

SENSORVEILEDNING FOR EKSAMEN I RETTSLIG BEVISTEORI – JUS5501

HØSTEN 2019

Innledning

Oppgavene etterspør teoretisk kunnskap og prøver kandidatene i evnen til å resonnerer med bruk av bevisteorier. Det er fire oppgaver med en viss indre sammenheng og som dels knytter seg til det samme saksforholdet. Temaene som adresseres er sentrale i pensum og har vært omtalt i undervisningen, hvor det også er brukt tid på analyser av bevisbedømmelse. Kandidatene som har fulgt undervisningen har derfor særlige forutsetninger for å løse oppgave 2 og 4 og det er for andre lagt ut nokså detaljerte PP-presentasjoner fra undervisningen, men merk at det ikke er lagt ut Podcast og at det ikke er obligatorisk oppmøte. Sensorveiledningen går langt utover hva som kan forventes av kandidatene på eksamen. Jeg skriver noe om bedømmelseskriteriene til slutt i denne veiledningen. Veiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser.

Oppgave 1:

Hva menes med uttrykket bevis?

Begrepet om bevis er et grunnbegrep i faget og ligger til grunn for samtlige læringskrav og store deler av pensum. Spørsmålet kan leses som et innledende kontrollspørsmål. Det må være tilstrekkelig å skrive nokså kort om at man med uttrykket i alminnelighet sikter til forhold som har egenskapen å peke ut over seg selv, ved å si noe om andre forhold. Under overskriften «kunnskapsteori» på side skriver Løvlie noe mer utdypende:

«Hvorvidt faktapåstander er velbegrunnede, bedømmes ut fra bevis. Bevis er betegnelsen på fenomener som, innenfor et kunnskapssystem, gir grunner for eksistensen av andre fenomener. Hvor fast eller sikker faktastatusen er, beror på hvor sterke bevis eller grunner det er som taler for eksistensen eller ikke-eksistensen av et fenomen, se nærmere punkt 2.3.3.6.»

Men det er også rom for å gå noe dypere i besvarelsen av spørsmålet, blant annet kan begrepet klargjøres ved å trekke frem betydningen av å skille mellom tro og velbegrunnet tro om faktiske påstander. I innledningen til kapittelet om slutningsformer skriver Løvlie:

«En grunnleggende premiss for epistemologien er at faktiske fenomener, på visse betingelser, kan tilskrives egenskapen å peke utover seg selv, mot andre fenomener. Slike «facts hammered into signposts» omtales som bevis, se punkt 2.3.3.2.2. En klassisk definisjon av bevis er: «[A]ny matter of fact, the effect, tendency, or design of which, when presented to the mind, is to produce a persuasion concerning the existence of some other matter of fact. A persuasion either affirmative or disaffirmative of its existence.(kursivert her)». Denne definisjonen fokuserer på den psykologiske effekten bevis har, men overbevisningskraften til bevis er knyttet til ontologiske forutsetninger om sammenhengen mellom fenomener og at det er epistemisk velbegrunnet at man står overfor en slik sammenheng. Et avgjørende kriterium for at fenomener skal kunne telle som bevis, er at disse er uavhengige av menneskelige intensjoner.»

Begrepet kan også klargjøres med utgangspunkt i bevisteorier. For eksempel ved å ta utgangspunkt i en atomistisk slutningsteori og fremheve at bevis gjerne forstås som informasjon som vi kan knytte erfaringssetninger til. I bevisteoretisk terminologi omtalt som henholdsvis bevisdata og erfaringssetninger. Andenæs sin tradisjonelle forståelse av bevisbedømmelsen er sitert i Løvlie:

«Den faller i to ledd: Innsamlingen av konkrete bevisdata (vitneforklaringer, blodspor, raderingsmerker), og bearbeidelsen av disse bevisdata ved hjelp av erfaringssetninger f.eks. av psykologisk, økonomisk eller rettsmedisinsk natur.»

Det siktes her til informasjon som direkte eller indirekte kaster lys over et bevistema. Men merk at uttrykket bevis i pensum også er benyttet som betegnelse på det Andenæs her omtaler som bevisdata, blant annet skriver Kolflaath skriver på s. 13 om bevisbedømmelse: «Faktiske spørsmål dreier seg i denne sammenhengen om forholdet mellom på den ene siden bevisene, som er direkte gitt for bevisbedømmeren, og på den andre siden en påstått faktum, som i utgangspunktet er mer usikkert, men kanskje sikrere i lys av bevisene».

Noen kan tenkes å ta opp at man i domstolsprosessen også benytter et formelt begrep om bevis, og at det står i et spenningsforhold til et substansielt begrep om bevis, blant annet ved at man kan snakke om at å avskjære irrelevant bevis, jf. § 292 annet ledd: «[B]evis som er for hånden, [kan] bare nektes ført når beviset [...] åpenbart ikke har noen beviskraft», se om dette i pensum hos Torgersen, Runar: «Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?».

Dette ble mye om bevis. Som sagt må spørsmålet kunne besvares kort, men det må være rom for å gå noe i dybden. Det er å forvente at spørsmålet blir besvart på ulikt vis.

Oppgave 2:

2. Redegjør for bevisene som omtales i HR-2019-1967-A enkeltvis og med bruk av bevisteoretisk terminologi.

Oppgaven omhandler det som i læringskravene er omtalt som «ulike bevisteorier» og er teoretisk og ferdighetsbasert. Oppgavens innebærer at man skal lokalisere enkelte bevis, slik det er redegjort for i premissen til Høyesterett. Merk at det kun er bevisene som omtales som skal adresseres. Det er bedt om at disse analyseres enkeltvis med bruk av bevisteoretisk terminologi. Kandidatene bør derfor holde fast ved redegjørelsen for begrepet om bevis fra oppgave 1.

Det bør ikke være utfordrende for kandidatene å identifisere bevisdata, utfordringen ligger i å omtale og dissekere informasjonen med bruk av bevisteoretisk terminologi. Enkelte kandidater vil kanskje begrense seg til å omtale «positiv» informasjon, men kandidatene bør se at også fravær av ulike forhold er informasjon som kan peke ut over seg selv.

Det er nyttig å ta utgangspunkt i sakens sentrale bevistema, nemlig spørsmålet om tiltalte natt til 29. juli 2017 penetrerte fornærmede analt. Det kan også gjerne vises til avsnitt 34, hvor det heter: «[R]jetten hadde ikke mye annet bevismateriale å forholde seg til enn partenes forklaringer og de rettsmedisinske funn». Om informasjonen som kunne kaste lys over bevistemaet presenteres stykkevis og delt, er man godt på vei:

- Fornærmedes forklaring om at hun
 - ikke hadde seksuell kontakt med tiltalte på badet.
 - våknet av å bli penetrert.
- Tiltaltes forklaring om at han

- på badet ble invitert på trekant og at han der klinte med fornærmede og tok henne på brystene.
- ikke husker noe etter episoden på badet.
- Tiltaltes truse inneholdt fornærmedes DNA på innsiden av gylfen/bukseklaffen.
- Fornærmede var uten spor av DNA fra tiltalte.
- Ikke påfallende funn ved endetarmen til fornærmede.

I og med at det er bedt om en redegjørelse for bevisene og presisert at dette skal gjøres med bruk av bevisteoretisk terminologi, er det grunn til å gå inn på hvordan og på hvilket grunnlag den ovennevnte informasjonen/bevisdataene vil kunne peke ut over seg selv, med andre ord lokalisere og omtale utale og forutsatte erfaringssetninger/generelle antakelser/relevansargumenter.

Denne delen av øvelsen er nokså vanskelig, i og med at erfaringssetningene kun forutsetningsvis kommer til uttrykk og at de omtales samlet. Kandidatene bør derfor innrømmes handlingsrom for valg av teori og det nærmere opplegget for denne delen av fremstillingen. I det følgende kommenteres bevisene ved at det skilles mellom bevisdata og erfaringssetninger i tråd med Andenæs, sitert ovenfor.

Det kan være fruktbart å klassifisere etter fenomentypologien, for eksempel ved å si at DNA er et ytre fenomen bestående av kjemiske forbindelser. Det vil kunne bidra til å tydeliggjøre hva slags slutninger som er trukket og hvilke erfaringssetninger som er i spill, herunder den statistiske sannsynligheten for at to DNA-prøver stammer fra samme menneske ved påvisning av identitet mellom to DNA-profiler og sannsynligheten for at DNA smitter.

Det kan fremheves at *tingretten* mente «fornærmedes forklaring fremsto som troverdig» og de med det må ha bygd på en erfaringssetning om at forklaringen stemte overens med det faktiske hendelsesforløpet, uten at det redegjøres nærmere for grunnlaget. Videre må det ha vært lagt til grunn en erfaringssetning om at DNA smitter ved kontakt mellom personer, men at det ikke er nødvendig med slik smitte (avsnitt 17).

Lagmannsrettens mindretall synes å ha bygd på det samme informasjonsgrunnlaget, men konkludert med at det ikke var grunnlag ut fra dette med en tilstrekkelig sikker slutning om at det hadde funnet sted penetrasjon: «De kom [...] til at det ikke var tilstrekkelig bevis for at det var kommet så langt som til innføring av penis i endetarmsåpningen. De stemte derfor for domfellelse for overtredelse av straffeloven § 291 bokstav b, ikke den strengere bestemmelsen i § 292.» (avsnitt 19). Det er fint om det fremheves at mindretallet da må ha bygd på erfaringssetninger som tilsa svakere grad av sammenheng mellom informasjonsgrunnlaget og temaet, enn det tingretten gjorde tingretten. Det er ikke nærmere informasjon om hvordan disse forholdt seg til de enkelte informasjonsenhetene.

Lagmannsrettens flertall har også tatt utgangspunkt i det samme informasjonsgrunnlaget, men vurdert betydningen av bevisdataene annerledes (28). For det første bygger flertallet på en erfaringssetning om det ved penetrasjon ville vært avsatt DNA ved endetarmen: «Flertallet i lagmannsretten la vekt på at det ikke var funnet biologiske spor fra tiltalte på eller i nærheten av fornærmedes endetarmsåpning, noe de fant påfallende» (avsnitt 28). For det andre synes de å bygge på en erfaringssetning om at DNA er lett smittbart: «De fant imidlertid ikke å kunne utelukke at biologisk materiale fra fornærmede kunne ha smittet over på tiltalte på annen måte enn det som fremgikk av tiltalen» (avsnitt 28). Flertallet har altså bygd på erfaringssetninger som tilsa enda svakere grad av sammenheng mellom informasjonsgrunnlaget og temaet.

Oppgave 3:

Forklar hva som skiller krav til utredning fra krav til robusthet. Bruk HR-2019-1967-A til illustrasjon.

Oppgaven faller inn under læringskravene «bevisrettens grunner» og «rettslige betingelser for faktabedømmelse». I Løvlie under overskriften «Forholdet mellom sannsynlighetskrav, utredningskrav og robusthetskrav» kan man lese i punkt 5.5.5.2:

«Med robusthet siktes det til at slutningene som er trukket på bakgrunn av sakens beviser, i liten grad er sårbare for ny informasjon i form av ytterligere bevis. Robusthetskravet skal sikre at faktapåstander som legges til grunn for en dom, ikke bare er velbegrunnet i lys av foreliggende informasjon, men at informasjonsgrunnlaget i en eller annen forstand er tilstrekkelig kvalifisert.

Kravet om robusthet må holdes adskilt fra domstolenes plikt til å opplyse saken etter straffeprosessloven § 294, slik denne ble redegjort for i punkt 5.4. Det er fordi kravet om robusthet hviler på en annen begrunnelse enn begrunnelsen for domstolenes utredningsplikt. Domstolenes generelle plikt til utredning er, som et utgangspunkt, begrunnet i hensynet til sannhetssøken, mens kravet om robusthet er begrunnet i hensynet til å unngå uriktige domfellelser og etterspør derfor kun sannhet på et avgrenset område; i én retning.»

Det kan gjerne redegjøres noe nærmere for innholdet i utredningskravet. Kandidatene bør videre prøve å sette HR-2019-1967-A i et robusthetsperspektiv. Én mulig lesning av flertallets frifinnelse er at bevissituasjonen ikke ble ansett tilstrekkelig robust. For flertallet, som mente det ikke var bevist utover enhver rimelig tvil at det hadde funnet sted en voldtekt, ble følgende bemerket i premissene:

«Flertallet bemerker at påtalemyndigheten ikke har ført sakkyndig vitne som kunne forklart seg nærmere om hvor lett det skjer smitte av biologisk materiale og hvor sannsynlig det er at funnene på innsiden av tiltaltes truse kan stamme fra annen berøring mellom tiltalte og fornærmede tidligere på kvelden. Det er videre ikke ført sakkyndig vitne som kunne opplyst lagmannsretten om hvor sannsynlig det er at en ville finne biologiske spor etter tiltalte i eller på fornærmedes endetarmsåpning etter en anal voldtekt. Den usikkerhet som dette skaper må etter flertallets vurdering komme tiltalte til gode.» (avsnitt 28)

Dette taler for at det er fraværet av informasjon som begrunner frifinnelsen. Også Høyesterett forstår begrunnelsen som at det avgjørende hadde vært at det var mulig informasjon som kunne ramme slutningene fra den informasjonen som forelå:

«Jeg forstår dette slik at det for flertallets vurdering av om det hadde funnet sted seksuell omgang, har vært viktig – kanskje avgjørende – at de ikke hadde sakkyndig ekspertise å støtte seg til med hensyn til to sentrale spørsmål: Kunne funn av fornærmedes DNA i tiltaltes truse stamme fra annet enn et slikt forhold som tiltalen gjelder? Hvor lett skjer det smitte av biologisk materiale, og hvor sannsynlig er det at tiltalte hadde begått anal voldtekt uten at det fantes spor av hans DNA i eller rundt fornærmedes endetarmsåpning?»

Henvisningen til fraværet av erfaringssetninger om betydningen av DNA-funn og betydningen av at det ikke ble funnet DNA, kan forstås som et uttrykk for at bevissituasjonen ikke ble ansett tilstrekkelig robust for domfellelse; det ble frifunnet på grunn av sårbarhet for ny informasjon i form av sakkyndigbevis. Høyesteretts påfølgende opphevelse av frifinnelsen med henvisningen til

utredningsplikten, blir da et uttrykk for at det ikke var anledning til å frifinne for robusthetssvikt, så lenge det var mulig å skaffe informasjonen til veie som var etterlyst av meddommerne (avsnitt 36).

Det er grunn til å understreke at det ovennevnte er en mulig måte å lese og forstå dommen på. Det er også mulig å se det slik at flertallet ikke fant det påståtte hendelsesforløpet tilstrekkelig sannsynliggjort under beviskravet, men at Høyesterett i alle tilfeller mente at saken ikke var tilstrekkelig opplyst. Om man leser avgjørelsen slik, tilsier utformingen av oppgaven at det teoretiske skillet mellom robusthet og utredning like fullt må tematiseres.

Oppgave 4:

Anbefal én bevisteori fra Eivind Kolflaaths bok Bevisbedømmelse i praksis til dommerne som skal behandle saken i HR-2019-1967-A etter opphevelsen. Begrunn anbefalingen.

Oppgaven omhandler «ulike bevisteorier» og er teoretisk og ferdighetsbasert. Se Eivind Kolflaaths bok bevisbedømmelse i praksis. Bergen 2013. Enkelte deler av innholdet er redegjort for i Anders Løvlie, Rettslige faktabegreper, Oslo 2014, kapittel 4.

Det viser oversikt om kandidaten kort klargjør hva vedkommende forstår med bevisteori. De tre teoretiske perspektivene som står til valg er henholdsvis slutnings-, fortellings- og forklaringsperspektivet. Det bør fremheves at når man er bedt om å anbefale en teori og begrunne valget, så bør kriteriet for valg styres av formålet med bevisbedømmelsen og at dette er å legge til rette for sannhetssøken. Vesentlig for valg av teori er derfor i hvilken grad den er egnet til å fange inn bevismassen og vurdere denne rasjonelt.

Den flinke kandidat vil ha fått med seg at teoriene hos Kolflaath er deskriptive i det han sikter å si noe om hvordan bevisbedømmelse faktisk foregår, men at han også anbefaler en bevisteori og at det i det anbefalte beviskravet 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 (s. 208–213).

Poenget er at kandidatene skal vise at de kjenner Kolflaaths perspektiver og at de skal reflektere rundt bruken av disse i en konkret sak. Det er derfor av mindre betydning hvilken teori kandidatene velger så lenge de klarer å få noe ut av å anvende den. Men slik det springende punktet er fremstilt av Høyesterett og under forutsetning at det også vil bli det vesentlige når saken skal behandles på nytt, vil jeg forvente en klar slagside mot valg av det atomistiske slutningsperspektivet eller forklaringsperspektivet.

Høyesterett uttaler også at retten ikke hadde «mye annet bevismateriale å forholde seg til enn partenes forklaringer og de rettsmedisinske funn», og det er klart at opphevelsen skyltes behovet for sakkyndige til å bedømme betydningen av de rettsmedisinske funn (avsnitt 40). Det betyr at det man vel i realiteten er interessert i er sakkyndiges vurderinger av sannsynligheten for å finne DNA-spor etter slik aktivitet.

Tas det utgangspunkt i *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 i den konkrete saken. Det er fint om kandidatene får frem at styrken ved dette perspektivet

nettopp er at det legger til rette for nøyaktighet og varsomhet, herunder tydeliggjør bevisdata og relevansargumenter/erfaringssetninger (s. 91).

Den som tar utgangspunkt i *fortellingsperspektivet* bør fremheve at det på sett og vis er etablert to konkurrerende fortellinger ved forklaringene til fornærmede og tiltalte, selv om det også kan tenkes andre hypoteser, og at det særlig er graden av samsvar med de faktiske forhold som er til bedømmelse. Kolflaath skiller mellom fortellingens generelle plausibilitet – kvaliteten som fortelling – og spesiell plausibilitet – fortellingens relasjon til det konkrete saksforholdet, og det er særlig i hvilken grad fortellingen støttes av bevismaterialet som må bedømmes. Det er fint om det kommenteres at fortellingsperspektivet på dette punkt kan utfylles av slutningsperspektivet.

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?». Det er slike forklaringer de sakkyndige forutsettes å bidra med og som er grunnen til at lagmannsrettens dom oppheves av Høyesterett. Også her kan det da fremheves at teorien kan ta opp i seg slutningsperspektivet, ettersom det å trekke en slutning fra en opplysning kunne være det samme som å finne en forklaring (s. 166).

Til slutt.

Kandidatene har hatt fire timer til å besvare spørsmålene. Alle spørsmål ligger i kjernen av pensum, men de er nokså omfattende og det er særlig utfordrende at tre av spørsmålene knytter seg til innholdet av en dom som ikke er lettlest. Av betydning er at det at dommen omhandler et vanskelig rettslig spørsmål og at informasjonen om de faktiske forholdene er spredt i ulike avsnitt.

Oppgavenes utforming må antas å ha forsterket en generelt stressende eksamenssituasjon. Det bør det tas høyde for under bedømmelsen, blant annet fordi det kan ha vært vanskelig å disponere tiden. Oppgavene er ikke vektet, og derfor bør kandidatene innrømme et visst skjønn i sine prioriteringer. Det er mulig å fordele tiden likt mellom oppgavene, men det må aksepteres at kandidatene vekter annerledes, blant annet fordi det i praksis ikke vil være mulig å foreta prioriteringer før dommen er lest ferdig og fordøyd.

Innenfor ovennevnte rammer må evnen til refleksjon og selvstendighet stå sentralt for karaktergivningen, herunder må det, som alltid, være positivt at det verken er skrevet mer eller skrevet mindre enn det er bedt om. Foruten konkret kunnskap, vil metodiske ferdigheter og evne til logisk strukturering vil kjennetegne en god besvarelse, og det er av stor betydning at det benyttes bevisteoretiske begreper. Oppgave to, tre og fire forutsetter ferdigheter i analyse, og de som lykkes med det bør få god uttelling. Det vises ellers til kommentarer underveis i veiledningen.

Det er nokså få som tok eksamen dette semesteret, og derfor må sensorene, som alle har omfattende erfaring med å sensurere i dette valgemnet, i større utstrekning enn ellers basere seg på tidligere erfaring ved fastsettelse av karakternivået. Det er viktig at det ikke ligger et ideal om normalfordeling innenfor kommisjonen, blant annet fordi de søker seg til emnet kan være skjevfordelt som følge av en spesiell interesse for faget.

Endelig nevnes, som alltid, at fagbeskrivelsen og læringskravene skiller seg fra øvrige fag på jussen, og at det er utfordrende for studentene å få tak på fagets innhold og metodebruk. Besvarelsene må bedømmes med dette for øye, og bedømmelsene bør ikke være for strenge.