

Eivind Kolflaath

## Sammendrag

I Kvalitetsrundskrivet (2018) fra Riksadvokaten er det strafferettslige beviskravet konkretisert til et positivt krav og et negativt krav til bevismaterialet. Denne konkretiseringen gir beviskravet en bestemt struktur som får konsekvenser for bevisbedømmelsen, ettersom bevisbedømmerens oppgave nå blir å ta stilling til om både det positive kravet og det negative kravet er oppfylt. Artikkelen omtaler først formuleringen av beviskravet i Kvalitetsrundskrivet, og beskriver deretter bevisbedømmelsesmetoden som følger av denne. Mot slutten begrunnes metoden med behovet for å unngå tunnelsyn. Både beskrivelsen og begrunnelsen illustreres med eksempler fra Baneheia-saken.

**Nøkkelord:** Riksadvokaten, Kvalitetsrundskrivet, beviskrav, bevisbedømmelse, hypoteser, forklaringer på bevis, Baneheia-saken

## 1 Innledning

Bevisbedømmelse har fått økt oppmerksomhet de senere årene. Forestillingen om at bevisbedømmelse er noe vi alle har en naturlig begavelse for, er blitt utfordret av forskning som viser hvor påvirkelige vi er for psykologiske feilkilder.<sup>1</sup> Dessuten har vi i Norge etter hvert hatt en rekke til dels høyprofilerte straffesaker hvor en domfellelse basert på et faktum som ikke har stått seg over tid, har endt med gjenåpning, frifinnelse og i noen tilfeller offentlig granskning.<sup>2</sup> Begge deler har bidratt til større bevissthet om utfordringer knyttet til faktumsdimensjonen i straffesaker.

---

<sup>1</sup> Et bredt spekter av feilkilder i bevisbedømmelsen er omtalt i Svein Magnussen og Karl Halvor Teigen, «Kognitive slagsider og snarveier i vurdering av bevis», *Lov og Rett* 2020, s. 19–42. For en drøftelse av psykologiske feilkilder i påtalesammenheng, se f.eks. Alafair S. Burke, «Improving Prosecutorial Decision Making: Some Lessons of Cognitive Science», *William and Mary Law Review* 2006 (vol. 47), s. 1587–1633.

<sup>2</sup> NOU 1996: 15, *Lilandsaken*, NOU 2007: 7, *Fritz Moen og norsk strafferettspleie* og den kommende utredningen om Baneheia-saken (utvalg oppnevnt av regjeringen 10.2.2023). Det foreligger også en

Et konkret utslag av denne økte interessen er at bevisbedømmelse er satt opp som et hovedtema på de elleve regionale påtalemøtene i perioden mars til november i år, med et felles opplegg utarbeidet ved Riksadvokatembetet. Som ett av mange aspekter ved dette temaet vil de til sammen nærmere tusen deltakerne få anledning til å diskutere den metoden for bevisbedømmelse som følger av Riksadvokatens formulering av det strafferettslige beviskravet i Kvalitetsrundskrivet fra 2018. Denne artikkelen skal utdype rundskrivets knappe beskrivelse av hva denne metoden går ut på.

## 2 Formuleringen i Kvalitetsrundskrivet

Tradisjonelt er beviskrav blitt forstått utelukkende som en *terskel* uten noen form for intern struktur.<sup>3</sup> Forbindelsen mellom beviskrav og bevisbedømmelse vil da dreier seg bare om bevisbedømmelsens helt generelle *siktemål* – at bevisbedømmelsen skal avklare om beviskravet er oppfylt. I Kvalitetsrundskrivet blir det imidlertid forutsatt en sterkere forbindelse i form av en felles *struktur*, ved at beviskravet «presiseres gjennom krav til en overordnet strukturering av bevisvurderingen».<sup>4</sup> Nøkkelformuleringen er som følger:

«Den tradisjonelle måten å formulere beviskravet på – at all rimelig tvil skal komme den siktede til gode – kan operasjonaliseres ved 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 vanskelige å forklare hvis den siktede er skyldig.»

En slik formulering er det neppe tilrådelig å bruke når aktor i prosedyren vil si noen ord til retten – i praksis til meddommerne – om hva det strafferettslige beviskravet går ut på. For det formålet bør man nok heller velge en enklere formulering. Verdien av formuleringen i Kvalitetsrundskrivet ligger ikke i formuleringen som sådan, men i den metoden for bevisbedømmelsen som formuleringen legger opp til. Vi står her overfor nettopp en *operasjonalisering*, med andre ord en konkretisering av en litt diffus meningsstørrelse – i dette tilfellet begrepet om «rimelig tvil» – til mer håndfaste kriterier

---

omfattende rapport om norske saker i det større svensk-norske sakskomplekset som gjelder domfellelsene og frifinnelsene av Sture Bergwall (Riksadvokatens publikasjoner nr. 3/2015).

<sup>3</sup> Se Eivind Kolflaath, «Bevist utover enhver rimelig tvil», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 135–196 (s. 146–157), for en omtale av ulike former for rene terskelpresiseringer av beviskravet.

<sup>4</sup> Rundskriv nr. 3/2018 (8.11.2018, revidert 21.2.2019). Alle sitater fra rundskrivet er fra s. 15.

som utpeker en fremgangsmåte for å ta stilling til enkelttilfeller. Slik knyttes beviskravet og bevisbedømmelsen tettere sammen. Som det sies i rundskrivet, legger den siterte nøkkelformuleringen opp til at «bevisene ikke bare skal vurderes under den antakelse at mistenkte er skyldig, men også i lys av hypoteser om hendelsesforløp som innebærer at vedkommende ikke er skyldig». Men bortsett fra den tilføyelsen at «[g]enerelt vil en slik operasjonalisering av beviskravet invitere bevisbedømmeren til å forklare bevisene, både enkeltvis og samlet, under ulike hypoteser», sies det ikke noe mer om hva metoden går ut på.

Før jeg går nærmere inn på selve metoden, er det på sin plass med noen bemerkninger om formuleringens opphav. Den overordnede strukturen i rundskrivets konkretisering kan spores tilbake til en formulering presentert av den amerikanske filosofen Larry Laudan i en bok om «reasonable doubt» som terskel i straffeprosessen. Forfatteren presenterer og omtaler denne konkretiseringen nærmest i forbifarten sammen med to andre mulige konkretiseringer av det strafferettslige beviskravet, og uten å fremheve denne ene formuleringen som foretrukket fremfor de to andre. Laudans konkrete formulering var som følger:

«If there is credible, inculpatory evidence or testimony that would be very hard to explain if the defendant were innocent, and no credible, exculpatory evidence or testimony that would be very difficult to explain if the defendant were guilty, then convict. Otherwise, acquit.»<sup>5</sup>

Det er enkelte forskjeller mellom fremstillingen av beviskravet i henholdsvis Laudans bok og Kvalitetsrundskrivet.<sup>6</sup> Men grovstrukturen er den samme. I begge tilfeller stilles det et krav om *nærvær* av bevis som er vanskelig å forklare hvis siktede er uskyldig, og et krav om *fravær* av bevis som er vanskelig å forklare hvis siktede er skyldig.

Den norske formuleringen ble brukt første gang i 2009 i Riksadvokatens påtegning i en mordbrannsak som endte med henleggelse.<sup>7</sup> Her ble frifinnelsen begrunnet

---

<sup>5</sup> Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge (MA) 2006, s. 82.

<sup>6</sup> De viktigste forskjellene omtales i seksjon 7. Se også fotnote 9.

<sup>7</sup> Senere har jeg selv brukt og diskutert en litt annen variant i egne tekster, se «Bevist utover enhver rimelig tvil», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2011, s. 135–196 (s. 170–175), *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen 2013, s. 208–212, og «En metode for bevisbedømmelsen i straffesaker», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens (red.), *Bevis i straffesaker. Utvalgte emner*, Oslo 2015, s. 507–534 (s. 523–534).

dels med at «[e]n kan ikke med tilstrekkelig sikkerhet utelukke alternative gjerningsmenn», dels med at «[e]tterforskningen har [...] frembrakt opplysninger som ikke uten videre synes forenlige med at siktede er gjerningsmann». Det siste ble eksemplifisert med at det er «gjort et sporsøk med politihund fra ett brannsted til et annet, som ikke passer godt med siktedes bevegelsesmønster og de observasjoner som er gjort». <sup>8</sup> Denne påtegningen er brukt som illustrasjon i Kvalitetsrundskrivet.

Generelt må enhver konkretisering av det strafferettslige beviskravet respektere at beviskravet skal være strengt. Dette er oppfylt med de to formuleringene som er sitert ovenfor. Det at opplysninger eventuelt er «vanskelig å forklare» hvis siktede er uskyldig, må forstås som at man *ikke klarer* å komme opp med en realistisk forklaring på opplysningene i samsvar med siktedes eventuelle uskyld. En eventuell forklaring behøver ikke være den mest sannsynlige – det er tilstrekkelig at forklaringen er realistisk og dermed *ikke kan utelukkes*. Det positive kravet innebærer i seg selv at terskelen vil være svært høy, og det negative kravet vil aldri kunne senke denne terskelen. <sup>9</sup>

### 3 Metoden generelt beskrevet

Ord som «forklare» og «forklaring» har to ulike betydninger på norsk. Ofte siktes det til et *bevismiddel* – til det at noen har forklart seg *om* noe. Alternativt kan det være tale om forklaringer *på* noe, tilsvarende «explain» og «explanation» på engelsk. Det er det siste som er ment i Riksadvokatens formulering av beviskravet. Men begge betydningene er i spill hvis man sier for eksempel at «siktede har i sin forklaring kommet med en forklaring på hvorfor vedkommende befant seg i nærheten av åstedet på gjerningstidspunktet». I diskusjonen som følger, vil det være klart ut fra sammenhengen hvilken betydning det siktes til.

Det positive kravet i den todelte konkretiseringen av beviskravet er altså at «det samlet sett må foreligge opplysninger i saken som det er vanskelig å forklare hvis siktede

---

<sup>8</sup> Riksadvokatens påtegnning 23.10.2009 (R 3739/09-63).

<sup>9</sup> Isolert sett kan ordet «vanskelig» oppfattes som at det uttrykker noe svakere enn «very hard» i Laudans formulering. Men når sammenhengen tas i betraktning, blir det neppe noen reell forskjell mellom de to formuleringene på dette punktet. Det at noe er «vanskelig å forklare», betyr vel rett og slett at man ikke får det til – forutsatt at forklaringen skal være realistisk. Begge formuleringene er etter min oppfatning mest nærliggende å lese som at beviset eller opplysningen *ikke lar seg forklare* på en realistisk måte, som er det samme som at det ikke *finnes* en realistisk forklaring.

er uskyldig». Hvorvidt det foreligger slike opplysninger, kan ikke vurderes uten å *oppstille en hypotese om at siktede er uskyldig*. Dette blir det første steget i metoden. Det neste blir å *identifisere eventuelle opplysninger som i alle fall tilsynelatende skaper problemer for uskyldig-hypotesen*. Men i stedet for ukritisk å legge til grunn at opplysningene taler for skyld, skal man *anstrenge seg for å forklare disse opplysningene i samsvar med at siktede er uskyldig*. Man skal altså undersøke om disse opplysningene som i utgangspunktet synes å stride mot uskyldig-hypotesen, likevel kan forklares i samsvar med denne. Spørsmålet blir kort sagt om opplysningene har en realistisk forklaring i samsvar med uskyldig-hypotesen.

Finnes det ikke en realistisk forklaring i samsvar med uskyldig-hypotesen, går man videre til det negative kravet, som er at «det ikke må foreligge opplysninger som er vanskelige å forklare hvis den siktede er skyldig». Det negative kravet innebærer at man også må *oppstille en hypotese om at tiltalte er skyldig* og deretter *identifisere eventuelle opplysninger som tilsynelatende skaper problemer for denne hypotesen*. Dersom det finnes slike opplysninger, skal man *forsøke å forklare disse på en måte som er både realistisk og i samsvar med skyldig-hypotesen*.

Overordnet skal bevisbedømmeren altså forsøke å forklare opplysninger *i motsatt retning* av førsteinntrykket, for å undersøke om både det positive kravet og det negative kravet er oppfylt. I begge tilfeller skal man anstrenge seg for å bevare en eventuell hypotese som i utgangspunktet synes truet. Men kanskje vil de forklaringene man da må ty til, være såpass urealistiske at hypotesen ikke overlever.

#### **4 Baneheia-saken som eksempel**

Metoden som er beskrevet ovenfor, kan illustreres med det som var de tre sentrale bevisene da Baneheia-saken ble behandlet i tingrett og lagmannsrett i henholdsvis 2001 og 2002. Her var det særlig to bevis som ble oppfattet som å lage alvorlige problemer for en hypotese om at Viggo Kristiansen var uskyldig. Det ene beviset er Jan Helge Andersens forklaring, hvor Andersen fremstiller Kristiansen som pådriver og hovedmann. I byrettsdommen sies det at

«[r]etten fester avgjørende lit til Andersens forklaring om at han var sammen med Kristiansen i det aktuelle tidsrom. De to var svært gode venner og det er *ikke mulig* å se noe motiv for Andersen til å trekke Kristiansen urettmessig inn i saken». <sup>10</sup>

Men det at Andersen trakk Kristiansen inn i saken, er det i alle fall *isolert sett* ikke vanskelig å forklare i samsvar med uskyldig-hypotesen, slik det gjøres i Riksadvokatens påtegnning fra i fjor: «*Det sier seg selv* at Andersen kan ha hatt et motiv for å implisere Kristiansen i ugjerningene, idet han derved kunne oppnå redusert ansvar og straff.»<sup>11</sup> Nå er det riktignok slik at Kristiansand byrett fikk vite mindre om avhørene av Andersen og omstendighetene rundt disse enn det man vet i dag. Etterpåkløkskap skal man være forsiktig med, særlig når den brukes som grunnlag for kritikk mot aktører som har hatt et smalere informasjonstilfang enn en selv. Men selv om det i dag virker *mer sannsynlig* enn i 2001 at Andersen trakk Kristiansen urettmessig inn i saken, har motivet knyttet til redusert ansvar og straff hele tiden vært til stede som en *mulighet*. Den siterte bemerkningen fra byrettens dom tyder ikke på at retten anstrengte seg mye for å forklare Andersens forklaring i samsvar med en hypotese om at Kristiansen var uskyldig.

Det andre beviset som ble ansett som å lage alvorlige problemer for uskyldig-hypotesen, er DNA-beviset. Med «DNA-beviset» sikter jeg her til DNA-beviset *slik det ble presentert for retten* i 2001 og 2002, i motsetning både til nyere, faglige oppfatninger om hva de opprinnelige DNA-undersøkelsene viste eller ikke viste, og til resultatene av senere DNA-undersøkelser. Under rettssaken ble det ikke hevdet at DNA-beviset *i seg selv* identifiserte Kristiansen som gjerningsperson med høy grad av sikkerhet. Men retten fikk høre at DNA-funnene samlet sett viste at det har vært en gjerningsperson i tillegg til Andersen, og at Kristiansen ikke var utelukket som denne andre gjerningspersonen.

Grovt sett finnes det da to mulige forklaringer på DNA-beviset i samsvar med uskyldig-hypotesen. Den ene forklaringen er at den andre gjerningspersonen er en annen enn Kristiansen. I lys av det retten ble fortalt om Andersens nokså begrensede

---

<sup>10</sup> Dom i Kristiansand byrett 1.6.2001 (01-00374 M/01) s. 12 (min utheving). Tilsvarende oppfatning i anførselene fra Agder statsadvokatembeter til Kommisjonen for gjenopptakelse av straffesaker, se kommisjonens vedtak 18.2.2021 (2020/82) s. 105 («Påtalemyndigheten kan ikke se at Andersen skulle ha et motiv for falskelig å trekke inn Kristiansen som medgjerningsmann»).

<sup>11</sup> Riksadvokatens påtegnning 21.10.2022 (R 3667/09-63) (min utheving). Tilsvarende i bemerkningene fra flertallet i Gjenopptakelseskommisjonen, se kommisjonens vedtak s. 350 («åpenbart motiv»).

vennekrets, fremsto denne forklaringen som en urealistisk mulighet. Den andre forklaringen er at det har skjedd en feil i forbindelse med innsamlingen eller analysen av DNA-materialet. Denne forklaringen hadde retten ikke gode forutsetninger for å gå inn på, ettersom dette i realiteten ville innebære en overprøving av faglige vurderinger fra den sakkyndige.

Dermed sto retten overfor det man trodde var et DNA-bevis som støttet Andersens forklaring. Man hadde tilsynelatende to bevis som i kombinasjon blir svært vanskelige å forklare i samsvar med uskyldig-hypotesen. Gitt metoden som følger av Kvalitetsrundskrivet, blir det neste da å identifisere eventuelle bevis som tilsynelatende skaper problemer for den hypotesen at Kristiansen er *skyldig*. Og her kommer mobilbeviset inn som et gjenstridig problem. Kort fortalt går mobilbeviset ut på at det i den tiden da de straffbare handlingene antas å ha blitt begått, var innkommende og utgående trafikk på Kristiansens mobiltelefon via en basestasjon som etter alt å dømme ikke dekket åstedet.<sup>12</sup> Byretten forsøker i dommen å forklare mobilbeviset i samsvar med skyldig-hypotesen, uten å lykkes.<sup>13</sup> I kraft av å være noe nær et absolutt utelukkelsesbevis innebærer mobilbeviset at det negative kravet i den todelte konkretiseringen av beviskravet i Kvalitetsrundskrivet ikke er oppfylt. Men i en situasjon med ulike bevis som – slik de ble presentert for retten – tilsynelatende skapte alvorlige problemer i hver sin retning, var det altså mobilbeviset som ble bortforklart, og uskyldig-hypotesen som måtte vike – det strenge beviskravet til tross.<sup>14</sup> I dag er heller ikke det positive kravet i Riksadvokatens konkretisering av beviskravet oppfylt for Kristiansens vedkommende.

## 5 Ikke bare isolerte vurderinger

For å forebygge mulige misforståelser om hva metoden går ut på, kan det være på sin plass å understreke at bevisbedømmeren ikke kan nøye seg med isolerte vurderinger.

---

<sup>12</sup> Verken Telenor eller konsultentselskapet Teleplan hadde lyktes med å oppnå kontakt med basestasjonen fra åstedet, til tross for gjentatte forsøk.

<sup>13</sup> Som påvist i Frode Helmich Pedersen, «Domsfortellingens plausibilitet. En analyse av rettens fortelling i Baneheia-saken», *Rætfærd. Nordisk Juridisk Tidsskrift* 2017, s. 4–23.

<sup>14</sup> I ankesaken ble lagretten trolig forledet til å tro at den aktuelle basestasjonen likevel kunne nås fra åstedet.

Bevisbedømmeren må se ting i sammenheng, jf. uttrykket «samlet sett» i den siterte nøkkelformuleringen fra Kvalitetsrundskrivet.<sup>15</sup>

Ett aspekt ved dette er at *bevisene* må sees i sammenheng. For eksempel kan man se for seg en situasjon hvor en rekke vitner som tilsynelatende verken kjenner hverandre eller har interesse av sakens utfall, forklarer det samme, og hvor hver enkelt vitneforklaring kan forklares med at vitnet har tatt feil. *Kombinasjonen* av disse vitneforklaringene kan likevel bli vanskelig å forklare med at alle vitnene har tatt feil.

Et annet aspekt er at *forklaringer* på ulike bevis under samme hypotese må sees i sammenheng med tanke på om de ulike forklaringene står i et spenningsforhold til hverandre eller er bentfrem uforenlige. Dette innebærer blant annet at når ulike forklaringer på ulike bevis under samme hypotese kan betraktes som elementer i et hendelsesforløp, må disse kunne forenes i én, sammenhengende fortelling. For eksempel kan man ikke forklare et bevis i en voldtektssak med at det ikke var seksuell omgang, og samtidig forklare et annet bevis med at den seksuelle omgangen var frivillig.

Et tredje aspekt ved behovet for å se ting i sammenheng er at en eventuell *overoppyllelse* av terskelen «vanskelig å forklare» i det ene kravet i en konkret sak bør påvirke terskelen for å anse bevis i denne saken som vanskelige å forklare i samsvar med den andre hypotesen. Virker det *umulig* å forklare et bevis i samsvar med den ene hypotesen, bør dette heve terskelen noe i det andre kravet.

## **6 Behovet for å unngå tunnelsyn**

Det sentrale i den bevisbedømmelsesmetoden som følger av operasjonaliseringen i Kvalitetsrundskrivet, er at opplysninger skal forsøkes forklart i lys av *en annen hypotese* enn den hypotesen disse opplysningene i utgangspunktet oppfattes som å gi støtte for.

En hypotese innebærer et bestemt *blikk* på bevisene. Når en hypotese blir stående alene, vil denne bli styrende for hva man ser etter, hva man fester seg ved, hvordan man tolker og hva man husker. En hypotese kaster lys over bevisene, og en alternativ hypotese innebærer at de samme bevisene kommer *i et annet lys*. Det å tvinge seg selv til å vurdere

---

<sup>15</sup> I samsvar med Rt. 2005 s. 1353 (avsn. 14). I Kvalitetsrundskrivet er uttrykket «samlet sett» brukt bare i formuleringen av det positive kravet. Men det at uttrykket ikke gjentas i formuleringen av det negative kravet, tolker jeg ikke som at behovet for å se ting i sammenheng bare gjelder forsøket på å forklare i samsvar med uskyldig-hypotesen.



opplysninger i motsatt retning av førsteinntrykket vil derfor bidra til å redusere faren for tunnelsyn. Uavhengig av autoriteten knyttet til at Kvalitetsrundskrivet kommer fra Riksadvokaten, er nettopp formuleringens potensial som mottiltak mot tunnelsynfaren et tungtveiende argument i dens favør.

Hvilken forskjell det gjør å betrakte opplysninger i lys av mer enn én hypotese, kan illustreres med ytterligere to eksempler fra Baneheia-saken. Det første eksemplet er anførselen fra Agder statsadvokatembeter til Gjenopptakelseskommissjonen om at Andersen og Kristiansen ikke deltok i leteaksjonen etter de to savnede jentene:

«Andersen og Kristiansens forhold til Baneheia, deres interesser, samt ovenfor nevnte vitneutsagn gjør det *uforståelig* at de ikke meldte seg til tjeneste i leteaksjonen – med mindre de hadde hatt befatning med forsvinningen av jentene.»<sup>16</sup>

Angivelig var det altså slik at Kristiansens valg med hensyn til leteaksjonen ikke lar seg forklare i samsvar med uskyldig-hypotesen. Noen år senere var Oslo statsadvokatembeter av en helt annen oppfatning:

«Slik vi ser det, er det [...] vanskelig å se at det at Kristiansen ikke ønsket å delta i leteaksjonen, skal være et argument for at han begikk ugjerningene den 19. mai. For det første kan man innvende at det hadde vært like påfallende om han faktisk *hadde* deltatt. Da kunne han hatt mulighet til å få kjennskap til hvor etterforskningen stod, og evt. spor fra ham på funnstedet ville lettere kunne bortforklares med at de stammet fra leteaksjonen. For det andre kan det være at Kristiansen ikke ønsket å innordne seg en slik organisert aksjon (vi vet at han tidligere hadde kommet på kant med autoriteter i HV-ungdommen), for det tredje kan han ha hatt andre planer, som at han på lørdagen var i byen med nevøen sin, og for det fjerde kan han ha blitt påvirket av Andersen til å la være, for de to var sammen i perioder både lørdagen og søndagen.»<sup>17</sup>

I den siste setningen får vi tre ulike forklaringer som er forenlige med uskyldig-hypotesen.

---

<sup>16</sup> Kommisjonens vedtak s. 84 (min utheving). Tilsvarende oppfatning i mindretallets bemerkninger, se vedtaket s. 353 («svært vanskelig å forstå hvorfor Viggo Kristiansen ikke deltok i letingen»).

<sup>17</sup> Påtegning fra Oslo statsadvokatembeter 2.9.2022 (2684/21-115) s. 28. Neste sitat er fra samme side.

Et annet eksempel er at Kristiansens reaksjon da han ble pågrepet, ble brukt av Agder statsadvokatembeter som argument for at var han skyldig. Fra anførselene gjengitt i kommisjonens vedtak, hvor første avsnitt (kursivert) er sitat fra en politirapport:

*«[Kristiansen] reagerte med å si følgende på en kald og rolig måte: «Jeg visste at dette ville skje». «Er dere klar over at dere tar feil personer». [«]Jeg sier ikke noe før jeg har snakket med en advokat». «Er Jan Helge også tatt».*

Kristiansen trekker altså selv frem at politiet pågriper feil personer og spør om Jan Helge Andersen også er tatt uten at det opplyses om det er flere som mistenkes i saken.»<sup>18</sup>

Det at Kristiansens reaksjon skulle tale for skyld på bakgrunn av det som er sitert ovenfor, blir problematisert i påtegningen fra Oslo statsadvokatembeter:

*«Det er blitt gjort til et poeng at Kristiansen, da han ble pågrepet, spurte om også Andersen var arrestert – og vice versa [...]. [...] Nå er det uansett nærliggende å tro at Kristiansen og Andersen allerede på det tidspunktet hadde fått et inntrykk av at politiet så dem under ett: De hadde i stor grad vært inne samtidig for å forklare seg eller avgi DNA-prøve, og de var blitt spurt ikke bare om seg selv, men også om den andre.»<sup>19</sup>*

Anførselen fra Agder statsadvokatembeter fremstår imidlertid som fullstendig grunnløs når Oslo statsadvokatembeter påpeker at det faktisk *ble* opplyst at det var flere mistenkte i saken: «Viktigere er det imidlertid at begges navn stod på siktelsen/pågripelsesbeslutningen, som de ble forevist [...].» Uansett hvilken av hypotesene man går ut fra, er det i lys av de reelle omstendighetene rundt pågripelsen ikke det minste merkelig at Kristiansen både brukte flertallsform og spurte om Andersen. Reaksjonen kan forklares like godt under begge hypotesene, og kan derfor ikke brukes som argument i noen retning.

Det siste eksemplet illustrerer ikke bare hva som kan skje når opplysninger vurderes i lys av bare én hypotese, men også at det kan være avgjørende hvilken bakgrunnsinformasjon man bygger på når opplysninger forsøkes forklart i samsvar med den ene eller andre hypotesen. Tendensen til å ignorere eller å unnlate å oppsøke relevant

---

<sup>18</sup> Kommisjonens vedtak s. 86.

<sup>19</sup> Påtegningen fra Oslo statsadvokatembeter s. 29. Neste sitat er fra samme side.

bakgrunnsinformasjon som kan bidra til å utfordre oppfatninger vi har dannet oss, er et aspekt ved den bekreftelsestilbøyeligheten vi har som mennesker, og som lett kan resultere i tunnelsyn.

Mer generelt har bevisbedømmelsesmetoden som omtales i denne artikkelen, klare likhetstrekk med den tenkemåten som har vokst frem på etterforskningsfeltet de senere årene, hvor oppstilling av alternative hypoteser skal forhindre tunnelsyn og dessuten utpeke relevante etterforskningsskritt.<sup>20</sup> Formuleringen i Kvalitetsrundskrivet legger opp til at denne tenkemåten, som påtalejuristen uansett må være innforstått med i og med rollen som påtalefaglig etterforskningsleder, langt på vei får prege bevisbedømmelsen.

Metoden har klare likhetstrekk også med den sannsynlighetsteoretiske tilnærmingen til bevisverdi. For eksempel vil Kristiansens valg om ikke å delta i leteaksjonen ha bevisverdi i retning av skyld bare hvis dette valget er mer sannsynlig hvis han begikk de straffbare handlingene enn hvis han ikke gjorde det. Bevisverdi blir her et spørsmål om forholdet (ratioen) mellom sannsynligheten for et bevis gitt en bestemt hypotese og sannsynligheten for det samme beviset gitt negasjonen av den samme hypotesen. Også her dreier det seg om å stille opp gjensidig utelukkende hypoteser og å vurdere beviset i lys av begge hypotesene.<sup>21</sup>

## **7 Kvalitetsrundskrivet i kontrast til Laudans formulering**

Som vi har sett i seksjon 2, er grovstrukturen i operasjonaliseringen av beviskravet i Kvalitetsrundskrivet den samme som i Laudans formulering på engelsk. Men det er også noen forskjeller. I motsetning til Laudans formulering blir det i den norske formuleringen ikke forutsatt at bevis allerede i utgangspunktet er klassifisert som enten inkriminerende («inculpatory») eller det motsatte («exculpatory»). Norsk straffeprosess krever ikke dette, og en slik klassifisering ville foregripe bevisbedømmelsen. For eksempel kan en tilsynelatende «inkriminerende» opplysning vise seg ikke å være inkriminerende likevel,

---

<sup>20</sup> Se f.eks. Ole Thomas Bjercknes og Ivar A. Fahsing, *Etterforskning. Prinsipper, metoder og praksis*, Bergen 2017, særlig s. 22–28, 48–51 og 90–114, og Eivind Kolflaath, «Hypoteser i etterforskningsplaner», i Egil H. Olsvik og Patrick Risan (red.), *Etterforskning under lupen*, PHS Forskning 2019: 3, s. 61–99.

<sup>21</sup> For en nærmere omtale av det sannsynlighetsteoretiske begrepet om *likelihood ratio*, se f.eks. Erling Eide, *Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet*, Oslo 2016, s. 92–94, eller Christian Dahlman, *Beviskraft. Metod för bevisvärdering i brottmål*, Stockholm 2018, s. 66–82.

fordi man *ved nærmere ettertanke* må erkjenne at den kan forklares like godt under uskyldig-hypotesen.

Tilsvarende kan det være forhastet å klassifisere et bevis som troverdig eller pålitelig (jf. «credible» i Laudans formulering) før man har forsøkt å forklare beviset i samsvar med den motsatte hypotesen. En slik forklaring kan nettopp dreie seg om forhold som angår bevisets kredibilitet, for eksempel et eventuelt motiv et vitne kan ha for å lyve. I Kvalitetsrundskrivet er det ikke forutsatt at opplysningene som skal forklares, er troverdige og pålitelige.

En tredje forskjell er at i Laudans formulering blir oppfyllelse av de to kravene fremstilt som terskelen for å domfelle («convict»). Er ikke begge kravene oppfylt, skal man frifinne («acquit»). I kontrast til dette snakkes det ikke om domfellelse eller frifinnelse i den norske formuleringen. Denne forskjellen skyldes de ulike kontekstene de respektive formuleringene er myntet på. Laudans diskusjoner er knyttet til spørsmålet om hvordan retten bør formidle beviskravet til juryen under rettssaken. Til forskjell fra det rendyrkede domstolperspektivet i Laudans bok er formuleringen i Kvalitetsrundskrivet fremsatt i påtalesammenheng og skal dermed ta høyde for et langt bredere spekter av situasjoner som påtalejuristen kan befinne seg i – det være seg i etterforskningsfasen, påtalesfasen eller irettføringsfasen. I etterforskningsfasen kan denne formuleringen blant annet tjene som grunnlag for å vurdere ytterligere etterforskningskritt med sikte på å teste en alternativ forklaring som det ut fra etterforskningen så langt ikke er grunnlag for å avskrive. I påtalesfasen kan de to kravene betraktes som krav for å ta ut tiltale, og under hovedforhandlingen som krav for å legge ned påstand om domfellelse. Under hovedforhandlingen kan formuleringen dessuten bidra til å strukturere aktors prosedyre på en måte som demonstrerer for retten at påtalemyndigheten har vurdert bevisene i lys av både en uskyldig-hypotese og en skyldig-hypotese, i tråd med objektivitetsprinsippet i straffeprosessen.