følte gjennom kombinasjonen av formaning og orientering om strafferabatt.

Når det derimot gjelder den autoritative rettskildeverdien av rundskrivet internt i politi- og påtalemyndighet, stiller det seg annerledes. Som anført av meg i artikkelen om påtalemyndighetens praksis som rettskilde⁴¹ innebærer

«... påtalemyndighetens hierarkiske oppbygging [...] at overordnet nivå generelt kan instruere underordnede, og at underordnede er forpliktet til å følge disse instruksjoner. Det siste er temmelig klart lagt til grunn i provokasjonsdommene i Rt-1984-1076 og Rt-1998-407. Overordnet nivå's rolle som klageorgan, jf. straffeprosessloven § 59a, og adgang til å omgjøre underordnede avgjørelser av eget tiltak, jf. straffeprosessloven § 75, innebærer også at overordnet myndighet rent faktisk kan tvinge sitt syn igjennom. Samlet leder dette til at generelle direktiver fra overordnet myndighet om myndighetsutøvelsen, eller avgjørelser med prinsipielt innhold, blir en avgjørende rettskilde for underordnet påtalemyndighet. For spørsmål eller sakstyper som ikke blir gjenstand for rettslig overprøving, vil påtalemyndighetens praksis derfor rent faktisk bli avgjørende for rettstilstanden.»

⁴⁰ Om disse spørsmål viser jeg til en mer utførlig drøftelse i min artikkel i Tor-Geir Myhrer: «Påtalemyndighetens praksis som rettskilde», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003, s. 219.

⁴¹ Myhrer i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2003, s. 219, på s. 237.

Selv om riksadvokatens direktiv knyttet til strpl. § 93 annet ledd er meget forsiktig, jf. «bør ... kunne», er det neppe tvil om at det er et pålegg om å gjøre bruk av formaningen som et middel til å øke effektiviteten og dermed også kvaliteten på etterforskningen.

Når det gjelder «bevisverdidelen» av strpl. § 93 annet ledd, er konklusjon om analogisk anvendelse ikke like problematisk. Den omstendighet at en mistenkt, som for eksempel påtreffes like i nærheten av stedet der tyvegods stjålet fra en forretning er funnet, og som dessuten passer med beskrivelsen av en mulig gjerningsperson, helt nekter å forklare seg, må kunne tillegges en viss vekt ved avgjørelsen av om vedkommende skal bøtelegges for butikktyveriet. Dette vil imidlertid også følge av det alminnelige prinsipp om fri bevisbedømmelse. Det er derfor langt på vei en smakssak om man velger å se dette som en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd.

Forholdet til Grunnloven og EMK art. 6

Innledning

Jeg har ovenfor konkludert med at «bevisverdidelen» av strpl. § 93 annet ledd kan anvendes ved den utenrettslige behandling, men at det er en smakssak om en ser dette som utslag av et alminnelig prinsipp om fri bevisbedømmelse eller som en analogisk anvendelse av strpl. § 93 annet ledd. Konklusjonen sier likevel intet om hvor stor vekt det kan legges på forklaringsnektelsen eller den forbeholdne forklaring. Dette avgjøres først og fremst av hva som er forenelig med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6(2), og nå også Grunnloven § 96 annet ledd.

For formaningsdelen kan det bli spørsmål om anvendelsen vil være forenelig med vernet mot selvinkriminering utledet av «fair trial»-kravet i EMK art. 6(1), og nå også Grunnloven § 95 første ledd annet punktum.

Uskyldspresumsjonen – EMK art. 6(2)

Betydningen av mistenktes/siktedes taushet eller sterkt forbeholdne forklaring vurderes gjerne både i forhold til nr. 1 og 2 i EMK art. 6. I forhold til uskyldspresumsjon i nr. 2 er det sentrale hvilken bevismessig vekt tausheten kan gis. Med andre ord hvor sentral tausheten er i domstolens konstatering av straffeskyld. I forhold til «fair trial»-kravet i nr. 1 har det særlig

vært vurdert om juryen er riktig instruert om når det er adgang til å legge vekt på siktedes taushet til hans skade.

For den foreliggende problemstilling, hvor det sentrale er om påtalemyndigheten ved påtaleavgjørelsene kan legge vekt på siktedes taushet til hans skade, er det forholdet til EMK art. 6(2) som er sentralt. Den grunnleggende avgjørelse for dette spørsmål er saken *John Murray v. UK* fra 8. februar 1996. Av denne og senere avgjørelser følger:

- Skyldkonstateringen kan ikke hovedsakelig eller for en vesentlig del baseres på siktedes taushet. Påtalemyndigheten har bevisføringsplikten og må selv fremskaffe bevisene for siktedes skyld.
- Tausheten kan likevel tillegges en viss vekt når de øvrige bevis og omstendigheter skaper en slik presumsjon for skyld at det fremstår som naturlig at siktede fremkommer med en alternativ og diskulperende forklaring på omstendighetene hvis en slik finnes.
- Men selv om siktede befinner seg i en slik bevismessig utsatt situasjon vedrørende omstendigheter som det er grunn til å tro at han vet noe om, for eksempel hvem var det som var fører av hans bil, skal det ikke legges vekt på tausheten hvis den kan antas å ha en plausibel forklaring. Det kan for eksempel være at siktede er utsatt for trusler, eller at han eller hun beskytter personer som står vedkommende nær. Også den omstendighet at siktede er rådet av sin forsvarer til ikke å forklare seg, vil nok langt på vei innebære at tausheten ikke kan tillegges bevismessig vekt. Selv om dette er et dårlig råd fra forsvareren, er det et prinsipp i norsk straffeprosess at feil eller mangler fra forsvarerens side ikke skal komme siktede til skade.⁴²

Sammenfatningsvis kan det sies at mistenktes taushet i politiavhør bare kan tillegges vekt som «den dråpe som får begeret med bevis til å flyte over», og dessuten bare i situasjoner hvor bevissituasjonen «roper» på en forklaring fra mistenkte og mistenktes taushet ikke kan antas å ha annen plausibel forklaring enn at han eller hun er skyldig.⁴³

⁴² Se avgjørelsene inntatt i Rt. 1971 s. 423, Rt. 1995 s. 1140, Rt. 2012 s. 1683 avsnitt 16, Rt. 2014 s. 799 avsnitt 12 og Rt. 2015 s. 334, avsnitt 50–64.

⁴³ For en mer omfattende behandling av disse spørsmål vises til Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen* (2003), s. 547–555, Sverre Jebens: *Menneskerettighetene i straffeprosessen* (2004), s. 416–418, og Ørnulf Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010), s. 274–356. For nyere avgjørelser fra EMD som behandler spørsmålet, vises bl.a. til *Adetoro v. UK* av 20. april 2010, avsnitt 47–49.

Vern mot selvinkriminering – «fair trial»-kravet i EMK art. 6(1)

Det er utvilsomt at trusler og press rettet mot en mistenkt for å få vedkommende til å bidra med inkriminerende opplysninger vil være i strid med EMK art. 6(1). Det foreligger likevel ingen avgjørelser i Den europeiske menneskerettsdomstol som behandler et slikt indirekte og subtilt press som aktualiseres av vår problemstilling.

Det er klart at verken strpl. § 93 annet ledd eller bestemmelsene om «strafferabatt» i strl. § 78 bokstav f og § 80 a nr. 2 i seg selv er i strid med kravet til «fair trial», se Rt. 2011 s. 133 avsnitt 17. På den annen side er det jevnlig fremholdt at disse bestemmelser ikke må anvendes på en slik måte at de kommer i konflikt med mistenktes «right to silence». Hvis bestemmelsene kombineres, og det i en situasjon hvor mistenkte er i en underlegen og utsatt posisjon i forhold til politiet, er det en fare for at denne kombinasjonen av «formaning og lokking» lett kan harmonere dårlig med mistenktes «right to silence».⁴⁴

Det er likevel ikke grunnlag for å si at en slik formaning i kombinasjon med plikten til å gjøre straffeloven § 78 bokstav f og § 80 a nr. 2 kjent vil være konvensjonsstridig. På den annen side er det klart at etterforskerne stilles overfor en ganske krevende prosessuell balansekunst, jf. de «krav» som Øyen stiller.⁴⁵ Når det blant politiutdannere har vært motstand mot å la strpl. § 93 annet ledd få tilsvarende anvendelse ved politiavhør, er det trolig begrunnet i frykten for at noen i «kampens hete» vil komme til å bruke bestemmelsene på en uskjønnsom måte. Basert på erfaringer med hvor lett de forutsetninger, forbehold og begrensninger som ligger til grunn for overordnede direktiver, blir borte eller forvansket på veien til dem som skal anvende direktivene på grunnplanet, er det lett å ha forståelse for dette. Skal hensynet til effektiviteten i den utenrettslige straffesaksbehandling (jf. ovenfor under reelle hensyn) vektes noe sterkere på bekostning av hensynet til rettssikkerheten, er det derfor viktig at de krav til notoritet og kontroll som riksadvokaten forutsetter, følges opp i praksis.⁴⁶

Sammenfattende konklusjon

Straffeprosessloven § 93 annet ledd inneholder både en bestemmelse om formaning av mistenkte/siktede og en bestemmelse om at tausheten kan tillegges bevismessig vekt. Etter ordlyden og plasseringen gjelder bestemmelsen bare ved rettslige avhør.

⁴⁴ Slik også Øyen: *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen* (2010), s. 199–200.

⁴⁵ L.c.

⁴⁶ Rundskriv fra Riksadvokaten 2016/2 Politiavhør.

Den bevismessige side av straffeprosessloven § 93 annet ledd sier neppe mer enn det som følger av alminnelig fri bevisbedømmelse. Men både Grunnloven §§ 95 og 96 og EMK art. 6(1) og (2) legger begrensninger på hvilken betydning tausheten kan tillegges til skade for mistenkte/siktede. Det kan bare skje som et supplerende bevis, og bare i situasjoner hvor bevissituasjonen for øvrig «roper» på en forklaring fra mistenkte og dennes taushet ikke kan antas å ha annen plausibel forklaring enn at han eller hun er skyldig.

Det er i nasjonal rett ikke noen sikker rettskildemessig dekning for at «formaningsdelen» av bestemmelsen kan brukes tilsvarende ved utenrettslige politiavhør. Når riksadvokaten nå har lagt til grunn at slik analogisk anvendelse kan finne sted, blir rettstilstanden som følger:

Den rettskildemessige autoritetsverdi av riksadvokatens direktiv utenfor egen etat – særlig for domstolene – vil være av forholdsvis marginal betydning. Utad vil rettskildeværdien av riksadvokatens direktiv og påtalemyndighetens praksis derfor først og fremst være knyttet til overbevisningsverdien. Det vil si i hvor stor grad domstolene er enige i eller lar seg overbevise om at strpl. § 93 annet ledd er utslag av et mer alminnelig prinsipp.

Påtalepraksis, særlig i form av retningslinjer og prinsipielle avgjørelser fra overordnet myndighet, er derimot – som nevnt ovenfor – en sentral og autoritativ rettskilde for de mange rettslige avgjørelser og vurderinger som treffes internt i politi- og påtalemyndighet, og som i liten grad blir gjenstand for rettslig prøving. For den overordnede påtalemyndighet, som gjennom sine direktiver i stor grad har det direkte ansvaret for tilblivelsen og eksistensen av politiets praksis, blir det derfor i denne relasjon viktig å finne *den* riktige rettslige løsningen. Drøftelsen ovenfor har vist at riksadvokatens standpunkt om anvendelsesområdet for strpl. § 93 annet ledd i alle fall ikke er basert på noe rettskildemessig grunnfjell. Men selv om tjenestepersoner i politiet og påtalemyndigheten skulle være i tvil om holdbarheten av riksadvokatens standpunkt, må nok denne tvilen løses i samsvar med følgende «rettskildenor», som visstnok tilskrives tidligere riksadvokat Magnar Flornes:

«Riksadvokaten tar ikke feil, og når han gjør det, blir det riktig!»