

BEVISKRAV OG TVIL I STRAFFESAKER  
(Foredrag i Verdibørsen, NRK P2 25. oktober 2018)

Eivind Kolflaath

Som knapt noen lyttere har kunnet unngå å få med seg, pågår det for tiden en rettssak hvor en tidligere polititjenestemann er tiltalt for korrupsjon og medvirkning til narkotikasmugling. Dom i saken vil falle først neste år. Rettssaken som pågår nå, er andre runde i denne nokså spesielle straffesaken. I første runde ble den tidligere polititjenestemannen dømt til 21 års fengsel i tingretten. Det er mye som står på spill for den 61 år gamle tiltalte når ankesaken nå behandles i lagmannsretten.

Saken mot den tidligere polititjenestemannen er en av de mest omtalte straffesakene i Norge etter århundreskiftet. Det er også den siste straffesaken her i landet hvor skyldspørsmålet skal avgjøres av en jury. Juryen – eller lagretten, som den heter i det juridiske språket – vil svare «ja» på skyldspørsmålet for de ulike tiltalepostene hvis minst syv av de ti medlemmene stemmer for dette inne på juryrommet. Om avgjørelsen av skyldspørsmålet er enstemmig eller ikke, er det ikke meningen at andre enn jurymedlemmene skal vite. Skulle juryen finne den tiltalte skyldig, kan en eller flere jurymedlemmer som har stemt for frifinnelse, være blant de fire som sammen med de tre fagdommerne skal bestemme hvilken straff tiltalte skal få.

Saken mot den tidligere polititjenestemannen markerer altså avslutningen på juryordningen i Norge. I fremtiden vil alle straffesaker i lagmannsretten hvor man skal ta stilling til skyldspørsmålet, bli avgjort av en såkalt meddomsrett med to fagdommere og fem lekdommere. Jury ble derimot brukt bare i de mest alvorlige sakene.

Den tradisjonelle begrunnelsen for jurysystemet er at tiltalte skal dømmes av likemenn, forstått som vanlige folk – i motsetning til jurister. Men lovgiver stolte ikke helt på vanlige folk. I alle jurysaker hadde de tre fagdommerne mulighet til å sette juryens kjennelse til side, hvis de alle mente at den var feil. Det kunne de gjøre både hvis juryen

hadde funnet den tiltalte skyldig, og hvis juryen var kommet til motsatt resultat. Litt spissformulert kan man si at lekdommerne fikk lov til å bestemme så lenge fagdommerne var enige. I praksis var det oftest frifinnelser som ble satt til side av fagdommerne. Tilsidesettelse av en jury-kjennelse betyr ny rettssak, men denne gangen uten jury. Derfor er det ikke helt utenkelig at det blir en tredje runde i saken mot den tidligere polititjenestemannen.

Heller ikke i den nye ordningen med meddomsrett i alle saker har lovgiver våget å la avgjørelsen være helt opp til lekdommerne. Den nye meddomsretten har syv medlemmer – to fagdommere og fem lekdommere. For at retten skal domfelle, kreves det at minst fem stemmer for dette. Men lovgiver har eliminert muligheten for at en tiltalt kan bli domfelt av de fem lekdommerne alene, ved å kreve i tillegg at minst én fagdommer er blant dem som stemmer for domfellelse. Dermed vil de to fagdommerne sammen alltid kunne blokkere en domfellelse, selv om det er fem som stemmer for. Men til forskjell fra juryordningen, kan fagdommerne ikke blokkere en frifinnelse. Hvis tre lekdommere stemmer for frifinnelse, kan fagdommerne ikke forhindre at det blir resultatet.

\*

Det som skal bevises i en straffesak, er at tiltalte har gjort det som står i tiltalen. Men det er ikke nok at dommeren holder det for mest sannsynlig at tiltalte faktisk har begått handlingene han eller hun er tiltalt for. For å domfelle, må det påståtte forholdet være bevist «utover enhver rimelig tvil», som man sier. Dette er beviskravet i straffesaker. Men hva menes egentlig med «rimelig tvil» i denne sammenhengen? For en del år siden gjennomførte jeg et forskningsprosjekt hvor jeg observerte straffesaker i norske domstoler. Jeg var til stede ikke bare i rettssalen, men også i domskonferansen hvor dommerne diskuterte saken bak lukkede dører og konkluderte om skyld og eventuelt straff. Underveis i dette feltarbeidet hørte jeg mange mer eller mindre vellykkede forsøk fra rettens aktører – dommere, aktorer og forsvarere – på å forklare nærmere hva som menes med uttrykket «utover enhver rimelig tvil». For eksempel var det vanlig å si at man skal legge vekt på den «fornuftige» og «forstandige» tvil, og se bort fra den

«teoretiske» og «hypotetiske» tvil – det er bare de første formene for tvil som skal føre til frifinnelse. Her snakker man altså som om det finnes ulike former for tvil, i en sammenheng hvor det i realiteten bare er tale om gradforskjeller. Og for den som ikke allerede er innforstått med hva beviskravet i straffesaker går ut på, er det neppe mye hjelp i å bli fortalt at «man bare skal legge vekt på fornuftig og forstandig tvil». Det sier vel seg selv at man ikke skal legge vekt på tvil som er ufornuftig eller uforstandig.

En annen vanlig måte å forsøke å utdype beviskravet på, er å etterspørre en bestemt følelse hos dommeren. Man sier for eksempel at dommeren må «føle seg sikker», eller «være overbevist», for å domfelle. Slike formuleringer er det nok lettere å forholde seg til for den som vil forstå hva som ligger i uttrykket «utover enhver rimelig tvil». Formuleringene er enklere å begripe, og enklere å anvende. De fleste har vel en noenlunde felles oppfatning om hva det betyr «å føle seg sikker», eller «å være overbevist», og i den grad man har kontakt med egne følelser, vil man vel også vite om dette er tilfellet. Men en vanlig innvending er at formuleringer hvor alt står og faller på om dommeren har en bestemt følelse med en bestemt intensitet, legger til rette for at avgjørelsen blir nokså subjektiv og vilkårlig. Det som overbeviser noen, vil ikke overbevise andre. Noen er sikre på det meste, mens andre ikke er sikker på noe. En slik innvending er særlig berettiget når beviskravet blir forstått som et spørsmål om samvittighet og sjelefred – eller til det motsatte – til sjelelig uro, som underforstått er knyttet til faren for at man kan komme til å domfelle en uskyldig. I retten har jeg for eksempel hørt at man må kunne sove godt om natten, hvis man skal domfelle. Hvis ikke, må man frifinne. Selv om det kan være lett å trekke på smilebåndet av slike forsøk på å redegjøre for beviskravet ved å henvise til søvnkvalitet, skal vi anerkjenne at koplingen mellom beviskravet og dommerens sjelefred oftest er ment understreke at hver enkelt bevisbedømmer har ansvar for å yte tiltalte rettferdighet, og at man ikke skal ta lett på det å dømme en person til straff. Samtidig er det klart at det kan være mange sider av en straffesak som er egnet til å forstyrre sjelefreden, uten at dette nødvendigvis forteller noe om hvorvidt tiltalte er skyldig. En veldig sterk betoning av den emosjonelle dimensjonen kan gjøre det vanskelig å sortere mellom det som er relevant, og det som ikke relevant, i bevisbedømmelsen.

En mer konkret tilnærming til beviskravet er å spørre om det finnes et realistisk, frifinnende scenario etter at bevisene er ført. Hvis tiltalte forklarer seg, og denne forklaringen ikke kan avskrives som urealistisk i lys av bevisene, skal man frifinne. Men tiltalte i en straffesak har ingen plikt til å forklare seg, eller til å snakke sant. Derfor kan en frifinnelse ikke generelt avhenge av at tiltalte presenterer en realistisk historie. I vurderingen av om det likevel finnes et realistisk, frifinnende scenario, er det likevel et relevant spørsmål hvorfor tiltalte ikke skulle forklare seg, eller skulle forklare seg usant, hvis vedkommende er uskyldig.

\*

De måtene å utdype beviskravet på som jeg nå har vært inne på, har det til felles at de forsøker å formidle at terskelen for å domfelle skal være meget høy. Hvis det strenge beviskravet i straffesaker anvendes som forutsatt, vil det være langt flere skyldige som frifinnes, enn det vil være uskyldige som domfelles. Det at mange skyldige frifinnes, er en pris man må betale for å ivareta rettssikkerheten til den som er tiltalt. Hensynet til at uskyldige ikke skal bli straffet, har høy prioritet i en rettsstat. Det skaper ofte sterke reaksjoner når det viser seg at en domfelt antakelig er uskyldig, eller det blir kjent at en tiltalt ble domfelt på tvilsomt grunnlag. Vår følelse av noe uhyrlig ved det at uskyldige dømmes til straff, beror vel på kombinasjonen av at straff er en tilsiktet pinepåføring, som kriminologen Nils Christie kalte det, og at det er staten som påfører pinen. Det finnes jo tiltak som kan oppleves minst like inngripende som det å måtte sitte i fengsel. For eksempel kan staten tvangsinnlegge personer i psykiatriske institusjoner. Men til forskjell fra tvangsinnleggelse, er straff «et onde som staten påfører en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen *i den hensikt at det skal føles som et onde*», som jussprofessor Johs. Andenæs formulerte det i forrige århundre. Selv om det heller ikke er ideelt at skyldige går fri, er begrunnelsen for det strenge beviskravet i straffesaker at det vil være en større ulykke om en uskyldig blir domfelt, enn om en skyldig blir frifunnet. Man sier for eksempel at «det er bedre at ti skyldige går fri, enn at én uskyldig blir dømt». Men slike formuleringer kommer i mange varianter, hvor antallet skyldige som nevnes, varierer

sterkt – jeg har sett eller hørt alt fra to til ti tusen. Enkelte har tatt til orde for at beviskravet i straffesaker bør reflektere det ønskede forholdstallet mellom uskyldig dømte og skyldige som frifinnes. Dette innebærer for eksempel at hvis det ønskede forholdstallet er én til nitten, bør det kreves 95 prosent sannsynlighet for å domfelle. Men hvilket forholdstall er mest ønskelig? For å prøve å ta stilling til dette, kan vi gjennomføre et tankeeksperiment: Anta at du blir fortalt at det i et fengsel sitter en uskyldig dømt, men uten at du får vite hvem dette er. Vi forutsetter at personen som forteller deg at det sitter en uskyldig dømt, har full oversikt over hvilke fanger i fengselet som er skyldige, og hvilke som er uskyldige. Du blir fortalt at du kan bestemme at denne personen skal løslates, men at en annen fange som er skyldig i en like alvorlig forbrytelse, i så fall vil bli løslatt samtidig. Hva bestemmer du? Hvis du bestemmer deg for ikke å løslate de to fangene, betyr vel det at du ikke mener at det er en større ulykke at en uskyldig blir straffet, enn at en skyldig går fri. Og hvis du mener at de begge skal løslates, kan vi øke antallet skyldige: Hva hvis det er fem skyldige som vil bli løslatt sammen med den uskyldige? Eller ti, eller femti, eller hundre, eller tusen? Hvor mange skyldige er du villig til å slippe fri sammen med den uskyldig dømte? Heldigvis, kan man kanskje si, er scenarioet i tankeeksperiment helt urealistisk. Dermed slipper vi å ta stilling til spørsmålet om hva som er det kritiske forholdstallet. Like fullt har vel de aller fleste en klar oppfatning om at det er verre å dømme en uskyldig enn å frifinne en skyldig – selv om man gjerne har vanskelig for å angi hvor mye verre det er. Denne oppfatningen om at det ene er verre enn det andre, synes imidlertid å være vanskeligere å begrunne enn man kanskje skulle tro. Én mulig begrunnelse er at siden det både er et onde at en uskyldig blir straffet, og et onde at en skyldig går fri, vil det å dømme feil person til straff, gi opphav til to onder, mot bare ett når en skyldig blir frifunnet. Men et slikt resonnement kan fungere bare i de tilfellene hvor en forbrytelse faktisk har funnet sted, slik at det faktisk finnes en gjerningsperson et sted der ute. I de sakene hvor retten har domfelt en tiltalt for en forbrytelse som i virkeligheten ikke er begått, finnes det ingen skyldig som kan gå fri. Og mer generelt har vel rettssosiologen Vidar Halvorsen rett når han skriver at man neppe får skikkelig tak på den moralsk relevante forskjellen mellom å dømme en uskyldig og å frifinne en skyldig bare ved telle ondene som de to ulike tilfellene gir opphav til. Tvert imot, skriver han, er vår grunnleggende intuisjon at det å straffe den

uskyldige uansett er mer urettferdig enn å frifinne den skyldige, uavhengig av hvilke andre konsekvenser slike avgjørelser måtte ha. Halvorsen diskuterer også andre mulige begrunnelser, men konkluderer med at ingen av disse er helt overbevisende – uten at han dermed mener at vi bør forkaste oppfatningen om at det verre at en uskyldig blir straffet enn at en skyldig går fri.

Kravet om at tiltaltes skyld må være bevist utover enhver rimelig tvil, oppsto i England på siste halvdel av 1700-tallet. Men bakgrunnen ser ut til å ha vært en litt annen enn det som i dag brukes som begrunnelse for et strengt beviskrav i straffesaker. Rettshistorikeren James Q. Whitman har skrevet om beviskravets tilblivelse i boken *The Origins of Reasonable Doubt*, som kom ut for ti år siden. Ifølge ham var bakgrunnen et økende problem med at jurymedlemmer vegret seg for å finne skyldig en anklaget som kunne bli henrettet – også i saker hvor bevisene var overveldende. Bibelens forbud mot blodsutgytelse og drap innebar at jurymedlemmene risikerte evig fortapelse om de fant den anklagede skyldig. Riktignok var den rådende kristne oppfatningen at det er loven, og ikke jurymedlemmene eller dommeren, som straffer. Men domfellelsen ville være rettmessig og moralsk forsvarlig bare hvis den dømte faktisk var skyldig. Var jurymedlemmet i tvil, måtte han velge den trygge vei – det vil si å finne den anklagede ikke skyldig. Men det var jurymedlemmer som trakk denne kristne læresetningen så langt at de valgte «ikke skyldig» også når bevisene var klare. I et system hvor alle de tolv jurymedlemmene måtte være enige for at det skulle bli domfellelse, innebar dette at den anklagede gjerne ble frifunnet selv om det var liten tvil om at den anklagede var skyldig. Dette ble ansett som et så stort problem at jurymedlemmer i enkelte tilfeller ble bøtelagt og satt i fengsel. Ifølge Whitman ble formuleringen «reasonable doubt» innført for å avhjelpe problemet med vegrende jurymedlemmer. Budskapet til jurymedlemmene var at hvis det ikke er «rimelig tvil», skal man finne den anklagede skyldig – og at man trygt kan gjøre dette uten å sette egen frelse på spill. Men tidene forandrer seg. I dag er det tiltaltes rettssikkerhet, og ikke prognosene for evig liv for den som dømmer, som begrunner det strenge beviskravet i straffesaker.

\*

I mange saker vil dommerne ikke være i tvil om hvilket resultat som er det riktige. Det står klart for dommeren at bevisene er tilstrekkelige for domfellelse, eller det står klart for ham eller henne at bevisene ikke oppfyller beviskravet. Men i noen tilfeller vakler dommeren mellom det ene og det andre, og har vanskelig for å bestemme seg. En slik beslutningstvil er levende beskrevet i dommen i en voldtektssak som var oppe i en norsk tingrett tidligere i år. Rettens medlemmer delte seg her i et flertall og mindretall i skyldspørsmålet. I dommen kan vi lese at – sitat

«[f]lertallet vakler mellom i det ene øyeblikk å tenke at bevisene ikke kan vurderes annerledes enn at tiltalte er skyldig i det som fornærmede har forklart, for så, i neste, å fortsette å grunne over om man derved gjør tiltalte urett. Risikoen for det siste slipper ikke taket.» sitat slutt

Problemet er altså at rettens flertall, som besto av fagdommeren og den ene av de to lekdommerne, ikke klarer å ta stilling på grunnlag av bevisene, samtidig som ingen dommere har anledning til å stemme blankt. I samsvar med det jeg antar at de aller fleste norske fagdommere ville lande på i en slik situasjon, skriver flertallet at – sitat – «[d]et korrekte blir da at tiltalte frifinnes for straff» – sitat slutt. Også her var det tiltaltes rettssikkerhet som slo igjennom.

Som nevnt vil det strenge beviskravet i straffesaker innebære at flere skyldige frifinnes enn det er uskyldige som domfelles. Men selv om en frifinnelse langt fra er noen garanti for den tiltalte er uskyldig, skal den som er frifunnet, likevel anses uskyldig. I dette ligger det at man skal behandle vedkommende som om han eller hun er uskyldig, både i og utenfor rettssystemet. Men dette er et ideal som i varierende grad etterleves i praksis. Tidligere i høst sendte NRK en serie i tre deler om den britiske politikeren Jeremy Thorpe, som i serien ble spilt av Hugh Grant. Thorpe ble tiltalt for medvirkning til drap, men ble frifunnet i retten. Frifinnelsen kommer klart frem i tv-serien, men serien bygger ellers på en forutsetning om at Thorpe faktisk gjorde det han ble frifunnet for.

Det kan også stilles spørsmål ved om det norske rettsvesenet behandler alle frifunnede som om de er uskyldige. I saken med de to dommerne som vaklet mellom domfellelse og frifinnelse, og til slutt endte opp med å frifinne, ble den tiltalte likevel

dømt til å betale erstatning til kvinnen påtalemyndigheten mente var blitt voldtatt. Slike delte avgjørelser, hvor tiltalte frifinnes for straff, men dømmes til å betale erstatning, er det mange som har vanskelig for å forstå og akseptere. Tiltalte er frifunnet, men likevel dømt for den samme handlingen. Hvordan skal man da kunne anse vedkommende som uskyldig?

Det er flere årsaker til at vi får slike delte avgjørelser. Den vanligste årsaken er det kreves mindre bevis for å idømme erstatning, enn for å idømme straff. Beviskravet er lavere i erstatningsspørsmålet. En annen årsak er at det i lagmannsretten kreves færre stemmer for å idømme erstatning, enn for å idømme straff. Dette ble utslagsgivende i den mye omtalte Hemsedal-saken som ble endelig avgjort for to år siden. Her var det fire medlemmer av retten som ville dømme de tre voldtektstiltalte både til straff og til å betale erstatning, mens de øvrige tre medlemmene ikke ville dømme dem til noen av delene. Fire stemmer var nok til å idømme erstatning, men én for lite til å idømme straff.

Delte avgjørelser har tidligere ført til at Norge er tidligere blitt domfelt i Den europeiske menneskerettsdomstolen for å ha krenket uskyldspresumsjonen. Blant annet ble den norske stat dømt til å betale erstatning til fatteren til Birgitte Tengs etter en slik delt avgjørelse. Menneskerettsdomstolen har i og for seg akseptert muligheten for delte avgjørelser, men stiller som krav at erstatningsspørsmålet må omtales i dommen på en måte som ikke sår tvil om frifinnelsen i straffespørsmålet. Om dette faktisk er mulig, er det god grunn til å stille spørsmål ved. Uansett vil en slik juridisk ordmagi neppe være egnet til å fjerne inntrykket i befolkningen av at erstatningsdommen trekker frifinnelsen i tvil. Så sent som i september i år slo Høyesterett fast at delte avgjørelser ikke i seg selv er i strid med uskyldspresumsjonen som nå er nedfelt også i den norske grunnloven. I den konkrete saken som var bakgrunnen for at spørsmålet kom opp, opphevet likevel Høyesterett den delen av lagmannsrettens dom som gjaldt erstatningsspørsmålet, fordi man mente at begrunnelsen i dommen var utformet på en måte som innebar en krenkelse av uskyldspresumsjonen. Men muligheten for delte avgjørelser generelt er det opp til lovgiver å avskaffe.

Og en slik endring kan komme. Problemene knyttet til delte avgjørelser er tatt på alvor av utvalget som har utredet ny straffeprosesslov. Utvalget foreslår at det opprettes en garantiordning som innebærer at det er staten, i de tilfellene hvor den tiltalte er blitt



frifunnet for straff, som skal betale erstatning til det mulige offeret. Det gjenstår å se om dette forslaget blir fulgt opp. Og lenge før vi får svaret på det, vil vi få svaret på om den tidligere polititjenestemannen som er tiltalt for korrupsjon og medvirkning til narkotikasmugling, blir funnet skyldig i Norges-historiens siste juriesak.