

Bevisbedømmelse og helhetsvurderinger

Bevisbedømmelse har stor betydning i det praktiske rettsliv. Men bevisbedømmelse hører man lite om på justusstudiet, og bevissteori har ikke hatt høy anseelse blant jurister i det praktiske rettsliv. Det siste skyldes delvis bevissteorien selv. Lenge var den dominert av en sannsynlighetsteoretisk tilnærming som praktiskere med rette oppfattet som nokså virkelighetsfjern.

Prinsippet om fri bevisbedømmelse er en annen grunn til at bevissteori har fått lite oppmerksomhet blant jurister. Dommeren står fritt i bevisbedømmelsen – ikke bare i den skjønsmessige vurderingen av de ulike bevisene, men også når det gjelder fremgangsmåten. I langt høyere grad enn i rettsanvendelsen er dommeren suveren i bevisbedømmelsen.

“ Prinsippet om fri bevisbedømmelse er en annen grunn til at bevissteori har fått lite oppmerksomhet blant jurister

Ordringen med lekdommere i straffeprosessen trekker i samme retning. Lekdommerinnslaget forutsetter at bevisbedømmelse er noe alle voksne personer med normal kognitiv utrustning kan utføre på en forsvarlig måte uten noen form for opplæring. Kort sagt er den underliggende oppfatningen at forsvarlig bevisbedømmelse bare er et spørsmål om å bruke vår sunne fornuft.

Oppfatning under press

Psykologisk forskning har imidlertid påvist en rekke feilkilder i tankeprosessen hos beslutningstakere, og dette gir grunn til å betvile oppfatningen om at sunn fornuft er alt som skal til i bevisbedømmelsen. Vår sunne fornuft forteller oss lite om psykologiske feilkilder og om hvordan effektene av disse kan reduseres. Soren skriver Nils Dalseide er i Rett på sak nr. 1/2011 sitert på at “[d]ommere har naturligvis de samme psykologiske

begrensninger som andre mennesker. [...] Men kunnskap, trening og økt bevissthet om psykologiske faktorer kan kanskje sette oss bedre i stand til å treffe rett likevel. Det er som regel bedre å basere seg på kunnskap og logikk og en metodisk tilnærming i stedet for “synsing.” Dette gjelder nok like mye i bevisbedømmelsen som i rettsanvendelsen. I den offentlige debatt har enkelte tatt til orde for en vitenskapeliggjøring av bevisbedømmelsen. Synspunktet springer åpenbart ut av en mistanke hos disse debattantene om at dagens bevisbedømmelsespraksis ikke er betryggende. I denne debatten ser vi blant annet tendenser til en enkeltbevis-tilnærming som ikke harmonerer med dommerens insistering på at bevisbedømmelsen er en helhetsvurdering. Det siste er utvilsomt i samsvar med gjeldende rett, men sjelden eller aldri blir det konkretisert hva slags helhetsvurderinger det er tale om. En generell henvisning til at bevisbedømmelsen må bero på en helhetsvurdering, uten annen konkretisering enn at “alle bevisene må sees under ett”, gjør det enklere for dem som vil hevde at rådende praksiser i domstolene er “en fare for rettsikkerheten”. For uten nærmere konkretisering er det utelukkende det skjønsmessige aspektet ved bevisbedømmelsen som fremheves, og dette vil lett skape assosiasjoner i retning av omtrentlighet og vilkårlighet.

En praksisnær bevissteori

Helhetsvurderinger er uunnværlige i bevisbedømmelsen. Og selv om helhetsvurderinger alltid vil ha et innslag av skjønn, er de ikke nødvendigvis utslag av intuisjon og magefølelse. Helhetsvurderinger kan være systematiske og rasjonelle, og en nærliggende oppgave for bevissteorien er å beskrive ulike former for helhetsvurderinger i bevisbedømmelsen.

Dette krever imidlertid en annen form for bevissteori enn den som lenge var enerådende i Norge. En sannsynlighetsteoretisk tilnærming har lite å bidra med i denne sammenheng. Mer lovende er den mer

praksisnære bevissteoretiske tradisjonen som vokste frem i den engelsk-språklige bevissteorilitteraturen særlig mot slutten av forrige århundre, og senere har gjort seg gjeldende i Norge. Kjernen i denne tradisjonen kan oppsummeres i to punkter:

“ Å sette den sunne fornuft i system

For det første er den kjennetegnet av en empirisk tilnærming, som innebærer at man bruker empiriske metoder for å undersøke mekanismene som er i spill. Audun Kjus bygger sin fremstilling i *Sakens fakta* (Oslo 2008) på observasjoner av hovedforhandlingen i 23 straffesaker for tingretten (hvorav 11 hovedforhandlinger ble skrevet ned ord for ord fra lydopptak), og på domstekstene i de samme sakene. Selv har jeg observert hovedforhandlingen og domskonferansen i 105 straffesaker, for å få mer kunnskap om bevisbedømmelse i det praktiske rettsliv. Eksempler fra disse sakene brukes som illustrasjoner i boken *Bevisbedømmelse i praksis* (Bergen 2013).

For det andre skal eventuelle anbefalinger til bevisbedømmere være gjennomførbare i praksis. Dette innebærer at anbefalingene må bygge videre på tenkemåter bevisbedømmerne allerede er fortrolige med. Bevisbedømmelsen har behov for en viss tankemessig disiplin, men snarere enn å erstatte den sunne fornuft med vitenskapelighet, må det dreie seg om å sette den sunne fornuft i system.

To ulike perspektiver

Det finnes ulike oppfatninger om hva bevisbedømmelse grunnleggende sett dreier seg om. Den tradisjonelle oppfatningen i norsk bevissteori har vært at bevisbedømmelse går ut på å trekke slutninger fra bevis til rettslig relevante fakta. Et slikt perspektiv på juri-

disk bevisbedømmelse retter oppmerksomheten mot det enkelte bevis og det enkelte steg i tankeprosessen. Dette kan bidra til nøyaktighet og forsiktighet i bevisbedømmelsen.

Samtidig er det sentrale aspekter ved bevisbedømmelsen som ikke dekkes av et slikt perspektiv. Dette gjelder først og fremst helhetsvurderingene, som langt på vei dreier seg om *sammenhenger* i bevismassen og i hendelsesforløpet retten skal ta stilling til. En alternativ oppfatning som etter hvert har fått oppslutning i den bevissteoretiske debatten, er at bevisbedømmelse går ut på å vurdere fortellinger (historier, scenarier, hendelsesforløp). I straffesaker er bevisbedømmelsens nullpunkt ikke bevisene, men derimot en rudimentær fortelling i form av det faktiske grunnlaget i tiltalen. I løpet av hovedforhandlingen blir denne fortellingen konkretisert, og ofte lanserer tiltalte en alternativ fortelling.

Noen ganger begrunnes en frifinnelse i domspremissene med at retten “ikke kan utelukke tiltaltens forklaring”, eller liknende. Slik ble også faktumsspørsmålet formulert i en rekke av domskonferansene jeg observert. Når spørsmålet stilles på denne måten, blir fremgangsmåten å vurdere tiltaltens helhetlige fortelling med hensyn til dens indre sammenheng, samsvar med generelle erfaringssetninger og samsvar med øvrige bevis i saken. Dette er én form for helhetsvurdering i bevisbedømmelsen. Dette perspektivet på juridisk bevisbedømmelse har ikke vært en del av jussfagets offisielle bevislære. Derimot har enkelte praktikere skrevet om fortellingens betydning. I to artikler publisert for nærmere ti år siden påpekte sorenskriver Jon Høyland påpekt blant annet hvordan påtalemyndighetens fortelling virker styrende på tolkningen av bevis, og Tor Langbach tok i *Forsvareren* (1996) til orde for en offensiv forsvarerstrategi som gjør bruk av en alternativ, frifinnende fortelling.

Fortellingsperspektivet er imidlertid blitt kritisert blant annet for å legge for stor vekt på fortellingenes kvalitet som fortellinger, med andre ord på deres evne til å imøtekomme våre intuitive forestillinger om hva som er *gode* fortellinger i slike sammenhenger. Litt spissformulert kan kritikken oppsummeres som at fortellingsperspektivet legger til rette for at forførende fortellinger skyver bevisene i bakgrunnen. I den engelsk-språklige bevissteorilitteraturen er fortellinger blitt omtalt som “necessary, but dangerous”. Fortellinger styrer tolkningen av bevis, og en av farene er at hvis bevisbedømmeren har festet seg ved en bestemt fortelling, kan elementer i saken som passer med denne fortellingen, lett bli oppfattet som bekreftelser på at fortellingen er sann, uten tanke for at de samme elementene kanskje også kan passe med andre fortellinger.

“ En handling må fremstå som forståelig for at vi skal tro på at det er dette som har skjedd

Søket etter forklaringer

Et mer balansert perspektiv på juridisk bevisbedømmelse tar utgangspunkt i vår generelle trang til å forklare omstendighetene. I sammenheng med bevisbedømmelse handler dette blant annet om forklaringer på selve bevisene (hva personer har forklart i retten, hva som står i dokumenter osv.) og på andre omstendigheter som bevisbedømmeren betrakter som sikre (f.eks. at tiltalte i en promillekjøringssak satt i bilens fører sete da politiet kom til stedet). Hvorfor har vitnet forklart seg slik? Hvorfor er det dette som står i dokumentet? Hvorfor satt tiltalte i fører setet da politiet kom til stedet? Søket etter forklaringer er imidlertid ikke



Eivind Kolflaath er for tiden aktuell med boken *Bevisbedømmelse i praksis*, som bygger på et feltarbeid i norske domstoler.

begrenset til forklaringer på etablerte omstendigheter. Også omstendigheter som fremstår som usikre, kan bevisbedømmeren søke forklaringer på. Gjelder det en bestemt handling som en person muligens har begått (ikke nødvendigvis den handlingen tiltalen gjelder), vil bevisbedømmeren gjerne lete etter et motiv som kan forklare handlingen. Motiv er oftest irrelevant i rettslig henseende, men i bevisbedømmelsen får de en sentral plass i resonneringen. Langt på vei er det nok slik at en handling må fremstå som forståelig for at vi skal tro på at det er dette som har skjedd. I noen av sakene i mitt materiale har retten brukt det tilsynelatende fraværet av motiv hos tiltalte som argument for frifinnelse, eller det tilsynelatende fraværet av motiv hos fornærmede for å forklare seg usant, som et argument for domfellelse.

I straffesaker kan denne måten å resonnerer på systematiseres ved å søke forklaringer på bevisene – både enkeltvis og samlet – under hypotesen om at tiltalte er uskyldig så vel som under hypotesen om at tiltalte er skyldig. Dette innebærer at oppmerksomheten dreies mot elementer i bevisituasjonen som i utgangspunktet fremstår som gjenstridige under den ene eller andre hypotesen. Hva slags forklaringer må bevisbedømmeren ty til for å opprettholde hypotesen? Blir forklaringene for anstrengte? Også her vil det være aktuelt med helhetsvurderinger. For selv om hvert enkelt bevis isolert sett kan ha en realistisk forklaring som passer med hypotesen som prøves mot bevisene, blir det også et spørsmål hvorvidt *kombinasjonen* av bevis lar seg forklare under denne hypotesen.