

Uskyldspresumsjonen som beviskrav i norsk straffeprosess



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 612
Leveringsfrist: 26.4.2011

Til sammen 17 967 ord.

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>HENSYN OG BEGRUNNELSE</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>RETTSGRUNNLAG</u>	<u>7</u>
3.1	Norsk rett	7
3.2	EMK art 6 nr. 2.....	8
3.3	Noen metodiske betraktninger	10
<u>4</u>	<u>USKYLDSPRESUMSJONENS ULIKE SIDER.....</u>	<u>12</u>
4.1	Upartisk og nøytral domstol	13
4.2	Vern om omdømme	14
4.2.1	Før endelig fellende dom	14
4.2.2	Etter frifinnende dom.....	14
4.3	Omvendt bevisbyrde og objektiv straffansvar	16
4.4	Beviskrav og bevisbyrde	17
4.4.1	Bevisbyrde	17
4.4.2	Beviskrav	19
<u>5</u>	<u>USKYLDSPRESUMSJONENS FORHOLD TIL ANDRE RETTIGHETER OG PRINSIPPER SOM GJELDER UNDER RETTERGANGSPROSESSEN</u>	<u>21</u>
5.1	Om prinsipper og regler.....	21
5.2	Uskyldspresumsjonen som prinsipp	21
5.3	Ulike prinsipper som gjør seg gjeldende	22
5.3.1	Styrking av legalitetsprinsippet	22

5.3.2	Det materielle sannhetsprinsipp.....	22
5.3.3	Bevisumiddelbarhetsprinsippet.....	24
5.3.4	Prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisvurdering	25
5.3.5	Kontradiksjon	25
5.3.6	Forbud mot selvinkriminering	26
5.3.7	Sammenheng mellom prinsippene	27
6	<u>GENERELT OM BEVIS</u>	27
6.1	Begreper	27
6.2	Bevismidler.....	28
6.2.1	Forklaringer	28
6.2.2	Reelle bevismidler	29
6.2.3	Dokumentbevis	29
6.3	Bevistema.....	29
6.4	Ulike bevisgrader	30
7	<u>BEVISTEORIER.....</u>	31
7.1	Sannsynlighetsteoriene.....	32
7.2	Den normative atferdsteori.....	34
7.3	Den induktive metode.....	34
7.4	Pragmatisk bevismodell - alternative hypoteser	35
7.5	Koherensmetoden og bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring	37
7.6	Implikasjoner for bevisbedømmelsen	40
7.7	Retningslinjer for bevisbedømmelsen.....	41
7.8	Oppsummering	43
8	<u>DE ULIKE BEVISTEORIENE I PRAKSIS</u>	44

8.1	Norsk rett	44
8.1.1	Litt om politiets etterforskningsmetoder.....	47
8.2	Svensk rett.....	49
8.3	EMDs praksis.....	51
8.4	Litt om skjæringsfeltet mellom Strpl.§ 306 og EMK	53
9	<u>ER DET BEHOV FOR Å UTVIKLE RETNINGSLINJER FOR BEVISBEDØMMELSEN?</u>	55
10	<u>STILLER BEVISKRAVET ETTER USKYLDSPRESUMSJONEN ET KRAV OM Å ANVENDE OG Å UTVIKLE KONKRETE RETNINGSLINJER SOM DE ULIKE BEVISTEORIENE GIR ANVISNING PÅ, UNDER BEVISBEDØMMELSEN?.....</u>	58
10.1	Lover.....	60
10.1.1	Norske lover.....	60
10.1.2	Konvensjoner	60
10.2	Rettspraksis.....	60
10.2.1	Høyesterett	60
10.2.2	EMD	61
10.2.3	Svensk Högsta Domstol.....	62
10.3	Juridisk litteratur	62
10.4	Annet.....	64

1 Innledning

Uskyldspresumsjonen er et grunnleggende og universelt anerkjent rettslig prinsipp. Ingen må anses skyldig inntil det er bevist ved lov, og den tiltalte må formodes uskyldig inntil skyld kan konstateres på lovens foreskrevne måte. Uskyldspresumsjonen henger nøye sammen en rekke straffeprosessuelle prinsipper, og det er også omdiskutert om prinsippet stiller krav til utforming av den materielle strafferett. Ethvert moderne rettssystem møter på en konstant utfordring i å balansere mellom på den ene siden uskyldige individers rett til beskyttelse, og på den annen side straffesystemets effektivitet og samfunnsinteressen i å domfelle og straffe skyldige.

Uskyldspresumsjonen har flere sider. Hovedfokus i denne avhandlingen er uskyldpresumsjonen som et beviskrav i straffesaker. Avhandlingen vil derfor fokusere mindre på uskyldpresumsjonen generelt som et prinsipp. Grensen mellom disse elementene er imidlertid ikke klar og et skarpt skille er heller ikke ønskelig, ettersom også uskyldspresumsjonen som et generelt prinsipp er egnet til å belyse beviskravet.

Med beviskrav i straffesaker forstår jeg krav som stilles til bevisenes sannsynlighet og robusthet for å kunne idømme straffeskyld.

Uskyldspresumsjonen har frem til 1999 ikke vært lovfestet i noen formell norsk lovbestemmelse, men er likevel sikker sedvanerett, og en rekke bestemmelser kan anses som utslag av prinsippet. Prinsippet følger også av Norges folkerettslige forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950¹ art 6 nr. 2 og FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966² art 14 nr. 2. Begge disse konvensjonene er gjort til gjeldende norsk rett etter Lov om rettergangsprosessen i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25³ § 4 og etter Lov om

¹ Heretter EMK

² Heretter SP

³ Heretter strpl.

styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30⁴ § 2 nr. 1 og § 3.

Bestemmelsen gir rettigheter til individet og oppstiller forpliktelser for staten, og retter seg både mot lovgiveren, domstolene og påtalemyndigheten. Uskyldspresumsjonen kan også ha virkning for private parter, for eksempel massemedia. Formålet er å hindre uriktig domfellelse, å ivareta omdømme til en som er under etterforskning inntil skyld er konstatert og å ivareta omdømme til en som er frifunnet.

Ideen om uskyldspresumsjonen kan spores langt tilbake i tid. Konseptet kan føres helt tilbake til babylonerne og antikken. Også i romerretten hadde prinsippet en sentral plass og ble nedfelt i Justinians lovverk⁵. Dette har senere blitt ansett for å være en verdifull kilde for læren om at skyld må bevises ikke presumeres, og det har dannet fundament for anerkjennelse av prinsippet om at en person ikke må dømmes til straff i fravær av klare bevis. Maksimen står meget sterkt historisk og er i dag gjeldende rett i de fleste moderne rettsstater.

I eldre rett opererte man med legal bevisbedømmelse: det var loven selv som bestemte hvilken vekt de ulike bevismidler skulle tillegges.⁶ Etter hvert trengte prinsippet om fri bevisbedømmelse igjennom, dommeren kunne finne sannheten i saken hvis han er ubundet av lovregler.

Hva som ligger i at retten må være “ sikker på” og “overbevist om”, i at ”det kreves fullt bevis”, eller at ”rimelig tvil” ikke må foreligge er det ikke enkelt å si noe om på generelt grunnlag. Ordlyden og rettspraksis gir liten veiledning. Mulighet til å føre

⁴ Heretter mskl.

⁵ “*In dubio pro reo*”. Ulike formuleringer brukes for å uttrykke dette prinsippet, for eksempel: ”*bedre at en skyldig går fri enn at ti uskyldig blir dømt*”, jf. Andrew Stumer: *The presumption of innocence*, Oxford, 2010 s. 2 note 1 og note 4. ”*Ved tvil til fordel for tiltalte*”, se Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, 2003, s. 27.

⁶ For eksempel N.L. 1-13-1

kontroll med bevisvurderingen er begrenset fordi dommen sjeldent redegjør for beviskrav, utover om straffeskyld er bevist eller ikke bevist.⁷

Som en hypotese for denne avhandlingen vil jeg undersøke om uskyldspresumsjonen som beviskrav må sies å stille klarere og mer konkrete krav til bevisvurderingen i straffesaker, enn det som er tilfelle i dag etter gjeldende rett. Det er med andre ord et spørsmål om hva som ligger i uskyldspresumsjonen som beviskrav, og om rettsanvenderen og i siste instans Høyesterett *følger* eller *bør følge* disse kravene i praksis.

Mitt syn er at uskyldspresumsjonen som beviskrav fordrer at man anvender ulike bevisteorier som retningslinjer under bevisbedømmelsen, særlig Christian Diesens pragmatiske bevisvurderingsmodell om alternative hypoteser, i lys av kravet om at ”rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode”⁸.

Ettersom Høyesterett ikke gjør rede for bevisteorier, kan det spørres om det i det hele tatt er mulig å si noe om Høyesterett anvender bevisteorier under bevisbedømmelsen. Jeg vil påstå at de fleste bevisbedømmere indirekte og implisitt anvender ulike bevisteorier ved løsning av ulike bevisspørsmål, selv om de ikke gjør dette uttrykkelig og direkte. Et viktig spørsmål i denne forbindelse er hvordan man kan optimalisere bruk av bevisteorier. Jeg vil argumentere for at bruk av sjekklister vil kunne bedre bevisbedømmelsen, både på det rettslige og det utenrettslige stadium. En fullgod sjekklister kan tjene som et redskap for en bevisbedømmelse som ivaretar det strenge beviskravet i straffesaker, og kan anvendes både av påtalemyndigheten, Tingretten og Lagmannsretten.

Uskyldspresumsjonen som beviskrav gjelder for alle de fire straffbarhetsvilkårene.

⁷ Se strpl. § 40 annet og femte ledd. Bestemmelsene presiserer ikke hvilke krav som stilles til bevisets styrke. I jursaker er dette enda vanskeligere, jf. første ledd. Man finner generelt få nasjonale avgjørelser som drøfter innholdet i beviskravet. Se Rt. 1975 s. 1175, Rt. 1978 s. 884, Rt. 1978 s. 882 og Rt. 1996 s. 763.

⁸ Christian Diesen: *bevisprövning i brottmål*, Stockholm, 1994.

2 Hensyn og begrunnelse

Uskyldspresumsjonen er et fundamentalt menneskerettslig rettsstatsprinsipp som skal beskytte individet mot vilkårlige myndighetsinngrep. Hensyn til at ingen uskyldige må dømmes til straff regnes som det viktigste rettssikkerhetshensynet i strafferettspleien og tillegges større vekt enn hensynet til straffverdighet og prevensjon. Hensynet til den personlige integritet veier tyngst i en rettstat.

Bevisbyrdereglene er særlig begrunnet i at staten har adgang til ressurser som overgår det siktede har adgang til. Ettersom staten ved påtalemyndigheten og politiet alltid vil være den sterke part i straffesaker, ville det ha vært urimelig å pålegge siktede bevisbyrden.

Andrew Stumer slår fast to grunnleggende hensyn bak uskyldspresumsjonen: (1) å beskytte uskyldige mot uriktig domfellelse, og (2) å fremme og å styrke rettstaten.⁹ Også Venezia kommisjonen har uttalt at prinsippet må anses som en del av innholdet i rettsstatsbegrepet.¹⁰ Prinsippet er en fundamental del av rettstaten. Prinsippet forbyr avgjørelser som reflekterer skyld i fravær av en judisiell avgjørelse, pålegger påtalemyndigheten en streng bevisbyrde og lar enhver rimelig tvil komme forsvaret til godet. Dessuten krever prinsippet at bruk av rettslige eller faktiske presumsjoner holdes innenfor rimelige grenser.¹¹

Prinsippet styrker legalitetsprinsippet. Det kan også argumenteres for at det norske legalitetsprinsippet rekker lengre enn uskyldspresumsjonen: Inngrep i borgernes rettsfære krever hjemmel i eller i medhold av lov. Desto større inngrepet er, desto sterkere krav stilles det til lovgrunnlaget. Straff regnes som den største onde et individ kan pålegges, og uskyldspresumsjonen anses derfor for å være en rettssikkerhetsmessig essensiell grunntanke i enhver liberal rettstat.

⁹ Andrew Stumer: *The presumption of innocence*, 2010, s. 51 (“the rule of law”).

¹⁰ Venice Commission: *report on the rule of law*, 26. March 2011, para. 59.

¹¹ Stumer: 2010, s. 90.

Myndighetenes tvangsbruk, og særlig straffen som sanksjon, berøver individet dets elementære mål og livsmakt. I motsetning til sivile saker, søker ikke retten å forlike to likeverdige parter, men tvert om søker retten å fordømme individet på vegne av samfunnet. Domfellelse for straffbar handling innebærer en rekke negative konsekvenser for den domfelte: straff, mishag, krenkelse og stigmatisering. Før slike konsekvenser rammer individet, må det være forsvarliggjort i tilstrekkelig grad. Uskyldige som blir domfelt for straffbare handlinger de ikke har begått, lider i tillegg en særlig moralsk skade som følge av en separat urettferdig behandling, ofte kalt justismord¹². Anklagede kan for eksempel bli møtt med antagelser om skyld kun fordi vedkommende er involvert i en alvorlig straffesak¹³. Uskyldspresumsjonen motvirker tendenser til å anta eller forutsette anklagedes skyld.

Rettferdiggjøring av straff, særlig frihetsberøvelsen, er et klassisk spørsmål i rettsfilosofien. Begrunnelsen for straff sies dels å være konsekvensbasert og dels gjengjeldelsesbasert. Også rehabilitering og prevensjon angis som begrunnelser for straff. Disse begrunnelsene henger nøye sammen med alminnelige tanker om rettferdighet, og ingen av disse begrunnelsene vil gjøre seg gjeldende i forhold til en som blir uskyldig straffet.¹⁴

Perfekte prosedyrer som resulterer i at ingen domfelles uriktig, er umulig. Intet straffesystem eller ingen straffeprosess kan være helt perfekt eller garantere at ingen uskyldige blir dømt. Det er en risiko for feil i alle menneskelige avgjørelsesprosesser, og uskyldige kan bli dømt selv om det opereres med et strengt beviskrav. At risikoen alltid vil være til stede, taler for at uskyldspresumsjonen håndheves strengt.

Moderne rettstater er forpliktet til å ha strafferettssystemer for å sikre samfunnet beskyttelse mot kriminalitet og å oppdage, samt straffe forbrytere, men de er også samtidig forpliktet til å håndtere systemet på en måte slik at risiko for feil domfellelse minimeres. Staten er dermed i et konstant press for på den ene siden å sikre offentlig

¹² Anders Bratholm og Ståle Eskeland: *Justismord og rettsikkerhet*, 2008, Kap. s. 173.

¹³ Bratholm og Eskeland: 2008, s. 54. (*El Abtah saken*)

¹⁴ Stumer, 2010, s 119.

sikkerhet og å beskytte samfunnet mot kriminalitet, og på den annen side sikre liberalistiske idealer og grunnverdier som uskyldpresumsjonen, og derfor begrense dets makt- og tvangsbruk inntil klare bevis foreligger.

Straffeprosessen er et rettsområde med to kolliderende hensyn: rettsikkerhet og effektiv strafferettspleie. En effektiv rettspleie bør ikke stå i veien for grunnleggende idealer og rettsstatsprinsipper. Utfordringen er å finne den riktige balansen mellom disse motstridende hensyn. Ettersom uskyldpresumsjonen er en vital del av strafferettspleien for å beskytte en uskyldig, kan begrensninger i dette prinsippet kun foretas etter en avveining mellom på den ene siden hensyn til å beskytte uskyldige og på den annen side hensyn til å bekjempe kriminalitet effektivt.

Retningslinjer for bevisbedømmelsen vil kunne oppfylle de samme formålene som krav om begrunnelse i rettsavgjørelser. Retten skal sette seg inn i saken, og basere avgjørelsen på en reell og samvittighetsfull vurdering av de retts- og bevisspørsmål som saken reiser, og utelukke irrelevante hensyn. For det andre vil eventuelle retningslinjer kunne gjøre det enklere for en overordnet domstol å overprøve rettsanvendelsen (overprøvingshensynet).¹⁵

Ettersom formålet med en straffesak er å treffe avgjørelse om skyld eller uskyld, er det etter min mening viktig å kartlegge hvilke krav som må stilles til den beslutningsprosessen som skjer fra fremlagte bevis, til det faktum som skal legges til grunn for en straffedom. Dette danner også grunnlag for større forståelse av bevisbedømmelsen, noe som igjen kan føre til at den høye kvaliteten på domsresultatet som er påkrevet i lys av uskyldpresumsjonen sikres.

¹⁵Rt. 2009 s. 961, avsnitt 27 flg. Og Rt. (HR-2009-1192)

3 Rettsgrunnlag

3.1 Norsk rett

Uskyldspresumsjonen var velkjent da Grunnloven¹⁶ ble vedtatt i 1814, men prinsippet ble likevel ikke uttrykkelig nedfelt. Grunnloven er imidlertid av noe fragmentarisk karakter, og at prinsippet ikke er nedfelt uttrykkelig kan bety at man ikke anså det for nødvendig å uttrykke det selvsagte. Dette er imidlertid vanskelig å ta stilling til i ettertid.

Grl. Kapittel E inneholder imidlertid enkeltbestemmelser som gir uttrykk for de samme hensyn som uskyldspresumsjonen skal ivareta, for eksempel Grl.§ 96¹⁷, forbud mot straff uten dom, og Grl. §§ 99 og 102, forbud mot vilkårlig fengsling og hus inkvisisjon. Grl. § 110 c som ble tilføyet i Grunnloven i 1994, fastslår statens forpliktelse til å sikre menneskerettighetene. Det er ingen tvil om at bestemmelsen sikter til Norges folkerettslige forpliktelser etter menneskerettighetskonvensjonene, se annet ledd som presiserer at den nærmere gjennomføringen av ”Traktater” skal skje ved lov.

I norsk rett er hovedregelen at påtalemyndigheten må bevise utover enhver rimelig tvil at anklagede er skyldig¹⁸. Påtalemyndigheten har tvilsrisikoen, og alminnelig sannsynlighetsovervekt er ikke nok for domfellelse.¹⁹ Reglene refererer seg til skyldspørsmålet, men er i praksis anvendt på alle de fire straffbarhetsvilkår. Det strengeste beviskrav stilles imidlertid til bevisene for om det objektivt sett er foretatt en straffbar handling. Utenfor skyldspørsmålet er reglene enda mindre skarpe, f.eks. i forhold til straffeutmålingsmomentene. I forhold til prosessuelle spørsmål skal det saksforhold retten finner mest sannsynlig legges til grunn.²⁰

¹⁶ Heretter Grl.

¹⁷ Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, 2003, s. 152. Strandbakken konkluderer med prinsippet må anses som konstitusjonell sedvanerett, og at Grl. § 96 krever at rettergangen må bygge på visse regler som kan utledes av uskyldspresumsjonen.

¹⁸ Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, pkt 3.2.3, og Rt. 1911 s. 957. Prinsippet er ikke uttrykkelig nedfelt men en forutsatt i en rekke bestemmelser i strpl. f eks §§ 289 annet ledd og 291.

¹⁹ Rt 1978 s. 884 ”*enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode*”.

²⁰ Rt 1994 s. 1139, se Strandbakken, 2003 s. 49 flg.

I Rt. 2008 s. 1409 behandlet Høyesterett i stor kammer spørsmålet om EMK art 6 nr. 2 inneholdt et krav til bevisets styrke i straffesaker²¹. Høyesterett tok utgangspunkt i ordlyden i art 6 nr. 2, og viste deretter til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2007 s 1217 hvor det samme spørsmålet ble besvart bekreftende. Høyesterett drøftet også formålet bak uskyldspresumsjonen, og la til grunn at beviskravet ”*beyond reasonable doubt*” måtte anses inkludert i kravet ”*to be presumed innocent until proved guilty*”.²² Høyesterett la til at EMD ennå ikke har oppstilt generelle krav til bevisenes styrke under uttrykkelig henvisning til art 6 nr. 2, men bruken av ordet ”*proved*” indikerte at det gjaldt et strengt operasjonelt beviskrav. Høyesterett viste også til EMDs praksis, hvor det viser seg at EMD oppstiller minstekrav til bevisenes styrke.²³

3.2 EMK art 6 nr. 2

EMK art 6 nr. 2 oppstiller et prinsipp med flere sider. Menneskerettsdomstolen har slått fast at uskyldspresumsjonen er et utslag av det overordnede kravet til rettferdig rettergang i EMK art 6 nr. 1.²⁴ Ettersom Art 6 nr. 2 omhandler spesielle aspekter av det generelle kravet i art 6 nr. 1, vil det i mange tilfeller ikke være nødvendig med en drøftelse av art 6 nr. 2 dersom en krenkelse av art 6 nr. 1 allerede er fastslått. EMD foretar imidlertid også av og til separate drøftelser av art 6 nr. 2, selv om det allerede er fastslått en krenkelse av art 6 nr. 1.²⁵

Kjernen i prinsippet fremgår av *Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania*.²⁶ Denne saken anses for å være den grunnleggende avgjørelsen som fastslår uskyldspresumsjonen som en bevisbyrde og beviskravs regel. Saken gjaldt tre personer som var anklaget for mord, medvirkning til mord, ulovlig våpenbesittelse og for å tilhøre en terroristorganisasjon. De siktede ble forhørt uten nærvær av forsvarer og uten

²¹ Rt. 2008 s. 1409, avsnitt 75 flg.

²² Dommens avsnitt 79

²³ Avsnitt 82 flg.

²⁴ EMD: *Philips mot Storbritania* 1998-41087

²⁵ Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn and Zwaak: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, s. 624 note 776.

²⁶ EMD: 1983-10588

å bli informert om tiltalen, eller hvilke bevis som fantes mot dem. De anklagede hevdet at denne behandlingen var i strid mer deres rettigheter etter art 6 nr. 1. I denne saken uttalte EMD:

”Paragraph 2 (art 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused”²⁷.

EMD finner ingen krenkelse av uskyldspresumsjonen i saken²⁸, og dommen er derfor ikke et eksempel på at EMD tilsidesetter et nasjonalt operasjonelt beviskrav etter art 6 nr. 2. Spørsmålet er derfor om det kan utledes et beviskrav av EMD sin praksis når de ennå ikke har satt til side et beviskrav opprettet i nasjonal rett.

Konvensjonsorganene foretar en meget begrenset prøving av bevisvurderingen og bevisbedømmelsen i den nasjonale rett. Det skjer ingen ordinær prøving av bevisene ettersom de ikke anser seg kompetente til å overprøve bevisenes verdi, og heller ikke til å overprøve skjønsmessige bestemmelser som byr på avveininger i nær tilknytning til sakens bevis. En bevisvurdering foretatt av EMD er lite forenlig med deres ønske om ikke å være en fjerdeinstans, og EMD kan ikke oppstille konkrete beviskrav eller konkrete retningslinjer for bevisbedømmelsen uten å vurdere bevisene. EMD foretar formalistiske tilnærminger og vurderer konvensjonslandenes uttalte beviskrav, men ikke anvendte beviskrav.²⁹ Det viser seg imidlertid også at EMD i noen tilfeller går langt i å overprøve bevisvurderingen³⁰.

Konvensjonspraksisen viser at det ikke utledes en enkelt regel men flere rettssetninger av uskyldspresumsjonen,³¹ blant annet med hensyn til partiske aktører³², behandling av siktede³³ og vern av omdømme³⁴.

²⁷ Premiss 77

²⁸ Premiss 99

²⁹ EMD: *Engel mot Nederland* 1971-5100, og EMD: *Isgrò* saken 1985-11339.

³⁰ EMD: *Telfner* og *Geerings* saken. Se avsnitt 8.3 nedenfor.

³¹ Aall: 2004, s. 355 flg. Se Kap.4.

3.3 Noen metodiske betraktninger

Menneskerettsloven oppstiller et forrangsprinsipp for de menneskerettighetskonvensjoner som er inkorporert i § 2, jf. § 3. I strpl.§ 4 heter det at “lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Dette innebærer etter sikker intern norsk rett at EMDs og FNs håndhevingsorganers fortolkning skal anses som gjeldende rett og er dermed bindende for norske rettsanvendere.

EMD anvender i utgangspunktet alminnelig folkerettslig tolkningsmetode³⁵, men EMD har imidlertid også utviklet egne tolkningsprinsipper som medfører at EMK er et dynamisk rettsområde som forandrer seg med sted og tid. EMD har hovedansvaret for rettsutviklingen, konvensjonen skal tolkes formålsorientert, praktisk og effektivt. EMK skal fortolkes i lys av dagens forhold.

Sektormonisme og mskl. innebærer som nevnt at norske rettsanvendere til enhver tid skal legge The European Court of Human right's³⁶ fortolkninger av konvensjonen til grunn. Ved motstrid mellom norsk rett og EMK, går EMK foran dersom den gir tiltalte en bedre rettsstilling enn etter norsk rett, jf. mskl. § 3. Norske domstoler skal foreta en selvstendig fortolkning av konvensjonen, og ved fortolkningen skal de anvende samme metode som EMD.³⁷ Men Høyesterett kan ikke legge seg i forkant, og bruke denne adgangen som en sikkerhetsventil for å hindre at saken går til EMD. Det er EMD som i siste rekke bestemmer og fastlegger hvordan konvensjonen skal forstås. Norske rettsanvendere kan imidlertid legge tradisjonelle norske verdiprioriteringer til grunn for sine avgjørelser hvor EMD sine tolkningsprinsipper ikke gir noen veiledning.

³²EMD: *Bernard mot Frankrike*, 1993-22885.

³³EMD: *Minelli mot Sveits*, 1979-8660.

³⁴EMD: *Sekanina mot Østerrike*, 1992-1089.

³⁵Jf. Wienkonvensjonen om traktatfortolkning.

³⁶Heretter EMD

³⁷Jf. Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 (s. 565), Rt. 2003 s. 359 og Rt. 2005 s. 833.

Hver enkelt sak må vurderes konkret og saksforholdets parallellitet er avgjørende for hvor sterkt man er bundet av EMD sin praksis. Norsk høyesterett synes i denne forbindelse å gå lenger enn det som er påkrevd etter EMK. EMK art 46 fastslår plikt til å implementere dommen dersom staten er part. Norges Høyesterett har gått lengre og også lagt til grunn dommer mot at andre stater. Det er omdiskutert om dette er nødvendig etter konvensjonen, og henvisning til norske verdier vil være særlig aktuelt i forbindelse med dette.

Etter at EMK ble inkorporert i 1999 har Høyesterett langt mer vist til konvensjonsbestemmelsene i begrunnelsen for sine avgjørelser enn tidligere.

EMK oppstiller kun minimumskrav som resultatforpliktelser for statene, mens den nærmere gjennomføringen skal foretas på nasjonalt plan. Uttrykket ”statenes skjønnsmargin” angis ofte for å beskrive statenes spillerom ved oppfyllelse av sine forpliktelser etter konvensjonen. Det er ikke sjeldent omtvistet hva nasjonale domstolers skjønnsmargin består i og hvor langt den strekker seg. Statene hevder ofte at dette gir opphav til mindre forutberegnelighet med hensyn til hvordan EMD vil behandle en sak.

Et viktig spørsmål er hvordan og i hvilken grad EMK art 6 nr. 2 må sies å begrense statens frihet når det gjelder utformingen av den materielle og prosessuelle strafferett. I saken *Telfner mot Østerrike*³⁸ foretok EMD imidlertid bevisvurdering under skyldspørsmålet og ga klager medhold i at bevisgrunnlaget ikke var tilstrekkelig for domfellelse. Saken illustrerer at EMD kan anse seg som kompetent til å foreta reell overprøving av bevismaterialet i en konkret sak, og modifierer dermed samtidig fjerdeinstansdoktrinen.

Et særlig spørsmål som melder seg i denne forbindelse er om EMD relativiserer prøvelsesintensitet etter hvilket medlemsland saken gjelder. Det hevdes at domstolen krever mer av noen medlemsland enn av andre³⁹.

³⁸ EMD: 1996-33501

³⁹ Jan E. Helgesen: *What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?* Strasbourg, January 28, 2011.

4 Uskyldspresumsjonens ulike sider

Rekkevidden av uskyldspresumsjonen er ikke helt fastlagt i alle detaljer.⁴⁰

Retten skal møte uten den innstilling eller formodning at anklagede har begått den handling han er tiltalt for. Påtalemyndigheten har bevisbyrden, og retten må la enhver rimelig tvil komme tiltalte til gode. Prinsippet stiller i tillegg krav til offentlige myndigheter og massemedia om at skyld ikke skal konstateres før fellende straffedom. Og dersom tiltalte frifinnes skal det tillegges tilnærmet absolutt verdi.

Varetektsfengsling og andre tvangsmidler ved mistanke om straffbar handling reguleres av EMK art 5. Det kan imidlertid oppstå behov for vern etter art 6 nr. 2 også før man er anklaget, og uskyldspresumsjonen beskytter dermed både mot overgrep fra påtalemyndigheten under etterforskning og mot vilkårlige rettsavgjørelser fra domstolenes side. Menneskerettighetsdomstolen har slått fast at retten til en rettferdig rettergang materialiseres fra det øyeblikket politiet for mistanke og starter sine undersøkelser, til straffesaken får sin endelige avgjørelse. Hele prosessen skal være rettferdig, og må sees i sammenheng.⁴¹ Behandlingen av den siktede må være i samsvar med en presumsjon om at den siktede er uskyldig. Under etterforskningen er det blant annet viktig at avhør og andre forundersøkelser søker å avdekke mest mulig om det aktuelle hendelsesforløpet, at etterforskeren selv ikke er forutinntatt med hensyn til den mistenktes skyld og dessuten bevisst for de menneskelige svakheter enhver bevisbedømmer er utsatt for.⁴²

For oversiktens skyld finner jeg det hensiktsmessig å redegjøre for hovedpunktene av uskyldspresumsjonen ulike sider.

⁴⁰ Strandbakken, 2003, s. 29 note 9.

⁴¹ Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004, s. 314.

⁴² Se Kap. 4.4.

4.1 Upartisk og nøytral domstol

Uskyldspresumsjonen krever at domfellelse bare skal foretas av en uavhengig og upartisk domstol som ikke er forutinntatt med hensyn til siktedes skyld.⁴³ Dette utgangspunktet henger nøye sammen med at retten ikke må la subjektive og personavhengige elementer påvirke bevisbedømmelsen. Krav om upartiske domstoler følger dessuten uttrykkelig av art 6 nr 1.

I EMD saken *Minelli mot Sveits*⁴⁴ fastslår EMD at art 6 nr. 2 bare tillater nasjonale domstoler å konstatere straffeskyld såfremt dette skjer i samsvar med uskyldspresumsjonen.

En begrunnelse som kun viser til at siktede er skyldig, er dermed tilstrekkelig til å krenke uskyldspresumsjonen, og en domfellelse er konvensjonsstridig hvis den bygger på utilstrekkelig grunnlag.

I de instanser bevisbedømmelse under skyldspørsmålet foretas i norsk straffeprosess, er legdommere enten i flertall eller enerådende i form av jury. Et viktig spørsmål er om juryen manglende begrunnelse for en domfellelse må anses i strid med kravet til en rettfærdig rettergang. EMD har fastslått at det gjelder minstekrav til juryens begrunnelse i form av siktedes rettsikkerhetsgarantier og i lys av offentlighetsprinsippet⁴⁵. Både den siktede og samfunnet skal kunne forstå begrunnelsen for en domfellelse. Kravene til juryens begrunnelse kan kompenseres ved utforming av presise spørsmål til juryen⁴⁶. Det kan hevdes at bruk sjekklister under bevisbedømmelsen, også for jurymedlemmer, ville forenklet oppfyllelsen av denne begrunnelsesplikten.

Ved bevisbedømmelsen må retten presumere siktedes uskyld uten å la fordommer eller andre subjektive forestillinger påvirke vurderingen, og kun dømme på grunnlag av bevismaterialet som føres under hovedforhandlingen i samsvar med lov.

⁴³ Rt. 2001 s. 689 (på s 691).

⁴⁴ EMD: 1979-8660

⁴⁵ EMD: *Taxquet mot Belgia*, 2005-9262, para 41. Se også Rt. 2009 s. 750 og Rt.2009 s. 961.

⁴⁶ EMD: *Affaire Goktepe mot Belgia* 1999-50372.

En praksis hvor siktedes tidligere strafferegister anvendes under rettsprosessen er ikke i seg selv i strid med art. 6 nr. 2.⁴⁷ Det er imidlertid også klart at slik informasjon kan fremme en presumsjon om skyld hos retten eller juryen, slik at den siktede derfor må gis en mulighet til å motbevise at strafferegisteret ikke er av betydning og ikke har sammenheng med den verserende saken.

4.2 Vern om omdømme

4.2.1 Før endelig fellende dom

Uskyldspresumsjonen forbyr at siktedes behandles som skyldig før det foreligger endelig dom⁴⁸. Formålet er å unngå forhåndsdømming. Uttalelser fra offentlige myndigheter og/eller massemedia kan føre til store skader på den tiltaltes liv. I forhold til offentlige myndigheter har EMD særlig rettet oppmerksomheten mot:

*”the importance of the choice of words by public officials in the statements before an accused has been tried”.*⁴⁹

Forutinntatte uttalelser øker dessuten sjansen for at også rettens medlemmer inntar en forutinntatt posisjon i forhold til spørsmålet om den siktede er skyldig.

4.2.2 Etter frifinnende dom

Etter en endelig frifinnende dom vil det være i strid med uskyldspresumsjonen å behandle den frifunne som om han likevel var straffeskyldig.⁵⁰

Problemstillingen kan dukke opp i forbindelse med erstatningskrav mot staten for ulovlig straffeforfølgelse⁵¹ eller i forbindelse med en erstatningssak mot siktede for sivile krav på grunnlag av de samme faktiske forhold som siktede er strafferettslig

⁴⁷ EMD: *Albert and Le Compte mot Belgia* 1976-7496

⁴⁸ EMD: *Krause mot Sveits* 1979, og *Allenet de Ribemont mot Frankrike* 1989-15175

⁴⁹ EMD: *Daktaras* 1998-42095 para 41

⁵⁰ EMD: *Sekanina* 1992-1089 para 22

⁵¹ EMK TP 7 art. 2

frifunnet for. Dersom rettskraftig frifinnende dom foreligger, forbyr art. 6 nr. 2 skyldkonstateringer og uttalelser som tilkjenner mistanke.⁵²

Forholdet mellom en frifinnende straffesak og idømmelse av erstatningsansvar for den handling man i strafferettslig henseende er frifunnet for, reiser spørsmål om erstatningsdommen berører frifinnelsen for straff på en måte som representerer krenkelse av uskyldspresumsjonen.⁵³ Det antas at så lenge retten unngår å stemple den frifunne som skyldig i strafferettslig henseende, vil erstatningsdommen ikke krenke uskyldspresumsjonen. Domstolene må ved utformingen av fellende dommer for erstatning utforme premisser som er forenlige med uskyldspresumsjonen. Formålet med ordningen er å sikre fornærmede mulighet til å forfølge saken, ettersom retten til adgang til domstolene også anses som en del av kravet til rettferdig rettergang etter EMK art 6 nr 1. At man kan få forskjellig resultat for henholdsvis straffekravet og det sivile kravet kan skyldes ulike forhold. Hvis for eksempel skyldkravet for å ilegge straff er forsett, er det ingen selvmotsigelse i å frifinne for straff og pålegge erstatningsansvar hvor det er tilstrekkelig med uaktsomhet.

En frifinnelse for straff fordi det strafferettslige beviskravet ikke er oppfylt, men hvor det er klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte er erstatningsansvarlig, vil kunne bli møtt med liten forståelse i samfunnet.⁵⁴ Foreligger mer enn en rent teoretisk mulighet for at den tiltalte er skyldig, skal retten avsi en frifinnende dom. Dette gjelder selv om retten finner at det er betydelig eller klar sannsynlighet for at rett gjerningsperson er tiltalt, retten må være overbevist. Det anses som en utfordring å utforme premisser som medfører at erstatningsdommen ikke desavuerer frifinnelsen for straff.⁵⁵ Hvis man ut ifra bevissituasjonen kunne ha gitt klare føringer for når det strafferettslige beviskravet er oppfylt eller når retten må frifinne for straff, er det godt mulig at en fellende erstatningsdom ville ha bli møtt med større forståelse og aksept i samfunnet.

⁵² EMD: *Sekanina mot Østerrike* 1992-1089 pkt 30

⁵³ Se Strandbakken, *Simpson i Strasbourg*, 2003, LoR nr 4/5

⁵⁴ Strandbakken, LoR nr 4/5 2003. O.J. Simpson saken USA og Birgitte Teng (Karmøy) saken i Norge

⁵⁵ EMD: *Ringvold mot Norge* 1997-34964, og *Y mot Norge* 2000-56568.

Forbud mot å konstatere skyld før fellende dom, og mot å behandle den frifunne som om han likevel var skyldig betegnes som uskyldspresumsjonens prosessuelle del.

4.3 Omvendt bevisbyrde og objektiv straffansvar

Begrepene omvendt bevisbyrde og objektivt ansvar gir anvisning på hvordan bevisføringen skal foretas. Hvordan bevisføringen skal foregå hører til generell bevislære, og kunne dermed ha blitt behandlet under avsnittet generelt om bevis. Uskyldspresumsjonen oppstiller imidlertid begrensinger på bruken av disse bevisføringmodellene, og jeg finner det derfor naturlig å behandle også disse allerede her.

EMD har fastslått at EMK ikke inneholder et absolutt forbud mot skyldpresumsjoner, verken mot legalpresumsjoner eller presumsjoner om faktum, så lenge de holdes innenfor “*rimelige grenser*”⁵⁶. Hvorvidt slike bestemmelser er rimelige, beror på en proporsjonalitetsvurdering. I vurderingen legger EMD stor vekt på om siktedes rettigheter og om siktede har hatt en reell mulighet til å forsvare seg.⁵⁷ EMD legger ulike føringer for bevisbedømmelsen. Siktede må gis adgang til å føre bevis for sine subjektive bevissthetsforestillinger og den nasjonale domstolen må vurdere om det foreligger skyld. Videre må den siktede gis adgang til å føre bevis for øvrige objektive frifinnelsesmuligheter.

Objektivt ansvar vil si straffansvar uten hensyn til skyld. Ordlyden i art. 6 nr. 2 gir liten veiledning, og EMD har ennå ikke tatt direkte stilling til spørsmålet.

Bestemmelser hvor straffansvaret i alle relasjoner er objektivt, er mest sannsynlig i strid med uskyldspresumsjonen etter EMK art 6 nr. 2.⁵⁸ EMK art 6 nr. 2 forbyr imidlertid ikke straff på objektivt grunnlag, såfremt viktige samfunnshensyn tilsier det, og siktede er gitt rimelig mulighet til å unngå sanksjoner ved å påvise unnskyldelige

⁵⁶ EMD: *Salabiaku mot Frankrike* 1983-10519

⁵⁷ EMD: *Pham Hoang* 1987-1319 (premiss 34) *Philips* 1998-41087 (premiss 43) *Janosevic* 1997-34619 (premiss 100)

⁵⁸ Strandbakken, s. 30flg. Jf. Rt. 2005 s. 833 og EMD: *Janosevic mot Sverige*, 1997-34619.

omstendigheter. Det er på visse vilkår godtatt at nasjonale regler pålegger siktede bevisbyrde med hensyn spørsmålet om det er utvist strafferettslig skyld.⁵⁹

I Rt. 2005 s. 833 vurderte Høyesterett i plenum om det objektive straffbarhetsvilkåret i strl. § 195 tredje ledd var i strid med uskyldspresumsjonen. Saken dreide seg om en 20 år gammel mann som hadde hatt seksuell omgang med en jente som da var 13 år og tre måneder gammel. Etter ordlyden og forarbeidene var det klart at etter § 195 tredje ledd var det helt uten betydning om den tiltalte hadde trodd at fornærmede var over 14 år, selv om han heller ikke kunne bebreides i denne henseende. Både flertallet og mindretallet kom til at det objektive straffbarhetsvilkåret var i strid med uskyldspresumsjonen.

Det objektive straffbarhetsvilkåret var ikke uten videre i strid, det avgjørende ble også her om det objektive straffbarhetsvilkåret var holdt innenfor rimelige grenser på bakgrunn av en proporsjonalitetsvurdering. Hensyn til å verne de yngste barna, samt klar lovgivervilje ble vurdert opp mot siktedes rettigheter. De fundamentale rettsikkerhetsgarantiene som ligger i uskyldspresumsjonen ble ansett for å være avgjørende.⁶⁰ For å unngå konvensjonskrenkelse måtte det innfortolkes samme strenge aktsomhetskrav som følger av strl. § 196 tredje ledd. Denne avgjørelsen forsterker etter min mening EMDs retningslinje om at siktede skal gis en reell adgang til å føre bevis for sine subjektive bevisstetsforestillinger under bevisbedømmelsen.

4.4 Beviskrav og bevisbyrde

De mest sentrale sidene av uskyldspresumsjonen er imidlertid bevisbyrde- og beviskravsreglene.

4.4.1 Bevisbyrde

Bevisbyrdereglene angir for det første hvem av partene som har bevisføringsplikten for og skaffe til veie bevis for en påstand, og for det andre hvem av partene som har

⁵⁹ Aall, s. 288 og Strandbakken, s. 624. Se *EMD: Salabiaku mot Frankrike* 1983-10519.

⁶⁰ Avsnitt 87

tvilsrisikoen dersom det ikke foreligger tilstrekkelig bevis i en prosess. Av hensyn til prinsippet om ”equality of arms”, uskyldspresumsjonen, samt prinsippet om ”favor defensionis”, er påtalemyndigheten tildelt en streng bevisføringsrisiko i straffesaker, unnlattelse av å føre tilstrekkelig bevis fører til at den taper saken⁶¹. Dette sikrer siktede en reell mulighet til å forsvare seg. Den bevismessige bevisbyrden som påligger påtalemyndigheten er oppfylt dersom det foreligger tilstrekkelig bevis for retten til å kunne avgjøre saken mot tiltalte.

I teorien taler man om at påtalemyndigheten har tvilsrisikoen⁶². Klarer ikke påtalemyndigheten å overbevise retten om tiltaltes skyld, må den tiltalte frifinnes. Hensyn til den materielle sannhet vil derfor i mange tilfelle måtte vike for den strenge bevisbyrden som gjelder i straffesaker. Tilstrekkelig bevis foreligger dersom bevisene som er fremlagt ikke etterlater noen rimelig tvil. Beviskravet utover enhver rimelig tvil henger således nøye sammen med påtalemyndighetens bevisbyrde.

Påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt. Det offentliges interesser tilsier også at uskyldige ikke straffes. Det er derfor et grunnleggende krav at påtalemyndigheten opptrer objektivt og upartisk. Dersom en person er mistenkt, har påtalemyndigheten plikt til å søke å kartlegge både det som taler for og det som taler mot vedkommendes skyld.⁶³ Påtalemyndighetens praksis viser at det opereres med det samme strenge beviskravet for positive påtalevedtak, det vil si forelegg eller tiltale.⁶⁴ Dette kan i realiteten omformuleres til et krav om å legge alternative hypoteser til grunn som utgangspunkt for bevisbedømmelsen. Tiltalebeslutningen må utformes slik at den kan være rustet til å motstå prøving mot alternative hypoteser under hovedforhandling. Bare at det er tatt ut tiltale kan i en del tilfeller skape en viss opprinnelsessannsynlighet for at den tiltalte faktisk er skyldig.⁶⁵ Anvendelse av samme beviskrav for påtalemyndigheten og domstolene gir borgerne en dobbel rettsikkerhetsgaranti.

⁶¹ Jo Hov: *Rettergang 2*, 2007, s. 1148.

⁶² Eckhoff: *Tvilsrisikoen*, s. 16 flg. og TFR 1949 s. 298 (s.304).

⁶³ Strpl. § 226 tredje ledd og Rt. 2000 s. 2142 (s. 2165).

⁶⁴ Riksadvokatens rundskriv, 1/2002 nr. 3 pkt.2 s 4-5. Se Strandbakken, 2003, s. 590.

⁶⁵ Strandbakken, 2003, s. 219.

Det kan argumenteres for at selve ”bevisbyrdebegrepet” er uheldig med tanke på påtalemyndighetens objektivitetsplikt i straffesaker. Begrepet gir etter min mening ikke tydelig nok anvisning på at påtalemyndigheten har plikt til å fremlegge alle bevis, også de som taler til fordel for den tiltalte. Det ville etter min mening vært mer treffende å tale om påtalemyndighetens utredningsbyrde.

4.4.2 Beviskrav

Med “beviskrav” forstås tradisjonelt semantisk angitte krav til bevisenes sannsynlighet og robusthet for å kunne legge et gitt faktum til grunn. Det eksisterer ingen uttrykkelige bestemmelser som semantisk angir kravene til bevisenes sannsynlighet og robusthet verken i norsk rett eller etter EMK, men temaet er omfattende debattert i juridisk teori⁶⁶. Uskyldspresumsjonen stiller krav til bevis i straffesaker, det vil si det faktiske grunnlaget som må foreligge for å avsi fellende dom. Både Høyesterett og EMD har brukt uttrykket at tiltaltes skyld må være ”bevist utover enhver rimelig tvil”.⁶⁷ Bestemmelsen som beviskrav retter seg særlig mot domstolene, enhver judisiell avgjørelse som tilkjenner at siktede er skyldig må ta utgangspunkt i kravene som følger av uskyldspresumsjonen.

En ren ordlydsfortolkning av uttrykket “rimelig tvil” tilsier at tiltalte kan dømmes selv om domstolen er i tvil, såfremt tvilen ikke er rimelig og fornuftig. Rimelig tvil er begrunnet og dermed gjenstand for artikulasjon. Standarden kan tilsies å utgjøre en innrømmelse av vanskeligheten med å eliminere all tvil.

Krav om at skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil, krever høy grad av sikkerhet for at det faktum som skal legges til grunn for en dom er i samsvar med de faktiske forhold. Noen fortolker EMDs utsagn dit hen at ethvert forhold som kan gi uttrykk for den minste tvil med hensyn til bevisene må konstrueres til fordel for den tiltalte⁶⁸. Dette betyr ikke at bevisene som fremlegges for retten i seg selv skal gi grunnlag for sikre absolutte konklusjoner med hensyn til siktedes skyld.

⁶⁶ Strandbakken, 2003, s. 49 flg.

⁶⁷ ”*Beyond all reasonable doubt*”.

⁶⁸ EMD: *Barberà* 1983-10588 para 77

Det norske beviskravet er oversettelse av angloamerikansk rett, og rettspraksis fra USA og England er av særlig interesse fordi de gir en utførlig redegjørelse for innholdet i beviskravet⁶⁹.

Et eget spørsmål er om bevisbyrde og beviskravsreglene kan differensieres etter sakens kompleksitet og/ eller alvor, for eksempel at man legger til grunn et lavere beviskrav for de mindre alvorlige lovbrudd. En slik differensiering vil i praksis føre til skjønsmessige vurderinger, når et hovedhensyn bak presisering av beviskravet er å redusere subjektive elementer ved fastleggelsen av innholdet i kravet. Dessuten er det ikke enkelt å fastlegge hvilket lovbrudd som må anses som mindre alvorlige.

Diesen mener at beviskravet er konstant, men utredningskravet varierer⁷⁰ Det vil si at utredningskravet kan differensieres etter sakens kompleksitet og alvor, ikke beviskravet. I praksis vil dette innebære at jo alvorligere forhold det er tale om, jo flere alternative hypoteser må vurderes og falsifiseres før man kan legge til grunn at utredningskravet er oppfylt.⁷¹ Strandbakken argumenterer for en fleksibel utredningsplikt. Relative krav til bevisenes styrke innebærer også at utredningsplikten er fleksibel⁷². Mindre alvorlige lovbrudd hvor en dom ikke vil være så inngripende mot en uskyldig, kan dempe på sannsynlighetsterskelen, og vil som en naturlig konsekvens av dette også redusere utredningsplikten.

⁶⁹ Stumer, 2010.

⁷⁰ Christian Diesen: *bevisprövning i brottmål*, Stockholm, 1994, s. 112.

⁷¹ Rt. 1998 s. 291. Se avsnitt 5.3.2. nedenfor

⁷² Strandbakken: 2003, s.568.

5 Uskyldspresumsjonens forhold til andre rettigheter og prinsipper som gjelder under rettergangsprosessen

5.1 Om prinsipper og regler

Under en prosess gjelder en rekke prinsipper og regler som må ivaretas for å sikre en rettferdig rettergang. Prinsipper kan ha en retningslinjekarakter, og mange rettsregler har sitt opphav fra ulike generelle prinsipper.

Begrepsparet regler og retningslinjer er særlig utviklet av Eckhoff og Sundby⁷³. Det avgjørende for dem var at en regel entydig bestemmer virkningene, mens retningslinjer gir anvisning på skjønn. Et eksempel på retningslinjer er straffeutmålingsprinsippene. Et særlig spørsmål er om visse prinsipper har slik karakter at de kan sies å pålegge rettsanvenderen en plikt til å ta dem i betraktning og søke dem realisert.⁷⁴

5.2 Uskyldspresumsjonen som prinsipp

Uskyldspresumsjonen som et prinsipp kan, som vist overfor, utgjøre en del av det generelle kravet til rettferdig rettergang etter EMK art 6 nr. 1, hvor art 6 nr. 2 kun fremstår som en presisering av det overordnede kravet. Om uskyldspresumsjonen kun skal anses som et prinsipp eller som en regel har betydning, blant annet fordi det skal mindre til for å krenke et beviskrav som en regel enn et prinsipp. Dersom uskyldspresumsjonen kun anses som et prinsipp, gir dette altså de ulike adressatene mer frihet.

I Rt. 2005 s. 833⁷⁵ som gjaldt seksuelt omgang med mindreårig under 14 år, var det uten betydning for straffbarheten om gjerningspersonen ikke visste at fornærmede var under 14 år. Dommen viser at prinsipper kan danne utgangspunkt for enkeltregler. Høyesterett gir her anvisning på at subjektivt skyld til en viss grad må bevises, og at det ikke er nok at handlingen objektivt sett er funnet sted. Uskyldspresumsjonen som prinsipp synes etter Høyesteretts oppfatning å være et prinsipp som rettsanvenderen må ta i betraktning og søke realisert.

⁷³ Nils Christian Sundby: *Om normer*, Oslo, 1974.

⁷⁴ Graver: TFR-2006-189 s. 216.

⁷⁵ Se Kap. 4.3. overfor.

5.3 Ulike prinsipper som gjør seg gjeldende

Under en rettssak gjelder en rekke rettslige prinsipper som mer eller mindre er med på å styre bevisbedømmelsen og som danner rammer for bevisvurderingen, for eksempel fri bevisførsel, fri bevisvurdering og domstolenes ansvar for sakens opplysning⁷⁶.

Bevisbedømmelsen også må ta høyde for noen av disse prinsippene.

5.3.1 Styrking av legalitetsprinsippet

I straffesaker gjelder et forsterket legalitetsprinsipp. Uskyldspresumsjonen som beviskrav har en instrumentell verdi ved at det krever at domfellelse og straff kun pålegges hvor skyld er klart bevist i samsvar med lov. Prinsippet kan dermed klart sies å sikre realisering av legalitetsprinsippet i praksis. Uskyldspresumsjonen er en viktig del av minimumskravet om at alle statens myndighetshandlinger må være konforme med forutberegnlige rettslige bestemmelser som er gitt av folkevalgte organer og som kan fortolkes og anvendes av domstolene i kontrolløyemed. Hvis personer kunne ha blitt dømt uten tilstrekkelig bevis ville dette ha undergravd lovskravet⁷⁷. Et strengt beviskrav danner sikkerhet for at tiltalte faktisk har brutt en straffebestemmelse.

Uskyldspresumsjonen kan anses som en integrert del av legalitetsprinsippet. I tillegg til å tjene som et redskap til å oppfylle lovskravet, sikrer man at skylden bevises i offentlighet og man sikrer at domfellelsen ikke kommuniserer feilaktige beskjeder. I samsvar med legalitetsprinsippet må domfellelsen kunne kontrolleres, og gjøres gjenstand for debatt. Domfellelse og straff har en ekspressiv funksjon og kommuniserer til flere parter. Disse beskjedene må være moralsk riktige, ærlige og reflektere rettens autoritet som uavhengige og rettferdige. Uskyldspresumsjonen styrker legalitetsprinsippet og øker derfor tilliten til rettsystemet.

5.3.2 Det materielle sannhetsprinsipp

Norsk straffeprosess bygger på den materielle sannhetsprinsipp: formålet med saksbehandlingen er å komme så nær sannheten som mulig med hensyn til faktiske

⁷⁶ Strandbakken, 2003, Kap 7.

⁷⁷ De samme kravene til presisjon og forutberegnlighet følger av GrL. §§ 96 og 97, samt EMK art. 7.

forhold av betydning for straffbarhet og reaksjonsfastsettelse, jf. strpl. §294. Det materielle sannhetsprinsipp er den viktigste grunnen til at saksbehandlingen for domstolene bygger på prinsippene om kontradiksjon, muntlighet, offentlighet og bevisumiddelbarhet og for reglene om anke og gjenopptagelse. Disse prinsippene antas å gi størst sannsynlighet for at avgjørelser bygger på sanne faktiske forutsetninger.

Prinsippet innebærer at retten har et overordnet ansvar for bevisførselen. Oppgaven er av kontrollerende art, retten skal sørge for at bevisførselen er i samsvar med lov og må gripe inn dersom partenes bevisførsel er uten betydning for sakens opplysning. Forsømmer retten denne plikten utgjør dette saksbehandlingsfeil, som kan føre til at dommen oppheves etter strpl. § 343 første ledd.

Strandbakken mener at det har betydning om retten har selvstendig plikt til å sørge for sakens opplysning når man skal oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen. I angloamerikansk rett er rettens ansvar for bevisførselen primært av kontrollerende art, og dette kan medføre at teorier utviklet under rendyrkede partsprosesser ikke nødvendigvis passer inn i et system hvor retten har en selvstendig plikt med hensyn til saken rette opplysning. Men også i angloamerikansk rett sørger retten for at saken er opplyst så godt som det lar seg gjøre, og også våre domstoler har en funksjon av kontrollerende art. Etter min mening er likhetene større enn forskjellene, og komparative analyser på tvers av grenser, av de ulike elementene under bevisbedømmelse, er fruktbare for å kunne utvikle et best mulig strafferettssystem⁷⁸. I likhet med USA kan det formelle sannhetsprinsipp være det riktige utgangspunktet å anlegge i en strafferettssak, ettersom det erkjenner vanskeligheten med å kunne dømme på bakgrunn av den materielle sannhet om et fortidig hendelsesforløp under en formell og juridisk prosess.

Av utredningsplikten etter strpl. § 294 kan det utledes krav til tyngde og robusthet i bevisene for at de kan føre til at det idømmes straffeskyld. Dommene fra 1978 er også eksempler på dette⁷⁹. I Rt. 1996 s. 763 ble opphevelse av herredsrettens dom begrunnet

⁷⁸ Uskyldspresumsjonen er utførlig behandlet i angloamerikansk rett.

⁷⁹ Se Rt. 1978 s. 882 og Rt. 1978 s. 884.

med at det ikke er tilstrekkelig å basere dommen på den sakkyndiges konklusjon, om at tiltalte med overveiende grad av sannsynlighet var påvirket under kjøringen. Beviset var altså ikke tilstrekkelig robust for å idømme straffeskyld.

Graver har fremhevd sammenhengen mellom sannsynlighet og robusthet i forvaltningsretten⁸⁰: ”hvis et foreliggende faktagrunnlag er sikkert nok til å begrunne et standpunkt, så er saken tilstrekkelig utredet, og et usikkert faktagrunnlag kan gjøres sikrere ved mer utredning”. Et spørsmål som melder seg er når mer utredning kreves. Det er en klar sammenheng mellom kvantitet og kvalitet.⁸¹ Bevisbedømmelse forutsetter teoretisk, praktisk og rettslig kunnskap.

Tendensen til altfor lettvint å anse tiltalen bekreftet uten forankring i bevis, danner behov for hjelpemidler under bevisbedømmelsen. For å kontrollere bevisbedømmelsen må dommeren metodisk prøve sin konklusjon mot de krav til bevisenes styrke som gjelder. Konklusjonen beror ikke bare på hvor pålitelig det eksisterende beslutningsgrunnlaget er, men også hvor omfattende det foreliggende bevismaterialet er. En bevisvurderingsmodell må derfor ta høyde for at eventuell sikkerhet for domfellelse kan være falsk hvis utredningen er for smal.

5.3.3 Bevisumiddelbarhetsprinsippet

Bevisene skal føres muntlig og umiddelbart for den dømmende rett, og dommeren kan bare bygge på de bevis som er fremkommet under hovedforhandlingen.⁸² Umiddelbare bevis anses for å være kvalitativt bedre enn middelbare bevis.

Muntlighetsprinsippet kan utskilles til et eget prinsipp som gjelder under hovedforhandlingen⁸³, og henleder rettens oppmerksomhet mot det materiale som partene ønsker at retten skal ta i betraktning ved bevisbedømmelsen.

Bevisumiddelbarhet og muntlighet medfører at bevismateriale konsentreres, og legger

⁸⁰ Graver: 2007, s. 486.

⁸¹ Diesen: 1994 s. 99.

⁸² Se forutsetningsvis strpl. §§ 294, 296 og 297, og strpl. § 305 og strpl. § 19.

⁸³ Strpl. § 278 første ledd.

dermed til rette for en forsvarlig bevisvurdering. Men prinsippene stiller også krav til dommerens årvåkenhet og hukommelse, og dessuten krav til selektivitet i det samlede bevismaterialet.

5.3.4 Prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisvurdering

Prinsippene om fri bevisvurdering og fri bevisførsel er grunnleggende i prosessretten. For sivilprosessens vedkommende er disse nå uttrykkelig lovfestet⁸⁴. Prinsippet om fri bevisførsel er slått fast av Høyesterett i en rekke saker⁸⁵, for at bevisbedømmelsen skal være optimal må retten kunne ta i betraktning alle relevante bevis.

Fri bevisførsel og bevisvurdering henger nøye sammen med bevisbedømmelsen.

Vitterlige kjensgjerninger, alminnelig livserfaringer og naturlige formodninger kan legges til grunn uten videre.⁸⁶

Begrensninger på bevisvurderingen danner automatisk en begrensning for hva som kan tas i betraktning under bevisbedømmelsen, det vil si at andre beskyttelsesverdige hensyn kan tilsi at ikke alle bevis som kunne opplyst saken tillates ført⁸⁷. At bevisvurderingen er fri, kompliserer bevisbedømmelsen og danner et behov for retningslinjer som ivaretar hensynene bak et på forhånd oppstilt beviskrav.⁸⁸

5.3.5 Kontradiksjon

Partene i en rettsprosess skal få anledning til å imøtegå hverandres anførsler og bevis før det blir truffet en avgjørelse i saken⁸⁹. Kravet om at tiltalte skal kunne imøtegå bevisene fra påtalemyndigheten er etter praksis fra Strasbourg, ansett å utgjøre et

⁸⁴ Tvisteloven av 2005 §§ 21-2 og 21-3.

⁸⁵ Rt. 1990 s. 1008 og Rt. 1994 s. 610. Regelen fremgår også forutsetningsvis av straffeprosessloven, ved lovens bestemmelser om unntak fra denne hovedregelen. Se for eksempel strpl. §§ 118, 292 og 305.

⁸⁶ Jo Hov, Rettergang, 2007 s. 1134 flg.

⁸⁷ Å tillate ulovlig innhentede bevis kan oppfattes som en godkjenning av politiets ulovlige fremgangsmåte. Med denne begrunnelsen har domstolene i USA i vid utstrekning avskåret slike bevis.

⁸⁸ Diesen, 1994, s. 99 flg. Se Kap. 9. nedenfor.

⁸⁹ Bestemmelsen er ikke uttrykkelig lovfestet, men følger forutsetningsvis av Grl. § 96, strpl. §§ 86 første ledd, 264 første ledd, 303 og strpl. § 383 andre ledd, § 324 andre ledd, og EMK art 6 nr. 3 d.

element i uskyldspresumsjonen.⁹⁰ At begge partene blir hørt, bidrar til at retten får et bedre grunnlag for å foreta en forsvarlig bevisbedømmelse. Brudd på kontradiksjonsprinsippet er en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av dommen etter strpl. § 343 første ledd. Hensyn til at kontradiksjonshensynet ivaretas ved bevisvurderingen, utgjør en form for retningslinje ved bevisbedømmelsen.

5.3.6 Forbud mot selvinkriminering

Forbudet mot selvinkriminering er innfortolket i EMK art. 6 nr. 1 og følger av SP art. 14 tredje ledd litra g. Utgangspunktet er at siktede ikke har plikt til å forklare seg, verken til politiet eller til retten.⁹¹ Ved den konkrete vurderingen reiser det seg ofte spørsmål om tiltaltes taushet kan brukes mot ham.⁹² Slutninger fra siktedes taushet innebærer ofte at han i realiteten blir pålagt å bevise sin uskyld. I USA er det ikke adgang til å instruere juryen om at de kan trekke slutninger fra det forhold at tiltalte unnlater å forklare seg⁹³. I engelsk rett oppfordres siktede til å lansere en alternativ forklaring, slik at siktedes taushet i seg selv ikke kan anvendes som bevis for skyld. Den alternative forklaringen vil kunne danne utgangspunkt for rimelig tvil som kan komme den siktede til gode, dersom hypotesen verifiseres og ikke kan falsifiseres i lys av bevismaterialet⁹⁴.

Under en rettsprosess oppstår en rekke spørsmål som kan være mer eller mindre bestemmende for bevisbedømmelsen. Blant annet spørsmål om hvilken betydning av siktedes passivitet i forhold til bevisførselen skal ha for bevisbedømmelsen, og betydning av innsigelser: for eksempel om en innsigelse er tilstrekkelig til å skape slik tvil at den siktede må frifinnes. I praksis foretas en slik vurdering i lys av det foreliggende bevismaterialet, og ikke sjeldent i sammenheng med en generell troverdighetsvurdering. Den siktedes eventuelle innsigelser krever grunnlag i bevis, og grensen mot ikke å måtte bevise sin uskyld kan i mange tilfeller fremstå som relativt

⁹⁰ Strandbakken, s. 179 note 40.

⁹¹ Se strpl. §§ 90 og 230.

⁹² Strpl. § 90 tredje ledd.

⁹³ USA; *Griffin mot California*: Strandbakken, 2003, s. 548 note 42.

⁹⁴ EMD: *John Murray mot Storbritania*, 1991-18731: Tausheten kan trekkes inn under bevisbedømmelsen først etter at solid bevismateriale er fremlagt. Se Strandbakken, 2003, s. 548.

uklart. Man kan spørre om en slik bevismessig bevisbyrde i realiteten er en omvendt bevisbyrde.

Når påtalemyndigheten har bevisbyrden er det forvirrende å legge byrder på den siktede. Ettersom passivitet pleier å inngå i bevisbedømmelsen, er det mer realistisk å legge til grunn at siktede faktisk har en viss aktivitetsplikt i forhold til bevisførselen. Man kan ikke pålegge siktede å underbygge sin innsigelse i et omfang som i realiteten medfører at han må bevise sin uskyld. Det er påtalemyndighetens oppgave å eliminere siktedes innsigelser. Når og på hvilke måter siktede har en viss aktivitetsplikt, bør gjøres til gjenstand for en nærmere analyse.

5.3.7 Sammenheng mellom prinsippene

De grunnleggende prinsippene som ligger til grunn for prosesslovgivningen, er med på å danne rammer for bevisvurderingen. Metoden må erkjenne det formelle utgangspunktet enhver bevisbedømmer inntar når han eller hun skal prøve å komme frem til den materielle sannhet i en straffesak og må også oppfylle objektivitetskravet i straffesaker, det vil si motvirke subjektive elementer i bevisvurderingen. I straffesaker er det hovedsakelig partene som har ansvaret for bevisføringen, men samtidig gjelder sannhetsmaksimen. Retten skal “ på embetets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst”, jf strpl. § 294. Dette innebærer at retten har det overordnede ansvaret for bevisførselen⁹⁵. Andre prinsipper gir ulike former for føringer for bevisbedømmelsen.

6 Generelt om bevis

6.1 Begreper

Begrepet bevis har flere betydninger i prosessretten⁹⁶. Det kan betegne et resultat (bevisresultat) eller et middel for å bevise et forhold (bevismiddel). Gjenstand for bevis er først og fremst konkrete kjensgjerninger, men også rettsetninger og generelle

⁹⁵ Hov, 1999, s. 93, Andenæs, 2000 s. 187.

⁹⁶ Strandbakken, 2003 s 45 note 1

erfaringssetninger kan være gjenstand for bevis. Bevis kan føres som opplysningskilder eller som overbevisningsgrunner for å fremskaffe en bestemt oppfatning hos dommeren om et faktum⁹⁷. Bevisene inndeles i to grupper: indisiebevis og direktebevis.

En fullstendig redegjørelse for bevislæren ville ha sprengt denne avhandlingens rammer. Denne avhandlingen gjelder beviskravet ”sikkert” og “utover enhver rimelig tvil” som følger av uskyldspresumsjonen, det vil si grad av sikkerhet som kreves for at et bestemt faktum skal legges til grunn. For å analysere beviskravet er det nødvendig å ha en viss bakgrunnskunnskap om bevisretten. Nedenfor følger derfor en kort redegjørelse for bevisteoretiske begreper og teorier.

6.2 Bevismidler

At et bevis har bevisverdi, betyr at det egner seg til å godgjøre et angitt faktum. I Rt. 2001 s. 167 uttalte Høyesterett at det beror på en konkret vurdering i den enkelte sak hva som kan utgjøre et bevis. Formålet med bevisføringen i en straffesak er å sannsynliggjøre for retten at vilkårene for straff er oppfylt.

Bevis for siktedes skyld og andre kjensgjerninger kan føres på forskjellige måter, og bevismidlene blir tradisjonelt delt i tre grupper: Forklaringer, reelle bevismidler og dokumentbevis.

6.2.1 Forklaringer

Forklaringer gis av siktede, vitner og sakkyndige. I straffeprosessloven har man skilt reglene om siktedes forklaringer i strpl. §§ 90-93, fra lovens tredje del om bevis.

Siktedes forklaring er ofte det viktigste beviset i saken. I den nye tvisteloven av 2005 er reglene om partsforklaring inntatt i lovens femte del om bevis. Bevis for bakgrunnskunnskap gjøres ofte ved bruk av sakkyndige vitner.

Parts- og vitne forklaringer er et av de mest sentrale bevismidler, men samtidig er dette bevismidler hvor feilkildene kan være store⁹⁸. Det kan være at et vitnet gir usann forklaring for å oppnå noe, vitnet kan ha dårlig syn og hørsel, og vitnepsykologiske

⁹⁷ Strandbakken, 2003, s. 45.

⁹⁸ Pär Anders Granhag: *Vitnespsykologi*, Lund, 2001.

undersøkelser viser at ikke alle forhold er like lett å bedømme fra et menneskelig synspunkt.⁹⁹Også måten forklaringer skaffes på, herunder spørsmålsstillingen kan også ha stor betydning for påliteligheten av et utsagn.

I en straffesak kan det også bli bruk for sakkyndighet av forskjellig art som dommeren selv ikke sitter inne med. Det kan for eksempel dreie seg om rettsmedisinsk, rettspsykiatrisk eller rettkjemiske undersøkelser som ofte er så kompliserte at man nesten må la den sakkyndige konstatere de faktiske forutsetninger som vurderingen bygger på. Sakkyndighetsvurderinger må dermed også oppfylle de rettsikkerhetsgarantier som uskyldspresumsjonen oppstiller.

6.2.2 Reelle bevismidler

Bevisene gjenstander (tinglige eller reelle bevismidler) som undersøkes av retten, såkalt granskning er regulert i strpl. Kap 12. Ofte krever granskningen særlig kyndighet og fagkunnskap slik at den må overlates til sakkyndige som så forelegger resultat for domstolene.

Tekniske bevis spiller stadig større rolle i takt med naturvitenskapens utvikling, slik som for eksempel DNA bevis og polygrafter.¹⁰⁰

6.2.3 Dokumentbevis

Dokumentbevis tilhører de tinglige bevismidler men utskilles til en egen kategori på grunn av sin særstilling. Ved dokumentbevis er det meningsinnholdet som er av betydning. Ofte er det et spørsmål om hvilken informasjon man kan få ut av dokumentet. En forklaring som er avgitt i saken av en part kan nedtegnes skriftlig i en bok, og deretter føres som bevis ved lesning eller opplesning.

6.3 Bevistema

Alt som er gjenstand for bevisføring i en konkret rettssak er sakens bevistema¹⁰¹. I straffesaker er for eksempel de fire straffbarhetsvilkårene bevistema, men det kan også

⁹⁹ Jo Hov: *Rettergang 2*, 2007, s. 1137 flg.

¹⁰⁰ Se Rt. 1996 s. 1114. Polygrafter anvendes ikke etter gjeldende norsk rett, men verktøyet er brukt under etterforskningen i andre land.

føres bevis for andre rettslig relevante omstendigheter. Det faktiske forhold fastlegges gjennom bevisføringen, jf. strpl. § 291. Fastleggelse av bevistema er et juridisk spørsmål, og har stor betydning for om det aktuelle temaet er tilstrekkelig bevist i forhold til det beviskravet som gjelder for vedkommende tema¹⁰². Om det foreligger ett eller flere bevistema, beror på tolkning av den aktuelle lovbestemmelsen.

6.4 Ulike bevisgrader

EMK art. 6 nr. 2 stiller uten tvil strengere krav til domfellelse, enn for fengsling etter art 5. For at art 6 og 5 skal kunne forenes, og fordi en fellende dom synes å være mer inngripende enn varetektsfengsling, er det nødvendig med forskjellige bevisnivå for de to avgjørelsene, henholdsvis art 5 ”reasonable suspicion” og art 6 ”proved”.

I Rt. 1999 s. 14 anga førstvoterende seks ulike bevisgrader for sannsynlighet¹⁰³. Johnsen mener at dette ikke bør formuleres som et spørsmål om sannsynlighet, men hvor stor grad av tvil det kan være grunnlag for i en den foreliggende avgjørelsen.

I rettspraksis er det også antatt at det kan opereres med et mildere beviskrav for subjektiv skyld.¹⁰⁴ Dersom det subjektive straffbarhetsvilkår ikke er oppfylt, er det ikke grunnlag for domfellelse. Bevis for uaktsomhet er ikke like problematisk som forsett, ettersom vurderingen ikke knyttes til psykologiske kriterier om hva den siktede har tilsiktet eller har forstått, men derimot en vurdering av hvordan den siktede ut fra sine personlige forutsetninger burde ha, eller har opptrådt i en konkret situasjon. Imens det objektive handlingsforløp kan dokumenteres gjennom vanlige bevismidler, vil det ved forsett være et spørsmål om å klarlegge den psykologiske prosess som har funnet sted i gjerningspersonens bevissthet. I praksis anvendes generelle erfaringssetninger hvor man trekker slutninger fra det ytre hendelsesforløp til om gjerningspersonen har utvist den nødvendige skyld. Hvilken tanker gjerningspersonen har er det ikke mulig å føre

¹⁰¹ Strandbakken: 2003, s. 47 note 12.

¹⁰² Strandbakken, 2003, s. 48 note 16.

¹⁰³ På side 22

¹⁰⁴ Rt. 1998 s. 1945 (på s. 1947)

direkte bevis for, med mindre man anvender en løgndetektortest eller har andre konkrete holdepunkter som for eksempel en uforbeholden tilståelse. Et lavere beviskrav for skyldkravet begrunnes ofte i at det er vanskelig å si noe om hva personen har tenkt eller burde ha tenkt. Hensyn til siktedes rettsikkerhet taler imidlertid mot et mildere beviskrav.

7 Bevisteorier

En bevisteori beskriver en metode for håndtering beviskrav, herunder håndtering av tvil om hvilket faktum som skal legges til grunn. I Norden har de ulike bevisteoriene vært gjenstand for en omfattende diskusjon. Debatten angår ikke bare bevisvurderingen, men også formuleringen av beviskrav¹⁰⁵. Prinsippet om fri bevisvurderingen skaper rom for ulike bevisteorier om hvordan bevisbedømmelsen burde foretas.

Det bevisteoretiske felt spanner seg over tre kunnskapsteoretiske nivåer, det atletiske (virkelighets-) nivået, det epistemiske nivået og det psykologiske nivået¹⁰⁶. Fordi det er umulig for bevisbedømmeren å få kunnskap om det atletiske virkelighetsnivået, er bevisbedømmelse i praksis en komplisert og vanskelig utfordring. En eventuell bevisvurderingsmodell må ta høyde for alle disse nivåene.

Formålet med metoden er avgjørende for om bevisteorien er normativ eller deskriptiv. Enkelte teorier er basert på en angivelse av hvordan bevisføringen faktisk finner sted, Cohens induktive metode, Diesens pragmatiske bevismodell, Zahles atferdsteori og Nygaards syntese-teori er eksempler på deskriptive bevisteorier. Frekvensteoriene, Ekelöfs verdimetode og Eckhoffs temametode, har derimot et mer normativt innhold. Bevisteoriene må anses som anbefalinger for hvordan bevisbedømmeren bør foreta bevisvurderingen¹⁰⁷. Retten har frihet under ansvar.

¹⁰⁵ Strandberg: 2005, s. 57.

¹⁰⁶ Kolflaath: Jussens Venner, 2004, s. 279.

¹⁰⁷ Strandbakken, 2003, s. 238.

Bevisteorier kan være med på å skape økt bevissthet om at bevismateriale må underkastes en kritisk vurdering, samt redusere faren for at usaklige eller subjektive elementer spiller inn i bedømmelsen. Sakens utfall bør i minst mulig grad bero på hvem som foretar bevisbedømmelsen og i teorien er det enighet om at bevisbedømmelsen er underlagt visse regler¹⁰⁸. Bevisteoriene danner utgangspunkt for og styrer bevisvurderingen, og har dermed betydning for et eventuelt på forhånd fastsatt beviskrav, og kan også for eksempel gi veiledning til å utlede hvor sannsynlig et rettsfaktum må være for anse noe som bevist.

Bevisteoriene, herunder retningslinjebaserte teorier, kan være nyttig for å konkretisere hva slags beviskrav uskyldspresumsjonen oppstiller, og hvordan denne bør håndteres i praksis. Et viktig spørsmål er hvilke vilkår en bevisvurderingsmodell må oppfylle, og hvordan denne metoden burde anvendes i praksis. Og hvis det finnes gode og sikre metoder, er det rimelig å kreve at domstolene og andre bevisbedømmere skal anvende disse?

7.1 Sannsynlighetsteoriene

Et beviskrav medfører et krav til en viss sannsynlighet for å anse et rettsfaktum for å være bevist. I sivile saker er hovedregelen at det mest sannsynlige rettsfaktum skal legges til grunn, et så kalt overvektsprinsipp. I straffesaker er ikke dette tilstrekkelig. Hva som imidlertid kreves er ikke helt klart. En vanlig definisjon av begrepet ”sannsynlighet” er at sannsynligheten utgjør antallet gunstige tilfelle av mulige tilfelle. I bevislæren brukes uttrykket sannsynlighet for å gi uttrykk for usikkerhet om hvorvidt en kjensgjerning er til stede eller ikke. Utsagn om sannsynlighet vil som regel innebære anslag basert på personlig skjønn.¹⁰⁹

Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet i 1978 to herredsrettsdommer fordi det ikke ble stilt de rette krav til bevisenes sannsynlighet¹¹⁰. Dommene viser at “overveiende

¹⁰⁸ Strandbakken: 2003, s. 213.

¹⁰⁹ Jo Hov, *Rettergang 2*, 2007, s. 1141

¹¹⁰ Rt. 1978 s. 882, Rt. 1978 s. 884 og Rt. 1996 s. 763.

sannsynlig” ikke er tilstrekkelig, men uttrykk for hvilken sannsynlighetsterskel som kreves gir rettspraksis få eksempler på.

Frekvensteorien bygger på matematisk sannsynlighetsberegning og det er utviklet flere teorier som bygger på en slik beregning, som for eksempel verdimetoden og temametoden.

Verdimetoden som innebærer at hvert bevis gis en verdi, er utviklet av Ekelöf¹¹¹. Bevisets verdi fastsettes ut fra generelle erfaringssetninger om bevisets betydning, og avhenger således av om det knytter seg negative eller positive erfaringer til det¹¹². For eksempel vil bevisverdien av et vitne avhenge av faktorer som vitnes troverdighet, syn, hørsel, kunnskap om bevistemaet og lignende som deretter skal fastsettes til en tallverdi på en skala fra 0 til 1. Jo høyere verdi desto mer sannsynlig vil det være at beviset avspeiler det virkelige hendelsesforløpet. Metoden er imidlertid kritisert, blant annet fordi det er vanskelig å gi et bevis en eksakt tallverdi.

Temametoden er en annen sannsynlighetsteori, hvor problemstillingen er om de fremlagte bevis i tilstrekkelig grad sannsynliggjør bevistemaet. Eckhoffs utgangspunkt er at det mest sannsynlige faktum skal legges til grunn, men at dette ikke kan gjelde i straffesaker¹¹³. Etter denne metoden må man imidlertid foreta en sannsynlighetsvurdering der man vurderer for og imot det angitte bevistemaet.

Temametoden er blant annet kritisert av Diesen¹¹⁴. Problemet er at dersom det ikke finnes motbevis mot at noen har begått en straffbar handling, vil vedkommende kunne automatisk bli ansett skyldig, ettersom vektskålen for at handlingen har funnet sted da vil veie tyngst.

¹¹¹ Diesen, 1994 s. 10.

¹¹² Strandbakken, 2003, s. 217

¹¹³ Eckhoff, 1943 s 64 flg.

¹¹⁴ Diesen, 1994 s 12

Sannsynlighetsteoriene krever imidlertid også at summen av ulike alternativer blir 1¹¹⁵, og denne teorien kan derfor ikke forenes med situasjoner hvor det foreligger hhv. overskudd og underskudd av sannsynlighet.¹¹⁶ Angivelse av beviskravet i prosent sannsynlighet er urealistisk.¹¹⁷ Forskningen viser at folk tolker uttrykket meget forskjellig når det konverteres til sannsynlighetstærskler.¹¹⁸ Et forhold kan estimeres for å være 98 % eller 99 % sannsynlig, uten at det derfor er sikkert at vedkommende er skyldig. Selv om standard av bevis aldri kan eliminere enhver risiko, er det likevel ingen tvil om at angivelse av et strengt beviskrav gir en meget viktig beskyttelse mot uriktig domfellelse. Torgersen saken er et eksempel på at frekvensmetoden ikke fungerer i praksis.¹¹⁹

7.2 Den normative atferdsteori

Den danske juristen Zahle¹²⁰ har utviklet en normativ atferdsteori basert på partenes atferd. Etter Zahles metode skal partene oppfordres til å fremlegge alle bevis de besitter eller kan skaffe. Det skal oppstilles en aktivitetsplikt for partene, som skal utgjøre sakens bevistema. Rettens oppgave blir da å vurdere om partenes aktivitet tilfredsstiller de objektive forventninger om sikring og fremleggelse av bevis som kan stilles. Etter denne teorien vil manglende bidrag til å klarlegge faktum påvirke til ugunst, og tvil skal gå utover den part som unnlater å føre tilstrekkelig motbevis. Ved fortolkning av bevisdata, for eksempel vitners pålitelighet, og i tilfeller hvor siktede anses for å være den nærmeste til å redegjøre for forholdene, kan metoden være nyttig.

7.3 Den induktive metode

Jonathan L. Cohen¹²¹ legger til grunn at valg av metode må bygge på hvordan vanlige mennesker resonnerer når de treffer avgjørelser i hverdagen. Utgangspunktet for

¹¹⁵ Noen anvender % (100 %)

¹¹⁶ Hans Petter Graver, TFR 2009 s 191

¹¹⁷ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess* ved Tor-Geir Myhrer s 161

¹¹⁸ Andrew Stumer, 2010, s. 21 note 150

¹¹⁹ Bratholm og Eskeland, 2008, s 181.

¹²⁰ Zahle: *Rätt og sanning* s 31 flg.

¹²¹ Jonathan L. Cohen: *The probable and the provable*, 1977.

metoden er at man setter opp en hypotese som verifiseres eller falsifiseres. Med utgangspunkt i bevisdata kan man på bakgrunn av generelle erfaringssetninger trekke slutninger om det videre hendelsesforløpet. Den induktive metoden går ut på å klarlegge påliteligheten av en konklusjon. Jo flere konkurrerende hypoteser som falsifiseres, desto sterkere blir den oppstilte hypotesen. Cohen avviser ikke at matematiske slutninger kan få betydning ved induktive slutninger, men kun som grunnlag for en slutning for bevisenes vekt, ikke som et grunnlag for selve konklusjonen. Jo flere variabler som tas i betraktning desto større er sjansen for at dommen er korrekt.

Det er med andre ord en sammenheng mellom kvalitet og kvantitet. Praktisk bevisvurdering etter den induktive metoden kan utføres ved å opprette en liste over relevante variabler som kan prøves for å styrke det påståtte lovbruddet og eliminere alternative forklaringer, både ved vurderingen av de enkelte bevis og ved avveiningen av disse.¹²² Cohen har oppstilt tre hensyn enhver bevisprøvningsmodell bør kunne ta i betraktning: (1) Hensyn til saken særegenhet, unikhet og hensyn til at det nettopp kan dreie seg om ett unntakstilfelle man bedømmer, (2) hensyn til argumentenes vekt; jo flere relevante omstendigheter som er utredet, desto større sikkerhet og robusthet er det i bedømmelsen, og (3) hensyn til forutinntatte holdninger og fordommer, for eksempel at retten vurderer den tiltaltes kjønn, alder, kroppsbygning og andre personlige kjennetegn som aldri må forveksles med bevisene i seg selv.

7.4 Pragmatisk bevismodell - alternative hypoteser

I motsetning til de overnevnte bevisteorier er Diesens bevisvurderingsmodell kun knyttet til bevisvurderingen i straffesaker og er et forsøk på å gjengi den svenske Högsta Domstolens bevisvurdering¹²³. Den Högsta Domstolen har i motsetning til norsk Høyesterett kompetanse til å foreta en selvstendig bevisvurdering av skyldspørsmålet i straffesaker. Diesen fremhever at Domstolen ved denne vurderingen tar utgangspunkt i det strafferettslige beviskravet om at skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil¹²⁴. Dette utgangspunktet danner en metode der domstolen falsifiserer eller verifiserer

¹²² Christian Diesen, *bevisprövning i brottmål*, Stockholm, 1994 s. 21.

¹²³ Diesen, 1994, s.120 note 1.

¹²⁴ ”*bortom rimligt tvivel*”

alternative hypoteser enn den som tiltalen er basert på. En alternativ hypotese, er en alternativ i forhold til den som er angitt i tiltalebeslutningen, det vil si en påstand som kan begrunne nedsubsumsjon eller frifinnelse. Foreligger bevis for alternative hypoteser falsifiserer disse påtalemyndighetens hypotese, ved at det dermed er skapt rimelig tvil. Dersom det ikke foreligger nok bevis til å falsifisere påtalemyndighetens hypotese, er bevisene derimot tilstrekkelig robuste og sannsynlige til å kunne idømme straffeskyld. Med hjelp fra omstendigheter i saken søker retten med andre ord å oppstille andre tenkbare forklaringer enn den tiltalebeslutningen oppstiller. Hvis en slik alternativ forklaring kan konkretiseres, kan også denne rimelighet prøves. Hvis påtalemyndigheten og retten ikke kan utelukke en slik alternativ mulighet, skal den tiltale frifinnes fordi det foreligger ”rimelig tvil”. En viktig forutsetning for hypotesemodellen er at påtalemyndigheten har oppfylt sin utredningsbyrde.

Slike alternative hypoteser bør som tidligere nevnt oppstilles under hele saksgangen uansett hvilket trinn saken befinner seg på. Denne metoden kan både anvendes i forhold til det enkelte bevis, og i forhold det enkelte bevistema i saken, og retter seg mot begge dimensjonene ved beviskravet, både sannsynlighet og robusthet. Vurdering av påtalemyndighetens hypotese vurdert opp mot alternative hypoteser vil kunne gi retten indikasjon på om saken er tilstrekkelig opplyst, og har dermed en viktig tilknytning til rettens utredningsplikt etter strpl. § 294¹²⁵.

Alternative hypoteser innebærer at hypotesen må konkretiseres til omstendigheter i faktum som taler mot den tiltaltes ansvar. Tvilens rimelighet må dermed prøves i to steg: (1) prøve om utredningskravet må anses oppfylt og, (2) om hver relevant grunn til tvil kan motbevises og utesluttet. Påtalemyndigheten oppstiller en tese som domstolene skal prøve sannheten av. Forsvaret på sin side må søke å argumentere for at påtalemyndigheten kun har oppstilt en hypotese blant andre mulige, og søke å falsifisere denne ved å søke å verifisere andre alternative forklaringshypoteser. Det som skiller en tese fra en hypotese er dens forhold til overprøvingen, en tese er påstand begrunnet i en viss overprøving, mens hypotese er en antagelse som det gjenstår å overprøve. Retten

¹²⁵ Se EMD *Telfner mot Østerrike*

må behandle påtalemyndighetens tese som en hypotese, og det betyr igjen at øvrige hypoteser kan betegnes som alternative.

En friende forklaring utgjør alltid en hypotese, uansett hvem som lanserer den. Forklaringen trenger ikke å uttrykke noe om skyld, det kan dreie seg om et annet lovbrudd enn angitt i tiltalebeslutningen, eller at bruddet ikke er forenlig med gjerningsbeskrivelsen. I svensk rett medregnes også formildende omstendigheter til alternative forklaringer, det vil si alt som taler til fordel for den tiltalte.

7.5 Koherensmetoden og bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring
Hans Petter Gravers artikkel ”Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering”¹²⁶ drøfter en tese om at vitenskapelige kjensgjerninger og sannsynlighetsteori utgjør rammer for bevisbedømmelsen på samme måte som formell logikk som bevisvurderingen må holde seg innenfor. Han fremhever at dette ofte ikke er tilstrekkelig til bevisbedømmelse, fordi vi ofte må trekke slutninger som ikke er tvingende ut ifra logikken eller som kan begrunnes etter sannsynlighetsteori, på samme måte som man konstruerer teorier i natur- og samfunnsvitenskapene. Når disse slutningene ikke kan demonstreres som tvingende eller gyldige, må vi ha andre kriterier for å avgjøre om vi har gode eller mindre gode grunner til å tro på dem.

Svaret man søker etter under bevisbedømmelsen er hvor godt dette standpunktet henger sammen med de forskjellige omstendigheter som er kommet frem under saken, i det man for øvrig vet hva som har betydning for standpunktet. Det er spørsmål om å finne den forklaringen som er mest koherent. Graver fremhever likheten i vitenskapelig og juridisk tilnærming til bevis.¹²⁷ I begge vurderinger leter man etter hva man har grunn til å tro ut ifra den tilgjengelige kunnskap om konkrete omstendigheter, og ut ifra teorier om årsakssammenheng og motivasjonsstrukturer. Grunnlag for å etablere faktisk kunnskap er observasjon av data, hendelser, analyser av disse og slutninger om og fra

¹²⁶ Graver, TFR 2009-191

¹²⁷ Graver, TFR 2009-191 (s. 205 note 23).

disse på grunnlag av mer generell eller teoretisk innsikt. Det er også utviklet kriterier for koherens for bedømmelse av rettslig argumentasjon.¹²⁸

Graver peker på at en sentral del av juridisk virksomhet forutsetter at man trekker slutninger som ikke er tvingende og logiske, og som går utover det man kan sannsynliggjøre med referanse til observasjoner eller systematisk teori. Graver slutter seg til Eivind Kolflaaths terminologi om at den slutningen er overbevisende som gir den beste forklaringen på bevisene i saken.¹²⁹ Men heller ikke her er det grunnleggende forskjeller mellom jus og annen vitenskapsteori, ettersom den beste forklaringen på det man vet, også er et sentralt grunnlag for teoridannelse innenfor naturvitenskapen.

Graver erkjenner at det i praksis også er store forskjeller, blant annet på grunn av formålet bak og de institusjonelle sammenhengene jussen og vitenskapen inngår i. I vitenskapen er det utviklet instrumenter og metoder for å gjøre nøyaktige målinger og observasjoner, og utfordringen til den juridiske bevisvurderingen i denne sammenheng ligger i hvordan man kan dra best mulig nytte av vitenskapelig kunnskap og ekspertise, uten å bli lurt av eksperter som tar feil og teorier som viser seg å være gale.

Slik sett mener jeg at den prosess som består i å bestemme innholdet i fakta, ikke er vesensforskjellig fra den prosess som består i å bestemme innholdet i rettsreglene. Det er trolig de samme grunnleggende verdiene som styrer begge disse dimensjonene. Både når det gjelder faktum og juss leter vi etter den løsningen som alt i alt har de beste grunner for seg¹³⁰. I bevisvurderingen må man lete etter den forklaringen på det rettslige beviset som best gjør rede for de kunnskaper vi har ved at den forklarer mest mulig av det vi vet og det som er viktig, og motsis minst mulig av det som er viktig.

Koherens betyr å henge sammen og innebærer mer enn at det ikke skal være motstrid mellom elementer i forklaringen. Koherens kan være et sterkere krav enn fravær av

¹²⁸ Robert Alexy og Aleksander Peczenic ”The concept of coherence and its significance for discursive rationality”, Lund 1998.

¹²⁹ Kolflaath, *Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring*, TFR 2007-171.

¹³⁰ Se også Nils Nygaard: *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane*, TRF 2002 s. 33.

motstrid, og kan graderes. Påstander som inngår i en teori eller forklaring kan være mer eller mindre koherent. Koherens forklares som mål på holdbarheten av en forklaring hvor både logikk, teori og kjennskap til sannsynlighet kan inngå som elementer. Med utgangspunkt i Alexy, Peczenic, Milligram og Thagars teori gjennomgås en rekke koherensprinsipper: prinsipp om sammenheng, enkelthet, analogi, prinsipp om at data har prioritet og prinsipper om relevans, generalitet og rekkevidde. Nyere teori argumenterer også for å vurdere bevisene ut ifra partenes bevisføringsatferd eller å bygge på en induktiv metode. På bakgrunn av disse teoriene oppstiller Graver en sjekkliste for helhetsvurderingen¹³¹.

Selv om Graver ikke direkte sier det, tror jeg at han ville ha vært enig i at man i straffesaker bør legge en metode basert på alternative hypoteser til grunn.

Kolflaath¹³² tar i sin artikkel som utgangspunkt at juridisk bevisbedømmelse kan betraktes som slutning til beste forklaring. En slutning til beste forklaring er et resonnement med den konklusjon at en bestemt hypotese, som i premissene er utpekt som den beste forklaringen på det gitte saksforholdet, trolig er sann. Man forsøker å avdekke hva som er tilfellet ved å forsøke å forstå hvorfor noe annet (det vil si det gitte saksforholdet) er tilfellet.¹³³

Beviskravet i straffesaker - at tiltaltes skyld skal bevises utover enhver rimelig tvil - skal tolkes som et krav om at det ikke skal finnes en plausibel forklaring på bevissituasjonen som impliserer at den tiltalte er uskyldig. Dette vil i mange tilfeller igjen innebære at ingen andre alternative hypoteser legges til grunn som faktum i saken, retten må nøye seg med å frifinne med den begrunnelse at den ikke finner det skisserte saksforholdet i tiltalebeslutningen tilstrekkelig bevist.

¹³¹ Se Graver TFR-2009-191 (på s 221flg.)

¹³² Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring*, TFR, 2007, s. 171, se også *bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?* TFR, 2006.

¹³³ Kolflaath, TFR, 2007 s. 171 note 6. Se også Hov, 2007, s 1147.

Kolflaath slår fast at logiske grunner til å akseptere hypotesen må suppleres med pragmatiske grunner til å akseptere den. Styrken til en konklusjon i en slutning til beste forklaring avhenger således av: (1) hvor god hypotesen i seg selv er, (2) hvor mye bedre H er enn de øvrige mulige forklaringer som har vært tatt i betraktning, og (3) hvor grundig søket etter andre forklaringer har vært. Og to ytterligere: (4) hvor stor behovet er for å trekke en konklusjon i det hele tatt, særlig hvis mulighet for å fremskaffe flere bevis før avgjørelsen, og (5) skadevirkningene ved å ta feil og gevinstene ved å ha rett¹³⁴.

Artikkelen til Kolflaath belyser en rekke aspekter ved juridisk bevisbedømmelse, blant annet forholdet til kontrastive spørsmål og bevisbedømmelsens presumptive natur. Slutning til beste forklaring øker vår forståelse av bevissituasjonen, og gjør at bevisbedømmeren søker en forklaring på bevissituasjonen som er koherent i seg selv, i samsvar med bevisene og generelle erfaringssetninger. Også Kolflaath synes etter dette å være en tilhenger av en alternativ hypotesemodell til grunn for bevisbedømmelsen.

7.6 Implikasjoner for bevisbedømmelsen

Overbevisning er et individuelt og psykologisk fenomen. Det som er nok til å overbevise den ene, er ikke nødvendigvis nok til å overbevise en annen. Men dette betyr ikke at det ikke eksisterer noe objektivt ved bedømmelsen¹³⁵. Dommeren kan ikke nøye seg med en ureflektert intuisjon. Bevisstoffet må tankemessig bearbeides. De forelagte bevis må sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den¹³⁶.

Siden bevisvurderingen er fri, vil subjektive tanker hos den enkelte være av betydning. De erfaringer og kunnskapsnivå dommeren har, vil påvirke vurderingen. Ettersom bevisbedømmerens slutninger foregår i hodet og sjeldent kommer til uttrykk, er det ikke

¹³⁴ Eivind Kolflaath, TFR, 2007, s. 171 note 19.

¹³⁵ Strpl. 1887 Overbevisningen skal bygge på ”en samvittighetsfull prøvelse av de fremførte beviseligheter”.

¹³⁶ Andenæs, s. 166 note 174.

lett å utlede hvilket psykologiske eller subjektive erkjennelser bevisbedømmeren faktisk foretar. Eskeland skriver at retten må være "sikker" på at tiltalte har begått den handlingen tiltalen gjelder¹³⁷. Men problemet er at når en person er "sikker" på noe, i virkeligheten er et meget individuelt fenomen.

Uenighet i bevisbedømmelsen kan ha forskjellige årsaker. Det kan skyldes forskjellig oppfatninger av bevisføringen for retten, det kan skyldes forskjellig syn i erfaringssetninger som anvendes ved vurderingen, eller så kan dommerne ha stilt forskjellig krav til sannsynlighet som må foreligge for domfellelse. Det vil imidlertid ofte være vanskelig å si nøyaktig hva uenigheten bunner i. De momenter som kommer i betraktning ved bevisbedømmelsen er så mange og kompliserte, de erfaringssetninger som anvendes så upresise, og kravet til sannsynlighet så vanskelig å forme i eksakte ord, at det bortsett fra de helt enkle og opplagte tilfeller er nær umulig å gi en fullstendig begrunnelse for resultatet¹³⁸. Graver retter søkelys på at den menneskelige kunnskap er skrøpelig og utsatt for feilkilder¹³⁹. For dommeren opptrer feilkildene i dobbel potens. Dommeren baserer sin oppfatning på annenhånds beretninger hvor feilkildene allerede har påvirket bevismaterialet, og hvor feilkildene i tillegg spiller inn på dommerens egen kunnskap om det han opplever etter bevisførselen.

7.7 Retningslinjer for bevisbedømmelsen

Eskeland mener også at vi nå er på vei mot et paradigmeskifte- en ny tenkemåte når det gjelder bevisvurderingen i straffesaker¹⁴⁰. Følelsen av at tiltalte er skyldig skal ikke lenger kunne føre til en straffedom. Bevisvurderingen er ikke frikoplet fra logikken og naturvitenskapens lover, og holdbarheten av slutninger om faktiske sammenhenger beror derfor på hva naturvitenskapen og samfunnsvitenskapen kan fortelle oss. Noen ganger er justismord resultat av juristers holdninger og tradisjonelle måte å vurdere bevis på. Når vi ikke har vitenskapelige resonnementer å bygge på, må vi bygge på

¹³⁷ Ståle Eskeland, *Strafferett*, 2006, s. 510.

¹³⁸ Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, ved Thor Geir Myhrer, 2009, s. 166.

¹³⁹ Francis Bacons teori om fire illusjoner, jf. Hans Petter Graver, *Bevisbedømmelse - uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsteori*, TFR 2009-191 (s. 193).

¹⁴⁰ Bratholm og Eskeland, 2008, s. 190.

”common sense” betraktninger om mulige hendelsesforløp¹⁴¹. Man må erkjenne hvor vanskelig det er å fastslå hva som har skjedd i fortiden, og at man erkjenner de sterke sosialpsykologiske mekanismer som former våre oppfatninger.

Strandbakken finner det mer hensiktsmessig å oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen enn regelpregede teorier.¹⁴² Siden virkeligheten er nyansert og varierende bør man benytte elementer fra flere teorier som momenter ved bevisbedømmelsen. Strandbakken fremhever at hensyn til at hver sak er unik sikres ved å konkretisere bevisvurderingen til den enkelte sak, slik at man også kan imøtekomme spesielle bevisspørsmål som dukker opp i den enkelte sak. Han erkjenner at bevisbedømmelsen er en psykologisk erkjennelsesprosess, og selv om subjektive elementer i prinsippet må motstribes er det ikke mulig å angi objektive kriterier for hvordan dommeren skal føle seg overbevist. Bevisbedømmeren bør følge retningslinjen om rasjonell bevisbedømmelse¹⁴³, og slik tror han den frie bevisbedømmelsen best vil ivareta det strafferettslige beviskrav.

Jon T. Johnsen påstår at selve tvilsprinsippet i straffesaker skal forstås som en retningslinje og ikke en regel.¹⁴⁴ Johnsen trekker frem momenter fra Zahles atferdsteori og mener at ulike retningslinjer bør anvendes ved helhetsvurderingen av om det foreligger tilstrekkelig tvil til at tiltalte må frifinnes.

Thor Geir Myhrer¹⁴⁵ er enig i at det kan utvikles en sjekkliste for bevisbedømmelsen som for eksempel kan inneholde de sentrale punkter i de ulike bevisteoriene. En eventuell sjekkliste kan etter hans mening, se slik ut:

- (1) Hva er de sentrale bevistemaene i saken?
- (2) Finnes det noen annen mulig forklaring enn den som påtalemyndighetens påtalevedtak er basert på?

¹⁴¹ Bratholm og Eskeland, 2008, s.19.

¹⁴² Strandbakken, 2003, s. 244.

¹⁴³ Strandbakken, 2003, s. 244.

¹⁴⁴ Johnsen, 1987, s. 19.

¹⁴⁵ I en e-post utveksling.

- (3) Hva er opprinnelsessannsynligheten (man måtte finne et annet ord – eller gi en forklaring) for de ulike bevistemaer. Er det noe som tilsier at denne ikke gjør seg gjeldende i den aktuelle sak.
- (4) Hva er de sentrale bevis knyttet til de ulike bevistemaer og hvilken verdi har disse bevis. (Dette kunne for vitner eksemplifiseres med vitnets generelle eller spesielle troverdighet, syn, hørsel, avstand m.v.)

7.8 Oppsummering

I straffesaker må man se etter en forklaring som er troverdig i mer absolutt forstand, og beviskravet vil ikke være oppfylt dersom det finnes en alternativ forklaring med en viss grad av koherens, selv om det ikke er den mest koherente. Det stilles med andre ord særlige krav til koherensen av en forklaring i straffesaker. Kravet om at det ikke må foreligge rimelig tvil, kan omskrives til at den teorien om saken som sier at tiltalte er skyldig, ikke skal være beheftet med særlig grad av inkoherens. I forhold til hvor mye koherens det må være, kan veiledningen søkes i Gravers sjekklister overfor.

En bevisteori som normative anbefalinger til bevisbedømmelsen må også tilpasses den som skal anvende den¹⁴⁶, og derfor bygge på en rasjonell og logisk modell som viser hvilket resonnement som har ledet til den aktuelle konklusjonen. Etter Strandbakkens mening oppfylder hypoteseprøvingsteorien, det vil si Cohens induktive metode og Diesens pragmatiske bevismodell, de krav man bør stille til en bevisteori¹⁴⁷. Han legger også til at det ofte vil være naturlig å trekke inn elementer fra andre metoder, som for eksempel verdimetoden som fokuserer på det enkelte bevis, og temametoden som åpner for å se bevisene i sammenheng. Zahles atferdsteori er etter Strandbakkens mening en god beskrivelse av hvilke slutninger man kan trekke ut av aktørenes opptreden under rettergangen, men at det her er viktig å være oppmerksom på feilkildene som kan knytte seg til vitnebevis mv. Dette standpunktet feller også sammen med mine konklusjoner i denne avhandlingen.

¹⁴⁶ Strandbakken: 2003, s. 239.

¹⁴⁷ Strandbakken: 2003, s. 242.

8 De ulike bevisteoriene i praksis

Hovedhypotesen i denne oppgaven er om uskyldspresumsjonen som beviskrav kan sies å stille et krav om å anvende konkrete retningslinjer som de ulike bevisteoriene gir anvisning på, under bevisbedømmelsen. Selv om nasjonale domstoler og EMD ikke uttrykkelig har anvendt disse bevisteoriene i praksis, vil jeg hevde at mange domstoler faktisk bygger på slike teorier når de løser et bevisspørsmål.

8.1 Norsk rett

Loven stiller som kjent få krav til hvordan man skal komme frem til det faktum som skal legges til grunn for dommen. Visse yttergrenser kan trekkes opp¹⁴⁸.

I Rt. 2005 s. 1353 drøftet Kjæremålsutvalget om rettsbelæringen til lagretten måtte settes til side på grunn av rettsformannens uttalelser om hva det vil si at bevisbedømmeren ikke skal være i rimelig tvil om tiltaltes skyld. Rettsbelæringen ble opprettholdt.

Lagmannens uttalelser viser hvor vanskelig det er å si noe konkret om innholdet i beviskravet. Uttalelsene slår samtidig fast at absolutt atletisk sannhet ikke kreves¹⁴⁹. Bevisbedømmelse foregår i hodet, og erkjennelsen av om det foreligger rimelig tvil eller ikke, er abstrakt og dermed vanskelig å utlede fra dommene. At norsk rettspraksis inneholder lite om hvordan dommerne foretar slutninger fra bevis (og dermed det nærmere innholdet av beviskravet) kan sies å utgjøre en logisk konsekvens av denne kompleksiteten.

Bevisbedømmelsen i en straffesak vil nesten alltid gi grunnlag for større eller mindre grad av tvil med hensyn til de relevante fakta. I straffesaker er det ikke hensyn til flest mulige riktige avgjørelser som har størst vekt. Den overordnede verdi er at ingen uskyldige dømmes. Konsekvensen man har trukket fra dette er at fakta som taler i tiltaltes disfavør bare kan legges til grunn dersom de anses som sikre. Dette er et vanskelig etterprøvbart område, men gir norsk rettspraksis gir også eksempler på

¹⁴⁸ Domstolloven §§ 60 og 100, samt strpl. § 360 og strpl. § 40 femte ledd

¹⁴⁹ Se [Kolflaath](#), TFR 2007 s 171, og avhandlingens avsnitt 7.5

tilfeller hvor beviskravet ikke har vært fulgt av bevisbedømmeren, nemlig i noen av Norges mest kjente gjenopptakelsessaker, blant annet Hetle og Hoel saken.¹⁵⁰ Fordi det alltid vil være en risiko for at en straffedom bygger på feil faktum har vi andre virkemidler for å sikre en rettferdig rettergang, for eksempel reglene om anke. Lagmannsrettens dommer kan ankes videre til Høyesterett, men det gjelder ikke for bevisene under skyldspørsmålet, herunder bevisene for at domfelte begikk handlingen han var dømt for. Gjennom anke kan den som er domfelt i tingsretten, bare få prøvet bevisene under skyldspørsmålet en gang til, noe som etter min mening er litt uheldig i lys av uskyldspresumsjonen.¹⁵¹

Straffeprosessloven Kap 27 gir adgang til å begjære en sak som er endelig avgjort gjenopptatt. Gjenopptagelse kan gjelde skyldspørsmålet og andre spørsmål som er avgjort i straffesaken¹⁵². Sakkyndige erklæringer har vært en viktig årsak til gjenopptakelse¹⁵³. Men tidsforløpet mellom en fellende dom og gjenopptakelse kan innebære en rekke ulemper: bevis kan forspilles, det blir vanskelig å påvise nye forhold, og ofte må man foreta gjentatte forsøk på gjenopptakelse før man når frem. Enda en svakhet ved Gjenopptakelsesinstituttet er at Gjenopptakelseskommissjonen ikke har tilstrekkelige ressurser til å utrede alvorlige saker fullt ut.

Ved å sammenligne flere avgjørelser kan det være mulig å trekke generelle retningslinjer. Men fordi Høyesterett er avskåret fra å foreta bevisbedømmelse under skyldspørsmålet¹⁵⁴ og fordi domsgrunnene sjeldent redegjør for den totale bevissituasjonen, vil gjenopptakelsessakene¹⁵⁵ etter min mening være det beste illustrasjonsmateriale. Underinstansen angir ofte beviskravet men behøver ikke å redegjøre for innholdet i kravet, og må dessuten i begrenset omfang gjøre rede for hvordan man har kommet frem til at beviskravet er oppfylt.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Se Rt. 1942 s. 247. Bratholm og Eskeland, 2008, s. 36 og s. 45. Se *Fritz Moen* saken.

¹⁵¹ *Telfner* saken og *Geerings* sakene, se avhandlingens avsnitt.8.3.1. nedenfor.

¹⁵² Strpl. § 391

¹⁵³ *Torgersen* saken Rt. 2001 s. 1521.

¹⁵⁴ Strpl. § 306.

¹⁵⁵ Se strpl. §§ 388 og 389

¹⁵⁶ Strpl. § 40 femte ledd jf. Rt.2009 s. 1439. Se også Rt. 2009 s. 961 og Rt. 2009 s. 750.

Det er flere gjenopptakelsessaker som er av interesse for min hypotese, men av hensyn til plass vil bare noen få av disse nevnes. Spørsmålet er om en formell anvendelse av bevisteoriene i praksis kan være med på å forebygge justismord.

I Lahlum saken¹⁵⁷ forelå en usikkerhet ved tre sentrale bevis. I tillegg til at det bare forelå svake uttalelser fra sakkyndige, var det ikke gjort noen forsøk på å avkrefte mistanken om skyld. Retten hadde ikke vurdert noen andre hypoteser eller tolkningsmuligheter. Det kan spørres: dersom retten formelt sett hadde blitt tvunget til å sette opp en alternativ hypotese under bevisbedømmelsen, hadde denne feilen kunne ha blitt unngått?

I en egen gruppe for seg når det gjelder bevisbedømmelse er sedelighetssaker, hvor det hevdes at det har gått galt i mange saker.¹⁵⁸

I Rt. 2009 s. 1439 legger Høyesterett til grunn at strpl. § 40 femte ledd må anvendes analogisk i straffesaker med lagrette. Den domfelte og allmennheten skal kunne etterprøve de vurderinger som ligger til grunn for en domfellelse.¹⁵⁹ I denne saken taler førstvoterende om et ”springende punkt” som er utelatt i Lagmannsrettens vurdering.¹⁶⁰ I realiteten synes Høyesterett her å tale om en alternativ hypotese som ikke er drøftet. Høyesterett legger også til at den manglende begrunnelsen er egnet til å danne tvil om det strafferettslige beviskravet er anvendt riktig.¹⁶¹

Dommen viser etter min mening at den samlede bevisvurderingen må tolkes i lys av to eller flere hypoteser som er oppstilt på forhånd, påtalemyndighetens hypotese og en eller flere hypoteser med grunnlag i uskyldspresumsjonen. Hypotesen(e) som stemmer

¹⁵⁷ Bratholm og Eskeland: 2008, s. 116. RG 1999 s. 1506

¹⁵⁸ Bratholm og Eskeland: 2008 s. 127

¹⁵⁹ Avsnitt 26 og 28, og jf. Rt. 2009 s 750. Ot.prp. nr 78 92/93.

¹⁶⁰ Avsnitt 31 og 32

¹⁶¹ Dommens avsnitt 34

best med fortolkningene av det foreliggende bevismateriale godtas, og hypotesen(e) som ikke stemmer med en fortolkning av bevismateriale må forkastes.

Vidar Fjell¹⁶², en utviklingshemmet 60 år gammel mann, er nå i Oslo Tingrett tilkjent ti millioner kroner i erstatning for uriktig domfellelse for drap 19 år tidligere. I erstatningssaken rettes særlig kritikk mot politiets behandling av mannen under etterforskningen, og at politiet nektet en privatetterforsker tilgang til etterforskningsdokumentene. Saken viser hvor viktig politiets arbeid kan være for det endelige resultatet.

8.1.1 Litt om politiets etterforskningsmetoder

Politiets etterforskningsmetoder kan være avgjørende for resultatet i en rettsprosess.¹⁶³ I en artikkel og en doktoravhandling fra 2009¹⁶⁴ rettes søkelyset mot forbedringer innenfor politiets etterforskningsmetoder. Avhandlingen bygger blant annet på kognitiv og sosialpsykologisk teori om beslutningstaking, hvor menneskets begrensede evne til å forholde seg objektivt står sentralt. I lys av teori og empiri dokumenteres behovet for oppdaterte retningslinjer for norsk politi. Systematisk kunnskap om ulike etterforskningsmetoders fallgruver gir systematisk informasjon om forebyggende tiltak og prosedyrebeskrivelser som slår begge veier. Dette minker sjansen både for at rett gjerningsperson går fri, og for at en uskyldig domfelles. Begrepet ”justisfeil” presenteres som ”ethvert avvik fra straffesakens optimale utfall”. Et sentralt tema i avhandlingen er hvordan politiets beslutninger påvirker straffesakens endelige utfall og hvordan justisfeil kan unngås. Det pekes på en rekke svakheter med hensyn til politiets utdanning og etterforskningsteknikker, og det gis en rekke forslag for forbedringer.

¹⁶² Aftenposten *Fjell* saken, 18.4.2011. Saken ligner på Liland saken og Fritz Moen saken.

¹⁶³ Bring, Diesen og Wahren ”Forhör” 2008

¹⁶⁴ Fashing og Rachlew, ; *Investigative interviewing in the Nordic region*, 2009, Williamson, Milne, Savage (red) *International developments in the investigative interviewing*, Devon, UK, Willian Publishing page 39-65. Se særlig kapittel 4: *Tactical use of potential evidence*. Og Asbjørn Rachlew, Ph.d. avhandling: *Justisfeil ved politiets etterforskning - noen eksempler og forskningsbaserte mottiltak*, Uio 2009.

I underkapitlet ”*Tactical use of potential evidence in suspect interviews*” beskriver Rachlew (med flere) en avhørsmetodikk som i dag er pensum under videreutdanningen av politietterforskere i avhørsteknikk. Som det fremgår av Rachlews fremstilling har metoden sitt utspring fra en svensk politietterforsker. Jeg er rimelig sikker på at han har den fra Högsta Domstolen i Sverige. Metoden går ut på:

- a) å identifisere potensielle bevis og foreta solide forberedelser,
- b) å identifisere alternative forklaringer (som indikerer uskyld), identifisere alle mulige forklaringer om deres opprinnelse for å motvirke forutinntatte konklusjoner
- c) å sondre ut og å intervju omkring de alternative forklaringene - før de(t) potensielle bevis(et) presenteres for den mistenkte, søker man å eliminere alle alternative forklaringer identifisert i pkt. (c).

Tanken er at metodikken hjelper etterforskeren med å teste ut ulike hypoteser, og på den måten reduserer skadevirkningene av ulike former for bekreftelsesfeller. Metodikken vil også gjøre påtalemyndigheten og domstolenes arbeid enklere: Alle alternative hypoteser er testet ut på etterforskningsstadiet. Videre har metodikken et polititaktisk tilsnitt. Dersom mistenkte er skyldig, og har planer om å forsøke å unndra seg straffansvar, vil politiet gjennom sine spørsmål (og mistenktes svar til disse) - eliminere alternative forklaringer, og på den måten styrke bevisverdien av det potensielle beviset.

Noen vil hevde at det vil være vanskelig å lage sjekklister for "hypotese elimineringsmetoden". Ingen saker er like. Alle har særegne bevisbilder og derfor ulike hypoteser. Men det er definitivt mulig å lage en beslutningslogg for politiet (tilsvarende den politiet i England forholder seg til), der etterforskningslederen skriver ned sine vurderinger knyttet til viktige beslutninger. Før avhøret av mistenkte - som jo ofte er et av sakens mest sentrale bevis - bør etterforskningslederen skrive ned alle alternative forklaringer politiet har klart å identifisere forut for avhøret. Ved å pålegge politiet å føre en slik logg vil elimineringsmetoden systematiseres - i alle fall i en viss grad.

I straffesaker innebærer beviskravet -utover enhver rimelig tvil- at påtalemyndigheten må lete etter holdepunkter i faktum som taler i andre retninger enn det de først har lagt til grunn. En fordel med metoden om alternative forklaringer er nettopp at den samme

metoden kan legges til grunn for bevisbedømmelse, både under etterforskning og hovedforhandling.

Hver sak prøves etter hva dennes beskaffenhet (alvorlighetsgrad, kompleksitet mv.) krever, og behov for utredning varierer. Savnes informasjon om en relevant variabel er standarden ikke oppfylt. At utredningskravet er oppfylt utgjør en forutsetning, ingen garanti for at utredningen er tilstrekkelig til å prøve å eliminere alternative forklaringer. Utredningsbyrden påhviler i første omgang påtalemyndigheten, men deretter også domstolene. Som en konsekvens av deres utredningsansvar etter strpl. § 294 må domstolene prøve bevisenes kvalitet og kvantitet.

Å anvende den samme metoden i to omganger, både under etterforskningen og under rettsavgjørelsen, gjør det mulig å kontrollere påtalemyndighetens konklusjoner under etterforskningen. En viktig forutsetning er at domstolen oppstiller egne alternative hypoteser, det vil si at de foretar en selvstendig vurdering og ikke bare slutter seg til påtalemyndigheten eller tidligere instanser. Dette danner grunnlag for en allsidig og objektiv bevisbedømmelse.¹⁶⁵ Retten bør derfor kunne granske etterforskningsdokumentene i søket etter alternative forklaringer. Bevisumiddelbarhetsprinsippet og hovedforhandlingsprinsippet kan ikke sies å være i strid med dette, hvis det kun anvendes som et verktøy for utredningsstrategier og ikke for å utfylle påtalen.¹⁶⁶

8.2 Svensk rett

Som nevnt bygger Diesens pragmatiske bevisprøvningsmodell på den Svenska Högsta¹⁶⁷ Domstolens praksis.¹⁶⁸ Diesen viser hvordan HD i praksis anvender beviskravet ”bortom rimligt tvivel” som beviskrav, og hva slags retningslinjer domstolen oppstiller for å vise hvordan denne normen skal overprøves.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Diesen, 1994, s. 134.

¹⁶⁶ Diesen, 1994, s. 147.

¹⁶⁷ Heretter HD

¹⁶⁸ Diesen, 1994, s. 120 flg.

¹⁶⁹ NJA 1980 s 825 og NJA 1980 s 164.

I saken NJA 1980 s 725¹⁷⁰ var to tunisiere, A og L, tiltalt for voldtekt på to tenåringsjenter. Påtalemyndigheten mente at A og L hadde tatt med jentene til den enes leilighet. Mennene nektet for dette. De endret ikke forklaringen, helt fra politiforhørene og til HD. Jentene hadde imidlertid endret noen punkter i forklaringen. HD slo i denne saken fast at beviskravet i straffesaker ikke kunne anses oppfylt hvis man ikke gjennomgår de enkelte utsagnenes bevisverdi og alternative forklaringer. HD oppstilte så på egen hånd en alternativ forklaring og vurderte denne i forhold til bevisene. Etter en gjennomgang av bevisene i saken, kom HD til at den nye alternative forklaringen ga opphav til rimelig tvil.

NJA 1990 s 555 dreide seg om en mann som var dømt for grov fyllekjøring i Tingretten. På spørsmål fra en politimann hadde vedkommende svart at det var han som kjørte bilen, og han hadde en promille på 2,47. Senere endret mannen forklaringen sin til at han var i selskap med noen kamerater og drakk, og oppdaget på vei hjem at bilen var borte. Derfor hadde han gått ut for å lete etter bilen. En av kameratenes far kunne bekrefte at bilen plutselig var borte, og at de ikke hadde noen informasjon om hvem som hadde den. HD uttalte:

*”Vid övervägande av vad som sålunda upptagits finner HD inte utredningen med sådan styrka utsluta andra tänkbara händelseförlopp än att (mannen) själv kört bilen att det blivit ställt utom rimligt tvivel att han gjort sig skyldig till brott i enlighet med åtalet.”*¹⁷¹

Diesen mener at domsbegrunnelsen i denne saken bekrefter at beviskravet ” bortom rimligt tvivel” danner en metode hvor retten må prøve om andre alternative hypoteser kan utelukkes, uansett om alternativet er lansert av den tiltalte selv eller ikke. Saken er også et eksempel på en sak hvor påtalemyndigheten ikke hadde oppfylt sin utredningsplikt, noe som igjen fikk den virkning at beviskravet ikke kunne anses oppfylt.

¹⁷⁰ Diesen, 1994, s. 121.

¹⁷¹ Diesen, 1994, s. 128.

I engelsk rett er det særlig understreket at bevisbedømmeren må ta i bruk alternative hypoteser til det hendelsesforløp påtalemyndigheten synes å legge til grunn,¹⁷² det vil si den induktive metode. På denne måten vil eventuelle tvil kunne konkretiseres til et alternativ hendelsesforløp, som blir gjenstand for prøving med utgangspunkt i det fremlagte bevismateriale. Dersom retten finner at de alternative hypotesene ikke har noe for seg, vil det ikke foreligge slik tvil som gjør det berettiget å frifinne tiltalte. I Storbritania opereres det med rettsregler for bevisbedømmelsen, for eksempel at det er krav om at det må foreligge en ubrutt rekke av indisier og bevis for å kunne dømme.

8.3 EMDs praksis

Fjerdeinstansdoktrinen og uskyldspresumsjonen som beviskrav er upresise og vanskelige begreper. Dette er sentrale begrunnelser for at EMD hittil ikke har overprøvd nasjonale domstolars konkrete bevisbedømmelse uttrykkelig opp mot uskyldspresumsjonen og art 6 nr. 2¹⁷³. Men det kan se ut som det skjer en utvikling på dette området. Etersom EMD til tider er inkonsistente på dette feltet, vil det være vanskelig å si noe bestemt om hva slags retningslinjer EMD oppstiller for bevisbedømmelsen. Hvor stor vekt EMDs praksis skal få beror ikke bare på hvor konsistent den er, men også på hvor klare og tydelige slutninger man kan trekke fra dommen. Slutningene må dermed kunne oppfylle kravene til klarhet for å bli lagt til grunn som gjeldende rett¹⁷⁴.

EMD angir altså minstekrav til bevis. Etter uttalelser i Kommisjonens avgjørelse 11.juli 1960 *Østerrike mot Italia og Barberà, Messegùe og Jabardo mot Spania*¹⁷⁵ kan det spørres om det må anses som et krav at nasjonale domstoler uttrykkelig og formelt tar utgangspunkt i uskyldspresumsjonen i sine avgjørelser. EMD foretok riktignok en formalistisk tilnærming til selve beviskravet i straffesaker, men EMDs praksis viser også at den faktisk kan gå inn å overprøve det anvendte beviskravet.

¹⁷² Strandbakken, 2003, s. 372 note 123.

¹⁷³ Kommisjonens avgjørelse 11. juli 1960 *Østerrike mot Italia*

¹⁷⁴ Sammenlign klarhetskravet i Rt.1994 s.610.

¹⁷⁵ EMD: 1983-10588

I saken *Telfner mot Østerrike*¹⁷⁶ var klageren dømt for uaktsom kjøring med personskade til følge. Grunnlaget for domfellelsen var et vitne som kunne identifisere bilen, men ikke føreren. Det var også lagt vekt på at det var tiltalte som hovedsakelig brukte bilen, og at han ikke var hjemme den aktuelle kvelden. Tiltalte nektet å avgi forklaring, det samme gjorde hans mor og søster. EMD kom til at domfellelsen var i strid med uskyldspresumsjonen. Det var i realiteten tale om å oppstille en omvendt bevisbyrde ved å vektlegge at den tiltalte nektet å avgi forklaring, fordi domfellelsen ellers ikke grunnet seg på bevis som knyttet tiltalte direkte til handlingen.

EMD går i denne saken langt i å prøve den nasjonale bevisbedømmelsen. Og avgjørelsen kan etter min mening tas til inntekt for at det eksisterer et minstekrav til bevisenes styrke og holdbarhet i straffesaker. I tillegg til at saken viser at man ikke kan bygge på tiltaltes taushet, viser den at et utilstrekkelig bevisgrunnlag ikke er nok for en fellende dom. EMD synes her å anvende Diesens pragmatiske bevismodell: tiltaltes taushet ble ikke ansett for å være tilstrekkelig robust for å falsifisere hypotesen om at det ikke forelå rimelig tvil. Det kan legges til grunn at en sak må være tilstrekkelig opplyst for at det kan trekkes slutninger ut ifra den.

I saken *Geerings mot Nederland*¹⁷⁷ var klageren tiltalt for en rekke straffbare forhold, men frikjent for de fleste tiltalepunktene, utenom heleri og tyveri. To år senere ble han likevel dømt til inndragning av 67 000 euro, som også var begrunnet i de forholdene han var frikjent for. EMD ga klager medhold i at dette var i strid med art 6 når 2.¹⁷⁸ I denne saken nektet EMD å la myndighetene begrunne inndragningen med en usikker politirapport.¹⁷⁹ EMD synes her igjen å stille krav til bevisene som kan danne grunnlag for en rettsavgjørelse, noe som minner om Ekelöfs verdimetode. Politirapporten hadde liten verdi, ettersom den fremstod som usikker ut i fra omstendighetene.

¹⁷⁶ EMD: 1996-33501

¹⁷⁷ EMD: 2003-30810

¹⁷⁸ Premiss 47. Se Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 94.

¹⁷⁹ Premiss 46. Rt. 2008 s. 1409 avsnitt 95.

Videre er det slik at EMD indirekte kan gi en rekke konkrete retningslinjer for bevisbedømmelsen når den vurderer om rettergangen alt i alt har vært rettferdig. I *Schenk mot Sveits*¹⁸⁰ legger domstolen til grunn at den kun vil prøve om avgjørelsen sett under har vært rettferdig¹⁸¹, men foretar samtidig en grundig gjennomgang av alle bevisene i saken. Prøvelse av bevisenes holdbarhet og beviskrav anses dermed som et element (blant flere) for å avgjøre om saken sett under ett har vært rettferdig.

EMD har også gitt konkrete retningslinjer for politiets etterforskningsmetoder, hvor det blant annet er fastslått at politiprovokasjon ikke er tillatt.¹⁸² Og den har dessuten gitt retningslinjer for når bevis kan avskjæres, for eksempel at fremskaffelse av bevis som er fremkommet ved avhørsteknikker som må anses som umenneskelig behandling, ikke er forenlig med kravet til en rettferdig rettergang. EMD legger også til grunn at det i dette henseende er forskjell på direkte og indirekte bevis, ettersom det ikke vil være mye å innvende mot et bevis som indirekte er fremskaffet ved ulovlige handlinger¹⁸³. EMDs "fairness" vurdering har derfor nær sammenheng med bevisbedømmelsen.

8.4 Litt om skjæringsfeltet mellom Strpl.§ 306 og EMK

Skjæringsfeltet mellom strpl.§ 306 annet ledd og EMDs bevisvurdering fremstår for meg som noe problematisk.

På den ene siden kan anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet ikke tas til behandling av Høyesterett, jf strpl. § 306 annet ledd. Ved ratifikasjon av SP har Norge tatt forbehold om at en domfellelse ikke kan påankes til Høyesterett "*on the grounds of error in the assessment of evidence in relation to the issue of guilt*".¹⁸⁴

På den annen side har Høyesterett selv utvidet sin kompetanse i forhold til loven, til å kunne prøve den konkrete rettsanvendelsen når det påberopes EMK brudd. Kanskje må

¹⁸⁰ EMD:1984-10862

¹⁸¹ Se premiss 46

¹⁸² EMD: *Ramanauskus mot Litauen* 2001-74420

¹⁸³ EMD: *Gäfgen mot Tyskland* 2005-22978

¹⁸⁴ Rt. 2009 s. 961 avsnitt 21 og Rt. (HR-2009-1192-P) avsnitt 24-31

den i lys av EMD sin praksis gå lenger og også prøve faktum i sakene som oppheves av EMD. Høyesterett bør i disse saker prøve om beviskravet er oppfylt etter samtlige straffbarhetsvilkår, herunder skyldspørsmålet under bevisbedømmelsen. Det kan i lys av EMDs praksis spørres om fri bevisvurdering uten grunngivning i seg selv er i strid med EMK.

Noen vil hevde at opphevelse av strpl. § 306 annet ledd og en tilsvarende utvidelse av Høyesteretts kompetanse, vil være et tilbakeskritt, ettersom det folkelige element i rettsprosessen vil reduseres og den endelige bevisvurderingen vil være opp til jurister. Mens andre ser det som en fordel at trente jurister tar seg av alle spørsmål i saken. Forlenget saksbehandlingstid som følge av bevisførsel for Høyesterett og endring av Høyesteretts rolle (som verken skal forholde seg til den tiltalte eller vitner personlig og kun basere sine avgjørelser på kjørlig og stringent juss), er andre motargumenter.

Innholdet i beviskravet utgjør dessuten en del av ankegrunnen lovanvendelse under skyldspørsmålet, og kan dermed som et utgangspunkt drøftes av Høyesterett. Høyesteretts mulighet til dette blir sterkt begrenset ettersom de ikke kan prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet. I praksis er det bare mulig for Høyesterett å prøve anvendelsen av beviskravet dersom dommen inneholder utsagn som viser eller indikerer at det er anvendt et for lavt beviskrav, fordi den konkrete bevisvurderingen ikke kan prøves.¹⁸⁵ Overprøving av om beviskravet er riktig beskrevet, er etter min mening ikke tilstrekkelig til å kontrollere om beviskravet ”utover enhver rimelig tvil” er riktig anvendt, ettersom beviskravet nødvendigvis må vurderes opp mot en bevissituasjon for å kunne kartlegge om alle rimelig tvil er eliminert. Dessuten er det ikke sjeldent at Høyesterett rent indirekte gjennom saksbehandlingsregler prøver bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet.

I de tilfellene EMD har foretatt en bevisbedømmelse, har bevisvurderingen vært middelbar for domstolen, også for bevisbedømmelse under skyldspørsmålet. Dette taler etter min mening for at man bør vurdere hvorvidt strpl. § 306 annet ledd skal

¹⁸⁵ Se HR-2011-440-U avsnitt 9 og 10 og Rt. 1978 s. 882, Rt. 1978 s. 884, Rt. 2009 s. 1439 og *Bumerang sakene*, Rt. 1998 s.11.

oppretholdes¹⁸⁶. Dersom EMD kan foreta en middelbar prøvelse av bevisene, bør også Høyesterett kunne gjøre det i lys av den siktedes rettsikkerhetsgarantier og fjerdeinstansdoktrinen.

Av hensyn til plass drøftes ikke denne problemstillingen nærmere.

9 Er det behov for å utvikle retningslinjer for bevisbedømmelsen?

For å kartlegge fakta så langt det lar seg gjøre under en straffesak blir en del undersøkelser foretatt av sakkyndige. Slike undersøkelser krever betydelig ekspertise og erfaring fordi tolkning av bevisene for å avgjøre om den tiltalte er skyldig kan være vanskelig¹⁸⁷. Overdreven tiltro til tekniske bevis er en viktig årsak til justismord. Sakkyndiges rolle, og mer spesielt rettspsykiatrien og rettsmedisinens rolle, i straffesaker blir stadig større. Randi Rosenqvist peker på at det er behov for at flere tilegner seg rettspsykiatrisk spisskompetanse i Norge.¹⁸⁸ Domstolene har ofte ikke kjennskap til hvilken kompetanse det er behov for, og hvordan man vurderer sakkyndiges kompetanse. Retningslinjer for bevisbedømmelsen vil kunne forberede rettens kompetanse i forhold til sakkyndige undersøkelser.

Et annet viktig bevismiddel i straffesaker er forklaringer gitt av vitner, og som nevnt er menneskets evne til å observere på pålitelig måte er skrøpelig¹⁸⁹. Det er også grunn til å tro at vitner av og til bevisst lyver, og det eksisterer ingen kriterier for å avgjøre om vitnet snakker sant eller ikke. Ofte foretas en bedømmelse av vitnets generelle troverdighet ut ifra visse enkle kjennetegn, uten at man eksakt vet hva slags kjennetegn det dreier seg om¹⁹⁰. Bevisvurderingen i en straffesak, skyldig eller ikke, skal i utgangspunktet bero på en vurdering av det samlede bevismateriale, ikke på om et vitne

¹⁸⁶ Avsnitt 8.4 nedenfor

¹⁸⁷ Bratholm og Eskeland, 2008, s. 156 og s. 160 flg. Se *Moens* utvalget, NOU: 2007:7, s. 324 og 325.

¹⁸⁸ Randi Rosenqvist: *Rettspsykiatri* 2009 s 50, se også NOU, 2002:12, *Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*.

¹⁸⁹ Bratholm og Eskeland: 2008, s. 186.

¹⁹⁰ Rt. 2009 s. 1439.

virker overbevisende eller ikke. Politioverbetjent Rachlew peker på i sin avhandling hvordan feiltolkning av mistenktes kroppsspråk representerer en alvorlig justisfeil.¹⁹¹

Det kan etter min mening utvikles allmenngyldige retningslinjer for ulike troverdighetsvurderinger og utsagnsanalyser i lys av domstolenes praksis. For eksempel må den som etterforsker en sak vite hvordan andre bevisbedømmere kommer til å forholde seg til utsagnets innhold. Etterforskeren bør ha kunnskap om bevisvurdering, og særskilt om rettens metoder for utsagnsanalyse, det vi si rettens metoder for analysering av forklaringer. Hvis retten for eksempel stiller krav til et utsagn for at den skal anses troverdig og pålitelig, bør også etterforskeren sørge for at disse kravene oppfølges. I mange tilfeller står bevisene mot hverandre, og hvordan retten da går frem for å bedømme utsagnenes vekt er et viktig teoretisk og strategisk grunnlag for hvordan en som gjennomfører et avhør bør gå frem. Påtalemyndigheten bør med andre ord tilegne seg kunnskap om de(n) metode(n)e retten anvender ved bevisbedømmelsen.

Påtalemyndighetens avhørsteknikker sentralt i svensk straffeprosess. I lys av anklagerprinsippet har påtalemyndigheten også i Norge påtalekompetanse først når bevisene er sterke. Det vil si at de på objektiv grunnlag må forvente fellende dom i retten. Gjennom en effektiv etterforskning legger man grunnlag for en korrekt bevisvurdering. I praksis henger kvaliteten i rettergangen i høy grad på hvilken kvalitet et politiavhør og andre forundersøkelser har. Det er etterforskningens resultat som er bestemmende for om det skal bli en rettssak eller ikke. Ved et politiavhør skal man med så få inngrep som mulig forvandle en forklaring til et sterkt bevis. Viktige forutsetninger for dette er at man har strategier og at man holder fokus på alt det rettslig relevante.¹⁹² Kunnskap om bevisvurdering er også en viktig forutsetning for at påtalemyndigheten skal kunne oppfylle den utredningsbyrden og det strenge beviskravet som påhviler den i straffesaker. For å vite hva som er viktig og relevant informasjon må man også vite hvordan den skal anvendes, og hvordan informasjonsverdien prøves. Retningslinjer for bevisbedømmelsen som gjelder både under etterforskning og under en rettsprosess vil kunne hjelpe til med dette.

¹⁹¹ Rachlew: Ph.d. avhandling, UiO, 2009, Kap. 4.

¹⁹² Bring, Diesen, Wahren, *Forhör*, 2008, s. 143 flg.

Bratholm og Eskeland hevder at alle justismord skyldes at bevisene er feilbedømt¹⁹³. Og dette er sikkert riktig i de aller fleste tilfellene, men justismord kan også skyldes feil rettsanvendelse¹⁹⁴. Utbredte årsak til justismord er blant annet at retten har lagt avgjørende vekt på vitneforklaringer eller sakkyndige erklæringer som i ettertid viser seg å være feil. Forsvarere vil dessuten ofte hevde at politiet og påtalemyndigheten har et ”tunnelsyn”, det vil si at politiet låser seg i bestemte teorier altfor tidlig under etterforskningen.

Påstandene som fremsettes i Bratholm og Eskelands bok kan hevdes å være noe kontroversielle. Jeg tar ikke stilling til disse påstandene i detalj. For meg synes det likevel klart at politiet, påtalemyndighet, forsvarere, sakkyndige og domstoler kan settes i stand til å vurdere bevis på en bedre måte. Det bør være faglig basert undervisning om bevisvurdering, både på Politihøgskolen og på universitetene. Utdanningen må omfatte kritisk selvforståelse og erkjennelse av at vi alle har store problemer med å erkjenne feil, og dessuten større rettspsykiatrisk og rettsmedisinsk kunnskap. Og ikke minst må Høyesteretts og EMDs bevisbedømmelsesmetoder settes i søkelyset. I følge Jan E. Helgesen, på forelesninger i rettskildelære 4. avd., har justisminister Storberget uttalt at ”Det juridiske fakultet er flinke til å lære studenter om jussen, men lærer dem lite om virkeligheten”.

Juryordningen er i våre dager meget omdiskutert. En inngående innvendig mot ordningen er juryens manglende begrunnelse¹⁹⁵. Riksadvokaten vil fjerne jury i voldtektssaker, og justisminister Storberget har sendt ut forslag om endringer i juryordningen på høring¹⁹⁶. Også i forhold til juryordningen er utvikling av retningslinjer for bevisbedømmelsen av interesse, ettersom det kan være med på å styrke kravet til begrunnelse og dermed gjøre jurymedlemmene mer bevisst på hvordan de bør løse en bestemt bevissituasjon. I USA er det utviklet ”Modern Federal Jury

¹⁹³ Bratholm og Eskeland, 2008, s. 216.

¹⁹⁴ Rt. 2010 s. 1445

¹⁹⁵ EMD: *Taxquet* mot Belgia

¹⁹⁶ Nrk nyheter 23.4.2011

Instructions”, hvor det i § C 21 gis en beskrivelse av beviskravet. Dette kan også være mønster for angivelse av beviskravet i norsk rett. Juryen bør få forsvarlige retningslinjer for hvordan man skal bedømme bevis lys av det strenge beviskravet i straffesaker¹⁹⁷.

Dels i lys av hensyn bak uskyldspresumsjonen, dels hensyn som Høyesterett og EMD selv har trukket frem, og dels hensyn som er presentert i juridisk teori og egne reelle hensyn, mener jeg at man bør oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen ved hjelp av ulike bevisteorier.

10 Stiller beviskravet etter uskyldspresumsjonen et krav om å anvende og å utvikle konkrete retningslinjer som de ulike bevisteoriene gir anvisning på, under bevisbedømmelsen?

Retten kan bare legge en ”sikker” overbevisning til grunn for å kjenne tiltalte skyldig, dersom overbevisningen beror på rasjonelle overveielser. Dette skjer best etter min mening om man utvikler og anvender retningslinjer.

Det neste spørsmålet er dermed hvorvidt man ut fra gjeldende rett kan hevde at det er nødvendig å utvikle og å anvende slike bevisteoretiske retningslinjer.

Om dette kan utformes som egentlig rettslige ”krav”, er det ikke enkelt å si noe om på generelt grunnlag. Rettsgrunnlaget ville i så fall være Høyesterett og EMDs praksis, ved implisitte og indirekte slutninger om hvordan de må ha tenkt under bevisbedømmelsen.

Etter min mening er vitenskapelig rettsteori, straffeprosessuelle grunnprinsipper og bevisteoretiske retningslinjer som følger av Høyesteretts praksis og EMDs praksis, gode utgangspunkter for konkrete regler, som retten og andre aktører kan være mer eller mindre bundet av under bevisbedømmelsen. Formålet bak uskyldspresumsjonen

¹⁹⁷ EMD: *Beckles mot UK* 1998- 44652

ivaretas best gjennom kontroll av alle de leddene som inngår i bevisbedømmelsen, herunder vurderingen av de ulike bevis. Formålet bak prinsippet som et beviskrav fordrer at man anvender de beste metodene man kan for å komme frem til det riktigste resultat i straffesaker.

De ulike bevisene og bevisteoriene må gjøres til gjenstand for en inngående analyse i et rettslig perspektiv. Og det må kartlegges om en sjekklister for bevisbedømmelsen, vil kunne fremme rettsikkerheten til borgerne.

Problemstillingen om man i lys av Høyesteretts og EMDs praksis må oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen, kan ikke besvares uten omfattende empiriske undersøkelser av bevisbedømmelsen i rettspraksis.

Litteraturliste

10.1 Lover

10.1.1 Norske lover

Grunnloven 1814

Domstolloven, 13. august 1915 nr. 5

Lov om rettergangen i straffesaker 1887 (opphevet)

Almindelig borgerlig Straffelov 22.mai 1902 nr. 6

Lov om rettergangen i straffesaker 22.mai 1981 nr. 25

Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett, 21.mai 1999 nr. 30

10.1.2 Konvensjoner

Wienkonvensjonen om traktatolkning, 23.mai 1969

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november 1950

FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966

10.2 Rettspraksis

10.2.1 Høyesterett

Rt. 1942 s. 247

Rt. 1978 s. 882

Rt. 1978 s. 884

Rt. 1990 s. 1008

Rt. 1993 s. 1302

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1996 s. 763

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1998 s. 11

Rt. 1998 s. 291

Rt. 1998 s. 1945

Rt. 1999 s. 14

Rt. 1999 s. 1115

Rt. 2000 s. 996
Rt. 2000 s. 2142
Rt. 2001 s. 689
Rt. 2001 s. 1521
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2003 s. 359
Rt. 2005 s. 883
Rt. 2005 s. 1353
Rt. 2007 s. 1217
Rt. 2008 s. 1409
Rt. 2009 s. 750
Rt. 2009 s. 961
HR-2009-1192
Rt. 2009 s. 1439
HR-2011-440-U

10.2.2 EMD

Kommisjonens avgjørelse: Østerrike mot Italia: 11.juli 1960

Engel mot Nederland: 1971-5100

Albert and Le Compte mot Belgia: 1976-7496

Minelli mot Sveits: 1979-8660

Salabiaku mot Norge: 1983-10519

Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania: 1983-10588

Schenk mot Sveits: 1984-10862

Isgrò: 1985-11339

Pham Hoang: 1987-1319

Allenet de Ribemont mot Frankrike: 1989-15175

John Murray mot Storbritania: 1991- 18731

Sekanina mot Østerrike: 1992-1089

Bernard mot Frankrike: 1993-22885

Ringvold mot Norge: 1997-34964

Janosevic mot Sverige: 1997-34619

Bohmer mot Tyskland: 1997-37568

Philips mot Storbritania: 1998- 41087
Daktaras: 1998-42095
Affaire Goktepe mot Belgia: 1999-50372
Ramanauskus mot Litauen: 2001-74420
Y mot Norge: 2000-56568
Geerings mot Nederland: 2003-30810
Taxquet mot Belgia: 2005-9262

10.2.3 Svensk Högsta Domstol

NJA 1980 s. 164
NJA 1980 s. 725
NJA 1980 s. 825
NJA 1990 s. 555

10.3 Juridisk litteratur

Anders Bratholm og Ståle Eskeland: *Justismord og rettsikkerhet*, Oslo, 2008.
Andrew Stumer: *The presumption of innocence*, Oxford, 2010.
Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, Bergen, 2003.
Christian Diesen: *Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål*, Stockholm, 1993.
Christian Diesen: *bevisprövning i brottmål*, Stockholm, 1994.
Jacob, White & Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010.
Jo Hov: *Rettergang 2*, 2007.
Johs. Andenæs: *Alminnelig strafferett*, 5 utgave, ved Matningsdal og Rieber - Mohn, Oslo, 2004.
Johs. Andenæs: *Norsk straffeprosess*, 4.utg, ved Tor-Geir Myhrer, Oslo, 2008.
Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen, 1995.
Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2 utg., Bergen, 2007.
Magne Strandberg: *Skadelidtes hypotetiske inntekt*, Bergen 2005.
Pär Anders Granhag: *Vitnepysykologi*, Lund, 2001.
Randi Rosenqvist: *Rettspsykiatri*, Oslo, 2009
Ståle Eskeland: *Strafferett*, Oslo, 2006.
Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosess*, Oslo, 2004.

T. Bring, C. Diesen, A. Wahren: *Förhör*, Stockholm, 2008.

Torstein Eckhoff: *Tvilsrisikoen*, Oslo 1943.

Van Djik, Van Hoof, Van Rijn og Zwaak: *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4.utgave, 2006, Oxford.

Asbjørn Rachlew, Ph.d. avhandling: *Justisfeil ved politiets etterforskning - noen eksempler og forskningsbaserte mottiltak*, UiO 2009

Asbjørn og Cecilie Rachlew, *Ja, han ligner tror jeg*, Tidsskrift for strafferett, 2009 s 153-189.

Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?* Jussens Venner, 2004 s. 279

Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2007 s. 171

European Commission for Democracy through law, *Report on the rule of law*, Venice, 26 March 2011.

Fashing og Rachlew, ; *Investigative interviewing in the Nordic region*, Williamson, Milne, Savage (red.) *International developments in the investigative interviewing*, Devon, UK, Willian Publishing page 39-65, 2009.

Gemetchu Hika, *Objektivt straffansvar*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2010 nr. 3.

H. Zahle, *Om de juridiske bevis*, Köpenhamn, 1976.

Hans Petter Graver, *Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 2009 s. 191.

Hans Petter Graver, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*, TFR, 2004.

Jan E. Helgesen, *What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?* Strasbourg, January 28, 2011.

Jon T. Johnsen, *Prinsippet om at tvilen skal komme til gode i straffesaker*, Jussens venner, 1987 s. 198-209.

Jorun I. Pedersen, *Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort*, Tidsskrift for strafferett, nr. 4, 2006 s. 258-293.

Nils Nygaard, *Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane*, TRF 2002 s 33.

Strandbakken, *Simpson i Strasbourg*, 2003, LoR nr 4/5

Avhandling kandidatnummer: 526, UiO 23.4.2008: *Kan det utledes et beviskrav av uskyldspresumsjonen, jf. art. 6.2 jf. 6.1.?*

Avhandling kandidatnummer: 543, UiO 23.11.2009: *En analyse av Høyesteretts storkammerdom i Rt. 2008 s. 1409.*

10.4 Annet

Korrespondanse med politioverbetjent Asbjørn Rachlew, Advokat Jon Christian Elden og Professor Thor Geir Myhrer, ved e-mail. Korrespondanse med veileder Jan E. Helgesen.

