

SANNSYNLIGHETSPARADIGMET OG FORTELLINGSPARADIGMET I BEVISLÆREN



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 692
Leveringsfrist: 25. 4. 2011

Til sammen 16957 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens bakgrunn

1.2 Problemstilling

1.3 Begrepsavklaring

1.4 Oppgavens oppbygging

2 Generelle krav til bevisbedømmelse, beviskrav og domsgrunner

2.1 Bevisbedømmelse

2.2 Beviskrav

2.2.1 Er beviskravet bestemt i lov?

2.2.2 Rimelig tvil

2.3 Krav til domsgrunnene

3 Bevisteori

4 Sannsynlighetsparadigmet

4.1 Begrepet sannsynlighet

4.2 Sannsynlighetsbegrepet i bevisteorien

4.2.1 Forhåndssannsynlighet

4.3 Sannsynlighetsparadigmet i Norge

4.3.1 Temametoden

4.4 Det strafferettslige beviskrav ved sannsynlighetstenkning

4.5 Gir sannsynlighetsparadigmet en pålitelig bevisbedømmelse i et strafferettslig perspektiv?

5 Fortellingsparadigmet

5.1 Utviklingen av fortellingsparadigmet

5.2 Begrepet fortelling

5.2.1 Fortellingskonstruksjon

5.2.2 Referansefortellinger

5.3 Fortellingskonstruksjon i en rettslig kontekst

5.4 Pennington og Hasties fortellingsmodell

5.4.1 Er en fortelling akseptabel?

5.4.1.1 Koherens

5.4.1.2 Dekning

- 5.4.2 Overbevisning
- 5.5 Forankrede fortellinger**
 - 5.5.1 Common- sense betraktninger
- 6 Konklusjon omkring paradigmen i forhold til bevisbedømmelse**
- 7 Vil fortellingsparadigmet kunne gi grunnlag for en mer pålitelig bevisbedømmelsesteori enn sannsynlighetsparadigmet i et strafferettslig perspektiv?**
 - 7.1 Oversikt over min fremstilling av en bevisteori**
 - 7.2 Bevisbedømmelse og forankring**
 - 7.3 Mulige formuleringer av beviskravet ved fortellingsparadigmet**
 - 7.4 Kritiske episoder - beviskrav og forankring**
 - 7.5 Forankring**
 - 7.6 Avslutning av forankringen**
 - 7.7 Bevismidler og deres forankring**
 - 7.7.1 Sikkert bevis
 - 7.7.1.1 Anker for sikre bevis
 - 7.7.1.2 Sannsynlighetstenkning ved forankring av bevis
 - 7.7.2 Utelukkelsesbevis
 - 7.7.3 Andre bevis, sannsynlighetsbevis
 - 7.7.3.1 Sakkyndigbevis/ tekniske bevis
 - 7.7.3.2 Forankring av sakkyndigbevis/ tekniske bevis
 - 7.7.4 Vitnebevis
 - 7.7.4.1 Forankring av vitnebevis
 - 7.8 Bevismidler som ikke lar seg forankre**
 - 7.9 Hva er funnet bevist utover enhver tvil**
- 8 Oppsummering/ konklusjon**
- 9 Litteraturliste**

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens bakgrunn

I alle straffesaker er det en eller flere tiltalte som risikerer straff for angivelig å ha begått en eller flere ulovlige handlinger. For å bestemme om tiltalte skal straffes eller ikke kunne vi kastet en mynt og sagt at resultatet kron = straff og at mynt = ikke straff. En slik løsning ville gitt 50/50 sjanse for å bli domfelt som tiltalt, uavhengig av skyld.

Grunnen for at vi ikke har en slik vilkårlig metode for å avgjøre om tiltalte skal straffes er at vår allmenne moralske oppfatning er samstemt på at domfellelse av uskyldige personer er noe som nær sagt for enhver pris må unngås. Av den grunn har vi som utgangspunkt i strafferetten en presumsjon, en antakelse eller formodning, om at tiltalte er uskyldig. Det er opp til påtalemyndigheten å sørge for sakens etterforskning og for å fremme saken. Når en sak har kommet så langt at den skal opp for en domstol, har etterforskningen av den antatt straffbare handling generert bevismidler som påtalemyndigheten mener i sum beviser at tiltalte har begått handlingen. Bevismidler er altså informasjon som er ment å belyse en hendelse i fortiden.¹

Bevisbedømmerne - retten - har altså oppgaven med å avgjøre hva som er funnet bevist. Dette er en kognitiv prosess, en tankeprosess. Belyser bevismidlene den fortidige hendelsen godt nok til at retten, utover enhver rimelig tvil kan være sikre på hva som har skjedd? Norsk straffeprosess bygger på det materielle sannhets prinsipp. Formålet med prosessen er å finne sannheten.² Hva som er funnet bevist, ikke hva retten tror eller mener har skjedd, skal være avgjørende for om tiltalte dømmes eller frifinnes. Rettens oppgave er altså å slutte fra de førte bevis til et faktum, som danner grunnlaget for en fellende eller frifinnende dom.

¹ Enkelte ganger kan bevisførsel dreie seg om fremtidige hendelser, men hovedsakelig – og særlig i straffesaker, omhandler bevisene førtidige hendelser.

² Se f.eks. Strandbakken (2003) s. 170

Av hensyn til tiltalte, sakens øvrige parter og samfunnet for øvrig kreves det en meget høy grad av pålitelighet i slutningene fra bevismidler til faktum.

At bevisbedømmeren har sluttet fra de førte bevismidler til et faktum, er imidlertid ikke ensbetydende med at dette er i samsvar med den objektive sannhet. Etter at bevisbedømmeren har foretatt bevisbedømmelsen, må han ta stilling til om den overbevisning han har oppnådd er tilstrekkelig til å oppfylle det aktuelle beviskrav i den konkrete sak.³

Feiltolkning av bevismidler er en vanlig årsak for en fellende dom det ikke er grunnlag for. I norsk rettshistorie har vi flere eksempler på tidligere domfellelser som har blitt gjenopptatt og hvor domfelte har blitt frikjent. Selv om grunnlaget for gjenopptakelsessak kan være frembringelse av nye bevis, vil nødvendigvis det tidligere fellende bevisbildet være feiltolket, falskt⁴ eller at man har lagt til grunn et galt beviskrav.

Antakeligvis er Liland-saken og Moen-sakene de best kjente justismordene i Norge. Liland ble i 1970 dømt til livsvarig fengsel og 10 års sikring for to drap ved samme anledning. Moen ble i 1978 dømt til 16 års fengsel og 10 års sikring for et drap begått i 1977. I 1981 ble han dømt til en tilleggsstraff på 5 år for et drap begått i 1976. Begge disse sakene ble gjenopptatt. Etter endt behandling av gjenopptakelsessakene ble det nedsatt offentlige utvalg for å analysere hvorfor justismordene hadde skjedd. Granskningen etter Liland-saken brakte for dagen svikt i saksbehandlingen som i hovedsak knyttet seg til tre forhold.⁵ For det første ble etterforskningen anlagt for ensporet angående personkrets og for begrenset hva angår tidsrom for ugjerningene. For det andre var den holdning overfor Liland som statsadvokaten ga uttrykk for under deler av straffesaken i 1970 subjektiv og fordømmende. For det tredje ble de rettsmedisinsk

³ Strandbakken (2003) s. 59

⁴ Falske bevis er en problemstilling som ikke angår denne oppgaven.

⁵ NOU 1996: 15 pkt. 2

sakkyndiges undersøkelser og uttalelser med hensyn til gjerningstidspunkt og dødstidspunkt ansett som til dels utilstrekkelige. Samspeillet mellom de sakkyndige og de juridiske aktører i straffesaken var ikke godt nok og bidro ikke til nødvendig opplysning av sakens faktum. Det tredje forholdet er av størst interesse i sammenheng med denne oppgaven.

I Moen-sakene konkluderte det nedsatte utvalget slik:

“Utvalget mener at den viktigste lærdommen man kan trekke ut av Moen-sakene er at:

- (a) politiet og påtalemyndigheten må etterleve objektivitetsprinsippet,
- (b) de sakkyndige må opptre objektivt og tilstrekkelig grundig og
- (c) beviskravet *in dubio pro reo* må følges både av påtalemyndigheten og domstolen.”⁶

Wagenaar, van Koppen og Crombag publiserte i 1993 boken “*anchored narratives, the psychology of criminal cases*”. Studien deres, som boken er basert på, indikerer blant annet at ca. 88 % av alle straffesaker i Nederland er åpenbare med tanke på skyldspørsmålet. Av det følger at ca. 12 % av alle straffesaker kan karakteriseres som utfordrende å bedømme. Deres funn tyder videre på en 1 til 4 ratio mellom bevismessig utfordrende saker og justismord. I totalpopulasjonen av saker antar de da at minst 2 % av alle straffesaker er justismord.⁷

I 2005 ble det publisert en artikkel i tidsskriftet *Science*,⁸ der det ble redegjort for 86 justismord i USA. Ved hjelp av DNA-analyser hadde man med sikkerhet fastslått at uskyldige var blitt dømt. Etter inngående studier av justismordene ble det satt opp en liste over årsaksfaktorer. Blant annet kunne man gjenkjenne feil gjort av øyenvitner i 71 % av sakene, feil ved rettsmedisin⁹ i 63 % av sakene og feil ved politiarbeidet i 44 % av sakene.

⁶ NOU 2007: 7 pkt. 13.3

⁷ Wagenaar, van Coppen and Crombag (1993). s. 19

⁸ Saks, M.J., Koehler, J.J. (2005) *Science* 309:892-5

⁹ Begrepet *forensic science* er et mer vidtgående begrep enn *rettsmedisin*. En drøftelse av dette faller utenfor denne oppgaven. Se Brandtzæg og Eskeland (2007) s. 77-78 for en nærmere utredning.

Denne oppgaven omhandler vurderingen av bevismidler og slutninger fra det samlede bevisbildet til hva som kan anses bevist i straffesaker. Oppgaven favner altså videre enn bare potensielle feilkilder i bevismaterialet.

Jeg skal i denne oppgaven ta for meg to ulike referanserammer for hvordan slutning fra bevismidler til faktum foregår. De to er betegnet som “sannsynlighetsparadigmet” og “fortellingsparadigmet”.

For å kunne oppstille en klar problemstilling legger jeg innledningsvis til grunn at sannsynlighetsparadigmet har preget norske juridiske forfattere fra Eckhoff og frem til i dag, og dannet grunnlag for den bevisteori som har vært rådende.¹⁰

1.2 Problemstilling

Bevisbedømmeren har ikke selv sett den hendelse han skal bedømme. De forhold som kan belyse hendelsen må presenteres for ham via bevisførselen.

Hvordan bør bevisbedømmelse finne sted for at slutningene fra bevismidler til faktum skal være så pålitelig som mulig?

Jeg vil analysere sannsynlighetsparadigmet for å besvare ett spørsmål: Er den bevisteori som er antatt mest pålitelig i norsk teori, og som springer ut av paradigmet, egnet til å sikre logiske og rasjonelle slutninger fra bevismidler til faktum, i et strafferettslig perspektiv?

Mitt andre spørsmål er om det kan utledes en bevisteori fra fortellingsparadigmet som er bedre egnet til å gi en pålitelig bevisbedømmelse. For å gjøre dette vil jeg drøfte grunnlaget for paradigmet, og gi en generell innføring i fortellingskonstruksjon ved bevisbedømmelse.

1.3 Begrepsavklaring

Et paradigme kan ses på som et fellesskap - en enhet av kunnskap, metoder og forutsetninger. Når man tar i bruk dette fellesskapet for å beskrive noe, beveger man seg innenfor et paradigme. Paradigmebegrepet ligger på et overordnet plan i forhold til den

¹⁰ Robberstad(2009) s. 251 og Strandbakken (2003) s. 218

bevisbedømmelse som foregår i rettssaler. Bevisbedømmere diskuterer ikke paradigmer, men de kan argumentere og tenke på en måte som oppfattes å falle inn under et paradigme.

Sannsynlighetsparadigmet er en fellesbetegnelse på teorier og tankemønstre der resonnementer knyttet til sannsynlighet bestemmer hvilket faktum som skal legges til grunn.

Fortellingsparadigmet er en fellesbetegnelse på teorier og tankemønstre der resonnementer knyttet til fortellingskonstruksjoner bestemmer hvilket faktum som skal legges til grunn.

Bevismiddel brukes i oppgaven om det som gjør beviset konkret, det som blir ført for retten. Bevismiddel kan defineres som en informasjonskilde angående den fortidige hendelse. Er det førte bevis et dokumentbevis, er bevismidlet teksten som dokumentet inneholder, ikke papiret teksten er skrevet på.

En del andre begreper som beviskrav, rimelig tvil, koherens, forankring og plausibilitet trenger en del plass på å bli forklart. De blir utledet og forklart i sin sammenheng, senere i oppgaven.

I de delene av oppgaven som er siteringer fra andre forfattere blir deres begrepsbruk lagt til grunn og de må tolkes kontekstuellt.

1.4 Oppgavens oppbygning

Jeg har funnet det hensiktsmessig å dele drøftelsen inn i tre hoveddeler. I første del, oppgavens kapittel 2, vil jeg behandle de generelle regler i strafferetten om beviskrav, bevisbedømmelse og domsgrunner.

I andre del, kapittel 3, 4, 5 og 6 vil jeg drøfte sannsynlighetsparadigmet og fortellingsparadigmet og konkludere i forhold til pålitelighet.

I siste del, kapittel 7 vil jeg redegjøre for mitt syn på hvordan bevisbedømmelse

bør skje for å få så pålitelige slutninger fra bevismidler til faktum som mulig.

2 Generelle krav til bevisbedømmelse, beviskrav og domsgrunner

Uavhengig av hvilket paradigme argumentene faller inn under ved analyse av prosessen med å slutte fra bevis til faktum, og etablering av bevisbedømmelsesteori, foreligger det grunnleggende krav til bedømmelsen, beviskravet og domsgrunnene som må overholdes. Disse kravene går jeg igjennom i det følgende.

2.1 Bevisbedømmelse

“Bevisbedømmelse er en psykologisk prosess der man skal ta stilling til et fortidig hendelsesforløp”.¹¹ Bevisbedømmeren skal ta stilling til det enkelte førte bevismiddel for å vurdere hva dette bevismidlet kan si om hva som hendte i fortiden. Fra det samlede bevismaterialet skal det avgjøres hvilket faktum som retten kan legge til grunn for sin avgjørelse av saken.

Som et mål på hvor god bevisbedømmelsen har vært er det ofte gitt et krav om at den konklusjon man har kommet til, må kunne få tilslutning fra andre forstandige personer, forutsatt at de presenteres det samme bevismaterialet og anvender det samme kunnskapsmaterialet.¹²

For at en rettslig avgjørelse skal få aksept og legitimitet må bevisbedømmerens slutninger være logiske og rasjonelle.

Helt generelt, og dekkende, uansett hvilket paradigme man diskuterer under, er bevisbedømmelse å trekke slutninger fra bevismidlene til det faktum som legges til grunn for rettens avgjørelse.

Straffeprosessloven av 1887 § 349 andre punktum gav følgende lovregel om bevisbedømmelse; “Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grundlag af en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte Bevisligheder.” I forbindelse med vedtakelsen av straffeprosessloven av 1981 uttalte Straffeprosesslovkomiteen at prinsippet er sløffet som overflødig, det ble ansett som så selvsagt at det var

¹¹ Strandbakken (2003) s. 59

¹² Strandbakken (2003). s. 370

unødvendig å nevne eksplisitt.¹³ Gjeldende straffelov bygger altså på prinsippet om fri bevisbedømmelse, fordi det antas at “hensynet til å få frem det riktige faktum best ivaretas når dommeren ikke er bundet til lovregler som angir de ulike bevismidlenes vekt og gjennomslag. Den frie bevisbedømmelse bygger på at det enkelte bevismidlet skal danne grunnlag for dommerens overbevisning”.¹⁴

Det er et grunnleggende krav at avgjørelsen om hvilket faktum som legges til grunn, er en vurdering av de fremførte bevismidler. Straffesaker dreier seg ikke om hva bevisbedømmeren tror har skjedd, bare hva som kan bevises utover enhver rimelig tvil. Her kommer beviskravet inn.

2.2 Beviskrav

Beviskrav har blitt definert som en angivelse av hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktum skal legges til grunn for en rettslig avgjørelse.¹⁵ Alternativt til å formulere beviskravet som et sannsynlighetskrav, kan det uttrykkes som et mål på hvor sterk overbevisningen må være for at retten skal bygge på et bestemt faktum.

I Rt. 1999. s. 14 ble følgende setning uttalt av andrevoterende på vegne av flertallet; “tradisjonelt er kravene til bevisets styrke vesensforskjellige i våre to prosessformer. I straffeprosessen gjelder regelen om at enhver rimelig og fornuftig tvil skal lede til frifinnelse. I sivilprosessen er utgangspunktet at det mest sannsynlige faktum legges til grunn.” Førstvoterende i Rt. 1999 s. 14, som talsmann for mindretallet, uten at det er grunn til å anta at flertallet var uenig i akkurat dette,¹⁶ uttalte at “kravene til bevis kan stikkordsmessig beskrives som mulig, mest sannsynlig, klar sannsynlighetsovervekt og tilnærmet sikkerhet for å angi i grove trekk en skala for sannsynlighet.” I strafferettslig sammenheng vil i all hovedsak det strengeste beviskravet være gjeldende. I norsk juridisk teori er naturlig nok samme terskel for beviskravet blitt lagt til grunn uavhengig om man snakker om sannsynlighet eller overbevisning, forskjellen på de to har gjerne

¹³ NUT 1969:3 s 308

¹⁴ Strandbakken (2003) s. 61

¹⁵ Strandbakken,(2003) s.58

¹⁶ Andorsen, (1999) s. 52

vært om man uttrykker kravet numerisk eller semantisk.¹⁷ Det generelle strafferettslige beviskrav i norsk rett er altså at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.¹⁸

2.2.1 Er beviskravet bestemt i lov?

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 – EMK – artikkel 6(2), som gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven av 1999 § 2, sier i den norske oversettelsen at “enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”. Avledet av bestemmelsen har vi formuleringen “enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist”.¹⁹ Prinsippet omtales som uskyldspresumsjonen. Selv om vi ikke har noen lovbestemmelse som direkte sier noe om det generelle beviskravet i strafferetten, har Høyesterett i Rt. 2007 s. 1217 uttalt at nevnte EMK artikkel stiller krav til overbevisningens styrke. I avsnitt 63 i nevnte dom sier førstvoterende, med støtte fra to dommere, at artikkel 6 nr. 2 ikke bare angir hvem som har bevisbyrden - at påtalemyndigheten må bevise tiltaltes skyld, men at den også oppstiller et beviskrav - enhver tvil omkring skylden skal komme tiltalte til gode, jf. avsnitt 54 og 64. Den positive angivelsen av beviskravet er at tiltaltes skyld må være bevist ut over enhver rimelig tvil.²⁰

2.2.2 Rimelig tvil

Beviskravet i strafferettslig sammenheng sier altså at det faktum som legges til grunn for avgjørelsen skal være bevist ut over enhver rimelig tvil. Hva innebærer det at skylden skal være bevist utover enhver rimelig tvil? Dette spørsmålet viser seg å være vanskelig å gi et presist svar på.

“En visshet som utelukker enhver tenkelig tvil forekommer sjelden eller aldri i virkeligheten. En slik absolutt visshet kan derfor ikke kreves til fellelse (...) Kanskje bortsett fra bagatellovertredelser skal dommeren på grunnlag av de bevis som er

¹⁷ Strandbakken (2003) s. 339 jf. note 6.

¹⁸ Strandbakken (2003) s. 355.

¹⁹ Strandbakken (2003). s. 27

²⁰F.eks. Rt. 1999. s. 14

fremlagt i saken føle seg *sikker* på at den tiltalte er skyldig. Skal man uttrykke det i prosent, vil det kreves noe så nær 100 % sannsynlighet for domfellelse.”²¹

“I straffesaker er utgangspunktet mye mer klart enn i sivilprosessen; det kreves en meget høy grad av sannsynlighet for straffelse”²²

At det ikke foreligger rimelig tvil er en subjektiv vurdering som retten foretar. Retten må være sikker på at tiltalte er skyldig i den grad at det bare gjenstår teoretisk tvil omkring skyldspørsmålet. Det kreves ikke *absolutt* sikkerhet, men på grunnlag av de fremlagte bevis skal bevisbedømmeren føle seg sikker på at tiltalte er skyldig. I følge Høyesterett, for eksempel i Rt. 2005 s. 1353, kreves det ikke at hvert enkelt moment i bevisbedømmelsen skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen.

Naturligvis vil ikke et strengt beviskrav forhindre justismord dersom overbevisningen omkring skyldspørsmålet baserer seg på sviktende slutninger.

Det er grunn til å undersøke om vi har et system for å kontrollere om bevisbedømmelsen er basert på logiske og rasjonelle slutninger.

2.3 Krav til domsgrunnene

Straffeprosessloven § 40 femte ledd krever at domsgrunnene angir hovedpunktene i rettens bevisvurdering, der saken er behandlet med meddomsrett.²³ Regelen ble inntatt ved to-instansreformen på begynnelsen av 1990-tallet. I forbindelse med reformen diskuterte man i forarbeidene behovet for regler som sikrer at innholdet i forklaringer for tingretten skal bli slått fast på en autoritativ måte. I forhold til bevisbedømmelsen fremkom poenget at “skjerpede krav til domsgrunner har på sin side den fordel i forhold til protokollasjon at retten under arbeidet med å utforme begrunnelsen trenger dypere inn i det aktuelle spørsmålet.”²⁴

²¹ Andenæs (2009) s. 161

²² Hov (2007) s. 361

²³ Analogisk anvendelse i saker med lagrette, se Rt. 2009 s. 750

²⁴ Ot.prp. 78 (1992-1993) s. 44

I Rt. 2009 s. 750 uttalte Høyesterett at “For at en mangelfull begrunnelse av bevisbedømmelsen skal føre til at dommen må oppheves, må feilen hindre prøving av anken eller antas å kunne ha virket inn på dommens innhold, jf. § 343 annet ledd nr. 8, og § 343 første ledd.”

Høyesterett gjennomgikk § 40 femte ledd i Rt. 2009 s. 1439. I avsnitt 28 i dommen sier førstvoterende med støtte fra flertallet at “ofte vil det fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen hvilke bevis domfellelsen bygger på, og som regel vil det da ikke være nødvendig med noen ytterligere redegjørelse. I en del tilfeller vil det heller ikke være mulig å gi en presis forklaring - vurderingen av et vitnes troverdighet vil for eksempel ofte baseres på et inntrykk som har festnet seg over tid, og hvor det kan være vanskelig å peke på en enkelt faktor som utslagsgivende.”

Kravet til begrunnelse i straffeprosessloven § 40 femte ledd rekker altså ikke særlig langt. Så vidt jeg kan se er ikke poenget til departementet i forarbeidene til bestemmelsen, at retten under arbeidet med å utforme begrunnelsen reflekterer dypere omkring bevisbedømmelsen nevnt av Høyesterett. Selv om hensynet ikke i seg selv kan begrunne opphevelse av dom, ville et økt fokus på begrunnelse av dommen, og da særlig bevisbedømmelsen, antakeligvis bedre bevisbedømmelsen.

3 Bevisteori

En bevisteori kan være deskriptiv eller normativ. Den kan utgi seg for å forklare hvordan bevismidler faktisk blir vurdert eller hvordan bevismidler bør bli vurdert. Målet for bevisbedømmelsen er at det faktum som legges til grunn, gjengir det faktiske forhold. I lys av dette må en bevisteoris formål være å sikre at det faktum som legges til grunn er en logisk og rasjonell slutning fra de bevismidler som er ført. Den må være egnet til å få frem den materielle sannhet, jf. straffeprosessloven § 294.

Det kan tenkes at metodevalg ved bevisbedømmelse bør avspeiles i de foreliggende bevis i saken. Det kan tenkes at et teknisk bevis og en vitneforklaring ikke bør vurderes med samme bevisteoretiske metode, og det er mulig at det bør være metodeforskjell ved bedømmelsen av bevis i en straffesak og i en sivilrettslig sak. Den frie bevisbedømmelse gir bevisbedømmeren frihet til å søke støtte i ulike teorier når han

skal fatte sin avgjørelse, så lenge bevisbedømmelsen tilfredsstillende de kravene jeg tidligere har nevnt. Så lenge lovgiver har gitt bevisbedømmeren frihet og Høyesterett ikke har bundet bevisbedømmeren til en metode eller teori, er det ikke grunnlag for å si at noen enkelt bevisteori er av bindende karakter.

4 Sannsynlighetsparadigmet

Som nevnt i innledningen er sannsynlighetsparadigmet en fellesbetegnelse på teorier og tankemønstre der resonnementer knyttet til sannsynlighet bestemmer hvilket faktum som skal legges til grunn. Den grunnleggende forestillingen innenfor sannsynlighetsparadigmet er at bevisene i en rettsak impliserer et faktum med en viss sannsynlighet, som enten oppfyller eller ikke oppfyller det aktuelle beviskravet.

4.1 Begrepet sannsynlighet

For å si noe om hva som ligger i det bevisteoretiske sannsynlighetsbegrep vil jeg først forklare grunnlaget for det generelle sannsynlighetsbegrep.

Sannsynlighetsbegrepets klassiske fortolkning tar utgangspunkt i en erkjennelse av at alt har en årsak. Nødvendigheten av å snakke om sannsynlighet avhenger av vår delvise uvitenhet. Man må ta i bruk den kunnskap man har for å gjøre forutsigelser om de forhold man ikke kjenner.²⁵

Generell matematisk teori om sannsynlighetsberegning har sitt utspring i det 16. og 17. århundre i Frankrike og Italia, der ble det utviklet teorier for å beskrive hasardspill.

Den klassiske matematiske kortforms definisjon er at sannsynlighet er antallet gunstige tilfeller av antall mulige tilfeller. Ved terningkast er sannsynligheten for å slå en sekser 1 av 6, eller $1/6$. Ved bruk av klassisk matematisk sannsynlighet er det nødvendig å kjenne til tallgrunnlaget man beregner ut fra. En må vite hvor mange mulige løsninger som eksisterer. Å regne ut sannsynligheten for å få en sekser på et terningkast hvor man ikke vet hvor mange sider terningen har, er umulig.

Som jeg kommer tilbake til, har det bevisteoretiske sannsynlighetsbegrepet blitt utviklet på bakgrunn av statistisk frekvensteori. Frekvenssannsynlighet er en tolkning av sannsynlighet som definerer sannsynligheten for en hendelse som summen av dets relative frekvens i et stort antall forsøk.

²⁵ Laplace 1825, via Zahle (1976). s. 139

Frekvensmatematikere snakker om sannsynlighet kun når de behandler vel definerte tilfeldige eksperimenter. Den målte sannsynligheten for hendelsen er den relative frekvensen som man observerer en hendelse i, i et antall repetisjoner av eksperimentet.

Et rettslig bevis er sjeldent av en slik art at man nøyaktig kan si hvor mange mulige løsninger som eksisterer, dermed kan man i all hovedsak ikke legge til grunn et strengt matematisk sannsynlighetsbegrep i bevislæren. I de fleste tilfelle kan man heller ikke legge til grunn en matematisk frekvenssannsynlighet, basert på målinger.²⁶

Begrepet sannsynlighet kan altså brukes som et matematisk begrep, men det kan også ha et mer upresist dagligdags innhold.

Den dagligdags bruken av sannsynlighetsbegrepet er gjerne preget av ubestemte grunnlag for om man anser noe for mer eller mindre sannsynlig. På et spørsmål om man rekker korøvelsen neste onsdag, eller om man hadde turt å hoppe i Holmenkollbakken er det gjerne erfaring, magesfølelse og antakelser som avgjør om man svarer “sannsynligvis”. Sannsynlighet brukes i en slik sammenheng som en angivelse av følt overbevisning om noe.

4.2 Sannsynlighetsbegrepet i bevisteori

Det juridiske sannsynlighetsbegrepet er sagt å basere seg på frekvensteori, som igjen bygger på matematisk sannsynlighetsregning.²⁷ Det statistiske frekvensbegrepet kan vises med følgende eksempel: Påstanden “det er ca. 17 % sannsynlighet for å få en sekser på ett kast av en terning” kan testes ved at man foretar et antall terningkast og noterer resultatene. Man får da en frekvensliste over resultatene av kastene. Over tid vil man se om antallet slåtte seksere av antallet totale kast nærmer seg 17 %. Om man etter et stort antall kast har vesentlige avvik fra 1/6 må man enten revidere hypotesen eller undersøke terningen for feil. Et annet eksempel er om man har en terning med et ukjent antall sider og kaster den mange ganger. Da får man en frekvensstatistikk over sannsynligheten for et bestemt resultat. Ved hjelp av målinger og beregning av frekvens kan man kan gi nokså presise utsagn om sannsynlighet.

²⁶ Unntak, se DNA-bevis punkt 7.7.1.2

²⁷ Strandbakken (2003) s. 216

Problemet i forhold til bevisbedømmelse er at man stort sett ikke har kjente frekvenser for sannsynlighet. Løsningen på problemet er å estimere frekvensforholdet. Den svenske professor Per Olof Bolding har sagt at en uttalelse om sannsynlighet er berettiget kun i det tilfelle man med støtte for det samme kan påberope erfaringsmessig begrunnede antakelser om frekvensforhold.²⁸

4.2.1 Forhåndssannsynlighet

Den erfaringsmessige begrunnede antakelse om frekvensforhold kalles også for forhåndssannsynlighet. Det bevisteoretiske sannsynlighetsbegrep er altså et uttrykk for frekvenssannsynlighet, der frekvensene ikke måles eller beregnes, men gis ut fra personlig erfaring.

For å vise frekvenssannsynlighet ved bevisbedømmelse har Bolding kommet med et eksempel; en person blir funnet død av kullforgiftning i sin garasje. Har han begått selvmord eller er det et uhell? For å finne forhåndssannsynligheten i det konkrete eksempelet, må man spørre om hvilken frekvens av selvmord som finnes i saker med bevismateriale av samme karakter som i den gjeldende sak. Om man observerer flere saker der bevismaterialet er av samme art som i den aktuelle saken, så kan man ikke anta at ulykkeshendelser foreligger i alle tilfellene. Man kan imidlertid anta at ulykkeshendelse skulle foreligge i de fleste tilfellene.

Hov sier om sannsynlighetsbegrepet i bevislæren at det brukes som uttrykk for om en kjensgjerning er til stede eller ikke, og at utsagn om sannsynlighet i bevislæren som regel vil innebære anslag basert på personlig skjønn. Videre sier han at det stort sett er akseptert at slike subjektivt anslåtte sannsynligheter kan bearbeides etter de samme regneregler som frekvenssannsynligheter.²⁹ Dette er på linje med Boldings syn.

4.3 Sannsynlighetsparadigmet i Norge

²⁸Zahle(1976) s. 235

²⁹ Hov (2007). s 342

I det følgende skal jeg redegjøre for hvordan sannsynlighetsparadigmet har kommet til uttrykk i norsk bevisteori. Etter min mening er det et problem og en utfordring at teoriene og utsagnene om bevisvurdering ikke er basert på empiri. Dermed må redegjørelsen bli en gjennomgang av de forutsetninger og normative utsagn om bevisbedømmelse som er gitt i teorien. Jeg mener allikevel at dette problemet ikke svekker min konklusjon angående bruk av metoden i et strafferettslig perspektiv.

I Norge har sannsynlighetsparadigmet i stor grad dreiet seg om en metode som kalles temametoden, som er basert på frekvenssannsynlighet. Dermed er det hensiktsmessig å forholde seg til denne metoden for å vurdere sannsynlighetsparadigmet i Norge.

4.3.1 Temametoden

Temaet ved temametoden, er den hypotese om et relevant faktum som er gjenstand for bevisvurdering. Bevisvurderingen resulterer i at man anser temaet for å ha en eller annen grad av sannsynlighet.³⁰

Man anser hypotesens sannsynlighet som en tallverdi mellom 0 og 1.

Dersom faktum X er sannsynlig med tallverdien 0,4 betyr dette pr. definisjon at tallverdien for ikke-X er 0,6. Man får da en skala der 0,5 – eller 50 %, dersom man angir sannsynlighet i %, er midtpunktet på skalaen. Dette gir terminologien for sannsynlighet. Sannsynlighetsbegrepet blir et tosidig sannsynlighetsbegrep, summen av sannsynlighetene for begge løsninger blir alltid 1.

I 1943, i boken *Tvilsrisikoen*, lanserte Eckhoff overvektsprinsippet som et beviskrav. Hov skriver om overvektsprinsippet at “Eckhoff (gjorde) gjeldende at når dommeren var i tvil, så måtte det alternativ som fremsto som *mest* sannsynlig som hovedregel legges til grunn. For ut fra de store talls lov, vil vi da få flere riktige avgjørelser enn uriktige avgjørelser.”³¹

Overvektsprinsippet er antatt som hovedregelen angående beviskravet i sivilprosessen.

³⁰ Eckhoff (1992) s. 85

³¹ Hov(2007) s. 350

Som jeg kommer tilbake i neste punkt, er beviskravet i strafferettslig sammenheng betydelig skjerpet i forhold til overvektsprinsippet. I forhold til bevisbedømmelse er det i teorien omkring temametoden ikke gitt noe metodeskilte mellom sivilrett og strafferett. Eckhoff la selv til grunn temametoden ved strafferettslig bevisbedømmelse i sin artikkel i festskrift til Bolding.³²

Etter temametoden, og dens grunnlag i frekvenssannsynlighet, skal bevisbedømmeren danne seg en forhåndssannsynlighet basert på generelle erfaringssetninger. Dette er en subjektiv oppfattelse av sannsynligheten for bevistemaet, før det er foretatt noe bevisførsel og altså det man begrunner frekvenssannsynligheten med.³³ Basert på denne sannsynligheten skal han foreta en sannsynlighetsvurdering for og imot et angitt bevistema, basert på bevismidlene som blir fremlagt.

Temametoden i seg selv sier lite om hvordan bevisbedømmeren skal slutte fra de førte bevismidler til sannsynlighet for temaet. "Faren ved å bruke temametoden er (...) at fokus i stor grad rettes mot bevistemaet og i mindre grad mot de fremlagte bevisene."³⁴

Eckhoff selv gav i følge Zahle aldri noe bidrag til hvordan det enkelte bevismiddels sannsynlighet skulle avdekkes gjennom en analyse av bevismaterialet.³⁵ Dette skrev Zahle i 1976. I 1992 sier Eckhoff i festskrift til Bolding at man kan bruke bevisverdimetoden ved vurdering av det enkelte bevis, selv om det er temaets sannsynlighet man i siste omgang vil frem til.³⁶

Dersom man i en hovedforhandling har vitnebevis, vil bevisbedømmelse ved temametoden, slik jeg oppfatter det, fortone seg slik:

Bevistemaet i eksempelet er om A har slått (legemsfornærmet) B.

³² Eckhoff (1992) s. 97-98

³³ Strandbakken (2003) s. 219

³⁴ Strandbakken (2003) s. 221

³⁵ Zahle(1976). s. 245

³⁶ Eckhoff (1992) s. 87

Etter aktors innledningsforedrag, altså før bevisførselen, har retten dannet seg en forhåndssannsynlighet som den vurderer de førte bevis ut fra. Rettens erfaring med slike saker fra før tilsier at det er naturlig å anta en høy forhåndssannsynlighet for at tiltalte har begått handlingen, f.eks. at i 9 av 10 saker angående legemsfornærmelse blir tiltalte funnet skyldig.

Et vitne uten tilknytning til noe av partene bevitner at han så hendelsen, men retten oppfatter det slik at det er noe usikkerhet knyttet til vitneforklaringen, så bevisverdien settes til 85 %.

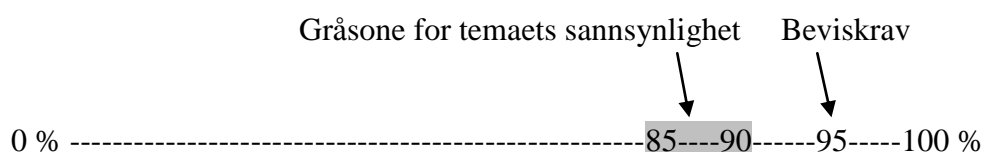
Hadde forhåndssannsynligheten vært satt til 60 % ville bevisverdien av vitneforklaringen, ut fra bevisbedømmerens skjønn, kanskje blitt satt til 55 %.

I vårt tilfelle betyr bevisverdien "85 %" at i 85 av 100 tilfelle vil vitneforklaringen være forårsaket av at A virkelig har slått B. Dette betyr derimot ikke at det er 15 % sannsynlighet for at A ikke har slått B. A kan ha slått B uten at vitnet har sett det, selv om vitnet faktisk vitner slik. Temaets sannsynlighet er derfor minst 85 %, og sannsynligheten for temaet kan settes til 85-100 %.

Et nytt vitne blir ført, vitnet er en god venn av A. Vedkommende har selv vært innblandet i flere voldssaker. Vitnet gir A alibi for tidsrommet da voldshandlingen skjedde.

Basert på vitnets troverdighet og opptreden for retten settes bevisverdien til 10 %. I henhold til temametoden er da temaets sannsynlighet, sannsynligheten for at A har slått B, 85-90 %.

Dersom man ser for seg sannsynligheten for temaet som en linje fra 0 til 100 % er forhåndssannsynligheten innslagpunktet for temaets sannsynlighet på skalaen. Det aktuelle intervall for temaets sannsynlighet justeres ettersom bevisene blir ført og bevisverdien blir bestemt. På den samme linjen kan man markere beviskravet.



Både Skoghøy og Hov skriver at ved vurderingen av sannsynligheten for at en hendelse foreligger, må man skille mellom konkret og abstrakt sannsynlighet.

Eksempelvis er den abstrakte sannsynligheten for at p-pillebruk forårsaker hjerneblødning meget liten, men dersom man står overfor et tilfelle av hjerneblødning kan det tenkes at nettopp p-pillebruken er mest sannsynlige årsak i den konkrete saken.³⁷ Et annet eksempel er at den abstrakte sannsynligheten for å bli påkjørt av en bil mens man krysser gaten er liten, men om man finner en død mann i et fotgjengerfelt er den konkrete sannsynligheten for at dødsårsaken skyldes påkjørsel større.

Skoghøy kaller den abstrakte, statistiske sannsynlighet for apriori – eller forhåndssannsynlighet. Videre påpeker han at man ikke kan si noe meningsfylt om den konkrete sannsynlighet for en årsak, uten at den abstrakte sannsynlighet for vedkommende årsak blir sammenholdt med den abstrakte sannsynlighet for andre mulige årsaker, og i de fleste tilfelle er det ikke mulig å tallfeste den abstrakte sannsynlighet for mulige årsaker.³⁸

Slik jeg forstår Skoghøy er det innholdsmessig det samme i det han kaller abstrakt sannsynlighet som Bolding kaller erfaringsmessig begrunnede antakelser om frekvensforhold, så lenge den abstrakte sannsynlighet ikke baserer seg på et presist tallgrunnlag. Den abstrakte sannsynligheten må, som nevnt, bestemmes før man kan si noe om den konkrete sannsynligheten til beviset man ønsker å gi en bevisverdi. Som oftest foreligger det ikke målinger, beregninger eller andre hjelpemidler som kan si noe presist om den. Dermed står man igjen med erfaringsmessige begrunnede antakelser om frekvensforhold for å avgjøre sannsynligheten for om temaet anses for bevist.

4.4 Det strafferettslige beviskrav ved sannsynlighetstenkning

Spørsmålet er om beviskravet, slik det er formulert for å brukes i en sannsynlighetsberegning av skyldspørsmålet, tilfredsstillende uskyldspresumsjonen.

Ved sannsynlighetstenkning ser en bevisvurdering som en vurdering av sannsynlighetsgrad. Sannsynlighetsgraden er et uttrykk for en prosentangivelse av rettens opplevde sannsynlighet for at tiltalte har utført den beskrevne handling. Dermed er det naturlig at man i teorien har forsøkt å angi et prosenttall for beviskravet. I forhold

³⁷ Se Rt. 1992 s. 64

³⁸ Skoghøy (2001). s. 696

til en slik prosentangivelse har Kjell V. Andorsen oppsummert at “Vi befinner oss utvilsomt i den øverste delen av skalaen, men mer eksakt har dette prosentmessige uttrykket for kravet til bevisovervekt vært angitt noe ulikt. Asbjørn Strandbakken skriver at mer enn 90 % er tilstrekkelig. Anders Bratholm og Ulf Stridbeck skriver på den annen side at dommeren må være 100 % sikker på at siktede er skyldig. Det første er etter min mening for lite, og det andre er for mye - og delvis noe annet. Ned mot 90 % sannsynlighetsovervekt, for eksempel 91 %, er slik jeg ser det, objektivt for lite. Man må iallfall over 95 %, men noen nøyere angivelse enn det blir så subtilt at spørsmålet knapt har noen akademisk interesse en gang.”³⁹

4.5 Gir sannsynlighetsparadigmet en pålitelig bevisbedømmelse i et strafferettslig perspektiv?

Som jeg har redegjort for, er sannsynlighetsparadigmet i Norge konkretisert i en temametode. Denne metoden er en konstruksjon for å få flest mulig riktige avgjørelser i sivilrettslige saker. Dannelsen av forhåndssannsynlighet for å ha en frekvens å måle bevisene mot, er slik jeg oppfatter det, i strid med helt grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper som gjør seg gjeldende på strafferettens område.

Både Hov og Skoghøy har i norsk teori flagget skepsis til å redusere bevisvurdering til sannsynlighetsregning, men som Hov sier, “regnereglene kan hjelpe oss til å tenke riktig”.⁴⁰ I samme retning går Skoghøy når han sier at “men selv om det i de fleste tilfeller ikke er mulig å regne ut eksakt sannsynligheten for ulike omstendigheter, vil kunnskaper om grunnleggende sannsynlighetsteoretiske regneregler være nødvendig for å kunne oppstille riktig vurderingstema.”⁴¹

Eckhoff mente at tall er for presise når de brukes til å gjengi skjønnsmessige vurderinger om hvor sannsynlig noe er. Hans poeng var at våre forestillinger om hvor sannsynlig noe er, aldri er så eksakt at de svarer til bestemte tallstørrelser, men de kan

³⁹ Andorsen (1999) s. 53

⁴⁰ Hov(2007) s. 344

⁴¹ Skoghøy, (2001) s. 698

allikevel være nyttige hjelpemidler til å illustrere visse resonnementer.⁴² Argumentet om illustrering av resonnementer må, slik jeg forstår det, sees i et sivilrettslig perspektiv, dvs. i saker der man tradisjonelt har angitt beviskravet som 51 %. I sivilrettslige saker forutsettes det, i henhold til beviskravet, at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn. Om det da gir mening å danne seg en forhåndssannsynlighet for å kunne anvende grunnleggende sannsynlighetsteoretiske regneregler, og det gir et riktig vurderingstema, skal jeg ikke ta stilling til i denne oppgaven. Men etter min oppfatning kan ikke dette gjelde for strafferetten.

Å bruke en metode utviklet for sivilrettslige bevisvurderinger på strafferettslig bevisvurdering er etter min oppfatning grunnleggende problematisk.

Dersom den antatte frekvensen er at i 9 av 10 tilfeller vil det foreligge legemsfornærmelse i en sak som retten har foran seg, blir forhåndssannsynligheten 90 % for at tiltalte er skyldig.

Et slikt utgangspunkt antar jeg må stride med hensynene bak uskyldspresumsjonen. Som jeg nevnt i punkt 2.2.1 er ordlyden i den norske oversettelsen av EMK. Art. 6 nr. 2 at “enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.” Om man antar at det er 90 % sannsynlighet for at tiltalte er skyldig før bevisførsel, er min oppfatning at presumsjonen blir ganske illusorisk. Uten å gå dypere inn i spørsmålet, vil jeg anta at “uskyldig” ikke kan være avgrenset til enhver vurdering av skyld mindre enn “skyldig bevist utover enhver rimelig tvil”.

Uskyldspresumsjonen slik det er nedfelt i EMK er ikke beskrevet med tall. Uansett om man sier at det numeriske beviskravet er 91 % eller 99 % sannsynlighet for at tiltalte er skyldig, vil kravet være at tallfestingen skal beskrive at all rimelig tvil kommer tiltalte til gode. Å omformulere det semantisk formulerte beviskrav til et numerisk angitt beviskrav virker for meg vanskelig, nær sagt umulig. Jeg er usikker på om det i det hele tatt gir mening å forsøke.

⁴² Eckhoff (1992) s. 86-87

“..de tall som brukes, må ikke tas for høytidelig når sannsynlighetsvurderingen er skjønnsmessig. Man må hele tiden huske på at det i slike tilfeller beror på et temmelig vilkårlig valg om man f.eks. vil sette sannsynlighetsgraden til 65 % eller 70 %.”⁴³

Problemet er uansett ikke det numeriske beviskravet i seg selv. Problemet er at begrunnelsen for hvordan man setter bevisverdi og temaets sannsynlighet, låner en drakt av presisjon som de ikke har. Ved vurderingen av bevisene for og imot bevistemaet, kan man trekke den slutning at siden det foreligger overvekt for bevistemaet, er også det strafferettslige beviskrav oppfylt. Om man tar utgangspunkt i 90 eller 94 % sannsynlighet for skyld “ behöver åklagaren bara gnutta bevisning i det enskilda fallet för att klara beviskravet. (...) Temametoden (innebär) en fara vid bevisvärdering i brottsmål i det att bedömningen förskjuts från det enskilda fallet till sannolikheten för att detta fall är identiskt med andra fall där komponenterna är detsamma.”⁴⁴ Hvor ofte domstolen har endt opp med å straffedømme i tidligere saker av samme type, er irrelevant for det aktuelle tilfelle.

Konklusjonen blir at sannsynlighetstenkning basert på frekvensteori ikke nødvendigvis tar nok hensyn til det enkelte bevismiddel. Forhåndssannsynligheten kan bli tillagt så stor vekt at frekvensen av tidligere domfellelser omkring det samme tema fullstendig overskygger den bevisbevisbedømmelsen man nå står overfor i den individuelle sak.

I forhold til sannsynlighetsparadigmet er det er selvfølgelig mulig å konstruere andre teorier for bevisbedømmelse ved bruk av en sannsynlighetstankegang enn å basere seg på frekvenssannsynlighet. Men det er ikke meningen, i denne oppgaven, å vurdere sannsynlighetstenkning frikopleet fra de teoretiske anbefalinger som er gjort gjeldende i Norge.

Allikevel kan sannsynlighetstenkning få betydning på konkrete bevissituasjoner. Dette kommer jeg tilbake til i pkt.7.7.1.2.

⁴³ Eckhoff(1992) s. 87

⁴⁴ Diesen, via Strandbakken (2003) s. 221

5 FORTELLINGSPARADIGMET

Fellesskapet av kunnskap, metoder og forutsetninger som utgjør fortellingsparadigmet kan ikke avgrenses til hovedsakelig en diskutert metode eller teori, slik som for sannsynlighetsparadigmet.

Fortellingsparadigmet kjennetegnes ved at slutningsprosessen fra bevis til faktum styres av resonnementer begrunnet i og knyttet til fortellingskonstruksjoner.

I det følgende vil jeg gå igjennom et utvalg av deskriptive studier og teorier som sorterer under fortellingsparadigmet.

5.1 Utviklingen av fortellingsparadigmet

Å gi et fullt ut dekkende bilde hva som er relevante, empiriske studier om menneskelig beslutningstaking som relaterer seg til fortellingskonstruksjoner, er utenfor denne oppgaven. Det er blitt gjort -og gjøres arbeid som kan anses å være relevant innenfor mange forskjellige forskningsområder. Menneskelig atferd blir studert innenfor felt som psykiatri, psykologi, sosialt arbeid, sosiologi, økonomi og antropologi.

Blant annet innenfor sosialpsykologien har man i flere tiår vært opptatt av og interessert i årsakstenking ved beslutningstaking, og det er gjort flere studier om hvordan årsakstenking påvirker hvordan forsøkspersoner oppfatter sammenheng mellom hendelser. På bakgrunn av slike studier har en rekke forskere fremholdt at juridiske bevis ikke har mening i seg selv, men bare i forhold til en bestemt fortelling.⁴⁵ Som Kolflaath, sier i forhold til forrige setning; “Dette er den grunnleggende kunnskapsteoretiske premisen i fortellingsparadigmet, som i den internasjonale litteraturen om bevisteori de siste tyve årene har fått stadig større tilslutning på bekostning av sannsynlighetsparadigmet. Med utgangspunkt i denne kunnskapsteoretiske premisen blir den sentrale tesen at bevisbedømmelse går ut på å vurdere fortellinger på grunnlag av deres kvalitet som fortelling og deres sammenheng med bevisene.”⁴⁶

⁴⁵ Kolflaath (2004) s. 292

⁴⁶ Kolflaath (2004) s. 292

Blant den internasjonale litteraturen på området, har Nancy Pennington og Reid Hastie utformet en modell for å forklare hvordan jurymedlemmer, som bevisbedømmere, kommer frem til sine avgjørelser.⁴⁷ En må anta at fagdommere strukturerer informasjon på samme måte som jurymedlemmene i undersøkelsene.

Modellen deres er anlagt på en hypotese om at bevisbedømmere organiserer informasjonen de får via bevisføringen som fortellinger, der årsak/virkning og viljestyrte sammenhenger mellom hendelser er sentrale faktorer for fortellingskonstruksjonen.⁴⁸ Denne hypotesen er understøttet av empiriske studier de gjorde i årene før modellen ble ferdigstilt. Bevisbedømmeren gir mening til bevisene gjennom å føre bevisene inn i en eller flere plausible fortellinger, og fortellingene forklarer hva som skjedde i hendelsene som bevisene omhandler. Jeg kommer nærmere tilbake til modellen deres i punkt 5.4.

Hva er en fortelling og hva sier empirien om hvordan slutning fra bevis til faktum skjer i en slik sammenheng?

5.2 Begrepet fortelling

Ettersom fortellingsparadigmet ikke er avgrenset til en teori kan det være forskjeller i hvordan fortellingsbegrepet defineres. En helt generell oppfatning er at det er fortellinger som gir meningsinnhold til bevismidlene som føres.

Fortellinger som gir slikt meningsinnhold oppfattes som nye fortellinger, i den forstand at de er basert på bevismidler som bevisbedømmeren aldri har sett før. Han kan tidligere har hørt en vitneforklaring som er omtrent nøyaktig lik den han blir fortalt nå, men han har aldri hørt *denne* forklaringen før. Poenget med at de oppfattes som nye fortellinger kan oppfattes uklart nå, men må sees i sammenheng med punkt 5.2.2.

Ved å belyse hvordan fortellinger oppstår på bakgrunn av bevisene, vil begrepet “fortelling” komme klarere frem.

⁴⁷ Pennington & Hastie (1992)

⁴⁸ Pennington & Hastie (1992) s. 189

5.2.1 Fortellingskonstruksjonen

Empiriske studier har vist at selv den enkleste kommunikasjon gir utslag i en konstruktiv prosess hos den som skal tolke informasjonen.⁴⁹

Denne prosessen kan beskrives som aktiv. Det vil si at tolkeren av informasjonen ikke bare passivt absorberer det han oppfatter, men bruker sine mentale egenskaper til å tolke og forme informasjonen slik at den gir mening. Prosessen er konstruerende, informasjonen som blir gitt blir organisert til en kognitivt sammenhengende presentasjon.

Det er ingen grunn til at dette ikke skulle gjelde for en bevisbedømmer i en rettslig kontekst, der det gjerne er et stort bevistilbud og mye informasjon blir kommunisert over et forholdsvis langt tidsrom.

Det er disse kognitivt sammenhengende presentasjonene som kalles fortellinger.

I følge Pennington og Hasties teori vil den kognitivt sammenhengende presentasjonen en bevisbedømmer danner seg, være basert på tre typer kunnskap; den saksspesifikke kunnskap som mottas gjennom bevisførselen, erfaringskunnskap hos bevisbedømmeren om liknende hendelser, og generelle forventninger som utfyller fortellingen.⁵⁰

Om vi danner fortellinger basert på disse tre typene av kunnskap, hva er egentlig kunnskap? For å forstå hvordan fortellinger konstrueres, må vi forstå kunnskapen som ligger til grunn for dem.

5.2.2 Referansefortellinger

“People have powerful models of the world. Through these models, which are based on the accumulated set of experiences that a person has had, new experiences are interpreted. When the new experience that we perceive fit into the framework of expectations that we have derived from experience, we believe ourselves to have understood the experience or the person who has related the experience.”⁵¹

⁴⁹ Flere studier er gjort angående dette, se Pennington & Hastie (1992). s. 189

⁵⁰ Pennington & Hastie (1992) s. 190

⁵¹ Schank (1990) s. 60

Den kunnskap som ligger til grunn for fortellingskonstruksjon er de erfaringer og modeller vi har om verden. Slike erfaringer og modeller læres ved at vi blir utsatt for, fortalt eller observerer handlinger. Når vi står overfor en ny handling forsøker vi å finne et rom i vår “erfaringsbase” - vår kunnskap om verden - der det er forventet at den nye handlingen skal passe inn. Vi spør oss selv ubevisst; hvilken fortelling kjenner jeg som kan relateres til denne nye handlingen?⁵² Slike fortellinger som vi kjenner kan kalles referansefortellinger.

I følge Schank tolker vi altså nye erfaringer gjennom tidligere erfaringer.

Nye fortellinger blir forstått gjennom de referansefortellinger vi har, og de fortellingene er dannet via våre erfaringer. Slike erfaringer kan være rent private erfaringer. For eksempel kan det tenkes at en person som har blitt utsatt for vold blir så preget av hendelsen at han danner seg en annerledes fortelling omkring voldshendelser generelt, enn en som aldri har vært utsatt for en slik hendelse. Referansefortellinger kan også dannes på bakgrunn av fortellinger man har blitt fortalt eller har observert. Blir man gjenfortalt, eller har bevitnet en voldshendelse, er det mulig man vurderer brutaliteten i en sammenliknbar hendelse man skal ta stilling til, på en annen måte enn om man var foruten referansefortellingen. Sist, men ikke minst, finnes fortellinger som er kjent for de fleste i samfunnet og danner et bakteppe for fortolkningen av nye fortellinger. I fortellingen “hun var som en prinsesse” blir prinsessebegrepet forstått i lys av de kulturelle nøkkelfortellingene vi har om hvordan en prinsesse er.⁵³

Referansefortellinger brukes til å forstå, fylle ut og kople sammen de fortellingsfragmenter vi blir fortalt.

Fortellingen “ Per gikk på fest til Kari. Kari blåste ut alle lysene” kan brukes som eksempel på dette. De fleste briter som har forklart seg om sin forståelse av fortellingen, forteller at de danner seg et bilde av barn i et bursdagselskap - der det er en kake med

⁵² Schank (1990) s. 61

⁵³ Kjrus (2008) s. 100, Kjrus omtaler bakgrunnen for begrepet “kulturelle nøkkelfortellinger”.

lys som blåses ut. Derimot vil folk fra India oftest ikke se for seg noen kake. De ser heller for seg et strømbrudd, ettersom de forbinder stearinlys med nettopp det.⁵⁴ Når fortellinger gjengir hendelsesforløp, skjer det altså alltid ved et utvalg av avsnitt som det forventes at mottakeren kan tolke, lenke sammen og fylle ut.⁵⁵

Fortelleren forutsetter alltid at mottakeren har en kulturell og sosial kompetanse – et sett av referansefortellinger, slik at han ikke trenger å gå igjennom hver minst detalj i fortellingen, men han kan aldri være sikker på om mottakeren vil forstå eller gjenoppbygge fortellingen med samme innhold og forståelse som fortelleren hadde.

I 1993 utførte Pennington og Hastie en studie der de påviste at litt over halvparten av innholdet i bevisbedømmeres konstruerte fortellinger var hentet direkte fra førte bevis.⁵⁶ Resten av innholdet i fortellingene skyldtes erfaringskunnskap og generelle forventninger som bevisbedømmeren hadde fylt ut fortellingen med.

Pennington og Hasties utførte en studie i 1988, der de viste at fortellinger oppstår spontant som en del av beslutningsprosessen.⁵⁷ Vi trenger altså ikke reflektere over fortellinger, eller bevisst konstruere en fortelling – det gjør vi helt automatisk.

5.3. Fortellingskonstruksjon i en rettslig kontekst

Fortellingskonstruksjonen vil starte allerede under aktors innledningsforedrag. Bevisbedømmeren får her et rudimentært bilde av hendelsesforløpet som skal pådømmes. Fagdommeren vil antakeligvis allerede være i en prosess der han forsøker å identifisere hvor slagene kommer til å stå, bevismessig og juridisk. Meddommere vil her antakelig i større grad bare konstruere fortellingen.

⁵⁴ Kjus (2008) s. 45, Kjus siterer fra William Twining.

⁵⁵ Det sies at Hemingway formulerte følgende novelle; "For sale, baby shoes, never worn". Uavhengig av forfatter er det uansett et godt eksempel på en fortelling gjengitt i utvalg av avsnitt, som krever mental utfylling.

⁵⁶ Kjus (2008) s. 23

⁵⁷ Pennington & Hastie (1992) s. 191

Rettenns plikt til å våke over at saken blir fullstendig opplyst, og å dømme ut fra hva som er funnet bevist, gjør at retten ikke er en passiv part. Retten skal søke etter den fortelling som bevisene forteller.

Jeg vil anta at det i de fleste straffesaker blir fortalt en eller to fortellinger. Ofte vil tiltalte først avgi sin forklaring før fornærmede avgir sin. Retten sitter da gjerne med to fortellinger som er ganske like, men avviker på visse punkter. Om tiltalte ikke vil forklare seg, ikke vil forklare seg om enkelte deler av sin fortelling, eller er uklar (forbeholden), kan rettens leder i henhold til straffeprosessloven § 93 andre ledd gjøre ham oppmerksom på at dette *kan* bli ansett for å tale imot ham. Antakeligvis *vil* det tale mot ham, han mister muligheten til å etablere en alternativ fortelling. Hvorfor det er slik kommer jeg tilbake til i punkt 7.9.

I saker der tiltalte ikke forklarer seg, eller etablerer en så lite troverdig fortelling at retten umiddelbart ser bort fra den, står retten overfor kun en fortelling.

Ved bevisførselen søker påtalemyndigheten å underbygge fortellingen som leder til at tiltalte er skyldig. Eventuelt vil de også forsøke å rive bunnen ut av tiltaltes fortelling, dersom påtalemyndigheten mener det er grunn til det. Bevisbedømmeren vil justere den fortellingen han har konstruert i lys av nye bevismidler som kommer frem. Deretter vil tiltalte føre sine bevismidler, og bevisbedømmeren vil gjøre det samme for denne fortellingen.

Om det under bevisførselen kommer frem bevis som ikke passer inn i noen av de fortellingene som foreløpig er fortalt, er det i hovedsak påtalemyndighetens problem. Slike bevis vil skape usikkerhet omkring fortellingene og det går utover fortellingen som skal bevises utover enhver rimelig tvil. Det er ikke slik at retten konstruerer nye fortellinger for alle motstridende bevis.

Foreløpig har vi sett på grunnlaget for å anse organiseringen av den informasjon som blir meddelt retten som fortellingskonstruksjoner. Vi har sett at bevismidlene blir tolket til fortellinger. Men hvordan slutter bevisbedømmeren fra bevismidler til faktum og hvordan kan han si om tiltaltes skyld er bevist utover enhver rimelig tvil, basert på fortellinger?

Jeg skal gå igjennom to deskriptive fremstillinger av bevisbedømmelse styrt av resonnementer begrunnet i og knyttet til fortellingskonstruksjoner. Disse to er Pennington og Hasties fortellingsmodell, og teorien om forankrede fortellinger.

5.4 Pennington og Hasties fortellingsmodell

Pennington og Hastie er to amerikanske psykologer som har gjort et arbeid for å belyse hvordan mennesker fatter beslutninger. Deres fortellingsmodell er som nevnt utformet etter empiriske studier av amerikanere, den er deskriptivt utformet teori.⁵⁸ At den er en amerikanskutviklet modell der studieobjektene ikke nødvendigvis er fagdommere, påvirker neppe dens anvendelse som sådan. Jeg legger til grunn at det ikke er vesentlige forskjeller på amerikanske borgere og norske bevisbedømmere sin kognitive funksjon. At teorien er en deskriptivt utformet teori basert på empiri vil si at den forklarer tankemønstre slik Pennington og Hastie tror det foregår, basert på den empirien de hadde ved utformingen av teorien.

Slik jeg forstår Pennington og Hastie ser de for seg at det er to overveielser som bevisbedømmeren foretar for å nå sin konklusjon omkring faktum:

Han bestemmer seg for om de fremførte fortellinger er akseptable.

Dersom den fortellingen som medfører at tiltalte er skyldig er akseptabel, må han bestemme seg for om den er overbevisende nok til å kunne anses bevist.

Modellen sier lite om bevisbedømmelsen, altså prosessen med å trekke logiske og rasjonelle slutninger fra bevismidlene til en fortelling. Det modellen gjør er å teoretisere omkring hvordan bevisbedømmere vurderer overbevisningen til de endelige fortellingene. Altså en vurdering av hvor overbevist de er omkring "sannheten" i de fremførte fortellinger, en vurdering av om fortellinger tilfredsstillende beviskravet.

Prinsippene som avgjør de to nevnte spørsmålene kalles for *sikkerhetsprinsipper*.

5.4.1 Er en fortelling akseptabel?

⁵⁸ Pennington & Hastie (1992) s. 189

Pennington og Hastie gir to prinsipper for å avgjøre om en fortelling blir akseptert; koherens og dekning.⁵⁹

5.4.1.1 Koherens

Koherens er etter Pennington og Hasties terminologi en vurdering av fortellingens indre egenskaper. De førte bevis har kommunisert fortellingene, bevisbedømmeren har all den informasjon om hendelsen omtalt i gjerningsbeskrivelsen som påtalemyndigheten og tiltalte har fremskaffet via bevismidlene. Det som skal bedømmes er hvor god fortellingen er, som fortelling.

Koherensbegrepet til Pennington og Hastie består av tre komponenter:

Konsistens, det vil si om det hefter indre motsetninger ved fortellingen.

Plausibilitet, i hvilken grad fortellingen samsvarer med kunnskap om virkelige og tenkte hendelser, i det virkelige liv.

Fullstendighet, om fortellingen inneholder alle deler den trenger.

Fortellingen er internt konsistent hvis den ikke inneholder selvmotsigelser, altså elementer som er logisk uforenlige med hverandre. En fortelling som forteller om et drapssted med betydelige mengder blodsøl, et lik som er flyttet, en antatt gjerningsmann uten blodsøl på klærne og som ikke forsøker å forklare hvordan det kan ha seg at han ikke har blod på klærne, er inkonsistent.

Fortellingen er plausibel i den grad den korresponderer med bevisbedømmerens kunnskap om virkelige og tenkte hendelser i verden, i forhold til årsak/virkning og viljestyrte hendelser samt logiske sammenhenger.

Vi kan utvide eksempelet angående plausibilitet med at det anses bevist at gjerningsmannen hadde nøyaktig samme type bekledning før og etter drapet. Da vil fortellingen mangle plausibilitet dersom fraværet av blodsøl på gjerningsmannens klær etter drapet forklares med at han må ha hatt med seg to identiske sett med tøy, og det ikke foreligger noen bevisligheter for at han faktisk hadde det.

⁵⁹ Pennington & Hastie (1992) s. 190

I forhold til årsak/virkning og viljestyrte hendelser vil en fortelling der gjerningsmannen ikke har noe motiv for en handling oppfattes som mindre plausibel enn en fortelling som forteller om et motiv.

Fortellingen er fullstendig i den grad den inneholder alle deler den trenger for å oppfattes som en fortelling. Dette elementet oppfatter jeg ut fra min tolkning av Pennington og Hastie til ikke å være så sentralt som de to øvrige elementene i koherensvurderingen. I følge Kolflaath er spørsmålet om fullstendighet et spørsmål om i hvilken grad den oppfyller generelle forventninger til en fortelling med hensyn til struktur og elementer.⁶⁰

En koherent fortelling er konsistent, plausibel og fullstendig, og hvis fortelling A er mer koherent enn fortelling B, så er fortelling A mer akseptabel enn fortelling B.

En opplagt kommentar i forhold til koherens er at det må være bevisene som avgjør hva som må legges til grunn som faktum, ikke de indre egenskapene til den fortelling som blir fortalt.

Hadde det vært slik at bevisbedømmere resonnerer fra bevis til konklusjon omkring faktum, hadde det ikke vært noe grunn til å stille spørsmålstegn om konklusjonene var støttet av bevis, fordi uten bevis ville det ikke vært noen konklusjon. Derimot er det, som empirien viser, meget god grunn til å anta at bevisbedømmere baserer sine konklusjoner på troverdigheten av fortellinger presentert for dem. Pennington og Hasties modell er en empirisk tilnærming til bevisbedømmelse - deres sikkerhetsprinsipper er ikke å oppfatte som anbefalinger til bevisbedømmeren, men som elementer som inngår i bevisbedømmerens beskrivelse av forhold som rent faktisk påvirker bevisbedømmernes villighet til å akseptere en fortelling.

Dermed er “mangelen” ved kommentaren om at det er bevisene som avgjør, ikke de indre egenskapene til den fortelling som blir fortalt, at den ikke tar inn over seg at bevismidler forstås som fortellinger.

⁶⁰ Kolflaath (2004) s. 294

Slik jeg forstår koherensvurderingen er den kjernen i vurderingen av om fortellingen i det hele tatt kan aksepteres som en forklaring på bevissituasjonen. Koherens sier noe om hvor mye man har strukket fortellingen for at den skal være rimelig dekkende for bevisbildet. Blir det fortalt en fortelling gjennom bevisene som ikke oppfattes som koherent nok, vil fortellingen ikke være overbevisende.

At bevismidler tolkes som fortellinger medfører at det er en mulighet for at fortellinger ikke i stor nok grad er støttet av bevis. I følge Pennington og Hastie vil bevisbedømmeren kontrollere mot dette ved en dekningsvurdering.

5.4.1.2 Dekning

Dekning er i Pennington og Hasties terminologi en vurdering av fortellingens ytre egenskaper.

Det vil ikke være slik at alle de førte bevis inngår i begge fortellingene. For eksempel vil tiltaltes fortelling avvike fra påtalemyndighetens fortelling på en del områder, slik at hans fortelling neppe inkorporerer alle de bevis påtalemyndigheten har ført.

Men jo fler av de førte bevis som inngår i en fortelling, desto bedre er fortellingens dekning av bevisbildet. Dekningsbegrepet sier altså noe om i hvilken grad fortellingen tar hensyn til bevis som er ført i saken. I følge Pennington og Hasties prinsipp, dess større dekningsgrad, desto mer akseptabel er fortellingen som en forklaring på bevisbildet.

Som jeg nevnte i punkt 5.4 oppfatter jeg Pennington og Hasties modell slik at det er to overveielser som bevisbedømmeren må foreta for å nå sin konklusjon omkring faktum. Vi har sett på hvordan modellen beskriver vurderingen om hvorvidt fortellinger er akseptable, vi skal nå se på vurderingen angående fortellingens overbevisning.

5.4.2 Overbevisning

Pennington og Hastie drøfter overbevisningsvurderingen som en vurdering av om fortellingen er unik. Dersom mer enn en fortelling blir bedømt som koherent vil fortellingene ikke være unike, noe som medfører usikkerhet omkring faktum.⁶¹

⁶¹ Pennington & Hastie (1992) s. 191

Men for eksempel, hvis den fortelling påtalemyndigheten har fortalt via sin bevisførsel er koherent, dekkende og unik, vil den bli lagt til grunn. I følge Pennington og Hastie er det da slik at om tiltaltes fortelling er koherent, er ikke aktors fortelling unik, dermed fjerner man seg fra muligheten for en domfellelse.

Som nevnt i punkt 5.4 forstår jeg Pennington og Hasties modell slik at den er lite utfyllende i sin forklaring av hvordan bevisbedømmere bestemmer seg for hvilke bevismidler som skal inngå i fortellinger omkring faktum, altså vurderingen av det enkelte bevismiddel.

Den andre modellen jeg skal gå igjennom belyser dette spørsmålet. Modellen er basert på analyse av nederlandske strafferettsavgjørelser, men forfatterne antar med styrke at modellen for, og de feilkildene som blir påpekt ved bevisbedømmelsen er universelle.⁶²

5.5 Forankrede fortellinger

Wagenaar m.fl. (heretter Wagenaar) publiserte i 1993 boken “Anchored narratives ” som basert på empiri gir en deskriptiv teori for hvordan bevisbedømmere forankrer fortellinger i generelle oppfatninger om verden som vanligvis er gyldige.⁶³ Basert på studier av straffesaker i Nederland har Wagenaar utformet en teori om hvordan bevisbedømmere tenker når de tar stilling til det enkelte bevismiddel og fortellinger som blir fortalt i sakens anledning.

Hovedfortellingen som påtalemyndigheten forteller for retten, er fortellingen om at tiltalte er skyldig etter tiltalebeslutningen. Rettens oppgave er å finne ut av om denne fortellingen er sann. Fortellingens sannhet blir etablert gjennom bevismidler.

Sett at det i en drapssak blir ført et sakkyndig vitne for å uttale seg om muligheten for at et bitemerke i offeret kan stamme fra tiltalte. Den sakkyndige konkluderer med at bitemerket er identisk med tiltaltes bitt.

⁶² Wagenaar et.al. (1993) “preface” – upaginert side.

⁶³ Wagenaar et.al. (1993) s. 18

Om bevisbedømmeren har den oppfatning om verden at sakkyndige vitner i slike spørsmål ikke tar feil, og det ikke føres bevismidler eller innsigelser som problematiserer denne oppfatningen for bevisbedømmeren, kan han slutte fra sin oppfatning om verden til at fortellingen bevismidlet forteller er at “tiltalte har bitt fornærmede”. Dette beviset kan da inngå i fortellingen om at tiltalte er skyldig på det nivået det hører hjemme, for eksempel som en sub-fortelling. På hvilket nivå i fortellingsstrukturen beviset hører hjemme, avhenger av hva de er ment å opplyse. Dette kommer jeg tilbake til i detalj i punkt 7.

Om bevisbedømmeren har den oppfatning om verden at sakkyndige vitner i slike spørsmål har rett nesten like ofte som de har feil, må påtalemyndigheten underbygge fortellingen bevismidlet forteller, “tiltalte har bitt fornærmede”, med et bevismiddel som forteller hvorfor den sakkyndige ikke tar feil i denne saken, dette blir da en sub-sub-fortelling.

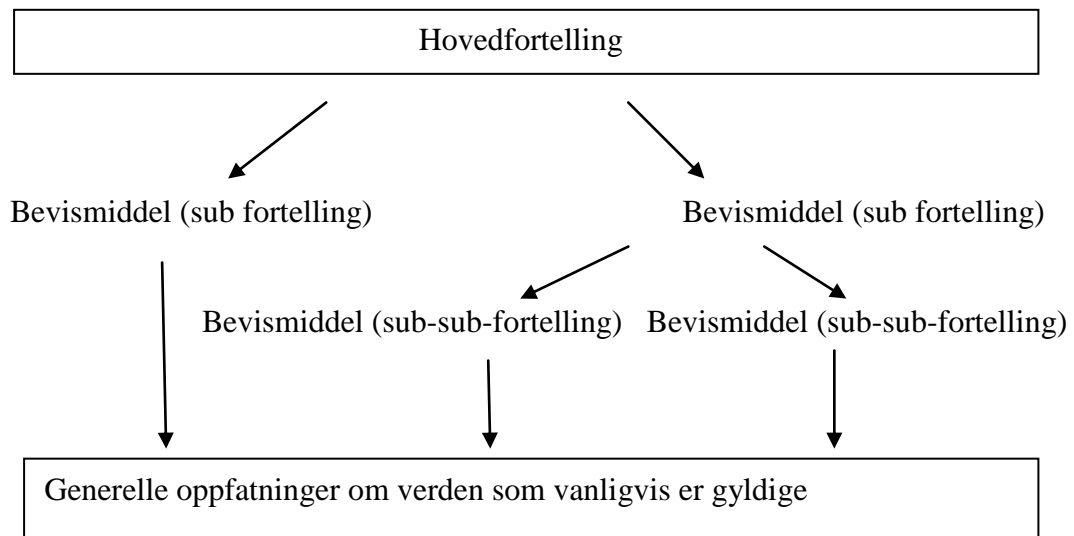
Alle bevismidler som underbygger og opplyser en hovedfortelling må være forankret i en generell oppfatning om verden som vanligvis er gyldig, for at bevisbedømmeren skal oppfatte bevismidlet som sant. Forankringen må være så god at det ikke fremstår som fornuftig å argumentere for hvorfor forankringen er for svak.⁶⁴ Som påpekt, om eksempelvis forsvareren forsøker å argumentere mot forankringen, og klarer å plante nok tvil om forankringen til at bevisbedømmeren ikke lenger føler han kan vektlegge bevismidlet, må nye bevismidler føres for å skaffe bedre forankring. Man får da sub-sub-fortellinger.

På den måten kan det dannes kjeder av bevismidler, fra bevismidlet (sub-fortellingen) som gir en opplysning av hovedfortellingen til bevismidler (sub-sub-(osv.)-fortellinger) som ligger under og opplyser hvorfor bevismidlet som ligger over det ikke trengs og betviles i denne sak.

⁶⁴ Wagenaar et.al.(1993) s. 38

Om påtalemyndigheten klarer å skape så mange eller så gode forankringer i generelle oppfatningen om verden, at forsvareren ikke klarer å så tvil om bevismidlet, vil fortellingen bevismidlet (sub-fortellingen) forteller, inngå i hovedfortellingen.

Vi får altså et hierarki av fortellinger, der hovedfortellingen ligger på toppen og forankres i bevis (sub-fortellinger) som kan være forankret i bevis (sub-sub-fortellinger), som til slutt er forankret i generelle oppfatninger om verden som vanligvis er gyldige. I følge Wagenaar får vi en situasjon der bevisbedømmeren simultant vurderer kvaliteten på forankring av bevismidlene og hvor fullstendig bevisstrukturen er.⁶⁵ Om bevisbedømmeren oppfatter en del av fortellingen som usikker kan han allikevel akseptere fortellingen som en helhet, ved for eksempel å tolke den usikre delen av fortellingen som mindre viktig enn de sikre delene.



Slik jeg forstår teorien til Wagenaar, er bevisføring å gi informasjon som kan opplyse hovedfortellingen, og å vise og etablere forankring mellom hovedfortellingen og generelle oppfatninger om verden som vanligvis er gyldige.

⁶⁵ Wagenaar et.al.(1993) s. 62

Det teorien legger til den vanlige oppfattelsen av hva bevisbedømmelse er, er at bevisbedømmeren bestemmer seg for om et bevismiddel kan inngå i fortellingen, basert på bevismiddelets forankring. Bevismiddelet går fra å være informasjon til å bli en opplysning om hendelsen som angivelig skal ha funnet sted, i det bevismiddelet blir forankret i en generell oppfattelse om verden som vanligvis er gyldig.

Forankring er altså en betegnelse på å gi et bevismiddel en grunn å stå på som bevisbedømmeren oppfatter som en generell oppfatning om verden som vanligvis er gyldig, slik at det ikke er noen grunn til å betvile at opplysningen bevismidlet gir er sann.

Som nevnt er teorien til Wagenaar er utviklet på bakgrunn av empiriske studier av hvordan bevisbedømmere tenker. Studien viser at slike generelle oppfatninger som brukes til bevisforankring som oftest er common-sense betraktninger.⁶⁶

5.5.1 Common-sense betraktninger

I følge Wagenaar er det en del typiske common-sense betraktninger som ofte underbygger om fortellinger blir akseptert eller avvist. Jeg lister opp noen eksempler på slike common-sense betraktninger som bevisbedømmere normalt er villige til å forankre bevis i, for å gjøre begrepet klarere:

Vitner under ed lyver sjeldent.

Vitner som kan tjene på å lyve under ed, kan gjøre det.

Vitner som har hatt en god mulighet til å se gjerningsmannen vil gi pålitelig identifikasjon.

Om to vitner bekrefter hverandres prov, tar de sjeldent feil.

Politibetjenter er mer troverdige som vitner enn andre vitner.

Sakkyndige vitner gjør omtrent aldri feil.

Påtalemyndigheten stevner sjeldent uskyldige for retten.⁶⁷

⁶⁶ Wagenaar et.al. (1993) s. 38

⁶⁷ Wagenaar et.al. (1993). s. 42

Studien til Wagenaar indikerer altså at bevisbedømmere anser slike generelle oppfatninger om verden som egnede forankringer for bevismidler. Eksempelvis vil det si at den sub-fortelling et sakkyndig vitnes uttalelse gir, inngår i det faktum som anses bevist fordi bevisbedømmeren har en generell oppfattelse at sakkyndige vitner omtrent aldri gjør feil.

Ved å studere bevisbedømmere og deres forankring av hovedfortellinger via sub-fortellinger til common-sense betraktninger har Wagenaar, utledet noen generelle betraktninger om forankringsprosessen.⁶⁸

Blant annet at ingen common-sense betraktning gir en absolutt trygg grunn for sub-fortellingen å stå på, men det blir ikke søkt etter bedre forankring når sub-fortellingen (via sub-sub-fortellinger) er forankret i en common-sense betraktning som oppfattes som sann, og det ikke fornuftig kan argumenteres mot betraktningen.

Et viktig poeng med slike common-sense betraktninger er at vi aksepterer dem som sanne, altså sikre forankringer for bevismidler, men dersom tanken som begrunner betraktningen blir eksplisitt formulert kan vi protestere på at de er sanne – eller til og med avvise betraktningen. Strukturen med å forankre bevismidler i common-sense betraktninger gir ingen garanti eller sikkerhet for at slutningen blir logisk eller rasjonell. Dette er en viktig feilkilde ved bevisbedømmelse, som jeg kommer tilbake til i del 3.

Jeg går inn i detaljene angående teorien om forankrede fortellinger i del 3, for å kunne behandle mine synspunkter i sammenheng med den teori jeg har mest tro på i forhold til å få en så pålitelig bevisbedømmelse som mulig.

6 Konklusjon omkring paradigmene i forhold til bevisbedømmelse

Som nevnt innledningsvis i oppgaven er bevisbedømmelse å slutte fra førte bevis til et faktum som danner grunnlaget for en dom. Om det skal straffedømmes må faktum som legges til grunn være bevist utover enhver rimelig tvil.

⁶⁸ Wagenaar et.al. (1993). s. 40

Poenget med normative teorier omkring bevisbedømmelse er å sikre at bevisbedømmelsen skjer ved logiske og rasjonelle slutninger, slik at man får en så pålitelig vurdering av bevisene som mulig.

Konklusjonen i forhold til temametoden, som sorterer under sannsynlighetsparadigmet, som grunnlag for bevisbedømmelsesteori i strafferetten er klar. Sannsynlighetstenkning basert på frekvensteori er ikke en god nok metode for å sikre logiske og rasjonelle slutninger ved bevisbedømmelse i et strafferettslig perspektiv. Det største problemet er at sannsynlighetstenkning basert på frekvensteori ikke nødvendigvis tar nok hensyn til det enkelte bevismiddel. Som nevnt kan forhåndssannsynligheten bli tillagt så stor vekt at den overskygger det enkelte bevismiddel man står overfor i den aktuelle sak.

Jeg har gått igjennom hovedpoengene i to deskriptive teorier, basert på empiriske undersøkelser, som faller inn under fortellingsparadigmet. De antyder for det første at fortellinger konstrueres på bakgrunn av de bevismidler som blir ført i saken. De bevismidlene som brukes til å underbygge en hovedfortelling er som oftest forankret i common-sense betraktninger. Det ser ut til at litt over halvparten av den konstruerte hovedfortellingen stammer fra bevismidler, resten av faktum er utfylt og innfortolket av bevisbedømmeren, på bakgrunn av erfaringskunnskap og generelle forventninger.

Den erfaringskunnskap bevisbedømmeren har når han gjør sine slutninger er det samme uansett hvilket paradigme man argumenterer under. Man kan kalle denne kunnskapen referansefortellinger, generelle oppfatninger om verden eller subjektivt begrunnede erfaringsmessige antakelser. Uansett er det som beskrives de erfaringer og oppfatninger som bevisbedømmeren henter common-sense betraktninger eller forhåndssannsynligheter fra.

Er det da noen grunn til å tro at en normativ bevisteori under fortellingsparadigmet gir en mer pålitelig bevisbedømmelsesteori enn en metode basert på frekvenssannsynlighet?

En grunn for å tro det er at fortellingsparadigmets deskriptive teorier om hvordan bevisbedømmere faktisk tenker, er basert på empiri. Grunnlaget for en normativ teori er dermed knyttet opp mot begrunnede antakelser om hvordan bevisbedømmere tenker.

En annen grunn er det jeg oppfatter som svakheter i hvordan erfaringskunnskapen til bevisbedømmeren anvendes ved frekvensbaserte sannsynlighetsteorier for bevisbedømmelse - som temametoden.

Ved temametoden antar bevisbedømmeren sannsynligheten for at et bevis er riktig på bakgrunn av hva han tror om sannsynligheten for skyldspørsmålet.

Problemet ved å bruke erfaringskunnskap hos bevisbedømmeren til å danne en forhåndssannsynlighet, er at det ikke gir noe sikkerhetsnett for å fange opp slutninger som ser pålitelige ut, men som egentlig ikke er logiske og rasjonelle.

Det er foreløpig ikke noen spesiell bevisteori som argumenterer under fortellingsparadigmat som har fått særlig tilslutning. Jeg vil gi mine synspunkter på hvilke momenter en normativ teori kan og bør ta hensyn til, og hvordan den kan utformes i det følgende. Jeg tar utgangspunkt i teorien om forankrede fortellinger, fordi jeg finner den mest lovende og fordi jeg ikke har sett at den har vært omtalt særskilt i norsk teori ennå.

7 Vil fortellingsparadigmat kunne gi grunnlag for en mer pålitelig bevisbedømmelsesteori enn sannsynlighetsparadigmat i et strafferettsperspektiv?

7.1 Oversikt over min fremstilling av en bevisteori

Det er to mulige resultater i en straffesak; enten finner retten at påtalemyndigheten har ført bevis som utover enhver rimelig tvil tilsier at tiltalte er skyldig, eller så må tiltalte frifinnes. For å straffedømme må det være ført bevismidler som i sum beviser utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig. Slutningene fra bevismidlene til hva som er bevist må være logiske og rasjonelle.

Slik jeg ser for meg bevisbedømmelsesprosessen starter det med at bevisbedømmeren for seg forelagt bevismidlene. Han forstår disse i en fortellingskontekst, han tolker og fyller ut de fremlagte bevismidlene slik at informasjonen de gir får et meningsinnhold.

Bevisbedømmeren tar stilling til i hvilken grad han tror på det fremlagte bevis. Oppfatter han vitnet som troverdig? Legger han den sakkyndige uttalelsen til grunn? Dette avhenger av de common-sense betraktninger han ser på som potensielle forankringer for bevismidlene. Om beviset lar seg forankre, opplyser det hovedfortellingen i forhold til den informasjonsverdi beviset har, altså med den fortelling det forteller. Om bevismidlet ikke lar seg forankre, kan bevisbedømmeren søke forankring av bevismidlet via andre bevismidler, eller han kan forkaste det. Han kan aktivt søke forankring, eller det fremkommer via bevisførselen uten at han tar grep. Om bevismidlet ikke lar seg forankre via andre bevismidler heller, blir beviset forkastet.

Etter endt bevisførsel sitter bevisbedømmeren igjen med minst en fortelling om hva som skjedde i hendelsen som tiltalen gjelder. Anser han fortellingen som bevist utover enhver rimelig tvil? Det har han antakeligvis tatt stilling til mens bevisene ble ført.

Slik jeg ser det, er en av de store feilkildene ved bevisbedømmelse at bevisbedømmere bruker common-sense betraktninger og andre forankringer som ikke er gode nok. Med det mener jeg betraktninger som anses å være generelle betraktninger om verden som vanligvis er gyldige, men som ikke er pålitelige i den grad at de kan legges til grunn i en strafferettslig sammenheng.⁶⁹

En annen betydelige feilkilde er at beviskravet ikke følges av bevisbedømmeren, jf. f.eks. utvalgets konklusjon i Moen-sakene.⁷⁰

Jeg kommer til å bruke lite plass på denne feilkilden, men jeg skal antyde noen grep som kan sikre at alle delene av det faktum som legges til grunn etter endt bevisbedømmelse blir vurdert opp mot beviskravet.

Metoden jeg ser for meg for å sikre at de betraktninger som legges til grunn er gode nok baserer seg på dele opp hovedfortellingen i kritiske episoder⁷¹ og vurdere forankringen

⁶⁹ Bratholm og Eskeland (2008) s. 173 S. Eskeland bruker ryggmargsreflekser, magesfølelse eller fordommer som eksempel på grunnlag for overbevisning som ikke holder i straffesaker.

⁷⁰ Se note 6

⁷¹ Se punkt 7.4

av bevisene som føres i forhold til disse episodene. De common-sense betraktninger som benyttes som forankringer må være logiske og rasjonelle.

Hovedpoenget som jeg skal vise er at bevisbedømmeren må vurdere hvor godt begrunnet den generelle betraktningen om verden som forankrer bevismidlene er, og han må avgjøre om kritiske episoder er å anse som bevist utover enhver rimelig tvil.

7.2 Bevisbedømmelse og forankring

Som jeg nevnte i punkt 2.1 er den tradisjonelle forståelse at bevisbedømmelse er en psykologisk prosess der dommeren skal ta stilling til et fortidig hendelsesforløp.

Bevisbedømmeren slutter på et fritt grunnlag fra de førte bevismidler til hvilke kjensgjerninger som skal kunne legges til grunn for dommen. At bevisbedømmelsen er fri og ikke bundet innebærer at det ikke er mulig å angi noen rangorden mellom ulike former for bevismidler, hva som kan utledes av de ulike bevismidlene og at hvilken vekt de skal tillegges er opp til retten å bestemme.⁷²

I det følgende kommer jeg til å diskutere forankring av bevismidler. Dette er et begrep som ikke i noen særlig grad har vært benyttet i juridisk litteratur tidligere. Hva betyr dette begrepet i forhold til bevisbedømmelse? Som nevnt flere ganger tidligere er bevisbedømmelse å slutte fra bevismidler til et faktum. Disse slutningene må være logiske og rasjonelle. Som jeg nevnte i punkt 5.5, er forankring en betegnelse på å gi et bevismiddel en grunn å stå på. Ved å forsikre seg om at man gir bevismidlet en grunn å stå på som er logisk og rasjonell kan man øke påliteligheten av bevisbedømmelsen. Bevisbedømmelsen vil fortsatt være fri, det er bevisbedømmeren som tolker hvilken fortelling bevismidlet forteller. Det er bevisbedømmeren som bestemmer hvilken vekt han vil tillegge det førte bevis, men han har et sikkerhetsnett i forhold til vilkårlige slutninger fra bevismidlene til faktum.

Jeg vil også presisere at helhetsvurderingen av det totale bevisbildet for å avgjøre om skyldspørsmålet er bevist utover en hver rimelig tvil ikke kan være en samlet vurdering av alle forankrede bevis. Om vurderingen er en samlet vurdering av alle forankrede

⁷² Se f.eks. Skoghøy, (2001) s. 437

bevis er det en fare for en kompensasjonseffekt. Er det eksempelvis utvetydig og opplagt at tiltalte er gjerningsmannen kan bevisbedømmeren “overføre” noe av overbevisningen om dette til spørsmålet om subjektiv skyld, slik at det spørsmålet også anses bevist utover enhver rimelig tvil selv om den isolert sett ikke er det.⁷³

7.3 Mulige formuleringer av beviskravet ved fortellingsparadigmet

Kolfaath har formulert et beviskrav i et fortellingsperspektiv som fremstår som ganske godt; det ikke skal finnes en plausibel forklaring på bevissituasjonen som impliserer at tiltalte er uskyldig.⁷⁴

En formulering som jeg tror kan utvikles til et enda bedre uttrykk for beviskravet i et fortellingsperspektiv, er utledet av modellen om forankrede fortellinger:

I forhold til den hovedfortelling som hevder at tiltalte er skyldig må de kritiske episoder være bevist utover enhver rimelig tvil, og det må ikke finnes en plausibel forklaring på bevissituasjonen som impliserer at tiltalte er uskyldig.

7.4 Kritiske episoder - beviskrav og forankring

En kritisk episode er et moment i hovedfortellingen som må være bevist utover enhver rimelig tvil for at hovedfortellingen skal kunne danne en fortelling om at tiltalte er skyldig. Et minimum av slike kritiske episoder er tre; gjerningsmannen må objektivt sett har begått den handlingen som er beskrevet i gjerningsbeskrivelsen i tiltalebeslutningen, gjerningsmannen og tiltalte må identifiseres som samme person og tiltalte må ha utvist subjektiv skyld. Forholdet til straffrihetsgrunner og tilregnelighet hos gjerningsmannen er to straffbarhetsvilkår som ofte ikke behandles eksplisitt i en hovedforhandling. Påtalemyndigheten fører normalt bare særskilte bevismidler for disse to vilkårene om det er grunn til å ta opp spørsmålet om straffrihet eller tilregnelighet på bakgrunn av etterforskningen som er gjort. Bevismidler angående disse temaene er ikke generelt etterspurt av retten for å kunne felle en dom, dermed er de ikke en del av de kritiske episodene som det må føres bevismidler omkring.

⁷³ Om kompensasjonseffekt, se Wagenaar (1993) s.73

⁷⁴ Kolfaath, (2004) s. 178

En kritisk episode for hovedfortellingen må altså være bevist utover enhver rimelig tvil. Er det rimelig tvil omkring identifikasjonen mellom tiltalt og gjerningsmann hjelper det ikke med utvilsom bevisførsel omkring gjerningsmannens straffverdige handling eller hans forsett, for eksempel via en overvåkningsfilm som har fanget opp en grov legemsbeskadigelse uten at man kan identifisere gjerningsmannen på filmen. Men det er jo slik at et bevismiddel kan si noe om alle de tre kritiske episodene, for eksempel en overvåkningsfilm som har fanget opp en grov legemsbeskadigelse og man kan identifisere gjerningsmannen på filmen. Det kan tenkes at det føres bevismidler som ikke angår en kritisk episode, men i forhold til skyldspørsmålet er slike bevismidler reelt sett uten betydning.

Forankring sier noe om hvor sikkert et bevis er. Jo tryggere den generelle oppfattelse som verden som begrunner et bevis er, desto sikrere er beviset. Dette kommer jeg tilbake til senere.

Poenget her er at det er en sammenheng mellom forankringens kvalitet og om noe kan anses bevist. For at en kritisk episode skal være bevist utover enhver rimelig tvil, må bevismidlene som er ført for å bevise episoden ha en forankring som er begrunnet i en oppfatning om verden det ikke er grunn til å betvile.

At et bevismiddel har en forankring det ikke er grunn til å betvile betyr at begrunnelsen for forankringen er så god at ingen av sakens parter antar at forankringen er noe annet enn sann.

Dette vil ikke dermed si at en kritisk episode er bevist utover enhver rimelig tvil fordi det ikke er tvil om forankring av bevismidlene omkring episoden. Begrunnelse av forankringer er et sikkerhetsnett for logiske og rasjonelle slutninger, det er ikke en sikker test av om beviskravet er oppfylt.

Hvordan man undersøker begrunnelsene for forankringer er temaet i punkt 7.7.

7.5 Forankring

Forutsetningen for at hovedpoenget jeg ga i avslutningen av punkt 7.1 i det hele tatt er et poeng, er at hvor godt begrunnet forankringen av et bevismiddel er, bestemmer hvor sikkert beviset er.

Bevismidler er *informasjon* om den hendelse som angivelig har funnet sted som blir presentert for retten. Denne informasjonen blir fortalt bevisbedømmeren og han forstår den i en fortellingskontekst. Bevismidler beviser ingenting før de er forankret; de blir ikke til bevis, i betydningen *opplysninger*, om hendelsen før det er forankret i en oppfatning om verden vi antar er gyldig. Dette følger av Wagenaars teori, og logisk må det også være slik.

Om vi får høre et vitne fortelle om en hendelse vil den tiltro vi får til fortellingen avhenge av vår tiltro til vitnet. Som eksempel, sett at det i en straffesak er to vitner, en politibetjent og en gatetigger, med fullstendig avvikende vitneprov. Politimannen forklarer seg stødig, kronologisk og uten å nøle om hva han har observert som indikerer at tiltalte er skyldig. Tiggeren forklarer sin fortelling, som indikerer at tiltalte ikke er skyldig, på en usammenhengende og fomlede måte, kanskje via en tolk.

Bevisbedømmelsen, altså slutningen fra informasjonen de to fortellingene gir til hvordan de opplyser den fortidige hendelse, vil kunne forankres i følgende common-sense betraktning: “Det sammenhengende vitneprovet til et skjerpet politisinn er troverdig, mens den fragmentariske og nølende fortellingen til tiggeren er mindre troverdig.” Common-sense betraktningen stikker ikke dypere enn det. Dette er en common-sense betraktning fordi slike betraktninger blir benyttet i stor utstrekning blant bevisbedømmere. Ettersom bevisbedømmere generelt aksepterer en slik betraktning er det ingen grunn til å anta at andre mennesker ikke hadde akseptert betraktningen, den oppfattes som common-sense å tenke på denne måten.

Denne forankringen sier derimot ingenting om slutningen er logisk eller rasjonell, om vi formulerer den underliggende tanke er den at jo enklere et prov er å forstå, og dess mer myndighet et vitne har eller opptrer med, desto større grunn er det til å tro på hva vedkommende sier.

Om dette er en logisk og rasjonell slutning avhenger av begrunnelsen bevisbedømmeren har for å anse common-sense betraktningen som sikker nok til at bevismidler kan bli forankret i den. Denne begrunnelse tar bevisbedømmere neppe stilling til ved sin bevisbedømmelse.

Forankring er altså en betegnelse på å feste lit til et bevis på bakgrunn av common-sense betraktninger eller andre betraktninger om verden. Forankringen i seg selv sier lite om hvor sikkert beviset er, men begrunnelsen for forankringen vil påvirke kvaliteten på slutningen fra bevismiddel til faktum.

7.6. Avslutning av forankringen

Når stopper man søken etter dypere forankring omkring et bevismiddel?

Som eksempel bruker jeg bevisførsel omkring identifikasjonen mellom gjerningsmann og tiltalt. Dette er en kritisk episode for hovedfortellingen, det skal da ikke være grunn til å betvile forankringen av bevismidlene omkring spørsmålet.

I saken er det ett vitnebevis som bekrefter identifikasjonen. Forankring blir forsøkt i common-sense betraktningen “Vitner som har hatt en god mulighet til å se gjerningsmannen vil gi pålitelig identifikasjon.” Det blir reist en innsigelse fra forsvarer angående hvor godt vitnet faktisk har observert gjerningsmannen. Bevisbedømmeren ser at forankringen ikke er god nok, og det føres et bevismiddel for å understøtte vitnebeviset, et fotografi som viser vitnets plassering i forhold til gjerningsstedet. Forankring blir forsøkt i common-sense betraktningen “vitnet hadde god utsikt og så gjerningsmannen godt, vitner som har hatt god sikt til gjerningsstedet tar sjeldent feil” Det blir på ny reist en innsigelse fra forsvareren, det var kveld, så lysforholdene var så dårlige at vitnet umulig kan ha sett gjerningsmannen klart nok til å kunne gjøre en sikker identifikasjon. Igjen ser bevisbedømmeren at forankringen ikke er god nok. Det føres bevismidler for å informere om lysforholdene på stedet. Det viser seg å være en meget godt opplyst plass. Forankring blir forsøkt i common-sense betraktningen “ lysforholdene var gode, vitner som gjør observasjoner under gode lysforhold tar sjeldent feil”.

Som eksempelet viser, avtar omfanget av hva bevismiddelet er ment å bevise desto lenger ned i kjeden man kommer. Om kjeden holder kommer man tilslutt ned på et detaljnivå som det er umulig å reise rimelig tvil omkring, men det er ikke nødvendig å søke så dypt for enhver forankring. Ved at man får forankret kjeden i en betraktning som det ikke er rimelig å betvile, inngår fortellingsskjeden i hovedfortellingen, i forhold til den kritiske episode det er ment som forankring for.

Wagenaar har oppstilt fire regler for når søken etter dypere forankring kan stoppe, tre av dem er gyldige for våre forhold⁷⁵:

1. Når bevismidlet som skal forankres viser seg å være falskt, for eksempel dersom det viser seg at vitnet i eksemplet hadde så dårlig utsikt at vitneprovet ikke kan stemme.⁷⁶
2. Når påtalemyndigheten og tiltalte er enige i at videre søken etter forankring ikke er nødvendig. Dersom påtalemyndigheten fører et bevismiddel som forsvaren ikke forsøker å motargumentere kan denne regelen anvendes.
3. Når retten aksepterer forankringen som sikker nok. Dette er på mange måter kjernen i bevisbedømmelsen, og det er her poenget med å vurdere begrunnelsen for forankringen kommer inn; for å forsikre seg om at forankringen er sikker må bevisbedømmeren vurdere sin begrunnelse for å anta at forankringen er god nok.

7.7 Bevismidler og deres forankring

Jeg skal i det følgende ta for meg noen typiske beviskategorier og si noe generelt om hvordan man må tenke for å avdekke begrunnelsen for forankringer.

Eskeland har inndelt bevis som etter sin art er forenlige eller uforenlige med at tiltalte er gjerningsmannen i tre grupper.⁷⁷ Disse tre er sikkert bevis, utelukkelsesbevis og sannsynlighetsbevis. Jeg er enig i at dette kan være en god overordnet inndeling og vil undersøke forankring for noen utvalgte bevismidler som faller inn under gruppene.

⁷⁵ Wagenaar (1993) s. 67. Den siste er absolutt sikre forankringer. Dette finnes i realiteten ikke, men i Nederland har de lovregulert at et politivitne skal anses som et absolutt sikkert bevis.

⁷⁶ Dette betyr ikke at vitnet lyver, vitner kan gjerne ta feil jf. note 10. Artikkelen sier at i 71 % av de undersøkte justismord er øyenvitnefeil en del av forklaringen på den gale dommen.

⁷⁷ Bratholm og Eskeland (2008) s 175-176

7.7.1 Sikkert bevis

Eskeland formulerer sikkert bevis som et bevis som etter sin art er forenlig med at tiltalte er gjerningspersonen, og det kan fastslås med sikkerhet at det må være tiltalte og ingen annen.

Relatert til modellen for forankrede fortellinger kan et sikkert bevis avgjøre hele hovedfortellingen, eller det kan avgjøre en kritisk episode i hovedfortellingen. Ettersom slike bevismidler kan føres for å opplyse og avgjøre en kritisk episode alene, bør begrunnelsen for forankringen være særdeles sterk. Det vil være kvaliteten på begrunnelsen av forankringen som avgjør om det er logisk og rasjonelt å forankre i betraktningen.

Om man for eksempel står overfor en overfallsvoldtekt der DNA fra sædprøver funnet i fornærmede er identisk med tiltaltes DNA, antas dette å være et sikkert bevis for at tiltalte og fornærmede har hatt seksuell omgang. Det avgjør altså en kritisk episode i hovedfortellingen, det er ikke nødvendig med ytterligere bevisførsel omkring dette temaet.

Grunnen for at man kan si at dette er et sikkert bevis er at naturvitenskaplig forskning tilsier at identisk DNA må stamme fra samme person (med unntak for eneggede tvillinger). I forhold til forankringsmodellen danner den naturvitenskapelige empirien en generell oppfatning om verden som det ikke er grunn til å stille spørsmålstegn ved.

Det som avgjør om et bevismiddel anses som et sikkert bevis av en bevisbedømmer, er hvor sikker bevisbedømmeren er på riktigheten av den generelle oppfatningen som beviset er forankret i. Common-sense betraktningen er “Jeg legger til grunn DNA-beviset som et sikkert bevis fordi to identiske DNA prøver må stamme fra samme person”.

Om all erfaring innen genetik tilsier at det ikke finnes to personer med identisk DNA, og bevisbedømmeren har kjennskap til denne erfaringen, kan han legge erfaringen til grunn som sikker kunnskap. Poenget er at beviset i så fall er forankret i en naturvitenskapelig anerkjennelse som er så velfundert at det ikke er plass til å stille

spørsmålstegn ved forankringen ut fra en alternativ common sense betraktning, naturvitenskapelig betraktning eller erfaringssetning.

For at et bevismiddel faktisk skal være sikkert, må begrunnelsen bevisbedømmeren har for hvorfor den generelle oppfatningen om verden som forankrer beviset er riktig, være så god at det ikke er rom for å betvile forankringen. “Jeg legger til grunn DNA-beviset som et sikkert bevis fordi all tilgjengelig empiri og forskning tilsier at to identiske DNA prøver kommer fra samme person, det er ingen grunn til å betvile det.”

Er ikke begrunnelsen for forankringen overbevisende, vil beviset være et sannsynlighetsbevis, i henhold til Eskelands inndeling.

7.7.1.1 Anker for sikre bevis

Hva slags oppfatninger om verden er så sikre at bevis som er forankret i dem faktisk kan legges til grunn som sikre? Da må vi analysere begrunnelsene for oppfatningene om verden.

La oss ta DNA-bevis som et eksempel.

For at et DNA-bevis skal være et sikkert bevis må oppfatningen om at to like DNA-prøver stammer fra samme person være “sann” i en slik grad det ikke kan reises rimelig tvil om oppfatningen. Hvis vi ser bort fra eventuelle feil som er gjort i innsamling, testing og kalkulering, gir DNA-matching et resultat som i liten grad påvirkes av menneskelige faktorer. Dermed kan man legge tallene objektivt til grunn, de må ikke nødvendigvis tolkes av en sakkyndig for retten.

I hvilken grad det er match mellom to DNA-prøver blir oppgitt i en profilfrekvens. Denne frekvensen indikerer i hvor ofte man kan forvente å finne samsvarende DNA-prøver. Uten å ha gjort dype undersøkelser har jeg sett tall fra 1/3000 til 1/350 000 000 i eksempler på profilfrekvens. Tallenes nøyaktighet er ikke viktige i seg selv i denne sammenheng. Poenget er at frekvensen må være meget lav for at det ikke skal kunne reises rimelig tvil omkring et DNA-bevis. Om et drap er begått i Oslo-området, på et uspesifisert tidspunkt og sted og vi antar at det bor 600 000 mennesker i Oslo er det potensielt 200 personer i Oslo vil matche et DNA-spor, med en 1/3000 profilfrekvens. Selv om vi avgrensner for kjønn på bakgrunn av DNAet og kan avgrense i forhold til tid

og sted slik at man er nede i 30 000 mennesker er det fortsatt 10 potensielle gjerningsmenn. I en slik setting avgjør ikke DNA-beviset en kritisk episode i hovedfortellingen alene.

Men dersom DNA-beviset brukes som et bevis sammen med andre bevismidler blir situasjonen en annen. Om man har vitnebevis som knytter tiltalte til en fest der et drap er begått, det var 50 personer til stede og man har en profilfrekvens på 1/10 000 fra DNA funnet på offeret er det 1/200 for at en annen person på festen har lik DNA innenfor profilfrekvensen, som tiltalte. Selvfølgelig kan det ha skjedd DNA-smitte og det kan foreligge andre feilkilder, men det er utenfor hva eksemplet forsøker å vise. Poenget er at et DNA-bevis er et sterkt bevis fordi det ikke trenger særlig mye støtte fra andre bevismidler for at fortellings-treet som beviset inngår i må regnes som sikkert, men DNA-beviset er da ikke et sikkert bevis alene.

7.7.1.2 Sannsynlighetstenkning ved forankring av bevis

Ved bevismidler som DNA-bevis, sier sannsynlighetsregning noe om hvor godt forankret bevismidlet er. Grunnen til det, er at vi kan si noe omkring antall “gunstige” løsninger i en populasjon uten å basere oss på subjektivt antatte frekvenser. Det er ikke mange typer bevismidler hvor dette er tilfelle, som oftest når bevisbedømmere legger til grunn sannsynlighetstenkning ved konkret bevisbedømmelse begår de “prosecutor’s fallacy”.⁷⁸ Dette er en resonneringsfeil som skjer ved å slutte fra generell sannsynlighet til sannsynlighet i den enkelte sak. For å bruke DNA-eksempelet fra tidligere; en profilfrekvens på 1/3000 vil ikke si at det er 99,99967 prosent sannsynlighet for at tiltalte og gjerningsmannen er samme person. 1/3000 sier bare noe om hvor ofte man kan forvente å finne en DNA-profil med samme grad av likhet.

Det viktige poenget er at en slutning om at to observerte likheter er det samme, fordi det statistisk er langt mellom hver gang man kan forvente å observere likhet er en upålitelig slutning.

Den generelle betraktningen er at meget få bevis kan anses som sikre *alene*.

⁷⁸ Se Bratholm og Eskeland (2008) s. 182

Det eneste bevismiddel jeg kan tenke meg utover et DNA-bevis med særdeles lav profilfrekvens (en til tilnærmet uendelig) er f.eks. et overvåkningskamera som klart identifiserer tiltalte forsettlig utfører en straffbar handling.

7.7.2 Utelukkelsesbevis

Et utelukkelsesbevis er et bevis som avgjør at tiltalte ikke er rett gjerningsmann. Er et drap fanget opp av et videokamera og det fremgår av filmen at drapsmannen ikke kan være tiltalte, må han naturligvis utelukkes som gjerningsmann. Forankringen av slike bevis skjer på bakgrunn av de samme oppfatninger som for sikre bevis, men det er vesentlig enklere å konkludere. Det er mange flere forankringer for ting som sikkert utelukker hverandre enn for ting som sikkert identifiserer hverandre. Er det bevist at gjerningsmannen har blodtype A er det et utelukkelsesbevis om det føres bevismidler for at tiltalte har blodtype B, mens det selvfølgelig ikke er et sikkert bevis for identifikasjon at tiltalte og gjerningsmann har samme blodtype. I forhold til utelukkelse er DNA-bevis et meget sterkt bevis.

7.7.3 Andre bevis, sannsynlighetsbevis⁷⁹

Bevismidler som ikke avgjør saken eller en kritisk episode, er bevismidler som kan være med på å forankre en kritisk episode slik at forankringen i sum anses som sikker.

Jeg vil gå igjennom noen hovedkategorier av bevistyper for å gi eksempler på hvordan resonnering omkring hvor godt begrunnet forankringen er gir grunnlag for å si hvor sikkert beviset er.

7.7.3.1 Sakkyndigbevis/ tekniske bevis

Jeg vil her behandle en ofte forekommende situasjon, at et teknisk bevis blir presentert av en sakkyndig.

⁷⁹Bratholm og Eskeland (2008) s. 176 Eskeland omtaler bevis som ikke faller i kategorien sikkert bevis eller utelukkelsesbevis som sannsynlighetsbevis. Slike bevis trekker med større eller mindre grad av sannsynlighet i retning av at tiltalte er gjerningspersonen. Grunntanken i min fremstilling er den samme, men argumentasjon, begrunnelse og terminologi er knyttet mot fortellingsparadigmet og teorien om forankrede fortellinger.

Det typiske bruksområde for sakkyndige bevis er ved opplysning av spørsmål som faller utenfor den kunnskap som det er vanlig å ha erfaring om. En forholdsvis vanlig sakkyndig vurdering går ut på å anslå om det er sammenheng mellom to forhold. Stammer fingeravtrykket som er funnet på åstedet fra tiltalte, matcher fiberrestene funnet på offeret med teppet hjemme hos tiltalte, om kulen funnet i offeret stammer fra et bestemt våpen og liknende. Sakkyndige vurderinger er ikke begrenset til slike vurderinger. Eksempelvis brukes sakkyndige ved vurdering av psykose/psykiske lidelser, andre medisinske forhold, brannårsaker, brannutvikling o.l.

7.7.3.2 Forankring av sakkyndigbevis/ tekniske bevis

Det er en nok relativt vanlig ved bevisbedømmelse å legge sakkyndige vurderinger av tekniske bevis til grunn for faktum, uten å se nærmere på begrunnelsen for at man har slik tiltro til bevismidlet.

Forankring av sakkyndige vurderinger skjer gjerne gjennom autoriteten til den sakkyndige. Ofte vil ikke forsvaren forsøke å utfordre den sakkyndige på hans vurdering og for bevisbedømmeren er det enkelt å legge til grunn common-sense betraktningen “sakkyndige tar sjeldent eller aldri feil”.

Hva bør bevisbedømmeren vurdere for å kunne ta stilling til om forankringen er sikker nok? Sakkyndige vurderinger, og spesielt slike av tekniske bevis, skjer gjerne på bakgrunn av en undersøkelse eller studie av en gjenstand eller person. Det første man må ta rede på er om uttalelsen faller inn under det felt som den sakkyndige har sin ekspertise. For eksempel har barneleger blitt benyttet som sakkyndige på unge pikers underliv, og uttalt seg om hvor pålitelig barns uttalelser er.⁸⁰ Barneleger har ikke nødvendigvis ekspertise på disse områdene.

Deretter bør det redegjøres for generell aksept for metodologien som er benyttet og feilkilder knyttet til metodologi og usikkerhet i den konkrete sak. Den sakkyndige må

⁸⁰ Bratholm og Eskeland (2008) s. 156

oppfordres til å tydeliggjøre tvil omkring sin konklusjon og han bør redegjøre for reliabilitet⁸¹ og validitet⁸² ved metoden han har benyttet.

Et problem her, som er påpekt i Science-artikkelen jeg nevnte innledningsvis i oppgaven, er at sakkyndige tenderer til å anta sin vitenskap som uten feil, at feilkildene er menneskelige feil og ikke metodefeil.⁸³ Artikkelen påpeker som eksempel at man kan finne feilrater på ca. 40 % for sammenlikning av håndskrift, opp mot 64 % falske positiver for bitemerkeanalyse.⁸⁴ Denne type informasjon burde sakkyndige ha og bevisbedømmeren få.⁸⁵

En lav reliabilitet og validitet er ikke i seg selv en grunn til å avvise den sakkyndige uttalelsen, men mangel på redegjørelse vil kunne være det. Eksempelvis vil en sakkyndiguttalelse om et bittmerke med lav reliabilitet og lav validitet i det minste kunne si noe om beviset kan brukes som et utelukkelsesbevis; “det kan ikke utelukkes på bakgrunn av beviset at gjerningsmannen og tiltalte er samme person”. Det er viktig å presisere at en slik uttalelse ikke trekker i retning av at tiltalte og gjerningsmann er samme person. I forhold til identifikasjonsspørsmålet vil derimot beviset ikke ha noen verdi.

Ved å få informasjon omkring og ta stilling til slike momenter vil bevisbedømmeren selvstendig kunne vurdere hvor sikker begrunnelsen for forankringen av beviset er. Er forankringen sikker vil det momentet som den sakkyndige vurderingen er ment å opplyse i forhold til den kritiske episode kunne legges til grunn. Utgangspunktet dersom forankring er usikker, er at dypere forankring søkes eller bevismidlet forkastes. I forhold til sakkyndige vurderinger kan det være vanskelig å søke dypere forankring – retten har søkt støtte hos den sakkyndige for å få opplysning om et spørsmål den ikke har kunnskap om. Om man ikke klarer å få en dypere forankring, må bevismidlet forkastes.

⁸¹ I betydningen hvor sikker en måling eller undersøkelse er.

⁸² I betydningen hvor godt man har klart å måle eller undersøke.

⁸³ Saks, M.J., Koehler, J.J. (2005) s. 894

⁸⁴ Saks, M.J., Koehler, J.J. (2005) s. 895

⁸⁵ En løsning hadde vært en hadde vært at alle sakkyndige som opptrer for retten redegjør for generelle feilkilder og feilrater.

7.7.4 Vitnebevis

Først og fremst diskuterer jeg vitner i betydningen øyenvitner i det følgende. Betragtningene kan for så vidt brukes på andre typer vitner, men øyenvitnet er det “klassiske” vitnet.

Vitnebevis er et meget viktig bevismiddel i strafferetten, ikke minst på grunn av kvantitet.

Et vitne kan ha en interesse av å vitne falskt. Et vitne kan lyve for å hindre en domfellelse eller det kan lyve for å øke muligheten for en domfellelse. I tillegg kan et vitne huske feil. Det er altså to kilder til gale vitneprov, bevisst løgn og falske minner.

Forsøk antyder at mennesker som blir satt til å skille løgn fra sannhet ikke lykkes i noe særlig større grad enn om de hadde gjettet.⁸⁶

Innen psykologien har man begrepet kognitiv redigering. Med det menes at hukommelsen for hva som tidligere har hendt tilpasses nåværende kunnskap, nåværende holdninger og følelser.⁸⁷ I praksis skjer kognitiv redigering ved utfylling fra sosiale stereotypier som styrer vår fortolkning av hendelser, redigering av innkodede minner og ytterligere fordreining av minnet når hendelsen gjenfortelles.⁸⁸ Dette fenomenet har en sammenheng med utfylling fra referansefortellinger som er diskutert i punkt 5.2.2 Denne feilkilden ved vitneprov må man også ta hensyn til ved forankring av bevismiddelet.

7.7.4.1 Forankring av vitnebevis

Et vitnebevis kan forankres i mange forskjellige common-sense betraktninger. “Vitnet snakker sant fordi hun virker troverdig”, “vitnet husker godt fordi han husker detaljer, dermed snakker han sant”. Fordi det er så enkelt å finne common-sense betraktninger å

⁸⁶ Magnussen (2007) s. 193

⁸⁷ Magnussen (2007) s. 138

⁸⁸ Magnussen (2007) s. 139

forankre vitnebevis i, er det en stor fare for at vitnebevis som underbygger den fortelling retten tror på blir vektlagt. Vitnebevis som reelt sett kan være like godt forankret, men som går i mot fortellingen retten tror på blir forkastet.

Common-sense betraktninger for å forankre vitneprov som bevis, som baserer seg på om bevisbedømmeren kan avsløre at vitnet snakker sant eller ikke, eller at bevisbedømmeren kan røpe falske minner, er dårlige forankringer. Det finnes ikke begrunnelser for oppfatninger om at man har evne til å avsløre løgn eller røpe falske minner som er gode nok.

Et godt utgangspunkt for forankring av vitnebevis er å si at ethvert vitnebevis trenger to kjeder av forankringer, en kjede for å sikre mot løgn og en kjede for å sikre mot falske minner.⁸⁹ Begge kjedene vil forankres på bakgrunn av de samme common-sense betraktninger, men ved å forankre i forhold til begge feilkilder får man tatt i betraktning begrunnelsene for hvorfor det ikke er løgn eller falske minner.

De fleste atferdstegn hos vitner har ingen som helst systematisk sammenheng med løgn. Tegn som unnvikende øyebevegelser, blinking og endring av sittestilling er ikke objektive atferdstegn på løgn. Faktisk er det slik at enkelte atferdstegn som subjektivt er tolkes som atferdstegn på løgn (håndbevegelser, gestikulering) heller er tegn på at vitnet snakker sant.⁹⁰ Poenget er at slike tegn er altfor usikre til å brukes som forankring av vitneprov. Forankring for provet bør søkes gjennom kriterier som forholder seg til den fortelling vitnet gir, ikke vitnets person eller fremtoning i retten.

Pennington og Hasties sikkerhetsprinsipper er et godt utgangspunkt. Selv om modellen er deskriptivt utformet, gir den vurderingstemaer omkring godheten av fortellinger. Ved å vurdere vitneprovet i lys av konsistens, plausibilitet og fullstendighet får man kriterier som kan belyse om det er empiriske og logiske umuligheter ved vitneprovet. Ved å vurdere vitneprovets dekning i forhold til andre bevismidler som er forankret, får man kriterier utenfor vitneprovet og vitnets person å vurdere sannheten mot.

⁸⁹ Wagenaar (1993) s.169

⁹⁰ Magnussen (2007) 197-198

Ved å begrunne forankringen av et vitneprov i eksempelvis “vitneprovet er sant, fordi provet har god dekning av andre forankrede bevis, fortellingen vitnet gir er plausibel og konsistent” og “vitneprovet er ikke falskt fordi det er plausibelt å huske i en slik grad av detaljering og detaljene har god dekning i de andre forankrede bevis” har man en mye bedre begrunnelse for forankringen enn “vitneprovet er sant fordi vitnet er troverdig”.

7.8 Bevismidler som ikke lar seg forankre

Det kan selvfølgelig føres bevismidler som søker å forankre en kritisk episode, men som ikke lar seg forankre i en common-sense (eller annen) betraktning som er “sann” eller sikker nok til at bevisbedømmeren føler han kan vektlegge beviset.

Det vil naturligvis ikke si at tiltalte skal frifinnes fordi at ett bevismiddel som er ført ikke lar seg forankres i en gyldig betraktning. Det vil bare si at bevismiddelet ikke tillegges noen vekt, fordi bevisbedømmeren anser det for usikkert.

Hvilken betydning det har at bevismidlet ikke lar seg forankre avhenger av hva bevismidlet er ført for å forankre. Er bevismidlet, for eksempel en sub-sub-sub-fortelling angående identifikasjonsspørsmålet, allerede forankret via andre bevismidler, vil det ikke påvirke vurderingen at dette bevismidlet ikke lar seg forankre.

Bevismidler som påtalemyndigheten fører for tiltaltes skyld, som ikke lar seg forankre, gjør ikke at uskyldige blir dømt. Problemet er bevismidler som blir forankret i betraktninger som er for usikre.

7.9 Hva er funnet bevist utover enhver rimelig tvil

Bevisbedømmeren har nå forankret alle bevismidler som er ført for tiltaltes skyld, slik at de kritiske episodene i fortellingen er underbygget i sikre forankringer. Han må nå vurdere om denne fortellingen er god nok til at han legger den til grunn som sann.

I forhold til Pennington og Hasties sikkerhetsprinsipper vil bevisbedømmeren nå sitte med en fortelling som er akseptabel. Om bevismidlene er logisk og rasjonelt forankret vil fortellingen være koherent og dekkende. Men den trenger ikke være overbevisende. For å være overbevisende må fortellingen være unik. For å vurdere om noe er unikt må

man ha lett etter andre fortellinger som også kan være plausibel i forhold til bevismidlene som er ført.

En modell som kan brukes til å vurdere om fortellingen er overbevisende er “slutning til beste forklaring”.

Slutningsmønsteret kan settes opp slik:

D er en gitt samling data (fakta, observasjoner).

Hypotesen H forklarer D.

Ingen andre hypoteser forklarer D så godt som H.

H er trolig sann.⁹¹

Hvor overbevist retten er omkring bevissituasjonen i forhold til den fortelling påtalemyndigheten forteller avhenger av hvor godt man har lett etter alternative fortellinger.

Vurderingen “ingen andre hypoteser forklarer D så godt som H” fordrer en aktiv søken etter alternative hypoteser. Det er tilfredsstillende i forhold til straffeprosesslovens § 294, at retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst.

Dersom bevisbedømmeren aktivt søker alternative fortellinger til den som pålegger straffeansvar, blir vurderingen av det samlede bevismaterialet mer pålitelig.

8 Oppsummering/ konklusjon

Målsetningen for bevisbedømmelse i straffesaker er å finne ut av hva som har skjedd i fortiden. Er tiltalte gjerningsmannen? Er det skjedd en straffbar handling, slik det påstås? Er det utvist den nødvendige skyld? Dette skal bevises, og det skal bevises utover enhver rimelig tvil.

Pennington og Hastie har påvist at litt over halvparten av innholdet i bevisbedømmeres (jurymedlemmers) fortellinger om saksfakta er hentet direkte fra de førte bevismidler.

⁹¹ Lycan, (1988) s. 129

Det resterende er redegjørelser om hendelser, handlinger, sinnstilstander og motiv som bevisbedømmerne hadde sluttet seg til når bevisene ble satt i sammenheng med generell kunnskap om verden. Det ligger i vår natur å resonnere slik. Vi tolker informasjon vi blir gitt i de forståelsesrammer vi har. Det er et grunnleggende trekk ved menneskelig kommunikasjon og kontinuerlig undersøke hvorvidt fortellinger vi utsettes for stemmer med fortellinger vi kjenner fra egne liv.⁹² At bevisbedømmere aksepterer bevismidler på bakgrunn av common-sense betraktninger kan det ikke være særlig tvil om, og det må det også være rom for. Det viktige er at betraktningene er begrunnet på en betryggende måte.

Bevisbedømmeren skal slutte fra bevismidler til faktum ved hjelp av logiske og rasjonelle slutninger.

Ved å forankre bevismidlene i godt begrunnede forankringer, ikke i common-sense betraktninger som ikke holder i en strafferettslig sammenheng, har man et bedre utgangspunkt for å få mer logikk og rasjonalitet inn i bevisbedømmelsen.

Jo sterkere en forankring er, desto sikrere er beviset. Kan man forankre et bevis i en naturvitenskaplig anerkjennelse, et objektivt kriterium, noe som ikke er en subjektiv tolkning, må dette gå foran svakere bevis. Common-sense er langt fra ofte "sense" i en rettslig sammenheng. Etter min mening burde det vært stilt krav til at bevisbedømmere redegjorde for hvilke betraktninger de forankrer at tiltalte er å domfelle for, i forhold til identifikasjon, den lovstridige handling og subjektiv skyld.

Finnes det en plausibel forklaring på bevissituasjonen som ikke leder til at tiltalte er skyldig, er ikke skylden bevist utover enhver rimelig tvil. Bevisbedømmere bør aktivt lete etter fortellinger som er plausible i forhold til de forankrede bevis og som ikke leder til at tiltalte er skyldig.

⁹² Kjus (2008) s. 34

9 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Norsk straffeprosess 4.utg. Oslo 2009

Brandtzæg og Eskeland, Rettsmedisinsk sakkyndighet i fortid, nåtid og fremtid, Oslo 2007

Eckhoff, Temametode og bevisverdimetode på ny, festskrift til Bolding, Stockholm 1992

Hov, Rettergang I, Oslo 2007

Kjus, Sakens fakta, Oslo 2008

Lycan, Judgement and justification, Cambridge 1988

Magnussen, Vitnepsykologi 2.oppl. Oslo 2007

Robberstad, Sivilprosess, Oslo 2009

Schank , Tell me a story: Narrative and intelligence, New York 1990

Skoghøy, Tvistemål, Oslo 2001

Wagenaar et.al. Anchored narratives – The Psychology of Criminal Evidence, Hemel Hempstead 1993

Zahle, Om det juridiske bevis, København 1976

Artikler:

Andersen, Frifunnet for straff, dømt til erstatning, Tidsskrift For Strafferett 1999-02-1 s. 52

Kolflaath, Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger? JV-2004-279

Pennington & Hastie, Explaining the Evidence: Tests of the story model for juror decision making, Journal of personality and social psychology, vol. 62 nr. 2. 1992

Saks, M.J., Koehler, J.J. 2005 The coming paradigm shift in forensic identification science. *Science* 309:892-5

NOU:

NOU 1996: 15 Lilandsaken

NOU 2007: 7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie

NUT:

NUT-1969-3. Innstilling fra Straffeprosesslovkomiteen

