

Beviskravet i forhold til straffeloven §§ 233 og 239



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 205

Leveringsfrist: 10.11.2012

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 37 308 ord

31.10.2012

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	8
1.1 Tema.....	8
1.2 Avgrensninger og videre fremstilling.....	10
1.3 Begrepsavklaring.....	11
1.4 Kilder.....	12
1.5 Rettslig grunnlag.....	12
1.6 Hensyn og Begrunnelse.....	13
2. Hva er innholdet i beviskravet?.....	14
2.1 Når er retten overbevist?.....	15
2.2 "Teoretisk tvil" som ikke skal føre til frifinnelse.....	18
2.3 17 dommers synspunkter om det strafferettslige beviskravet.....	19
2.4 Beviskravet i sivilprosess.....	27
2.5 Oppsummering.....	28
3. Hvordan beviser påtalemyndigheten "utover enhver rimelig og fornuftig tvil" at den tiltalte er skyldig i den aktuelle straffbare handlingen?.....	30

3.1	Bevisbyrde.....	31
3.2	Enkelte grunnleggende prinsipper i prosessrett.....	32
3.2.1	Prinsipp om fri bevisførsel.....	32
3.2.2	Prinsipp om muntlighet.....	33
3.2.3	Prinsipp om umiddelbarhet.....	34
3.3	Generelt om bevis.....	35
3.4	Bevistema.....	35
3.5	Bevismidler.....	36
3.5.1	Vitneutsagn.....	36
3.5.2	Siktedes forklaring.....	38
3.5.3	Sakkyndig.....	39
3.5.4	Tekniske bevis.....	39
3.5.5	Direkte og indisiebevis.....	40
4.	Hva er det som skal bevises "utover enhver rimelig og fornuftig tvil"?	42
4.1	Innledning.....	42
4.2	Skyldspørsmålet.....	42
4.2.1	Hva gjelder skyldspørsmålet?.....	42
4.3	Beviskravet i forhold til vilkårene etter strl.§§ 233 og 239.....	43
4.3.1	Straffeloven § 233.....	44
4.3.2	Straffeloven § 239.....	45
4.3.3	Kort oppsummering av begge straffebestemmelsene.....	45
4.4	Objektiv skyld.....	46
4.4.1	Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet § 233.....	46
4.4.2	Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet § 239.....	47
4.4.3	Rimelig tvil i forhold til dødsårsaken.....	48

4.4.4	Rimelig tvil i forhold til drapsvåpenet.....	51
4.4.5	Rimelig tvil i forhold til strl.§ 233, annet ledd.....	51
4.5	Subjektiv skyld.....	53
4.5.1	Forsett.....	53
4.5.2	Hensiktsforsett.....	54
4.5.3	Sannsynlighetsforsett.....	54
4.5.4	Do lus eventualis.....	55
4.5.5	Rimelig tvil i forhold til forsett.....	57
4.5.6	Eksempler på beviskravet i forhold til forsett.....	59
4.5.7	Overlegg.....	62
4.5.8	Rimelig tvil i forhold til overlegg.....	62
4.5.9	Uaktsomhet.....	63
4.5.10	Grov uaktsomhet.....	64
4.5.11	Rimelig tvil i forhold til grov uaktsomhet.....	64
4.5.12	Simpel uaktsomhet.....	65
4.5.13	Rimelig tvil i forhold til simpel uaktsomhet.....	66
4.5.14	Culpa Levissima.....	66
4.5.15	Tilregnelighet.....	67
4.5.16	Rimelig tvil i forhold til tilregnelighet.....	68
4.5.16.1	Psykotisk og utviklingshemmet i høy grad.....	69
4.5.16.2	Bevisstløshet.....	72
4.5.16.3	Mindreårig.....	73
4.5.17	Selv forskyldt rus.....	73
4.6	Medvirkning.....	75
4.6.1	Hvilke handlinger kan utløse et medvirkningsansvar?.....	76
4.7	Beviskravet i forhold til medvirkning.....	79
4.8	Beviskravet i forhold til nødrett strl.§ 47.....	82
4.8.1	Nødrett i forhold til drap.....	84
4.8.1.1	Rettspraksis.....	86
4.9	Beviskravet i forhold til nødverge strl.§ 48.....	88
4.10	Straffespørsmål.....	92
4.10.1	Innledning.....	92

4.10.2	Hva gjelder straffespørsmål?.....	92
4.10.3	Rimelig tvil i forhold til straffespørsmål.....	93
4.11	Prosessuelle spørsmål.....	97
4.11.1	Innledning.....	97
4.11.2	Hva gjelder prosessuelle spørsmål?.....	97
4.11.3	Rimelig tvil i forhold til prosessuelle spørsmål.....	97
4.12	Beviskravet i forhold til uaktsomt kjøring i henhold til vegtrafikkloven § 3.....	99
4.12.1	Aktsomhetskravet.....	99
4.12.2	Rimelig tvil i forhold til vegtrafikkloven.....	100
4.13	Beviskravet i forhold til ulike typer av straffebestemmelser.....	103
4.13.1	Problemstilling.....	103
4.13.2	Mindre alvorlige forbrytelser.....	104
4.13.2.1	Andersen, Kjell.....	104
4.14	Oppsummering.....	105
5.	Blir beviskravet ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen?.....	107
5.1	Bevisbedømmelse.....	107
5.2	Prinsipp om fri bevisbedømmelse.....	110
5.2.1	Begrensninger fra hovedregelen om fri bevisbedømmelse.....	110
5.2.2	Noen svakheter ved bevisbedømmelsen.....	112
5.2.3	Svakheter ved bevismiddel.....	115
5.3	Bevisteorier.....	117
5.3.1	Innledning.....	117
5.3.2	Frekvensteoriene.....	118
5.3.3	Beslutningsteorien.....	120
5.3.4	Syntesemodellen.....	121
5.3.5	Den normative atferdsteori.....	122

5.3.6	Den induktive metode.....	123
5.3.7	En pragmatisk bevismodell.....	124
5.3.8	Konklusjon.....	125
5.4	Jurybevisbedømmelse.....	127
5.4.1	Når er retten satt med jury?.....	128
5.4.2	Er en god bevisbedømmelse sikret gjennom juryordningen?.....	129
5.5	Overprøving av juryens bevisbedømmelse?.....	137
5.5.1	Overprøving av en kjennelse som er i tiltaltes favør.....	137
5.5.1.1	Skal en tilsidesettelse av juryens frifinnelseskjennelse begrunnes?.....	138
5.5.2	Overprøving av en kjennelse som er i tiltaltes disfavør.....	139
5.6	Sammenheng mellom beviskravet og bevisbedømmelsen.....	142
6.	Avslutning.....	143
7.	<u>LITTERATURLISTE</u>	148
	Bøker.....	148
	Artikler.....	148
	Lover.....	149
	Forarbeider.....	149
	Nettsider.....	149
	Rettslige avgjørelser.....	150
	-Høyesterett.....	150
	-Lagmansrett.....	155
	-Tingrett.....	155
	- Henvisning til utlandske avgjørelser.....	156

1. INNLEDNING

1.1 Tema:

Tema i denne fremstillingen er beviskravet i forhold til straffeloven §§ 233 og 239. I denne forbindelse kommer jeg til å se nærmere på hva som ligger i det strafferettslige beviskravet.

I en straffesak består partene av påtalemyndigheten på den ene siden og den tiltalte på den andre siden. Dommeren skal upartisk ta stilling til faktiske og rettslige spørsmål på bakgrunn av bevisførselen og deretter treffe sin avgjørelse. Min avhandling kommer til å være begrenset til de tilfellene hvor påtalemyndigheten har rettet anklage mot tiltalte for overtredelse av straffeloven § 233 forsettlig drap og § 239 uaktsomt drap.

I norsk straffeprosess foreligger det et beviskrav som skal være fulgt for å kunne dømme en person skyldig til en straffbar handling i henhold til straffeloven. En dom er i denne sammenheng en avgjørelse som omfatter fengselstraff, jf Grunnloven § 96. Grunnloven § 96 fastslår legalitetsprinsippet som innebærer at ingen kan dømmes uten etter lov, og ingen kan straffes uten etter dom.

Bevisregelen stiller visse krav til bevisene som blir ført i retten. Beviskravet sier noe om når et gitt faktum skal legges til grunn. Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i en straffesak. Beviskravet og bevisbyrderregelen går generelt ut på at påtalemyndigheten må bevise ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at den tiltalte er skyldig i den aktuelle straffbare handlingen. Beviskravet blir også formulert slik at ”enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode.”

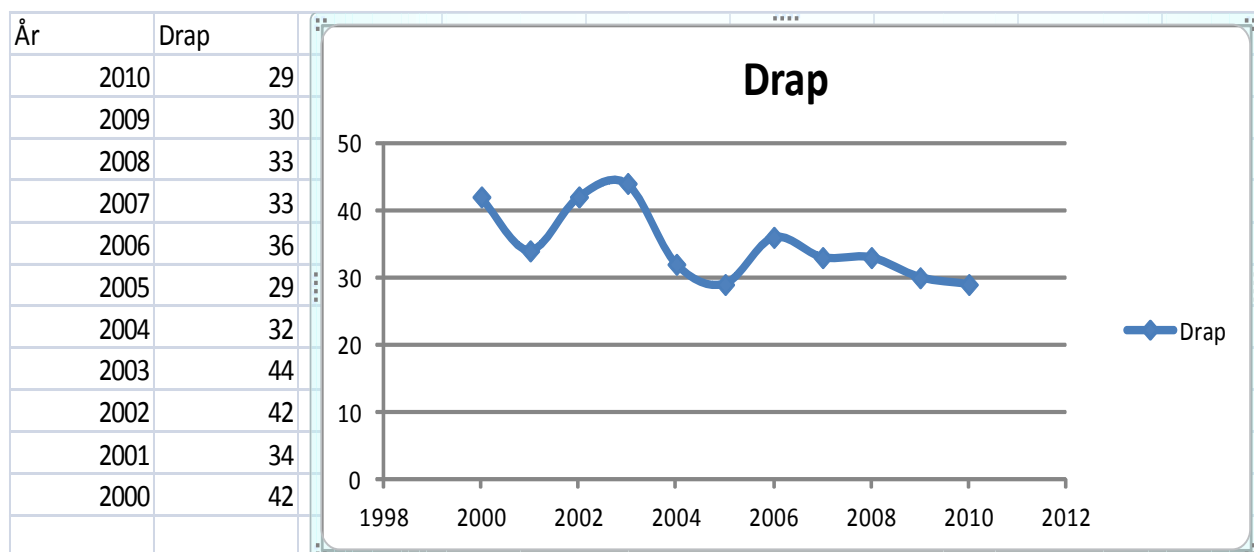
Det alminnelige strafferettslige beviskravet i norsk rett er oversatt fra angloamerikansk rett, ”beyond all reasonable doubt.”

Når er et bestemt faktum bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil? Det interessante som jeg kommer til å ta stilling til er, hvilken grad av sikkerhet må foreligge for at et

bestemt faktum skal legges til grunn i en straffesak. Altså hvor stor sannsynlighet må foreligge for at retten kan legge til grunn at den tiltalte er skyldig i overtredelse av strl.§ 233 eller § 239? Blir det strafferettslige beviskravet lagt til grunn i henhold til alle vilkårene som er oppført i bestemmelsene (§§ 233 og 239)? Her kommer jeg til å se på om beviskravet er like strengt, altså om beviskravet blir lempet i forhold til noen av spørsmålene som retten kan stå ovenfor i en drapssak.

I forbindelse med min undersøkelse av det strafferettslige beviskravet har jeg utviklet følgende problemstilling som jeg kommer til å vurdere:

- Hva er det nærmere innholdet i beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil”?
- Hvordan beviser påtalemyndigheten ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at den tiltalte er skyldig i den aktuelle straffbare handlingen? Her kommer jeg til blant annet å nevne litt om bevisbyrde, bevis og bevisførsel.
- Hva er det som skal bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil”? Dette blir et spørsmål om beviskravet gjelder fullt ut for alle straffbarhetsvilkårene.
- Blir beviskravet ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen?



Disse antallene på drap gjelder kun forsettlig drap str.§ 233. Uaktsomt drap, forsøk på drap eller legemsbeskadigelse med døden til følge er ikke med i denne oversikten som er hentet fra Kripos statistikk, (politiet.no). Det er kun få antall drap fra det angitte tidsrommet som ikke er oppklart ifølge politiet. Dette innebærer at det blir ført rettssak angående de flest drap (forsettlig) som skjer i Norge. Beviskravet i forhold til drap er på bakgrunn av det nevnte et aktuelt tema.

1.2 Avgrensninger og videre fremstilling

I min avhandling kommer jeg først til å kaste lys over hvilken grad av sikkerhet som kreves for at et bestemt faktum skal legges til grunn. Med ”sikkerhet” sikter jeg til hvor mye sannsynlighet som kreves for å kunne domfelle den tiltalte. ”Faktum ”som skal legges til grunn er i denne sammenhengen forsettlig eller uaktsom handling som førte til et menneskes død. Beviskravet i sivile saker faller utenfor oppgavens tema, men jeg vil kun nevne kort hvilket beviskrav som blir praktisert i sivile saker for sammenhengens skyld for å vise at det opereres med et annet beviskrav i sivile saker.

For det andre kommer jeg til å si litt om hvilke midler påtalemyndigheten bruker for å overbevise retten om tiltaltes skyld. Her kommer jeg til å nevne litt generelt om bevisbyrde, noen grunnleggende prinsipper, bevistema og bevis. Avhandlingen avgrenses mot en behandling av de lovfestede og ulovfestede bevisavskjæringsreglene. Med lovfestede bevisavskjæringsregler mener jeg de begrensninger for å føre et eller flere bevis som følger direkte av straffeprosessloven. Med ulovfestede bevisavskjæringsregler henviser jeg til den læren som er blitt utviklet gjennom rettspraksis om forbudet mot å føre bevis som er ervervet på en ulovlig eller utilbørlig måte.

For det tredje kommer jeg til å ta for meg om det er det samme beviskravet som skal legges til grunn når retten står ovenfor avgjørelser som omfatter skyldspørsmålet, straffespørsmål og prosessuelle spørsmål. Her kommer jeg til å legge hovedvekt på beviskravet i forhold til skyldspørsmål, særlig i henhold til de objektive og subjektive vilkårene som straffebudet i § 233 og § 239 oppstiller. Deretter kommer jeg til å se på om det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder for overtredelse av vegtrafikkloven § 3. Jeg vil se om det spiller noen rolle for beviskravet om vedkommende blir tiltalt for uaktsom kjøring etter vegtrafikkloven § 3 eller etter straffeloven § 239. Er det samme sannsynlighetsgrad som skal legges til grunn ved overtredelse av begge disse bestemmelsene? Jeg kommer til å holde beviskravet i forhold til forsøk på drap og forsøk på medvirkning utenfor oppgavens tema. Avhandlingen avgrenses videre mot en behandling av beviskravet i forhold til legemsbeskadigelse med døden til følge.

For det fjerde kommer jeg til å avslutte med bevisbedømmelse, bevisteorier og jurybevisbedømmelse. Jeg kommer til å se på sammenhengen mellom beviskravet og bevisbedømmelsen. Det jeg kommer til å fokusere på er om beviskravet blir ivare tatt gjennom bevisbedømmelsen.

1.3 Begrepsavklaring

Jeg kommer videre i min fremstilling av temaet til å anvende begrepene mistenkt, siktede og den tiltalte. Begrepene representerer ulike stadier i etterforskningsprosessen. Mistenkt viser til begynnelsesstadiet hvor politiet føler behov for å sette i gang etterforskning av vedkommende. Neste skritt blir eventuelt å erklære den mistenkte som siktede som innebærer at vedkommende får partsrettigheter. Mistenkte får først stilling som siktet når påtalemyndigheten har erklært ham for siktet eller når forfølgning mot ham er innledet ved retten, jf straffeprosessloven § 82. Når etterforskningen tar slutt må

det eventuelt tas ut tiltale. Påtalemyndighetene må utarbeide en tiltalebeslutning. Når tiltalebeslutning er utarbeidet får den siktede betegnelsen tiltalte. Dette innebærer at under hovedforhandlingen og forberedelsen til retten er den siktede å anses som tiltalte. Jeg kommer til å anvende disse tre begrepene om hverandre, uten å mene/ henviser til de ulike stadiene i prosessen.

1.4 Kilder

I min undersøkelse av det alminnelige strafferettslige beviskravet i forhold til §§ 233 og 239, har jeg anvendt juridisk litteratur som bøker og artikler. Jeg har i tillegg funnet en del material fra praksis, særlig fra Høyesterett, men også fra lagmannsrett og tingrettens praksis. Straffeloven av 1902, 2005, straffeprosessloven av 1981 og forarbeidene til disse lovene er også blitt brukt i min undersøkelse av temaet.

1.5 Rettslig grunnlag

Beviskravet er ikke nedfelt i noen lov, men følger av sikker praksis. Prinsippet er et gammelt og grunnleggende rettsikkerhetsideal. Dette kommer til uttrykk i Rt.1998 s.1945 som også henviser til at prinsippet har kommet til uttrykk i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 6 nr 2, hvor det er fastslått at enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter dom.

1.6 Hensyn og Begrunnelse

Det alminnelige strafferettslige beviskravet skal fungere som rettsikkerhet ovenfor norske borgere, ved at beviskravet skal sikre mot at uskyldige blir dømt til en straffbar handling.

Hensynet bak beviskravet er som det har vært uttrykt at det skal være bedre at ti skyldige går fri, enn at en uskyldig person blir dømt. Vi kan med andre ord at beviskravet skal hindre at en person blir utsatt for justismord. Mot hensyn kan være fornærmedes stilling, familiemedlemmer og bekjempelse av kriminalitet. Beviskravet legger opp til en mulighet for at skyldige personer kan gå fri. Dette innebærer at det vil forekomme uriktige avgjørelser som ikke er heldig for samfunnet ut ifra hensynet til allmennprevensjonen. Med allmennprevensjon menes hensynet til å avholde borgerne fra å foreta straffbare handlinger. Samfunnet har valgt å godta en slik konsekvens som det alminnelige strafferettslige beviskravet fører med seg. Det skjer altså en avveining mellom bekjempelse av kriminalitet, effektivitet og rettsikkerhet, hvor hensynet til rettsikkerhet veier tyngst.

2. Hva er innholdet i beviskravet?

Beviskravet sier noe om hvilken grad av sikkerhet som kreves for at et bestemt forhold skal legges til grunn (se pkt.1.1). Problemstillingen som jeg kommer til å fokusere på er hvor mye sannsynlighet som kreves for å domfelle. Jeg kommer først til å se på hvordan beviskravet er formulert for å finne ut om ordbruken kan gi noen veiledning på hvilken sannsynlighetsgrad som gjelder. Deretter kommer jeg til å klargjøre sannsynlighetsgraden nærmere ved å anvende juridisk litteratur og praksis.

Det følger av langvarig og sikker rett et beviskrav som er formulert slik:

Det skal bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at den tiltalte er skyldig.

Den naturlige forståelsen av ordlyden ”rimelig” er sannsynlig, forståelig, jf ordsiden.no. Dette innebærer et krav om at det skal være sannsynlig at den mistenkte har begått den straffbare handlingen. Ordlyden tilsier at vi må foreta en sannsynlighetsvurdering som innebærer at bevisene må kunne sannsynliggjøre for det faktum som er beskrevet i tiltalen. Det er ikke tilstrekkelig med vanlig sannsynlighetsovervekt (se nærmere om dette nedenfor).

Den naturlige forståelsen av ordlyden ”fornuftig” er klok, forstandig, intelligent, jf ordsiden.no. Formuleringen ”og fornuftig” tar sikte på å styrke kravet om sannsynlighet. Noe som vil være fornuftig vil også ofte bli ansett for å være rimelig.

Det følger av ordlyden at det skal bevises ”utover” noe som tilsier en streng terskel. Det skal altså noe mer til enn sannsynlighet. Det følger både av rettspraksis og teori at det kreves noe mer enn sannsynlighetsovervekt, jf pkt.2.1. Det er ikke tilstrekkelig å avgjøre at det er mer sannsynlig for at den mistenkte er skyldig enn for det motsatte for å kunne domfelle. Det må være hevet over enhver rimelig og fornuftig tvil at den tiltalte er skyldig. Dette tilsier at dersom domstolen er i rimelig tvil skal den tiltale bli erklært uskyldig. Retten må altså være overbevist for å kunne domfelle den tiltalte.

Ifølge Eskeland er det kun fakta som taler i tiltaltes disfavør som kan legges til grunn dersom de anses sikre, jf Ståle Eskeland «Strafferett» (2.utgave) s.510.

2.1 Når er retten overbevist?

Domstolen må være sikker på at den tiltalte er skyldig. Dermed oppstår spørsmålet om det er et krav om 100 % sikkerhet. Ved å anvende begrepet sikkerhet viser jeg til hvor mye sannsynlighet det kreves for å kunne dømme i en straffesak. Dersom enhver tvil skal føre til frifinnelse, vil det være naturlig med et krav om 100 % sikkerhet. 100 % sikkerhet er et meget strengt og umulig krav og operer med. Den eneste måten domstolen kan være 100 % sikker, er dersom vedkommende ble tatt i å utføre den straffbare handlingen, jf Kjell Andorsen "Frifunnet for straff, dømt til erstatning" pkt.2(1999).

Andenæs nevner også at det ikke er mulig å kreve absolutt visshet. Andenæs mener videre at det blir urealistisk å uttrykke beviskravet i prosent sannsynlighet, og henviser til Strandbakken som mener at et beviskrav over 90 % er tilstrekkelig til å unngå at uskyldige blir dømt. Andenæs er her uenig med Strandbakken på dette punkt og gir uttrykk for at et slikt beviskrav vil bety "uakseptabel risiko for uriktige domfellelser." Han mener at dommerne må føle seg sikker på at den mistenkte er skyldig og dersom man skal uttrykke det i prosent, vil det kreves noe så nær 100 % sannsynlighet for domfellelse, jf Johs Andenæs i "Norsk straffeprosess" 4.utgave s.160-161.

Kjell Andorsen (1999) uttaler at det ikke kreves 100 % sikkerhet, og hevder at det må i hver fall være over 95 % sikkerhet. Andorsen henviser til Anders Bratholm og Ulf Stridbeck som mener at dommeren må være 100 % sikker på at siktede er skyldig, og mener dette er for mye. Andorsen henviser også til Asbjørn Strandbakken som skriver

at mer enn 90 % er tilstrekkelig, og mener i likhet med Andenæs at dette er for lite. (Kjell Andorsen "Frifunnet for straff, dømt til erstatning" pkt.2 1999).

Dersom vi tenker ut ifra hensynet som ligger bak beviskravet som skal sikre mot at uskyldige blir dømt, taler det i retning for Bratholm og Stridbeck sitt standpunkt om 100 % sikkerhet. Men på den annen side så vil det være lite sannsynlighet for at noen kan bli dømt dersom vi opererer med et slikt absolutt beviskrav. Dette kan vel ikke ha vært meningen med beviskravet. Det blir mer fornuftig å tillate ca mellom 2-4 % tvil ut ifra hensynet bak beviskravet. Dersom vi skal tillatte mer tvil enn dette, mener jeg at vi nærmer oss faresonen for å dømme uskyldige mennesker.

De fleste forfatterne er enige om at det må kreves i hver fall over 95 % sannsynlighet og noen mener så nær som 100 % sikkerhet. Det blir vanskelig i praksis å regne ut hvor mye sikkerhet som foreligger i hver enkelt sak i form av prosentregning. Dommer løser ikke et juridisk spørsmål ved å anvende matematikk. Det er slik som Andenæs (s.161) nevner at "en dommer sitter ikke å regne på sannsynlighetsgraden." Det at de ulike forfatterne angir sannsynligheten i form av prosent kan gi oss et bilde på hvor strengt beviskravet er i straffesaker. Vi kan dermed anvende prosent sannsynlighet som et hjelpemiddel til en nærmere forståelse av når retten kan sies å være overbevist.

Det er mulig å være overbevist selv om man ikke kan sies å være 100 % sikker. Men det er et krav om å være sikker i sin overbevisning. Det er ikke tilstrekkelig å begrunne sin overbevisning på sin egen magefølelse eller fordommer, jf Anders Bratholm, Ståle Eskeland, "Justismord og rettsikkerhet" (2008) s.173.

Det er klart at overbevisningen må være basert på bevisene i saken som kan knytte den tiltalte til den straffbare handlingen. Det er en selvfølge at det må foreligge bevis som stemmer overens med faktum i saken og som kan knytte den tiltalte til den straffbare handlingen for at retten kan være overbevist om at vedkommende er skyldig. En kvinne blir kvelt med et slips og politiet sikter en mann som tidligere hadde drept en kvinne på samme måte for ca 20 år siden. Politiet vet at metoden på drapet er identisk med drapet for 20 år siden. Politiet kan dermed føle seg sikre blant annet på grunn av samme

metode, men retten kan ikke dømme vedkommende for drapet uten håndfaste bevis som, f. eks DNA bevis, vitner, tilståelse.

Rt.1978 s.882 gir uttrykk for at domfellelse kan kun skje når påtalemyndigheten har ført ”fullt bevis.”.....”En overveiende sannsynlighet er ikke tilstrekkelig.” Senere dom fra samme år Rt.1978 s.884 anvender også formuleringen ”fullt bevis.”

Disse to dommene gir uttrykk for et meget strengt beviskrav med ingen rom for tvil. Ordlyden ”fullt bevis” kan gi en indikasjon på at retten må være 100 % sikker. Senere avgjørelser viser et litt mer lempet beviskrav enn avgjørelsene fra 1978.

I Rt.2005 s.1353 ble følgende protokollert av rettsformannens rettsbelæring om kravet til rimelig tvil som skal komme den tiltalte til gode:

”Rimelig tvil skal altså komme tiltalte til gode. Men det er bare den fornuftige og begrunnende tvil som skal komme ham til gode. En viss teoretisk tvil vil foreligge ved vurderingen av nær sagt alle spørsmål i verden, men en slik tvil skal dere ikke bry dere om. Dere skal ikke være naive. Sagt på en annen måte: For at dere skal svare ja på spørsmålene, må dere være overbevist om at tiltalte har gjort seg skyldig i de forhold som spørsmålene beskriver. Det er ikke nok for å være overbevist at dere finner det overveiende sannsynlig at tiltalte er skyldig. Utover dette er det vanskelig å si noe mer generelt om hva som ligger i overbevist. Noen uttrykker det slik at man skal være sikker. For min del gir dette liten veiledning for tanken. Mange er bare sikre på det de selv har opplevd eller sett, og en slik form for sikkerhet mener man selvfølgelig at ikke gjelder.”

Det må dermed på bakgrunn av Rt.2005 s.1353 skilles mellom den tvil som er fornuftig og begrunnet som skal lede til frifinnelse og den teoretiske tvil som retten skal se bort ifra, og som ikke skal lede til frifinnelse. Denne avgjørelsen bruker ikke den strenge formuleringen ”fullt bevist” og nevner at det vil alltid forekomme en viss ”teoretisk tvil.”

2.2 ”Teoretisk tvil” som ikke skal føre til frifinnelse

De nevnte avgjørelsene og særlig litteraturen som er nevnt ovenfor kan gi en indikasjon på at den «teoretiske tvil» omfatter den siden ved beviskravet som gjelder at det vil være umulig å operere med en absolutt visshet om at vedkommende er skyldig. Det kan for eksempel være flere vitner som så A gikk inn i huset til B kl 21.00 og forlot huset kl 22.00. Sakkyndige er sikre på at B ble drept i det angitte tidspunktet. I tillegg ble As fingeravtrykk funnet på mordvåpenet som var en kniv. A benekter ikke for å ha befunnet seg hos B i det angitte tidspunktet og anfører å ha tatt i kniven, men nekter for å ha utført drapet. Det foreligger heller ingen bevis for at noen andre har befunnet seg i huset i det aktuelle tidspunktet. På bakgrunn av flere momenter kan retten på en side være sikker på at A drepte B, men på en annen side var det ingen vitner som så at A utførte selve drapet, og det foreligger heller ingen tilståelse. Det kan i de fleste tilfeller alltid være en liten tvil for om den tiltalte har utført selve drapet når personen ikke tilstår og når det er ingen vitner som har sett selve drapet. Den tvilen som består i at en alltid kan ta feil, er ikke tilstrekkelig til å utelukke domfellelse, jf Svein Slettan og Toril Marie Øie ”Forbrytelse og straff” (1997) s.31. Det er denne tvilen som ikke er troverdig ut ifra en totalvurdering som retten skal se bort ifra. Dette er på grunn av at denne tvilen ikke vil være ”fornuftig og begrunnet.” Dersom den siktede kan komme med forklaringer som er troverdige og logiske vil det ikke foreligge en ”teoretisk tvil” som retten skal se bort ifra. Siktede skal bli frikjent på bakgrunn av en troverdig og logisk forklaring. Det skal bare skje domfellelse hvis det ikke foreligger en praktisk (reell, realistisk) mulighet for et faktum som innebærer at tiltalte er uskyldig, jf Eivind Kolflaath ”Bevist utover enhver rimelig tvil” tidsskrift for rettsvitenskap nr 02, 2011 (s.148). Dersom det foreligger en praktisk, reell, realistisk mulighet for et faktum som innebærer at den tiltalte er uskyldig, skal personen frifinnes.

Den ”teoretiske tvil” som ikke skal føre til frifinnelse er altså den tvilen som ikke er fornuftig, praktisk, troverdig (realistisk), rimelig ut ifra en totalvurdering av bevisene og faktum i saken. Den ”hypotetiske” eller ”(opp)konstruert” tvilen skal retten se bort ifra, jf Kolflaath ”Bevist utover enhver rimelig tvil” s.146.

Det er altså ikke enhver tvil som fører til frifinnelse. Dette gir rom for en liten grad av tvil som tilsier at dommerne ikke behøver å være 100 % sikker i sin avgjørelse, så lenge de er overbevist.

I Rt.1998 s.1945 uttaler Høyesterett at prinsippet om ”rimelig tvil” skal komme tiltalte til gode, må håndheves strengt. Dette begrunnes i hensynet bak beviskravet om å sikre at ingen uskyldige blir dømt.

2.3 17 dommers synspunkter om det strafferettslige beviskravet

Nygaard intervjuet 17 dommere hvor han spurte dem om de kunne utdype det strafferettslige beviskravet, jf Lars – Jonas Nygaard ”17 dommere om beviskravet i strafferetten,” s.620-625 (lov og rett nr 10/2011).

Jeg kommer nedenfor til å gjenfortelle hva som ble sagt om beviskravet. Dommerne uttrykker i stor grad det samme som jeg har nevnt tidligere i pkt.2.1 og 2.2. Jeg velger likevel å ta dette med i avhandlingen for å vise hvordan dommere som anvender det strafferettslige beviskravet i praksis formulerer seg om regelen.

Dommer 1:

”I praksis blir under bevisførselen bevisvurdering og kravet «bevist utover rimelig tvil» kontinuerlig sammenholdt og bevisbedømmelsen holdes åpen. Dette krever en systematisk og kritisk gransking av alle relevante bevismomenter, også momenter som tilsynelatende ikke gir rom for tvil. I spesielle, verdiladede saker har dommeren en særlig oppfordring til kritisk vurdering av egne holdninger.”

Dommer 2:

”Relevant tvil opplever jeg når det foreligger konkrete tvilsmomenter i saken som jeg kan sette ord på og som jeg etter en bred livserfaring ikke finner å kunne se bort fra. Det veier tyngst for meg hvordan disse tvilsmomentene fremtrer i forhold til omstendighetene ellers i saken og hvordan de stemmer med min praktiske livserfaring. Jeg vil påstå at min «dommererfaring» kommer et stykke ned på listen over momenter ved en slik sannsynlighetsvurdering.”

Dommer 3:

”Kravet kan vanskelig presiseres generelt uten henvisning til begreper som «rimelig tvil» og «overbevist». Personlig finner jeg mest støtte i det siste begrepet, men da som en rent subjektiv opplevelse. En beskrivelse av denne opplevelsen må bli kasuistisk etter konkret veiing av tvilsmomentene i saken. For meg betyr «overbevist» noe annet enn «sikker».”

Dommer 4:

”Jeg krever tilnærmet sikkerhet, men det er da tale om «sikkerhet» etter en samlet vurdering av det foreliggende bevismateriale. Ingen prosentvurdering.”

Dommer 5:

”Jeg må være overbevist, føle meg sikker. Har ikke så lett for å føle sikkerhet, vil gjerne etterprøve og utvikle eget standpunkt i møte med de øvrige dommeres argumenter. Jeg mener generelt at man i domskonferansen ikke skal forsøke å overbevise andre om eget syn. Min erfaring er at meddommerne blir tryggere, og vurderingene dermed bedre, om de i ro og fred kan utvikle eget syn sammen med andre. Men når alt er grundig gjennomtenkt og veid, og slutningen harmonerer med «magefølelsen», er jeg tilstrekkelig trygg.”

”I noen saker kan det være bedre å gå inn fra tvilssiden – spørre om det kan tenkes en alternativ historie eller oppfatning av sentrale bevislementer som ikke knytter tiltalte til forholdet.”

Dommer 6:

”Jeg vil være helt sikker, men ser bort fra tvil som jeg finner teoretisk. Tvilen må ha en viss praktisk sannsynlighet for seg og ikke fremstå som uforenlig med det samlede bevisbildet. Relevant er tvil man ikke kan se bort fra ved en samlet bevisvurdering, tvil som kan gi grunnlag for en forståelse av bevisbildet som bryter tiltaltes tilknytning til det forhold saken gjelder. Vesentlig ved tvilsvurderinger er etter min erfaring muligheten for kommunikasjonsvikt i retten, språklige misforståelser. Alle utsagn må forstås i lys av de spørsmål som er stillet og hvordan de er oppfattet. En viktig faktor vil være å tolke svar i et faglig vitnepsykologisk perspektiv.”

Dommer 7:

”Jeg vurderer om det foreligger «rimelig tvil». Det må i tilfelle være rimelig grunn til tvil. Spørsmålet kan være om det kan tenkes en alternativ forklaring eller en tolking av deler av bevisbildet som fritar tiltalte for tilknytning til det forhold saken gjelder. Dersom man ikke kan se bort fra denne forklaring eller tolking, må resultatet bli frifinnelse. Men forklaringen/tolkningen må kunne relateres til det praktiske livs erfaringer og etablerte erfaringssetninger.”

”Selv om en faktisk anførsel ved første blick kan virke teoretisk eller oppkonstruert, må den vurderes og man kan ved nærmere ettertanke finne at det er vanskelig å se bort fra den. Men sluttresultatet må bygge på en nøktern, samlet, fri bevisvurdering; en viss usikkerhet for enkelte bevislementers vedkommende behøver ikke virke befriende.”

”Jeg tar opp i meg de enkelte bevis tilbud og vurderer dem løpende. Det kan nok tenkes at jeg på visse stadier av bevisførselen begynner å trekke foreløpige slutninger om

skyldspørsmålet, men passer da hele tiden på å ta mentalt forbehold om at det senere kan komme frem bevis som påvirker bevisbildet.”

Dommer 8:

”I rettsbelæringen pleier jeg å åpne med å si at man må være overbevist om at tiltalte er skyldig. Det er ikke tilstrekkelig at det er mer sannsynlig, eller overveiende sannsynlig at tiltalte er skyldig enn at han ikke er skyldig. Men tvil kan oppkonstrueres i en hvilken som helst sak, og det er bare rimelig og forstandig tvil, fornuftig tvil man skal legge vekt på, tvil som man i det praktiske liv ikke kan se bort fra – og bare tvil av direkte betydning for skyldspørsmålet.”

”For min egen tankeprosess er det viktig at jeg etter en nøktern analyse av bevismaterialet føler meg trygg og rolig, da er jeg overbevist. Føler jeg at jeg ikke er kvitt tvilen, stemmer jeg for frifinnelse. Det er nok min dommererfaring som gjør det mulig for meg å ha et greit forhold til beviskravet. Jeg krever sterke bevis!”

Dommer 9:

”Det er vanskelig å formulere kravet generelt, men i det konkrete tilfelle er tvilsgrensen nesten alltid klar og jeg vet når jeg kan si meg sikker nok. Er jeg «i tvil om tvilen», blir resultatet frifinnelse.”

Dommer 10:

”Kravet møtes ikke med magefølelse. Påtalemyndigheten må føre sikkert bevis for straffskyld. Tiltaltes forklaring må vurderes ut fra muligheten for at en alternativ forståelse av bevisementene kan frita tiltalte for tilknytning til overtredelsen. Men ved bedømmelse av disse mulighetene tar jeg ikke i betraktning muligheter som ved en praktisk vurdering ut fra vanlig livserfaring må anses ekstremt lite sannsynlig.”

”Bevisbedømmelsen forsøker jeg sikret ved å sørge for at rådslagningen innledes med

en nøytral oppsummering av bevisbildet etter en kort juridisk rede gjørelse, hvorefter ordet går til første lekdommer uten signaler om mitt foreløpige resultat. Én fagdommer følger på, men den annen kommer først til slutt i denne første runden. Dette betyr et sterkt innslag av lekdommervurderinger.”

Dommer 11:

”Jeg må være overbevist, tilnærmet hundre prosent sikker. Alle muligheter for alternativ bedømmelse av enkelte beviser må vurderes, men det er en helhetlig bevisbedømmelse som til slutt må være avgjørende. For meg er tvilsvurderingen en løpende prosess med foreløpig vekting, så nærmer jeg meg etter hvert avgjørelsen: er jeg sikker eller er det rom for tvil?”

Dommer 12:

”Jeg har ofte stilt meg spørsmålet uten å finne SVARET! Men jeg bygger mye på en tvilsvurdering etter at jeg har vært igjennom kvalitetssikring av enkeltelementene og en helhetsvurdering av bevisbildet. Relevant er tvil som kan begrunnes intellektuelt.”

Dommer 13:

”Jeg tenker ikke i prosent, selv om jeg som Andenæs ville kreve bortimot 100 prosent. Jeg sier i rettsbelæringene at «overveiende sannsynlighet» ikke er nok, heller ikke ganske stor overvekt av sannsynlighet. Kjernen i beviskravet rent pedagogisk er å få med seg at det kreves langt mer enn alminnelig overvekt av sannsynlighet (mest sannsynlig). Det kan være vanskelig å bygge på «overbevisning» som begrep, men uttrykket kan beskrive den følelse av sikkerhet som skal til for å utelukke fragmenter i bevisolkningen som fritar tiltalte. Gradering av troverdighet som isolert «fellende» bevisfaktor bør e. m. m. unngås fordi det generelt er knyttet atskillig usikkerhet til det å vurdere ukjente personers troverdighet. I den *samlede* bevisvurdering vil derimot inntrykket av en forklarings troverdighet kunne få betydning, men da gjerne på mer

objektivt grunnlag, f.eks. at den stemmer eller harmonerer godt med andre opplysninger i saken.”

Dommer 14:

”Benekter tiltalte å ha begått det straffbare forhold tiltalen gjelder, må man for å dømme kunne se bort fra muligheten for at hans forklaring er riktig, men en «rimelig og forstandig tvil» må være fundert på bevisene i saken. Det er da bevisresultatet jeg må være «overbevist» om, ikke det enkelte bevismoment.”

Dommer 15:

”Ved rettsbelæringen bruker jeg de vanlige formuleringene om «trygg overbevisning» og «enhver rimelig, forstandig/fornuftig tvil» i motsetning til «oppkonstruert teoretisk» eller «hypotetisk» tvil. Tvil som skal ha befriende virkning, må være forankret i en praktisk tenkelig sammenheng som sannsynliggjøres ut fra alminnelig livs-erfaring. Slike tvilselementer må kunne utelukkes for å konstatere straffskyld. Praktiseringen av beviskravet kan bli lemfeldig om man for lett avviser tvils anførsler som oppkonstruerte fordi man har opplevd mange «oppkonstruerte» før. Det skjer rare ting i virkeligheten!”

Dommer 16:

”I rettsbelæringen pleier jeg å åpne med å si at beviskravet i straffsaker er strengt, man må være overbevist om at tiltalte er skyldig. Det er ikke tilstrekkelig at det er overveiende sannsynlig eller mer sannsynlig at tiltalte er skyldig enn at han ikke er skyldig. Men tvil kan oppkonstrueres i en hvilken som helst sak, og det er bare rimelig og forstandig, fornuftig tvil man skal legge vekt på, tvil som man i det praktiske liv ikke kan se bort fra – og bare tvil om selve bevisresultatet. Det er her tale om tvil som er av direkte betydning for skyldspørsmålet, dvs. vilkårene for straffskyld, f.eks. om tiltalte begikk den straffbare handlingen som er beskrevet i tiltalebeslutningen, om han handlet med forsett osv. Derimot ikke tvil som gjelder enkeltstående bevismomenter av mindre

betydning, som det nøyaktige tidspunkt for handlingen, hvem som har brukt en telefon osv. Avgjørelsen bygger på en totalvurdering av de fremlagte bevis, og denne vurdering skal bygge på fri bevisbedømmelse. Det gjelder ingen regler for hvor stor vekt man skal legge på de enkelte bevis, det er en skjønnsmessig kvalitetsvurdering som her skal ligge til grunn. Avgjørelsen av skyldspørsmålet er en fornuftsbasert avgjørelse, det er ikke magesfølelsen som skal avgjøre standpunktet.”

”For min egen del legger jeg også vekt på at alternative forklaringer eller bevisfortolkninger ikke for lett legges til side som «oppkonstruerte», «hypotetiske» eller «teoretiske» tvilsgrunnlag. Virkeligheten er full av «uventede» hendelser – det usannsynlige skjer ikke sjelden. Enkelte mer tekniske, fagkyndige spørsmål krever særlig kritisk vurdering og ofte spesiell kompetanse. Det samme gjelder sakkyndige uttalelser. Det kan være vanskelig for en dommer å vurdere holdbarheten av enkelte fagkyndige vurderinger.”

Dommer 17:

”I min rettsbelæring understreker jeg gjerne at skyldspørsmålet skal avgjøres ut fra bevisene i saken. De enkelte bevis kan ha større eller mindre betydning hver for seg, men må vurderes i sammenheng slik at det er en helhetsvurdering som til slutt blir avgjørende. Beviskravet er strengt. I straffesaker kreves betydelig mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt. Det sies gjerne at det kreves bevis utover «rimelig» eller «fornuftig» tvil, eller at man skal føle seg «sikker» eller «overbevist» om skyld for å dømme. Hvis man etter å ha overveid alle bevisene sitter igjen med en tvil som ikke kan avfeies som teoretisk eller oppkonstruert, så skal denne tvilen komme tiltalte til gode; da skal man stemme nei. Det er vanskelig å angi helt presist hvor mye som kreves, men etter min erfaring kommer man langt om man med bakgrunn i sunn fornuft og livserfaring spør seg om det er en reell mulighet for at tiltalte snakker sant når han hevder sin uskyld – og i så fall lar tvilen komme tiltalte til gode.”

”For egen del stiller jeg meg gjerne spørsmålet om tiltaltes forklaring kan utelukkes, eller om påtalemyndighetens indisie kjede etterlater noen reell tvil. Dette krever en

helhetlig vurdering av forklaringen sammenholdt med bevisbildet for øvrig. Her er det lov å bruke sin menneskekunnskap og sunne fornuft, ikke minst i spørsmålet om subjektiv skyld. Etterlater en samlet vurdering et følbart ubehag ved å domfelle, stemmer jeg for frifinnelse.”

Svarene fra disse dommerne viser at det foreligger en trygg overbevisning først etter at retten har foretatt en helhetsbedømmelse. Det er veldig viktig at det blir foretatt en samlet vurdering av bevisene. Etter denne bedømmelsen må retten føle seg sikker for at det skal foreligge overbevisning som er i samsvar med beviskravet.

Det må ikke foreligge konkrete tvilsmomenter som retten ikke kan se bort fra. Det foreligger rimelig og fornuftig tvil når det foreligger en alternativ historie eller en oppfatning av sentrale beviselementer som ikke knytter tiltalte til forholdet. Tvilen må ha en praktisk sannsynlighet for seg og ikke fremstå som uforenelig med det samlede bevisbildet. Det sentrale blir å foreta en tvilsvurdering. Det kan ikke foreligge overbevisning når det foreligger en reell, rimelig og fornuftig tvil.

2.4 Beviskravet i sivilprosess

Jeg kommer nedenfor til å si litt kort om beviskravet i sivilprosess sammenholdt med det strafferettslige beviskravet.

Både i sivilprosess og i straffeprosess skal dommeren komme fram til et riktig resultat. I sivile saker står målet til å oppnå et riktig resultat meget sentralt. Prinsippet om riktig avgjørelse viser seg i flere av bestemmelsene i tvisteloven, særlig i tvl.§ 11-5 annet ledd om rettens plikt til å gi veiledning «som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». Prinsippet er i tillegg begrunnelsen for det sivilprosessuelle beviskravet. Det alminnelige beviskravet i sivilprosessen er klar sannsynlighetsovervekt. Dette innebærer at retten skal legge til grunn det faktum som er mest eller overveiende sannsynlig. Begrunnelsen for en slik bevisregel er at sannsynlighetsovervekt vil gi flest riktige avgjørelser, jf Anne Robberstad «Sivilprosess» (2009) s.11-12

Straffeprosessen bygger også på det materielle sannhetsprinsippet, dvs. at formålet med saksbehandlingen er å komme så nær sannheten som mulig. Det materielle sannhetsprinsippet er den viktigste grunnen til at saksbehandlingen for domstolene bygger på prinsippene om kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet og for reglene om anke og gjenopptakelse. Disse prinsippene antas å gi størst sannsynlighet for at avgjørelser bygger på sanne faktiske forutsetninger. (Ståle Eskeland «Strafferett» 2.utgave s.509).

I straffesaker har politiet som mål å finne fram til sannheten om hva som har skjedd. Når dommeren skal treffe sin avgjørelse, fører bevisregelen om at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode, til at resultatet kan avvike fra det som er mest sannsynlig. Dette kan igjen føre til flere uriktige avgjørelser i straffesaker enn i sivile saker. Det er klart at prinsippet om materielt riktige avgjørelser ikke står like sterkt i fokus når det gjelder avgjørelser i straffesaker. Det viktigste er å unngå at uskyldige blir dømt, jf Anne Robberstad s.11-12.

I sivile saker kreves det som nevnt mye mindre grad av sannsynlighet enn i straffesaker for at en faktisk anførelse/ innhold skal legges til grunn. Overveiende sannsynlig betyr mer enn 50 % sannsynlighet, jf Robberstad s.247-248. I straffesaker kreves det langt mer enn 50 % sannsynlighet ved at beviskravet er formulert slik at det skal bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil.” Det er graden av sannsynlighet som kreves som skiller det sivilprosessuelle beviskravet fra det strafferettslige beviskravet. Hensynet bak det prosessuelle beviskravet skiller seg også fra det strafferettslige. Det materielle sannhetsprinsippet står i fokus i sivilprosess, mens rettssikkerhetsprinsippet står særlig sterkt i strafferetten når dommeren skal treffe sin avgjørelse.

Det finnes unntak fra det alminnelige beviskravet i sivilprosess i form av et skjerpet beviskrav i enkelte sakstyper. Det kan for eksempel være tilfeller hvor den tiltalte har blitt frifunnet i straffesak og fornærmede har i sivil sak søkt om oppreisning. Selv om beviskravet er skjerpet, kan det ikke stilles like strenge krav som beviskravet i straffesaker, jf Robberstad s.249

2.5 Oppsummering

Det som er klart ifølge praksis og teori er at dommeren må være sikker slik at han er overbevist om at vedkommende er skyldig. Det må noe mer til enn sannsynlighet og alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det skal foreligge overbevisning.

Det er mulig å se at ulike forfattere uttrykker sannsynligheten i form av prosent. Høyesteretts praksis viser at det ikke er noe særlig rom for tvil og angir ikke tvilen i prosent. Det følger av Rt.2005 s.1353 at det bare er den ”fornuftige og begrunnende tvil som skal komme ham til gode.” Det blir dermed svært viktig å foreta en vurdering av

om det foreligger tvilsmomenter og om disse tvilsmomentene er reelle, fornuftige og begrunnede. Dommere kan i sin tolkning av bevisførselen ha ulike meninger om hva som er fornuftig og begrunnet tvil, som gjør at beviskravet får en subjektiv side.

Beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil”, krever en høy grad av sannsynlighet før man kan legge et straffbart forhold til grunn. Beviskravet i straffesaker er dermed veldig strengt.

3. Hvordan beviser påtalemyndigheten ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at den tiltalte er skyldig i den aktuelle straffbare handlingen?

3.1 Bevisbyrde

Bevisbyrderegelen angir hvem av partene i saken som har bevisføringsplikten og hvem som må bære risikoen for utilstrekkelig bevis (tvilstilfeller) i saken. Bevisbyrderegelen i straffesaker følger ikke av lov, men av sikker og langvarig praksis. På bakgrunn av det alminnelig strafferettslige beviskravet og EMK art.6 nr 2, er påtalemyndigheten gitt en streng bevisføringsplikt og risiko i en straffesak. Hvis påtalemyndigheten ikke klarer å føre tilstrekkelig bevis for tiltaltes skyld, vil den tiltalte bli frikjent på bakgrunn av rimelig og fornuftig tvil. En frikjennelse vil dermed innebære at påtalemyndigheten har ført utilstrekkelig bevis for tiltaltes skyld.

Det følger av EMK art.6 nr 2 at enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil det motsatte er bevist. Uskyldspresumsjonen er det grunnleggende rettsstatsprinsipp for straffesaker. Det kan utledes flere regler fra uskyldspresumsjonen. En av de reglene som følger av prinsippet er at påtalemyndigheten har bevisbyrden. Når en mistenkt står tiltalt for uaktsomt eller forsettlig drap har personen krav på å bli sett på som uskyldig inntil påtalemyndigheten eventuelt har klart å føre bevis for at vedkommende er skyldig. Påtalemyndigheten skal føre bevis for skyld også bevis at tiltalte ikke kan være uskyldig.

På bakgrunn av det nevnte er det påtalemyndighetens ansvar å føre de bevis som er i samsvar med det faktum som er beskrevet i tiltalen. Påtalemyndigheten må bevis «utover enhver rimelig og fornuftig tvil» at den tiltalte er skyldig i overtredelse av strl.§ 233 eller § 239.

Det foreligger altså utilstrekkelige bevis når bevisene som ble fremlagt i saken ikke er egnet til å overbevise retten om tiltaltes skyld. Retten er overbevist når det ikke foreligger ”rimelig og fornuftig tvil.” Beviskravet henger dermed metodisk sammen med påtalemyndighetens bevisbyrde.

3.2 Enkelte grunnleggende prinsipper i prosessrett

3.2.1 Prinsipp om fri bevisførsel

Bevisføring er en introduksjon av de ulike bevismidlene for retten. Det er gjennom bevisførselen at retten får opplysninger om konkrete og faktiske spørsmål. I norsk straffeprosess foreligger det et prinsipp om fri bevisførsel som i utgangspunktet innebærer at partene kan føre alle de bevis som de ønsker. Fri bevisførsel er et grunnleggende prinsipp i prosessretten. Prinsippet følger ikke av lov, men av sikker rett, jf for eksempel Rt.1990 s.1008(s.1010) og Rt.1994 s.610 (s.614) hvor dette kommer eksplisitt til uttrykk.

Det kan forekomme bevisførsel i forbindelse med skyldspørsmål, straffespørsmål og prosessuelle spørsmål.

Det foreligger visse begrensninger fra prinsippet om fri bevisførsel i straffeprosessloven, jf §§ 134, 292 a)-c), § 295. En forutsetning for å kunne føre et bevis i en straffesak er at beviset på en eller annen måte har betydning for saken. Et bevis får betydning når den/ de aktuelle bevisene vedrører saken. Det må foretas en relevansvurdering som innebærer at påtalemyndigheten må vurdere om beviset er vesentlig i det aktuelle tilfelle ved å vurdere om beviset belyser faktum i saken.

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisføring med de forbehold som følger direkte av straffeprosessloven og den ulovfestede regelen om forbudet mot å føre et bevis som er fremskaffet på en ulovlig eller utilbørlig måte. Disse begrensninger representerer et unntak fra utgangspunktet om fri bevisførsel. Jeg kommer ikke til å gå noe mer inn på dette.

Prinsippet om fri bevisførsel henger metodisk sammen med bevisbedømmelsen. Hvis et bevis blir utelukket, vil det kunne få betydning for bevisbedømmelsen ved at beviset ikke kan trekkes inn i bedømmelsen. Det kan hende at det ene beviset som ble avskåret kunne ha forandret eller påvirket resultatet i dommen. Selv om et bevis er begrenset, kan retten likevel foreta en fri bevisbedømmelse av det materialet som tillates ført. Fundamentet for avgjørelsen blir imidlertid mer solid dersom man tillater fri bevisførsel. Det kan tenkes en situasjon hvor det er helt opplagt at vedkommende er

skyldig på grunn av et videoopptak som viser at personen utførte et tyveri. Dersom videoopptaket blir utelukket, kan ikke retten trekke dette beviset inn i sin bedømmelse og må dermed holdes seg til en fri bevisbedømmelse av de andre bevisene i saken. Det kan hende at de andre bevisene i saken ikke er egnet til å bevise utover enhver rimelig og fornuftig tvil at vedkommende er skyldig uten føring av videoopptaket. Konsekvensen av dette blir dermed at retten må frikjenne den tiltalte for tyveri.

3.2.2 Prinsipp om muntlighet

Det foreligger et prinsipp om muntlighet i straffesaker som innebærer at Hovedforhandlingen i en rettssak skal foregå muntlig. Muntlighetsprinsippet kommer til uttrykk i strp.l.§ 278 hvor det står at ”hovedforhandlingen er muntlig. Opplesning kan ikke tre i stedet for fri muntlig framstilling.”

Den tiltalte, vitner og sakkyndige skal avhøres i retten. De dokumenter som fremlegges for retten skal gjennomgås muntlig med adgang til kontradiksjon. Kontradiksjon er også et grunnleggende prinsipp i straffesaker som innebærer at partene skal ha rett til å uttale seg og forsvare seg mot de anklagene som blir rettet mot vedkommende. Muntlighet er den beste måten å klarlegge faktum på ved at retten har mulighet til å stille spørsmål til det som blir sagt.

Høyesterett har uttalt at den... ”dømmende rett vil få en helt annen mulighet til å vurdere bevisverdien av en muntlig, umiddelbar, forklaring enn av en skriftlig forklaring nedtegnet av andre. Retten, tiltalte ved sin forsvarer og aktor vil kunne få avklart nærmere eventuelle uklare punkter i forklaringen, avdekket svakheter i den m. v. ”...”Tiltaltes rett til å eksaminere vitner er en sentral rettssikkerhetsgaranti.” (Rt.1994-1324, se særlig s.1326 i dommen).

Straffeprosessloven gjør visse unntak fra hovedregelen om muntlighet ved at det i noen begrensede tilfeller er mulig å lese opp en tidligere gitt forklaring.

3.2.3 Prinsipp om umiddelbarhet

Bevisumiddelbarhetsprinsippet går ut på at alle bevisene skal føres direkte og umiddelbart for den dømmende rett. Prinsippet er underforstått gjennom strpl.§ 296 og § 297.

Hensynet bak bevisumiddelbarhetsprinsippet er at man anser det umiddelbare beviset kvalitativt bedre enn det middelbare. Prinsippet henger sammen med muntlighetsprinsippet. Når beviset blir ført muntlig i retten blir beviset også ført direkte for domstolene. Retten skal ha det best mulige grunnlag for sin avgjørelse og dette blir ivaretatt ved at bevisene blir ført muntlig og direkte for domstolene.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet gjelder ikke for saker som blir ført i Høyesterett.

Hovedhensynet bak begge prinsippene (muntlighet og umiddelbarhet) er at retten skal få et inntrykk om vitnene er troverdige, og av hvor stor vekt som kan legges på det de sier, jf Steinar Fredriksen "Innføring i straffeprosess" 2. utgave (2009) s.242-243.

Muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet har til formål å legge til rette for en forsvarlig bevisvurdering.

3.3 Generelt om Bevis

Begrepet bevis kan brukes i betydningen som et middel for å påvise et straffbart forhold. Strandbakken anfører at bevis blir brukt i betydning ”overbevisningsgrunn.” Han sikter her til konkrete momenter som gir dommeren den tilstrekkelige visshet om faktum, jf Asbjørn Strandbakken «Uskyldspresumsjonen» (2003) s.46.

Strandbakken viser til Skeie (1939) som omtaler bevis som ”opplysningskilder som bidrar til å fremskaffe dommerens overbevisning om faktum.”(s.45).

Formålet med bevisene som blir fremlagt er å avklare om en anført påstand skal legges til grunn eller ikke. Bevis kan i utgangspunktet være alt som er egnet til å vise om den tiltalte har gjort seg skyldig eller ikke i den aktuelle straffbare handlingen.

Straffeprosessloven kap 5 gir en anvisning på hva som kan være bevis. Bevis kan for eksempel være dokumenter, videoopptak, lydopptak, tekniske bevis, forklaringer fra vitner, siktede og sakkyndig.

3.4 Bevistema

Det forholdet som er gjenstand for bevisføringen kalles bevistema. Dette innebærer at bevistema er det forhold som er beskrevet i tiltalen. Straffeprosessloven § 252 stiller visse krav til tiltalebeslutningens innhold. Det skal f.eks. opplyses om ”hvilket straffebud som påstås anvendt, med gjengivelse av innholdet så langt det er av betydning i saken, en kort men nøyaktig beskrivelse av det forhold tiltalen gjelder, med opplysninger om tid og sted.”

Bevistema vil i denne sammenhengen være om den tiltalte har overtrådt gjerningsbeskrivelsen som følger av § 233 eller § 239. Bevistema kan for eksempel være – Harald stakk Marte 4 ganger i brystregionen med en kniv, slik at hun døde. Den nærmere avklaringen av bevistemaet er et rettslig spørsmål som blir fastsatt gjennom bevisføringen. Påtalemyndigheten må bevise at den tiltalte har forhold seg slik som tiltalen beskriver hendelsesforløpet.

3.5 Bevismidler

Påtalemyndigheten har som mål å overbevise retten om at den tiltalte har gjort seg skyldig i den aktuelle straffbare handlingen. Bevis for tiltaltes skyld kan gjøres ved bruk av ulike bevismidler som forklaringer, tekniske bevis og dokumentbevis.

3.5.1 Vitneutsagn

Et vitne plikter å forklare seg overfor retten, men er ikke pliktig til å avgi forklaring overfor politiet. Det følger av strpl.§ 108 ” Enhver plikter etter innkalling å møte som vitne og forklare seg overfor retten”, jf strpl.§ 230. Vitner plikter å si den ”rene og fulle sannhet og ikke legge skjul på noe”, jf strpl.§ 131.

Når det foreligger overtredelser av strl.§ 233 og 239, er det ikke mulig for politiet å avhøre fornærmede, siden vedkommende er død. Dersom den antatte gjerningspersonen nekter for å ha begått den straffbare handlingen som følger av §§ 233 eller 239, kan vitneutsagn bli et viktig og avgjørende bevismiddel, altså i de tilfeller hvor det ikke foreligger tilståelse. Et vitneutsagn kan også få en sentral rolle i de tilfeller hvor det foreligger tilståelse. Det kan hende at en person tilstår til et drap som vedkommende ikke har begått enten for å beskytte en annen person eller for å få

oppmerksomhet. I slike tilfeller kan eventuelt vitner oppklare om tilståelsen er pålitelig eller ikke. I de tilfeller hvor det foreligger forsøk på drap, er fornærmede å betraktes som et vitne. Påtalemyndigheten fører ofte vitner i straffesaker når de skal overbevise retten om tiltaltes skyld.

Vitner er enhver person som kan kaste lys over hendelsesforløpet. Vitner kan være en som for eksempel kan plassere den tiltalte på eller i nærheten av gjerningsstedet den aktuelle dagen eller vitne kan være en som kan belyse tiltaltes motiv for drapet.

Andenæs viser til vitnepsykologisk forskning som uttrykker at vitnebevis er beheftet med større feilkilder enn man tidligere har vært oppmerksom på. Mennesker registrerer ikke hele situasjonen, men ofte hovedtrekk, og disse oppfattes og tolkes i lys av erfaringer, jf Johs Andenæs «Norsk straffeprosess» 4. utgave s. 175. (Se nærmere om dette under pkt.5.2.3).

Vitnes forklaringer er ofte et av de viktigste bevismidlene selv om beviset ofte kan være beheftet med feil.

Retten må ved bedømmelsen av vitnes forklaring ta forbehold om at vitne kan ha tatt feil, glemsel og for at vitne snakker usant. Et vitneutsagn kan ikke automatisk legges til grunn i en straffesak. Domstolen må undersøke omstendighetene for øvrig og sammenligne dette med vitnes forklaring for så å trekke en slutning. I Rt. 2002 s.1511 var det et sentralt vitne som ikke kunne gi noen troverdig forklaring på hvorfor han endret sin tidligere forklaring, dermed kunne ikke den nye forklaringen tillegges vesentlig vekt i bevisbedømmelsen.

Det følger av strpl.§ 134 at bevisførsel om et vitnes vandel og troverdighet i sin alminnelighet bare må finne sted på den måten og i den utstrekning retten tillater. Høyesterett har slått fast at bevisførsel etter § 134 første ledd bør nektes når den ”ikke antas å være av vesentlig betydning”, jf Rt.1999 s.2100.

3.5.2 Siktedes forklaring

Den siktede har ingen plikt til å forklare seg, jf strpl.§§ 232 og 230. Det er forbud mot selvinkriminering, som er innfortolket i EMK art 6 nr 1. Forbudet mot selvinkriminering er et grunnleggende prinsipp i strafferetten som går ut på at den siktede ikke har plikt til å forklare seg for politiet eller retten. Den siktede har rett til å slippe å inkriminere seg selv.

Hvis den siktede velger å forklare seg kan denne forklaringen utgjøre et meget sentralt bevis i straffesaken, særlig viss vedkommende tilstår. Dette forutsetter selvfølgelig at den siktede har oppgitt riktige og ærlige opplysninger under avhøret. Siktedes forklaring kan kaste lys over flere momenter, som hvordan og når drapet ble utført, i tillegg opplysninger om hvorfor drapet ble utført og om det finnes flere gjerningspersoner. Siktedes forklaring kan også lede politiet til andre spor som kan avsløre siktedes skyld. Hvis den siktede gir en fullstendig tilståelse, jf strpl.§ 292, blir det nødvendigvis ikke automatisk domfellelse. Det avgjørende er om tilståelsen ut ifra det som ellers foreligger i saken, er i stand til å overbevise domstolen om siktedes skyld, jf Johs Andenæs «Norsk straffeprosess» 4.utgave s. 170.

Siktedes forklaring kan også få stor bevisverdi selv om vedkommende ikke tilstår. Det kan for eksempel være flere mistenkelige omstendigheter som kan få en naturlig forklaring. Politiet kan fange opp at den siktede lyver og forklarer seg selvmotsigende. Å gi en uærlig forklaring overfor politiet vil svekke vedkommendes troverdighet som igjen vil svekke siktedes sak, jf Andenæs (4.utgave) s.170.

Det kan hende at den siktede dikter en forklaring eller prøver å tilpasse den med korrekte bevis. Siktedes troverdighet kan i slike tilfeller svekkes av flere vitneutsagn og rettsmedisinske undersøkelser. Det er dermed viktig å anvende siktedes forklaring som bevismiddel også i de tilfeller hvor vedkommende har oppgitt uriktige opplysninger.

3.5.3 Sakkyndig

Det følger av strpl.§ 138 at enhver som retten oppnevner til å gjøre tjeneste som sakkyndig, plikter å påta seg vervet. Det oppnevnes vanligvis kun en sakkyndig med mindre retten finner det nødvendig å oppnevne flere, jf strpl.§ 139.

Sakkyndig er en person som har kunnskap på et aktuelt fagfelt. En sakkyndig person kan være en lege, psykolog, ingeniør. I straffesaker skal retten ofte ta stilling til spørsmål som ikke er rettslige og som domstolen ikke har kompetanse til å besvare. Dermed blir det behov for uttalelser fra en eller muligens flere personer innenfor et spesielt fagområde. Den sakkyndige fungerer som domstolens rådgiver og veileder. Uttalelser fra de sakkyndige blir ofte tillagt stor vekt i bevisbedømmelsen siden de uttaler seg på et felt som retten i utgangspunktet ikke har faglig kunnskap om. Dermed er uttalelser fra de sakkyndige som er til fordel for påtalemyndigheten et svært viktig bevismiddel. Likevel er de sakkyndiges uttalelser aldri bindende for retten, bare veiledende.

Når det gjelder overtredelse av strl.§§ 233 og 239 kan det bli aktuelt å ta stilling til gjerningspersonens sinnstilstand. Retten har ingen særlig kompetanse til å avgjøre et slikt spørsmål og det kan dermed være nødvendig å oppnevne en sakkyndig. I drapssaker er det nødvendig å avklare dødsårsaken og det vil kunne bli de sakkyndiges oppgave. Det samme gjelder overfor spørsmål om våpenet som er blitt funnet er det aktuelle drapsvåpenet. De sakkyndige kan på bakgrunn av sin kompetanse oppklare flere uklare momenter i en drapssak som får betydning for straffe- og skyldspørsmålet.

3.5.4 Tekniske bevis

Når vi snakker om tekniske bevis taler vi om for eksempel DNA bevis, fingeravtrykk. DNA bevis kan være spytt, blod, hud, sæd, hår.

Hvis politiet finner DNA bevis fra den mistenkte på offeret eller på gjerningsstedet vil slikt bevis kunne plassere vedkommende på gjerningsstedet og i tilknytning til offeret. Ingen personer har lik DNA, dette kan være til stor fordel for politiet når de skal løse en

drapsak i de tilfeller hvor DNA er blitt funnet. DNA funn trenger ikke nødvendigvis å innebære at vedkommende er skyldig. Det kan hende at det foreligger en troverdig forklaring og begrunnelse for at personens DNA ble funnet på gjerningsstedet. Hvis siktede ikke kan komme med en god forklaring på hvorfor hans DNA bevis ble funnet på åstedet vil dette kunne tyde på at vedkommende har noe å skjule og eventuelt er skyldig. DNA beviset må ses i sammenheng med de øvrige bevisene i saken.

3.5.5 Direkte bevis og indisiebevis

Det sondres ofte i teorien mellom direkte bevis og indisiebevis. En tilståelse fra siktede og forklaring fra personer som har sett den mistenkte utføre handlingen, er direkte bevis. Slike bevis sier noe direkte om det straffbare forhold.

Indisiebevis kan for eksempel være utsagn fra vitner som har sett siktede i nærheten av åstedet på gjerningstiden, blodflekker på siktetes klær. Det som er direkte gjenstand for bevis ved slike indisiebevis, er omstendigheter som ikke i seg selv har rettslig betydning. Det kan hende flere vitner så A i nærheten av gjerningsstedet på gjerningstidspunktet, men dette trenger ikke å innebære at vedkommende er drapspersonen. Indisiebevis er ikke direkte knyttet til det aktuelle hendelsesforløpet, men kan bidra til å underbygge slutninger om dette. Tekniske bevis som fingeravtrykk og DNA analyser er også kun indisiebevis, men de kan som regel skape en visshet som er langt sterkere enn den man kan få ved direkte bevis, jf Johs Andenæs « Norsk straffeprosess» (4.utgave) s.167, og Strandbakken (2003) s.46.

Dette er interessant fordi de fleste vil tenke seg at fingeravtrykk og DNA analyser er direkte bevis og ikke indisiebevis. Jeg vil føle meg temmelig sikker på at den tiltalte er skyldig når man har funnet vedkommendes fingeravtrykk, hår og lignende på gjerningsstedet. På den annen side så skjønner jeg hva Andenæs og Strandbakken mener når de sier at slike bevis ikke sier noe ”direkte” om det straffbare forholdet. Jeg føler personlig at slike indisiebevis som fingeravtrykk og DNA analyser kan bli sett på som direkte bevis når den tiltalte ikke kan komme med en troverdig forklaring på hvorfor spor av ham ble funnet på gjerningsstedet, altså når det ikke foreligger noen

årsak til at vedkommendes fingeravtrykk og hår skulle ha blitt funnet på gjerningsstedet.

Den nødvendige visshet for domfellelse kan altså også skaffes ved hjelp av et bånd av indisier og ikke bare ved hjelp av direkte bevis. Det gir sterkere grunnlag for domfellelse dersom det foreligger flere indiserbevis som taler i samme retning. Det avgjørende er hvorvidt tvilsmomentene gir en liten eller reel grunn til tvil.

4. Hva er det som skal bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil?”

4.1 Innledning

Problemstillingen er nå om beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” gjelder fullt ut for alle straffbarhetsvilkårene. Med straffbarhetsvilkårene mener jeg de fire hovedvilkårene som må foreligge for at en handling kan straffes. (Jeg angir straffbarhetsvilkårene i pkt.4.2.1).

Straffeloven §§ 233 og 239 oppstiller flere kumulative vilkår for å domfelle en person for forsettlig eller uaktsomt drap. Kumulative vilkår sikter til at alle betingelsene som er nevnt i bestemmelsen må være innfridd for at det skal foreligge overtredelse av straffebudet. Det er dermed klart at retten må komme fram til ja på alle spørsmål som angår om lovens kumulative vilkår er innfridd i det aktuelle tilfelle for at den mistenkte skal bli dømt. Det jeg kommer til å se nærmere på nedenfor er om graden av sannsynlighet er lik for alle de kumulative vilkår som straffebudet oppstiller, evt. om beviskravet gjelder like sterkt for alle avgjørelser angående skyldspørsmålet, straffe- og prosessuelle spørsmål. Jeg kommer til å legge min hovedvekt på beviskravet i forhold til skyldspørsmålet.

4.2 Skyldspørsmålet

4.2.1 Hva gjelder skyldspørsmålet?

Til skyldspørsmålet ”hører alle konstateringer som er nødvendige for å ta standpunkt til om tiltalte er skyldig.... .Avgjørelsen av om alle de objektive og subjektive betingelser for straff etter et bestemt straffebud foreligger.” (Johs Andenæs ”norsk straffeprosess” 4.utgave s.138).

Strpl.§ 33 regulerer at spørsmål om bortfall av straff på grunn av foreldelse eller forhøyd straff på grunn av gjentakelse, ikke regnes til skyldspørsmålet.

Ansvarslæren er læren om vilkår for straff som ramser opp 4 kumulative hovedvilkår for bruk av straff (straffbarhetsvilkårene). På bakgrunn av det Andenæs nevner hører disse 4 hovedvilkår for straff under skyldspørsmålet.

For det første så må det foreligge en handling som er straffbar etter en eller flere straffebud. Med andre ord må det foreligge hjemmel.

For det andre må den siktede ha utvist tilstrekkelig skyld. Det må foreligge subjektiv skyld hos gjerningspersonen, enten forsett eller uaktsomhet.

For det tredje må det foreligge strafferettslig tilregnlighet. Siktete må være tilregnelig i gjerningsøyeblikket og over den kriminelle lavalder, se strl.§§ 44 og 46.

For det fjerde må det være fravær av straffrihetsgrunner. Lovfestede straffrihetsgrunner er nødverge strl.§ 48 og nødrett strl.§ 47. Ulovfestede straffrihetsgrunner er f.eks. politiprovokasjon. Det følger av Rt.1992 s.1088 (s.1091) at spørsmålet om straffrihet på grunn av ulovlig etterforskningsmetoder (politiprovokasjon) hører under skyldspørsmålet, se også Rt.2000 s.1223.

4.3 Beviskravet i forhold til vilkårene etter strl.§§ 233 og 239: (skyldspørsmålet)

Når det gjelder avgjørelser av skyldspørsmålet er det på det rene at ”rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode.” Dette følger av rettspraksis, jf eksempler nedenfor og Rt.1998 s.1945 (s.1947). Det skal stemmes særskilt over skyldspørsmålet, jf strpl.§ 33.

Straffelovens bestemmelser om forsettlig drap § 233 og uaktsomt drap § 239 skal først tolkes for å finne fram til regelens innhold og rekkevidde for deretter å finne fram til om den siktede har brutt bestemmelsene for drap. Ved tolkningsprosessen kan det forekomme tvil om hva bestemmelsen går ut på. Denne tvilen som angår rettsregler kommer ikke den siktede til gode. Det er kun tvil om faktum som kommer den tiltalte til gode. Dommeren skal velge den juridiske løsningen som han på forhånd mener har de beste grunner for seg, jf John Andenæs "Alminnelig strafferett" (5. utgave) s.102 og Svein Slettan og Toril Marie Øie "Forbrytelse og straff" (1997) pkt.4.1.3 og Anders Bratholm "Strafferett og samfunn" (1980) s.96.

Høgberg er uenig i dette og mener at det ikke foreligger et slikt prinsipp om at enhver rettsanvendelsestvil ikke skal komme den tiltalte til gode, jf Høgberg, Alf Petter "I hvilken grad kommer rettsanvendelsestvil tiltalte til gode", jussens venner (2007) s.25.

Jeg kommer ikke til å ta noen nærmere standpunkt til dette siden verken §§ 233 og 239 byr på noen særlig tolkningsproblemer.

Andenæs gir uttrykk for at utgangspunktet må være slik at tvil bør komme den tiltalte til gode over hele linjen, altså ved alle straffbarhetsvilkårene. Men dette innebærer ikke at det stilles det samme beviskravet overalt, ved at det ikke kreves samme form for visshet angående alle spørsmål som retten står ovenfor, jf Andenæs "Alminnelig strafferett" (5. utgave) s.102.

Jeg kommer videre til å se på om Andenæs har rett i dette, altså om beviskravet blir lempet angående noen spørsmål retten står ovenfor.

4.3.1 Straffeloven § 233

Straffelovens bestemmelse om forsettlig drap lyder slik:

Strl.§ 233 "Den som forvolder en andens død, eller som medvirker dertil, straffes for drab med fengsel i minst 8 aar"

Strl.§ 233, annen punktum ”Har den skyldige handlet med overlæg, eller har han forøvet drabet for at lette eller skjule en anden forbrytelse eller unddrage sig straffen for en saadan, kan fængsel inntil 21 år anvendes.”

4.3.2 Straffeloven § 239

Straffelovens bestemmelse om uaktsomt drap lyder slik:

Strl.§ 239 ”Den som uaktsomt ved bruk av våpen, ved motorvogn eller på annen måte forvolder en annens død, straffes med fængsel inntil 3 år.”

4.3.3 Kort oppsummering av strl.§ 233 og § 239

Begge straffebestemmelsene har et objektivt og et subjektivt krav. For det første må den objektive gjerningsbeskrivelsen være innfridd. Handlingen må fullt ut dekke den objektive gjerningsbeskrivelsen som følger av bestemmelsene (§§ 233, 239). Dersom den aktuelle handlingen ikke dekker den objektive gjerningsbeskrivelsen fullt ut, får §§ 233 og 239 ikke anvendelse. For det andre så må det foreligge subjektiv skyld hos gjerningspersonen og skylden må omfatte den objektive gjerningsbeskrivelsen. Hvis det ikke foreligger tilstrekkelig skyld i henhold til §§ 233 og 239, kan personen ikke straffes etter drapsbestemmelsene. Det er dette som blir kalt for dekningsprinsippet.

Det følger av strl.§ 239 at skyldkravet er uaktsomhet. Det følger ikke uttrykkelig av ordlyden i strl.§ 233 første ledd hvilket skyldkrav som kreves, men det følger av strl. § 40 første ledd at det er forsett som er hovedregelen. (Se nærmere om dette under punkt 4.5). Det foreligger et ytterligere krav om at skyld må foreligge i gjerningsøyeblikket.

Påtalemyndigheten må føre bevis for både objektiv skyld og subjektiv skyld. Retten skal etter en totalvurdering av alle momentene i saken være ”overbevist” om skylden, jf Rt.2004 s.1063 (avsnitt 8).

4.4 Objektiv skyld

Objektiv skyld sikter til at den objektive gjerningsbeskrivelsen som følger av strl.§§ 233 og 239, må være innfridd. Det foreligger altså objektiv skyld når vedkommende har utført den straffbare handlingen som følger av straffebudet.

4.4.1 Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet § 233

Den objektive gjerningsbeskrivelsen som følger av strl.§ 233 som må være innfridd er: ”forvolder en andens død.”

”En andens” sikter til mennesker som innebærer at dyr faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

”Død” sikter kun til de dødsfall som ikke er forårsaket på naturlig måte. Det er ofte uproblematisk å avklare om en person er død. Det kan forekomme tilfeller hvor vedkommendes levninger ikke er blitt funnet. Det kan da være mer problematisk å avgjøre om vedkommende skal erklæres død. Medvirkning til selvmord er straffbart på lik linje som medvirkning til drap eller grov legemsbeskadigelse, jf strl.§ 236. Det er videre også straffbart å drepe noen som har samtykket til dette, men straffen kan bli nedsatt i samsvar med strl.§ 235. Hvis døden ikke er inntrådt er det ikke mulig å straffe vedkommende for fullbyrdet drap, men eventuelt for forsøk på drap, jf strl.§ 49.

”Forvolder” stiller et krav til at det må foreligge årsakssammenheng mellom handlingen og dødsfallet. For eksempel A tilsetter gift i kaffen til B som leder til at B dør. På bakgrunn av As handling har B omkommet og dette innebærer at det foreligger årsakssammenheng. Men dersom A har gift i kaffen til B, med en dose som er for liten til å utløse et dødsfall, og B dør senere på dagen, påkjørt av en lastebil, foreligger det ikke årsakssammenheng. A kan eventuelt straffes for forsøk på drap, jf strl.§ 49. Det er først og fremst aktive handlinger som rammes av bestemmelsen, men unnlatelse er også straffbart i noen tilfeller. I Rt.1936 s.252 ble en mor dømt for å ha ”forvoldt” sitt barns død ved å unnlate å stelle det slik at barnet døde.

4.4.2 Den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet § 239

Strl.§ 239 oppstiller flere alternative objektive gjerningsbeskrivelser som ”bruk av våpen”, ”ved motorvogn”, ”på annen måte.” Det er tilstrekkelig at et av disse vilkårene er oppfylt. Det avgjørende er at den objektive gjerningsbeskrivelsen ”forvolder en annens død” er innfridd.

Det følger av praksis og teori at ved tilfeller av uaktsom kjøring rammes ikke bare den som har ført bilen, men også den som har latt føreren låne bilen med bevissthet om at han ikke var i stand til å kjøre forsvarlig, jf Rt.2009 s.1048 (avsnitt 9). (Se nærmere om denne avgjørelsen under pkt.4.4.3 s.50)

Straffeloven § 233 og 239 beskriver kun den straffbare handlingen ved bruk av en åpen ordlyd slik at bestemmelsene åpner for alle mulige drap. Dvs. at det spiller ingen rolle hvordan gjerningspersonen velger å drepe fornærmede. Straffebudene angir ikke noe beviskrav for den objektive handlingen. Spørsmålet blir dermed om påtalemyndigheten må bevise utover enhver rimelig og fornuftig tvil at alle objektive vilkår er innfridd for å kunne domfelle den tiltalte? Jeg sikter her til de objektive vilkårene som er nevnt i pkt.4.4.1 og 4.4.2.

Hensynet bak beviskravet om å hindre at uskyldige blir dømt til en straffbar handling tilsier at retten ikke må være i tvil om at tiltalte objektivt sett har begått det aktuelle drapet. Domstolen må frifinne den tiltalte dersom de finner at handlingen ikke omfattes av gjerningsbeskrivelsen i § 233 og § 239.

4.4.3 Rimelig tvil i forhold til dødsårsaken

Problemstillingen er nå om det kreves sannsynlighet utover enhver rimelig og fornuftig tvil vedrørende den nærmere dødsårsaken, eller er det tilstrekkelig å slå fast at personen har død av unaturlig årsak, men man kan ikke avklare den nærmere dødsårsaken?

I noen tilfeller kan det være vanskelig å avklare dødsårsaken. Det er særlig i noen tilfeller ved forgiftning at det kan være vanskelig å oppdage drapet fordi giften kan f. eks ha utløst hjerteinfarkt. Dersom det foreligger tvil om et dødsfall kan kvalifiseres som drap, skal den rimelige og fornuftige tvilen komme den tiltalte til gode.

Det kan videre forekomme tilfeller hvor de sakkyndige er overbevist om at personen er blitt drept, men det er utført flere overgrep mot offeret slik at de sakkyndige ikke kan være sikker på hvilken faktor som utløste selve dødsfallet. Fornærmede kan for eksempel ha blitt utsatt for knivstikk, kvelning og slag mot hodet. Er det slik at bevisregelen stiller et krav om at de sakkyndige må være overbevis om hvilken handling som ledet til dødsfallet? Rettspraksis tyder på at de sakkyndiges konklusjon ikke trenger å være basert på en sannsynlighet utover enhver rimelig og fornuftig tvil for å legge en dødsårsak til grunn når det er utvilsomt at fornærmede har blitt drept.

TOSLO-2008-135941 uttalte den sakkyndige at ut fra ”omstendighetene og obduksjonsfunn er det mest sannsynlig at døden har inntruffet i forbindelse med injeksjon av heroin, eventuelt i kombinasjon med tilluking av munn og nese med tap/”glad pack.” Om døden er inntruffet umiddelbart etter heroininjeksjonen, eller om denne har ført til bevisløshet og at kvelning har vært umiddelbar dødsårsak, lar seg ikke avgjøre basert på våre undersøkelser.”

Retten la likevel til grunn på bakgrunn av sakkyndiges forklaring og ut fra forklaringen til en av medvirkerne at fornærmede ble drept ved heroininjeksjon.

I det overnevnte tilfelle ble hele hendelsesforløpet som ledet til vedkommendes død utført av de samme menneskene og dette var bevist ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil.” Det hadde i dette tilfelle ikke like stor betydning om det var heroininjeksjonen eller om det var kvelning som var den umiddelbare dødsårsaken.

Når fornærmede har blitt utsatt for flere ulike overgrep av flere gjerningspersoner blir det særlig viktig å avklare utover enhver rimelig og fornuftig tvil hvilken handling som utløste selve dødsfallet. Det kan f. eks hende at den ene gjerningspersonen forgiftet fornærmede over lengre tid, mens den andre utførte flere slag mot kropp og hode. Den presise dødsårsaken blir dermed særlig nødvendig for å domfelle den tiltalte i henhold til strl.§ 233. Hvis det foreligger tvil om dødsårsaken er framkalt ved forgiftning eller ved de slagene som ble påført fornærmede, skal den rimelige tvilen komme begge gjerningspersonene til gode.

Det kan hende at politiet er sikre på at en person er død, selv om liket aldri er blitt funnet. I slike tilfeller må påtalemyndigheten sannsynliggjøre utover enhver rimelig og fornuftig tvil at vedkommende er død. Det kan bli vanskelig å overbevise retten om at det har skjedd et drap når liket ikke er blitt funnet. Det vil ofte forekomme en viss tvil om en person er død i slike tilfeller, men påtalemyndigheten må bevise at denne tvilen ikke er rimelig og fornuftig. Det kan f. eks ha blitt funnet store mengder av blod i leiligheten til B. I tillegg foreligger det ingen indikasjon på at B har forsvunnet av egen fri vilje. Det kan foreligge mange ulike spor som kan tilsi at det har forekommet en kriminell handling (drap), men når B ikke er blitt funnet vil det alltid være en mulighet for at B lever. Denne tvilen kan etter min mening i noen tilfeller bli kvalifisert som ”teoretisk tvil” som retten skal se bort ifra, når det foreligger flere sterke bevis som taler i retning for at vedkommende er død.

I slike tilfelle hvor levningene ikke er blitt funnet, er det ikke mulig og nødvendig for påtalemyndigheten å overbevise retten om den eksakte dødsårsaken. Det er tilstrekkelig å domfelle den tiltalte når påtalemyndigheten har bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil at den aktuelle personen er blitt drept. Hvis det foreligger rimelig og

fornuftig tvil om den forsvunne personen er blitt drept, skal tvilen komme den tiltalte til gode. Det er ikke mulig å dømme noen for drap når det foreligger tvil om den aktuelle personen er død.

Det er ikke tilstrekkelig at retten er overbevist om at fornærmede er blitt drept. Retten må i tillegg være overbevist for at det var den tiltaltes handling som førte til fornærmedes død. Dette innebærer at påtalemyndigheten må sannsynliggjøre ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at den tiltaltes handling utløste fornærmedes død.

I noen tilfeller hvor det er flere gjerningspersoner, er det ikke alltid nødvendig å slå fast hvem sin handling som var den avgjørende faktor på grunn av at begges handlinger kan likestilles som å ha ”forvoldt” et menneskes død.

I Rt.2009 s.1048 var det to menn som stjal en bil i ruspåvirket tilstand. Kjøringen medførte at en kvinnelig passasjer omkom. I denne saken kunne det ikke bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” hvem av de tiltalte som var fører av bilen, men de ble begge dømt etter strl.§ 239 for uaktsom bildrap. De ble begge ansett for å ha ”forvoldt” en kvinnes død ved å ha overlatt en stjålet bil til en ruspåvirket person uten førerkort, og derfor for ikke å ha grepet inn mot ”hasardiøs” kjøring. Begge de tiltalte var klar over at den andre av dem hadde drukket og ikke var i stand til å føre motorvogn. Uaktsomheten for passasjeren omfatter også dødsfølgen.

Den tiltalte som var passasjer hadde mulighet og plikt til å gripe inn mot kjøringen. Det at passasjeren ikke grep inn (passiv), ble sett på som å ha akseptert kjøringen. På bakgrunn av at passasjerens passivitet likestilles med førerens opptreden (kjøring i ruset tilstand), er det uten betydning å slå fast hvem av dem som egentlig kjørte bilen. Dermed kunne begge straffes etter strl.§ 239 ved at handlingen til begge av de tiltalte var av en slik art at de ”forvoldte” en annens død. Tvilen kom begge tiltalte til gode ved at retten la til grunn at begge var passiv passasjer, men siden uaktsomheten for passasjeren også omfattet dødsfølgen, kunne begge straffes for uaktsomt bildrap.

4.4.4 Rimelig tvil i forhold til drapsvåpenet

Det sentrale spørsmålet er om påtalemyndigheten må bevise ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” at det aktuelle redskapet er drapsvåpenet? Vil eventuelt tvil om drapsvåpenet føre til frifinnelse?

Det kan hende at det foreligge tvil om våpenet politiet mener har forårsaket drapet, virkelig er drapsvåpenet. Dersom de sakkyndige er usikre på om det nevnte våpenet har eller kunne påføre de aktuelle skadene som ledet til dødsfallet, må tvilen komme den tiltalte til gode.

I TOSLO-2011-95619 hevdet påtalemyndigheten at tiltalte hadde drept fornærmede med en fruktkniv fordi han oppdaget tiltalte da han ripet opp en bil i en garasje. Det første spørsmålet for retten var om fruktkniven kunne være gjerningsvåpenet i det hele tatt. Det andre spørsmålet var om de gjerningsspor drapskniven hadde satt i ribbensbrusk sikret fra avdøde samsvarte i en slik grad med spor fruktkniven ville satt, slik at kniven kunne pekes ut som drapsvåpenet. Retten kom fram til etter en samlet vurdering av de undersøkelsene som ble gjort til at det er litt mer sannsynlig at fruktkniven er drapsvåpenet enn at en annen kniv er det. Det er sannsynlighetsovervekt som vil si mer enn 50 %. Retten uttaler at dette ikke er tilstrekkelig bevis for at kniven er drapsvåpenet og at tiltalte er skyldig. Tiltalte ble på bakgrunn av det nevnte frikjent for overtredelse av strl.§ 233.

4.4.5 Rimelig tvil i forhold til strl.§ 233, annet ledd

Det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder fullt ut i henhold til strl.§ 233 annet ledd. Hensynet bak beviskravet tilsier at det skal mye til for å legge til grunn gjerningsbeskrivelsen som følger av annet ledd, siden dette kan medføre den strengeste straffen, inntil 21 år.

Det følger av strl.§ 233, annet ledd, ”har den skyldige handlet med overlæg, eller har han forøvet drabet for at lette eller skjule en anden forbrydelse eller unddrage sig straffen for en saadan, kan fængsel inntil 21 år anvendes.”

Eksempler for tilfeller som kan falle inn under bestemmelsens annet ledd kan være når den siktede voldtar en kvinne og deretter dreper henne for å skjule voldtekten for å minske sjansen for anmeldelse. Et annet tilfelle kan være at den siktede har utført innbrudd og tyveri og i denne forbindelse drept dem som oppholdt seg i huset for å skjule innbruddet og tyveriet. Siktede kan også ha valgt å drepe evt. vitner for å prøve å slippe unna fengsel. Dersom det foreligger ”rimelig og fornuftig tvil” om den siktede drepte voldtektsofferet for at ”lette eller skjule en anden forbrytelse eller unddrage sig straffen for en saadan”, skal vedkommende ikke dømmes etter strl.§ 233 annet ledd. Det kan hende at den siktede hevder at drapet var et uhell ved at vedkommende prøvde å overmanne offeret for å utføre voldtekten, men måtte bruke mye krefter fordi offeret kjempet voldsomt under angrepet, slik at drapet ble en uheldig/ uønsket følge av voldtekten. Dersom bevisene ført i saken kan indikere et slikt faktum som den siktede viser til, skal vedkommende ikke dømmes i henhold til strl.§ 233 annet ledd. Dersom bevisene i saken både kan tale i retning for påtalemyndigheten og i retning for den tiltalte på en troverdig måte, skal den tiltalte ikke dømmes etter strl.§ 233 annet ledd. Det er dette som blir tilfelle når påtalemyndigheten må bære tvilrisikoen. Den tiltalte kan i hvert fall straffes for forsettlig drap i henholdt til § 233 første ledd, jf Rt.2005 s.1521 hvor en mann var dømt for forsettlig drap (§233, 1.ledd) i forbindelse med forsøk på voldtekt.

Det strenge beviskravet i straffesaker gjelder kun ovenfor de deler av faktum som har direkte betydning for vurderingen av tiltaltes skyld. Det vil som regel kunne være tvil om enkelte deler av det faktiske hendelsesforløpet som ikke har direkte betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, denne tvilen fører ikke til frikjennelse, jf Rt.2004 s.1063.

I Rt.2004 s.1063 (avsnitt 9) ... ”at det bare er rimelig tvil om de deler av faktum som har direkte betydning for vurderingen av tiltaltes skyld, slik som beskrevet i

spørsmålsskriftet, som kan lede til at beviskravet ikke anses oppfylt. At det i en straffesak kan være tvil om enkelte deler av det faktiske hendelsesforløpet som ikke har direkte betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, vil være en helt normal situasjon.”

4.5 Subjektiv skyld

For at den tiltalte skal bli dømt for drap i henhold til straffeloven må det foreligge subjektiv skyld hos vedkommende i tillegg til at den objektive gjerningsbeskrivelsen er innfridd (objektiv skyld). Vi må dermed ta stilling til om den tiltalte har utvist tilstrekkelig skyld.

Gjerningsmannen skal bedømmes ut fra sine forestillinger om den faktiske sammenheng, jf strl.§ 42. Det følger av strl.§ 40 to hovedformer for skyld: forsett og uaktsomhet. Dette innebærer at gjerningspersonen kan kun bli dømt for drap i henhold til straffeloven dersom vedkommende har utvist enten forsett eller uaktsomhet (hhv.§233 og § 239). Straffebudet § 233 annet ledd krever overlegg for å anvende straff inntil 21 år. Når det gjelder en nærmere definisjon av begrepet skyld (forsett, uaktsomhet) må vi se hen til rettspraksis, juridisk litteratur og den nye straffeloven av 2005 §§ 22 og 23. (Straffeloven av 2005, er ikke trådt i kraft)

4.5.1 Forsett

Forsette må dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelsen som følger av strl.§ 233. Dette innebærer at gjerningspersonen må handle forsettlig i henhold til de

omstendighetene som gjør forholdet straffbart etter bestemmelsen. Forsett må altså omfatte den følgen som er nevnt i straffebudet (§233) som er et menneskes død. Det foreligger ikke noe krav om at forsett må omfatte de enkelte ledd i begivenhetens utvikling. Når resultatet ble et menneskes død, som gjerningspersonen ønsket og kunne forutse, spiller det ingen rolle om drapet skjedde på en annen måte enn han hadde tenkt. Det er videre et krav om at forsett må foreligge i gjerningsøyeblikket. Forsett foreligger selv om vedkommende beklager eller angres på følgene i ettertid, jf Johs Andenæs "Alminnelig strafferett" (5. utgave) s. 221 og s.233.

Det har blitt utviklet gjennom rettspraksis og teori ulike grader av forsett. Jeg kommer til å ta stilling til de ulike forsett formene nedenfor.

4.5.2 Hensiktsforsett

Det foreligger forsett når den tiltalte har begått en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med hensikt, jf straffeloven av 2005 § 22 bokstav a). Formålet med handlingen må da være å fremkalle et menneskes død. Når følgen er tilsiktet er det utvist hensikt. Gjerningspersonen må ha tatt den beslutning om å drepe fornærmede. Det spiller ingen rolle for om sannsynligheten for at følgen skal inntre er meget liten, jf Anders Bratholm "Strafferett og samfunn" (1980) s.209, 211 og 212. Det er mulig å begå en handling med hensikt uten at det foreligger overlegg, altså hensiktsforsett er ikke det samme som å ha utvist overlegg. (se nærmere om overlegg i pkt.4.5.7).

4.5.3 Sannsynlighetsforsett

Sannsynlighetsforsett er blitt utviklet gjennom rettspraksis. Skohero in – dommen fra Rt.1991 s.600 er et eksempel på dette hvor det i dommen kommer frem at det også foreligger forsett når vedkommende holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at

handlingen dekkes av gjerningsbeskrivelsen. Sannsynlighetsforett er nå slått fast i den nye straffeloven av 2005 § 22 bokstav b).

Det er ikke den objektive sannsynlighetsgraden som er avgjørende, men den sannsynlighet som gjerningsmannen regnet med. Rettstilstanden er i dag slik at ”sannsynlighetsforett foreligger når gjerningsmannen har betraktet det som mer sannsynlig at det forbryterske resultat ville inntre enn det motsatte.” (Andenæs ”Alminnelig strafferett” 5. utgave s.234).

Nedenfor viser jeg til et eksempel på sannsynlighetsforett som Anders Bratholm «Strafferett og samfunn» (1980) s. 213 anvender som illustrasjon. Jeg synes eksemplet gir et bra bilde på hva som menes med sannsynlighetsforett.

A tenner på et hus han eier for å få forsikringspengene. Han håper at en gammel dame som leier huset vil greie seg, men regner det for mest sannsynlig at hun ville brenne inne. Her foreligger sannsynlighetsforett. Dersom gjerningspersonen ikke forsto at følgen ville inntre, eller ikke fant det overveiende sannsynlig, har han ikke utvist sannsynlighetsforett.

4.5.4 Dolus eventualis

Forsettes nedre grense er dolus eventualis som innebærer at det er tilstrekkelig å fastslå forett når vedkommende holdt det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og likevel velger å handle selv om følgen skulle inntre, jf Rt.1991 s.600, Rt.1980 s.979 (s.980) og straffeloven av 2005 § 22 bokstav c).

Høyesterett har i Rt.1980 s.979 formulerer dolus eventualis slik at forett foreligger når gjerningspersonen har tatt det ”standpunkt” å ville foreta handlingen selv om følgen skulle inntre. Det kreves positiv innvilgelse.

Andenæs nevner at det foreligger forett:

”hvor gjerningsmannen bevisst har ønsket handlingen foretatt selv om den uheldige følge skulle inntre. Han har her godtatt følgen i sin bevissthet: Selv om så galt skulle skje, får det ikke hjelpe.” (Johs Andenæs ”Alminnelig strafferett” 5. utgave s.236).

Det er en forutsetning for å stadfeste forsett at gjerningspersonen regnet med muligheten av følgen. Dersom gjerningspersonen absolutt ikke tenkt seg muligheten av resultatet, foreligger det ikke forsett, men uaktsomhet. Andenæs (5. utgave) s.240.

B skyter med pistol mot A for å skremme og har vurdert situasjonen slik at han befinner seg så langt fra A, slik at det er umulig at skuddet vil treffe ham. I dette tilfelle foreligger det ikke dolus eventualis siden B ikke holdt skadefølgen for noen mulighet og kan dermed ikke ha tatt standpunkt til likevel å foreta handlingen selv om følgen skulle inntre. Hvis B skyter mot A kun for å skremme, men tror at det kan være en mulighet for at skuddet vil treffe A og likevel velger å handle, foreligger det dolus eventualis.

Det følger av Rt.2001 s.58 (s.62) dersom ”gjerningspersonen bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger for ikke å gå glipp av unnskyldningen ”god tro”, snakker man om bevisst uvitenhet. Bevisst uvitenhet er ikke alene tilstrekkelig til å konstatere forsett. For at en gjerningsperson som bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger, skal kunne dømmes for en forsettlig handling, må det finnes bevist at han har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge.”

På bakgrunn av det nevnte er det tilstrekkelig å slå fast forsett når vedkommende holdt det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og likevel velger å handle selv om handlingen skulle inntre. Det neste spørsmålet blir hvilke krav som stilles til mulighet? Hvor stor må muligheten være? Det er uklart akkurat hvor grensen går, men det vil avhenge av hvor nær eller fjern skadefølgen fremstod. Dersom skadefølgen fremstod som nær taler dette sterkere i retning av dolus eventualis. Dersom skadefølgen fremstod som fjern taler dette mindre for at vedkommende holdt skadefølgen som mulig, og likevel valgte å handle selv om følgen skulle inntre. Det fremstår som en mindre sannsynlighet for dolus eventualis når følgen er fjern.

4.5.5 Rimelig tvil i forhold til forsett

Spørsmålet er nå om det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder fullt ut når retten skal ta stilling til om det forelå forsett i gjerningsøyeblikket?

Forsett knytter seg til psykologiske kriterier om hva gjerningspersonen har forstått eller er tilsiktet. Skyldkravet forsett er et problematisk bevisstema ved at det er vanskelig å vite hva gjerningspersonen tenkte i gjerningsøyeblikket. Retten må dermed under bevisbedømmelsen trekke slutninger om det ut fra hva de vet om det ytre hendelsesforløpet. Bevisbedømmelsen kan altså få et sterkt preg av vurdering, jf Rt.2011 s.1104 avsnitt 12 og Rt.1999 s.220.

Retten tar dermed stilling til den tiltaltes atferd før, under og etter drapet for å tolke fram hva som kan ha vært vedkommendes intensjoner i gjerningsøyeblikket. Dersom gjerningspersonen kjøpte våpenet på forhånd og tok dette med seg til gjerningsplassen, kan dette gi en indikasjon på at drapet var planlagt.

Det følger av Høyesteretts praksis at det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder fullt ut og at retten ikke skal sondre mellom subjektive og objektive vilkår. (Rt.1978 s.884).

Det følger av avgjørelsen fra 1998 at det kan opereres med et mildere beviskrav for subjektiv skyld. Denne dommen synes derfor å stå i motstrid fra det som kan utledes fra avgjørelsen fra 1978 s.884.

Rt.1998-1945 (s.1947) ”Det er enighet i strafferettsteorien om at det ikke kan stilles de samme beviskrav med hensyn til alle straffbarhetsbetingelser. Det kan f. eks ikke stilles like strenge beviskrav til tilregnelighet og subjektiv skyld som når det er spørsmål om tiltalte har begått den handling det er tale om. ... Etter min oppfatning er det imidlertid viktig å understreke at det her tales om nyanser.”

Denne avgjørelsen gjaldt beviskravet for kvantum ved innførsel av narkotika. Høyesterett kom her med en generell uttalelse om beviskravet i tilknytning til de ulike straffbarhetsvilkårene. Prejudikatlæren bygger på den forutsetning om at en dom er prejudikat for den rettsoppfatningen som retten har bygget sitt resultat på. Denne generelle uttalelsen i avgjørelsen fra 1998 s.1945 var ikke nødvendig for å begrunne resultatet i saken, og har derfor mindre rettskildemessig vekt (prejudikatvirkning) ved vurderingen av beviskravet i forhold til forsett. Ordet prejudikat betyr at avgjørelsen skal følges i senere saker. En dom som ikke anses som prejudikat kan likevel få betydning for senere avgjørelser, men jeg legger til grunn at denne generelle uttalelsen ikke skal gjelde siden senere Høyesterettsavgjørelser og teoretikere har uttalt at det er det alminnelige strafferettslige beviskravet som gjelder ved spørsmålet om forsett.

Høyesterett uttaler i avgjørelsen Rt.2011 s.1104 "... gjelder det samme strenge beviskravet her som eller i strafferetten." I denne avgjørelsen drøftet Høyesterett om den nedre grensen for forsett var overskredet. (se nærmere om denne avgjørelsen under pkt.4.5.6)

Strandbakken nevner når det anføres i teorien at det kan anvendes et lavere beviskrav ved subjektiv skyld, at det synes som om det ikke sondres klart nok mellom utformingen av skyldkravet og beviskravet. Han mener at dersom vi aksepterer et lempet beviskrav, har man senket beviskravet i to omganger. Dette gjøres ved at det opereres med sannsynlighetsforsett og dolus eventualis, og deretter ved vurderingen av om skyldkravet er oppfylt. Strandbakken mener at det ikke er grunnlag for å operere med et svakere beviskrav for de subjektive vilkår for straff så langt det gjelder krav om forsett, jf Strandbakken (2003) s.396.

Andenæs mener at det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder ved alle straffbarhetsvilkårene, men at det ikke kreves samme form for visshet angående alle spørsmål retten står ovenfor, jf pkt.4.3. Når Andenæs sier at det "ikke kreves samme form for visshet," kan det hende han sikter til utformingen av skyldkravet.

Jeg legger til grunn på bakgrunn av rettspraksis og teori at det alminnelige beviskravet også gjelder i forhold til forsett, men at det på grunn av utformingen av forsettsformene ikke kreves like mye visshet før retten kan sies å være overbevist.

4.5.6 Eksempler på beviskravet i forhold til forsett

1. A skyter B med pistol i hodet slik at B dør som følger av skuddet. For at A skal dømmes for forsettlig drap, må retten være overbevist om at A holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at skuddet ville drepe B. Minstekravet er at retten må i hvert fall være overbevist om at A holdt det mulig at skuddet ville drepe B og aksepterte følgene (dødsfall), i sin bevissthet. Enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode. I dette tilfelle vil det være klart at A hadde som hensikt å drepe B, siden vedkommende valgte å skyte personen i hodet. (jeg legger til grunn at A siktet mot hodet).
2. A slår B hardt med et balltre slik at B faller i bakken og slår hodet. B reiser seg opp og forlater stedet. Noen timer senere dør B av indre blødninger i hodet. A hevder at hensikten ikke var å drepe, men kun å skade. I dette tilfelle må påtalemyndigheten bevise ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” for at As hensikt ikke var å skade, men å drepe. For å domfelle for forsettlige handling er det etter norsk rett ikke nødvendig at det foreligger hensikt. Det er tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsforsett. For at retten skal dømme A for forsettlig drap må de være overbevist om at A holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig at slaget med balltre ville få et slikt utfall, eller i hvert fall holdt følgene mulig i sin bevissthet og valgte å handle selv om følgen kunne inntre.

Beviskravet blir lempet i relasjon til sannsynlighetsforsett og *dolus eventualis*. Det skal mindre til for at retten kan sies å være overbevist når de skal ta standpunkt til om gjerningspersonen holdt det mer sannsynlig at offeret kom til å dø enn det motsatte. Ved å stadfeste *dolus eventualis* er det tilstrekkelig at følgen har fremstått som mulig. Når det gjelder hvilken grad av mulighet som kreves for følgens inntreden (*dolus eventualis*), synes kravet til mulighet på dette punkt å være relativt lavt ifølge teorien.

Hvis retten er i tvil om det foreligger enten hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett eller dolus eventualis, skal tvilen komme den tiltalte til gode.

I Rt.2011 s.1104 var det spørsmål om den nedre grensen for kravet til forsett for drapshandlingen var overskredet. En kvinne ble drept i det hun ble slengt av et bilpanser i fart under et forsøk på å hindre tyveri av bilen. Høyesterett kom fram til at lagmannsretten hadde lagt en riktig forståelse av forsettkravet til grunn.

Om kravet til forsett uttalte rettens leder i den protokollerte rettsbelæringen:

”Skyldkravet i vår sak er forsett. Det er altså ikke noe vilkår for å finne tiltalte skyldig, at han hadde til hensikt å drepe F. Så mye skyld kreves ikke. På den andre side er det ikke nok at han opptrådte grovt uaktsomt. Det kreves noe mer enn det. Vanligvis pleier man å si at tiltalte har opptrådt forsettlig i forhold til drapsbestemmelsen hvis han holdt det for overveiende sannsynlig at offeret kom til å bli drept. Overveiende sannsynlig – det betyr akkurat det: mer sannsynlig enn det motsatte. Det normale bevistemået er altså om tiltalte holdt det for overveiende sannsynlig - ,mest sannsynlig – at offeret kom til å bli drept.”

”Man kan ikke gå inn i hodet til en tiltalt og finne ut direkte hva han har tenkt. Vi er henvist til å trekke slutninger om det ut fra hva vi vet om det ytre hendelsesforløpet. Likevel gjelder det samme strenge beviskravet her som eller i strafferetten. For å kunne dømme, må man være sikker, så sikker som det i praksis er mulig å være ut fra det som skal bevises.” ”Rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.”

Hva som regnes som rimelig tvil, illustreres med eksempel i dommen:

”drap skjer ofte i affekt. I forbindelse med krangel, som kommer ut av kontroll. Underveis tar den ene fatt i noe tungt og hardt som han dunker i hodet på den andre; en øks eller lysestake eller ildrake – det som er for hånden. Hvis den som får øksen i hodet dør, skal det mye til å bli frifunnet for drap på grunn av tvil om forsettet. Det gjelder selv om det realistisk sett antagelig er all grunn til å tvile på at gjerningsmannen tenkte

noe klart om konsekvensene før han slo. Men det er ikke noe krav. Etter rettspraksis er det tilstrekkelig hvis man legger til grunn at tiltalte har hatt en slags sløret forestilling om konsekvensene.”

Rettens leder uttalte:

”Bevis for forsett er ført hvis man – etter å ha vurdert alle bevisene i sammenheng – kan si til seg selv: Når tiltalte har gjort sånn og sånn, i den og den situasjonen, må han nødvendigvis ha hatt i hvert fall en vag forestilling om at offeret mest sannsynlig ville omkomme. Omvendt er beviset ikke ført hvis man, etter en samvittighetsfull vurdering av bevisene må si til seg selv følgende: Selv om tiltalte har gjort sånn og sånn, i den og den situasjonen, kan man fortsatt ikke trygt se bort fra muligheten av at han ikke engang hadde en sløret forestilling om at offeret mest sannsynlig ville omkomme.”

Det er på bakgrunn av denne dommen tilstrekkelig å domfelle den mistenkte for forsettlig drap når vedkommende kun hadde en ”sløret forestilling om konsekvensene.” Dette tilsier at det ikke kreves like mye visshet om tankene til gjerningspersonen for likevel å kunne domfelle for forsettlig drap. Enhver rimelig og fornuftig tvil skal komme den tiltalte til gode, men det kreves ikke så mye for at retten skal være overbevist når det er tilstrekkelig å stadfeste forsett når det kun foreligger en ”sløret forestilling om konsekvensene.”

Vi kan si på en måte at beviskravet blir lempet, selv om det alminnelige beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” gjelder. Dersom det er tvil om gjerningspersonen hadde en ”sløret forestilling om konsekvensene”, skal tvilen komme den tiltalte til gode. Dette er i samsvar med det alminnelige beviskravet. På den andre siden så skal det vel ikke så mye visshet til for å være overbevist om at gjerningspersonen hadde en ”sløret forestilling om konsekvensene” når vedkommende har utført en voldshandling. Dermed kan vi si at beviskravet blir lempet. Det kreves at handlingen er noe mer enn grovt uaktsomt for å falle inn under kategorien forsett på bakgrunn av en ”sløret forestilling om konsekvensene.”

Retten må gjøre det klart og tydelig i domsgrunnen hvilken forsettsform de har bygd på. I Rt.2011 s.1217 kom Høyesterett fram til at lagmannsrettens domsgrunn etterlot tvil

om hvilken forsettsform de hadde bygd på, og det var dermed ikke mulig å etterprøve om lagrettens forståelse av skyldkravet var korrekt. Lagmannsrettens dom ble opphevet.

4.5.7 Overlegg

Overlegg innebærer at den straffbare handlingen er begått som resultat av en overveid beslutning. Impulshandlinger faller dermed utenfor § 233 annet ledd. Det er 2 grunnvilkår som må være oppfylt for å kunne konstatere overlegg. For det første må det ha vært tid og anledning til overveielse og for det andre må den tiltalte ha brukt tiden til å overveie.

Dersom gjerningspersonen hadde hatt tid og anledning til overveielse, foreligger det ikke overlegg dersom han faktisk ikke har overveid. Overlegg blir omtalt i teorien og praksis for en kvalifisert form for forsett, jf Svein Slettan og Toril Marie Øie "Forbrytelse og straff" (1997) s.190 og Johs Andenæs "Alminnelig strafferett" (5. utgave) s.242.

I Rt.1994 s.1294 la Høyesterett til grunn at det forelå overlagt drap ved å henvise til at drapet var planlagt og overveiet i atskillig tid før det ble begått.

Drapshandlingen må fremstå som resultatet av en på forhånd truffet klar beslutning. Det er ikke tilstrekkelig at det forelå forberedelse og planer. Det er et krav om at det må være fattet en fast beslutning om å utføre drapet, jf Rt.1959 s.991.

4.5.8 Rimelig tvil i forhold til overlegg

Dersom det foreligger tvil om overlegg, skal tvilen komme den tiltalte til gode. Når det er tvil om den tiltalte hadde tid og anledning til overveielse, skal konklusjonen bli at det ikke foreligger overlagt drap. Det samme gjelder når det foreligger tvil om den tiltalte hadde brukt tiden til å overveie.

I Rt.1948 s.1042 var det en vokter som hadde i lagmannsretten blitt dømt for forsøk på overlagt drap. Domfelte hadde etter instruks skutt uten varsel på fangen som reiste seg. Lagmannsretten konkluderte med at den domfelte hadde hatt tid til å overveie situasjonen, men retten sa ikke noe om hvorvidt han hadde overveiet. Dommen ble på bakgrunn av dette opphevet.

4.5.9 Uaktsomhet

Uaktsomhet foreligger når vedkommende har handlet i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, jf nye straffeloven av 2005, § 23. Aktsomhetsvurderingen må foretas ut fra en helhetsbedømmelse, jf f. eks. Rt.1993 s.605 (s.609).

Når retten skal ta stilling til om gjerningspersonen har handlet uaktsomt, skal det foretas en objektiv vurdering. Det skal objektivt tas stilling til om vedkommende har opptrådt som en kyndig og omtenkssom person ville ha gjort. Uaktsomheten bestemmes ved sammenlikning med en norm for riktig opptreden. Den som etter en alminnelig fornuftig dom opptrer forsvarlig, gjør seg ikke skyldig i noen uaktsomhet, jf Johs Andenæs "Alminnelig strafferett" (5. utgave) s.243 og s.245.

I Rt.1995 s.1483 må det ved aktsomhetsvurderingen tas stilling til hvilket krav lovgiveren har ment å stille til en forsvarlig opptreden i tilknytning til den interessen som det aktuelle straffebudet tar sikte på å beskytte. Det blir stilt forskjellige krav til hva som er forsvarlig i ulike situasjoner, jf også Rt.1997 s.1800.

Det vil foreligge uaktsomhet i forhold til strl.§ 239 i tilfeller hvor fører har vist en "mangel på aktsomhet i en situasjon som påkaller en særlig aktpågivenhet, som for eksempel passering av fotgjengerfelt, buss som har stanset på holdeplass, små barn i vegbanen". Se Rt.2008 s.1258 (avsnitt 11) med henvisning til Rt.2008 s.620.

Det følger av praksis og teori ulike grader av uaktsomhet som er inndelt slik:

- Grov uaktsomhet
- Simpel uaktsomhet
- Culpa levisissima (minste form for uaktsomhet)

4.5.10 Grov uaktsomhet

Grov uaktsomhet foreligger når handlingen kan karakteriseres for å være ”kvalifisert klanderverdig som foranlediger sterke bearbeidelser for mangel på aktsomhet.” Det må foreligge en kritikkverdig handling, altså kvalifisert uaktsomhet, jf Rt.1970 s.1235 (s.1238) og Rt.1983 s.1222 (s.1223).

I Rt.1972 s.289 kjørte domfelte forbi fornærmede i ganske stor fart og så nær som mulig for å gi fornærmede en ”lærepenge.” Den domfelte traff fornærmede med bilen som førte til at personen døde. Påkjøringen skyldes en feilberegning fra domfeltes side fordi han ønsket å passere nær opp til fornærmede. Høyesterett fant denne uaktsomheten for å være av meget grov karakter.

I Rt.1990 s.1270 ble en mann dømt for uaktsomt drap etter strl.§ 239. Den domfelte slo fornærmede 15-20 harde slag mot hodet. Da fornærmede lå bevisstløs på gulvet tok domfelte en støvsuger og presset dette med svært stor kraft inn i fornærmedes endetarm, slik at det oppstod 22 cm lang sårkanal fra endetarmsåpningen, gjennom blærhalskjertel og urinrør, som derved ble totalt overrevet, og fram til baksiden av fremre bukvegg. Fornærmede døde av hjerneskader. Høyesterett fant dette tilfelle for å være meget grovt tilfelle av uaktsomhet som lå nær opp til forsettlig drap. (Se s.1273 i dommen).

4.5.11 Rimelig tvil i forhold til grov uaktsomhet

Dommeren skal ta stilling til om den tiltalte har handlet i strid med de krav som må stilles til forsvarlig opptreden på området, vurdert ut fra hans personlige forutsetninger.

Det er faktum som er fundamentet i vurderingen. Det relevante faktum som har betydning for uaktsomhetsvurderingen må være bevist ”ut over rimelig tvil.” Strandbakken (2003) s.398.

Retten må for det første være overbevist om at den tiltalte handlet i strid med kravet til forsvarlig opptreden, og for det andre må retten være overbevist om at vedkommende ut fra sine personlige forutsetninger kan bearbeides.

Retten må være sikker utover enhver rimelig og fornuftig tvil for at det foreligger en handling som er ”kvalifisert klanderverdig som foranlediger sterke bearbeidelser for mangel på aktsomhet.” Retten må altså være sikker på at den tiltalte har utført en meget grov handling som vedkommende kan klandres for. I grensetilfeller hvor retten er usikker på om handlingen skal kvalifiseres for å være grov uaktsom eller forsettlig, skal tvilen komme den tiltalte til gode. Dette innebærer at den tiltalte ikke dømmes for forsettlig drap, men heller for uaktsomt drap.

4.5.12 Simpel uaktsomhet

Det følger både av teori og praksis at simpel uaktsomhet foreligger når personen burde forstå at følgene kunne inntre. Følgene menes i dette tilfelle dødsfall. Det er et krav om årsakssammenheng mellom den uforsvarlige handlingen og følgen. Det må altså foreligge uaktsomhet som også omfatter dødsfallet. Gjerningspersonen ”burde ha forstått at dødsfølgen kunne inntre, og derfor kan bebreides for at han handlet som han gjorde”, jf Rt.2009 s.299 (avsnitt 22).

Det følger av Rt.1963 s.744 at for å domfelle etter § 239 uaktsom kjøring, må det kreves noe mer enn uforsiktig kjøring. Det må kunne tilregnes bilføreren som uaktsomhet ”at han ikke regnet med den mulighet at kjøringen kunne føre til dødsulykke.”

Strl.§ 239 får også anvendelse hvor uaktsomheten ikke er særlig grov, altså ved simpel uaktsom, jf Rt.1963 s.744 (s.745), og Rt.1960 s.1368. Dette innebærer at det ikke har noen betydning å skille mellom simpel og grov uaktsomhet når det gjelder spørsmål om den tiltalte har utvist tilstrekkelig skyld. Tvil om handlingen skal kvalifiseres som grov

uaktsom fører ikke til frifinnelse, så lenge det i hvert fall foreligger simpel uaktsomhet. Om handlingen er grov eller simpel uaktsomt får betydning for straffeutmålingen.

4.5.13 Rimelig tvil i forhold til simpel uaktsomhet

Dommerne må ta stilling til hva som ville ha vært en forsvarlig opptreden under hendelsesforløpet. Det må foretas en objektiv vurdering av hvordan personen burde ha opptrådt. Har personen handlet forsvarlig, foreligger det naturligvis ikke uaktsomhet. Det er i dette tilfelle tilstrekkelig å vurdere hvilke forestillinger han burde hatt, og om han ut fra sine forutsetninger derfor burde handlet annerledes.

Ved en unormal situasjon har Høyesterett fastslått at man må være tilbakeholden med å konstatere straffbar uaktsomhet når det foretas uriktige valg, når personen ”utvilsomt” gjorde det han i øyeblikket fant riktig, jf Rt.1993 s.605. Hvis retten er usikker på om personen gjorde det han ”utvilsomt” fant riktig skal tvilen komme den tiltalte til gode slik at det ikke foreligger uaktsomhet.

Hvis det foreligger tvil om handlingen kan kvalifiseres som simpel uaktsomhet, skal tvilen komme den tiltalte til gode, slik at personen blir frikjent.

Domstolen må være overbevist om at personen ”burde” forstå at følgene (dødsfallet) kunne inntre. Ordlyden ”burde” tilsier her at det ikke kreves like mye visshet for at retten kan sies å være overbevist om at det foreligger simpel uaktsomhet. Dette innebærer at det er lettere å bli dømt for uaktsomt drap enn for forsettlig drap ved at det ikke kreves like mye visshet for å stadfeste simpel uaktsomhet og ved at vurderingen er objektiv.

4.5.14 Culpa Levissima

Det er tilstrekkelig å fastslå culpa levissima dersom personen kunne ha innsett muligheten av følgene. Straffeloven § 43 regulerer at straffen kan heves når det

foreligger culpa levissima. Denne formen for uaktsomhet foreligger i tilfeller av legemsfornærmelse med døden til følge. Culpa levissima er ikke et vilkår for straff etter strl.§ 239.

Det kan forekomme tilfeller hvor det er tvil om gjerningspersonens handling kan kvalifiseres som uaktsom som faller inn under strl.§ 239 eller som en legemsfornærmelse/ legemsbeskadigelse med døden til følge strl. §§ 228 og 229. Det er en forutsetning for å straffe etter §§ 228 annet ledd og 229 at den mistenkte kunne ha innsett muligheten for at fornærmede ville dø eller unnlot å avverge fornærmedes død etter at gjerningspersonen ble oppmerksom på faren. Det er et krav om at følgen ikke må skyldes et helt upåregnelig forhold. Dersom det foreligger tvil om årsakssammenhengen mellom legemsfornærmelsen/ legemsbeskadigelsen og følgen, skal tvilen komme den tiltalte til gode, jf Rt.1980 s.17.

4.5.15 Tilregnelighet

En forutsetning for å kunne straffe den mistenkte er at vedkommende var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Straffeloven § 44 og § 46 nevner at det foreligger utilregnelighet når vedkommende var psykotisk, bevisstløs, psykisk utviklingshemmet i høy grad, og under 15 år.

Psykose vil være en medisinsk diagnose. Dermed får uttalelser fra de sakkyndige ofte avgjørende betydning når retten skal avgjøre om personen var psykotisk i gjerningsøyeblikket. Det skal ikke tas stilling til om det er noen sammenheng mellom sykdommen og den straffbare handlingen, jf Rt.2008 s.549 (avsnitt 47).

Bevisstløs kan f. eks være at vedkommende foreta en straffbar handling i søvne eller i hypnotisk tilstand.

Det blir sett på som urettferdig å straffe en person for handlinger som er begått under innflytelse av sykdom eller bevissthetsforstyrrelser. En syk person er ikke ansvarlig for sine handlinger, slik som en frisk person. Dermed har en utilregnelig person ikke skyldene, jf John Andenæs "Alminnelig straffrett" (5. utgave) s.291-292

4.5.16 Rimelig tvil i forhold til tilregnelighet

Når påtalemyndigheten skal bevise at den tiltalte var tilregnelig i gjerningsøyeblikket følger det av praksis at beviskravet ikke gjelder like sterkt.

I Rt.1979 s.143 (s.147 i dommen) gav Høyesterett uttrykk for:

”Det er ikke gitt og kan vanskelig gis lovregler om hvilke krav til bevis som må stilles når det i en straffesak blir reist spørsmål om tiltaltes tilregnelighet på gjerningstiden. En presis formulering av beviskravet kan heller ikke utledes av rettspraksis. Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handlingen som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig. Noen presis formulering av beviskravet kan som nevnt ikke utledes av loven eller praksis. Lagretten må i tilfelle i den enkelte sak vurdere om det foreligger slik tvil om tilregnelighet at skyldspørsmålet bør besvares med nei. Ved denne vurderingen må det etter min mening først og fremst legges vekt på hva de rettspsykiatriske sakkyndige har uttalt, ikke bare i den rettspsykiatriske erklærings konklusjon, men også i premissene for denne konklusjon, og i de sakkyndiges muntlige forklaring under hovedforhandlingen.”

Senere sak fra Rt.2003 s.23 var det spørsmål om det var stilt for små krav til bevis for at domfelte var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Høyesteretts kjennelse henviser til avgjørelsen fra 1979 s.143 (se ovenfor) og gav uttrykk for:

”Jeg kan ikke se at lagmannsretten har bygd på noen uriktig forståelse av bevisreglene ved bedømmelsen av om A var tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Retten har tatt utgangspunkt i dommen i Rt.1979-143. På grunnlag av de sakkyndiges rettspsykiatriske erklæring, deres forklaringer lagmannsretten og øvrige bevisførsel har retten etter en

grundig drøftelse av As tilregnelighet med tilstrekkelig grad av sikkerhet funnet at hun ikke var psykotisk på gjerningstidspunktet.”

De nevnte avgjørelsene viser at det ikke er noe krav om at tilregnelighet er bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil, men jeg slår fast at det må i hvert fall kreves mer enn ren sannsynlighetsovervekt for tilregnelighet.

Avgjørelsene representerer et unntak fra det alminnelige beviskravet som er et grunnleggende prinsipp.

4.5.16.1 Psykotisk og utviklingshemmet i høy grad

Påtalemyndigheten skal bevise ”ikke psykotisk” i gjerningsøyeblikket, eventuelt ”ikke utviklingshemmet i høy grad.” Psykose og utviklingshemmet i høy grad på gjerningstidspunktet er en absolutt straffrihetsgrunn.

Jeg kan på bakgrunn av de nevnte avgjørelsene ovenfor (pkt.4.5.16) konkludere med at det foreligger nok så sikker lære om et lavere beviskrav når det er den tiltalte som ønsker å bli ansett som utilregnelig. Strandbakken nevner også at det i forhold til tiltaltes sinnstilstand er rom for større usikkerhet før tvilen klassifiseres som ”rimelig.” (Strandbakken (2003) s.407).

Det som er uklart og som ikke følger klart av rettstilstanden er nøyaktig hvor grensen går for hvor mye tvil som skal tillates. Det er også uklart hvordan tvilen skal komme den tiltalte til gode.

Aslak Syse stiller spørsmål: Dersom man legger et annet beviskrav til grunn – hvem skal risikoen gå ut over, staten eller tiltalte? Syse viser til at fagmiljøet har ulike meninger om dette. Kristian Andenæs gir uttrykk for at det har vært en tendens i norsk

rett til og helle mot tvungen psykisk helsevern i tvilstilfeller, jf www.nrk.no/227/dag/tror-22juli-saken-ender-jussen-1.8179775

Hvordan er situasjonen når den tiltalte ønsker å bli ansett som tilregnelig? Det foreligger ikke noen "sikker rett" om hvordan bevissituasjonen skal vurderes når den tiltalte ønsker å bli ansett som tilregnelig, og hvilken vekt man ved en slik vurdering av bevisbyrderegelen skal legge på tiltaltes eget standpunkt, se merknad i straffeloven av 1902 § 44 (lovdata.no).

I Agder lagmannsrett 2009-89796 ønsket den tiltalte å bli ansett som tilregnelig. Forsvareren anførte at det "foreligger rimelig og fornuftig tvil om siktede var strafferettslig tilregnelig," og bevisbyrdereglene må komme den tiltalte til gode, slik at han ved relevant tvil anses tilregnelig. Lagmannsretten drøfter ikke nærmere spørsmålet om bevisbyrderegelen siden retten fant det "utvilsomt" at den siktede var psykotisk i straffelovens forstand.

Det har været mye diskusjon rundt terrorsaken som blir kalt 22.juli saken, om den ville komme med en klar rettsstilstand for hvilket beviskrav som skal gjelde for å anse en person psykotisk og om hvordan tvilen skal komme den tiltalte til gode. Syse uttrykker at svarene Oslo tingrett vil komme med i 22.juli saken, ikke vil få noen særlig tyngde for ettertiden i andre saker. Han viser til at spørsmålet må bringes inn for Høyesterett. Se www.nrk.no/227/dag/tror-22juli-saken-ender-jussen-1.8179775

Det er Høyesterettsprejudikater som har størst betydning for senere saker. Underordnede domstoler som f.eks. tingretten har mye mindre vekt enn Høyesterettsavgjørelser. Det er dette Syse sikter til når han sier at spørsmålet må bringes inn for Høyesterett.

TOSLO-2011-188627-24 (22.juli saken) ønsket den tiltalte (Breivik) selv å bli kjent tilregnelig. Forsvareren anførte at beviskravet måtte senkes ned mot sannsynlighetsovervekt i slike tilfeller. Retten avviste dette og gav uttrykk for:

”Retten har vanskelig for å se at det ved håndhevelsen av et pønalt sanksjonssystem kan legges vekt på tiltaltes eget ønske vedrørende skyldspørsmålet. Likhet for loven er et grunnleggende prinsipp i strafferettspleien, og rettsanvendelsen bør ikke være avhengig av slike subjektive forhold.”

Tingrettens drøftelse av hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for å stadfeste tilregnelighet, tar de bl.a. utgangspunkt i avgjørelsene fra Rt.1979 s.143 og 2003 s.23 (se disse avgjørelsene i pkt.4.5.16). Avslutningsvis i pkt.6.1 i dommen nevner retten at den ikke finner det nødvendig å ta stilling til om beviskravet skal senkes ekstra i de tilfeller der det er aktuelt med overføring til tvungent psykisk helsevern. Retten uttrykker videre at uansett så er beviskravet for tilregnelighet, slik det er formulert i Rt.2003 s.23 oppfylt.

Retten anvender det alminnelige strafferettslige beviskravet i sin konklusjon av tilregnelighetsspørsmålet (pkt.6.8 i dommen), ved at retten formulerer seg slik:

”Etter en samlet vurdering finner retten det bevist ut over rimelig tvil at tiltalte ikke var psykotisk på gjerningstidspunktet.”

Jeg kan ikke se at 22.juli saken har kommet med noe nytt angående spørsmålet om beviskravet i forhold til tilregnelighet.

De sakkyndige og dommerne opererer med et ulikt beviskrav, hvilke konsekvenser får dette for avgjørelsen av tilregnelighetsspørsmålet?

Når de sakkyndige er usikre på om gjerningspersonen var psykotisk i gjerningsøyeblikket, skal de konkludere med at personen ikke var psykotisk. Retten må

frifinne dersom tilfelle er tvilsomt, noe som er i samsvar med det alminnelige strafferettslige beviskravet, jf Rt.2008 s.549. Dette innebærer at dersom de sakkyndiges konklusjon er, ikke psykotisk på bakgrunn av tvil, skal retten se bort ifra konklusjonen, slik at vedkommende blir frikjent. I de tilfeller hvor de rettspsykiatriske sakkyndige kommer til forskjellig konklusjon, må tiltalte frifinnes for straff med mindre retten skulle finne at det ikke kan være noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig på gjerningstidspunktet, jf Rt.1979 s.143 og TOSLO-2011-188627-24 (22.juli saken).

4.5.16.2 Bevisstløshet

Påtalemyndigheten skal bevise ikke bevisstløshet i gjerningsøyeblikket.

Strandbakken viser til at så lenge den objektive handlingen er bevist, vil en dom som uriktig legger til grunn at tiltalte ikke var bevisstløs, ikke krenke rettsfølelsen på samme måte som om gjerningspersonen ikke hadde noen tilknytning til handlingen. Det vil i praksis være vanskelig å motbevise en påstand om at tiltalte var bevisstløs.

I tilfeller hvor gjerningspersonen var bevisstløs, kan det etter omstendighetene være grunnlag for å idømme tvungent psykisk helsevern etter strl.§ 39. Dette blir særlig aktuelt i de tilfeller hvor gjerningspersonen har begått et drap. Strandbakken mener dermed at det ikke vil ha noen store samfunnskadelige konsekvenser å operere med et strengt beviskrav siden man da kan få den tiltalte innlagt på tvungent psykisk helsevern. Han mener derfor at det strenge strafferettslige beviskravet bør legges til grunn i forhold til spørsmålet om gjerningspersonen var bevisstløs, jf Strandbakken (2003) s.412-413.

Hvis det foreligger rimelig tvil om gjerningspersonen var bevisstløs i gjerningsøyeblikket, skal retten frifinne på bakgrunn av denne tvilen.

4.5.16.3 Mindreårig

Påtalemyndigheten skal bevise ikke mindreårig i gjerningsøyeblikket.

Påtalemyndigheten kan som regel slå opp i offentlige register for å finne ut når siktede ble født. Det vil normalt ikke oppstå noen særlige bevisproblemer på dette punkt. Det kan oppstå problem når vedkommende er født i utlandet. Spørsmålet blir nå om det alminnelige beviskravet gjelder når påtalemyndigheten skal bevise at den tiltalte var over den kriminelle lavalderen da den straffbare handlingen ble begått.

I praksis skal det en del til for at frifinnelse skjer på et slikt grunnlag (mindreårig), jf NOU-1983-57.

Strandbakken viser til at dersom de objektive og de øvrige subjektive vilkår utvilsomt er oppfylt, kan det argumenteres for at det ikke er noe alvorlig anslag mot rettsfølelsen om man skulle komme i skade for å dømme en person som var under 15 år på gjerningstidspunktet. Den tiltalte blir ikke dømt for en handling han ikke har begått. Han viser videre til at en uriktig frifinnende dom vil ikke representere noe stort tap for strafferettsapparatets effektivitet. Når en person er under 15 år og foretar en straffbar handling, kan retten sette inn tiltak etter barneloven.

Strandbakken påpeker at det ikke foreligger noen spesielle forhold som gjør det vanskelig å oppfylle det strenge strafferettslige beviskravet. Om det foreligger kriminell lavalder eller ikke kan som regel dokumenteres gjennom fremleggelse av et offentlig dokument. Han mener derfor at det ikke foreligger tilstrekkelig grunn til å fravike det strafferettslige beviskravet. Rimelig tvil om at tiltalte har fylt 15 år, må derfor medføre frifinnelse, jf Strandbakken (2003) s.401-402.

4.5.17 Selvforskyldt rus

Tiltalte er ikke utilregnelig ved selvforskyldt rus. Det følger av Rt.2008 s.549 (avsnitt 46) at ”psykose som er fremkalt ved selvforskyldt rus, og som vil forsvinne etter at den toksiske virkningen er opphørt, ikke skal anses som en straffriende psykose i § 44

förstand.” Det er lovfestet i strl.§ 45 at bevisstløshet som er følge av selvforskyldt rus, utelukker ikke straff.

Når det foreligger selvforskyldt rus, skal personen dømmes som om vedkommende var edru. Det er dermed ikke mulig å skyldes sine handlinger på rusen. Dette følger av strl.§ 42 tredje ledd, jf § 40

«Rus» vil si at vedkommende har mistet den fulle kontrollen over seg selv, jf Rt.1983 s.202.

«Selvforskyldt» tilsier at man kan legge gjerningspersonen til last for å ha mistet den fulle kontrollen over seg selv. Ordlyden ”fulle” tilsier at det ikke skal så mye til for at det skal foreligge selvforskyldt rus. Det er altså et krav om å ha mistet den ”fulle kontroll” og ikke et krav om å ha mistet all kontroll over seg selv.

Dersom en person drikker veldig mye alkohol på en fest slik at vedkommende ikke husker noe av hendelsesforløpet, kan han likevel straffes på bakgrunn av at personen selv har skylden for beruselsen. Når en person av egen fri vilje inntar alkohol, røyker hasj osv. kan han lastes for å ha mistet den fulle kontrollen over seg. Når det foreligger atypisk rus, altså en unormal reaksjon på et inntak av et rusmiddel er denne ikke selvforskyldt. Det vil i praksis kreves særlige holdepunkter for å legge til grunn at rusen var uforskyldt.

Det er tilstrekkelig at rusen er selvforskyldt, det spiller ingen rolle om tiltalte ikke hadde noe grunn til å regne med at han skulle bli bevisstløs, jf Rt.1982 s.39, 1983 s.1115, Rt.1962 s.588.

I Rt.1962 s.588 ble beruselsen ansett for å være selvforskyldt selv om vedkommende ikke hadde grunn til å vente noen slik reaksjon. Det var utvilsomt at alkoholen var den utløsende årsak til bevisstløsheten.

Tvil om hvordan gjerningspersonen som edru ville ha oppfattet situasjonen, skal komme den tiltalte til gode.

4.6 Medvirkning: (skyldspørsmål)

Jeg har valgt å si noe om medvirkningsansvaret, selv om dette ikke er oppgavens hovedtema. Dette har jeg valgt å gjøre for sammenhengens skyld. Min fremstilling av medvirkningsansvaret vil dermed være meget overfladisk.

Det følger uttrykkelig av bestemmelsen i § 233 at medvirkning til forsettlig drap straffes. Medvirkning vil si at vedkommende har samarbeidet, deltatt i planleggingen eller utførelsen av drapshandlingen. Andenæs anvender uttrykket "samvirke." (John Andenæs "Alminnelig strafferett" 5.utgave s.323).

Det følger av høyesterett at det foreligger medvirkning når vedkommende har "solidariser seg" med gjerningspersonen.

Strl.§ 239 nevner ikke uttrykkelig at medvirkning til uaktsomt drap straffes. Det følger av Rt.1936 s. 612 at dersom lovbruddets egen beskrivelse av gjerningsinnholdet er så generelt formet at loven etter en naturlig tolkning omfatter handlingen også når denne språklig ville betegnes som medvirkning, blir vedkommende å straffe etter bestemmelsen. "Forvolder en annens død" er meget generelt utformet. På bakgrunn av avgjørelsen fra 1936 er det temmelig klart at medvirkning omfattes av § 239. Når medvirkning ikke er uttrykkelig nevnt i straffebudet skal det foretas en ordinær tilnærming om den objektive gjerningsbeskrivelsen er oppfylt. Det blir dermed ikke spørsmål om den mistenkte har medvirket til drap, men heller om den tiltaltes handling har "forvoldt" en annens død.

Når det gjelder rekkevidden av strl.§ 239 er det mulig å se hen til Rt.1974 s.382. Høyesterett fant det klart at når det foreligger en "fellesaksjon på planmessig måte" som fører til drap, har alle som deltok i planenes utforming også "forvoldt" en annens død. Det er tilstrekkelig at C har vært med på planlegging av en handling som ledet til at B døde, for å ha "forvoldt en andens død." Påtalemyndigheten kan i et slikt tilfelle velge om de skal ta ut tiltale mot C for medvirning til drap etter § 233 eller for uaktsomt drap etter § 239.

Viss det ikke foreligger en ”fellesaksjon på planmessig måte” vil det trolig nok ikke være et medvirkningsansvar i henhold til § 239.

Det følger av den nye straffeloven av 2005 § 15 at straffebed vil også ramme den som medvirker til overtredelsen, når ikke annet er bestemt. Når denne loven trer i kraft vil det være lovfestet at medvirkning også gjelder for overtredelse av § 239.

4.6.1 Hvilke handlinger kan utløse et medvirkningsansvar?

Det foreligger medvirkning når vedkommende har ”solidarisert seg” med gjerningspersonen. Det blir et spørsmål om vedkommende har solidarisert seg med hovedpersonens (drapspersonen) handling som førte til et menneskes død. Det kreves ”positiv tilskyndelse” som er hovedregelen for at det skal foreligge et medvirkningsansvar. ”Tilskyndelse” vil si at vedkommende har oppfordret til den straffbare handlingen eller på en eller annen måte hjulpet aktivt i planleggingen og/ eller utførelsen. Medvirkning kan bestå i å gi gode råd, skaffe våpen, holde vakt, holde offeret nede, gi tilgang til gjerningsplassen.

Rt.1947 s.742. Ved deltakelse i eksekusjon av norske patrioter var det en av deltakerne som ikke deltok i skytningen, fordi han unnlot å avfyre geværet. Han ble likevel dømt for medvirkning til drap i henhold til strl.§ 233. Høyesterett mente at han hadde opptrådt slik at han utad stilte seg solidarisk med dem som skjøt og derved styrket disse i deres forsett.

En person har altså ”solidarisert seg” når deres opptreden er egnet til å styrke gjerningspersonen i hans forsett.

Det kreves ikke at medvirkning har vært nødvendig for resultatet, jf Rt.1989 s.1004. Det kreves dermed ikke årsakssammenheng mellom medvirkningen og lovbruddet. Dersom gjerningspersonen likevel ville ha utført drapet uten medvirkeren, vil medvirkeren likevel kunne straffes. Det samme gjelder dersom medvirkeren gir råd angående

planleggingen av drapet som viser seg å være uheldig. Medvirkeren blir ikke fritatt for straff fordi rådet viste seg å være dårlig, jf John Andenæs "Alminnelig strafferett" (5.utgave) s.327.

En passiv, interessert tilskuer utløser ikke et medvirkningsansvar, jf John Andenæs (5.utgave) s.327.

Passiv medvirkning kan som regel kun straffes når personen har en aktiv plikt til å gripe inn. Når to personer sammen har planlagt å utføre f. eks en voldshandling, vil det være en plikt for medvirkeren til å gripe inn/ avbryte handlingen der gjerningspersonen går lengre enn det som først er tenkt, dersom medvirkeren vil unngå å bli ansvarlig for handlingen fullt ut. Dette forutsetter at det var tid og mulighet for medvirkeren til å gripe inn. Se Rt.2010 s.1630 (avsnitt 26, 27).

I Rt.2002 s.1717 (Orderudsaken) hadde den tiltalte etter å ha overlevert to pistoler, fått en plikt til å handle. "Unnlåtelsen av å oppfylle denne handlingsplikten ble ansett straffbar etter § 233, da tiltalte ikke gjorde noe for å avverge den faren hun hadde bidratt til å skape." Det ble lagt til grunn at hun regnet det som overveiende sannsynlig at drapsplanene var alvorlig ment, og at drapet ville bli gjennomført med de pistolene hun hadde overlevert.

Det følger altså klart av praksis og teori at vedkommende må ha en handleplikt til å avverge faren for å bli straffedømt for passiv medvirkning.

Det er kun handlinger som er begått før eller samtidig med den kriminelle handlingen som er å anses som medvirkning. Dersom vedkommende hjelper gjerningspersonen etter at fullbyrdet drap har funnet sted, kan likevel alltid straffes som medvirkning til overlatt drap når hjelpen er avtalt på forhånd.

Rt.1995 s.1228 (s.1231) (Andrawessaken) Høyesterett gir uttrykk for at medvirkningsansvaret etter § 233, er at de som deltar i flykapring skal ha et medvirkningsansvar for drap som skjer under kapringen med mindre det foreligger spesielle omstendigheter som peker i motsatt retning. "Den enkelte deltaker kan ikke

fralægge seg sitt ansvar ved å underordne seg en leder, som har absolutt kommandomyndighet.”

Denne avgjørelsen viser at det er tilstrekkelig å delta i flykapring av en viss alvorlig karakter (med våpen, trusler) for å utløse et medvirkningsansvar i henhold til § 233, selv om det ikke var planlagt å drepe noen under flykapringen.

Rt.1948 s.957 var det spørsmål om fritak for straff til medvirkning for overlagt drap i henhold til strl.§ 233 annet ledd på grunn av tvang. Høyesterett var enig i at den tiltalte var utsatt for en ”overordentlig sterk tvang”, men mente likevel at tvangen ikke var så sterk at det kunne lede til frifinnelse. Tvangen ville kun få betydning for straffeutmålingen.

Skyldkravet må også være oppfylt for å stadfeste medvirkning. (Se punkt 4.5).

I Rt.1949 s.868 ble lagmannsrettens dom for medvirkning til drap på en fange opphevet fordi det ikke klart fremgikk om det forelå forsettlig medvirkning.

4.7 Beviskravet i forhold til medvirkning

Problemstilling blir nå om det alminnelige beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” gjelder i forhold til medvirkning? Det sentrale blir nå å se hen til hvor mye sannsynlighet som kreves for å stadfeste medvirkningsansvar.

Slettan og Øie gir uttrykk for at det vanligvis skal mindre til for at en person har medvirket til en handling, enn at han selv har begått handlingen. De henviser også til Andenæs som har gitt uttrykk for at det er tilstrekkelig at personen på en eller annen måte har vært med på forberedelsen til lovbruddet eller på selve utførelsen av det, jf Svein Slettan og Toril Marie Øie ”Forbrytelse og straff” (1997) pkt.4.3.2.

Vil dette si at det stilles et svakere beviskrav for å avgjøre om det foreligger medvirkning, eller skal påtalemyndigheten bevise «utover enhver rimelig og fornuftig tvil» at den tiltalte medvirket til drapet?

I Rt.1995 s.1228 (s.1230) stiller Høyestrett spørsmål om A med ”skjellig grunn” kan mistenkes for medvirkning til drapet på flykaptein B. Lengre ned på side 1231 gir Høyesterett uttrykk for at både i forhold til sakens rettslige og bevismessige spørsmål er det tilstrekkelig at det foreligger ”skjellig grunn” til mistanke. Beviskravet blir ikke formulert slik at det må bevises ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil.”

Formuleringen ”skjellig grunn” blir også anvendt i straffeprosesslovens del om bruk av tvangsmiddel, se strpl.§ 171. Det følger av avgjørelsen fra 1995 s.1228 at begrepet ”skjellig grunn” angående medvirkning skal tillegges det samme innhold som følger av strpl.§ 171.

Den naturlige forståelsen av begrepet ”skjellig grunn” tilsier at det må foreligge en rimelig grunn. Det må foreligge en velbegrunnet grunn. Det følger av Rt.1993 s.1302 (1303) at det er tilstrekkelig å stadfeste ”Skjellig grunn” når det foreligger sannsynlighetsovervekt for skyld. Dette innebærer at retten kan dømme vedkommende for medvirkning til drap når det er mer sannsynlig at den tiltalte har medvirket enn at

han ikke har det. Det alminnelige strafferettslige beviskravet bevist "utover enhver rimelig og fornuftig tvil" kommer ikke til anvendelse ved spørsmål som gjelder medvirkning til drap. Det er et lavere beviskrav i slike tilfeller i form av sannsynlighetsovervekt. Sannsynlighetsovervekt for å avgjøre om det foreligger medvirkning vises i flere avgjørelser, se Rt.2001 s.237.

I Rt.2001 s.237 (s.240) er det mulig å se formuleringen, "det er sannsynlighetsovervekt for at deres deltakelse i prosessen var så aktiv at de har tilskyndet forfølgelsen og dermed overskredet grensen for psykisk medvirkning."

Hvis det foreligger tvil om det er mer sannsynlig for at den tiltalte har medvirket enn at han ikke har det, skal tvilen komme den tiltalte til gode.

Det kreves på bakgrunn av beviskravet "skjellig grunn" ikke like mye krav til visshet for å være overbevist om at det foreligger medvirkning enn for at gjerningspersonen har utført drapet. Når beviskravet er strengere for å dømme den tiltalte (hovedmann) for fullbyrdet drap enn for å dømme hjelperen for medvirkning til drap, kan det føre til en situasjon hvor hovedmannen blir frifunnet på bakgrunn av "rimelig og fornuftig tvil." Hvordan blir situasjonen da for medvirkeren? Kan hjelperen likevel straffes for medvirkning til drap når hovedmannen blir frifunnet for drapet?

Andenæs mener at hjelperen kan straffes for forsøk på medvirkning selv om hovedmannen går fri. Han drøfter stillingen hvor hovedmannen går fri på grunn av at vedkommende fremdeles befinner seg på det straffefrie forberedelsesstadiet. Medhjelperen må ha gjort sin innsats for at det skal foreligge et medvirkningsansvar. Andenæs anfører at utgangspunktet i straffeloven av 1902 er slik at hver enkelt deltaker bedømmes bare etter sitt eget forhold til det rettsbrudd som han har medvirket til. Andenæs begrunner dette ut ifra at alle deltakere straffes direkte etter de enkelte straffebud uten at loven gir anvisning på at de skal behandles forskjellig. Andenæs drøfter ikke spørsmålet angående medvirkerens situasjon i tilfeller hvor vi står ovenfor et fullbyrdet drap hvor hovedmannen går fri på grunn av utilstrekkelig bevis. (John Andenæs "Alminnelig strafferett" 5. utgave s.338).

Det kan foreligge en situasjon hvor B har skaffet våpen til A med viten om at A skal bruke dette våpenet til å drepe C. A ombestemmer seg etter at dette våpenet er blitt overlevert til ham. A befinner seg fremdeles på straffri forberedelsesstadiet og kan dermed ikke straffes. B kan derimot straffes for sin handling siden vedkommende har gjort sin innsats som var å skaffe våpen. Dette er i samsvar med det Andenæs nevner ovenfor.

Dersom A i det overnevnte eksempel dreper C, men A går fri på grunn av at politiet ikke klarer å knytte drapsvåpenet til ham, altså A blir erklært uskyldig på grunn av utilstrekkelig bevis. Politiet klarer å knytte våpenet til B og B velger dermed å innrømme sitt medvirkningsansvar, men nekter å si til hvem han skaffet våpenet til. B har et solid alibi på tidspunktet for drapet, så politiet er sikker på at han ikke utførte drapet. B kan likevel straffes for medvirkning til drapet i en slik situasjon selv om hovedmannen blir frifunnet. Det er en selvfølge at medvirkeren har gjort sin innsats og at det foreligger tilstrekkelig skyld for at det skal foreligge et medvirkningsansvar.

4.8 Beviskravet i forhold til nødrett strl.§ 47: (skyldspørsmålet)

Problemstillingen er nå hvor mye sannsynlighet som må foreligge for at retten kan slå fast at det ikke forelå nødrett i henhold til strl.§ 47?

Nødrett er en lovfestet straffrihetsgrunn som innebærer at den tiltalte skal gå fri for straff i en nødssituasjon. Straffeloven § 47 er en straffrihetsgrunn på en slik måte at den ikke bare fritar for straff, men anerkjenner nødrettshandlingen som rettmessig når en ellers rettslig beskyttet interesse er truet av en fare, jf Kjell V. Andorsen "Strafferettslig nødrett" s.133 (1999).

En handling som er foretatt i en nødssituasjon er altså lovlig, dermed vil hensynet til å unngå å dømme uskyldige tilsi et strengt beviskrav for at det ikke foreligger nødrett.

I tilfeller hvor det foreligger nødrett har den tiltalte i utgangspunktet begått en handling som fyller de objektive vilkår i et straffebud. Dette innebærer at en eventuelt uriktig fellende dom vil således ikke ramme en person uten noen tilknytning til handlingen. Strandbakken mener isolert sett at dette kan tale for at man ikke behøver å operere med et så strengt beviskrav for at det ikke foreligger nødrett. Han viser videre til at hensynet til fornærmede kan tilsi at dommerne må fravike det strafferettslige beviskravet når den objektive handling er bevist "ut over rimelig tvil." På den andre siden uttrykker Strandbakken at hensynet til fornærmede ikke kan begrunne at man fraviker det strafferettslige beviskravet, på grunn av skl.§ 1-4 som gir gjerningspersonen en plikt til å erstatte den skaden han lovlig har voldt for å avverge en truende fare. Fornærmedes interesse blir dermed ivaretatt gjennom erstatningsplikten, jf Strandbakken (2003) s.418.

Den alminnelige regel om at all rimelig og forstandig tvil skal komme den tiltalte til gode gjelder også ved spørsmål om det foreligger nødrett eller ikke, jf Rt.2008 s.1659 (avsnitt 17). Retten må være overbevist om at det ikke foreligger nødrett for å straffe den tiltalte i henhold til straffeloven. Hvis retten er i tvil om et eller flere av vilkårene er

innfridd i § 47, skal tvilen komme den tiltalte til gode som fører til at vedkommende blir frikjent på bakgrunn av nødrett.

Det følger av strl. § 47 at ”ingen kan straffes for handling, som han har foretaget for at redde nogens Person eller Gods fra en paa anden Maade uafvendelig Fare, naar Omstendighederne berettigede ham til at anse denne som særdeles betydelig i forhold til den skade, som ved hans Handling kunde forvoldes”.

Det må foreligge en ”fare” som sikter til at det må foreligge en nødssituasjon. Det er videre et krav om at faren ikke må kunne avverges på en annen måte, jf ordlyden ”uafvendelig Fare.” Ordlyden tilsier at handlingen må være den siste utveien. Det følger av forarbeidene at dette ikke kan tas helt ordrett. Nødretts handlingen bør være berettiget når vedkommende har valgt den rimeligste vei ut av nødssituasjonen, jf NOU-1983-57 s.183. Dersom man kan avverge handlingen på en annen mildere måte kommer ikke nødrett til anvendelse, jf Rt.1963 s.219.

Faren må være rettet mot ”nogens Person eller Gods” som omfatter alle beskyttelsesverdige interesser. Det følger av Rt.1947 s.12 at det ikke omfatter offentlige interesser av ikke økonomisk art.

”Handling” retter seg mot hvilken som helst handling, både aktiv og passiv redningshandling. (Se Rt.1955 s.608).

”Særdeles betydelig” tilsier at det må foretas en interesseavveining. Det må foretas en sammenligning mellom det som ofres og det som reddes. Det som reddes må være ”særdeles betydelig” i forhold til skaden ved handlingen. Loven gir på denne måten uttrykk for at det skal sterke grunner til for å godta et slikt avvik fra de vanlige rettsregler som nødretten innebærer. (John Andenæs «Alminnelig strafferett» 5. utgave s.185).

I Rt.1985 s.1, Rt.1999 s.71 stiller Høyesterett opp en streng norm i henhold til forholdsmessighetsvurdering. I den førstnevnte avgjørelsen opphevet Høyesterett en frifinnende dom vedrørende vegtrafikkloven § 22 første ledd. ”Tiltalte kjørte sin bror hjem fordi denne trengte medisiner. Dette var iallfall lengre enn nødvendig da man

befant seg i nærheten av en Falken – stasjon som kunne ha ytet bistand.” (Rt.1985 s.1). I den andre nevnte avgjørelsen opphevet Høyesterett en frifinnende dom vedrørende vegtrafikkloven § 5. ”Frivillig brannmann (røykdykker) kjørte i 99 km/t i 50 – sone på vei til stedet for en alvorlig brann.” Høyesterett kom frem til at kjøringen med en slik høy hastighet og veien og omgivelsenes beskaffenhet, klart falt utenfor det den tiltalte rettmessig kunne foreta seg etter strl.§ 47. (Rt.1999 s.71).

På bakgrunn av det nevnte må påtalemyndigheten bevise ut over rimelig tvil at det ikke forelå nødrett.

4.8.1 Nødrett i forhold til drap

Det vil i praksis være vanskelig å bli frikjent for drap i henhold til nødrettsregelen i strl.§ 47. Dersom gjerningspersonen dreper en person for å redde 10 menneskeliv, vil nok ikke det bli berettiget. Et eventuelt samtykke til sitt eget drap vil antakelig være mulig i en nødssituasjon for å redde andre menneskeliv ifølge Andenæs, jf John Andenæs «Alminnelig strafferett» (5.utgave) s.188 og s.189.

Det kan være bevismessig vanskelig å avgjøre om det forelå samtykke til drap for å redde andre menneskeliv eller ikke. Jeg mener dermed at man bør være forsiktig med å godta samtykke til drap i en nødssituasjon.

Andersen gir uttrykk for at det ene liv er ikke mer verdt enn det andre. Et gammelt liv veier i prinsippet like mye som et ungt liv, et sykt like mye som et friskt. Det er ikke mulig å redde flere liv, ved å ofre ett. Det er ikke mulig ifølge Andersen å bygge på et slikt kvantitativt kriterium for interesseavveining, jf Andersen ”Strafferettslig nødrett” på s.327.

Dette stemmer overens med Andenæs mening på dette punkt. Bratholm gir også uttrykk for at en nødrettssituasjon ikke kan rettferdiggjøre et drap. Han viser til at A kan ikke drepe B for å redde sitt eget liv, jf Anders Bratholm ”Strafferett og samfunn” (1980) s.16.

Allmennheten vil nok ut ifra et moralsk synspunkt synes det bør være rettmessig å drepe en som er syk og gammel for å redde for eksempel 10 barn. En gammel person har levd sitt liv og en alvorlig syk person vil dø snart uansett. Ifølge loven må det som reddes være "særdeles betydelig" i forhold til det som ofres. Alle mennesker har rett til å leve og alle mennesker har rett på beskyttelse mot at deres liv skal bli tatt. Rett til å leve er en menneskerettighet og det vil da være vanskelig ut ifra et rettslig standpunkt å argumentere for at et liv skal veie mer en et annet.

Når det gjelder spørsmålet om adgang til å ofre et menneskeliv for å redde seg selv og andre i en nødssituasjon, viser Andenæs (5. utgave) på s.189 til to utlandske avgjørelser. I Migmonette sak (1884) var det "tre sjømenn og en skipsgutt drev etter forlis om på havet uten mat og vann. Til slutt ble to av dem enige om å drepe gutten, den tredje protesterte. Fire dager etter drapet ble de tatt opp av et fartøy. Det var sannsynlig at ingen av dem ville blitt reddet hvis drapet ikke hadde funnet sted. Retten fant uansett hvor unnskyldelig handlingen var, kunne den ikke erklæres rettmessig. De to tiltalte ble dømt til døden for mord, men ble senere benådet til seks måneders fengsel." I saken U.S. v. Holmes (1841) "etter et forlis drev en av livbåtene omkring fylt av overlevende fra forliset, dels mannskap, dels passasjerer. Det var regn og storm, båten tok inn vann gjennom et hull, og det var ikke plass til å øse effektivt. På ordre fra styrmannen kastet mannskapet de mannlige passasjerer, 16 i tallet, overbord. Neste dag ble båten reddet. Dommerens rettsbelæring gikk ut på at en slik forholdsregel bare var rettmessig dersom ofrene ble tatt ut ved loddtrekning. Dessuten hadde passasjerene krav på å reddes før sjømennene, bortsett fra kapteinen og det mannskap som var nødvendig for navigeringen. Resultatet i saken ble domfellelse for drap under formildende omstendigheter til seks måneder straffarbeid."

Det er trolig liten sannsynlighet for at en drapshandling skal kunne anses som rettmessig på bakgrunn av nødrettsregelen i strl.§ 47. Andorsen viser til en slik situasjon hvor de interessene som står mot hverandre er likeverdige, som når liv står mot liv, vil et nødrettsinngrep aldri kunne være rettmessig. (Andorsen, 1999 s.342.)

4.8.1.1 Rettspraksis

I Rt.1950 s. 377 var det en konstabel i ordenspolitiet som under tvang på Finnmark i 1944 var tvunget til å delta i eksekusjonen av en nordmann, som var dømt til døden av en nazistisk særdomstol. Han ble tiltalt for overtredelse av strl.§ 233. Høyesterett fant at det var overveiende sannsynlig at en nektelse av å delta ville ha ført til at de tiltalte selv ville ha blitt skutt og domfelte henrettet av andre. Forsvareren mente derfor at tiltaltes handlemåte var rettmessig som utført i nødstilstand (strl.§ 47). Høyesterett var uenig i dette. Tvangen førte kun til en sterk nedsettelse av straffen. Høyesterett gir uttrykk for at en ellers straffbar handling skal bli rettmessig kreves det for det første at det retts gode som reddes, ut fra en objektivt berettiget vurdering skal være verdifullere enn det som ofres. Det vil ut fra en slik vurdering i alminnelighet ikke være berettiget å ta en annens liv for å redde sitt eget. Høyesterett finner det ikke forsvarlig på grunnlag av dette resonnement å erklære at de tiltaltes handlemåte var rettmessig. Når dette ikke kan fastslås, åpner straffeloven ikke adgang til å la straff bortfalle på grunn av at de tiltalte handlet under tvang, selv når denne var av så alvorlig natur som i det foreliggende tilfelle. (Se særlig s.379-380 i dommen).

I Rt.2000 s.646 var det en lege som hadde ved oppfordring og samtykke fra en alvorlig syk pasient, avsluttet vedkommendes liv ved å gi to sprøyter med morfin til sammen 400 mg. Handlingen ble ikke straffri på grunnlag av nødrettshandling. Høyesterett la til grunn at det ikke finnes noen holdepunkter for å tolke drapsbestemmelsen i strl.§ 233 slik at noen av de alminnelige straffefrihetsgrunner (strl.§ 47 og rettsstridsreservasjon) kan føre til at en slik handling blir straffri. Høyesterett viser til strl.§ 235 som uttrykkelig har tatt stilling til hvorledes drap med samtykke og drap forøvet av medlidenhet overfor håpløst syke skal bedømmes strafferettslig. Loven åpner for en nedsettelse av straffen under den minstestraft som gjelder etter § 233, men åpner ikke for straffrihet. Høyesterett henviser videre til forarbeidene til straffeloven til de nevnte bestemmelsene og viser til at lovgiveren ikke har ansett en bestemmelse om straffrihet aktuell i forhold til en drapshandling av en slik karakter. (Se særlig s.653 i dommen).

På bakgrunn av rettspraksis og teori skal en drapshandling i henhold til strl.§ 233 kun føre til nedsatt straff og ikke til frifinnelse i en nødrettssituasjon. Dersom retten skal sette ned straffen på bakgrunn av en nødrettslignende situasjon, må de enten være overbevist for at det forelå en slik situasjon eller være i tvil om resultatet. Når tilfelle er slik at det er utvilsomt at den mistenkte ikke handlet i en nødrettslignende situasjon, skal straffen ikke nedsettes.

4.9 Beviskravet i forhold til nødverge strl.§ 48: (skyldspørsmål)

Problemstillingen er nå hvor mye sannsynlighet som må foreligge for at retten kan slå fast at det ikke forelå nødverge i henhold til strl.§ 48?

Nødverge er også en lovfestet straffrihetsgrunn. Hvis A dreper B i selvforsvar, skal A gå straffri når vilkårene etter strl.§ 48 er innfridd. I nødvergesituasjoner står rett mot urett ved at personen forsvarer seg mot et rettsstridig angrep. Nødvergehandling er rettmessig. Strl.§ 48 tar sikte på forsettlig nødvergehandlinger, jf Rt.1993 s.1197 (1199).

En frifinnende dom på bakgrunn av nødverge, vil i realiteten gi uttrykk for at fornærmede har opptrådt klanderverdig siden han har forårsaket at tiltalte har kunnet foreta en nødvergehandling. Strandbakken viser til at dette kan tilsi at beviskravet for at det ikke forelå nødverge, bør reduseres noe i forhold til det alminnelige strafferettslige beviskravet. På den andre siden så mener han at hensynet til å unngå uriktige fellende dommer må veie tyngst i denne sammenheng. Han konkluderer dermed med at det er det alminnelige strafferettslige beviskravet som skal legges til grunn i forhold til nødverge. (Strandbakken 2003 s.421, 423).

Rettspraksis synes å være enig med Strandbakken om at det ikke er grunnlag til å fravike det strafferettslige beviskravet.

Når tiltalte påberoper seg nødverge må retten avgjøre på bakgrunn av bevisene i saken om hvorvidt nødverge foreligger eller ikke. Den tiltalte behøver ikke å bevise at han handlet i nødverge. Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i slike tilfeller. Når det foreligger tvil om nødverge, og spørsmålet ikke kan løses, skal dette komme den tiltalte til gode, jf Rt.1911 s.957. Dette innebærer at domstolene skal legge til grunn nødverge når det foreligger tvil. Retten må være overbevist om at vedkommende ikke handlet i nødverge for å straffe den tiltalte i henhold til § 233 og § 239. Se også Rt.2008 s.1659 avsnitt 17.

Det følger både av teori og praksis at det er det alminnelige strafferettslige beviskravet som skal legges til grunn i henhold til spørsmålet om nødverge.

Det følger av strl.§ 48 at det foreligger nødverge ”naar en ellers strafbar Handling foretages til Afvergelse af eller Forsvar mod et rettsstridig Angrep, saafremt Handlingen ikke overskrider, hvad der fremstillende sig som fornødent hertil.”

Det må foreligge et ”angrep” som kan omfatte både fysiske og ikke fysiske handlinger. Angrepet kan være rettet mot selve personen, tredjemann, eiendom, sin ære og andre rettsgoder, jf Rt.1936 s.740. Angrepet må være en aktiv interessekrenkelse. Det er videre et krav om at angrepet ikke må være avsluttet, det må altså være et aktuelt påbegynt angrep. Det følger av Rt.1996 s.141 (mobbeoffer dommen) at det er mulig å foreta en nødvergehandling under strl.§ 48 selv før ”rettsstridig angrep” er påbegynt. Angrepet må fremstå som mer enn bare en fremtidig mulighet. Dette kalles for preventiv nødverge. Dersom en person nekter å oppfylle sine plikter, som for eksempel utlevere en gjenstand eller betale en pengesum, er dette ikke å anses som et angrep, jf John Andenæs «Alminnelig strafferett» 5.utgave s.161.

Angrepet må være ”rettsstridig” for at det skal foreligge nødverge. Dette innebærer at angrepet må være ulovlig, men ingen krav om at angrepet må være straffbart, jf Johs Andenæs «Alminnelig strafferett» (5.utgave) s.163, for eksempel et angrep begått av en person som er utilregnelig på grunn av at han er mindreårig. Handlingen vil være ulovlig, men ikke straffbar på grunn av utilregnelighet. (se pkt.4.5.15). Det vil som regel foreligge et rettsstridig angrep når handlingen er klart utilbørlig. Når retten skal ta stilling til om det forelå et rettsstridig angrep skal den tiltalte bedømmes ut fra sine egne forestillinger om den faktiske situasjonen, jf Rt.1991 s.455 (s.457). Dersom det foreligger rimelig tvil om angrepet er rettsstridig, skal tiltalte frifinnes på bakgrunn av nødverge. Resultatet blir slik at retten må legge til grunn at det forelå et rettsstridig angrep.

Handlingen må ikke gå lengre enn det ”fremstillende sig som fornødent hertil.” Nødverge handlingen må altså ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å forsvare seg mot angrepet. Se Rt.1983 s.492 hvor det ble fastslått at det ikke forelå nødverge siden de etterfølgende voldshandlingene gikk for langt. Forsvarshandlingen må ikke

være av en slik karakter at den fremtrer som unødvendig og mer brutal enn nødvendig. Dersom den tiltalte slår angriperen slik at vedkommende faller i bakken og deretter sparker angriperen flere ganger mens angriperen ligger hjelpeløs på bakken, vil det første slaget mot angriperen være innenfor det som var nødvendig, mens sparkene som ble påført i ettertid vil overskride det som måtte fremstille seg som ”fornødent.”

Det skal ved nødvendighetsvurderingen legges vekt på angrepets farlighet, den angripende persons farlighet, og det retts gode som skal beskyttes. Se Rt.1978 s.618. Det er ikke hvilken som helst forsvarshandling som tillates, det må foretas en skjønnsmessig vurdering som tar stilling til den etiske moralen ved handlingens karakter, jf John Andenæs «Alminnelig strafferett» (5.utgave) s.166 og Rt.1996 s.141.

Tiltalte skal bedømmes ut fra hvordan vedkommende selv oppfattet situasjonen i øyeblikket. Ingen er forpliktet til å flykte dersom man er utsatt for et angrep. TOSLO-2001-9340.

Det kan tenkes en situasjon hvor person som blir angrepet kan bli forpliktet til å flykte, for eksempel hvor A sitter i sin bil, mens B angriper A med et balltre hvor angriperen slår flere slag mot bilen for å provosere A til å komme ut av den. Det vil i dette tilfelle være mer nærliggende at A kjører vekk fra B, istedenfor å kjøre over B med bilen eller å gå ut av bilen for å slåss med ham (B). Når den personen som blir angrepet kan minske skadene betydelig ved å flykte, kan det tenkes at vedkommende vil da bli forpliktet til å flykte selv om utgangspunktet er at ingen er forpliktet til å flykte dersom man er utsatt for et angrep.

Det vil i praksis være mulig å bli frikjent for drap når den tiltalte handlet i nødverge så lenge forsvarshandlingen som ledet til et menneskes død ikke gikk lengre enn det som var nødvendig for å forsvare seg mot angrepet, pluss at de øvrige vilkårene etter § 48 er innfridd. Dette er fordi vi står ovenfor et tilfelle hvor rett står mot urett.

Nødvergehandlingen skiller seg dermed fra en nødrettssituasjon hvor rett står mot rett.

Hvis retten er i tvil om tiltaltes forsvarshandling har gått lengre enn det som var nødvendig, skal tvilen komme tiltalte til gode. Dette innebærer at retten legger til grunn nødverge. Vilårene etter strl.§ 48 er kumulative som innebærer at alle vilårene må

være innfridd for å stadfeste nødverge. Dommerne må dermed minst være overbevist om at ett av vilkårene i strl.§ 48 ikke er innfridd for å dømme den tiltalte.

Reglene om nødverge kommer kun til anvendelse ovenfor tiltak som er rettet mot angriperen. Tiltak som settes i verk for å avverge et angrep, og som ikke er rettet mot angriperen, skal bedømmes etter strl.§ 47. Dersom en tredjeperson blir skadet, skal tilfelle vurderes etter § 47. (Se Rt.1979 s.429).

4.10 Straffespørsmål

4.10.1 Innledning

Jeg kommer nå til å fokusere på hvilket beviskrav som kommer til anvendelse når retten står ovenfor avgjørelser som omfatter straffespørsmål. Gjelder det alminnelige strafferettslige beviskravet også ved avgjørelser av straffespørsmål? Jeg kommer nedenfor til å ta for meg en generell oversikt av dette emnet.

4.10.2 Hva gjelder straffespørsmål?

Straffespørsmål gjelder spørsmål om straffutmåling og spørsmål om straffopphørsgrunner. Straffopphørsgrunner kan f. eks være foreldelse. Straffrihet på grunn av tilbaketreden er antatt i teorien for å høre under skyldspørsmålet, jf Rt.1952 s.742, se også Johs Andenæs "Norsk straffeprosess" (4.utgave) s.140.

Når det gjelder hvilken virkning provokasjon og retorsjonen skal tillegges, hører dette til straffespørsmålet.

Straffutmålingen vil blant annet gjelde spørsmål om det foreligger særdeles skjerpene eller særdeles formildende omstendigheter. Når det gjelder spørsmål om det foreligger særdeles skjerpene omstendigheter i henhold til strl.§ 233, skal det anlegges et relativt bred vurdering der selve drapshandlingen står sentralt. Det skal blant annet legges vekt på drapets brutale karakter, bakgrunnen for handlingen, domfeltes subjektive forhold og etterfølgende omstendigheter. De fleste drap vil være alvorlige og brutale i seg selv, det må dermed "komme en god del mer til" for at straffeskjerpelsen skal få anvendelse, jf Rt.2004 s.407 (avsnitt 15), henvisning til Rt.2002 s.262 og Rt.2003 s.893.

Det er ikke kun gjennomføringsmåten som avgjør om det foreligger "særdeles skjerpene omstendigheter." Det vil få betydning om episoden skjedde på offentlig sted hvor andre mennesker ble utsatt for fare. Det følger av Rt.2000 s.1978 at et "forhold blir

særlig alvorlig fordi dette skjedde på åpen gate, på et sted i sentrum der det er mange mennesker ute.” Tiltalte hadde skutt med pistol på åpen gate.

Det er ikke avgjørende om en tilfeldig utenforstående person ble skadet eller om det forelå en konkret fare for at en utenforstående skulle bli truffet. Det er den alminnelige faren for at en utenforstående kan rammes som får vesentlig vekt, jf Rt.2003 s.893 avsnitt 16.

4.10.3 Rimelig tvil i forhold til straffespørsmål

Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden og må bevise for eksempel at det foreligger skjerpene omstendigheter. Hvis den tiltalte påberoper formildende omstendigheter, må påtalemyndigheten kunne tilbakevise dette.

Det er flere faktorer som kan få betydning ved straffeutmålingen og disse faktorene kan avgjøre hvor omfattende overtredelsen er. Nærmere presisering av emnet er hvor mye sannsynlighet må foreligge i forhold til viktige momenter av betydning for straffutmålingen?

Det alminnelige strafferettslige beviskravet kommer også til anvendelse når det gjelder spørsmål utenfor skyldspørsmålet, som omfatter straffutmålingen. Høyesteretts praksis viser at tvil angående straffutmålingsmomenter skal komme den tiltalte til gode. Når retten skal f. eks avgjøre om det foreligger ”særdeles skjerpene omstendigheter” i henhold til § 233 annet ledd skal tvilen komme den tiltalte til gode. Dette innebærer at dersom retten er usikker på om drapshandlingen etter sin art kan karakteriseres for å være begått under en særdeles skjerpene omstendighet, skal vedkommende heller dømmes etter § 233 første ledd.

Slettan og Øie mener at tvilen i utgangspunktet må komme tiltalte til gode også ved forhold av betydning for straffeutmålingen, men kravet til beviset styrke svekkes når

straffeskylden er på den rene, jf Slettan og Øie (1997) s.32. Jeg legger til grunn at de mener at det alminnelige strafferettslige beviskravet i utgangspunktet også gjelder i forhold til straffespørsmål, men at det ikke kreves samme grad for visshet for å være overbevist når straffeskylden er på den rene.

Rettspraksis viser ved fastsettelse av straffeutmålingen, at tvilen angående omstendigheter for øvrig skal komme den tiltalte til gode.

I Rt.1977 s.462 (465) uttaler Høyesterett at det er flere uklare punkter i hendelsesforløpet som hvor drapet ble utført, og hvilken tid den tiltalte hadde hatt til det overlegg som ble funnet bevist. I tillegg var ikke motivet for drapet klarlagt. Høyesterett kom fram til at straffen måtte nedsettes på grunn av flere åpne muligheter når det gjaldt motiv, faktorer som kunne ha utløst drapshandlingen og det videre hendelsesforløpet. Tiltalte ble først i lagmannsretten dømt til livsvarig fengsel og sikring etter strl. § 39 nr 1 a-f. Dommen ble i Høyesterett nedsatt til 15 års fengsel. Avgjørelsen ble fattet under dissens.

I Rt.2004 s.592 kom Høyesterett fram til under tvil at det ikke forelå ”særdeles skjerpene omstendigheter” og dermed ble forholdet subsumert under strl.§ 233 første ledd. Høyesterett uttaler at forholdet ligger i et grensetilfelle mellom første og annet ledd, slik at ”særdeles skjerpene omstendigheter” ikke foreligger på grunn av usikkerhetsmomentene i saken.

I Rt.1960 s.634 ”Forsvareren hevder at straffen bør nedsettes etter straffeloven § 56 litra b fordi domfelte har handlet under en forbigående sterk nedsettelse bevisstheten.” Høyesterett sier uttrykkelig at strl.§ 56 er en straffeutmålingsregel. Høyesterett kom fram til under dissens at det forelå tvil som måtte komme den tiltalte til gode. Straffen ble dermed redusert fra 6 år til 3 år. Se også Rt.1985 s.864 (s.867) hvor Høyesterett sier at dersom det foreligger tvil om det foreligger betydelig nedsettelse av bevisstheten som følger av straffnedsettelsesregelen i strl.§ 56 nr 1 b, skal tvilen komme den tiltalte til gode.

Ved fortsatt forbrytelse skal ”enhver rimelig tvil” komme domfelte til gode ved vurderingen av omfanget av forbrytelsen, jf Rt.1997 s.1771 (s.1773).

HR-2012 s.185 forelå det tvil hvorvidt vilkårene i strl.§ 39c om ”nærliggende fare for slike nye forbrytelser” var oppfylt. Tvilen kom tiltalte til gode slik at forvaring ikke ble anvendt.

Rt.1994 s.314 (s.315) forelå det rimelig tvil om den drepte hadde truet domfelte med kniv. Høyesterett uttalte at tvil om dette måtte komme den domfelte til gode. Det samme gjelder dersom retten er i tvil om den tiltalte slo med åpen hånd eller knyttet hånd. Tvil på dette punkt skal føre til at retten må legge til grunn slag med åpen hånd.

I Rt.1992 s.833 anvendte Høyesterett et lempet beviskrav i forhold til et straffutmålingsmoment utenfor selve den straffbare handlingen. Høyesterett gav uttrykk for:

”Den tvil lagmannsretten uttrykker med hensyn til riktigheten av Bs forklaring om seksuelle overgrep fra farens side, har jeg ikke grunnlag for å se bort fra. Det er uriktig av lagmannsretten å avgjøre dette tvilspørsmål etter prinsippet om at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode – her skulle lagmannsretten nyttet vanlige bevisregler.” (Se særlig s.834 i dommen).

Når Høyesterett uttrykker at lagmannsretten skulle ha anvendt ”vanlig bevisregler” legger jeg til grunn at de sikter til alminnelig sannsynlighetsovervekt. Jeg tolker dermed denne avgjørelsen slik at retten skulle ha bygget på det mest sannsynlige faktum.

Strandbakken nevner at når skyldgraden impliserer grove beskyldninger mot den fornærmede, avdøde, vil bevismessige hensyn tilsi at man fraviker det strafferettslige beviskravet. Han mener videre at dersom man skal kunne tillegge fornærmede/ avdøde sterke klanderverdige eller straffbare forhold i tilknytning til straffutmålingen overfor tiltalte, bør i det minste beskyldningene være sannsynliggjort, jf Strandbakken (2003) s.476.

Når A dreper sin far B på grunn av fysisk og psykisk misbruk forvoldt av sin far over lengre tid, må retten for å legge til grunn en slik anførsel om misbruk, anses det som

mer sannsynlig at B utført fysisk og psykisk misbruk enn det motsatte. Det alminnelige strafferettslige beviskravet skal ikke leges til grunn ved slike anførsler.

Eskeland viser til at det foreligger et lempet beviskrav når retten står ovenfor spørsmål om foreldelse. Eskeland nevner at ved ”tvil om et pådratt straffeansvar senere er falt bort ved foreldelse fordi det er tvil om når handlingen ble begått, bør man bygge på det som anses som mest sannsynlig.” Han viser til at dette ”vil gi flest riktige avgjørelser og innebærer aldri at reelt uskyldige dømmes.”

Etter Eskelands oppfatning bør det generelt gjelde et strengt krav til sannsynlighetsovervekt i forhold til straffutmålingsmomenter som ha tilknytning til selve handlingen. Her legger jeg til grunn at han mener at det alminnelige beviskravet, enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, må gjelde i forhold til straffutmålingsmomenter som gjelder selve handlingen. For andre straffutmålingsmomenter mener Eskeland at det bør være tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Han viser videre til at dersom et faktisk forhold både er av betydning ved avgjørelsen av skyldspørsmålet og ved avgjørelsen av reaksjonsspørsmålet, kan retten på grunn av de ulike kravene til bevisenes sikkerhet, måtte legge det til grunn i straffespørsmålet, men ikke i skyldspørsmålet, jf Ståle Eskeland «Strafferett» (2.utgave) på s.511-513.

4.11 Prosessuelle spørsmål

4.11.1 Innledning

Jeg kommer nå til å fokusere på hvilket beviskrav som kommer til anvendelse når retten står ovenfor avgjørelser som omfatter prosessuelle spørsmål. Gjelder det alminnelige strafferettslige beviskravet også ved avgjørelser som angår prosessuelle spørsmål? Jeg kommer også her til å holde meg til en generell fremstilling av temaet.

4.11.2 Hva gjelder prosessuelle spørsmål?

Prosessuelle avgjørelser omfatter spørsmål om og hvordan saken skal behandles. F. eks spørsmål om bevisavskjæring, avgjørelse om vitneplikt, om det skal gjøres unntak fra offentlighetsprinsippet og spørsmål angående manglende påtalebegjæring.

4.11.3 Rimelig tvil i forhold til prosessuelle spørsmål

Hvilken grad av sannsynlighet kreves det for å legge til grunn fakta som omfatter prosessuelle spørsmål?

Det følger av rettspraksis at det skal legges til grunn det saksforholdet som retten finner mest sannsynlig, og at det kreves særlig en sterkere sannsynlighetsovervekt i noen tilfeller, jf nedenfor. Det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder altså ikke ovenfor fakta som omfatter prosessuelle spørsmål.

Slettan og Øie nevner også at retten må legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig, både når dette er til gunst eller ugunst for tiltalte, jf Slettan og Øie (1997) s.32.

I Rt.1994 s.1139 gjaldt anken saksbehandlingsfeil som knyttet seg til herredsrettens nektelse av opplesningen av domfeltes politiforklaring. Aktor anførte at herredsretten har anvendt bevisbyrderegelen uriktig når det uttales at tvilen i forbindelse med en usikkerhet om hva som ble sagt til A under avhøret, ”må komme tiltalte til gode.” Høyesterett kom fram til at siden det er tale om en prosessuell avgjørelse, og spørsmålet er om et bevis skal avskjæres fordi det eventuelt vil fremtre som støtende å benytte det, må det legges til grunn det saksforholdet som etter en samlet vurdering finner mest sannsynlig.

I Rt.2004 s.1314 ble en kvinne i lagmannsretten dømt til 12 års fengsel for forsettlig drap på sin stedatter. ”Retten hadde utsatt ankeforhandlingen med til sammen en uke og oppfordret kvinnen til å ta til seg næring, eventuelt ta imot behandling for å kunne ta del i ankeforhandlingen.” Høyesterett la til grunn at det forelå en ”klar sannsynlighetsovervekt” for at tiltalte kunne klandres for at saken i det alt vesentlige måtte behandles uten hennes tilstedeværelse, slik at hun ikke fikk forklart seg. Det var ingen saksbehandlingsfeil at utsettelsesbegjæringer ikke ble tatt til følge.

Rt.2004 s.1561, den tiltalte hadde i en straffesak oppgitt at han var mindreårig. Skjelettundersøkelser som ble foretatt tydet på at han var over 18 år. Det ble understreket at metoden var forbundet med usikkerhet og begrensninger. Basert på disse undersøkelsene hadde tingretten unnlatt å oppnevne hjelpeverge etter strpl.§ 83. Høyesterett nevnte uttrykkelig at prinsippet om at all tvil om faktiske forhold kommer tiltalte til gode, ikke gjelder for bevisvurderingen knyttet til prosessuelle spørsmål. Det er altså ikke det alminnelige strafferettslige beviskravet som skal legges til grunn i forhold til fakta som omfatter prosessuelle spørsmål. Hovedregel for kravet til bevis i slike spørsmål er at retten må legge til grunn det faktiske forhold som fremstår som ”mest sannsynlig.” Høyesterett viser unntaksvis til at det vil kreves en ”sterkere sannsynlighetsovervekt” i tilfeller hvor det faktisk som eventuelt skal legges til grunn, samtidig vil innholde klare anklager mot tiltalte. (Se særlig avsnitt 10-13 i dommen).

4.12 Beviskravet i forhold til uaktsom kjøring i henhold til vegtrafikkloven § 3

Jeg vil i det følgende se på om det stilles samme krav til sannsynlighet for å legge til grunn uaktsom kjøring etter vegtrafikkloven § 3, som uaktsom kjøring etter strl.§ 239.

Jeg kommer først til å ta stilling til om aktsomhetskravet etter vegtrafikkloven § 3 er den samme som etter strl.§ 239. Deretter kommer jeg til å ta for meg om det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder for trafikkovertredelser etter vegtrafikkloven.

4.12.1 Aktsomhetskravet

Vegtrafikkloven § 3 lyder slik:

”Enhver skal ferdes hensynsfullt og være aktpågivende og varsom så det ikke kan oppstå fare eller voldes skade og slik at annen trafikk ikke unødig blir hindret eller forstyrret.”

Aktsomhetsnormen etter denne bestemmelsen er streng. Høyesterett har tidligere lagt til grunn at aktsomhetsgraden i prinsippet er den samme og like streng etter strl.§ 239 som etter vegtrafikkloven § 3.

Høyesterett slo fast før lovendringen av strl.§ 239 at det ikke kunne stilles andre krav til en bilførers hensynsfullhet og påpasselighet under kjøringen enn de krav som gjelder ved anvendelse av vegtrafikkloven § 3. Ved domfellelse etter strl.§ 239 i trafikksaker må det på bakgrunn av reglene i strl.§ 42 annet ledd kreves noe mer enn uforsiktig kjøring. Det må spesielt kunne tilregnes bilføreren som grovt eller simpel uaktsomt at han ikke regnet med den mulighet at kjøringen kunne føre til dødsulykke. Et slikt krav

kan ikke oppstilles i relasjon til vegtrafikkloven § 3, da domfellelse etter denne ikke forutsetter noen inntrådt skade i det hele tatt, langt mindre dødsulykke. Se Rt.1963 s.744 (s.745).

Straffeloven § 239 ble endret ved lov av 15. juni 2001 som førte til at aktsomhetsnormen i strl.§ 239 ble lempet.

I Rt.2002 s.190 kom Høyesterett fram til at strl.§ 239 sett i lys av forarbeidene, må forstås slik at kravet til aktsomheten er lempet noe i forhold til den strenge aktsomhetsnormen i vegtrafikkloven § 3. Denne oppfatningen har blitt fulgt i senere avgjørelser, jf Rt.2002 s.1139 (s.1141). I denne avgjørelsen sier Høyesterett uttrykkelig at det ikke lenger uten videre er den samme aktsomhetsnormen som skal legges til grunn i vegtrafikkloven § 3 og strl.§ 239 om uaktsomt drap. Det foreligger fremdeles et krav om at uaktsomheten må omfatte dødsfølgen for å bli domfelt etter strl.§ 239. Se også Rt.2011 s.83 (avsnitt11) hvor Høyesterett også legger til grunn en noe strengere aktsomhetsnorm etter vegtrafikkloven § 3 enn etter strl.§ 239. På bakgrunn av de nevnte avgjørelsene skal det mer til for å bli straffet etter strl.§ 239 enn etter vegtrafikkloven § 3.

4.12.2 Rimelig tvil i forhold til vegtrafikkloven

Det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder også for saker som omfatter fartsoverskridelse i henhold til vegtrafikkloven, jf Rt.1978 s.882, Rt.1983 s.1474 Rt.2009 s.496, HR 2011-2041-U (avsnitt 15) og Rt.2008 s.508.

I Rt.1978 s.882 opphevet Høyesteretts ankeutvalg herredsrettens fellende dom, fordi det var uklart om retten hadde stilt de riktige krav til bevisenes styrke når de begrunnet sin avgjørelse med formuleringen ”overveiende sannsynlig”. Høyesteretts ankeutvalg nevnte uttrykkelig at ”rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode.” Avgjørelsen viser at det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder for overtredelser av vegtrafikkloven.

I Rt.1983 s.1474 var det spørsmål om domfellelse etter § 3 kunne opprettholdes. Denne delen av dommen ble opphevet på grunn av usikkerhet om det var stilt riktig krav til bevisets styrke. I domsgrunnen ble det anført ”for så vidt tvil legger retten til grunn at tiltalte har rygget bilen inn i den parkerte drosjebilen.” Denne delen av domsgrunnene mente Høyesteretts ankeutvalg kunne tyde på at det ikke var stilt de riktige krav til bevisenes styrke. Det ble i denne avgjørelsen på dette punkt henvist til avgjørelsen fra 1978 s.822.

Rt.2009 s.496 (avsnitt 18) anførte domfelte at lagmannsretten hadde lagt et for svakt beviskrav til grunn når de hadde kommet til at hun var påvirket under kjøringen. Lagmannsretten hadde uttrykkelig nevnt at de var ”overbevist” på grunnlag av bevisene i saken om at den tiltalte under kjøreturen hadde nedsatt kjøreferdigheter som følge av bedøvende midler. Høyesterett kunne dermed ikke se grunnlag for at lagmannsretten hadde bygget på feil beviskrav.

Det har i flere saker som gjelder feil i forbindelse med gjennomføringen av lasermåling eller brudd på instruks fastsatt for slik måling vært lagt til grunn et strengere beviskrav som går ut over kravet om at enhver rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode. Se Rt.2007 s.10 (avsnitt 9 og 10), Rt.1998 s.21 og Rt.2001 s.1476.

I avgjørelsen fra Rt.2001 s.1476 fant flertallet ut at sannsynligheten for at måleresultatet ikke var riktig, var liten, men at det ikke kunne utelukkes et galt resultat. ”Ettersom det for å opprettholde tilliten til fartsmålinger med laserapparater, er viktig å tillegge ikke bagatellmessige brudd på instruksens konsekvenser, fant flertallet å kunne legge fartsmålingen til grunn.” Det ble lagt til grunn et strengere beviskrav enn det alminnelige strafferettslige beviskravet.

Rt.2008 s.508 i denne saken var det spørsmål om det hadde skjedd en forveksling av hvilken motorsykkel som det ble målt hastighet på. Det forelå i dette tilfelle ingen teknisk eller manuell feil ved fartsmålingen eller registreringen av denne. Høyesterett kom fram til at i slike tilfeller, må den vanlige alminnelige bevisbyrderegelen og beviskravet gjelde. (Se avsnitt 16).

Det spiller i utgangspunktet ingen rolle for beviskravet rimelig og fornuftig tvil om den siktede står tiltalt for uaktsom kjøring etter vegtrafikkloven § 3 eller uaktsom kjøring etter straffeloven § 239. Det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder i alle saker om uaktsom kjøring. Beviskravet vil eventuelt bli lømpet i den form ved at det ikke skal så mye til for å bli straffet etter vegtrafikkloven § 3, på grunn av den strenge aktsomhetsnormen.

4.13 Beviskravet i forhold til ulike typer av straffebestemmelser

4.13.1 Problemstilling:

Det jeg kommer til å ta stilling til nå, er om det har noen betydning for beviskravet hvilken lovovertrødelse man står ovenfor.

Gjelder det alminnelige strafferettslige beviskravet "utover enhver rimelig og fornuftig tvil" fullt ut, både for alvorlige og mindre alvorlige forbrytelser?

Det finnes ingen praksis som gir uttrykk for at beviskravet kan variere med lovovertrødelsens art, jf Johs Andenæs "Norsk straffeprosess" (4. utgave) s.161. Andenæs sier likevel at det ikke kan være noen tvil om at det i praksis skjer en viss gradering av hva som betraktes som en "rimelig tvil." Han viser til eksempel at dommere vil kreve en høyere grad av visshet for å domfelle for drap enn for trafikkforseelse. Det er flere andre forfattere som er enig med Andenæs på dette punkt.

Bratholm gir i likhet med Andenæs uttrykk for at det i praksis kan være en viss tendens til å redusere litt på kravet til bevisets styrke i mindre alvorlige saker, ut fra den tanken at skulle man likevel ta feil, er ikke skaden så stor som når tiltalen gjelder en alvorlig forbrytelse. Bratholm mener likevel at det også i mindre saker må foreligge en betydelig grad av sikkerhet for å kunne domfelle, jf Anders Bratholm «Strafferett og samfunn» (1980) s.96.

Slettan og Øie gir uttrykk for at beviskravet stiller de samme krav til bevisets styrke i alle straffesaker, men i praksis vil det likevel forekomme et strengere krav til bevisets styrke for å bli dømt for drap enn for en "bagatellforøåelse i trafikken," jf Svein Slettan og Toril Marie Øie "Forbrytelse og straff" (1997) s.32.

Kjell Andorsen uttrykker at det synes å være alminnelig akseptert i rettsteorien at det ikke kreves like mye "bevisovervekt" for mindre alvorlige forhold enn ellers, jf Kjell Andorsen "Frifunnet for straff, dømt til erstatning" pkt.2.5 (1999).

Strandbakken anfører at en differensiering av beviskravet etter hvor alvorlig saken er, er i samsvar med ”common sense” betraktninger. Enhver vil kreve større sikkerhet når man skal treffe en avgjørelse av stor betydning fremfor en bagatellmessig beslutning, jf Strandbakken (2003) s.563.

Den klare oppfatningen som følger av teorien, er at retten opererer med et lempet beviskrav i visse mindre alvorlige saker i form av at det ikke kreves like mye visshet for å føle seg overbevist. I tillegg så er konsekvensen for vedkommende mye mindre ved domfellelse i en lite alvorlig forbrytelse enn for en alvorlig forbrytelse. Dette taler for at det ikke er behov for et like sterkt beviskrav ved små forbrytelser.

Det følger likevel av rettspraksis at utgangspunktet er slik at det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder uavhengig av hvilken lovovertrødelse retten står ovenfor.

4.13.2 Mindre alvorlige forbrytelser

Det første problemet som oppstår når vi skal vurdere om det forekommer en lemping av beviskravet ved mindre alvorlige forbrytelser, er å avgjøre hva som skal anses som en mindre alvorlig forbrytelse.

4.13.2.1 Andorsen, Kjell

Jeg har sett at andre forfattere har henvist til hva Andorsen har sagt om hva som menes med en mindre alvorlig forbrytelse. Jeg kommer dermed i det følgende til å forholde meg til Kjell Andorsen på dette punkt.

Andorsen anfører at det kan være noe uklart hva som menes med mindre alvorlige forhold, men mener likevel at det foreligger noen alminnelige særtrekk ved de mindre alvorlige forhold hvor beviskravet er svekket.

De alminnelige særtrekk som Andorsen viser til er følgende:

Andorsen mener at beviskravet er svekket i de tilfeller hvor: 1) objektive alvorlighet av forgåelsen er liten, og gjelder bagatellmessige forhold, (altså overtredelser av mindre viktighet). 2) Hvor Graden av den offentlige opinionens og den enkeltes subjektive opplevelse av moralsk klander er svært liten eller ikke merkbar. 3) Når forholdet kan bli avgjort med bot. 4) Og normalt i de tilfeller som gjelder overtredelser av straffebestemmelser hvor mengden av denne typen lovbrudd er stor.

Andorsen mener at domspraksis i dag ”nøyer seg med redusert beviskrav i disse lite alvorlige sakene,” ”selv om dette ikke kommer eksplisitt til uttrykk i domspremissene.” (Kjell Andorsen ”Frifunnet for straff, dømt til erstatning” 1999)

4.14 Oppsummering

Avgjørelser som omfatter skyldspørsmålet er kjerneområdet for det alminnelige beviskravet ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil.”

Det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder i utgangspunktet like sterkt for alle straffbarhetsvilkårene som følger av straffeloven § 233 og 239. Det er i utgangspunktet det alminnelige strafferettslige beviskravet som skal legges til grunn ved spørsmål om objektiv skyld og subjektiv skyld. Det kan likevel sies på grunn av utformingen av skyldkravene sannsynlighetsforsett, dolus eventualis og uaktsomhet at det ikke kreves samme form for visshet før retten kan sies å være overbevist som ved spørsmål om objektiv skyld.

Når retten skal ta stilling til om tiltalte var psykotisk i gjerningsøyeblikket, skal man ta utgangspunkt i det strafferettslige beviskravet, men det stilles likevel mindre krav til bevis i form av, ”mer enn ren sannsynlighetsovervekt.” Når det gjelder spørsmål om utilregnelighet på grunn av mindreårig og bevisstløshet gjelder det alminnelige strafferettslige beviskravet.

Det alminnelige strafferettslige beviskravet kommer også til anvendelse ved straffespørsmål. Beviskravet er lempet ved avgjørelser som omfatter prosessuelle spørsmål, ved at det er det saksforholdet som retten finner mest sannsynlig som skal legges til grunn.

Beviskravet i strafferett er i utgangspunktet likt uavhengig av lovovertrедelsen. Det finnes altså ikke et svakere beviskrav ved visse mindre alvorlige saker. Så lenge retten befinner seg innenfor strafferettens område er det kun det alminnelige strafferettslige beviskravet som gjelder. Det følger likevel av teorien at beviskravet blir lempet i mindre alvorlige saker selv om praksis ikke uttrykkelig nevner dette.

5. Blir beviskravet ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen?

5.1 Bevisbedømmelse

Bevisbedømmelsen prøver å søke en erkjennelse om fortidige hendelser. Domstolen skal vurdere bevisene og bevissituasjonen i sin helhet for å komme fram til om den tiltalte er skyldig eller ikke. De må ta stilling til hvilken vekt de ulike bevisene innbyrdes skal tillegges. Det skal foretas en vurdering av hvor stor grad av sannsynlighet det foreligger i den aktuelle saken for at den tiltalte har opptrådt slik som er beskrevet i tiltalen. Retten plikter å være overbevist ”utover enhver rimelig og fornuftig tvil” for å domfelle den tiltalte på bakgrunn av de bevisene som ble ført i saken.

Retten skal finne fram til hva de ulike bevisene egentlig består i, altså hva har vitner, og sakkyndige sagt under hovedforhandlingen og eventuelt å vurdere vitners troverdighet. I norsk rettskildelære kalles denne delen for slutningsprosessen. Det skal foretas en analyse av alle bevisene i saken og deretter skal retten trekke en slutning fra disse. Slutning er en avslutning eller en konklusjon på de punktene som tiltalen gjelder.

Kolflaath nevner at bevisbedømmelsen er en:

”slutning til best forklaring, tolket som et krav om at ikke skal finnes en plausibel forklaring på bevissituasjonen som impliserer at tiltalte er uskyldig, jf Eivind Kolflaath ”Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring”(tidsskrift for rettsvitenskap nr 01, 2007) s.178.

Det er kun bevisene som er ført ”under hovedforhandlingen” som skal bedømmes av retten, altså det som har kommet fram under den muntlige forhandlingen, jf strpl.§ 305. Dette tilsier at det ikke er tillatt å forsøke å påvirke lagrettens medlemmer og dommer

på en annen måte, altså utenfor rettssalen, jf Rt.2008 s.610 (avsnitt 31). Det finnes altså unntak fra ”ført under saken.” Dommerne kan bygge på generelle erfaringssetninger selv om disse ikke har vært gjort gjeldende under hovedforhandlingen.

Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulike bevisstyrke. Det er ofte slik at et bevis alene har liten bevismessig verdi, men får stor verdi sammen med andre bevis i saken. Politiet kan for eksempel ha funnet hår fra B på offeret A som alene ikke trenger å bety at B er gjerningspersonen, men viss B nekter kjennskap til offeret og hevder aldri å ha befunnet seg hjemme hos A, kan funnet av Bs hår sammenholdt med siktedes forklaring gi en sterkere indikasjon på at vedkommende er skyldig.

Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen, jf Rt.2005 s.1353 avsnitt 14. Begrepet ”moment” sikter til et argument som taler for eller imot et standpunkt. Det er slik at hvert enkelt vilkår i straffebestemmelsen må være bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil, men hvert eneste argument som for eksempel taler for et vilkår i straffebestemmelsen trenger ikke å være like overbevisende alene.

Etter at alle bevisene er ført i retten skal det foregå en samlet vurdering av materialet som skal ta stilling til om tiltalte er gjerningspersonen og i tilfelle, ”hvis mulig, med hvilken sannsynlighet.” Nedenfor viser jeg til hva Bratholm og Eskland sier om vurderingen av det samlede bevismaterialet, jf Anders Bratholm, Ståle Eskland «Justismord og Rettsikkerhet» (2008) s.189.

- 1) ”Hvis det foreligger ett eller flere bevis som isolert sett utelukker at tiltalte er gjerningspersonen, og de andre bevisene ikke med sikkerhet (utover enhver rimelig tvil) viser at tiltalte er gjerningspersonen, skal det legges til grunn at tiltalte ikke er gjerningspersonen.”

- 2) ”Hvis det ikke foreligger utelukkelsesbevis, og bevisene sett under ett tilsier at det er mer sannsynlig at tiltalte ikke er gjerningspersonen enn at han er det, skal det legges til grunn at han ikke er gjerningspersonen.”

- 3) ”Hvis bevisene sett under ett tilsier at det er mest sannsynlig at tiltalte er gjerningspersonen, men at det er rimelig tvil til stede, skal det legges til grunn at han er ikke skyldig. Dette følger av bevisbyrderegelen i straffesaker, som nettopp går ut på at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode i form av frifinnelse.”

- 4) ”Bare hvis alle bevisene sett under ett tilsier at det er tilnærmet sikkert (utover enhver rimelig tvil) at tiltalte er gjerningspersonen, skal det legges til grunn at han er det.”

Når det gjelder flere tiltalte, har hver og en av dem krav på en selvstendig vurdering. Det skal i forbindelse med det som er sagt og det som ikke er sagt, måten det er sagt på og sannsynligheten og troverdigheten ved avgitte utsagn vil kunne få betydning ved bevisvurderingen, jf tingretts avgjørelse TOSLO -2008 -79869 (punkt 4).

5.2 Prinsipp om fri bevisbedømmelse

I norsk straffeprosess foreligger det et ulovfestet prinsipp om fri bevisbedømmelse. Fri bevisbedømmelse er hovedregelen i norsk straffeprosess. Det foreligger ingen regler om hvilken verdi bevisene skal ha. Domstolen står dermed i utgangspunktet ganske fritt i sin bedømmelse av bevisverdien av de bevis som foreligger i saken. Dommerne kan treffe sin avgjørelse etter sin frie overbevisning på grunnlag av det bevismaterialet som ble ført under hovedforhandlingen. Dette innebærer at dommerne selv kan bestemme hvilken vekt de forskjellige bevisene skal tillegges. Dommeren kan bestemme selv hvilken betydning vitnes og siktedes forklaring skal tillegges. Prinsippet om fri bevisbedømmelse er kun et utgangspunkt som innebærer at retten likevel er underlagt visse begrensninger i sin undersøkelse av bevisene som har kommet fram under bevisførselen.

Hensynet som ligger bak prinsippet om fri bevisbedømmelse er at det antas at det riktige faktum best ivaretas når dommeren ikke er bundet til lovregler som angir de ulike bevismidlenes vekt og gjennomslag.

5.2.1 Begrensninger fra hovedregelen om fri bevisbedømmelse

Det følger både av juridisk litteratur og praksis at bevisbedømmelsen er underlagt visse begrensninger. Bevisbedømmelsen er for det første underlagt alminnelige krav til rimelig og begrunnet argumentasjon.

Det følger av den gamle strpl. 1887 § 349 andre punktum at bevisbedømmelsen skal skje på grunnlag av ”en samvittighedsfuld prøvelse af de fremførte bevisligheder.”

Denne bestemmelsen ble ikke overført i straffeprosessloven fra 1981, men det følger både av praksis og teori at denne bestemmelsen likevel gjelder i dag. Andenæs henviser til den gamle strpl. av 1887 og mener på grunnlag av at overbevisningen skal være bygget på en samvittighetsfull prøvelse, kan dommerne ikke nøye seg med en ureflektert intuisjon.

”Bevisstoffet må tankemessig bearbeides. Det forelagte bevis må sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den.” Johs Andenæs ”Norsk straffeprosess” (4. utgave) s.166.

Det følger også uttrykkelig av dommen TOSLO -2008 -79869 (punkt 4) at retten skal foreta en samvittighetsfull prøving av de fremlagte bevis i henhold til prinsippet om fri bevisbedømmelse. Bevisbedømmelsen skal være genuin. Avgjørelsen skal ikke bygge på utenforliggende og urimelige hensyn.

Strandbakken gir uttrykk for at bevisbedømmelsen må bygge på en rasjonell og logisk modell, som muliggjør at samfunnsmedlemmene som sådanne kan forstå hvorfor resultatet ble som det ble. Bevisbedømmelsen må dermed ikke bygge på ren intuisjon eller ureflekterte helhetsbetraktninger. (Strandbakken, 2003 s.244).

Ragna Aarli poengterer det faktum ”at bevisbedømmelsen er fri ikke betyr at bevisbedømmelsen skjer vilkårlig, men følger en kognitiv interesse i å skape en forståelig og mest mulig plausibel sammenheng av et informasjonsunivers,” jf Ragna Aarli ”DNA BEVIS” (2011) S.108.

Bevisbedømmelsen skal foregå på en slik måte at den sikre at prinsippet om at rimelig tvil kommer tiltalte til gode. Dommerne skal ta stilling til om den oppfatning de har oppnådd gjennom bevisbedømmelsen, er tilstrekkelig til å oppfylle det strafferettslige beviskravet.

Rt.1998 s.11 (s.19) Høyesterett uttrykker at domfellelsen fra underinstansen er ”foranket i bevisførsel på uttalelser fra de involverte personer – polititjenestemennene og den pågrepne – og der tjenestemennenes uttalelser er blitt tillagt avgjørende vekt.” Polititjenestemennenes forklaringer ble lagt til grunn som bevis for at beskyldningene var usanne slik at det forelå falsk forklaring om politivold. Høyesterett kom fram til at dette ikke er en bevisvurdering som i tilstrekkelig grad tar hensyn til den viktige rettssikkerhetsgaranti som ligger i at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Høyesterett mener at en slik forklaring fra polititjenestemennene burde støttes av andre tungtveiende bevismidler for at falsk forklaring kan anses ført.

Det er også viktig at retten i sin begrunnelse ikke ordlegger seg slik at det kan oppstå tvil om prinsippet om rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er fulgt. Hvis rettens begrunnelse av sin avgjørelse skaper tvil om prinsippet er fulgt, er ikke de krav som stilles til begrunnelse oppfylt slik at dommen kan oppheves. (Rt.2010 s.89).

5.2.2 Noen svakheter ved bevisbedømmelsen

Det kan hende at dommerne bedømmer bevisene ulikt. Det som vil overbevise en person, er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å overbevise den andre.

Bevisbedømmelsen er underlagt visse begrensninger som jeg nevnte ovenfor, men disse er ikke en eksakt vitenskap. Konsekvensen av dette kan være at sakens dom vil beror på hvem som foretar bevisbedømmelsen.

Det kan foreligge uenighet om hvilken vekt en vitneforklaring skal tillegges. De ulike dommerne kan ha tolket vitnes forklaring forskjellig og eventuelt ha ulike oppfatninger om vitnes troverdighet. Det kan foreligge forskjellige oppfatninger av det som har skjedd i retten, forskjellige syn på de erfaringssetninger som anvendes ved vurderingen, jf Andenæs ”Norsk straffeprosess” (4. utgave) s.166.

Bevisbedømmelsen er begrenset til å gjelde det materialet som har blitt ført i retten, som innebærer at dommerne ikke nødvendigvis har den tilstrekkelige informasjonen til å foreta en korrekt slutning fra bevisene.

Graver gjør gjeldende at ”slutningen er ikke overbevisende på annen måte enn at den virker rimelig ut fra det vi for tiden vet, slik at vi ikke finner grunn til å stille spørsmål ved den.” Det er slik at ”vi leter etter en forklaring, gjerne i en form av en fortelling om hva som har skjedd.” (Hans Petter Graver ”bevisbedømmelse – uvitenskapelig magesfølelse eller rasjonell helhetsvurdering” (Tidsskrift for rettsvitenskap 2009) s.206)

Politiet prøver først gjennom sin etterforskning å komme fram til hva som har skjedd og deretter prøver påtalemyndigheten å beskrive dette hendelsesforløpet så presist som mulig på bakgrunn av ulike bevisfunn. Påtalemyndigheten skaper et bilde for retten som har til formål å overbevise retten om tiltaltes skyld. Det er ikke nødvendigvis slik at bilde viser den hele sannheten. Det kan hende at påtalemyndighetens påstand om tiltaltes skyld ville ha fått et svakere eller sterkere preg dersom retten hadde et fullt bevisbilde. Det blir umulig for retten å ta stilling til momenter som de ikke har noen kunnskap om. De kan kun bygge sin slutning på det de vet som innebærer slik Graver mener at slutningen blir kun overbevisende ut fra det vi vet.

Under pkt. 2.3 uttalte dommer nr 10:

”Tiltaltes forklaring må vurderes ut fra muligheten for at en alternativ forståelse av bevisementene kan frita tiltalte for tilknytning til overtredelsen. Men ved bedømmelse av disse mulighetene tar jeg ikke i betraktning muligheter som ved en praktisk vurdering ut fra vanlig livserfaring må anses ekstremt lite sannsynlig.”

Det kan i virkeligheten skje rare, utenkelige situasjoner som vil anses som ”ekstremt lite sannsynlig,” som vil på bakgrunn av beviskravet bli karakterisert som en teoretisk, oppkonstruert og hypotetisk tvil.

Dommerne vil i praksis ta forbehold for at slike rare, sjeldne tilfeller kan oppstå.

Dommer nr 7 (pkt.2.3) uttalte:

”Selv om en faktisk anførsel ved første blick kan virke teoretisk eller oppkonstruert, må den vurderes og man kan ved nærmere ettertanke finne at det er vanskelig å se bort fra den.”

Dommer nr 15 uttalte:

”Praktiseringen av beviskravet kan bli lemfeldig om man for lett avviser tvils anførsler som oppkonstruerte fordi man har opplevd mange «oppkonstruerte» før. Det skjer rare ting i virkeligheten!”

Dommer nr 16 uttalte:

”For min egen del legger jeg også vekt på at alternative forklaringer eller bevisfortolkninger ikke for lett legges til side som «oppkonstruerte», «hypotetiske» eller «teoretiske» tvilsgrunnlag. Virkeligheten er full av «uventede» hendelser – det usannsynlige skjer ikke sjelden.”

Dommerne tar forbehold for at det i virkeligheten kan skje rare ting som kan virke oppdiktet, likevel kan representere en virkelig hendelse. Jeg tror selv om dommerne tar slik forbehold at det likevel i praksis vil være vanskelig å vite når man skal legge til grunn en slik rar, utenkelig hendelse som virker oppdiktet til å være sant. Dommerne vil i slike tilfeller vurdere tiltaltes forklaring som lite sannsynlig som en teoretisk tvil. Det vil dermed være en større mulighet for at hensynet bak beviskravet blir ivaretatt når retten står ovenfor en ”normal” ”tenkelig” situasjon, altså overfor en situasjon hvor de fleste kan tenke seg som høyt sannsynlig. Det vil ikke alltid være riktig og beviskravet

vil da ikke bli ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen når retten står ovenfor et tilfelle som virker lite tenkelig/ oppdiktet som likevel er sant.

Det kan videre foreligge svakheter ved de bevismidlene som blir ført i retten, jf nedenfor (pkt.5.2.3).

5.2.3 Svakheter ved bevismiddel

I en straffesak blir det ofte ført tekniske bevis og ifølge Bratholm og Eskland er slike bevis en viktig årsak til justismord. De viser til at tekniske bevis blir presentert som avgjørende bevis for at offeret og tiltalte har vært i kontakt med hverandre, og/ eller at tiltalte har vært på gjerningsstedet på det avgjørende tidspunktet, uten at det er grunnlag for det.

Bratholm og Eskland viser til Torgersensaken hvor de tre tekniske bevisene, tannbittbeviset, avføringsbeviset og barnålbeviset ble presentert slik at de med stor grad av sikkerhet knyttet Torgersen til drapet. I dag er det på det rene at dette var feil. Anders Bratholm, Ståle Eskland «Justismord og Rettssikkerhet» (2008) s.185-188

Det foreligger også svakheter ved vitnebevis. Menneskes evne til å observere på pålitelig måte er dårlig. Det følger av vitnepsykologisk forskning at alle de inntrykk som treffer våre sanser til enhver tid, er hjernen kun i stand til å huske, og gjenfortelle et lite utvalg. I ettertid fortolkes dette utvalget i lys av tidligere erfaringer og forventninger. Vitnepsykologene kaller det kognitiv redigering. Den kognitive redigeringen foregår i alle situasjoner, også i situasjoner av dramatisk karakter som når noen blir vitne til et drap. Dette medfører at upåliteligheten av vitneutsagn kan få katastrofale konsekvenser for etterforskning, tiltale og dom. Bratholm og Eskland viser til en gjennomgang av 205 rettssaker fra USA der den tiltalte etter all sannsynlighet var

uskyldig dømt, og hovedårsaken i 100 av disse tilfellene var at øyenvitner hadde identifisert feil person. De viser til nyere studier (USA) basert på DNA – bevis, som gir vitners feilidentifisering skylden for over 80 prosent av saker der uskyldige er dømt, også til døden. Bratholm og Eskland viser til science artikkel august 2005 hvor det har blitt analysert årsaken til 86 dokumenterte justismord. Feilaktige vitneforklaringer, løgn eller feilobservasjoner forelå i nesten 90 % av de 86 dokumenterte sakene om justismord.

Bratholm og Eskland gir uttrykk for at vitner lyver oftere enn vi liker å tro og vi har ingen gode kriterier for å avgjøre om et vitne snakker sant eller ikke. De mener dommerne vil derfor falle tilbake på en bedømmelse av vitnets generelle troverdighet ut fra noen enkle kjennetegn. Det er ifølge Bratholm og Eskland ikke grunnlag for å tro at personer som har en høy generell troverdighet, er bedre observatører og derfor også mer pålitelige vitner enn personer med generell lav troverdighet, jf Bratholm og Eskland (2008) s.185-188.

Vitnepsykologisk forskning viser at vitneforklaringer ofte er uriktige, og at vi ikke har noen kriterier for å avgjøre når det er tilfellet. Det er grunn til å tro at sannferdige forklaringer gjennomgående er mer ustrukturerte enn ikke sannferdige forklaringer. Dette er til liten nytte når vi skal ta stilling til om den konkrete forklaring er sann eller ikke, jf Bratholm og Eskland (2008) s.185-188

5.3 Bevisteorier

5.3.1 Innledning

Det er utviklet ulike bevisteorier som har til formål å demonstrere en struktur som er anvendelig og egnet til å avgjøre om det alminnelige strafferettslige beviskravet er oppfylt eller ikke i den enkelte sak. Altså meningen med bevisteorier er å danne en metode for hvordan bevisbedømmelsen bør være for best å ivareta beviskravet.

Bevisbedømmelsen er i utgangspunktet fri, men likevel undergitt visse begrensninger. (pkt.5.2.1). Strandbakken viser til at på grunnlag av at bevisbedømmelsen er underlagt visse krav, er det utviklet ulike bevisteorier som har til hensikt å angi hvordan dommerne kan sikre seg at riktig faktum blir lagt til grunn. Målet for bevisbedømmelsen er nemlig at det faktum som legges til grunn, uttrykker de faktiske forhold.

Det foreligger ingen lov om at bevisbedømmelsen skal anvende noen bestemt bevisteori, men bevisteorier kan fungere som retningslinjer for hvordan bevisbedømmelsen bør finne sted.

Strandbakken mener at utviklingen av en bevisteori bør ha et normativt formål, slik at den bør ta sikte på å gi anbefalinger til bevisbedømmeren om hvordan han skal resonnerer ved bedømmelsen, jf Asbjørn strandbakken "Uskyldspresumsjonen" (2003) s.213.

Det kan stilles spørsmål ved om det å opprette bestemte retningslinjer for bevisbedømmelsen, vil bedre ivareta beviskravet.

Fremstillingen nedenfor er en generell oversikt som hovedsakelig tar utgangspunkt i Strandbakkens (2003) fremstilling av de ulike bevisteoriene. Fremstillingen kommer dermed til å være meget overfladisk. Jeg velger å presentere disse teoriene kort siden de prøver å vise hvordan man kan tilnærme seg bevisvurderinger og beviskravet.

5.3.2 Frekvensteoriene

Frekvensteoriene bygger på matematisk sannsynlighetsberegning. Strandbakken viser til at det er utviklet to forskjellige metoder, 1) Verdimetoden, 2) Temametoden. Sannsynlighetsberegningen er fundamentet for vurderingen. Ved verdimetoden vurderer dommerne i utgangspunktet hvilken bevisverdi det enkelte beviset skal ha. Deretter hvilken grad bevisverdien sannsynliggjør sakens bevistema. Temametoden er spørsmålet om de fremførte bevis i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort bevistemaet.

Den førstenevnte metoden (verdimetoden) skal hvert bevis gis en bestemt verdi. Vi kommer fram til bevisets verdi ved å ta utgangspunkt i vitnebeviset. For å vurdere vitnets bevisverdi må dommerne trekke inn visse hjelpefakta. Hjelpefakta kan være ”vitnets avstand til gjerningsstedet, om han har godt eller dårlig syn. Dessuten må man ta i betraktning muligheten for feiloppfattelser, erindringsforskyvning og andre forhold som svekker den menneskelige gjengivelsen av et hendelsesforløp.”

”Ut fra generelle erfaringssetninger vet man at vitneforklaringer under de gitte omstendigheter i et visst antall tilfeller er uriktige.”(Strandbakken s.217)

Det må tas stilling til om vitnet ha godt eller dårlig syn, om det var mørkt eller lyst ute og om vitnet så handlingen på avstand eller på nært hold. Hvis vitnet observerte hendelsen på nært hold, vil vitneutsagnet få en større bevisverdi enn om vitne observerte på avstand. Det er meningen at en slik fremgangsmåte skal gi grunnlag for en sikrere bedømmelse av observasjonen, men at totalbedømmelsen må skje intuitivt da det ikke finnes noen erfaringssetninger som passer i en så vidt sammensatt og unik situasjon som vitneforklaringer avspeiler. Derfor kan det ikke gis en detaljert beskrivelse av hvordan dommerne kommer fram til sluttresultatet ved å anvende verdimetoden. Bevisverdien dommerne har kommet fram til skal oppfylle beviskravet for å domfelle tiltalte. (Strandbakken s.216-218).

Temametoden foregår slik at dommerne må foreta en sannsynlighetsvurdering for og imot det angitte bevistemaet. Hvert bevis må ses i lys av generelle erfaringssetninger og ved hjelp av disse erfaringssetninger skal dommerne vurdere sannsynligheten for at bevistemaet er oppfylt. Bevistemaet kan være i denne sammenheng påtalemyndighetens påstand om at A slo B flere ganger i hodet med et balltre som førte til at B døde kort stund etter slagene.

Strandbakken nevner at bevistemaet blir omtalt som en hypotese – X. Til en hypotese blir det oppstilt en motsetningshypotese – ikke –X. Gjennom en slik tosidig sannsynlighetsbegrep vil sannsynligheten for X si oss noe om sannsynligheten for ikke X. Strandbakken viser at setter vi X til 60 % sannsynlighet, vil det være 40 % sannsynlighet for ikke X. Sannsynligheten for at bevistemaet er oppfylt, vil ifølge Strandbakken bero på i hvilken utstrekning dommerne kan legge til grunn at beviset for temaet er sant. Når det gjelder hvilken sannsynlighet en påstand har ut fra erfaringssetninger uten at det foreligger noen bevisføring, er sentralt ved bruk av temametoden (opprinnelsessannsynlighet). (Strandbakken s.218-219).

Bratholm og Eskland sier noe om sannsynlighet generelt og om sannsynlighet i det enkelte tilfelle. De nevner at i det virkelige liv forekommer sammenheng mellom faktiske forhold med større eller mindre grad av hyppighet. Det vil generelt være slik at blodspor fra andre enn offeret på et drapssted oftere stammer fra gjerningspersonen enn fra en person som ikke har noe med drapet å gjøre.

Bratholm og Eskland nevner at slike generelle sammenhenger ikke er avgjørende når vi skal ta stilling til spørsmålet om det er bevist at tiltalte er gjerningspersonen i et konkret tilfelle. Det er kun en vurdering av blodsporet sett i sammenheng med andre bevis som kan kaste lys over dette spørsmålet. Hvis for eksempel tiltalte kan sannsynliggjøre at han var et annet sted enn på drapsstedet da drapet ble begått, blir spørsmålet om det kan være andre grunner enn drapet til at hans blod ble funnet på drapsstedet. Hvis dette kan

sannsynliggjøres, skal tiltalte frifinnes selv om den generelle sannsynligheten for at hans blod skulle finnes på åstedet uten at han var drapsmannen, er svært liten.

De nevner videre hvis et bevis er av en art som forekommer ofte, vil dette ikke gi noen særlig veiledning med hensyn til om tiltalte er skyldig eller ikke. Bratholm og Eskland viser med eksempel visst gjerningspersonen hadde blå øyner og tiltalte har blå øyner, gir det ikke mening å si at de blå øynene trekker i retning av at tiltalte er skyldig. Hvis derimot et fenomen er sjeldent, og det sjeldne fenomenet også "kleber" ved tiltalte, er det nærliggende å trekke den slutningen at det med stor sannsynlighet knytter tiltalte til handlingen. Det er ifølge Bratholm og Eskland aldri mulig å trekke noen direkte slutninger fra generell sannsynlighet til at det er stor sannsynlighet for at tiltalte er gjerningspersonen. Det er kun når det ikke finnes noen alternativ hypotese, altså når det ikke finnes en annen mulig forklaring på funnet enn at det stammer fra tiltalte, kan man slutte fra det faktum at et forhold er "sjeldent forekommende, til en høy grad av sannsynlighet for årsakssammenheng." (Bratholm og Eskland s.181. 2008).

5.3.3 Beslutningsteorien

"Beslutningsteorien tar også utgangspunkt i frekvensbetraktninger. Men etter denne teorien bør beviskravet og bevisbyrden i straffesaker bestemmes ut fra en avveining mellom samfunnsnyttene og ulempene av en uriktig dom."

Risikoen for at uskyldige dømmes, skal avveies mot samfunnets interesse i straffeapparatets effektivitet og hensynet til allmennprevensjonen.

"Ved å sette ulempene opp mot nytten etter formelen bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig blir dømt, er det mulig å utregne beviskravet for fellende dom til ca 90 %." Strandbakken viser til at problemet med denne modellen er å bestemme nytten og

ulempen. En del vil muligens gi hensynet til allmennprevensjonen og et effektivt strafferettsapparat en høyere verdi enn hensynet til å unngå uriktige avgjørelser. I tillegg mener han at en slik modell i for liten utstrekning vil ta hensyn til de individuelle forhold i den enkelte saken. (Strandbakken s.222-223).

5.3.4 Syntesemodellen

Syntesemodellen beskrives som en ”syntese mellom faktum og jus.” Metoden bygger på frekvensteoriene, men tar ikke stilling til om dommerne bør bruke et ensidig eller tosidig sannsynlighetsbegrep. Strandbakken viser til Nygaards utgangspunkt om at beviskravet er en rettslig norm hvor det nærmere innholdet må kartlegges gjennom vanlige rettskilderegler. Beviskravet skal fastlegges med utgangspunkt i hvilke formål og hensyn som gjør seg gjeldende.

”Det foreliggende faktum i tilknytning til det aktuelle beviset må tilordnes og vurderes mot den bevisrettslige normen. Om et forhold skal anses tilstrekkelig bevist, blir avgjort gjennom en syntese mellom hensynene som begrunner det aktuelle beviskravet, og om det foreliggende fakta kan anses tilstrekkelig for at det er oppfylt.” (Strandbakken s.224)

Om et forhold skal anses tilstrekkelig bevist, vil fremkomme gjennom et samspill mellom en tolkning av beviskravet og subsumsjonen av bevisfakta mot beviskravsnormen. (Strandbakken s.223-224).

5.3.5 Den normative atferdsteori

Zahle mener at det i virkeligheten aldri vil forekomme ideelle forutsetninger som er nødvendige for at frekvensteoriene kan gi tilstrekkelige holdepunkter for at et faktum som ligger til grunn for den juridiske avgjørelsen, avspeiler det riktige faktum.

Frekvensteoriene tar ikke tilstrekkelig hensyn til partenes opptreden, og innholder ikke noe normativt krav til partene, ifølge Zahle. Den normative atferdsteorien har dermed blitt lansert av ham.

Zahles teori bygger på at dommerens forståelse av faktum som ledd i å treffe judisielle avgjørelser, finner sted innenfor en prosess med to selvstendige parter.

Strandbakke viser til Zahle 1976 s.769

”Teorien innholder en ”adfærdsvurdering” fordi den kæder dommerens oppfatelse af parternes adfærd omfatter så vel aktivitet som passivitet, så vel førprocessuel adfærd.”

Ifølge Strandbakken innebærer dette at bevisvurderingen må ta hensyn til hvem av partene som er nærmest til å sikre eller føre beviset for det aktuelle bevistemået. ”Tvil om et gitt bevistemå vil gå ut over den parten som unnlater å føre bevis han kan fremskaffe.”

Strandbakken mener at den normative atferdsteorien fremtrer velegnet til å fordele bevisbyrden og gi grunnlag for å foreta bevisbedømmelse i saker med likestilte parter. Zahle mener at teorien også er velegnet i straffesaker.

Strandbakken viser til Zahle (1976) s.658

”Det er ikke kun mod anklagemyndigheden, at den normative adfærdsvurdering retter sig. Også den tiltalte pålegges bestemte bevismæssige opgaver. Som et eksempel herpå

er tidligere omtalt den tiltaltes bidrag med hensyn til afklaring af, om den tiltalte havde forsæt.”

Strandbakken er uenig med Zahles oppfatning på dette punkt om at tiltalte pålegges en bevisbyrde. Strandbakken utrykker at den riktige forståelsen er at tiltaltes taushet eller unnvikelse kan være et relevant bevismoment i saken.

Strandbakken mener når det gjelder spørsmålet om utgangspunktet (påtalemyndigheten har bevisbyrden) kan fravikes og ved tolkningen av det enkelte bevisdata, kan atferdsteorien gi verdifulle forståelse av hvordan bevisbedømmelsen bør foretas. Strandbakken viser til at når påtalemyndigheten har fremlagt en rekke bevis, vil tiltaltes passivitet etter omstendighetene kunne tale for at påtalemyndighetens anklager er riktig, selv om tausheten ikke kan være hovedbeviset. I tillegg synes Strandbakken det er bra at teorien i liten grad fokuserer på matematiske sannsynlighetsformular som ofte er kompliserte for retten til å forholde seg til. (Strandbakken s.225-228).

5.3.6 Den induktive metode

Den induktive metoden er utviklet av Cohen som legger til grunn at valg av metoder må bygge på hvordan vanlige mennesker resonnerer når de treffer avgjørelser i hverdagen. Cohen mener at denne metoden er mest hensiktsmessig ved bevisbedømmelsen i sivile og straffesaker.

”Utgangspunktet for den induktive metoden er at erkjennelse om det faktiske hendelsesforløpet må skje ved at man setter opp en hypotese som deretter må verifiseres eller falsifiseres.” (Strandbakken 2003 s.228)

Med utgangspunkt i gitte bevisdata kan dommeren på bakgrunn av generelle erfaringssetninger trekke slutninger om det videre hendelsesforløpet. Metoden bygger altså på sunn fornuft betraktninger.

5.3.7 En pragmatisk bevismodell

Pragmatisk bevismodell er utviklet av Dissen som bygger på en analyse av Høgsta Domstolens praksis etter 1980. Metoden tar utgangspunkt i det strafferettslige beviskravet om at tiltaltes skyld må være bevist ut over rimelig tvil. Domstolen har som mål å oppstille andre tenkbare forklaringer enn den gjerningsbeskrivelsen som følger av tiltalen med hjelp av omstendigheter. Hvis en slik alternativ forklaring kan konkretiseres kan også dens rimelighet prøves. Dersom retten ikke kan utelukke den alternative muligheten skal den tiltalte frikjennes. Diesen 1994 s.120.

Denne modellen er kun tilknyttet bevisbedømmelsen i straffesaker. Først må det foreligge bevis for den hypotesen som påtalemyndigheten har stilt opp, og deretter er det grunn til å vurdere sannsynligheten for alternative hypoteser. "Hypotese" er en påstand som oppstilles uten at den er verifisert. En påstand slutter å være en hypotese når den kan verifiseres eller falsifiseres. Det vil være i tiltaltes interesse å komme med en alternativ hypotese. Den alternative hypotesen kan kun legges til grunn når alternativet er rimelig og troverdig. Alternative må også være et tema og ikke bare et alternativt bevisfakta. Det er ikke mulig å spekulere i andre bevis enn dem som er fremlagt under hovedforhandlingen. Dissen slår fast at den alternative bevisprøvingshypotesen må ha substans. (Strandbakken s.231-234).

5.3.8 Konklusjon

Strandbakken mener at man bør oppstille en metode for bevisbedømmelsen i straffesaker. Han mener at en slik metode vil skape økt bevissthet om at bevismaterialet må underkastes en kritisk vurdering. Strandbakken mener også at ved å oppstille en metode vil man redusere usakelige, subjektive elementer ved bevisbedømmelsen, som kan redusere faren for at sakens utfall beror på hvem som foretar bevisbedømmelsen. Sakens utfall må så langt som mulig være personuavhengig.

Strandbakken mener videre at det er mer hensiktsmessig å oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen, fremfor å utforme en generell teori som ikke vil kunne være heldekkende på grunn av at virkeligheten er for nyansert til at alle spørsmål kan fanges opp i en teori. Det må tas utgangspunkt i at hver eneste sak er unik. (Strandbakken s.236, 238, 244).

Strandbakken mener at bevisbedømmelsen vil aldri kunne reduseres til en matematisk sannsynlighetsberegning, men må ses i lys av at det er tale om en psykologisk erkjenelsesprosess. (Strandbakken s.244).

Jeg synes disse overnevnte teoriene (metodene) er veldig teoretiske og kan bli vanskelig å forholde seg til i praksis. De ulike metodene kan være til hjelp i noen saker, men tror det er viktig at man anvender dem kun som et utgangspunkt og ikke blir for opphengt i disse metodene. Det kan være aktuelt å ta utgangspunkt i frekvensteoriene når retten skal ta stilling til f. eks. et vitneutsagn i forbindelse med en drapssak. Det kan da bli aktuelt å trekke inn visse hjelpefakta som vitnets avstand til gjerningsstedet, om han har gått eller dårlig syn for å avgjøre hvilken verdi som skal tillegges beviset (verdimetoden). Verdimetoden fokuserer på årsakssammenheng mellom bevis og bevistema. Temametoden er også anvendbar når retten skal avgjøre om den tiltalte er skyldig til drap. Ifølge temametoden må de fremførte bevis i tilstrekkelig grad sannsynliggjøre for at det angitte bevistema er oppfylt. Bevistema kan f. eks. være at A

slo B flere ganger slik at han døde. Retten må ifølge metoden ta stilling til hvor stor sannsynlighet som foreligger for at A slo B flere ganger slik at han døde, og hvor stor sannsynlighet for at A ikke slo B flere ganger på bakgrunn av de fremførte bevisene. Frekvensteoriene (verdimetoden, temametoden) bygger på matematisk sannsynlighetsberegning. Sannsynlighetsberegning er dermed fundamentet for vurderingen. Jeg er enig med Strandbakken om at bevisbedømmelsen aldri vil kunne reduseres til en matematisk sannsynlighetsberegning, men må ses i lys av at det er tale om en psykologisk erkjennelsesprosess. Jeg mener derfor at frekvensteoriene kan kun fungere som en anbefaling til bevisbedømmelsen og ikke som en generell anvendbar teori.

Den pragmatiske bevismodellen synes å være en anvendbar metode når vedkommende står tiltalt for drap. Det vil da være aktuelt å komme med en alternativ hypotese som retten må vurdere dens rimelighet. Den normative atferdsteorien er ikke anvendelig i straffesaker, men fremtre mer egnet i sivile saker. Dette er fordi det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i straffesaker og skal dermed bære risikoen for tvilen.

Jeg er altså enig med Strandbakken om at det vil være mer hensiktsmessig å oppstille retningslinjer for bevisbedømmelsen, istedenfor å utforme en generell teori. Dette er på grunn av at hver eneste sak er unik og det vil da være vanskelig å forholde seg til en bestemt teori/ metode.

5.4 Jurybevisbedømmelse

Beviskravet i strafferetten om at tvilen med hensyn til bevisbedømmelsen skal komme tiltalte til gode, skal håndheves like strengt av juryen som av dommerne.

Det er bevisene som blir fremlagt i retten som skal forstås og vurderes. Juryen kan stille spørsmål til vitner og sakkyndige under bevisførselen dersom de føler dette er nødvendig for å få en fullstendig og velegnet bevisbilde. Nygard, Lars-Jonas ”Lekdommerne i strafferettspleien – jury eller meddomsrett?” (2009) s.90.

Juryen skal studere alle bevisene som blir fremlagt under bevisførselen og vurdere deres innbyrdes vekt. Etter en nøye undersøkelse av vitneutsagn, siktedes forklaring og andre bevis, skal juryen trekke en slutning som skal lede til en avgjørelse av skyldspørsmålet. Juryen skal i likhet med saker som er satt med meddomsrett etter en samlet vurdering av momentene være overbevist om konklusjonen i saken.

Rettsbelæringen skal sikre riktig bevisvekting og lovforståelse. Lovanvendelsen skal bygge på lagmannens rettsbelæring om lovforståelsen. (Nygard (2009) s.93 og s.98).

Lagretten (juryen) skal treffe sin avgjørelse etter en samvittighetsfull prøving av bevisene på grunnlag av riktig forståelse av loven. Det finnes ulike ordninger som har som hensikt å sikre at dette forekommer. Lagretten blir stilt konkrete og individualiserte spørsmål som blir forklart av rettens leder. Lagrettens medlemmer blir i tillegg forklart hvilke rettssetninger de er bundet av, og bevisene blir oppsummert. (Se Rt.2009 s.750 avsnitt 68).

Hvis lagretten svarer ja på spørsmålet om tiltalte er skyldig, innebærer dette at lagretten har funnet alle vilkårene for å straffe oppfylt på bakgrunn av bevisførselen. Det er ikke mulig å basere sin avgjørelse på forhold eller opplysninger som ikke er fremkommet under hovedforhandlingen. Konklusjonen skal ikke baseres på utenforliggende og

urimelige hensyn. Juryen må også holde sine egne holdninger utenfor bevisbedømmelsen, men kan anvende generelle erfaringssetninger.

Lagrettsmedlemmer (juryen) får veiledning først i rettsbelæringen og bevisbedømmelsen må dermed holdes åpen helt til rettsbelæringen kommer.

Lagrettsmedlemmene skal ikke underveis i bevisførselen binde seg mentalt til en bevisvurdering som medfører at de stiller seg mindre åpne for senere bevistilbud.

Nygaard, Lars-Jonas ”Lekdommerne i strafferettspleien – jury eller meddomsrett?” (2009) s.128.

Det ble avgjort i plenumsavgjørelsen fra Rt.2009 s.750 at bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet må begrunnes selv om skyldspørsmålet er avgjort av en jury. Det foreligger likevel ikke en alminnelig regel om at juryen skal begrunne sin bevisbedømmelse. En begrunnelse for skyldvurderingen trenger kun å gis i de tilfeller hvor dette er nødvendig for å gi den domfelte og allmennheten et tilstrekkelig grunnlag for å etterprøve hvorfor han eller hun er erklært skyldig. (Rt.2009 s.1526 avsnitt 34 og 35 og strpl.§ 40).

Det følger av avsnitt 34 i dommen at det ofte vil fremgå uttrykkelig eller av sammenhengen hvilke bevis domfellelsen bygger på. Det vil dermed ikke være noe behov for at juryen begrunner sin avgjørelse. Det er et krav om at springende punkter må kun begrunnes i de tilfeller det er nødvendig for at domfellelsen skal etterprøves.

5.4.1 Når er retten satt med jury?

Når lagmannsretten skal behandle anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, settes retten enten med meddomsrett strpl.§ 332 eller med lagrette strpl.§ 352. Det følger av strpl.§ 352 at lagmannsretten skal under anke i straffesaker settes med lagrette

(jury) når det er anket over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet og anken gjelder straff for forbrytelse som etter loven kan medføre fengsel i mer enn 6 år. Strpl.§ 352 ramser opp noen unntak fra dette utgangspunktet i annet ledd nr 1-3. Legfolk består av vanlige uavhengige, upartiske mennesker som ikke er jurister.

5.4.2 Er en god bevisbedømmelse sikret gjennom juryordningen?

Lars Jonas Nygard har skrevet flere bøker og artikler om juryordningen og jeg kommer til å forholde meg til hans materiale nedenfor i min fremstilling om juryordningen sikrer en god bevisbedømmelse. Jeg kommer kun til å trekke fram noen sentrale hovedpunkter fra hans undersøkelse av juryordningen. Min fremstilling av Nygards materiale kommer dermed ikke til å være utfyllende.

Lars Jonas Nygard startet i 2002 et aktivt arbeid med studiet av lagrettens beslutningsprosess, hvor han intervjuet flere lagrettsmedlemmer. Nygard har på bakgrunn av sitt intervjumateriale konkludert med at det foreligger svakheter ved juryordningen som den er utformet i Norge ved at den ikke sikrer en god bevisbedømmelse. Nygard viser til at materialet viser at mange jurymedlemmer ”gjør opp en mening tidlig i saken, før de har fått forklart det strafferettslige beviskrav.” Det er slik at etter at beviskravet er forklart så er det 62 % som ikke husker hva lagmannen sa om ”overbevisning”, og 92 % som ikke husker hva som ble sagt om ”rimelig tvil.” Nygard ”Nærmer vi oss slutten av juryordningen” (lov og rett 02/2009).

Nygards hovedinntrykk er at mange lagrettsmedlemmer bygger opp en bevisvurdering uten å se de rettslige problemene i saken.(”Juryen for fall, demokrati og rettssikkerhet” (2010) s.71).

Nygaard har på bakgrunn av sin undersøkelse fra 2002 i ”Juryen for fall, demokrati og rettssikkerhet” valgt å gi en nærmere belystning av noen spesielle sider ved lagrettens beslutningsprosess. Jeg kommer nedenfor til å vise hen til noen av de spørsmål som ble stilt juryen av Nygaard og resultatet på disse.

”Hadde du etter bevisførselen oversikt over de viktigste bevis i saken” (s.93)?

Ja	83	71 %
Delvis	6	5 %
Nei	9	8 %
Vet ikke	19	16 %
Totalt	117	100 %

Nygaard viser til at det er uklart om ”oversikt” betyr ”i store trekk” eller ”full oversikt.” Han presiserte dermed under intervjuet slik: ”Fikk du tak i det vesentlige av bevismaterialet”? De fleste svarte bekræftende på dette. Det ser ut til at Nygaard stiller spørsmål ved juryens ærlighet på dette spørsmål. Han viser til at spørsmålsstillingen ”frister til svar som viser at medlemmet har bestått prøven, svarer man nei her, innrømmer man å ha vært med på avgjørelsen uten å ha den aller nødvendige forutsetningen på plass – oversikt over bevisbildet.” Forutsatt at jurymedlemmene har svart ærlig på dette spørsmålet, viser resultatet et bra bilde hvor 71 % har etter bevisførselen oversikt over de viktigste bevis i saken.

Jurymedlemmene har en adgang til å stille spørsmål til vitner og sakkyndige og medlemmene skal gjøres kjent med denne adgangen. Nygaard spurte om juryen ble informert om dette.

”Ble dere orientert om spørsmålsadgangen” (s.100)?

Ja	59	50 %
Nei	7	6 %
Husker ikke	51	44 %
Totalt	117	100 %

De fleste svarer ja på at de har fått en orientering. Det er videre viktig at juryen benytter denne adgangen og det må være praktisk mulig å stille spørsmål. Nygard stilte dermed et oppfølgingsspørsmål.

”Ville dere gjerne spurt om mer” (s.101)?

Ja	55	47 %
Nei / vet ikke	62	53 %
Totalt	117	100 %

Nygard uttrykker at lagrettsmedlemmene bør føle seg mer fri til å spørre under bevisførselen. Det kan ofte forekomme behov for spørsmål etter at for eksempel vitne er ferdig å forklare seg for retten. Jurymedlemmene har ikke blitt gjort oppmerksom på at de kunne få vitner og sakkyndige tilbake. Spørsmålsordningen kan hjelpe juryen i sin bedømmelse av bevisene i saken. Det er dermed viktig at juryen benytter seg av denne adgangen slik at de kan få et fullt bevisbilde som kan lede til en god bevisbedømmelse, jf Nygard s.102.

Nygard tar videre stilling til om ”informasjonsmengden” behandles med sikte på en ”samlet bevisvurdering”, eller om bevisbedømmelsen låses før bevismaterialet er fremlagt i sin helhet. Den endelige bevisbedømmelsen krever at bevisene er oppfattet med riktig vekting og sammenholdt med beviskravet. (Se s.103).

”Hadde du etter bevisførselen en klar bevisvurdering” (s.104)?

Ja	62	53 %
Ja, men fortsatt åpen	11	9 %
Delvis	13	11 %
Nei	4	3 %
Vet ikke	27	23 %
Totalt	117	100 %

Spørsmålet kom etter at Nygard hadde spurt informantens oversikt over de viktigste bevisene i saken, og ble etter hans mening oppfattet slik:

”Hadde du da en klar oppfatning av de faktiske forhold i saken” (s.104)?

Nygards resultat viste at over halvparten hadde en bevisvurdering klar og i ca 20 % av sakene holdt respondenten seg åpen. Juryen skal holde bevisbedømmelsen åpen helt til rettsbelæringen er kommet. Det er skremmende at så mange har en klar bevisvurdering før rettsbelæringen som ikke er i samsvar med forutsetningen for god bevisvurdering, jf Nygard s.175.

”Hadde du en klar oppfatning om skyldspørsmålet da du gikk til rådslagningen” (s.105)?

Det er rådslagningen som åpner for den endelige drøftelsen av bevisbedømmelsen som skal lede fram til en kjennelse.

Nei	8	6 %
Ja	137	94 %
Totalt	145	100 %

Ja gruppen ble spurt om å presisere svaret.

”Er det en foreløpig oppfatning som er åpen for justering under rådslagningen, eller er det en sikker oppfatning”? ”I hvilken retning, ja eller nei” (105)? 61 % hadde en sikker

oppfatning om skyldspørsmålet da de gikk til rådslagningen. 4 % hadde en foreløpig oppfatning som er åpen for justering under rådslagningen. 31 % hadde en oppfatning om skyldspørsmålet før de gikk til rådslagningen, men det var ikke en sikker oppfatning. 3 % hadde en oppfatning som ikke var sikker og åpen for justering under rådslagningen.

Ja	84	61 %
Ja, men åpning	6	4 %
Nei	43	31 %
Nei, men åpning	4	3 %
Totalt	137	99 %

Ja gruppen ble spurt:

”Hvis du ikke var i tvil, kan du da huske når under forhandlingene du begynte å helle i den retning” (s.105)?

Vet ikke, prøver å holde igjen	3	4 %
Etter tiltaltes forklaring	32	38 %
Etter fornærmedes forklaring	9	11 %
Tidlig under vitneførselen	11	13 %
Et stykke ut i saken	16	19 %
Vet ikke	13	15 %
Totalt	84	100 %

Neste spørsmål ble formulert slikt:

”Kan du huske når du følte deg overbevist” (s.106)?

Etter tiltaltes forklaring	3	4 %
Etter dokumentasjon og øvrige forklaringer	26	31 %

Gradvis	22	26 %
Etter prosedyren og rettsbelæringen	19	23 %
Vet ikke	14	16 %
Totalt	84	100 %

I dette stadiet er det ennå ikke blitt snakket om begrepet ”overbevisning” i forbindelse med bevisbyrderegele. Bevisbedømmelsen skal holdes åpen til bevisvekting er behandlet i rettsbelæringen.

”Husker du hva lagmannen sa om kravet til overbevisning og rimelig tvil” (s.119)?

”Om overbevisning”

Ja	44	38 %
Nei	73	62 %
Totalt	117	100 %

”Om rimelig tvil”

Ja	9	8 %
Nei	108	92 %
Totalt	117	100 %

Det er flere jurymedlemmer som husket hva som ble sagt om overbevisning enn om hva som ble sagt om rimelig tvil. Disse to begrepene henger sammen siden det er kun mulig å være overbevist når det ikke foreligger rimelig og fornuftig tvil. Alle vet når man føler seg overbevist, men det er viktig å se på de momentene i saken som skaper tvil for å vurdere om denne tvilen er rimelig eller ikke. Det er dermed utrolig viktig at

jurymedlemmene husker hva som blir sagt om begrepet rimelig tvil for å sikre en trygg overbevisning. Noen av jurymedlemmene hadde formulert det strafferettslige beviskravet noe så nært likt med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Hvordan kan juryen ivareta borgernes rettssikkerhet når de ikke husker hva som ligger i "overbevisning" og "rimelig tvil"? En forutsetning for god bevisbedømmelse er at riktig beviskrav blir lagt til grunn, jf s.175.

Jeg tror det er en større mulighet for at jurymedlemmene treffer sin avgjørelse på grunnlag av en overbevisning basert på egen magefølelse og/ eller fordommer. Det er ikke tilstrekkelig å begrunne sin overbevisning på et slikt grunnlag. (se pkt.2.1). Jurymedlemmer er ikke lært opp til å skille ut det som ikke er relevant, og det kan dermed hende at juryen i større grad enn hva fagdommerne ville ha gjort, bygger sin avgjørelse på utenforliggende og urimelige hensyn. Jeg mener dermed at juryordningen medfører en stor fare for utilstrekkelig bevisbedømmelse som igjen fører til at det strafferettslige beviskravet ikke fungerer etter sin hensikt. Juryordningen åpner for en større mulighet for at uskyldige kan bli dømt ved at de anvender et svakere beviskrav enn det strafferettslige.

Nygard viser til at rådslagningen blir ofte for raskt gjennomført slik at det ikke foreligger tilstrekkelig med tid og vilje til refleksjon og rasjonell tvilsvurdering. Det er denne siden som skaper risiko for feil ved bevisbedømmelsen, jf s.175.

Det er flere folk som er tilhengere av juryordningen og selv om Nygard skildrer et veldig negativt bilde, finnes det likevel mange gode argumenter til fordel for juryordningen.

En fagdommer er vant til å dømme og er dermed vant til f.eks å høre på tiltaltes bortforklaringer. Et argument for juryordningen er at den som ikke har domstolene som sin daglige arbeidsplass, kan se på saken med friske øyne. Det er viktig at hver sak blir sett på med friske øyne, men det er også viktig at juryen klarer å følge med. I

kompliserte juridiske spørsmål kan det være vanskelig for jurymedlemmene å følge med. Andenæs nevner dersom juryens mangel på erfaring fører ham på villspor, vil feilen trolig lettere føre til at han frifinner uten grunn enn til det motsatt, og at dette i alminnelighet ikke er så farlig.

Dommerrutine kan føre til at forhandlingen blir tatt for lettvtint og formløst. Juryordningen tvinger dommere og advokater til å følge formene og behandle den enkelte sak med alvor og grundighet.

Videre så kan en gruppe av vanlige mennesker (jurymedlemmer) tilføre domstolen erfaring og innsikt som fagdommer alene ikke besitter. En jury kan f.eks. ha faglig eller teknisk kunnskap som kan komme til nytte i den enkelte saken.

Et viktig argument for juryordningen er at den øker tillitten til rettspleien. Det er noen folk som lettere vil akseptere en avgjørelse som er truffet under medvirkning av sine likemenn enn av en fagdommer. (Johs. Andenæs "Norsk straffeprosess" 4. utgave s.108-111).

Jeg synes det finne både gode argumenter for juryordningen og gode argumenter mot ordningen. Jurymedlemmer kan treffe feil avgjørelse på grunn av utilstrekkelig bevisbedømmelse, men det foreligger en ordning som har til formål å rette opp slike feil, jf punkt 5.5.

5.5 Overprøving av juryens bevisbedømmelse

Det kan hende at fagdommerne er uenig med resultatet til juryen og at det er tydelig at juryens kjennelse bygger på uriktig lovforståelse eller utenforliggende hensyn. I slike tilfeller kan fagdommerne sette lagrettkjennelsen til side. Overprøving av jurybevisbedømmelse skal fungere som sikkerhetsventil. Hensynet bak beviskravet om å beskytte mot at uskyldig blir dømt til en straffbar handling blir ekstra ivare tatt gjennom adgangen til overprøving/ tilsidesettelse av lagrettens (juryens) kjennelse, særlig i de tilfeller hvor kjennelsen er i tiltaltes disfavour. Jeg kommer nedenfor til å se nærmere på hvilken adgang fagdommerne har til å sette en lagrettskjennelse til side som er i tiltaltes favør og i tiltaltes disfavour.

5.5.1 Overprøving av en kjennelse som er i tiltaltes favør

I hvilken utstrekning kan fagdommerne tilsidesette en frifinnelseskjennelse? Situasjonen er i dette tilfelle slik at juryen har funnet at tiltalte ikke er skyldig. Er fagdommerne bundet av en slik kjennelse av juryen?

Hvis lagretten svarer nei på skyldspørsmålet skal den tiltalte bli erklært uskyldig og lagrettens dom skal i utgangspunktet legges til grunn. Det er kun mulig å tilsidesette en nei kjennelse fra lagretten når fagdommerne enstemmig finner det "utvilsomt" at tiltalte er skyldig, jf Rt.2009 s.750 avsnitt 66 og strpl.§ 376 a. Det skal dermed mye til for å tilsidesette en uskyldig kjennelse ved at det må være opplagt at den tiltalte er skyldig. Fagdommerne kan ikke være i tvil og de må alle være enige. Fagdommerne har dermed ikke en åpen adgang til å sette til side juryens frifinnelseskjennelse. En tilsidesettelse av juryens frifinnelseskjennelse kan eventuelt lede til vedkommendes disfavour.

Rettsikkerhetshensynet tilsier at det skal mye mer til for at en kjennelse i tiltaltes favør skal kunne ende i tiltaltes disfavør enn det motsatte.

Bestemmelsen vil i virkeligheten være begrenset til de tilfeller hvor lagretten har vist grov uforstand eller havnet i strid med sine plikter om å dømme etter loven og sakens bevisligheter, jf Ot.prp.nr.60 (1993) s.4. Det vil i praksis være vanskelig å vite konkret hvorfor juryen har kommet fram til et benektende svar på skyldspørsmålet når de normalt ikke trenger å begrunne sin avgjørelse.

I de tilfeller hvor lagrettens kjennelse blir tilsidesatt, skal saken behandles på nytt for andre dommere, og under ny behandling skal lagmannsretten settes som meddomsrett med tre fagdommere og fire meddommere. Se strpl.§ 376a og § 376c, jf § 332. Ved den nye behandlingen skal lagmannsretten treffe en ny avgjørelse og de er dermed ikke bundet av de svar lagretten (juryen) tidligere har gitt på spørsmålene knyttet til tiltalen. Se Rt.2009 s.130 (avsnitt 16).

Retten står fritt ifølge bestemmelsen til å sette lagrettens kjennelse til side eller ikke når fagdommerne enstemmig finner det utvilsomt at tiltalte er skyldig. Når fagdommerne overveier å sette til side en frifinnende lagrettskjennelse, må retten ut fra sin egen bedømmelse av bevisene i saken, ta stilling til om tiltalte utvilsomt er skyldig, og eventuelt deretter ta standpunkt til om dette må lede til at saken skal undergis en slik ny behandling som bestemt i § 376 a. Se Rt.2007 s.230 (avsnitt 27 og 30).

5.5.1.1 Skal en tilsidesettelse av juryens frifinnelseskjennelse begrunnes?

I Rt.2007 s.230 kom kjærmålsutvalget fram til at en ubegrunnet beslutning om tilsidesettelse av en frikjennelse av juryen ikke var i strid med kravet til en rettferdig rettergang og tilsidesettelsen ble heller ikke ansett å være i strid med strpl.§ 376 a. Se også Rt.2010 s.606 og HR-2011-2206-U.

Det følger av strpl.§ 376 a at avgjørelsen treffes ved beslutning og det foreligger ingen krav om at en beslutning skal begrunnes. Det kan hende at en konkret avgjørelse vil være av en slik karakter at den krever begrunnelse. Rt.2007 s.230 avsnitt 16 og 17.

En avgjørelse etter strpl.§ 376 a medfører at saken skal undergis en fortsatt behandling i lagmannsretten. Skyldspørsmålet er dermed ikke rettskraftig avgjort. Tiltalte vil få sin sak avgjort på et senere tidspunkt og saken vil bli avgjort ved en begrunnet dom. Dermed mener Høyesterett kjærmålsutvalget at en ubegrunnet beslutning i et slikt tilfelle ikke medfører et brudd på kravet til en rettfærdig rettergang i EMK art 6. Se særlig avsnitt 18 og 19 i dommen (Rt.2007s.230).

Det fremkommer også i Rt.2007 s.230 avsnitt 21 at det fremgår uttrykkelig av lagmannsrettens beslutning at retten har funnet det utvilsomt at tiltalte er skyldig i det forhold som er beskrevet i det første hovedspørsmål og videre at lagmannsrettens beslutning er enstemmig. Dette kan gi en indikasjon på at det ikke er tilstrekkelig å tilsidesette juryens kjennelse i henhold til strpl.§ 376 a, uten først å gi uttrykkelig uttrykk for at de har funnet det utvilsomt at tiltalte er skyldig og at det foreligger enstemmighet. Ved at fagdommerne uttrykkelig nevner at vilkårene etter § 376 a er innfridd, vil det ikke foreligge noen tvil for om lagmannsretten har tilsidesatt en kjennelse i samsvar med deres adgang etter bestemmelsen.

5.5.2 Overprøving av en kjennelse som er i tiltaltes disfavør

I hvilken utstrekning kan fagdommerne tilsidesette juryens domfellelse? Situasjonen er nå slik at juryen har funnet tiltalte skyldig.

Hvis lagretten svarer ja på skyldspørsmålet skal den tiltalte bli erklært skyldig. I disse tilfellene skal det mindre til for å tilsidesette lagrettens kjennelse ved at et ja svar fra

juryen ikke er bindende for fagdommerne, jf strpl.§ 376 b og § 376 c. Det følger av § 376 b hvis retten finner at det forhold som er beskrevet i spørsmålet ikke er straffbart eller at straffeansvaret er falt bort, avsier den frifinnelsesdom. Dersom retten finner at tiltalte må dømmes for en mindre lovovertrædelse enn hva som følger av lagrettens kjennelse, avsier den dom i samsvar med det. Det følger av strpl.§ 376 c hvis lagrettens kjennelse går ut på at tiltalte er skyldig, men retten finner at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for hans skyld, kan retten beslutte at saken skal behandles på ny for andre dommere.

Det følger av ordlyden i § 376 c at retten "kan" og ikke "skal" som innebærer at det ikke er et absolutt krav om tilsidesettelse i de tilfeller hvor det ikke er ført tilstrekkelig bevis for tiltaltes skyld. Det følger av forarbeidene at fagdommerne ikke er forpliktet til å sette kjennelsen til side i alle tilfeller hvor den ville ha kommet til et annet resultat, siden det er lagretten som har det prinsipale ansvar for bevisbedømmelsen, jf Ot.prp.nr.35 (1978-1979), s.221. Høyesterett har gitt uttrykk for at grunnleggende rettssikkerhets hensyn tilsier at dersom det er "rimelig tvil om skyld" skal fagdommerne sette til side en kjennelse fra lagretten om at tiltalte er skyldig, jf Rt.2009 s.750 avsnitt 66. Høyesterett tolker dermed § 376 c slik at fagdommerne har en plikt og ikke en valgmulighet til å tilsidesette en kjennelse dersom de finner at det ikke er ført tilstrekkelig bevis for tiltaltes skyld. Høyesterett fraviker dermed forarbeidene og ordlyden på dette punkt.

Etter sikker praksis gjelder beviskravet om at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode ved skyldspørsmålet og når det ved straffutmålingen skal tas hensyn til omfanget av den straffbare handlingen, jf Rt1998 s.1945. Den logiske konsekvens av dette ifølge Skoghøy er at fagdommerne fullt ut må overprøve juryens bevisbedømmelse. Fagdommerne kan for eksempel ikke finne bevist en bestemt mengde kvantum narkotika som har blitt solgt, uten at de først har funnet det bevist at det foreligger narkotikasalg. Skoghøy, Jens Edvin A "Leder: Fra jury til meddomsrett" (lov og rett 2009 s.385).

Dersom en dom i en sak som er behandlet med lagrette oppheves av Høyesterett som følge av saksbehandlingsfeil, er det sikker rett at også den nye saken skal behandles med lagrett. Høyesteretts opphevelse av lagmannsrettens dom skal ikke likestilles med en tilsidesettelse av lagrettens kjennelse etter strpl.§ 376 c. Se Rt.2010 s.91 avsnitt 14 og 18.

Det er mulig å anke over lagmannsrettens beslutning om å sette lagrettens kjennelse til side.

I Rt.2008 s.1342 gjaldt det anke over lagmannsrettens beslutning om å sette lagrettens kjennelse til side etter strpl.§ 376 c. Høyesteretts ankeutvalg fant at uttalelser i rettsbelæringen i lagmannsretten om kravet til forsett bygget på uriktige lovtolkning og opphevet derfor beslutningen om at saken skulle behandles på ny med meddomsrett. Når rettsbelæringen på et sentralt punkt bygger på en lovtolkningsfeil, er det sannsynlig at lagmannsretten har tatt uriktig rettslig utgangspunkt også ved vurderingen av om lagrettens kjennelse skulle settes til side. Når lagmannsrettens beslutning ikke er begrunnet, vil det være usikkert om det rettslige utgangspunktet har hatt avgjørende betydning eller ikke for lagmannsrettens avgjørelse, jf avsnitt 19 og 20 i dommen.

Når en uriktig lovtolkning har hatt betydning for lagmannsrettens avgjørelse om å tilsidesette juryens kjennelse i henhold til strpl.§ 376 c og når det er usikkert om en slik uriktig lovtolkning har hatt betydning, skal fagdommernes tilsidesettelse oppheves. Dersom det foreligger en uriktig lovtolkning som ikke har hatt betydning, vil det ikke foreligge grunnlag til opphevelse av fagdommernes tilsidesettelse av juryens kjennelse.

5.6 Sammenheng mellom beviskravet og bevisbedømmelsen

Det strafferettslige beviskravet er knyttet til en høy grad av sikkerhet i form av overbevisning. Det foreligger overbevisning når det ikke foreligger rimelig og fornuftig tvil om tiltaltes skyld.

Bevisbedømmelsen har til formål å finne ut hvor mye sannsynlighet det foreligger i det aktuelle tilfelle, for at et bestemt forhold kan være sant. En absolutt forutsetning for at riktig beviskrav blir lagt til grunn, er at dommeren trekker en god og korrekt slutning fra bevisene i saken. Bevisbedømmelsen er god og korrekt når bedømmelsen er et resultat av rasjonelle slutninger. Bevisbedømmelsen er underlagt visse begrensninger (pkt.5.2.1) som er en forutsetning for at det skal foreligge en god bevisbedømmelse.

Sammenhengen mellom beviskravet og bevisbedømmelsen er dermed slik at beviskravet er avhengig av en god bevisbedømmelse for at regelen skal få virkning i det norske rettssystemet.

6. Avslutning

Det første hovedspørsmålet som jeg ville finne ut av, er hvilken grad av sikkerhet som må foreligge for at et bestemt faktum skal legges til grunn.

Det alminnelige strafferettslige beviskravet sier noe om hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for å kunne legge til grunn et bestemt forhold. Et forhold kan kun legges til grunn når retten er sikker, slik at de er overbevist. Retten er ”overbevist” når det ikke foreligger en fornuftig og begrunnet tvil. Hvis det foreligger en slik tvil, skal retten ikke legge det aktuelle forholdet til grunn. Det foreligger en fornuftig og begrunnet tvil når det foreligger en praktisk, reell, realistisk mulighet for et faktum som innebærer at den tiltalte er uskyldig. Det følger av teori at det må kreves over 95 % sannsynlighet, noe så nær som 100 % sikkerhet for å kunne avsi fellede dom. (pkt.2.1)

Forlengelse av det første spørsmålet er om det stilles samme grad av sannsynlighet i henhold til alle straffbarhetsvilkårene som følger av straffeloven § 233 og § 239. Foreligger det samme beviskravet når retten skal ta stilling til objektiv skyld og subjektiv skyld?

Min undersøkelse viser at det alminnelige strafferettslige beviskravet gjelder i utgangspunktet like sterkt for alle straffbarhetsvilkårene som følger av straffeloven § 233 og § 239. Når retten skal ta stilling til objektiv skyld, kreves den samme grad av sannsynlighet for hvert enkelt objektivt vilkår som straffebudet oppstiller. Det foreligger ingen hensyn som kan tilsi at det strenge strafferettslige beviskravet skal lempes i forhold til noen av de objektive vilkårene.

Det alminnelige strafferettslige beviskravet skal også i utgangspunktet legges til grunn når retten skal ta stilling til om det foreligger subjektiv skyld. Andenæs mener at utgangspunktet er slik at tvil bør komme den tiltalte til gode ved alle straffbarhetsvilkårene, men dette innebærer likevel at det ikke kreves samme form for visshet angående alle spørsmål som retten står ovenfor, (se pkt.4.3). I min avhandling har jeg kommet fram til et slikt resultat at det ikke kreves like mye visshet for å legge til

grunn subjektiv skyld. Det er utformingen av skyldkravet som gjør at beviskravet blir lempet når retten skal ta stilling til subjektiv skyld. I norsk rett opererer vi med ulike skyldkrav som sannsynlighetsforsett, dolus eventualis, uaktsomhet og simpel uaktsomhet. Disse skyldformene er utformet slik at det ikke kreves like mye visshet for at retten kan sies å være overbevist. (pkt.4.5.5, 4.5.12, 4.5.13).

Når retten skal ta stilling til tiltaltes sinnstilstand, skal man ta utgangspunkt i det strafferettslige beviskravet, men det stilles likevel mindre krav til sannsynlighet ved at det er tilstrekkelig å slå fast psykotisk og utviklingshemmet i høy grad når det foreligger ”mer enn ren sannsynlighetsovervekt.” Beviskravet er ikke lempet når retten skal avgjøre om det foreligger bevisstløshet og mindreårig.

Deretter ville jeg finne ut om det alminnelige strafferettslige beviskravet skal legges til grunn i forhold til viktige momenter av betydning for straffeutmålingen og ovenfor fakta som omfatter prosessuelle spørsmål.

Det alminnelige strafferettslige beviskravet kommer også til anvendelse ved straffespørsmål. Høyesterett har slått fast et lempet beviskrav i forhold til straffutmålingsmomenter utenfor selve den straffbare handlingen. Det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, retten skal legge til grunn det mest sannsynlige når det gjelder straffutmålingsmomenter som ikke har direkte tilknytning til selve handlingen. Beviskravet er lempet ved avgjørelser som omfatter prosessuelle spørsmål, ved at det er det saksforholdet som retten finner mest sannsynlig som skal legges til grunn.

Andre hovedspørsmål som jeg ville finne ut av, er om beviskravet blir ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen.

Det er viktig at det alminnelige strafferettslige beviskravet blir håndhevet strengt, slik at regelen fungerer etter sin hensikt, som er å ivareta borgerens rettssikkerhet som innebærer at det materielle sannhetsprinsippet ikke ligger i fokus når retten skal treffe

sin avgjørelse. Det norske rettsystemet er bygd opp slik at det skal være bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig bli dømt.

Bevisbedømmelsen skal fremskaffe gode og rasjonelle slutning fra bevisene. Hvis retten klarer å foreta slike slutninger, er dette en god forutsetning for at beviskravet blir ivaretatt.

Nygaard sin forskning av juryordningen viser et skremmende bilde som kan gi en indikasjon på at jurymedlemmer legger feil beviskrav til grunn når de treffer deres avgjørelse. Det er en stor del jurymedlemmer som ikke husker hva som ligger i "overbevisning" og "rimelig tvil." Nygaard viser også til rådslagningen ofte blir for raskt gjennomført slik at det ikke foreligger tilstrekkelig med tid og vilje til refleksjon og rasjonell tvilsvurdering. (se pkt.5.4.2).

Det foreligger altså svakheter med juryens bevisbedømmelse som innebærer et dårlig grunnlag for at det strafferettslige beviskravet blir ivaretatt. Heldigvis har vi regler som har til formål å rette opp slike feil, når jurymedlemmer treffer feil avgjørelse på grunn av utilstrekkelig bevisbedømmelse. (se pkt.5.5). Overprøving av jurybevisbedømmelsen fungerer dermed som sikkerhetsventil. Når beviskravet ikke blir ivaretatt gjennom juryens bevisbedømmelse, kan den bli ivaretatt gjennom adgangen til overprøving/ tilsidesettelse av juryens kjennelse.

Det kan videre forekomme at dommerne legger for mye tillit til de ulike bevisene som blir ført i retten, som for eksempel vitnebevis og rettsmedisinske undersøkelser. Konsekvensen av dette kan bli at uskyldige mennesker blir dømt skyldig til drap. Det er mulig og vil ofte forekomme at det foreligger svakheter med de ulike bevisene som ble ført i saken og bevisbedømmelsen, jf pkt.5.2.3, 5.2.2. Det kan være vanskelig for retten å oppdage når for eksempel vitneforklaringen er uriktig, og siden vi ikke har kriterier for å avgjøre når dette er tilfelle, er det høyst sannsynlig at dommerne trekker feil slutning som igjen fører til at beviskravet ikke blir ivaretatt etter sin hensikt. Videre så kan rare utenkelige situasjoner som virker oppdiktet være sanne. Det kan i noen saker

være vanskelig å vite når man skal legge til grunn en slik rar, utenkelig hendelse som virker oppdiktet til å være sant. Dommerne vil da i slike tilfeller vurdere tiltaltes forklaring som lite sannsynlig som en teoretisk tvil. Det vil ikke alltid være riktig og beviskravet vil da ikke bli ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen.

Det foreligger i det norske rettsystemet visse betingelser for en god bevisbedømmelse:

- Bevisbedømmelsen er underlagt alminnelige krav til rimelig og begrunnet argumentasjon.
- Bevisbedømmelsen skal skje på grunnlag av ”en samvittighedsfull prøvelse af de fremførte bevisligheder.”
- ”Bevisstoffet må tankemessig bearbejdes. Det forelagte bevis må sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den.”
- Bevisbedømmelsen skal være genuin. Avgjørelsen skal ikke bygge på utenforliggende og urimelige hensyn.
- Bevisbedømmelsen må bygge på en rasjonell og logisk modell.

Alle disse nevnte punktene er gode forutsetninger for at beviskravet skal bli ivaretatt gjennom bevisbedømmelsen. Men det vil i praksis alltid forekomme tilfeller hvor beviskravet ikke blir ivaretatt, enten ved at det foreligger svakheter ved bevismidlene eller ved at retten og/ eller juryen ikke klarer å følge disse nevnte punktene.

Begrensningene som bevisbedømmelsen er underlagt, er i hvert fall et godt utgangspunkt for at beviskravet kan og vil bli ivaretatt, men bevisbedømmelsen vil ikke kunne sikre dette i alle tilfeller på grunn av de nevnte svakheter ved bevisbedømmelsen og bevismidlene. (se pkt.5.2.2 og 5.2.3).

7. Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs « Norsk straffeproses» 4.utgave

Andenæs, Johs «Alminnelig strafferett» 5.utgave

Andersen, Kjell V. ”Strafferettslig nødrett” (1999)

Bratholm, Anders ”Strafferett og samfunn” (1980)

Bratholm, Anders, Eskeland, Ståle ”Justismord og rettsikkerhet” (2008)

Eskeland, Ståle «Strafferett» (2.utgave)

Fredriksen, Steinar ”Innføring i straffeprosess” 2.utgave (2009)

Robberstad, Anne «Sivilprosess» (2009)

Nygard, Lars – Jonas ”Juryen for fall, demokrati og rettsikkerhet” (2010)

Strandbakken, Asbjørn «Uskyldspresumsjonen» (2003)

Slettan, Svein og Øie, Toril Marie «Forbrytelse og straff» (1997)

Artikler

Andersen, Kjell « Frifunnet for straff, dømt til erstatning» (1999).

Graver, Hans Petter ”Bevisbedømmelse – uvitenskapelig magefølelse eller rasjonell helhetsvurdering”
Tidsskrift for rettsvitenskap (2009)

Høgberg, Alf Petter ” I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil taltale til gode”, jussens venner (2007)

Kolflaath, Eivind «Bevist utover enhver rimelig tvil» tidsskrift for rettsvitenskap nr 02, 2011

Nygaard, Lars-Jonas ”Lekdommene i strafferettspleien – jury eller meddomsrett?” (2009)

Nygaard, Lars - Jonas ”Nærmer vi oss slutten av juryordningen” (lov og rett 02/2009)

Nygaard, Lars – Jonas ”17 dommere om beviskravet i strafferetten,” lov og rett nr 10, 2011

Skoghøy, Jens Edvin A ”Leder: Fra jury til meddomsrett,” lov og rett (2009)

Lover

LOV -1902 -05 -22 -10: Lov om straff (Straffeloven)

LOV -2005 -05 -20 -28: Lov om straff (Nye straffeloven)

LOV -1981 - 05 – 22 - 25: Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

LOV – 2005 – 06 – 17 – 90: Lov om mækling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

LOV – 1814 – 05 – 17: Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven)

LOV – 1999 – 05 – 21 – 30: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, EMK)

Forarbeider

Ot.prp.nr.35 (1978-1979)

NOU-1983-57

Ot.prp.nr.60 (1993)

Nettsider

Idunn.no

Lovdata.no

Ordsiden.no

Politiet.no

www.nrk.no/227/dag/tror-22juli-saken-ender-jussen-1.8179775

Rettslige avgjørelser

Høyesterett

Rt. 1911 s.957

Rt. 1936 s.252

Rt. 1936 s.612

Rt. 1936 s.740

Rt. 1947 s.12

Rt. 1947 s.742

Rt. 1948 s.957

Rt. 1948 s.1042

Rt. 1949 s.868

Rt. 1950 s. 377

Rt. 1952 s.742

Rt. 1955 s.608

Rt. 1959 s.991

Rt. 1960 s. 634

Rt. 1960 s.1368

Rt. 1962 s.588

Rt. 1963 s.219

Rt. 1963 s.744

Rt. 1970 s.1235

Rt. 1972 s.289

Rt. 1974 s.382

Rt. 1977 s.462

Rt. 1978 s.618

Rt. 1978 s.882

Rt. 1978 s.884

Rt. 1979 s.143

Rt. 1979 s.429

Rt. 1980 s. 17

Rt. 1980 s.979

Rt. 1982 s.39

Rt. 1983 s.202

Rt. 1983 s.492

Rt. 1983 s.1115

Rt. 1983 s.1222

Rt. 1983 s.1474

Rt. 1985 s.1

Rt. 1985 s.864

Rt. 1989 s.1004

Rt. 1990 s.1008

Rt. 1990 s.1270

Rt. 1991 s.455

Rt. 1991 s.600

Rt. 1992 s.833

Rt. 1992 s.1088

Rt. 1993 s.605

Rt. 1993 s.1197

Rt. 1993 s.1302

Rt. 1994 s.314

Rt. 1994 s.610

Rt. 1994 s.1139

Rt. 1994 s.1294

Rt. 1994-1324

Rt. 1995 s.1228

Rt. 1995 s.1483

Rt. 1996 s.141

Rt. 1997 s.1771

Rt. 1997 s.1800

Rt. 1998 s.11

Rt. 1998 s.21

Rt. 1998 s.1945

Rt. 1999 s.71

Rt. 1999 s.220

Rt. 1999 s.2100

Rt. 2000 s.646

Rt. 2000 s.1223

Rt. 2000 s.1978

Rt. 2001 s.58

Rt. 2001 s.237

Rt. 2001 s.1476

Rt. 2002 s.190

Rt. 2002 s.262

Rt. 2002 s.1139

Rt. 2002 s.1511

Rt. 2002 s.1717

Rt. 2003 s.23

Rt. 2003 s.893

Rt. 2004 s.407

Rt.2004 s.592

Rt.2004 s.1063

Rt.2004 s.1314

Rt.2004 s.1561

Rt.2005 s.1353

Rt.2005 s.1521

Rt.2007 s.10

Rt.2007 s.230

Rt.2008 s.508

Rt.2008 s.549

Rt.2008 s.610

Rt.2008 s.620

Rt.2008 s.1258

Rt.2008 s.1659

Rt.2008 s.1342

Rt.2009 s.130

Rt.2009 s.299

Rt.2009 s.496

Rt.2009 s.750

Rt.2009 s.1048

Rt.2009 s.1526

Rt.2010 s.89

Rt.2010 s.91

Rt.2010 s.606

Rt.2010 s.1630

Rt.2011 s.83

Rt.2011 s.1104

Rt.2011 s.1217

HR-2011-2041-U

HR-2011-2206-U

HR-2012-185

Lagmannsrett

Agder lagmannsrett 2009 – 89796

Tingrett

TOSLO-2001-9340.

TOSLO -2008 -79869

TOSLO-2008-135941

TOSLO-2011-95619

TOSLO-2011-188627-24

Henvisninger til utlandske avgjørelser

U.S. v. Holmes (1841)

I Migmonette sak (1884)

