

# **SAKKYNDIGE SOM BEVIS I SAKER OM ERSTATNINGSRETTSLIG ÅRSAKSSAMMENHENG**

**Kandidat nr.: 374**

**Innlevering: 25.november 2005**

**Veileder: Ikke benyttet veileder**

**Antall ord: 14 914**

## **Innholdsfortegnelse**

### **1. Sakkyndige i erstatningsrettssaker**

1.1 Hva er en "sakkyndig"?

1.2 Utvelgelse av sakkyndig

### **2. Juridiske problemstillinger**

2.1 Saken gjelder: Krav om erstatning

2.2 Årsakssammenheng (Kausalitet)

2.3 Beviset for årsakssammenheng

2.4 Bevisbedømmelse

### **3.0 Nærmere om enkelte temaer ved bruk av sakkyndig**

3.1 Bevisst eller ubevisst misbruk av vitenskap

3.2 Sakkyndiges uttrykk for tvil

3.3 Faglig fokus på bevisbedømmelsen

3.4 Naiv habilitet

3.5 Bør man oppheve rettsoppnevning?

3.6 Offentlig kontroll med de sakkyndige

### **4.0 Avsluttende bemerkninger**

## 1.SAKKYNDIGE I ERSTATNINGSRETTSSAKER

Sakkyndige benyttes for å bidra til å belyse den faktiske siden av en rekke saker som kommer opp for domstolene. De kan inneha forskjellige typer roller, blant annet som partsvitner og meddommere, og deres vurderinger er både ønskelige og nødvendige for en forsvarlig behandling av en sak og for å oppnå et materielt sett riktig resultat.

Det er flere grunner til at det foreligger behov for å sette fokus på de sakkyndiges arbeid i rettssaker. Den ene er at behovet og bruken av sakkyndige er sterkt økende. Samfunnet blir stadig mer preget av kompleksitet og spesialisering. Dette preger også rettssakene. Sakene blir mer og mer uoversiktlige, og de sakkyndige benyttes på felter hvor denne typen bistand ikke tidligere var vanlig. Denne kompleksitet og spesialisering kan også til en viss grad distansere de rettslige avgjørelser fra dens juridiske problemstilling. Fra amerikansk samfunnsdebatt karakteriseres denne utviklingen ved at rettssakene ender opp som "Battlefield of experts".<sup>1</sup> Den andre begrunnelsen for ønsket om å sette fokus på sakkyndiges rolle i rettssaker, er den manglende presiseringen av problemstillinger som etter min oppfatning preger dagens debatt. Det foreligger usikkerhet både om hva som gjør bruken av sakkyndige problematisk og om hvilke løsninger som kunne tenkes å forbedre situasjonen.

Til en viss grad vil de problemstillinger jeg tar opp i denne oppgave kunne gjelde sakkyndigarbeid i rettssystemet som sådan. Det er imidlertid sakkyndige som bevis i rettssaker om erstatningsrettslig årsakssammenheng som er oppgavens primærfokus. Dette forutsetter at det foreligger et krav om erstatning, som ender opp i en rettssak. I denne rettssaken er bevisemaet om det foreligger erstatningsrettslig årsakssammenheng og sakkyndige anvendes som bevis for dette.

Metodisk vil oppgaven være todelt. På den ene side finner jeg det nødvendig å presentere de rettslige rammer for sakkyndigbevisene, på den annen side vil jeg i oppgaven forsøke å

---

<sup>1</sup> Norsk oversettelse: "Eksperternes slagmark"

vise de praktiske problemer og sosiologiske betraktninger som fremgår av debatten rundt de sakkyndige. Dette medfører at oppgaven dels vil bygge på juridisk metode, og at jeg dels vil fremheve samfunnsfaglige betraktninger om systemet med sakkyndige bevis. Oppgaven kan best ses som et rettsdogmatisk innlegg i debatten om bruken av sakkyndige i rettssaker.

## 1.1 Hva er en "sakkyndig"?

Å være sakkyndig er etter alminnelig språkbruk "å ha sakkunnskap om noe".<sup>2</sup> Definisjonen er meget vid, og inkluderer eksperter innen en mengde forskjellige fagfelt, herunder leger, ingeniører, takstmenn m.v. Det finnes ingen generell legaldefinisjon av begrepet "sakkyndig" i dagens lovverk. I forslag til ny tvistemålslov, publisert i NOU 2001:32 Bind A, defineres imidlertid sakkyndigbevis på følgende måte :

*"Sakkyndigbevis er en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken."*

Bestemmelsen definerer sakkyndig som en "fagkyndig". Etter min oppfatning er definisjonen ganske selvsagt og den opplister heller ikke bestemte kvalifikasjoner en fagkyndig skal besitte. Det er likevel slik at sakkyndige kan tenkes besitte en uendelig mengde forskjellige former for fagkunnskap, og dermed ville en definisjon med bestemte kvalifikasjonskrav fort være uanvendelig i praksis.

Det prinsipielt sett viktige som fremgår av definisjonen er at den avklarer den sakkyndiges oppgave i retten: Vurdering av faktiske forhold i saken. I forarbeidene beskrives forskjellen mellom det å være sakkyndig og det å være part eller vitne på følgende måte:

*"Bestemmelsen gir en definisjon av sakkyndigbevis. Det er - som det fremgår av bestemmelsen - en fagkyndig vurdering av bevis - faktiske forhold - i saken. Det må her skje en avgrensning mot vitnebevis eller bevis med partsforklaring. Noe unøyaktig kan man si at en part eller et vitne forklarer seg om et faktisk hendelsesforløp eller en faktisk tilstand, mens en sakkyndig vurderer hendelsesforløpet eller tilstanden. Om grensen se Andenæs, Straffeprosess I, side 196-197, Bjerke og Keiserud side 345 og Schei side 727 og 750. "*<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Escolas ordbok, 2.opplag.

<sup>3</sup> NOU 2001:32 Bind B III Kapittel 28

Etter min oppfatning kan man ut av definisjonen i utkast til ny tvistemålslov § 28-1 trekke et annet viktig, men også forholdsvis selvsagt, poeng når det gjelder skillet mellom den sakkyndiges vurdering og domstolens vurdering. De sakkyndige skal vurdere sakens faktiske side, og således ikke utøve rettanvendelse. Rettsanvendelse, dvs. subsumpsjonen, er utøvelse av juridisk skjønn og denne oppgaven ligger til retten.

Selv om det rettslige utgangspunktet er klart, er ikke skillet mellom hva som er rettsanvendelse og hva som er en sakkyndigvurdering alltid like klart. Når det gjelder spørsmålet om årsakssammenheng i erstatningssaker skjer det, etter min oppfatning, en sammenblanding av disse vurderinger. I denne forbindelse vises til NOU 2000: 23 Forsikringsselskapers innhenting og bruk av helseopplysninger hvor det uttales i kapittel 13.2:

*” Det er viktig å legge forholdene til rette for at den medisinsk sakkyndiges vurdering foretas utfra den juridiske årsakslære. Den medisinsk sakkyndiges oppgave er først og fremst å gi en beskrivelse av den medisinske tilstand, hvoretter anvendelsen av rettsreglene eller bruken av regelverket (subsumpsjonen) er et juridisk skjønn. Normalt blir imidlertid den medisinsk sakkyndige også bedt om å ta stilling til visse subsumpsjonsspørsmål. Det er da viktig at den medisinsk sakkyndige gir en grundig redegjørelse for den medisinske tilstand og premisene for den vurdering som foretas når rettsreglene anvendes på den beskrevne medisinske tilstand. ”*

Som det fremgår av uttalelsen vil den medisinske sakkyndige også bli bedt om å ta stilling til visse subsumpsjonsspørsmål. Dette kan i utgangspunktet virke uproblematisk. En uttalelse fra et vitne om hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom en påkjørsel og skadelidtes helseplager vil i utgangspunktet være noe retten ikke tillegger betydelig vekt og at vitnet foretar en sådan subsumpsjon representerer ingen fare for rettssikkerheten. Problemer kan oppstå dersom domstolene i utstrakt grad vektlegger sakkyndiges konklusjoner omkring subsumpsjonsspørsmål. Det vil i så fall være grunn til å reise spørsmål om de sakkyndige har kompetanse til å foreta denne vurderingen eksempelvis ved å besvare spørsmål om det rettslig sett foreligger årsakssammenheng mellom en påkjørsel og en persons helseplager/skader.

Et illustrerende eksempel i så måte er Rt-1998-1565, Anne-Lene Lie-dommen. Det rettslige spørsmålet i saken var om det forelå årsakssammenheng mellom Anne Lene Lies uførhet og en trafikkulykke hun hadde vært utsatt for. Førstevoterende uttalte i begynnelsen av sitt votum følgende om vurderingen av de kompliserte årsaksforhold ved nakkeslengskader:

*”Vi er her på et område hvor det kanskje er særlig viktig at domstolene har for øye at årsaksforhold, skadeomfang m v så langt mulig må bedømmes i lys av mer allment akseptert medisinsk viten. Jeg peker spesielt på rapporten fra den såkalte Quebec Task Force, en tverrfaglig internasjonal gruppe som har samlet materiale om årsaksforhold, forebygging og behandling av tilstander utløst av nakkesleng. Dens arbeide har resultert i det som er betegnet som en internasjonal konsensus om lidelser assosiert med nakkeslengskader. Jeg viser til omtale av dette i Tidsskrift for Den norske lægeforening nr 17 for 1995. Jeg legger til at de rettsoppnevnte sakkyndige for Høyesterett i sine forklaringer har vist til denne rapporten og dens konklusjoner. Videre peker jeg på at det er viktig for domstolene å påse at aksepterte retningslinjer for vurdering av uførhet ved skader etter nakkesleng følges, jf her blant annet legeforeningens retningslinjer av 1994 for fastleggelsen av dette. ” (min understrekning)*

Senere i dommen uttaler førstevoterende følgende:

*”Jeg finner det etter dette bevismessig riktig å legge til grunn den samme vurdering av årsaksforholdet som den rettsoppnevnte sakkyndige professor Nordal er kommet frem til. Den tvil vurderingen på dette punkt har skapt hos meg, er som påpekt ikke om vurderingen er for streng i forhold til A, men om den går for langt i å knytte elementer av hennes helsetilstand til påkjørselen i 1988. As medisinske og ervervsmessige uførhet begrunnet i symptomer som kunne tenkes tilbakeført til nakkesleng, er da 20 prosent, hvorav påkjørselen i 1988 skjønnsmessig svarer for 1/8 av dette (en andel på 2,5 av de 20 prosentene). ” (min understrekning)*

Anne-Lene Lie-dommen oppstiller fire vilkår for at det foreligger årsakssammenheng mellom en påkjørsel og eventuelle følger. Vilkårene gjengis i Borgarting lagmannsretts dom av 17.01.2005 (LG-2003-9487). Også denne saken gjaldt spørsmål om det forelå årsakssammenheng mellom en trafikkulykke og saksøkers helseplager. Om vilkårene for årsakssammenheng uttalte lagmannsretten følgende:

*” For å kunne ta stilling til om det foreligger årsakssammenheng er det derfor nødvendig å bygge på allment akseptert medisinsk viten om årsaksforhold ved slik skader. I Høyesteretts dom vedrørende Anne-Lene Lie, Rt-1998-1565 , er det med henvisning til rapporten « Quebec Task Force 1995 » lagt til grunn at fire vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge faktisk, medisinsk årsakssammenheng. For det første må det ha virket mekaniske krefter tilstrekkelige til å skade biologisk vev (adekvat traume). For det andre må det foreligge akutte symptomer fra nakke eller hode innen 2-3 døgn. For det tredje må det foreligge « brosymptomer » frem til en kronisk senfase ett år eller mer etter uhellet. Til sist må sykdomsbildet være forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng, og sykdomsbildet må ikke ha en mer sannsynlig forklaring i annen tilstand pasienten lider av. Disse kriterier er fulgt opp i etterfølgende rettspraksis og lagmannsretten legger disse til grunn ved avgjørelsen i nærværende sak. ”*

De ovennevnte dommer er etter min oppfatning illustrerende for nærheten mellom sakkyndiges vurdering av årsaksforhold og domstolens rettsanvendelse ved spørsmål om årsakskravet er oppfylt. Etter den juridiske årsakslære foreligger årsakssammenheng dersom trafikkulykken var en nødvendig betingelse for følgene, med mindre ulykken anses så uvesentlig i årsaksbildet at det ikke er naturlig å knytte ansvar til den.<sup>4</sup> Ansvar for, og for så vidt også kompetansen til å foreta subsumpsjon, dvs. anvende rettsreglene på de faktiske forhold, ligger til retten. Hvor man som i tilfellene ovenfor, innfortolker et krav om eks. ”brosymptomer” for at det skal foreligge årsakssammenheng og hvorvidt dette faktisk er tilfelle er en medisinsk vurdering, blir det, etter vanskelig å skille vurderingen av de faktiske forhold fra subsumpsjonen. Min påstand er således at selv om de sakkyndiges oppgave er å vurdere de faktiske forhold, vil det likevel ofte være en slik nærhet mellom den sakkyndige vurdering av årsaksforhold og subsumpsjonen retten skal foreta, at det er vanskelig å se når den enes vurdering slutter og den andres vurdering begynner.

Som en foreløpig konklusjon om hva en sakkyndig er, og hva en sakkyndig har som oppgave, må man legge til grunn det samme som fremgår av utkast til ny tvistemålslov: En sakkyndig er en fagkyndig som foretar en vurdering av de faktiske forhold i saken. Men, som illustrert ovenfor, vil de sakkyndiges vurdering av eksempelvis årsaksforhold i erstatningssaker ligge nær opptil den rettsanvendelse som er domstolens oppgave. Dette

---

<sup>4</sup> Rt. P-pille dom II

viser seg tydeligst hvor domstolen ”sier seg enig i” den årsaksvurdering de eller den sakkyndige har foretatt. Dersom dette settes på spissen vil man lett kunne se at det er grunn til å stille spørsmål ved denne praksis: Hva om domstolen i en straffesak ”sa seg enig i” et vitnes oppfatning av om de objektive straffbarhetsvilkår var overtrådt?

En sakkyndig kan, som nevnt innledningsvis, ha forskjellige roller i en rettssak. Deres vurderinger kan fremkomme på følgende måter under en sak:

- Allerede innhentede sakkyndigerklæringer kan legges frem i skriftlig form. (Dette kan kreve samtykke etter tvistemålslovens § 197).
- Retten kan oppnevne tidligere brukte eller nye sakkyndige som sakkyndige (rettsoppnevnte sakkyndige)
- Partene kan føre tidligere brukte eller nye sakkyndige som sakkyndige vitner (private sakkyndige)
- Retten kan trekke inn sakkyndige som domsmenn <sup>5</sup>

Mange av de momenter jeg trekker frem i denne oppgaven vil kunne gjelde for samtlige roller de sakkyndige har. Oppgavens primærfokus vil imidlertid være sakkyndige som private vitner eller som rettsoppnevnte sakkyndige. Jeg vil således i liten grad kommenterer sakkyndiges rolle som domsmenn.

## 1.2 Utvelgelse av sakkyndig

Ovenfor er det belyst hva en sakkyndig i rettssystemet er, og hvilken oppgave en sakkyndig har. Den neste nødvendige presisering er hvorledes utvelgelse av en sakkyndig foregår.

Som det fremgår av kapittel 1.2 stiller ikke dagens lovverk opp kvalifikasjonskrav som gjelder for sakkyndige generelt.

---

<sup>5</sup> NOU 2000: 23 Forsikringsselskapenes innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger



De sakkyndige som omtales i denne oppgaven er sakkyndige i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng. I disse sakene kan sakkyndigbevis være private vitner eller rettsoppnevnte sakkyndige.

Utgangspunktet for bruk av sakkyndige som private vitner er prinsippet om fri bevisførsel: Partene kan føre de vitner de ønsker. Disse vitnene vil ikke være underlagt de regler som gjelder for rettsoppnevnte sakkyndige i tvistemålsloven, men de vil kunne være underlagt regler som gjelder for deres profesjon. Eksempelvis vil de krav som gjelder for leger etter helsepersonelloven, også gjelde for utøvelse av legeyrket i rettssaker. I denne forbindelse er det grunn til å merke seg at det for sakkyndige leger som føres som partsvitner gjelder et krav om habilitet jf. helsepersonelloven § 15. Videre gjelder det samme forsvarlighetskrav for leger som er sakkyndige som for annen utøvelse av deres profesjon jf. § 4. Dersom helsepersonell går utover de krav som følger av loven, vil Helsetilsynet kunne gripe inn.

Rettsoppnevnte sakkyndige skiller seg fra de private vitner ved at disse oppnevnes av retten. Dagens lovgivning angir verken når en sakkyndig bør eller skal oppnevnes av domstolen. Etter praksis oppnevnes sakkyndig, dersom retten anser dette som nødvendig for å en sak tilstrekkelig opplyst. Dette vilkår for rettsoppnevning er foreslått lovfestet i utkast til ny tvistemålslovs § 28-2 (1). Denne hitsettes:

*”Retten kan oppnevne sakkyndig etter begjæring fra en part eller av eget tiltak etter §24-3 (2), når det er nødvendig for å få et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.”*

Retten beslutning vedrørende om sakkyndig skal oppnevnes kan påkjæres. Jeg viser til Rt. 1994 s. 421. Saken gjaldt foreldres samværsrett for sønn som var plassert i fosterhjem. I kjennelsen ble begjæring om oppnevning av sakkyndig tatt til følge. Om adgangen til å prøve retten beslutning om å ikke oppnevne sakkyndig uttalte Kjæremålsutvalget følgende:

*” Høyesteretts kjæremålsutvalg bemerker at det har full kompetanse i saken. Utvalget kan prøve også lagmannsrettens rent skjønsmessige vurderinger. En*

*annen sak er at det bør vises forsiktighet med å overprøve slike vurderinger hvor det fremtrer som tvilsomt om det er tilstrekkelig grunn til å oppnevne sakkyndig.* ”<sup>6</sup>

Dersom retten kommer til at det er nødvendig for sakens opplysning å oppnevne sakkyndig, oppnevnes normalt én sakkyndig med mindre retten finner det påkrevet med flere sakkyndige jf. tvistemålslovens § 239. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp nr. 45 (1993-1994) at det er i spesielt vanskelige og betydningsfulle saker det kan anses nødvendig at det oppnevnes flere sakkyndige. Høyesterett har også påpekt at det bør oppnevnes flere sakkyndige i saker om kompliserte årsaksforhold. I denne forbindelse vises til førstevoterende i Rt. 1998 s.1565 som uttaler følgende:

*”Det tredje forhold av mer generell karakter som jeg vil trekke frem, er at rettens behov for sakkyndighet må bli dekket på en betryggende måte. I saker med kompliserte og omtvistete medisinske årsaksforhold, sier det seg nærmest selv at det må oppnevnes medisinsk sakkyndige. Vi er for øvrig her på et område hvor forsvarlighet og grundighet også ofte vil tilsi at retten fraviker lovens utgangspunkt om én sakkyndig, jf tvistemålsloven §239 første ledd, og oppnevner to sakkyndige. Sakkyndige vitner vil nok i noen grad kunne avhjelpe rettens behov for sakkyndige råd og veiledning, men oftest ikke fullt ut. Rettsoppnevnte sakkyndige vil gjerne med en større grundighet utrede de mer generelle og spesielle medisinske spørsmål saken reiser. Det er også vesentlig at rettsoppnevnte sakkyndige vil være uten bindinger til partene, noe som ofte ikke vil være situasjonen for sakkyndige vitner.” (min understrekning)*

Rettens beslutning om antall sakkyndige som oppnevnes kan i utgangspunktet ikke påkjæres jf. tvistemåls § 239 tredje ledd. Unntak kan derimot tenkes dersom domstolen ved å ikke oppnevne flere sakkyndige har gått utenfor grensen for et saklig og forsvarlig skjønn jf. uttalelser i blant annet Rt. 1996 s. 1167, Rt. 1997 s. 1710 og Rt. 2000 s.1430.

Ved oppnevning av sakkyndig skal retten gi partene anledning til å uttale seg, dersom dette lar seg gjøre uten uforholdsmessig opphold jf. tvistemålslovens § 241. Bestemmelsen er en pliktregel, som medfører at retten bare kan se bort fra den dersom dette medfører et uforholdsmessig opphold jf. blant annet Rt.2001 s.954. Bestemmelsen bygger på kontradiksjonsprinsippet og brudd på denne bestemmelsen, er en saksbehandlingsfeil.

---

<sup>6</sup> Se også Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25.11.2003, LB 2003-15412

Under forutsetning av at retten har besluttet å oppnevne en sakkyndig, kommer vi over til spørsmålet om selve personutvelgelsen: Hvem skal være den sakkyndige?

Den eneste begrensningen i loven når det gjelder personvalget av sakkyndige, er habilitetskravene som fremgår av tvistemålslovens § 242. Bestemmelsen innebærer at det ikke skal oppnevnes sakkyndige som vil være innhabile ("ugild") etter domstolslovens § 106. En sakkyndig bør heller ikke oppnevnes, dersom vedkommende er inhabil etter domstolslovens § 108.

Utenom habilitetskravene står således retten svært fritt i forhold til valget av hvem som skal være sakkyndig. Personvalget kan også bare overprøves i begrenset grad. Det følger av tvistemålslovens § 242 sammenholdt med § 396 at det er bare der domstolen har gått utenfor et saklig og forsvarlig skjønn at det vil være grunnlag for overprøving av oppnevningen jf. Rt. 1996 s. 1172, Rt. 1991 s. 1189 og Rt. 2001 s. 954. Beslutningen kan også overprøves, dersom denne bygger på en uriktig lovanvendelse.

I en rekke kjæremål har spørsmålet vært om personvalget av sakkyndig kan overprøves, selv om den kjærende part ikke har gjort gjeldende at det foreligger inhabilitet i domstolslovens forstand. Mitt inntrykk er at terskelen er høy for at valg av sakkyndig omgjøres.

Blant annet i Borgarting lagmannsretts kjennelse av 07.02.2002 (LB-2001-3633) ble spørsmålet om personvalget av sakkyndig reist. Saken gjaldt oppnevning av sakkyndig i sak om erstatningskrav rettet mot Norsk Pasientskadeerstatning. Den kjærende part anførte forgjeves at den oppnevnte i realiteten var "en sakkyndig for motparten". Det var anført at det var grunn til å legge stor vekt på den kjærende parts forslag til sakkyndig og at unnlatelse av å etterkomme forslaget hadde skapt en unødvendig ubalanse i partenes mulighet til å påvirke bevisføringen. I denne forbindelse ble det vist til EMK artikkel 6 nr.1 ("fair trial") og nr. 3 d ("equality of arms"). Det var også vist til at det ved valget av

sakkyndig ikke var utvist skjønn og at avgjørelsen bygde på uriktige premisser. Borgarting lagmannsrett uttalte seg ikke vedrørende spørsmålet om den oppnevnte sakkyndige var å anse som "en sakkyndig for NPE". Retten forkastet kjæremålet under henvisning til at man ved valget av sakkyndig ikke bygget på en uriktig lovanvendelse. Det var også bemerket at den kjærende part uansett kunne føre den ønskede sakkyndige som vitne.

I Rt.1999 s.476, som gjaldt oppnevning av sakkyndig i en skadeerstatningssak, ble det gjort gjeldende at den medisinske sakkyndige for byretten ikke skulle gjenoppnevnes til lagmannsretten. Den kjærende part hevdet at sakkyndigerklæringen inneholdt flere feil og at den sakkyndige av prestisjegrupper ville være ute av stand til å revidere eller justere tidligere standpunkter. Til dette uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg følgende:

*"Hovedinnvendingen mot å gjenoppnevne professor Lundar som sakkyndig synes å være risikoen for at han av prestisjegrupper vil være ute av stand til å revidere eller justere de standpunkter han har inntatt for byretten. Noen konkret begrunnelse for dette er ikke gitt, bortsett fra en henvisning til den angivelig mangelfulle kliniske undersøkelse. Lagmannsretten kan selvsagt ikke utelukke at professor Lundar eller andre sakkyndige lar seg påvirke av prestisjehensyn ved utførelsen av oppdrag for retten. Dersom denne risikoen skal føre til at en sakkyndig anses inhabil, kreves det imidlertid konkrete holdepunkter for å anse risikoen reell. Slike holdepunkter finnes ikke i dette tilfellet.*

*Kjæremålsutvalget finner ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens vurdering når professor Lundar ikke er blitt funnet inhabil til å tjenestegjøre som sakkyndig i saken. "*

I Rt. 1999 s.1156 var det gjort gjeldende at den oppnevnte sakkyndige ikke hadde de nødvendige kvalifikasjoner. Kjæremålet ble forkastet idet man mente lagmannsretten ved valg av sakkyndig ikke hadde gått utenfor et forsvarlig skjønn.

Det er også grunn til å nevne Rt. 1993 s. 636 som gjaldt oppnevning av sakkyndig i sak om erstatning etter trafikkulykke. Den kjærende part gjorde gjeldende at den av de oppnevnte sakkyndige ensidig hadde oppdrag fra forsikringsbransjen, og bare ble foreslått som sakkyndig av denne side. Kjæremålet ble forkastet.

Men mindre man kommer til at den sakkyndige er inhabil, se eks. Rt. 1996 s. 1573, omgjøres personvalget sjelden. Dette gjelder så vel anførsler om manglende kvalifikasjoner, forhold mellom den sakkyndige og en av partene utenfor domstolslovens tilfeller, som at sakkyndigvurderinger inneholder feil eller er mangelfull.

Etter min oppfatning er det grunn til å reise spørsmål om de habilitetskrav man har i tvistemålsloven er tilstrekkelige til å sikre nødvendig tillit til de sakkyndige og til å sikre at det sakkyndige arbeid er av god kvalitet. Habilitetsreglene og de overprøvningsmuligheter som finnes kan eksempelvis ikke hindre at det oppnevnes en sakkyndig som er omstridt for sine vurderingen innen sitt fagfelt. Dersom dennes vurdering legges til grunn som eks. årsaksvurdering av en nakkeslengskade fordi domstolen har vansker for å overprøve den medisinske vurderingen, kan resultatet være en feilaktig materiell dom og dermed være en problematisk praksis for rettssikkerheten.

Når det er sagt, er det likevel vanskelig å se hvordan man skulle utforme regelverket og praksis, for å kunne fange opp disse tilfellene. Om problemet uttales følgende i NOU 2000:23 Forsikringsselskapers innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger:

*”Slik utvalget ser det, er det etter dette vanskelig å lage spesielle regler om inhabilitet for medisinske sakkyndige, idet det er vanskelig å peke på klare tilknytningskriterier slike regler kunne bygge på (med unntak av ansettelsesforhold og faste oppdragsforhold). Imidlertid mener utvalget at det er utilfredsstillende at det i det alt vesentlige ikke gjelder spesielle inhabilitetskrav i de tilfellene det faktisk kan konstateres en særlig tilknytning mellom en sakkyndig og en av partene. Utvalget mener det vil styrke systemet om slike innsigelser mot en sakkyndig blir prøvet av retten, og kan gjøres gjeldende som saksbehandlingsfeil.”*

Valget av sakkyndig skjer ved at partene kontaktes av retten jf. tvistemålslovens § 242. Retten besitter ikke spesiell tilgang på sakkyndige og har heller ikke spesialkompetanse til å utforme dennes mandat. Utvelgelsen skjer således i praksis ofte etter forslag fra en av partene eller begge. Partene og retten samarbeider deretter oftest ved utarbeidelse av den sakkyndiges mandat.

Min påstand er at personvalget av sakkyndig i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng er svært viktig for sakens endelige utfall. Dette uttrykkes også av Advokat Thorsteinn J. Skarsbo i en kronikk i Aftenposten, publisert 18.01.2005. Om oppnevningen uttaler advokat Skarsbo følgende:

*”Begge parter har anledning til å uttale seg om valget av rettsoppnevnt lege, og nettopp på grunn av den vekt som domstolene ofte tillegger den rettsoppnevnte legen, legges det inn store ressurser fra begge sider for at den ”riktige” legen skal oppnevnes.”*

I utgangspunktet kunne det tenkes at valg av sakkyndig ikke skulle være så viktig for utfallet av en sak: Anvendelsen av rettsreglene på det sannsynliggjorte faktum er rettens oppgave, og eventuelle feilvurderinger etc. vil kunne gjøres gjeldende i løpet av rettssaken. Dersom man mener at den rettsoppnevnte eksempelvis bygger på feilaktige medisinske vurderinger, vil man kunne føre sakkyndige som partsvitner til å belyse dette.

Når jeg likevel vil fremheve at det er svært viktig hvem som velges som sakkyndig i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng er dette basert på en rekke forutsetninger. Flere av disse er det ikke nødvendigvis tilstrekkelig belegg for å karakterisere som ”sannheter”, men det er grunn til å se resonnetet som en hypotese, hvoretter jeg vil forsøke å underbygge påstandene i løpet av oppgaven.

Begrunnelsen for viktigheten av valget av sakkyndig er som følger:

- I saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng er det oftest nødvendig med sakkyndig bistand til å vurdere kompliserte årsaksspørsmål.
- Skillet mellom rettens subsumpsjon og den sakkyndiges vurdering av de faktiske forhold er ikke klar.
- Den rettsoppnevnte sakkyndiges vurdering er av betydelig bevismessig vekt.

- Domstolen følger i svært mange saker den rettsoppnevnte sakkyndiges vurderingen av hvorvidt det foreligger årsakssammenheng.
- For mange av de typiske sakene om erstatningsrettslig årsakssammenheng finnes det ikke klare, objektive funn som gjør den medisinske vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng "sikker".
- Den rettsoppnevnte sakkyndige må i disse tilfellene bygge på vage, skjønnsmessige vurderinger av årsaksforholdene. Hvilke fagnormer/verdier/metoder den sakkyndige anvender har stor betydning for konklusjonen.
- Når beslutningen om hvem som skal være sakkyndig er tatt, er denne vanskelig å overprøve.
- Private sakkyndige har en lavere bevismessig vekt enn de rettsoppnevnte sakkyndige. De private representerer en part, og rettens vektlegging av deres synspunkter bærer preg av dette.

For nakkeslengskadene er det et kjent tema at vurderingen av årsakssammenheng, kan skille betydelig fra en medisinsk sakkyndig til en annen. Temaet var oppe til drøfting i NOU 2000:23 Forsikringsselskapers innhenting, bruk og lagring av helseopplysninger, hvor utvalget uttalte følgende:

*"I forbindelse med « nakkesleng-problematikken » er det spesielt tydelig at leger innen samme fagområde kan ha svært avvikende oppfatning om tilstanden. Mens noen mener å ha faglig grunnlag for at det kan oppstå alvorlig skade på vitale strukturer i nakken selv ved beskjedne kollisjonskrefter, mener andre å ha faglig grunnlag for at nakkesleng nesten aldri fører til varig skade selv når kollisjonskreftene har vært betydelige. Slike avvik gjelder også en lang rekke andre tilstander. Avvikene er gjerne tydeligst der skaden er vanskelig objektiviserbar."*

Konsekvensen, dersom man følger gjengitte resonnement, er at det i saker om årsaksforhold ved nakkesleng hvor man har få objektive medisinske funn å støtte seg til, er at man til en viss grad er "prisgitt" de parametrene den rettsoppnevnte sakkyndige legger til grunn for muligheten for at en nakkesleng kan inntre eks. hvilke kollisjonskrefter er tilstrekkelige for å forårsake skade. Det samme gjelder for flere former for medisinske

tilstander hvor man mangler objektive funn som kan si noe om årsak eks. om lungekreft er forårsaket av arbeidsmiljø eller egen røyking og saker om såkalte ”utelukkelsesdiagnoser” herunder løsemiddelskade (toksisk encefalopati).

Et illustrerende eksempel fremgår av Borgarting lagmannsretts av 03.01.2002 (LB 2000-3582). Saken gjaldt spørsmål om trygderettens kjennelse om å ikke tilkjenne menerstatning som følge av yrkessykdom var gyldig. Spørsmålet for retten var om en mann, som i sitt arbeid hadde vært eksponert for løsemidler, hadde utviklet ”løsemiddelskade”. Det finnes sjelden objektivt konstaterbare funn som på medisinsk grunnlag kan fastslå at en slik skade har oppstått. Man baserer således diagnosen på utelukkelse av andre årsaker, skadeevne og sannsynlighet for skade. Når det gjelder skadeevne er det spørsmål om personen har vært tilstrekkelig eksponert for løsemidler, til at en slik skade kan oppstå. Saken illustrerer godt hvor forskjellige utgangspunkter tilsynelatende like kvalifiserte sakkyndige kan ha om et medisinsk spørsmål. Konklusjonene fra de sakkyndige om hvor lenge en person må være eksponert for å kunne utvikle skade gjengis fra dommen:

*”Dr Skyberg, overlege ved Statens arbeidsmiljøinstitutt, forklarte at det er en generell erfaring at personer som har vært eksponert i en atmosfære som kan gi **løsemiddelskade** i over 10 år, kan utvikle slik skade. Han forklarte videre om en undersøkelse foretatt blant malere som viste at eksponering i ca 40 % av arbeidstiden var tilstrekkelig.*

*Dr **Langård**, spesialist i toksikologi ved Rikshospitalet, anslo i retten at grensen for å utvikle skader ved løsemiddeleksponering gikk ved ca 14 år. ”*

På denne bakgrunn, herunder dersom ovennevnte resonnement medfører riktighet, er personvalget av sakkyndig sentralt for utfallet av saken. Hvilken anledning har så aktørene i en sak om erstatningsrettslig årsakssammenheng til å gjøre gjeldende innsigelser ved valget?

Ettersom tvistemålsloven fastsetter at det skal være kontradiksjon ved valget, har partene adgang til å bli hørt med eventuelle innsigelser. Dette forutsetter imidlertid kunnskap om de enkelte sakkyndiges vurderinger og tilgang på alternative vurderinger.



Når det gjelder kunnskap om de sakkyndiges vurdering, finnes det ingen offentlige tilgjengelige informasjonssteder om de vurderinger den sakkyndige har foretatt tidligere. Det er altså aktørens egen tilegning av kunnskap som er avgjørende for om man avdekker eventuelle avvik fra det man kan betegne som ”allmenn akseptert” medisinsk viten. Det kan her oppstå et skille mellom ressursene partene besitter i en erstatningsrettssak. Det er vanlig i slike saker at den ene parten er et forsikringsselskap, mens den andre er en privat part. Forsikringsselskapet arbeider daglig med denne typen saker, og således ha mye større mulighet for å tilegne seg kunnskap og erfaring om en sakkyndigs arbeid og vurderinger. Den private, altså skadelidte, vil i utgangspunktet ikke besitte denne kunnskap, ei heller kunnskap om hvor stor betydning valget av sakkyndig kan ha for sakens utfall j f. resonnementet ovenfor. Den private part vil i noen grad være hjulpet med bistand fra advokat som har erstatningsrett som spesialområde. Gjennom advokatbistanden kan den skadelidte bli klar over viktigheten av personvalget og advokatens erfaring og kunnskap om de medisinske vurderingen kan medføre at innsigelser mot forslag fra forsikringsselskapet blir gjort gjeldende.<sup>7</sup>

I NOU 2000:23 var det anført at man burde etablere en nøytral oppnevninginstans for medisinsk sakkyndig og et organ for kvalitetssikring av sakkyndige erklæringer. Disse instansene skulle organiseres og finansieres uavhengig av partene. Etablering av slike instanser har imidlertid ikke skjedd.

Etter at retten har fattet beslutningen om hvem som skal være rettsoppnevnt sakkyndig, utformes den sakkyndiges mandat. Dette utformes gjerne i samarbeid med partene.

I forslag til mandat gjengitt i NOU 2000:23 under vedlegg 1: Mandat for medisinsk sakkyndig ved forsikringsoppgjør etter ulykke heter det følgende om årsakssammenheng:

*”Erklæringen skal inneholde en begrunnet vurdering av hvorvidt funnene og de subjektive symptomene etter ulykken kan relateres til den aktuelle ulykkeshendelse. Både det at det er en sammenheng, og det at det ikke er en sammenheng trenger*

---

<sup>7</sup> Dette ble også fremhevet av advokat Jan Gunnar Ness i foredraget ”Dagens ”forsikringsmedisin” – en ønsket amerikanisering?”

*begrunnelse. Dersom det foreligger flere mulige årsaker til skadelidtes plager, må samtlige mulige årsaker til plagene diskuteres, og betydningen av de ulike årsaker vurderes i forhold til hverandre.*

*Sannsynligheten for årsakssammenheng angis som større eller mindre enn 50 %. Det er normalt nødvendig og tilstrekkelig med mer enn 50 % sannsynlighet for å konstatere årsakssammenheng. For at årsakssammenheng skal kunne konstateres, må det altså fremstå som mer sannsynlig at det foreligger årsakssammenheng enn at det ikke gjør det. ”*

Mandatet viser til at det skal foretas en vurdering av årsakssammenheng, i tillegg vises det til beviskravet for årsakssammenheng.

Det kan være store fordeler med å få lagt til grunn et ”standardmandat”. Dette vil lette både domstolen og partenes arbeid i forbindelse med mandatutforming. Uten en standardtekst vil det lett kunne oppstå en ”drakamp” om premissene for utredningen, som både kan være forvirrende for den sakkyndige og tidkrevende for sakens parter.

Det er likevel ikke sikkert at den teksten man har utformet gir en tilstrekkelig kommunikasjon av årsakskravet som gjelder i erstatningsrettssaker. Innen medisin anvendes andre begreper og metoder for å fastslå en årsak enn innen jussen. Det svært viktig at det presiseres at det er den juridiske definisjonen på årsakssammenheng som skal være styrende for vurderingen. Særlig tydelig blir behovet for kommunikasjon hvor det anvendes statistiske argumenter hentet fra epidemiologiske undersøkelser som begrunnelse for hvorvidt det foreligger årsakssammenheng eller ikke. Analytisk epidemiologi innebærer at man ved hjelp av statistiske metoder finner frem til sammenheng mellom sykdommer og andre faktorer. Dersom det påvises sterke og stabile sammenhenger, kan det være snakk om medisinske årsaksfaktorer.<sup>8</sup>

Et typisk tilfelle av hvor man anvender statistiske argumenter for at det ikke foreligger årsakssammenheng, er i saker hvor spørsmålet er om KOLS (kronisk obstruktiv lungesykdom) er forårsaket av arbeidsmiljøet eller en persons egen røyking. I en mengde

---

<sup>8</sup> Publikasjon 6 ”Medisin epidemiologi og forskningsetikk” av Den nasjonale forskningskomite for medisin

ankesaker (se eks. TRR-2005-10-07, TRR-2005-01239) for Trygderetten har Fylkestrygdekontoret vist til medisinsk statistikk for å underbygge at årsakssammenheng ikke foreligger. Den vanlige formuleringen er som her gjengitt fra TRR-2004-03309:

*”Den ankende part har **røykt** fra 17 års alder, med en antatt livsdose på 150 kg. Det antas at ca. 90 prosent av **KOLS** - tilfellene skyldes **røyking**. Spesielt er det er nær sammenheng mellom **KOLS** og **røyking** hvor **røykingen** starter før 18 år alder. Det er også en spesiell nær sammenheng hvor det også er utviklet emfysem. Fylkestrygdekontoret anser det derfor mer sannsynlig at den ankende part **røyking** er årsak til symptomene enn yrkeseksponeringen jf. folketrygdloven §13 - 4 annet ledd bokstav d.” (min understrekning)*

Dersom denne bruken av epidemiologi legges til grunn, vil en aldri komme til at det er mest sannsynlig (51%) at KOLS skyldes arbeidsmiljøet. Satt på spissen kan man vise til et klassisk motargument mot anvendelse av statistikk på enkelttilfeller, det såkalte ”Lottoeksempelet”: Den statistiske sjansen for å vinne hovedgevinsten i Lotto er liten, men sjansen for at noen vinner hovedgevinsten er stor. Et annet kjent eksempel på bruken av statistiske argumenter i rettssaker er Sally Clarks-saken fra Storbritannia. Sally Clarks mistet to barn ved krybbedød. Hun ble senere dømt for å ha drept barna. Det avgjørende argumentet for straffedommen var statistikk som viste at det var svært usannsynlig at krybbedød kunne skje to ganger i samme familie. Den sakkyndige i saken mente at sannsynligheten for at begge barn i samme familie dør av krybbedød av 1:73 millioner. Gitt fødselsraten i Storbritannia, tilsier argumentet at en slik ”dobbel” krybbedød rent statistisk vil skje én gang hvert hundreår.<sup>9</sup> Sally Clarks sak ble gjenopptatt og hun ble frikjent. Saken har ledet til debatt i Storbritannia om bruken av epidemiologi og statistikk i rettssaker.

Mitt poeng er her at det er svært viktig at mandatet ikke bare viser til at det skal foretas vurderinger av årsaker, men hvilke metoder som skal anvendes. Det må i det minste fremgå hvorledes det juridiske kravet til årsakssammenheng skal forstås. Utfordringen ligger i å finne frem til en tekst som kommuniserer dette på en måte som andre fagdisipliner kan

---

<sup>9</sup> Se ”Urettferdighet, juss og statistikk” av forsker Sonia Mazzi publisert på [www.forskning.no](http://www.forskning.no)

forstå. Særlig blir det å presisere at den vurdering som skal foretas er konkret jf. eksemplene ovenfor.

## 2. JURIDISKE PROBLEMSTILLINGER

Jeg har nå gjennomgått hva en sakkyndig er, hvilke oppgaver de har i rettssaker og hvordan utvelgelse av de sakkyndige foregår. Jeg har også introdusert noen av de problemstillinger jeg vil ta opp videre. Jeg går nå over til å presentere de juridiske problemstillinger som vil være temaet for de sakkyndiges vurdering.

### 2.1. Saken gjelder: Krav om erstatning

De sakkyndigvurderingen jeg ønsker å sette fokus på er som nevnt de vurderinger som foretas i erstatningssaker. Grunnvilkårene for rett til erstatning er at det er påført en skade/et tap, at det foreligger et ansvarsgrunnlag og at det må være en adekvat/påregnelig årsakssammenheng mellom uhellet og skaden/tapet.

Vilkåret om at det må foreligge tap/skade, er selvsagt: Erstatningsrettens hovedfunksjon er reparasjon for tap påført ved skadevoldende handling. Skadelidte kan kreve dekket sitt økonomiske tap, samt eventuelt krav om menererstatning. Tapet dekkes av skadevolder eller den som er ansvarlig for skadevolder, eks. forsikringsselskap eller arbeidsgiver. I denne oppgaven forutsettes at skadelidte er utsatt for skade eller tap som kan gi grunnlag for erstatning.

Et krav om erstatning forutsetter at det foreligger et ansvarsgrunnlag. I norsk rett har vi to hovedformer for ansvarsgrunnlag, ansvar på subjektivt grunnlag (culpaansvaret) og ansvar på objektivt grunnlag. Culpaansvaret er det alminnelige ansvarsgrunnlag og innebærer at den som handler uaktsomt pådrar seg som den overveiende hovedregel et erstatningsansvar for de skader han måtte volde.<sup>10</sup> Ansvar på objektivt grunnlag inntreder derimot selv om det ikke er noe å bebreide skadevolder.

---

<sup>10</sup> Lødrup "Erstatningsrett" s. 109

Som nevnt innledningsvis, vil det i denne oppgaven være sakkyndige som bevis for årsakssammenheng som er det sentrale. Jeg forutsetter derfor for oppgavens del at dersom det foreligger årsakssammenheng mellom eks. ulykken og påført skade/tap, foreligger det også et ansvarsgrunnlag.

Den siste forutsetningen for et krav om erstatning er at det er årsakssammenheng mellom den påståtte skadevoldende handling og skaden.<sup>11</sup> Kravet er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp og dets innhold er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori. Det nærmere innhold av årsakskravet, kommer jeg tilbake til nedenfor.

## 2.2 Årsakssammenheng (kausalitet)

Det sentrale temaet for oppgaven er sakkyndige som bevis i forbindelse med bevistemaet årsakssammenheng. Påstanden vil være om det foreligger eller ikke foreligger årsaksammenheng.

Den første problemstillingen dette reiser er hva som ligger i påstanden, hva er det en ønsker å bevise ved å benytte sakkyndige? Spørsmålet foranlediger en besvarelse av hva som ligger i det juridiske begrepet "årsakssammenheng".

At man innen erstatningsretten oppstiller et krav om adekvat årsakssammenheng, er selvsagt. Det ville stride mot grunnleggende rettferdighetssynspunkter at en skadevolder ble pålagt erstatningsansvar som ikke kunne knyttes til hans eller hennes handlinger eller unnlater. Problemet ligger således ikke i begrunnelsen for selve kravet om årsakssammenheng, men begrepets nærmere innhold.

Kravet om årsakssammenheng er et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp. Dette innebærer at det i alle tilfeller eksisterer et krav om en årsakssammenheng, uavhengig av om det for

---

<sup>11</sup> Morten Kielland "Hjemmearbeidendes erstatningsrettslige vern" s. 42

det konkrete tilfelle er lovfestet. Enkelte steder er kravet om årsakssammenheng lovfestet, eksempelvis i bilansvarslovens § 1, sjølovens § 151 og jernbaneansvarslovens § 3.

Det man i utgangspunktet ønsker å påvise for å tilfredsstillе grunnkravet, er faktisk årsakssammenheng. Det er den faktiske årsakssammenhengen som skal bevises eller motbevises<sup>12</sup>. Dersom man kommer til at det foreligger faktisk årsakssammenheng, A er årsak til skade B, vil det videre være et spørsmål om rettslig avgrensning av årsakssammenhengen. Enkelt kan man si at årsakssammenhengen har en ytre grense, hvor selv en påvist årsak (faktisk årsakssammenheng er bevist) ikke medfører ansvar idet følgen er for fjern, avledet eller uvesentlig. I denne oppgaven vil den faktiske årsakssammenheng ha primærfokus.

Men kommer således til problemstillingen om hva som ligger i begrepet faktisk årsakssammenheng: Hvorledes defineres årsak? Spørsmålet kan fra et rettsfilosofisk ståsted reises i formen hva er x? Eller mer presist, hva er årsakssammenheng? Gjennom en mengde drøftelser i juridisk teori og i rettspraksis, har man forsøkt å definere dette begrepet og gitt det et nærmere innhold.

Kravet om årsakssammenheng bygger i norsk rett på betingelseslæren. Denne formuleres ved at en handling/unnlåtelse er årsak dersom denne var en nødvendig betingelse for skaden/følgens inntreden. Læren som utgangspunkt for vurderingen av årsakssammenheng formuleres på følgende måte i Rt. 1992 s. 64 (P-pille dom II):

*”Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte. Handlingen eller unnlatelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer.”*

Det man ønsker å bevise eller å motbevise ved å benytte sakkyndige i spørsmålet om årsakssammenheng er således, om en årsak er eller ikke er en nødvendig betingelse for en

---

<sup>12</sup> Nygård, Hagen, Nome ”Årsak og bevis” s. 12

skade. Dette kan bare besvares ved at unnlatsen/handlingen er eller ikke er en nødvendig betingelse. Det er med andre ord et enten/eller spørsmål.

I norsk rett benyttes altså en hypotetisk læresetning til å definere hva som ligger i begrepet ”faktisk årsakssammenheng.” Konsekvensen av dette er at det foreligger faktisk årsakssammenheng for enhver handling/unnlattelse som er en nødvendig betingelse for følgen/skadens inntreden. En sakkyndig må således stilles ovenfor spørsmålet: Er handling/unnlatsen en nødvendig betingelse for følgens inntreden?

Den neste presiseringen som må foretas i en drøftelse av årsakssammenheng, er hva som ligger i ordet nødvendig betingelse? Hvilke retningslinjer for hva en nødvendig betingelse er, skal gis til de sakkyndige? Man skal ta utgangspunkt i det faktiske hendelsesforløp. Det faktiske hendelsesforløp må med andre ord først presiseres. Dette innebærer at en sakkyndig som skal vurdere om det foreligger årsakssammenheng må ha et bestemt faktum å forholde seg til. Det er det ikke alltid man har. Eksempelvis vil en medisinsk sakkyndig i en sak om nakkesleng kunne vurdere årsakssammenheng forskjellig avhengig av hvilken hastighet man legger til grunn at en personbil hadde på ulykkestidspunktet.

Det er også svært viktig at den sakkyndiges bes om å gi klart uttrykk for hvilket faktum som ligger til grunn for deres vurdering av årsakssammenheng

Det faktum man så legger til grunn, må vurderes opp mot et hypotetisk faktum. Et faktum hvor den påstått ansvarbetende faktor tas bort, eks. kollisjonen. Denne vurderingen var blant annet sentral i Rt. 1998 s. 1565 – ”Anne Lene Lie”-saken. Her uttalte førstevoterende følgende:

*”Etter bevisførselen og den bevisvurdering som må legges til grunn, har ikke påkjørselen i 1998 vært årsak til at Lie er arbeidsufør. Også under den forutsetning at påkjørselen ikke har funnet sted, må det etter mitt syn legges til grunn som overveiende sannsynlig at Lie ville vært arbeidsufør.”*

Faktisk hendelsesforløp sammenlignet med hypotetisk hendelsesforløp ledet altså til at påkjørselen ikke ble ansett som en nødvendig betingelse for følgen.

I tillegg til at ”nødvendig” begrepet i årsakssammenhengsspørsmålet inneholder en sammenligning av faktisk og hypotetisk hendelsesforløp, innfortolkes det også en begrensning av årsaker. Årsaker som i utgangspunktet er å anse som nødvendige betingelser, men som man likevel ikke pålegger ansvar. Dette formuleres på følgende måte i P-pille dom II, Rt. 1992 s. 64:

*”Spørsmålet blir etter min mening om bruken av **p-pillen** Lyndiol var en nødvendig betingelse for at A ble rammet av hjernetrombosen. På bakgrunn av de opplysninger som foreligger og som jeg kommer tilbake til, kan mye tale for at det her foreligger et tilfelle av samvirkende skadeårsaker, hvor flere faktorer har vært nødvendige for skaden. Når jeg i det følgende drøfter om **p-pille**bruken er en nødvendig betingelse eller årsak til skaden, legger jeg samtidig i uttrykket ”nødvendig” at den har vært så vidt vesentlig i årsaksbildet at det er naturlig å knytte ansvar til den.” (min understrekning)*

Det kan for meg bryte noe med den logiske sammenhengen i årsakslæren å hevde at i ”nødvendig” begrepet ligger en begrensning av årsaker som anses uvesentlige. Med dette mener jeg at det kan være vanskelig å få sammenheng i at en årsak som er en nødvendig betingelse, altså en forutsetning for at følgen inntreffer, likevel er uvesentlig. Denne begrensningen er imidlertid benyttet av Høyesterett, og må anses å være uttrykk for gjeldende rett. ”Vesentlighetsbegrensningen”, tidligere betegnet som en modifisert hovedårsakslære, gjelder ved samvirkende årsaker hvor en eller flere årsaker anses som lite betydelige i hendelsesforløpet. Om grensene for hva som anses å være en nødvendig, men ”uvesentlig” vises til Rt. 2003 s. 338 ”Dykkerdommen”, Rt. 1998 s. 1565 ”Anne-Lene Lie-dommen” og Rt.2000 s. 915 ”Dispiril-dommen”.



Betingelselæren er tilstrekkelig dersom en skal vurdere om en påstått årsak (monofaktoriell) har forårsaket følgen. Det er imidlertid svært ofte i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng spørsmål om å vurdere flere årsaker, deres eventuelle samvirke eller om hvilke av de som er ansvarsbetingende. Betingelselæren som beskrevet ovenfor gjelder for samvirkende årsaker dvs. hvor to eller flere nødvendige betingelser uavhengig av hverandre har virket sammen mot skaderesultatet.<sup>13</sup>

Et alternativ ved samvirkende årsaker kunne vært å anvende ”hovedårsakslæren”. Denne går ut på at man ved samvirkende årsaker sjalter ut mindre og uvesentlige deler av årsaksforløpet og utpeker hovedårsaken som den ansvarlige årsak.<sup>14</sup> Et eksempel på bruk av hovedårsakslæren finnes innen trygderetten. Rt. 2005 s. 495 gjaldt krav om godkjenning av yrkessykdom som yrkesskade etter folketrygdlovens § 13-4 om yrkessykdommer. Spørsmålet for retten var om en kvinnes lungekreft var forårsaket av hennes egen røyking eller passiv røyking hun var utsatt for i sitt arbeid. Høyesterett kom til at det forelå samvirkende årsaker, hvorefter 55% av sykdommen skyldtes egen røyking og 45% skyldes yrkesrelatert passiv røyking. På denne bakgrunn konkluderte retten med at den yrkesrelaterte påvirkning ikke var hovedårsaken til lungekreften, og at yrkessykdommen således ikke i sin helhet kunne godkjennes som yrkesskade.

Dersom dette var en erstatningssak ville betingelselæren medføre at begge påvirkningene ble ansett som nødvendige betingelser for følgen, og jeg kan vanskelig se at man ville komme til at noen av årsakene ble ansett som uvesentlige i hendelsesforløpet.

Det er etter min oppfatning noe forvirrende at man anvender forskjellige typer årsakslærer med vidt forskjellige utslag innen erstatningsretten og trygderetten. Men, man kommer ikke utenom at gjeldende rett faktisk er slik dersom man sammenligner Rt. 1992 s. 64 med Rt. 2005 s. 495. Videre mener jeg den årsaksfordelingen som skal skje ved anvendelse av ”hovedårsakslæren” er svært vanskelig i praksis. I den ovennevnte dom kom man til at 55%

---

<sup>13</sup> Lødrup, ”Erstatningsrett” s. 301

<sup>14</sup> Lødrup, ”Erstatningsrett” s. 297

av følgen var forårsaket av skadelidtes egen røyking, mens 45% var forårsaket av yrkesrelatert påvirkning. Et betimelig spørsmål er om man i det hele tatt har belegg for å foreta en sånn "finregning" av årsaksfordelingen. Dommen var kommentert i en artikkel i Advokatbladet av august 2005. Her uttalte flere medisinske sakkyndiges seg om den foretatt årsaksfordelingen. Tor Bjerkedal, en av landets fremste epidemiologer, uttalte følgende i denne forbindelse:

*"Å prosentuerer årsaker på denne måten er helt uriktig. Det bærer galt av sted når man anvender gruppestatistikk på enkeltindivider på denne måten."*

Overlege Tor Norseth ved Statens arbeidsmiljøinstitutt fremhevet det samme som Tor Bjerkedal og uttalte videre:

*"Praksisen bygger på rent gjetteri. Det finnes ikke biologisk grunnlag for en slik årsaksfordeling. At graden av eksponering skal kunne bestemme fordeling av årsak, er helt umulig."*

Hovedårsakslæren gjelder ikke innen erstatningsretten ved vurderingen av om en årsak kan ha forårsaket følgen eller ved samvirkende årsaker. Problemet med "finregning" på årsaksfordeling vil således være mindre her enn i trykksrettlig sammenheng.

Samvirkende årsaker kan ofte inndeles i såkalte "disponerende årsaker" og "utløsende årsaker". Utgangspunktet er at begge former for årsaker, er ansvarsbetingende dersom de anses være nødvendige betingelser for følgens inntreden. I saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng vil det ofte være skadelidtes helsemessige disposisjoner som er å anse som disponerende årsak, og eks. en ulykkeshendelse, et traume o.l. som er den utløsende årsak.

I en del tilfeller vil betingelseslæren være utilstrekkelig i sin logiske utforming. Dette gjelder for flere årsaker hvor en eller flere av dem alene er tilstrekkelig for å forårsake

skaden. Det kan være årsaker som i og for seg har samvirket i resultatet, men der skaden likevel ville skjje dersom en av dem tenkes borte. Et annet tilfelle er ved såkalte ”konkurrerende årsaker”. I disse tilfellene vil flere årsaker hver for seg være sterke nok til å volde skaden. Dette innebærer som i førstenevnte tilfelle, at skaden ville skjedd selv om en av dem tenkes borte.<sup>15</sup> Disse tilfellene vil utgjøre unntak fra betingelseslæren.

Vurderingen av den årsakssammenheng er oftest ukomplisert. Problemene oppstår hvor man er område med stor faktisk tvil. Det kan være usikkerhet i hva som rent faktisk har skjedd, og selv om man legger et visst faktum til grunn foreligger det usikkerhet om hvilke følger dette kan ha eks. ved manglende medisinsk kunnskap om årsaker eller manglende objektivt konstaterbare funn så som ved nakkeslengskade og ”utelukkelsesdiagnoser.” Det er da en forutsetning for en riktig avgjørelse basert på rettsreglene at det juridiske kravet til årsakssammenheng blir lagt til grunn for vurderingen, ikke hvorvidt man for eksempel kommer frem til en bestemt diagnose.

Dersom man her kommer til at det ikke foreligger faktisk årsakssammenheng, foreligger heller årsakssammenheng i rettslig forstand. Det er imidlertid heller ikke tilstrekkelig at man har bevist (som mer enn 50% sannsynlig) at det foreligger årsakssammenheng, denne har i tillegg rettslige avgrensninger.

Den første rettslige avgrensningen som må foretas er å skille ut årsaker som er så uvesentlige i hendelsesforløpet at det ikke er naturlig å knytte ansvar til dem. Dette gjelder som det fremgår av P-pille dom II, Rt. 1992 s.64, ved tilfelle av at flere årsaker til sammen har forårsaket følgen. Etter prinsippet om årsaksfordeling på samme måte som ved bruk av hovedårsakslæren, skal man sjalte ut de årsaker som anses uvesentlige for hendelsesforløpet. Også her vil det ofte være nødvendig for å kunne si noe om en årsak er uvesentlig, å anvende sakkyndigvurderinger.

Videre oppstilles det er krav om at følgene av årsaken, skal være påregnelig eller adekvat. Dette er systematisk sett ikke en del av spørsmålet om årsakssammenheng, men en ytre grense for det ansvar man pålegger den faktiske årsak. Når jeg likevel finner grunn til å nevne dette i denne sammenheng, er det fordi det også i denne vurderingen kan være behov for sakkyndigbistand. Bakgrunnen for kravet om at årsakens følger må være påregnelig fremgår av Rt. 1973 s. 1268 "Flymanøverdommen" hvor dommeren uttalte:

*"Det synes åpenbart at det under nåtidens tekniske og samfunnsmessige forhold må settes en grense for erstatningspliktes mulige ringvirkninger. Ellers ville en måtte regne med at erstatningsplikten ofte kan komme til å seg urimelige, urettferdige og for den enkelte skadevolder helt ruinerende utslag"*

### 2.3 Beviset for årsakssammenheng (kausalitet)

Bevistemaet er om det foreligger årsakssammenheng mellom en eller flere årsaker og følgen/skaden.

Beviskravet er at det skal foreligge overvekt av sannsynlighet for at det foreligger årsakssammenheng. Dette betyr at dommeren ikke kan pålegge erstatningsansvar hvis han finner at den påståtte årsakssammenheng, har en sannsynlighet for seg som er mindre enn 50%.<sup>16</sup>

Også hva det vil at det foreligger "overvekt av sannsynlighet" er det sentralt at man forklarer for den sakkyndige. "Sannsynlighet" kan bygges på flere teorier og vurderinger, og det er slett ikke sikkert at en jurist og en eksempelvis en medisinere har en omforenet begrep i så måte. At det er nødvendig å presisere begrepet er tydelig, dersom man ser på oppgaven som gis til de sakkyndige gjennom standardmandatet i NOU 2000:23: Nederst under temaet årsakssammenheng bes sakkyndige om å angi sannsynligheten for årsakssammenheng som større eller mindre enn 50%. Men hvilken sannsynlighet er det snakk om?

---

<sup>16</sup> Lødrup "Erstatningsrett" s. 319

Jeg nevnte blant annet under kapittel 1.3 om utvelgelse av sakkyndig at man i flere tilfeller ser at det fra medisinsk hold anvendes generell statistikk for å besvare sannsynligheten for et gitt faktum eks. er skadelidtes helseplager forårsaket av arbeidsmiljøet? Etter min oppfatning bør man være forsiktig med å anvende, og i alle fall å tillegge betydelig vekt, på argumenter av hentet fra generell statistikk.

At generell statistikk ofte anvendes som et tungtveiende argument i den sakkyndiges vurdering skjer fordi en blander sammen to ”sannsynlighetsbegrep”, det juridiske- og det matematisk-statistiske. Et matematisk sannsynlighetsbegrep innebærer at sannsynligheten for et bestemt utfall er den relative hyppigheten utfallet opptrer i det lange løp, dvs. når vi tenker oss at forsøket blir gjentatt og gjentatt i det uendelige.<sup>17</sup> Sannsynlighet i denne form pretenderer ikke å si noe om sannsynlighet i det konkrete tilfelle. Fra ”Frekvens-omgrep som juridiske normer” av Nils Nygård hitsettes:

*”Ordet sannsynlighet er såleis, for det første, knytt til matematisk eller statistisk sannsynlighet. Det er den som mest blir brukt ved sannsynlighetsrekning. Kjernen i sannsynlighet i denne grunntydninga er å gi uttrykk for sanning om statistisk fordeling mellom dei aktuelle alternativ. Og på dette punktet gir den uttrykk for ei abstrakt fordeling, den seier normalt ikkje noko om sannsynlighet for det konkrete tilfelle.”*

Statistisk sannsynlighet kan si noe om muligheten for at et gitt faktum. I den forstand at det kan bidra til å vise til at denne skaden har skjedd før, og at det derfor er mulig eks. vi har observert at røyk har forårsaket lungekreft. Men, det kan ikke si noe om vedkommende faktisk har lungekreft.

Man kan imidlertid vanskelig hindre at det føres bevis, i dette tilfelle sakkyndige, for statistisk sannsynlighet: Norsk rett bygger på fri bevisførsel og fri bevisvurdering. I en artikkel publisert i ”Advokatbladet” i august 2005 var Rikstrygdeverket kritisert for anvendelse av medisinsk sannsynlighet i sin vurdering av om det forelå

---

<sup>17</sup> Odd O. Aalen ”Innføring i statistikk” s. 56

årsakssammenheng. Saksbehandler Morten Gaarder og fungerende avdelingsdirektør Lasse Henriksen i Rikstrygdeverket uttalte følgende angående dette:

*”For det andre påpeker Rikstrygdeverket at det riktig nok er slik at man ut fra studier på gruppenivå ikke kan slutte med absolutt visshet om hva som er årsak i et enkelttilfelle, men statistiske opplysninger på gruppenivå vil derved ikke være uten beviskraft, det vil si evne til å sannsynliggjøre årsak. Rikstrygdeverket understreker at forståelsen av § 13-4 andre ledd nettopp er tuftet på at man skal slutte noe om årsakssammenheng ut fra yrkesfaktorens styrke og relevans. I tråd med hovedprinsippet i norsk prosesslovgivning som innebærer fri bevisvurdering, må trykdeetaten og domstolen kunne bygge på slike og andre opplysninger når man skal ta stilling til sannsynligheten for årsakssammenheng i den foreliggende sak.”*

Det sannsynlighetsbegrepet som gjelder i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng, er det juridiske sannsynlighetsbegrepet. Bakgrunnen for å formulere et krav om sannsynlighetsovervekt for å fastslå at det foreligger årsakssammenheng er at man ønsker å fremme flest mulige materielt riktige avgjørelser. Dette sannsynlighetsbegrepet må etter min oppfatning forstås på samme måte som ordet sannsynlig gjør i alminnelig språkbruk: Kort og upresist, det som fremstår mest sant. Dette bygger blant annet på at beviskravet gjelder for den konkrete bevisbedømmelsen. Den sannsynligheten kan vises ved at man sammenligner sannsynlighet for x (her årsaksammenheng) med sannsynligheten y (ikke årsakssammenheng). Også denne sannsynligheten kan man presentere eksempelvis hvis man sier at sannsynlighet for x er 40% og den for y er 60%. Til sammen vil de alltid utgjøre 100%. 100% blir, slik jeg forstår det, den totale bevisføringen, og avveiningen av disse tilsier at det foreligger eller ikke foreligger årsakssammenheng.

Den ovennevnte måten å anvende sannsynlighet på er tosidig. Det vil si at man både må ta standpunkt til sannsynligheten for årsakssammenheng, og for ikke-årsakssammenheng. Denne fremgangsmåten ble benyttet i Asker og Bærum tingretts dom av 30.09.1992 (RG-1993-608). Saken gjaldt spørsmål om en manns hjerteflimmer og påfølgende hjerneslag var

forårsaket av en trafikkulykke han hadde vært utsatt for. De sakkyndige i saken var ikke enige i spørsmålet om det forelå årsakssammenheng. Retten foretok en sannsynlighetsvurdering på følgende måte:

*”Ut fra en totalvurdering konkluderer retten med at sannsynligheten for at hjerteflimmeret med derav følgende hjerneslag skyldes de ovenfor nevnte risikofaktorer er større enn at skadene skyldes støt mot brystet (og hodet) ved trafikkuhellet. Det er med andre ord ikke årsakssannsynlighet for at støtet eller støtene ved biluhellet har forårsaket A’s helseplager.”*

Det kan, som sagt, ikke forhindres at man anvender matematisk sannsynlighet som bevis for årsakssammenheng jf. prinsippet om fri bevisførsel. Det er imidlertid heller ikke mitt poeng. Det viktige er at matematisk sannsynlighet bare spiller en rolle som de argumenter de er for det ene eller andre standpunkt, og at man har klart for seg at det her er store forskjeller mellom fagterminologiene. Den juridiske vurderingens innhold må gjennom mandat eller andre fora kommuniseres til de sakkyndige.

Det man reelt sett ber den sakkyndige om når man ber den sette en sannsynlighet for årsakssammenheng jf. standardmandat i NOU 2000:23, er å foreta en bevisvurdering i forhold til beviskravet som gjelder for årsakssammenheng. Hvis den sakkyndige her bygger på eks. det matematiske/statistiske begrepet for sannsynlighet vil man komme til den typen konklusjoner som det vises til i forbindelse med anførsler fra Fylkestrygdekontoret angående årsakene til KOLS (kapittel 1.3): Ettersom det fra medisinsk hold hevdes at det i 90% av tilfellene er røyking som har forårsaket KOLS, mens det bare i 10% av tilfellene er forårsaket av arbeidsmiljøet, vil aldri matematisk sannsynlighet konkludere med at arbeidsmiljøet mest sannsynlig har forårsaket KOLS.

Det er sikker rett for at den som fremsetter krav om erstatning som har bevisbyrden for at årsakssammenheng foreligger jf. blant annet Rt. 1980 s. 1299, Rt. 1997 s.1 og Rt. 1998 s. 1565. Det innebærer at skadelidte har ansvaret for å påvise at det foreligger

sannsynlighetsovervekt for årsakssammenhengen. I og med at den rettsoppnevnte sakkyndiges uttalelser normalt tillegges betydelig vekt, kan denne bevisbyrden være særlig tung dersom den sakkyndige hevder at slik at slik årsakssammenheng ikke foreligger. Tvistemålsloven bygger på fri bevisføring. Dette innebærer at partene kan føre hvilke som helst bevis for sin påstand eks. tekniske sakkyndige, psykologer, sosionomer og nevrologer. En slik omfattende bevisføring vil imidlertid kunne medføre betydelige omkostninger.

I enkelte tilfeller kan bevisbyrden for årsakssammenheng snus, dvs. at det påligger skadevolder å godtgjøre at det ikke foreligger årsakssammenheng. Å snu bevisbyrden krever vanligvis en særskilt begrunnelse.<sup>18</sup> Dette vil kunne være tilfelle hvor skadevolder er en svært ressurssterk part i forhold til skadelidte og det er skadevolder som har tilgang til bevisene (bevissikringshensynet). Det klassiske eksempelet på at bevisbyrden snus finnes innenfor forurensningssektoren hvor ”omvendt” bevisbyrde er lovfestet i forurensningslovens § 59.

Konsekvensen av at man har bevisbyrden, er at man også har tvilsrisikoen. Det vil bety at dersom man ikke har godtgjort et faktum som retten anser sannsynlig, har man ikke oppfylt bevisbyrden og vil få en dom i mot seg.

#### 2.4 Bevisbedømmelsen

Norsk prosess bygger på prinsippet om fri bevisbedømmelse, jf. tvistemålslovens § 183. I prinsippet om fri bevisbedømmelse ligger at retten etter en fri vurdering av de bevis som er ført i saken dvs. gjennom den del av saksbehandlingen retten skal bygge avgjørelsen på, avgjør hvilket saksforhold som skal legges til grunn for avgjørelsen.<sup>19</sup> Dette innebærer at dommeren etter beste skjønn skal gjøre seg opp en mening om de faktiske forhold.<sup>20</sup>

Alternativet til fri bevisbedømmelse, er bundet bevisbedømmelse. Dette betyr at vekten av de enkelte bevis er gitt gjennom normer for vurderingen. Bundet bevisbedømmelse finnes

---

<sup>18</sup> Se Nils Nygård ”Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak.”

<sup>19</sup> NOU 2001:32 Rett på sak, kapittel 16

<sup>20</sup> Lødrup ”Erstatningsrett” s. 317



bare i begrenset utstrekning i norsk rett, og gjelder ikke innenfor saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng.

Selv om bevisbedømmelse i erstatningsretten er fri, finnes enkelte normer for hvordan bevisbedømmelsen skal foretas. Eksempelvis gir Rt. 1992 s. 64 retningslinjer for hvorledes bevisbedømmelsen skal skje ved nakkeslengskader.

### 3.0 NÆRMERE OM ENKELTE TEMAER VED BRUK AV SAKKYNDIGE

#### 3.1 Bevisst eller ubevisst misbruk av vitenskap

I de aller fleste tilfeller oppstår nok misforståelser og feilslutninger mellom sakkyndige og rettsanvendere som følge av manglende forståelse, kunnskap og innsikt i den andre aktørs fagfelt. Det med andre ord misforståelser som skjer selv om den andre part har de beste intensjoner.

Men, bruk av sakkyndige åpner også for muligheter til direkte misbruk. Vanskene rettssystemet har med å overprøve fagkyndiges vurderinger, kombinert med den bevismessige vekt disse ofte tillegges, åpner for at vurderinger basert på uhederlige intensjoner, kan blir styrende for domstolens avgjørelser.

Innen for strafferettspleien har man i lengre tid diskutert dette problemet. Teamet var blant annet opp i det såkalte "Rogum-utvalget", NOU 2001:12 om rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker. Utvalget tok til orde for at det var behov for en langt strengere kontroll med bruken av sakkyndige, herunder systematisk intern kvalitetssikring og klarere og strengere regler for habilitet.

Et klart eksempel på hvorledes systemet med sakkyndigvurderinger kan utnyttes, er den pågående granskningen av to profilerte sakkyndige innen psykiatrien. Påstanden er at disse to har solgt legerklæringer som senere har vært anvendt for å bedre soningsforholdene til kriminelle og i forbindelse med benådningssaker. Dersom påstandene medfører riktighet, gir de en tydelig pekepinn på systemets svakhet.

Salg og fabrikasjon av legeerklæringen på denne måten er straffbart og flere har tatt til orde for at det i det nevnte tilfellet foreligger korrupsjon. Man må anta at denne typen grove tilfeller hører sjeldenheten til. Mer interessant er det å se på de variantene i mellom en nøytral og uavhengig erklæring, og det som er direkte kriminelt. Jeg tenker på grensetilfellene, hvor uavhengigheten til partene er beheftet med usikkerheten, profitten bak den ene eller andre konklusjonen er utydelig, og rollen vitenskap spiller i det bestemte spørsmål er uklar. Dagens lovgivning har vanskelig for å fange opp de nevnte tilfellene. Fri bevisførsel kombinert med fri bevisbedømmelse og ikke særlig strenge habilitetskrav for de sakkyndige, medfører at det finnes mange muligheter for bevisst eller ubevisst misbruk av sakkyndigvurderinger som det er vanskelig for domstolene å føre kontroll med.

En part kan føre ethvert sakkyndigvitne for å bevise sin påstand eks. om erstatningsrettslig årsakssammenheng. I disse sakene er det ofte betydelig tvil knyttet til sakens faktum: Man mangler håndfaste bevis både for hendelsesforløpet og/eller for følgen av det eventuelle hendelsesforløpet. Denne tvilen om faktum, muligens også dommerens rent psykologiske ønske om ha noe konkret å støtte sin avgjørelse på, gir rom for å "skape en sikkerhet" ved føre bevis som har et skinn av "vitenskapelighet".

En form for bruk av sakkyndige som har vært kritisert og som jeg mener befinner seg i grenselandet for nøytralitet og vitenskapelighet, er forsikringsselskapers bruk av teknisk sakkyndige i sviksaker (brannskade/biltyveri) og i forbindelse med nakkeslengskader.

I "nakkeslengsakene" dvs. hvor spørsmålet er om det foreligger årsakssammenheng mellom en ulykke og påståtte følger, fører forsikringsselskapene ofte teknisk sakkyndige fra ingeniørfirmaet REKON som bevis. REKON jobber, jf. opplysninger gitt i dom gjengitt i RG 2002 s. 92, som utreder av trafikkuulykker hovedsakelig for forsikringsbransjen og politiet. Det er betimelig å beskrive REKON som fast oppdragstaker for tekniske vurderinger i forsikringsbransjen.

Ingeniørfirmaet REKONs arbeid i forbindelse med nakkeslengskader innebærer å analysere skader på kjøretøy, bremsespor o.l. funn fra en trafikkulykke. På bakgrunn av analysen mener selskapet å kunne si noe om hvilke hastighetsendringer kjøretøyene har hatt. For å komme frem til dette benyttes dataprogrammet "PC-crash"/"Scan-crash". Deres vurdering av hvilken hastighetsendring skadelidte har vært utsatt for, har vært lagt til grunn i en rekke rettsavgjørelser, jf. blant andre Oslo tingretts dom 2000-8175 og i Hålogaland lagmannsretts dom av 10.07.2003 (HL-2002-838). I sistnevnte dom, som gjaldt krav om erstatning for nakkesleng, kom retten til at skadelidte ved påkjørselen var utsatt for svært beskjedne krefter og uttalte følgende om REKONs beregning:

*"Ingeniørfirmaet REKON har analysert ulykken for å beregne hastighetsendringen og belastningen As bil var utsatt for. Lagmannsretten finner ikke grunnlag for å trekke i tvil konklusjonen i rapporten fra REKON om at bilens hastighetsendring lå mellom 6,8 km/t og 10,8 km/t."*

Det er to momenter som gjør at det må utøves forsiktighet med å legge til grunn denne formen for sakkyndigvurderinger:

- den sakkyndiges tilknytning til en av partene
- sakkyndigvurderingens vitenskapelige holdbarhet

Når det gjelder sakkyndiges tilknytning til partene vises til punkt 3.4 om habilitet.

Jeg mener man ved anvendelse av denne formen for sakkyndigvurderinger benytter vitenskapelige metoder, på spørsmål som ikke kan besvares i denne form. Vurderinger av et kjøretøys hastighet i ettertid av ulykken, er skjønnsmessig og kan ikke kvantifiseres ved å benytte modeller som ikke samsvarer med virkeligheten.

Den vitenskapelige holdbarhet av tekniske beregninger av hastighetsendringer er grundig gjennomgått av Pål Mitsem i artikkelen "Sakkyndig bevis i nakkeslengsaker" publisert i Lov og Rett nr. 8, 2003. Hans konklusjon er at beregninger som foretas med utgangspunkt

i hvilke skader bilene har fått under sammenstøtet er uten interesse og mangler vitenskapelig grunnlag. Han uttaler følgende som avsluttende kommentar:

*”Imidlertid er det ingen unnskyldning for at forsikringsselskap og konsulentselskap gjennom lang tid har fremlagt og vist til beregninger som de må ha forstått villeder motparter og domstoler, som ikke har hatt kunnskap om den betydelige forskjell mellom hastighetsendring for bilen og hastighetsendring for passasjer og fører, særlig ved kollisjoner i lav hastighet.”*

Jeg er langt på vei enig i Mitsems konklusjoner. Eksempelvis har man i flere rapporter fra REKON basert seg utelukkende på fotografi av et kjøretøys bremsespor og kjøretøyets skader, og deretter presentert ”finregninger” av hvilken hastighet kjøretøyet har hatt. Jeg mener bruk av denne formen for sakkyndige bevis er bedre egnet til å villeder retten enn til å veilede den. Det gis et ytre inntrykk av vitenskapelighet som ikke samsvarer med innholdet, men det er likevel tidkrevende og vanskelig for retten å kunne kontrollere dette. Det er også slik at skadelidte, eller eventuelt forsikringsselskapet dersom det er skadelidte som anvender slik former for sakkyndigbevis, må imøtegå og legge inn betydelig arbeid i å vise beregningens skjønnsmessige karakter.

At denne typen utredninger kan ha svak bevisverdi, blir med jevne mellomrom også påpekt av retten. En illustrerende uttalelse fremkommer i Gulating lagmannsretts dom av 11.04.2003, LG-2003-9487.

*”Ingeniørfirmaet **Rekon** DA, Norsk Heiskontroll og ingeniør Einar Sjødin har alle foretatt teoretiske beregninger av hvilken kraft A ble utsatt for ved heisuhellet. Lagmannsretten nøyer seg med å konstatere at det er betydelige forskjeller i de konklusjoner som er trukket på bakgrunn av de foretatte beregninger. Etter at **reko**nstruksjonen er gjennomført finner lagmannsretten imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på disse.”*

Kritikk av de beregninger som er foretatt fremgår også i Borgarting lagmannsretts dommer av 26.09.2001 (RG 2002 s. 92) og av 01.02.1998 (LB-1998-672).

Slik bruk av sakkyndige skaper gir bevisbedømmelsen et positivistisk preg. Med dette mener jeg at man skaper en illusjon av at saken avgjøres på bakgrunn av positivt angitte kjensgjerninger. Det er ikke realiteten i saker med svake holdepunkter i faktum for hva som egentlig har skjedd. I disse sakene må man holde fast ved at vurderingene er skjønnsmessige, verken mer eller mindre, og fatte avgjørelsen basert på dette.

### 3.2 Sakkyndiges uttrykk for tvil

Et problem med vurderinger gitt av sakkyndige er at de i mange tilfeller gir uttrykk for en ”skråsikkerhet” som senere viser seg å ha vært uholdbar. De mest omtalte eksemplene på dette finner vi innen strafferetten. Både i ”Liland-saken” og i ”Torgersen-saken” var de sakkyndige vurderingen og deres uttrykk for sikkerhet i sin konklusjon svært sentrale for domfellelse. Det samme gjelder for en rekke incest-saker fra tidlig på 1990-tallet.

Det ovennevnte eksemplene skulle tilsi at man bakgrunn av erfaring fra tidligere saker, utøvet forsiktighet med å være ”skråsikker” i sin konklusjon. Likevel fremgår det i en rekke saker at de medisinske sakkyndige fremstår overbevist om at deres konklusjon representere den eneste sannhet.

I erstatningssaker som ender med rettssak foreligger det svært ofte tvil både om faktum (hendelsesforløpet) og hvilke følger dette har fått (nakkesleng/løsemiddelskade etc.). Det kan foreligge manglende objektive kjensgjerninger på en rekke områder. Fravær av disse skulle tilsi at de vitenskapelige slutningene på bakgrunn av dem ble vage. I tillegg kommer at selve vitenskapen kjensgjerningene anvendes på er usikker. Så vel i nakkeslengsaker som i saker om løsemiddelskade og om spørsmål om produktansvar, er den medisinske vitenskapen i stadig utvikling og man avdekker over tid både styrker og svakheter i vurderingene.

Annenvoterende påpekte usikkerheten innen medisin ved vurdering av nakkeslengskade i P-pille dom II, Rt. 1992 s.64. Fra votumet hitsettes:

*”Det er mitt inntrykk at den medisinske vitenskap på området ennå befinner seg i en ”letefase”, hvor både undersøkelsesmetoder og resultatvurdering er under utvikling*

*og stadig endrer seg. Dette tilsier etter min mening varsomhet med å trekke en slik konklusjon om årsakssammenheng i denne saken som førstvoterende vil gjøre. ”*

Hva som er bakgrunnen for at det ofte uttrykkes sikkerhet omkring den sakkyndiges konklusjon, er det vanskelig å gi noe entydig svar på. Det kan tenkes at en del av forklaringen ligger i den nære tilknytningen mellom medisin som fag og naturvitenskapene. Fagtradisjonen her tilsier at man på bakgrunn av empiri og lovmessige sammenhenger forsøker i si noe om virkeligheten. Dersom man kommer til at det foreligger en sådan lovmessig sammenheng, er påstanden bevist og dermed vitenskapelig. Dette leder igjen til at man opererer med enten/eller svar: Enten er det vitenskapelig bevist eller så er det falsifisert. Vitenskapelige konklusjoner tillegges høy grad av sikkerhet på bakgrunn av de strenge krav vitenskapelig metode stiller til bevisene. For en medisinsk sakkyndig kan det være vanskelig å ”løsrive” seg fra denne fagtradisjonen, selv om de fakta man slutter fra er vage. Videre kan det ikke utelukkes at ”skråsikkerheten” kommer av den sakkyndiges egen prestisje, verdinormer eller et ønske om å tilfredsstille den enes parts påstander.

Innen jussen har man derimot stor tradisjon for å håndtere tvil, både om faktum og eventuelle følger. Selv om alle disse omstendighetene er belagt med usikkerhet, må retten fatte en avgjørelse: Enten er det sannsynliggjort gjennom rettsbehandlingen, alle forhold tatt i betraktning, at det foreligger årsakssammenheng eller at det ikke gjør det.

”Skråsikkerhet” fra medisinsk hold kan fra etter dommerpsykologisk perspektiv fremstå ”blendende”. Det kan være vanskelig for dommeren å vurdere om de fremsatte konklusjoner er tilstrekkelig faglig fundamentert. Det kan også tenkes, mener jeg, at dommeren ikke alltid er like opptatt av å avdekke feil ved den sakkyndiges vurderingen. Med dette mener at det fremstår som en betryggelse av dommerens egen konklusjon at den har støtte i ”sikre” sakkyndigvurderinger. Avgjørelser basert på rent skjønnsmessige vurderinger ut fra vage forutsetning, kan være svært vanskelig å fatte. Når så vurderinger som fremstår ”sikre” i vitenskapelig forstand, gir de skjønnsmessige vurderingene legitimitet, kan det tenkes at dommeren er mer imøtekommende ovenfor de sakkyndiges konklusjoner enn deres vitenskapelig belegg skulle tilsi.

Mitt poeng er her, at sakens aktører, så vel advokater som dommere og sakkyndige, har et ansvar for å belyse den tvil som er tilstede. For de sakkyndige er det viktig at man tar hensyn til de erfaringer man har fra tidligere, og gjør nøye rede for hvilke forutsetninger og premisser konklusjonene bygger på. For sakens parter er det en utfordring å sikre at dette temaet blir belyst i løpet av sakens gang. Dette forutsetter både kunnskap om andre fagområder enn jussen, samt at man evner å kommunisere de juridiske rammene for de sakkyndiges vurderinger. Hovedansvaret for å avdekke "sakkyndig skråsikkerhet" ligger imidlertid til retten ved bevisbedømmelsen.

### 3.2 Faglig fokus på bevisvurdering og bevisbedømmelse: Er de sakkyndige domstolenes "sovepute"?

I artikkelen "Norske rettsekspertene ikke gode nok" publisert i Aftenposten den 01.10.2000 uttalte advokat Odd Drevland følgende:

*"Sakkyndige er blitt en sovepute for hele rettsapparatet, og domstolene opphøyer de sakkyndige til mer enn de ofte er. I en del saker er man helt prisgitt de sakkyndiges uttalelser."*

En slik påstand bygger på at rettens arbeid ved bevisbedømmelsen, herunder vurderingen av sakkyndigbevis, ikke er god nok.

Utgangspunktet for bevisbedømmelsen fremgår av tvistemålslovens § 183, hvoretter retten etter en samvittighetsfull prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen skal avgjøre hvilket saksforhold som skal ligge til grunn for dommen. Det utledes også av samme bestemmelse at vurderingen av bevisene i utgangspunktet er "fri". I forhold til vurderingen av sakkyndigbevis, står altså retten "fritt" i sin bedømmelse av hvilken vekt uttalelsene tillegges. Det kan imidlertid finnes begrensninger i den "frie vurdering", eks. normer eller alminnelige erfaringsregler som har vokst frem i rettspraksis og sedvane for hvilken verdi man tillegger bevisene.

Veiledning for bevisvurderingen i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng, har vokst frem i rettspraksis, selv om man vanskelig kan anse som bindende normer. Oppsummering av disse fremgår av Rt.1999 s. 1473 ”Stokke-dommen”. Fra dommen hitsettes:

*”Skadelidte i vår sak har hatt en langvarig sykehistorie og et sammensatt sykdomsbilde. Saken reiser vanskelige bevissspørsmål. Som en generell veiledning for bevisvurderingen viser jeg til hva førstvoterende uttalte - særlig med sikte på denne sakstypen - i dommen i [Rt-1998-1565](#), se side 1570-1571. Det er særlig betydningen av begivenhetsnære bevis og uavhengige sakkyndige vurderinger jeg her tenker på. Førstvoterende i nevnte dom peker på at nedtegnelser gjort av fagfolk tett opp til den begivenhet som skal klarlegges, har særlig verdi. Det samme gjelder grundige medisinske vurderinger av rettsoppnevnte sakkyndige.”*

I den pågående debatt om sakkyndiges rolle, er det gjentatte ganger gjort gjeldende at domstolen i sin frie bevisvurdering generelt sett tillegger de sakkyndige uttalelsene for høy bevismessig vekt. Særlig illustrerende for dette har de mest omdiskuterte straffesakene vært (Liland-saken, Torgersen-saken og Rødseth-saken).

Hvilken verdi retten tillegger de enkelte bevismidler under en rettssak, er det vanskelig å endre på. I det fleste saker er det nok også slik at det foreligger gode grunner for å vurdere de sakkyndiges uttalelser som bevis av høy verdi. Særlig dersom man også anser de sakkyndige som uavhengige av partene og som representanter for allmenn akseptert medisin.

Når det er sagt, er det likevel grunn til å påpeke at retten har ansvaret for både bevisvurderingen og den senere totale bevisbedømmelse. De sakkyndige er bevis for eller i mot bevistemaet, det er ikke adgang for retten til ”å sette bort” selve avgjørelsen av saken



til de sakkyndige. Det kan gis inntrykk av at dette gjøres, når retten henviser til en sakkyndig å "sier seg enig i" dennes vurdering av subsumpsjonsspørsmål.

Det første problemet man bør ta tak i, er avhjelp av domstolens mulige vansker med å vurdere en sakkyndigvurderings kvalitet og vitenskapelighet. Med nåværende system ligger dette ansvaret på sakens parter. Sakens parter må i løpet av rettssaken belyse de faktiske vurderingen på en slik måte at eventuelle avvik fra allmenn akseptert medisin og uholdbare vitenskapelige vurderinger avdekkes. Man må forutsette at dommeren foretar en forsvarlig behandling av det partene anfører som innsigelser. I tillegg vil det kunne være til stor hjelp for bevisvurderingen om det offentlige hadde bidratt med kvalitetssikring av de sakkyndigerklæringer.

Det er også til hjelp for dommeren her om den sakkyndiges selv presiserer om uttalelser gjelder bevisvurderingen eller om sakens faktiske forhold. Synspunktet fremgår blant annet av drøftelser i NOU 1996:15. Fra denne hitsettes:

*"Det er alminnelig antatt at folk flest har relativt stor respekt for legers autoritet. Dette gjelder fortsatt i dagens samfunn, hvor respekten for autoriteter ellers synes å være avtagende. Når en lege opptrer som sakkyndig i retten, vil både jurister og legdommere normalt legge stor vekt på det som vedkommende gir uttrykk for. Dette vil særlig være tilfelle dersom legen nyter stor faglig anseelse, slik som tilfellet var i Liland-saken. I en slik situasjon er det av stor viktighet at den sakkyndige nøye poengterer hvor han uttaler seg som fagmann og hvor hans uttalelse i tillegg bygger på betraktninger - bevisvurderinger - av ikke medisinsk faglig art. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor den sakkyndige uttaler seg muntlig i retten."*

Den ovennevnte uttalelse peker også på et annet problem: det jeg velger å kalle et behov for bevisstgjøring av de rettslige vurderingene. De sakkyndige kan bli rettens "sovepute" ved at man i stor grad overlater det som egentlig er rettslige vurderingstema til de sakkyndige. Det handler ikke her om at retten mangler kompetanse, men om at sammenblandingen av hva som er faktiske og hva som er rettslige problemstillinger leder til en antagelse om at de sakkyndige også kan besvare sakens rettslige problemstilling. Hvorvidt beviskravet i saker om årsakssammenheng er oppfylt, er et spørsmål om det foreligger sannsynlighetsovervekt etter en bevisbedømmelse av sakens totale bevisførsel.

Denne oppgave tillegger retten. Billedlig beskrevet kan man si at dommerens virkelighet under en rettssak består av 100%. I saken føres bevis for og i mot en påstand, hvor retten, etter å ha fastslått verdien av de enkelte bevis, foretar en bedømmelse av om 51% eller mer av disse tilsier den ene eller den andre konklusjon.

Det tredje problemet jeg ønsker å påpeke er at de problemstillinger bevisvurdering og bevisbedømmelse reiser er viet svært liten plass både i den juridiske litteraturen, i den juridiske utdannelsen og i samfunnsdebatten generelt. Dette er ikke proporsjonalt med den plass bevisvurdering og bevisbedømmelse har i den juridiske praksis. Kompetansenivået bør heves, både når det gjelder dommerens vurdering og partenes evne til presentere svakheter og styrker ved sakkyndigbevis.

### 3.3 Kommunikasjon mellom forskjellige fagmiljøer

Jeg har flere steder påpekt at det for sakkyndige i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng er behov for presisering og forklaring av de sentrale juridiske begreper. Dette gjelder særlig det juridiske innholdet av begrepet ”årsakssammenheng” og hva som ligger i ”sannsynlighetsovervekt”.

Flere juridiske forfattere og flere av de som har engasjer seg i samfunnsdebatten omkring de sakkyndiges rolle, påpeker viktigheten av avklaring av sentrale begreper innen de forskjellige fagdisipliner, blant annet Lødrup i ”Erstatningsrett” s. 327 og Nils Nygaard m.fl. ”Årsak og bevis” s. 12. Randi Rosenqvist, leder i Den rettsmedisinske kommisjon, uttalte følgende om dette temaet i artikkelen ”Nr. 3: Alternativ sannhet” publisert på [www.jus.no](http://www.jus.no):

*” I retten møtes den medisinske og den juridiske profesjonen, og her har også advokatene en jobb å gjøre, mener Randi Rosenqvist. – De to profesjonene har forskjellige måter å etablere en sannhet på. En medisinsk sannhet bygger på et empirisk grunnlag med bort i mot 100 prosent sannsynlighet for at det er slik, mens en juridisk sannhet dreier seg om en sannsynlighetsovervekt. Da må den gode*

*advokat legge opp sin spørsmålsstilling slik at det kommer fram for retten hva som faktisk ligger til grunn, og ikke benytte den forskjellen til å forvirre retten mer, sier Randi Rosenqvist og forklarer:*

*- Når en advokat spør meg om en årsakssammenheng eller en medisinsk forklaring kan være mulig, må jeg som medisiner ofte svare ja, da svært mange forklaringer ikke er umulige. Men jeg vil ikke bli presset til et ja eller nei svar, jeg må få lov til å legge til at det eventuelt er meget lite sannsynlig. ”*

Det er en forutsetning for at sakkyndigvurderinger skal være et verktøy til å fremme flest mulige materielt sett riktige avgjørelser, at de foretas ut fra de riktige rettslige premisser. Det også fordi man i saker om kompliserte årsaksforhold ikke bare spør etter den sakkyndiges egen faglige vurdering, men også ber denne om å foreta rettsanvendelse (subsumpsjon).

Denne forståelsen av de rettslige premissene for vurderingen må også kommuniseres til de sakkyndige. I dag foregår kommunikasjonen med de sakkyndige gjennom mandat, skriftlige erklæringer og deretter muntlig avhør i retten. For sakkyndige uten erfaring fra rettssaker, kan denne informasjonen vanskelig anses som tilstrekkelig for å forstå innholdet av de juridiske begrepene. Bruk av faste sakkyndige ville til en viss grad kunne bidra til bedret kunnskapsnivå om jussen hos de sakkyndige.

Men dette motsvarer også av et behov for kunnskap hos rettsadvokaten om det feltet man ønsker at de sakkyndige skal foreta en vurdering av. Det gjelder ikke bare snever kunnskap om det bestemte fagområde eks. tekniske vurderinger av hastighetsendringer, men også en bredere kunnskap om andre fagdisipliners metoder og tradisjoner. Dette er en uunngåelig nødvendig på et område som erstatningsrett, hvor vurderingen i stor grad baserer seg på tverrfaglighet jf. den ”konsensus” av årsakbegrepet som fremgår av Rt. 1992 s. 64, P-pille dom II.

### 3.4. Naiv habilitet?

Tvistemålslovens § 242 angir habilitetskravene til rettsoppnevnte sakkyndige. I følge bestemmelsen skal sakkyndig ikke oppnevnes dersom denne er inhabil etter domstolslovens § 106, og bør heller ikke oppnevnes dersom denne er inhabil etter § 108.

For private sakkyndige er habilitetskravene noe mer usikre. Helsepersonellovens § 15 henviser til forvaltningslovens § 6 som regulerer habilitet for forvaltningstjenestemenn. Det har vært diskutert om denne bestemmelsen gjelder også når helsepersonell opptrer som sakkyndige. En slik tokning mener jeg imidlertid har de beste grunner for seg.

Etter min oppfatning er den nåværende lovgivning ikke tilstrekkelig verken til å sikre den enkelte sakkyndiges nøytralitet og objektivitet, eller til å fremme en ytre tillit til systemet. At habilitetsreglene burde styrkes var også foreslått av "Røsæg-utvalget" i NOU 2000:23.

Det er også særlig systemet med rettsoppnevning som krever strengere habilitetsregler. Dette må ses i sammenheng med den betydelige bevismessige vekt domstolen tillegger dennes vurderinger. Denne bevismessige vekten er til en viss grad basert på at man mener de rettsoppnevnte er mer uavhengige og nøytrale ovenfor sakens parter, enn sakkyndige som føres som partsvitner.

Dersom denne forutsetningen skal ha noe for seg, må den også reflektere en realitet. Med dagens system er det imidlertid ikke regler som fanger de vage tilknytningene til partene, eller som hindrer at den rettsoppnevnte sakkyndige representerer vitenskapelige "ytterpunktene" innen sitt fagområde. Utvelgelsen skjer oftest på bakgrunn av forslag fra en av partene, og det forslaget retten beslutter seg for er ikke nødvendigvis mer uavhengig enn et annet sakkyndigvitne.

Ved å styrke habilitetsreglene, ville man kunne legitimere den bevismessige vekt sakkyndigvurderingene representerer. Dersom man kunne oppnå større sikkerhet for at denne faktisk er uavhengig, vil man også styrke tilliten til systemet utad.

I forslag til ny tvistemålslov, gjengitt i NOU 2001:32 B "Retts på sak" har man foreslått å utvide habilitetsreglene for rettsoppnevnte sakkyndige. Forslaget til tvistemålslovens § 28-3 punkt 3 lyder:

*"(3) En som ville vært inhabil som dommer i saken, skal ikke oppnevnes som sakkyndig. Også ellers bør det unngås å oppnevne sakkyndig hvor tilknytning til partene, andre sakkyndige eller andre forhold gjør at det kan reises tvil om deres uavhengighet eller upartiskhet. Det utelukker ikke oppnevning av vedkommende som har vært sakkyndig i lavere instans. "(min understrekning)*

Om bestemmelsen heter det videre i forarbeidene:

*"Inhabilitetsregelen i (3) går lenger enn det som i dag følger av tvistemålsloven §242. I sivile saker bør det være en ufravikelig regel at en som ikke ville vært habil som dommer, heller ikke skal oppnevnes som sakkyndig. Men det er også grunn til å vise tilbakeholdenhet med å oppnevne i tilfeller hvor det ikke foreligger regulær habilitet, men hvor det likevel er slik tilknytning eller foreligger slike andre forhold at det vil kunne oppstå tvil om uavhengigheten eller upartiskheten. Det bør f.eks. unngås å oppnevne to leger ved samme sykehusavdeling som sakkyndige i samme sak. Retten må søke å klarlegge om det kan foreligge forhold som kan medføre at vedkommende ikke bør oppnevnes. Det praktiske vil gjerne være at retten ved henvendelse til den mulige sakkyndige spør om det foreligger noen tilknytning til parten eller andre som kan ha interesse av den sakkyndiges utredning eller utfallet av saken eller om det foreligger tilknytning til andre som det også kan være aktuelt å oppnevne. "(min understrekning)*

Lovkastet innebærer en vesentlig forbedring i forhold til nåværende lovgivning. Dette gjelder særlig reglene som går lenger enn det forarbeidene betegner som utenfor "regulær habilitet". Lovbestemmelsen rammer oppnevning av sakkyndig hvor tilknytning til partene, andre sakkyndige eller andre forhold gjør at det kan reises tvil om deres uavhengighet eller upartiskhet.

Dersom denne bestemmelsen blir innført og håndhevet, vil den kunne medføre at man i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng vil være sikrere på en rettsoppnevnt sakkyndigs uavhengighet. Etter min oppfatning vil bestemmelsen også være viktig for vurderingen av nøytraliteten til sakkyndige i saker om personskadeerstatning. I disse sakene

er den sakkyndiges oppgave ofte å vurdere hvorvidt det har vært begått ”feil” ved sykehus eller av bestemte leger. Ettersom dette innen medisinen vil innebære en vurdering av en kollegas arbeid, er det særlig viktig at man sikrer den sakkyndiges uavhengighet til sakens parter.

De foreslåtte regler om uavhengighet og upartiskhet, regulerer ikke de sakkyndiges faglige kvalifikasjoner. Dette innebærer at det også etter tvistemålsloven vil kunne oppnevnes lenger som i og for seg er uavhengig av partene, men som baserer sine vurderinger på faglig overbevisning eller verdinormer som ikke samsvarer med det allment aksepterte sin innen deres fagdisiplin. Denne problemstillingen må eventuelt søkes løst ved andre former for kvalitetssikring, se kapittel 4.2.

### 3.5 Bør rettsoppnevning av sakkyndig oppheves?

Jeg har innledningsvis i kapittel 1.3 hevdet at personvalget ved utnevning av rettsoppnevnt sakkyndig, i enkelte typer saker kan være svært viktig for sakens endelige utfall. Dette gjelder særlig i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng hvor det er mulighet for betydelige sprik i de sakkyndiges konklusjoner. Fra et rettsikkerhetsmessig synspunkt er denne viktigheten problematisk. Dette understrekes ytterligere av de begrensede overprøvningsmuligheter som finnes.

Det er også slik at problemene med rettsoppnevning, kan virke selvforsterkende. Med dette mener jeg at det er en mulighet for at partene i en sak om erstatningsrettslig årsakssammenheng selv bidrar til at de sakkyndige som har synspunkter som ikke er allment akseptert innen fagmiljøet foreslås og heller ikke er uavhengig sakens parter. I en nakkeslengsaker kan man tenke seg at forsikringsselskapet til stadighet foreslår som sakkyndig en medisinsk sakkyndig som er av den oppfatning at det skal svært store kollisjonskrefter til for at en nakkesleng kan oppstå. Det samme kan sies om forslag fra skadelidte om sakkyndige som anes ”skadelidtevennelige”.

Advokat Cato Schjøtz uttalte følgende om valget av sakkyndige i rettssaker i en artikkel publisert i Stud Jur Nr 1./2005:

*”- Når den sakkyndige er oppnevnt av en av partene, vil samarbeidet gå strålende. Hvis det er en rettsoppnevnt sakkyndig kan det bli vanskeligere. Ofte blir det en drakamp om oppnevningen av sakkyndige dommere, fordi retten går tilbake til partene og spør etter forslag. Det er en måte som jeg misbilliger, fordi da vet du aldri hvor uavhengige motpartens forslag til sakkyndige dommere er. ”*

Jeg er på mange måter enig i det advokat Schjøtz her påpeker. En kan på en måte si at en rettsoppnevnt sakkyndig får et skinn av legitimitet som nøytral og uavhengig, som ikke alltid stemmer med bakgrunnen for oppnevningen. Sånn sett er det enklere å forholde seg til de sakkyndige som blir ført som vitner for en part. I disse tilfellene ligger det allerede en implisitt skepsis til deres uttalelser, idet man vet at de føres som vitner av en part. Kanskje burde vurderingen av de rettsoppnevnte sakkyndige være den samme?

Min konklusjon er at det nåværende system med rettsoppnevnte sakkyndige, ikke kan rettferdiggjøres. Denne vurderingen baserer seg på at systemets forutsetninger fungerer. Det foreligger for det første betydelige svakheter ved vurdering av den rettsoppnevntes habilitet. Det finnes heller ingen form for kvalitetssikring av erklæringer avgitt av den rettsoppnevnte.

Følgen av de to førstnevnte momenter er at den bevismessige vekt domstolen tillegger den rettsoppnevnte som følge av partsnøytralitet, ikke er velfundert.

Videre er det et av formålene med rettsoppnevning at denne skal være kostnads- og tidsbesparende. I dette ligger blant annet at rettsoppnevning skal bidra til å begrense behovet for private sakkyndige. Ønsket om dette er i debatten blant annet presentert av Randi Rosenquist, leder i Den rettsmedisinske kommisjon i artikkelen ”Nr. 3: Alternativ sannhet” publisert på [www.jus.no](http://www.jus.no), hvor hun uttalte følgende:

*”Det burde i mindre grad være nødvendig med alternative, partsoppnevnte sakkyndige. Advokaters oppgave burde i større grad være å uteske de alternative syn hos den sakkyndige.”*

Problemet er at dette formålet ikke kan realiseres så lenge systemet ikke sikrer velfunderte sakkyndigerklæring eller partsuavhengighet. Dette sammenholdt med at retten tillegger deres vurderinger betydelig bevismessig vekt, medfører at det i stedet kan være et stort behov for å føre alternative private sakkyndige.

På denne bakgrunnen kunne det tenkes at man burde oppheve hele systemet med rettsoppnevnte sakkyndige, i alle fall i sivilprosessen hvor kontroll- og kvalitetssikring er fraværende.

Men, det er likevel slik at dersom man klarer å realiserer formålene bak rettsoppnevne på slik måte at deres vurderingers legitimitet gis en realitet, kan rettsoppnevne ha gode grunner for seg. Gjennom å kvalitetssikre disse, nødvendig ivaretagelse av uavhengighet og nøytralitet, kan de rettsoppnevnte sakkyndige være en god veiledning for retten og man kan unngå ”amerikaniserte tilstander” hvor de sakkyndige nærmest har en advokatrolle.

### 3.6 Offentlig kvalitetssikring av de sakkyndige

Denne høsten har det vært en opphetet debatt om kvalitetsikring og habilitet av sakkyndige på bakgrunn av avsløringer om at to sakkyndige hadde utnyttet systemet for egen vinning.

<sup>21</sup> Dette har også ledet til en betydelig bredere debatt om de sakkyndiges roller og den offentlige kontroll av disse. Dette har medført at det fra politisk hold er uttrykkes sterk vilje til å vurdere systemene med sakkyndige. Helse- og Omsorgs-departementet gikk sammen med Justisdepartementet ut med en pressemelding den 04.11.2005, hvor det fremgår at man nå setter ned en arbeidsgruppe som skal vurdere bruken av sakkyndige.

---

<sup>21</sup> Psykiater Herlofsen og psykolog Sandstrøm er mistenkt for å ha solgt legeerklæringer til kriminelle.



Behovet og forslag om kvalitet- og nøytralitetssikring var foreslått allerede av de to utvalgene ”Rogum” og ”Røsæg”. Utvalgene uttalte at tilliten til de sakkyndige må styrkes, kvaliteten må bedres og habiliteten må skjerpes. ”Rogum-utvalget”, som vurderte sakkyndigbruk innen strafferetten foreslo blant annet at det opprettes et nøytralt organ som skal sørge for utdanning og sertifisering av sakkyndige.

”Røsæg-utvalget” fremsatte i Nou 2000:23 forslag om at det opprettes en nøytral oppnevningssinstans for sakkyndige og et organ for kvalitetssikring av sakkyndig erklæringer i forsikringsaker. Om forslaget til nøytral oppnevningssinstans uttalte utvalget:

*”Utvalget har drøftet hvorvidt en nøytral instans for oppnevning av sakkyndige vil kunne bidra til å løse dagens problemer knyttet til oppnevning av sakkyndige. Med en slik nøytral oppnevningssinstans mener utvalget her en instans som, etter henvendelse fra en eller begge partene, formidler oppdrag til et utvalg (« pool ») av sakkyndige. Utvelgelsen skjer etter fastlagte prosedyrer basert på matematiske prinsipper for å sikre tilfeldighet i valg. Nøytraliteten mener utvalget må ligge i at instansen er organisert uavhengig av partene, og finansiert slik at instansens uavhengighet ikke kan trekkes i tvil. Utvalget tenker seg instansen selv ikke skal ha spesiell medisinskfaglig kompetanse, utover en medisinskfaglig rådgiverfunksjon som trekkes inn i de tilfellene partene selv ber om assistanse for å komme frem til relevant spesialistkompetanse.”*

Denne oppnevningssinstansen skulle også kunne brukes av retten ved rettsoppnevning av sakkyndige. Forslagene fikk bred støtte i forsikringsbransjen og hos trygdemyndighetene. Også skadelidtes interesseorganisasjoner og advokater som representerer skadelidte, støttet forslagene.

Det er nå henholdsvis 5 og 4 år siden utvalgene avsluttet sitt arbeid, men foreløpig har forslagene de fremsatte blitt gjennomført.

Jeg er overhode ikke i tvil når det gjelder behovet for offentlig kontroll med sakkyndigvurderinger. Jeg er imidlertid ikke sikker på om jeg kan si meg enig i ”Røsægs utvalgets” forslag om en nøytral oppnevningssinstans for sakkyndige er den beste løsningen.

Utvelgelse av en ”oppnevningssinstans” kan lett føre med seg de samme problemer som vi allerede har ved rettsoppnevning av sakkyndige: Det vil oppstå spørsmål om utvalgets

habilitet, utvalgets nøytralitet og upartiskhet og utvalgets kvalitet. Det kan fort virke som man isteden for å gå i dybden på problemstillingene, flyttes de samme problemstillinger til et annet nivå.

Når det gjelder kvalitetssikring et organ for kvalitetssikring av sakkyndigerklæringer, er jeg av en annen oppfatning. Et rådgivende organ ville kunne bidra til en kvalitetssikring av erklæringene, som dagens rettsregler ikke fanger opp. Det er også viktig at dette organet ikke har noen form for avgjørelsesmyndighet, særlig ikke når det gjelder valget av sakkyndig. På denne måten kan organet oppnå en faglig legitimitet, uten at det de samme beskyldningene om partiskhet vil være så fremtredende.

#### 4.0 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Det som er helt på det rene er at man også i fremtiden vil ha behov for sakkyndigbistand i retts sakene. Dette behovet vil sannsynligvis også være økende: Vitenskaplige fremskritt medfører at man etter hvert kan si mer og mer om virkeligheten og samtidig som kunnskapen øker kompliseres stadig den virkelighet domstolen skal ta stilling til. Under disse forutsetninger vil det være desto viktigere at alle aktører, herunder dommere og advokater, er seg bevisst de utfordringer interaksjon mellom forskjellige fagområder medfører. Jeg har i oppgaven pekt på noen av de utfordringene man står ovenfor ved anvendelse av sakkyndige i saker om erstatningsrettslig årsakssammenheng.

De viktigste utfordringene er:

- utarbeidelse av regler som sikrer habilitet, nøytralitet og upartiskhet hos de sakkyndige
- finne frem til et system som ivaretar kvalitetssikring av sakkyndigvurderinger

- fremme tverrfagligkommunikasjon slik at de sakkyndige blir et veiledende instrument for materielt sett riktige avgjørelser
- øke kompetansen innen bevisvurdering og bevisbedømmelse hos juristene.

Det viktigste poenget er imidlertid at en forsvarlig vurdering av de sakkyndige som bevis er dommerens ansvar. Dommerens evne til å vurdere bevis og foreta en skjønnsmessig bevisbedømmelse, er det mest effektfulle hjelpemidlene mot de svakheter enkelte sakkyndigebevis representerer. Sakkyndige er bevis, og det verken er eller skal være deres vurdering alene som avgjør utfallet av en sak.