

BEVISBEDØMMELSE

– SANNSYNLIGHET ELLER FORTELLINGER?

Av førsteamanuensis dr.art. Eivind Kolflaath

1. INNLEDNING

Begrepet om *sannsynlighet* har stått sentralt i norsk og svensk bevisteori. Den grunnleggende forestillingen har vært at bevisene i en rettssak impliserer et faktum med en viss sannsynlighet, som enten oppfyller eller ikke oppfyller det aktuelle beviskravet. Men i den senere tid har entusiasmen for sannsynlighetsfokuserert bevisteori vært dalende, uten at det så langt er presentert noe klart alternativ i den norske litteraturen. Et slikt alternativ finnes imidlertid i den internasjonale litteraturen om bevisteori, hvor sannsynlighetsparadigmet er blitt utfordret av teorier som fokuserer på *fortellingens* rolle i bevisbedømmelsen. I denne artikkelen diskuterer jeg noen problemer knyttet til sannsynlighetsparadigmet, og presenterer deretter fortellingsparadigmet i grove trekk.

2. GENERELT OM BEVISTEORI

Til tross for at bevisbedømmelse er et helt sentralt element i den praktiske juridiske virkelighet, er det et nokså marginalet tema i norsk juridisk litteratur. Dette skyldes kanskje at bevisbedømmelse i liten grad er rettslig regulert i Norge. Hovedregelen er fri bevisbedømmelse,¹ og dermed blir det lite juss å diskutere i denne sammenheng.² Riktignok må det stilles krav om at bevisbedømmelsen skjer på en forsvarlig måte,³ men det finnes ikke skrevne regler eller rettspraksis som innebærer at bevisbedømmelsen skal foregå etter en bestemt metode. Dette gir rom for ulike metoder i bevisbedømmelsen, og dermed også for ulike anbefalinger til bevisbedømmeren. Slike anbefalinger blir gjerne omtalt som «bevisteori».

Ordet «bevisteori» brukes på flere måter, også i den juridiske konteksten. Noen ganger brukes ordet som betegnelse på feltet som helhet – med andre ord studiet av juridisk bevisbedømmelse – og andre ganger om den enkelte teori innenfor dette feltet. Og selv om ordet «bevisteori» i den juridiske litteraturen vanligvis refererer til *normativ* bevisteori, altså til spørsmål og oppfatninger om hvordan

¹ Se f.eks. Hov: *Rettergang I*, s. 248 og Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, s. 61–62 og 213–215.

² Jeg ser her bort fra at beviskravet må konkretiseres i den enkelte sak, og at bevisbedømmelsen dermed i praksis kan smelte sammen med den (juridiske) vurderingen av hvor strengt beviskravet er, se Nygaards drøfting i Nygaard, Hagen og Nome: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 164–178. Så lenge beviskravet bare omtales i generelle vendinger, som f.eks. «sannsynlighetsovervekt» eller «hevet over enhver rimelig tvil», kan det trekkes i det minste et analytisk skille mellom bevisbedømmelse og juridisk vurdering av beviskravet.

³ Se f.eks. Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, s. 213–215.

bevisbedømmelsen *bør* foregå, har vi også deskriptiv bevisteori, som dreier seg om hvordan bevisbedømmelse *faktisk* foregår.

I denne artikkelen bruker jeg ordet «bevisteori» i en betydning som ikke forutsetter at bevisteoretikerens anbefalinger til bevisbedømmeren har status som gjeldende rett.⁴ Det kan f.eks. være slik at i hvert fall noen av de spørsmålene som bevisteorien befatter seg med, i liten grad er rettslig regulert – slik er situasjonen i Norge, jf. hovedregelen om fri bevisbedømmelse. Og dreier det seg om et spørsmål som *er* rettslig regulert, står bevisteoretikeren fritt til å argumentere *de lege ferenda*.

En normativ bevisteori bygger på visse normative premisser om hvilke hensyn bevisbedømmelsen skal eller bør ivareta. Den mest sentrale normative premissen i en normativ bevisteori vil være at bevisbedømmelsen bør foregå på den måten som gir den mest pålitelige vurderingen av bevisene, gitt det aktuelle beviskravet. Hvilken metode som gir den mest pålitelige bevisbedømmelsen, er et kunnskaps-teoretisk spørsmål som i all hovedsak må besvares av andre disipliner enn den juridiske. Tittelen på (juristen) Wigsmores klassiske verk om bevisbedømmelse – *The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials* – er i seg selv illustrerende for den tverrfagligheten som nødvendigvis vil måtte prege bevisteorien som felt. Et mer hjemlig eksempel på bevisteoriens tverrfaglighet er den nå snart tyve år gamle *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, som var et samarbeid mellom juristen Nygaard, juristen og økonomen Hagen og legen og matematikeren Nome. I Norge er det imidlertid få eksempler på at representanter for andre fag har interessert seg for juridisk bevisbedømmelse. Det vanlige har snarere vært at juristen som interesserer seg for bevisteori har skaffet seg kunnskaper innenfor ikke-juridiske disipliner som antas å være relevante – her er det mest nærliggende å nevne den matematiske sannsynlighetsteorien.

Når det så gjelder *deskriptiv* bevisteori, er det overordnede spørsmålet altså hvordan bevisbedømmeren rent faktisk går frem for å ta stilling til faktum. Dette må ikke forveksles med spørsmålet om hvordan dommeren i domspremissene *argumenterer* for faktum. Selv om det foreligger en redegjørelse for bevisbedømmelsen – noe som jo ikke er tilfellet hvis retten ble satt med jury – vil denne redegjørelsen ha begrenset informasjonsverdi. Den deskriptive bevisteorien tar sikte på å avdekke hvordan bevisbedømmeren resonnerer om og diskuterer faktum i prosessen frem mot avgjørelsen, og det er først og fremst andre kilder som kan belyse dette.⁵ Deskriptiv bevisteori må heller ikke forveksles med beskrivelser av gjeldende rett på bevisrettens område. Hvordan bevisbedømmeren rent faktisk går frem, og hvilke regler som gjelder, er to forskjellige spørsmål.

⁴ Nygaard har imidlertid brukt uttrykket «någjeldande bevisteoriar» (Nygaard, Hagen og Nome: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 135), noe som lett kan gi assosiasjoner i retning av rettsdogmatikk. Se også Nygaards bemerkninger på s. 40–41.

⁵ Et eksempel fra Norge er Nygaards intervjuer med legdommere, som for øvrig ikke var begrenset til faktaaspektet. Resultatene er publisert i Nygaard: «Juryordningen – erfaringer fra en intervjuundersøkelse».

3. DET ALETISKE, DET EPISTEMISKE OG DET PSYKOLOGISKE

Det bevisteoretiske feltet spenner over tre kunnskapsteoretiske nivåer som må skilles fra hverandre i en enhver bevisteori som pretenderer et minimum av presisjon. For det første har vi det *aletiske* nivået – virkelighetsnivået – som dreier seg om hva som er de faktiske forhold, uavhengig av våre antagelser og hvilke bevis som foreligger. For det andre har vi det *epistemiske* nivået, som tar utgangspunkt i bevissituasjonen. For det tredje har vi det *psykologiske* nivået, som dreier seg om bevisbedømmerens kognitive prosesser og samhandling med andre bevisbedømmere i samme sak. Det aletiske nivået har bevisbedømmeren ikke direkte tilgang til, og bevisbedømmerens konklusjoner omhandler primært ikke det aletiske nivået, men derimot *hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til å tro* (det epistemiske nivået). Ikke alle bevisteorier berører alle tre nivåene,⁶ men bevisteori som *felt* beveger seg fra det aletiske via det epistemiske til det psykologiske.

Sondringen mellom det psykologiske og det epistemiske kan illustreres med to formuleringer fra første bind av Andenæs' *Norsk Straffeprosess*. På s. 178 skriver Andenæs at «kanskje bortsett fra bagatellovertredelser skal dommeren på grunnlag av de bevis som er fremlagt i saken, føle seg *sikker* på at den tiltalte er skyldig». Dette er et utsagn som omhandler bevisbedømmerens psykologiske tilstand. I kontrast til dette snakker Andenæs på s. 183 om at «dommeren må ta standpunkt til *om det foreligger tilstrekkelig grad av sannsynlighet* til at han kan bygge på den» (min kursivering). Riktignok er det ikke bevisene alene, men bevisene i kombinasjon med «alminnelige erfaringssetninger» (s. 183) som ifølge Andenæs gir en viss grad av sannsynlighet, men frasen «om det foreligger tilstrekkelig grad av sannsynlighet» gir unektelig et inntrykk av at det her er tale om et mer objektivt forhold enn bevisbedømmerens subjektive vurderinger. Sitatene er på ingen måte uforenlige – de illustrerer bare at bevisteoretikeren dels snakker om bevisene, dels om bevisbedømmeren.⁷

Nå finnes det riktignok bevisteorier som bare fokuserer på forholdet mellom det aletiske og det epistemiske,⁸ men det bevisteoretiske feltet må også inkludere det psykologiske nivået – i den deskriptive bevisteorien er det jo bevisbedømmeren som studeres.⁹ Og hva det epistemiske nivået angår, så er vel alle bevisteoretikere enige om at en bestemt bevissituasjon kan legge begrensninger på hva som er akseptable slutninger om faktum, og at det følgelig kan gi mening å snakke om *feil* bevisbedømmelse. I så fall kan vi f.eks. forestille oss en situasjon hvor bevisbedømmeren er overbevist (det psykologiske nivået), men hvor denne overbevisningen er

⁶ Det er dermed ikke sagt at en bevisteori må bruke denne *terminologien*. Ordene «aletisk» og «epistemisk» er for øvrig hentet fra filosofisk fagterminologi.

⁷ Jeg går ikke inn på spørsmålet om bevisteoretikere og bevisbedømmere noen ganger bruker «objektiverende» fraser når det egentlig er tale om subjektive vurderinger av bevisene. Det kan nok tenkes at man bevisst eller ubevisst forsøker å unngå et inntrykk av subjektiv – eller for den del vilkårlig – bevisbedømmelse ved å si f.eks. at «det er mer enn 50 % sannsynlig at A har begått handlingen» i stedet for f.eks. at «jeg har mer tro på at A har begått handlingen enn at han ikke har det».

⁸ Se f.eks. Schum: *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, s. 514.

⁹ Strandbakken definerer «bevisbedømmelse» som «den psykologiske prosess som foregår når man skal ta stilling til et fortidig hendelsesforløp» (*Uskyldspresumsjonen*, s. 59).

feilaktig i lys av bevisene (det epistemiske nivået). Oppfatningen om at en bestemt bevissituasjon kan legge begrensninger på hva som er akseptable slutninger om faktum, innebærer at det i hvert fall til en viss grad kan finnes et *korrektiv* til bevisbedømmelsen.

Det kunne kanskje være fristende å tenke at det er virkeligheten som er korrektivet til bevisbedømmerens faktiske grad av overbevisning. I tråd med dette ville f.eks. bevisbedømmelsen være feil dersom en tiltalt som ble dømt, senere viste seg å være uskyldig. Men en slik oppfatning kan bare oppstå som følge av en sammenblanding av det aletiske og det epistemiske nivået. Hvorvidt bevisbedømmelsen er riktig eller feil, er ikke et spørsmål om hva som er de faktiske forhold (det aletiske nivået), men derimot et spørsmål om hvilke bevis som faktisk ble ført for retten og hva som *i lys av disse bevisene* er akseptable slutninger om faktum (det epistemiske nivået).

Dette kan illustreres med følgende tankeeksperiment: Vi tenker oss en straffesak hvor den tiltalte rent faktisk ikke har begått den aktuelle handlingen, men hvor vedkommende likevel blir dømt. Forut for rettssaken hadde politiet fabrikkert bevis, og i retten har alle vitner løyet, samtidig som den tiltalte av en eller grunn benyttet seg av sin rett til ikke å forklare seg. Alle bevisene i saken tilsier at den tiltalte er gjerningspersonen, samlet sett utover enhver rimelig tvil. Resultatet – domfellelsen – er altså feil i forhold til virkeligheten. Men dommeren har handlet riktig, både juridisk og i et kunnskapsteoretisk perspektiv. Bevisbedømmelsen var ikke feil.

Forestillingen om et (epistemisk) korrektiv til bevisbedømmelsen impliserer likevel ikke at det bare finnes én riktig bevisbedømmelse. Hva som er akseptable slutninger om faktum, dreier seg i utgangspunktet bare om hvilke konklusjoner som trekkes, ikke om hvordan bevisbedømmeren har gått frem – ulike bevisbedømmere kan på ulike måter komme frem til samme resultat. Dessuten er det ikke nødvendigvis slik at hvis to bevisbedømmere kommer frem til ulikt resultat, så er det ene resultatet riktig (i lys av bevissituasjonen) og det andre er feil. Bevissituasjonen gir i mange tilfeller et visst spillerom når det gjelder akseptable slutninger om faktum, og en bevisteori som forutsetter at bevisene i en rettssak fullt ut *determinerer* et faktum (gitt beviskravet), har ikke i tilstrekkelig grad tatt hensyn til hva slags saksforhold og hva slags bevis det er tale om i den juridiske konteksten.

4. SANNSYNLIGHETSPARADIGMET

4.1 Innledning

Sannsynlighetsbegrepet har stått sentralt i norsk og svensk bevisteori. Beviskravet tenkes her som et krav om en bestemt sannsynlighet for et rettslig relevant faktum, og man forestiller seg at bevisbedømmelsen går ut på å ta stilling til om dette kravet til sannsynlighet er oppfylt. Den norsk-svenske bevisteorien blir først og fremst assosiert med Eckhoff, Bolding og Ekelöf,¹⁰ men det er grunn til å under-

¹⁰ Se f.eks. Eckhoff: *Tvilsrisikoen*, Bolding: *Bevisbördan och den juridiske tekniken*, og Ekelöf og Boman: *Rättegång IV*.

streke at det her ikke dreier seg om én teori – det er vesentlige forskjeller mellom den såkalte temametoden (Eckhoff og Bolding) og den såkalte bevisverdimetoden (Ekelöf).¹¹ I denne artikkelen går jeg (med to små unntak) ikke inn på hva disse forskjellene består i. Jeg diskuterer sannsynlighetsparadigmet med utgangspunkt i den norske litteraturen, og her har Ekelöfs teori hatt lite gjennomslag.

Sannsynlighetsparadigmet er ikke begrenset til den norsk-svenske bevisteorien. Siden slutten av 60-tallet har en rekke forskere i USA og andre land diskutert sammenhengen mellom sannsynlighetsbegrepet og juridisk bevisbedømmelse. Innenfor sannsynlighetsparadigmet tar man for gitt at bevisbedømmelse er et spørsmål om sannsynlighet – diskusjonen dreier seg om hva sammenhengen mer konkret består i.¹²

4.2 Ulike begreper om sannsynlighet

4.2.1 «Sannsynlighet» – talemåte eller teori?

Det er en empirisk realitet at ordet «sannsynlighet» ofte brukes i sammenheng med faktum i det juridiske feltet – f.eks. blir beviskravet i sivile saker omtalt som «sannsynlighetsovervekt» med eller uten ytterligere kvalifisering. Dermed oppstår spørsmålet om hva ordet «sannsynlighet» betyr i slike sammenhenger, et spørsmål som har vært diskutert av bl.a. Nygaard og Hov.¹³ Én mulighet er at ordet «sannsynlig» og «sannsynligvis» brukes i en uforpliktende, dagligdags betydning, hvor «sannsynlig» betyr omtrent det samme som «plausibelt», og «sannsynligvis» betyr omtrent det samme som «trolig».

Men ordet «sannsynlighet» kan også referere til et vitenskapelig sannsynlighetsbegrep. Den matematiske sannsynlighetsteorien tar utgangspunktet i en skala fra 0 til 1, hvor «0» er den lavest mulige sannsynlighet og «1» den høyest mulige sannsynlighet.¹⁴ Hvis sannsynligheten for en hendelse A er 0.5, så er A like sannsynlig som ikke-A (fraværet av A).¹⁵ Generelt er det slik at når vi kjenner sannsynligheten for A, så kjenner vi også sannsynligheten for ikke-A. Dette følger av den såkalte negasjonsregelen i standard sannsynlighetsteori:

$$\text{Pr(ikke-A)} = 1 - \text{Pr(A)}$$

Hvis Pr(A) – sannsynligheten for A – f.eks. er 0.67, så følger det at sannsynligheten for ikke-A er 0.33.

En annen sentral regneregul i klassisk sannsynlighetsteori er den såkalte multiplikasjonsregelen for kombinasjoner av hendelser. Tanken er at sannsynligheten

¹¹ Se f.eks. omtalen i Diesen: *Bevisprövning i brottmål*, s. 10–14. Ekelöfs teori gjennomgikk endringer over tid, se f.eks. Zahle: *Om det juridiske bevis*, s. 271–274.

¹² Se f.eks. Allen: «The Nature of Juridical Proof», s. 604.

¹³ Nygaard: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 81–84 og Hov: *Rettergang I*, s. 255.

¹⁴ Enkelte foretrekker å snakke om en skala fra 0 % til 100 % sannsynlighet.

¹⁵ Dette gjelder ikke i det som nordiske bevisteoretikere omtaler som «ensidig» sannsynlighetsteori, som presentert f.eks. i Ekelöf og Boman: *Rättegång IV*, s. 123–163. Norske bevisteoretikere har tatt utgangspunkt i det klassiske, «tosidige» sannsynlighetsbegrepet, og jeg går ikke nærmere inn på den alternative teorien.

for en bestemt kombinasjon av hendelser – f.eks. sannsynligheten for *både* A og B – er lavere enn sannsynligheten for noen av hendelsene A og B isolert (forutsatt at den isolerte sannsynligheten i begge tilfeller er lavere enn 1). Mer konkret skal de respektive sannsynlighetene multipliseres med hverandre:

$$\Pr(A \text{ og } B) = P(A) \times \Pr(B)$$

Regelen kan bare benyttes hvis A og B er uavhengige hendelser, dvs. at sannsynligheten for den ene hendelsen ikke påvirker sannsynligheten for den andre. Jeg kommer tilbake til spørsmålet om uavhengighet i avsnitt 4.3.1.¹⁶

4.2.2 *Abstrakt og konkret sannsynlighet*

I norsk bevisteori er det vanlig å skille mellom abstrakt og konkret sannsynlighet.¹⁷ En *abstrakt* sannsynlighet dreier seg om et typetilfelle, f.eks. sannsynligheten for at et vilkårlig terningkast gir et oddetall. En konkret sannsynlighet dreier seg derimot om et konkret tilfelle, f.eks. sannsynligheten for at et *bestemt* terningkast gir et oddetall. Spørsmålet om årsakssammenheng i erstatningssaker involverer sannsynligheter av begge typer. F.eks. er spørsmålet om hvor sannsynlig det er at p-piller forårsaker blodpropp et spørsmål om en abstrakt sannsynlighet, mens spørsmålet om hvor sannsynlig det er at et konkret (og fastslått) tilfelle av blodpropp er forårsaket av p-piller, er et spørsmål om en konkret sannsynlighet.

Abstrakte sannsynligheter kan være relevante i juridisk bevisbedømmelse, først og fremst i form av naturvitenskapelig (herunder medisinsk) og samfunnsvitenskapelig statistikk. Men normalt er det overordnede faktaspørsmålet i en rettsvist et spørsmål om en konkret sannsynlighet. Spørsmålet i den konkrete saken dreier seg ikke primært om en statistisk sammenheng, men om sannsynligheten for et konkret, rettslig relevant faktum.

4.2.3 *Aletisk og epistemisk sannsynlighet*

Mindre påaktet i norsk bevisteori er skillet mellom aletisk og epistemisk sannsynlighet. *Aletisk* sannsynlighet dreier seg om virkeligheten som sådan – den aletiske sannsynligheten tenkes som en egenskap ved selve tingen eller saksforholdet. La oss tenke oss en terning med en produksjonsfeil som gjør at den gir «5» ikke i 1/6, men i 1/3 av kastene. Den aletiske sannsynligheten for utfallet «5» med denne terningen er da 0.33, uavhengig av vår informasjon eller mangel på informasjon om produksjonsfeilen.

Epistemisk sannsynlighet, derimot, er relativ til den tilgjengelige informasjon. Dette innebærer at ny informasjon kan øke eller redusere den epistemiske sann-

¹⁶ Andre sentrale regneregler er addisjonsreglene (én for gjensidig utelukkende hendelser og én for hendelser som ikke utelukker hverandre) og det såkalte Bayes' teorem, se f.eks. Skoghøy: *Tvistemål*, s. 691 og 697–698. For at min fremstilling ikke skal bli mer teknisk enn strengt nødvendig, unnlater jeg å presentere disse regnereglerne.

¹⁷ Se f.eks. Nygaard, Hagen og Nome: *Årsak og bevis – ved ansvar ved skade*, s. 88–90, Hov: *Rettergang I*, s. 255–256 og Skoghøy, *Tvistemål*, s. 695–698.

synligheten. Hvis en person ikke har spesiell informasjon om terningen med produksjonsfeil, vil den epistemiske sannsynligheten for utfallet «5» være 0.17, altså ulik den aletiske sannsynligheten. Den epistemiske sannsynligheten er identisk med den aletiske sannsynligheten bare hvis personen har informasjon om at denne konkrete terningen avviker fra terninger flest.

Det saksforholdet som det skal føres bevis for i en rettssak, er vanligvis et *fortidig* saksforhold. Spørsmålet er normalt hva som faktisk *har* skjedd.¹⁸ I slike tilfeller må det være tale om epistemisk sannsynlighet, for saksforholdet har jo enten inntruffet eller ikke inntruffet¹⁹ – noen mellomting finnes ikke på det aletiske nivået. Sannsynligheten er altså knyttet til bevisituasjonen, ikke til de faktiske forhold.

4.2.4 Hvordan skal vi forstå utsagn om konkrete, epistemiske sannsynligheter?

Et presserende spørsmål i forbindelse med epistemisk sannsynlighet er hva det betyr at den epistemiske sannsynligheten for A er f.eks. 0.6. Når det gjelder aletisk sannsynlighet, er det vanlig å forstå sannsynlighet som frekvenser, dvs. relativ hyppighet av en egenskap innenfor et utvalg «når utvalget går mot uendelig».²⁰ Hov synes å legge til grunn at ordet «sannsynlighet» i hvert fall i prinsippet kan forstås på denne måten også når det er tale om sannsynligheten for et konkret, fortidig saksforhold, selv om det i praksis kan være vanskelig å bestemme sannsynlighetene nøyaktig:

«Når vi bruker begrepet «sannsynlighet» i bevislæren, er det først naturlig å spørre om begrepet har det samme innhold i denne forbindelse som i sannsynlighetsregningen. I bevislæren brukes begrepet «sannsynlighet» for å gi uttrykk for usikkerhet om hvorvidt en kjensgjerning er til stede eller ikke, en dommer kan f.eks. si at han finner det 60 % sannsynlig at siktede har begått et tyveri. Men i et slikt tilfelle er det jo bare tale om ett eneste tyveri. Hvordan forestiller en seg da den relative hyppighet av tyverier i et tilfeldig utvalg som går mot det uendelige?

Vi må da tenke oss et meget stort antall saker, f.eks. én million, med nøyaktig de samme bevis. I 600 000 av disse tilfellene ville tiltalte vært skyldig, i 400 000 tilfelle ville han vært uskyldig – i disse tilfellene ville det foreligget f.eks. feiltolkning av bevisene. Men det er også klart at utsagn om sannsynlighet av denne typen ikke kan etterprøves empirisk. Vi vil aldri få én million likeartede tilfelle. Utsagn om sannsynlighet i bevislæren vil derfor som regel innebære anslag basert på personlig skjønn.»²¹

Men motsatt av hva denne passasjen gir inntrykk av, er problemet med dette tankeeksperimentet ikke først og fremst at vi i praksis aldri vil få én million likeartede tilfeller. Hov beskriver her et scenario hvor den aletiske situasjonen (dvs. de fakti-

¹⁸ Et eksempel på et unntak er barneloven § 4-12 første ledd, som omhandler nåtidige og fremtidige forhold.

¹⁹ Jeg ser her bort fra *hypotetiske* fortidige forhold, f.eks. hindringssammenheng i tilknytning til erstatningssaker, se Nygaard: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 29-31.

²⁰ Her er det altså tale om *abstrakte* aletiske sannsynligheter. Jeg går i denne artikkelen ikke inn på spørsmålet om hvorvidt det kan finnes konkrete aletiske sannsynligheter.

²¹ Hov: *Rettergang I*, s. 255.

ske forhold) ikke er den samme i alle tilfellene, men hvor den epistemiske situasjonen (dvs. bevissituasjonen) er identisk i alle tilfeller. Det grunnleggende juridiske prinsippet om at like saker skal behandles likt, må vel gjelde ikke bare i det juridiske spørsmålet, men også i faktaspørsmålet. Hvis bevissituasjonen er identisk i alle tilfellene, så må alle tilfellene behandles på samme måte – enten må alle de tiltalte domfelles, eller så må de alle frifinnes. På hvilken måte det eventuelt skulle foreligge «feiltolking av bevisene» i 400 000 av tilfellene, er vanskelig å forstå. Den aletiske situasjonen er i denne sammenhengen irrelevant – jf. bemerkningene i punkt 3 om at korrektivet til bevisbedømmelsen ikke er knyttet til virkeligheten, men til den konkrete bevissituasjonen.

Et annet problem med Hovs tankeeksperiment er at selv om vi faktisk hadde hatt en million tilfeller med identisk bevissituasjon, så kunne disse uansett ikke «etterprøves empirisk». Vi har bare de bevisene vi har. De faktiske forhold i hver enkelt sak er ikke skjult bak et forheng som vi bare kan trekke til side for å se hvor mange av de én million tiltalte som faktisk begikk tyveriet.

Nå er ikke Hov alene om å assosiere utsagn om sannsynligheten for konkrete, fortidige hendelser med antatte frekvenser innenfor en fiktiv eller faktisk populasjon.²² Tanken er at f.eks. en sannsynlighet på 0.95 i straffesaker innebærer at 5 % av de dømte ikke har begått handlingen (når utvalget går mot uendelig).²³ Men selv om vi aksepterte dette som et teoretisk utgangspunkt, ville slike frekvenser i praksis uansett forbli ukjente. Følgelig kan utsagn om sannsynligheten for en konkret, fortidig hendelse aldri kontrolleres – de har ikke et korrektiv som vi har tilgang til.

Andre har forkastet begrepet om frekvenser som tolkning av ordet «sannsynlighet» i de sammenhenger det her er tale om.²⁴ Spørsmålet blir da hva tallet i et utsagn om sannsynligheten for et konkret, fortidig saksforhold egentlig står for. Det kan synes som om alternativet er å forstå tallet som et uttrykk for i hvilken grad bevisbedømmeren er overbevist,²⁵ med andre ord at sannsynligheten betraktes som en størrelse på det psykologiske nivået. Men i så fall er det ikke veldig treffende å bruke ordet «sannsynlighet», som vitterlig gir inntrykk av noe mer objektivt enn bevisbedømmerens grad av overbevisning.²⁶

²² Se f.eks. omtalen av de såkalte frekvensteoriene i norsk-svensk bevisteori presentert i Diesen: *Bevisprøving i brottmål*, s. 10–16. Her kan det føyes til at når Eckhoff begrunner det såkalte overvektsprinsippet med at dette prinsippet vil gi det materielt riktige resultat i flest mulig saker (*Tvilsrisikoen*, s. 57–61 og 64–66), er det forutsatt et frekvensbegrep om sannsynlighet.

²³ For Ekelöf, som bygger på et ensidig sannsynlighetsbegrep, står tallet 0.95 for at det *maksimalt* er 5 % av de tiltalte som er uskyldige, se Ekelöf og Boman: *Rättegång IV*, s. 135–137.

²⁴ Se f.eks. Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, s. 370, hvor frekvenstolkningen omtales som en «kortslutning».

²⁵ Se samme tittel, fotn. 113, hvor Strandbakken refererer ulike synspunkter i debatten.

²⁶ Vendingen mot det psykologiske nivået blir i Allen: «The Nature of Juridical Proof» omtalt som «the way in which the proponents of conventional probability approaches duck into subjectivism when the going gets rough» (fotn. 23).

4.3 Problemer med sannsynlighetsparadigmet

4.3.1 Problemer i praksis

Uansett om ordet «sannsynlighet» refererer til det epistemiske nivået eller bare til det psykologiske nivået, har det vært en vanlig oppfatning blant norske bevisteoretikere at sannsynlighetskalkylens regneregler representerer den riktige tenkemåte i juridisk bevisbedømmelse.²⁷ Et problem som riktignok nevnes av mange forfattere, er at bevisbedømmeren ikke kjenner de nøyaktige sannsynlighetene for de minste elementene i bevisbedømmelsen, og derfor må ta utgangspunkt i skjønnsmessige anslag.²⁸

Men mangel på eksakte sannsynligheter for de minste elementene i bevisbedømmelsen er likevel et beskjedent problem i forhold til fraværet av kunnskap om avhengighetsgraden mellom de ulike elementene. Én ting er å mene at det f.eks. er dobbelt så sannsynlig at noe er tilfellet som at det motsatte er tilfellet, og dermed sette sannsynligheten for dette elementet til 0.67. En annen ting er å ha en noenlunde klar formening om i hvilken grad de ulike elementene er avhengige av hverandre. Sannsynligheten for *både* A og B er som nevnt i avsnitt 4.2.1 lik sannsynligheten for A multiplisert med sannsynligheten for B, forutsatt at A og B er uavhengige av hverandre. (Med «uavhengighet» menes i denne sammenhengen altså at sannsynligheten for A ikke påvirkes av sannsynligheten for B.) I praksis vil sannsynlighetene til de ulike elementene ofte påvirke hverandre, og dette kan ikke bevisbedømmeren neglisjere. Men bevisbedømmeren har sjelden holdepunkter for å anslå graden av avhengighet, og spørsmålet om avhengighet blir dermed et uoverstigelig problem i bevisbedømmelsen.

Ikke alle deler denne oppfatningen. Nyheim skriver at spørsmålet om avhengighet «skaper [. . .] ingen store problemer», og at «[m]an må bare ta hensyn til at sannsynlighetene ikke kan forutsettes å være uavhengige».²⁹ Men det er selvsagt ikke tilstrekkelig at bevisbedømmeren *tar forbehold om* sannsynlighetenes uavhengighet. Bevisbedømmeren må i hvert enkelt tilfelle *ta stilling til* spørsmålet om uavhengighet, og i de tilfellene hvor bevisbedømmeren mener at sannsynlighetene ikke er uavhengige, må han eller hun gjøre seg opp en mening om *i hvilken grad* de er avhengige av hverandre. I praksis vil det her som oftest ikke være tale om litt omtrentlige anslag, men om helt vilkårlige gjetninger.

En annen innvending mot sannsynlighetsparadigmet er at hvis man virkelig skulle tatt sannsynlighetskalkylen på alvor som den riktige tenkemåte i juridisk bevisbedømmelse, så ville det ikke være praktisk mulig for bevisbedømmeren å gjennomføre bevisbedømmelsen. Allen skriver at beregningene bevisbedømmeren måtte ha foretatt, så raskt ville overgå menneskets komputasjonelle kapasitet at «any trial would take from the beginning of time until the end of the universe

²⁷ Se f.eks. Nygaard, Hagen og Nome: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 103–104, Hov: *Rettergang I*, s. 257 og 282, og Skoghøy: *Twistemål*, s. 689–691.

²⁸ Se f.eks. Eckhoff: «Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen», s. 333.

²⁹ Nyheim: *Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering*, s. 15.

to try». ³⁰ Også Hov har kommentert problemet med beregningenes kompleksitet. ³¹

4.3.2 *Forestillingen om sannsynlighetsteori som korrektiv*

Ingen jurister vil bestride at det i praksis er umulig å regne seg frem til sannsynligheten for et faktum som utløser en rettsvirkning. Et annet spørsmål er om sannsynlighetsteorien i *prinsippet* representerer den riktige tenkemåte i juridisk bevisbedømmelse. Her må vi i hvert fall i utgangspunktet skille mellom to betydninger av «riktig» – på den ene siden hva som er *juridisk* riktig, og på den andre siden hva som er riktig i et kunnskapsteoretisk perspektiv. Problemstillingen i det følgende er spørsmålet om hvorvidt den matematiske sannsynlighetsteorien er den kunnskapsteoretisk riktige tilnærmingen til juridisk bevisbedømmelse.

I Norge har en rekke forfattere lagt til grunn at sannsynlighetsteorien representerer den riktige tenkemåte i bevisbedømmelsen, selv om alle påpeker at sannsynlighetene for hvert enkelt element oftest må bli skjønnsmessige anslag. F.eks. skriver Hov at «[d]en nytten juristen kan ha av sannsynlighetsregning, er [. . .] at regneregulene hjelper oss til å tenke riktig». ³² Sannsynlighetskalkylens regneregler får dermed status som et kunnskapsteoretisk korrektiv til den faktiske bevisbedømmelse.

Det er få – om noen – som bestrider at sannsynlighetsteorien gir den riktige tenkemåte i forhold til statistiske data som legges frem for retten. Men i den internasjonale litteraturen har en rekke bevisteoretikere – både jurister og andre – argumentert for at sannsynlighetsteorien ikke engang i prinsippet gir den riktige tenkemåte i bevisbedømmelsen for øvrig. I det følgende vil jeg begrense drøftingen til spørsmål knyttet til multiplikasjonsregelen. ³³

4.3.3 *Multiplikasjonsregelen gir for mye tvil*

Et mye omtalt problem knyttet til den sannsynlighetsteoretiske tenkemåte i juridisk bevisbedømmelse er at sannsynlighetskalkylen i mange tilfeller synes å kreve for mye for at rettsvirkningen skal inntre. Mer konkret dreier det seg om de tilfellene hvor vilkårsleddet (*hvis*-delen) i rettsregelen involverer flere kumulative rettsvilkår. Problemet er knyttet til den tidligere nevnte multiplikasjonsregelen for kombinasjoner av hendelser. Er det tvil med hensyn til flere rettsvilkår, er det i henhold til den sannsynlighetsteoretiske tenkemåte større tvil om hvorvidt vilkårsleddet som helhet (dvs. *kombinasjonen* av rettsvilkår som utgjør vilkårsleddet) er oppfylt enn det er tvil knyttet til noen av rettsvilkårene hver for seg. ³⁴

³⁰ Allen: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», s. 618. Se også Allen: «The Nature of Juridical Proof», s. 380 og Allen og Leiter: «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», s. 1507.

³¹ Hov: *Rettergang I*, s. 257.

³² Hov: *Rettergang I*, s. 282. Se også s. 257.

³³ Se f.eks. Cohen: *The Probable and the Provable*, s. 49–120 for flere argumenter mot forestillingen om at bevisene i en rettsak impliserer et faktum med en viss grad av sannsynlighet.

³⁴ Spørsmålet om hvorvidt et rettsvilkår er oppfylt er i utgangspunktet ikke bare et spørsmål om fak-

Dette innebærer at jo flere rettsvilkår som må være oppfylt, desto høyere må sannsynligheten være for hvert enkelt rettsvilkår. Hvis beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt (dvs. en sannsynlighet på mer enn 0.5), og vilkårsleddet i rettsregelen består av bare ett rettsvilkår, så er det tilstrekkelig å bevise sannsynlighetsovervekt for dette vilkåret. Hvis vilkårsleddet derimot inneholder tre rettsvilkår, må (den gjennomsnittlige) sannsynligheten for hvert enkelt rettsvilkår være tilnærmet 0.8 for at det skal være sannsynlighetsovervekt for vilkårsleddet ($0.795 \times 0.795 \times 0.795 \approx 0,502$), forutsatt at de ulike rettsvilkårene er uavhengige av hverandre. Riktignok må sannsynligheten for hvert enkelt rettsvilkår ikke være like høy i de tilfellene hvor de ulike vilkårene ikke er uavhengige av hverandre, men fortsatt vil det være slik at jo flere rettsvilkår som må være oppfylt, desto høyere må sannsynligheten være for hvert enkelt vilkår.

Når vilkårsleddet består av flere rettsvilkår, er det selvsagt mer som må bevises enn om det bare besto av ett vilkår. Hvis vilkårsleddet består av tre elementer, er det ikke bare ett, men tre vilkår som må bevises. Men multiplikasjonsregelen innebærer altså at disse tre rettsvilkårene også må bevises med en (gjennomsnittlig) høyere sannsynlighetsgrad enn om vilkårsleddet bare inneholdt ett eller to vilkår.³⁵

Juridisk er dette problemet «løst» ved at man splitter opp vilkårsleddet i ulike *bevistemaer* og samtidig postulerer at multiplikasjonsregelen bare skal anvendes *innenfor* et bevistema. Sannsynlighetene knyttet til de ulike bevistemaene skal altså ikke multipliseres med hverandre. Ordet «bevistema» viser altså ikke bare til at vi her har å gjøre med et bevisspørsmål som det av analytiske og praktiske grunner kan være hensiktsmessig å skille ut og behandle for seg, men også til at eventuell tvil knyttet til det aktuelle vilkåret ikke smitter «oppover» til vilkårsleddet som helhet.³⁶

Men inndelingen av rettsvilkåret i bevistemaer endrer ikke på det faktum at i henhold til sannsynlighetsteorien er sannsynligheten for at vilkårsleddet er oppfylt lik produktet av sannsynlighetene til de ulike rettsvilkårene som inngår i vilkårsleddet.³⁷ La oss anta at vilkårsleddet består av tre bevistemaer, og at hvert av disse er bevist med sannsynlighet 0.7. I så fall er sannsynligheten (tilnærmet) 0.34

tum, men også et spørsmål om innholdet i rettsvilkåret og om beviskravet for dette rettsvilkåret. I det følgende forutsetter jeg at disse juridiske aspektene er avklart, slik at spørsmålet om hvorvidt «sannsynligheten for at rettsvilkåret er oppfylt» blir å betrakte utelukkende som et bevisspørsmål.

³⁵ Se f.eks. Hastie, som kommenterer problemet med følgende spørsmål: «[W]hy should verdicts in cases involving many elements (proven to a certain degree) be acceptable, while a comparable case involving fewer elements (proven to the same degree) seems to require a much higher level of global proof?» («Introduction», s. 16).

³⁶ Nygaard skriver at «ein treng [. . .] ikkje dra med seg [. . .] tvilen [. . .] over til andre tema» (*Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 106). Dette er ikke en helt treffende formulering. Det er ikke tale om å overføre tvil «sideveis» til et annet bevistema, men om å overføre tvil som hefter ved et bevistema «oppover» til det overordnede nivået, dvs. til vilkårsleddet som helhet. Se også samme tittel s. 110.

³⁷ Dette gjelder altså hvis de tre bevistemaene er uavhengige av hverandre. Jeg ser for øvrig bort fra de tilfellene hvor det er tale om alternative (i motsetning til kumulative) betingelser.

for at vilkårsleddet er oppfylt (forutsatt at bevistemaene er uavhengige av hverandre), og følgelig er sannsynligheten for at vilkårsleddet *ikke* er oppfylt $1 - 0.34 = 0.66$. Rettsvirkningen kan altså inntre selv om det er mest sannsynlig at vilkårsleddet ikke er oppfylt.³⁸

Mot dette kan det innvendes at man i jussen anser vilkårsleddet som oppfylt hvis beviskravene for dets respektive bevistemaer er oppfylt, og at det utover dette ikke finnes noe beviskrav for vilkårsleddet som helhet. Det kan så være, men det endrer ikke på realiteten – at bevisbedømmeren i noen tilfeller skal legge til grunn det alternativet som i henhold til sannsynlighetsteorien er minst sannsynlig. Sannsynlighetsteorien gjør selvsagt ikke unntak for juridiske bevistemaer – her er det jussen som gjør unntak fra sannsynlighetsteorien. Den som vil argumentere for at de sannsynlighetsteoretiske regnereglene representerer den riktige tenkemåte i juridisk bevisbedømmelse, må fortelle oss hvorfor dette bare gjelder *innenfor* et bevistema, og ikke for vilkårsleddet som helhet.³⁹ Uten en slik begrunnelse fremstår postulatet om at multiplikasjonsregelen ikke skal anvendes på bevistemaer som et kunstgrep for å redde forestillingen om at sannsynlighetskalkylen representerer den riktige tenkemåte i bevisbedømmelsen. Den begrunnelsen at det ellers ville ha blitt for mye tvil, kan like gjerne brukes som argument for at sannsynlighetsteorien er en (kunnskapsteoretisk) feilaktig tilnærming til juridisk bevisbedømmelse.

I denne sammenhengen er det også grunn til å minne om at jurister åpenbart ikke er enige om generelle kriterier for hva som skal utgjøre et eget bevistema.⁴⁰ Når man først har postulert at bevistemaer er unntatt fra multiplikasjonsregelen, vil det selvsagt gjøre en stor forskjell (i teorien) hvor mye som omfattes av ett bevistema.⁴¹ Jo mer oppsplitting i bevistemaer, desto lettere blir det å bevise at hele vilkårsleddet er oppfylt. I noen tilfeller ser vi at vurderingen av hvor mye som skal inkluderes i ett bevistema er styrt av sannsynlighetsteoretiske overveielser, jf. Nyheims forslag om oppsplitting i flere bevistemaer fordi det ellers ville bli for vanskelig å bevise tilstrekkelig sannsynlighet for at vilkårsleddet som helhet er oppfylt.⁴²

Hov og Nyheim er vel de to som på hver sin måte har vært mest tro mot den sannsynlighetsteoretiske tenkemåte. Hov går langt i retning av å slå sammen kumulative rettsvilkår til ett bevistema, og begrunnelsen synes å være at noe annet ville være feil ut fra den sannsynlighetsteoretiske tenkemåte.⁴³ Men Hov ser ikke

³⁸ Cohen skriver at «[j]ustice would hardly be done if a plaintiff were to win on a case that, when considered as a whole, was more probably false than true» (*The Probable and the Provable*, s. 59).

³⁹ Et annet spørsmål i denne sammenhengen er hva som kan begrunne at rettsvirkningen skal inntre hvis to bevistemaer er bevist med sannsynlighetene 0.6 og 0.6, men ikke hvis de er bevist med sannsynlighetene 0.9 og 0.4, til tross for at sannsynligheten for vilkårsleddet som helhet i begge tilfeller er 0.36 (hvis vi forutsetter uavhengighet).

⁴⁰ Sammenlign f.eks. Eckhoff: *Tvilsrisikoen*, s. 92–105, Nygaard, Hagen og Nome: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, s. 107–122, Hov: *Rettergang I*, s. 280–281 og Skoghøy: *Tvistemål*, s. 691–695.

⁴¹ I praksis gjør det liten forskjell, siden bevisbedømmere flest ikke regner på sannsynligheter.

⁴² Nyheim: *Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering*, s. 33–34, 37 og 41.

⁴³ Se f.eks. Hov: *Rettergang I*, s. 280–281.

ut til å bekymre seg over at beviskravet for hvert enkelt rettsvilkår dermed i realiteten blir strengere jo mer komplekst vilkårsleddet er.

Nyheim på sin side er villig til å godta et beviskrav for vilkårsleddet som helhet på 0.3–0.4, fordi beviskravet ellers «blir for strengt».⁴⁴ Men hvis alminnelig sannsynlighetsovervekt for vilkårsleddet ville være for strengt, så skulle vel dette være en sterk indikasjon på at den sannsynlighetsteoretiske tenkemåte *også teoretisk* har nokså begrenset relevans for juridisk bevisbedømmelse. Til forskjell fra debatten i den internasjonale litteraturen, ser det ut til at norsk bevisteori i liten grad har utforsket denne muligheten.

5. FORTELLINGSPARADIGMET

5.1 Kontrast til sannsynlighetsparadigmet

Den grunnleggende forestillingen innenfor sannsynlighetsparadigmet er at bevisene i en rettsak impliserer et faktum med en viss sannsynlighet, som enten oppfyller eller ikke oppfyller det aktuelle beviskravet. Oppfatningen er at juridisk bevisbedømmelse består i å trekke slutninger fra bevismidler (forklaringer, dokumenter og reelle bevismidler) til rettslig relevante fakta. Et bevismiddel har sin bevisverdi i kraft av seg selv og en eller flere relevante «erfaringssetninger» av generell karakter.

Én modell som ivaretar denne oppfatningen er slutning fra premisser til konklusjon, hvor premissene i vårt tilfelle er beviset og erfaringssetningene, og konklusjonen er enten et faktum som har direkte rettslig relevans eller i det minste et faktum som i sin tur kan utgjøre en premiss i en ny slutning på veien mot det rettslig relevante faktum. Riktignok vil det hefte en viss usikkerhet ved konklusjonen, og det er her begrepet om sannsynlighet (og eventuelt sannsynlighetsteoretiske regneregler) kommer inn – konklusjonen følger bare *med en viss sannsynlighet* fra premissene. Men forestillingen er at premissene kommer først og konklusjonen til slutt, og at det er premissene selv som peker ut konklusjonen (det rettslig relevante faktum).

En annen modell innenfor sannsynlighetsparadigmet er hypotesetesting, hvor prosessen ikke starter med bevisene, men med en bestemt hypotese. Her er det hypotesen (det rettslig relevante faktum) som bestemmer hva som er relevante bevis – et bevis er relevant hvis og bare hvis beviset kan styrke eller svekke hypotesen, og irrelevant hvis beviset ikke kan «gjøre en forskjell» for bevisbedømmers tiltro til hypotesen.⁴⁵ Sannsynlighetsbegrepet kommer inn på den måten at (den epistemiske) sannsynligheten for hypotesen oppdateres etter hvert som nye bevis presenteres og vurderes.

I kontrast til den sannsynlighetsteoretiske tilnærmingen har en rekke forskere

⁴⁴ Nyheim: *Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering*, s. 32.

⁴⁵ En slik modell er også lagt til grunn i fremstillingen av bevisbedømmelse og deskriptiv argumentasjon mer generelt i Kolflaath: *Språk og argumentasjon – med eksempler fra juss* (s. 127–151), men uten at det her forutsettes et matematisk begrep om sannsynlighet.

fremholdt at juridiske bevis ikke har mening i seg selv, men bare relativt til en bestemt *fortelling*.⁴⁶ Dette er den grunnleggende kunnskapsteoretiske premissen i fortellingsparadigmet, som i den internasjonale litteraturen om bevisteori de siste tyve årene har fått stadig større tilslutning på bekostning av sannsynlighetsparadigmet. Med utgangspunkt i denne kunnskapsteoretiske premissen blir den sentrale tesen at bevisbedømmelse går ut på å vurdere fortellinger på grunnlag av deres kvalitet som fortelling («intern» vurdering) og deres sammenheng med bevisene («ekstern» vurdering).⁴⁷ Fortellingene blir dels presentert av partene, dels konstruert av bevisbedømmeren selv. I vurderingen av fortellingene er det ikke tale om den matematiske sannsynligheten for et rettslig relevant faktum, men derimot om ulike fortellingens *relative plausibilitet*, dvs. spørsmålet om hvorvidt fortelling A er *mer* plausibel, *like* plausibel eller *mindre* plausibel enn fortelling B, uten at forskjellene blir tallfestet. Riktignok blir også hver enkelt fortelling vurdert isolert – som plausibel eller ikke plausibel – men heller ikke her er det tale om tallfesting.

I sivile saker med omtvistet faktum vil partene presentere ulike fortellinger. Normalt vil disse fortellingene avvike fra hverandre ikke bare rent innholdsmessig, men også med hensyn til deres (i hvert fall antatte) juridiske implikasjoner. Ifølge Allen må beviskravet «overvekt» («preponderance») i praksis bli et spørsmål om hvilken av fortellingene som er mest plausibel i lys av bevisene.⁴⁸ I straffesaker kan beviskravet «utover enhver rimelig tvil» forstås som et krav om at det ikke finnes en fortelling som er plausibel i lys av bevisene og samtidig impliserer tiltaltes uskyld.⁴⁹ Fortellingsparadigmet har vært mest diskutert i strafferettslig sammenheng, og dette vil prege fremstillingen i det følgende.

En fortelling må ha rettslig relevans i den forstand at den har juridiske implikasjoner i den konkrete saken – i motsatt fall har det ingen hensikt å presentere den. I straffesaker vil implikasjonene i første omgang dreie seg om skyldspørsmålet. Det er et juridisk spørsmål om en bestemt fortelling impliserer at tiltalte er skyldig, men i det store flertallet av straffesaker er det juridiske spørsmålet ikke omtvistet – normalt vil striden dreie seg om hvilken fortelling som skal legges til grunn, ikke om de juridiske implikasjonene av én og samme fortelling. I det følgende bruker jeg uttrykket «fellende fortelling» om fortellinger som impliserer at den tiltalte er skyldig, og tilsvarende «frifinnende fortelling» om fortellinger som

⁴⁶ Se f.eks. Bennett and Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 117 («What makes a fact or piece of evidence meaningful in a particular case is its contextual role in the stories that make up the case») og Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 33 («[E]vidence derives its meaning from a story context»).

⁴⁷ En av de tidligste formuleringene av denne tesen finnes i MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 90–92.

⁴⁸ Allen: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», s. 609.

⁴⁹ Se f.eks. Allen: «The Nature of Juridical Proof», s. 382 og 413, Allen og Leiter: «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», s. 1528 og Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 243. Her er det ikke et spørsmål om hvorvidt en slik fortelling faktisk er blitt presentert i rettssaken, men snarere om den eksisterer i en mer abstrakt forstand. Se også fotn. 59.

impliserer at den tiltalte er uskyldig. For øvrig kan ulike fellende fortellinger ha ulike implikasjoner med hensyn til straffutmålingen, men jeg går ikke nærmere inn på dette.

5.2 Fortellinger

Sentralt i fortellingsparadigmet står begrepet om fortellinger. Til en viss grad kan det nok være tale om *flere* begreper om fortellinger, ettersom fortellingsparadigmet ikke er én teori. I det følgende skal jeg kort skissere hva man innenfor fortellingsparadigmet mener med «fortelling» («story», «narrative»), uten å fremheve forskjeller mellom ulike teorier.

I dagligtalen blir ordet «fortelling» ofte assosiert med fiksjon, men i fortellingsparadigmet er ordet nøytralt med hensyn til spørsmålet om fortellingens sannhet. En fortelling er en beskrivelse med en fortellingsstruktur, hvor det som beskrives er et faktisk eller ikke faktisk hendelsesforløp. Pennington og Hastie legger til grunn at fortellinger har en initierende hendelse som direkte eller indirekte resulterer i visse sinnsstemninger (sinne, anger osv.), intensjoner, handlinger og konsekvenser. Dette gjelder både for fortellingen som helhet, og for ulike *episoder* innenfor en og samme fortelling:

«In stories and in episodes, events considered to be *initiating events* cause characters to have psychological *responses* and to form *goals* that motivate subsequent *actions* which cause certain *consequences* and accompanying *states*. An example of an episode in the Johnson case is the following sequence: Johnson and Caldwell are in Gleason's bar. Caldwell's girlfriend, Sandra Lee, goes up to Johnson and asks him for a ride to the race track the next day (initiating events). Caldwell becomes angry (internal response), pulls his razor, and threatens Johnson (actions, note that goal is missing). Johnson backs off (consequence).»⁵⁰

Konsekvensene kan være forårsaket av psykologiske forhold (som i eksemplet ovenfor), eller det kan dreie seg om en fysisk årsaksrelasjon (som f.eks. at Johnson i en annen fortelling dør fordi han blir knivstukket av Caldwell).

I det store og hele er fortellingsbegrepet hos Pennington og Hastie ikke veldig ulikt det vi finner hos Bennett og Feldman. Men Bennett and Feldman fokuserer i høyere grad på at fortellinger er organisert rundt en sentral handling («central action»). En fortelling involverer aktører, handlinger og situasjoner, og den sentrale handlingen gir opphav til et «nett» av relasjoner mellom fortellingens ulike elementer.⁵¹

5.3 Intern vurdering av fortellinger

Innenfor fortellingsparadigmet blir bevisbedømmelse et spørsmål om å vurdere fortellinger. Dels dreier det seg om å vurdere fortellinger *som* fortellinger, dels om å vurdere fortellinger i lys av bevissituasjonen. Vurdering av fortellinger med

⁵⁰ Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 197.

⁵¹ Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 41–49 og 79–80.

hensyn til deres kvalitet som fortellinger omtaler jeg i det følgende som «intern» vurdering. Jeg kommer tilbake til den «eksterne» vurderingen i seksjon 5.4.

Pennington og Hastie opererer med ulike «certainty principles», som for den interne vurderingen av fortellingen dreier seg om fortellingens *koherens*. En fortelling er koherent i den grad den er konsistent, plausibel og fullstendig. Fortellingen er internt konsistent hvis den ikke inneholder selvmotsigelser, dvs. elementer som logisk utelukker hverandre.⁵² Videre er fortellingen plausibel «to the extent that it corresponds to the decision maker's [dvs. bevisbedømmerens] knowledge about what typically happens in the world and does not contradict that knowledge».⁵³ Fortellingens plausibilitet dreier seg altså om dens *interne* plausibilitet, dvs. om fortellingens troverdighet *uavhengig av bevisene*. Det siste kriteriet – fullstendighet – blir et spørsmål om i hvilken grad den oppfyller generelle forventninger til en fortelling med hensyn til struktur og elementer, jf. seksjon 5.2.⁵⁴

En *god* fortelling er konsistent, plausibel og fullstendig. Og hvis fortelling A er mer konsistent, plausibel og fullstendig enn fortelling B, så er fortelling A – under ellers like forhold – *bedre* enn fortelling B. Godhet faller her sammen med (intern) akseptabilitet – jo mer koherens, desto større tilbøyelighet har bevisbedømmeren til å akseptere fortellingen. Pennington og Hastie har en rent empirisk tilnærming til bevisbedømmelse – deres «certainty principles» er ikke anbefalinger til bevisbedømmeren, men derimot elementer som inngår i deres beskrivelse av forhold som rent faktisk påvirker bevisbedømmernes villighet til å akseptere en fortelling.

En nokså forutsigbar innvending mot interne vurderingskriterier er at «bevisene avgjør». Men Pennington og Hastie er ikke alene om å hevde at også fortellingens kvalitet som fortelling påvirker bevisbedømmeren.⁵⁵ For å belyse spørsmålet om hva som påvirker plausibiliteten til en fortelling, utførte Bennett og Feldman et eksperiment som involverte 84 studenter i statsvitenskap ved University of Washington.⁵⁶ Fra denne gruppen ble det trukket ut 49 personer, og hver enkelt av disse fikk i oppdrag å presentere en fortelling for de øvrige 83 personene, som så skulle ta stilling til om fortellingen var sann.⁵⁷ Resultatene fra eksperimen-

⁵² Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 199. Forfatterne nevner også fraværet av «contradictions [. . .] with evidence believed to be true» (samme side), men dette overskri-der den interne vurderingen, som er temaet i denne seksjonen. Både intern og ekstern vurdering er altså involvert i Pennington og Hasties begrep om konsistens, og følgelig også i deres begrep om koherens.

⁵³ Samme tittel og side.

⁵⁴ Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 198–199.

⁵⁵ Se f.eks. Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 67 («[T]he structure of a story can be just as important as its documentation») og Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 44 («A good story is better half of the proof»).

⁵⁶ Bennett and Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 66–90.

⁵⁷ Innenfor utvalget på 49 hadde personene med partall i siste siffer av deres studentnummer fått instruksjon om å presentere en sann fortelling, mens de øvrige blant de 49 var blitt bedt om å presentere en fortelling «in which they were characters but that described something that had never happened to them or something they had not done» (Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 70). I begge tilfeller skulle fortelleren være fortellingens hovedperson.

tet viste ingen sammenheng mellom tilhørernes gjetninger om fortellingens sannhet og fortellingens faktiske sannhet – hvorvidt fortellingen stemte med de faktiske forhold, hadde ingen betydning for vurderingen av dens plausibilitet. Derimot var det en klar tendens til at fortellinger med en lett identifiserbar sentral handling ble vurdert som mer plausible enn andre fortellinger. Det var også en klar tendens til at fortellinger med utvetydige forbindelser mellom de ulike elementene ble vurdert som mer plausible enn fortellinger hvor forbindelsene var uklare – dette gjaldt særlig forbindelser som lå tett opp til den sentrale handlingen. Eksperimentet viser altså at strukturelle trekk ved fortellingen som sådan kan påvirke dens plausibilitet.⁵⁸

5.4 Ekstern vurdering av fortellinger

Bennett og Feldmans eksperiment skiller seg fra bevisbedømmerens situasjon i hvert fall på to måter. For det første hadde tilhørerne ikke gjensidig utelukkende fortellinger å forholde seg til.⁵⁹ For det andre ble fortellingene ikke supplert med dokumentasjon – det var ingen «bevisføring» knyttet til fortellingen. I juridisk bevisbedømmelse vil bevisbedømmeren selvsagt også vurdere fortellingens *eksterne* plausibilitet, som dreier seg om sammenhengen mellom fortellingen og bevisene. Spørsmålet blir da hva denne sammenhengen egentlig består i.

I utgangspunktet kan det virke nærliggende å kreve at fortellingen må være forenlig med bevisene. Men et slikt krav om «ekstern forenlighet» er for svakt til å være interessant. Et litt banalt argument for at kravet er for svakt, er at setningen «A er forenlig med B» ikke betyr noe mer enn at A og B ikke utelukker hverandre, og at forenlighet følgelig ikke forutsetter en (innholdsmessig) *sammenheng* mellom A og B. Men selv om det i og for seg er riktig at enhver fortelling A nødvendigvis vil være forenlig med bevissituasjonen B dersom A og B overhodet ikke har noen mulige tilknytningspunkter, så vil det i praksis være slik at fortellinger som er fullstendig «frikoplet» fra bevisene ikke vil ha juridiske implikasjoner i den konkrete saken.

Et mindre banalt argument for at kravet om «forenlighet med bevisene» er for svakt, er at bevisene ikke selv forteller hva de beviser. Bevisene må *tolkes*. Med «tolking» av et bevis menes her ikke bare tolking av beviset under den forutsetning at bevismiddelet er pålitelig, men også vurdering av bevismiddelets pålitelighet. Når vi først erkjenner at bevisene må tolkes, oppstår spørsmålet om hva det er som styrer tolkingen. Den vanlige oppfatningen innenfor fortellingsparadigmet ser ut til å være at det skjer en gjensidig påvirkning mellom fortellingsnivået og bevisnivået – fortellingen og bevisene «nærmer seg hverandre» som et resultat av at bevisbedømmeren veksler mellom å justere fortellingen i lys av bevisene og å tolke og omtolke bevisene slik at de passer med fortellingen.⁶⁰

⁵⁸ Se også Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 59.

⁵⁹ Heller ikke i rettsalen blir man alltid presentert for to alternative fortellinger, ettersom den tiltalte i noen tilfeller benytter seg av sin rett til ikke å forklare seg. Men i slike tilfeller vil det alltid være aktuelt for *bevisbedømmeren* å konstruere en frifinnende fortelling.

⁶⁰ Se f.eks. Wagenaar: *Anchored Narratives*, s. 7.

Spørsmålet blir da hvor stort spillerom bevisbedømmeren har i tolkingen av bevisene. Jo mer spillerom, desto mer uinteressant blir kravet om forenlighet med bevisene, ettersom spørsmålet her ikke kan være om fortellingen er forenlig med bevisene i seg selv (som i henhold til fortellingsparadigmet er meningsløse i utolket tilstand), men derimot om det finnes en mulig *tolkning* av bevisene som er forenlig med fortellingen. Særlig Bennett og Feldman har fremhevet at juridiske bevis ofte er svært fleksible med hensyn til hvordan de kan tolkes.⁶¹

Denne fleksibiliteten skyldes to forhold. For det første er bevisbedømmelsen basert på generelle oppfatninger («generelle erfaringssetninger», «naturlige formodninger») om hvordan ting *normalt* foregår, ikke om hvordan ting *nødvendigvis* foregår.⁶² Unntak finnes, og i prinsippet blir det alltid et spørsmål om *denne* saken representerer et slikt unntak. Den normale tolkningen av et bevis kan bli fraveket hvis fortellingen og øvrige bevis taler for det, med mindre det finnes en annen fortelling som ivaretar normaltolkningen og som er like plausibel internt og eksternt.⁶³

For det andre kan bevisbedømmeren ignorere bevis. Dette må bevisbedømmeren *nødvendigvis* gjøre f.eks. når to vitneforklaringer direkte motsier hverandre. Bevisbedømmeren må da legge til grunn at minst ett av vitnene har tatt feil eller lyver. Men muligheten for at vitner tar feil eller lyver foreligger uansett om det i den aktuelle saken finnes forklaringer som motsier hverandre. Bevisbedømmerens frihet til å ignorere bevis kan derfor ikke være begrenset til de tilfellene hvor det faktisk foreligger direkte motstrid mellom ulike bevismidler.

Dermed vil et krav om «forenlighet med bevisene» miste ethvert innhold. Det gjelder for enhver fortelling og enhver bevissituasjon at fortellingen er forenlig med bevissituasjonen – spørsmålet er bare hvor mange bevis som må omtolkes eller ignoreres. Et krav om forenlighet måtte forutsette et sterkere innslag av *tvang* i bevisbedømmelsen.

En mer fruktbar tilnærming vil være at bevisene innsnevrer spekteret av fortellinger som kan presenteres med en realistisk forventning om å bli trodd.⁶⁴ Bevissituasjonen vil yte ulike fortellinger ulik motstand. En fortelling som er forenlig med bevissituasjonen bare under den forutsetning at politiet har fabrikkert bevis, eller at Rettsmedisinsk institutt har forvekslet prøver, vil normalt ha dårligere utsikter enn fortellinger som ikke må bygge på slike oppsiktsvekkende forutsetninger. Når bevisene mot den tiltalte er sterke, vil den tiltalte få problemer med å presentere en fortelling som kan overbevise bevisbedømmeren om at han eller hun er uskyldig – i en slik situasjon gjelder det for enhver frifinnende fortelling at intern plausibilitet ikke lar seg kombinere med ekstern plausibilitet. Jo mer plau-

⁶¹ Bennett and Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 65, 90 og 143–144.

⁶² F.eks. snakker Wagenaar et al. om «common-sense beliefs which are generally accepted as true most of the time» (*Anchored Narratives*, s. 10).

⁶³ Se f.eks. Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 45 («When facts do not fit the context of a story, we have two options: change the context or give a new meaning to the facts»).

⁶⁴ Se f.eks. Bennett and Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 113–114.

sibel fortellingen er som fortelling betraktet, desto mer yter bevisene motstand, og omvendt. Intern kvalitet, ekstern plausibilitet og fordelaktig juridisk implikasjon kan ikke oppfylles av en og samme fortelling.

Pennington og Hastie opererer med to eksterne «certainty principles», hvor det ene er fortellingens forenlighet med bevisene. Men her er det ikke tale om forenlighet med *alle* bevisene, bare om fortellingens forenlighet med «evidence believed to be true».⁶⁵ Hva som får bevisbedømmeren til å ignorere visse bevis kan variere, men én mulighet er at den foretrukne fortellingen impliserer at beviset er upålitelig. Det andre eksterne kriteriet dreier seg om i hvilken grad fortellingen dekker bevisene – i hvilken grad «the story accounts for evidence presented at trial».⁶⁶

5.5 Fortellinger som forklaringer

Innenfor fortellingsparadigmet blir fortellinger betraktet som mulige *forklaringer* på bevissituasjonen.⁶⁷ Spørsmålet blir hvilken fortelling som best forklarer bevisene i den konkrete saken, eller – i straffesaker – om det finnes en plausibel og frifinnende fortelling som forklarer bevisene. Allen trekker linjer til naturvitenskapene når han skriver at den økende tilslutningen til fortellingsparadigmet på bekostning av sannsynlighetsparadigmet

«mirrors an analogous shift in the philosophy of science earlier this century from the view that science is embarked on an inexorable march toward the truth to the view that progress is measured by the articulation of better theories, where «better theories» means «better than the available theories».⁶⁸

Modellen er *abduksjon*, eller «slutning til beste forklaring». Generelt har en slutning til beste forklaring følgende form:

D er en gitt samling av data (fakta, observasjoner)
 Hypotesen H forklarer D (ville, hvis den var sann, forklare D)
 Ingen andre hypoteser forklarer D så godt som H

H er trolig sann

I en slutning til beste forklaring vil konklusjonens styrke være avhengig av i det minste tre forhold. For det første er det et spørsmål om hvor god hypotesen H er

⁶⁵ Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 199.

⁶⁶ Samme tittel, s. 198. For fullstendighetens skyld bør det nevnes at Pennington og Hastie også opererer med et *unikhetskriterium* – hvis det ikke finnes en annen koherent fortelling, så styrker dette bevisbedømmerens tiltro til fortellingen (s. 199). I tillegg blir det et spørsmål om fortellingens «goodness-of-fit» i forhold til en mulig «domskategori» («verdict category»), men her er det tale om bevisbedømmerens tiltro til *dommen*, ikke til fortellingen (s. 201).

⁶⁷ Se f.eks. Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 45–46 og 67, Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 194 og 199 og Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 61.

⁶⁸ Allen: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», s. 605.

som forklaring i seg selv, for det andre et spørsmål om hvor mye bedre H forklarer D sammenlignet med de andre mulige forklaringene som har vært tatt i betraktning, og for det tredje et spørsmål om hvor grundig søket etter andre forklaringer har vært.⁶⁹

Med visse modifikasjoner vil slutningsskjemaet ovenfor samsvare med det synet på bevisbedømmelse som forfektes innenfor fortellingsparadigmet.⁷⁰ I en retts sak foreligger det en bevissituasjon – et sett D av bevis – og utgangspunktet for bevisbedømmelsen kan betraktes som et spørsmål om *hvorfor* disse bevisene foreligger, f.eks. hvorfor vitnene sier det de sier. En fortelling H vil være en god forklaring på D i den grad H er internt god og eksternt plausibel. I denne sammenhengen blir H omtalt som en «fortelling» for å få frem at den foreslåtte forklaringen har fortellingsstruktur.⁷¹ Når bevisene er sterke – med andre ord når det ikke finnes en frifinnende fortelling som er plausibel både internt og eksternt – har den tiltalte et *forklaringsproblem*.

Slutning til beste forklaring er en helt vanlig slutningsform i dagliglivet. Og i den juridiske konteksten finner vi den f.eks. i forbindelse med såkalt årsakssannsynlighet i erstatningsretten. I avsnitt 4.2.2 nevnte jeg eksemplet med p-piller og blodpropp. Utgangspunktet er et konkret faktum, f.eks. at en forholdsvis ung kvinne har dødd av blodpropp. Skaden har inntruffet, og da må den også ha en årsak. Spørsmålet blir da hvilken årsak som i *dette konkrete tilfellet* er mest sannsynlig, med andre ord hvilken hypotese som best forklarer det konkrete faktum. Tilsvarende blir det i bevisbedømmelsen et spørsmål om hvilken fortelling som best forklarer bevissituasjonen i den konkrete saken.

5.6 Fortellingsparadigmet og normativ bevisteori

Det er lett å forestille seg innvendinger mot fortellingsparadigmet – f.eks. at fortellingsparadigmet fokuserer på «fortellinger på bekostning av sannheten» (hva som *egentlig* skjedde), og at teoriene nærmest pålegger den tiltalte eller den tiltaltes forsvarer å konstruere en alternativ fortelling. Langt på vei vil slike innvendinger være basert på en misforståelse med hensyn til teorienes status. Stort sett er teoriene innenfor fortellingsparadigmet *deskriptive* teorier, altså teorier om hvordan bevisbedømmelsen *faktisk* foregår. Hvis teoriene er empirisk adekvate, er det bevisbedømmernes praksis som eventuelt må kritiseres, ikke teoriene. En eventuell kritikk av *teoriene* måtte gå ut på at de ikke fanger inn den faktiske bevisbedømmelsen, men en slik kritikk må i så fall belegges med nye empiriske undersøkelser.

⁶⁹ Josephson: «Smart Inductive Generalizations are Abductions», s. 31–32.

⁷⁰ Én modifikasjon er at tredje premiss må skjerpes i straffesaker i henhold til beviskravet.

⁷¹ Diesen har presentert en bevisteori som ser ut til å passe med et modifisert skjema for slutning til beste forklaring (*Bevisprövning i brottmål*, s. 120–151), men uten at hypotesene forutsettes å ha fortellingsstruktur. Diesens teori er likevel forenlig med fortellingsparadigmet. For øvrig har også Ekelöf, med sin fokusering på *årsaken* til et bevis (se f.eks. Ekelöf og Boman: *Rättegång IV*, s. 133–139), tatt som utgangspunkt at bevis er noe som skal forklares.

Det er i dag liten grunn til å betvile at fortellingsparadigmet som *deskriptiv* bevis-teori har atskillig mer for seg enn sannsynlighetsparadigmet.⁷²

Til en viss grad kan man si at fortellingsparadigmet ikke gir rom for den normative dimensjonen. Teoriene pretenderer å beskrive en praksis, men i de fleste tekstene som omtalen av fortellingsparadigmet i denne artikkelen bygger på, skinner det også gjennom en oppfatning om at bevisbedømmelsen heller ikke *kunne* ha foregått på andre måter – bevisbedømmeren kan ikke velge bort fortellingene.⁷³ Hvis det ligger i sakens natur og menneskets psykologi at bevisbedømmelsen *nødvendigvis* foregår på denne måten, så bortfaller på sett og vis den normative dimensjonen. Normer kan gjøre en forskjell bare der hvor det er valgmulighet – hvis bevisbedømmeren uansett ikke kan velge, vil anbefalinger til bevisbedømmeren være formålsløse.

Men uansett hva man måtte mene om bevisbedømmernes valgmulighet, så gjenstår spørsmålet om i hvilken grad bevisbedømmerens praksis bidrar til å avdekke sannheten i konkrete saker. Når det gjelder innvendingen om at fortellingsparadigmet fokuserer på fortellinger på bekostning av sannheten, kan man replisere at ønsket om å avdekke sannheten ikke kan være annet enn en *ideell* målsetning – i praksis er bevisbedømmeren henvist til å vurdere plausibiliteten til fortellinger.⁷⁴ Ideelt sett skulle bevisbedømmeren alltid ende opp med den sanne fortellingen, men graden av motstand fortellingen møter i bevisene gir bare en viss *indikasjon* på fortellingens sannhet – garantier finnes ikke. Dette er et generelt problem ved bevisbedømmelse, ikke en svakhet ved fortellingsparadigmet. I denne sammenhengen er det også et poeng at dersom det finnes en frifinnende fortelling som er plausibel både internt og eksternt, så spiller det ingen rolle om denne fortellingen rent faktisk er sann – beviskravet er uansett ikke oppfylt.

Den andre innvendingen – at fortellingsparadigmet nærmest pålegger den tiltalte eller den tiltaltes forsvarer å konstruere en fortelling – kunne besvares med at dersom den tiltalte virkelig er uskyldig, så behøver ikke vedkommende *konstruere* en fortelling i betydningen «finne på». Er den tiltalte uskyldig, kan vedkommende rett og slett fortelle sannheten. Men dette vil ikke alltid hjelpe den tiltalte – i noen tilfeller er de faktiske hendelsene såpass ekstraordinære at den sanne fortellingen ikke er den mest plausible fortelling som fortelling betraktet (intern plausibilitet). Og hvis det nå også skulle være slik at politiet faktisk *har* fabrikkert beviser, eller at Rettsmedisinsk institutt faktisk *har* forvekslet prøver, så vil den sanne fortellingen komme dårlig ut også med hensyn til eksternt plausibilitet. Men igjen har vi å gjøre med et generelt problem ved bevisbedømmelse, ikke med en svakhet ved fortellingsparadigmet.

Dessuten er det jo ikke slik at fortellingsparadigmet pålegger den tiltalte eller

⁷² Se f.eks. Hastie: «Introduction», s. 28 og Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 203 og 213–214.

⁷³ Dette gjelder Bennett og Feldman, Wagenaar et al. og Allen, men ikke Pennington og Hastie.

⁷⁴ Se f.eks. Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 68 og Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 33.

den tiltaltes forsvarer å presentere en fortelling. Men fortellingsparadigmet tilsier at en alternativ fortelling kan være et effektivt forsvar.⁷⁵ Her kan det dreie seg om en alternativ fortelling sentrert rundt den tiltalte (f.eks. at den tiltalte på det antatte gjerningstidspunktet befant seg et helt annet sted), eventuelt i kombinasjon med en fortelling som involverer en annen gjerningsperson. En fortelling av den siste typen vil ha stor psykologisk gjennomslagskraft hos bevisbedømmeren, ettersom den ikke bare frifinner den tiltalte, men også oppklarer forbrytelsen.⁷⁶ I flere av de store gjenopptagelsessakene i Norge har vi sett at den dømtes forsvarer utpeker en annen mulig gjerningsperson.⁷⁷

Hvis den tiltalte ikke presenterer en alternativ fortelling, er det nærliggende for bevisbedømmeren å anta at den tiltalte heller ikke *kunne* ha presentert en frifinnende fortelling som er plausibel både internt og eksternt. Ikke bare er det nærliggende, i Norge er det også fullt tillatt – det finnes ikke rettsregler som pålegger bevisbedømmeren å se bort fra tiltaltes taushet. Derimot har rettens formann anledning til å gjøre den tiltalte oppmerksom på at tausheten «kan bli ansett for å tale mot ham» (straffeprosessloven § 93 andre ledd).

Innenfor fortellingsparadigmet befatter man seg altså for en stor del med rene beskrivelser av bevisbedømmerens praksis og – i forlengelsen av beskrivelsene – med antagelser om hvilke strategier fra partenes side som rent faktisk vil føre frem. Fortellingsparadigmet kan ikke betraktes som normativ bevisteori på det overordnede nivået – innenfor dette paradigmet er det verken et spørsmål om eller en norm at bevisbedømmelsen *bør* bestå i at bevisbedømmeren vurderer fortellinger. Men på det mer detaljerte nivået kan det være aktuelt med kritikk og anbefalinger. Bevisbedømmerens praksis med å vurdere fortellingens kvalitet som fortellinger reiser spørsmålet om hvorvidt fortellingene som legges til grunn, er tilstrekkelig forankret i bevisene. Pennington og Hastie rapporterer et eksperiment hvor 55 % av elementene i bevisbedømmerens fortellinger var gjentagelser av utsagn i vitneforklaringer, mens de resterende 45 % var utfyllende slutninger foretatt av bevisbedømmeren selv.⁷⁸ Wagenaar et al. undersøkte 35 diskutabile saker i Nederland, og konkluderte med at fortellingens bevismessige forankring i noen tilfeller var altfor svak:

«[I]n some of the cases there were clear evidence that the prosecution's narrative could not possibly be true. [...] The theory of anchored narratives predicts that this may happen

⁷⁵ Se f.eks. Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 104–107. Se også Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 58–60 og 206.

⁷⁶ Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 113–114.

⁷⁷ F.eks. «Stepper'n» i Liland-saken (se NOU 1996: 15, s. 141, og for øvrig granskningsutvalgets egne bemerkninger på s. 35–40), person E i Fasting Torgersen-saken (se Rt. 2001 s. 1521 på s. 1526 og 1528, og for øvrig Eide og Moss: «. . . aldri mer slippes løs . . .», s. 263–278 og 412–419) og i den ene av Moen-sakene en person som hadde vært blant politiets mistenkte (se kjennelse i Hålogaland lagmannsrett 12.2.02 (LH-2000-00863) og Aftenposten 21.12.2001: «Navnga mulig drapsmann»).

⁷⁸ Pennington og Hastie: «The Story Model for Juror Decision Making», s. 204–206.

when the plausibility of the narrative is evaluated on the basis of aspects that are unrelated to the truth of the story, and anchors are derived from a selected sub-set of the evidence». ⁷⁹

På bakgrunn av dette presenterer forfatterne en rekke krav til bevisbedømmelsen og andre aspekter ved straffeprosessen som må være oppfylt for at prosessen skal kunne anses forsvarlig i et kunnskapsteoretisk perspektiv. ⁸⁰ Jeg går ikke nærmere inn på disse kravene, men eksemplet viser at fortellingsparadigmet til en viss grad også kan ta form av normativ bevisteori.

5.7 Noen implikasjoner

Oppfatningen om at juridisk bevisbedømmelse består i å vurdere fortellinger har en rekke implikasjoner. Én implikasjon er at narrasjonsteori (som utvikles i fag som f.eks. litteraturvitenskap og folkløristikk) blir en relevant hjelpedisiplin i det bevisteoretiske feltet. En annen implikasjon er at intensjoner hos aktører i fortellinger spiller en viktigere rolle i bevisbedømmelsen enn hva de materielle rettsvilkårene (straffebudets generelle gjerningsbeskrivelse) i seg selv skulle tilsi. Allen og Leiter er inne på dette når de skriver at

«[m]otive is never an element but always admissible in criminal cases, and for that matter in civil cases, and convictions are difficult to obtain without proof of motive. Motive fills in the gaps and converts formal structures into human events.» ⁸¹

Det er aktørenes intensjoner (og for så vidt deres sinnstemninger) som kan gjøre deres påståtte handlinger forståelige for bevisbedømmeren, og som dermed kan gjøre fortellingen plausibel som fortelling. Intern plausibilitet er en avgjørende faktor i bevisbedømmelsen, jf. seksjon 5.3.

Fortellingsparadigmet har også implikasjoner for partenes opptreden. Jeg har allerede nevnt alternative fortellinger som en mulig strategi i straffesaker. Dette er én av tre forsvarerstrategier som diskuteres av Bennett og Feldman – de øvrige to dreier seg om forsøk på å svekke den interne plausibiliteten og den eksterne plausibiliteten ved påtalemyndighetens fellende fortelling. ⁸² I hvilken grad slike strategier har utsikter til å lykkes, avhenger av hvordan påtalemyndigheten i utgangspunktet har presentert saken:

«The degree to which the prosecution succeeds in fashioning a structurally complete and internally consistent story that takes into account all the evidence in a case determines the probable success of each of the general defense story strategies.» ⁸³

⁷⁹ Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 11.

⁸⁰ Samme tittel, s. 231–246.

⁸¹ Allen og Leiter: «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», s. 1535.

⁸² Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 94–95 og 98–107. Se også Wagenaar et al.: *Anchored Narratives*, s. 58–60 og 197–210.

⁸³ Bennett og Feldman: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, s. 97.

For øvrig har Allen gitt uttrykk for at fortellingsparadigmet tilsier endringer i den amerikanske prosessordningen.⁸⁴

6. AVSLUTNING

Sannsynlighetsparadigmet og fortellingsparadigmet er i dag de to hovedretningene i den internasjonale litteraturen om bevisteori. Norsk bevisteori har imidlertid vært ensidig preget av sannsynlighetsparadigmet. Fortellingsparadigmet, som nå har gjort seg gjeldende i den internasjonale litteraturen i tyve år, har så langt ikke vært synlig i den norske litteraturen.

Nå må det likevel sies at sannsynlighetsparadigmet etter hvert er blitt nokså utvannet i norsk bevisteori. På slutten av 80-tallet snakker Eckhoff om «skjønnsmessige helhetsvurderinger» og om «den informasjonen som sammenhengen mellom [bevisene] gir», i motsetning til «isolerte bedømmelser av de enkelte bevisfakta».⁸⁵ Dette innebærer at sannsynlighetsteoriens regneregler settes til side.

En oppfatning om at bevisbedømmeren ideelt sett skulle ha regnet på sannsynligheter, men at det i praksis blir mye skjønn, er knapt en *teori* om bevisbedømmelse. Som deskriptiv teori mangler den empirisk dristighet – det er nokså trivielt at det i praksis blir mye skjønn i bevisbedømmelsen. Som normativ teori svikter den på to måter. For det første er det sannsynlighetsteoretiske idealet så virkelighetsfjernt at teorien på dette punktet ikke kan påvirke den faktiske bevisbedømmelse – unntaket er erstatningsaker og andre saker hvor bevisbedømmeren faktisk kan bygge på statistikk. For det andre er oppfordringen om å bruke skjønn og å se helheten i bevisene så generell at dette vanskelig kan betraktes som konkrete anbefalinger til bevisbedømmeren.

Allen har stilt spørsmålet om hvorfor sannsynlighetsparadigmet har stått så sterkt i den bevisteoretiske litteraturen, når det både er ubrukelig i praksis og teoretisk uholdbart. Ifølge ham er svaret i hvert fall delvis at diskusjonen om juridiske bevis i høy grad har vært knyttet til erstatningsrett – hvor sannsynlighetsparadigmet jo *har* sin berettigelse – og at man så har generalisert til andre sakstyper.⁸⁶ Allen har neppe hatt norsk bevisteori i tankene her, men beskrivelsen er langt på vei treffende også for den norske litteraturen.

Men selv om vi trygt kan slå fast at sannsynlighetsparadigmet har nokså begrenset relevans for det store flertallet av rettssaker, skal vi selvsagt ikke ukritisk akseptere fortellingsparadigmet. Det kan diskuteres f.eks. om Bennett og Feldman overser avgjørende aspekter ved forhandlinger i rettssalen,⁸⁷ og om kravene

⁸⁴ Se Allen: «The Nature of Juridical Proof», s. 381–382 og 409–413.

⁸⁵ Eckhoff: «Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen», s. 334. Se også Eckhoff: «Temametode og bevisverdimetode på ny», s. 97.

⁸⁶ Allen: «The Nature of Juridical Proof», s. 421.

⁸⁷ Se f.eks. Twining: «Lawyers' Stories», s. 242 og 250, og Jackson: *Law, Fact and Narrative Coherence*, s. 61–88.

som presenteres av Wagenaar et al. (jf. seksjon 5.6) i praksis ville innebære at det strafferettslige beviskravet ble for strengt. Men sammenlignet med sannsynlighetsparadigmet ligger fortellingsparadigmet utvilsomt nærmere bevisbedømmelsen slik den faktisk foregår. Dermed er fortellingsparadigmet også et bedre utgangspunkt hvis man ønsker en normativ bevisteori som kan gjøre en forskjell i praksis.

Litteratur

- Allen, R.J.: «Factual Ambiguity and a Theory of Evidence», *Northwestern University Law Review* 1994 (vol. 88 s. 604–640)
- «The Nature of Juridical Proof», *Cardozo Law Review* 1991 (vol. 13 s. 373–422)
- Allen R.J. og Leiter, B.: «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», *Virginia Law Review* 2001 (vol. 87 s. 1491–1550)
- Andenæs, J.: *Norsk straffeprosess, bind I*, 3. utg., Oslo 2000
- Bennett, W.L. og Feldman, M.S.: *Reconstructing Reality in the Courtroom*, New Jersey 1981
- Bolding, P.O.: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Uppsala 1951
- Cohen, L.J.: *The Probable and the Provable*, Oxford 1977
- Diesen, C.: *Bevisprövning i brottmål*, Stockholm 1994
- Eckhoff, T.: *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*, Oslo 1943
- «Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen», *Svensk Juristtidning* 1988 s. 321–339
- «Temametode og bevisverdimetode på ny», i Heuman, L. (red.): *Festskrift till Per Olof Bolding*, Stockholm 1992
- Eide, C.J. og Moss, E.: «. . . aldri mer slippes løs . . .». *Historien om Fredrik Fasting Tørgersen*, Oslo 1999
- Ekelöf, P.O. og Boman, R.: *Rättegång IV*, 6. utg., Stockholm 1992
- Hastie, R. (red.): *Inside the Juror. The Psychology of Juror Decision Making*, Cambridge 1993
- «Introduction», i Hastie, R. (red.): *Inside the Juror*
- Hov, J.: *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*, Oslo 1999
- Jackson, B.S.: *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside 1988
- Josephson, J.R.: «Smart Inductive Generalizations are Abductions», i Flach, P.A. og Kakas, A.C. (red.): *Abduction and Induction. Essays on their Relation and Integration*, Dordrecht 2000
- Kolflaath, E.: *Språk og argumentasjon – med eksempler fra juss*, Bergen 2004
- MacCormick, N.: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978
- Nygard, L.-J.: «Juryordningen – erfaringer fra en intervjuundersøkelse», *Lov og Rett* 2003 s. 290–296
- Nygaard, N., Hagen, O. og Nome, S.: *Årsak og bevis – ved ansvar for skade*, Oslo 1986
- Nyheim, P.: *Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering*, Tromsø 1993
- Pennington, N. og Hastie, R.: «The Story Model for Juror Decision Making», i Hastie (red.): *Inside the Juror*
- Schum, D.A.: *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*, New York 1994
- Skoghøy, J.E.A.: *Tvistemål*, 2. utg., Oslo 2001
- Strandbakken, A.: *Uskyltspresumsjonen. «In dubio pro reo»*, Bergen 2003
- Twining, W.: «Lawyers' Stories», i Twining: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Oxford 1990
- Wagenaar, W.A., Van Koppen, P.J. og Crombag, H.F.M.: *Anchored Narratives. The Psychology of Criminal Evidence*, Hampstead 1993

Wigmore, J.H.: *The Science of Judicial Proof, as Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials*, 3. utg., Boston 1937
NOU 1996: 15, *Lilandsaken*