



Skyldig til det motsatte er bevist

Når rekkefølgen skiller skyld fra uskyld

Ada Gjedebo Hetland

Veileder: Siri D. Isaksson

Masterutredning i fordypningsområdet adferdsøkonomi

NORGES HANDELSHØYSKOLE

Dette selvstendige arbeidet er gjennomført som ledd i masterstudiet i økonomi- og administrasjon ved Norges Handelshøyskole og godkjent som sådan. Godkjenningen innebærer ikke at Høyskolen eller sensorer innestår for de metoder som er anvendt, resultater som er fremkommet eller konklusjoner som er trukket i arbeidet.

Sammendrag

Denne utredningen er en tverrfaglig teoretisk analyse som drøfter hvorvidt straffeprosessreglene utgjør en valgarkitektur som legger til rette for uskyldspresumsjonen. For å vurdere dette betraktes straffeprosessreglene som en valgarkitektur for domfellelse. Og vurderingen som skal analyseres, er skyldspørsmålet i straffesaker. Nyvinningen som denne oppgaven kommer med er, i norsk sammenheng, å bruke beslutningsteori til å vurdere om denne arkitekturen er egnet til å sørge for at dommeren oppfatter tiltalte som uskyldig til det motsatte er bevist.

Uskyldspresumsjonen krever at dommeren er forutinntatt om at tiltalte er uskyldig når bevisfremleggelsen starter. Utgangspunktet for bevisvurderingen bør da være tiltaltes frifinnende fortelling. Straffeprosessreglene skal da legge til rette for antakelsen om uskyld under saksforberedelsene, og ivareta dette utgangspunktet under selve bevisfremleggelsen. På denne måten sikrer man at aktors jobb under hovedforhandlingene er å bevise tiltaltes skyld, og hindre at forsvarer må bevise tiltaltes uskyld.

Utredningen kommer imidlertid frem til at straffeprosessreglene øker sjansen for at dommeren blir forutinntatt om tiltaltes skyld. Før bevisfremleggelsen starter, blir dommeren systematisk presentert for den fellende fortellingen før den frifinnende, jf. strpl. §§262 og 265. Videre blir den fellende fortellingen repetert: under påtalemyndighetens begjæring, opplesning av tiltalebeslutning og aktors innledende foredrag, jf. §§262 og §289 (1) og (2). Rekkefølge- og gjentakelses-effekten øker sjansen for at den fellende fortellingen blir trodd fremfor den frifinnende, hvilket kan skape en forutinntatthet hos dommeren.

Under selve bevisfremleggelsen kommer utredningen frem til at straffeprosessreglene kan forsterke fremfor å avhjelpe forutinntattheten. Hovedregelen er at fornærmede skal forklare seg før tiltalte i de mest alvorlige straffesakene, jf. §289 a), samt at aktor skal legge frem bevis før forsvarer, jf. §291. Man risikerer da at rekkefølgeeffektene forsterker, fremfor å forhindre antakelsen om tiltaltes skyld.

For å sørge for at straffeprosessreglene legger til rette for uskyldspresumsjonen, kommer utredningen med forslag om å gjøre endringer i begjæringen påtalemyndigheten sender til dommeren under saksforberedelsene. Endringen innebærer å starte utredningen med å gjøre rede for tiltaltes frifinnende forklaring, og komme med en bevisoppgave som støtter denne

forklaringen. Det er ikke før etter at tiltaltes forklaring er godtgjort, at begjæringen presenterer tiltalebeslutningen med tilhørende bevisoppgave.

Utredningen foreslår videre å bytte om på hovedreglene under bevisfremleggelsen til: at tiltale bør forklare seg før fornærmede, og at forsvarer legger frem bevis før aktor.

Innholdsfortegnelse

SAMMENDRAG.....	2
INNHOLDSFORTEGNELSE	4
1. INNLEDNING	6
1.1 INNLEDNING	6
1.2 METODE OG VEIEN VIDERE	8
2. RETTENS GANG.....	9
2.1 STRAFFEPROSESSEN	9
2.1.1 <i>Generelt om prosessen</i>	9
2.2 AKTØRENE	9
2.2.1 <i>Dommerne</i>	9
2.2.2 <i>Partene</i>	10
2.3 GANGEN I EN RETTSSAK	11
2.3.1 <i>Hovedforhandling</i>	11
2.3.2 <i>Domskonferansen</i>	12
3. BEVISVURDERINGEN	14
3.1 BEVISVURDERINGEN	14
3.2 USKYLDSPRESUMSJONEN	15
3.2.1 <i>Regler som følger av prinsippet</i>	15
3.2.2 <i>Hensyn bak prinsippet</i>	16
3.2.3 <i>Hvordan relaterer prinsippet seg til oppgaven</i>	17
3.2.4 <i>Bevisbyrden</i>	18
3.2.5 <i>Beviskravet</i>	18
3.2.6 <i>Objektivitetsplikten</i>	19
4. PLAUSIBLE FORTELLINGER	23
4.1 KAN DOMMERNE FINNE SANNHETEN I RETTEN?	23

4.1.1	<i>Altetisk, epistemisk og psykologisk nivå</i>	23
4.1.2	<i>Evaluere en ikke verifiserbar vurdering</i>	24
4.2	DET INDRE SIGNALET	25
4.3	KOHERENS	26
4.4	NORMALMODELLEN	27
4.4.1	<i>En stereotypisk forståelse av verden</i>	27
4.4.2	<i>Representativitetsheuristikken</i>	29
5.	SKYLDIG TIL DET MOTSATTE ER BEVIST	34
5.1	FORUTINNTATTHET OG FORSTERKENDE EFFEKTER	34
5.2	FORUTINNTATT FOR SKYLD	34
5.2.1	<i>Priming</i>	34
5.2.2	<i>Rekkefølgeeffekter</i>	37
5.2.3	<i>Gjentakelse</i>	43
5.2.4	<i>Styrking av dommerens plikt til aktivsaksstyring</i>	45
5.2.5	<i>Oppsummerende merknader om forutinntatthet</i>	47
5.3	FORSTERKE TROEN PÅ SKYLD	47
5.3.1	<i>Bekreftelsestendensen</i>	47
5.3.2	<i>Det du ser, er alt som er.</i>	49
5.3.3	<i>Rekkefølgen har alt å si.</i>	51
6.	USKYLDIG TIL DET MOTSATTE ER BEVIST	57
7.	SAKER OG ORDLISTE	59
7.1	SAKER	FEIL! BOKMERKE ER IKKE DEFINERT.
7.2	ORDLISTE	FEIL! BOKMERKE ER IKKE DEFINERT.
8.	BIBLIOGRAFI	62

1. Innledning

1.1 Innledning

15. Desember 2022 ble Viggo Kristiansen frikjent for voldtekt og drap på to jenter i Baneheia 19. mai 2000, etter å ha sonet 21 år i fengsel.¹ Et av de største justismordene i Norsk rettshistorie var med det et faktum. I den initielle domfellelsen sto det berømmelige DNA-beviset sentralt.² Den gang ble det tatt til inntekt for at det måtte være to gjerningsmenn. Det var den andre tiltalte i saken, Jan Helge Andersen, som hadde utpekt sin beste venn Viggo Kristiansen som hovedhjernen bak drapene. Derfor var det mest nærliggende å konkludere med at det var Kristiansen som var den andre gjerningspersonen. Dette til tross, for mangel på ytterligere tekniske bevis som knyttet Viggo Kristiansen til åstedet. Tingretten og lagmannsretten fant det dermed bevist, utenfor enhver rimelig tvil, at det var Viggo Kristiansen som hadde voldtatt og drept de to jentene i Baneheia.

I Kristiansens gjenåpningssak viste nyere DNA-analyser genmateriale fra Andersen på begge jentene, hvilket pekte i retning av én gjerningsperson.³ Videre ble det lagt vekt på teledata som tydet på at Kristiansen var i sykkelbua på det aktuelle tidspunktet. Bevis som ble sett vekk fra under rettssaken i 2002. Dette resulterte i frifinnelse av Kristiansen.

I norsk strafferett foreligger det et bærende prinsipp om at tvil om faktum skal komme tiltalte til gode. I Grunnloven står det at «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven» jf. §96 (2).⁴ Av dette følger det et strengt beviskrav: den straffbare handlingen skal være bevist «utenfor enhver rimelig tvil» jf. blant annet Rt. 2001 s.1521. I praksis vil dette beviskravet tilsi at man heller lar 99 skyldige gå fri fremfor å dømme én uskyldig.⁵ Men til tross for dette grunnlovfestede prinsippet, endte man med å gi en uskyldig mann lovens strengeste straff. Dette er heller ikke det eneste tilfellet. Man har

¹ (Store Norske Leksikon, 2023)

² (Aftenposten, 2022)

³ Ibid.

⁴ Kongeriket Norges Grunnlov av 1814 §96 (2)

⁵ (Andenæs, 2009) s.161

sett tilsvarende overgrep i saker som Fritz moen-, Birgitte Tengs-, Liland-, og Sture Bergwall-saken.⁶

Spørsmålet er da om man greier å overholde dette prinsippet i praksis. Det er én ting å nedfelle prinsipper i lov, men har man mekanismer på plass for å sørge for at de realiseres? Forhandlingene i en straffesak handler om at partene prøver å overbevise dommeren om sin fortelling. Påtalemyndigheten argumenterer for den fellende fortellingen, mens forsvarer argumenterer for den frifinnende fortellingen av tiltalte. Beslutningsteori har på sin side vist at hvordan beslutningssystemer er utformet påvirker valgene man tar i systemet.⁷

Siden 80-tallet har «heuristikk og skjevhetsprogrammet» innenfor beslutningsteori forsket på hvilke systematiske og forutsigbare vurderingsfeil folk flest begår.⁸ Programmet springer ut fra ideen om at mennesker ikke er rasjonelle beslutningstakere. Man har en hjerne med begrenset prosessorkraft, hvilket innebærer at man ikke er i stand til å måle og vekte informasjon som en datamaskin.⁹ For å greie å ta en beslutning har man i stedet utviklet tommelfingerregler, også kjent som heuristikker. Heuristikker er forenklete beslutningsprosedyrer for å raskt kunne svare på komplekse spørsmål. Enkelte heuristikker leverer gode svar på komplekse spørsmål, andre ikke. De heuristikkene som systematisk avleverer feil svar, skaper kognitive skjevheter. En kognitiv skjevhet er da en vurderingsmetode som systematisk avviker fra en logisk regel.

Dommere er også mennesker som lider av kognitive skjevheter. Et beslutningssystem kan derfor kunne utformes til å benytte seg av disse heuristikkene til å lede beslutningstaker til å ta det ene eller andre valget. I 2022 ble det avsagt dom i 13 981 straffesaker med meddomsrett i Norge.¹⁰ For å sikre at uskyldspresumsjonen blir forutberegnelig overholdt i alle disse sakene, bør man ha en valgarkitektur som hjelper bevisbedømmer til å overholde denne presumsjonen.

⁶ (Tv2.no, 2022)

⁷ (Johnson, et al., 2012) s.488

⁸ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.163

⁹ (Taleb, 2018) s.216

¹⁰ (Domstolsadministrasjonen, 2022) s.15

Straffeprosessreglene kan betraktes som en valgarkitektur for domsavsigelse. Hvordan prosessreglene legger opp saksforberedelsene og hovedforhandlingene, kan derfor påvirke hvilken fortelling dommeren mest sannsynlig vil tro på. For at uskyldspresumsjonen skal overholdes, er man avhengig av at prosessreglene setter en ramme for saksforberedelsen og hovedforhandlingene i favør av den frifinnende fortellingen. Slik blir det opp til aktor å bevise tiltaltes skyld. Og ikke forsvarers oppgave å bevise tiltaltes uskyld.

Dersom uskyldspresumsjonen skal overholdes må den frifinnende fortellingen ansees som utgangspunktet for forhandlingene. Det er først da det blir opp til aktor å motbevise den. For å realisere dette bør straffeprosessreglene sikre at dommeren ikke er forutinntatt om tiltaltes skyld. Videre bør reglene for selve bevisfremleggelsen sørge for å avhjelpe en eventuell forutinntatthet.

Problemstillingen denne oppgaven skal drøfte er dermed:

«I hvilken grad avhjelper eller forsterker straffeprosessreglene at bevisbedømmer blir forutinntatt om tiltaltes skyld? Og avhjelper eller forsterker straffeprosessreglene en slik forutinntatthet under bevisfremleggelsen?»

1.2 Metode og veien videre

For å besvare oppgavens problemstilling, vil jeg i kapittel 2 gi en kort innføring i hvordan en straffesak gjennomføres i praksis. Slik at leseren får et grovt bilde av hvilken scene beslutningen utspiller seg på. Videre vil jeg i kapittel 3 gå nærmere inn på de juridiske karakteristikkene ved bevisvurderingen. Mens i kapittel 4, vil jeg diskutere hva slags type beslutning bevisvurderingen er fra et beslutningsteoretisk perspektiv, og hvilke faktorer som kan påvirke denne vurderingen. I kapittel 5 vil jeg komme til drøftelsen som besvarer oppgavens problemstilling. Her vil jeg sette utformingen av straffeprosessregler i sammenheng med beslutningsteorier. Dette for å vise at utformingen kan påvirke bevisbedømmers overbevisning. Jeg avslutter oppgaven i kapittel 6 med å komme med forslag til hvordan lovgiver kan endre på straffeprosessreglene, for å bedre ivareta uskyldspresumsjonen.

2. Rettens gang

2.1 Straffeprosessen

2.1.1 Generelt om prosessen

Denne oppgaven skal analysere straffeprosessreglene som regulerer saksforberedelsen og partenes bevisførsel under hovedforhandlingene i en straffesak. Det er derfor relevant å gi en kort gjennomgang av hvordan straffeprosessen rent praktisk er strukturert. Jeg vil her klargjøre hvem som er aktørene i en straffesak, og generelt om sakens gang. De mer detaljerte prosessreglene som er knyttet til bevisvurderingen, kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

I Norge har man tre domstoler: tingretten, lagmannsretten og Høyesterett jf. Lov om Domstolene av 1915 §1. En sak starter som hovedregel i tingretten, og kan ankes opp i instansene.

Retten kan følge to forskjellige prosesser, regulert av hver sin lov. Sivile saker følger Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 2005, mens straffesaker følger Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 1981. Straffeprosessloven anvendes i saker som omhandler straff jf. §1. Straff defineres i Lov om straff (Straffeloven) §29 a-f) som fengsel, forvaring, samfunnsstraff, ungdomsstraff, bot og rettighetstap. Saker som ikke omhandler straff, følger tvisteloven. Det er kun i straffeprosessen uskyldspresumsjonen gjør seg gjeldene. Denne oppgaven vil dermed begrense seg til så analysere straffeprosessen.

2.2 Aktørene

2.2.1 Dommerne

Aktørene i en strafferettsak er dommerne, tiltalte, forsvarer av tiltalte, aktor og hvis relevant fornærmede og bistandsadvokat. Dommerpanelet settes med en kombinasjon av fagdommere og lekdommere i både tingretten og lagmannsretten. En fagdommer er dommer av yrket og må ha avlagt juridisk embetseksamen jf. domstolloven §54. En lekdommer har dommeroppgaven som verv. Man blir oppnevnt som lekdommer enten på grunn av sin

fagkompetanse, eller som folkevalgt gjennom kommunestyre eller fylkestinget jf. dl. §72. En lekdommer kalles meddommer når hen utgjør en del av retten med fagdommere.

I tingretten skal det alltid være til stede to meddommere jf. strpl. §276 (1). Dette kommer av prinsippet at man skal dømmes av sine likemenn. Retten settes da med to meddommere, og én fagdommer. Tilstedeværelse av meddommere i lagmannsretten, avhenger av hva anken gjelder. Gjelder anken bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, avgjørelse om straff eller straff for forbrytelse som kan medføre 6 år eller mer i fengsel, settes retten med to fagdommere og fem lekdommere jf. strpl §332.

2.2.2 Partene

Partene i saken er staten som anklager, og tiltalte som anklaget. Saken står altså ikke mellom tiltalte og fornærmede. Den tiltalte er den personen påtalemyndigheten mener har begått de straffbare handlingene, hvilket følger av tiltalebeslutningen jf. strpl. §82. Den tiltalte skal som hovedregel ha en forsvarer, etter §96, som bistår tiltalte under hovedforhandlingene.

Videre er påtalemyndigheten representert av aktor.¹¹ Påtalemyndigheten er et offentlig organ som har i oppgave å påtale straffbare handlinger. De leder etterforskningen, vurderer om det foreligger nok bevis til å reise tiltale mot siktede i saken. Samt utfører de aktoraget og vurderer om kjennelsen skal ankes. Påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt, og skal derfor være nøytrale i sitt oppdrag jf strpl. §55 (2).

Etter strpl. §3 er fornærmede enhver som er skadelidt i en straffesak. Det kan derfor være flere enn én. Siden saken står mellom staten og tiltalte, har fornærmede bare status som vitne. Det vil si at de/den utgjør en kilde til kunnskap som kan opplyse saken.¹² Fornærmede har rett på å få oppnevnt bistandsadvokat på det offentliges regning i de mest alvorlige sakene jf. §107 a). Bistandsadvokatens rolle er å ivareta fornærmede sine interesser under etterforskningen, og eventuelle hovedforhandlinger.

¹¹ (Store Norske Leksikon, 2022)

¹² (NOU 2006:10 Fornærmede i straffeprosessen - nytt perspektiv og nye rettigheter) s.27

2.3 Gangen i en rettssak

2.3.1 Hovedforhandling

Hovedforhandlingene starter med at fagdommer som utgjør rettens leder, presenterer alle aktørene i saken. Hen spør så om noen av dem er inhabile.¹³ Dersom svaret er nei, går enten fagdommer eller aktor i gang med å lese opp tiltalen jf. strpl. §289. Tiltalen er en detaljert beskrivelse av det påtalemyndigheten mener at tiltalte har gjort av straffbare forhold. Tiltalte blir så spurt om hen erkjenner straffskyld for hvert enkelt punkt i tiltalen.

Aktor holder så sitt innledende foredrag. Der hen redegjør kort for saken og hvilke bevis som støtter det påtalemyndigheten mener har skjedd, strpl. 289 (2). Forsvarer får så anledning til å gi noen korte kommentarer til innlegget.

Videre gis tiltalte mulighet til å forklare seg. Tiltalte har likevel ingen plikt til å komme med sin forklaring, jf. strpl. §90. Dette kommer av at man ikke kan bli tvunget til å komme med opplysninger som kan bidra til sin egen domfellelse. Tiltalte er dermed den eneste i retten som ikke blir straffet for å snakke usant. Rettens leder starter deretter med å stille oppfølgingsspørsmål til tiltalte, før de andre aktørene i retten gis mulighet til å stille ytterligere spørsmål.

I de mest alvorlige straffesakene skal fornærmede uttale seg *før* tiltalte, jf. strpl. §289 a). Hvis ikke, uttaler fornærmede seg sammen med de andre vitnene som blir ført i saken, *etter* tiltalte. Et vitne er en person som avgir forklaring for en domstol som ikke er part i saken.¹⁴ Enhver plikter å møte som vitne i retten på innkalling, jf. §108. Men man kan få fritak fra å vitne dersom man er nærstående tiltalte jf. strpl. §122. Det er parten som har kalt inn vitnet som starter med å stille spørsmål, før det åpnes for spørsmål fra de andre aktørene. Tiltalte kan stille spørsmål gjennom sin forsvarer.

De bevisene som aktor og forsvarer mener er relevante for rettens avgjørelse, må presenteres under hovedforhandlingene. Dette er et uttrykk for kontradiksjonsprinsippet. Prinsippet sier at dommerne ikke kan legge vekt på omstendigheter som ikke begge parter har fått anledning

¹³ (Domstol.no, u.d.)

¹⁴ (Store Norske Leksikon, 2019)

til å uttale seg om, jf. strpl. §305. I tillegg til vitneforklaringer har man realbevis. Det kan være alt fra DNA-prøver, til analyser av blodspor, bilder fra åstedet, SMSer, eposter, bankutskrifter, anropslogger og politirapporter. Aktor legger som hovedregel frem bevis før forsvarer, dersom de ikke blir enig om noe annet, jf. strpl. §291.

Sakkyndige er også vitner.¹⁵ De uttaler seg etter at alle de øvrige vitnene, og realbevisene har blitt presentert. Deres oppgave kan være å oppklare usikkerhet rundt tiltaltes tilregnelighet, eller komme med faglige vurderinger av enkelte problemstillinger. En retts teknisk sakkyndig kan for eksempel uttale seg om usikkerhetsmomenter ved DNA-prøver. Eller en psykiater kan uttale seg om hva som er normal sorgreaksjon etter noens død, i tilfeller der tiltalte har vist «mistenksom» atferd.

Hovedforhandlingen avsluttes med at forsvarer, bistandsadvokat og aktor holder sine respektive foredrag. Her sier de noe om hvordan de mener at bevisene skal forstås, hvilke følger det har for rettsanvendelsen, og hva de mener utfallet av saken bør bli, jf. §304. Aktor vil her legge ned påstand om hvilken straff tiltalte bør få, om tiltalte blir erkjent skyldig. Men her har aktor også plikt til å be om frifinnelse, dersom forhandlingene har kommet med opplysninger som er vanskelig å forklare dersom siktede er skyldig. Forsvarer vil på sin side legge ned påstand om at tiltalte må frifinnes, eller hevde at straffen må være så mild som mulig. Bistandsadvokaten holder seg til hvilken erstatning fornærmede burde få. Før retten heves får tiltalte anledning til å komme med en siste kommentar til dommerne.

2.3.2 Domskonferansen

Etter rettsmøtet trekker dommerne seg tilbake for å avholde domskonferansen, jf. strpl. §31. Domskonferansen er et rådslagningsmøte der fagdommer og meddommere skal bli enige om hva som har skjedd i saken, og hvorvidt det som har skjedd er straffbart. Om de kommer frem til at forholdet er straffbart, må de også bli enige om straffeutmålingen. Denne diskusjonen er konfidensiell, og igjen får dommerne kun legge vekt på de bevis som er lagt frem i saken.

¹⁵ (Domstol.no, u.d.)

Det er så fagdommer som skriver dommen, som meddommerne signerer. Tiltalte får lest opp dommen samme dag, eller dagen etter at rettsmøtet er over.¹⁶ Om aktor eller tiltalte er uenige med utfallet i dommen fra tingretten, har de rett til å anke, etter strpl. §306 (1). Hovedregelen er at anken må kreve en endring eller oppheving av dommen til gunst for en selv. Men det følger et unntak av §309 første punktum som sier at påtalemyndigheten kan anke til gunst for siktede. Dette er igjen i tråd med objektivitetsplikten.

¹⁶ (Domstol.no, u.d.)

3. Bevisvurderingen

3.1 Bevisvurderingen

For å kunne vurdere valgarkitekturen straffeprosessreglene stiller opp, og komme med forslag til hvordan den kan ivareta uskyldspresumsjonen, bør man ha det klart for seg hvilken beslutning dommeren skal foreta. Den beslutningen denne oppgaven skal analysere er vurderingen av skyldspørsmålet som kalles *bevisvurderingen*. Bevisvurderingen er prosessen der påstander blir til faktum. *Påstander* handler om at «noe er tilfelle, var tilfelle, vil bli tilfelle eller ville blitt tilfelle».¹⁷ Mens *faktum* er det dommerne legger til grunn for hva som har skjedd i saken. Utgangspunktet for diskusjonen om hva som er sant, er aktors tiltalebeslutning. Tiltalebeslutningen er et dokument, som lister opp alle *påstandene* aktor har om tiltaltes straffbare handlinger. Eksempelvis var det første tiltalepunktet mot fetteren i Birgitte Tengs-saken, følgende:

«I. Straffeloven § 229 1. straffalternativ for å ha hensatt noen i bevisstløshet.

Grunnlag for tiltalen er følgende forhold:

Lørdag 6. mai 1995 etter midnatt i ---vei på X la han en arm rundt halsen til D og klemte til slik at hun falt i bakken. Hun mistet bevisstheten av armgrepet og/eller fallet i bakken»¹⁸

Typisk vil aktor under hovedforhandlingene, argumentere for en fellende fortelling som forklarer hvordan tiltalte har utført den straffbare handlingen.¹⁹ Mens forsvarer vil argumentere for en frifinnende fortelling, som forklarer hvordan tiltalte ikke kunne ha begått den påståtte handlingen. De som skal overbevises er dommerne. Og det er dommerne, som konkluderer med hvilken endelig fortelling retten skal legge til grunn som faktum.

Som man kan lese ut fra tiltalebeslutningen, er fortellingenes utgangspunkt en straffebestemmelse, her strl. §229. Det er loven som bestemmer hvilke handlinger som er straffbare. Bestemmelsen setter dermed rammen for *hva* som må bevises i saken. Hva som

¹⁷ (Strandberg, 2012) s.411

¹⁸ LG-1998-260-2

¹⁹ (Kolflaath, Bevisbedømmelse i praksis , 2013) s.108

skal bevises, kalles bevistema. Bevistemaet knyttet til tiltalepunktet i Birgitte-saken er da: «Har «Fetteren» hensatt Birgitte Tengs i bevistløstiltand, ved å legge armen sin rundt halsen hennes og klemme til». I Birgitte Tengs-saken har ikke usikkerheten i bevisvurderingen vært knyttet til *hva* som har skjedd, men *hvem* som har gjort det. Det vil si at bevistemaet er om det var fetteren som utførte handlingen.

Forsvarer vil da bygge en frifinnende fortelling, som forklarer hvordan fetteren ikke kan ha gjort den straffbare handlingen.²⁰ Dette gjør forsvarer ved hjelp av «bevis». Et bevis er «et fenomen som bærer informasjon som tilsier at en faktumspåstand er sann eller usann».²¹ Forsvarer presenterer et vitne, som sier at hun har observert en jente, som liknet Birgitte Tengs sitt signalement, lene seg inn i en grønn bil på drapsnatten.²² Bevismiddelet er da vitnet. Mens bevisdataen er at en, jente som kan ha vært Birgitte, lente seg inn i en grønn bil på drapsnatten.

Bevis taler ikke for seg selv. De trenger påstander, som sier noe om hvordan bevisene skal forstås. Påstanden til forsvarer er da: sett opp mot øvrige vitneuttalelser er dette den siste observasjonen av Birgitte på drapsnatten. Birgitte ble sist observert, lenende inn i en grønn bil, utenfor Skoringen i Hovedgata i Koppervik. Det er dermed sannsynlig at det er personen i bilen, som er gjerningspersonen. Siden fetteren var for ung til å ha førerkort, er det dermed utelukket at det var fetteren som kjørte den observerte bilen. Beviset taler derfor imot aktors påstand om at det var fetteren som drepte Birgitte.

3.2 Uskyldspresumsjonen

3.2.1 Regler som følger av prinsippet

Videre har denne oppgaven som formål å sikre at bevisvurderingen tar hensyn til uskyldspresumsjonen. Det er dermed viktig å ha det klart for seg, hva dette prinsippet innebærer.

²⁰ (Kolflaath, Bevisbedømmelse i praksis, 2013) s.108 flg.

²¹ (Strandberg, 2012) s.49

²² (Jahr, 2015) s.124 flg.

Et kjennetegn på en rettsstat: er at den har mekanismer, som beskytter enkeltindividet mot vilkårlige inngrep fra staten.²³ Uskyldspresumsjonen er en slik mekanisme i straffesaker. Presumsjonen fastslår at *tvil skal komme tiltalte til gode*. Dette prinsippet følger av Den Europeiske Menneskerettskonvensjon artikkel 6 (2), og gjort til norsk lov i Kongeriket Norges Grunnlov av 1814 §96 (2). Bestemmelsen sier at «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Det er påtalemyndigheten som har ansvar for å bevise tiltaltes skyld. De bærer altså *bevisføringsplikten* i saken. For å sikre at tvilen skal komme tiltalte til gode, er *bevisskravet* strengt. Påtalemyndigheten må bevise tiltaltes skyld utover enhver «rimelig tvil», jf. blant annet Rt. 2001 s.1521. Det er dermed påtalemyndigheten som bærer risikoen for feilaktige domfellelser.

Presumsjonen stiller hovedsakelig krav til *hvem* som bærer bevisbyrden, og skjerper bevisskravet. Men prinsippet forbyr også, at tiltalte blir behandlet som skyldig inntil fallende dom er avsagt. Samt at tiltalte blir behandlet som skyldig i etterkant av frifinnelse. Dette har Norge blitt dømt for ha krenket to ganger av Den Europeiske Menneskerettighets Domstol (EMD).²⁴ I Bjugn-saken og Birgitte-saken ble tiltalte frifunnet, men idømt erstatningskrav. I følge EMD, var erstatningsansvaret egnet til å så tvil om den strafferettslige frifinnelsen.

3.2.2 Hensyn bak prinsippet

Uskyldspresumsjonen som en sikkerhetsventil, er nødvendig for å sikre legitimiteten til statens maktmonopol. Folket har gitt staten myndighet til å straffe sin befolkning, for å kunne bevare orden i samfunnet.²⁵ Dersom borgere ikke innretter seg etter statens regulering, må de ha mulighet til å håndheve reglene med straff. En straff kan være individuelt preventivt, i den forstand at man skremmer individet fra å gjøre den straffbare handlingen igjen.²⁶ Men straff, sender også et signal til resten av befolkningen om å ikke gjøre det samme. Straff vil imidlertid kun ha denne effekten dersom den oppleves som rettferdig. En rettferdig straff rammer den som er skyldig.

²³ (Stranbakken, 2003) s. 27

²⁴ (Aall, 2021) s.308 flg.

²⁵ (Grøning, Husabø, & Jacobsen, 2016) s.50 flg.

²⁶ (Store Norske Leksikon, 2023)

Hvis borgerne opplever at de man straffer er uskyldige, kan de miste tillitten til rettssystemet. I Norge har man høy tillitt til rettssystemet. I 2022 viste en undersøkelse, at 87% av befolkningen har svært stor eller ganske stor tiltro til domstolene.²⁷ Men det var også en nedgang i antall personer som hadde svært stor tiltro til domstolene: fra 47% i 2021, til 37% i 2022. Dette ble sett i sammenheng, med gjenopptakelsen av Baneheia-saken og erstatningsdommen mot «fetteren» i Birgitte Tengs-saken. Staten må dermed utvise forsiktighet når de bruker straff som virkemiddel. Den må kun brukes på de skyldige, for ikke å miste tillitten i befolkningen.

Man kan også tenke seg at det ligger et økonomisk hensyn bak uskyldpresumsjonen. Uten presumsjonen, er det opp til borgerne å dokumentere sin uskyld. Dersom man går rundt og er redd for at staten skal ta ut vilkårlig tiltale mot seg, vil man risikere at befolkningen overdokumenterer handlingene sine. Dette vil skape unødvendige transaksjonskostnader, og bremse den økonomiske veksten.

Sentrale motstående hensyn bak uskyldpresumsjonen, er da statens behov for å drive effektiv kriminalitetsbekjempelse, mot individets krav på rettsikkerhet.

3.2.3 Hvordan relaterer prinsippet seg til oppgaven

Uskyldpresumsjonen er en grunnlovsbestemmelse. Dette innebærer at den har forrang foran formelle lover. Hvilket følger av trinnhøydeprinsippet.²⁸ Dersom rettsanvender finner at løsningen en formell lov gir er i strid med grunnlovsbestemmelsen, skal man enten tolke den til å harmonere med grunnloven, eller se vekk fra bestemmelsen. Dette innebærer at uskyldpresumsjonen stiller krav, til hvordan straff- og straffeprosesslovene utformes, slik at formålet bak uskyldpresumsjonen blir oppfylt.

Det er én ting at presumsjonen oppstiller krav om hvem som bærer bevisbyrden og terskelen for beviskravet. Et annet spørsmål er om idealet stemmer med praksis. I denne oppgaven skal jeg se nærmere på, om valgarkitekturen straffeprosessloven oppstiller legger til rette for uskyldpresumsjonen. Dersom svaret er at reglene snur presumsjonen om uskyld imot

²⁷ (Domstolsadministrasjonen, 2022) s.23

²⁸ (Store Norske Leksikon, 2022)

tiltalte, kan dette være et argument for å endre på prosessreglene for å overholde grunnlovsbestemmelsen.

3.2.4 Bevisbyrden

Uskyldspresumsjonen stiller som nevnt krav til bevisbyrden. Regelen er aktuell når man ikke har på det rene hva som har skjedd i saken.²⁹ Det foreligger altså *tvil*, om hva som har skjedd. Bevisbyrden sier noe om *hvem* som har ansvar for å føre bevis i disse tilfellene. Det vil si hvem som har «bevisføringsplikten». Men begrepet sier også noe om hvem *tvilen* skal gå utover, herunder «tvilsrisikoen».

I straffesaker er det påtalemyndigheten som har bevisføringsplikten og bærer tvilsrisikoen.³⁰ Det er altså påtalemyndigheten, som må legge ned påstand om tiltaltes skyld. Det er de som har i oppgave å bevise at påstanden stemmer. Dersom de ikke greier å bevise dette utover enhver rimelig tvil, er det de som må bære risikoen for at påstanden deres ikke blir lagt til grunn.

3.2.5 Beviskravet

Her ser man også sammenhengen mellom bevisbyrden og beviskravet. *Bevisbyrden* sier noe om *hvilken* parts påstand som må bevises. Mens beviskravet sier noe om *hvor* sannsynlig påstanden må være, for å oppfylle beviskravet. *Beviskravet* er terskelen som må oppfylles for at en påstand skal bli lagt til grunn som sakens faktum. Det som da er bevist, er at tiltalte har begått en straffbar handling. Når beviskravet er oppfylt utløses rettsvirkningen om straff.

Beviskravet skjerpes dermed ut fra hvilken risiko retten er villig til å akseptere for å dømme uskyldige.³¹ Jo sterkere bevis retten krever, desto lavere risiko er en villig til å akseptere. Når beviskravet er satt til utenfor «enhver rimelig tvil», tar retten en svært liten risiko. Dette er i kontrast til beviskravet i de fleste sivile saker, som kun krever sannsynlighetsovervekt. Der

²⁹ (Strandbakken, 2003) s.49

³⁰ Ibid. s.52

³¹ (Strandberg, 2012) s.20

er det nok at en parts påstand er sannsynliggjort med 51%, for å bli lagt til grunn som faktum.

Risikoaversjonen i straffesaker kommer av maktbalansen mellom partene, og konsekvensen av en fellende dom. I en sivil sak er partene i utgangspunktet likestilte. De har tilsvarende med ressurser, og det koster dem like mye å tape saken. I en straffesak er ikke partene likestilte. Påtalemyndigheten har et stort ressursapparat, og de lider ingen personlig kostnad ved å «tape» saken. Tiltalte derimot, har begrenset med ressurser, og lider en stor personlig kostnad ved å tape saken, i form av straff.

Hvem som skal *overbevises*, utenfor «enhver rimelig tvil», er dommerne. Med overbevist mener man at det ikke foreligger en mulighet, for at tiltalte *ikke* har begått handlingen.³² Terskelen går ved *praktisk* mulighet. Det vil si at påtalemyndigheten, ikke trenger å bevise påstanden utover en *teoretisk* mulighet. En alminnelig forståelse av hva «rimelig tvil» betyr, er at den enkelte dommer finner det vanskelig å forklare bevisene i saken, dersom siktede er uskyldig. På samme måte må det ikke foreligge opplysninger som er vanskelig å forklare dersom tiltalte er skyldig. Eksempelvis, forelå det i Baneheia-saken opplysninger som var vanskelig å forklare dersom Viggo Kristiansen var skyldig. Han sendte blant annet meldinger, på mobiltelefonen under drapstidspunktet, fra en telefonmast som ikke hadde dekning i området der drapene ble begått.³³ Beviset tilsier, at han ikke var på åstedet på drapstidspunktet, og det lot seg vanskelig forklare dersom han var skyldig.

3.2.6 Objektivitetsplikten

Som nevnt er det påtalemyndigheten som har plikt til å bevise tiltaltes *skyld*. Det vil si at de har i oppgave å få den skyldige, ikke nødvendigvis den tiltalte, dømt. For å sikre at man straffeforfølger skyldige, og ikke tilfeldige personer på gaten, har man gitt påtalemyndigheten en objektivitetsplikt. Den følger av strpl. §55 (2) som sier at «Påtalemyndighetens tjenestemenn skal opptre objektivt i hele sin virksomhet».

Ordlyden «opptre objektivt», tilsier at påtalemyndigheten har ansvar for å opptre upartisk og saklig under hele prosessen. Det vil si fra etterforskningen, til saksforberedelsene, til

³² (NOU 2011:13 Juryutvalget: Når sant skal skrives) s.166

³³ (Jahr, Drapene i Baneheia, 2017) s.13

hovedforhandling og etter dom har falt.³⁴ Påtalemyndigheten har blant annet plikt til å kartlegge det som taler for og imot mistenkte under etterforskningen jf. §226 (3). De har også plikt til å frafalle tiltalen, eller nedlegge påstand om frifinnelse, dersom det under hovedforhandlingen blir klart at det ikke foreligger tilstrekkelig bevis, etter §304.

Årsaken til at påtalemyndigheten har ansvar for begge sider av saken, er hovedsakelig for å utjevne styrkeforholdet mellom partene.³⁵ Påtalemyndigheten har naturlig nok mye større ressurser til å etterforske saken, og underbygge en tiltale, enn tiltalte har til å selv etterforske saken og forsvare seg. De spiller dermed en sentral rolle, i å sørge for at saken blir fullstendig opplyst, etter §294, ved å innhente og fremlegge et fullstendig bevismateriale for domstolen.

Spørsmålet er da i hvilken grad påtalemyndigheten faktisk greier å overholde denne plikten. Saker i moderne tid, som Birgitte Tengs-, Viggo Kristiansen-, Sture Bergwall-, Monika- og Transocean-saken, har vist at det er én ting å nedfelle prinsipper i lov, men noe annet å overholde dem i praksis.³⁶ Påtalemyndigheten er selv klar over at man under etterforskning og saksforberedelser risikerer å gå i bekreftelsesfeller.³⁷ Der man låser seg til enkelte hypoteser, og søker etter å bekrefte denne påstanden i sin etterforskning. I kvalitetsrundskrivet til Riksadvokaten i 2018, ble det blant annet understreket at en operasjonalisering av objektivitetskravet i bevisvurderingen var å «oppstille et positivt krav til at det samlet sett må foreligge opplysninger i saken som det er vanskelig å forklare hvis siktede er uskyldig, og et negativt krav til at det ikke må foreligge opplysninger som er

³⁴ (Aaen, 2022) s.190 og 213

³⁵ (NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov) s.196

³⁶ Fremhevet i (Aaen, 2022) s.190 og 197: NOU 1996: 15 Liland-saken punkt 3.6.1 og riksadvokatens publikasjoner nr. 3/2015, «Norsk politi og påtalemyndighets behandling av straffesaken mot Sture Bergwall», punkt 7.3.3. Se også Riksadvokatens skriftserie 2/2017 om «Transocean-saken» punkt 4 og 16, særlig om viktigheten av objektivitet ved forholdet til andre myndigheter. Fritz moen – NOU 2007:7 punkt 1.1 og 13, Om «Monika-saken», se riksadvokatens publikasjoner nr. 1/2015, særlig punkt 7 om etterforskningen av saken. For gjennomgang av påtalemyndighetens arbeid med Birgitte Tengs- og Kristiansen-saken se (Jahr, Drapene i Baneheia, 2017) og (Jahr, Hvem drepte Birgitte Tengs?, 2015).

³⁷ (R. nr. 3/2018) s.23

vanskelig å forklare hvis den siktede er skyldig».³⁸ Dette som en tommelfingerregel, vil i tråd med beslutningsteori være til hjelp for å motvirke bekreftelsestendensen.³⁹

Men dette er forutsatt at bevisene er innhentet på en upartisk måte. Det vil si at det må stilles krav til god beslutningshygiene i alle ledd av etterforskningen. Riksadvokaten understreker at det ikke er meningen at påtalemyndigheten skal distansere seg selv fra etterforskningen, for å ivareta en kritisk distanse før man tar ut påtale.⁴⁰ Man skal heller foreta en skjønsmessig vurdering i den enkelte sak, om hvilke tiltak som skal iverksettes for å forhindre skjevheter. Jeg mener det er uheldig at rutiner for å unngå bekreftelsesfeller skal avgjøres på bakgrunn av en skjønsmessig vurdering. For det første, er man dårlig rustet til å vurdere hvilken grad man selv lider av en skjevhet.⁴¹ Det kalles «skjevhetsblindsonen». For det andre, vil skjønsmessige vurderinger føre til variasjon mellom sakene. Som igjen vil svekke prinsippet om at like tilfeller skal behandles likt, som er et kjerneprinsipp i norsk rett.

Det må dermed være faste rutiner for god beslutningshygiene under hele etterforskningsprosessen. For å gi et eksempel på hvilke prinsipper man kan organisere etterforskningen etter, kan jeg vise til forskningen til Itiel Dror. Den har særlig fokusert på rutiner for kriminalteknikere.⁴² Hans tre hovedprinsipper for etterforskning er følgende:

1) Sekvensering av informasjon for å forebygge premature intuisjoner: Under en etterforskning vil det være informasjon som er relevant, og mindre relevant, for å vurdere et bevis. Da er det viktig å begrense den irrelevante informasjonen for den personen som vurderer beviset. På denne måten begrenser man påvirkningen informasjonen har på vurderingen.

2) Lineær sekvensiell avsløring: Man bør sikre uavhengigheten til granskerne i etterforskningen så lenge som mulig. Det vil si at man bare gir nødvendig informasjon når den trengs. Dette vil hjelpe mot at man kun ser det man leter etter. En måte å sikre dette på,

³⁸ (R. nr. 3/2018) s.15

³⁹ Dialektisk bootstrapping se (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.88

⁴⁰ (R. nr. 3/2018) s.22

⁴¹ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.242

⁴² Ibid. s.258

er å dokumentere vurderinger i hvert trinn av undersøkelsen. Det kan for eksempel være å dokumentere analysen av et fingeravtrykk, før man får referanseavtrykket, når man skal vurdere hvorvidt de matcher. Det samme gjelder for å registrere analyser av bevis før man får kontekstinformasjon. Dersom man endrer mening når man får den nye informasjonen, bør endringen dokumenteres og begrunnes.

3) En kontrollør av en vurdering må ikke vite den initielle konklusjonen. Dette kan for eksempel være når statsadvokaten mottar en alvorlig sak fra politiadvokatene, og skal vurdere om de skal ta ut tiltale. Her bør statsadvokaten ikke starte med å lese politiadvokatens tolkning og konklusjon i saken. Men sikre uavhengighet ved heller starte med å lese seg opp på etterforskningsarbeidet, fra start til slutt, for så foreta en selvstendig vurdering.

De begrensede rutinene for god beslutningshygiene hos påtalemyndigheten, samt eksemplene på tilfeller der objektivitetsplikten ikke har blitt tilfredsstillende overholdt, tilsier at det er behov for årvåkenhet i retten. Det er dermed behov for en rettsprosess som sikrer uskyldspresumsjonen for å forhindre at uskyldige blir dømt.

4. Plausible fortellinger

4.1 Kan dommerne finne sannheten i retten?

4.1.1 Altetisk, epistemisk og psykologisk nivå

Til nå har jeg beskrevet rettens gang, og hvilken beslutning som skal analyseres i et juridisk perspektiv, bevisvurderingen. I dette delkapittelet skal jeg gå nærmere inn på hva slags type beslutning det er snakk om i et beslutningsteoretisk perspektiv. Og gå nærmere inn på hva som er avgjørende for beslutningstakers overbevisning.

Det er dommerne som skal avgjøre, om tiltalte er skyldig. Det er en vurdering, av hva som er *sant*. Spørsmålet er da hva dommere kan «vite» noe om, i en straffesak. I kunnskapsfilosofi skiller man mellom det aletiske, epistemiske og psykologiske nivået.⁴³ Det *aletiske* nivået, er verden slik den *er* i seg selv. De faktiske forhold. Det *epistemiske* nivået, er *informasjonen* om hvordan verden er. Bevisene for de faktiske forhold. Mens det *psykologiske* nivået, er slik bevisbedømmer *oppfatter* verden for å være.

Eksempelvis, politimannen Eirik Jensen har hjulpet narkobaron Gjermund Cappelen med å smugle hasj over grensen til Norge.⁴⁴ Dette er hva som har skjedd, på det aletiske nivået. I retten presenterer aktor, SMSer mellom de to personene, som hen mener beviser handlingen. SMSene er informasjon om hvordan verden faktisk er. Bevisbedømmer må da tolke hvorvidt bevisene betyr at politimannen faktisk har smuglet hasj. Med andre ord, har man ikke direkte tilgang til hvordan verden er. Det må man tolke seg frem til gjennom bevis.

Dommerens overordnede mål er å komme frem til et faktum som er tilnærmet lik det aletiske nivået.⁴⁵ Rettens sannhetsmålsetning. Slik jeg ser det, er det to mulige feilkilder som kan hindre bevisbedømmer i å nå dette målet.⁴⁶ For det første risikerer man at bevisene på det epistemiske nivået ikke er representative. Enten ved at de bare viser deler av sannheten.

⁴³ (Strandberg, 2012) s.53

⁴⁴ (Eggen, 2018)

⁴⁵ (Strandberg, 2012) s.173 flg.

⁴⁶ (Hetland, 2022) s.12

Tiden har fjernet bevis, vitner har glemt og biologiske spor har blitt vasket vekk. Eller så kan bevis gi uriktig informasjon. En blodprøve kan gi en falsk positiv match. Da er det en feil ved selve testen, som utgjør feilkilden.

For det andre, kan feilkilden ligge på det psykologiske nivået. Bevisbedømmer kan tolke beviset feil. I beslutningsteori kalles systematiske feiltolkninger av bevis, for «kognitive skjevheter». Skjevheten kan gjøre bevisbedømmer blind for at bevisene er mangelfulle, eller tolke de representative bevisene i feil retning. Eksempelvis, en av meldingene som ble diskutert i Jensen-saken var: «Det er trygt å sole seg med rett solfaktor».⁴⁷ Aktor mente at denne meldingen, betydde at det var trygt for Cappelen å drive narkosmugling, så lenge han holdt seg inne med Jensen. På sin side, mente Eirik Jensen, at denne meldingen betydde at han hadde fint vær på ferie. Gitt at Jensen faktisk hadde samarbeidet med Cappelen, ville feil tolkning vært at Jensen hadde det fint på ferie. Det er *hva* som påvirker hvilken tolkning bevisbedømmer *tror* på, som er gjenstand for analyse i denne oppgaven.

I en ideell rettssak legger dommeren til grunn en tilnærmet sannhet som faktum. Det forutsetter at bevisene som blir presentert er representative, og bevisbedømmer tolker dem riktig. Det er én ting med en ideell verden, men hva med virkeligheten? I virkeligheten husker vitner feil, tekniske bevis er kontaminert og dommerne, som andre mennesker, lider av kognitive skjevheter.

4.1.2 Evaluere en ikke verifiserbar vurdering

Hvordan kan bevisbedømmer *vite* om de faktiske forhold hen legger til grunn er tilnærmet sannheten? Problemet med bevisvurderingen, er at det er en ikke-verifiserbar vurdering.⁴⁸ Det vil si at man ikke har noen mulighet til å få bekreftet om det man har konkludert med er riktig. En verifiserbar vurdering er noe som kan bekreftes om at det stemmer. Eksempelvis: Jeg tror at ut fra dagens politiske klima, og Arbeiderpartiets dårlige oppslutning, at det er Erna Solberg som blir Norges neste statsminister. Denne vurderingen kan jeg få bekreftet at stemmer, etter valget i 2025. Men hvem som begikk trippeldrapet på Orderud gård, det er det

⁴⁷ (NRK.no, 2017)

⁴⁸ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.49 flg.

bare morderne som vet. For selv om tiltalte tilstår, kan man ikke vite, om hen snakker sant. Man kan alltid lyve, huske feil eller bli presset til å si noe man ikke mener.

Men dersom sannheten ikke er noe som kan vites, hvordan skal man forbedre bevisvurderingen? Med en verifiserbar vurdering kan man bruke utfallet til å forbedre beslutningsmetoden. Eksempelvis kan man med regneregler bruke en fasit til å vurdere om utregningsmetoden stemmer. Fasiten brukes da til å kalibrere utregningen til den gir riktig svar.

En ikke-verifiserbar vurdering, har imidlertid ingen fasit. Man kan derfor ikke bruke den til å evaluere metoden man bruker. For å kunne ta stilling til om en ikke-verifiserbar vurdering er god eller dårlig, må man se til prosessen i seg selv. Man må se til om metoden man bruker overholder reglene for logikk og sannsynlighetsteori.⁴⁹ En kognitiv skjevhet er en vurderingsmetode, som systematisk avviker fra en logisk regel. Denne oppgavens formål, er å komme med forslag til å bruke straffeprosessreglene til å rette opp slike systematiske skjevheter i bevisvurderingen.

4.2 Det indre signalet

Det at en vurdering er ikke-verifiserbar står ikke i veien for at bevisbedømmer *føler* seg overbevist. Kontrollerbarheten av vurderingen endrer ikke vurderingserfaringen.⁵⁰ Dette kommer av at bevisbedømmer anvender en «affektheuristikk» i vurderingen om hen er overbevist.

En heuristikk er en forenklet prosess, for raskt å kunne svare på et komplekst spørsmål.⁵¹ Man erstatter det komplekse spørsmålet, med et enklere ett, og svarer på det i stedet. I affektheuristikkens tilfelle, erstatter man spørsmålet «hva tenker jeg?», med «hva føler jeg?». Følelsen av overbevisning styres av «det indre signalet». Signalet sier noe om når

⁴⁹ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.55

⁵⁰ Ibid. s.54

⁵¹ Ibid. s.163

vurderingen er slutført. Vurderingen er slutført når man sitter med den tilfredsstillende følelsen av sammenheng, der alle puslebrikkene har falt på plass.

Det som gjør dette indre signalet misvisende, og i bevisrettens sammenheng farlig, er at det ikke oppleves som en følelse, men *tiltro*.⁵² Eksempelvis når man er sint, er sinne klart kategorisert som en følelse. Erfaringsmessig tar man ikke gode beslutninger når man er styrt av denne følelsen, og vet å roe seg ned før man bestemmer seg for noe viktig. Følelsen av overbevisning, er imidlertid ikke klart kategorisert som en følelse. Den er forkledd som en rasjonell *tiltro* til gyldigheten av egne vurderinger. Bevisbedømmer risikerer dermed å ikke få noe varsel om at hen bør dobbeltsjekke vurderingen.

4.3 Koherens

Hva er det så som styrer det indre signalet? Hva er det som styrker følelsen av overbevisning? Et svar på dette, er koherens.⁵³ Koherens betyr sammenheng.

I retten presenteres det forskjellige forklaringer på bevisene, som settes sammen til fortellinger om hva som har skjedd. Aktor syr bevisene sammen til en fellende fortelling, mens forsvarer kommer med en frifinnende. Den fortellingen som vinner frem, er den som både har generell og saksspesifikk koherens.⁵⁴ Generell koherens, vil si hvor godt fortellingen fungerer som fortelling. Elementene i fortellingen må være logisk strukturert og ha et troverdig innhold. Saksspesifikk troverdighet vil si hvor godt fortellingen forklarer bevisene i saken.

Kolflaath definerer en fortelling, som en kronologi med en indre sammenheng.⁵⁵ For at fortellingen skal fremstå som troverdig på et generelt plan, må elementene i fortellingen være strukturert langs en tidsakse. Der et element i fortellingen forklarer det neste. Elementene kan både være ytre handlinger, eller psykologiske motiver. Et eksempel på ytre

⁵² (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.141

⁵³ (Kolflaath, Bevisbedømmelse i praksis, 2013) s.119 flg. (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.54

⁵⁴ (Kolflaath, Bevisbedømmelse i praksis, 2013) s.199

⁵⁵ Ibid. s.102

handling, er at Kristin Kirkemo ga to pistoler til Per Orderud på lille julaften.⁵⁶ Forklaringen på handlingene, er det psykologiske motivet Orderud hadde. Han trengte disse pistolene fordi han planla å drepe sine foreldre og søsteren. Han ønsket å drepe dem, på grunn av at han følte seg forsmådd i et arveoppgjør. Det psykologiske motivet, forklarer dermed den ytre handlingen, og gjør den troverdig. En fortelling oppfattes derfor som mindre troverdig, dersom elementene i fortellingen har en uklar rolle, drar i forskjellig retning eller ikke følger en logisk kronologi.

På et saksspesifikt plan, er det ikke nok at fortellingen henger sammen på sine egne premisser. Den må også forklare de konkrete bevisene i saken. Fortellingen forklarer vådeskuddet, som det ble funnet spor av på stuebordet, og i et bilde hjemme hos Per og Veronica.⁵⁷ Den forklarer også pistolmagasinet funnet hos Lars Grønnerød. Magasinet skal angivelig ha matchet patronene funnet på åstedet. Fortellingen stemmer også overens med forklaringene til Lars Grønnerød og Kristin Kirkemo. Det psykologiske motivet til Per Orderud blir også støttet av at han skal ha forfalsket underskriften til faren på kjøpskontrakten av gården. Kontrakten fastslo at det var Per Orderud som var eier av gården. Faren gikk til rettsak mot Per for å få kjent kontrakten ugyldig. Samlet sett, fremstår denne delen av den fellende fortellingen som troverdig, fordi den henger sammen på et generelt nivå, men også forklarer de konkrete bevisene i saken.

4.4 Normalmodellen

4.4.1 En stereotypisk forståelse av verden

På et dypere plan, er spørsmålet hva er det som gjør at man oppfatter en fortelling som logisk strukturert. Og hva som avgjør om man oppfatter en fortelling som en plausibel forklaring på bevisene i saken. En teori som besvarer dette spørsmålet, handler om hvor tett fortellingen man blir presentert ligger opp mot det som kalles «normalmodellen».⁵⁸ Normalmodellen er individets stereotypiske forståelse av den virkelige verden. Eller det man i bevisteori kaller

⁵⁶ (VG.no, 2019)

⁵⁷ (NRK.no, u.d.)

⁵⁸ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.81 flg.

«erfæringsgrunnsetninger». Uavhengig av hva man kaller det, så er dette *kausale* fortellinger om hvordan verden henger sammen. «Går man ute med vått hår om vinteren, *blir* man forkjølet». «Går man med kort skjørt på fest, *ber* man om å bli voldtatt». Stereotypiene baserer seg på assosiasjoner av vilkår, hendelser, handlinger og utfall som opptrer sammen med en viss regelmessighet.⁵⁹ Hjernen setter en årsakspil mellom to fenomener som opptrer i takt, selv om det ikke foreligger noen kausal sammenheng. Ens intuisjon forstår ikke at det er forskjell på *korrelasjon* og *kausaltet*. Dette kommer av hjernens begrensede prosessorkraft. For å kunne tolke verden på en meningsfylt måte, må inntrykk forenkles til å passe inn i normer og kategorier om hvordan verden henger sammen. Dette er til tross for at de fleste fenomener man observerer er forårsaket av tilfeldigheter.

I beslutningsteori kalles *intuisjonen* for System 1. System 1 er automatisk og hurtig, krever liten anstrengelse, og gir heller ingen følelse av viljeskontroll.⁶⁰ Mens ens oppmerksomhet, som evner å løse mentalt krevende aktiviteter, kalles System 2. Dette er ens opplevelsen av «jeget». System 1 og System 2, er eiendommeligheter ved menneskelige tolknings- og beslutningsprosesser.⁶¹ Når man foretar vurderinger og beslutninger skjer det i utgangspunktet i System 1, som utgjør ens standardmodus. System 1 sin hovedoppgave er altså å vedlikeholde og oppdatere normalmodellen.

Hvis fortellingen, som blir presentert for retten, ligger innenfor hva System 1 aksepterer av variasjonsbredde innenfor en stereotypisk kategori, vil man legge den til grunn som sann. Dette vil skje uten at man involverer System 2 for nærmere ettersyn. Som igjen kommer av at det er en System 2-funksjon å ikke-tro på en fortelling.⁶² For at oppmerksomheten skal bli vekket til å mistro fortellingen, må den være *overraskende*. Den må bryte med det System 1 oppfatter som normalt. Dersom fortellingen bryter med stereotypien, vil man bli overrasket. System 2 blir da vekket til å foreta en rasjonell sannsynlighetsvurdering av bevisene, og vurdere om fortellingen er plausibel. Her må det imidlertid understrekes at dette er gitt at bevisbedømmer har kunnskap om hvordan man vurderer bevis rasjonelt. Det vil si kjennskap

⁵⁹ Ibid. s.81

⁶⁰ Ibid. s.26 flg.

⁶¹ Ibid. s.36

⁶² Ibid. s.91

til vitenskapelig metode og sannsynlighetsregneregler, som bayesiansk analyse.⁶³ Slik opplæring er fraværende på jusstudiet, og i beskjeden grad et innslag i dommeropplæringen.⁶⁴ Dersom bevisbedømmer ikke har kunnskap om hvordan man vurderer bevis rasjonelt, vil System 2 være ettergivende for den intuitive vurderingen til System 1.

Normalmodellen har på sin side vært helt avgjørende for å sikre menneskeartens overlevelse.⁶⁵ Ved hjelp av stereotyper har man unngått å spise giftige bær, og med et åpent sinn gått gjennom Sofienbergparken midt på natten. Modellen er et system som gjør oss i stand til å effektivt tolke og agere på omgivelsene. Og med dette unngå unødvendig risiko. Stereotyper er dermed effektive dersom konklusjonen man lander på stort sett er riktig, og kostnaden ved å ta feil er lav.⁶⁶ Det å gå en fem minutters omvei rund parken, er en liten kostnad å betale for å unngå sjansen for å bli overfalt. Verre er det å ta med seg denne forenklete beslutningsmetoden inn i retten.

4.4.2 Representativitetsheuristikken

Strategien System 1 bruker for å vurdere hvor tett fortellingen ligger opp mot normalmodellen, kalles «representativitetsheuristikken». Som tidligere nevnt er en heuristikk en forenklet prosess, for raskt å kunne svare på et komplekst spørsmål. Man erstatter det komplekse spørsmålet med et enklere ett, og svarer på det i stedet. En troverdighetsvurdering er rasjonelt sett en sannsynlighetsvurdering: Hvor *sannsynlig* er det at Viggo Kristiansen forgrep seg på og drepte de to jentene i Baneheia, gitt bevissituasjonen? Selv om dette er et svært komplekst spørsmål, hindrer det ikke bevisbedømmer i å bli overbevist. Intuitivt bytter man ut spørsmålet om hvor sannsynlig handlingen er, med hvor *representativ* Kristiansen er for personer som begår slike type handlinger. Bevisbedømmer vurderer altså hvor mye Kristiansen likner stereotypen av en drapsmann.

⁶³ For innføring i bayesiansk analyse i bevisvurderingen se (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.386

⁶⁴ (Kolflaath, En Metode for Bevisbedømmelsen i Straffesaker, 2015) S.509

⁶⁵ (Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2018) se under kapittel 3 “the emergence of ecological rationality”

⁶⁶ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.89

Det er her jeg mener at problemet oppstår når man skal anvende en representativitetsheuristikk i vurderingen av skyldspørsmålet.⁶⁷ Det er kun straffbart å begå straffbare handlinger. Det er *ikke* straffbart å være en person, som er tilbøyelig til å kunne begå straffbare handlinger. Heuristikken leder dermed til en skjevhet i bevisvurderingen.

Bevistemaet i en bevisvurdering er om tiltalte har gjort den konkrete handlingen, i det konkrete tilfellet. Ikke om vedkommende er en person som har større sjanse for å begå en slik type handling, enn den øvrige befolkningen. Når det kom til tiltalen som hevdet at Kristiansen hadde forgrepet seg og drep de to jentene i Baneheia, var det bevist utenom enhver rimelig tvil at Kristiansen er en person som er mer tilbøyelig til å begå overgrep enn den øvrige befolkningen. I samme sak hadde han innrømmet å ha forgrepet seg på barn i fem og syv års alder ved flere anledninger i perioden 1994 til 1996.⁶⁸ Men man kan ikke straffes for tilbøyeligheter, man kan bare straffes for konkrete hendelser. Bevisbedømmers oppgave, er dermed å se til bevis som sannsynliggjør den straffbare handlingen. Bevis, som knytter personen til åstedet på gjernings tidspunktet. Det være seg vitneforklaringer, som sier at hen så vedkommende i området, teledata fra telefonmaster og DNA-spor på åstedet.

Det er ikke vanntette skott mellom disse to vurderingene.⁶⁹ Det at en person har en tilbøyelighet til å gjøre en handling, sett i sammenheng med bevis som knytter vedkommende til åstedet, er med på å sannsynliggjøre handlingen. Men bevis som taler for en tilbøyelighet, er ikke annet enn et støttebevis. Det er handlingen som er straffbar. Så det er handlingen som må bevises utenfor enhver rimelig tvil. Slike modusbevis som: vitneforklaringer om aggressiv atferd i oppveksten, at Kristiansen var bestekompis av Andersen og tilståelse av tidligere overgrep, kan ikke stå alene.

Det ser likevel ut til at sammenblanding av disse spørsmålene kan forekomme i praksis. Et eksempel på dette er Jo Hov sin oppfatning som kommer til uttrykk i hans læreverk om straffeprosess. Der uttaler han at: «i straffesaker kan en bestemt modus operandi være like avslørende som et fingeravtrykk. (...) Tidligere vandel kan også gjøre det sannsynlig enten at vi har med en tvers igjennom pålitelig og sanndru person å gjøre, eller at vedkommende er

⁶⁷ (Hetland, 2022) s.52

⁶⁸ Kristiansand byrett – dom - TKISA-2001-374 s.3-4

⁶⁹ (Kolflaath , Bevis for modus operandi, og modus operando som bevis, 2013) s.160 flg.

en uforbederlig skrønemaker. (...)Vandel og troverdighet vil som regel være to sider av samme sak, selv om vi også kan finne sanndrue lovbrytere og løgnaktige besteborgere.»⁷⁰

I saken mot Viggo Kristiansen var det kun Jan Helge Andersen sin forklaring som knyttet han til handlingen. Andersen hadde tilstått å ha medvirket til overgrepene og drapene på de to jentene. Han hadde forklart at det var Kristiansen som hadde vært hovedhjernen bak de straffbare handlingene. Der Kristiansen angivelig skulle ha truet Andersen til medvirkning. Senere ble det klart at denne tilståelsen var presset frem av politiet, ved hjelp av ledende spørsmål under avhør.⁷¹ Selv om bevisbedømmer ikke visste dette under forhandlingene, ville Andersen få en mildere straff ved å skissere seg selv som medvirker i stedet for hovedmann. Forklaringen hadde dermed en lav bevisverdi. DNA-beviset som retten også la stor vekt på, antydte at det var to gjerningspersoner. Det var av en slik type at det kunne tilhøre 54% av alle menn, inkludert Kristiansen, men ikke Andersen.⁷² Med andre ord så hadde ikke DNAet identifisert Kristiansen. Det forelå kun en ca. 1/1200000 sjansse for at det var hans. Påtalemyndigheten hadde med andre ord svake bevis som knyttet Kristiansen til den straffbare handlingen.

Det de hadde derimot, var sterke støttebevis for Kristiansens tilbøyeligheter for overgrep og aggressivitet. Fra dette ble det dratt slutningen at han ikke var fremmed for drap.

Forhandlingene gikk derfor med til å bevise det som kalles Kristiansens «modus».

Modusbevis er bevis som støtter påstanden om at tiltalte har en tilbøyelighet til å bryte visse straffebud.⁷³ «Han er en person som er i stand til å forgripe seg og drepe små barn». Jeg tenker at dette kan være en forklaring på hvordan påtalemyndigheten greide å overbevise dommerne om Kristiansens skyld. De avhjalp en skjør bevissituasjon med å forsterke stereotypien.

Et enda klarere eksempel på dette var saken mot «fetteren» i Birgitte-saken. Her forelå det ingen fellende bevis som knyttet han til den straffbare handlingen. Annet enn en trukket

⁷⁰ (Hov, 2010) s.1112

⁷¹ (Jahr, Drapene i Baneheia, 2017) s.181

⁷² (Aftenposten, 2022)

⁷³ (Kolflaath , En Metode for Bevisbedømmelsen i Straffesaker, 2015) s.150

tilståelse, som også viste seg å ha blitt presset frem av politiet.⁷⁴ Ellers, kunne faren vitne at sønnen hadde kommet hjem fra fest før drapstidspunktet. Siden han ikke hadde lappen, kunne han heller ikke vært sjåfør i den bilen Birgitte sist ble observert ved. Store deler av saken gikk i stedet i detalj på to blottepisoder han hadde hatt da han var 15. I tillegg til at han hadde oppført seg rart etter Birgitte sin død. Denne atferden skulle sannsynliggjøre at han hadde tilbøyeligheter for voldtekt og drap. Fetteren ble frifunnet i lagmannsretten, men tingretten fant denne bevissituasjonen tilstrekkelig til å utelukke enhver rimelig tvil om at han hadde gjort det.

Denne utbredte bruken av modusbevis er ikke begrenset til disse enkeltsakene. Kolflaath påpeker at etter å ha observert 105 rettssaker, fremsto bruk av straffe- og bøtere register som et rutinemessig innslag under hovedforhandlingene.⁷⁵ Av de 105 sakene henviste aktor til straffe- og bøtere registeret i 84 av dem. Videre påpeker han at siden 60-tallet har det utvilsomt gått i retning av en mindre restriktiv praksis av å legge vekt på bevis som ligger utenfor tiltalen.⁷⁶ Dette er en trend det er verdt å følge med på, om man ønsker å unngå flere justismord i fremtiden.

Jeg mener at en overdreven bruk av modusbevis tyder på et brudd på påtalemyndighetens objektivitetsplikt. Aktor har en plikt til å sørge for sakens rette opplysning. Men ved å legge tung vekt på modusbevis for å avhjelpe en ellers skjør bevissituasjon, mener jeg man kan forlede bevisbedømmer til å tolke bevisene feil. Man risikerer da å aktivt spille på bevisbedømmers hang til å la seg forlede av stereotypiske fortellinger. Jeg sier ikke at man skal være avskåret fra å føre modusbevis for retten. De er i visse saker klart nødvendig for å sannsynliggjøre den straffbare handlingen. Men det er snakk om en avveining. Dersom det foreligger en skjør bevissituasjon, så bør påtalemyndigheten være forsiktig med å legge frem modus-bevis.

Dette er også en oppfordring til retten. Retten selv har en plikt til å sørge for sakens rette opplysning, etter stprl. §294, og har en saksstyringsplikt etter §271 a. Hvilket innebærer at

⁷⁴ (Jahr, Hvem drepte Birgitte Tengs?, 2015) s.225 flg.

⁷⁵ (Kolflaath , Bevis for modus operandi, og modus operando som bevis, 2013) s.152

⁷⁶ Ibid. s.154

de kan avskjære bevis om nødvendig, både under saksforberedelse eller hovedforhandling etter §292.

5. Skyldig til det motsatte er bevist

5.1 Forutinntatthet og forsterkende effekter

Til nå har jeg drøftet hovedmekanismene bak hvordan bevisbedømmer blir overbevist om at tiltalte er skyldig eller uskyldig. Fortellingen om tiltalte må passe med stereotypen man har om personer som begår visse straffbare handlinger. Men det jeg ikke har gått nærmere inn på, er mekanismene bak *hvordan* man vurderer om fortellingen ligger tett opp mot stereotypen. Normalmodellen er dynamisk og manipulerbar. Det er ikke nok å fortelle den mest stereotypiske fortellingen. Det handler like mye om hvordan denne fortellingen blir fortalt. Jeg mener straffeprosessreglene har en valgarkitektur som påvirker dommerens overbevisning i favør av den fellende fortellingen. *Reglene før bevisfremleggelsen øker sjansen for at dommeren blir forutinntatt for at tiltalte er skyldig, og reglene under selve bevisfremleggelsen forsterker denne forutinntattheten fremfor å avhjelpe den.*

Årsaken til dette mener jeg er at prosessreglene ikke tar høyde for hvilke strategier System 1 bruker for å vurdere plausibiliteten av fortellingene. De legger altså vekt på andre hensyn enn at bevisbedømmer kan bli påvirket til å gå i kognitive feller. Denne drøftelsen har dermed som formål å belyse at de eksisterende prosessreglene snur uskyldspresumsjonen, fordi utredelsen av dem ikke har tatt hensyn til bevisbedømmers begrensede rasjonalitet.

I det følgende vil jeg i delkapittel 5.2. drøfte i hvilken grad dommeren blir forutinntatt for skyld, før bevisfremleggelsen starter. For så gå inn på om prosessreglene avhjelper eller forsterker forutinntattheten under selve bevisfremleggelsen i delkapittel 5.3.

5.2 Forutinntatt for skyld

5.2.1 Priming

I dette delkapittelet vil jeg presentere forskjellige teorier som sier noe om hva som kan danne en forutinntatt holdning. Og hvordan disse teoriene relaterer seg til prosessreglene frem til bevisfremleggelsen. Jeg starter med det som kalles priming-effekten.

En strategi System 1 bruker til å forenkle en innfløkt verden til håndterbare stereotypier, er å rydde verden etter sine preferanser.⁷⁷ Ved å rydde verden på denne måten slipper man å lagre informasjon som ikke støtter preferansen. På den måten frigir man lagringskapasitet. For å forstå hvordan preferanser dannes, må jeg si noe grunneleggene om hvordan hjernen lagrer informasjon. Hjernen lagrer informasjon i assosiative årsaksklynger.⁷⁸ Et ord utløser en strøm av andre ord. Når jeg skriver ordet «kake», assosierer man ordet med andre ord som «bursdag» og «hygge». Ordene «kake» og «bursdag» henger sammen, fordi man pleier å spise kake i bursdager, og der pleier det å være hyggelig. De positivt ladede ordene som assosieres med kake, vekker en god følelse i oss. Denne følelsen gir oss en preferanse for kake.

Det som er interessant er at disse årsaksklyngene ikke nødvendigvis er knyttet til personlige erfaringer. De kan påføres oss. Det å bli påført en preferanse kalles «priming». Kahneman tar utgangspunkt i ordparet «banan» og «oppkast».⁷⁹ To ord som i utgangspunktet ikke har noe med hverandre å gjøre. Men for at hjernen skal greie å huske disse to ordene, setter den en årsakspil mellom dem. Videre lager System 1 en liten fortelling, om at banan forårsaker oppkast. Denne fortellingen utløser nå en kroppslig reaksjon, ved at man blir litt kvalm ved tanken på bananer. Når man setter disse to ordene i sammenheng, blir man altså primet til å ikke like bananer.

Priming utfordrer ideen om at man tar beslutninger ut fra sin frie vilje.⁸⁰ Primingen skjer i System 1, som man ikke identifiserer seg med. Man blir altså påført preferanser underbevisst, og sitter igjen med inntrykket av at preferansen er noe man selv har valgt. Priming kan dermed styre ens sympatier og antipatier. Når det er sagt, har det de siste årene blitt sådd tvil rundt hvor sterke funnene på priming-effekter egentlig er.⁸¹ En rekke studier har ikke latt seg replikere. Og de som har latt seg replikere, viser at effekten ikke er like sterk som først antatt.

⁷⁷ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.58 flg.

⁷⁸ Ibid. s.59

⁷⁹ Ibid. s.58

⁸⁰ Ibid. s.63

⁸¹ (Chives, 2019) s.200-203 (Lodder, Ong, Grasman, & Wichers, 2019)

Så gitt at priming har en viss effekt, mener jeg at den kan påvirke preferansen bevisbedømmer har om tiltalte i saken.⁸² Dersom man setter ordene «Tiltalt» og «Ada» sammen, vil hjernen lagre dette paret som at Ada *er* tiltalt. En bevisbedømmer vet at 95% av tiltalte blir dømt.⁸³ Tiltale assosieres derfor med *skyld*. Skyld betyr at vedkommende har begått straffbare handlinger. Skyld er altså assosiert med fare, som man igjen misliker. På denne måten primes bevisbedømmer til å mislike tiltalte. Denne følelsen vekkes kun i kraft av at man blir presentert av ordparet, uten ytterligere informasjon som eventuelt støtter denne påstanden.

Spørsmålet er da om *når* i prosessen bevisbedømmer eventuelt blir primet til å mislike tiltalte. Dette kan skje under forberedelsene til hovedforhandlingen. Forberedelsene starter med at påtalemyndigheten sender en begjæring til saksforberedende dommer, jf. strpl. §262. En begjæring, er et skriv som forklarer hva som trengs for å kunne gjennomføre hovedforhandlingen. Et av dokumentene i begjæringen er «tiltalebeslutningen», etter §262 (1) bokstav a). Tiltalebeslutningen skal oppgi de aktuelle straffebestemmelsene som tiltalte skal ha brutt, jf. §252 (1) nr. 3, og gi en kort beskrivelse av hvordan tiltalte har brutt dem, jf. §252 (1) nr. 4. Som tidligere Sorenskriver Jon Høyland påpeker vil «tiltalebeslutningen presentere for dommeren en hypotese om at tiltalte har begått det han er tiltalt for, og noen alternativ fremstilling har dommeren foreløpig ikke.»⁸⁴

Enkelte saker får også mediedekning. I de største sakene går man ut med navn og bilde i mediene, før saken har startet. Det foreligger imidlertid ingen mekanismer som hindrer dommerne i å følge med på hva som skjer i media.⁸⁵ Tvert om, hevder Høyland at dommeren vil ha en naturlig interesse i å følge med på hvordan saken blir omtalt. Men selv om hen ønsker å holde seg unna, skal det mye til for å at hen ikke skal lese eller høre noe om saken på forhånd. For selv om dommeren ikke går inn og leser disse sakene, vil dommeren risikere at enhver nettavis, avisstativ i butikken eller sladder i lunsjen omtaler den tiltalte. Slik eksponering er dermed også egnet til å skape en forutinntatthet for skyld.

⁸² (Hetland, 2022)

⁸³ (Riksadvokaten, u.d.)

⁸⁴ (Høyland, 2003) s.25

⁸⁵ Ibid. s.38-39

5.2.2 Rekkefølgeeffekter

Rekkefølgen har alt å si

Innenfor beslutningsteori er det en rekke funn som tyder på at rekkefølgen man blir presentert informasjon eller opplever hendelser, påvirker hvordan man tolker senere informasjon og opplevelser. Eksempelvis fant man i en studie at forsøkspersonene som først fikk presentert bevisene *for* skyld, anså det som mer sannsynlig at tiltalte var skyldig, enn de som fikk denne informasjonen *etter* bevis for uskyld.⁸⁶ Rekkefølgen dommeren blir presentert for den fellende eller frifinnende fortellingen, kan dermed påvirke hvilken fortelling hen mest sannsynlig kommer til å tro på. Og med det danne en forutinntatthet.

Spørsmålet er da i hvilken rekkefølge dommerne får fortellingene i. Saksforberedelsene er strukturert ved at fagdommer *først* får tilsendt en begjæring fra påtalemyndigheten. Gjennom begjæringen, som består av tiltalebeslutningen, bevisoppgaven og de skriftlige bevisene, jf. §262, blir saksforberedende dommer presentert med den fellende fortellingen. Det er ikke *før etter* at begjæringen er sendt inn, at dommeren vurderer om det er behov for å oppnevne forsvarer og få tilsvaret til begjæringen.⁸⁷ Hovedregelen er at tiltalte skal ha forsvarer, og at det skal gis tilsvaret, jf. §§96 og 265 (1). Forsvarer har da tre uker på å sende inn et tilsvaret til aktors begjæring. Her skal blant annet forsvarer komme med sin bevisoppgave, beskrivelse av hva de enkelte bevis skal belyse, og hvorvidt forsvarer mener påtalemyndigheten bør ta ytterligere skritt i etterforskningen for å opplyse saken, jf. §265 (2). I tillegg skal tilsvaret komme med utdrag fra skriftlige bevis som skal føres. Det vil si at rekkefølgen på informasjonen saksforberedende dommer blir presentert fortellingene i saken, er *først* den fellende fortellingen, *så* den frifinnende fortellingen.

Meddommerne blir *først* presentert for saken når hovedforhandlingene starter med at tiltalen blir lest opp, og fylt ut av aktors innledende foredrag.⁸⁸ Aktors innledende foredrag skal «forklare hva som er gjenstand for tiltale og kort nevne de bevis som vil bli ført.», jf §289

⁸⁶ (Tetlock, 1983)

⁸⁷ (Øyen, Straffeprosess, 2022) s.266

⁸⁸ (Advokatbladet, 2022)

(2). Her forventes det også at aktor, på en kort og konsis måte, kommer med bakgrunnen for saken, omstendighetene rundt hendelsene som er beskrevet i tiltalen, hva påtalemyndigheten tar sikte på å bevise, hvilke faktiske spørsmål som er særlig omtvistet mellom partene og hva de ulike bevisene skal belyse.⁸⁹ Som Høyland kommenterer skaper innledningsforedraget «mer orden og sammenheng i historien og gir retning for dommerens oppmerksomhet under bevisførselen».⁹⁰

Forsvarer kan «på begjæring» komme med kommentarer til aktors fremstilling, jf §289 (3). Men her risikerer forsvarer å være begrenset til å kommentere på detaljer innenfor de premisene og den rammen som aktors fellende fortelling setter. Før bevisfremleggelsen starter, får da meddommerne *først* en inngående innføring i den fellende fortellingen, for så få noen korte kommentarer fra forsvarer.

Denne rekkefølgen er gjennomgående for hele prosessen. Først aktor, så forsvarer. I dette underkapittelet vil jeg presentere forskjellige teorier som forklarer hvorfor, og hvordan, rekkefølgen kan påvirke bevisbedømmers forutinntatthet om tiltaltes skyld.

En tendens til å tro

Utover tiltalebeslutningen, skal påtalemyndigheten sende over bevisoppgaven, etter strpl. §262 (1) bokstav b). Bevisoppgaven er en liste over hvilke bevis som ønskes ført. Det vil si vitner, dokumenter og tekniske bevis. I tillegg til utdrag av skriftlige bevis, som skal presenteres under hovedforhandlingen, jf. §262 (1) c). Må oppgaven komme med en «kort redegjørelse» av hva de forskjellige bevisene skal tilsi, og andre sentrale opplysninger om beviset. Dommeren blir altså ikke bare presentert med at vedkommende er tiltalt, men får også en detaljert beskrivelse av hvorfor, og hvilke bevis som støtter denne påstanden. Dette er med på å fylle ut den fellende fortellingen, gjøre den mer koherent, og dermed mer troverdig.

Det at saksforberedende dommer først blir presentert med en så detaljert og sammenhengende fortelling, kan spille på dommerens tilbøyelighet til å tro. Denne tendensen kommer av en grunnleggende funksjon for hvordan man forstår påstander. For at

⁸⁹ (Øyen, Straffeprosess, 2019) s. 309

⁹⁰ (Høyland, 2003) s.25

man skal kunne forstå en påstand, må man først tro på den.⁹¹ Man må forestille seg hva den innebærer dersom den er sann. Det er først da man kan velge å tro eller ikke tro på den. System 1 vil derfor konstruere den best mulige tolkningen av situasjonen. Dersom denne tolkningen ligger tett opp mot den stereotypiske forståelsen av verden, vil ikke System 2 bli overrasket, og heller ikke gripe inn for å ikke-tro på påstanden. Selv om påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt, tar de ikke ut tiltale med mindre de er overbevist om at tiltalte er skyldig. Så til tross for at bevisoppgaven skal belyse begge sider av saken, vil den tale for tiltaltes skyld. System 2 har da ikke noen grunn til å ikke-tro den. Forsvarer blir da satt i en posisjon for å overbevise dommeren om at den fellende fortellingen ikke er troverdig. Og med det snu presumsjonen om uskyld.

Ankereffekten

En annen rekkefølgeeffekt er anker-effekten. Ankereffekten er tendensen man har til å lene seg for mye på den første informasjonen man blir servert, når man skal ta en påfølgende beslutning.⁹² Informasjonen utgjør et «anker», som man vurderer den etterfølgende informasjonen ut fra. Ta eksempelvis ankeret som ble testet i Jecowitz og Kahneman sin studie fra 1995:⁹³

- 1) Er Mississippi-elven lengre eller kortere enn 70 miles?
- 2) Hvor lang er Mississippi-elven?

70 miles er et tilfeldig tall. Det gir ingen veiledende informasjon om hvor lang elven er. Likevel viser studier at slike tall utgjør et utgangspunkt for hva man vurderer som en rimelig lengde på elven. Et anker på 70 miles gjør at man finner lengder i denne størrelsesorden fornuftig. Forsøkspersonene i studien fant eksempelvis en medianverdi på 300 miles som rimelig.⁹⁴ Mississippi-elven er imidlertid 2 340 miles lang.⁹⁵

⁹¹ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.91

⁹² Ibid. s.135-136

⁹³ (Jacowitz & Kahneman, 1993)

⁹⁴ Ibid. s.1163

⁹⁵ (Britannica, 2023)

Forskning på avgjørelser i retten har vist at ankere påvirker juridiske beslutninger som har et numerisk utfall, som erstatnings- og straffeutmålinger.⁹⁶ I et eksperiment fikk testgruppen vite, tillegg til faktum, at saksøker krevde 10 millioner dollar i erstatning.⁹⁷ Kontrollgruppen fikk bare vite at hen krevde en høy sum. Gruppen som fikk et anker, ga i snitt 1 million dollar i erstatning, mot kontrollgruppens 808 000 dollar.

Det er debattert hvilke psykologiske mekanismer som ligger bak anker-effekten.⁹⁸ En teori er den selektive tilgjengelighets-modellen.⁹⁹ Selektiv tilgjengelighet forklarer ankere ved at beslutningstaker tar utgangspunkt i at ankeret er riktig, og henter frem informasjon som støtter ankeret. Dersom beslutningstaker konkluderer med at det ikke kan stemme, har det likevel blitt hentet frem mer informasjon som støtter påstanden, sammenliknet med informasjon som ikke støtter den. Det endelige anslaget vil da bli skjevt i retning ankeret.

Ankereffekter er hovedsakelig testet på kvantitative vurderinger, med numeriske anker. Det er derfor usikkert om disse funnene kan overføres til rekkefølgen historier blir fortalt.¹⁰⁰ Men dersom det er tilfelle, kan mekanismen bak den selektive tilgjengelighetsmodellen belyse hvorfor rekkefølgen kan påvirke hvilken fortelling bevisbedømmer tror på. Når dommeren først blir presentert for den fellende fortellingen, henter man frem alle minner som kan tilsi at denne fortellingen stemmer. Når den frifinnende fortellingen så blir presentert, er allerede minner som støtter den fellende fortellingen lett tilgjengelig i hukommelsen. Den første fortellingen blir lettere trodd, fordi man kun henter opp minner som bekrefter påstandene. Mens den påfølgende fortellingen bærer ulempen av at minner som taler imot den frifinnende fortellingen allerede er hentet frem. Den første fortellingen blir ensidig vurdert, mens den andre blir mer balansert. Det er lettere å bli overbevist av en ensidig enn en nyansert fortelling.

⁹⁶ (Bystranowski, Janik, Próchnicki, & Skórska, 2021)

⁹⁷ (Guthrie, Jeffrey, & Wistrich, 2007) s.19 flg.

⁹⁸ (Bystranowski, Janik, Próchnicki, & Skórska, 2021) s.2

⁹⁹ Ibid. s.2-3

¹⁰⁰ (Frederick & Mochon, 2013) s.77

Forskning som har blitt gjort på å motvirke ankereffekter, har understreket at effekten kan opphøre dersom mottaker av et anker «tenker på det motsatte».¹⁰¹ I kontekst av bevisvurderingen vil «det motsatte», være at dommeren forestiller seg den frifinnende fortellingen. Dommeren blir presentert for en alternativ forklaring under saksforberedelsene, i forsvarerens tilsvare, jf. §265. Tilsvaret er imidlertid bare et «tilsvar». Det vil si at forsvarers frifinnende forklaringer i stor grad må akseptere de premissene, forutsetningene og etablerte omstendighetene som aktor legger til grunn i sin fortelling. Forsvarer får ikke komme med sin egen «tiltalebeslutning», med en frittstående alternativ forklaring på hva tiltalte selv mener har skjedd. Forsvarer og tiltalte får ikke denne anledningen før selve bevisføringen starter under hovedforhandlingene. Jeg mener at tilsvaret i større grad hadde vært egnet til å motvirke forutinntatthet, dersom forsvarer fikk større spillerom til å komme med en mer utfyllende frifinnende forklaring. Og at denne fortellingen bør komme nærmere i tid enn opp til tre uker etter aktors begjæring.

Glorieeffekten

Avslutningsvis for rekkefølgeeffekter, kan «glorieeffekten» også påvirke tolkningen av ny informasjon saksforberedende dommer får om saken. Glorieeffekten kalles for overdreven emosjonell koherens.¹⁰² Det er tendensen man har til å mislike eller like *alt* ved en person, selv ting man ikke har observert. Eksempelvis så hadde jeg et godt inntrykk av assisterende helsedirektør Espen Nakkestad under pandemien. Hvis noen hadde spurt meg om han ga til veldedighet, hadde jeg nok svart ja. Ikke fordi jeg har sett han gi til veldedighet, men fordi han er en person jeg liker. Og folk jeg liker gir til veldedighet. Jeg bruker følelsen personen vekker i meg til å gjøre antakelser om personen. Glorieeffekten er altså en form for affektheuristikk.¹⁰³ Jeg erstatter et komplekst vurderingsspørsmål, med følelsene jeg har for personen.

Glorieeffekten gjør at førsteinntrykk dannes raskt, men gjør en treg til å nyansere dem.¹⁰⁴ Rekkefølgen på informasjon man blir presentert for, er dermed avgjørende for hva man tror

¹⁰¹ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.140

¹⁰² Ibid. s.172

¹⁰³ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.173

¹⁰⁴ Ibid. s.172

på. Et enkelt eksperiment som illustrerer dette poenget, er følgende: Hvem liker du best av Alan og Ben?¹⁰⁵

Alan: Intelligent – flittig – impulsiv – kritisk – sta – misunnelig

Ben: Misunnelig – sta – kritisk – impulsiv – flittig – intelligent.

De aller fleste liker Alan best. Selv om begge personene blir omtalt med samme adjektiv. Den eneste forskjellen, er rekkefølgen. Når man har et førsteinntrykk av at Alan er intelligent, tolker man de negative adjektivene i et positivt lys, og lar tvilen komme han til gode. En intelligent og flittig person som er impulsiv og sta, høres ut som en kreativ sjel med integritet. Mens en misunnelig og sta person som er intelligent, høres ut som en slitsom besserwisser.

Glorieeffekten gjør altså at man lar tvilen komme dem man liker til gode, og mistror dem man ikke liker. Et eksperiment viste blant annet at dersom tiltalte var tiltrekkende, var det lavere sannsynlighet for å bli straffet.¹⁰⁶ Men det å være tiltalt, kan i seg selv være med på å danne et dårlig førsteinntrykk. Et lagrettsmedlem skal ifølge statsadvokat Iver Huitfeldt, ha sagt til mannen på tiltalebenken at: «hvis du er så uskyldig som du sier, så hadde du ikke sittet der du sitter nå!».¹⁰⁷

Når det første saksforberedende dommer får vite om saken, er påtalemyndighetens fellende fortelling, er denne egnet til å danne et negativt førsteinntrykk av tiltalte. Et ekstremt eksempel er tiltalen mot Viggo Kristiansen. Her var det tatt ut to ytterligere tiltalepunkter, enn de som omhandlet drap og overgrep på de to jentene i Baneheia. Disse tiltalepunktene gikk ut på at han hadde forgrepet seg på barn i fem og syv års alder ved flere anledninger i perioden 1994 til 1996.¹⁰⁸ Av tiltalebeslutningen følger det detaljerte beskrivelser av hvordan han hadde begått disse overgrepene. Ved disse tiltalepunktene hadde Kristiansen innrømmet straffeskyld. Med tanke på den groteske karakteren av forbrytelsen, og likheten mellom

¹⁰⁵ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.93

¹⁰⁶ (Efran, 1974)

¹⁰⁷ (Aaen, 2022) s.201

¹⁰⁸ Kristiansand byrett – dom - TKISA-2001-374 s.3-4

overgrepene på disse to barna og jentene i Baneheia, kan det være vanskelig for dommeren å ikke begynne å mislike Kristiansen. Dette førsteinntrykket var da egnet til å kaste en skygge over vurderingen av tiltalepunktene som omhandlet drapene i Baneheia.

5.2.3 Gjentakelse

Forsvarers kommentarer til aktor

En annen effekt som kan påvirke hvorvidt man tror på en påstand eller ikke, er *gjentakelse*. En måte å få folk til å tro på en løgn, er å gjenta den ofte.¹⁰⁹ Dette kommer av at man intuitivt er dårlig på å skille mellom følelsene: fortrolighet og sannhet. Man benytter seg da av en affektheuristikk. Der man erstatter det komplekse spørsmålet «om noe er sant», med «om det føles fortrolig». Jo oftere bevisbedømmer blir presentert for den fellende fortellingen av tiltalte, jo mer fortrolig vil den føles, og jo mer plausibel vil bevisbedømmer oppfatte den som.

Saksforberedende dommer vil ikke høre tiltaltes forklaring før etter at:

- 1) Fagdommer får aktors begjæring under saksforberedelsen.
- 2) Får lest opp tiltalebeslutningen ved åpningen av hovedforhandlingen, etter §289 (1).
- 3) Høre aktors innledende foredrag, jf. §289 (2).

Når det kommer til meddommerne, er hovedregelen at de hører tiltalen for første gang når den blir lest opp ved åpningen av hovedforhandlingene, og fylt ut under aktors innledende foredrag.¹¹⁰ Meddommerne får dermed ikke den samme gjentakelsen av den fellende fortellingen som fagdommer.

Det som er verdt å merke seg er at meddommerne alltid er i flertall, og siden de ikke blir eksponert for den samme gjentakelsen, har forsvarer mye å hente på muligheten til å komme med kommentarer til aktors innledende foredrag, jf. §289 (3). Forsvarer bør være seg bevisst på at det kan ha blitt skapt forutinntattheter hos dommerne. Og som departementet selv påpekte i en endring av straffeprosessloven, «for å motvirke at retten får et for ensidig inntrykk før tiltalte forklarer seg, kan det tenkes at forsvarerens mulighet til å kommentere

¹⁰⁹ (Dehène, Sthal, Hansen, & Wanke, 2010), (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.71

¹¹⁰ (Advokatbladet, 2022)

aktors innledningsforedrag burde benyttes i noe større utstrekning enn i dag». ¹¹¹ Høyland foreslår, for å motvirke en slik forutinntatthet, at man allerede ved denne begjæringen introduserer alternative hypoteser, og påpeker hvilke bevis retten særlig må være oppmerksomme på i den forbindelse. ¹¹²

Dømt i pressen

Dersom saken får mediedekning, repeteres den fellende fortellingen ytterligere. Eirik Jensen-saken ble omtalt hele 4000 ganger i pressen før retten ble satt. ¹¹³ På spørsmål om Jensen var blitt «dømt i pressen» uttalte tingrettsdommer og medlem av dommerens mediegruppe at «Systemet er nærmest sikret mot forhåndsprosederer». ¹¹⁴ Hun understreket at dommerne skal begrunne sitt resultat i bevisene de har hørt i retten. Derfor kan de ikke bruke noe av det de har hørt i media. Hvilke systemiske forsikringer hun omtaler har jeg imidlertid vanskelig for å finne. Det er riktig at det følger av strpl. §305 at det bare er bevisførselen under hovedforhandlingen, som dommerne kan legge vekt på i sin begrunnelse av hva som ansees som bevist. Men hvordan man tolker plausibiliteten av bevisene er betinget av forutinntattheten. Det vil si hvilke bevis man legger vekt på, og hvilke man ser vekk fra, avhenger av om man er forutinntatt eller ikke.

Det foreligger imidlertid ikke noen mekanismer som hindrer dommerne i å følge med på hva som skjer i media. ¹¹⁵ Som nevnt er det tvert imot vanskelig for dommerne å ikke få med seg hva folkeopinionen mener om en profilert sak før den går til retten.

I motsetning til land som England og USA, gjøres det lite for å forhindre at dommere med forutinntatte holdninger dømmer i retten. ¹¹⁶ Eksempelvis ble det under saken mot Anders Behring Breivik oppdaget at en av meddommerne hadde skrevet på Facebook før rettsaken startet at hen ønsket dødsstraff for Breivik. Fliflet påpeker at denne typen forutinntatthet

¹¹¹ (Ot.prp.nr.11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.(styrket stilling for fornærmede og etterlatte)) s.71

¹¹² (Høyland, 2003) s.25

¹¹³ (Eggen, 2018) s.85

¹¹⁴ (Nrk.no, 2017)

¹¹⁵ (Høyland, 2003) s.38-39

¹¹⁶ (Fliflet, 2015) s.94-95

kanskje kunne vært oppdaget dersom man hadde hatt tilsvarende rutiner for utvelgelse av jury, slik man har i USA.¹¹⁷ Der spør man mulige jurymedlemmer en rekke spørsmål, for å avdekke mulige skjevheter og fordommer som kan stå i veien for en upartisk rett. Selv om man ikke har jury i Norge, kunne man hatt en tilsvarende rutine for mulige dommere før hovedforhandlingene starter.

5.2.4 Styrking av dommerens plikt til aktivsaksstyring

Fra 1. juli 2022 trådte det i kraft nye endringer av straffeprosessloven.¹¹⁸ En av endringene var å tilføye strpl. §271a, som pålegger retten en plikt til å ta et overordnet ansvar for saksstyring i straffesaker.¹¹⁹ Ved å pålegge retten en plikt om aktiv saksstyring håper departementet på å få en mer «forsvarlig, effektiv og konsentrert» saksavvikling. Der man med «forsvarlig, effektiv og konsentrert» sikter til at man ved godt forarbeid, og klar ledelse under forhandling, vil konsentrere hovedforhandlingene om sakens faktiske og rettslige tvistepunkter.¹²⁰

Behovet har sprunget ut fra at man siden 2000-tallet har sett en klar tendens til at sakene som går for retten tar lengre tid.¹²¹ Man har pekt på at årsaken til dette er at sakene er mer omfattende og komplekse, som følge av at kriminalitetsbildet har endret seg. En større del av kriminaliteten er organisert i nettverk, og går på tvers av landegrenser. Dette gjør bevisførselen mere omfattende. Som igjen krever mer koordinering og planlegging, for at partene skal holde seg til sakens springende punkter under hovedforhandling.

Tradisjonelt har saksforberedende dommer inntatt en passiv rolle. Forberedelsene til saken begrenset seg til at dommer mottok begjæringen fra påtalemyndigheten. Det var så påtalemyndigheten som mottok tilsvaret fra forsvarer, og planla hovedforhandlingen. Begrunnelsen for den passive rollen, var delvis for å spare tid og penger, men også for å hindre at «rettens formann ved studium av dokumentene kommer til å gjøre seg opp en

¹¹⁷ (United States Courts, u.d.)

¹¹⁸ (Regjeringen.no, 2022)

¹¹⁹ (Prp.146 L(2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring)) s.16

¹²⁰ Ibid. s.16

¹²¹ (NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov) s.720

forhåndsmening om saken».¹²² Dette var altså for å hindre at dommeren ble forutinntatt for skyld før bevisførselen hadde startet. Hensynet til dommerens forutinntatthet, står dermed opp mot hensynet til en effektiv saksbehandling i komplekse saker.

Når saksforberedende dommer mottar begjæringen fra påtalemyndigheten må hen vurdere om saken krever ledelse fra retten. Involvering fra retten er ment å begrense seg til de mer omfattende og komplekse sakene. For selv om påtalemyndigheten har en objektivitetsplikt, har de også en partsrolle. Det vil si at i de største sakene er det behov for en tredjepart som fører kontroll over partenes opplegg, og «skjærer gjennom» på punkter partene ikke greier å enes om.¹²³ Arbeidsgruppen som utredet behovet for aktiv saksstyring definerte «omfangsrrike straffesaker», som saker som har vart over 60 rettstimer, hvilket tilsvarer 10 dager i retten.¹²⁴ Disse sakene utgjør ikke mer enn 0,3-0,5% av det totale antall straffesaker som går for tingrettene i Norge.

På tross av det beskjedne antallet, valgte lovgiver å utvide minimumskravet for hva dommeren skal få innsyn i under saksforberedelsene i *alle* saker. Dette var for å sette dommeren i stand til å vurdere om det var behov for mer aktiv saksstyring. Bevisoppgaven til aktor gikk dermed fra å kun være en liste over bevisene, til å kreve en «kort redegjørelse for hva det enkelte bevis skal godtgjøre, og for andre sentrale opplysninger om beviset så langt det er grunn til det», jf. §262 (1) b). I tillegg til utdrag fra skriftlige bevis, jf. §262 (1) c). Man har da gått fra at dommeren kun fikk tiltalebeslutningen og en liste over bevisene, til å få en mer utfyllende forklaring på hvorfor tiltalebeslutningen stemmer. På denne måten blir fortellingen mer koherent, og derav mer troverdig. Jeg mener derfor at denne endringen kan være med på å forsterke dommerens forutinntatthet om tiltaltes skyld.

På den andre siden, skal forsvarer nå sende tilsvaret til dommeren. I stede for å kun sende det til påtalemyndigheten. Dette kan på sin side være med på å motvirke forutinntattheten. Tidligere ble ikke dommeren presentert for en alternativ fortelling før bevisførselen startet under hovedforhandlingene. Da hadde dommeren allerede blitt presentert for den fellende fortellingen i begjæringen, under opplesningen av tiltalen i retten og i aktors innledende

¹²² (Øyen, Straffeprosess, 2019) s.293

¹²³ (NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov) s.383

¹²⁴ (Domstolsadministrasjonen: Monica Hansen Nylynd mfl., 2011) s.9-10

foredrag. Nå blir dommeren i det minste presentert for alternative forklaringer på bevisene, og skriftlige bevis som støtter tiltaltes uskyld, før hovedforhandlingene starter.

Men for at tilsvaret skal motvirke rekkefølgeeffektene, bør det presenteres en frittstående frifinnende fortelling. Tilsvaret er fremdeles bundet til å fylle ut og kommentere under de rammene påtalemyndigheten har satt. Jeg er dermed usikker på om det veier opp for det faktum at saksforberedende dommer nå får en mer utfyllende fellende fortelling.

Jeg har forståelse for at den styrkede forutinntattheten kan være forholdsmessig i store komplekse saker, som krever styring fra rettens side. Problemet er som nevnt at dette kun utgjør et sted mellom 0,3-0,5% av sakene som går for tingretten.¹²⁵ Men dommeren får nå denne utfyllende informasjonen i alle saker. Og på denne måten kan forutinntattheten bli styrket, uten at man har en effektivitetsgevinst som veier opp for denne ulempen. Jeg mener derfor at styrkingen av dommers plikt til aktiv saksstyring, kan ha ført til en økt sjanse for dommerens forutinntatthet for at tiltalte er skyldig.

5.2.5 Oppsummerende merknader om forutinntatthet

For å svare på den overordnede problemstillingen: *om straffeprosessreglene øker sjansen for at bevisbedømmer blir forutinntatt før bevisfremleggelsen starter*. Så mener jeg at prosessreglene for saksforberedelsen og åpningen av hovedforhandlingene, sett i lys av teoriene om priming, rekkefølgeeffekter og gjentakelse, kan øke sjansen for at dommeren blir forutinntatt om tiltaltes skyld.

5.3 Forsterke troen på skyld

5.3.1 Bekreftelsestendensen

Gitt at prosessreglene fører til en forutinntatthet, er spørsmålet om prosessreglene avhjelper eller forsterker denne forutinntattheten under bevisfremleggelsen. For å besvare dette spørsmålet skal jeg først gå gjennom to beslutningsteorier knyttet til hvordan bevisbedømmer tolker bevis dersom hen er forutinntatt. Teoriene, om bekreftelsestendensen og «What you see is all there is»-effekten, sier noe om hvordan forutinntattheten vil bli

¹²⁵ (Domstolsadministrasjonen: Monica Hansen Nylynd mfl., 2011) s.9-10

forsterket dersom den ikke aktivt motarbeides. Jeg vil så se nærmere på hvilken rekkefølge partene skal presentere bevisene ifølge prosessreglene, for å vurdere om de motvirker eller forsterker forutinntattheten.

Partene skal nå legge frem bevis for retten. Aktor har med sitt innledeforedrag satt scenen for hvilke bevistema som skal bevises og motbevises. Spørsmålet er da, dersom dommeren er forutinntatt, hvilke strategier har System 1 for å tolke de bevisene som blir fremlagt. En helt sentral strategi for å skape en meningsfylt verden er «bekreftelsestendensen».

Bekreftelsestendensen er System 1 sin positive teststrategi for å vurdere om en påstand er sann.¹²⁶ Når man blir presentert for en påstand, så husker man alle bevis som støtter denne påstanden. Eksempelvis får man lest opp påstanden: «Viggo Kristiansen voldtok og drepte Stine Sofie Sørstrønen i Baneheia 19.mai 2000.» Da husker man de bevisene som støtter opp under denne påstanden: «Jan Helge Andersen har sagt at det var Kristiansen som gjorde det», «DNA-beviset indikerer to personer på åstedet», «han er kjent for å være aggressiv i lokalmiljøet».

En positiv teststrategi er det motsatte av vitenskapelig metode. Der er man ute etter å avkrefte nullhypotesen, for å øke sannsynligheten for alternativhypotesen.¹²⁷ Ved å avkrefte den motstridene nullhypotesen, sikrer man seg mot at årsakssammenhengen man undersøker skyldes tilfeldigheter. Tilfeldigheter skal her forstås som at årsakssammenhengen er ukjent. En positiv teststrategi vil da ikke være robust mot at sammenhengen mellom påstanden som følger av tiltalebeslutningen og bevisene skyldes tilfeldigheter.

Bekreftelsestendensen påvirker også hvordan man tolker bevis som blir fremlagt.¹²⁸ Dersom man har en forutinntatthet om at tiltalte er skyldig, vil man ha en tendens til å legge merke til og legge vekt på bevis som støtter denne påstanden, og overse og bortforklare bevis som støtter den frifinnende fortellingen. Her kommer jeg tilbake til det jeg nevnte om å bli dømt i pressen. Dersom man har en forutinntatthet, så hjelper det lite at det foreligger en lovbestemmelse som sier at bevisbedømmer skal begrunne sakens faktiske forhold i

¹²⁶ (Kahneman, Tenke, fort og langsomt, 2013) s.91

¹²⁷ (Store Norske Leksikon, 2021)

¹²⁸ (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.171

bevisene. Forutinntattheten kan forme tolkningen av bevisene til å passe med fordommen. Bekreftelsestendensen undertrykker tvil, og forsterker troen på det man allerede «vet».

Denne tendensen kan gjøre at tvetydige bevis ikke blir vurdert nøytralt, men til fordel for påstanden man ønsker å få bekreftet.¹²⁹ Særlig dokumentbevis som sms'er, eposter eller brev kan avsenders intensjon være sårbar for tolkning i retning påstanden man ønsker å få bekreftet.¹³⁰ Eksempelvis var det i Eirik Jensen-saken mye diskusjon rundt hva tekstmeldingene han hadde sendt til Gjermund Cappelen, skulle bety. I en tekstmelding sto det at «Det er trygt å sole seg med solfaktor.». Ifølge Jensen betydde denne meldingen at han hadde det fint på ferie, så lenge han husket solkrem.¹³¹ Mens Cappelen mente at den betydde at det var trygt for han å importere hasj, så lenge han forhørte seg med Jensen. «Solfaktor» var røverspråk for Jensens beskyttelse. Bekreftelsestendensen kan også gjøre at dommeren stiller ledende oppfølgingsspørsmål til vitner i retten, for å bekrefte sine antakelser.

Dette skjer ikke bare under hovedforhandlingene, men også under etterforskning. I eksperimenter med rettsteknikere ble det påvist at dersom teknikeren visste hvem mistenkte var, endte de opp med å tolke fingeravtrykket i favør av mistanken.¹³² Man risikerer da en dobbelt bekreftelsesskjevhet. Først er rettsteknikeren forutinntatt, og tolker da fingeravtrykket til å tilhøre tiltalte. Dommeren legger så mer vekt på fingeravtrykket enn andre bevis, for å lage en sammenhengende fortelling om at tiltalte er skyldig.

5.3.2 Det du ser, er alt som er.

En tett samarbeidspartner til bekreftelsestendensen er What You See Is All There Is-effekten (WYSIATI), som kan oversettes til «Det du ser, er alt som er». Når System 1 bruker en positiv teststrategi til å vurdere om påstanden om skyld stemmer, tar man kun hensyn til de minnene som vekkes i hukommelsen. System 1 konstruerer dermed den mest plausible fortellingen ut fra disse bevisene, og ignorerer de bevisene som ikke blir hentet frem. Eksempelvis har System 1 hentet frem bevisene: «Jan Helge Andersen har sagt at det var

¹²⁹ (Magnussen & Teigen, 2020) s.26

¹³⁰ (Hetland, 2022) s.62

¹³¹ (Nrk.no, 2017)

¹³² (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s.251-252

Kristiansen som gjorde det», «DNA-beviset indikerer to personer på åstedet», «Han er kjent for å være aggressiv i lokalmiljøet». Beviser som: «Telefonmasten som ikke hadde dekning i området jentene ble drept, men viser aktivitet fra Kristiansens telefon». «Kritiske spørsmål til hvilke insentiv Andersen hadde for å gi Kristiansen skylda». «Kvaliteten på DNA-beviset». Og «mangelen på tekniske bevis som knyttet han til åstedet». Denne informasjonen blir ignorert. WYSIATI-effekten gjør at bevisbedømmer blir blind for *mengden og kvaliteten* på bevisene som blir fremlagt.

WYSIATI-effekten fører til at strategien System 1 bruker, for å bli overbevist, er lite robust.¹³³ Det er enklere å sy sammen få bevis til en koherent fortelling, enn mange. Så jo færre bevis som trekker i forskjellige retninger, jo enklere er de å sammenfatte til en koherent fortelling. Eksempelvis i Johny Vassbak-saken, ble Vassbak dømt på bakgrunn av ett teknisk bevis.¹³⁴ På Birgitte Tengs sin strømpebukse ble det funnet et lite DNA-spor, som utvilsomt tilhørte Vassbak. Dette var imidlertid det eneste beviset som knyttet han til den straffbare handlingen. Ellers gikk bevisføringen på tidligere kriminelle handlinger han hadde gjort, og vitner som fortalte om hvordan han var som person. Påtalemyndigheten var da én plausibel forklaring unna, at det DNA-sporet kunne være en følge av oversmitte, og de ville vært uten en sak.

Problemet til forsvarer var at drapet på Birgitte Tengs skjedde i 1995, 27 år før denne saken gikk for tingretten i 2022. Tiden har vasket vekk mulige spor som kunne støttet opp under en slik forklaring. Forsvaret greide dermed ikke å sannsynliggjøre en oversmitteforklaring, ned fra en teoretisk, til en praktisk mulighet. Tvilen kom dermed ikke forsvaret til godet.

Gitt at dommeren er forutinntatt, mener jeg det er grunn til å tro at bekreftelsestendensen og WYSIATI-effekten påvirker bevisbedømmer, til å finne påtalemyndighetens fortelling plausibel. Derfor er bevisbedømmer mottakelig for at den skjøre bevissituasjonen blir avhjulpet med modusbevis. Jeg sier ikke at domstolen nødvendigvis har dømt en uskyldig mann til fengsel i 17 år. Men bevistemaet for retten er om det er funnet «bevist» utover «enhver rimelig tvil» at han gjorde det. Beviskravet er så strengt, at man skal la 99 skyldige gå, for å unngå og dømme én uskyldig. Jeg sier at et slikt krav er vanskelig å oppfylle 27 år

¹³³ (Hetland, 2022) s.36

¹³⁴ (Nrk.no, 2023)

etter hendelsen. Det minsker sannsynligheten for at det er nok bevismateriale igjen til å sannsynliggjøre hendelsen utover «enhver rimelig tvil», eller gi forsvarer mulighet til å bygge et troverdig forsvar. Jeg mener det da blir for tilfeldig hvilke spor tiden har etterlatt seg.

I likhet med Magne Strandberg mener jeg derfor at det bør være en form for *robusthetskrav* i bevisvurderingen.¹³⁵ Et robusthetskrav vil stille krav til mengden og kvaliteten på bevisene for at beviskravet skal være oppfylt. Og med det rette fokus mot hva er det som mangler i saken for at man kan dømme forsvarlig. Et slikt krav kan tvinge System 2 på banen, for å vurdere om det faktisk foreligger konkrete bevis som knytter tiltalte til handlingen. Og i hvilken grad man kan stole på kilden bevisene kommer fra.

Et robusthetskrav er særlig interessant i en strafferettslig kontekst, fordi det er påtalemyndigheten som har hovedansvaret for bevisinnhenting i saken. Men i tillegg til objektivitetsplikten har de også et partsansvar. De tar ikke ut tiltale med mindre de mener at vedkommende er skyldig. Det foreligger dermed en risiko for at de innhenter og presenterer et ufullstendig bevismateriale for domstolen.¹³⁶ Et robusthetskrav kan derfor stille retten i en bedre posisjon til å oppfylle sin plikt til å sørge for at «saken blir fullstendig opplyst». Og vurdere om det er nødvendig å «innhente nye bevis» og «utsette forhandling» etter strpl. §294. Man er ikke prisgitt at dommerne gjennomskuer sin egen skjevhetsblindsoner. Men er det en fastsatt vurdering, ville man med et robusthetskrav kanskje ha kommet frem til at det ikke forelå noen tekniske bevis som knyttet Kristiansen til åstedet på drapstidspunktet.

5.3.3 Rekkefølgen har alt å si.

§289 a: Fornærmede forklarer seg før tiltalte

Ut fra denne drøftelsen om bekreftelsestendensen og WYSIATI-effekten, kan en forutinntatthet bli forsterket dersom den ikke aktivt motvirkes. I dette underkapittelet vil jeg derfor drøfte hvorvidt prosessreglene avhjelper denne forutinntattheten.

Sett opp mot drøftelsen om rekkefølgeeffekter, kan også rekkefølgen partene legger frem bevis påvirke hvilken fortelling bevisbedømmer tror på. Etter at aktor har holdt sitt

¹³⁵ (Strandberg, 2012) s.594 flg.

¹³⁶ (Aaen, 2022) s.197

innledende foredrag, og forsvarer har kommet med sine kommentarer, starter bevisføringen. Normalt starter den med at tiltalte forklarer seg for retten jf. §289 a. Dette er første gang retten blir presentert for en frittstående, sammenhengende og utfyllende fortelling om tiltaltes uskyld. Forsvaret kan nå for alvor begynne å jobbe imot dommerens bekreftelsestendens.

Men i de mest alvorlige sakene, der fornærmede har krav på bistandsadvokat, skal fornærmede som hovedregel forklare seg før tiltalte, jf. §289 a. En slik forklaring kan fylle ut og støtte opp under førsteinntrykket om tiltalte er skyldig.¹³⁷

Hovedregelen om at fornærmet skal forklare seg før tiltalte, er resultatet av en endring i straffeprosessloven fra 2008.¹³⁸ Formålet med endringen var å styrke fornærmedes stilling i retten. I utgangspunktet er fornærmede ansett som vitner i saken. Det er kun påtalemyndigheten og tiltalte som har status som parter. Fornærmede oppfattet dette imidlertid som merbelastende. For å styrke fornærmedes og etterlattes rett til kontradiksjon, det vil si rett til å imøtegå påstander i retten, ble det bestemt at fornærmede skulle forklare seg *før* tiltalte.

Selv mente lovgiver at en slik endring av rekkefølgen ville bidra til å styrke fornærmedes stilling, *uten* å svekke tiltaltes rettssikkerhet.¹³⁹ Jeg er uenig i dette standpunktet.

Begrunnelsen for den nye rekkefølgen var at det ville være det mest pedagogiske, i den forstand at de aller fleste straffesaker tar utgangspunkt i forklaringen til fornærmede. Rent dramaturgisk, gir det da mening å starte med denne forklaringen. De hevder også at det kan være til tiltaltes fordel at fornærmede uttaler seg først, slik at tiltalte i større grad kan imøtegå fornærmedes forklaring.

Lovgiver diskuterer videre hvorvidt rekkefølgen ville ha noe å si for vurderingen av fortellingene, og at det kunne være med på å skape «psykologiske slagsider».¹⁴⁰ De nevner

¹³⁷ (Hetland, 2022) s.63

¹³⁸ (Ot.prp.nr.11 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv.(styrket stilling for fornærmede og etterlatte)) s.68-69

¹³⁹ Ibid. s.71

¹⁴⁰ Ibid. s.71

blant annet at «tiltaltes forklaring kan i større grad bli holdt opp mot fornærmedes forklaring i stede for å bli vurdert selvstendig». De er enig i at dette er et sentralt hensyn mot å snu på rekkefølgen. Men at denne effekten ikke vil ha «nok særlig betydning», siden forklaringene kommer «rett etter hverandre slik at rekkefølgeeffekten vil ha mindre betydning». Hvorvidt dette stemmer kommer litt an på hvilken rekkefølgeeffekt det er snakk om. Som jeg tidligere har vært inne på, så avhjelpest ankeretter med at man blir introdusert med en alternativ fortelling rett etterpå. Men dette gjør seg ikke gjeldene for glorieeffekten. Skjevheten er et resultat av *rekkefølgen*, uavhengig av tiden som går imellom. Dette illustrerte jeg i Alan og Ben-eksperimentet. Selv om man leste beskrivelsene rett etter hverandre, fikk man fremdeles et bedre førsteinntrykk av Alan, enn av Ben. Det vil si at rekkefølgen mest sannsynlig kan skape en psykologisk slagside som det vil være tungt for forsvarer å rette opp.

Ved å snu rekkefølgen, vil man altså styrke fornærmedes stilling, ved å gi hen en fordel av bevisbedømmers tendens til å tro, og kraften av førsteinntrykk. Men når man snur rekkefølgen, snur man også utgangspunktet, fra uskyldig til skyldig. Man risikerer altså å tilsvarende svekke tiltaltes rettssikkerhet, ved at hen nå må forklare sin uskyld.

Dessuten mener jeg at lovgiver har et noe isolert syn på rekkefølgen av fortellingene. De tar ikke hensyn til at når tiltalte først får forklart seg, så er det første gang den alternative fortellingen blir fortalt på selvstendig grunnlag. Man har allerede rukket å prime, repetere og fylle ut den fellende fortellingen, før den frifinnende fortellingen blir presentert. Det er derfor en tung slagside for forsvarer må rette opp i bevisfremleggelsen. Jeg mener derfor at rekkefølgen bør derfor snus tilbake for å motvirke psykologiske slagsider i bevisvurderingen.

Forslaget om at det kun er i de mest alvorlige sakene at fornærmede skal forklare seg i første omgang, er ment som en prøveordning.¹⁴¹ Underforstått som at dersom den er vellykket kan man vurdere å innføre det i alle saker. Dette vil jeg anse som uheldig siden forarbeidene bygger på en noe mangelfull utredelse av de psykologiske skjevhetene rekkefølgen kan medføre.

¹⁴¹ Ibid. s.72

§291: Aktor presenterer bevis før forsvarer

Etter at tiltalte og fornærmede har uttalt seg, starter den øvrige bevisføringen. Det vil si avhør av vitner, presentasjon av tekniske bevis og dokumenter. Hovedregelen er at aktor presenterer sine bevis *før* forsvarer, jf. §291. Igjen risikerer man å styrke inntrykket av skyld, før man lar forsvarer komme til med en alternativ forklaring. Dette tilsier at prosessreglene for bevisfremleggelsen ikke avhjelper forutinntattheten, men risikerer å forsterke den.

Loven er fleksibel på rekkefølgen bevisene skal føres. Det viktigste er at rekkefølgen er pedagogisk, og opplyser saken på en god måte.¹⁴² Derfor er det mulig å endre rekkefølgen i den enkelte sak. Enten av dommeren selv eller aktor som forbereder saken. Det er retten selv som har det avgjørende ordet. Men retten har en begrenset praktisk styringsrett under hovedforhandlingene, fordi det er under saksforberedelsene at det avtales når vitner og sakkyndige skal forklare seg. For å reelt kunne snu rekkefølgen, må dette bestemmes under saksforberedelsene. Saksforberedelser er i utgangspunktet påtalemyndigheten sin oppgave. For at påtalemyndigheten skal overholde sin objektivitetsplikt, må hen da være klar over de mulige kognitive fellene bevisbedømmer kan gå i. Skjevheter som følge av rekkefølgen på bevisfremleggelsen, må altså tas hensyn til av påtalemyndigheten under saksforberedelsen.

I de store og mer komplekse sakene, som krever saksstyring fra dommeren, kan dommeren selv kontrollere rekkefølgen på bevisfremleggelsen. Dette innebærer på sin side en skjønnsmessig vurdering av om man skal endre rekkefølgen i den enkelte sak.

Beslutningsteori påpeker at beslutningstakere kan tendere til å holde seg til standardinnstillingen, kjent som «default-effekten».¹⁴³ I dette tilfellet er standardinnstillingen at aktor skal presentere bevisene før forsvarer. Selv om partene står fritt til å bli enig om motsatt rekkefølge, kan man tendere til å holde seg til utgangspunktet lovgiver har satt.

Jeg antar dermed at de ikke kommer til å endre utgangspunktet. Dels fordi det kan foreligge en «sunk cost» for dommeren og partene. En motsatt rekkefølge vil være uvant. Man har opplæring i denne måten å prosedere på. Endring krever at man må tenke nytt rundt hvordan man på en pedagogisk måte kan legge opp hovedforhandlingene med tiltaltes fortelling som utgangspunkt. Dommeren kan da fort rettferdiggjøre for seg selv at det er best å holde seg til

¹⁴² (Øyen, Straffeprosess, 2022)s.285

¹⁴³ (DellaVigna, 2009) s.322

den tradisjonelle rekkefølgen. I tillegg kan det tenkes at beslutningstakerne oppfatter standardinnstillingen fra lovgiver som en anbefaling.¹⁴⁴ Noe det også er. Default-effekten kan derfor øke sjansen for at aktørene holder seg til standardinnstillingen for å overholde lovgiverviljen.

Dersom dette er reelt bør lovgiver bytte om på hovedregelen, slik at det sendes et sterkt signal til aktørene om at det er ønskelig at forsvarer presenterer bevisene først. Dette kan avhjelpe en eventuell forutinntatthet hos bevisbedømmer, og styrke uskyldspresumsjonen.

Motiverte resonementer

Avslutningsvis sier teorien om *motiverte resonementer* noe om hvordan man kan motvirke rekkefølgeeffekter. Teorien skiller på: vurderinger som er *motivert* av å komme frem til det mest presise svaret, og vurderinger som skal komme frem til et bestemt svar.¹⁴⁵ Vurderinger som ønsker å komme frem til et bestemt svar er preget av at beslutningstaker prøver å rettferdiggjøre en konklusjon. Målet gjør at man havner i en bekreftelsesfelle, der man husker og leter etter argumenter som støtter det man ønsker å komme frem til. På denne måten blir vurderingen skjev i retning målet.

En antakelse om skyld kan skape en motivasjon til å resonere seg frem til en bestemt konklusjon. Som tidligere nevnt har studier vist at personer som først blir presentert bevis for skyld, finner det mer sannsynlig at tiltalte er skyldig, enn om de først får bevis om uskyld.¹⁴⁶ Denne studien har imidlertid vist at rekkefølgeeffekten opphører dersom man oppfordret forsøkspersonene til å være presise.¹⁴⁷

For å motivere forsøkspersonene til å komme frem til presise svar har eksperimenter understreket konsekvensen av en feilvurdering.¹⁴⁸ Og/ eller at de må forsvare vurderingen

¹⁴⁴ (McKenzie, Liersch, & Finkelstein, 2006)

¹⁴⁵ (Kunda, 1990) s.480

¹⁴⁶ (Tetlock, 1983)

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ (Kunda, 1990) s.481

sin i etterkant. Teorien er da at bevisbedømmer blir mer oppmerksom, og bruker en mer møysommelig System 2 tenkning, for å prosessere og vurdere de forskjellige bevisene.

Det som er interessant, er at dommeren nettopp har en slik oppfordring når hen skal vurdere bevis i retten. Konsekvensen av en feilvurdering av skyldspørsmålet er alvorlig: Enten går en skyldig fri, eller så begås det et justismord. I tillegg forventes det at bevisbedømmelsen begrunnes i saker der det foreligger tvil om faktum.¹⁴⁹ Det vil si at i utgangspunktet bør dommeren være motivert til å komme så nær sannhetens om mulig. Noe som gjør at man grundigere vurderer begge sider av saken, slik at en eventuell rekkefølgeeffekt blir motvirket.

Men for at denne typen motivasjon skal fungere, har forskning påpekt at bevisbedømmer må kjenne til strategier for å vurdere bevis rasjonelt.¹⁵⁰ Dersom bedømmer ikke har slik kjennskap, reduseres ikke skjevhetene, men kan i verste fall forsterkes. Den rasjonelle måten å vurdere bevis på er bayesiansk analyse, som krever grunnleggende forståelse av sannsynlighet. En slik analyse innebærer at man tar hensyn til *tilfeldigheter*. Og skiller mellom korrelasjon og kausalitet. Slik opplæring er som nevnt fraværende på jusstudiet, og i beskjeden grad et innslag i dommeropplæringen.¹⁵¹ Uten opplæring og trening i slike strategier, risikerer man at bevisbedømmer lener seg på intuisjonen. Og som denne oppgaven har demonstrert, så tenker man intuitivt kausalt fremfor statistisk. Man prøver så godt man kan å ordne verden til å passe med normalmodellen. For å motvirke rekkefølgeeffekter kan man, i tillegg til å bytte om på hovedregelen for bevisfremleggelsen, ha mye å hente på opplæring av advokater og dommere i bayesiansk analyse, vitenskapelig metode og beslutningsteori.

¹⁴⁹ (NOU 2001:32 «Rett på sak») pkt. 16.4

¹⁵⁰ (Kunda, 1990) s.482

¹⁵¹ (Kolflaath , En Metode for Bevisbedømmelsen i Straffesaker, 2015) S.509

6. Uskyldig til det motsatte er bevist

I denne oppgaven har jeg drøftet følgende problemstilling:

«I hvilken grad avhjelper eller forsterker straffeprosessreglene at bevisbedømmer blir forutinntatt om tiltaltes skyld? Og avhjelper eller forsterker straffeprosessreglene en slik forutinntatthet under bevisfremleggelsen?»

Jeg kom først frem til at straffeprosessreglene kan øke sjansen for at dommeren blir forutinntatt om tiltaltes skyld. Før bevisfremleggelsen starter, blir dommeren systematisk presentert for den fellende fortellingen før den frifinnende, jf. §§262 og 265. Videre blir den fellende fortellingen repetert: under påtalemyndighetens begjæring, opplesning av tiltalebeslutning og aktors innledende foredrag, jf. §§262 og §289 (1) og (2). Ut fra teorien om rekkefølge- og gjentakelses-effekten kan da sjansen øke for at den fellende fortellingen blir trodd fremfor den frifinnende, hvilket kan skape en forutinntatthet hos dommeren.

Under selve bevisfremleggelsen kom jeg frem til at straffeprosessreglene kan forsterke fremfor å avhjelpe denne forutinntattheten. Hovedregelen er at fornærmede skal forklare seg før tiltalte i de mest alvorlige straffesakene, jf. §289 a), samt at aktor skal legge frem bevis før forsvarer, jf. §291. Rekkefølgeeffektene kan da igjen forsterke forutinntattheten om tiltaltes skyld, og sette forsvarer i en posisjon der hen må bevise tiltaltes uskyld.

Spørsmålet er da, hvordan man kan endre på straffeprosessreglene slik at de utgjør en valgarkitektur som i større grad legger til rette for uskyldspresumsjonen. For at den tiltalte skal ansees som uskyldig til det motsatte er bevist, bør utgangspunktet for vurderingen være tiltaltes forklaring. Den frifinnende fortellingen.

Jeg mener at man kan sette dette utgangspunktet ved å gjøre endringer i begjæringen påtalemyndigheten sender til saksforberedende dommer, etter §262. Den bør struktureres slik at begjæringen starter med tiltaltes forklaring, der det er vedlagt en bevisoppgave som kommer med en kort beskrivelse hva bevisene skal godtgjøre. Det er ikke før *etter* tiltaltes forklaring og bevisoppgave, at begjæringen presenterer tiltalebeslutningen og tilhørende bevisoppgave. På denne måten kan man utnytte rekkefølgeeffektene til uskyldspresumsjonens fordel, ved å snu antakelsen til at tiltalte er uskyldig. Det at påtalemyndigheten må godtgjøre tiltaltes forklaring skriftlig, kan også bidra til å motvirke eventuelle bekreftelsestendenser og WYSIATI-effekter. På denne måten kan dette forslaget også styrke oppfyllelsen av påtalemyndighetens objektivitetsplikt.

Når det kommer til prosessreglene under bevisfremleggelsen mener jeg at man bør bytte om på «standardinnstillingen». I stede for at hovedregelen er at aktor skal legge frem bevis først, og fornærmede skal forklare seg før tiltalte, bør tiltalte forklare seg før fornærmede, og forsvarer legge frem bevis før aktor. Forsvarer bør heller få anledning til å komme med en avsluttende kommentar, etter aktors bevis og fornærmedes forklaring. På denne måten ender man med en prosess som handler om å bevise tiltaltes skyld, i stede for tiltaltes uskyld.

7. Ordliste

Aktor: Representanten for påtalemyndigheten i rettsaken.

Aletiske, epistemiske og det psykologiske nivået: Nivået for hvordan verden faktisk er, bevisene for hvordan den er, og hvordan man tolker bevisene for hvordan verden faktisk er.

Ankereffekter: Tendensen man har til å lene seg for mye på den første informasjonen man får, når man skal ta en påfølgende beslutning.

Bayesiansk analyse: En metode for å vurdere bevis rasjonelt ved hjelp av statistiske regneregler. For innføring i hvordan man kan lære seg bayesianske tommelfingerregler når man vurderer bevis se (Kahneman, Sibony, & Sunstein, Støy, 2021) s. 386.

«Begjæringen»: Under saksforberedelsene får fagdommer tilsendt en mappe med dokumenter, som består av tiltalebeslutningen, bevisoppgaven og de skriftlige bevisene.

Bekreftelsestendensen: En positiv teststrategi for å vurdere om en påstand stemmer.

Bevisbedømmeren: Personen som vurderer bevisene. I denne oppgaven er dette primært meddommerne og fagdommer.

Bevisfremleggelsen: Delen av hovedforhandlingen der partene legger frem bevis for retten.

Bevisvurderingen: Prosessen der påstander blir til faktum.

Default-effekten: Tendensen til å holde seg til standardinnstillingen.

Det indre signalet: Følelsen man styres etter for å føle seg overbevist.

Forutberegnelighet: Bærende prinsipp i norsk rett om at like tilfeller skal behandles likt.

Glorieeffekten: Tendensen til å like eller mislike alt ved en person, selv ting man ikke har observert.

Heuristikk: En forenklet prosess for å raskt kunne svare på et komplekst spørsmål. Man erstatter det komplekse spørsmålet med et enklere ett, og svarer på det i stedet

Affektheuristikk: Man erstatter spørsmålet «hva tenker jeg?», med «hva føler jeg?».

Representativitetsheuristikk: Man erstatter spørsmålet «hvor sannsynlig er det at denne hendelsen har inntruffet?», med «hvor representativ er tiltalte for personer som begår slike straffbare handlinger?»

Irrasjonell: Avvikende tenkemåte for en logisk regel.

Justismord: Straffedom av en person som ikke har begått de påståtte straffbare handlingene.

Kognitiv skjevhet: En vurderingsmetode, som systematisk avviker fra en logisk regel.

Koherens: Sammenheng

Kontradiksjon: Retten til å imøtegå påstander.

Modusbevis: Bevis som støtter påstanden om at tiltalte har en tilbøyelighet til å bryte visse straffebed.

Motiverte resonnerer: Motivet man har for en vurdering, påvirker prosessen for vurderingen.

Normalmodellen: Individets stereotypiske forståelse av den virkelige verden.

Nullhypotese og alternativhypotese: Nullhypotesen er som regel det motsatte av alternativhypotesen. Man ønsker da å få styrket alternativhypotesen i kraft av å forkaste nullhypotesen.

Objektivitetsplikten: Påtalemyndighetens plikt til å opptre objektivt i sin virksomhet.

Priming: Stimuli som bilder, ord, lukt ol. som styrer hva en person husker. En påført preferanse.

Rekkefølgeeffekter: Effekter som sier noe om hvordan rekkefølgen man blir presentert informasjon påvirker tolkningen og prosesseringen av informasjonen.

System 1 og System 2: Er eiendommeligheter ved menneskelige tolknings- og beslutningsprosesser. System 1 er automatisk og hurtig, krever liten anstrengelse, og gir heller ingen følelse av viljeskontroll. Mens ens oppmerksomhet, som evner å løse mentalt krevende aktiviteter, kalles System 2. Dette er ens opplevelse av «jeget».

«Sunk cost»: Pådratte kostnader som ikke kan gjenopprettes.

Tilfeldighet: En ukjent årsakssammenheng.

Tiltalebeslutning: Et dokument som lister opp alle påstandene aktor har om tiltaltes straffbare handlinger

Uskyldspresumsjonen: Antakelsen om at den tiltalte er uskyldig til det motsatte er bevist.

WYISIATI-effekten: Tendensen til å konstruere den mest plausible fortellingen av de bevisene som foreligger, og ignorere de bevisene som ikke er der.

8. Bibliografi

- Advokatbladet. (2022, 06. 24.). *Vil la meddommere lese tiltaler og politiets bevisoppgaver før hovedforhandling*. Hentet fra [advokatbladet.no](https://www.advokatbladet.no):
<https://www.advokatbladet.no/domstoladministrasjonen-straffeprosess/vil-la-meddommere-lese-tiltaler-og-politiets-bevisoppgaver-for-hovedforhandling/179974>
- Aaen, M. (2022). Påtalemyndighetens objektivitetsplikt. *Tidskrift for strafferett*, ss. s.189-213.
- Aftenposten. (2022, 12 13). *Slakter DNA-bevis som fikk Viggo Kristiansen dømt*. Hentet fra [aftenposten.no](https://www.aftenposten.no): <https://www.aftenposten.no/norge/i/KnLWg7/slakter-dna-bevis-som-fikk-viggo-kristiansen-doemt>
- Aall, J. (2021). *Rettsat og menneskerettigheter 2: statens plikt til effektiv og betryggende straffeforfølgning*. Bergen : Fagbokforlaget.
- Andenæs, J. (2009). *Norsk straffeprosess: samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer 4. utgave*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Babcock, L., & Loewenstein, G. (1997). Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases. *Journal of Economic Perspectives*, ss. 109-126.
- Britannica. (2023, 01 05). *Mississippi River*. Hentet fra [Britannica.com](https://www.britannica.com):
<https://www.britannica.com/place/Mississippi-River>
- Bystranowski, P., Janik, B., Próchnicki, M., & Skórska, P. (2021). Anchoring Effect in Legal Decision-Making: A Meta-Analysis. *Law and Human Behavior*, ss. 1-23.
- Chives, T. (2019, 12. 12.). A theory in crisis. *Nature*, ss. 200-203.
- Cramer , V. (2014). *Kompetansesenter for sikkerhets-, fengsels- og rettspsykiatri Helseregion Sør-Øst*. Oslo : Oslo Universitetssykehus .
- Dehêne, A., Sthal, C., Hansen, J., & Wanke, M. (2010). The truth about the truth: A meta-analytic review of the truth effect. *Personality and Social Psychology Review*, ss. 238-257.

-
- DellaVigna, S. (2009). Psychology and Economics: Evidence from the Field. *Journal of Economic Literature*, 315-372.
- Domstol.no. (u.d.). *Gangen i en rettssak*. Hentet fra Domstol.no:
<https://www.domstol.no/no/slik-gjennomfores-en-rettssak/straffesak/gangen-i-en-rettssak/>
- Domstolsadministrasjonen. (2022). *Årsmelding 2022*. Domstolsadministrasjonen.
- Domstolsadministrasjonen: Monica Hansen Nylynd mfl. (2011). *Ressurs- og tidsbruk i omfattende straffesaker*. Domstolsadministrasjonen.
- Efran, M. G. (1974). The effect of physical appearance on the judgment of guilt, interpersonal attraction, and severity of recommended punishment in a simulated jury task. *Journal of Research in Personality*, ss. 45-54.
- Eggen, T. (2018). *Forbindelsen*. Oslo: Kagge Forlag.
- Fliflet, A. (2015, 01. 23). Rettsikkerheten og media - Besværlige sengekamerater . *Jussens Venner* , ss. 89-98.
- Frederick, S., & Mochon, D. (2013). Anchoring in sequential judgments. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* , ss. 69-79.
- Grøning, L., Husabø, E. J., & Jacobsen, J. (2016). *Frihet, forbrytelse og straff*. Bergen: Fagbokforlaget.
- Guthrie, C., Jeffrey, R., & Wistrich, A. (2007). Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Reveiw*.
- Høyland, J. (2003). Hva styrer dommerens valg? *Lov og Rett*.
- Hetland, A. G. (2022). *Sant nok: Kognitive feller og avhjelp i bevisvurderingen*. Bergen: The University of Bergen.
- Hov, J. (2010). *Rettergang*. Oslo: Calax.
- Jacowitz, K. E., & Kahneman, D. (1993). Measures of Anchoring in Estimation Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, ss. 1161–1166.

- Jahr, B. O. (2015). *Hvem drepte Birgitte Tengs?* Oslo: Gyldendal.
- Jahr, B. O. (2017). *Drapene i Baneheia*. Oslo : Pitch.
- Johnson, E. J., Shu, S. B., Dellaert, B. G., Fox, C., Goldstein, D. G., Haubl, G., . . . Weber, E. U. (2012, 05. 25.). Beyond nudges: Tools of a choice architecture. *Marketing letters* , ss. 487-504.
- Kahneman, D. (2013). *Tenke, fort og langsomt*. Pax Forlag.
- Kahneman, D., Sibony, O., & Sunstein, C. (2021). *Støy*. Oslo: Pax forlag .
- Kolflaath , E. (2013). Bevis for modus operandi, og modus operando som bevis. I A. P. Høgberg, T. E. Schea, & R. Torgersen, *Rettsikker radikaler; Festskrift til Ståle Ekseland 70 år* (ss. s.149-169). Oslo: Cappelen Damm.
- Kolflaath , E. (2015). En Metode for Bevisbedømmelsen i Straffesaker. I R. Aarli, & M.-A. Hedlund, *Straffesaker i Bevisretten* (ss. 507-534). Oslo: Gyldendal.
- Kolflaath, E. (2013). *Bevisbedømmelse i praksis* . Bergen: Fagbokforlaget.
- Kristiansand byrett - Dom - TKISA - 2001 - 374
- Kunda, Z. (1990). The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin*, ss. 480-498.
- Lodder, P., Ong, H., Grasman, R. P., & Wichers, J. M. (2019). A comprehensive meta-analysis of money priming. *Journal of Experimental Psychology: General*, ss. 688-712.
- Magnussen , S., & Teigen , K. H. (2020). Kognitive slagsider og snarveier i vurdering av bevis. *LOV OG RETT*, ss. s.19-42.
- McKenzie, C. R., Liersch, M. J., & Finkelstein, S. R. (2006). Recommendations Implicit in Policy Defaults. *Psychological Science* , 414-420.
- NOU 2001:32 «Rett på sak». (u.d.).
- (u.d.). *NOU 2006:10 Fornærmede i straffeprosessen - nytt perspektiv og nye rettigheter*.

NOU 2011:13 Juryutvalget: Når sant skal skrives. (u.d.). *NOU 2011:13 Juryutvalget: Når sant skal skrives.*

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov. (u.d.).

Nrk.no. (2017, 01. 10.). *Dommer: – Skal ikke bli påvirket av media.* Hentet fra Nrk.no:
https://www.nrk.no/norge/dommer_-_skal-ikke-bli-pavirket-av-media-1.13313594

NRK.no. (2017, 02. 01.). *Slik forklarer Jensen og Cappelen «blomsterspråket».* Hentet fra nrk.no: https://www.nrk.no/norge/slik-forklarer-jensen-og-cappelen-_blomsterspraket_-1.13354968

Nrk.no. (2023, 02. 06.). *Johny Vassbakk (52) dømt for drapet på Birgitte Tengs.* Hentet fra nrk.no: https://www.nrk.no/rogaland/johny-vassbakk-_52_-domt-for-drapet-pa-birgitte-tengs-i-1995-1.16282855

NRK.no. (u.d.). *Gåten Orderud.* Hentet fra nrk.no: <https://www.nrk.no/orderud/orderud---bevisene-1.14252898>

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

Prp.146 L(2020-2021) Endringer i straffeprosessloven mv. (aktiv saksstyring). (u.d.).

R. nr. 3/2018.

Regjeringen.no. (2022, 6. 24.). *Endringer i lover og forskrifter fra 1. juli 2022 fra Justis- og beredskapsdepartementet.* Hentet fra regjeringen.no:
<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/endringer-i-lover-og-regler-fra-justis-og-beredskapsdepartementet-fra-1.-juli-2022/id2920876/>

Riksadvokaten. (u.d.). *Om oss.* Hentet fra riksadvokaten.no:
<https://www.riksadvokaten.no/om-oss/>

Stanford Encyclopedia of Philosophy. (2018). *Bounded Rationality.* Hentet fra plato.stanford.edu: <https://plato.stanford.edu/entries/bounded-rationality/#EmerEcolRati>

Store Norske Leksikon. (2019, 10. 9.). *vitne (jus)*. Hentet fra snl.no: https://snl.no/vitne_-_jus

Store Norske Leksikon. (2021, 03. 04.). *hypotesetesting*. Hentet fra snl.no: <https://snl.no/hypotesetesting>

Store Norske Leksikon. (2022, 11. 21.). *Lex superior-prinsippet*. Hentet fra Snl.no: https://snl.no/Lex_superior-prinsippet

Store Norske Leksikon. (2022, 07. 15.). *påtalemyndigheten*. Hentet fra Snl.no: <https://snl.no/p%C3%A5talemyndigheten>

Store Norske Leksikon. (2023 , 01. 22.). *Individualprevensjon*. Hentet fra snl.no: <https://snl.no/individualprevensjon>

Store Norske Leksikon. (2023, 03 27.). *Baneheia-saken*. Hentet fra Snl.no: <https://snl.no/Baneheia-saken>

Strandbakken, A. (2003). *Uskyldspresumsjonen - in dubio pro reo*. Fagbokforlaget.

Strandberg, M. (2012). *Beviskrav i sivile saker* . Fagbokforlaget.

Taleb, N. N. (2018). *Skin in the game*. London: Penguin Books.

Tetlock, P. (1983). Accountability and the Perseverance of First Impressions. *Social Psychology Quarterly*, ss. 258-292.

Tv2.no. (2022, 10. 22.). *Justismordene*. Hentet fra Tv2.no: <https://www.tv2.no/nyheter/justismordene/15208144/>

United States Courts. (u.d.). *Learn About Jury Service*. Hentet fra uscourts.gov: <https://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service>

VG.no. (2019, 11. 18.). *Trippeldrapet: – Fikk to pistoler lille julaften* . Hentet fra vg.no: <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/e1KELR/trippeldrapet-fikk-to-pistoler-lille-julaften>

Øyen, Ø. (2019). *Straffeprosess*. Fagbokforlaget.

Øyen, Ø. (2022). *Straffeprosess*. Bergen: Fagbokforlaget.

