

Eksamens oppgave med sensorveiledning, rettslig bevisteori, eksamen høsten 2016

Dette er fjerde semester det er undervist og gitt eksamen i valgemnet. Eksamen består av seks oppgaver og omhandler en rekke sider av læringskravene i faget, men med en overvekt på «ulike bevisteorier». Læringskravene finnes her:

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5501/h15/pensumliste/index.html>

Fagbeskrivelsen og læringskravene skiller seg fra de øvrige juridiske emnene, og mange kandidater synes nok det er utfordrende å få tak på fagets innhold og metodebruken. Besvarelsene må bedømmes med dette for øye, og bedømmelsene bør ikke være for strenge dersom det kommer frem at de sentrale forhold er forstått. Alle temaene som oppgavene omhandler har vært gjennomgått nokså grundig i undervisningen, men det er ikke obligatorisk med undervisning og det er heller ikke lagt ut Podcast.

Oppgavene har et mer teoretisk tilsnitt enn tidligere år. Vanskelighetsgraden er ulik: De første tre omhandler grunnleggende temaer i faget, og vil avdekke om kandidaten har det minimum av kunnskap som kreves for å bestå eksamen. Samtidig vil flinke kandidater ha mulighet til å vise forståelse og oversikt. Det kan tenkes utfordrende å gi en fremstilling som er «kort» og konsist, men langt på vei bør de innledende oppgavene bedømmes som kontrollspørsmål. Blir fremstillingene utfyllende skal det ikke belønnes. De to siste oppgavene – hovedspørsmålene – omhandler også grunnleggende temaer i faget, men krever større grad av selvstendighet og mer utfyllende svar.

Det bør nok ikke ha voldt store problemer å disponere tiden, men sensorene må i bedømmelsen ta høyde for at det er mange spørsmål som skal besvares og at det kan ha gått utover stringensen i fremstillingen. Et stykke på vei er det mulig å besvare oppgavene med bruk av dagliglivets ord og uttrykk, som tidligere år skal presise drøftelser med bruk av bevisteoretiske begreper honoreres.

Sensorveiledningen er utformet nokså utførlig, slik at fremtidige studenter kan nyttiggjøre seg den.

Oppgave 1: Forklar kort hva som skiller deskriptive bevisteorier fra normative bevisteorier.

Oppgaven faller inn under temaet «ulike bevisteorier» i læringskravene. Det kreves god forståelse. I pensumlitteraturen er skillet særlig tematisert i Eivind Kolflaath Bevisbedømmelse i praksis. Bergen 2013, kapittel 2, og Anders Løvlie, Rettslige faktabegreper, Oslo 2014, kapitel 4.4.3.

Det er en fordel og viser oversikt om kandidaten først klargjør helt kort hva vedkommende forstår med bevisteorier, for eksempel at det er forklaring på eller systematisering av bevisbedømmelser. Dersom dette følges opp med at bevisbedømmelse vil si å ta stilling til holdbarheten av påstander ved å trekke slutninger basert på erfaring, er det utmerket. Det kan også nevnes helt kort at bevisbedømmeren er forpliktet til å gå frem på velbegrunnet vis.

Det er tilstrekkelig for å besvare oppgaven at kandidaten får frem at deskriptive bevisteorier beskriver hvordan bevisbedømmelse faktisk foregår, mens bevisteorier som er normative angir hvordan rettsadvokater bør gå frem for å bedømme bevis.

Det er nærliggende å vise til Kolflaath sin bok som et eksempel på deskriptiv teoridannelse, og at det kort nevnes at man har ulike metoder for å kartlegge hvordan bevisbedømmelse faktisk foregår. Det er også nærliggende å fremheve at utformingen av normative bevisteorier vil styres av det bevisrettslige sannhetsidealet.

For å klargjøre hva som skiller teoriene vil den flinke kandidat også peke på sammenhengen mellom deskriptive og normative teorier, og fremheve at deskriptive teorier gir økt bevissthet om hvordan bevis bedømmes, noe som i sin tur kan gi grunnlag for å kunne rette anbefalinger og stille krav ved bruk av normative teorier. Det kan også nevnes at det ikke lar seg gjøre å gå deskriptivt til verks uten først å ha en teoridannelse, slik det blant annet er fremhevet hos Løvlie på side 200:

«Skillet mellom deskriptive og normative teorier lar seg ikke opprettholde som en gjensidig utelukkende dikotomi og må først og fremst forstås som et uttrykk for hva som er bevisteoriens formål og ambisjoner. Dette henger sammen med at enhver teoretisering over bevisbedømmelse bygger på noen teoretiske forutsetninger... . Derfor vil utformingen av deskriptive bevisteorier avhenge av hvilke forutsetninger man legger til grunn for forståelsen av bevisbedømmelsen... .»

Et slikt perspektiv bør belønnes, forutsatt at det behandles helt kort.

Oppgave 2: Forklar kort hva som skiller atomistiske bevisteorier fra holistiske bevisteorier.

Oppgaven faller inn under temaet «ulike bevisteorier» i læringskravene. Det kreves god forståelse. Kolflaath skiller i sin bok Bevisbedømmelse i praksis mellom to hovedtyper tilnærminger som bygger på skillet atomistisk/holistisk – slutningsperspektivet og fortellingsperspektivet, som han senere innordner under en samlende teori om forklaringer. Løvlie redegjør i punkt 4.4 (s. 192–221) inngående for ulike sider ved rettslige bevisteorier. Skillet atomistiske og holistiske

bevisteorier er også tematisert andre steder i pensum, blant annet heter det i Løvlie punkt 2.3.3.6.1:

«Det finnes en rekke ulike teorier om slutningsprosesser. Et hovedskille går mellom teorier som omhandler holistiske slutninger, og teorier som omhandler atomistiske slutninger. Holistiske slutninger kjennetegnes ved at de tematiserer en større sammenheng og omhandler vekselvirkninger mellom de delene som utgjør sammenhengene. Atomistiske slutninger kjennetegnes ved at den er en oppdelt del av et større hele og går i en retning. Også atomistiske slutninger kan sammenholdes.»

Et annet eksempel er i punkt 4.3.2.2 om erfaringssetninger:

«Undertiden knyttes uttrykket erfaringssetning til en atomistisk forståelse av bevisbedømmelse, som slutninger fra enkeltbevis til bevisfakta. Men også i mer komplekse slutningsprosesser inngår erfaringssetningene, herunder holistiske slutninger som bygger på erfaringer om mer helhetlige sammenhenger. Et uttrykk for dette er følgende definisjon av forklaringsbegrepet i rettslig bevisteori: 'Den teori som best forklarer de konkrete omstendigheter i saken i lys av det vi vet om disse og om generelle årsaks- og motivasjonsforhold.' Et annet eksempel er teorier om fortellinger, som kan forstås som en metode for å samle og bruke erfaringer om større sammenhenger i form av hendelsesforløp.»

Kandidaten må få frem at i atomistiske bevisteorier vil informasjonsgrunnlaget for bevisbedømmelsen forstås som et sett av sammensatte deler, og bevisbedømmelse en psykologisk prosess som går ut på å sammenstille disse, mens de holistiske teoriene har en mer helhetlig tilnærming til informasjonsgrunnlaget og bedømmelsen, hvor det særlig betones at bevisene forholder seg til hverandre og at bevisbedømmeren vurderer bevisene i lys av hverandre. Noen kandidater kan tenkes å komme inn på at enkelte teorier kombinerer et atomistisk og holistisk teori, og videre at man nok er best tjent med begge perspektiver for en best beskrivelse av bevisbedømmelse. Her kan det tenkes at noen trekker frem Kolflaaths forklaringsperspektiv som en samlende teoretisk modell.

Oppgave 3: Redegjør kort for informasjonsproblemet.

Oppgaven faller inn under temaene «ulike bevisteorier», «beviskrav og utredningskrav» og «fenomenet feilslutninger» i læringskravene. Det kreves god forståelse. Informasjonsproblemet står sentralt i pensum og er blant annet tematisert i Løvlie punkt 2.3.3.5.3 (Vekt), punkt 4.3.2.5.4 (Informasjonsproblemet), og i punkt 5.5.5.2 (Forholdet mellom sannsynlighetskrav, utredningskrav og robusthetskrav).

Kandidatene må få frem at informasjonsproblemet omhandler at det beror på omfanget av informasjonen som ligger til grunn for en påstand i hvilken grad påstanden kan anses for sikker. Problemet er dels kunnskapsteoretisk ved at det kan by på utfordringer å klargjøre informasjonsomfanget, og verdimeslig ved at det kan by på utfordringer å klargjøre hvordan dette skal håndteres rettslig. Enkelte vil kanskje trekke frem at informasjonsproblemet også har en psykologisk side, ved at det er grenser for hvor mye informasjon bevisbedømmeren kan tilegne seg og håndtere.

Det er hensiktsmessig om kandidaten tar utgangspunkt i kunnskapsdefinisjonen velbegrunnet, sann tro, og poengtere at for at noe skal være velbegrunnet forutsettes et informasjonsgrunnlag. I Løvlie punkt 4.3.2.5.4 heter det:

«Den første betydningen er knyttet til i hvilken grad påstanden påvirkes av ny informasjon om informasjonsgrunnlaget. For eksempel vil det når man skal beregne forventet levealder for en lastebilsjåfør ha betydning å få vite hva vedkommende gjør på fritiden: «[L]orry driving may be his work, but hang-gliding may be his hobby.» Poenget er at informasjonsomfanget avgjør hvilke erfaringssetninger det er grunnlag for å benytte seg av.

Den andre betydningen er knyttet til hvorvidt erfaringssetningenes meningsinnhold er ømfintlig for ny informasjon. For eksempel vil det for sikkerheten til en påstand om forventet levealder for en fallskjermhoppende lastebilsjåfør ha betydning om påstanden bygger på den ferskeste statistikken om sammenhengen mellom fallskjermhopp og dødsfall. Det er fordi man da vil kunne ha et mer kvalifisert erfaringsgrunnlag å bygge slutningene på.

Informasjonsproblemet tematiseres tradisjonelt som et rent epistemisk spørsmål i den førstnevnte betydningen, og omhandler altså informasjonsgrunnlagets omfang.»

Når man uttaler seg om sikkerheten for påstander, er det vis-à-vis informasjonsgrunnlaget to påstandskategorier å velge mellom. Enten kan man uttale seg om sikkerheten for påstanden i lys av og begrenset til den informasjonen som foreligger. Eller man kan uttrykke sikkerheten ut fra at det kan finnes ytterligere informasjon om det fenomen påstanden omhandler.

Kandidaten bør få frem at en fullstendig informasjonstilgang prinsipielt utilgjengelig, og at informasjonsomfanget heller ikke er en konstant og bestandig størrelse, blant annet fordi bevis kan forvitne eller bli destruert – og selv om man skulle ha kunnskap om slike informasjonstap, vil det å ta stilling til betydningen av dette aktualisere et nytt informasjonsproblem. Enkelte kandidater vil antagelig

komme inn på strategier for å redusere informasjonsproblemet, for eksempel ved å identifisere og systematisere bevis som generelt har relevans for bestemte typer av påstander, se nærmere Løvlie punkt 2.3.3.5.3.

Oppgaven kan også besvares ved å ta utgangspunkt i at man i rettslig bevisteori gjerne tematiserer informasjonsproblemet i sammenheng med krav til bevissituasjonens robusthet – altså at krav som går ut på at om en påstand skal legges til grunn, må den i liten grad være sårbar for ny informasjon. Informasjonen, eller bevismaterialet, dommeren har tilgjengelig, står alltid i forhold til et bevistema, og et uttrykk for bevismaterialets robusthet er derfor alltid relativt vis-à-vis temaet.

Merk at også denne oppgaven skal besvares «kort», og at det således er tilstrekkelig om kandidaten får frem kjernen i informasjonsproblemet.

Oppgave 4 a: Gi et eksempel på et ytre, et indre og et institusjonelt fenomen.

Denne delen av oppgave 4 skal kun lede kandidatene på rett vei til oppgave 4 b. Skillet mellom fenomenkategoriene er inngående redegjort for i Løvlie punkt 2.3.2.2 (Tre fenomenkategorier). Oppgaven bør ikke by på utfordringer for noen, eksempler på ytre fenomener er aktiv adferd eller et bord, eksempler på indre fenomener er ulike former for forsett eller følelser og eksempler på institusjonelle fenomener er penger eller psykose.

Oppgave 4 b: Forklar hvorfor det er av bevisteoretisk betydning å skille mellom fenomenkategoriene.

Oppgaven faller inn under temaene «ulike bevisteorier» i læringskravene og er omhandlet i Løvlie punkt 4.3 Fastsettelse av strafferettslige fenomener, men også i kapittel 5. Dette er nok den oppgaven som vil by på størst utfordringer for mange.

Det kandidatene må frem for å besvare denne oppgaven er at hva slags fenomener det fremsettes påstander om har betydning for hva slags metode som benyttes eller bør benyttes når det tas stilling til påstander om faktiske forhold. Det derfor en fordel om kandidatene tar utgangspunkt i hva en bevisteori er, se oppgave 1.

I pensum er fastsettelsen av *ytre fenomener* fremstilt på tradisjonelt vis som å sammenholde bevisdata og erfaringssetninger. Erfaringssetningen bærer informasjon som på en eller annen måte sier noe mer om sammenhengen mellom fenomener enn de konkrete sammenhengene som ligger til grunn for erfaringssetningen. Bevisdata betegner størrelsene erfaringssetningene anvendes på, og kan omhandle enkeltstående informasjon (atomistisk) eller sammensatt informasjon(holistisk).

Eksempler på temaer det kan tas stilling til, er som nevnt aktiv adferd i form av enkle eller komplekse handlinger. Videre er det i pensum gitt eksempler på at en påstand om skadefremkallelse i tillegg til å innebære påvisning av aktiv adferd forutsetter at det påvises et identitetsavvik (skade) og en sammenheng mellom adferden og identitetsavvik (årsaksevne, årsakssammenheng).

Usikkerhet ved bedømmelsen av ytre fenomener kan knytte seg 1) til *epistemiske* forhold, altså informasjonen i bevisvurderingsstrukturen bevisdata-erfaringssetninger-bevisfakta, og *psykologiske* forhold, omhandler dommernes forståelse og håndtering av informasjonen bevisene gir.

Hva gjelder *indre fenomener* må kandidaten få frem at det finnes to kilder til kunnskap, henholdsvis *introspeksjon og sanseerfaring*. I pensum er det til illustrasjon vist til Rt. 2005 s. 104 hvor det fremgår at lagmannsretten bygde på begge kilder for å fastsette gjerningspersonens hensikt:

«Han har i to politiavhør, det siste nesten en måned etter hendelsen, og i forbindelse med varetektsfengsling, forklart at han hadde til hensikt å drepe noen og var bevisst det han gjorde ... Retten viser videre til selve handlingen, hvor tiltalte to ganger har stukket en stor kniv mot As nakke og ansikt, samt at han forfulgte A med kniv da han forsøkte å komme seg i sikkerhet» (kursivert her).

Når det gjelder introspeksjon, er det i tillegg et vesentlig poeng at bevisbedømmeren selv vil måtte benytte seg av egen introspeksjonserfaring for å bedømme holdbarheten av påstander om indre fenomener; med bruk av analogiargumenter kan man slutte fra erfaring basert på egen introspeksjon i bestemte situasjoner til hvordan andre må ha tenkt eller følt i tilsvarende eller lignende situasjoner

I pensum er det fremholdt at teorier om stillingtaken til indre fenomener tradisjonelt forstås som for ytre fenomener ved bruk av bevisdata og erfaringssetninger, samtidig som det argumenteres for at denne fenomenkategorien best forstås om man i tillegg ser hen til det som er omtalt som *epistemiske kriterier*. Med det siktes det til hva som ut fra introspeksjon og sanseerfaring kan legges til grunn som eller får telle som indre fenomener. Tanken er at man ved å skille ut denne siden ved slutningene og betegne dem epistemiske kriterier får man tydeliggjort det epistemisk særegne; at det gjelder særskilte psykologiske og sosialt skapte rammeverk for forståelse av indre fenomener slik de kommer til uttrykk i ytre handlinger og at det virker kriterier som angir meningsstørrelser som lar seg erkjenne gjennom introspeksjon. Slike kriterier vil være teori-, person-, situasjons- og kulturavhengige.

Usikkerhet ved introspeksjonserfaring knytter seg til om gjerningspersonen har benyttet riktige epistemiske kriterier ved angivelse av egne representasjoner og om det som faktisk er erfart videreformidles korrekt. Usikkerhet ved slutning fra ytre forhold knytter seg til innholdet i de epistemiske kriteriene for fastsettelse av indre

fenomener og til informasjonsgrunnlaget – de ytre fenomenene – kriteriene skal anvendes på.

Kandidatene må peke på de to kildene til kunnskap om indre fenomener. De må stå fritt til å mene om epistemiske kriterier er hensiktsmessig for forståelsen av fastsettelsen av indre fenomener, men bør berøre spørsmålet.

Institusjonelle fenomener er ytre eller indre fenomener som er tilskrevet særskilte egenskaper i henhold til sosialt skapte *konstituerende* kriterier. Eksempler på slike fenomener er som nevnt penger eller psykose, andre eksempler er ekteskap, språk, og bilder. Det er fint om det kommer frem at institusjonelle fenomener i tillegg til å ha funksjon som rettsfakta, kan virke som bevisfakta, i den forstand at det også trekkes slutninger fra og til slike, se Løvlie punkt 4.3.4.5.

Kandidaten må få frem at dersom det skal legges til grunn et institusjonelt fenomen, så må man påvise og godtgjøre kriteriene for fenomenet. Usikkerhet i bedømmelsen kan knytte seg til det ytre eller indre fenomen kriteriene knyttes til, eller til innholdet i kriteriene selv. I pensum er dette eksemplifisert med de institusjonelle fenomenene språk og psykose.

Oppsummert: Kandidaten bør få frem at et ensidig fokus på erfaringsbaserte slutninger er utilstrekkelig for å fange alle sider ved slutningsprosessene som ligger til grunn for fastsettelse av saksforhold, og at det derfor bør ses hen til epistemiske kriterier for fastsettelse av indre fenomener og konstituerende kriterier for institusjonelle fenomener. Det bør komme til uttrykk at fenomenene kan tjene funksjonen som etterspurte rettsfakta eller være bevisfakta.

Oppgave 5: Problematiser minst én side ved hver av de to begrunnelsene det er vist til i Rt. 2008 s. 1409 (Storkammer) avsnitt 39:

«Det sivilprosessuelle kravet til bevis er i utgangspunktet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette kravet til bevisets styrke begrunnes gjerne med at partenes interesser er likeverdige og kontrære, og at en ved å nøye seg med sannsynlighetsovervekt totalt sett sikrer flest materielt riktige dommer.»

Oppgaven faller inn under temaet «bevisrettens grunner» i læringskravene. Det kreves god forståelse. I litteraturlisten er det oppgitt at kapitlet «Overvektsprinsippet og sannsynlighetskravets egenskaper», fra boken *Beviskrav i sivile saker*. Bergen 2012 kap.8, s. 461–514, dekker temaet. Merk at Strandbergs skille mellom konsekvens-, autonomi- og likhetsargumenter, ikke er så direkte redegjort for som i kapitlet «bevisrettens grunner» fra samme bok og som tidligere var på pensum. Begrunnelser for bevisregler omhandles også i Løvlie kapittel 5 (s. 265–379) om formelle krav ved fastsettelse av saksforhold.

Det er fint om kandidatene får frem at bevisrettens grunner handler om argumentene for å redusere og fordele risiko for feil dom, og at disse grunnene dels aktualiserer kunnskapsspørsmål, dels verdispørsmål. Kandidatene er bedt om å problematisere, og det må da forventes at argumentene Høyesterett viser til utfordres ved at det stilles spørsmål ved faktiske og verdibaserte forutsetninger for disse.

Kandidatene må se at det er forutsetningene om at 1) partenes interesser er likeverdige, 2) partenes interesser er kontrære og at bevisregelen vil 3) sikre flest materielt riktige dommer som bes vurdert.

Bevisretten grunnes på målsettinger om gode eller nyttige konsekvenser, hensynet til partenes autonomi og idealet om at partene skal være formelt og reelt likestilt. Noen kandidater vil fremheve at bevisregler i og utenfor prosess og knytte argumentasjonen til dette.

I pensum drøfter Strandberg inngående om overvektsprinsippet lar seg begrunne som sivilrettslig normalkrav. Han problematiserer om en regel om overvekt gir flest riktige dommer, herunder om materiell rett og sannhet fremmes. Videre stiller han spørsmål ved om overvektsprinsippet er den mest effektive eller rettferdige måten å likestille partene på.

Eksempler på kritiske spørsmål kandidatene antagelig vil stille om forutsetningen om at riktige dommer sikres, er 1) om overvektsprinsippet er det bedre enn alternative beviskrav og alternativt utformede beviskrav, for eksempel sterk sannsynlighetsovervekt, hypotesetesting eller lignende, og 2) om et slikt beviskrav, selv om det skulle være ideelt for domstolsbehandlingen, i tilstrekkelig grad bidrar til å fremme den materielle retten som sådan, for eksempel om det i tilstrekkelig grad bidrar til bevissikring og riktige materielle løsninger utenfor rettsapparatet.

De flinke kandidatene vil gå dypere i materien ved å nyansere spørsmålsstillingen, ved å problematisere den underliggende forutsetningen om rasjonell bevisbedømmelse, herunder om det kan legges det til grunn at bevisbedømmelsen er rasjonell ut fra prinsippet om fri bevisvurdering, eller om også beviskravet bør legge føringer på bedømmelsen. Enkelte vil trekke frem at det forutsettes et subjektivt begrep om sannsynligheter, og stille spørsmål ved om slike sannsynlighetsestimater kan forventes å korrelere med sannhet. Det kan også tenkes at noen vil trekke frem betydningen av en robust bevissituasjon for idealet om sannhetssøken – særlig i lys av oppgave 3 om informasjonsproblemet – og poengtere at overvektsprinsippet, i det minste etter sin ordlyd, ikke sier stiller krav til bevisomfanget.

Når det gjelder likhetsargumentene kan det forventes at kandidatene vil stille spørsmål ved om overvektsprinsippet gir en verdimeslig rettferdig fordeling av usikkerhet, og om det er holdbart å legge til grunn at partenes interesser er likeverdige og kontrære. Det kan stilles spørsmål ved om beviskravet i tilstrekkelig

grad at høyde for den ønskelige fordeling av sanne og usanne domspremisser. Det er fint om det blir gitt eksempler, og mange vil nok vise til begrunnelsen for det strafferettslige beiskravet. Også her kan forutsetningen om at bevisbedømmelsen er rasjonell trekkes frem, og problematiseres.

Oppgaven kan altså besvares ulikt, og kandidatene må her innrømmes et vidt spillerom så lenge de vesentlige forhold løftes frem. Det avgjørende for bedømmelsen må være om kandidaten på selvstendig vis har klart å lokalisere faktiske og verdimeslige forutsetninger, og om disse er vurdert med et kritisk blikk.