

Eksamensoppgave og sensorveiledning, JUS5501 Rettslig bevisteori høsten 2017

Innledning

Dette er femte semester det er undervist og gitt eksamen i valgemnet. Eksamen består av tre oppgaver og omhandler en rekke sider av læringskravene i faget. Læringskravene finnes her:

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

Også i år minnes det på at fagbeskrivelsen og læringskravene skiller seg fra øvrige fag på jussen, og at det er utfordrende å få tak på fagets innhold og metodebruk. Besvarelsene må bedømmes med dette for øye, og bedømmelsene bør ikke være for strenge. Problemstillingene har alle vært omhandlet i undervisningen, men det er ikke obligatorisk med undervisning og det er heller ikke lagt ut Podcast.

Eksamensoppgavene har både teoretisk og praktisk tilsnitt. Den første oppgaven omhandler det grunnleggende skillet mellom faktiske og rettslige spørsmål. Oppgaven forutsetter at kandidatene gjennom jusstudiet ved hva et prejudikat er. Det er mulig å besvare spørsmålet på fornuftig vis ut fra alminnelig kunnskap om prejudikatsbegrepet.

Andre og tredje oppgave henger sammen, i den forstand at man skal benytte teoriene man ha redegjort i den første oppgaven til å analysere en konkret bevisbedømmelse i den andre oppgaven. Det vil derfor gå hardt ut over den kandidat som ikke kjenner til teoriene som etterspørres i oppgave 2, men det bør helst ikke være noen, ettersom teoriene er i kjernen av pensum og har vært grundig gjennomgått i undervisningen.

Den tredje oppgaven er en domsanslyse. I undervisningen er det brukt tid på analyse av skriftlige domsbegrunnelser, herunder er generelle metodiske spørsmål adressert og Orderud-saken, Hemsedal-saken og Jensen-saken er analysert særskilt. Kandidatene som har fulgt undervisningen vil ha gode forutsetninger for å løse oppgaven. I pensum er det imidlertid ikke redegjort inngående for analyse av bevisbedømmelsen slik den kommer til uttrykk i skriftlige begrunnelser.

Det er nokså omfattende problemstillinger, og oppgave 1 og 3 forutsetter stor grad av selvstendighet. Det er mulig å fordele tiden likt mellom oppgavene, men det må i noen utstrekning aksepteres at kandidatene vektet annerledes, forutsatt at dette har resultert i en dypere analyse av en eller to av problemstillingene.

Oppgave 1

Oppgavetekst: Vurder utsagnet «Høyesteretts utsagn om bedømmelse av bevis bør ha prejudikatskraft».

Oppgaven bygger på læringskravene «bevisrettens grunner» og «rettslige betingelser for faktabedømmelse», og er behandlet i Anders Løvlie, Rettslige faktabegreper, Oslo 2014, kapittel 5.2.4 om fribevisbedømmelse.

Det er rekkevidden av prinsippet om fri bevisbedømmelse og prejudikatlærens grenser som er tema. Oppgaven har dels et teoretisk tilsnitt ved at den omhandler prinsippet om fri bevisbedømmelse og begrunnelsen for denne regelen, dels et praktisk tilsnitt ved at det er mulig å si noe om i hvilken utstrekning rettsadvokater ser hen til Høyesteretts uttalelser om bedømmelse av bevis i sin argumentasjon. Merk at oppgavens ordlyd peker i retning av det er argumentene for og mot prejudikatsvirkning som er etterspurt, jf. «vurder» og «bør» i oppgaveteksten.

Det er avgjørende at kandidatene på en eller annen måte får frem at bevisbedømmeren etter loven er forpliktet til å søke sannhet og til å gå frem på velbegrunnet vis i sin sannhetssøken. Dersom det sies noe om sannhetens betydning for å fremme den materielle retten og betydningen av en rasjonell bevisbedømmelse for fordeling av usikkerhet mellom partene, er det bra. Vurderingen av om det er hensiktsmessig med en prejudikatlære bør vurderes opp mot sannhetsidealet.

Innholdet i prinsippet om fri bevisvurdering bør klargjøres, herunder er det vesentlig å få frem med at man med uttrykket "fri" sikter til at bedømmelsen av bevis ikke er legalt styrt; sannhetssøken anses best ivaretatt ved at den enkelte dommer på selvstendig grunnlag går kunnskapsteoretisk til verks når det skal tas stilling til holdbarheten av påstander om rettsfaktum

Det må fremgå at man med prejudikat gjerne forstår en rettssetning som har kommet til uttrykk i en avgjørelse i Høyesterett og som blir lagt til grunn i lignende tilfeller fordi den har anses å ha bindende kraft. Det er utmerket om kandidatene helt kort begrunner hvorfor prejudikater oppstår og hensiktsmessigheten av læren, blant annet kan Grunnlovens § 88 og hensynene til forutberegnelighet og likebehandling nevnes, men det bør ikke brukes mye plass på dette.

Poenget kandidatene så må få fram er at hensynet til sannhetssøken i dag anses best ivaretatt ved at bevisbedømmelsen ikke er nærmere regulert av regler, og at begrunnelsen for å ha en prejudikatlære således ikke gjør seg gjeldende på området for fri bevisvurdering. Det kan kort vises til at det kun sitter fagdommere i Høyesterett og at disse er forutsatt å ha særlig juridiske kvalifikasjoner, men det ikke innebærer særlige egenskaper når det kommer til å bedømme bevis. Videre kan det også godt nevnes at prinsippet om lekdommerdeltakelse står sterkt i norsk rett, og at en sentral begrunnelse for dette, er at de har særlige livserfaringer å trekke veksler på i bedømmelsen av bevis.

Det er videre fint om det kommer frem at også prinsippet om fri bevisvurdering er en rettsregel som har sine grenser, og det kan være grunn til å tillegge avgjørelser prejudikatskraft i den grad de klargjør innholdet og rekkevidden av prinsippet om fri bevisbedømmelse. I pensum er det blant annet vist til praksis hvor lagmannsretten har tydd til generelle prinsipper for bedømmelse av bevis, og hvor avgjørelsen er opphevet av Høyesterett fordi saksforholdet skulle fastsettes i henhold til prinsippet om fri bevisbedømmelse, jf. Løvlie punkt 5.2.4.3.1 og i Rt. 2001 s. 543. Reguleringen av bruk av legalpresumsjoner med adgang til motbevis etc. kan også nevnes.

Høyesteretts praksis viser ellers at det i begrenset grad legges føringer for bevisbedømmelsen, men at det stilles krav til om det i den skriftlige begrunnelsen fremgår at bevisbedømmelsen bygger på lovmessigheter eller «teknisk pregede» erfaringssetninger, at det gjelder et generelt krav om at det ikke må bygges på selvmotsigelser, og at bevisene må være konkrete og ikke generelle vis-à-vis temaet som skal bevises. Denne praksisen styrker utvilsomt hensynet til sannhetssøken og underbygger med det rasjonale til reglen om fri bevisbedømmelse, og vil gjennom prejudikatskraften for krav til begrunnelse bygge opp under sannhetsidealet.

Noen vil nok komme inn på at bevisbedømmelse ut over nevnte tilfeller er vanskelig og derfor lite egnet å regulere, ettersom bevisverdien ofte beror på en sammensatt bedømmelse og ikke lar seg

fastslå isolert. En normering av bevisbedømmelsen kan likevel tenkes å oppstå som følge av at jurister i sin argumentasjon parallellfortolker bevissituasjoner og argumenterer for at det må bygges på Høyesteretts uttalelser om erfaringssetninger i senere saker, jf. Rt. 2011 s. 1324 med henvisning til Rt. 1998 s. 11. Høyesterett tok stilling til anførselen, men domfelte ble ikke hørt fordi Høyesterett fant at sakene skilte seg ad.

Løvlie konkludere sin drøftelse i punkt 5.2.4.3.2. slik.

«Samlet indikerer dette at det er begrenset, men noe, argumentasjon knyttet til utsagn om bevisbedømmelse på området for fri bevisbedømmelse. Praksisen synes langt på vei forenlig med teoriens alminnelige standpunkt at domstolenes utsagn om bevisverdi er og bør være uten prejudikatskraft fordi det ville resultere i et legalt bevissystem i strid med prinsippet om fri bevisbedømmelse. Den underliggende premissen for dette er at Høyesterett ikke er i epistemisk posisjon til å avgjøre holdbarheten av slike spørsmål med endelig virkning.

De få teoretikerne som har forsøkt å etablere prejudikatslære basert på utsagn i domsbegrunnelser om faktiske forhold, er kritisert på bakgrunn av det ovennevnte. Samtidig er det naturlig at enkelte slike uttalelser tematiseres, ettersom det er forutsatt at det går en grense for hva som er holdbart i henhold til prinsippet om fri bevisbedømmelse, og rammene skal håndheves av Høyesterett, se ovenfor og punkt 5.2.4.3.1.»

Oppgave 2

Oppgavetekst: Gjør rede for de tre bevisteoretiske perspektivene som presenteres i Eivind Kolflaaths bok *Bevisbedømmelse i praksis*, herunder redegjør for forholdet mellom perspektivene.

Oppgaven faller inn under temaet «ulike bevisteorier» i læringskravene. Det kreves god forståelse. Se Eivind Kolflaaths bok *bevisbedømmelse i praksis*. Bergen 2013. Kapittel. Sider av innholdet er også redegjort for i Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014, kapittel 4.

Det er en fordel, og viser oversikt, om kandidaten først klargjør helt kort hva vedkommende forstår med bevisteoretiske perspektiver, for eksempel at det er forklaring på eller systematisering av bevisbedømmelser.

De tre teoretiske perspektivene er henholdsvis slutnings-, fortellings- og forklaringsperspektivet, og det er fint om kandidaten setter teoriene i perspektiv. Særlig er det grunn til å fremheve at teoriene er deskriptive ved at de sikter å si noe om hvordan bevisbedømmelse faktisk foregår. Videre er det grunn til å belønne de som får frem at det også anbefales en bevisteori, og at det i det anbefalte beviskravet dessuten ligger en normativ dimensjon ved at den ligger føringer på hvordan bevisbedømmeren metodisk skal gå frem når det tas stilling til om beviskravet er oppfylt, se s. 208–213.

Om *slutningsperspektivet* er det fint om det kommer frem at det innebærer å isolere og dissekere faktiske slutninger. Det er fint om kandidatene redegjør teoretisk for forholdet mellom bevisdata, bevisfakta og rettsfakta og om de kan gi et praktisk eksempel på bruk av disse begrepene og betydningen av relevansargumenter/erfaringssetninger i overgangen bevisdata og bevisfakta. Det er også fint om kandidatene får frem at styrken ved dette perspektivet er at det legger til rette for nøyaktighet og varsomhet, herunder tydeliggjør bevisdata og relevansargumenter/erfaringssetninger (s. 91). Videre er det fint om det kommer frem at en svakhet kan være at det ikke fanges opp at slutningene i virkeligheten ikke bare går én vei – fra bevis til faktum – men også den andre veien, og bevisene tolkes i lys av hverandre og av konteksten. Det kan også vises til at enkelte sider av bruken av perspektivet er kritisert for å være lite realistisk, omfattende og inngående bruk av statistikk og regneregler (s. 85).

Om *fortellingsperspektivet* må det komme frem hva en fortelling er, og at bevis får mening gjennom fortellinger som kommer til uttrykk som påståtte hendelsesforløp (s. 98) – fortellingene kaster lys over bevisene. Noen vil kanskje nevne at dette er en realistisk bevisteori og at den har sitt opphav i amerikanske psykologiske studier av jurybeslutninger. Fortellingsteoriens utgangspunkt eller hypotese, er at bevisbedømmelsen dreier seg om å vurdere konkurrerende fortellinger (s. 108). Det må komme frem at det avgjørende i konkurransen er fortellingens plausibilitet eller grad av samsvar med de faktiske forhold, og at Kolflaath skiller mellom fortellingens generelle plausibilitet – kvaliteten som fortelling – og spesiell plausibilitet – fortellingens relasjon til det konkrete saksforholdet; i hvilken grad fortellingen støttes av bevismaterialet.

Om *forklaringsperspektivet* (s. 164) bør det fremgå at det handler om å søke forklaringer – explanations – på omstendigheter. En grunnleggende premiss for teorien er at alle virkelige omstendigheter har en forklaring, og en metode for å avdekke forhold er derfor å stille spørsmålet «Hvorfor?», herunder vurdere hypotetiske omstendigheter «Hva hvis?».

En måte å redegjøre for forholdet mellom teoriene er å trekke frem de nevnte egenskapene ved teoriene, herunder hvordan de forholder seg til de grunnleggende bevisteoretiske skillene mellom deskriptive-/normative teorier, realistiske-/ikke-realistiske teorier og holistiske-/atomistiske teorier.

Det bør fremgå at forklaringsperspektivet virker på et høyere generaliseringsnivå enn slutningsperspektivet og fortellingsperspektivet, og tar opp i seg begge disse. Blant annet vil det å trekke en slutning fra en opplysning kunne være det samme som å finne en forklaring (s. 166) i det forklaringen angir en årsak, og også fortellinger kan ses som årsakskjeder.

Det er fint om det kommer frem at teoriene utfyller hverandre og at det vil kunne bero på bevistemaet og den nærmere bevissituasjonen hvordan man tilnærmer seg bevismassen. Enkelte vil kanskje komme inn på rasjonalitetsmodellen i Løvlie punkt 4.4.2, og peke på at det er et mangfold i forståelser av hvordan bevisbedømmere går frem, og oppfatninger av hvordan bevisbedømmere bør gå frem.

Oppgave 3

Oppgavetekst: *Diskuter bevisbedømmelsen slik den kommer til uttrykk i den vedlagte dommen fra Borgarting lagmannsrett [LB-2011-160461] i lys av perspektivene redegjort for i oppgave 2, herunder klargjør hva som skiller bedømmelsen til flertallet fra bedømmelsen til mindretallet.*

Avgjørelsen er kort, men det er nokså mye informasjon å ta tak i. Dertil kommer at en del av informasjonen er nokså uklart formidlet i den skriftlige begrunnelsen for dommen, særlig gjelder det den sakkyndige uttalelsen.

Selv om oppgaven er praktisk, er det fint om kandidaten tilnærmer seg analysen på teoretisk ved å minne om at for argumentasjon om faktiske forhold vil utgangspunktet være at det er fremsatt en påstand om et fenomen. Påstanden i vårt tilfelle omhandle noe som har skjedd – det er kjørt med promille – og det har enten skjedd eller ikke skjedd.

Bevisbedømmelse innebærer å ta stilling til om og i hvilken grad man har kunnskap om fenomenet påstanden omhandler. Kunnskap defineres tradisjonelt som velbegrunnet sann tro, og om en påstand er velbegrunnet eller holdbar, beror ut fra moderne kunnskapsteori på om argumentene for påstanden er basert på logikk og/eller erfaring.

For å kunne bedømme om og i hvilken grad en påstand er velbegrunnet, er det derfor nødvendig å få klarhet i hvilke logiske slutninger og erfaringsbaserte slutninger den kan begrunnes ut fra. For å få klarhet i dette må påstanden og argumentene for og mot påstanden formuleres så presist som mulig.

Oppgaven angir spesifikt at det skal tas utgangspunkt i teoriene eller perspektivene i Eivind Kolflaath's bok *Bevisbedømmelse i praksis*, redegjort for i oppgave 2. Det vil derfor være naturlig å disponere oppgaven ut fra disse perspektivene, eventuelt skille mellom flertallet og mindretallets argumentasjon og så analysere denne ut fra slutnings-, fortellings- og forklaringsperspektivet. Den flinke kandidat forstår og får frem av teoriene ikke utelukker hverandre, og benytter flere perspektiver i analysen.

For å lette oversikten over argumentene som ligger til grunn for en påstand, kan man sette argumentene inn i argumentasjonsoversikter som tydeliggjør informasjonsgrunnlaget det sluttes fra og hvilke logiske og erfaringsbaserte argumenter som begrunner slutningen. Her står kandidatene fritt, jf. «diskuter» i oppgaveteksten.

Det bør innledningsvis presiseres at spørsmålet i saken er om tiltalte var påvirket av alkohol da han kjørte til og fra barnehagen, mer presist er spørsmålet om vedkommende hadde over 0,2 i promille da han kjørte til og fra barnehagen.

Kronologien er følgende:

Rundt klokken 16:00: Barna hentes av far i barnehagen.

Rundt klokken 16:00: Barnehageansatte «reagerte på at tiltalte både luktet alkohol og hadde et høyere stemningsleie enn ellers».

Rundt klokken 16:15: Barnehageansatte varsler politiet.

Rundt klokken 17:00: Politiet utalte at «tiltalte ... luktet alkohol hadde blanke øyne og fremsto som beruset.»

Rundt klokken 17:00: Tiltalte «benektet at han hadde kjørt bil»

Rundt klokken 17.00: Det sto tre tomme halvliters bokser øl på kjøkkenet og en åpnet boks i stuen. I tillegg var det en plastpose med tomme bokser på kjøkkenet som var knyttet igjen.»

Rundt klokken 17.00: Tiltalte forklarer «at han hadde kjørt til og fra barnehagen, og at han etter dette hadde drukket tre til fire halvlitere øl

Rundt klokken 17.00: Politiet sier «at tiltalte skjenket seg et glass øl fra boksen i stuen, men fikk beskjed om at han ikke fikk drikke dette.»

Rundt klokken 17.00: Tiltalte forklarer «at han hadde kjørt til og fra barnehagen, og at han etter dette hadde drukket tre til fire halvlitere øl»

Rundt klokken 17.00: Han hadde ubestemt promille.

Rundt klokken 17.40: «han hadde 2,51 promille alkohol i blodet».

Etterfølgende sakkyndig vurdering om beregning av promille basert på opptak og forbrenning av alkohol.

- 1) «Siktedes rapportering om sitt alkoholinntak etter kjøringen vil bare delvis kunne forklare resultatet av blodprøven.»
- 2) «Dersom man legger til grunn at siktede konsumerte alkohol fram til like før kjøringen ble påbegynt, viser en beregning av blodalkoholkonsentrasjonen til da kjøringen fant sted at siktede mest sannsynlig hadde en blodalkoholkonsentrasjon på ca. 1,4 promille og minst 1,12 promille hhv. kl 16.45 og 17.38. Disse verdiene vil kunne representere hhv. den mest sannsynlige og laveste blodalkoholkonsentrasjonen siktede vil kunne ha hatt da kjøringen fant sted. I tidsrommet kl 15.45 - til 16.10 den 29.10.10.»
- 3) Forutsatt fallende rus etter at kjøringen var påbegynt: minst 1,26 promille på hentetidspunktet.

Ad fortellingsperspektivet:

Innledningsvis er det naturlig å trekke frem de konkurrerende fortellingene som står likt for flertallet og mindretallet.

1: Tiltaltes fortelling er «at han hadde kjørt til og fra barnehagen, og at han etter dette hadde drukket syv halvlitere med øl og to til tre glass Baileys etter at han hadde hentet barna.

2: Påtalemyndighetens fortelling er at tiltalte etter inntak av alkohol har hentet barna i barnehagen og med promille kjørt dem hjem.

Flertallets bedømmelse omhandler ikke eksplisitt fortellingenes *generelle plausibilitet*, men det antydes likevel at det er forhold som svekker plausibiliteten når flertallet skriver at det «finner det sannsynlig at tiltalte hadde drukket alkohol like før han kom til barnehagen det» og at de «har kommet til at det er sannsynlig at tiltalte hadde drukket alkohol før han dro til barnehagen – men at dette ikke er tilstrekkelig bevisverdi under det strafferettslige beviskravet.

Videre omhandler flertallets bedømmelse *saksspesifikk plausibilitet* ved at tiltaltes forklaring anses forenlig med blodprøven basert på den sakkyndiges redegjørelse for erfaringssetninger om opptak og forbrenning av alkohol, jf. «siktedes rapportering om sitt alkoholinntak etter kjøringen vil kunne forklare resultatet av blodprøven».

Mindretallet synes også å vurdere fortellingens spesielle og generelle plausibilitet. De peker på at tiltaltes forklaring savner enhver troverdighet, og underbygger dette blant annet med «den korte tiden» som stod til rådighet for inntaket. Dette peker mot momentet «urealistisk tidsforløp» (s. 133-136). Det er nok også mulig å se dette under alternativene «atypisk adferd» og «uhensiktsmessig handlingsvalg» (s. 128-133). Mindretallet peker også på at fortellingens spesielle plausibilitet svekkes ved at tiltalte har endret forklaring: 1) ikke kjørt, 2) kjørt og drukket tre øl etter kjøring og 3) kjørt og drukket syv halvlitere med øl og to til tre glass Baileys etter at han hadde hentet barna – tilpasning til bevissituasjonen.

Ad slutningsperspektivet:

Flertallets bruk av den sakkyndigerklæringen forutsetter en isolert slutning om muligheten for opptak av alkohol til 2,51 promille basert på mengden alkohol og tiden som stod til rådighet – her er det inntaket som kobles opp mot en erfaringssetning om opptak i kroppen.

Mindretallet anser observasjonene til de barnehageansatte som pålitelig. Denne slutningen bygger på observasjonen og adferden til de ansatte som knyttes til en erfaringssetning om at 1) barnehageansatte har kunnskap om barnas foreldre og deres adferd og kan bedømme om de er påvirket av alkohol og 2) når barnehageansatte umiddelbart varsler politiet er det helt sikkert at de har bedømt noen som påvirket. Mindretallet fortar videre en atomistisk slutning om at den som ved flere anledninger endrer sin forklaring om et enkelt inkriminerende hendelsesforløp, ikke er pålitelig, jf. ovenfor.

Felles for flertallet og mindretallet er at de legger til grunn at forklaringene fra vitnene er korrekte, og de bygger således på erfaringssetningene/presumsjonene Kolflaath omhandler på s. 86: 1) Et vitne uten interesse av utfallet i en sak vil ikke forklare seg bevisst uriktig, og en spesifikk undergruppe av denne om at 2) polititjenestemenns forklaringer i retten er riktige og 3) Sakkyndiges uttalelser er korrekte – muligheten til å opparbeide seg 2,51 promille alkohol i blodet på en og en halv time, tematiseres ikke nærmere ut fra erfaringssetninger/relevansargumenter. I tillegg ligger det underforstått at det er bygd på en presumsjon om at 4) håndteringen av tekniske bevis har vært forsvarlig.

Ad forklaringsperspektivet:

Flertallet stiller gjennom henvisningen til den sakkyndige uttalelsen spørsmål om hva som kan forklare blodprøven med 2,51 i promille, jf. «siktetes rapportering om sitt alkoholinntak etter kjøringen vil kunne forklare resultatet av blodprøven».

Mindretallet kan også forstås ut fra et konstruert forklaringsperspektiv: Det finnes ingen annen forklaring på blodprøven med 2,51 promille enn at tiltalte må ha drukket før barna ble hentet i barnehagen.