



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø

Støy, skjevheter og risiko for justismord

En kritisk analyse av rettens rammer for faktumfastsettelse av skyldspørsmålet

Daniel Eidsvåg-Knudsen

Stor master – JUR-3901 (V23)

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Bakgrunn og tema – Justismord og faktumfastsettelse	1
1.1.1	Tema og problemstilling	1
1.1.2	Justismord og straff	3
1.1.3	Aktualitet – ny straffeprosesslov og Baneheia-utredning	5
1.2	Avgrensninger	6
1.2.1	Rettens innsynsrett i straffesakens dokumenter	6
1.2.2	Tiltaltes ankeadgang.....	7
1.3	Metodiske betraktninger	8
1.3.1	Utgangspunkt og adressat for fremstillingen	8
1.3.2	Rettsdogmatisk og rettspolitisk metode	8
1.3.3	Oppgavens tverrfaglighet og forbehold.....	10
1.3.4	Oppgavens struktur og veien videre.....	10
2	Nødvendig psykologisk forkunnskap	11
2.1	Hva er støy?	11
2.1.1	Utgangspunkt om støykomponenter.....	11
2.1.2	Nivåstøy	12
2.1.3	Mønsterstøy	13
2.2	Hvor oppstår støy?.....	15
2.3	Hva er forholdet mellom Støy og skjevheter?.....	16
3	Rettens faktumfastsettelse – terminologi og grunnvilkår for straff	18
3.1	Hva innebærer rettens faktumfastsettelse av skyldspørsmålet?	18
3.2	Hvordan avgjør retten skyldspørsmålet?	19
3.2.1	Faktum-, og rettsregelnivå – faktiske problemstillinger	19
3.2.2	Skillet mellom bevis-, rettsfakta, bevisvurderinger og beviskrav	20
3.2.3	Eksemplifisering av terminologi og faktumfastsettelse	21

3.2.4	Særlig om grunnvilkåret «skyld» som rettsfakta/bevistema	23
4	Hvordan åpner rettens bevisvurdering og beviskrav for skjevheter og støy?.....	25
4.1	Introduksjon til problemstillingen	25
4.2	Rettslig utgangspunkt for det strafferettslige beviskravet	25
4.3	Rettslig grunnlag for bevisvurderinger.....	27
4.3.1	Bakgrunn – fra en lovbundet til fri bevisvurdering.....	27
4.3.2	Begrunnelse og rettslig grunnlag for rettens frie bevisvurdering.....	28
4.4	Hva utgjør rammene av rettens frie bevisvurdering?	29
4.4.1	Rettens avgjørelsesgrunnlag som en innskrenking av rettens skjønnsutøvelse .	29
4.4.2	En betryggende vurdering av bevis som ramme for skjønnsutøvelsen.....	30
4.5	Er kravet til avgjørelsesgrunnlag egnet til å redusere skjønnsutøvelsen?	31
4.6	Reduseres rettens skjønnsutøvelse ved reguleringen av beviskravet?.....	32
4.6.1	Ulike presiseringer av beviskravet – Når er tvilen «rimelig» og «fornuftig»? ..	32
4.6.2	Er den kvantitative presiseringen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?.....	33
4.6.3	Er den psykologiske presiseringen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?	34
4.6.4	Er plausibilitetstilnærmingen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?.....	36
4.7	Psykologiske konsekvenser – bevisvurderinger og beviskrav	37
4.7.1	Nivåstøy innenfor skjønnsrammen.....	37
4.7.2	Mønsterstøy innenfor skjønnsrammen	39
4.7.3	Skjevheter innenfor skjønnsrammen.....	41
4.8	Vurdering av rettens frie bevisvurdering og anvendelsen av beviskravet.....	42
4.8.1	Utgangspunkt og oppsummering	42
4.8.2	Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?	42
5	Nødvendig psykologisk forkunnskap om skjevheter	44
5.1	Veien videre – hvilke skjevheter utsettes retten for?.....	44
5.2	System 1 og System 2 kognisjon.....	44
5.2.1	Utgangspunkt	44

5.2.2	Forventning om at retten benytter målrettet System 2 tenkning	46
5.3	Hvilken type beslutningstaker er dommere?	47
5.4	Tilbøyelighet til å konkludere med den enkleste løsningen	49
6	Utgjør rekkefølgen til bevisførsel en risiko for justismord?	51
6.1	Introduksjon til problemstillingen	51
6.2	Det rettslige grunnlaget for rekkefølgen til bevisførsel.....	51
6.2.1	Tiltalebeslutning og innledningsforedrag.....	51
6.2.2	Tiltaltes og fornærmedes forklaring.....	53
6.2.3	Vitneforklaringer og opplesning av skriftlige bevis.....	55
6.3	Hvilke skjevheter gir rekkefølgen til bevisførsel rom for?.....	56
6.3.1	Forhåndsdomming – konklusjonsskjevhet og bekreftelsesfeller	56
6.3.2	Overdreven koherens/Glorieeffekt.....	57
6.4	Vurdering av rekkefølgen til bevis' risiko for justismord.....	58
6.4.1	Tiltalebeslutning og innledningsforedrag.....	58
6.4.2	Etterfølgende bevisførsel.....	59
6.4.3	Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?	61
7	Utgjør framføringsmåten til bevis en risiko for justismord?	62
7.1	Introduksjon til problemstillingen	62
7.2	Det rettslige grunnlaget for framføringsmåten til bevis	62
7.2.1	Utgangspunktet om fri bevisførsel	62
7.2.2	Bevisumiddelbarhets-, og muntlighetsprinsippet.....	63
7.2.3	Begrunnelse og hensyn for umiddelbar og muntlig prosess	64
7.3	Hvilke skjevheter gir framføringsmåten til bevis rom for?.....	66
7.3.1	Etnisitet kan påvirke bevisbedømmelser.....	66
7.3.2	Bekledning og fordelaktig utseende.....	67
7.3.3	Non-verbal kommunikasjon.....	68
7.4	Vurdering av framføringsmåten til bevis' risiko for justismord.....	68

7.4.1	Observasjonsskjevheter i kombinasjon med andre skjevheter	68
7.4.2	Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?	70
8	Reparerer rettens sammensetting og rådslagning risikoen for justismord?	71
8.1	Introduksjon til problemstillingen	71
8.2	Det rettslige grunnlaget for rettens sammensetting og rådslagning	71
8.2.1	Utgangspunktet om dommersammensetting og historisk bakgrunn	71
8.2.2	Begrunnelse og historisk utvikling for rettens sammensetting	72
8.2.3	Det rettslige grunnlaget for rettens rådslagning	73
8.3	Hva sier psykologien om rettens rådslagning og sammensetting?	76
8.3.1	Innledende om gruppevurderinger	76
8.3.2	Evalueringsangst	78
8.3.3	Autoritetsfellen.....	78
8.3.4	Polariseringsfellen.....	79
8.4	Vurdering av rettens sammensetting og rådslagnings reparasjonsevne	80
8.4.1	Utgangspunktet om massenes visdom og lekfolk	80
8.4.2	Hva kan gjøres for å forbedre rettens rådslagning?.....	82
9	Reparerer kravet til domsgrunner risikoen for justismord?	84
9.1	Introduksjon til problemstillingen	84
9.2	Det rettslige grunnlaget for kravet til domsgrunner	85
9.2.1	Kravet om å angi sakens gjenstand	85
9.2.2	Kravet om å angi rettens bevisresultat	86
9.3	Hva sier psykologien om kravet til domsgrunner?	88
9.4	Vurdering av domsgrunners reparasjonsevne.....	89
9.4.1	Utgangspunkt	89
9.4.2	Problemer knyttet til det skjønnsmessige innslaget	90
9.4.3	Hva kan gjøres for å forbedre kravet til domsgrunner?	91
10	Avslutning	92

10.1	Justismordet i Baneheia – en materialisering av risiko?	92
10.2	Faktumet i Baneheia-saken slik byretten la til grunn.....	94
10.3	Rettens bevisvurdering som grunnlag for faktumfastsettelsen	95
10.3.1	Hendelsesforløpet slik Andersen forklarte det	95
10.3.2	Kristiansens alternative hendelsesforløp.....	96
10.3.3	Mobilbeviset.....	96
10.4	Analyse av byrettens bevisvurdering	97
10.4.1	Utgangspunkt – plausibilitetstilnærmingen til beviskravet.....	97
10.4.2	Utgjør faktumet som byretten la til grunn en plausibel fellende fortelling?	98
10.4.3	Er Kristiansens alternative hendelsesforløp en plausibel frifinnende fortelling? 100	
10.5	Analyse av skjevheter og støy i Baneheia-saken	101
10.5.1	Innledning om skjevheter	101
10.5.2	Hvordan kan rekkefølgen til bevisførselen ha påvirket byretten?.....	101
10.5.3	Hvordan kan bevisformidling og rådslagning ha påvirket byretten?	106
10.5.4	Kan justismordet i Baneheia-saken forårsake støy?.....	107
10.6	Avsluttende bemerkninger	109
10.6.1	Oppsummering av oppgavens funn.....	109
10.6.2	Anbefalinger til lovgiver – Uakseptabel risiko for justismord?.....	112
11	KILDELISTE	113

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og tema – Justismord og faktumfastsettelse

1.1.1 Tema og problemstilling

«Jeg har lidd hvert sekund, hvert minutt, hver time, hver dag, hver uke, hver måned, hvert år i 21 år som følge av feilvurderinger av politiet, påtalemyndighet, domstol og gjenopptakelseskommisjon».¹

Slik lyder Viggo Kristiansens hjerteskjærende beskjed til allmennheten etter at lagmannsretten frifant ham 20 år etter han ble dømt for drap og voldtekt av to unge jenter i Baneheia.² Historien om Viggo Kristiansen er et illustrerende bakteppe for oppgavens hovedproblemstilling: *Hvordan gir de rettslige rammene for faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet rom for støy og skjevheter, og skaper de en uakseptabel risiko for justismord?*

Som problemformuleringen tilsier, er temaet i oppgaven hvordan retten vurderer hvilket faktum som skal legges til grunn for skyldspørsmålet.³ Siden straffeprosessens overordnede formål er å sørge for at skyldige straffes og uskyldige frifinnes, er det grunnleggende at de rettslige rammene for *bevisvurderinger* og anvendelsen av *beviskravet*, er regulert slik at faktumfastsettelsen i størst mulig grad funderes på rasjonelle avveininger.⁴ De psykologiske fenomenene *støy* og *skjevheter* kjennetegnes imidlertid av at de bidrar til det motsatte; irrasjonelle bevisbedømmelser og vilkårlighet i avgjørelsen av skyldspørsmålet.

¹ Se artikkel i Verdens Gang: VG, publisert torsdag 15. desember 2022 kl. 14:02, sist oppdatert torsdag 15. desember 2022 kl. 21.17: <https://www.vg.no/nyheter/i/jl32xq/viggo-kristiansen-i-brev-i-dag-starter-resten-av-livet-mitt?fbclid=IwAR3ifbuSgSsw4cCmwaEPQFd9hLt4TNVQA9vABWeLh8pOq9NjMYsc2VbbQU>. Sist sett 19.12.2022 kl. 16.01.

² TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, og frifinnelsen i LB-2021-33945-2 Borgarting lagmannsrett – Dom, se oppgaven punkt 10 flg.

³ Skyldspørsmålet sikter til spørsmålet om tiltalte skal dømmes som skyldig – til straff, se punkt 3 flg. .

⁴ Se eksempelvis NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 255 om straffeprosessens målsetting. Med bevisvurderinger menes retten slutninger av den bevisinformasjonen de blir tildelt under hovedforhandlingen, se punkt 4.3 flg. Beviskravet sikter derimot til hva som kreves av bevisførselen for at retten skal kunne legge til grunn at skyldspørsmålet er oppfylt.

Støy defineres som tilfeldig variasjon i sentrale beslutninger, som ideelt sett burde være identisk. Årsaken til den tilfeldige variasjonen er subjektive og irrelevante forhold hos beslutningstakeren.⁵ I en rettslig kontekst innebærer støy at én dommer vurderer det samme bevismaterialet som en annen, og de to kommer til ulike resultat: Den ene anser tiltalte som skyldig, den andre konkluderer med det motsatte. Dersom årsaken til uenigheten er dommernes personlighet, humør e.l., har det oppstått støy.⁶ *Skjevheter* er derimot fastsatte og systematiske påvirkningsfaktorer som utløses i konkrete situasjoner, og som kan bidra til at rettens bevisvurderinger ledes i en irrasjonell retning, eksempelvis *bekreftelsesfeller*.⁷

En forutsetning for at de rettslige rammene for faktumfastsettelse skal sørge for at riktig faktum legges til grunn, er at reguleringen må sørge – på best mulig måte – for at støy og skjevheter ikke får innpass i rettens faktumfastsettelse. Som oppgaven vil tematisere, tilsier imidlertid empirisk forskning at reguleringen av *bevisvurderinger*, *beviskrav*, *rekkefølgen bevis fremføres* og *hvordan bevisene formidles*, at støy og skjevheter nettopp får innpass i rettens faktumfastsettelse.⁸ Reguleringen av de nevnte rettslige rammene, utgjør altså en risiko for at rettens faktumfastsettelse blir feil, og kan føre til justismord. Om risikoen for justismord også er *uakseptabel* høy, avhenger imidlertid av om *rettens sammensetting*, *rådslagning* og *kravet til domsgrunner* nøytraliserer effekten av skjevheter og støy i faktumfastsettelsen på en tilstrekkelig måte.⁹

Det er de ovennevnte temaene som skal gjennomgås for å besvare hvordan de rettslige rammene åpner for støy og skjevheter. Som hovedproblemstillingens bruk av ordet «*hvordan...*» antyder, vil jeg også *vis*e hvordan de ovennevnte temaene kan utgjøre en risiko for justismord i praksis. Jeg vil derfor analysere Baneheia-saken for å undersøke om rettens rammer for faktumfastsettelse kan ha bidratt til justismordet av Viggo Kristiansen.¹⁰

⁵ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter*, Noise: A Flaw in Human Judgment, Pax Forlag 2021 s. 27.

⁶ Se punkt 2 flg., for nærmere informasjon om de ulike støykomponentene, årsaker, forskning, m.m.

⁷ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger: om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 108, og Haselton, Martie G., Daniel Nettle og Paul W. Andrews, «The Evolution of Cognitive Bias» i *The handbook of evolutionary psychology.*, John Wiley & Sons, Inc. 2005 s. 724-746.

⁸ Se oppgavens punkt 2-7.

⁹ Se punkt 8-9.

¹⁰ Se punkt 10.1 til 10.5.

1.1.2 Justismord og straff

Som forskuttert er «justismord» betegnelsen som brukes for tilfeller hvor personer blir uskyldig dømt til straff. Historisk sett ble ordet brukt for tilfeller hvor retten feilaktig dømte personer til døden.¹¹ Selv om Norge ikke opererer med dødsstraff i dag, er ordets tyngde godt beskrivende for hvor alvorlig, og hvor sterkt uønsket justismord er i norsk strafferettspleie. Grunnen til dette er begrepet «straff».

Det er ikke mulig å gi en entydig og heldekkende definisjon av hva som menes med «straff». Straffebegrepets betydning avhenger av hvilken kontekst begrepet anvendes i. Eksempelvis kan straff i medhold av straffeloven¹² §§ 29 og 30 defineres som konkrete sanksjoner som teknisk sett *er* straff, eksempelvis «fengsel», jf. § 29 første ledd bokstav a. Alternativt kan straff anvendes i sin grunnlovsmessige kontekst; altså hvilke materielle skranker som utløses for straffesanksjoner – straffens materielle innhold. Eksempelvis følger det av Grunnloven¹³ § 96 annet ledd at i saker som omfatter ileggelse av straff, skal tiltalte bli ansett som uskyldig til det motsatte er bevist. I tråd med dette, legger Høyesterett til grunn at straffebegrepet innehar materielle skranker som innfortolkes når både rettsanvendere og lovgivere håndterer og ilegger straff.¹⁴

Den mest interessante konteksten til straffebegrepet for denne oppgavens formål, er imidlertid straffens substansielle definisjon; hva straff dypest sett *er*, og hvordan den *virker*. Det var Johs. Andenæs som i sin tid formulerte den substansielle definisjonen av straffebegrepet.¹⁵ Ifølge Andenæs er straff «et onde som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av en lovovertrødelse i den hensikt at det skal føles som et onde». I forarbeidene til dagens straffelov, la departementet til grunn den samme definisjonen.¹⁶ Høyesterett har også gitt sin tilslutning til denne definisjonen.¹⁷ Straff er altså statens legitimerede ondepåføring, og sanksjonen er derfor vesensforskjellig ethvert annet inngrep staten har til disposisjon. Når retten fastsetter faktumet i straffesaken, er dette i realiteten en vurdering av om tiltalte skal

¹¹ Stridbeck, Ulf, «Justismord» *Lov og Rett*, 46, nr. 2, 2007, s. 65-66, på side 65.

¹² Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.)

¹³ Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814

¹⁴ Rt. 2014 s. 620 avsnitt 51

¹⁵ Andenæs, J., Statsforfatningen i Norge, Tanum/Norli 1976 s. 352

¹⁶ Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 77.

¹⁷ Rt. 1977 s. 1207 s. 1209 flg.

påføres et onde. Det er derfor åpenbart at de rettslige rammene for slik faktumfastsettelse bør sørge for at justismord ikke begås.

Men, som Viggo Kristiansen fikk erfare i 20 år, begår staten feil, og utsetter dermed uskyldige for langvarig ondepåføring. Beklageligvis er ikke Viggo Kristiansen det eneste eksempelet på justismord i moderne norsk rettshistorie. Både Liland-, og Fritz Moen-sakene er eksempler på det samme. I den førstnevnte sonet Per Kristian Liland uskyldig i 14 år for å angivelig ha drept to menn 22. desember 1969. Granskingen av justismordet avslørte at en vesentlig årsak til justismordet var rent subjektive forhold hos statsadvokaten, herunder skjevhetene bekreftelsesfeller og forhåndsømming.¹⁸

I Moen-saken ble Fritz Moen uskyldig dømt i 1978 for å ha voldtatt og drept en 20 år gammel jente i Trondheim, og i 1981 ble han ytterligere uskyldig dømt for i 1976 å ha tatt livet av en annen 20 år gammel jente i Trondheim. Han ble dømt til 21 års fengsel. Granskingen av saken fastslo at justismordet hadde skjedd av tilsvarende grunner som i Liland-saken: Det var gjentatte brudd på politiets objektivitetsplikt, og skjevheter som *bekreftelsesfeller* som førte til at politiet ikke bevisførte omstendigheter som kunne tale for at Moen var uskyldig. Retten ble også kritisert for å ikke anvende det strafferettslige beviskravet riktig, ettersom bevisene som var ført i saken, talte klart for at det forelå rimelig og fornuftig tvil.¹⁹

Fellesfaktoren for justismordene av Liland og Moen, var at psykologiske skjevheter påvirket beslutningene til både påtalemyndighetene og retten. Siden dette forårsaker irrasjonelle bevisbedømmelser, må de rettslige rammene for faktumfastsettelsen sørge for å minske påvirkningskraften til disse. I tillegg må rammene sørge for at støy reduseres i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Enhver tilfeldig variasjon som skyldes irrelevante forhold, bør ikke få mulighet til å påvirke sannsynligheten for om tiltalte skal idømmes til straff eller ikke. Det er det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i straffesaken som bør bestemme om skyldspørsmålet er oppfylt eller ikke. Bevismaterialet bør da – ideelt sett – alltid føre til det samme resultatet. Dommerens humør e.l., bør ikke få påvirke avgjørelsen. Siden støy åpner for vilkårlighet, og skjevheter åpner for irrasjonelle bevisbedømmelser, kan begge faktorene resultere i det samme: at justismord begås.

¹⁸ NOU 1996:15 Liland-saken, side 14-17.

¹⁹ NOU 2007:7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie, side 21-22.

1.1.3 Aktualitet – ny straffeprosesslov og Baneheia-utredning

Det kan ikke tas for gitt at de rettslige rammene for faktumfastsettelse er i samsvar med empirisk psykologisk forskning. Straffeprosessens system for å tilrettelegge for en god og nøyaktig vurdering av sakens faktum er utviklet gjennom flere århundrer, og er derfor preget av tradisjoner og antagelser om hvordan domstolenes beslutninger og vurdering blir sannhetsfremmende.²⁰

Å sikre god beslutningskvalitet er imidlertid ikke et ensidig rettslig spørsmål. Mens dagens straffeprosess er resultatet av en langvarig historisk utvikling, har beslutnings-, og bedømningspsykologien oppstått rundt år 1950, og utviklet seg enormt frem til i dag.²¹ Beslutningspsykologien beskjeftiger seg med menneskelig kognisjon som hovedtema. Dvs., hvordan mennesker fatter beslutninger, og hvilke prosesser som styrer beslutningstaking, herunder skjevheter og støy.²²

Faktumfastsettelse avhenger av konkrete beslutninger og overbevisninger hos dommerne. Dette har klare slagsider til bedømnings-, og beslutningspsykologien. Det er imidlertid ikke oppnevnte psykologiske eksperter i Straffeprosessutvalget.²³ Dette er betenkelig siden mandatet til utvalget er å sørge for at straffeprosessloven skal være best egnet til å «avdekke og reagere mot straffbare forhold... [og ivareta en] overordnet målsetning om en effektiv rettssikker og tillitsvekkende behandling av straffesaker».²⁴ Siden støy og skjevheter kan bidra til en henholdsvis vilkårlig og irrasjonell straffesaksbehandling, er de egnet til å svekke måloppnåelsen av mandatet. Denne tematikken er imidlertid ikke utredet, og masteroppgaven er da særlig relevant i arbeidet mot ny straffeprosesslov.

I kjølvannet av justismordet i Baneheia-saken, har det også oppstått en rekke diskusjoner i det juridiske miljøet i Norge om justismord og faktumfastsettelse. I Nettavisen «Rett24», ble det 1. mars 2023 publisert en artikkel som hevder at Baneheia-saken ikke er unik, og at justismord «er en del av hverdagen i rettsvesenet». Det hevdes i artikkelen at det mulig kan

²⁰ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019, side 37-39.

²¹ Busemeyer, Jerome R., «Cognitive science contributions to decision science» *Cognition*, 135, 2015, s. 43-46.

²² Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Kognitive slagsider og snarveier i vurdering av bevis» *Lov og Rett*, 59, nr. 1, 2020, s. 19-42.

²³ For Utvalgets sammensetting og bakgrunn se NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, side 93.

²⁴ NOU 2016: 24 Ny straffeprosesslov, side 95.

være tale om at det til «enhver tid [er] mer enn 100 uskyldig dømte i norske fengsler.²⁵ I tillegg ble det publisert en artikkel i Lov og Rett, som handler bl.a. om psykologiske årsaker til justismordet i Baneheia-saken.²⁶ Det har også blitt bestemt at justismordet av Viggo Kristiansen skal analyseres av Baneheia-Utvalget. Men til nå er det ikke oppnevnt psykologiske eksperter i utvalget.²⁷ Masteroppgaven vil derfor utgjøre et bidrag i diskusjonene og undersøkelsene knyttet til justismordet av Viggo Kristiansen.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Rettens innsynsrett i straffesakens dokumenter

Å gjennomgå de rettslige rammene for rettens faktumfastsettelse, samt undersøke hvilke faktorer som kan forklare hvorfor justismord begås, er omfattende, og det er særlig utfordrende å anlegge et tverrfaglig perspektiv innenfor de sidebegrensninger som er bestemt for en stor masteroppgave. De psykologiske skjevhetene oppgaven skriver om er ikke uttømmende, og fremstillingen vil ikke kunne gi et fullstendig bilde av alle de mulige psykologiske påvirkningsfaktorene som kan bidra til at det begås feil i faktumfastsettelsen.

Av konkrete rettslige rammer som det avgrenses mot, av hensyn til oppgavens lengde, er særlig straffeprosessloven § 274 a. Regelen gir bl.a. retten mulighet til å lese seg opp på straffesakens dokumenter *før* hovedforhandlingen. Funnene i masteroppgaven tilsier at dersom domstolene benytter seg av adgangen til å gjøre seg kjent med bevis på et tidligere stadium enn selve hovedforhandlingen, vil dommerne som benytter seg av denne muligheten få tilgang til en annen informasjonsmengde enn det som skal utgjøre de faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Det vil da kunne produseres støy, og påvirkningsgraden av skjevheter vil også kunne forsterkes.

²⁵ Se artikkel i Rett24: Publisert 1. mars 2023 kl. 11:40, sist sett 5. mars 2023 klokken 12:58:

<https://rett24.no/articles/vi-kalkulerer-i-realiteten-med-et-betydelig-antall-justismord>.

²⁶ Se Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 37-48, og punkt 10 flg.

²⁷ Representantforslag 30 S (2022–2023); Dok.nr.8:30 S (2022–2023), og Justis- og beredskapsdepartementets pressemelding av 10. februar nr. 17-2023: Baneheia-Utvalget <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/baneheia-utvalget/id2962870/>.

1.2.2 Tiltaltes ankeadgang

En annen rettssikkerhetsgaranti, som oppgaven avgrenser mot å drøfte, er tiltaltes mulighet til å anke tingrettens bevisbedømmelse.²⁸ Dette temaet er særlig relevant for oppgaven, siden anke sørger for at tiltalte får behandlet straffesaker av andre dommere, og dersom det er gjort feil som er subjektivt betinget – som skjevheter og støy – vil lagmannsretten potensielt kunne rette opp i dette, og avverge justismord. Begrunnelsen for avgrensningen er imidlertid sammensatt. Det følger av straffeprosessloven § 321 annet ledd første punktum at anke til lagmannsretten kan «nektes fremmet» når retten finner det «klart» at anken ikke vil frem. Som ordlyden antyder, har lagmannsretten en skjønnsmessig adgang til å nekte anker fremmet, til tross for at tiltalte hevder seg uskyldig, og fremsetter påstand om at tingretten har gjort feil i bevisbedømmelsen. Selv om ordet «klart», og kravet til enstemmighet i paragrafens tredje ledd tilsier at terskelen er høy for å nekte en anke fremmet, har tiltalte ingen garantier for å få sin anke fremmet. I tillegg er det heller ikke gitt at tiltalte velger å anke, til tross for at det foreligger feil i bevisbedømmelsen. Lagmannsrettens vurdering om anken skal fremmes eller ikke, gjøres også ved å ta utgangspunkt i straffesakens dokumenter, herunder domsgrunnene som er angitt av tingretten.²⁹

Som den psykologiske forskningen vil tilsi kan angivelsen av bevisbedømmelsen i seg selv kunne overbevise lagmannsretten om at bevisbedømmelsen ikke er feil.³⁰ Den overbevisning som tingrettens medlemmer har, vil kunne påvirke hvordan domsgrunnene formuleres. Det samme gjelder også politiets etterforskningsdokumenter. Påtalemyndighetens eventuelle feilslutninger som følge av skjevheter vil kunne påvirke hvordan utarbeidelsen av dokumentene gjøres, og standpunktet til påtalemyndigheten vil kunne ha en smitteeffekt på leseren. Siden fundamentet for både tingrettens og påtalemyndighetens oppfatninger kan være feil, og at oppfatningene mulig gjenspeiles i hhv. domsgrunnene og etterforskningsdokumentene, vil det foreligge en risiko for at lagmannsrettens avgjørelse av ankespørsmålet starter med et skjevt utgangspunkt: avgjørelsen av om anken skal fremmes utsettes for skjevheter, og kan samtidig forårsake støy.

²⁸ Straffeprosessloven § 306 første ledd, jf. §§ 5 og 6.

²⁹ Straffeprosessloven § 316 og HR-2004-514-U – Rt-2004-425 Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse avsnitt 39.

³⁰ Se bl.a. punkt 6.3.1, 6.3.2, og 9.3. om bekreftelsesfeller, overdreven koherens, og domsgrunners angivelse av tingrettens egne standpunkt, som kan virke overbevisende i lys av disse skjevhetene.

Det er derfor vesentlig at de rettslige rammene for faktumfastsettelse legger til rette for at det gjøres riktig i førsteinstans. Først da kan eventuelle følgefeil unngås. I tillegg er det utilfredsstillende dersom riktig faktumangivelse er betinget av at to ulike instanser og dommersammensettinger vurderer bevisene. Jeg vil derfor fokusere på behandlingen av skyldspørsmålet i førsteinstans, og avgrenser derfor mot å behandle ankesystemet.

1.3 Metodiske betraktninger

1.3.1 Utgangspunkt og adressat for fremstillingen

Oppgavens tverrfaglighet og tema byr på særskilte metodiske utfordringer. Som undertittelen til masteroppgaven antyder ved ordene «kritisk analyse», og hovedproblemstillingens «uakseptabel risiko», vil vinklingen være rettspolitisk, herunder om de rettslige rammene for faktumfastsettelse åpner for skjevheter og støy, samt om disse utgjør en uakseptabel risiko for justismord. I så fall bør det gjøres revisjoner av de rettslige rammene. Dette innebærer at masteroppgavens primære adressat er lovgiver.

Selv om den primære adressat er lovgiver, vil temaet likevel være relevant for enhver praktiserende jurist som fatter beslutninger. Det vil særlig være aktuelt for både domstoler og advokater å gjøre seg kjent med de underbevisste kreftene som styrer hvordan bevis blir vurdert, hvorfor noe anses troverdig, hvorfor mennesker fatter irrasjonelle avgjørelser m.m. Kunnskap og innsikt i egen feilbarlighet vil i seg selv kunne bidra til bedre måloppnåelse av straffeprosessens grunnleggende formål. Dermed vil den *egentlige* adressat for fremstillingen være rettssamfunnet som sådan.

1.3.2 Rettsdogmatisk og rettspolitisk metode

Som Horn skriver, adskiller den rettspolitiske metode seg fra en ren rettsdogmatisk fremstilling. Rettsdogmatikken har først og fremst rettsanvenderen – domstolene eller den praktiserende jurist – som tiltenkt leser. Siktemålet i det rettsdogmatiske, er å overbevise leseren til å innta et standpunkt om hvorledes en gitt regel skal forstås. Rettspolitikkens perspektiv, er derimot om denne gitte regelen gir en god regulering av det problemet som ønskes løst.³¹

³¹ Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse: rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforl. 2017 side 74.

De rettslige rammene som behandles i denne oppgaven, vil gjennomgå rettsdogmatisk. Dette innebærer dermed at samtlige rettslige temaer som oppgaven behandler, skal klargjøres i rettslig forstand. Gjeldende rett for bevisvurderinger, beviskrav, rekkefølgen til bevisførsel, rettens sammensetting og rådslagning, og kravet til domsgrunner vil dermed gjennomgå. At oppgaven har en rettspolitisk vending betyr at jeg skal undersøke hvilke konsekvenser gjeldende rett har for irrasjonell og vilkårlig bevisbedømmelse. Dette gjør at oppgavens rettspolitikk ikke dreier seg om hvordan regler *bør* forstås, men heller om reglene er gode, eller om de *bør* revideres for å redusere skjevheter og støy, slik at risikoen for justismord reduseres.

Det er en vanlig oppfatning at rettspolitikken – i motsetning til rettsdogmatikken – *bør* kunne ut i konkrete forbedringsforslag til lovgiver. Dette er en snever forståelse av rettspolitikken. Som Horn skriver, er det riktig at rettspolitikken i sin mest anvendte form *kan* kunne ut i konkrete forbedringsforslag. Likevel er ikke det en forutsetning for å skrive rettspolitisk. En rettsvitenskapelig rettspolitikk kan likegodt være grunnforskning, hvoretter analysen i seg selv gir grunnlag for videre forskning og utredning. Rettspolitisk metode rommer også en middelvei hvor rettsvitenskapsmannen antyder strategier for forbedring av lovverk, uten at det nødvendigvis utformes forslag til lovtekst.³²

Selv om anvendt rettspolitikk er mest ambisiøst, vil jeg ha en annen tilnærming: Det rettspolitiske perspektivet i det følgende er en blanding av grunnforskning og middelveien som Horn beskriver. Begrunnelsen for dette er å utvise ydmykhet overfor de kompliserte problemstillingene som oppgaven beskjeftiger seg med. Formålet til oppgaven er først og fremst å synliggjøre kompleksiteten i systemet og kaste lys over mulige risikofaktorer for justismord. I den grad det identifiseres forbedringsbehov, vil det gjøres vurderinger av hvilke strategier lovgiver *bør* anlegge for å utrede mulige forbedringstiltak. Hvor det finnes klare forbedringspotensial – som ikke er av omveltende karakter – vil jeg derimot foreslå konkrete tiltak til forbedring. Eksempelvis knyttet til hvordan rådslagning *bør* gjennomføres.³³ Følgelig befinner oppgavens rettspolitiske perspektiv seg et sted mellom grunnforskning og anvendt rettspolitikk.

³² Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse : rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforl. 2017 side 78.

³³ Se punkt 8.4, og særlig 8.4.2.

1.3.3 Oppgavens tverrfaglighet og forbehold

Oppgavens tverrfaglighet byr også på særskilte metodiske utfordringer. Mens oppgavens rettsdogmatikk innebærer at de rettslige rammene for faktumfastsettelse skal identifiseres og klargjøres, knytter tverrfagligheten seg til hvilke konsekvenser for beslutningskvalitet, som den rettsdogmatiske redegjørelsen medfører. Siktemålet er å bruke psykologisk forskning for å gjøre rettspolitiske vurderinger av om de rettslige rammene for faktumfastsettelse medfører en uakseptabel risiko for justismord, og i så fall hvilke strategier, eller tiltak som kan anlegges/vedtas, for å minske den risikoen som den rettsdogmatiske fremstillingen medfører.

At oppgaven er tverrfaglig innebærer også at jeg – som masterstudent i rettsvitenskap – må ta forbehold mot feilaktige slutninger knyttet til den psykologiske fremstillingen. Jeg er ingen psykologisk ekspert – men har både studert, og lest omfattende beslutnings-, og bedømningspsykologisk forskning. I tillegg har jeg rådført meg med psykologiske eksperter underveis i arbeidet. Likevel er mye av forskningen som oppgaven viser til, knyttet til generell menneskelig kognisjon, og ikke straffeprosess som sådan. Følgelig vil det forekomme at jeg trekker slutninger fra generell psykologisk forskning, og anvender det i en rettslig kontekst. Utfra den psykologiske forskningen jeg har lest, er dette fullt ut holdbart. Støy og skjevheter er relevant i enhver beslutning; det ligger i menneskets natur å bli påvirket av sine omgivelser, også når viktige beslutninger skal tas.³⁴

1.3.4 Oppgavens struktur og veien videre

En annen utfordring ved å skrive tverrfaglig, er å gjøre leseren kjent med tilstrekkelig psykologisk bakgrunnskunnskap for å forstå oppgavens struktur og oppbygning. I fremstillingen har jeg valgt å disponere oppgaven slik at leseren gis en grunnleggende innføring i relevant psykologi, før det gjøres en rettsdogmatisk redegjørelse. Hver rettsdogmatisk redegjørelse vil følges opp av en ytterligere psykologisk gjennomgang, før det deretter gjøres vurderinger og analyser om konsekvenser, samt forbedringsbehov og forbedringstiltak eller strategier som kan anlegges for å utbedre forbedringsbehovet.

I det følgende vil oppgaven i kapittel 2 redegjøre for hva støy er, herunder hva som forårsaker det, og hva som er betingelsene som må oppfylles for at støy kan oppstå. Dette utgjør nødvendig psykologisk forkunnskap for de etterfølgende kapitlene. Kapittel 3 gir grunnleggende informasjon om terminologi og fremgangsmåte knyttet til selve

³⁴ Se særlig punkt 2 flg., og punkt 5 flg.

faktumfastsettelsen, herunder hvilke vilkår som må oppfylles for å kunne dømme noen som skyldig. Først i kapittel 4 gjennomgås de to første rettslige rammene for faktumfastsettelsen: Bevisvurderinger og beviskrav. Den rettsdogmatiske gjennomgangen av disse temaene utgjør utgangspunktet for rettens rettspolitikk siden de muliggjør støy og skjevhetspåvirkning. I kapittel 5 vil grunnleggende forkunnskap om skjevheter gjennomgås. Grunnen til at dette presenteres først da, er at de etterfølgende kapitlene (kapittel 6 og 7) handler ikke lenger om mulighetsrommet for støy og skjevhetspåvirkning, men om hvilke konkrete skjevheter som retten utsettes for. I kapittel 8 og 9 vurderes det om hhv. rettens sammensetting og rådslagning, og kravet til domsgrunner kan redusere støy og skjevheter som retten utsettes for. Mens de nevnte kapitlene omhandler hvordan støy og skjevheter er muliggjort gjennom de rettslige rammene for faktumfastsettelse, skal jeg i kapittel 10 *vis*e hvordan skjevheter og støy kan ha påvirket byrettens avgjørelse i Baneheia-saken. Dernest vil jeg konkludere på hovedproblemstillingen: om risikoen for justismord er uakseptabel.

2 Nødvendig psykologisk forkunnskap

2.1 Hva er støy?

2.1.1 Utgangspunkt om støykomponenter

Den anerkjente psykologen og nobelprisvinner i økonomi, Daniel Kahneman, har påvist at strafferetten har stor tilstedeværelse av støy. Han viser til en empirisk studie hvor variasjon i straffutmåling ble målt. I undersøkelsen deltok 208 dommere, og i løpet av 90 minutter fikk dommerne forelagt 16 ulike hypotetiske saker i varierende alvorlighetsgrad.³⁵ Dommerne ble bedt om å avsi en rettferdig dom i hver av sakene. For forskerne, var det naturligvis vanskelig å fastslå hva som var «riktig» resultat, altså hva som var den objektivt rettferdige dom basert på sakens faktum. De valgte derfor å definere gjennomsnittsdommen av de 208 deltagerne som rettferdig. Resultatet fra studien er urovekkende: Gjennomsnittsdommen for en

³⁵ Clancy, Kevin, John Bartolomeo, David Richardson og Charles Wellford, «Sentence Decision Making: The Logic of Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity» *Journal of Criminal Law and Criminology*, 72, nr. 2, 1981, s. 524-554, og *Federal sentencing : toward a more explicit policy of criminal sanctions, final report / prepared for the Federal Justice Research Program of the Department of Justice by INSLAW, Inc., and Yankelovich, Skelly and White, Inc*, District of Columbia, District of Columbia: U.S. Dept. of Justice, Office for Improvements in the Administration of Justice, Federal Justice Research Program, (1981).

gjennomsnittssak var 7 år, og standardavviket³⁶ til dette gjennomsnittet var 3,4 år. Den gjennomsnittlige absolutte forskjellen ble 3,8 år.³⁷

Dette innebærer at dersom dommerne hadde bedømt i ekte saker, så ville 68 % av straffutmålingen ligget et sted mellom 3,6 og 10,4 år. På den andre siden betyr det også at 32 % ligger utenfor denne rammen, hvilket innebærer at nesten en tredjedel blir dømt strengere eller hardere enn denne rammen. For tiltalte vil altså rene tilfeldigheter som dommersammensettingen kunne få enorme virkninger for hvor lenge vedkommende skal sone i fengsel. Forklaringen på denne omfattende variansen i straffutmåling er ifølge Kahneman ulike komponenter av støy: *Nivåstøy*, og *Mønsterstøy*. Det sistnevnte deles videre inn i *stabil mønsterstøy*, og *situasjonsstøy*.

2.1.2 Nivåstøy

Med nivåstøy menes dommernes varierende tendens til å avsi strenge dommer. Studien avdekket blant annet «strenghetsnivået» til de 208 dommerne. De fant ut at strengheten til dommerne utspiller seg som et personlighetstrekk, og gjenspeiler dommernes holdninger til domfelling generelt. Nivåstøy oppstår bl.a. på grunn av dommerens «bakgrunn, erfaringer, politiske synspunkter og skjevheter». Eksempelvis fikk tiltalte kortere fengselsdommer av dommere som mener at hovedmålet til straff er rehabilitering, sammenlignet med dommerne som var mer opptatt av avskrekking og utstenging.³⁸

Det som kjennetegner nivåstøy, er altså at dommernes beslutninger påvirkes av hvor «strenge» de er. Dette gjennomsnittlige strenghetsnivået er forårsaket av komplekse tankemønstre hos de enkelte dommerne, og vil stort sett arte seg som en fastsatt tendens: Noen dommere er generelt sett strengere enn andre, uten å nødvendigvis ha en rasjonell

³⁶ Standardavvik (sd) er et statistisk verktøy for å finne spredningen av datapunkter som eksempelet Kahneman gir. Matematisk sett, vil 68 % av tilfellene ligge innenfor gjennomsnittet +/- 1 sd i en normalfordeling. Det betyr på den andre siden vil 32 % av tilfellene ligge utenfor +/- 1 sd, se Walpole, R.E., R.H. Myers, S.L. Myers og K. Ye, *Probability and Statistics for Engineers and Scientists*, Pearson 2013 side 188-193.

³⁷ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter*, Noise: A Flaw in Human Judgment, Pax Forlag 2021 s. 74-77.

³⁸ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter*, Noise: A Flaw in Human Judgment, Pax Forlag 2021 s. 77-78.

forklaring for hvorfor det er slik. Rent subjektive forhold som personlighetstrekk kan altså gi store utslag i straffutmålingen.

Selv om forskningen på nivåstøy ovenfor handler om straffutmåling, er det selvsagt også svært uønsket i faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet: Dersom det er støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet, vil det kunne få avgjørende betydning fra tiltaltes perspektiv, om vedkommende tilfeldigvis blir tildelt dommere som er milde, eller strenge i anvendelsen av beviskravet.³⁹ Forutsetningen for at nivåstøy skal kunne påvirke avgjørelsen av skyldspørsmålet, er da at bevisvurderinger og anvendelsen av beviskravet er utpreget skjønnsmessig, m.a.o., om det bl.a. finnes relativiseringsmuligheter knyttet til beviskravet.

2.1.3 Mønsterstøy

2.1.3.1 Stabil mønsterstøy

I motsetning til nivåstøy som sammenligner ulike dommere, er *mønsterstøy* dommerens *egen* variasjon i å avsi strenge eller milde straffesaker. Som Kahneman skriver, kan dommere være «strengere enn sitt personlige gjennomsnitt i noen og mildere i andre.». Mønsterstøy består av én stabil komponent, og én situasjonsbetinget komponent: *situasjonsstøy*. Det førstnevnte handler om forskjeller i dommerens «personlige, idiosynkratiske respons på samme sak.» Dette vises eksempelvis ved at én dommer er streng ved butiktktyveri, og uvanlig mild ved trafikkforseelser, og en annen dommer kan ha et omvendt mønster.⁴⁰

Stabil mønsterstøy oppstår altså som følge av et komplekst mønster i dommernes holdninger til bestemte saker. Dommeren kan eksempelvis tendere å gi mildere straffer på et generelt nivå, men blir plutselig streng hvor tiltalte har nærmere bestemte karakteristikk, historikk, e.l. som utløser en underbevisst respons hos dommeren. Årsaken til stabil mønsterstøy er at straffesakens avgjørelse gjenspeiler rent subjektive forhold hos dommeren. Eksempelvis hvilken livserfaring, familiesituasjon, følelsesmessig respons som dommeren har når straffesaken avgjøres. I studien som Kahneman viser til, kunne dommerne plutselig utmåle markant mildere eller strengere straffer enn sitt gjennomsnittlige strenghetsnivå. Dette

³⁹ Se punkt 4 flg., og særlig 4.7.1.

⁴⁰ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 366.

skjedde når tiltalte bl.a. minnet dommeren om en «spesielt forhatt kriminell», eller hvor en av partene ligner på dommerens datter.⁴¹

Selv om også forskningen på stabil mønsterstøy primært omhandler straffutmåling, vil det også være problematisk i avgjørelsen av skyldspørsmålet.⁴² Dersom avgjørelsen av skyldspørsmålet lar seg påvirke av hvilke følelsesmessige responser dommeren har, eksempelvis dersom fornærmede ligner på dommerens egen datter, er dette åpenbart problematisk. Sannsynligheten for domfellelse burde ikke variere på grunn av dommerens familiesituasjon. Skyldspørsmålet skal avgjøres utelukkende på bakgrunn av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i straffesaken.⁴³

2.1.3.2 Situasjonsstøy

I motsetning til stabil mønsterstøy, handler situasjonsstøy om at dommerens særegne holdning til eksempelvis trafikkforseelser e.l., ikke alltid er konsekvent. Enkelte ganger vil dommere avvike fra sitt statistiske syn på grunn av rent *forbigående* påvirkninger. Altså, innebærer situasjonsstøy at dommeren – plutselig og tilfeldig – avviker fra både sitt gjennomsnittlige strenghetsnivå, og sitt statistiske utgangspunkt for stabil mønsterstøy. I straffutmålingseksempelet, viste det seg at dommerens humør var tilstrekkelig til å påvirke mengden straff. Ved godt humør – på grunn av at det lokale fotballaget hadde vunnet – ble det fastsatt mildere straff enn dersom vedkommende hadde hatt en dårlig dag.⁴⁴

Situasjonsstøy er også forklaringen på hvorfor radiologer setter forskjellige diagnoser for samme bilde på forskjellige dager, eller hvis en fingeravtrykkgransker påviser at to avtrykk matcher hverandre den ene dagen, men ikke den andre. Forutsetningen er naturligvis at bedømmeren har glemt at vedkommende har foretatt den samme vurderingen på et tidligere tidspunkt.⁴⁵ Det er selvsagt at dommerens humør ikke bør påvirke sannsynligheten for

⁴¹ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 s. 79.

⁴² Se oppgavens punkt 4, og særlig punkt 4.7.2.

⁴³ Se punkt 4.4.1 for hva som inngår i rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag.

⁴⁴ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 s. 81.

⁴⁵ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 366.

domfellelse. Fra tiltaltes perspektiv, vil da rene tilfeldigheter kunne få avgjørende betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet.

2.2 Hvor oppstår støy?

En forutsetning for at støy er at avgjørelsen som skal fattes er betinget av skjønnsmessige vurderinger i forkant.⁴⁶ Kahneman fremholder derfor at klare regler og retningslinjer for beslutninger, er egnet til å redusere tilstedeværelsen av støy. Det samme gjelder også påvirkningsmuligheten til skjevheter.⁴⁷ Som eksempelet fra amerikansk straffeprosess kartla, var straffutmålingen svært varierende, til tross for at dommerne bedømte de samme sakene. En forutsetning for denne variabiliteten er at de rammene som gjelder for straffutmåling åpner for variasjon. Sagt med andre ord, vil den varierende straffutmålingen oppstå innenfor de skjønnsmessige rammene som lovgiver har vedtatt, samt de prejudikat som følger av domstolene.

I norsk rett, har Stortinget eksempelvis vedtatt at den absolutte strafferammen for forsettlig drap, er mellom 8 og 21 år i fengsel.⁴⁸ Skjønnsutøvelsen til dommerne er dermed i utgangspunktet begrenset til å holde seg innenfor denne rammen. Potensialet for variasjon på grunn av rent subjektive forhold er derfor i første rekke innskrenket til denne tidsrammen: fra 8 inntil 21 år. Videre vil både forutberegnelighetshensyn og domstolenes hierarkiske struktur gjøre at domstolene sammenligner forestående straffesaker med tilsvarende straffesaker. Prejudikat bidrar dermed til ensformig straffutmåling, og potensialet for tilfeldig variasjon – støy – begrenses til å kunne produseres innenfor de yttergrensene som følger av strafferamme og prejudikat.

Oppgavens tema handler om støy og skjevhetspåvirkning i fastsettelsen av skyldspørsmålet. Siden skyldspørsmålet er en ja/nei konklusjon – enten er vedkommende skyldig, eller så er hen uskyldig – er støyproduksjonen i utgangspunktet begrenset til dette. Faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet er imidlertid betinget av at retten gjør seg opp formeningen om hva straffesakens bevis godtgjør.⁴⁹ Dette er betinget av skjønnsmessige bevisvurderinger. Støy

⁴⁶ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 107.

⁴⁷ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter*, Noise: A Flaw in Human Judgment, Pax Forlag 2021 s. 350-351.

⁴⁸ Straffeloven § 275.

⁴⁹ Se oppgavens punkt 3 flg., for hva som menes med bevis, m.m.

kan dermed oppstå i de bevismessige slutningene som begrunner at skyldspørsmålet anses oppfylt. Eksempelvis, dersom én dommer/-sammensetting anser en forklaring som troverdig, mens en annen ikke gjør det, vil dette kunne være støy.⁵⁰ Forutsetningen er i så fall at rent subjektive forhold har forårsaket fravikende bevismessige slutninger. Dersom det finnes retningslinjer som kan bidra til å redusere potensialet for fravikende bevismessige slutninger, vil potensialet for støy i rettens bevisvurderinger reduseres, og det samme vil også skje for påvirkningsmuligheten til skjevheter.

For å besvare hovedproblemstillingen om hvordan støy og skjevheter gis innpass i rettens faktumfastsettelse – og om disse utgjør en uakseptabel risiko for justismord – må dermed de rettslige retningslinjene for selve bevisvurderingene og anvendelsen av beviskravet gjennomgås. Det er dette som utgjør den skjønsmessige vurderingen som skyldspørsmålet avhenger av. Omfanget av støy og påvirkningsmuligheten til skjevheter, er dermed avhengig av om de rettslige rammene for bevisvurderinger og beviskrav har egnede retningslinjer som kan lede faktumfastsettelsen i en rasjonell og ensformig retning.⁵¹

2.3 Hva er forholdet mellom Støy og skjevheter?

Forholdet mellom *støy* og *psykologiske skjevheter* er komplisert. Mens det førstnevnte handler om potensialet for variasjon i skjønsmessige vurderinger – og denne variasjonen er uønsket og betinget av subjektive forhold – handler det sistnevnte om kjente og forutsigbare påvirkningsfaktorer som er til stede i spesifikke situasjoner.⁵²

Støy fordrer altså at avgjørelsen av skyldspørsmålet *kan* variere inter-, og/eller intraindividuell: Dersom det er mulig at dommer A konkluderer med at skyldkravet er oppfylt i sak Y på ett tidspunkt, og deretter igjen bedømmer sak Y, og kommer til et annet resultat – forutsatt at dommeren ikke husker hva vedkommende kom til på et tidligere tidspunkt, har det oppstått støy. På tilsvarende måte, vil det produseres støy dersom dommersammensetting X bedømmer sak Y og kommer til at skyldkravet er oppfylt, mens dommersammensetting Z kommer til motsatt resultat, i avgjørelsen av den samme saken.

Det er vanskelig å gjøre empiriske undersøkelser av slike scenarioer da hver sak er unik. Poenget her er imidlertid å understreke at støy vil være et problem dersom vurderingen i seg

⁵⁰ For terminologisk gjennomgang av bevismidler, herunder forklaring m.m., se punkt 3 flg.

⁵¹ Se oppgavens punkt 4 flg.

⁵² Se innledningsvis i punkt 1.1.1 om definisjonen av støy og skjevheter.

selv åpner for støyproduksjon: Dersom konklusjonen på skyldspørsmålet *kan* variere på grunn av irrelevante subjektive forhold, vil det også oppstå statistisk støy i strafferettspleien. Om hvorvidt det faktisk oppstod støy i én konkret sak, er ikke mulig å påvise siden støy defineres av den variabiliteten som oppstår etter en sammenligning av beslutningstakere av det samme beslutningsgrunnlaget.

For skjevheter, er det vesentlig enklere å gjøre empiriske undersøkelser. Hvis det kan påvises spesifikke situasjoner som statistisk sett er kjent for å være påvirket av en bestemt psykologisk skjevhet, vil det oppstå *systematiske skjevheter*, dvs. vurderingsfeil som er forutsigbare, siden de påvirker på bestemte måter, og i en kjent retning. Men tilstedeværelsen av psykologiske skjevheter kan også i seg selv forårsake støy. Forutsetningen er i så fall at «dommere har skjevhet på andre måter, eller i en annen grad».⁵³ Dette innebærer at dersom rekkefølgen til bevisførsel, framføringsmåten til bevis og rettens rådslagning er «konkrete situasjoner», som er kjent for å utsette dommerne for skjevheter, vil det kunne i seg selv lede bevisvurderingene i en irrasjonell retning. Da vil i så fall avgjørelsen av skyldspørsmålet kunne bli fundert på feil grunnlag, og det oppstår en risiko for justismord. Men, dersom dommerne som skal bedømme saken har latt seg påvirke i ulik grad av de skjevhetene som eventuelt utløses, vil skjevhetene også kunne produsere støy.

I eksempelet ovenfor om dommer X, kan man tenke seg at hen var påvirket av en rekke ulike skjevheter da sak Y ble avgjort, eksempelvis bekreftelsesfeiler. Dette resulterte i en irrasjonell konklusjon: at tiltalte er skyldig. Dersom dommer X avgjør samme faktum senere – etter at vedkommende har glemt at saken allerede er avgjort, og at dommeren denne gangen er uten skjevhetspåvirkning – kommer til et annet resultat, vil skjevhetene ha forårsaket støy. Det samme gjelder for de ulike dommersammensettingene. Dersom den første dommersammensettingen var påvirket av en rekke skjevheter som påvirket medlemmene på ulik måte, mens dommersammensetting nr. 2 *ikke* var påvirket av skjevheter, vil skjevhetene ha forårsaket støy dersom dommersammensettingene la til grunn ulik konklusjon på skyldspørsmålet.

Det er altså en vekselvirkning mellom skjevheter og støy, men poenget her, er at tilstedeværelsen av skjevheter i de rettslige rammene for faktumfastsettelse er særlig

⁵³ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 163-164.

problematisk, siden de kan både produsere støy, og justismord. M.a.o., fører skjevheter til irrasjonell og vilkårlig bevisbedømmelse. For å svare på hovedproblemstillingen og undersøke hvilken risiko de rettslige rammene medbringer for justismord, må altså oppgaven kartlegge omfanget av skjevheter innenfor de rettslige rammene for skjevheter. Men før dette er det en forutsetning at ytterammene for rettens skjønnsutøvelse klargjøres. Det er som vist innenfor denne skjønnsmessige rammen at støy produseres, og påvirkning fra skjevheter muliggjøres.⁵⁴ Først når mulighetsrommet for støy og skjevheter er kartlagt, vil det redegjøres for hvilke konkrete skjevheter som får innpass i rettens avgjørelse av skyldspørsmålet. Før dette vil oppgaven redegjøre for hvordan faktumfastsettelse foregår, samt hva faktumfastsettelse av skyldspørsmålet innebærer. Det vil da gjennomgå både terminologi, bevisteori, og grunnvilkårene for straff.

3 Rettens faktumfastsettelse – terminologi og grunnvilkår for straff

3.1 Hva innebærer rettens faktumfastsettelse av skyldspørsmålet?

For å fastslå om hvorvidt det er riktig å straffe tiltalte i en straffesak, må retten fastslå at de faktiske forholdene ligger til rette for dette. Sagt med andre ord, må domstolene vurdere om de faktiske omstendighetene i saken tilsier at grunnvilkårene for straff er oppfylt. Dette innebærer at tiltalte må ha oppfylt både de objektive og subjektive vilkårene for straffbarhet. Forarbeidet til straffeloven formulerer de to objektive vilkårene for straff som at handlingen må «bryte loven (1) [og] det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunn (2)». De subjektive vilkårene er at tiltalte «må være tilregnelig (3) og ha utvist skyld(4)».⁵⁵

Først når retten legger til grunn et faktum som godtgjør at disse vilkårene er oppfylt, vil ileggelse av straff legitimeres. For å ta stilling til skyldspørsmålet, må derfor både påtalemyndigheten og retten «bringe klarhet i sakens faktum», og innhente og vurdere tilgjengelige *bevis*.⁵⁶ Med *bevis* menes alle opplysninger om faktiske forhold som tar sikte på å påvirke retten til å legge et spesielt faktum til grunn, og som er ført under

⁵⁴ Se oppgavens punkt 4 flg., hvor dette tematiseres.

⁵⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), side 194.

⁵⁶ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 255.

hovedforhandlingen.⁵⁷ Hva som nærmere inngår i rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag vil behandles senere i oppgaven.⁵⁸ Domstolenes faktumfastsettelse av skyldspørsmålet innebærer altså at retten skal undersøke de bevisene som føres under hovedforhandlingen, og utlede slutninger om hvorvidt bevisene godtgjør at de grunnleggende vilkårene for straff er oppfylt.

3.2 Hvordan avgjør retten skyldspørsmålet?

3.2.1 Faktum-, og rettsregelnivå – faktiske problemstillinger

Rettens fremgangsmåte for å avgjøre om de faktiske forholdene ligger til rette for å eventuelt straffe tiltalte, beskriver Mæhle og Aarli som en todelt vurdering: En vurdering på *rettsregel-*, og *faktumnivå*. Det førstnevnte handler om at retten må identifisere og klargjøre de rettslige vilkårene for skyldspørsmålet, med siktemål om å utlede rettslige spørsmål. Vurderingen på faktumnivå er dermed rettens kartlegging av den faktiske situasjonen, med siktemål om å svare av-/ bekreftende om den faktiske situasjonen godtgjør at de rettslige vilkårene for ønsket rettsvirkning er oppfylt.⁵⁹

Dette innebærer at de rettslige spørsmålene som reises ved rettens kartlegging av grunnvilkårene for straff, vil utgjøre selvstendige faktiske situasjoner som bevisene må godtgjøre. Betegnelsen på dette er straffesakens *bevistema*. Vilråene i en rettsregel peker på «hvilket faktum som skal være oppfylt, og dette faktumet kan bestå av ett eller flere bevistemaer». Det vil altså oppstå en rekke faktiske problemstillinger som må besvares før rettsspørsmålene kan besvares bekreftende eller avkreftende.⁶⁰

Hvordan bevisene – som skal besvare de faktiske problemstillingene – skal formidles, samt hva som kan utgjøre bevis, og hvilke slutninger retten kan utlede fra bevis, er viktige distinksjoner i bevisteorien. Det skilles eksempelvis mellom «bevismiddel», og «bevisdata».⁶¹

⁵⁷ Se strpl. § 305 som fastslår at retten – ved faktumfastsettelsen – utelukkende skal ta utgangspunkt i de bevis som har vært ført under hovedforhandlingen. Se også Ertzeid, Aina Mee, *Straffeprosess før eksamen*, Fagbokforl. 2018, side 103 for definisjonen av bevis.

⁵⁸ Se særlig punkt 4.4.1 flg.

⁵⁹ Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg, Gyldendal juridisk 2017 side 371.

⁶⁰ Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo, Universitetsforl., (2016), på side 266.

⁶¹ Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo, Papinian, (2009) side 17-19, og Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal juridisk 2014 side 157-158.

Med bevismiddel menes hvilket medium informasjonen blir formidlet gjennom. Bevisdata er derimot den informasjonen som fremgår av bevismidlet.⁶²

Det er tre hovedkategorier av medier som bevis kan formidles på: *forklaringer*, *gransking av realbevis* og *sakkyndige vurderinger*. Med *gransking av realbevis*, menes bevismiddel som er en analyse eller vurdering av en gjenstand eller person, eksempelvis tekniske bevis som DNA-test e.l. *Forklaringer* er utsagn som er relevante for å fastslå rettslig relevant faktum. Utsagnet kan eksempelvis stamme fra vitner (vitnebeviset), fornærmede eller tiltalte. *Sakkyndige vurderinger* skiller seg litt fra de ovennevnte bevismidlene. Dette bevismiddelet dreier seg ofte om gransking av realbevis, og arter seg som oftest i form av en forklaring. Det sentrale med sakkyndighetsbeviset, er imidlertid at det tar sikte på å fremme sakkyndiges egne analyser og vurderinger som vedkommende har fått i kraft av sin ekspertise.⁶³

3.2.2 Skillet mellom bevis-, rettsfakta, bevisvurderinger og beviskrav

Når retten forsynes med bevisdata under hovedforhandling, er dette for å sikre at retten utrustes med det partene anser er relevant for å legge til grunn det faktumet de mener er materielt riktig. Retten må utlede slutninger av de bevisene de blir forsynt, og foreta *bevisvurderinger* for å konkludere om hvorvidt det foreligger faktiske omstendigheter som oppfyller kravene som den faktiske problemstillingen har reist.⁶⁴ Det nærmere innholdet av rettens bevisvurderinger er et tema senere i oppgaven.⁶⁵

Hva retten kan utlede av bevisene, herunder hvilke bevismessige slutninger som kan legges til grunn av bevisdataen, er det ulike tilnærminger til i rettsteorien. Det går et hovedskille mellom holistiske syn på bevis, og mer systematiske og stringente. Felles for tilnærmingene, er imidlertid at de tar utgangspunkt i det *beviskravet* som gjelder for den faktiske problemstillingen som er reist.⁶⁶ Med beviskrav menes hva som kreves av bevisførselen for å kunne oppfylle den faktiske problemstillingen som behandles, eksempelvis hvilken

⁶² Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017 side 373.

⁶³ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 344-345.

⁶⁴ Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo, Universitetsforl., (2016), på side 267.

⁶⁵ Se punkt 4.3.

⁶⁶ Se særlig oppgavens 4.4.3 flg., som tar for seg den kvantifiserbare-, og psykologiske presiseringen av beviskravet, samt plausibilitetstilnærmingen.

sannsynlighetsgrad som kreves for å legge til grunn at de objektive og subjektive vilkårene for straff er oppfylt.⁶⁷

En mer systematisk og stringent tilnærming til bevismessige slutninger, er sontringen mellom *bevisfakta* og *rettsfakta*. Som Eivind Kolflaath forklarer, er «bevisfakta» betegnelsen på hva bevisene rent objektivt sier, og kan således fungere som en mellomstasjon for tanken.⁶⁸ Med «rettsfakta» menes informasjon som er «*direkte* relevant for å bestemme om vilkårene for å oppnå rettsvirkninger er til stede». Bevisfakta bidrar til å begrunne at rettsfaktaen er oppfylt, slik at det faktiske grunnlaget for å oppnå rettsvirkninger er til stede.⁶⁹ Rettsfakta og bevistema er dermed likeartet begrep, hvoretter oppfyllelse av bevistemaet betyr at retten kan legge det til grunn som rettsfakta at det foreligger faktiske omstendigheter som oppfyller vilkårene i det straffebed som behandles.

3.2.3 Eksemplifisering av terminologi og faktumfastsettelse

For å konkretisere rettens fremgangsmåte for faktumfastsettelse av skyldspørsmålet, kan vi ta utgangspunkt i straffeloven § 275. Av bestemmelsen følger det at «[d]en» som «*dreper*», «*en annen*», straffes med fengsel innenfor straffebedets strafferamme. Dersom dommerne skal kunne legge til grunn at tiltalte skal straffes i henhold til straffebedet, tilsier ordlyden at følgende faktum må legges til grunn: (1) fornærmede må være død, (2) Tiltaltes handling står i et kausalitetsforhold til fornærmedes død. I tillegg må gjerningspersonen ha utført handlingen med tilstrekkelig grad av skyld (3), og det må ikke foreligge straffrihetsgrunner (4). Disse fire vilkårene fungerer som separate bevistema/rettsfakta som *må* være oppfylt for at retten skal kunne straffe tiltalte i henhold til tiltalebeslutningen. Bevisene som føres, herunder bevisdata og bevisfakta må da på tilstrekkelig vis godtgjøre at bevistemaene er oppfylt, slik at retten kan legge faktumet til grunn som rettsfakta. Først da legitimeres idømmelsen av straff.

Det første bevistemaet som må godtgjøres, er om vilkåret «[d]en», er oppfylt. Dette er i utgangspunktet et objektivt vilkår om at tiltalte må være riktig gjerningsperson. For å godtgjøre at vilkåret er oppfylt, kan det tenkes at påtalemyndigheten har gjennom sin

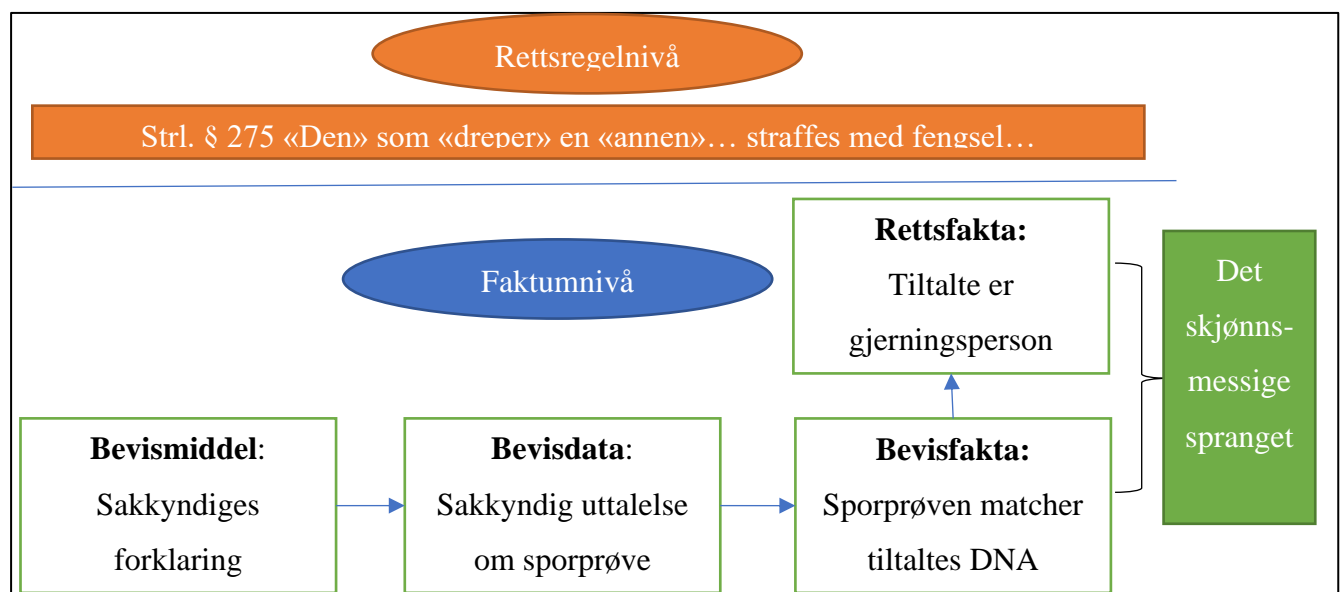
⁶⁷ Se punkt 4.2.

⁶⁸ Kolflaath, Eivind, *Bevisbedømmelse i praksis*, Fagbokforl. 2013 side 71.

⁶⁹ Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017 side 377.

etterforskning funnet det de antar er gjerningspersonens DNA på åstedet.⁷⁰ For å finne ut om dette stemmer, kontakter de en DNA-ekspert. Han fastslår at sporprøven fra åstedet har samme DNA som tiltalte. For å begrunne oppfyllelsen av bevistemaet, kan retten da bruke sakkyndighetsvurderingen som et bevismiddel i retten. Bevisdataen er da ekspertens uttalelser i retten. Den ordrette uttalelsen til sakkyndige gjør det uomtvistelig at sporprøven har DNA av samme type som tiltalte. Retten kan da i henhold til slutningstilnærmingen legge det til grunn som bevisfakta – en objektiv slutning – at sporprøver har DNA av samme type som tiltalte.

Men, som vist er ikke bevisfakta i seg selv direkte bestemmende for om rettsfaktaen er oppfylt. Beviset i seg selv sier ikke mer enn at sporprøven fra åstedet matcher tiltaltes DNA. Å utelukkende fastslå at tiltalte er riktig gjerningsperson basert på dette beviset, er ikke nødvendigvis tilstrekkelig; dette vil avhenge av dommernes skjønsmessige bevisvurderinger.⁷¹ Retten må da gjøre et skjønsmessig sprang mellom bevisfakta/bevisdata og rettsfakta. Eksempelet ovenfor kan oppsummeres og illustreres slik:



72

⁷⁰ Eksempelet er hentet fra Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017 side 377-378.

⁷¹ Se punkt 4.3 flg. for det rettslige innholdet av bevisvurderinger, herunder en nærmere redegjørelse av hva som kan inngå i rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag etter strpl. § 305.

⁷² Illustrasjonen er laget av meg i Microsoft Word, men er inspirert av Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017 side 377.

Det vil som regel alltid være et innslag av skjønn i avgjørelsen om den totale bevismengden er tilstrekkelig for å oppfylle rettsfaktaen knyttet til skyldspørsmålet. Hvor stort skjønnsmessig sprang det er mellom bevisene og rettsfaktaen, avhenger naturligvis av bevisituasjonen i den enkelte saken. Dersom det foreligger en rekke tekniske bevis og uomtvistelig bevisfakta, samtidig som bevisdataen peker i én retning, vil det skjønnsmessige spranget være vesentlig mindre, enn dersom bevisene peker i sprikende retning.

3.2.4 Særlig om grunnvilkåret «skyld» som rettsfakta/bevistema

På generell basis vil det skjønnsmessige spranget mellom bevisdata/bevisfakta og rettsfakta være større når retten vurderer om tiltalte har hatt tilstrekkelig grad av skyld; et subjektivt grunnvilkår for straffbarhet. Det sondres mellom to hovedkategorier av skyld: 1) forsett, og 2) uaktsomhet.⁷³ Å vurdere om rettsfakta knyttet til skyld er oppfylt, er komplisert enten vurderingen er forsett eller uaktsomhet, men forsett byr på særskilte utfordringer.

Det rettslige grunnlaget for forsett fremgår i strl. § 22. Der står det at tiltalte må enten ha overtrådt gjerningsbeskrivelsen i et straffebed med «hensikt» - såkalt hensiktsforsett. Alternativt må tiltalte ha handlet med «bevissthet» om at handlingen «sikkert eller mest sannsynlig» dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebed – sannsynlighetsforsett. Den siste forsettsformen kalles *dolus eventualis*, og der kreves det at tiltalte «holder det for mulig» at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og «velger å handle selv om det skulle være tilfellet.»⁷⁴

Det faller utenfor oppgaven å redegjøre for det materielle innholdet av alle de forskjellige skyldformene, men for å eksemplifisere kompleksiteten i rettens faktumfastsettelse, undersøkes hensiktsforsettet nærmere. Ordet «hensikt» tilsier at bevisstemaet – rettsfaktaen som skal oppfylles – er at tiltalte må ha ønsket at gjerningsbeskrivelsen i et straffebed skulle oppfylles, idet vedkommende utførte handlingen. I forarbeidet er det beskrevet som at lovbrøyteren «ønsker å handle slik at gjerningsbeskrivelsen i straffebedet blir oppfylt; handlingen [må være] tilsiktet.»⁷⁵ Den faktiske problemstillingen som rettsspørsmålet reiser, er

⁷³ Det følger av straffeloven § 21 at hovedregelen er at gjerningspersonen må ha hatt forsett i overtredelsen av straffebedet. Først når uaktsomhet er spesifikt angitt i straffebedet, vil uaktsomhet være tilstrekkelig for å kunne straffes, jf. formuleringen «med mindre annet er bestemt».

⁷⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven eller strl.) § 22 første ledd bokstav a til b.

⁷⁵ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), side 424.

da om de faktiske forholdene er slik at tiltalte ønsket at hens handling skulle føre til fornærmedes død, jf. straffeloven § 275.

Som rettsregelen ovenfor illustrerer, knytter forsettformene seg til hva som har foregått i gjerningspersonens hode. Det er tiltaltes sinnelag som er bevistemaet. At hovedregelen i strafferetten er at tiltalte må ha hatt et forbrytersk sinnelag idet kriminaliserte handlinger begås, er ikke særlig overraskende. Straffens substans tilsier at det vil være illegitimt å påføre medlemmer i rettssamfunnet for ondt, dersom vedkommende ikke kan klandres for handlingen som er begått.⁷⁶ Siden rettens medlemmer selvsagt ikke er tankelesere, utgjør forsett en særlig utfordring i et faktumfastsettelsesperspektiv. Høyesterett har imidlertid forenklet faktumfastsettelsen av skyldkravet. De legger til grunn at bevisførselen må knytte seg til ytre omstendigheter og vitneprov, som skal kaste lys over hva som har foregått i hodet til tiltalte.⁷⁷

Dette innebærer at rettens faktumfastsettelse av skyldkravet, består av at dommerne må utlede slutninger fra bevisfakta og bevisdata, som knytter seg til ytre omstendigheter, og vurdere om disse indikerer tilstrekkelig at tiltalte *faktisk* har hatt et ønske om å drepe fornærmede – forutsatt at vurderingen knytter seg til hensiktsforsett. Det er altså en diskrepans mellom hva som er bevistema, og hva som er innholdet av bevisførselen. Dette innebærer at bevistemaet skyld, er det området hvor dommernes skjønsmessige sprang – på generelt grunnlag – er størst.

Siden straffeprosessens funksjon er å sørge for at uskyldige frifinnes, samtidig som at skyldige skal straffes, er ikke rettssetningen til Høyesterett unaturlig. Dersom det blir for vanskelig å bevise skyld, ville dette kunne ført til en ineffektiv straffeprosess. Ulempen, er imidlertid at en forutsetning for støy og at skjevheter gis påvirkningskraft for rettens faktumfastsettelse, er at det foreligger skjønsmessig rom for det. Innenfor det skjønsmessige spranget mellom bevisdata, bevis-, og rettsfakta, er derfor dommernes vurderinger særlig utsatt for irrasjonell påvirkning.

⁷⁶ Se eksempelvis Ot.prp.nr.90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven), side 97, som omhandler kriminaliseringen av forsøk, men som likevel uttaler at straffbarheten må begrunnes i tiltaltes forbryterske vilje. Dette har generell relevans.

⁷⁷ HR-2021-1207-A Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 23 til 24, og HR-2012-1350-A – Rt-2012-1153 Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 60 .

4 Hvordan åpner rettens bevisvurdering og beviskrav for skjevheter og støy?

4.1 Introduksjon til problemstillingen

Nå som terminologi og rettens faktumfastsettelse har blitt presentert, vil det i det følgende settes søkelys på hvordan reguleringen av rettens bevisvurdering og beviskrav åpner for skjevheter og støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Som allerede beskrevet i kapitlet ovenfor, vil det alltid være et skjønnsmessig sprang mellom bevisdataen som presenteres, og det bevistemaet/rettsfaktaen bevisførselen forsøker å godtgjøre. Faktumfastsettelsen er altså skjønnsmessig, og åpner på generelt grunnlag for støy og skjevheter. Det er likevel relevant å undersøke om reguleringen av bevisvurderinger og beviskrav innehar klare retningslinjer som er egnet til å begrense skjønnsutøvelsen. Siden støy, og påvirkningsmuligheten til skjevheter begrenses av retningslinjer, vil det være vesentlig å kartlegge hvorvidt det finnes innskrenkninger i skjønnsutøvelsen.⁷⁸

4.2 Rettslig utgangspunkt for det strafferettslige beviskravet

Det rettslige utgangspunktet for det strafferettslige beviskravet – knyttet til skyldspørsmålet – er Grl. § 96 annet ledd. Der fremgår det at enhver har «rett til å bli ansett uskyldig inntil skyld er bevist etter loven.». Ordlyden i bestemmelsen tilsier at ved åpningen av hovedforhandlingen, skal rettens utgangspunkt *alltid* være at tiltalte *ikke* har gjort det tiltalebeslutningen tilsier. I tråd med den materielle definisjonen av straffebegrepet, er da en vesentlig side ved faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet, at det utløses konkrete rettssikkerhetsgarantier, slik at statens eventuelle ondepåføring skjer innenfor kontrollerte rammer. Uskyldspresumsjonen som fremgår i Grl. § 96 er ett av disse materielle skrankene.

I forarbeidene er det presisert at uskyldspresumsjonen innebærer «at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode.».⁷⁹ Dersom retten skal legge til grunn et straffbetingende faktum, må derfor bevisførselen være tilstrekkelig for at utgangspunktet om at tiltalte er uskyldig fravikes, og dette kan bare gjøres dersom faktum er bevist utover enhver rimelig tvil. Høyesterett har i tråd med dette fastslått at «[n]orsk straffeprosess bygger på at all rimelig og forstandig tvil skal

⁷⁸ Se oppgavens punkt 2.2 om hvor støy oppstår.

⁷⁹ Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, side 130.

komme den tiltalte til gode». Dette gjelder det «faktiske grunnlaget for avgjørelsen av skyldspørsmålet... som etter sikker og langvarig praksis dekker alle straffbarhetsvilkårene».⁸⁰

Bakgrunnen for at all rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode, er grunntanken om at en uriktig domfellelse er langt verre enn en uriktig frifinnelse, eller en for mild domfellelse.⁸¹ Denne idéen er ingen nyvinning i rettshistorisk sammenheng. Grunntanken har sine røtter i den kjente læresetningen til sir William Blackstone som i 1765 skrev at det er «[b]etter that 10 guilty persons escape, than that one innocent suffer.».⁸²

Uttalelsen ovenfor er det materielle innholdet av det *beviskravet* som gjelder for skyldspørsmålet. For å legge til grunn at skyldspørsmålet er oppfylt, må altså bevisførselen medføre en tilstrekkelig grad av sikkerhet hos dommerne, slik at det ikke lenger gjenstår «rimelig» tvil knyttet til oppfyllelsen av samtlige straffbarhetsvilkår. Som Kolflaath oppsummerer, vil et straffbetingende faktum legitimeres når sannsynlighetsgraden til bevisene er «minst like høy som den sannsynlighetsgraden som utgjør beviskravet.».⁸³

Hvilken «sannsynlighetsgrad» som kan utledes av formuleringen «rimelig og fornuftig» tvil, vil oppgaven komme tilbake til.⁸⁴ Dette er essensielt for å kartlegge rettens skjønnsmessige ramme, og da hvor stor grad av støy og påvirkning fra skjevheter som er mulig gjort i de rettslige rammene for faktumfastsettelse. Før dette, vil imidlertid det overordnede rammeverket for rettens bevisvurderinger presenteres. Begrunnelsen for denne oppstykkningen, er at rammene for rettens bevisvurderinger er relevant for hvilke faktorer som kan vektlegges i avgjørelsen av om beviskravet er oppfylt. Altså, for å klargjøre hvilken vekt bevisene må ha for å oppfylle beviskravet, er det nødvendig å først undersøke hva man legger i vektskålen.

⁸⁰ HR-2008-2063-A – Rt-2008-1659 Norges Høyesterett avsnitt 17.

⁸¹ Se HR-1998-59-A – Rt-1998-1945 Høyesterett – Kjennelse, side 1947 og Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 467.

⁸² De Keijser, Jan W., Evianne G. M. de Lange og Johan A. van Wilsem, «Wrongful convictions and the Blackstone ratio: An empirical analysis of public attitudes» *Punishment & society*, 16, nr. 1, 2014, s. 32-49.

⁸³ Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 side 139.

⁸⁴ Se punkt 4.6 flg.

4.3 Rettslig grunnlag for bevisvurderinger

4.3.1 Bakgrunn – fra en lovbundet til fri bevisvurdering

I avgjørelsen av hvilket faktum som anses bevist i henhold til beviskravet, skilles det mellom to ulike vurderingsformer; den ene er legal bevisvurdering, og den andre er fri bevisvurdering. Det førstnevnte går ut på at loven selv angir *hvilke* bevis som kreves for at et gitt faktum skal kunne legges til grunn. Den frie bevisvurderingen går ut på at retten skal gjøre en konkret vurdering av bevisenes styrke opp mot beviskravet.⁸⁵

Rettshistorien viser at prosessretten har gradvis utviklet seg fra en legalbevisvurdering til fri bevisvurdering. I NL 1-13-1 var følgende formulert: «Vidne er ey mindre end to Personer, over eens stemmende, og udi een Ting.» Dette innebar at dommerne bare kunne legge til grunn vitnebevis for avgjørelsene sine dersom det var et annet vitnebevis som bekreftet det første vitnebeviset. Kjennetegnet på en legalbevisvurdering er således at bevisenes vekt er avhengig av at nærmere bestemte omstendigheter er til stede. Retten er da i større grad bundet, og har mindre grad av skjønn i sine bevisvurderinger. Begrunnelsen for den legale bevisordningen var – som dagens begrunnelse for beviskravet, basert på sir William Blackstones læresetning – at det er «Bedre at lade mange Skyldige løbe, end at straffe en Uskyldig».⁸⁶

Legalbevisordningen var særlig egnet for å redusere mengden skjønn i domstolenes vurdering. Rettens faktumfastsettelse var da svært enkel: Bevisvekten fulgte av loven, og domfellelse var nærmest en automatisk konsekvens av dette. Baksiden ved ordningen var at dersom legalbevisene manglet, ville også tiltalte frifinnes automatisk, selv om retten – etter sin egen overbevisning – var sikre på at tiltalte var skyldig.⁸⁷

Denne typen formalisme skapte etterhvert misnøye, og ved overgangen til 1800-tallet ble bevisvurderingene friere. Sentralt i denne utviklingen stod den danske rettsviteren Andreas Sandø Ørsted, som introduserte og argumenterte for hvorfor indisiebevis burde aksepteres i

⁸⁵ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 472.

⁸⁶ Hedegaard, C. D. (1764-1767) *Juridisk-Practiske Anmærkninger til Danske og Norske Lov I-IV* 35-36 og Johnsen, Jon T, «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker» *Jussens Venner* 1987 s 193-210 – (JV-1987-193), 1987 side 194.

⁸⁷ Johnsen, Jon T, «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker» *Jussens Venner* 1987 s 193-210 – (JV-1987-193), 1987 side 194.

domstolene. Han fremholdt at «begivenheter kunne bedømmes sikkert når det forelå flere fenomener som alle viste til *samme* forklaringsgrunn, uten at denne ble motsagt av andre fenomener. Fenomenene kunne være «saa sterke og sammenslyngede», at man «ikke lengre kan tvivle på den Forklaringsgrund, de paaavise».⁸⁸ Formålet med å introdusere indisiebevis i domstolene, var å gi domstolene større grad av skjønn. Man mente at introduksjonen av indisiebevis medbrakte en mer fornuftig avveining av straffeprosessens to formål: sørge for at skyldige straffes, og at uskyldige frifinnes. Legalordningen var særlig egnet til det sistnevnte, men skortet på det første.

I norsk rett ble den frie bevisvurdering formelt kodifisert da straffeprosessloven⁸⁹ av 1887 ble vedtatt. Dagjeldende straffeprosessloven § 349 annet punktum slo prinsippet uttrykkelig fast: «Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grunlag af en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte bevisligheder.».

4.3.2 Begrunnelse og rettslig grunnlag for rettens frie bevisvurdering

Prinsippet om fri bevisvurdering ble ikke videreført i dagens straffeprosesslov. Som forarbeidene fastslår, er grunnen til dette at det er utvilsomt at prinsippet gjelder, og kodifisering ble ansett som unødvendig.⁹⁰ Høyesterett har også i Rt. 2013 s. 323 avsnitt 20 uttrykkelig fastslått at «[u]tgangspunktet i norsk prosessrett er fri bevisførsel og fri bevisvurdering.»⁹¹ Begrunnelsen for hvorfor fri bevisvurdering er å foretrekke over legalbundne, er at «sannheten gjennomgående fremmes i størst grad hvis bevisbedømmelsen er fri og ikke bundet av rettsregler.»⁹²

Det er altså en presumsjon om at dommernes egen følelse av overbevisning er den beste indikatoren på om et gitt faktum er sant eller ikke. Som problemene med legalbevisordningen medførte, vil det føre til en mer formalistisk og rigid rettsanvendelse som utvilsomt vil føre til

⁸⁸ Ørsted, Andreas Sandø (1807) *Bemærkning over Juridisk Visheds Natur og Væsen* Juridisk Arkiv bd 13 180 København side 216-217, Zahle, Henrik (1976) *Om det Juridiske bevis* Juristforbundets forlag. København side 110 og Johnsen, Jon T, «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker» *Jussens Venner 1987 s 193-210 – (JV-1987-193)*, 1987 side 194-195.

⁸⁹ Lov av 07. januar 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevd).

⁹⁰ NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmaaten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen(Komiteen til revisjon av straffeprosessloven), side 197 og 308.

⁹¹ HR-2013-575-A – Rt-2013-323 Norges Høyesterett – Kjennelse, avsnitt 20.

⁹² NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 262.

at flere skyldige frifinnes. Ifølge forarbeidet til ny straffeprosesslov, vil da summen av avgjørelsen innebære at retten fastslår riktig faktum i flest saker, dersom de er gitt vide skjønnsrammer. Hvis formalisme fører til frifinnelse av personer som åpenbart er skyldig, vil det kunne gå på bekostning av tilliten til domstolene. Ved en fri bevisvurdering står dommerne mer fritt, og kan i større grad speile bevisvurderingene sine etter hvilken overbevisning bevisførselen har skapt hos dommeren.

4.4 Hva utgjør rammene av rettens frie bevisvurdering?

4.4.1 Rettens avgjørelsesgrunnlag som en innskrenking av rettens skjønnsutøvelse

Selv om ordene «fri bevisvurdering» gir antydninger til at dommerne står fullstendig fritt i sine faktumvurderinger, er dette et utgangspunkt som må modereres. Det følger av strpl. § 305 at retten kan bare ta i betraktning de bevis som er «ført under hovedforhandlingen». Av bestemmelsen kan det utledes at til tross for at domstolene er gitt en vid skjønnsmessig ramme til å avgjøre hva som anses bevist, er det bare de bevisene som er blitt lagt frem for dommerne under hovedforhandlingen som er legitime å vektlegge i dommernes bevisvurderinger. Ordlyden tilsier dermed at det vil være illegitimt å la faktorer utenfor den konkrete bevisførselen, påvirke dommerne i sine bevisvurderinger.

Bevisførselen må dermed vektes mot hverandre for å eventuelt oppfylle beviskravet. Dersom bevisene ikke gir tilstrekkelig høy sannsynlighetsgrad for å oppfylle beviskravet, skal ikke informasjon eller påvirkning hentes utenfra, for å avbøte dette. Siden domstolene plikter å sørge for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, må de i så tilfelle utsette hovedforhandlingen slik at saken blir tilstrekkelig opplyst, ved at nye bevis innhentes og føres, jf. strpl. § 294. På denne måten vil også forsvaret kunne ha anledning til å gi sine syn på eventuelt supplerende bevisene, og dermed ivareta tiltaltes kontradiksjonsrett.⁹³ Alternativt må retten frifinne tiltalte.

⁹³ Retten til kontradiksjon er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti som kan utledes av retten til en «rettferdig rettergang», jf. Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjon eller EMK) artikkel 6 første ledd første punktum, og er gjort til norsk rett gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2.

Uansett innebærer strpl. § 305 at de bevisene som er ført under hovedforhandlingen, er ytterammene for rettens faktumfastsettelse. Eventuell støy og påvirkning fra skjevheter er da begrenset til hvilke bevismessige slutninger som utledes av den konkrete bevisførselen.

4.4.2 En betryggende vurdering av bevis som ramme for skjønnsutøvelsen

I rettsteorien har bl.a. Øyen uttalt at siden det er domstolene som først og fremst har ansvaret for et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, er det ikke tilstrekkelig at bevisvurderingene gjøres på bakgrunn av en «fri» overbevisning om holdbarheten til bevisene. Retten må også foreta en *betryggende vurdering av bevisene* som er ført. Slutningene som domstolene utleder av bevisdataen må være «grundige og konkrete», samt «logisk holdbare».⁹⁴

Det kan stilles spørsmål ved om det er nødvendig at Øyen presiserer at domstolenes frie vektning av bevis må gjøres betryggende. Straffens substans tilsier at de bør være en selvfølge at domstolene er varsomme i sine vektlegginger. Øyen er imidlertid ikke alene om å presisere dette. Straffeprosessutvalget skriver også at bevisbedømmeren «plikter å søke sannheten på rasjonelt vis», og de gir også sin tilslutning til Andenæs og Myhrer som har presisert at dommerne ikke kan nøye seg med en ureflektert intuisjon: «Bevisstoffet må tankemessig bearbeides.». I tillegg må bevisene «sammenholdes med *alminnelige erfaringssetninger* om deres verdi» (min kursivering).⁹⁵ Med alminnelige erfaringssetninger menes «kunnskap og innsikt et menneske har gjennom sin utdanning, yrkeserfaring, mv.». Ifølge Øyen vil slike erfaringssetninger alltid inngå i bevisvurderinger, herunder når «påliteligheten av et bevis og troverdigheten til en person vurderes, [og] når slutninger trekkes fra virkninger, tilstander mv., og når det vurderes hvor plausible alternative hendelsesforløp er.». Disse prosessene er ifølge Øyen i stor grad ubevisst hos bevisbedømmeren.⁹⁶

Retten skal altså ikke benytte seg av fri intuisjon og irrasjonelle og lite gjennomtenkte bevisvurderinger. De bevismessige slutningene skal være rasjonelle, og de skal kunne rettferdiggjøres. Selv om utgangspunktet i strpl. § 305 fastslår at det utelukkende er de bevis som er ført under hovedforhandlingen som skal utgjøre rettens avgjørelsesgrunnlag, er det akseptert at retten kan supplere bevisvurderingene med dommernes egen yrkeserfaring og

⁹⁴ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 474.

⁹⁵ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 262, og Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. Universitetsforl. 2009, side 166.

⁹⁶ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 474-475.

bakgrunn. Aksepten strekker seg imidlertid ikke lengre enn at bruken av slike erfaringssetninger må holde seg innenfor kravet til rasjonell bearbeiding av bevisførselen.

4.5 Er kravet til avgjørelsesgrunnlag egnet til å redusere skjønnsutøvelsen?

Siden strpl. § 305 begrenser rettens skjønnsutøvelse til å i alle fall konsentrere seg om bevisene som er ført under hovedforhandlingen, vil støy og skjevheter begrenses til vurderinger av den konkrete bevisførselen. Dette begrenser altså påvirkningsmulighetene til skjevheter, og potensialet for støy til en viss grad.

At bruk av erfaringssetninger er akseptert i rettens bevisvurderinger, er derimot problematisk. De er nok et utslag av et realistisk syn på faktumfastsettelsen; dommernes bevisvurderinger lar seg påvirke av rent subjektive forhold. Men, som både Øyen, Straffeprosessutvalget, Andenæs og Myhrer legger til grunn, er forventningen likevel at vektleggingen av bevis skal foregå på en betryggende og rasjonell måte.⁹⁷ Den underbevisste bruken av erfaringssetninger må altså ikke gå på bekostning av kravene til en betryggende bevisvurdering.

At Øyen, Straffeprosessutvalget, Andenæs og Myhrer, samt straffeprosessen som sådan aksepterer underbevisst bruk av erfaringssetninger, og samtidig forventer objektiv vektning og rasjonell bevisbearbeidelse, fremstilles som et paradoks, men er nok i realitetene en lettere selvmotsigelse. Selv om det antas at yrkeserfaring m.m., vil styrke rettens rasjonelle bearbeiding av bevisførselen, tilsier beslutnings-, og bedømmingspsykologi at slik underbevisst bruk av yrkeserfaring, kan bidra til å maskere støy og skjevheter. Underbevisst kognisjon er måten skjevheter utartes på, og som støy produseres av. Dersom en dommer anser seg tilstrekkelig overbevist fordi tiltalte eksempelvis «ter» seg som en kriminell, vil overbevisningen kunne være fundert på irrasjonelle bevismessige slutninger, siden det ikke nødvendigvis er noen korrelasjon mellom væremåte og om personen faktisk er skyldig eller ikke.⁹⁸

Å påpeke at bevisvurderingene skal foregå rasjonelt, er ikke i seg selv tilstrekkelig for å sikre en rasjonell bevisbedømmelse, og heller ikke innsnevre rettens skjønnsutøvelse. Følgelig består utgangspunktet om at rettens frie bevisvurdering, innehar få – om noen – effektive skranker for hvordan rettens faktumfastsettelse av skyldspørsmålet skal foregå. Selv om

⁹⁷ Se punkt 4.4.2.

⁹⁸ Se oppgavens punkt 1.1.1, punkt 2 flg., for mer informasjon vises det også til punkt 5 flg. nedenfor.

bevisvurderingene utelukkende skal baseres på de bevisene som er ført under hovedforhandlingen, innehar ikke bevisvurderingene sikkerhetsmekanismer som kan bidra til at skjevheter og støyproduksjon reduseres.

Spørsmålet blir dermed om de rettslige rammene for beviskravet innehar retningslinjer som er egnet til å innskrenke rettens skjønnsutøvelse i faktumfastsettelsen. I så fall vil støy og skjevheter reduseres forholdsmessig innenfor de retningslinjene som oppteignes.

4.6 Reduseres rettens skjønnsutøvelse ved reguleringen av beviskravet?

4.6.1 Ulike presiseringer av beviskravet – Når er tvilen «rimelig» og «fornuftig»?

Beviskravet for skyldspørsmålet innebærer at straff kan ilegges bare når det ikke lenger er «rimelig» og «fornuftig» tvil om at tiltalte har oppfylt samtlige straffbarhetsvilkår. Hvilken terskel dette utgjør, er tilnærmet umulig å utlede av formuleringen alene. Men, usikkerheten må i alle fall være kvalifisert. Høyesterett har heller ikke bidratt noe særlig til å presisere hva som menes med en «rimelig» og «fornuftig» tvil. I Rt. 1978 s. 882 sa eksempelvis Høyesterett at beviskravet innebærer at en «overveiende sannsynlighet» ikke er tilstrekkelig.⁹⁹ Det kreves altså mer enn overveiende sannsynlighet, men hvor mye? Ordet «rimelig», tilsier at beviskravet kan fungere som en avveiningsnorm, snarere enn en fast predeterminert regel. En slik forståelse åpner i så fall for at beviskravets terskel kan variere etter alvorlighetsgraden til straffesaken.

Jon T. Johnsen har argumentert for en nyansert og gradsrelatert tilnærming til beviskravet. Han mener at beviskravets terskel avhenger av hvilke typer overtredelser straffesaken beskjeftiger seg med. I trafikkforseelser vil man lettere kunne legge til grunn et straffbetingende faktum, slik at terskelen for når det foreligger «rimelig og fornuftig» tvil, heves. Motsetningsvis vil terskelen senkes i drapssaker slik at det skal mer til for å legge til grunn et faktum som tilsier at tiltalte er skyldig. Det stilles altså generelt lavere krav til hvor sikre domstolene er i småsaker, enn mer alvorlige saker. Dette synet støtter Bratholm.¹⁰⁰

⁹⁹ Rt-1978-882 Høyesteretts kjæremålsutvalg side 883.

¹⁰⁰ Johnsen, Jon T, «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker» *Jussens Venner* 1987 s 193-210 – (JV-1987-193), 1987 side 198 og Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn*:

Tilnærmingen ovenfor er egnet til å forstå nyanseskjeller i beviskravet, men som Høyesterett har lagt til grunn, gjelder beviskravet enhver straffbar handling. Både i mindre og mer alvorlige saker vil man måtte oppfylle terskelen som beviskravet innebærer. Om man har overoppfylt terskelen, om man er i nedre del, eller i kjernen av terskelen, er vanskelig å konstatere utfra betraktninger om at terskelen relativiseres. Avveiningsnormen er derfor ikke særlig egnet til å bidra i spesifiseringen av rettens skjønnsutøvelse, og utgjør dermed ingen fast retningslinje for rettens anvendelse av beviskravet.

Videre er det heller ikke empirisk grunnlag for å konstatere at beviskravet heves i alvorlige straffesaker. Snarere tvert imot tyder internasjonal forskning på at beviskravet senkes i de mest alvorlige straffesakene fordi ønsket om oppklaring ofte vil være sterkest i de sakene.¹⁰¹ Det er altså svært vanskelig å utlede noen klare retningslinjer for skjønnsutøvelsen ved å utelukkende ta utgangspunkt i vurderingstemaet «rimelig» og «fornuftig» tvil. I det følgende undersøkes derfor om ulike presiseringer av beviskravet kan bidra til at skjønnsrammene innskrenkes, slik at mulighetsromme for skjevhetspåvirkning og støy reduseres.

4.6.2 Er den kvantitative presiseringen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?

Det er gjort flere ulike forsøk på å spesifisere og forenkle prosessen for domstolene gjennom ulike omskrivninger av beviskravet. Rettsteorien har lagt særlig tre tilnærminger til grunn: 1) en kvantitativ presisering, 2) psykologiske presiseringer, og 3) en plausibilitetstilnærming.

Med den kvantitative presiseringen menes det at sannsynlighetsgraden som beviskravet medfører, tallfestes til en prosentvis sannsynlighet. Strandbakken mener at det må kreves en sikkerhet på over 90 prosent. Da vil man, ifølge han, unngå at uskyldige dømmes.¹⁰² Andenæs har tradisjonelt vært skeptisk til slike tallfestinger da han mener det er urealistisk. Han skriver at dommere ikke regner på sannsynlighetsgrader, men at dommerne heller må *føle* seg sikker.

alminnelig del, bd. 23 *Skrifter (Universitetet i Oslo. Institutt for kriminologi og strafferett) (trykt utg.)*, Universitetsforlaget 1980 side 96.

¹⁰¹ De Keijser, Jan W., Evianne G. M. de Lange og Johan A. van Wilsem, «Wrongful convictions and the Blackstone ratio: An empirical analysis of public attitudes» *Punishment & society*, 16, nr. 1, 2014, s. 32-49, og Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 37-48, på side 47.

¹⁰² Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen : "In dubio pro reo"*, Bergen, Fagbokforl., (2003) s. 367.

Likevel skriver han, at dersom man absolutt skal uttrykke det som en prosentsats, «kreves [det] noe så nær 100 % sannsynlighet».¹⁰³

Dersom vi ser bort fra at Andenæs – til tross for hans egen skepsis – tallfester sannsynlighetsgraden, har han et godt poeng i sin innvending: dommere regner ikke på sannsynlighetsgrader i sine bevisvurderinger, for deretter å sammenholde dette med beviskravet. Dette fordrer en nøyaktighet, som ikke lar seg empirisk bevise, og som ikke er mulig å etterleve. Dersom dette hadde vært mulig, kan det også innvendes at dersom kravet tilsier at dommerne skal være 90 % sikker for å domfelle, blir en naturlig konsekvens at beviskravet i seg selv åpner for at uskyldige dømmes.

Dette innebærer naturligvis ikke at domstolene straffer uskyldige i 10 av 100 saker. Som Kolflaath påpeker, vil man i så fall måtte forutsette at beviskravet alltid var oppfylt med minst mulig margin når terskelen først blir overtrådt, altså at bevisvurderingene – i alle domfellelser – må medføre minst 91 prosent sannsynlighet. I det praktiske liv vil det i mange saker være tilfeller hvor terskelen klart er overoppfylt. Eksempelvis dersom det lar seg tallfestes, kunne man tenke seg at sannsynlighetsgraden som bevismengden utgjør er 97 prosent.¹⁰⁴ Da ville i så fall 6 prosent være en overoppfyllelse av beviskravet. Dette er umulig å tallfeste, og det er derfor kan ikke sannsynlighetsgraden heller overføres til hvor mange saker det begås feil i.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at det begås feil, og Baneheia-saken er ett av flere eksempler hvor retten har lagt feil faktum til grunn, til tross for den rettssikkerhetsgarantien som beviskravet ideelt skal gi. Sannsynlighetspresiseringen av beviskravet er altså ikke egnet til å gi retten klare retningslinjer for hvordan man vurderer om den eventuelle tvilen er «rimelig» eller ikke.

4.6.3 Er den psykologiske presiseringen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?

Den psykologiske presiseringen av beviskravet er kanskje en mer praktisk-orientert presisering. Andenæs har skrevet at bortsett fra rent bagatellmessige saker, så må det kreves at dommerne «føler» seg sikker for å dømme tiltalte som skyldig.¹⁰⁵ Kolflaath har videre skrevet

¹⁰³ Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. Universitetsforl. 2009, side 161.

¹⁰⁴ Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 side 151.

¹⁰⁵ Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. Universitetsforl. 2009, side 161.

at de vanligste psykologisk-orienterte formuleringene av beviskravet er: «vi må være overbevist», og «vi må føle oss sikre».¹⁰⁶

Dette innebærer at beviskravet er oppfylt først når dommerne – etter fullført bevisførsel – har en følelse av overbevisning om at tiltalte er skyldig. Denne følelsen vil altså være indikasjonen på at det ikke foreligger «rimelig» tvil. Siktemålet ved bevisførselen er da å gi dommerne en konkret sinnstilstand. Dersom sinnstilstanden er en overbevisning om at tiltalte er skyldig, vil det – i henhold til den psykologiske presiseringen – tilsi at beviskravet er oppfylt. Retten plikter i så fall å dømme tiltalte. En logisk konsekvens av dette er at dersom dommerne dømmer i strid med sin egen subjektive overbevisning, vil de ikke ha anvendt beviskravet riktig.

Dersom den psykologiske formuleringen ses i lys av straffeprosessloven § 305, vil det ikke nødvendigvis være betenkelig å omformulere beviskravet til et krav om sinnstilstand hos dommerne. Det er jo erfaringssetninger og betryggende vekting av bevisførselen som skal ha skapt denne sinnstilstanden. Dersom bevisførselen har ført til at dommerne *føler* seg sikre, har bevisene også oppfylt sin funksjon. Men, som Andenæs påpeker, kan dommere ofte være uenig i bevisbedømmelsen. Eksempelvis kan dommerne ha forskjellig oppfatning av eller erindring om det som er skjedd i retten. Noen fester hukommelsen til siktedes eller vitners «tonefall og minespill», som kanskje andre dommere ikke gjorde. I tillegg kan dommerne vektlegge ulike erfaringssetninger annerledes enn de andre.¹⁰⁷

Som oppgaven har beskrevet tidligere, kan erfaringssetninger fungere som supplerende bevis, men likevel foregå i det skjulte; tiltalte vil ikke ha mulighet til å få utøvd sin kontradiksjonsrett overfor de erfaringssetningene som dommerne har vektlagt.¹⁰⁸ I tillegg er det ikke mulig å etterprøve hvilke erfaringssetninger, herunder hva som *egentlig* inngikk i rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, og som dermed bidro til følelsen av sikkerhet. M.a.o., har ikke straffeprosessen mekanismer som kan sikre at etterlevelsen av den psykologiske presiseringen av beviskravet er riktig.

¹⁰⁶ Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 side 153.

¹⁰⁷ Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor-Geir Myhrer. utg. Universitetsforl. 2009.

¹⁰⁸ Se punkt 4.4 flg.

Dommerens sinnstilstand kan være skapt av en rasjonell gjennomgang av bevisene, eller så kan rettens overbevisning være fundert på et ullent grunnlag av skjevheter, og dermed forårsake støy og feil i faktumfastsettelsen. Den psykologiske presiseringen av beviskravet utgjør dermed ikke en innskrenkende ramme av beviskravet, og er heller ikke egnet til å redusere skjevheter og støy i faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet.

4.6.4 Er plausibilitetstilnærmingen egnet til å innskrenke skjønnsrammen?

En tredje presisering av beviskravet, er plausibilitetstilnærmingen, eller *fortellingsparadigmet*. Som Kolflaath skriver, kan fortellinger være både intern-, og ekstern plausibel. Med intern plausibilitet menes at fortellingen i seg selv ikke inneholder elementer som utelukker hverandre, eller som fremstår som flertydig og uklar. En intern plausibel fortelling må altså være logisk, og henge godt sammen. At en fortelling har ekstern plausibilitet, innebærer at fortellingen ikke bare henger godt sammen internt, men at den interne plausible fortellingen sammenholdes med bevissituasjonen for øvrig. Bevissituasjonen kan dernest svekke eller styrke plausibiliteten til fortellingen, og dermed være en sterk indikasjon på om beviskravet er oppfylt eller ikke; dersom fortellingen er både intern-, og ekstern plausibel, bør bevisvurderingene resultere i at beviskravet er oppfylt.¹⁰⁹

Som også den psykologiske presiseringen av beviskravet tilsier, gir plausibilitetstilnærmingen uttrykk for en mer holistisk og helhetlig tilnærming til bevisene, og gir ifølge han en mer realistisk fremstilling av rettens helhetlige skjønnsvurderinger. Kolflaath foreslår at beviskravet presiseres slik: «*tiltalte skal domfelles hvis og bare hvis (1) det finnes en plausibel, fellende fortelling, samtidig som (2) det ikke finnes en plausibel frifinnende fortelling.*».¹¹⁰

En fordel som gjør at Kolflaaths plausibilitetstilnærming *kan* utgjøre en reell ramme og innskrenkning av rettens skjønnsutøvelse, er at den fordrer en viss oppfinnsomhet og kognitiv anstrengelse hos dommerne. Ofte vil retten forsynes med to alternative fortellinger som utelukker hverandre. Bevisvurderingene må dermed fastslå hvilken fortelling som det festes lit til ved å sammenligne fortellingene med hverandre, og de enkelte bevisene. En systematisk

¹⁰⁹ Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 på side 163-164.

¹¹⁰ Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 på side 166-167.

anvendelse av plausibilitetstilnærmingen, vil da kunne avsløre svakheter som eksempelvis den friere psykologiske presiseringen ikke nødvendigvis vil oppdage.

På den annen side er det en svakhet ved plausibilitetstilnærmingen at rettens vurdering av beviskravet ikke skal være avhengig av tiltaltes medvirkning i straffesaken. Som det heter i straffeprosessloven § 90 har ikke tiltalte noen plikt til å forklare seg. Dette fremgår også i § 230 første ledd første punktum. En anvendelse av plausibilitetstilnærmingen fordrer at retten egenhending konstruerer hypotetiske frifinnende fortellinger, som står i strid med det faktum de blir servert av påtalemyndighetene. Dette er svært kognitivt anstrengende, og stiller høye krav til rettens medlemmer.

I den grad retten evner å effektivt konstruere slike alternative fortellinger, vil plausibilitetstilnærmingen kunne utgjøre en skranke for rettens skjønnsutøvelse, og da redusere mulighetsrommet for støy og skjevheter. I oppgavens punkt 10, vil Baneheia-saken analyseres med utgangspunkt i plausibilitetstilnærmingen til beviskravet. Siktemålet er da å undersøke om en systematisk bruk av Kolflaaths plausibilitetstilnærming, ville ha ført til frikjennelse.

4.7 Psykologiske konsekvenser – bevisvurderinger og beviskrav

4.7.1 Nivåstøy innenfor skjønnsrammen

Uansett hvilken tilnærming rettens medlemmer har til beviskravet, er essensen i beviskravet og de frie bevisvurderingene at det er opp til dommerne å avgjøre om bevisførselen er tilstrekkelig for å dømme tiltalte som skyldig. Vurderingstemaet til beviskravet, er hvorvidt det foreligger «rimelig og fornuftig» tvil. Siden dette er en abstrakt terskel som dommerne skal vurdere bevisførselen opp mot, vil det kunne oppstå variabilitet i hvilke slutninger som utledes av bevisdataen og bevisfaktaen.

Sannsynlighetsgraden/overbevisningen som kan utledes av bevismengden vil kunne variere, til tross for at de samme dommerne har vurdert de samme bevisene. Siden beviskravet fremstår som en avveiningsnorm, og bevisvurderingene er utpreget skjønnsmessig, vil dommerne kunne ha ulike terskler for når de anser seg selv som tilstrekkelig overbevist av bevisførselen, altså vil anvendelsen av beviskravet i seg selv kunne produsere støy.

Som Kahneman skriver er *nivåstøy* den variabiliteten i gjennomsnittvurderingene som forskjellige enkeltindivider foretar. Dette er særlig fremtredende i «tvetydige

vurderingsskalaer», eksempelvis hvor vurderingsformen er om hvorvidt noe er «sannsynlig». Slike tvetydigheter kan bety ulike ting for forskjellige mennesker.¹¹¹

At norsk rett legger opp til en fri bevisvurdering i motsetning til en lovbundet, innebærer at skjønnselementet i faktumfastsettelsen økes. Siden også beviskravets terskel – som bevisbedømmelsen skal sammenholdes med – er abstrakt og tvetydig, vil det kunne få avgjørende betydning for tiltalte om vedkommende blir tildelt *strenge* eller *milde* dommere.¹¹² Dersom dommersammensettingen er gjennomsnittlig strenge til påtalemyndighetens bevisførsel, vil utsiktene for tiltaltes frifinnelse være vesentlig bedre enn om dommersammensettingen består av medlemmer som lettere lar seg overbevise om tiltaltes skyld.

Siden utvelgelsen av dommersammensetting er tilfeldig, kan den støyen som de rettslige rammene for rettens faktumfastsettelse åpner for, forårsake grovt urimelige resultat for tiltalte. Det vil også kunne oppstå en varians mellom dommerne i den konkrete rettssaken. Terskelen for når noe anses bevist utover enhver rimelig og fornuftig tvil, vil kunne variere mellom de ulike medlemmene i retten. Fagdommeren kan ha ett strenghetsnivå, og vil kunne kreve mindre av bevisene før vedkommende ønsker å legge til grunn et straffbetingende faktum, mens meddommer nr. 1 kan ha et annet strenghetsnivå, og den tredje vil kunne anvende en tredje terskel.¹¹³

Siden straffeprosessen regulerer rettens faktumfastsettelse med utpregede skjønnsmessige elementer, åpnes det opp for nivåstøy i rettens faktumfastsettelse. Skjønnselementene gir dermed en risiko for at skyldspørsmålet vil kunne bero på rene tilfeldigheter: dommernes personligheter, og eventuell påvirkning av skjevheter m.m. Dette gjelder særlig i saker hvor dommerne er i tvil, men usikkerheten knytter seg til om hvorvidt tvilen også er «rimelig og fornuftig».

¹¹¹ Se punkt 2.1 flg., ovenfor, og Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 365.

¹¹² Se oppgavens punkt 2.1.2.

¹¹³ Rettens sammensetting og betydningen av at skyldspørsmålet er betinget av en gruppevurdering behandles i oppgavens punkt 8 flg.

4.7.2 Mønsterstøy innenfor skjønnsrammen

Uavhengig om tiltalte er tildelt dommere som er strenge/milde, vil de samme dommerne kunne anvende sine egne beslutningsmønstre som adskiller seg fra gjennomsnittsmålingene sine. Faktumfastsettelsens skjønnsmessige natur innebærer således at mønsterstøy får innpass i rettens beslutninger.

Rachlinski har vist til flere studier som illustrerer at rettens faktumfastsettelse påvirkes av dommernes egne beslutningsmønstre: Beslutningene påvirkes av dommernes egne politiske synspunkt, religiøs overbevisning, hvilket kjønn straffesakens aktører har, hvilket kjønn dommeren selv har, hvilken rase tiltalte og/eller fornærmede har, hvor gammel og erfaren dommeren er, og om hvorvidt rettssaken i seg selv vekker assosiasjoner til personlige erfaringer hos dommeren. Eksempelvis vil dommere med døtre være 7 % mer tilbøyelig til å dømme i favør av den kvinnelige fornærmede, sammenlignet med dommere som ikke har døtre.¹¹⁴ Videre vil eldre dommere kunne være mer tilbøyelig til å dømme i favør av påtalemyndigheten i straffesaker, sammenlignet med yngre dommere. I saker som handler om aldersdiskriminering, vil eldre dommere, nesten halvparten så mange ganger som yngre dommere, dømme i favør av saksøker. Forskningen viser at dersom rettssaken reiser spørsmål som induserer personlige synspunkter, erfaringer, e.l. hos dommeren, vil dommere være mer tilbøyelig til å dømme på en måte som samsvarer med disse synspunktene.¹¹⁵

Hvilke personlige synspunkt dommeren har, og hvilke følelser som induseres hos vedkommende er uvelkommen i rettens faktumfastsettelse. Forventningene til dommere er at de bare skal vektlegge de bevis som føres i rettssaken.¹¹⁶ Dersom erfaringssetninger skal benyttes, skal de i så fall ikke gå på bekostning av en rasjonell bevisvurdering.¹¹⁷ Å la faktumfastsettelsen påvirke av politiske standpunkt, egen alder, kjønn m.m., er ikke rasjonelt

¹¹⁴ Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229, side 205-207.

¹¹⁵ Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229, side 208-209.

¹¹⁶ Straffeprosessloven § 305 og punkt 4.4.1.

¹¹⁷ Se punkt 4.4.2.

fundert, og underbevisst vektlegging av slike faktorer, er derfor ikke legitim bruk av erfaringssetninger.

Terskelen for når beviskravet anses oppfylt skal settes fornuftig basert på den overbevisningen bevisførselen alene gir.¹¹⁸ Forskningen viser imidlertid at bevisførselen som dommerne utsettes for, induserer følelser, synspunkter, erfaringer og assosiasjoner som dommerne er mer tilbøyelig til å vektlegge. At retten produserer slik mønsterstøy, skjer naturligvis ubevisst, og siden bevisvurderingene og beviskravet er skjønnsmessig, vil det være vanskelig å etterprøve mengden støy i avgjørelsen, samt i hvilken grad eventuelle avgjørelser påvirkes i negativ retning.

En annen støykilde som kan produsere både stabil og situasjonsbetinget mønsterstøy, er den psykologiske skjevheten *kontrasteffekten*. Rachlinski viser til studier som avslører at dommeres vurderinger lar seg påvirke av at de ubevisst gjør en intern sammenligning mellom to adskilte omstendigheter. Det vises til et eksperiment som undersøker hvordan dommere vurderer troverdigheten til sakkyndighetsbevis. I forsøket var det uttalelser fra to like høyt kompetente sakkyndige: Én psykiater og én psykolog. Forsøkspersonene skulle vurdere den relative troverdigheten til disse to. Den ene forsøksgruppen vurderte troverdigheten utelukkende basert på bevisdataen som ble presentert, mens den andre gruppen måtte først lese om en irrelevant, men mindre kvalifisert sakkyndig, og dernest gi sin vurdering av den høyere kvalifiserte sakkyndigen. Resultatet var en kontrasteffekt: Forsøkspersonene vurderte den relative troverdigheten som større når sakkyndigen fremstod mer kompetent enn den tredje, irrelevante sakkyndigen.¹¹⁹

Altså, til tross for at psykologen og psykiateren objektivt sett, var like troverdig og kompetent, fremstod den ene som mer troverdig enn den andre på grunn av at forsøkspersonene først hadde lest om en tredje mindre kompetent sakkyndig. Siden kompetansen klart overgikk den tredje personen, hadde dette en smitteeffekt på bevisvurderingen. De kompetente dommerne tilla beviset en større relativ vekt enn det objektivitet og rasjonalitet skulle tilsi, på grunn av en ren tilfeldighet.

¹¹⁸ Se tidligere i oppgaven om beviskravet og hva som anses som «rimelig» og «fornuftig» tvil i punkt 4.2 og 4.6 flg.

¹¹⁹ Rachlinski, Jeff, A. J. Wistrich og C. Guthrie, «Altering Attention in Adjudication» *UCLA law review*, 60, nr. 6, 2013, s. 1586-1619.

Kontrasteffekten er også illustrert i andre studier. Dommere gjør også intraindividuelle sammenligninger av alvorlighetsgrad mellom de saker som vedkommende tidligere har bedømt i. Suksessjon av straffesaker vil også kunne få innvirkning på rettens faktumfastsettelse. Dersom dommere først bedømmer i en alvorlig sak, og deretter i en mindre alvorlig sak, vil dommen gjennomsnittlig være 25 % kortere for de mindre alvorlige sakene.¹²⁰

At rettens faktumfastsettelse lar seg påvirke av alvorlighetsgraden i en ikke-relatert tidligere sak, er selvsagt problematisk. Likeledes utgjør kontrasteffekten, og støyen den produserer, en risiko for at retten ikke oppfyller plikten sin til å foreta en betryggende vekting av bevis. Rettens faktumfastsettelse skal utelukkende baseres på rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, og erfaringssetninger bare når det er rasjonelt betinget.

4.7.3 Skjevheter innenfor skjønnsrammen

En forutsetning for at skjevheter skal få mulighet til å påvirke avgjørelsen av skyldspørsmålet, er naturligvis betinget av de samme skjønnsmessige rammene som muliggjør støy. Dette betyr at faktumfastsettelsens skjønnsmessige natur, også innebærer at skjevheter er gitt påvirkningsmulighet for rettens avgjørelser, og de bevisvurderingene som avgjørelsene funderes på.

Reguleringen av bevisvurderinger og beviskrav utgjør de overordnede rettslige rammene for faktumfastsettelse. Selv om rettens bevisvurderinger skal gjøres utelukkende basert på de bevis som er ført i saken, er ikke vekten predeterminert, og slutninger kan ikke utledes automatisk – på en treffsikker måte – etter å bare lytte til bevisene. Den skjønnsutøvelsen bevisvurderinger – og anvendelsen av beviskravet – er betinget av, utgjør en risiko for at skjevheter får mulighet til å påvirke hvilken retning bevisene vurderes i, og om hvorvidt dommerne føler seg tilstrekkelig overbevist etter å ha ført bevisslutningen.

Som den psykologiske tilnærmingen av beviskravet tilsa, vil en følelse av overbevisning kunne være tilstrekkelig for å legge til grunn at beviskravet er oppfylt. Skjevheter kjennetegnes ved at de påvirker beslutningstakere til å oppnå slike følelser på et irrasjonelt

¹²⁰ Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229, side 216.

grunnlag, og det er dermed særlig problematisk at skjevhetspåvirkning muliggjøres ved at rettens faktumfastsettelse er betinget av utpregede skjønnsmessige vurderinger.

4.8 Vurdering av rettens frie bevisvurdering og anvendelsen av beviskravet

4.8.1 Utgangspunkt og oppsummering

Siden støy skjer innenfor de skjønnsmessige rammene, vil også retningslinjer for skjønnsutøvelsen være egnet til å innskrenke potensialet for støy. Selv om straffeprosessens system for faktumfastsettelse har en iboende forventning om at skjønnsutøvelsen utelukkende skal baseres på rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag, herunder en rasjonell bruk av erfaringssetninger, er ikke forventningene i seg selv egnet til å redusere potensialet for støy.

Ideallet for faktumfastsettelse må være at dersom én dommer skal vurdere bevisførselen i en straffesak, vil vedkommende fastlegge identisk faktum, hver gang vedkommende introduseres for den samme bevismengden. Det samme må også gjelde for dommersammensettingen som sådan. At bevisvurderingene er utpreget skjønnsmessig innebærer imidlertid at rene tilfeldigheter kan påvirke dommerens tilbøyelighet til å legge til grunn et straffbetingende faktum. Det kan derfor ikke utelukkes at tidspunktet for *når* retten fastsetter sakens faktum, kan være avgjørende for om hvorvidt skyldspørsmålet anses oppfylt eller ikke.

En ytterligere konsekvens av den skjønnsmessige reguleringen, er at de bevismessige slutningene som retten utleder, kan påvirkes av skjevheter. Siden bevis ikke har en predeterminert vekt, slik eksempelvis en legalbundet bevisførsel har, vil rettens vurdering av om hvorvidt et rettsfakta anses godtgjort eller ikke, kunne baseres på irrasjonelle slutninger som er blitt forårsaket av skjevheter. Hvilke skjevheter – og om disse utgjør en uakseptabel risiko for justismord – vil oppgaven komme tilbake til, men poenget her, er at når lovgiver velger en skjønnsmessig bevisvurdering, vil irrelevante og subjektive forhold hos dommeren kunne forårsake justismord.

4.8.2 Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?

Hva som eventuelt burde gjøres med reguleringen, er imidlertid ikke åpenbart. En legalbundet bevisvurdering ville ha redusert potensialet for støy ettersom klare retningslinjer for bevisvurderinger ville ha ført til en mer skjematisk faktumfastsettelse.¹²¹ Det samme ville

¹²¹ Se punkt 2.2 om hvor støy oppstår.

obligatoriske retningslinjer for hvordan «rimelig og fornuftig tvil» skal forstås – såfremt retningslinjene blir formulert på en sannhetsfremmende måte.

Det er imidlertid ikke sikkert at implementering av legalbundne bevisvurderinger er bedre enn dagens frie ordning. Valget synes å stå mellom to onder. Rettshistorien viser at den legalbundne bevisvurderingen hadde en rekke svakheter; rent formalisme førte til at åpenbart skyldige gikk fri.¹²² Selv om beviskravets begrunnelse bygger på sir William Blackstones læresetning om at det er bedre å frifinne 10 skyldige, enn å dømme én uskyldig, er det likevel et grunnleggende prinsipp at straffeprosessen skal – på effektivt vis – sørge for at også skyldige straffes. Hvis ikke vil det kunne gå på bekostning av tilliten til rettssystemet.¹²³

Det er også umulig å fastslå hvor stort problem støy og skjevheter er i norsk straffeprosess, uten at det gjøres omfattende empiriske undersøkelser og utredninger. . Det vil derfor – uten å ha et sikkert avgjørelsesgrunnlag – være naivt å legge til grunn et anvendt rettspolitisk perspektiv til dette spørsmålet. I stedet for anbefales det at lovgiver foretar komparative analyser av rettssystem som opererer med legalbundne bevisvurderinger, og sammenligner det med Norges straffeprosess. En strategi som lovgiver burde anlegge for å redusere støy og mulighetsrommet for skjevhetspåvirkning, er dermed å utrede mulighetene for å vedta faste retningslinjer for hvordan faktumfastsettelsen skal foregå.¹²⁴ Dette kan enten være å gjøre komparative undersøkelser av rettssystem som har legalbundne bevisvurderinger, og det kan også være å utforme en lovfestet obligatorisk presisering av beviskravet, eksempelvis plausibilitetstilnærmingen.

Konsekvensen ved at straffeprosessen legger opp til frie bevisvurderinger, er uansett at det er åpnet for støy i faktumfastsettelsen til retten. Påvirkning fra psykologiske skjevheter er også muliggjort innenfor skjønnsrammen til dommerne. Dette utgjør en risiko for at vilkårlig avgjørelse av skyldspørsmålet, samt irrasjonelle bevisvurderinger. All den tid rettens faktumfastsettelse er utpreget skjønnsmessig, foreligger det en risiko for justismord.

¹²² Se punkt 4.3.1 og 4.3.2.

¹²³ Se punkt 4.3 flg.

¹²⁴ Se punkt 2.2 om at støy reduseres ved klare retningslinjer.

5 Nødvendig psykologisk forkunnskap om skjevheter

5.1 Veien videre – hvilke skjevheter utsettes retten for?

Selv om reguleringen av bevisvurderinger og beviskrav åpner for støyproduksjon, og at skjevheter gis mulighet til å påvirke rettens faktumfastsettelse, innebærer ikke det at retten *faktisk* utsettes for konkrete skjevheter, herunder om disse skjevhetene produserer støy. I så fall må det foreligge bestemte omstendigheter knyttet til selve bevisførselen, eller andre faktiske situasjoner som introduserer skjevheter inn i rettens faktumfastsettelse.

Som vist defineres skjevheter som påvirkningsfaktorer som utløses i konkrete situasjoner.¹²⁵ Siktemålet i de følgende kapitlene er å undersøke om de rettslige rammene – rekkefølgen til bevisførsel, framføringsmåten til bevis, rettens sammensetting og rådslagning – utgjør situasjoner hvor retten utsettes for skjevheter. I så fall vil de skjønsmessige bevisvurderingene kunne påvirkes i en irrasjonell retning, og støy vil kunne produseres i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Dette vil i så fall føre til økt risiko for justismord. Før dette, vil jeg i punkt 5.2 flg., redegjøre for ytterligere nødvendig psykologisk forkunnskap, slik at den etterfølgende rettsdogmatiske, og rettspolitiske drøftelsen blir riktig kontekstualisert.

5.2 System 1 og System 2 kognisjon

5.2.1 Utgangspunkt

Psykologiske skjevheter kan som nevnt føre til vurderingsfeil. Årsaken til at psykologiske skjevheter kan føre til irrasjonell bevisbedømmelse, er menneskers tendens til å forenkle kompliserte beslutningsoppgaver. Dette skjer på grunn av at mennesker generelt sett har et raskt og intuitivt tankemønster – såkalt «System 1» tenkning. Enhver tanke og idé har sitt utspring i System 1. Om hvorvidt denne intuitive idéen er materielt riktig, fordrer at «System 2» overprøver tanken ved hjelp av kognitiv anstrengelse. En svakhet ved kognisjon, er imidlertid at de intuitive idéene til System 1 ofte påvirkes av skjevheter som bekreftelsesfeller m.m., og dette kan ha store konsekvenser for hvor effektiv System 2 sin eventuelle overprøving av System 1 er.¹²⁶

¹²⁵ Se punkt 1.1.1.

¹²⁶ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 163.

Det som kjennetegner System 1 tenkning, er at den «virker automatisk og hurtig», med liten eller ingen anstrengelse og ingen opplevelse av viljekontroll. System 1 virker «uanstrengt [og] leverer en strøm av inntrykk og følelser». System 2 kjennetegnes ved at den krever at beslutningstakeren tildeler oppmerksomhet til tankeoppgaven som vedkommende står overfor. Slik langsom og anstrengende System 2 tenkning assosieres altså med en «subjektiv følelse av agens, valg og konsentrasjon.». Hovedoppgaven til System 2, er å styre «de viltre impulsene og assosiasjonene til System 1.», siden slike impulser ikke nødvendigvis er rasjonelle.¹²⁷

Som Kahneman skriver, foregår tenkning ved at System 1 kjører automatisk, og System 2 forholder seg i hvilemodus. For at System 2 skal overprøve de intuitive inntrykkene til System 1, fordrer dette at vurderingene til System 1 *føles* utfordrende for dommeren. De skjevhetene som System 1 kan imidlertid forårsake at komplisert problemløsning forenkles på en irrasjonell måte. Dommere kan dermed få en illusjon om at avgjørelsen av skyldspørsmålet er enkelt; vurderingen *føles* ikke utfordrende. Da vil sannsynligheten for at System 2 gjør en reell overprøving minske betraktelig siden det tilsynelatende ikke er behov for slik overprøving. System 1 vil altså kunne forårsake systematiske feil, samtidig som det produseres støy, siden skjevhetene ikke nødvendigvis påvirker beslutningstakere likt.¹²⁸

For å sikre at de viltre impulsene til System 1 ikke blir styrende for ethvert valg som tas, kan beslutningstakeren aktivt bruke System 2 ved å fokusere og rette oppmerksomheten til den beslutningsoppgaven som vedkommende står overfor. Men, mennesker råder over et «begrenset oppmerksomhetsbudsjett», og overskridelse av dette budsjettet vil kunne føre til feil – feilaktige beslutninger. Det er som Kahneman skriver, vanskelig eller umulig å gjøre flere kognitive anstrengelser samtidig; den ene anstrengelsen vil fortrenge og gå på bekostning av den andre.¹²⁹ Dersom det kreves for mye kognitive ressurser for å overprøve System 1 intuisjonen, vil altså ikke System 2 kunne gjøre effektive vurderinger av om hvorvidt den intuitive konklusjonen – som er utsatt for skjevheter – er materielt riktig eller

¹²⁷ Kahneman, Daniel, *Thinking, fast and slow*, Norsk oversettelse av Lilleskjæret, Eivind og Nyquist, Gunnar, Pax forlag 2013, side 26-27.

¹²⁸ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 161, og Kahneman, Daniel, *Thinking, fast and slow*, Norsk oversettelse av Lilleskjæret, Eivind og Nyquist, Gunnar, Pax Forlag 2013, side 30-31.

¹²⁹ Kahneman, Daniel, *Thinking, fast and slow*, Norsk oversettelse av Lilleskjæret, Eivind og Nyquist, Gunnar, Pax Forlag 2013, side 29.

ikke. Da vil i så fall den intuitive og ofte irrasjonelle vurderingen kunne få avgjørende vekt, uten en reell overprøving av System 2.

For å illustrere hvordan målrettet oppmerksomhet fører til at vesentlige detaljer uteblir, viser Kahneman til det kjente eksperimentet: «The Invisible Gorilla». I dette eksperimentet blir det vist en kort film av to lag som kaster basketballer til hverandre. Det ene laget har hvite trøyer, og det andre har svarte. Forsøkspersonene som ser på filmen, blir bedt om å telle antall pasninger hos det hvite laget og ignorere spillerne i svart. Dette er anstrengende System 2 tenkning; det krever målrettet oppmerksomhet. Omtrent halvveis i videoen går en kvinne iført gorilladrakt ut på banen, banker på brystkassen og går ut igjen. Denne seansen varer 9 sekunder. Av rundt 1000 personer, var det bare halvparten som la merke til gorillaen.¹³⁰

5.2.2 Forventning om at retten benytter målrettet System 2 tenkning

Forventningen til rettens faktumfastsettelse av skyldspørsmålet, er at de skal anstrenge seg i sine bevisvurderinger; de skal gjennomgå bevisene rasjonelt og objektivt.¹³¹ Dette er kognitivt krevende, og fordrer aktiv bruk av System 2 gjennom hele hovedforhandlingen. Anstrengende tenkning vil imidlertid kunne medføre at vesentlig detaljer uteblir, siden mennesker råder over et begrenset oppmerksomhetsbudsjett. Spørsmålet blir da om det er realistisk at retten skal kunne benytte seg av effektiv System 2 tenkning gjennom hele hovedforhandlingen.

Som «The Invisible Gorilla» indikerer, vil mennesker gå glipp av oppsiktsvekkende og åpenbar informasjon, dersom System 2 benyttes målrettet og knyttet til bestemte omstendigheter. Denne effekten inntreffer allerede når bedømmelsen går ut på å vurdere korte videosnutter. En hovedforhandling varer vesentlig lengre enn dette. Bevisførsel appellerer først og fremst til dommers System 1. Bevisene vil således kunne skape en kognitiv respons hos dommerne, og forventningen som straffeprosessen har til retten, er at de evner å tøyde de intuitive inntrykkene, og reflektere over bevisdataen de blir tildelt på en rasjonell måte.¹³²

¹³⁰ Se video av eksperimentet «Selective attention test» på <https://www.youtube.com/watch?v=vJG698U2Mvo> sist sjekket 25.11.2022 klokken 19.02, og Kahneman, Daniel, *Thinking, fast and slow*, Norsk oversettelse av Lilleskjæret, Eivind og Nyquist, Gunnar, Pax Forlag 2013, side 30.

¹³¹ Se punkt 4.4.1 og 4.4.2.

¹³² Se eksempelvis NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 262, som eksplisitt skriver at rasjonell bearbeiding av bevis er en vesentlig forventning til domstolene.

Dommerne skal dermed bruke System 2 for å overprøve og reflektere over samtlige intuitive inntrykk som bevisførselen skaper, og den målrettede System 2 bruken, må heller ikke innsnevres for mye, for da kan viktig bevisinformasjon utebli fra dommerens bevissthet. Kravet om en «betryggende vekting av bevis», er altså krevende å etterleve fra et psykologisk perspektiv.¹³³ Det er imidlertid holdepunkter for at enkelte beslutningstyper har bedre måloppnåelse av dette enn andre. I det følgende undersøkes det i hvilken grad dommere – på generelt grunnlag – er dyktige til å benytte seg av System 2 kognisjon i sine faktumfastsettelse.

5.3 Hvilken type beslutningstaker er dommere?

Chris Guthrie har forsket på amerikanske dommere for å kartlegge i hvilken grad dommere benytter seg av intuitiv System 1 tenkning, og i så fall om hvorvidt System 2 sørger for at inntrykkene som dommere blir overøst av i retten, gjennomgås på en rasjonell måte for å unngå skjevheter.

Han skriver innledningsvis – i tråd med det som er beskrevet i punkt 5.2, at: «judges make initial intuitive judgments (System 1), which they might (or might not) override with deliberation (System 2).». For å finne ut om dommerne faktisk overstyrte System 1 med målrettet system 2 tenkning, benyttet Guthrie seg av verktøyet CRT, eller *Cognitive Reflection Test*. Verktøyet kartlegger distinksjonen mellom intuitiv (System 1), og rasjonell (System 2) tenkning.

CRT består av å svare på følgende spørsmål:¹³⁴

- (1) En tenniser racket og en ball koster 1,10 dollar. Racketen koster en dollar mer enn ballen. Hvor mye koster ballen?
- (2) Dersom det tar 5 maskiner 5 minutter å lage 5 anordninger, hvor lang vil det ta for 100 maskiner å lage 100 anordninger?
- (3) I en innsjø er det et område som er dekt av liljeblader. Hver dag doubles området med liljeblader. Dersom det tar 48 dager før området dekker hele innsjøen, hvor lang tid vil det ta før det dekker halve innsjøen?

¹³³ Se punkt 4.4 flg.

¹³⁴ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «Blinking on the bench: How judges decide cases» *Cornell law review*, 93, nr. 1, 2007, s. 1-43, side 8-10, CRT-testen er oversatt av meg.

Hvert spørsmål har et intuitivt svar. Folk flest svarer 10 cent på det første spørsmålet. Dette er intuitivt, men feil. Dersom en ball hadde kostet 10 cent, ville prisen for alt blitt 1,20 dollar. (10 cent for ballen og 1,10 dollar for racketen). Det riktige svaret er 5 cent. For å sikre riktige resultat, fordrer testen at System 2 overprøver det intuitive svaret som System 1 gir. Spørsmålene er ikke vanskelig, og System 2 kan korrigere de intuitive svarene ved få sekunders målrettet kognisjon. Som Guthrie påpeker, er det forbausende mange som ikke overprøver, og dermed svarer feil. Det vises til at i 35 separate studier med 3428 forsøkspersoner, ble bare 1.24 spørsmål besvart korrekt.¹³⁵

Guthrie brukte CRT-modellen for å teste amerikanske dommers tankemønster. I forsøket deltok 252 dommere, hvoretter alle ble anonymisert. Resultatet var ikke overraskende: Dommernes gjennomsnitt var 1.23 av 3 korrekte svar. En tredjedel av dommerne (77 av 252) klarte ikke å svare på et eneste spørsmål korrekt, og et lignende nummer (78 av 252) klarte å svare korrekt på ett spørsmål. En fjerdedel av dommerne svarte korrekt på to spørsmål, og en syvendedel (37 av 252) svarte korrekt på alle tre.¹³⁶

Konklusjonen på studien var at dommerne – som folk flest – lar den intuitive System 1-konklusjonen styre dommernes endelige beslutning, uten å overprøve med System 2 tenkning. Enkelte dommere var flinkere enn andre til å motstå fristelsen som System 1 ga dem, men selv om dommere er beslutningstakere av profesjon, vises det ikke tegn på at dommere er bedre egnet enn folk flest, til å benytte seg av reflekterende og rasjonell System 2 tenkning.¹³⁷

En mulig innvending mot forskningen er at dommere ikke er matematikere; de er muligens bedre til System 2 kognisjon dersom det oppstår juridiske problemstillinger. Til dette viser imidlertid bl.a. Rachlinski til en rekke empiriske studier som nettopp viser dommernes

¹³⁵ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «Blinking on the bench: How judges decide cases» *Cornell law review*, 93, nr. 1, 2007, s. 1-43, side 11.

¹³⁶ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «Blinking on the bench: How judges decide cases» *Cornell law review*, 93, nr. 1, 2007, s. 1-43, side 14-15.

¹³⁷ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «Blinking on the bench: How judges decide cases» *Cornell law review*, 93, nr. 1, 2007, s. 1-43, side 18.

tendens til å gjøre akkurat det samme på juridiske problemstillinger, herunder både hypotetiske og ekte saker.¹³⁸

Det kan derfor konkluderes at dommere – på generell basis – er intuitive beslutningstakere, og rettens faktumfastsettelse kan derfor påvirkes i en irrasjonell retning dersom det finnes konkrete skjevheter som retten introduseres for under behandlingen av straffesaken. Siden dommers tendens til å benytte seg av System 2 tenkning *kan* variere, vil også hvilken beslutningstype dommerne har, kunne ha avgjørende betydning for hvilken grad de lar seg påvirke av skjevheter. Det vil da kunne oppstå støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet: Dersom dommersammensettingen består av dommere som i stor grad benytter seg av målrettet og effektiv System 2 tenkning, vil det kunne minske muligheten for at irrasjonelle forhold påvirker avgjørelsen av skyldspørsmålet. Hvis dommersammensettingen derimot består av individ som er svært intuitive, vil risikoen for at skjevheter påvirker beslutningen kunne øke. I så fall produseres både støy, og risikoen for justismord økes.

5.4 Tilbøyelighet til å konkludere med den enkleste løsningen

At dommere på generell basis er intuitive beslutningstakere, vil ha flere konsekvenser for faktumfastsettelsen. Dersom dommerne eksempelvis er slitne, sultne eller generelt skal fatte vanskelige beslutninger, vil de fortere ty til forenklingsstrategier for å vende tilbake til «[the] default answer». Dommerne vil altså oftere treffe den «automatiske» beslutningen dersom de er kognitivt anstrengt. En kjent studie på israelske dommere viser nettopp denne tendensen: Dommerne var mer tilbøyelig til å avslå søknader om asylsøknader (som er det klart vanligste utfallet av søknader) før lunsj, enn etter det mer uvanlige og mer kognitivt anstrengende valget om å innfri søknaden.¹³⁹

At dommere på generell basis er intuitive beslutningstyper innebærer altså at en forenklingsstrategi, er å velge det enkleste og intuitive alternativet når dommerne er kognitivt

¹³⁸ Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229, side 212-214.

¹³⁹ Danziger, Shai, Jonathan Levav og Liora Avnaim-Pesso, «Extraneous factors in judicial decisions» *Proc Natl Acad Sci U S A*, 108, nr. 17, 2011, s. 6889-6892, og Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229, side 214.

anstrengt. Men hva er det «automatiske svaret» som System 1 typisk vil foreslå når det kommer til avgjørelsen av skyldspørsmålet?

I straffeprosessloven § 55 er påtalemyndighetens objektivitetsplikt hjemlet. Kort sagt innebærer dette at påtalemyndigheten plikter på alle stadier av en straffesak, å etterforske enhver side av straffesaken. Bevis som kan tale for og mot tiltaltes eventuelle skyld skal derfor ha vært undersøkt før det tas ut tiltalte. Som forarbeidene til ny straffeprosesslov fastslår, innebærer dette bl.a. at påtalemyndigheten skal arbeide for å stille skyldige til ansvar for sine straffbare handlinger. I dette ligger det også at ingen må utsettes for forfølgning eller straff, hvis etterforskningen tilsier at de er uskyldig.¹⁴⁰

En naturlig konsekvens av dette er at påtalemyndigheten er rettslig forpliktet til å frafalle en eventuell tiltale, med mindre de er overbevist om at tiltalte faktisk er skyldig i det vedkommende tiltaltes for. Ikke overraskende, ender derfor de fleste straffesaker med at tiltalte dømmes som skyldig. Det er kognitivt anstrengende for dommerne å anvende System 2 for å overprøve de intuitive inntrykkene som bevisførselen gir. Når dommerne foretar sine bevisvurderinger, undersøker de om bevisdataen er tilstrekkelig for å oppfylle det abstrakte beviskravet; om det foreligger «rimelig og fornuftig» tvil.¹⁴¹ Siden de fleste straffesaker ender i tråd med påtalemyndighetens syn på skyldspørsmålet, vil det «automatiske» og intuitive svaret i straffesaker, være at tiltalte er skyldig.

Å komme til et resultat som står i strid med det «automatiske» svaret, vil på generell basis være kognisjon som krever særlig anstrengelse av dommerne, og sannsynligheten for overprøving av System 2 vil da være lavere. Dommerne sin eventuelle overprøving er også avhengig av hvilken tilstand dommerne er i når beslutningen om skyldspørsmålet, og bevisvurderingene derunder gjøres.

Den kognitive anstrengelsen som kreves for å vurdere bevis vil i seg selv være kognitivt slitsomt. Dersom det i tillegg er lenge siden dommerne spiste lunsj, vil tilbøyeligheten til å legge til grunn det «automatiske svaret» (at tiltalte er skyldig) være enda sterkere. Siden dommere på generell basis er intuitive beslutningstakere, vil også skjevhetene til System 1 kunne påvirke treffsikkerheten til intuisjonen, og denne kan igjen påvirke hvordan overprøvingen til System 2 virker. Dommere lar seg altså påvirke av skjevheter, og dette kan

¹⁴⁰ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 196.

¹⁴¹ Se punkt 4.2 og 4.6 flg.

produsere både støy, og bidra til at justismord begås. I det følgende undersøkes det hvilke konkrete skjevheter som retten utsettes for, og i så fall, hvordan de utgjør en risiko for justismord.

6 Utgjør rekkefølgen til bevisførsel en risiko for justismord?

6.1 Introduksjon til problemstillingen

Siden manglende bruk av System 2 kognisjon kan føre til irrasjonelle bevisbedømmelser, må de rettslige rammene for faktumfastsettelse sørge for at domstolene i mest mulig grad benytter seg av System 2. Avgjørelsen av skyldspørsmålet må altså i minst mulig grad påvirkes av de intuitive idéene til System 1. Først da vil de rettslige rammene for faktumfastsettelsen bidra til å minske risikoen for justismord.

Enhver skjevhetsfaktor som gis innpass i rettens bevisvurderinger, vil kunne bidra til å påvirke intuisjonen til domstolene, og lede faktumfastsettelsen i en irrasjonell retning, og samtidig produsere støy. Som det ble nevnt innledningsvis i punkt 1.1.2, var skjevheter en vesentlig årsak til justismordene av Fritz og Liland. Det bør da være åpenbart at reguleringen av rekkefølgen til bevisførsel – og andre praktiske rammer knyttet til selve hovedforhandlingen – er regulert slik at skjevheter unngås. I dette kapitlet undersøkes nettopp dette, og i så fall hvilken risiko skjevhetene som introduseres gir for justismord.

6.2 Det rettslige grunnlaget for rekkefølgen til bevisførsel

6.2.1 Tiltalebeslutning og innledningsforedrag

Hovedforhandlingen starter med at rettens leder¹⁴² gir en praktisk oppsummering av hvem som er aktører i straffesaken mot tiltalte. Rettens leder spør således om formaliene til tiltalte, herunder navn, adresse, sivil stand, yrke og/eller stilling. Etter dette, leses tiltalebeslutningen opp, før rettens leder spør tiltalte om hen erklærer seg skyldig i henhold til tiltalen.¹⁴³ Loven gir ingen anvisning på hvem som skal lese opp tiltalebeslutningen. I forarbeidet synes det forutsatt at det er rettens leder som skal gjøre dette, men som Erzeid skriver, er det i praksis

¹⁴² Se domstolloven § 21 annet ledd som bestemmer at fagdommeren er å anses som rettens leder, med mindre noe annet er bestemt.

¹⁴³ Straffeprosessloven § 289 første ledd.

påtalemyndigheten som påtar seg dette ansvaret.¹⁴⁴ Etter at tiltalebeslutningen er lest opp, gir rettens leder informasjon om den videre behandlingen av straffesaken, herunder hvor lenge straffesaken vil pågå. Påtalemyndigheten og tiltalte blir deretter anmodet om å følge nøye med på forhandlingene. Når partene er ferdigorientert, gir rettens leder ordet til påtalemyndigheten for å holde innledningsforedrag.¹⁴⁵

Dette innebærer at påtalemyndighetens syn på sakens faktum blir presentert for retten allerede ved opplesningen av tiltalebeslutningen. Som det følger av strpl. § 252 første ledd nr. 3 og 4 vil retten da presenteres for hvilke(t) straffebud som tiltalte angivelig skal ha brutt, samt en «kort» men så «vidt mulig nøyaktig» beskrivelse av det «forhold tiltalen gjelder».

Som bestemmelsens ordlyd tilsier, vil opplesningen av tiltalebeslutningen inneholde en kortfattet redegjørelse for hva påtalemyndigheten mener tiltalte har gjort for å bryte det eller de straffebud som tiltalen baseres på. Det vesentlige med redegjørelsen er ifølge Høyesterett at tiltalen konkretiseres slik at tiltalte får anledning til å forsvare seg, og imøtegå de anklagelser som tiltalebeslutningen fremsetter.¹⁴⁶ Under hovedforhandlingen vil altså anklagelsen mot tiltalte være det første som presenteres for retten.

Dernest får påtalemyndigheten igjen anledning til å gi sitt syn på sakens faktum gjennom innledningsforedraget. I motsetning til tiltalebeslutning, gir imidlertid ikke loven noen retningslinjer for hva et innledningsforedrag skal inneholde, herunder om påtalemyndigheten gis anledning til å argumentere for sitt syn på sakens faktum.

I forarbeidet er det imidlertid slått fast at innledningsforedraget skal være «kort og objektivt». Det skal «ikke inneholde noen prosedyre», og det bør heller ikke refereres til bevismateriale som det ikke er adgang til å dokumentere under bevisførselen. Begrunnelsen for dette at retten skal danne seg et bilde av sakens stilling utfra den umiddelbare bevisføringen i retten, og ikke av innledningsforedraget. Da unngår man at retten blir forutinntatt.¹⁴⁷ Det er altså et vesentlig

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven), 1979, side 213 og Ertzeid, Aina Mee, *Straffeprosess før eksamen*, Fagbokforl. 2018, side 99.

¹⁴⁵ Straffeprosessloven § 289 annet ledd.

¹⁴⁶ HR-2008-165-A – Rt-2008-118 Norges Høyesterett – Kjennelse, avsnitt 17.

¹⁴⁷ NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen(Komiteen til revisjon av straffeprosessloven), 1969 side 302.

siktemål at innledningsforedrag avholdes på en måte som unngår at retten ikke danner seg et inntrykk av straffesakens utfall allerede fra starten av hovedforhandlingen.

Høyesterett har lagt til grunn at grensen for når et innledningsforedrag anses for prosederende, må «være avhengig av sakens art», men å redegjøre for innholdet av vitneforklaringer er i utgangspunktet utenfor hva som er tillatt. Men det er likevel ikke helt utelukket: i så fall må det være «helt nødvendig for rettens forståelse av bevisførselen».¹⁴⁸ Det går altså en yttergrense for hva et innledningsforedrag kan inneholde, og det er opp til domstolens skjønn å avgjøre om denne grensen er overtrådt eller ikke.

Først etter innledningsforedraget er gitt, får forsvarer anledning til å komme med korte bemerkninger til innholdet i innledningsforedraget.¹⁴⁹ Denne regelen er særlig praktisk i tilfeller hvor aktoratet har beveget seg i grenseland av hva som kan anses som prosederende eller ikke. Siden det er opp til dommerens skjønn å avgjøre når foredraget blir prosederende, er det ikke alltid domstolene velger å gripe inn. Særlig vil terskelen for å gripe inn i innholdet til innledningsforedraget høynes, ved at forsvaret er gitt anledning til å selv ta til motmæle dersom påtalemyndigheten har gått utover hva som kan anses for å være objektivt. Forsvarets eventuelle bemerkninger må i så fall heller ikke være argumenterende.

For de psykologiske konsekvensene av reguleringen, vises det til oppgavens punkt 6.3 nedenfor.

6.2.2 Tiltaltes og fornærmedes forklaring

Når innledningsforedraget og forsvarets eventuelle bemerkninger er ferdig, starter i utgangspunktet fornærmedes og tiltaltes forklaring. Om fornærmede får holde sin forklaring først, avhenger av om det er oppnevnt bistandsadvokat eller ikke; dersom det *er* oppnevnt, vil fornærmede som hovedregel forklare seg først.¹⁵⁰ I alle andre saker, er regelen motsatt, altså at tiltalte skal få forklare seg først.

Forklaringsrekkefølgen avhenger altså av om hvorvidt det er oppnevnt bistandsadvokat eller ikke. Reguleringen av dette er gitt i straffeprosessloven § 107a første ledd. Der er det angitt ulike straffebud som aktiverer bistandsretten til fornærmede, herunder eksempelvis for

¹⁴⁸ HR-1995-95-A – Rt-1995-1191 Høyesterett – Kjennelse, side 1194.

¹⁴⁹ Straffeprosessloven § 289 tredje ledd.

¹⁵⁰ Straffeprosessloven § 289 a første ledd.

voldtekt, mishandling i nære relasjoner, m.m.¹⁵¹ Dersom fornærmede har dødd som følge av den eventuelle straffbare handlingen, fremgår det i annet ledd at «etterlatte» kan få tildelt bistandsadvokat når «særlige forhold» tilsier at det er behov for det. Med «etterlatte» menes avdødes ektefelle eller samboer, barn og foreldre.¹⁵²

Som forarbeidet fastslår, vil det være en gjennomgående grunn til å oppnevne bistandsadvokat for etterlatte i saker som gjelder forsettlig drap.¹⁵³ Virkningen av at det oppnevnes bistandsadvokat i slike tilfeller, er imidlertid ikke at etterlatte får forklare seg før tiltalte. I henhold til hovedregelen, er det da tiltalte som får anledning til å forklare seg etter at påtalemyndighetens innledningsforedrag, og eventuelt forsvarers korte bemerkninger er fullført.¹⁵⁴

I de tilfeller hvor det oppnevnes bistandsadvokat etter loven, vil altså fornærmedes forklaring komme før tiltalte, eksempelvis i voldtektssaker. Dette kan virke betenkelig sett i lys av uttalelsene i forarbeidet som uttrykker et ønske om at retten ikke skal bli forutinntatt.¹⁵⁵ At fornærmede får forklare seg først i slike tilfeller er en relativt ny ordning, og begrunnelsen for endringer var et ønske om å styrke fornærmedes rettigheter og sikre en mer varsom straffesaksbehandling for vedkommende.¹⁵⁶

¹⁵¹ Dette gjelder overtredelse av straffeloven §§ 168, 253, 257, 282, 284, 291, 294, 295, 296, 299, 302, 304, 312 og 314. I tillegg kan det oppnevnes hvor fornærmede har som følge av tiltaltes handlinger blitt påført «betydelig skade på kropp eller helse,», og hvor offentlig forsvarer oppnevnes for å delta i ungdomsstormøte, jf. straffeprosessloven § 107 a første ledd bokstav a til c.

¹⁵² Se straffeprosessloven § 93a annet ledd.

¹⁵³ Ot.prp.nr.11 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte) side 113.

¹⁵⁴ Det er et unntak som sier at etterlatte *kan* få forklare seg før tiltalte, men da må det være betinget av at hensynet til sakens opplysning tilsier det, eksempelvis når etterlattes forklaring kan kaste lys over hendelsesforløpet som kulminerte med den straffbare handling, jf. Ot.prp.nr.11 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte) side 73 og 119.

¹⁵⁵ NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven), 1969 side 302.

¹⁵⁶ I forbindelse med vedtakelsen av lov 7. mars 2008 nr. 5 om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte), ble forklaringsrekkefølgen endret. Før denne endringen var det alltid tiltalte som forklarte seg først, uavhengig sakstype.

I forarbeidet ble det diskutert om styrkingen av fornærmedes rettigheter ville gå på bekostning av tiltaltes. En innvending i denne diskusjonen var at dersom fornærmede forklarer seg først, «kan [det] skape en psykologisk slagside som det kan være tungt for tiltalte å rette opp når tiltalte først slipper til etter aktors innledningsforedrag og fornærmedes forklaring.». Men innvendingen ble ansett nøytralisert ved å hevde at det heller var en «fordel for tiltalte å gi sin fremstilling etter de fornærmedes forklaring slik at tiltalte kan gi en samlet imøtegåelse av de anklager som er fremført for retten.».¹⁵⁷

Siden det i drapssaker ikke vil være mulig for fornærmede å forklare seg, er det naturligvis ikke aktuelt for bistandsadvokaten eller etterlatte å forklare seg før tiltalte, og betenkelighetene som forarbeidet identifiserer ved å endre forklaringsrekkefølgen i eksempelvis voldtektssaker, gjør seg da ikke gjeldende. De psykologiske konsekvensene av reguleringen vil gjennomgås i punkt 6.3 følgende.

6.2.3 Vitneforklaringer og opplesning av skriftlige bevis

Etter at tiltaltes og eventuelt fornærmedes forklaring er fullført, fører påtalemyndigheten vitneforklaringer og gjør opplesning av skriftlige bevis. Her er tiltalte gitt en rett til å uttale seg etter avhør av hvert vitne og opplesning av hvert bevis, og fornærmede v/ bistandsadvokaten har en tilsvarende rett til å uttale seg etter at tiltalte har gitt sitt syn.¹⁵⁸ Når bevisførselen er avsluttet er det påtalemyndigheten som skal holde prosedyre, og dermed argumentere og sammenfatte bevismengden for å gi sitt syn på hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen, samt hvilke rettsregler som er relevant for det faktumet påtalemyndigheten påstår. Derneft får bistandsadvokaten og tiltaltes forsvarer prosedere og gi sine syn på det samme.

Når prosedyrene er fullført, gis aktor og bistandsadvokaten mulighet for bemerkninger for hhv. straffepåstanden og erstatningspåstanden, før forsvarer får komme med en duplikk. Bistandsadvokaten får deretter mulighet til å komme med en sluttbemerkning før saken tas opp til doms, og retten skal gå til rådslaging for å ta stilling til spørsmålene straffesaken har reist.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ot.prp.nr.11 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte), 2007 side 69, jf. side 119.

¹⁵⁸ Straffeprosessloven § 303.

¹⁵⁹ Ertzeid, Aina Mee, *Straffeprosess før eksamen*, Fagbokforl. 2018, side 100.

6.3 Hvilke skjevheter gir rekkefølgen til bevisførsel rom for?

6.3.1 Forhåndsdomming – konklusjonsskjevhet og bekreftelsesfeller

Rekkefølgen bevis fremføres for retten på innebærer en risiko for at dommernes faktumfastsettelse blir påvirket av *konklusjonsskjevhet*, også kalt *forhåndsdomming*.

Helt i starten av en beslutningsprosess, vil System 1 foreslå en bestemt konklusjon. Beslutningstakere vil i utgangspunktet føle en trang til å raskt slutte seg til denne intuitive konklusjonen. Selv om dommerne anvender det rasjonelle og langsomme System 2, vil også bruken av System 2 være påvirket av den konklusjonen som System 1 intuitivt foreslår. Dette gir økt risiko for at dommernes avveininger av bevis – System 2 tenkning – blir selektiv, og finner frem til de argumentene og bevisene som støtter konklusjonen som allerede er foreslått av System 1, og som underbevisstheten har gitt sin tilslutning til.¹⁶⁰

Tendensen til å finne bevis som bekrefter den konklusjonen som dommerne intuitivt vil føle en trang til å slutte seg til, kalles *bekreftelsesfellen*. Som Hesselberg skriver, har vi en «tendens til å bekrefte våre egne antagelser og meninger – gjennom måten vi søker etter, tolker og husker informasjon på.»¹⁶¹ Konklusjonsskjevhet innebærer dermed at konklusjonen som tas i underbevisstheten på et tidlig tidspunkt, påvirker hvordan dommerne vokter og fester lit til ulike sider av den etterfølgende bevisførselen. At bevisvurderingene er utpreget skjønnsmessig innebærer at hvilken vekt bevisene gis, troverdigheten til forklaringer, og slutningen om hvilken sannsynlighetsgrad den samlede bevismengde tilsier for å legge til grunn et straffbetingende faktum, påvirkes av bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet. Det samme gjør også terskelen for når dommerne anser seg selv som overbevist nok til å legge til grunn at beviskravet er oppfylt.

Skjevhetene må også ses i lys av det som er skrevet i punkt 5.4 flg. Der fremgår det at dommernes skjønnsmessige utgangspunkt – det «automatiske svaret» – som intuisjonen vil styres mot, allerede før hovedforhandlingen, er at tiltalebeslutningen gir uttrykk for den materielle sannhet i straffesaken. Dette er stort sett korrekt siden de fleste straffesaker ender

¹⁶⁰ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 171.

¹⁶¹ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022 side 63.

med domfellelse. Når dette er domstolenes skjønnsmessige utgangspunkt, gir det en risiko for at effekten av bekreftelsesfeller blir enda større og særlig problematisk.

6.3.2 Overdreven koherens/Glorieeffekt

En ytterligere skjevhet som utgjør en risiko for feil faktumfastsettelse, som rekkefølgen til bevisførselen åpner for, er *overdreven koherens*, også kalt glorieeffekt. Skjevheten handler om at beslutningstakere har en tendens til å danne seg koherente inntrykk raskt, og det skal svært mye til for å endre mening i etterkant.¹⁶² Mennesker lar seg påvirke av førsteinntrykk: Dersom beslutningstakere får et positivt inntrykk ved en person først, vil det kunne påvirke hvordan beslutningstakeren tolker andre inntrykk som strider mot det opprinnelige inntrykket som ble dannet. Denne effekten har også en smitteeffekt, eksempelvis vil en person som oppfattes som snill, også påvirke oppfatningen av hvor smart personen er.¹⁶³

Førsteintrykket har altså en smitteeffekt på etterfølgende vurderinger. Som Kahneman skriver, trekker mennesker forhastede konklusjoner basert på begrenset mengde informasjon, og vi har en tendens til å holde oss til de konklusjonene. Selv om beslutningstakeren er overbevist om at meningene funderes rasjonelt og objektivt grunnlag, vil dette kunne fortrenses av skjevhetene til System 1. Beslutningstakere er altså tilbøyelige til å danne en sammenhengende og overordnet fortelling hvoretter bevis som bekrefter det «automatiske svaret» og førsteinntrykket fremheves, mens bevis på det motsatte neglisjeres eller bortforklares. Effekten skjer underbevisst og er tilnærmet umulig å kontrollere siden det er umulig å kontrollere og ignorere informasjon som beslutningstakeren har sett eller hørt.¹⁶⁴

Den begrensede mengden informasjon dommerne får, vil også kunne skape ulike oppfatninger hos de ulike dommerne, og følgelig forårsake uenigheter som springer ut av disse førsteinntrykkene. Selv om den totale bevismengden er den samme, vil bekreftelsesfeller og overdreven koherens kunne produsere støy.¹⁶⁵

¹⁶² Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 173.

¹⁶³ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022 side 100.

¹⁶⁴ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021 side 174.

¹⁶⁵ Se punkt 2.3 for forholdet mellom skjevheter og støy.

Altså, selv om tilstedeværelsen av skjevheter er felles for alle dommerne, vil påvirkningen og den innflytelse de har på bevisvurderinger og anvendelsen av beviskravet kunne variere. Siden påvirkningsgraden *kan* variere, er det mulig at dommersammensetting «X» - som i stor grad er påvirket av skjevheter – dømmer tiltalte som skyldig, mens dommersammensetting «Z» - som ikke lar seg påvirke i lik grad som dommersammensetting X, ville ha kommet til motsatt resultat. Og dette til tross for at bevismaterialet er identisk.

6.4 Vurdering av rekkefølgen til bevis' risiko for justismord

6.4.1 Tiltalebeslutning og innledningsforedrag

Det skjønnsmessige utgangspunktet – det «automatiske svaret» – til dommerne er at tiltalte mest sannsynlig er skyldig; at hendelsesforløpet slik påtalemyndigheten legger til grunn er sant. Som oppgaven redegjorde for ovenfor under punkt 6.2 starter hovedforhandlingen med opplesning av tiltalebeslutning, og dernest avholdes innledningsforedraget.

Retten blir altså introdusert for påtalemyndighetens syn på hendelsesforløpet i starten av hovedforhandlingen. Dette vil fremstå som en anklagelse mot tiltalte, og denne anklagelsen bekreftes to ganger før forsvaret får komme med sine korte bemerkninger til innledningsforedraget. Disse utgangspunktene kan potensielt utgjøre en risiko for at den etterfølgende bevisførselen – tiltaltes og fornærmedes forklaring, samt vitner og dokumentasjon – farges av det intuitive inntrykket som skapes ved at påtalemyndighetene fremfører sine standpunkt først. Overdreven koherens, bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet vil da kunne styrke dommernes tilbøyelighet til å legge til grunn det «automatiske svaret».

På den annen side kan det innvendes at effekten av skjevhetene ovenfor reduseres siden innledningsforedraget skal være kort, objektivt og ikke virke prosederende. Påtalemyndigheten vil ikke ha anledning til å argumentere for hvilke bevis e.l., som skal nærmere rettferdiggjøre den konklusjonen som er inntatt i tiltalebeslutningen. Dette er nettopp for å forhindre at retten blir forutinntatt. Lovgiver mener da at de psykologiske betenkelighetene ved å la påtalemyndigheten få ordet først, er nøytralisert.

Dette gir imidlertid en naiv tiltro til rettens evne til å ignorere inntrykkene som skapes ved å høre både tiltalebeslutning og innledningsforedraget. Både bekreftelsesfeller og overdreven koherens kjennetegnes nettopp ved at mennesker raskt trekker forhastede konklusjoner ved svært lite informasjon. At påtalemyndigheten ikke får redegjøre for bevisene før senere,

motvirker ikke nødvendigvis denne effekten: Den etterfølgende bevisførselen vil heller kunne tolkes i lys av det koherente inntrykket som er dannet allerede fra starten av hovedforhandlingen. I tillegg er det opp til retten selv å avgjøre når innledningsforedraget blir for argumenterende. Retningslinjene som Høyesterett har opptegnet er at terskelen for dette kan variere fra sak til sak.¹⁶⁶ Følgelig vil det være utfordrende for domstolene å konsekvent gripe inn og avverge argumenterende innledningsforedrag, før det er for sent.

Dersom det først er for sent, og formuleringene til påtalemyndighetene har vært argumenterende, men ikke argumenterende nok til at domstolene identifiserte dette, tilsier studier på amerikanske juryer og dommere at det er tilnærmet umulig å ikke la seg påvirke av det som er hørt av bevis og argumentasjon. Dette gjelder også når retten *vet* at informasjonen ikke skal vektlegges, eller påvirke den videre bevisførselen. Effekten gjelder både profesjonelle dommere, og lekfolk.¹⁶⁷

Når retten først har fått høre om et bevis, og hva de godtgjør, vil rettens faktumfastsettelse kunne påvirkes av denne informasjonen. Opplesing av tiltalebeslutning og ikke-argumenterende innledningsforedrag vil altså i seg selv kunne farge retten og svekke evnen til å overprøve de intuitive inntrykkene som skapes. Den etterfølgende bevisførselen vil da kunne vurderes skjevt.

6.4.2 Etterfølgende bevisførsel

For utvalgte straffebud, eksempelvis straffeloven § 291 som kriminaliserer voldtekt, får fornærmede forklare seg før tiltalte.¹⁶⁸ Hvor forklaringen til fornærmede avholdes først, er retten særlig utsatt for at det inntrykket som skapes gjennom opplesning av tiltalebeslutning og påtalemyndighetens innledningsforedrag bekrefte på en overbevisende måte.

¹⁶⁶ Se punkt 6.2.1.

¹⁶⁷ Se Steblay, Nancy, Harmon M. Hosch, Scott E. Culhane og Adam McWethy, «The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis» *Law Hum Behav*, 30, nr. 4, 2006, s. 469-492. Denne viser at amerikanske jurymedlemmer ikke har noen pålitelig måte å fortrenge bevis som skal avskjæres, fra bevisstheten. Se også Wissler, R. L., A. J. Hart og M. J. Saks, «Decisionmaking about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers» *Michigan law review*, 98, nr. 3, 1999, s. 751-826, og Wistrich, A. J., C. Guthrie og J. J. Rachlinski, «Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding» *University of Pennsylvania law review*, 153, nr. 4, 2005, s. 1251-1345.

¹⁶⁸ Se punkt 6.2.2.

Tilbøyeligheten til å konkludere i samsvar med det «automatiske» System 1-foreslåtte konklusjonen, vil da styrkes.

Siden beviskravets eventuelle oppfyllelse ofte arter seg som en følelse av overbevisning, vil også indikasjonene for at tiltalte er skyldig enklere befeste seg.¹⁶⁹ Eventuell bevisførsel som taler mot denne intuitive oppfatningen, må dermed inneha en særlig kvalitet for å motvirke de bekreftelsesfeller og den overdrevne koherensen som har fått virke allerede innledningsvis under hovedforhandlingen.

I tillegg blir det svært vanskelig for domstolene å benytte seg av en eventuell plausibilitetstilnærming til beviskravet, siden dette fordrer at retten evner å konstruere hypotetiske alternative fortellinger.¹⁷⁰ Å oppkonstruere slike fortellinger er særlig vanskelig all den tid den strider mot den intuitive konklusjonen som foreslås av System 1, og som er styrket av effekten til bekreftelsesfeller og overdreven koherens. Samtidig bidrar overdreven koherens til at de bevisene som føres først, får en større forholdsmessig vekt enn den etterfølgende. Den kognitive anstrengelsen som kreves for å konstruere et alternativt hendelsesforløp blir dermed vanskeliggjort.

Siden tiltalte får gi sin forklaring etter innledningsforedraget i drapssaker. Er imidlertid de betenkelighetene som gjør seg gjeldende ovenfor – om fornærmedes forklaring – ikke relevant. Tiltalte får da anledning til å ta til motmæle for de anklagelser som påtalemyndigheten fremfører først. Siden hverken tiltalebeslutningen og innledningsforedraget ikke skal være argumenterende, vil tiltaltes forklaring kunne være særlig effektiv til å redusere effekten av bekreftelsesfeller og overdreven koherens. Rekkefølgen av tiltaltes forklaring i drapssaker er dermed egnet til å redusere risikoen for justismord.

Det er imidlertid usikkert hvor effektiv denne risikoreduksjonen er, siden det fremdeles begås justismord i norsk strafferettspleie.¹⁷¹ Siden bekreftelsesfeller og overdreven koherens, samt det «automatiske svaret» vil gi dommerne en tilbøyelighet til å anta at tiltalte er skyldig, allerede ved fremføringen av tiltalebeslutningen og innledningsforedraget, kan det ikke utelukkes at vurderingen av tiltaltes forklaring farges av det inntrykket som kan ha vært skapt.

¹⁶⁹ Se punkt 4.6.1 flg., om den psykologiske presiseringen av beviskravet.

¹⁷⁰ Se punkt 4.6.4.

¹⁷¹ Se punkt 1.1.1, 1.1.2 og nedenfor i punkt 10 flg.

I så fall vil ikke nødvendigvis forklaringen kunne redusere inntrykket tilstrekkelig. I tillegg er det et problem at det gjøres en distinksjon i forklaringsrekkefølgen for ulike straffebud. Selv om det er usikkert hvor effektiv risikoreduksjonen er ved å la tiltalte forklare seg først, vil uansett skjevhetspåvirkningen kunne forsterkes i de straffesakene hvor fornærmede får forklare seg først.¹⁷²

Skjevhetene *bekreftelsesfeller* og *overdreven koherens*, samt det «automatiske svaret», vil altså kunne farge rettens bevisvurderinger. Siden påvirkningsgraden av disse skjevhetene kan variere, vil disse også kunne forårsake støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet.¹⁷³

6.4.3 Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?

Ettersom rekkefølgen av bevisførsel kan bidra til å forsterke effekten av *bekreftelsesfeller*, *overdreven koherens*, og tilbøyeligheten til å legge til grunn det «automatiske svaret», burde lovgiver utrede – i samarbeid med jurister og psykologer – hvordan rekkefølgen til bevisførsel, på best mulig vis, unngår disse skjevhetene.

Hvilke konkrete forbedringstiltak som kan bidra til dette, tas det ikke stilling til i denne oppgaven, men et siktemål for å øke rettssikkerheten i strafferettspleien, og unngå justismord burde være å sikre en ensartet praksis for rekkefølgen, hvoretter tiltaltes synspunkt fremføres så tidlig som mulig under hovedforhandlingen. Dersom det eventuelt foreligger sterke bevis som taler for tiltaltes uskyld, bør det være et siktemål å få fremført disse bevisene så tidlig som mulig under hovedforhandlingen. Da vil dommernes tilbøyelighet til å legge til grunn det automatiske svaret, bekreftelsesfeller og overdreven koherens motvirkes. Sannsynligheten for å neglisjere og bortforklare viktige motbevis minskes dermed ved at disse fremføres før retten får høre bevis som bekrefter påtalemyndighetens standpunkt om at tiltalte er skyldig.¹⁷⁴

Slik rekkefølgen til bevisførsel er i dag, åpnes det imidlertid for skjevhetspåvirkning og støy. Dette utgjør en risiko for justismord. Om denne risikoen også er uakseptabel, avhenger av omfanget av ytterligere skjevheter, samt om rettens rådslagning og kravet til domsgrunner – som vil behandles i punkt 8-9 – er effektive i reduksjonen av skjevhetspåvirkning og støy.

¹⁷² Eksempelvis i voldtektssaker, se punkt 6.2.2.

¹⁷³ Se punkt 2.3 for forholdet mellom støy og skjevheter.

¹⁷⁴ Se særlig nedenfor i punkt 10 flg. hvor oppgaven drøfter Baneheia-saken. Der forelå det skriftlige bevis – mobilbeviset – som ble fremført på et sent stadium i hovedforhandlingen, og byretten viser tegn til å nettopp neglisjere dette beviset.

7 Utgjør framføringsmåten til bevis en risiko for justismord?

7.1 Introduksjon til problemstillingen

Måten bevis fremføres på, altså hvordan retten blir introdusert for bevisførselen, er en ytterligere rettslig ramme som er relevant for faktumfastsettelsen. I det følgende vil det undersøkes hvordan framføringsmåten til bevis utsetter dommerne for skjevheter, og eventuelt hvordan disse kan forårsake støy, samt utgjøre en risiko for justismord.

7.2 Det rettslige grunnlaget for framføringsmåten til bevis

7.2.1 Utgangspunktet om fri bevisførsel

For å avgjøre om beviskravet er oppfylt eller ikke, er det en forutsetning at retten er utstyrt med et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Dette fremgår bl.a. i straffeprosessloven § 294 første punktum som sier at retten skal sørge for at saken blir «fullstendig opplyst». Videre kan kravet om forsvarlig avgjørelsesgrunnlag utledes forutsetningsvis av straffeprosessloven § 292 annet ledd.

For å utstyre retten med et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, er det lagt til grunn et prinsipp om «fri bevisførsel». Det er dette som er det klare utgangspunktet for bevisførsel. I sivilprosessen er prinsippet lovfestet i tvisteloven¹⁷⁵ § 21-3 (1) første punktum. Der fremgår det at «[p]artene har rett til å føre de bevis de ønsker.». Straffeprosessloven har ikke lovfestet prinsippet, men det fremgår av en rekke høyesterettspraksis at straffesakens parter i utgangspunktet skal få føre de bevis de ønsker.¹⁷⁶ Straffeprosesslovutvalget har foreslått å lovfeste prinsippet i ny straffeprosesslov, men dette er ikke vedtatt enda.¹⁷⁷

Som ordene «fri bevisførsel» antyder, innebærer prinsippet at partene i utgangspunktet kan føre hvilken som helst av bevis som kan kaste lys over sakens faktum, og dermed utstyre retten med det de behøver for å bedømme om hvorvidt tiltalte er skyldig eller ikke. I tillegg tilsier ordlyden at også framføringsmåten til bevis, herunder hvordan de ulike bevismidlene

¹⁷⁵ Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvl.).

¹⁷⁶ HR-1996-66-B – Rt-1996-1114 Høyesterett – Kjennelse side 1118, Rt-1990-1008 Høyesterett – Kjennelse side 1010, HR-1994-50-B – Rt-1994-610 Høyesterett – Kjennelse side 614.

¹⁷⁷ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 38.

skal formidles til retten. Det er imidlertid åpenbart at prinsippet ikke kan gjelde uavkortet, og en vesentlig begrensning er *måten* bevisene skal føres på.

7.2.2 Bevisumiddelbarhets-, og muntlighetsprinsippet

Hovedregelen i norsk prosessrett, dvs. både straffe-, og sivilprosessuelt er at bevismidlene og bevisdataen skal fremføres umiddelbart og muntlig for den dømmende rett. At

hovedforhandlingen skal være muntlig kan utledes av strpl. § 278 første punktum:

Forklaringer skal skje ved en fri muntlig fremstilling direkte foran dommerne. I tillegg skal også skriftlige bevis leses opp av den som fører beviset, såfremt ikke annet er bestemt.¹⁷⁸ Som Mæhle og Aarli oppsummerer, er hovedregelen at partene i straffesaken i stor grad er forpliktet til å føre bevisene muntlig og umiddelbart fremfor den dømmende rett.¹⁷⁹

At hovedregelen i straffesaker er at bevisene skal føres muntlig og umiddelbart, er utslag av *bevisumiddelbarhets-, og muntlighetsprinsippet*. Som ordet bevisumiddelbarhetsprinsippet antyder, skal bevis føres direkte fremfor den dømmende rett, i sin mest umiddelbare form.¹⁸⁰

Bevisdataen fra ethvert bevismiddel skal altså ideelt sett produseres direkte. Dette innebærer at dommerne skal få høre forklaringer, og studere skriftlige bevis, først under hovedforhandlingen. Med muntlighetsprinsippet, menes at bevismaterialet skal presenteres muntlig for retten. Dette skjer eksempelvis ved at dokumenter leses opp, og at hovedforhandlingen skal foregå som en muntlig prosess som sådan.

Det er nær sammenheng mellom bevisumiddelbarhet og muntlighet i straffeprosessen.

Hagerup har blant annet uttalt at «at muntligheten staar i nær forbindelse med bevisumiddelbarheten, og at denne kun under en muntlig rettergangsform kan finde en fuld udvikling. Muntlighetens store betydning i den moderne proces har netop været den – ved siden af at betrygge offentligheden [...] – at aabne muntligheden af en gennemført

¹⁷⁸ Straffeprosessloven § 302 første punktum som fastslår at beviset «gjenomgås». I dette ligger det at beviset leses opp for dommerne.

¹⁷⁹ Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk 2017 side 374.

¹⁸⁰ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 137.

umiddelbarhed.».¹⁸¹ En forutsetning for å gjennomføre bevisumiddelbarhetsprinsippet, er altså at det på samme tid legges opp til muntlighet ved bevisførselen.¹⁸²

7.2.3 Begrunnelse og hensyn for umiddelbar og muntlig prosess

Bevisumiddelbarhetsprinsippet står i motsetning til det som kalles for middelbar bevisføring. Slik bevisføring kjennetegnes ved at bevisdataen fremføres av andre enn den egentlig beviskilden, eksempelvis at påtalemyndigheten leser opp forklaringer, eller fremlegger skriftlige forklaringer, som er opprinnelig avgitt av noen andre.¹⁸³ Hovedbegrunnelsen for hvorfor bevisumiddelbarhet er hovedregelen i straffeprosessen, er at det antas å gi bedre beviskvalitet enn middelbar bevisføring. Som forarbeidet til ny straffeprosesslov påpeker, vil det ved direkte kontakt med vitner, parter m.m., gjøre «bevisvurderingen enklere».¹⁸⁴

Hva forarbeidene mener med en «enklere bevisvurdering» forklares ikke. Det antas imidlertid at det siktes til to forhold: 1) at misforståelser kan rettes opp i, på en effektiv måte ved å stille spørsmål til forklaringsavgiveren, og 2) umiddelbar bevisføring gir retten et bedre grunnlag for å vurdere påliteligheten og troverdigheten til et bevis eller den som forklarer seg. Denne oppfatningen er utbredt, og man finner spor av den i forarbeidet til Straffeprosessloven av 1887, og er senere understreket av Høyesterett i flere saker også etter dagens straffeprosesslov.¹⁸⁵

Antagelsen om at en umiddelbar og muntlig fremstilling av bevis utstyrrer retten med gode forutsetninger for å vurdere pålitelighet og troverdighet ble understreket i Høyesteretts behandling av om hvorvidt Fritz Moen sin sak skulle gjenopptas.¹⁸⁶ Konklusjonen i denne kjennelsen var at saken skulle gjenopptas, og som vist i punkt 1.1.2 ble også Fritz Moen

¹⁸¹ Hagerup, Francis, *Den norske straffeproses*, Første bind: Anden delvis omarbeidede og forøgede udgave, Aschehoug 1904 side 78 og NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 139.

¹⁸² Se også NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 138-139.

¹⁸³ Se straffeprosessloven §§ 296 og 297 som eksempler på middelbar bevisføring.

Påtalemyndigheten kan ved oppfyllelse av nærmere angitte vilkår gjengi innholdet av vitneforklaringer.

¹⁸⁴ NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 137.

¹⁸⁵ Dokument nr. 1. (1885). Indstilling fra Jurykommisionen indeholdende udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Strafesager mv., side 487, og HR-1994-153-B – Rt-1994-1324 Høyesterett – Kjennelse på side 1326, hvor Høyesterett uttalte at den dømmende rett vil få en «helt annen mulighet til å vurdere bevisverdien av en muntlig, umiddelbar, forklaring enn av en skriftlig forklaring nedtegnet av andre.

¹⁸⁶ HR-2002-522-1 – Rt-2003-1389 Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse.

erkjent uskyldig i gjenopptakelsessaken. Om bevisumiddelbarhetsprinsippet uttalte Høyesterett i avsnitt 102 at forklaringer, tilføyelser, endringer og «inntrykk som formidles gjennom opptreden», gir retten et «langt bedre grunnlag for å vurdere troverdigheten og holdbarheten av forklaringene enn det som kan oppnås ved lesing av de dokumentene hvor forklaringene er nedtegnet.». Høyesterett mener altså at rettens bevisvurderinger blir mer treffsikre og sannhetsfremmende når dommere får observere de fysiske responsene til forklaringsavgiveren.

Det finnes flere eksempler på at også underrettene lar forklaringsavgiverens fremtreden i retten inngå som et vesentlig ledd i rettens bevisvurderinger. I en frifinnende dom fra Asker og Bærum herredsrett, ble tiltalte ansett for å være «følelsesmessig til stede som et åpent og levende menneske, både reflektert og spontan gjennom hele hoved-forhandlingen», og hans «ikke verbale oppførsel var fast og trygg uten unnvikende øyebevegelser av noe slag».¹⁸⁷ Retten skriver altså eksplisitt hva de mener kjennetegner en sannferdig person. Det kan motsetningsvis slutes at flakkende blikk indikerer løgn. Antagelsen om at fysiske responser er gode indikasjoner på sannferdighet er altså svært utbredt.¹⁸⁸ Eksempelvis i voldtekts- og overgrepssaker, vil fornærmedes eventuelle gråt styrke sannsynligheten for at forklaringen blir trodd.¹⁸⁹

Skoghøy skriver også bl.a. at dommere vurderer påliteligheten bedre dersom de får observere forklaringen, og at dette er en viktig begrunnelse for umiddelbarhetsprinsippet.¹⁹⁰ Øyen deler Skoghøy sitt standpunkt, men påpeker likevel noen uheldige sider ved prinsippene: Umiddelbar bevisføring stiller for det første krav til dommerens hukommelse og evne til å notere det vedkommende anser for å være relevant. Dette er særlig vanskelig når det er et stort antall forklaringer fra parter og vitner. Disse utfordringene kan ifølge Øyen føre til at umiddelbar bevisføring bidrar til å svekke avgjørelsesgrunnlaget til retten. Det er også fare for at retten vektlegger omstendigheter «som ikke sier noe om troverdigheten til personen eller

¹⁸⁷ Asker og Bærum herredsrett, dom av 21. februar 1997 (sak nr. 96-815 M/01) og Stridbeck, Ulf og Anders Bratholm, «Rettsikkerhet i praksis – En empirisk undersøkelse» *Lov og Rett* 1998 s 323-362 – (LOR-1998-323), 1998 side 336.

¹⁸⁸ Vrij, Aldert og Samantha Mann, «Telling and detecting lies in a high-stake situation: the case of a convicted murderer» *Appl. Cognit. Psychol*, 15, nr. 2, 2001, s. 187-203.

¹⁸⁹ Magnussen, Svein og Annika Melinder, «Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering - en utfordring til rettsikkerheten?» *Lov og Rett*, 53, nr. 10, 2014, s. 607-621, og

¹⁹⁰ Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utg., Universitetsforl. 2014, side 543.

forklaringens pålitelighet, og som kanskje til og med er direkte feilkilder i vurderingen av troverdighet og pålitelighet.».¹⁹¹

En svakhet ved umiddelbarhetsprinsippet, er altså at det åpnes for at dommerne kan vektlegge «feilkilder» i vurderingen av troverdighet og pålitelighet. Feilkilder er et annet ord for psykologiske skjevheter.¹⁹² I det følgende skal jeg undersøke i hvilken grad Øyen har rett i at bevisumiddelbarhet-, og muntlighetsprinsippet åpner for at rettens bevisvurderinger påvirkes i en irrasjonell retning av skjevheter. I så fall vil framføringsmåten til bevis kunne utgjøre en risiko for justismord.

7.3 Hvilke skjevheter gir framføringsmåten til bevis rom for?

7.3.1 Etnisitet kan påvirke bevisbedømmelser

Empirisk forskning tilsier at troverdigheten til personer som tilhører landets egen etniske gruppe, vurderes generelt sett som høyere enn andre etniske grupper. Dommernes implisitte holdninger spiller altså inn på hvordan bevisbedømmelsen foregår, og dette til tross for at dommerne skal være upartiske. Hvor tiltalte er av en annen etnisk tilhørighet enn landet hvor rettssaken foregår, vil forklaringen til vedkommende – på generell basis – vurderes som mindre troverdig. Skjevheten påvirker også til tross for at dommerne er overbevist om at de ikke lar seg påvirke av denne effekten: at de anser seg selv som objektiv, selv om forskningen tilsier det motsatte.¹⁹³ Tiltroen på sin egen objektivisme er i seg selv en viktig årsak til at påvirkningen får befeste seg, og vil snarere styrke virkningen av de mange skjevhetene som svekker objektivismen.¹⁹⁴ At etnisitet påvirker bevisbedømmelser og avgjørelsen av

¹⁹¹ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019, side 346.

¹⁹² Se fotnote nr. 599 i Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 på side 346. Der vises det til Magnussen, Svein og Annika Melinder, «Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering - en utfordring til rettssikkerheten?» *Lov og Rett*, 53, nr. 10, 2014, s. 607-621.

¹⁹³ Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination Of Executive Branch Justice» *Duke law journal*, 58, nr. 7, 2009, s. 1477-1530.

¹⁹⁴ Kang, Jerry, Judge Mark Bennett, Devon Carbado, Pam Casey, Nilanjana Dasgupta, David Faigman, Rachel Godsil, Anthony G. Greenwald, Justin Levinson og Jennifer Mnookin, «Implicit Bias in the Courtroom» *UCLA law review*, 59, nr. 5, 2012, s. 1124-1186, og Uhlmann, Eric Luis og Geoffrey L. Cohen, «"I think it, therefore it's true": Effects of self-perceived objectivity on hiring discrimination» *Organizational behavior and human decision processes*, 104, nr. 2, 2007, s. 207-223.

skyldspørsmålet støttes også av en rekke andre studier.¹⁹⁵ I Sverige er det også påvist tilsvarende funn: Etnisk-svenske er på generell basis, klart mer troverdig enn ikke-etniske svensker, i det svenske rettssystemet.¹⁹⁶

Som Magnussen påpeker, er det ikke gjort forskning på norske forhold, men det er ingen grunn til å tro at norske dommere stiller seg ulikt. Etnisitetspåvirkningen skjer allerede ved å lese navnet til tiltalte, fornærmede, vitner osv., men påvirkningsgraden vil kunne styrkes ved at disse ikke-etniske personene forklarer seg muntlig og umiddelbart for retten. Grunnen til dette er bl.a. at språklige utfordringer kan forsterke stereotyper knyttet til den etniske gruppen. Magnussen legger følgelig til grunn at bevisumiddelbarhetsprinsippet utgjør en trussel mot rettssikkerheten til ikke-etniske aktører i domstolene.¹⁹⁷

7.3.2 Bekledning og fordelaktig utseende

Hvordan en forklaring vurderes, avhenger også av hvilken bekledning forklaringsavgiveren har. Det er gjort studier som påviser at dersom forklaringsavgiveren er kledd i sort, vil bevisdataen statistisk sett fremstå mindre troverdig enn et vitne med penere og fargerikt antrekk.¹⁹⁸ Forskning viser også at dersom forklaringsavgiveren er ikledd hijab eller niqab, vil troverdigheten statistisk sett anses som lavere enn dersom samme forklaring var avgitt av personer med tradisjonell vestlig påkledning.¹⁹⁹

Hvor fysisk attraktiv forklaringsavgiveren er, påvirker også vurderingen av bevisdataens kvalitet. Beslutningstakere trekker automatiske slutninger om personer og deres egenskaper på bakgrunn av utseende, og disse slutningene får også innvirkning på beslutningene som

¹⁹⁵ «"Racial bias in mock juror decision-making: A meta-analytic review of defendant treatment": Correction to Mitchell et al. (2005)» *Law Hum. Behav.*, 41, nr. 3, 2017, s. 313-313.

¹⁹⁶ Lindholm, Torun og Jenny Yourstone Cederwall, «Ethnicity and gender biases in the courtroom» i *Forensic psychology in context: Nordic and international approaches.*, Willan Publishing 2010 s. 228-246.

¹⁹⁷ Magnussen, Svein og Annika Melinder, «Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering - en utfordring til rettssikkerheten?» *Lov og Rett*, 53, nr. 10, 2014, s. 607-621.

¹⁹⁸ Vrij, Aldert, «Detecting lies and deceit: Pitfalls and opportunities in nonverbal and verbal lie detection» i bd. 6, *Handbooks of Communication Science*, Berlin, Boston: DE GRUYTER 2014 s. 321-346.

¹⁹⁹ El-Geledi, Shaha og Richard Y. Bourhis, «Testing the impact of the Islamic veil on intergroup attitudes and host community acculturation orientations toward Arab Muslims» *International journal of intercultural relations*, 36, nr. 5, 2012, s. 694-706.

omsider skal tas. Dersom forklaringsavgiveren har et fordelaktig utseende, vil vedkommende kunne oppfattes som mer ærlig enn personer med mindre attraktivt utseende. I tillegg vurderes personer med et «baby-ansikt», dvs. høy panne og god avstand mellom øynene, som mer ærlig og troverdig.²⁰⁰

7.3.3 Non-verbal kommunikasjon

Til tross for at non-verbal kommunikasjon vektlegges i rettens bevisvurderinger, og at dette er en vesentlig begrunnelse for bevisumiddelbarhetsprinsippet, er det ingen vitenskapelig hold i at nølende tendenser, flakkende blikk, uro og nervøse faktorer er indikatorer på løgnaktig opptreden. Det har ingen faktisk sammenheng om forklaringen er sann eller ikke. Menneskers evne til å skille løgn fra sannhet basert på non-verbal kommunikasjon, er ifølge Magnussen og Teigen, ikke stort bedre enn ren tilfeldighet.²⁰¹

Å påvise en typisk løgnatferd har vært forsøkt i en rekke studier, men siden folk viser ulik non-verbal kommunikasjon når de lyger, og samme person kan til og med vise forskjellig non-verbal kommunikasjon avhengig av situasjonen, er det ikke mulig å slutte ut fra kroppsspråk om en forklaring er sann eller ikke. Dersom det hadde vært mulig, ville selvsagt løgneren også innrettet seg etter dette, og utvist en annen atferd.²⁰²

7.4 Vurdering av framføringsmåten til bevis' risiko for justismord

7.4.1 Observasjonsskjevheten i kombinasjon med andre skjevheter

Ideallet for faktumfastsettelse er at bevisvurderingene foregår på en måte som er sannhetsfremmende, objektiv og rasjonell.²⁰³ Dommere blir som regel presentert for to motstridende syn på hendelsesforløpet: én fortelling fra påtalemyndighetene, og én fra

²⁰⁰ Magnussen, Svein og Annika Melinder, «Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering - en utfordring til rettssikkerheten?» *Lov og Rett*, 53, nr. 10, 2014, s. 607-621. Se også oppgavens punkt 6.3.2 om glorieeffekten hvor skjevheter er ytterligere beskrevet.

²⁰¹ Se og Brennen, Tim og Svein Magnussen, «The Science of Lie Detection by Verbal Cues: What Are the Prospects for Its Practical Applicability?» *Front Psychol*, 2022, 13:835285, og Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 40.

²⁰² Høyland, Jon, «Hva styrer dommerens valg?: Irrelevante og ubevisste faktorerens betydning for domstolenes avgjørelser» *Lov og Rett*, 42, nr. 1, 2003, s. 21-40.

²⁰³ Se punkt 4.4.2.

forsvaret. Dersom tiltalte avgir en forklaring som adskiller seg fra påtalemyndighetens syn på hendelsesforløpet, vil en logisk konsekvens være at påtalemyndighetens syn er feil, eller at tiltalte lyger. Dette fordrer at retten gjør troverdighetsvurderinger av tiltaltes forklaring. Videre vil også fornærmedes eventuelle forklaring, og/eller vitners forklaringer underlegges den samme troverdighetsvurderingen.

At forklaringene skal fremføres muntlig og umiddelbart antas å gi dommerne bedre forutsetninger for en sannhetsfremmende bevisvurdering. Siden retten påvirkes av partenes bekledning, etnisitet, non-verbale kommunikasjon og utseende, vil imidlertid selve observasjonen av bevisene kunne føre til en irrasjonell bevisbedømmelse, slik at justismord begås, og støy produseres. Denne «observasjonsskjevheten», kan også virke sammen med andre psykologiske skjevheter, herunder bekreftelsesfeller og overdreven koherens. I tillegg kan observasjonsskjevheten styrke tilbøyeligheten til å legge til grunn det «automatiske svaret»: at tiltalte er skyldig.²⁰⁴

Sagt med andre ord, vil rekkefølgen til bevisførselen og vissheten om at de fleste straffesaker ender med at tiltalte dømmes, kunne påvirke dommerne til å raskt kjenne en draging mot tiltalte. Dersom tiltalte velger å forklare seg, og vedkommende flakker med blikket, ser sjuskete ut, og i tillegg er av en annen etnisitet enn «etnisk-norsk», vil observasjonsskjevheten kunne medføre at dragingen mot tiltalte forsterkes; dommerens observasjon av tiltalte kan da gi den endelige bekreftelsen på at tiltalte er skyldig. Den non-verbale kommunikasjonen vil altså kunne tolkes i lys av de forutinntatte antagelser som retten kan ha fått på et tidlig tidspunkt i saken.

Det er altså ikke noen empiriske holdepunkter for at dommernes observasjon av forklaringsavgivere, gir retten bedre forutsetninger for å vurdere troverdighet/pålitelighet. Framføringsmåten til bevis motvirker dette. I tillegg vil framføringsmåten til bevis åpne for at observasjonsskjevheten får virke i ulik grad hos rettens medlemmer, og vil i seg selv kunne produsere støy i rettens avgjørelse av skyldspørsmålet.²⁰⁵ Framføringsmåten til bevis utgjør dermed en risiko for justismord.

²⁰⁴ Se punkt 5.4, punkt 6.3.1 og 6.3.2.

²⁰⁵ Se punkt 2.3 for forholdet mellom støy og skjevheter.

7.4.2 Hvilke strategier burde lovgiver anlegge for å utbedre?

Det vil heller ikke her anlegges et anvendt rettspolitisk perspektiv. At framføringsmåten til bevis utgjør en risiko for justismord tilsier at det bør gjøres endringer, men hvilke endringer er ikke opplagt. Spørsmålet må utredes av både jurister og psykologer, og siktemålet må være å anonymisere hovedforhandlingen, slik at retten ikke får observere straffesakens parter. Ved å se partene inntre observasjonsskjevheten, og dette kan føre til irrasjonell bevisbedømmelse.

Et mulig alternativ til bevisumiddelbarhet og muntlighet er middelbar bevisførsel, eller en skriftlig prosess. Dette vil være egnet til å redusere påvirkningsmuligheten til observasjonsskjevheten. På en annen side vil dette kunne gå på bekostning av effektivitetshensynet, som også er en vesentlig begrunnelse for umiddelbarhetsprinsippet: Skriftlig prosess hadde vanskeliggjort kommunikasjonen mellom partene og ført til en langsommere prosess.²⁰⁶ Et mulig avbøtende tiltak kunne vært å arrangere hovedforhandling ved telefonkommunikasjon, men det er heller ikke opplagt at dette er en egnet ordning. I tillegg utløses enkelte sider av observasjonsskjevheten bare ved at retten får kjennskap til tiltaltes og/eller fornærmedes navn, for eksempel etnisitetspåvirkningen. Da måtte i så fall dokumentene være anonymisert for å unngå at retten får kjennskap til partenes etnisitet.

En åpenbar forbedring av de rettslige rammene for faktumfastsettelse, og redusere effekten av observasjonsskjevheten, er i alle fall å forkaste antagelsen om at dommere evner å oversette non-verbal kommunikasjon til troverdighet. Å dyrke denne antagelsen, samt begrunne bevisumiddelbarhetsprinsippet i dette, vil i seg selv være skadelig da antagelsen kan bidra til å maskere irrasjonelle bevisvurderinger.²⁰⁷

Slik straffeprosessen er i dag, utgjør framføringsmåten til bevis en risiko for at dommernes faktumfastsettelse påvirkes i en irrasjonell retning, og vil i ytterste konsekvens kunne føre til at justismord begås. Om hvorvidt denne risikoen også er «uakseptabel» vil, som for kapittel 6, avhenge av om rettens rådslagning og kravet til domsgrunner er egnet til å avbøte risikoen for justismord.

²⁰⁶ Se punkt 7.2.3 for begrunnelsen til bevisumiddelbarhetsprinsippet.

²⁰⁷ Se punkt 7.3 flg., hvor det bl.a. skrives om hvordan tiltroen til egen objektivisme kan forsterke effekten av skjevheter.

8 Reparerer rettens sammensetting og rådslagning risikoen for justismord?

8.1 Introduksjon til problemstillingen

For å fastslå hvilket faktum som skal legges til grunn for skyldspørsmålet, kan det sondres mellom gruppevurderinger og den enkelte dommerens egne vurderinger. Denne distinksjonen er interessant i et psykologisk perspektiv.

Hovedfokuset til oppgavens psykologiske perspektiv har til nå vært på dommernes individuelle bevisvurderinger, og hvordan de individuelle vurderingene er særlig utsatt for skjevheter. I det følgende vil jeg undersøke hvilke implikasjoner det har at skyldspørsmålet avgjøres av en gruppe dommere, og om dette kan utgjøre en effektiv rettssikkerhetsgaranti. Det vil derfor undersøkes om rettens sammensetting rådslagning kan bidra til å minske effekten av skjevheter og støy, slik at rettens beslutninger knyttet til skyldspørsmålet kvalitetssikres. I så fall kan det diskuteres om de risikofaktorene for justismord som oppgaven har identifisert, er *uakseptabel* høy.

8.2 Det rettslige grunnlaget for rettens sammensetting og rådslagning

8.2.1 Utgangspunktet om dommersammensetting og historisk bakgrunn

For straffesaker, følger det av straffeprosessloven § 276 at hovedregelen for straffesaker som går til hovedforhandling i tingretten, er at retten settes med én «fagdommer» og «to meddommere». Med fagdommer menes det dommere som er ansatt i domstolen, og som oppfyller de generelle kravene i domstolloven.²⁰⁸ Meddommere er derimot lekfolk som oppfyller kravene i dl. § 70, jf. § 53 første ledd annet punktum.²⁰⁹

Et unntak til at retten settes med en fagdommer og to meddommere gis i foreleggsaker hvor straffen kan settes med bot eller fengsel inntil ett år. Da kan retten settes uten meddommere.

²⁰⁸ Se lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven eller dl.) §§ 52 flg., som bestemmer at fagdommere må være utdannet jurist; de må ha mastergrad i jus, eller avlagt juridisk embetseksamen.

²⁰⁹ Meddommere må være over 21 år, og under 70 år, ha stemmerett m.m., jf. dl. § 70, jf. § 53 første ledd annet punktum, jf. nr. 1 og nr. 2. En annen forutsetning for å stille som meddommer, er at lekfolkene ikke omfattes av unntakene i §§ 71 og 72. Der begrenses adgangen til å være meddommer for personer med ulike politiske verv, og straffedømte.

Forutsetningen er imidlertid at behandlingsmåten ikke er «betenkelig».²¹⁰ I tillegg er det ytterligere to unntak til rettens sammensetting, eksempelvis hvor retten kan forsterkes med en ekstra fagdommer.²¹¹ Det gjøres også et skille mellom såkalte dommere, og dommerfullmektiger, hvoretter sistnevnte er begrenset til å bedømme saker med en strafferamme inntil 6 år i fengsel.²¹²

I den videre fremstillingen i kapitlet, legges det til grunn at retten settes med én fagdommer, og 2 lekfolk. Det er dette som stort sett vil være tilfellet ved avgjørelsen av eksempelvis drapssaker, jf. straffeloven § 275.²¹³

8.2.2 Begrunnelse og historisk utvikling for rettens sammensetting

At lekfolk skal bidra til avgjørelsen av straffesaker har lange tradisjoner i norsk strafferettspleie. Opprinnelig var det lekfolk som avgjorde alle straffesaker, men mot middelalderen var det utelukkende embetsdommere som avgjorde straffesakene. Frem mot slutten av 1800-tallet vokste det imidlertid frem et stadig økende behov for å demokratisere strafferettspleien; det var et ønske om at tiltalte skulle bedømmes av sine likemenn.²¹⁴

Dette resulterte i at det ved vedtakelsen av straffeprosessloven 1887, ble innført en todelt ordning som gir ulik implementering av lekfolks deltakelse i straffesaker: For de mest alvorlige straffesakene – strafferamme på over 5 år – var «lagmandsretten» første instans. Dommersammensettingen i «lagmandsretten» bestod av én fagdommer, to meddommere, og ti tilfeldig utvalgte lekfolk – jurymedlemmer – som skulle særskilt avgjøre skyldspørsmålet.²¹⁵ For de sakene som ikke hørte under lagmannsrettens saklige virkeområde,

²¹⁰ Straffeprosessloven § 276 første ledd annet og tredje punktum, og § 268.

²¹¹ Straffeprosessloven § 276 annet ledd.

²¹² Straffeprosessloven § 276 fjerde ledd.

²¹³ Se punkt 1.1.2 flg., om justismord og bakgrunn for oppgaven.

²¹⁴ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019, side 134, og Nygard, Lars-Jonas, «Nærmer vi oss slutten for juryordningen?» *Lov og Rett 2009 s 104-111*, og Strandbakken, Asbjørn og Peter Garde, «Juryen: Avskaffe, reformere eller begrense bruken av den?» *Lov og Rett 2001 s 3-31 – (LOR-2001-3)*, 2001.

²¹⁵ Lov av 07. januar 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (Opphevd) kapittel 25 flg., særlig § 306, jf. § 19.

var første instans by-, og herredsretten. Denne domstolen var sammensatt av én fagdommer, to meddommere, og ingen jurymedlemmer.²¹⁶

Innslaget av lekfolk varierte altså etter alvorlighetsgrad; lekfolks deltakelse ble større i straffesaker med høy strafferamme. I forarbeidene til straffeprosessloven av 1887 ga de sin hovedbegrunnelse for hvorfor lekfolks deltagelse var ønskelig i strafferettspleien. Innslaget bidro til å ivareta tre grunnleggende betingelser for å sikre en velfungerende domstol: «Uavhengighed og Modstandskraft mod utilbørlig paavirkning, Vilje til at dømme retvist og Evne til at løse den Opgave, der stilles en Dommer».²¹⁷

Det var altså ønskelig å få ulike perspektiv inn i domstolene. Mens profesjonelle dommere var delvis bundet av embetsverket, var tanken at lekfolket skulle representere borgerskapet, og dermed ville en kombinasjon av samfunnsklasser bidra til å sikre domstolenes uavhengighet. I tillegg var det formålstjenlig at lekfolk hadde en annen bakgrunn enn fagdommerne; de tilhørte en annen samfunnsklasse. Lekfolk kunne da supplere retten med nye perspektiv, synspunkter og ulik livserfaring, og på den måten bidra til en bedre opplysning av straffesaker.²¹⁸

Hovedbegrunnelsen for lekfolks deltakelse i straffesaker er altså todelt: For det første skal deltakelsen av lekfolk speile rettssamfunnet som sådan: tiltalte skal dømmes av sine likemenn, og for det andre skal lekfolk bidra til ulikeartet perspektiv i retten for å oppnå materielt riktige resultat.²¹⁹ Selv om juryordningen ble opphevet ved lov nr. 58/2017, med virkning fra 1. januar 2018, ble meddomsretten stående, og lekfolks deltakelse i avgjørelsen av straffesaker er således en grunnpilar i norsk strafferettspleie.²²⁰

8.2.3 Det rettslige grunnlaget for rettens rådslagning

Siktemålet ved å ha en heterogen sammensetting av dommere, var altså få ulike perspektiv og synspunkt på avgjørelsen av straffesaker. For å sikre at dette ivaretas, gir straffeprosessloven

²¹⁶ Strpl. av 1887 (opphevd) §§ 369 og 22 første ledd jf. § 19.

²¹⁷ Dok.nr.1 (1885) s. 492

²¹⁸ NOU 2011:13 Juryutvalget – Når sant skal skrives, side 33-34.

²¹⁹ Hensynet om å speile samfunnet fremgår i domstoloven § 67 første punktum.

²²⁰ Se Prop.70 L (2016–2017) Endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen), 2017, Innst.310 L (2016–2017) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen), 2017, og Lovvedtak 87 (2016–2017) Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen), 2017.

regler for hvordan fagdommeren og meddommerne skal gå frem for å avgjøre straffesaken etter fullført hovedforhandling. Reglene for dette er hjemlet i straffeprosessloven § 31-43. Som det heter i § 31 første ledd, skal dommerne holde «rådslagning» og «stemmegivning» for stengte dører «før dom blir avsagt», såfremt de ikke «straks blir enige om avgjørelsen».

Dette innebærer at dommerne skal diskutere de bevisene som er ført under hovedforhandlingen, med siktemål om å ta stilling til «avgjørelsen». Med «avgjørelsen» forstås alle sider av straffesaken, herunder skyldspørsmålet og hvilke reaksjoner tiltalte eventuelt skal ilegges. Formuleringen «[...]straks blir enige om avgjørelsen», gir videre henvisning til at det i enkelte avgjørelser ikke vil være nødvendig med diskusjon. Eksempelvis for kjennelser og beslutninger som treffes under saken, i tilståelsessaker, eller hvor påtalemyndigheten frafaller tiltalen.²²¹

At fagdommeren og meddommerne skal diskutere skyldspørsmålet, er en naturlig forutsetning for at formålet om å innhente dommernes ulike perspektiv på skyldspørsmålet, og er da viktig for å ivareta begrunnelsen for lekfolks deltakelse i strafferettspleien.²²² Det er imidlertid ikke gitt noen regler som fastslår *hvordan* rådslagning skal gjennomføres. Dette er opp til fagdommerens skjønn å avgjøre.²²³ Følgelig foreligger det ingen lovfestede retningslinjer som sikrer en ensartet praksis for hvordan dommerne skal få ytret – og innhentet – varierende synspunkter på bevisførselen.

I forbindelse med avskaffingen av juryordningen ble det diskutert om det burde implementeres retningslinjer for hvordan rådslagning skal foregå. Bakgrunnen for diskusjonen var at nyere psykologisk forskning hadde påvist «psykologiske feilkilder hos beslutningstakere», som kan gi en «tilbøyelighet til seleksjon og tolking av informasjon slik at allerede inntatte standpunkter befestes («confirmation bias» [sic]), [herunder] sympatier og antipatier mot enkeltpersoner, fordommer mot grupper i samfunnet, og så videre.». Det var antatt at «[s]like feilkilder for sannhetssøken kan søkes motarbeidet ved etablering av faste rammer for rådslagning.»²²⁴

²²¹ Straffeprosessloven §§ 52-53 og 73 første ledd.

²²² Se punkt 8.2.2 ovenfor.

²²³ Straffeprosessloven § 32 første ledd.

²²⁴ NOU 2011:13 Juryutvalget – Når sant skal skrives, side 162.

For å motvirke disse skjevhetene, var det etter Juryutvalgets oppfatning at eventuelle retningslinjer må oppfylle 7 punkter:

1) Alle dommerne må få gi sine syn på de spørsmål som skal besvares, herunder om det påståtte forholdet rammes av et straffebed, om det er bevist at forholdet beskrevet i tiltalen har funnet sted, om handlingen er begått av tiltalte, om tiltalte har utvist tilstrekkelig skyld og om det foreligger straffrihetsgrunner. Da vil man sikre at ulike synspunkter innhentes, og et godt fundament for meningsutveksling. 2) Meddommernes selvstendighet må sikres, eksempelvis ved at meddommerne får gi sine synspunkt *før* fagdommeren. 3) Det må legges til rette for at terskelen for å fremsette oppfatninger og teorier om det hendelsesforløpet som er påstått i tiltalen. 4) Diskusjonen skal først starte etter at hvert enkelt medlem i retten har gitt sine synspunkt. 5) Rettens leder må sikre en strukturert diskusjon og styre ordet, slik at de mest forsiktede medlemmene av retten også blir anmodet om å komme med sine synspunkt. 6) Det må tas ofte pauser. Da gis den enkelte dommer anledning til å tenke og reflektere over spørsmålene. 7) Etter at diskusjonen anses ferdig, skal det på nytt tas en pause før hvert medlem igjen skal gi sine standpunkt til spørsmålene i saken. Først da kan votering finne sted.²²⁵

Til tross for utførlige drøftelser knyttet til hvordan rådslagningen ideelt sett burde gjennomføres, var ikke departementet enig i at det var nødvendig å implementere retningslinjer som ivaretok de ovennevnte punkter, siden det ikke var påvist et tilstrekkelig behov for slike. Departementet ønsket derfor å utsette spørsmålet til vedtakelsen av ny straffeprosesslov.²²⁶ Anmodningen har ikke blitt fulgt opp, og det er ikke vedtatt faste retningslinjer for hvordan rettens medlemmer skal diskutere seg frem til riktig faktum.

Slik straffeprosessens system er i dag, er det opp til den enkelte dommer å avgjøre hvordan rådslagning gjennomføres. Hvilke psykologiske konsekvenser reguleringen har, herunder om hvorvidt rådslagning bidrar, eller om den eventuelt *kan* bidra til reduksjon av risiko for justismord, vil gjennomgås i det følgende.

²²⁵ NOU 2011:13 Juryutvalget – Når sant skal skrives, side 165.

²²⁶ Prop.70 L (2016–2017) Endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen), side 28 med videre henvisning til NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov.

8.3 Hva sier psykologien om rettens rådslagning og sammensetting?

8.3.1 Innledende om gruppevurderinger

I løpet av hovedforhandlingen er fagdommeren og de to meddommerne etterlatt til seg selv. Hver enkelt dommer skal ha dannet seg en formening om hva som anses bevist: om bevisdataen og bevisfaktaen er tilstrekkelig for å konstatere at beviskravene til de ulike bevistemaene er oppfylt, slik at det kan legges til grunn som rettsfakta. Disse individuelle bevisvurderingene kan være full av støy og psykologiske skjevheter.²²⁷

I rådslagningen er idealet at dommerne skal sammenholde bevisene opp mot hverandre og foreta en fornuftig vekting av bevisene, slik at retten som sådan gjør en betryggende vekting av bevisene i saken, og at avgjørelsen av skyldspørsmålet dermed er fundert på et objektivt og rasjonelt grunnlag.²²⁸ Spørsmålet blir da om reguleringen av rettens sammensetting og rådslagning legger opp til at støy og skjevhetspåvirkning reduseres.

I psykologien er dette et komplisert og interessant spørsmål, og avhenger i stor grad av gjennomføringsmåten av gruppevurderingen. I utgangspunktet gjelder «massenes visdom». Dette går ut på at gjennomsnittet av *uavhengige* vurderinger til forskjellige personer forbedrer vanligvis nøyaktigheten til de beslutningene som skal tas (min utheving).²²⁹ Massenes visdom vil særlig kunne være effektiv i heterogene gruppesammensettinger, da de individuelle vurderingene til gruppedeltakerne vil kunne variere utfra den livserfaring, samfunnstilhørighet m.m.

Støy og skjevheter vil altså – i alle fall et stykke på veien – kunne reduseres ved å innhente vurderinger fra ulike mennesker. Gjennomsnittet av vurderingene vil kunne dreie beslutningen til et materielt riktig resultat. Det er gjort flere studier som understøtter dette, og poenget er at dersom du kan få uavhengige vurderinger fra andre, bør disse synspunktene innhentes. Desto flere uavhengige vurderinger som innhentes, desto større sannsynlighet er

²²⁷ Se oppgavens punkt 2-7.

²²⁸ Se punkt 4.4 flg., om rettens avgjørelsesgrunnlag.

²²⁹ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021, side 86.

det for at gjennomsnittet av disse vurderingene er nærmere det riktige resultatet. Altså, visdommen til massen er stort sett bedre enn den enkelte beslutningstakers vurdering.²³⁰

Følgelig vil psykologiske skjevheter og støy kunne reduseres ved å innhente alternative synspunkter fra de ulike dommerne.²³¹ Eksempelvis kan den «strenge dommeren» uttale at det foreligger «rimelig og «fornuftig» tvil, mens den milde dommeren hevder at det foreligger tvil, men at denne ikke er tilstrekkelig plausibel til å kunne konkludere med at tvilen også er «rimelig». Selv om begge vurderingene er påvirket av både skjevheter, og utsatt for støy, kan innhenting av disse alternative synspunktene i teorien dreie beviskravet og bevisvurderingene til et mer realistisk og nøyaktig utgangspunkt: et sted mellom de to individuelle vurderingene. Å innhente et tredje standpunkt fra den siste dommeren, kan igjen bidra til å styrke beslutningen til en riktigere anvendelse av beviskravet. En grunnleggende forutsetning for å dra nytte av visenes masse, er imidlertid at synspunktene til de enkelte dommerne er *uavhengige*. Først da vil innhenting av alternative meninger kunne bidra til økt beslutningskvalitet, slik at risikoen for justismord reduseres.

Problemet med utgangspunktet om visenes masse, er som Hesselberg påpeker, at mennesker generelt er litt konfliktsky. Gruppevurderinger kan fort resultere i at man ønsker enighet fremfor å treffe den riktige beslutningen. Dette skjer typisk uten at man merker det; en åpen og fri diskusjon vil kunne gjøre at samtalen styres i retning av harmoni, samarbeid og konformitet, fremfor beslutningskvalitet. Gruppevurderinger kan dermed bidra til å forsterke effekten av både skjevheter og støy. Grunnen til dette er at gruppevurderinger i seg selv kan utsette medlemmene for særskilte skjevheter, herunder *evalueringssangst*, *falsk konsensusfellen*, *sosial loffing*, *autoritetsfellen* og *polariseringsfellen*.²³² I det følgende vil det redegjøres for enkelte av disse skjevhetene som er særlig relevant for rådslagningens eventuelle risikoreduksjon for justismord.

²³⁰ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021, side 88.

²³¹ Begrunnelsen for lekfolks deltakelse i strafferettspleien har dermed støtte i psykologien, se punkt 8.2.2.

²³² Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 130, og side 140-153.

8.3.2 Evalueringsangst

Fenomenet evalueringsangst er en særlig årsak til hvorfor grupper ofte blir enige på bekostning av den beslutningskvaliteten som egentlig kunne vært sikret ved innhenting av «massenes visdom». Begrepet brukes for den frykten enkeltindivid har for å få negative tilbakemeldinger. Den frykten vil kunne kneble gruppe medlemmene og stagge informasjonsflyten som ideelt sett burde vært delt mellom medlemmene.²³³

Dette psykologiske fenomenet har en sterk påvirkning på beslutningstakere, og er dokumentert i en rekke studier, og Hesselberg trekker frem flere. Felles for disse, er at beslutningene til forsøkspersonene klart lar seg påvirke av taust gruppepress. Dersom andre deltakere svarer det forsøkspersonen opprinnelig anså som *åpenbart* feil, vil forsøkspersonen mest sannsynlig ende opp med å svare i tråd med «gruppesvaret», selv om det strider mot forsøkspersonens egne vurderinger. For å illustrere effekten viste Hesselberg til forsøk hvor forsøkspersonene skulle matche lengden på en strek med tre andre streker i ulik lengde. Svaret var åpenbart, men når de andre deltagerne bevisst svarte feil, begynte forsøkspersonen å tvile på sin egen evalueringsevne, og valgte heller å svare som de andre.²³⁴

I gruppevurderinger er altså evalueringsangst et fremtredende fenomen som kan bidra til at synspunktene til personlighetstyper som er mer konfliktsky og introverte, ikke blir hørt, eventuelt at synspunktene til disse endres i tråd med det majoriteten sier. Dersom synspunktene endres, og bare det endrede synspunktene fremføres, vil ikke effekten til «massenes visdom» bidra til at beslutningskvaliteten økes. Man blir da stående ved utgangspunktet; at bevisvurderingene og anvendelsen av beviskravet er påvirket av skjevheter, og at nivå-, og mønsterstøy er muligjort.

8.3.3 Autoritetsfellen

En ytterligere forklaring på hvorfor gruppevurderinger – på generell basis – ikke drar tilstrekkelig nytte av «massenes visdom», er autoritetsfellen. Dette er en psykologisk skjevhet som går ut på at argumentene til én eller flere i gruppen får uforholdsmessig mye å si for den avgjørelsen som skal tas. Som Hesselberg påpeker, har mennesker en naturlig tendens til å

²³³ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 143.

²³⁴ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 140-141.

dilte etter andre mennesker som av ulike årsaker fremstår som mer autoritativ enn andre. Typisk slike autoritetsfigurer er ledere.²³⁵

Denne skjevheten er imidlertid ikke begrenset til situasjoner hvor det er én utpekt leder. Autoritetsfellen kan også påvirke beslutningen dersom en av gruppemedlemmene uttaler seg med sikkerhet om den avgjørelsen som skal tas.²³⁶ I slike tilfeller vil det altså ikke være en utpekt leder i utgangspunktet, men vedkommende vil fremstå mer autoritær ved sin væremåte i gruppediskusjonen. Gruppebeslutningen som skal tas, vil dermed kunne være påvirket uforholdsmessig mye av hva den tilsynelatende autoritære personen har uttalt, til tross for at argumentene ikke nødvendigvis er bedre enn andres.

8.3.4 Polariseringsfellen

En tredje svakhet ved rådslagning er *polariseringsfellen*. Denne psykologiske skjevheten går ut på at beslutningene som en gruppe lander på, ofte er mer ekstreme enn det man kan forvente ut ifra enkeltmedlemmenes holdninger før gruppen møtes til diskusjon.²³⁷

Studier som påviser denne effekten, er bl.a. juristen Cass Sunsteins og Daniel Kahnemans forskning på jurymedlemmer. I 2000 gjennomførte de en studie med over tre tusen mennesker. Medlemmene ble fordelt i fem hundre ulike juryer som skulle bestemme straffutmåling i noen forhåndsbestemte straffesaker. Oppgaven til medlemmene var å evaluere straffutmåling på egenhånd, etter å ha studert straffesaken, og deretter diskutere med de andre jurymedlemmene. Siktemålet var å måle differansen mellom utgangspunktet de ulike medlemmene hadde før diskusjonen, og sammenligne det med standpunktet som ble fastslått etter diskusjonen. Resultatet var at medlemmene i de ulike juryene ble vesentlig mer ekstreme i sine standpunkt.²³⁸

Forklaringen på fenomenet gir Hesselberg. Han skriver at mennesker har en tendens til å søke konsensus, eller mer korrekt, det vi antar er konsensus i gruppen. I en gruppesituasjon er det

²³⁵ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 150.

²³⁶ Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag 2021, side 97.

²³⁷ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 151.

²³⁸ Schkade, D., C. R. Sunstein og D. Kahneman, «Deliberating about dollars: The severity shift» *Columbia law review*, 100, nr. 4, 2000, s. 1139-1175.

garantert medlemmer som har sterkere mening enn andre, og dersom disse meningene blir fremført – og argumentert for – vil medlemmer som ikke har like skråsikre standpunkt, få høre uforholdsmessig mye argumentasjon for ett synspunkt. Eventuelle motstridende synspunkter av medlemmer som ikke er like skråsikre, vil da være særlig utsatt for evalueringsangst; gruppedynamikken tilsier at det ikke vil være gehør for alternative standpunkt. Dette kan føre til en ond sirkel hvoretter de skråsikre medlemmene får høre uforholdsmessig *få* argumenter som taler imot deres forhåndsinntatte standpunkt. Gruppen flytter seg da i samme retning, og polariseringsfellen har inntrådt.²³⁹

Gruppepolarisering innebærer da at psykologiske skjevheter og støy som har påvirket enkeltpersonenes vurderinger før gruppediskusjonen, forsterkes ved å diskutere i grupper. Altså, vil ikke massenes visdom korrigere og jevne ut feilvurderingene til den enkelte. Diskusjonen vil heller forsterke de.

8.4 Vurdering av rettens sammensetting og rådslagnings reparasjonsevne

8.4.1 Utgangspunktet om massenes visdom og lekfolk

Formålet som søkes ivaretatt ved rettens sammensetting og rådslagningen, er at det skal innhentes synspunkter fra heterogene gruppedeltakere. Antagelsen er at ulik samfunnsmessig tilhørighet, livserfaring m.m., styrker beslutningskvaliteten til retten.²⁴⁰ I lys av psykologisk forskning er denne antagelsen fornuftig. Massenes visdom tilsier at til tross for at alle dommerne utsettes for de samme skjevhetene, og at den skjønsmessige rammen er den samme for alle, vil det være positivt at gruppedeltakerne påvirkes på ulik måte. Da vil synspunktene på bevisførselen kunne variere i takt med den varierende skjevhetspåvirkningen, nivåstøyet, og mønsterstøyet til de enkelte dommerne.

For eksempel vil det være positivt for sakens beste opplysning dersom den ene dommeren – som er særlig påvirket av bekreftelsesfeller, og at disse har farget den etterfølgende bevisførselen – får høre synspunkter fra en annen dommer som ikke er påvirket i lik grad av bekreftelsesfeller. Da vil innhenting av vurderingen til den andre dommeren kunne redusere virkningen av skjevhetene for den første dommeren, og avgjørelsen av skyldspørsmålet vil da

²³⁹ Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger : om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag 2022, side 152-153.

²⁴⁰ Se særlig punkt 8.2.flg., som drøfter begrunnelsen for lekfolks deltakelse i strafferettspleien.

kunne sikres på en bedre måte. Lekfolks deltakelse i rettens sammensetting sikrer en heterogen gruppe dommere, og rådslagingen er derfor i utgangspunktet egnet til å redusere risikoen for justismord.

Selv om rådslagning og rettens sammensetting i utgangspunktet er fornuftig – i lys av den psykologiske forskningen som er gjennomgått – er det grunnleggende for risikoreduksjon at innhenting av synspunktene på bevisførselen er *uavhengige* hverandre.²⁴¹ Når det er opp til fagdommerens skjønn å avgjøre hvordan diskusjonen skal foregå, vil konsekvensen være at enkelte dommersammensettinger har gode beslutningsmiljø – slik at diskusjonene reduserer skjevhetspåvirkning og støy – mens andre dommersammensettinger vil kunne bidra til det motsatte.

I fravær av klare retningslinjer, vil skjevheter som autoritetsfellen kunne bidra til at risikoen for justismord økes. Fagdommeres erfaring og stilling vil kunne medføre at de fremstår som naturlig autoritativ i rådslagningssituasjonen. Dette kan gjøre at synspunktene deres får uforholdsmessig mye vekt, til tross for at fagdommere og meddommere formelt sett likestilles i rådslagningen.²⁴²

I tillegg vil polariseringsfellen kunne bidra til at risikoen for justismord økes. Dersom én av dommerne har et klart standpunkt i starten av en rådslagning, og argumenterer for sitt synspunkt, vil de andre dommerne kunne påvirkes uforholdsmessig mye av den argumentasjonen de hører. Siden skråsikre synspunkt er særlig egnet til å påvirke de dommerne som er i tvil, vil ønsket om å oppklare saken – oppnå konformitet – kunne bidra til at tvilen ikke blir uttrykt i rådslagningen. Dette er særlig problematisk ettersom skråsikkerhet ofte er forbundet med uønsket System 1-tenkning. Kjennetegnet til System 2-tenkning er kognitiv anstrengelse og det å være tvilende til egne standpunkt.²⁴³ Å kjenne på tvil er altså et godt utgangspunkt for rådslagningen: Det er et tegn på at medlemmene i utgangspunktet anla bedre beslutningsstrategier i løpet av hovedforhandlingen, men paradoksalt vil slik – positiv tvil – være særlig utsatt for irrasjonell påvirkning i den etterfølgende gruppediskusjonen.

Siden gjennomføringsmåten til rådslagning er skjønnsmessig, vil diskusjonsklimaene kunne variere i tråd med fagdommernes preferanser. Siden risikoen for justismord *kan* reduseres ved

²⁴¹ Se punkt 8.3.1.

²⁴² Om forholdet mellom lekdommere og fagdommere se punkt 8.2.1 og særlig punkt 8.2.2.

²⁴³ Se punkt 5 flg.

at dommernes uavhengige synspunkter innhentes, vil det være enkelte saker hvor dommerne oppnår reduksjon av skjevheter og støy, mens i andre saker forsterkes skjevhetspåvirkningen og støy. Siden risikoen for justismord økes i enkelte saker – utelukkende på grunn av hvordan rådslagning gjennomføres – er det dypt problematisk at det ikke er vedtatt retningslinjer som sikrer at rådslagning gjennomføres på en skjevhets-, og støyreducerende måte.

8.4.2 Hva kan gjøres for å forbedre rettens rådslagning?

Siden rådslagning *kan* benytte seg av fenomenet «massenes visdom», er det urimelig at bruken av dette fenomenet – og dens måloppnåelse – er betinget av hvordan fagdommeren skjønnsmessig avholder rådslagningen. Straffeprosessens rammer for faktumfastsettelse burde dermed sørge for at rådslagningen gjennomføres på en måte som nøytraliserer evalueringsangst, autoritets-, og polariseringsfellen. Først da vil «massenes visdom» sørge for bedre beslutningskvalitet; støy og skjevheter i de rettslige rammene for faktumfastsettelsen vil kunne reduseres.²⁴⁴ Tidligere redegjorde jeg for en liste over ulike poeng som var ønskelig å få ivaretatt ved å innføre retningslinjer for rettens rådslagning.²⁴⁵ Ettersom listen tar sikte på å innhente uavhengige vurderinger, kan den være et egnet utgangspunkt for eventuelle retningslinjer for rådslagningen.

Juryutvalget formulerte også et instruksutkast basert på denne listen. I utkastet foreslås det bl.a., at rådslagningen innledes ved at rettens leder klargjør sakens rettslige problemstillinger, og deretter redegjør for prinsippet om fri bevisbedømmelse og beviskravet. Dernest innledes rådslagningen med at «hver dommer gis anledning til å uttale seg om de spørsmål som skal besvares». I tillegg skal rettens leder legge til rette for at alle får uttrykt sine standpunkt, og at standpunktene blir tatt til betraktning. Rettens leder skal også sørge for at det legges inn «tilstrekkelig med pauser under rådslagningen».²⁴⁶

Fordelen med utkastet er at den tar sikte på å gjøre det obligatorisk for alle dommerne å komme med sine synspunkter. Følgelig vil de introverte og konfliktsky tvinges til å ytre meningene sine. På denne måten vil retten innhente alternative synspunkt, og formålet med heterogen dommersammensetting oppfylles.²⁴⁷ Siden det også er vanskelig for den enkelte dommeren å få med seg alt av bevisførselen, kan det være positivt å få høre fra de andre

²⁴⁴ Se oppgavens punkt 2 til 7.

²⁴⁵ Se Punkt 8.2.3, hvor Juryutvalget gir en liste på 7 punkter som rådslagningen bør ivareta.

²⁴⁶ NOU 2011:13 Juryutvalget – Når sant skal skrives, side 166.

²⁴⁷ Se punkt 8.2.2.

dommerne om bevis som kanskje er glemt, neglisjert eller på annet vis fortrenget på grunn av psykologiske skjevheter.²⁴⁸

En svakhet ved utkastet, er imidlertid at retningslinjen ikke sørger for at den enkelte dommeren uttaler, faktisk er antagelsene som vedkommende hadde etter fullført hovedforhandling. Effekten av autoritets-, polariseringsfellen og evalueringsangst nøytraliseres ikke nødvendigvis ved at hver dommer må redegjøre for sitt standpunkt dersom de gjør dette i suksessjon. Da vil dommer nr. 2 og nr. 3 kunne kalibrere sine synspunkter slik at de dreier seg i retning av det den første dommeren sa.²⁴⁹ Denne svakheten i retningslinjene som Juryutvalget foreslo, burde forbedres.

Som en mulig forbedring kan det være formålstjenlig at hver dommer skriver ned sine standpunkt knyttet til de ulike rettslige spørsmålene som fagdommeren har innledet rådslagningen med. Når hver av dommerne deretter får ordet, bør det ikke gjøres som en åpen diskusjon. Istedenfor kan dommerne lese opp de synspunktene som de har skrevet ned i forkant av diskusjonen. Da får dommerne høre hverandres *uavhengige* standpunkt, og effekten av «massenes visdom» sikres på en bedre måte.²⁵⁰

En svakhet ved denne modifikasjonen er imidlertid effektivitetshensynet. Det er klart at det vil kreve mer av dommerne, og muligens også ta lengre tid dersom de skal skrive ned standpunktene sine, og dernest fremføre og diskutere det i gruppe etterpå. Men, som oppgaven har redegjort for, er de rettslige rammene for faktumfastsettelse gjennomsyret av faktiske situasjoner som utsetter dommerne for skjevheter.²⁵¹ Støy er muliggjort gjennom skjønnsutøvelsen, og rådslagningen i seg selv kan bidra til å øke eller forsterke påvirkningen av disse.²⁵²

Siden rådslagning til en viss grad kan bidra til å sørge for en delvis nøytralisering av disse svakhetene, bør det implementeres endringer som muliggjør nettopp dette, til tross for at det er ressurskrevende; det er tross alt tale om ondepåføring av staten, og da bør straffeprosessen

²⁴⁸ Se særlig punkt 6.3 flg., som omhandler bekreftelsesfeller og tendensen til å fortrenge bevis som ikke støtter den antagelsen man – på et tidlig tidspunkt – har fått.

²⁴⁹ Se oppgavens punkt 8.3 flg.

²⁵⁰ Se punkt 8.3.1.

²⁵¹ Se punkt 5 til 7.

²⁵² Se punkt 2 til 5.

sørge for at justismord avverges, i alle fall når det gis konkrete forbedringsforslag som kan bidra til å redusere risikoen for justismord.²⁵³

Rådslagning er altså i utgangspunktet egnet til å redusere påvirkningen fra skjevheter og redusere støy. Men, dersom denne rettssikkerhetsgarantien skal effektiviseres, bør det fastslås konkrete retningslinjer for rådslagning, slik at dommernes uavhengige meninger innhentes. Først da vil rådslagningen oppfylle sin funksjon som rettssikkerhetsgaranti: å sikre bedre beslutningskvalitet slik at risikoen for justismord reduseres. All den tid slike retningslinjer ikke er vedtatt, foreligger det en risiko for at de skjevhetene og støyen som de rettslige rammene for faktumfastsettelse åpner for, kan forårsake justismord.

9 Reparerer kravet til domsgrunner risikoen for justismord?

9.1 Introduksjon til problemstillingen

Uavhengig hvordan dommerne diskuterer i rådslagningen, og hvilke oppfatninger de enkelte dommerne har om beviskravet er oppfylt, skal avgjørelsen resulteres i en tekst; et skrevet dokument som gir grunnlag for domstolenes vurderinger av både faktiske og rettslige spørsmål som har vært reist under hovedforhandlingen.

I straffeprosessloven §§ 39 og 40 er det derfor gitt særskilte regler som stiller krav til hvordan dette skrevne dokumentet skal utformes, samt hva teksten skal inneholde av redegjørelser for hvordan dommerne har kommet til det resultatet de har kommet til. Siden System 2 kognisjon kjennetegnes ved kognitiv anstrengelse og bearbeiding av bevis, er det et interessant psykologisk og rettslig spørsmål om de risikofaktorene som har blitt identifisert i oppgaven repareres ved at domstolene tvinges til å begrunne avgjørelsen sin.²⁵⁴

Som Høyesterett har fastslått, skal kravet til domsgrunner «sikre en *reell og samvittighetsfull vurdering, etterprøvnbarhet og en effektiv rett til overprøving.*».²⁵⁵ Som «reell og «samvittighetsfull vurdering» antyder, er det en forventning om at rettens avgjørelser rasjonaliseres ved at den skriftlige argumentasjonen som ligger til grunn for rettens

²⁵³ Se punkt 1.1.2 for straffens substansielle definisjon som ondepåføring.

²⁵⁴ Se oppgavens punkt 5 flg.

²⁵⁵ HR-2009-1192-P – Rt-2009-750 Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 35 (original kursivering).

avgjørelse, nedtegnes.²⁵⁶ M.a.o., er det et sentralt hensyn at begrunnelsesplikten skal redusere risikoen for justismord. Dette er ikke uttrykkelig slått fast av Høyesterett, men støtte for slutningen finnes i Rt. 2009 s. 750, hvor Høyesterett sa at kravene skal sikre en «grundig» og gjennomtenkt vurdering.²⁵⁷

Siden kravet til domsgrunner skal sørge for en rasjonalisering av rettens avgjørelser, er det en forutsetning for god måloppnåelse, at kravet reparerer risikoen som skjevheter og støy utgjør for justismord. I hvilken grad begrunnelseskravet gjør dette, avhenger av innholdet i kravet, og om dette er tilstrekkelig for at dommernes tvinges til målrettet System 2 kognisjon.²⁵⁸ Et krav om at retten skal gjøre omfattende redegjørelser for sine avgjørelser, fordrer at System 2 anvendes i større grad enn dersom kravet pålegger retten å gi overfladiske begrunnelser. Måloppnåelsen av den rettssikkerhetsfunksjonen som kravet til domsgrunner er ment å ha, er dermed svært avhengig av det konkrete innholdet av reglene. Det er dette som vil gjennomgå i det følgende.

9.2 Det rettslige grunnlaget for kravet til domsgrunner

9.2.1 Kravet om å angi sakens gjenstand

Det går et hovedskille mellom krav som stilles til å angi sakens gjenstand, og hvilke bevismessige resultat domstolene bygger sin avgjørelse på. Det førstnevnte er regulert i straffeprosessloven § 39 første ledd nr. 1: retten må gi en kort fremstilling av «sakens gjenstand med de krav som er gjort gjeldende».

Som ordene «sakens gjenstand» tilsier, må retten oppsummere hovedpunktene i straffesaken, herunder hvilke straffebud tiltalen går ut på, og hvilke krav påtalemyndigheten fremsetter. M.a.o., stilles det krav om at retten gir en gjengivelse av tiltalebeslutningens innhold i sine domsgrunner.²⁵⁹ Det er da likelydende krav til rettens angivelse av sakens gjenstand, som det gjelder for påtalemyndighetens utforming av tiltalebeslutning, jf. strpl. § 252. For dette innholdet, vises det til oppgavens punkt 6.2.1.

²⁵⁶ Se NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov, side 403, som uttrykkelig fastslår dette.

²⁵⁷ HR-2009-1192-P – Rt-2009-750 Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 22 med videre henvisninger til HR-2008-2175-S – Rt-2008-1764 Norges Høyesterett – Kjennelse, avsnitt 90-91.

²⁵⁸ Se oppgavens punkt 5 flg.

²⁵⁹ En slik forståelse er også lagt til grunn i Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo, Universitetsforl., (2016), på side 287.

9.2.2 Kravet om å angi rettens bevisresultat

9.2.2.1 Utgangspunkt

At det stilles krav til gjengivelse av rettens bevisresultat, er hjemlet i strpl. § 40. Som det heter i første ledd første punktum, «skal» domsgrunnene for «skyldspørsmålet» angis på en «bestemt og uttømmende måte», slik at saksforholdet som retten har funnet bevist som grunnlag for dommen angis. Dette gjelder i de saker hvor skyldspørsmålet anses oppfylt.

Som ordene «bestemt» og «uttømmende» tilsier, må bevisresultatet fremstilles i domsgrunnene på en måte som gjør det klart for leseren hvilke bevis som var utslagsgivende for hvorfor samtlige vilkår for straffbarhet var oppfylt, jf. ordet «skyldspørsmålet». Denne slutningen støtter Høyesterett.²⁶⁰ De objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene for å ilegge straff har oppgaven behandlet i punkt 3.1 flg.

Kravet til å fremstille bevisresultatet innebærer dermed at rettens domsgrunner må inneholde en sammenhengende fortelling – basert på bevisførselen – som innholdsmessig dekker alle rettsfakta som er nødvendig for å straffe tiltalte.

9.2.2.2 Ytterlige krav om å angi bevisvurderinger i meddommersaker

I de fleste straffesaker – hvor retten settes med meddommere – er det gitt ytterligere krav til begrunnelse av bevisresultatet i strpl. § 40 fjerde ledd.²⁶¹ Da skal retten også «angi hovedpunktene i rettens bevisvurdering».

Siden rettens bevisvurderinger er definert som hvordan bevisførselen avveies og vektet mot hverandre, må retten da – i sin begrunnelse av bevisresultatet – synliggjøre hvordan bevismidlene har vært vektet mot hverandre. Hvilke bevistema som utløser denne begrunnelsesplikten, samt hvor utførlig begrunnelsen skal være, gir imidlertid bestemmelsens ordlyd lite veiledning om.

²⁶⁰ Se HR-2007-799-A – Rt-2007-676 Norges Høyesterett – Kjennelse avsnitt 19-20, og HR-2019-992-U Norges Høyesteretts ankeutvalg – Dom, avsnitt 12.

²⁶¹ Se punkt 8.2 for gjennomgangen av rettens sammensetting, herunder i hvilke saker retten settes med meddommere.

I forarbeidene fremgår det derimot at retten skal redegjøre for hva som har vært de «springende punkter» ved bevisvurderingen, og «kort» angi hva som har vært avgjørende for bevisvurderingen.²⁶² Høyesterett har gitt sin tilslutning til denne forarbeidsuttalelsen.²⁶³

At bevisvurderingenes «springende punkter» skal identifiseres, tilsier at dersom et rettsfakta er omtvistet, skal de motstridende synspunktene som bevismidlene gir grunnlag for, identifiseres og skrives ned i domsgrunnene. Formuleringen «skal redegjøre ... for de springende punkter» tilsier også at samtlige omtvistede rettsfakta knyttet til skyldspørsmålet skal identifiseres, skrives ned og begrunnes. Utførligheten av dette må imidlertid ikke bli for stor. Retten må forholde seg «kort» i gjengivelsene sine.

Det kan innvendes mot gjengivelsen ovenfor at Høyesterett synes å ha relativisert begrunnelsesplikten i Rt. 2009 s. 1439. Der slås det fast at det stort sett vil fremgå uttrykkelig av sammenhengen hvilke bevis som var avgjørende for det bevisresultat som ble lagt til grunn. Da vil det ikke være behov for noen ytterligere redegjørelse av de springende punkter i bevisvurderingen. Videre vil det også i en del tilfeller «*ikke være mulig å gi en presis forklaring – vurderingen av et vitnes troverdighet vil for eksempel ofte baseres på et inntrykk som har festnet seg over tid, og hvor det kan være vanskelig å peke på en enkelt faktor som utslagsgivende.*» Men, dersom det foreligger et springende punkt som «kan beskrives og forklares», vil det være nødvendig med ytterligere redegjørelse (min kursivering).²⁶⁴

Relativiseringen av begrunnelsesplikten innebærer dermed at domstolene er gitt en skjønsmessig adgang til å selv vurdere behovet for ytterligere redegjørelse, og i så fall hvor utførlig denne skal være.²⁶⁵ Det er imidlertid viktig å understreke at selv om begrunnelsesplikten relativiseres, er kjernen i begrunnelsesplikten likevel at ethvert omtvistet bevisstema begrunnes. Dette kan utledes av både ordlyden i strpl. § 40 fjerde ledd, samt forarbeidsuttalelsen som Høyesterett ga sin tilslutning til.²⁶⁶

²⁶² Ot.prp.nr.78 (1992–1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (to-instansbehandling, anke og juryordning), side 77-78.

²⁶³ Se HR-2009-1192-P – Rt-2009-750 Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 75-76.

²⁶⁴ HR-2009-2153-A – Rt-2009-1439 Norges Høyesterett – Dom, avsnitt 29.

²⁶⁵ Se også HR-2009-1801-U – Rt-2009-1109 Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse avsnitt 41, og HR-2017-1784-U Norges Høyesteretts ankeutvalg – Beslutning, avsnitt 10-11.

²⁶⁶ Se punkt ovenfor i punkt 9.2.4., hvorefter rettsgrunnlaget gjennomgås.

I tråd med det som er sagt ovenfor, legger også Jussi Erik Pedersen til grunn at «samtlige omtvistede bevisetema» som demonstrerer at vilkårene for straffbarhet er oppfylt, «krever en begrunnelse... [men det vil] kunne variere mye hvor inngående et omtvistet bevisetema må begrunnes.».²⁶⁷ Øyen støtter dette synspunktet og skriver at når det er «langt fra gitt at de bevis retten bygger på, kan ha en slik pålitelighet, eller de vitner retten bygger på, kan ha en slik troverdighet at beviskravet er oppfylt», vil det være behov for en mer utførlig begrunnelse av bevisresultatet. Eksempelvis vil det være en sterk indikator for en mer utførlig begrunnelse dersom tiltalte har kommet med konkrete og godt begrunnede innvendinger når det gjelder pålitelighet eller troverdighet.²⁶⁸

For å oppsummere, innebærer kravet til å angi rettens bevisresultat, at domstolene må skrive en utførlig begrunnelse av de bevisvurderinger som ligger til grunn for avgjørelsen, når bevisituasjonen er uklar. Dersom det foreligger konkrete omstendigheter som tilsier at sentrale bevis' vekt svekkes – eksempelvis at en forklaring ikke er troverdig – vil det være nødvendig å redegjøre hvorfor forklaringen ble ansett troverdig, på bekostning av de bevisene som tilsa det motsatte.

I det følgende vil de psykologiske konsekvensene for begrunnelsesplikten undersøkes. Det vil da undersøkes om begrunnelseskravet reduserer risikoen som støy og psykologiske skjevheter utgjør for at justismord begås.

9.3 Hva sier psykologien om kravet til domsgrunner?

Som den psykologiske forskningen som er presentert tidligere i oppgaven fastslår, vil bevisvurderingenes og beviskravets skjønnsmessige natur produsere støy.²⁶⁹ De ulike faktiske situasjonene som dommerne utsettes for utgjør også en risiko for at bevisvurderingene blir mindre rasjonelle.²⁷⁰ Det automatiske svaret – dommernes skjønnsmessige utgangspunkt – er at tiltalebeslutningen gir uttrykk for den materielle sannhet, siden dette stort sett stemmer med virkeligheten, og dommere vil kjenne en tilbøyelighet til å legge til grunn dette som sitt

²⁶⁷ Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo, Universitetsforl., (2016), side 354.

²⁶⁸ Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget 2019 side 483.

²⁶⁹ Se punkt 2 flg., og punkt 3 t.o.m. punkt 4.

²⁷⁰ Se punkt 5 til 8, hvor rekkefølgen til bevisførsel, framføringsmåten til bevis, og rettens sammensetting gjennomgås, samt de psykologiske implikasjonene av reguleringen.

bevisresultat.²⁷¹ System 1 tenkning vil derfor foreslå en intuitiv konklusjon allerede fra starten av hovedforhandlingen, og dette kan farge hvordan retten vurderer den ytterlige bevisførselen.

Rekkefølgen og framføringsmåten til bevis, samt hvordan rådslagningen gjennomføres utsetter domstolene for skjevheter, som eksempelvis bekreftelsesfeller og overdreven koherens.²⁷² Disse kan bidra til at bevisvurderingene blir mindre rasjonelle, og utgjøre en risiko for justismord. For å unngå, eller i alle fall til en viss grad nøytralisere skjevhetspåvirkningen og muligheten for støy, kan dommerne benytte seg av målrettet System 2 kognisjon. Slik tenkning kjennetegnes ved langsom bearbeiding av beslutningsoppgaven, og kognitiv anstrengelse.²⁷³

Dersom straffeprosessens system for faktumfastsettelse tilrettelegger for System 2 kognisjon, vil dette altså kunne begrense effekten av skjevheter, og på samme tid redusere støyproduksjonen i avgjørelsen av skyldspørsmålet.²⁷⁴ Obligatoriske retningslinjer som sikrer System 2 kognisjon er derfor egnet til å redusere risikoen for justismord. Slik kognisjon bidrar til å avsløre om dommernes eventuelle overbevisning knyttet til beviskravets oppfyllelse, er fundert på irrasjonelle følelser og informasjon som er illegitim å vektlegge i rettens avgjørelsesgrunnlag.²⁷⁵

9.4 Vurdering av domsgrunners reparasjonsevne

9.4.1 Utgangspunkt

Ett av de grunnleggende siktemålene begrunnelsesplikten hos dommere, er at det skal bidra til en samvittighetsfull og reell prøving av bevisførselen, og at beslutningskvaliteten styrkes ved at retten tvinges til å bearbeide bevis og angi disse særskilt i domsgrunnene.²⁷⁶

Kravet til domsgrunner tvinger dommerne til å gjennomgå bevisførselen sin på en målrettet måte: De skal foreta bevisvurderinger som skal resultere i et skrevet dokument som da kan gjennomgås av andre. Siden kravet fordrer at dommerne skal rettferdiggjøre faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet, tvinges retten til å rette oppmerksomheten spesifikt til

²⁷¹ Se særlig punkt 5.3.

²⁷² Se oppgavens punkt 6.3, 7.3, og 8.3.

²⁷³ Se oppgavens punkt 5.1.

²⁷⁴ Se punkt 2.3 og 5 flg.

²⁷⁵ For hva som er legitimt å vektlegge i rettens bevisvurderinger vises det til punkt 4.4 flg.

²⁷⁶ Se punkt 9.2.2.

de «springende» punkter i bevisførselen. På dette viset kan domsgrunner sørge for at rettens overbevisning om tiltaltes skyld ikke skyldes irrasjonelle følelser og informasjon som ikke skal vektlegges. Siden domsgrunner da bidrar til System 2 tenkning, er kravet et godt bidrag til å redusere risikoen for justismord.

Hvor effektiv rettssikkerhetsfunksjonen er imidlertid usikkert. Som vist innebærer vekselvirkningen mellom System 1 og System 2, at det er svært vanskelig å omstille seg kognitivt for å undersøke om oppfatningene knyttet til sakens faktum – herunder om beviskravet er oppfylt eller ikke – er fundert på System 1 skjevheter, eller ikke.²⁷⁷

Ofte vil overbevisninger i realiteten være påvirket av irrasjonalitet og subjektive forhold, uten at man selv er klar over det. Bekreftelsesfellen kan i så måte bidra til at rettens medlemmer i etterkant søker informasjon som bekrefter den konklusjonen som er inntatt, og velger i måten domsgrunnene formuleres på, å fremheve nettopp disse bekreftende bevisene, istedenfor å gi motstridende bevis den vekten de objektivt sett burde ha fått. Altså, vil det være enklere å begrunne bevisresultatet i ettertid, og få slutningen til å fremstå logisk holdbar, når den i realiteten ikke burde ha vært fremstilt slik.

9.4.2 Problemer knyttet til det skjønsmessige innslaget

Det skjønsmessige innslaget²⁷⁸ i hvor utførlig begrunnelsen for bevisresultatet skal være – at kravet relativiseres – samt at bevisvurderingene skal bare «kort» angis, er også problematisk i to henseender:

For det første, er effektiviteten til System 2 kognisjonen begrenset ved at retten bare skal gjøre en «kort» angivelse av grunnlaget for sine bevisresultat. Siden siktemålet til kravet om domsgrunner er å sikre bedre beslutningskvalitet, burde også angivelsen av bevisvurderinger være omfattende, siden det da vil kreve mer System 2 kognisjon hos dommerne.²⁷⁹

For det andre åpner det skjønsmessige elementet i angivelsen av rettens bevisvurderinger, at det kan oppstå ytterligere støy i avgjørelsene. Siden effektiviteten til System 2 kognisjon er avhengig av hvor utførlig begrunnelsen er, vil relativiseringen av kravet kunne medføre at de dommerne som redegjøre *mindre* for sine bevisvurderinger, vil også i mindre grad motvirke

²⁷⁷ Se punkt 6.3 flg., og utgangspunktene i punkt 5 flg.

²⁷⁸ Det skjønsmessige innslaget sikter til oppgavens punkt 9.2.4, jf. Rt. 2009 s. 1439.

²⁷⁹ Se punkt 9.1.

skjevhetspåvirkning. De dommerne som skriver utførlige begrunnelser, vil på den annen side kunne oppnå større skjevhet-, og støyreduksjon. Relativiseringen av kravet til domsgrunner åpner altså for at det kan – fra tiltaltes perspektiv – ha avgjørende betydning for skyldspørsmålet hvilken dommersammensetting vedkommende tilfeldigvis blir tildelt. Dette er i så fall dypt problematisk og urettferdig.

I hvilken grad kravet til domsgrunner reduserer risikoen for justismord, er et komplisert psykologisk spørsmål. Det er ikke tvil om at kravet til domsgrunner i seg selv er en innretning som er egnet til å sikre bedre beslutningskvalitet, og på den måten motvirke justismord. Hvor effektiv rettssikkerhetsgaranti kravet utgjør, er imidlertid usikkert all den tid det fremdeles begås justismord, også når retten skriver utførlige begrunnelser for bevisresultatet sitt. Som jeg redegjorde for innledningsvis i punkt 9.1, har kravet til domsgrunner røtter tilbake til 1800-tallet, og kravet gjaldt da Liland, Moen, og Kristiansen ble utsatt for grove justismord. Til tross for dette, reduserer i alle fall kravet til domsgrunner – til en viss grad – risikoen for justismord.

9.4.3 Hva kan gjøres for å forbedre kravet til domsgrunner?

En mulig forbedring av kravet til domsgrunner kan være å redusere det skjønsmessige innslaget i hvor utførlig begrunnelsene skal være angitt. Siden omfattende redegjørelser fordrer mer System 2 kognisjon, vil også måloppnåelsen av den rettssikkerhetsfunksjonen domsgrunner er ment å ha, være bedre når dommerne velger å skrive utførlig, slik at kravet begrunnelseskravet «overoppfylles». Dommere som derimot skriver det som minimum er påkrevd, vil ikke nødvendigvis oppnå den samme skjevhet-, og støyreduksjonen. Dette kan føre til vilkårlighet i strafferettspleien. Fra tiltaltes perspektiv vil det da kunne få avgjørende betydning hvilke dommere som bedømmer saken, og utfallet av straffesaken vil kunne være betinget av rene tilfeldigheter, og ikke avgjørelsesgrunnlaget som sådan.²⁸⁰

Siden skjevhet-, og støyreduksjonen kan være avhengig av hvor utførlig dommerne skriver, vil en innskrenking av skjønnelementet kunne bidra til mindre vilkårlighet i strafferettspleien. Lovgiver burde derfor utrede om det er mulig å konkretisere kravet til begrunnelse, slik at det ikke åpnes for variasjon. I tillegg bør siktemålet være å implementere

²⁸⁰ Se punkt 4.4.1 for rettens avgjørelsesgrunnlag som ramme for rettens bevisvurderinger.

obligatoriske retningslinjer, som i størst mulig grad pålegger dommere til å skrive omfattende redegjørelser for sine bevisvurderinger.

Selv om det vil føre til økt rettssikkerhet i form av at skjevheter og støy reduseres, vil det imidlertid måtte avveies mot effektivitetshensynet. Det vil være mer prosesskrevende av dommerne å skrive omfattende begrunnelser for sine bevisresultat. Å innskrenke skjønnelementet, vil dermed kunne føre til langsommere prosess, og kunstige – unødvendige – redegjørelser for rettens bevisresultat. En slik ordning er heller ikke ønskelig. Siden det også er usikkert i hvor stor grad kravet til domsgrunner faktisk reparerer risikoen for justismord, er det heller ikke sikkert at risikoreduksjonen vil være stor nok til å rettferdiggjøre en langsommere prosess.

Det anlegges derfor ikke et anvendt rettspolitisk perspektiv til dette spørsmålet. Lovgiver burde utrede spørsmålet i samarbeid med både jurister og psykologer. Først da vil behovet for endring synliggjøres. I tillegg vil et slikt samarbeid kunne bidra til en fornuftig balansering mellom hensynet til effektivitet, og behovet for reduksjon av skjevheter og støy i rettens rammer for faktumfastsettelse. Slik kravet til domsgrunner er formulert i dag, må det imidlertid legges til grunn at det – til en viss grad – reduserer risikoen som skjevheter og støy utgjør for justismord.

10 Avslutning

10.1 Justismordet i Baneheia – en materialisering av risiko?

Hovedproblemstillingen til oppgaven lød som følger: «*Hvordan gir de rettslige rammene for faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet rom for støy og skjevheter, og skaper de en uakseptabel risiko for justismord?*». For å besvare hvordan de rettslige rammene for faktumfastsettelsen gir rom for støy og skjevheter, samt om de skaper en uakseptabel risiko for justismord, er det også nødvendig å *vis*e hvordan de eventuelt skaper slik risiko.²⁸¹

I det følgende undersøkes det derfor om justismordet i Baneheia-saken var en materialisering av de risikofaktorene som ligger i de rettslige rammene for faktumfastsettelsen av

²⁸¹ Analysen av Baneheia-saken foregår fra punkt 10.2 til punkt 10.5. Etter at analysen av Baneheia-saken er fullført, vil jeg oppsummere oppgavens funn i punkt 10.6. Jeg vil også gi en endelig konklusjon på om de rettslige rammene for faktumfastsettelse av skyldspørsmålet medfører en uakseptabel risiko for justismord.

skyldspørsmålet.²⁸² En utfordring ved denne analysen er at den tar utgangspunkt i byrettens egne domsgrunner. Siden påvirkningen av skjevheter er underbevisst, er det svært sjeldent at rettens medlemmer selv synliggjør hvilke underbevisste påvirkningsfaktorer som har medvirket til den avgjørelsen som er truffet.²⁸³ I tillegg er det heller ikke mulig å konstatere det konkrete omfanget av støy, uten at det foreligger et sammenligningsgrunnlag.²⁸⁴ Avgjørelsen av Kristiansand byrett var en unik avgjørelse, og det er ikke gjort undersøkelser som har forsøkt å avdekke hvilket mønster-, og nivåstøy som byrettens dommere eventuelt hadde da de avgjorde skyldspørsmålet. Det er dermed umulig å konstatere med sikkerhet omfanget av støy i avgjørelsen.

En ytterligere svakhet er at domsgrunnene er formulert etter at skyldspørsmålet ble avgjort. Domsgrunnene er da en oppsummering av byrettens bevisvurderinger, med et konkret siktemål: å rettferdiggjøre domsresultatet.²⁸⁵ Det vil da være en risiko for at domsgrunnene ikke nødvendigvis samsvarer med rettens faktiske bevisvurderinger.

Til tross for disse utfordringene, er det likevel grunnlag for å foreta en analyse av Baneheia-saken, med utgangspunkt i de skjevhetene som er identifisert i de rettslige rammene for faktumfastsettelse. Dette er fordi de rettslige rammene for avgjørelsen, den totale mengden bevis som ble ført i saken, samt hvilke bevismessige slutninger som er utledet fra bevisførselen er kjent. I tillegg er det konstatert i ettertid av byrettens avgjørelse, at faktumfastsettelsen til byretten innebar et justismord av Viggo Kristiansen.

Det er derfor mulig å undersøke i hvilken grad byrettens bevismessige slutninger har vært irrasjonelle, herunder hvilke potensielle skjevheter som har medvirket til byrettens slutninger og feil faktumfastsettelse. Forutsetningen for å gjøre en slik analyse, er at rettens faktum, samt bevisvurderingene som begrunnet det fastsatte faktum blir redegjort for i detaljer. Først da vil det være grunnlag for å undersøke i hvilken grad rettens bevisvurderinger har vært irrasjonelle, og i så fall, hvilke skjevheter som kan ha forårsaket dette. Det er dette jeg vil skrive om i det følgende.

²⁸² Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom.

²⁸³ Se punkt 1.1.1 og punkt 5 flg. om skjevheter.

²⁸⁴ Se punkt 1.1.1 og punkt 2 flg. om støy.

²⁸⁵ Se punkt 9.4 flg. om vurderinger knyttet til kravet til domsgrunner.

10.2 Faktumet i Baneheia-saken slik byretten la til grunn

I Baneheia-saken la byretten til grunn at venninnene Lena Sløgedal Paulsen (10) og Stine Sofie Sørstrønen (8) ble voldtatt og drept på grotesk vis i Baneheia – som er et friluftsbad, og badeområde i Kristiansand – av Viggo Kristiansen og Jan Helge Andersen. Ifølge dommen skjedde ugjerningen ca. klokken 19.00, fredag 19. mai 2000. Viggo Kristiansen ble ansett som hovedmann og initiativtaker og fikk strengest straff (21 år) for å ha voldtatt begge jentene, og drept Paulsen, samt medvirkning til drap av Sørstrønen. Jan Helge Andersen ble dømt for overlagt drap av Sørstrønen, og seksuelle overgrep av begge jentene. Fængselsstraffen ble satt til 17 år. Viggo Kristiansen ble senere frikjent, og justismordet var da et faktum.²⁸⁶

Som grunnlag for dommen, hadde Kristiansen og Andersen observert jentene bade fra en «fjellknaus». De hadde dernest gått målrettet ned fra fjellknausen og møtte jentene på en sti i nærheten av badeplassen, ca. klokken 19:00. Ifølge Andersens forklaring er fjellknausen ca. ti minutter unna «Svarttjønn». Etter å ha møtt jentene nedenfor fjellknausen, lokket Andersen og Kristiansen jente «et stykke» bort fra stien. Jentene beordres deretter til å kle av seg, for deretter å måtte kle på seg klærne igjen. Kristiansen knyter så en jakke foran ansiktet til Paulsen og plasserer henne på bakken. Mens hun blir sittende der, føres Sørstrønen et stykke bort fra der Paulsen befinner seg, og blir så voldtatt av Kristiansen. Deretter skjer det en konfrontasjon mellom Kristiansen og Andersen som ender opp med at også Andersen forgriper seg på Sørstrønen.

Kristiansen fører så Sørstrønen tilbake til stedet hvor Paulsen fremdeles befinner seg. Paulsen blir så ledet bort til åstedet av Kristiansen hvor han voldtar og dreper henne med tre knivstikk. Andersen skal ha blitt overrasket av dette, og det skjer en ny konfrontasjon mellom de tiltalte. Krangelen ender opp med at Andersen får Kristiansens kniv, som han da bruker til å drepe Sørstrønen. Sporene fra ugjerningen og likene blir så skjult av 25 einerkvister og diverse vegetasjon fra området. Gjerningspersonene går deretter hver for seg, og møtes igjen senere utenfor boligen til Kristiansen ca. klokken 20.00.²⁸⁷

²⁸⁶ Se frifinnelsen i LB-2021-33945-2 Borgarting lagmannsrett – Dom

²⁸⁷ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 5.

10.3 Rettens bevisvurdering som grunnlag for faktumfastsettelsen

10.3.1 Hendelsesforløpet slik Andersen forklarte det

For å fastslå det ovennevnte faktumet, gjennomgår retten sine bevisvurdering i henhold til kravet om domsgrunner i straffeprosessloven § 40 første og fjerde ledd. For å konstatere hendelsesforløpet, bygger byretten hovedsakelig på Andersens sammenhengende forklaring i retten, samt erkjennelsen som Andersen ga i politiavhør, om at han hadde utført drapet på den «yngste av de to fornærmede [Sørstrønen]». ²⁸⁸

Andersen forklarte om lokkingen av jentene, på-, og avkledningen, voldtektene, drapene, samt hvordan Kristiansen hadde presset han til å bli med på ugjerningene. Han nektet imidlertid for å ha vært med på drapet av Paulsen. Som innvending mot forklaringen, poengterer imidlertid retten at Andersen opprinnelig – i de første avhørene som politiet avholdt – hadde nektet for at han hadde forgrepet seg på Sørstrønen. Andersen endret forklaringen sin til politiet først etter at politiet hadde offentliggjort at det var funnet biologisk spor som bekreftet at han hadde forgrepet seg på Sørstrønen. Til tross at Andersen hadde løyet i løpet av etterforskningen, la retten til grunn at Andersens sammenhengende forklaring, «i all hovedsak er korrekt». ²⁸⁹

Til støtte for forklaringens troverdighet vektla retten sakkyndiges forklaring (professor dr.med. Torleiv Ole Rognum og førsteamanuensis Kari Ormstad ved Rettsmedisinsk Institutt). Bevismiddelet fastslo at gjerningsbeskrivelsen til Andersen stemmer med de rettsmedisinske undersøkelsene som ble gjennomført. På åstedet var det også funnet blodige hårstrå, og ifølge DNA-analyser tilhørte håret Andersen. Det ble også funnet sædceller, men disse hadde ifølge retten «ligget for lenge til at det var mulig å foreta en fullstendig DNA-analyse». Likevel ble undersøkelsene av sædcellene vektlagt som støtte for Andersens forklaring. Analysen viste at DNA som ble funnet på Sørstrønen var forenlig med både Andersen og Kristiansen. DNA på Paulsen samsvarte imidlertid ikke med Andersen, men det matchet Kristiansens. Byretten skrev imidlertid at den «svært begrensede DNA-profil som er

²⁸⁸ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 6.

²⁸⁹ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 6.

identifisert» på Paulsen, stemmer også med «over 50% av norske menn». Det var altså ikke mulig å konstatere med sikkerhet at det var Kristiansens.²⁹⁰

Det siste bevismiddelet som retten vektla til støtte for Andersens forklaring var at en rekke vitner hadde observert Kristiansen og Paulsen i Baneheia, ved «svarttjønn», ca. klokken 18.00, altså 1 time før ugjerningene skal ha funnet sted. Bevisene som nå er nevnt, var i kumulasjon tilstrekkelig for å fastslå at Andersen forklarte seg sannferdig om hendelsesforløpet.²⁹¹

10.3.2 Kristiansens alternative hendelsesforløp

Kristiansen hevdet i retten at Andersens forklaring var løgn. Ifølge Kristiansens forklaring, hadde han vært med Andersen ved Svarttjønn ca. kl. 18:00 den 19. mai, slik vitnene hadde bekreftet. Han forklarte imidlertid at han gikk hjem litt etter klokken 18:00, og oppholdt seg i sin arbeidsbod alene. Der var han frem til Andersen kom tilbake etter klokken 20.00, fra det Kristiansen trodde var en joggetur.

Byretten festet ikke lit til Kristiansens forklaring. For det første mente retten at det ikke var ført vitner som bekreftet den. For det andre var det «ikke ... mulig å se noe motiv for Andersen til å trekke Kristiansen urettmessig inn i saken», siden de var «svært gode venner». For det tredje hadde Kristiansen tidligere forgrepet seg seksuelt på barn, og hadde samtidig «en særlig sterk interesse for pornografi» og «spesielle seksuelle tilbøyeligheter». I tillegg la retten avgjørende vekt på den svært begrensede og svake DNA-profilen som tilsa at det var DNA fra to ulike menn på åstedet. Kristiansens forklaring var derfor ikke troverdig.²⁹²

10.3.3 Mobilbeviset

Det siste beviset som ble trukket frem av retten, var det såkalte «mobilbeviset». Kort forklart dreier det seg om at det ble registrert aktivitet på Kristiansens mobiltelefon. I alt var det fire tekstmeldinger – både utgående og innkommende. Det var også registrert samtaler fra mobilen etter klokken 20.00.

Tekniske undersøkelser viste at mobilen ble brukt innenfor sonen til «Eg-A-senderen». Denne dekker ikke åstedet, men den dekker Kristiansens bolig. Nærmeste dekning til åstedet er 300

²⁹⁰ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 7.

²⁹¹ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 7.

²⁹² Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 7.

meter (i luftlinje) unna. Kristiansens mobil mottok en tekstmelding klokken 18.55, og Kristiansen sender en melding klokken 18:57. Han mottar så en ny tekstmelding klokken 19:24, og han sender en tekstmelding klokken 19:37. For å motta meldinger måtte altså mobiltelefonen til Kristiansen ha befunnet seg minimum 300 meter unna – i ulendt terreng. Dersom Kristiansen skulle ha sendt meldinger fra mobiltelefonen måtte også han ha befunnet seg minimum 300 meter unna åstedet.

I rettens bevisvurderinger gis det tre ulike alternativ for hva de mener kan forklare mobilbruken. Det er imidlertid vanskelig å forstå hva de egentlig mener har skjedd siden fremstillingen i domsgrunnene er uklar og kaotisk om dette punktet. Retten la for det første til grunn at Andersen ikke har observert noen mobilbruk fra Kristiansen sin side, hverken før, under eller etter at ugjerningene ble begått. Men ifølge Andersens forklaring var Kristiansen borte fra åstedet på et tidspunkt, uten at Andersen visste hvor han var. Ifølge retten var det da «ikke noe i veien for at Kristiansen på det tidspunktet beveget seg over til det som har vært dekningsområdet for EG-A senderen.». Andersen hadde også forklart at Kristiansen til tider hadde oppbevart telefonen i en veske under setet på sykkelen, som han ved 18-tiden skal ha parkert ved bommen til Svarttjønn (innenfor EG-A senderen) – et godt stykke unna åstedet.

Ifølge retten, var det da mulig at mobiltelefonen mottok den inngående meldingen ved Svarttjønn klokken 19:24, og Kristiansen kunne da hatt tid til å returnere til sykkelen for å sende tekstmelding 19:37, og deretter tatt seg tilbake til åstedet for å hjelpe til med å fjerne spor. En annen forklaring ifølge retten, «er at ugjerningene ble begått i tidsrommet mellom 19.00 og 19.37». Altså en litt utvidet tidslinje enn hva som først ble antatt (at det skjedde klokken 19.00). Til sist skriver retten at det også er mulig at Andersen ikke forklarer seg korrekt, men byretten valgte å ikke utdype dette nærmere.²⁹³

10.4 Analyse av byrettens bevisvurdering

10.4.1 Utgangspunkt – plausibilitetstilnærmingen til beviskravet

Rettens redegjørelse av rettssakens domsgrunner innledes ved å fastslå beviskravet som utgjør vurderingstemaene knyttet til illeggelse av straff: «enhver rimelig tvil med hensyn til faktum skal komme de tiltalte til gode».²⁹⁴ Retten redegjør imidlertid ikke ytterligere for hva de nærmere legger i «rimelig tvil», herunder hva som kvalifiseres som «rimelig» tvil.

²⁹³ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 8.

²⁹⁴ Se oppgavens punkt 4.2 for det rettslige grunnlaget for beviskravet.

Domsgrunnene gir således ikke eksplisitt svar på hvilken presisering av beviskravet som har vært anvendt, herunder om de har brukt slutningstilnærmingen, den psykologiske presiseringen, plausibilitetstilnærmingen eller den kvantitative presiseringen.²⁹⁵

Basert på domsgrunnene, er det likevel mulig å analysere hvilken presisering av beviskravet som *ikke* er anvendt. Frode H. Pedersen er forsker ved Institutt for lingvistiske, litterære og estetiske studier ved Universitetet i Bergen, og var prosjektleder for SAMKUL-prosjektet «A narratology of criminal cases» (2016-2019). Han har skrevet omfattende analyser hvor han sammenholder byrettens domsgrunner med Eivind Kolflaaths plausibilitetstilnærming til beviskravet. Han legger til grunn i sine analyser, at «det ikke har vært mulig å konstruere en plausibel fortelling om sakens faktiske forhold, hvilket må anses som en sterk indikasjon på at beviskravet ikke er oppfylt.». Grunnlaget for Pedersens konklusjon, er at mobilbeviset i realiteten fungerer som et utelukkelsesbevis, da tidslinjen – slik retten la til grunn – blir altfor knapp til at Kristiansen kan ha vært gjerningsperson.²⁹⁶ Ifølge Pedersen, burde altså byrettens egen redegjørelse av sakens faktum ha vært tilstrekkelig for å frifinne Kristiansen.

Ifølge Eivind Kolflaath innebærer plausibilitetstilnærmingen at «*tiltalte skal domfelles hvis og bare hvis (1) det finnes en plausibel, fellende fortelling, samtidig som (2) det ikke finnes en plausibel frifinnende fortelling.*».²⁹⁷ I det følgende skal jeg undersøke byrettens domsgrunner med utgangspunkt i dette. Dersom Pedersens konklusjon stemmer, vil i så fall byrettens justismord av Kristiansen ha vært fundert på irrasjonelle bevisslutninger. Dette vil i så fall gi meg et utgangspunkt for å vurdere om de skjevhetene, og eventuell støy som oppgaven har identifisert i de rettslige rammene for faktumfastsettelse, kan ha forårsaket/medvirket til justismordet.

10.4.2 Utgjør faktumet som byretten la til grunn en plausibel fellende fortelling?

For at faktumet som byretten la til grunn skal være en plausibel fellende fortelling, må den være både intern, og ekstern plausibel. Det er ikke tvilsomt at faktumet som ble lagt til grunn

²⁹⁵ Se hhv. punkt 3.2.2, 4.5.2.2, 4.5.2.3 og 4.5.2.1.

²⁹⁶ Pedersen, H. Frode, «Domfortellingens plausibilitet. En analyse av rettens fortelling i baneheiasaken», *Retfærd, Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol.40, 2017, side 4-23, på side 23.

²⁹⁷ Se punkt 4.6.4, og Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196 på side 166-167.

– i tråd med Andersens forklaring – hadde intern plausibilitet, siden den ikke var selvmotsigende.²⁹⁸ Det er faktumets eksterne plausibilitet som er tvilsom.

En forutsetning for at Kristiansen skal ha vært hovedpersonen bak ugjerningene i Baneheia, er at han skal ha sendt en tekstmelding klokken 18:57 ved bommen til Svarttjønn, som er ca. 500 meter i luftlinje unna åstedet. Han må også ha lagt fra seg mobilen i sykkelvesken – som angivelig befant seg ved bommen. Ifølge Andersens forklaring og rekonstruksjon av hendelsene, observerte Kristiansen og Andersen jentene *ti minutter unna* bommen ved Svarttjønn – på toppen av en fjellknaus.²⁹⁹ Tidspunktet for dette møtet må da tidligst ha vært rundt klokken 19:07 (10 minutters gange fra bommen, da Kristiansen sendte melding klokken 18:57).

Kristiansen og Andersen må da hatt tid i tidsperioden fra klokken 19:07 til 19:37 (da Kristiansen sendte enda en tekstmelding fra mobiltelefonen sin) til å bevege seg ned fra fjellknausen, lokke jentene bort til åstedet, av-, og påkledning av jentene, knyting av jakke foran ansiktet, overgrepshandlinger herunder flere samleier utført av begge gjerningspersoner, to konfrontasjoner mellom Andersen og Kristiansen, og i tillegg må de hatt tid til å anskaffe 25 einerkvister og diverse vegetasjon for å skjule sporene.

Dette hendelsesforløpet forutsetter også at Kristiansen har lagt fra seg mobiltelefonen ved bommen i Svarttjønn, slik at han kunne motta melding klokken 19:24. Siden det tar om lag ti minutter å dra til sykkelstellet fra åstedet, begrenses tidsrammen for ugjerningene ytterligere: Da må lokkingen av jentene, samt alle de kriminelle handlingene som ble utført, ha blitt fullført på ca. 20 minutter. Eventuelt må Kristiansen helt uten motiv, og uten at Andersen merket det, ha løpt bort fra åstedet, sendt en tekstmelding, og dernest returnert til Andersen for å fullføre ugjerningene og skjule sporene.

Dersom rettens fortelling, herunder tidslinjen til byretten, sammenholdes med mobilbeviset, blir fortellingen svært lite plausibel. Mobilbeviset innebærer altså at Andersens forklaring – som retten festet avgjørende lit til – ikke innehar ekstern plausibilitet. Siden det da ikke

²⁹⁸ Se punkt 10.2 og 10.3.1.

²⁹⁹ Se punkt 10.2, og Pedersen, H. Frode, «Domfortellingens plausibilitet. En analyse av rettens fortelling i baneheiasaken», *Retfærd, Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol.40, 2017, side 4-23, på side 21.

foreligger en plausibel fellende fortelling, må konklusjonen være at beviskravet ikke var oppfylt.

10.4.3 Er Kristiansens alternative hendelsesforløp en plausibel frifinnende fortelling?

Ettersom Eivind Kolflaaths plausibilitetstilnærming til beviskravet forutsetter at det må foreligge en plausibel fellende fortelling *samtidig* som det ikke finnes en plausibel frifinnende fortelling, er det ikke tvilsomt at rettens justismord av Kristiansen er fundert på et irrasjonelt grunnlag. Det er likevel interessant å undersøke om Kristiansens alternative – og potensielt frifinnende – fortelling er plausibelt.

Det er ikke tvilsomt at Kristiansens beretning om at han var ved Svarttjønn klokken 18:00 sammed med Andersen, og at han dernest gikk hjem til sin arbeidsbod innehar utvilsomt intern plausibilitet. Vedrørende fortellingens eksterne plausibilitet hadde vitner observert han – i tråd med Kristiansens fortelling – sammen med Andersen ved Svarttjønn ca. klokken 18:00. Dersom han deretter gikk hjem, hadde det vært mulig for Kristiansen å både sende og motta tekstmeldinger fra arbeidsboden sin; dette er innenfor EG-A senderen. I tillegg er det ikke unaturlig at det ikke er ført vitner som bekrefter at Kristiansen befant seg i arbeidsboden, siden han var der alene. DNA-profilen som retten ga avgjørende vekt for å legge til grunn Andersens forklaring som troverdig, var svak – og selv om den ble lagt til grunn som fakta – matchet DNA-profilen med over 50 % av norske menn. Fortellingen til Kristiansen kan dermed ikke utelukkes i lys av dette beviset heller.

Kristiansens alternative hendelsesforløp er dermed plausibelt, og burde ha resultert i frifinnelse.

Gjennomgangen ovenfor viser at bevismaterialet som forelå for byretten, burde ha tilsagt at beviskravet ikke var oppfylt for Kristiansen. De bevismessige slutningene har dermed vært irrasjonelle. Siden skjevheter fører til irrasjonelle bevislutninger, er domsgrunnene i Baneheia-saken sterke indikasjoner på at skjevheter har fått påvirke byrettens bevisbedømmelse, og anvendelsen av beviskravet. I det følgende undersøkes det om oppgavens funn av risikomomenter for justismord kan ha bidratt til at Kristiansen ble feilaktig dømt.

10.5 Analyse av skjevheter og støy i Baneheia-saken

10.5.1 Innledning om skjevheter

Som masteroppgaven har illustrert, er det ikke overraskende at irrasjonelle bevisbedømmelser forekommer i retten: Både rettens skjønsmessige utgangspunkt, rekkefølgen til bevisførsel, framføringsmåten til bevis og rettens rådslagning gjør at rettens faktumfastsettelse er svært utsatt for skjevheter. Den utpregede skjønnsutøvelsen som faktumfastsettelsen er betinget av, gjør også at disse skjevhetene får mulighet til å påvirke rettens avgjørelse i en irrasjonell retning.

10.5.2 Hvordan kan rekkefølgen til bevisførselen ha påvirket byretten?

10.5.2.1 Bekreftelsesfeller og konklusjons-, og sannhetsskjevhet

Som jeg har redegjort for, er det en risiko for at rettens intuitive tankemåte gir en tilbøyelighet til å legge til grunn det «automatiske svaret»: at tiltalte er skyldig – i tråd med det faktumet som påtalemyndigheten presenterer.³⁰⁰ De skjevhetene som utløses i løpet av hovedforhandlingen – forårsaket av både rekkefølgen til bevisførsel, framføringsmåten til bevis, og rettens rådslagning – må forstås i lys av dette utgangspunktet. Det krever mindre kognitiv anstrengelse å tolke bevisene i en retning som samsvarer med det «automatiske svaret».

Det er dermed en risiko for at byrettens overbevisning om Kristiansens skyld, har kommet på et altfor tidlig tidspunkt. Måten rekkefølgen til bevisførsel er lagt opp til i straffeprosessen – at påtalemyndighetens syn på faktum presenteres først – gjør at byretten kan ha blitt særlig utsatt for bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevheten.³⁰¹

All den tid påtalemyndigheten får presentere sine synspunkter først, og disse bekrefter det skjønsmessige utgangspunktet til dommerne – at Kristiansen mest sannsynlig er skyldig – utgjør dette en risiko for at retten har vært særlig tilbøyelig til å tolke bevisførsel i lys av det som blir presentert først.

Mobilbeviset er et teknisk bevis som ble ført som «dokumentasjon», i slutten av hovedforhandlingen. Siden dette beviset ble bortforklart av byretten, indikerer neglisjeringen

³⁰⁰ Se punkt 5, og særlig punkt 5.3 og 5.4.

³⁰¹ Se punkt 6.3.1 for gjennomgangen av bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet.

av beviset, at byretten har vært påvirket av skjevheter som er utløst – og forsterket – av den rekkefølgen som bevis er fremført på.³⁰² Når viktige motbevis fremføres *etter* at påtalemyndigheten har gitt sitt syn – som appellerer til det «automatiske svaret» – økes sannsynligheten for at viktige motbevis som fremføres etterpå, gis mindre vekt enn de burde hatt. Rettens bevisvurdering indikerer altså at bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet har virket inn på byrettens avgjørelse.

Bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet må også ses i lys av *sannhetsskjevheten*. Denne Skjevheten går ut på at det krever mindre kognitive ressurser å stole på utsagn, enn å tvile på dem. Dette gjelder særlig når utsagnene bekrefter den konklusjonen som dommerne er tilbøyelige til å ta.³⁰³ Effekten av dette forsterkes når det gis informasjon som sammenblander sanne og falske opplysninger. Som Magnussen og Teigen skriver i sine analyser av domsgrunnene i Baneheia-saken, vil de «sanne opplysningene kaste et troverdighetens skjær over de falske...[og selv] korrekte opplysninger som er irrelevante for skyldspørsmålet, men som kan verifiseres, vil kunne bidra til at hele beretningen fremstår mer troverdig.»³⁰⁴

At byretten la avgjørende vekt på Andersens forklaring, er ikke overraskende. Andersens forklaring inneholdt en sammenblanding av både verifiserbare,- og falske opplysninger om hendelsesforløpet. Den rettsmedisinske undersøkelsen av Paulsen og Sørstrønen fastslo at de fornærmede «først ble voldtatt og deretter drept på den måten som er beskrevet av [Andersen].

Rettsmedisineren bekreftet dermed at Andersen snakket sant om hvordan voldtektene og drapene ble begått. I tillegg forelå det en svak DNA-profil, som tilsa at det var DNA fra to forskjellige menn på åstedet, hvoretter den ene profilen matchet Kristiansen – og 50 % andre norske menn – men ikke Andersen. Dette var for retten et «vesentlig bevis» ved troverdighetsvurderingen av Andersen. Retten skriver også at de ikke fester lit til hele forklaringen, siden han hadde løyet om sitt eget overgrep, men siden retten mener at han

³⁰² Se punkt 6.2.3 for gjennomgangen av dokumentasjon som bevisførsel.

³⁰³ Se om sontringen mellom System 1 og System 2 i punkt 5.2 flg., og Gilbert, Daniel T., «How Mental Systems Believe» *The American psychologist*, 46, nr. 2, 1991, s. 107-119, og Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 40.

³⁰⁴ Se Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 41.

«stort sett» forklarer seg korrekt, hadde ikke løgnatferden noen innvirkning på troverdighetsvurderingen av han.³⁰⁵

Det var også funnet hår på åstedet som stammet fra Andersen, og byretten kunne dermed legge det til grunn som bevisfakta at Andersen hadde vært på åstedet. Følgelig har Andersen førstehåndskunnskap om hva som skjedde i Baneheia. Når retten da skriver at de «fester avgjørende lit til Andersens forklaring om at han var sammen med Kristiansen i det aktuelle tidsrom», foreligger det en sammenblanding av falske og verifiserte opplysninger. Siden det er lettere å tro på en forklaring når deler av forklaringen kan verifiseres, spilte det liten rolle at andre deler av forklaringen *ikke* er verifisert av tekniske bevis. De sanne opplysningene Andersen ga, kaster et troverdighets slør over de resterende delene av forklaringene som går direkte på Kristiansens implisering i saken.

Siden rettens skjønnsmessige utgangspunkt mest sannsynlig har vært at Kristiansen var skyldig, samt at rekkefølgen til bevisførselen utgjør en risiko for at rettens medlemmer blir særlig utsatt for bekreftelsesfeller og konklusjonsskjevhet, krever det mindre kognitive ressurser å stole på Andersens forklaring. Når sannhetsskjevheten også bidrar til å øke troverdigheten av det som blir forklart, appellerer flere skjevheter til dommernes intuitive tankemønster, og tilbøyeligheten til å legge til grunn en konklusjon om at Kristiansen er skyldig, kan ha vært stor.

Siden rekkefølgen til bevisførselen kan forsterke påvirkningen av de bekreftelsesfeller og sannhetsskjevheten – som domsgrunnene indikerer at byretten har vært påvirket av – kan rekkefølgen til bevisførselen ha bidratt til at Kristiansens alternative hendelsesforløp ikke ble trodd, til tross for at forklaringen var både intern og ekstern plausibel.

10.5.2.2 Overdreven koherens

Mennesker har en tendens til å tillegge objektive omstendigheter egenskaper som de strengt tatt ikke burde ha. Vår søken etter å finne årsak og koherens fører som vist til at vi raskt danner en koherent historie, slik at den foreslåtte konklusjonen til System 1 blir lagt til grunn, uten en reell overprøving av System 2. Dersom historien er koherent og kausal, kreves det lite kognitiv anstrengelse å legge den til grunn, og til bedre historien er, til større fare er det for at

³⁰⁵ Se TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom, side 7.

System 2 ikke gjør en reel overprøving, og da foreligger det også en risiko for at bevislutninger blir irrasjonelle, og muligheten for justismord økes.³⁰⁶

Magnussen og Teigen skriver om dragningen mot forføriske narrativ i sin analyse av Baneheia-saken. Innledningsvis understreker de at en forbrytelse er oppklart først når det «foreligger en tilsynelatende komplett og sammenhengende fortelling». Mennesker er meningssøkende, og forsøker alltid å danne en kausal og koherent historie: «Vi *har* to tall og *ser* en trend». Når retten får en historie med god flyt og en sammenheng som er enkel å gi sin tilslutning til, vil det kunne oppstå en risiko for at fortellingens koherens «overstyr[er] saksforhold som ikke passer inn. Og sammenhengen er i sin tur avhengig av rekkefølgen hendelsene presenteres i.»³⁰⁷ Rekkefølgen til bevisførselen i Baneheia-saken kan også ha utsatt byretten for skjevheten *overdreven koherens*.

Når Viggo Kristiansen gir sin alternative fortelling – at han har vært alene i arbeidsboden sin – kan det ha vært i strid med den foreslåtte konklusjonen til dommernes System 1: at Andersen snakket sant, og at påtalemyndighetens syn på hendelsesforløpet var riktig. Som ledd i bortforklaringen av Kristiansens fortelling, uttalte retten at det ikke er «mulig å se noe motiv for Andersen å trekke Kristiansen urettmessig inn i saken», siden de var så gode venner.³⁰⁸

Vennskapet mellom Andersen og Kristiansen var ikke bestridt, men byretten synes å tillegge Andersen og Kristiansens vennskap en større mening enn hva som objektivt kan utledes av at de var bestevenner. Slike skjønnsmessige sprang som byretten gjør i resonnementet sitt, er kjennetegnet på overdreven koherens. Byretten har tilsynelatende anvendt sitt eget syn på hva venner gjør/ikke gjør, og utledet bevismessige slutninger knyttet til Andersens og Kristiansens vennskap basert på dette: Gode venner lyver ikke om sine bestevenner, og i alle fall ikke når løgner impliserer bestevennen i så groteske handlinger som i Baneheia.

Byretten sier naturligvis ikke eksplisitt hvilke tanker de har om vennskap på generell basis, men at de legger til grunn at Andersen ikke har noe motiv for å lyve om Kristiansen, siden de var så gode venner, indikerer at de har nettopp en forventning om hva som er typisk

³⁰⁶ Se punkt 6.3.2.

³⁰⁷ Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 45-46.

³⁰⁸ Se punkt 10.3.2.

vennskapeleg atferd. Denne forventningen kan ha overskygget rettens evne til rasjonell bevisvurdering, særlig når Andersens forklaring er både koherent og kausal. Historien er egnet til å øke dragningen mot den foreslåtte konklusjon til System 1 – at Kristiansen er skyldig – uten at System 2 overprøver på en effektiv måte.

Dersom retten hadde lagt Kristiansens alternative fortelling til grunn, ville resultatet vært at Andersen var alene om grusomhetene. I denne alternative fortellingen, ville ikke løgneren om Kristiansens involvering vært spesielt betenkelig. Han er jo da en kalkulert draps-, og voldtektsmann av mindreårige. Det kan vanskelig tenkes at en slik person ville hatt moralske problemer med å implisere kompisen sin, uavhengig grovheten av forbrytelsene. I denne alternative fortellingen finnes det flere motiver for at Andersen ville ha løyet: 1) han ville blitt bedømt annerledes i offentlighetens øyne, og 2) retten vil mest sannsynlig utmåle mildere straff i Andersens fortelling, enn dersom han var alene om forbrytelsene. Retten skrev imidlertid ikke om dette i domsgrunnene sine. Istedenfor karakteriserte de Kristiansen som en person som passet inn i Andersens koherente og kausale fortelling.

Retten vektla også i sine troverdighetsvurderinger at Kristiansen tidligere hadde foregrepet seg seksuelt på barn, og at han samtidig hadde en «særlig sterk interesse for pornografi [og] spesielle seksuelle tilbøyeligheter».³⁰⁹ Bevisfaktaen her blir imidlertid som ovenfor, tillagt en annen mening enn hva den i objektiv forstand burde hatt. Selv om Kristiansen tidligere hadde foregrepet seg på barn, var handlingene vesensforskjellige fra de påståtte ugjerningene han begikk i Baneheia. At retten likevel vektlegger Kristiansens forhistorie, indikerer at retten har forsøkt å danne seg en koherent historie som samsvarer med Andersens forklaring.

Siden System 2 er en lat kontrollør, minskes sannsynligheten for reell overprøving av System 1, dersom historien som System 1 ønsker å legge til grunn, er koherent og kausal.³¹⁰ Dette utgjør en vesentlig risiko for at all bevisførsel tolkes i lys av den historien som retten konstruerer basert på sine antagelser om hendelsesforløpet. Når en slik historie først er konstruert, vil etterfølgende bevisførsel som ikke passer inn i historien, motvirkes av skjevhetene overdreven koherens, bekreftelsesfeller, konklusjons-, og sannhetsskjevheten.

At retten gir tre ulike forklaringer for hvordan mobilbeviset passer inn i den antatte koherente historien som byretten kan ha dannet seg, indikerer at neglisjeringen av beviset er påvirket av

³⁰⁹ Se punkt 10.3.2.

³¹⁰ Se punkt 5 flg. for mer om forholdet mellom System 1 og System 2.

de ovennevnte skjevhetene. Siden beviset ikke passer inn i den koherente og kausale historien forsøker byretten å bortforklare det.

I motsetning til de bevisene som bekreftet det som kan ha vært byrettens antagelse på et tidlig tidspunkt, krever mobilbeviset omfattende kognitiv anstrengelse av retten. Beviset er svært teknisk, og det fordrer at retten analyserer tidslinjen for hendelsene grundig. Sannsynligheten for å foreta slike kompliserte drøftelser, når beviset presenteres etter at det er presentert overbevisende bevis – som utsetter dommerne for overdreven koherens, bekreftelsesfeller og sannhetsskjevheten – er lav.

Dette innebærer at rekkefølgen til bevisførselen i Baneheia-saken, *kan* ha vært en medvirkende årsak til at justismordet av Viggo Kristiansen ble begått.

10.5.3 Hvordan kan bevisformidling og rådslagning ha påvirket byretten?

Siden byrettens justismord av Kristiansen – i avgjørende grad – vektla Andersens forklaring, er det nokså åpenbart at også framføringsmåten til bevis har hatt en innvirkning på avgjørelsen. Som jeg har redegjort for, innebærer observasjonsskjevheten at retten kan ha vektlagt både Andersens og Kristiansens utseende, og deres non-verbale kommunikasjon under hovedforhandlingen.³¹¹ All den tid forklaringene til Kristiansen og Andersen gis muntlig og umiddelbart, er det umulig å ikke la seg påvirke av det byretten observerer i løpet av hovedforhandlingen. Tilbøyeligheten til å la seg påvirke av observasjonsskjevheten, økes all den tid retten også er påvirket av bekreftelsesfeller, da ansiktsuttrykk og fysisk fremtoning kan bli tolket i lys av den konklusjonen som byretten har ønsket å ta fra et tidlig standpunkt.³¹²

Siden byretten har fått observere Andersen og Kristiansen, samt fått høre de muntlige forklaringene deres, har byretten blitt utsatt for observasjonsskjevheten. Det er imidlertid ikke mulig å konstatere hvordan, herunder i hvilken grad observasjonsskjevheten eventuelt har påvirket byrettens avgjørelse. Domsgrunnene innehar ingen informasjon om hvordan

³¹¹ Se punkt 7 og særlig punkt 7.3 flg.

³¹² Se punkt 7.3.3.

Andersen og Kristiansen har fremtrådt i retten.³¹³ Det er dermed ikke grunnlag for å analysere i hvilken grad observasjonsskjevheten faktisk har påvirket byretten til å neglisjere mobilbeviset, og dermed foreta en irrasjonell bevisbedømmelse.

Av de samme grunner er det heller ikke mulig å analysere byrettens rådslagning, herunder om de har hatt et diskusjonsklima som har redusert påvirkningen fra skjevheter, eller om de har diskutert på en måte som forsterker påvirkningen. All den tid de rettslige rammene for faktumfastsettelsen er slik de er, vil imidlertid skjevhetene alltid være til stede under hovedforhandlingen. For å gjøre en analyse av i hvor stor grad observasjonsskjevheten har påvirket byretten, må eventuelle filmopptak av Andersens og Kristiansens non-verbale kommunikasjon analyseres. Hvorvidt rådslagning har vært skjevhetsforsterkende eller skjevhetsreduserende, avhenger også av at det gis konkret innsyn i hvordan diskusjonsklimaet har vært. Det er ikke grunnlag for å gjøre det i denne oppgaven, men det oppfordres til å analysere dette ved videre utredning av årsakene til justismordet i Baneheia.³¹⁴

10.5.4 Kan justismordet i Baneheia-saken forårsake støy?

Siden det ikke er fastsatt klare retningslinjer som hverken innskrenker omfanget av skjønn i rettens bevisvurderinger, samt at det ikke er fastsatt én obligatorisk presisering av beviskravet, er det rom for variasjon hos dommerne. Beviskravet i Baneheia-saken kan altså variere både inter-, og intraindividuell.³¹⁵

Når domstolene anvender beviskravet, er det umulig å kontrollere hvilken presisering av beviskravet som er benyttet, med mindre de eksplisitt skriver det i sine domsgrunner.³¹⁶ Byretten skrev ikke hvilken presisering de benyttet, istedenfor viste de til det overordnede vurderingstemaet: om det foreligger «rimelig» tvil. Som analysen i punkt 10.4 fastslo, innehadde ikke byrettens faktum ekstern plausibilitet, og dersom plausibilitetstilnærmingen av beviskravet var fulgt, burde det ha resultert i frifinnelse av Kristiansen.

³¹³ Dette står i motsetning til justismordet av Fritz Moen, hvor Høyesterett eksplisitt uttalte «inntrykk formidles gjennom opptreden», gir retten et «langt bedre grunnlag for å vurdere troverdigheten og holdbarheten av forklaringene», jf. Rt. 2003 s. 1389 avsnitt 102, og oppgavens punkt 7.2.3.

³¹⁴ Se punkt 1.1.3 om utvalget som skal analysere grunnene for hvorfor Kristiansen ble utsatt for et justismord.

³¹⁵ Se punkt 2 flg., punkt 4 flg., og særlig punkt 4.7.

³¹⁶ Se punkt 4.1 flg., og særlig 4.4.3.

Den psykologiske presiseringen av beviskravet innebærer imidlertid at beviskravet anses oppfylt når dommerne *føler* seg tilstrekkelig overbevist etter fullført bevisførsel.³¹⁷

Det er åpenbart at byrettens dommere har *følt* seg overbevist om at Kristiansen var skyldig, og dømte han deretter. Følgelig er det motstrid mellom den psykologiske presiseringen og plausibilitetstilnærmingen til beviskravet. Dersom lovgiver hadde vedtatt retningslinjer som gjorde det obligatorisk for domstolene å benytte seg av plausibilitetstilnærmingen, kunne utfallet i Baneheia-saken vært annerledes. Siden det er opp til dommernes skjønn å avgjøre hvilken presisering av beviskravet som skal anvendes, og dette kan ha avgjørende betydning for utfallet, vil valg av presisering kunne produsere støy: Dersom en annen dommersammensetting hadde bedømt Baneheia-saken, og tilfeldigvis benyttet plausibilitetstilnærmingen, kunne det ha avverget justismordet.

At beviskravet fungerer som en avveiningsnorm, innebærer videre at rent subjektive forhold hos byrettens dommere – nivåstøy og mønsterstøy – kan ha påvirket terskelen for når beviskravet ble ansett oppfylt.³¹⁸ Dersom byrettens dommere tilfeldigvis hadde en nivåstøy som tilsa at terskelen for beviskravet ble satt lavt, kunne det altså hatt avgjørende betydning for utfallet i Baneheia-saken.³¹⁹

Siden det åpnes for støy i vurderingen av om Kristiansen er skyldig, kan det ikke utelukkes at dersom Kristiansen var tildelt andre dommere, så ville han muligens ha blitt frikjent. Dette gjelder særlig all den tid byrettens bevisvurderinger har irrasjonelle preg.³²⁰ Selv om byretten har blitt utsatt for skjevheter i sine bevisvurderinger, og at dette i stor grad skyldes de rettslige rammene for faktumfastsettelsen, er det ikke slik at den eventuelle skjevhetspåvirkningen er predeterminert. I hvilken grad dommerne er blitt påvirket av bekreftelsesfeller, observasjonsskjevheten, overdreven koherens, m.m., kan variere fra dommer til dommer, og fra dommersammensetting til dommersammensetting.³²¹

Det er altså mulig at Kristiansen ikke ville ha blitt utsatt for et justismord dersom han var tildelt dommere som hadde et annet strenghetsnivå, annen livserfaring, og annet humør idet

³¹⁷ Se punkt 4.6.3.

³¹⁸ Se punkt 4.6.1.

³¹⁹ Se punkt 2.1.2.

³²⁰ Se punkt 10.5 flg.

³²¹ Se særlig punkt 2.3 om hva som er forholdet mellom støy og skjevheter.

skyldspørsmålet ble avgjort. Det er også mulig at sannsynligheten for justismord hadde blitt enda lavere dersom Kristiansen tilfeldigvis ble tildelt dommere som avholdt en rådslagning hvor rettens medlemmer fikk gi sine *uavhengige* vurderinger av bevisførselen.³²² I så fall ville rådslagningen ha redusert både støy og skjevheter, og sannsynligheten for irrasjonelle bevisbedømmelser hadde gått ned. Dersom dommerne også hadde benyttet seg av plausibilitetstilnærmingen til beviskravet, ville sannsynligheten for frikjennelse økt ytterligere.

Som fastslått innledningsvis i punkt 10.5, er det ikke mulig å konkludere om hva som har vært omfanget av støy i byrettens avgjørelse. Det foreligger ikke et sammenligningsgrunnlag, og det er heller ikke gjort undersøkelser som kartlegger byrettens dommers nivå-, og mønsterstøy. Videre er det heller ikke konstatert hvordan rådslagningen har vært avholdt. Poenget her er uansett at så lenge avgjørelsen av skyldspørsmålet i Baneheia *kan* variere, er det også mulig at en annen dommersammensetting – som tar andre skjønnsmessige valg, herunder i presiseringen av beviskravet, og eksempelvis gjennomføringen av rådslagningen – hadde muligens kommet til at Kristiansen var uskyldig.

Siden andre dommere kunne ha konkludert med at Kristiansen var uskyldig – basert på den samme bevismengden som byretten vurderte – kan justismordet i Baneheia-saken dermed produsere støy.

10.6 Avsluttende bemerkninger

10.6.1 Oppsummering av oppgavens funn

Hovedproblemstillingen til masteroppgaven lød som følger: *Hvordan gir de rettslige rammene for faktumfastsettelsen av skyldspørsmålet rom for støy og skjevheter, og skaper de en uakseptabel risiko for justismord?*³²³ Som gjennomgangen viser, muliggjør skjønnsinnsalget i rettens bevisvurderinger, og anvendelsen av beviskravet, at skjevheter har fått påvirkningsmulighet i avgjørelsen av skyldspørsmålet.³²⁴ Når avgjørelsen av skyldspørsmålet er betinget av utpregete skjønnsmessige vurderinger, vil også konklusjonen

³²² Se punkt 8.3 og 8.4.

³²³ Se punkt 1.1.1.

³²⁴ Se oppgavens punkt 4 flg.

kunne variere inter-, og intraindividuell. Det produseres altså støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet.³²⁵

Måten rekkefølgen til bevisførsel er regulert – at påtalemyndigheten gir sitt synspunkt først – gjør at dommerne er særlig utsatt for skjevhetene *bekreftelsesfeller*, *konklusjonsskjevhet*, og *overdreven koherens*. Disse skjevhetene er egnet til å lede rettens bevisvurderinger i en irrasjonell retning, og utgjør da en risiko for at justismord begås.³²⁶ Siden en logisk følge av at påtalemyndigheten utelukkende tar ut tiltalte når de er overbevist om at tiltalte er skyldig, vil også dette være – som oftest – det materielt riktige resultatet, og det er da riktig at domstolene dømmer i tråd med dette. Rettens intuitive tankemønster vil imidlertid kunne gi en tilbøyelighet til å dømme i samsvar med det faktum som påtalemyndigheten legger til grunn, også når det er feil.³²⁷ Når påtalemyndigheten da fremfører sine synspunkter først, vil det kunne føre til at rettens intuitive oppfatning forsterkes, og det skal da mer til for å motbevis den eventuelt forutinntatte antagelsen til dommerne. Dette innebærer at dersom viktige motbevis fremføres først etter at det er ført bevis som bekrefter den eventuelt forutinntatte antagelsen til dommerne, vil sannsynligheten for at motbeviset neglisjeres.³²⁸

At framføringsmåten til bevisførsel er som hovedregel muntlig og umiddelbar, utgjør en ytterligere risiko for justismord. Dette er fordi observasjonsskjevheten kan føre til at dommernes bevisvurderinger farges av irrelevante forhold som bekledning, etnisitet, hvor attraktiv tiltalte er, samt hvilken fremtoning vedkommende har under hovedforhandlingen. Den allmenne oppfatningen om at kroppsspråk – flakkende blikk, nervøsitet, m.m. – er en god indikator på løgn, er feil. I den grad retten får observere slike kroppslige reaksjoner, vil dette kunne bidra til at bevisslutningene er irrasjonelle, og kan da lede til justismord.³²⁹

Rettens sammensetting er regulert slik at man sikrer en heterogen gruppe dommere, som skal avgjøre skyldspørsmålet. Dette gjør at fenomenet «massenes visdom», kan bidra til at avgjørelsen rasjonaliseres.³³⁰ Altså, selv om de rettslige rammene for faktumfastsettelse utsetter dommerne for de samme skjevhetene, vil påvirkningsgraden kunne variere, og

³²⁵ Se punkt 2 flg., og særlig 4.7 til 4.8.

³²⁶ Se punkt 6 flg., jf. punkt 5.

³²⁷ Se punkt 5.4.

³²⁸ Se særlig punkt 10.5.2 om hvordan byretten bortforklarte og neglisjerte mobilbeviset.

³²⁹ Se punkt 7 flg., og særlig punkt 7.3.

³³⁰ Se punkt 8 flg., og særlig punkt 8.3.

dersom ulike synspunkt på bevisvurderingene innhentes, vil dette kunne bidra til at dommere som – i større grad – er påvirket av skjevheter, ledes til et mer korrekt utgangspunkt. Følgelig *kan* rettens sammensetting bidra til reduksjon av skjevheter, støy, og da bidra til at risikoen for justismord minskes. Forutsetningen for reduksjon, er imidlertid at rådslagning gjennomføres slik at dommerne får gi sine *uavhengige* bevisvurderinger. Dersom dommerne påvirker hverandre, vil rådslagningen føre til økt støy og økt skjevhetspåvirkning. Siden det er opp til fagdommeren å avgjøre hvordan rådslagning gjennomføres, vil det oppstå statistisk variasjon i hvordan fagdommerne velger å avholde rådslagning. Siden risikoen for justismord da kan både økes, eller minskes – avhengig av gjennomføringsmåten – innebærer de manglende retningslinjene for rådslagning, at den ikke er egnet til å redusere risikoen for justismord.³³¹

Kravet til domsgrunner er derimot en viktig rettssikkerhetsgaranti som kan bidra til at dommerne benytter kritisk System 2 tenkning. Dette kan til en viss grad bidra til at retten overprøver de intuitive konklusjonene som foreslås av dommernes intuitive System 1.³³² Men, som illustrert i analysen av Baneheia-saken, er ikke nødvendigvis kravet til domsgrunner tilstrekkelig for å redusere omfanget av skjevheter og eventuell støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Justismord begås, selv om det foreligger obligatoriske krav til hvordan domsteksten skal formuleres, herunder angivelse av rettens bevisvurderinger.³³³ Grunnen til dette er at dommerne formulerer domsgrunnene i etterkant av at de har bestemt seg for om tiltalte er skyldig. Det er da enklere å formulere domsgrunner som er egnet til å rettferdiggjøre det standpunktet som dommerne har inntatt, uavhengig om de er fundert på irrasjonelle vurderinger.³³⁴

Siden avgjørelsen av skyldspørsmålet er betinget av skjønnsmessige bevisvurderinger, vil samtlige skjevheter, dommernes humør, personligheten, personlige erfaringer, familiesituasjon m.m., bidra til at dommerne produserer støy i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Siden påvirkningsgraden *kan* variere, og dommerne kan ha ulikt nivå-, og mønsterstøy, vil terskelen for når beviskravet anses oppfylt, kunne variere. Rettens sammensetting kan dermed få avgjørende betydning for om skyldspørsmålet anses oppfylt

³³¹ Se punkt 8.4.

³³² Se punkt 9 flg., og særlig punkt 9.3 og 9.4.

³³³ Se punkt 10 flg., og særlig punkt 10.4 og 10.5.

³³⁴ Se punkt 9.4.

eller ikke, til tross for at det faktiske avgjørelsesgrunnlaget er identisk. At støy muliggjøres på denne måten, vil – fra tiltaltes perspektiv – kunne innebære at rene tilfeldigheter får avgjørende betydning for skyldspørsmålet.³³⁵

10.6.2 **Anbefalinger til lovgiver – Uakseptabel risiko for justismord?**

Som de ovennevnte gjengivelsene forklarer, er det slik de rettslige rammene for faktumfastsettelse gir rom for både støy og skjevheter i avgjørelsen av skyldspørsmålet. Siden kravet til domsgrunner og rettens rådslagning ikke reduserer effekten av skjevheter og støy, foreligger det en risiko for vilkårlighet og irrasjonelle bevisbedømmelser, som igjen kan resultere i justismord – slik jeg viste i oppgavens punkt 10.2-10.5. Som hovedproblemstillinger tilsier, gjenstår spørsmålet om risikoen for justismord – som skjevheter og støy utgjør – også er *uakseptabel* høy. Konklusjonen på dette må være bekreftende.

All den tid det foreligger risikofaktorer for justismord – og disse *kan* utbedres – er det urimelig at lovgiver ikke utreder mulighetsrommet for dette, eller implementerer retningslinjer som kan bidra til å redusere både støy og skjevheter. I oppgaven har jeg pekt på en rekke utbedringsmuligheter, og strategier som lovgiver kan anlegge.³³⁶ Dersom lovgiver eksempelvis utformer retningslinjer for rådslagningen – som sørger for at de enkelte dommernes bevisvurderinger er fullstendig *uavhengige* de andre dommerne – vil rådslagning kunne få oppfylt sin rettssikkerhetsfunksjon.³³⁷ Dette er en enkel løsning som ikke vil gå på bekostning av rettens effektivitet, og som kan bidra til å øke rettssikkerheten på en betydelig måte.

Som Viggo Kristiansen selv beskrev, led han «*hvert sekund, hvert minutt, hver time, hver dag, hver uke, hver måned, hvert år i 21 år*» som følge av feil faktumfastsettelse av skyldspørsmålet. For at ingen andre skal lide samme skjebne som han, bør lovgiver urede mulighetsrommet for å redusere skjevheter og støy i de rettslige rammene for faktumfastsettelse. Siden det i skrivende stund ikke er igangsatt slikt arbeid, og det ikke gis tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier i de rettslige rammene som gjelder i dag, utgjør omfanget av skjevheter og støy, en uakseptabel risiko for justismord i norsk strafferettspleie.

³³⁵ Se punkt 4 flg., og punkt 2 flg.

³³⁶ Se oppgavens punkt 4.8.2, 6.4.3, 7.4.2, 8.4.2, og 9.4.3.

³³⁷ Se punkt 9.3 og 9.4 flg.

11 KILDELISTE

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (straffeprosessloven av 1887).

Lov av 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov av 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Forarbeider

Innstillinger

Dokument nr. 1. (1885): Innstilling fra Jurykommisjonen indeholdende udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager

Innst.310 L (2016–2017) Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen).

Proposisjoner

Ot.prp.nr.35 (1978–1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven).

Ot.prp.nr.78 (1992–1993) Om lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (toinstansbehandling, anke og juryordning).

Ot.prp.nr.11 (2007–2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (styrket stilling for fornærmede og etterlatte).

Ot.prp.nr.90 (2003–2004) Om lov om straff (straffeloven).

Prop.70 L (2016–2017) Endringer i straffeprosessloven mv. (oppheving av juryordningen).

Offentlige utredninger

NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen(Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).

NOU 1996:15 Liland-saken.

NOU 2007:7 Fritz Moen og norsk strafferettspleie.

NOU 2011:13 Juryutvalget – Når sant skal skrives.

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov.

Stortingsmelding

Dok.nr.16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Annet

Representantforslag 30 S (2022–2023); Dok.nr.8:30 S (2022–2023).

Justis- og beredskapsdepartementets pressemelding av 10. februar nr. 17-2023: Baneheia-Utvalget: <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/baneheia-utvalget/id2962870/>.

Rettsavgjørelser

Norges Høyesterett

Rt-1978-882 Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Rt-1990-1008 Høyesterett – kjennelse.

HR-1994-50-B – Rt-1994-610 Høyesterett – Kjennelse.

HR-1994-153-B – Rt-1994-1324 Høyesterett – Kjennelse.

HR-1995-95-A – Rt-1995-1191 Høyesterett – Kjennelse.

HR-1996-66-B – Rt-1996-1114 Høyesterett – Kjennelse.

HR-1998-59-A – Rt-1998-1945 Høyesterett – Kjennelse.

HR-2002-522-1 – Rt-2003-1389 Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse.

HR-2004-1732-A – Rt-2004-1561 Norges Høyesterett – Kjennelse.

HR-2004-514-U – Rt-2004-425 Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse.

HR-2005-1664-A – Rt-2005-1353 Norges Høyesterett – Kjennelse.

HR-2007-799-A – Rt-2007-676 Norges Høyesterett – Kjennelse.

HR-2008-2063-A – Rt-2008-1659 Norges Høyesterett – Dom.

HR-2008-165-A – Rt-2008-118 Norges Høyesterett – Kjennelse.

HR-2009-1192-P – Rt-2009-750 Norges Høyesterett – Dom.

HR-2009-2153-A – Rt-2009-1439 Norges Høyesterett – Dom.

HR-2009-1801-U – Rt-2009-1109 Norges Høyesteretts ankeutvalg – Kjennelse.

HR-2012-1350-A – Rt-2012-1153 Norges Høyesterett – Dom.

HR-2013-575-A – Rt-2013-323 Norges Høyesterett – Kjennelse.

HR-2013-2121-A – Rt-2013-1254 Norges Høyesterett – Dom.

HR-2017-1784-U Norges Høyesteretts ankeutvalg – Beslutning.

HR-2019-992-U Norges Høyesteretts ankeutvalg – Dom.

HR-2021-1207-A Norges Høyesterett – Dom.

Lagmannsretten

LA-2001-980-1 Agder lagmannsrett – Dom.

LB-2021-33945-2 Borgarting lagmannsrett – Dom.

Byrett og herredsrett

Asker og Bærum herredsrett, dom av 21. februar 1997 (sak nr. 96-815 M/01)

TKISA-2001-374 Kristiansand byrett – Dom.

Internasjonale konvensjoner

Konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Menneskerettskonvensjonen eller EMK).

Litteratur

Bøker

Andenæs, J., *Statsforfatningen i Norge*, 4. utg., Tanum/Norli, Oslo 1976.

Andenæs, Johs og Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess*, 4. utg. Universitetsforl. Oslo 2009.

Bratholm, Anders, *Strafferett og samfunn: alminnelig del*, bd. 23 Skrifter (Universitetet i Oslo. Institutt for kriminologi og strafferett) (trykt utg.), Universitetsforl., Oslo 1980.

Ertzeid, Aina Mee, *Straffeprosess før eksamen*, Fagbokforl., Bergen 2018.

Hagerup, Francis, *Den norske straffeproses*, Første bind, Anden delvis omarbeidede og forøgede udgave, Aschehoug, Kristiania (Oslo), 1904.

Hesselberg, Jan-Ole og Reidunn Lognvik Reinholdt, *Bedre beslutninger: om kreftene som påvirker vurderingene dine og hvordan du tøyler dem*, Kagge forlag, Oslo 2022.

Horn, Thomas, *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse : rettspolitiske vurderinger*, Fagbokforl, Bergen 2017.

Kahneman, Daniel, *Thinking, fast and slow*, Norsk oversettelse av Lilleskjæret, Eivind og Nyquist, Gunnar, Pax Forlag, Oslo 2013.

Kahneman, Daniel, Olivier Sibony og Cass R. Sunstein, *Støy: Når Dømmekraften Svikter, Noise: A Flaw in Human Judgment*, Pax Forlag, Oslo 2021.

Kolflaath, Eivind, *Bevisbedømmelse i praksis*, Fagbokforl. Bergen 2013.

Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal juridisk, Oslo 2014.

Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utg., Gyldendal juridisk, Oslo 2017.

Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Oslo, Universitetsforl., (2016).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 2. utg., Universitetsforl., Oslo 2014.

Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumsjonen : "In dubio pro reo"* Fagbokforl., Bergen 2003.

Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, Oslo, Papinian, (2009).

Walpole, R.E., R.H. Myers, S.L. Myers og K. Ye, *Probability and Statistics for Engineers and Scientists*, Pearson 2013.

Øyen, Ørnulf, *Straffeprosess*, Fagbokforlaget, Bergen 2019.

Bokutdrag

Haselton, Martie G., Daniel Nettle og Paul W. Andrews, «The Evolution of Cognitive Bias» i *The handbook of evolutionary psychology*, John Wiley & Sons, Inc. 2005 s. 724-746.

Lindholm, Torun og Jenny Yourstone Cederwall, «Ethnicity and gender biases in the courtroom» i *Forensic psychology in context: Nordic and international approaches*, Willan Publishing 2010 s. 228-246.

Vrij, Aldert, «Detecting lies and deceit: Pitfalls and opportunities in nonverbal and verbal lie detection» i bd. 6, *Handbooks of Communication Science*, Berlin, Boston: DE GRUYTER 2014 s. 321-346.

Artikler

Federal sentencing: *toward a more explicit policy of criminal sanctions, final report / prepared for the Federal Justice Research Program of the Department of Justice by INSLAW, Inc., and Yankelovich, Skelly and White, Inc*, District of Columbia, District of Columbia: U.S. Dept. of Justice, Office for Improvements in the Administration of Justice, Federal Justice Research Program, (1981).

Racial bias in mock juror decision-making: A meta-analytic review of defendant treatment": Correction to Mitchell et al. (2005), *Law Hum Behav*, 41, nr. 3, 2017, s. 313-313.

Brennen, Tim og Svein Magnussen, «The Science of Lie Detection by Verbal Cues: What Are the Prospects for Its Practical Applicability?» *Front Psychol*, 2022.

Busemeyer, Jerome R., «Cognitive science contributions to decision science» *Cognition*, 135, 2015, s. 43-46.

Clancy, Kevin, John Bartolomeo, David Richardson og Charles Wellford, «Sentence Decision Making: The Logic of Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity» *Journal of Criminal Law and Criminology*, 72, nr. 2, 1981, s. 524-554.

Danziger, Shai, Jonathan Levav og Liora Avnaim-Pesso, «Extraneous factors in judicial decisions» *Proc Natl Acad Sci U S A*, 108, nr. 17, 2011, s. 6889-6892.

De Keijser, Jan W., Evianne G. M. de Lange og Johan A. van Wilsem, «Wrongful convictions and the Blackstone ratio: An empirical analysis of public attitudes» *Punishment & society*, 16, nr. 1, 2014, s. 32-49.

El-Geledi, Shaha og Richard Y. Bourhis, «Testing the impact of the Islamic veil on intergroup attitudes and host community acculturation orientations toward Arab Muslims» *International journal of intercultural relations*, 36, nr. 5, 2012, s. 694-706.

Gilbert, Daniel T., «How Mental Systems Believe» *The American psychologist*, 46, nr. 2, 1991, s. 107-119.

Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «Blinking on the bench: How judges decide cases» *Cornell law review*, 93, nr. 1, 2007, s. 1-43.

Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski og Andrew J. Wistrich, «The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination Of Executive Branch Justice» *Duke law journal*, 58, nr. 7, 2009, s. 1477-1530.

Høyland, Jon, «Hva styrer dommerens valg?: Irrelevante og ubevisste faktorerens betydning for domstolenes avgjørelser» *Lov og Rett*, 42, nr. 1, 2003, s. 21-40.

Johnsen, Jon T, «Prinsippet om at tvilen skal komme tiltalte til gode i straffesaker» *Jussens Venner* 1987 s 193-210 – (JV-1987-193), 1987.

Kang, Jerry, Judge Mark Bennett, Devon Carbado, Pam Casey, Nilanjana Dasgupta, David Faigman, Rachel Godsil, Anthony G. Greenwald, Justin Levinson og Jennifer Mnookin, «Implicit Bias in the Courtroom» *UCLA law review*, 59, nr. 5, 2012, s. 1124-1186.

Kolflaath, Eivind, «Bevist utover enhver rimelig tvil» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 124, nr. 2, 2011, s. 135-196.

Magnussen, Svein og Annika Melinder, «Umiddelbarhetsprinsippet i bevisvurdering - en utfordring til rettssikkerheten?» *Lov og Rett*, 53, nr. 10, 2014, s. 607-621.

Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Kognitive slagsider og snarveier i vurdering av bevis» *Lov og Rett*, 59, nr. 1, 2020, s. 19-42.

Magnussen, Svein og Karl Halvor Teigen, «Hvorfor tror retten på kriminelle informanter?» *Lov og Rett*, 62, nr. 1, 2023, s. 37-48.

Nygaard, Lars-Jonas, «Nærmer vi oss slutten for juryordningen?» *Lov og Rett* 2009 s 104-111 – (LOR-2009-104), 2009.

Pedersen, H. Frode, «Domfortellingens plausibilitet. En analyse av rettens fortelling i baneheiasaken», *Retfærd, Nordisk Juridisk Tidsskrift*, vol.40, 2017

Rachlinski, Jeff, A. J. Wistrich og C. Guthrie, «Altering Attention in Adjudication» *UCLA law review*, 60, nr. 6, 2013, s. 1586-1619.

Rachlinski, Jeffrey J. og Andrew J. Wistrich, «Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges» *Annual review of law and social science*, 13, nr. 1, 2017, s. 203-229.

Schkade, D., C. R. Sunstein og D. Kahneman, «Deliberating about dollars: The severity shift» *Columbia law review*, 100, nr. 4, 2000, s. 1139-1175.

Stebly, Nancy, Harmon M. Hosch, Scott E. Culhane og Adam McWethy, «The Impact on Juror Verdicts of Judicial Instruction to Disregard Inadmissible Evidence: A Meta-Analysis» *Law Hum Behav*, 30, nr. 4, 2006, s. 469-492.

Strandbakken, Asbjørn og Peter Garde, «Juryen: Avskaffe, reformere eller begrense bruken av den?» *Lov og Rett 2001 s 3-31 – (LOR-2001-3)*, 2001.

Stridbeck, Ulf, «Justismord» *Lov og Rett*, 46, nr. 2, 2007, s. 65-66.

Stridbeck, Ulf og Anders Bratholm, «Rettsikkerhet i praksis – En empirisk undersøkelse» *Lov og Rett 1998 s 323-362 – (LOR-1998-323)*, 1998.

Uhlmann, Eric Luis og Geoffrey L. Cohen, «“I think it, therefore it’s true”: Effects of self-perceived objectivity on hiring discrimination» *Organizational behavior and human decision processes*, 104, nr. 2, 2007, s. 207-223.

Vrij, Aldert og Samantha Mann, «Telling and detecting lies in a high-stake situation: the case of a convicted murderer» *Appl. Cognit. Psychol*, 15, nr. 2, 2001, s. 187-203.

Wissler, R. L., A. J. Hart og M. J. Saks, «Decisionmaking about General Damages: A Comparison of Jurors, Judges, and Lawyers» *Michigan law review*, 98, nr. 3, 1999, s. 751-826.

Wistrich, A. J., C. Guthrie og J. J. Rachlinski, «Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberately Disregarding» *University of Pennsylvania law review*, 153, nr. 4, 2005, s. 1251-1345.

Nyhetsartikler og Youtube

Artikkel i Rett24: Publisert 1. mars 2023 kl. 11:40, sist sett 5. mars 2023 klokken 12:58: <https://rett24.no/articles/vi-kalkulerer-i-realiteten-med-et-betydelig-antall-justismord>: «Vi kalkulerer i realiteten med et betydelig antall justismord».

Artikkel i Verdens Gang: VG, publisert torsdag 15. desember 2022 kl. 14:02, sist oppdatert torsdag 15. desember 2022 kl. 21.17: <https://www.vg.no/nyheter/i/jl32xq/viggo-kristiansen-i-brev-i-dag-starter-resten-av-livet-mitt?fbclid=IwAR3ifbuSgSsw4cCmwaEPQFd9hLlt4TNVQA9vABWeLh8pOq9NjMYsc2Vb bQU>. Sist sett 19.12.2022 kl. 16.01.

The invisible Gorilla - «Selective attention test»: <https://www.youtube.com/watch?v=vJG698U2Mvo> sist sjekket 25.11.2022 klokken 19.02.

