

**”DAUBERT-NORMEN” – BØR DET INNFØRES EN  
AVSKJÆRINGSREGEL FOR SAKKYNDIGHETSBEVIS I  
NORSK RETT ETTER AMERIKANSK MODELL?**

Kandidatnummer: 585

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 16403 ord

26.11.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Problemstilling og videre opplegg</b>	<b>1</b>
1.1.1	Problemstilling	1
1.1.2	Videre framstilling	1
1.1.3	Avgrensning	2
1.1.4	Kort om Daubert-normen	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>FRI BEVISFØRSEL – HOVEDREGEL OG UNNTAK</u></b>	<b><u>3</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Utgangspunkt</b>	<b>3</b>
2.1.1	Målsetting for straffeprosessen: å avsi riktige dommer	3
2.1.2	Ontologisk, epistemisk og psykologisk sannhet	3
<b>2.2</b>	<b>Fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse</b>	<b>5</b>
2.2.1	Innledning	5
2.2.2	Forbindelsen til uskyldspresumsjonen	8
<b>2.3</b>	<b>Sannhetssøken, men ikke for enhver pris</b>	<b>9</b>
2.3.1	Benthams begrunnelse for fri bevisvurdering	9
2.3.2	Utilitaristen Bentham modifierer sitt prinsipielle utgangspunkt	10
<b>2.4</b>	<b>Kun det relevante bevis kan anføres</b>	<b>12</b>
2.4.1	Hva er relevant?	12
2.4.2	Materiell tilknytning	12
2.4.3	Beviskraft	14
2.4.4	Forhold som allerede er bevist	17
<b>2.5</b>	<b>Ulike typer bevisavskjæringsregler</b>	<b>17</b>
<b>2.6</b>	<b>Bevisføringsmåten</b>	<b>18</b>
2.6.1	Muntlighet	19
2.6.2	Bevisumiddelbarhet	19

2.6.3	Kontradiksjonsprinsippet	19
<b>2.7</b>	<b>Forbudet mot tvungen selvinkriminering</b>	<b>20</b>
<b>2.8</b>	<b>Utlørlig eller ulovlig ervervet bevis</b>	<b>20</b>
<b>2.9</b>	<b>Den frie bevisførselens grenser</b>	<b>21</b>
<b>3</b>	<b><u>BØR DET INNFØRES ET KVALIFIKASJONSKRAV FOR SAKKYNDIGHETSBEVIS?</u></b>	<b>22</b>
<b>3.1</b>	<b>Bruk av sakkyndighetsbevis i retten</b>	<b>22</b>
3.1.1	Sakkyndighetsbevisets oppgave	22
3.1.2	Sakkyndighetsbeviset – et autoritativt bevis	24
3.1.3	Beviskompetanse	25
<b>3.2</b>	<b>Presentasjon av Daubert-normen</b>	<b>27</b>
3.2.1	Historikk	27
3.2.2	Daubert-normen – en avveiningsnorm	29
3.2.3	Daubert-normen anvendt på straffesaker	31
<b>3.3</b>	<b>Prosessuelle ulikheter</b>	<b>31</b>
3.3.1	Partsprosess og inkvisisjonsprosess	31
3.3.2	Bevisavskjæring vs. å tillate bevis fremmet, men tillegge det begrenset vekt	34
3.3.3	Forskjell i omfanget av lekmanndeltakelse	35
3.3.4	Grensedragningen mellom vitne og rettsoppnevnt sakkyndig i norsk rett	36
<b>3.4</b>	<b>Nærmere om vilkårene i Daubert-normen</b>	<b>40</b>
<b>3.5</b>	<b>Relevans-kriteriet</b>	<b>41</b>
3.5.1	Hva er relevant sakkyndighetsbevis etter Daubert-normen?	41
3.5.2	Relevant bevis i norsk rett	42
<b>3.6</b>	<b>Pålitelighetskriteriet</b>	<b>43</b>
3.6.1	Vitenskapelig pålitelighet etter Daubert-normen	43
3.6.2	Vitenskapelig pålitelighet i norsk rett	46
3.6.3	Særlig om grensene for sakkyndighetsbevis	49

<b>3.7</b>	<b>Ulike normer for bevisvurdering</b>	<b>51</b>
<b>3.8</b>	<b>Gråsonen mellom vitner og sakkyndige</b>	<b>54</b>
3.8.1	Daubert-normen anvendt på sakkyndige vitner	54
<b>3.9</b>	<b>Avslutning: vurdering</b>	<b>56</b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>59</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Litteratur</b>	<b>59</b>
<b>4.2</b>	<b>Rettspraksis</b>	<b>60</b>
<b>4.3</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>61</b>
<b>4.4</b>	<b>Annet</b>	<b>61</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og videre opplegg

### 1.1.1 Problemstilling

Problemstillingen i denne oppgaven er om det i Norge bør innføres en bevisavskjæringsregel for sakkyndighetsbevis i straffeprosessen etter modell fra den amerikanske Daubert-normen.

Spørsmålet er todelt. For det første har vi her en vurdering av hvilke kriterier som bør være oppfylt for at noe skal anses som godt nok vitenskapelig arbeid til at det kan presenteres for retten som sakkyndighetsbevis. For det andre oppstår spørsmålet om hva som er virkningene av at disse kriteriene ikke er oppfylt. Avslutningsvis drøfter jeg de lege ferenda hvilke løsninger jeg synes domstolene bør velge.

### 1.1.2 Videre framstilling

Først ser jeg på den frie bevisførsel, og forskjellige begrensninger i den. Særlig har jeg for øye bevisavskjæringsregler som har som formål å virke sannhetsfremmende. Jeg vil så se på sakkyndighetsbevis i dette perspektivet. For siden sakkyndighetsbevis intuitivt vil tillegges særlig autoritativ tyngde, er det nærliggende å tro at de normalt tillegges stor vekt i den samlede bevisvurderingen, og følgelig får stor faktisk og rettslig betydning. Da blir kvaliteten på disse bevisene ekstra viktig. Og man kan reise problemstillingen om ikke kvaliteten er så viktig at man bør sile bevisene som slipper til i retten i større grad enn man gjør i dag, for eksempel ved å vurdere den vitenskapelige gehalten i dem slik det gjøres i

USA etter Daubert-normen. Denne fungerer da de facto som en bevisavskjæringsregel, av en type som er ganske fremmed i Norge. Og dens grunnhensyn er at den virker sannhetsfremmende, vet at dårlig funderte sakkyndighetsbevis ikke slipper til i retten. Vi har med andre ord å gjøre med en bevisavskjæringsregel som etter sitt *innhold* er ganske fremmedartet etter norsk rett, men som likevel ivaretar *hensyn* som er velkjente hos oss.

I del II av oppgaven presenteres prinsippene bak regelen om fri bevisførsel, og de viktigste bevisavskjæringsreglene. Begrunnelsen for dette er at jeg vurderer Daubert-normen som en bevisavskjæringsregel. Da er det etter min vurdering gunstig å først gjøre rede for de andre, lignende bevisavskjæringsreglene som det vil være naturlig å sammenligne den med i norsk rett.

I del III presenterer jeg så Daubert-normens ulike komponenter, og sammenligner så med de relevante momentene i norsk rett. Her vil særlig Den rettsmedisinske kommisjons funksjon være sentralt. Begrunnelsen for dette er at den står i en prosessuell særstilling når det gjelder kontroll av innholdet på sakkyndighetsbevis i norsk straffeprosess.

### 1.1.3 Avgrensning

Jeg behandler kun straffeprosess, og avgrenser mot sivilprosess. Dette er av plasshensyn. Men enkelte steder viser jeg til sivilprosessuelle regler for å illustrere hovedlinjene.

### 1.1.4 Kort om Daubert-normen

Daubert-normen er en metode for vurdering av den vitenskapelige kvaliteten til sakkyndiges materiale. Daubert-dommen ble avsagt av USAs føderale høyesterett i 1993. Det har også kommet et par dommer etterpå som utfyller den, men hovedinnholdet ble fastlagt i Daubert-dommen. I korthet går normen ut på at dommeren må foreta en selvstendig evaluering av metoden de vitenskapelig sakkyndige har brukt. Dette må gjøres

før hovedforhandlingene starter, for essensen er at det sakkyndige materiale som ikke har god nok kvalitet, må avskjæres. Det tillates ikke presentert i retten.

## **2 Fri bevisførsel – hovedregel og unntak**

### 2.1 Utgangspunkt

#### 2.1.1 Målsetting for straffeprosessen: å avsi riktige dommer

Domstolenes viktigste oppgave er å løse rettslige konflikter, og å avgjøre spørsmål om skyld og straff.<sup>1</sup> I dette ligger det at domstolene skal prøve å finne ut hva som har skjedd. Eller fastslå hvem som har retten på sin side, gitt et uomtvistet faktum. Sagt på en annen måte: domstolene skal prøve å finne sannheten. Dette gjelder særlig for sivilprosessen.<sup>2</sup> Allerede i kravet til sannsynlighetsovervekt for domfellelse i straffeprosessen ser vi at andre hensyn enn ønsket om å finne sannheten gjør seg gjeldende – tiltalte må være skyldig utover enhver rimelig tvil. Hensynet til å unngå justismord er så tungtveiende at det aksepteres at terskelen for å domfelle er så høy at skyldige nødvendigvis frifinnes selv om de objektivt sett er skyldige.<sup>3</sup> Dette ses på som et mindre onde enn å operere med en lavere terskel for straffeskyld, noe som ville resultert i flere domfellelser, men kanskje flere justismord.

#### 2.1.2 Ontologisk, epistemisk og psykologisk sannhet

---

<sup>1</sup> Hov s. 113.

<sup>2</sup> L.c.

<sup>3</sup> Jf. neste pkt om ontologisk, epistemisk og psykologisk sannhet.

Det er viktig å presisere at begrepet sannhet, og begrepet ”materielt riktige dommer”, kan ha ulike betydninger. I filosofien skiller man mellom tre kunnskapsteoretiske nivåer.<sup>4</sup> Det *ontologiske* nivået viser til virkeligheten slik den er, de faktiske forhold uavhengig av bevissituasjonen og våre antagelser. Det *epistemiske* nivået tar utgangspunkt i bevissituasjonen, og hva vi har mulighet til å erkjenne ut fra det foreliggende bevismateriale. Det *psykologiske* nivået berører selve bevisbedømmerens kognitive prosesser under bevisvurderingsprosessen, og hans samhandling med andre bevisbedømmere. Dynamikk og hierarki innenfor en gruppe vil her være noe av det sentrale.

Ta for eksempel spørsmålet om Fredrik Fasting Torgersen drepte Rigmor Johnsen fredag 6. desember 1957.<sup>5</sup> Vi vet *at* hun er død, men vi vet ikke *om* han drepte henne. På et ontologisk plan finnes det ett, sikkert svar på spørsmålet om han er skyldig: Enten drepte han henne, eller så gjorde han det ikke. Men når en domstol skal ta stilling til et slikt spørsmål, er den prisgitt de bevismidlene den har til rådighet. Den må følgelig se på saken ut fra et epistemisk ståsted – sannheten slik vi har mulighet til å erkjenne den, og ikke sannheten uavhengig av bevissituasjonen. På bakgrunn av det bevismaterialet man har til rådighet, setter man så sammen en hypotese om hva som har skjedd.

Et av de mange spørsmålene Gjenopptakelseskommisjonen tar stilling til når den vurderer søknaden om gjenopptakelse, er om Fasting Torgersen avla en hårprøve i 1958. På det ontologiske nivået er det ett riktig svar på dette spørsmålet, men det har ikke Kommisjonen tilgang til. Kommisjonen må derfor basere seg på epistemiske antagelser:

---

<sup>4</sup> Kolflaath s. 281. Terminologien kan riktig nok variere. Kolflaath bruker uttrykket *atelisk* istf. *ontologisk*.

<sup>5</sup> Jfr. Gjenopptakelseskommisjonens avvisning av Fredrik Fasting Torgersens begjæring om gjenopptakelse av dommen for drap, sak 08.12.2006 - I Fredrik Fasting Torgersen.



Kommisjonen vil innledningsvis bemerke at den slutter seg til kjæremålsutvalgets og lagmannsrettens vurdering om at det *ikke er holdepunkter for å mene at Torgersen avga hårprøve i 1958* [min. uth.]<sup>6</sup>.

Men selv om denne uttalelsen nok er meget representativ for den juridiske tenkemåten når det kommer til bevisvurdering, oppholder man seg i bevisvurderingsprosessen ikke bare på det epistemiske nivået, men også på det psykologiske. Følgende uttalelse er hentet fra rettsbelæringen til juryen i en narkotikasak:

For at dere skal svare ja på spørsmålene, må dere *være overbevist* om at tiltalte har gjort seg skyldig i de forhold som spørsmålene beskriver. Det er ikke nok for å være overbevist at dere finner det overveiende sannsynlig at tiltalte er skyldig [min uth.].<sup>7</sup>

Denne uttalelsen henviser ikke til det epistemiske nivået, men til det psykologiske. Den understreker at bevisvurdering er en psykologisk prosess.<sup>8</sup>

## 2.2 Fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse

### 2.2.1 Innledning

Fri bevisførsel betyr at partene har anledning til å føre de bevis de ønsker i saken. Dette er et sikkert rettslig prinsipp, jf. for eksempel Rt. 1996 s. 1114. Fri bevisvurdering betyr at den som skal dømme i saken står helt fritt til å vurdere hvordan han skal tolke de forskjellige bevisene og hvilken vekt han skal legge på dem. Som Hov skriver; det beror på de enkelte bevismidlers overbevisende kraft hvilket saksforhold retten skal legge til grunn.<sup>9</sup> I den ennå ikke ikrafttrådte tvisteloven § 21-2 (1) er prinsippet slått fast for sivilprosessens

---

<sup>6</sup> Ibid. s. 394.

<sup>7</sup> Rt. 2005 s. 1353.

<sup>8</sup> Kolflaath s. 281 med videre henvisninger.

<sup>9</sup> Hov I s. 334.

del. Straffeprosessloven har ikke en tilsvarende bestemmelse, men prinsippet antas likevel for å være helt selvsagt.<sup>10</sup>

Fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse er to adskilte ting, men de henger tett sammen.<sup>11</sup> Det er ingen ting i veien for at vurderingen av bevisene er fri selv om flere bevis er avskåret, men den bevisvurderingen blir mest robust og effektiv hvis man tillater fri bevisførsel, siden grunnlaget for dommen slik vil være det beste.<sup>12</sup>

Den romerske keiser Hadrian (år 76 – 138) har formulert den frie bevisførselens prinsipp:

”Hvilke beviser som skal ansees som tilstrekkelige i hver enkelt sak, kan ikke defineres tilfredsstillende på en sikker måte. (...) avgjørelsen må ikke under noen omstendighet summarisk bindes til én bevistype, men med din egen tanke og mening bør du bedømme om du enten skal tro eller om forholdet er utilstrekkelig klarlagt for deg.”<sup>13</sup>

Både under legisaksjonsprosessen og formularprosessen i romerretten gjaldt prinsippet om fri bevisførsel fullt ut.<sup>14</sup> Romerretten var organisert som en aksjonsprosess, ikke en rettighetsprosess som i dag.<sup>15</sup> I aksjonssystemet kunne man bare fremme et krav i en prosess dersom det var utviklet en aksjonstype for akkurat den aktuelle konfliktsituasjonen. Den som mente han hadde en aksjonstype som hans krav falt inn under, kunne gå til sak.<sup>16</sup> Formulaen var formulert på en slik måte at den frie bevisførsel nærmest ga seg selv: *si*

---

<sup>10</sup> L.c.

<sup>11</sup> Strandbakken s. 181.

<sup>12</sup> L.c.

<sup>13</sup> Anners s. 62 flg.

<sup>14</sup> Anners s. 62 flg., Strandbakken s. 86.

<sup>15</sup> Romerretten utviklet disse prinsippene for sivilprosessen og ikke straffeprosessen. Handlinger som i dag tilhører strafferetten ble den gang sett på som et oppgjør mellom partene, se Strandbakken s. 84 flg. med videre henvisninger.

<sup>16</sup> Om de ulike aksjonstypene, se Anners s. 54 flg.

*paret – condemnato* (hvis bevist – døm), *si noen paret – absolvito* (hvis ikke bevist – frikjenn). Dommeren hadde full frihet selv til å vurdere bevisførselen i den enkelte sak.

I norsk straffeprosess i dag er fri bevisførsel og -bedømmelse sikre prinsipper. Prinsippet var for strafferettens del hjemlet i strpl. 1887 § 349 andre punktum. Denne ble opphevet som overflødig ved vedtakelsen av någjeldende straffeprosesslov av 1981.<sup>17</sup> Begrunnelsen for prinsippet om fri bevisførsel er at det ses på som sannhetsfremmende.<sup>18</sup> Standpunktet er at hensynet til å få fram riktig faktum i hver enkelt sak ivaretas best dersom dommeren står helt fritt til å vurdere de enkelte bevismidlene med fornuftig skjønn i hver enkelt sak.

Asbjørn Strandbakken skriver:

”Bevisbedømmelsen vil aldri kunne reduseres til en matematisk sannsynlighetsberegning, men må ses i lys av at det er tale om en psykologisk erkjennelsesprosess. (...) Det beste grunnlaget for å nå en riktig dom er å bygge på en rasjonell vurdering med utgangspunkt i at enhver sak er unik.”<sup>19</sup>

Johs. Andenæs sier det slik:

”Dommeren kan ikke nøye seg med en ureflektert intuisjon. Bevisstoffet må tankemessig bearbejdes. De forelagte bevis må sammenholdes med alminnelige erfaringssetninger om deres verdi, og på dette grunnlag må dommeren ta standpunkt til om det foreligger en tilstrekkelig grad av sannsynlighet til at han kan bygge på den.”<sup>20</sup>

Her ser vi for øvrig at begge forfatterne dels snakker om det epistemiske og dels det psykologiske nivået.

Ethvert bevis, uavhengig av kvalitet, kan som hovedregel legges fram. For eksempel tillates at et vitne beretter om en samtale han har overhørt, såkalte annenhånds opplysninger. I

---

<sup>17</sup> Strandbakken s. 61.

<sup>18</sup> Ibid s. 61, Andenæs s. 183–184.

<sup>19</sup> Strandbakken s. 244 flg.

<sup>20</sup> Andenæs s. 183.

USA tillates såkalt «hearsay» ikke som hovedregel, se paragraf 802 i den amerikanske Federal Rules of Evidence:

Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress.

Prinsippet om fri bevisførsel står i motsetning til den *bundne* bevisførsel, hvor det opereres med legale bevisregler – dommeren må forholde seg til regler som sier hvordan ulike bevis skal vurderes. For eksempel kunne dommeren etter Norske Lov 1-13-1 ikke bygge på vitnebevis med mindre det forelå sammenfallende vitneprov fra minst to vitner. Et annet eksempel er islamsk strafferett, hvor det oppgis hvor mange vitner som må føres før et forhold anses bevist. For eksempel kreves fire vitner før ekteskapsbrudd anses bevist.<sup>21</sup> Kontrasten til den frie bevisførsel er stor.

## 2.2.2 Forbindelsen til uskyldspresumsjonen

Det er en nær sammenheng mellom den frie bevisførsel og -bedømmelse på den ene siden, og uskyldspresumsjonen på den andre.<sup>22</sup> Uskyldspresumsjonen forutsetter en fri bevisbedømmelse. De legale bevisreglene har som siktemål å ekskludere bevistvilen slik at domstolen bare skal undersøke om beviskravet tilknyttet visse positivt angitte momenter i loven er oppfylt.<sup>23</sup>

I en situasjon med legale bevisregler, kan man fint tenke seg at lovgiver snevert angir hvilke omstendigheter de synes det er relevant å legge vekt på, eksempelvis for å gjøre det enkelt å oppnå eller unngå domfellelser på et visst område. Den islamske regel om at det kreves fire vitner for domfellelse for ekteskapsbrudd er et illustrerende eksempel. Når man

---

<sup>21</sup> Strandbakken s. 61.

<sup>22</sup> Strandbakken s. 83 flg.

<sup>23</sup> L.c.

opererer med legale bevisregler opererer man derfor med en formodning – eller presumsjon – for at tiltalte er skyldig dersom bare de nærmere bestemte bevistemaene anses bevist på en på forhånd definert måte. Om man opererer med en uskyldspresumsjon derimot, følger det også (som regel) at man ikke på forhånd låser fast hvilke omstendigheter som anses relevante. Og tiltalte har anledning til fritt å anføre de bevis han mener er relevante for å underbygge sitt syn på saken.

Her kommer det kontradiktoriske prinsipp inn i bildet. Dette er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess.<sup>24</sup> Den som er tiltalt for en straffbar handling har rett til å imøtegå og konfrontere den som har anklaget ham for en straffbar handling, og eksaminere vitnene og gi retten sitt syn på tiltalen og bevisene. Det er et utslag av partslikhetsprinsippet – ”equality of arms” i EMKs terminologi. Retten til å ta til motmæle er uttrykkelig hjemlet i strpl. § 92 (1). Det kommer også til uttrykk i andre enkeltregler. EMK art. 6 nr. 3 d hjemler retten til å krysseksaminere vitner.<sup>25</sup> Strpl. § 86 første ledd viser at siktede skal innkalles til hovedforhandlingen, § 264 første ledd pålegger påtalemyndigheten å oversende bevisoppgaven til forsvareren, strpl. § 303 sier at tiltalte bør få ordet hver gang et bevis er ført.

## 2.3 Sannhetssøken, men ikke for enhver pris

### 2.3.1 Benthams begrunnelse for fri bevisvurdering

Filosofen Jeremy Bentham (1748–1832) mente man i retten burde anvende det han kalte the Natural System of Procedure.<sup>26</sup> Det burde ikke være mange formelle regler om hvordan bevisførselen skulle foregå, om hvilken vekt de ulike beviser skulle tillegges, og heller ingen bevisavskjæringsregler. Den som skulle avgjøre saken burde få frie hender til å

---

<sup>24</sup> Hov s. 117, Andenæs s. 63.

<sup>25</sup> Bestemmelsen omfatter både tiltalte i straffesaker (”any criminal charge”) og parter i sivile saker som omhandler rettigheter og plikter.

<sup>26</sup> Dennis, s. 30

vurdere hva som i den enkelte sak var et relevant bevis. Eventuelle regler burde ikke legges bånd på dommerens utøvelse av skjønn. De burde heller ta sikte på å opplyse ham om hvilke mulige feilkilder som hefter ved hvilke bevismidler, hvilke problemer som typisk oppstår i forbindelse med de ulike sakene, m.v.<sup>27</sup> Dette, mente Bentham, var den beste måten å oppnå materielt riktige dommer på. Bentham mente således at en mest mulig fri bevisbedømmelse er sannhetsfremmende, og derfor ønskelig.

### 2.3.2 Utilitaristen Bentham modifierer sitt prinsipielle utgangspunkt

Men Bentham modifiserte dette prinsippet selv. Han er i filosofien kjent som utilitarismens opphavsmann. Etter denne læren skal alle handlinger bedømmes ut fra sin nytteverdi – "størst mulig lykke for det størst mulige antall mennesker". Følgelig underla han sitt eget Natural System of Procedure en nytte/kostnads-analyse for å se om deler av systemet burde modifieres. Han resonnerer slik: Dersom nytten av å tilveiebringe et bevis til støtte for en materielt riktig dom overskygges av kostnadene, eksempelvis i form av unødig tidsspille eller ressursbruk, vil det være riktig å avskjære beviset – å ikke tillate at det framlegges for retten. Dennis hevder at Bentham her introduserer ideen om at en mulighet til helt fri bevisførsel inneholder "ekspansjonistiske tendenser".<sup>28</sup> Siden ethvert bevismiddel som kan tenkes å si noe om de omtvistede spørsmål i teorien kan legges fram for retten, vil dette kunne oppfordre partene til å levere massive bevisoppgaver, hinsides det som er nødvendig i den konkrete saken:

In a world of unlimited time and resources, and with an absence of the intrusion of *competing values*, free proof might be an attainable ideal.[min uth.]<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> L.c.

<sup>28</sup> L.c.

<sup>29</sup> Ibid. s. 31.

Det prinsipielle, idealistiske utgangspunktet om fri og ikke regelbundet bevisførsel, lot seg ikke gjennomføre i en prosessordning som tross alt skal være levedyktig og funksjonell, ifølge Bentham. Med andre ord; kryssende hensyn ("competing values") taler for at bevisførselen underlegges visse skranker.

Begrensninger i den frie bevisførselsadgangen kan altså begrunnes med at visse hensyn vurderes som mer tungtveiende enn hensynet til en enkelt saks fulle opplysning. I tråd med en utilitaristisk nytte/kostnadsanalyse à la Bentham vil hensynet til å få en sak fullstendig opplyst, for slik å få fram en materielt riktig avgjørelse, være utgangspunktet, med de justeringer som andre hensyn krever. Uriktige avgjørelser, særlig justismord i strafferetten, er noe som må unngås, siden kostnadene ved slike avgjørelser er meget høye.<sup>30</sup> Dels for det enkelte mennesket som rammes (inkludert familie og venner), og dels for samfunnets tillit til rettsvesenet. Man kan derfor fra ett ståsted argumentere for at en verdinøytral og amoralsk nytte/kostnadsanalyse i seg selv er en god nok rettesnor for den dommer som skal foreta de vanskelige avveininger mellom kryssende hensyn som eksempelvis tiltaltes rettigheter på den ene siden og ønsket om å få flest mulig oppklarte saker på den andre.<sup>31</sup>

Men ut fra et rent utilitaristisk perspektiv kan også det motsatte skje: En dommer kan synes at kostnadene ved justismord, så høye de enn er, kan veies opp mot andre kostnader, særlig irritasjon over at mange skyldige går fri, og misnøye over manglende domfellelser. Følgelig kan han tenke seg å bare bytte ett sett av kostnader mot et annet.<sup>32</sup> Dette taler for at de ulike hensynene bør *vektes* ulikt, og at noen hensyn *etter sin art* anses som mer tungtveiende og grunnleggende enn andre.

---

<sup>30</sup> Strandbakken s. 59.

<sup>31</sup> Dennis s. 39.

<sup>32</sup> L.c.

## 2.4 Kun det relevante bevis kan anføres

### 2.4.1 Hva er relevant?

Prinsippet om fri bevisførsel gjør at partene i utgangspunktet får anledning til å legge fram alle de bevisene de synes kan kaste lys over saken, slik at den endelige dommen går i ens egen favør. Saksopplysning er det bærende hensynet her; sakene blir best opplyst når partene står fritt til selv å vurdere akkurat hvilke bevis som er sentrale i *denne* saken.<sup>33</sup> I dette ligger det også en begrensning: Kun det som kan kaste lys over stridsspørsmålet i *denne* konkrete saken, har partene rett til å legge fram med hjemmel i prinsippet om fri bevisførsel. Sagt på en annen måte: Kun de relevante bevis omfattes av prinsippet om fri bevisførsel. Det rettslige relevansbegrepet er ikke eksplisitt formulert i strpl., men det kan utledes av de krav strpl. § 292 andre ledd bokstav a og c stiller til bevisførselen.<sup>34</sup> Relevanskravet kan deles i to; ett krav om materiell tilknytning, og ett krav om bevisvekt.<sup>35</sup> Dette tilsvarer relevansbegrepet slik det tradisjonelt framstilles i angloamerikansk rett; hhv. ”materiality” og ”probative value”.<sup>36</sup>

### 2.4.2 Materiell tilknytning

Hvor går grensen for hvilke bevismidler som vil ha materiell tilknytning til det omtvistede spørsmål? Bare bevis som dreier seg om anførslene som kan få betydning for det konkrete forhold saken gjelder, har materiell tilknytning. Strpl. § 292 (2) bokstav a gir adgang til avskjæring av bevis som omhandler forhold som er ”uten betydning for dommens innhold”.<sup>37</sup> Når man skal ta stilling til hva som er relevant, må man altså vurdere det i lys

---

<sup>33</sup> Torgersen s. 542.

<sup>34</sup> Ibid s. 543.

<sup>35</sup> L.c.

<sup>36</sup> L.c.

<sup>37</sup> Tvml. § 189 snakker om bevis som ”ikke kommer saken ved”. Tvl. § 21-7 sier enkelt at partene ”kan føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes”.



av det krav eller spørsmål retten skal ta stilling til og de anførsler som er gjort gjeldende (samt særlig for sivilprosessens del hvilke interesser som står på spill<sup>38</sup>). Her kan det ofte være et sprik mellom hvilke momenter en saksøker mener vil være av betydning, og som han derfor mener det vil være relevant å føre bevis for, og hvilke momenter retten mener er av betydning. Per Kørner-kjennelsen, Rt. 1988 s. 1176, illustrerer poenget. Kørner var en av prestene som aksjonerte mot loven om selvbestemt abort, og det ble reist avskjedssak mot ham. Han ønsket i den forbindelse å føre vitnebevis for at abortloven var i strid med både kirkens syn på menneskeverdet og overordnede rettsprinsipper. Kjæremålsutvalget avviste dette, og sa seg enig med lagmannsretten i at disse spørsmålene ikke hadde noe å gjøre med spørsmålet om avskjedigelsen var gyldig å gjøre. Følgelig ble disse momentene ikke sett på som rettslig relevante, og Kørner fikk ikke ført bevis for dem i retten.

Når retten skal ta stilling til hvilke forhold som har betydning for dommens innhold, må den i straffesaker avgjøre det ut fra tiltalebeslutningen når det gjelder skyldspørsmålet, og ut fra normene for straffutmåling når det gjelder straffespørsmålet.<sup>39</sup> Det må således tas stilling til hvilke vilkår som må være oppfylt for at tiltaltes handlemåte kan sies å rammes av ordlyden i et straffebed, hvilket skyldkrav som gjelder, og hvilke momenter som er relevante, m.v. Som regel vil det ikke by på problemer å sette grenser for hvilke temaer det kan føres bevis om. Dersom en sak handler om et voldtektsforsøk i en park, og et vitne har sett det hele, vil dette selvsagt være relevant. Det vil direkte belyse rettsfakta, det sentrale bevistema i saken.<sup>40</sup> Men også bevis som ikke direkte omhandler rettsfakta så klart som i dette eksemplet, godtas trolig også. Spørsmål om motiv og tidligere konflikter med den avdøde i en drapssak kan være ett eksempel.<sup>41</sup>

Et annet eksempel på at grensene for bevisførselen er relativt romslige, finnes i Rt. 1998 s. 84, en privat straffesak om ærekrenkelse. Kjæremålsutvalget tok stilling til om det kunne

---

<sup>38</sup> Skoghøy s. 637

<sup>39</sup> Torgersen s. 543

<sup>40</sup> Ibid s. 544

<sup>41</sup> L.c.

tillates bevisførsel om forhold som lå utenfor det som ble omfattet av tiltalen, jf. strpl. § 273 andre ledd andre pkt første alternativ, og besvarte spørsmålet bekreftende:

Selv om bevistemaet er begrenset som nevnt, *innebærer ikke dette at rammen for bevisførselen dermed er tilsvarende begrenset*. I relasjon til det tilsvarende kriteriet i § 292 annet ledd om avskjæring av bevis under en hovedforhandling, er det i flere sammenhenger lagt til grunn at bevisførsel som gjelder andre forhold enn det som omfattes av tiltalen, *kan ha betydning for saken*.  
[min uth.]

Samlet sett kan man altså si at relevansbegrepet er ganske vidt, og at det sentrale spørsmålet er om et gitt tema kan ha ”betydning for saken”. Dette er en fleksibel standard, og grensene for den må angis konkret fra sak til sak. Et særlig avgrensingsproblem kan oppstå dersom for eksempel tiltalte i en straffesak legger til grunn en alternativ hypotese eller slutning for sitt forsvar. Hvis hypotesen oppfattes som i overkant spekulativ, kan det være usikkert om bevisføringen er egnet til å kaste lys over rettsfakta. Men det kan ofte være et spørsmål som har mest sammenheng med neste punkt, nemlig beviskraft.<sup>42</sup>

### 2.4.3 Beviskraft

Den andre delen av relevanskravet er at bevismidlet må ha beviskraft. Spørsmålet her er hvor mye man kan kreve at et bevismiddel skal opplyse saken. Strpl. § 292 andre ledd bokstav c gir hjemmel for å avskjære bevis som åpenbart ikke har ”noen” beviskraft. Dette innebærer et minimalt krav til bevisets styrke. Det synes å følge allerede av ordlyden.<sup>43</sup>

For sivilprosessens del er reglene sånn: Den nye tvl. § 21-7 åpner for avskjæring av bevis som ”ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig”. Denne formuleringen er en videreføring, og i noen grad, en tilsiktet utvidelse av reglene som følger av tvml. §

---

<sup>42</sup> L.c.

<sup>43</sup> Ibid s. 544.

189 første ledd nr. 2 og 3, ifølge forarbeidene.<sup>44</sup> Med den nye bestemmelsen åpnes det for mer bruk av dommerens diskresjonære skjønn. Det virker som lovgiver her har tatt tidligere riksadvokat Bernhard Getz' betraktning fra 1892 til følge:

”[I]kke ethvert Faktum, som i sig selv kan erkjendes at være et Argument eller et indicium for Rigtigheden af et andet Faktum, [er] derfor i Rettergang brugbart som Bevismiddel”.<sup>45</sup>

Hvis vi sammenligner domstolens adgang til å avskjære bevis i sivilprosessen og straffeprosessen, er det en ganske stor forskjell. Etter den nye tvisteloven har dommeren en viss adgang til å utøve skjønn. I straffeprosessen er denne adgangen derimot svært begrenset.<sup>46</sup> I tilståelsessaker kan retten bestemme hvor mye bevis den synes det er hensiktsmessig å tillate, jf. strpl. § 292 første ledd. Utover disse sakene sonderer loven mellom de tilfellene hvor beviset er ”for hånden”, dvs. at beviset kan legges fram der og da, og de tilfellene hvor bevisførselen vil medføre at hovedforhandlingen må utsettes, jf. § 293. For det tilfellet at en av partene vil føre et bevis som er for hånden, kan retten bare avskjære dette hvis den mener at beviset gjelder et forhold uten betydning for dommens innhold, altså en rettslig irrelevant omstendighet, et forhold som allerede er tilstrekkelig bevist, eller at beviset åpenbart ikke har noen beviskraft jf. § 292, 2. ledd. Dette siste er et strengt vilkår. At beviset åpenbart ikke kan ha ”noen” beviskraft for at det skal kunne avskjæres, tilsier at lista legges ganske lavt når domstolen vurderer hvilke bevis som skal tillates ført. Uttrykket ”a brick is not a wall” fra angloamerikansk rett understreker at selv et bevis som isolert sett ikke har nok *vekt* til på egenhånd å vippe sakens utfall i den ene eller den andre retning, fint kan ha nok *bevisstyrke* til at det kan legges fram.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Ot. prp. nr. 51 (2004-2005), kommentarer til tvl. § 21-7. Den gamle bestemmelsen i tvml. § 189 første ledd nr. 3 måtte forstås som at bevis bare kunne avskjæres når de åpenbart ikke kunne tillegges noen vekt, og bestemmelsen fikk derfor et forholdsvis snevert anvendelsesområde, se Skoghøy s. 640.

<sup>45</sup> Getz s. 109.

<sup>46</sup> Andenæs s. 366.

<sup>47</sup> Torgersen s. 545 med videre henvisninger i note 34.

Strpl. § 292 ble endret i 2002.<sup>48</sup> Formuleringen ”uten betydning for saken” ble byttet ut med ”uten betydning for dommens innhold”, og formålet var å gi adgang til bevisavskjæring i større utstrekning enn i dag.<sup>49</sup> Justisdepartementet uttaler:

”En slik bestemmelse vil gi adgang til å avskjære bevis i større utstrekning enn i dag: En omstendighet kan være uten betydning for dommens innhold selv om den angår saken. Det er tilfellet hvis det gjelder forhold som angår saken - de er relevante - men som ikke har betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet eller straffespørsmålet.”

Departementet nevner bevisførsel om observasjonssted ved politispaning som et eksempel: Det har noe ”med saken å gjøre”, men det har ikke betydning for dommens innhold: Opplysning om observasjonssted ved spaning vil bidra til å gi et mer fullstendig bilde av det faktiske forhold, men det vil ikke ha betydning for om tiltalte blir dømt, eller hvilken straff han får. Departementets begrunnelse tar utgangspunkt i begrepet ”saken”. De bruker uttrykket som i den dagligdage frasen ”å ha noe med saken å gjøre”. Torgersen er uenig i at ”saken” skal forstås på denne måten, og mener det i stedet skal forstås som ”straffesaken” – prosessen for avgjørelse av skyldspørsmålet og straffespørsmålet.<sup>50</sup> Den gamle formuleringen i § 292 leses da som om det stod ”uten betydning for *straffesaken*”. Sammenligner vi denne med ”uten betydning for dommens innhold”, er det ikke så stor forskjell på dem. Torgersen antar på denne bakgrunn at den nye bestemmelsen ikke snevrer inn lovens relevansbegrep, selv om det var det lovgiver mente. For hvis en omstendighet ikke har betydning for verken skyldspørsmålet eller straffespørsmålet, så ville den trolig anses som irrelevant også etter den tidligere bestemmelsen. Jeg er enig i at begrepet ”saken” i den gamle § 292 mest naturlig bør forstås som ”straffesaken”, og jeg tror derfor ikke at lovendringen vil ha noen særlig praktisk betydning.

---

<sup>48</sup> Endringslov 28. juni 2002 nr. 55.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) pkt. 8.3, se Torgersen s. 546.

<sup>50</sup> L.c.

#### 2.4.4 Forhold som allerede er bevist

Strpl. § 292 andre ledd bokstav b gir hjemmel for å nekte føring av bevis som gjelder forhold som allerede er tilstrekkelig bevist. Hvis retten mener at et av de aktuelle bevistemaene er belyst så bra at retten anser et forhold som fullstendig klarlagt, kan den nekte ytterligere bevisføring om dette temaet. Dette er en regel som også gir hjemmel for avskjæring av sakkyndighetsbevis. Si for eksempel at retten etter en sakkyndigs forklaring anser spørsmålet om tiltaltes tilregnelighet for tilstrekkelig bevist. Den kan da avskjære ytterligere bevisførsel fra øvrige sakkyndige. En spesialversjon av dette finnes også i strpl. § 292 første ledd som gir hjemmel for avskjæring av ytterligere bevisførsel når det foreligger tilståelse.

#### 2.5 Ulike typer bevisavskjæringsregler

Unntakene fra regelen om fri bevisførsel kan deles opp på forskjellige måter.<sup>51</sup> Begrunnelsen kan ligge i at det er noe galt med selve bevisføringsmåten. Den kan ligge i et utilbørlig eller illojalt forhold ved beviservervet eller selve bevisføringen. Bevisene kan mangle relevans, og bevisene kan prekluderes fordi de er for sent framsatt. Begrunnelsen kan ligge i at visse opplysninger eller relasjoner fortjener et særskilt vern.

Et særlig spørsmål er adgangen til å avskjære villedende eller potensielt forstyrrende bevis. I norsk rett har slike bevisavskjæringsregler begrenset gjennomslag, men enkeltregler finnes.<sup>52</sup>

Bevis forteller ikke nødvendigvis sannheten. Et vitne kan lyve, et dokument kan være forfalsket, et bilde manipulert. I tillegg til de tilfellene hvor noen bevisst prøver å forlede retten, har vi også de tilfeller der et bevis er samvittighetsfullt lagt fram, men det er likevel

---

<sup>51</sup> Torgersen s. 536 flg.

<sup>52</sup> L.c.

ufullstendig, eksempelvis fordi et vitne har misforstått situasjonen hun forklarer seg om, eller et dokument blir tolket i feil retning av retten, eller lignende. Videre kan rettsmedisinen ha utviklet seg, slik at et funn ses på av fagfolkene som en klar indikasjon på et overgrep, mens det noen år etterpå ikke tolkes som noe avvikende overhodet. De sakkyndiges vurderinger av spørsmålet om det var foretatt seksuelle overgrep mot barn i Bjugn-saken kan tjene som illustrasjon.

Særlig for de tilfeller der noen bevisst forsøker å villede retten, er det en nærliggende tanke at lekfolk lettere vil la seg lure enn de rutinerte dommere. Dette spørsmålet er et av kjernespørsmålene blant annet i diskusjonen om juryordningen, og riksadvokat Getz formulerte sitt syn på saken slik i 1892:

”Man behøver ingeniende at være en Modstander av Lægdommerinstitutionen, om man antager, at den, der er uden Øvelse i at følge vidtløftige Forhandlinger, lettere vil kunne tabe Traaden ved en Sammenblanding af ligt og uligt, af vedkommende og uvedkommende end den rutinerede Dommer”<sup>53</sup>

Disse synspunktene fra en toneangivende jurist til tross, så finnes det ingen generell regel for avskjæring av villedende og forstyrrende bevis i norsk lovgivning. En regel etter amerikansk mønster om kvalifikasjonskrav for sakkyndige uttalelse i retten vil være en regel av denne typen.

## 2.6 Bevisføringsmåten

Bevis kan avskjæres dersom selve måten de framlegges på i retten bryter med visse retningslinjer. Her er særlig mange av kravene EMK og strpl. stiller til domstolsbehandlingen sentrale. Det gjelder blant annet kravene til kontradiksjon, muntlighet og bevisumiddelbarhet.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Getz. s. 91.

<sup>54</sup> Torgersen s. 537.

### 2.6.1 Muntlighet

Hovedregelen i norsk rett er at domstolsbehandlingen av straffesaker bygger på muntlighetsprinsippet.<sup>55</sup> Strpl. § 278 første ledd; ”Hovedforhandlingen er muntlig.” Det innebærer at bevismaterialet framføres direkte for den dømmende rett i en overveiende muntlig form. En kjent formulering er ”Papir rødmer ikke”. Dette illustrerer at en muntlig bevisførsel gir retten et mye bredere grunnlag til å vurdere vitners troverdighet på, enn en rent skriftlig framstilling. Vitnets framtoning og oppførsel kan observeres av retten. I tillegg kommer at muntlighet effektiviserer prosessen, og hindrer at den trekker i langdrag. Det overordnede hensynet er at muntlighet anses sannhetsfremmende. Det blir lettere å bedømme bevis på denne måten.<sup>56</sup>

### 2.6.2 Bevisumiddelbarhet

Parter og vitner skal forklare seg direkte for den dømmende rett.<sup>57</sup> Reelle bevis skal framlegges direkte for denne. Alternativet er den såkalt middelbare bevisførsel, som innebærer at bevis protokolleres et annet sted eller tidspunkt og sendes til den dømmende rett. Hovedhensynet bak dette prinsippet er det samme som bak muntlighetsprinsippet: Det er sannhetsfremmende. Bevisvurderingen forenkles for retten.

### 2.6.3 Kontradiksjonsprinsippet

---

<sup>55</sup> Hov s. 135, Andenæs s. 360.

<sup>56</sup> Hov s. 135.

<sup>57</sup> Hov s. 137, Andenæs s. 360.

Retten til å imøtegå anklagerens påstander er en grunnpilar i straffeprosessen.<sup>58</sup> Tiltalte skal ha anledning til å få uttale seg om de momentene motparten legger fram. I strpl. er dette prinsippet nedfelt i flere detaljerte enkeltregler om rett til å være til stede ved rettsmøter, osv. Spørsmålet om bevisavskjæring i forbindelse med kontradiksjonsprinsippet kommer særlig på spissen i de tilfellene hvor påtalemakta ønsker å lese opp politiforklaringer fra et vitne som ikke kan eller vil forklare seg i retten. De detaljerte reglene om dette er utbygd av Høyesterett og EMD i en lang reke dommer, og jeg går ikke inn på detaljene her. Hovedhensynet er, som i de to foregående punktene, at det anses sannhetsfremmende: Retten får et bedre bilde av saken, og et bedre grunnlag å ta en avgjørelse fra, når begge parter har fått uttale seg.

## 2.7 Forbudet mot tvungen selvinkriminering

I straffeprosessen er det et grunnleggende prinsipp at man ikke har plikt til å bidra til egen domfellelse; man har rett til å ikke avgi forklaring til politiet. I Rt. 1999 s. 1269 uttaler førstvoterende Skoghøy med tilslutning fra de øvrige dommerne at det har ” vært et grunnfestet prinsipp for norsk straffeprosess at den som er mistenkt for en straffbar handling, ikke har noen forklaringsplikt”.

Begrunnelsen for dette er at det er politiets oppgave å skaffe til veie nok bevismateriale til å få bevist utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig etter tiltalen. Hvis siktede hadde hatt en straffesanksjonert plikt til å bistå politiet, kunne det åpnet for et utilbørlig press på ham. Dette skjedde i den katolske inkvisisjonsprosessen.<sup>59</sup>

## 2.8 Utilbørlig eller ulovlig ervervet bevis

---

<sup>58</sup> Hov, s. 116, Andenæs I s. 370.

<sup>59</sup> Anners s. 134.



I sivilprosessen er det nå lovfestet en regel om at bevis som er innhentet på ulovlig eller illojal måte kan avskjæres i ”særlige tilfelle”, tvl. § 22-7.<sup>60</sup> I straffeprosessen er dette spørsmålet ikke lovregulert.

Når man snakker om ulovlig innhentede bevis, omhandler det en rekke ulike tilfeller. Et bevis kan være innhentet i strid med en bagatellmessig bestemmelse i en instruks, for eksempel påtaleinstruksen, eller det kan være at innhentingene er i strid med grunnprinsipper som forbudet mot tortur. At vi her snakker om en stor og uensartet gruppe, hvor tilfellene kan spenne fra det bagatellmessige til det støtende, tilsier at ulovligheten ved innhentingene ikke uten videre fører til at beviset avskjæres, men at det foretas en nærmere vurdering. Utgangspunktet er derfor at et ulovlig ervervet bevis kan nektes ført dersom framleggelsen vil innebære en *ytterligere rettskrenkelse overfor den annen part*.<sup>61</sup> Dette har vært slått fast i flere dommer.

Hvis vi sammenlikner med kontradiksjonsprinsippet, muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet, ser vi at begrunnelsen for denne bevisavskjæringsregelen er en helt annen. Mens de andre har sin eksistensberettigelse hovedsakelig i at de er sannhetsfremmende, ivaretar denne andre hensyn. Tvert imot kan avskjæring av utilbørlig ervervet bevis nettopp hindre sannheten. Andre hensyn anses som mer tungtveiende. Eller sagt på en annen måte: sannheten skal ikke finnes for enhver pris.

## 2.9 Den frie bevisførselens grenser

Hvilke hensyn kan være viktigere enn å få fram materielt riktige, sannferdige avgjørelser? La oss sammenligne med for eksempel en granskingskommisjon som skal undersøke en ulykke. Formålet vil her være å finne fram til nøyaktig hva som har skjedd, særlig for å forebygge lignende tilfeller senere. Eksempelvis slik at flyfabrikker kanskje må endre

---

<sup>60</sup> Hov s. 309.

<sup>61</sup> Ibid s. 310.

produksjonsrutiner på grunn av en svikt i konstruksjonen eller lignende. Hensynet til å redde framtidige liv er så viktig at andre hensyn ikke spiller noen særlig rolle. Men også her vil andre hensyn komme inn. Selv en granskningskommisjon må forholde seg til at livet er forgjengelig og at tiden går. Utopisk sett kunne de holdt det gående i årevis med å vende absolutt hver eneste stein for å komme *litt* nærmere sannheten. Men ett sted må de sette strek, så de berørte kan gå videre. Dette gjelder i enda større grad for rettsaker. Her må jakten på sannheten finne seg i å stille seg i kø sammen med en rekke andre hensyn. Når en sak først kommer til rettsapparatet, blir den en av mange.

Utgangspunktet er da at sannheten søkes, jf. særlig den frie bevisførsel, muntlighetsprinsippet og bevisumiddelbarhetsprinsippet. Men denne ideale fordring må justeres mot kravet til effektivitet.<sup>62</sup> Det er også viktig at selve prosessordningen, utover den enkelte sak, framstår som tillitvekkende, og at den er hurtig og billig.<sup>63</sup> Dette får konsekvenser i et sannhetsperspektiv. Sammenfattende kan man si at i norsk straffeprosess er man interessert i å finne sannheten i rimelig grad.

### **3 Bør det innføres et kvalifikasjonskrav for sakkyndighetsbevis?**

#### **3.1 Bruk av sakkyndighetsbevis i retten**

##### **3.1.1 Sakkyndighetsbevisets oppgave**

Sakkyndighetsbevisets oppgave er å gi faktisk kunnskap som dommeren eller retten ikke sitter inne med selv.<sup>64</sup> For eksempel kan en patolog undersøke et lik for å prøve å fastslå når et drap kan ha funnet sted. Retten ville ikke selv ha hatt tid eller ressurser til å først

---

<sup>62</sup> Hov s. 113.

<sup>63</sup> L.c.

<sup>64</sup> Andenæs s. 246.

sette seg inn i de rettsmedisinske forkunnskapene som er nødvendige, for deretter å gjennomføre en rettsmedisinsk undersøkelse. Det samme er tilfelle for de mye brukte rettspsykiatriske undersøkelsene i spørsmålet om forvaring, jf. strl. § 39 d. Etter denne bestemmelsen er det uttrykkelig sagt at det skal gjennomføres personundersøkelse før dom på forvaring avsies. Et annet illustrerende eksempel, er saken om ”Sangen om den røde rubin” av Agnar Mykle, Rt. 1958 s. 479, hvor forsvaret førte en rekke kjente forfattere som vitner for å få brakt på det rene om de erotiske beskrivelsene var pornografiske (og således lovstridige) eller kunstneriske (og således rettmessige).<sup>65</sup>

Dette er eksempler på medvirkning til å få brakt faktiske forhold på det rene. Man kan i prinsippet tenke seg at retten benytter seg av *juridiske* sakkyndige også, for eksempel for å få forklaringer om fremmed rett eller sedvanerett. Men dette er ikke vanlig i straffeprosessen, et område som er grundig lovregulert.<sup>66</sup>

Siden den sakkyndige har som oppgave å gi retten innsikt i (hovedsakelig faktiske) forhold som ofte er så kompliserte at retten ikke ville greid det på egen hånd, gir det den sakkyndige en meget sentral posisjon.<sup>67</sup> Man kunne tenke seg at dommeren fikk de erfaringssetningene og vurderingsnormene som han hadde bruk for, og så på egen hånd foretok en vurdering av det faktiske materiale.<sup>68</sup> Retten kunne eksempelvis gått igjennom alt faktisk materiale vedrørende tiltaltes sinnstilstand på drapstidspunktet, for så å vurdere dette selv, akkurat som et hvilket som helst annet bevis. Men siden for eksempel rettsmedisinske undersøkelser er så kompliserte, er det opp til den sakkyndige både å stille opp de relevante erfaringssetningene og å anvende dem i praksis. Den sakkyndige er således domstolens rådgiver og veileder. Rent prinsipielt er riktig nok de sakkyndiges uttalelser ikke bindende for retten, kun veiledende.<sup>69</sup> Men jo vanskeligere og mer raffinerte

---

<sup>65</sup> Ibid. s. 253.

<sup>66</sup> Ibid. s. 246.

<sup>67</sup> L.c.

<sup>68</sup> L.c.

<sup>69</sup> Ibid. s. 247

de sakkyndige vurderingene er, jo vanskeligere er det for retten å foreta en selvstendig vurdering av det faktiske materialet. Den vil derfor i realiteten ikke ha samme mulighet som med øvrig bevismateriale til å foreta egne vurderinger. I høyden vil den kunne oppnevne ekstra sakkyndige for å få et nytt syn på saken, jf. strpl. § 139 andre ledd.<sup>70</sup> Betydningen av sakkyndighetsbevis understrekes også av at hvis retten avgjør en sak uten å sørge for nødvendig sakkyndig bistand, vil det kunne være en rettergangsfeil som fører til opphevelse av dommen. Det følger av det generelle prinsipp om at retten på embets vegne skal se til at saken blir tilstrekkelig opplyst, jf. strpl. § 294.<sup>71</sup>

At sakkyndigbevisene i praksis tillegges så stor vekt, og ofte legges til grunn uprøvd, gjør derfor at *den faglige kvaliteten* på dem blir ekstra viktig. Spørsmålet blir da om kvaliteten på dette materialet blir sikret på en tilfredsstillende måte, eller om andre løsninger er bedre egnet. Det setter på spissen spørsmålet om norsk rett bør åpne for å avskjære sakkyndighetsbevis dersom kvaliteten ikke anses betryggende.

### 3.1.2 Sakkyndighetsbeviset – et autoritativt bevis

Som sagt er det i den frie bevisbedømmelse få eller ingen legale begrensninger for den judisielle vurdering av bevisdata. Men dette er kun et utgangspunkt. Den danske rettsvitenskapsmannen Henrik Zahle bruker begrepet ”autoritativt bevis”. Dette er en betegnelse for tilfeller hvor andre enn dommeren tilkjenner en oppfatning vedrørende faktum, og denne oppfatningen begrenser den judisielle frihet i vurderingen.<sup>72</sup> Som regel framheves det i juridiske framstillinger at domstolen står helt fritt overfor sakkyndighetsbevis;<sup>73</sup> de sakkyndige har en rådgivende funksjon, og retten kan velge om

---

<sup>70</sup> L.c.

<sup>71</sup> Ibid. s. 246

<sup>72</sup> Zahle s. 533.

<sup>73</sup> L.c.

den vil følge rådet eller ikke.<sup>74</sup> Dette følger av selve ideen bak den frie bevisbedømmelse: Domstolens bedømmelse av det faktum som er avgjørende, er ikke bundet av en uttalelse fra en eller flere sakkyndige.<sup>75</sup>

Men samtidig må det erkjennes at den sakkyndige inntar en særstilling sammenlignet med andre opplysningsmidler.<sup>76</sup> De prosessuelle reglene om sakkyndiges rolle i retten, kap 11 i strpl., illustrerer dette.

### 3.1.3 Beviskompetanse

Zahle utdyper sin karakteristik av sakkyndighetsbevis som "autoritativt bevis" ved å si at erklæringen er bestemmende for vurderingen av faktum, forutsatt at den sakkyndige instans har "beviskompetanse".<sup>77</sup> Denne kompetansen bedømmes etter en struktur som kan sammenlignes med den rettslige – rettskapende – kompetansen. Erklæringen må komme fra den rette person eller myndighet (personell kompetanse), den må være tilveiebrakt etter saksbehandling og prosedyre som tilfredsstillende de relevante krav (prosessuell kompetanse) og den må etter sitt innhold falle innenfor vedkommendes sakkunnskap (materiell kompetanse).<sup>78</sup>

Jeg vil hevde at selv om dette er uttalt i 1976 om danske forhold, er det en dekkende beskrivelse for norske forhold i dag: Domstolens kontroll av de sakkyndiges materiale omhandler hovedsakelig kompetanse-spørsmålene. De spør for eksempel: kommer erklæringen fra Den rettsmedisinske kommisjon (personell kompetanse)? Har kommisjonen godkjent arbeidets tilveiebringelse (prosessuell kompetanse)? Har de

---

<sup>74</sup> Se f.eks. Hov s. 281.

<sup>75</sup> Zahle, s. 533.

<sup>76</sup> Ibid. s. 534.

<sup>77</sup> Ibid. s. 536.

<sup>78</sup> L.c.

sakkyndige vurdert bare det skal, eller har de også vurdert spørsmål som faller utenfor deres mandat eller sakkunnskap (materiell kompetanse)?

I forlengelsen av dette kan man også si at sakkunnskapen har en særlig autoritet uavhengig av de formelle reglene: De sakkyndige uttalelsene virker som regel bestemmende for domstolens oppfattelse.<sup>79</sup> Og dette kan ikke være en overraskelse. For som Zahle sier: ”prinsippet om fri bevisbedømmelse giver ikke dommeren viden om alt mellem himmel og jord.”<sup>80</sup>

Hvis vi har dette som utgangspunkt, kan man si at domstolenes kontroll med de sakkyndiges materiale er *formell*. Med dette mener jeg at domstolene som utgangspunkt ikke aktivt går inn i det sakkyndige materialet og etterprøver vurderingene som er gitt, hvis den personelle, prosessuelle og materielle kompetansen ikke er overskredet. Med andre ord: retten prøver beviskompetansen, ikke faktum. Zahle definerer beviskompetanse slik:

”en kompetence til at udtale sig om et faktum med den virkning at dommerens bedømmelse af pågældende faktum bygger på erklæringen, ikke på de til grund for denne liggende bevisdata.”<sup>81</sup>

Om man så går tilbake til utgangspunktet, prinsippet om den frie bevisbedømmelse, ser vi at de sakkyndige de facto legger bindinger på de judisielle oppfattelse, selv om det ikke er legale bindinger som formelt griper inn i dommerens rett til å utøve et fritt skjønn.

Spørsmålet man kan stille da, er om domstolene etter norsk rett gir fra seg en for vesentlig del av kontrollen med vurderingen av sakens bevisdata. Til hjelp i vurderingen vil jeg anvende den amerikanske Daubert-normen. Etter denne normen går de sakkyndige inn i selve innholdet i det sakkyndige materialet mye mer enn hva tilfellet er i Norge. Jeg

---

<sup>79</sup> L.c..

<sup>80</sup> Ibid s. 538.

<sup>81</sup> Ibid s. 537.

presenterer først innholdet i den, før jeg ser på likheter og forskjeller mellom det norske og amerikanske systemet.

## 3.2 Presentasjon av Daubert-normen

### 3.2.1 Historikk

I amerikansk rett opereres det med et særlig kvalifikasjonskrav for at bevis fra sakkyndige kan legges fram for retten. Dette reguleres av en domstolsskapt norm som kalles ”Daubert-normen”, etter *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*.<sup>82</sup>

Saken gjaldt et sivil retts erstatningssøksmål om erstatningsansvar for misdannelser på foster etter morens bruk av medisinen Bendectin under svangerskapet. Det saksøkte legemiddelfirmaet la fram en rapport fra en lege med faglig ekspertise på spørsmål om farene ved fosters eksponering for kjemiske midler. Han sammenfattet resultatet fra 30 publiserte resultater av legemiddelstudier, med til sammen 130.000 pasienter. Konklusjonen var at det ikke fantes grunnlag for å si at mødres bruk av Bendectin i løpet av første tredel av svangerskapet utgjør en risikofaktor for misdannelser hos barnet.

Spørsmålet for den amerikanske føderale høyesterett var om de saksøkende foreldrene kunne legge fram vitnemål fra åtte fagfolk som hadde et avvikende syn på dette spørsmålet. Tidligere hadde spørsmålet om å slippe til sakkyndighetsbevis blitt vurdert etter den såkalte Frye-testen.<sup>83</sup> Frye-dommen fra 1923 omhandlet en forløper til løgndetektor-testen. En drapstiltalt ønsket å legge resultatet fram for retten, men dette ble nektet. Frye-standarden som ble utviklet av domstolene etter denne dommen var en standard som ikke innebar at dommeren går inn i det vitenskapelige materialet og vurderer det, men i stedet ser på om

---

<sup>82</sup> *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (92-102), 509 U.S. 579 (1993), <http://straylight.law.cornell.edu/supct/html/92-102.ZO.html>. 19. september 2007.

<sup>83</sup> Faigman. s. vi (forordet)

det materialet ekspertene legger fram for retten er ”allment akseptert” i det vitenskapelige miljøet. Førstvoterende i Frye-dommen fra 1923 uttaler:

”Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well recognized scientific principle or discovery, *the thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.*”[orig. uth. fra Daubert-dommen]<sup>84</sup>

Spørsmålet er altså om det vitenskapelige grunnlaget den sakkyndige arbeider ut fra, har tilstrekkelig aksept i det vitenskapelige miljøet. Frye-testen ble etter hvert sett på som utilstrekkelig, og den ble vurdert som konservativ.<sup>85</sup> Den innebar at ny, banebrytende forskning ikke kan legges fram for retten før den har vært gjennom en venteperiode før den blir allment akseptert. Det har også vært hevdet at denne effekten ble forsterket av at vitenskapelige miljøer kan reagere negativt på ny og radikal forskning som bryter med tidligere forestillinger. Blant annet ville både Galileo og Einstein bli avvist som sakkyndige vitner dersom man anvender Frye-testen, siden deres standpunkter var så radikale da de kom, har det blitt sagt.<sup>86</sup> Tilhengerne av Frye-doktrinen besvarte dette siste punktet med at for hver Galileo eller Einstein finnes det hundre Lysenkoer<sup>87</sup> med revolusjonerende teorier som etter hvert viser seg å ikke kunne opprettholdes etter empiriske tester. Og videre: dommere kan ikke forventes å klare å skille mellom de ekte vitenskapelige revolusjonene (Einstein) og de falske (Lysenko). Hvis vitenskapsfolk selv ikke klarer å kjenne igjen en

---

<sup>84</sup> Sitert fra Daubert-dommen.

<sup>85</sup> Faigman s. 8.

<sup>86</sup> L.c.

<sup>87</sup> Se caplex.no. Trofim Denisovitsj Lysenko, 1898–1976, sovjetisk biolog. Fikk støtte av Stalin i sitt syn på at tillærte egenskaper kan gå i arv.



Einstein når de ser ham, hvordan skal da en dommer eller lekmann klare det?<sup>88</sup> Dette talte etter Frye-tilhengerne for at konsensus-kriteriet burde videreføres.

En annen kritikk mot Frye-testen var dette: Den etterspør allmenn aksept på et spesifikt fagområde. Men ofte kan en sak kreve tverrfaglig ekspertise, og da viste det seg ofte vanskelig for dommerne å definere akkurat hvilket fagområde de skulle undersøke.<sup>89</sup> I tillegg ble Frye-testen kritisert for å gi for stor makt til det vitenskapelige miljøet, siden de til sjunde og sist kontrollerte hva som skulle være allment akseptert.<sup>90</sup>

I Daubert-dommen gikk dommerne bort fra denne doktrinen.<sup>91</sup> Høyesterett mente at dommerne heretter burde ha en mer aktiv rolle i bevisavskjæringsspørsmålet enn de hadde hatt under Frye. I stedet skulle dommerne som styrer rettssakene bli ”portvoktere” – ”gatekeepers” – de skal kontrollere hva slags sakkyndige vurderinger som slippes inn i rettssalen. Dette skal gjøres ved at dommerne foretar en mer aktiv vurdering enn før.

De skal sørge for at bevisene er både *relevante* og *pålitelige*.<sup>92</sup> Og siden dommerne skal fungere som portvoktere, krever dette at de vurderer materialet *før* det eventuelt slippes inn i rettssalen. Dette skal de gjøre ved å vurdere de sakkyndiges metode og argumentasjon for å se om materialet er relevant for noen av de omtvistede spørsmål i saken.

### 3.2.2 Daubert-normen – en avveiningsnorm

---

<sup>88</sup> Faigman, s. 8.

<sup>89</sup> Ibid. s. 9.

<sup>90</sup> L.c.

<sup>91</sup> Et sentralt poeng her er at dommerne mente at den strenge Frye-testen ikke lenger kunne videreføres etter at lovgiver i mellomtiden hadde vedtatt de mer liberale Federal Rules of Evidence art. 702, se Dennis s. 860. Men jeg går ikke nærmere inn på spørsmålet om fortolkningen av den bestemmelsen, og metodespørsmål som eventuell motstrid mellom lovtekst og sedvane, m.v.

<sup>92</sup> Dennis s. 860.

Innledningsvis er det nyttig å ha i mente skillet som Eckhoff og Sundby opererte med, mellom normer som er ”regler” og normer som er ”retningslinjer”.<sup>93</sup> En regel er en norm som angir løsningen, hvis det først er klart at den kommer til anvendelse. For eksempel sier ekteskapsloven § 3 at det er forbudt for nærmere angitte nære slektninger å gifte seg med hverandre.<sup>94</sup> Når først eventuell tvil om faktum er ryddet av veien (Hva med adoptivbarn som har vokst opp fra hverandre?), følger løsningen direkte av regelen.<sup>95</sup> På den andre siden har vi de tilfellene hvor løsningen på et spørsmål beror på en normativ avveining.<sup>96</sup> Dommeren må utøve skjønn ut fra et sett retningslinjer. Man kan kalle dette en ”avveiningsnorm”,<sup>97</sup> eller ”rettslig standard”.<sup>98</sup> Ofte er det slik at et spørsmål bestemmes et stykke på vei ut fra en norm, men utfallet i den konkrete saken er avhengig av en avveining. Et eksempel er heving av kontrakt ved vesentlig mislighold. Hva som er ”vesentlig” beror på nærmere angitte omstendigheter.<sup>99</sup> Et sentralt poeng er at visse forhold blir svært ofte vurdert, så som misligholdets størrelse, det økonomiske tapet m.v.<sup>100</sup> Men det er også sånn at hver sak må vurderes for seg, slik at det aldri er helt fastlagt akkurat hvilke momenter som tillegges vekt.

Saker hvor Daubert-normen anvendes ligner litt på dette: Dommeren skal avgjøre om sakkyndige uttalelser er ”pålitelige”. Til vurderingen nevnte USAs høyesterett enkelte momenter som ofte vil være sentrale, men dommerens skjønnsutøvelse vil ikke være låst til disse. Dette understreker høyesterett selv:

” The inquiry envisioned by Rule 702 is, we emphasize, a *flexible* one. [\[n.12\]](#) Its *overarching subject* is the scientific validity” [mine uth.]

---

<sup>93</sup> Eckhoff Sundby s. 128 flg.

<sup>94</sup> Ibid. s. 129.

<sup>95</sup> L.c.

<sup>96</sup> Ibid. s. 132.

<sup>97</sup> L.c.

<sup>98</sup> Ibid. s. 128.

<sup>99</sup> Ibid. s. 133.

<sup>100</sup> L.c.

Med andre ord: avveiningsmarkørene er ikke uttømmende angitt. Formålet, eller hovedhensynet om man vil, the "overarching subject", er nærmere angitt, og så må det foretas skjønnsutøvelse ut fra denne retningslinjen. Men praksis vil kanskje klargjøre innholdet.

### 3.2.3 Daubert-normen anvendt på straffesaker

Daubert-saken var som nevnt en sivil sak, og et av de omkringliggende temaene var frykten for et eksplosjonsartet antall sivile erstatningskrav dersom terskelen for sakkyndighetsbevisenes kvalitet ble senket. Men Daubert-normen anvendes også på straffesaker.<sup>101</sup> Et særlig spørsmål som foreløpig ikke har kommet på spissen, er hva som vil skje dersom domstolene anvender Daubert-kriteriene strengt på tradisjonelle strafferettslige beviser ("forensic evidence") som bittmerker, håndskriftanalyse m.v., og ender opp med å avvise dem. Påtalemakta støtter seg i stor grad på slike empiriske teknikker som kun i liten grad er blitt testet.<sup>102</sup> Mye av dette er allment akseptert, jf. Frye-testen, men domstolene har foreløpig vært tilbakeholdne med å anvende Daubert-testen altfor strengt.<sup>103</sup>

## 3.3 Prosessuelle ulikheter

### 3.3.1 Partsprosess og inkvisisjonsprosess

---

<sup>101</sup> Faigman. s. 58 flg.

<sup>102</sup> Ibid s. 59.

<sup>103</sup> L.c.

Det norske og amerikanske prosesssystemet er bygd opp på ulike måter, med hver sine særegenheter. Med et slagord kan man si at den norske straffeprosessen hviler på *den materielle sannhets prinsipp*.<sup>104</sup> Strpl. § 294 slår fast at retten skal:

”... på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen.”

Retten har følgelig en aktiv rolle, og skal på eget initiativ sørge for at uklarheter oppklares og misforståelser ryddes av veien, slik at sannheten i størst mulig grad nås.<sup>105</sup>

Etter Rt. 1984 s. 462 skal retten supplere bevisførselen både til gunst og til skade for tiltalte (s. 464). Men i juridisk teori er det uenighet om hvorvidt domstolen bør være mer aktiv når det gjelder supplerings i tiltaltes favør enn i hans disfavør. Enkelte argumenterer med at dommeren bare bør ta initiativ når det vil gagne tiltalte.<sup>106</sup> Andre synes at hensynet til å få saken så korrekt framstilt som mulig, uavhengig av om det vil gagne tiltalte, er det viktigste. Strandbakken argumenterer for at retten bør kunne intervensjonere uansett om det gagnar tiltalte eller ikke. Diskusjonen setter på spissen selve den grunnleggende problemstillingen i norsk straffeprosess: Spørsmålet om hva som er viktigst av å sikre tiltaltes rettigheter og å få fram den materielle sannheten.

Til sammenlikning bygger angloamerikansk straffeprosess – igjen med et slagord– på *den formelle sannhets prinsipp*.<sup>107</sup> Prosessen er bygget opp som en mer rendyrket partsprosess, hvor dommeren har en mer passiv rolle enn hos oss. Stikkordene formell og materiell sannhet bør klart nok ikke tas altfor bokstavelig. Selvsagt søkes sannheten i amerikansk rett også. Men begrepene illustrerer noen distinkte forskjeller.

---

<sup>104</sup> Strandbakken s. 170.

<sup>105</sup> L.c.

<sup>106</sup> Ibid. s. 171 med videre henvisninger.

<sup>107</sup> L.c.

I prosessretten kan man plassere de ulike lands ordninger på en akse hvor man på den ene siden stiller opp den rendyrkede partsprosessen, og på den andre den rendyrkede inkvisisjonsprosessen.<sup>108</sup> I en rendyrket partsprosess vil partene selv ha full rådighet over tvistegjenstanden, slik vi ser i dispositive sivile tvister i dag. Her gjelder den formelle sannhets prinsipp fullt ut. Partene kan avtale hvilket faktum som skal legges til grunn, de kan avtale at visse tema og hendelser ikke skal tas opp m.v. I den rendyrkede inkvisisjonsprosessen gjelder den materielle sannhets prinsipp. Strpl. § 294 er et utslag av dette; retten skal selv undersøke ("inkvisisjon" betyr "undersøkelse"<sup>109</sup>) sakens faktum. I en inkvisisjonsprosess har partene ikke rådighet over prosessen overhodet. For eksempel er det ikke i Norge anledning til såkalt "plea bargain", som i USA, hvor tiltalte kan si seg skyldig i en mindre alvorlig tiltale mot at påtalemakta dropper en mer alvorlig.<sup>110</sup> En slik avtale innebærer at den materielle sannhet ofres, og at tiltalte kan disponere over saken på en måte som det ikke er adgang til i norsk rett.<sup>111</sup> De fleste rettssystemer er blandingssystemer, med innslag av partssystem og inkvisisjonssystem om hverandre. For eksempel i norsk sivilprosess er hovedregelen at partene disponerer fritt over sakens gjenstand (formell sannhet, full rådighet).

Strandbakken og Robberstad karakteriserer norsk straffeprosess som en inkvisitorisk prosess med elementer fra partsprosessen.<sup>112</sup> Man kan så spørre hvilke følger dette får for bevisavskjæringsreglene og bevisføringsadgangen. Strandbakken sier:

"I en inkvisitorisk prosess hvor man legger stor vekt på å finne sannheten, er det grunn til å regne med at man finner færre bevisavskjæringsregler enn i den rendyrkede partsprosessen."<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> Johnsen s 496 med videre henvisninger.

<sup>109</sup> Strandbakken s. 172.

<sup>110</sup> Ibid s. 42.

<sup>111</sup> L.c.

<sup>112</sup> Ibid. s. 172 med flere henvisninger i note 24.

<sup>113</sup> Ibid s. 173.

Denne grunnleggende forskjellen mellom den amerikanske, mer rendyrkede partsprosessen, og den norske, mer inkvisitoriske prosessen, er et viktig perspektiv å ha med seg når man skal vurdere en amerikansk regel anvendt på norske forhold.

### 3.3.2 Bevisavskjæring vs. å tillate bevis fremmet, men tillegge det begrenset vekt

Hvis vi sammenlikner norsk rett med Daubert-normen, er det en vesentlig forskjell rent prosessuelt. Daubert-normen er en norm som skal anvendes av dommeren før hovedforhandlingen begynner. Portvokter-modellen illustrerer dette bra: Når saken er klar til å starte, skal kun det som har blitt godkjent på forhånd, få slippe inn. Akkurat hvordan dommeren skal gå fram rent praktisk, er opp til dommerens diskresjonære skjønn.<sup>114</sup>

”While the district court has discretion in the manner in which it conducts its *Daubert* analysis, there is no discretion regarding the actual performance of the gatekeeper function.”<sup>115</sup>

Det viktige er *at* domstolen foretar en prøvelse av Daubert-vilkårene, ikke *hvordan* de gjør det. Ofte vil en domstol gjøre dette i rettsmøte, som en høring hvor partene presenterer sine syn på saken.<sup>116</sup>

I norsk straffeprosess vurderes alle bevisene av den dømmende rett under hovedforhandlingen. Strpl. § 285 åpner for at forhandlingen kan begrenses til et spørsmål om avvisning inntil dette spørsmålet er avgjort. Men selv om denne bestemmelsen skulle brukes som en hjemmel til å avskjære omstridt bevis fra sakkyndige (noe som ikke er vanlig), så ville den likevel være vesensforskjellig fra Daubert-normen, i det at vurderingen foretas *under* hovedforhandlingen, og ikke før. Det må derfor skilles mellom å *avskjære* et

---

<sup>114</sup> Faigman. s 14.

<sup>115</sup> Ibid. s. 15.

<sup>116</sup> Ibid. s. 14.

bevis, og å tillate det fremmet, men tillegge det begrenset/lite vekt i den samlede vurderingen.

### 3.3.3 Forskjell i omfanget av lekmandsdeltakelse

Det avgjøres et mye større antall saker ved hjelp av jury i USA enn i Norge. Portvoktermodellen må ses i sammenheng med dette. Portvokteren er dommeren som skal kontrollere hvilket bevismateriale juryen vil ha til rådighet når den skal komme fram til en avgjørelse. Det er altså en markert forskjell på dommeren og juryen: Dommeren har kompetanse og forutsetninger til å gå inn i det sakkyndige materialet og foreta kritiske vurderinger av det; juryen derimot, må skjermes for det som ikke holder mål. I USA brukes jury i stor utstrekning både i sivil- og strafferetten.<sup>117</sup> I Norge brukes jury kun i visse straffesaker i andre instans, jf. strpl. § 332 tredje ledd, jf. § 352 første ledd – i saker som gjelder bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, og det gjelder en forbrytelse som kan medføre fengsel i mer enn seks år. I dag er det mellom 300 og 350 saker årlig som behandles med jury. Til sammenligning behandles det årlig rundt 15 000 saker med meddomsrett i norske tingretter.<sup>118</sup>

En jury arbeider dessuten på en helt annen måte enn juridiske dommere, ved at de ikke gir en begrunnelse for sitt resultat. Uansett hva resultat juryen kommer fram til, vet man ikke hva de har lagt avgjørende vekt på. Si for eksempel at en mann er tiltalt for drap, og han blir frikjent. Juryen kan mene at skyldkravet ikke var oppfylt, og den kan mene at de rettsmedisinske rapportene ikke var sikre nok til å knytte ham til åstedet, eller den kan legge vekt på andre ting. Juryen besvarer flere spørsmål samtidig. Det eneste som blir offentliggjort er resultatet. I et rettssystem hvor den store hovedregelen er at begrunnelsen for resultatet ikke gjøres kjent, har man ikke mulighet til å etterprøve vurderingene retten

---

<sup>117</sup> Jeg går ikke nærmere inn på detaljreguleringen av dette.

<sup>118</sup> Aftenposten 9. februar 2007

har foretatt seg. Det er derfor et større behov for å utøve en viss kontroll av bevismaterialet i forkant i stedet.

Det er med andre ord en meget stor forskjell i hvor stort nedslagsfelt en slik portvoktermodell vil ha i norsk rett og amerikansk rett. For portvokter-modellen passer ikke like bra som beskrivelse på de tilfellene hvor dommeren sitter i et kollegium enten med lekfolk, som i tingretten, eller i en stor meddomsrett. Dommeren vil dermed ha en annen rolle enn i norsk rett. Man kan da hevde at dette taler for at bestemmelsen ses på som et sær-amerikansk fenomen, knyttet til det amerikanske rettssystemets karakteristika. Og følgelig at dens overføringsverdi til norske forhold er minimal, siden lekmannsdeltakelsen er så mye mindre. Mot dette kan man innvende at jurister ikke er skolert i det som til enhver tid blir presentert av sakkyndig materiale. Mange av de samme hensynene bak Daubert-normen kommer derfor til anvendelse også i Norge.

### 3.3.4 Grensedragningen mellom vitne og rettsoppnevnt sakkyndig i norsk rett

Vitneplikten reguleres av strpl. kap. 10 og sakkyndiges opptreden reguleres av kap. 11. Hovedregelen om vitneplikten står i strpl. § 108: enhver plikter etter innkalling å møte som vitne og forklare seg overfor retten, med mindre annet er bestemt ved lov. Vitneplikten er helt sentral i straffeprosessen. I St. meld. Nr. 42, (2004 – 2005) s. 68 sies at uten vitner undergraves rettsstaten.<sup>119</sup> Utgangspunktet for hva vitnet plikter å forklare seg om, står i strpl. § 133: Vitnet skal forklare hva det vet om ”gjenstanden for bevisførselen”. Et vitnes oppgave er å møte fram i retten og forklare seg om hva vedkommende har sett eller hørt eller lagt merke til på annen måte om gjerningsmannen eller den aktuelle gjerningen som ligger til grunn for tiltalen. Vitnet skal heller ikke trekke konklusjoner av hva det har sett, mener Andenæs.<sup>120</sup> I Bjerke og Keiseruds kommentarutgave til straffeprosessloven presiseres at vitners plikt til å forklare seg i alminnelighet bare gjelder forhold som det har

---

<sup>119</sup> Rachlew, s. 129.

<sup>120</sup> Ibid. s. 130 med videre henvisninger.



sett eller hørt eller på annen måte iaktatt vedrørende det forhold som er gjenstand for forfølgning.<sup>121</sup>

Skjæringspunktet mellom vitneplikten og sakkyndighet er ikke drøftet i forarbeidene til straffeprosessloven.<sup>122</sup> Men selv om grensdragningen mellom vitner og sakkyndige ikke er klart definert, er det likevel en klar kjerne som utgjør hoveddelen av vitneplikten. Men grensdragningen kan by på problemer. For mens et vitne skal prøve å forklare seg kun om personlige iakttagelser knyttet til en konkret sak, har en sakkyndig naturlig nok anledning til å forklare seg mer generelt om saksområdet på et mer teoretisk plan. Sakkyndige besitter kunnskap av mer universal karakter,<sup>123</sup> og gir sine faglige vurderinger.

Reglene om rettsoppnevnte sakkyndige vitner trekkes opp i strpl. kap. 11. I en mellomstilling mellom ordinære vitner og rettsoppnevnte sakkyndige finner vi de sakkyndige vitner uten rettslig oppnevning, jf. strpl. § 149. Terminologien varierer for øvrig. Bjerke og Keiserud bruker uttrykket ”private sakkyndige”, Andenæs bruker uttrykkene ”sakkyndige vitner” og ”private sakkyndige”.<sup>124</sup>

Etter § 149 får partene anledning til å føre sakkyndige som vitner for retten uten at retten har oppnevnt vedkommende. Prosessuelt får vitnet samme posisjon som et ordinært vitne, men det er visse særreguleringer. Vitnet skal avgi forsikring etter bestemmelsene for oppnevnte sakkyndige, og det kan være tilstede under hele rettssaken, i motsetning til ordinære vitner. En særregel om salæret sørger for at det ikke er så vanlig med private sakkyndige fra tiltaltes side: Utgangspunktet er at tiltalte selv må betale for slik sakkyndig bistand. Etter Lov om vidners og sakkyndiges godtgjørelse 21. juli 1916 § 10 andre ledd, åpnes det for at sakkyndige som ikke er oppnevnt, også kan få offentlig godtgjørelse. Men

---

<sup>121</sup> Etter Rachlew s. 130.

<sup>122</sup> Ibid, s. 130, med videre henvisninger.

<sup>123</sup> Ibid, s. 131.

<sup>124</sup> Ibid s. 132.

dette er et unntak som bekrefter hovedregelen.<sup>125</sup> Dette gjør at domstolen får kontroll over kostnadene av rettssaken.<sup>126</sup> Det er dessuten forutsatt at på samme måte som rettsoppnevnte sakkyndige må være basert på frivillighet, må også private sakkyndige det, jf. § 138 andre ledd.<sup>127</sup> Et ordinært vitne, derimot, må møte for retten selv om det absolutt ikke ønsker. Begrunnelsen for at sakkyndige som hovedregel må si seg villige, ligger i dagen. Det dreier seg om et tidkrevende arbeid hvor den sakkyndige må bruke tid på å forberede seg. Dersom vedkommende virkelig ikke ønsker å gjennomføre oppdraget, vil dette fort kunne sette sitt preg på kvaliteten på det arbeidet som gjøres. Regelen har en parallell i den obligasjonsrettslige tanke at dersom debtors ytelse har et stort innslag av personlig oppfyllelse (portrettmaling, konsulentoppdrag, m.v.) kan kvaliteten på ytelsen forringes hvis kreditor krever tvangsgjennomføring av avtalen.

Dette hensynet blir satt på spissen i de tilfellene hvor et sakkyndig vitne blir stevnet mot sin vilje. Rachlew tar opp spørsmålet om en sakkyndig kan pålegges alminnelig vitneplikt.<sup>128</sup> Selv måtte han mot sin vilje vitne i Nokas-saken, noe han selv syntes var kritikkverdig.<sup>129</sup> Blant annet fordi et vitne som innkalles ikke får samme tid til å forberede seg, men må svare på alle spørsmål ut fra hva det kan huske når det står i vitneboksen. Dessuten: Et hovedpoeng med de rettsoppnevnte sakkyndige er jo nettopp at deres arbeid er forberedt av dem selv, og etterkontrollert av Den rettsmedisinske kommisjon. Dette er med på å sikre kvaliteten. I NOU 1996: 15 (Liland) anfører utvalget at retten har et selvstendig ansvar for at det sakkyndige grunnlaget framstår så klart og oversiktlig som råd.<sup>130</sup> Både i NOU'en om Liland-saken, og Gjenopptakelseskommisjonens avgjørelse i Fasting Torgersen-saken vises til artikkelen "The Coming Paradigm Shift in Forensic Identification Science", av Michael J. Saks og Jonathan J. Koehler. De hevder at uetterrettelig sakkyndighet, og feil

---

<sup>125</sup> Ibid. s. 133 med videre henvisninger.

<sup>126</sup> L.c.

<sup>127</sup> L.c., med henvisning til Norsk Lovkommentar.

<sup>128</sup> Ibid. s. 132.

<sup>129</sup> Ibid. s. 137.

<sup>130</sup> Ibid. s. 134.

bruk av den er den nest viktigste årsaken til uriktige domfellelser i USA, etter uriktige øyenvitneidentifikasjoner.<sup>131</sup>

Rachlew måtte vitne etter reglene om vitneplikten, kap. 10 i straffeprosessloven. Han ble altså pålagt å svare. Han fikk eksempelvis spørsmål om avhørsteknikker, noe som lå innenfor hans fagområde.<sup>132</sup> Om han hadde fått i mandat som rettsoppnevnt sakkyndig å utrede spørsmålet, hadde han presentert sin forskning grundig og forberedt, mens han nå måtte ta alt fra hukommelsen der og da.

”[M]itt vitnemål i NOKAS-saken fortonet seg som mer eller mindre kvalifisert syensing.”<sup>133</sup>

I denne saken var det aktuelle vitnet et politifaglig vitne. Hvis vi legger til grunn at Rachlews opplevelser er utslag av en generell tendens, og også deles av *rettsmedisinsk* sakkyndige, kan det virke som det finnes et straffeprosessuelt smutthull i lovverket: Den rettsmedisinske kommisjon skal i utgangspunktet kvalitetskontrollere sakkyndiges arbeid. Som utgangspunkt er det retten som avgjør hva den synes det er nødvendig å få utredet, og den utarbeider mandat deretter. Og hovedregelen om at partenes egne sakkyndige som regel må bekostes av dem selv, gjør at private sakkyndige ikke brukes så ofte. Retten har dermed en ganske god kontroll med hvor mange sakkyndige som dras inn i saken. Særlig salær-regelen antas å virke disiplinerende. Men dersom en sakkyndig i stedet stevnes som vitne etter kap. 10, trenger ikke parten å tenke på at han skal bekoste økonomisk godtgjørelse, og dette økonomiske riset bak speilet forsvinner. Man kan da hevde at det her finnes et hull i lovverket som åpner for at sakkyndige vurderinger slippes til i rettssalen uten at det fra lovgivers side er ønsket. Illustrerende i så måte er det at i den aktuelle saken som Rachlew beskriver, ble flere forskere stevnet som vitner av samme advokat.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> L.c.

<sup>132</sup> Ibid s. 127.

<sup>133</sup> Ibid s. 128.

<sup>134</sup> Ibid s. 134.

Dersom Rachlews kritiske vurdering av kvaliteten på eget vitnemål i tillegg er representativ for sakkyndiges generelle opplevelse som vanlig vitne, er det grunn til å stille spørsmålet om dette smutthullet i realiteten kan være med på å dra ned kvaliteten på det materialet som sakkyndige presenterer i retten.

Samtidig kan det hende at dette ikke er så kritikkverdig som Rachlew sier: Selv om *han* mener at kvaliteten på vitneprovet ikke var bra nok, kan det like fullt hende at retten fant det han sa opplysende og nyttig. Og på et generelt plan kan det også hende at retten er bedre i stand enn den sakkyndige til å vurdere hvor mye som trengs å sies om et tema. Selv om den sakkyndige ikke husker alle de variabler som han mener er relevante ut fra et strengt vitenskapelig perspektiv, kan man tenke seg at hovedpoengene og de viktigste hensynene likevel kan være av stor viktighet.

Men alt i alt vil jeg hevde at innvendingene fra Liland-utvalget er mest tungtveiende: Den saken framheves nettopp som et eksempel på en sak hvor det sakkyndige materialet ikke var klart nok, og resultatet ble tragisk. Da er det grunn til å være skeptisk til en ordning som framstår som et ugjennomtenkt tomrom i lovverket, som får den følge at retten kan presenteres for sakkyndig materiale av mindre god kvalitet.

### 3.4 Nærmere om vilkårene i Daubert-normen

Daubert-normen opererer med to vilkår: For å slippe forbi rettens portvoktere må det sakkyndige materialet være *relevant* og det må være framskaffet på en *pålitelig måte* – en *vitenskapelig måte som tåler etterprøving*. Oppfylles ikke disse to kumulative vilkårene, slipper materialet ikke til i retten.

### 3.5 Relevans-kriteriet

#### 3.5.1 Hva er relevant sakkyndighetsbevis etter Daubert-normen?

Den føderale høyesterett tar utgangspunkt i Federal Rules of Evidence nr. 402:

*"All relevant evidence is admissible, except as otherwise provided by the Constitution of the United States, by Act of Congress, by these rules, or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority. Evidence which is not relevant is not admissible."* [mine uth.]

Relevant bevis defineres etter FRE nr. 401 som

*"that which has 'any tendency to make the existence of any fact that is of consequence to the determination of the action more probable or less probable than it would be without the evidence'."*

Førstvoterende konkluderer slik:

*"The Rule's basic standard of relevance thus is a liberal one."*

For å finne fram til hva som er relevant, må man derfor se hva som er de omtvistede spørsmålene i den konkrete saken, og så foreta en konkret helhetsvurdering. Dette er den samme vurderingen som må foretas for alle typer bevis, ikke bare sakkyndighetsbevis.

Dette er i realiteten de samme to vilkårene som ble nevnt i den generelle delen under pkt. 1.6, om relevansvilkårets to bestanddeler: "materiality" (= "any fact that is of consequence...") og "probative value" (= "more probable or less probable...").<sup>135</sup>

Men retten legger inn en begrensning for de sakkyndige. Den påpeker at de skal uttale seg om sitt fagfelt, og de er ikke nødvendigvis mer enn andre i stand til å si noe om sannsynligheten for at en hypotese er sann eller ikke:

*"The study of the phases of the moon, for example, may provide valid scientific 'knowledge' about whether a certain night was dark, and if darkness is a fact in issue, the knowledge will assist the trier*

---

<sup>135</sup> Torgersen s. 543.

of fact. However (absent creditable grounds supporting such a link), evidence that the moon was full on a certain night will not assist the trier of fact in determining whether an individual was unusually likely to have behaved irrationally on that night.”

Altså: den sakkyndige må henge seg til spekulasjoner som alle andre når han skal prøve å ta stilling til om en person har handlet på en bestemt måte. Og synspunktet etter Daubert er da at den sakkyndige ikke har noen spesiell kompetanse til å gjette i dette spørsmålet. Og det han har å si om for eksempel en person trolig oppførte seg merkelig en bestemt kveld, skal avskjæres; det er ikke *relevant*. Den sakkyndige må ha et vitenskapelig grunnlag for å uttale seg om det omstridte spørsmålet. Har han ikke det, skal det han har å si om akkurat dette spørsmålet avskjæres. Det skal i det hele tatt ikke bringes fram i retten; det skal ikke være en del av grunnlaget som retten bruker for å treffe en avgjørelse i saken. Daubert-normen fungerer derfor som en bevisavskjæringsregel for bevis som ikke anses relevant.

### 3.5.2 Relevant bevis i norsk rett

På dette punktet er det norske og det amerikanske systemet ganske likt. For det generelle utgangspunktet viser jeg til pkt. 1.6.<sup>136</sup> Den frie bevisførsel strekker ikke lenger enn til å tillate relevant bevis. Strpl. § 292 andre ledd bokstav a og c gir hjemmel for avskjæring av irrelevant bevis; forhold uten betydning for dommens innhold, og bevismidler åpenbart uten noen beviskraft. Andre ledd bokstav b gir hjemmel til å avskjære bevis som gjelder forhold som er tilstrekkelig bevist. Paragraf 292 første ledd gir hjemmel til å avskjære ytterligere bevisføring hvis det foreligger en fullstendig tilståelse.

På samme måte som Daubert-normen gir disse bestemmelsene da hjemmel til å avskjære bevismidler som ikke anses relevante, og de gir hjemmel for å avskjære bevisføring om bevismaer som ikke anses relevante.

---

<sup>136</sup> Torgersen s. 543

## 3.6 Pålitelighetskriteriet

### 3.6.1 Vitenskapelig pålitelighet etter Daubert-normen

Daubert-normen er en fleksibel norm. I Daubert-dommen presenterte den føderale høyesterett fire kriterier som domstolene burde vurdere ved evalueringen av det sakkyndige materialet.<sup>137</sup> Et nøkkelspørsmål ved vurderingen av påliteligheten er 1) om den hypotesen eller teorien som de sakkyndige bygger sin uttalelse på kan bli og har blitt testet. Videre kan 2) publikasjon og fagfellevurdering være sentrale indikatorer. Spørsmålet om 3) hvor stor feilmargin teorien opererer med er også sentralt. Endelig kan 4) allmenn aksept være en indikator. Men ingen av faktorene er nødvendige eller absolutte; det må foretas en generell helhetsvurdering, og andre faktorer kan også spille inn i vurderingen.<sup>138</sup> I denne konkrete saken endte den føderale høyesterett for øvrig med å avskjære materialet fra ekteparets sakkyndige. Høyesterett mente ikke at kriteriene skulle fungere som en ”check-list” som domstolene alltid burde vurdere. I dommen er det tydelig at standarden er ment å være fleksibel, og at de fire momentene ikke er absolutte:

” The inquiry envisioned by Rule 702 is, we emphasize, a flexible one”

Det nyskapende i Daubert-normen ligger i at dommerne under Frye-epoken bare måtte finne ut hva de fleste vitenskapsfolk på et felt mente, mens de under Daubert-epoken må sette seg inn i, og aktivt ta stilling til, om de vitenskapelig sakkyndige har brukt den relevante metode på en akseptabel måte som retten vil anerkjenne.<sup>139</sup>

Målsettingen med Daubert-normen var blant annet å øke mengden med tillatte vitnemål fra sakkyndige. Samtidig ønsket man å få en hjemmel for å utelukke såkalt ”junk science”,

---

<sup>137</sup> Dennis s. 860

<sup>138</sup> L.c., Faigman s. 23.

<sup>139</sup> Faigman s. 13.

altså vitenskap som ikke holder faglig mål. Men i USA er det uenighet om i hvilken grad disse målsettingene faktisk har blitt nådd.<sup>140</sup>

Etter hvert som praksis og teori om Daubert-normen har blitt meget omfattende har meningen om Daubert-testen blitt delte.<sup>141</sup> Noen dommere har ment at Daubert tvert imot setter en lavere terskel for sakkyndighetsbevis enn Frye. De to testene ser på ulike forhold ved de vitenskapelige testene; Frye ser på aksepten i det vitenskapelige miljøet, Daubert ser på testens vitenskapelige fundament. Og som regel vil disse to innfallsvinklene føre til samme resultat:<sup>142</sup> Det som er allment akseptert vil som oftest ha solid vitenskapelig fundament. Men av og til leder testene til ulikt resultat. Det er tilfellet når den vitenskapelige basisen er solid, men likevel ikke allment akseptert. Da vil Frye-testen føre til avskjæring, men ikke Daubert. Og når en vitenskapelig test er allment akseptert, men vitenskapelig svak, vil Daubert føre til avskjæring, men ikke Frye. Daubert og Frye leder også til samme resultat når testen det omhandler både er svakt faglig fundert og lite akseptert. Eller sagt på en annen måte: Daubert setter en høyere terskel enkelte steder, og en lavere terskel andre steder.<sup>143</sup>

Daubert-normens kjerne og formål virker svært fremmed etter norsk rett: Dommere skal sette seg inn i en bestemt vitenskapelig tenkemåte (for eksempel medisinsk, teknisk m.v.), og deretter evaluere forskeres arbeid for å se om det holder faglig mål. Oppgaven må framstå som totalt fremmed for en norsk dommer, og den innebærer et stort ansvar med mye krevende vurderinger. Man kan derfor spørre seg om Daubert-normen innebærer et for stort ansvar for dommerne. Under rettssaken var dette spørsmålet sentralt. Det ble hevdet at hvis man gikk bort fra Frye-standardens enkelt håndterbare krav til allmenn aksept som vilkår for framleggelse, ville det kunne føre til det rene anarki i rettssalene: Frye-testen er enkel og håndtere, og det er ikke lett for en vitenskapsmann å prøve å bløffe seg inn i

---

<sup>140</sup> Dennis s. 860, med videre henvisninger i note 65.

<sup>141</sup> Daubert-normen ble for øvrig kodifisert i 2000, se Faigman s. 3.

<sup>142</sup> Faigman s. 26 flg.

<sup>143</sup> L.c.



rettssalen ved å hevde at en viss teori er allment akseptert. Hvor stor grad av aksept en teori har, er relativt enkelt å finne ut. På den annen side kan man nok tenke seg at en kløktig vitenskapsmann kan bløffe en dommer ved å få en sær teori til å se plausibel ut.

Absurde og pseudovitenskapelige hypoteser ville kunne kreves framlagt, med den følge at juryene ikke klarer å håndtere sakene, ble det hevdet. Retten mente dette uttrykte for negative tanker om:

”... the capabilities of the jury, and of the adversary system generally. Vigorous cross examination, presentation of contrary evidence, and careful instruction on the burden of proof are *the traditional and appropriate means of attacking shaky but admissible evidence.*” [min uth.]

Med “adversary system” vises det til den særlige partsprosessen som de har i USA, hvor retten har en mer neddempet rolle enn i Norge. Vi ser her at retten i Daubert-saken mente at motpartens muligheter til å gå til motangrep vil være den rette måten å ta tak i problemet på. Verdt å merke seg er det at den mener motpartens offensive strategi vil være en mer velegnet metode å forholde seg til ”shaky” beviser på enn avskjæring i forkant.

I dette sitatet fra dommen mener jeg det ligger en erkjennelse av juristers begrensning når det gjelder evaluering av påliteligheten til vitenskapelig materiale som presenteres i retten: Vel kan dommerne anvende Daubert-normen og luke ut mye av det som ikke holder mål, men bare til et visst punkt: ”Shaky”, eller vaklevorne, beviser vil alltid kunne slippe forbi det forsvarsverket som for eksempel Daubert-normen utgjør. Dette understrekes for eksempel av Faigman:

”Opposing counsel has little choice but to assume the worst and prepare for the worst. That means to assume the expert is a slippery advocate of doubtful competence, and to prepare for cross examination accordingly.”<sup>144</sup>

---

<sup>144</sup> Faigman s. 105.

Dommerne vedgår at slikt vil komme til å skje, og det er ingen katastrofe at det gjør det. Det er selve det kontradiktoriske systemet som er det egentlige forsvarsverket mot upålitelige sakkyndighetsbevis i amerikansk rett.

### 3.6.2 Vitenskapelig pålitelighet i norsk rett

I straffesaker oppnevner retten sakkyndige, jf. strpl. § 139. Som nevnt tidligere har retten et selvstendig ansvar for å sørge for at saken blir så godt opplyst som mulig, og dette inkluderer ansvar for å innkalle sakkyndige når saken krever det.

For den typen sakkyndighetsbevis som faller inn under begrepet rettsmedisin, har Den rettsmedisinske kommisjon en særlig stilling som kontrollør av det som legges fram av sakkyndige erklæringer i retten. Etter strpl. § 146 skal det være en nasjonal rettsmedisinsk kommisjon som veiledende organ i rettsmedisinske spørsmål. Kommisjonen skal etter strpl. § 147 tredje ledd gjennomgå de innkomne rettsmedisinske erklæringer og uttalelser. Kommisjonens arbeid er nærmere regulert i Forskrift om Den rettsmedisinske kommisjon. Etter § 3 heter det at Kommisjonen kan anmode sakkyndige om å gi skriftlig tilleggserklæring innen en passende frist hvis nødvendig. Etter den tidligere forskriftens § 6 skulle kommisjonen varsle retten og påtalemakta kun hvis den fant ”vesentlige mangler”. Siden kravet om vesentlige mangler nå er borte, tolker jeg det som at Kommisjonen er gitt en større og mer selvstendig rolle: Der det før var en viss slingringsmonn før Kommisjonen skulle gripe inn og gi sin vurdering av de sakkyndige uttalelsene, kan den nå også varsle dersom den finner mangler som er mindre alvorlige.

Det er med andre ord et grunnleggende skille mellom sakkyndige erklæringer som legges fram for retten, og alle andre bevis i straffesaker: Sakkyndige erklæringer skal underlegges kvalitetskontroll fra andre enn den dømmende rett. NOU 2001:12 *Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker* er rapporten til utvalget som fikk i mandat å gjennomgå rettsmedisinsk kvalitetssikring og kontroll i straffesaker. Utvalget spør:

”Et grunnleggende spørsmål for utvalget har vært om, og eventuelt hvorfor, det skal være en annen kvalitetssikring av rettsmedisinsk sakkyndighet enn av all annen sakkyndighet og alle andre bevis i straffesaker. Mandatet fra Justisdepartementet synes å forutsette en slik forskjellsbehandling. Utvalget finner likevel grunn til å stille spørsmålet.”<sup>145</sup>

Utvalget påpeker at det er mye inkonsekvens når det gjelder kvalitetssikring av sakkyndige erklæringer i norsk rett, både internt i strafferetten, og utenfor strafferettens område. Andre sakkyndige som avlegger erklæringer i straffesaker underlegges ikke slik ekstern kontroll. Utvalget viser som illustrasjon også til at det med hjemmel i veterinærloven (10. desember 1948 nr. 3) § 28 er opprettet et veterinærmedisinsk rettsråd. Dette rådets funksjon er å motta og kontrollere veterinærmedisinske sakkyndighetserklæringer avgitt av offentlig oppnevnte sakkyndige både i sivile saker og i straffesaker. Begrunnelsen for dette var ifølge forarbeidene at:

”Det kan dreie seg om saker som har stor prinsipiell betydning og de kan ofte gjelde store økonomiske verdier. Når så dyptgående interesser verserer for en domstol, kan det lett komme til å oppstå divergerende vurderinger av saken, slik at de sakkyndige på grunn av sine motstridende erklæringer ikke kan respekteres av retten.”<sup>146</sup>

Utvalget påpeker at det ikke er en tilsvarende ordning for sivilrettslige tvister der medisinske spørsmål om *menneskers* helse står sentralt. Men den siterte begrunnelsen fra utvalget oppnevnt av Landbruksdepartementet har etter min mening gyldighet også der. Det framstår som tilfeldig at det ikke finnes en ekstern kvalitetskontrollør av rettsmedisinsk sakkyndighet i sivile erstatningssaker, når saker som krever veterinærmedisinsk ekspertise er underlagt ekstern kontroll.

---

<sup>145</sup> NOU 2001:12, s. 136.

<sup>146</sup> Innstilling fra utvalg oppnevnt av Landbruksdepartementet, avgitt 16. februar 1939, side 30. Sitert etter NOU: 2001: 12 s. 136.

Utvalget påpeker at det rent prinsipielt kan være vanskelig å begrunne den særbehandlingen det rettsmedisinske sakkyndighetsbevis får i straffesaker. Men den konkluderer med at flere hensyn tilsier at systemet bør opprettholdes.<sup>147</sup>

Hovedbegrunnelsen er at rettsmedisin er et område hvor verken retten eller partene har den nødvendige faglige innsikt til å selv vurdere og kvalitetssikre undersøkelsen til de sakkyndige.<sup>148</sup> I tillegg vil de rettsmedisinske erklæringene omhandle spørsmål som er av helt sentral betydning i straffesaker, for eksempel om subjektive og objektive vilkår for straff er oppfylt. Og dessuten er det særlig i strafferetten, især i de alvorligste sakene, at de høyeste rettsgoder står på spill; liv, legeme og helbred. Bevisenes *kvalitet* står derfor helt sentralt. Et annet poeng utvalget nevner er at man i norsk straffeprosess har ønsket å begrense innslaget av kontradiktorisk ekspertise, såkalt ”battle of experts”, slik som er vanlig i USA. Dette ville kunne være et alternativ til et offisielt kontrollorgan som DRK. Partene i en straffesak har i dag anledning til å føre sine egne sakkyndige, men de er bevisst ikke likestilt med rettens sakkyndige. I tillegg anføres det at en nasjonal kommisjon vil bidra til å sikre rettsenhet og unngå geografiske forskjeller i de sakkyndige vurderingene.<sup>149</sup>

Hvis vi sammenligner med det amerikanske Daubert-systemet, ser vi altså at det er en markant forskjell: Etter amerikansk rett anses dommerne selv i teorien kompetente til å vurdere den vitenskapelige gehalten i sakkyndighetsbevis. Etter norsk rett settes de samme vurderingene bort til Den rettsmedisinske kommisjonen. Nå bør det understrekes at forskjellen ikke nødvendigvis er så gjennomgripende i alle henseender: Som nevnt ovenfor har for eksempel mange strafferettsbeviser – de såkalte ”forensic evidence” – ikke blitt underlagt Daubert-testen like strengt som andre bevismidler. Men den grunnleggende forskjellen mellom de rettslige ordningene er der like fullt.

---

<sup>147</sup> L.c.

<sup>148</sup> Ibid s. 137.

<sup>149</sup> L.c.

Hvis vi sammenligner med det som ble sagt ovenfor, om at det er selve det kontradiktoriske systemet som er det egentlige forsvarsverket mot upålitelige bevismidler i amerikansk rett, hvordan stiller det seg i Norge? Den mest iøynefallende forskjellen ligger i selve oppbyggingen av rettssystemene. Mens det i USA i siste instans er *partenes* ansvar å være på vakt mot tvilsomme sakkyndighetsbevis som er sluppet inn i salen, har i Norge *retten* et mer selvstendig ansvar. For eksempel kan den kalle inn nye sakkyndige hvis det kreves, jf. strpl. § 139 andre ledd, og den har et selvstendig ansvar for å få saken tilstrekkelig opplyst, jf. strpl. § 294. Dette gjelder også for de tilfellene hvor det viser seg at konklusjonene eller troverdigheten eller lignende til en sakkyndig blir virkelig trukket i tvil i retten. Men selvsagt vil forsvarsadvokaten og aktor foreta skarp krysseksaminasjon akkurat som i amerikansk rett.

### 3.6.3 Særlig om grensene for sakkyndighetsbevis

De sakkyndige som er oppnevnt av retten vil som hovedregel arbeide ut fra et mandat som retten gir dem.<sup>150</sup> Retten vil således som oftest gi klar beskjed om hva den vil ha utredet av de sakkyndige. Viktigheten av dette ble understreket av utvalget som utredet bruk av rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker:

”Utvalget mener det er viktig at sakkyndige alltid har et klart mandat å forholde seg til. Utvalget antar at bakgrunnen for den varierende praksis med hensyn til utforming av mandater kan skyldes for liten bevissthet omkring betydningen av klare mandater og for liten kunnskap om hvordan et mandat bør utformes”<sup>151</sup>

I Rt. 2004 s. 209 – som omhandlet spørsmålet om forvaring for en drapsdømt, jf. strl. § 39 c – uttalte Høyesterett seg litt mer konkret om *hva* de sakkyndige skal uttale seg om, og hva de ikke skal berøre. Den rettsmedisinske kommisjon hadde noen merknader til erklæringen fra de sakkyndige:

---

<sup>150</sup> NOU 2001:12, s. 57.

<sup>151</sup> Ibid. s. 124.

”Jeg tilføyer at i Den rettsmedisinske kommisjons bemerkninger til de sakkyndiges erklæring i denne sak gis det generelt uttrykk for at «*sakkyndige ikke bør få som mandat å utrede hvorvidt det foreligger en ’nærliggende fare’ for nye voldshandlinger*».[min uth.]<sup>152</sup>

DRK hadde her gitt synspunkter om hva de sakkyndige skulle uttale seg om. Men sett nå at de sakkyndige går utover sitt mandat, og uttaler seg om tema og problemstillinger som kun hører inn under den dømmende rett. Hvordan vil en norsk rett forholde seg til det? Som vist ovenfor, er mekanismen i amerikansk rett avskjæring av det aktuelle beviset. Rt. 2004 s. 209 gir en illustrasjon på hvordan spørsmålet løses. Det aktuelle spørsmålet var vurderingen av hvor farlig domfelte kunne sies å være:

”Jeg vil - på generelt grunnlag - *reservere meg noe mot å legge stor vekt på rettspsykiateres farlighetsbedømmelse* i saker hvor det ikke har vært tvil om domfeltes tilregnelighet på handlingstiden, og hvor det således utelukkende er tale om en såkalt dyssosial personlighetsforstyrrelse, som tidligere ble kalt karakteravvik eller psykopati.” [min uth.]<sup>153</sup>

Vi ser at det aktuelle materialet avskjæres ikke; det blir en del av det grunnlaget som retten bygger sin avgjørelse på. Derimot sier Høyesterett at de vil legge mindre *vekt* på det rettspsykiaterne har sagt om akkurat dette temaet. Det blir dermed et spørsmål om *bevisvurdering*, og ikke *bevisavskjæring*, jf. ovenfor. Den strafferettslige begrunnelsen for dette ligger hovedsakelig i at retten bare kan legge til grunn det som er bevist utover rimelig tvil etter en tilfredsstillende kontradiktorisk behandling, jf. bl.a. EMK art. 6, mens psykiatere og andre sakkyndige også kan legge til grunn at tiltalte er skyldig i mer enn han er dømt for.<sup>154</sup> Rent konkret vil det da bety at selv om en tiltalt blir frikjent for eksempelvis

---

<sup>152</sup> Avsn. 18.

<sup>153</sup> Avsn. 17. Førstvoterende legger dessuten til: ”Noe av formålet med å erstatte den tidligere sikring med forvaring, var å objektivisere vilkårene for særreaksjonen og ’reducere psykiatriens medvirkning ved idømmelse av en særreaksjon overfor tilregnelige lovbrøyttere”.

<sup>154</sup> Avsn. 19.

enkelte voldsepisoder, som i denne saken, så vil de samme episodene kunne komme med i betraktningen i spørsmålet om forvaring skal idømmes eller ikke.

Betydningen av at tiltalte får anledning til å imøtegå bevisene som aktoratet legger vekt på, ble understreket også i Rt. 2007 s. 24. I den saken dreide det seg om framleggelsen av dokumenter som viste til henlagte anmeldelser for tidligere seksuelle overgrep.

Dokumentet med detaljene om saken ble lagt fram underveis i saken, og forsvareren fikk ikke brukt mye tid på å sette seg inn i materialet. Høyesterett påpekte at tiltaltes rett til å imøtegå bevisene som brukes, er en fleksibel standard. I denne konkrete saken hadde de henlagte sakene bare rent indirekte betydning som bevis ved vurderingen av tiltaltes troverdighet.

### 3.7 Ulike normer for bevisvurdering

Grensedragningen mellom bevisavskjæring på den ene siden og strengere normer for bevisvurdering kan belyses på ulike måter. I den sivile Anne Lene Lie-dommen, Rt. 1998 s. 1565, tok Høyesterett stilling til spørsmålet om årsakssammenheng i en erstatningssak, hvor det blant annet var snakk om nakkeslengskade.

Dommen er avsagt under dissens 3-2, men det var enighet om disse generelle betraktningene. Førstvoterende sier at i saker som denne er bevisbildet gjerne sammensatt. Da er det:

”viktig å ha for øye at bevisene vil kunne ha forskjellig kvalitet og tyngde. Særlig viktig ved bevisbedømmelsen vil være nedtegnelser foretatt i tid nær opp til den begivenhet eller det forhold som skal klarlegges. (...) Svakere bevisverdi vil for eksempel opplysninger fra pasient til lege ha hvis opplysningene gjelder pasientens tilstand på et vesentlig tidligere tidspunkt enn tidspunktet for den aktuelle konsultasjon”.

Og videre:

”Opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene som er gitt etter at tvisten er oppstått, og som står i motstrid eller endrer det bildet som mer begivenhetsnære og uavhengige bevis gir, vil det oftest være grunn til å legge mindre vekt på.”[min uth.]

Høyesterett viser her at de opererer med en høyere terskel for at avvikende bevis skal tillegges vekt: Dersom de mer begivenhetsnære bevisene peker i én retning, så vil visse beviser etter sin art tillegges mindre vekt. Høyesterett skiller både etter hvem som fører beviset (”parter eller vitner med binding til partene”) og etter hva beviset kan tas til inntekt for (motstrid til hva visse andre bevis sier). I en inkvisitorisk inspirert prosess som vår, ses det med skepsis på et vitneprov fra ”parter eller vitner med binding til partene”. I motsetning til for eksempel Daubert-dommen, hvor alle sakkyndig-uttalelsene kom fra eksperter som ble ført av partene. I den dommen var det overhodet ikke noe tema *hvem* som ønsket et visst vitne ført, og ingen sakkyndige ble oppnevnt av retten. Dette illustrerer også forskjellen på en mer inkvisitorisk inspirert prosess, og en rettergangsordning som har mer preg av partsprosess. Høyesterett sier uttrykkelig senere i dommen at det er ”vesentlig at rettsoppnevnte sakkyndige vil være uten bindinger til partene, noe som ofte ikke vil være situasjonen for sakkyndige vitner”.

I denne konkrete saken sier Høyesterett seg enig med medisinsk sakkyndige om at fire kriterier må være oppfylt for at man skal kunne diagnostisere en skade, her whiplash. Det må 1) foreligge et adekvat traume, dvs. det må ha virket mekaniske krefter tilstrekkelig til å skade biologisk vev, 2) det må foreligge spesifikt angitte akutte symptomer, 3) det må foreligge spesifikke ”brosymptomer”, og 4) sykdomsbildet må være forenlig med det man vet om skader påført ved nakkesleng.

Man kan si at denne metoden avviker fra den klassiske frie bevisbedømmelse på flere måter. Den metode HR her gir anvisning på, er i realiteten en *bunden* bevisbedømmelse, hvoretter de som skal avgjøre senere saker må forholde seg til faste, på forhånd definerte, kriterier. Sånn sett ligner metoden mer på de legale bevisregler som ble nevnt tidligere. Begrunnelsen for dette er at bevisbedømmelsen i slike saker for en stor del vil bestå i å



vurdere medisinske rapporter og erklæringer, altså noe som jurister ikke er trent til. Som Høyesterett sier:

”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”.

[min uth.]

Se så på Frye-testen, som amerikansk høyesterett kasserte i Daubert-dommen: Frye-testen spurte nettopp etter hva som var det allment aksepterte standpunkt på et gitt felt. Men denne vurderingen ble kritisert for å være for konservativ og lite fleksibel, i tillegg til at den fikk kritikk for å løfte en vesentlig del av bevisvurderingen ut fra rettens domene og inn i de sakkyndiges domene. I Lie-dommen gir Høyesterett derimot anvisning på en slik vurdering som Frye-testen la opp til: allment akseptert viten skal så langt mulig legges til grunn. I seg selv er dette ikke noe oppsiktsvekkende, og det er nok i de fleste tilfeller ikke så stor forskjell på amerikansk og norsk rett her. Men det er grunn til å merke seg to ting:

For det første: ikke sjelden ser man at oppfatningen i medisinske miljøer endrer seg raskt. Debatten rundt sakkyndig-vurderingene i Bjugn-saken er ett eksempel. Og Høyesterett sier også direkte i denne dommen at så er tilfelle for whiplash også: ”...særlig gjennom 90-årene har det skjedd en betydelig medisinskfaglig avklaring av viktige sider ved nakkesleng”. Det kan jo hende at denne avklaringen vil fortsette videre, slik at det som ble sett på som allment akseptert i 1998 ikke ville bli sett på som like selvsagt i dag. Dette er en ikke ukjent problemstilling. Da kan man spørre seg om ikke Høyesterett var litt defensiv i denne saken, da de nærmest sa fra seg muligheten til en selvstendig og konkret vurdering av bevisene. Dette leder meg over på det andre punktet:

For det andre: Høyesterett har tidligere ikke veket tilbake fra å forholde seg fritt til medisinsk ekspertise og være uenig med dens vurderinger. I P-pille-dom II, Rt. 1992 s. 64, tok Høyesterett stilling til spørsmålet om erstatningsansvar for en p-pille-produsent. En kvinne hadde fått hjerneblødning, og gikk til sak mot legemiddelselskapet. Innledningsvis bemerket Høyesterett at:

”beviskravet for å fastslå en årsakssammenheng *ikke stilles like strengt i erstatningsretten - hvor spørsmålet er hvem som skal bære det økonomiske tapet etter en skade - som i naturvitenskapen.* Denne forskjellen kan som jeg kommer tilbake til, ha betydning for forståelsen av uttalelsene fra de sakkyndige.”[min uth.]

Høyesterett skiller altså her mellom rettslige og medisinske vurderinger på en måte som de ikke gjør i Lie-dommen, med begrunnelsen om at formålet er et annet enn å komme fram til et naturvitenskapelig resultat.

I P-pille-dom II var det oppnevnt fire sakkyndige, og de hadde litt ulike syn på årsaksspørsmålet:

Det fremgår riktignok av de uttalelser jeg har gjengitt, at flere av de sakkyndige har reist tvil om p-pillens generelle årsaksevne i forhold til arterielle tromboser. Men disse sakkyndige har - slik jeg leser deres uttalelser - til dels oppstilt *strengere krav til beviset for årsakssammenheng enn det som gjelder i erstatningsretten* [min uth.]

Etter min vurdering er det ganske store forskjeller i den prinsipielle begrunnelsen til Høyesterett i disse to sakene. I Lie-dommen kom retten riktignok til at den aktuelle ulykken det var snakk om hadde bidratt så lite til det samlede sykdomsbildet, om noe i det hele tatt. I P-pille II derimot, kom forholdet mellom rettslig og medisinsk sakkyndighet på spissen, jf. sist siterte uttalelse. Spørsmålet er da om Høyesterett i realiteten har gått bort fra den prinsipielle holdningen om at det er forskjell på rettslig og medisinsk årsakssammenheng. Dette ville ha kommet sterkere på spissen dersom saksforholdet i Lie-dommen hadde vært slik at retten hadde vært mer i tvil om vurderingen.

### 3.8 Gråsonen mellom vitner og sakkyndige

#### 3.8.1 Daubert-normen anvendt på sakkyndige vitner

Vitner og sakkyndige har to forskjellige roller i straffeprosessen. Men det er en glidende overgang mellom dem. Som vist er grensen for hva det er naturlig å tillate et vitne å uttale seg om ganske romslig og vag, mens sakkyndige har ganske stor anledning til å gi generelle uttalelser utover den konkrete sak, og å gi faglige vurderinger og tolkninger. I Kumho-saken fikk USAs føderale høyesterett seg forelagt spørsmålet om Daubert-normen også skulle anvendes på ikke-vitenskapelige ekspert-vitner.<sup>155</sup> Den aktuelle saken omhandlet et sivilt erstatningskrav etter en bilulykke hvor et dekk hadde eksplodert, med den følge at en person døde, og flere andre ble hardt skadd. Saksøker baserte sin sak hovedsakelig på et ekspertvitne som mente at ulykken skyldtes en fabrikkasjonsfeil i dekket.<sup>156</sup> Han hadde erfaring fra dekk-industrien, men han hadde ikke foretatt noen tester av det aktuelle dekket, eller noen andre. Han hadde ikke noe statistisk informasjon om mulige årsaksforklaringer. I første instans ble vitnemålet hans avvist, fordi det ikke ble ansett som pålitelig nok, uansett hvor fleksibelt man anvendte Daubert-normen.<sup>157</sup> I andre instans ble denne beslutningen omgjort. Høyesterett omgjorde igjen andreinstansens beslutning, og slo fast at rettens portvokter-funksjon gjelder alle ekspert-vitnemål.<sup>158</sup> Retten mente at Federal Rules of Evidence nr. 702

”makes no relevant distinction between ‘scientific’ knowledge and ‘technical’ or ‘other specialized’ knowledge”<sup>159</sup>

Og retten uttalte videre:

”it would prove difficult, if not impossible, for judges to administer evidentiary rules under which a gatekeeping obligation depended upon a distinction between ‘scientific’ knowledge and ‘technical’ or ‘other specialized’ knowledge. There is no clear line that divides the one from the others”

---

<sup>155</sup> Kumho Tire, Ltd v. Carmichael (97-1709) 526 U.S. 137 (1999),

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/97-1709.ZO.html>

<sup>156</sup> Faigman s. 38.

<sup>157</sup> Ibid. s. 39.

<sup>158</sup> L.c.

<sup>159</sup> L.c.

Og det betyr at dommeren må:

”determine whether the testimony has a reliable basis in the knowledge and experience of [the relevant] discipline.”<sup>160</sup>

Oppsummeringsvis: Et regulært vitne vil kun uttale seg om hva det har sett og observert eller på annen måte vært vitne til. I alle tilfeller hvor en person skal forklare seg for retten mer generelt og teoretisk, med basis i egne erfaringer eller spesialisert kunnskap; i alle de tilfellene kommer Daubert-normen til anvendelse.

Dette gir grunn til å se på Rachlew-tilfellet som ble presentert ovenfor, hvor det tilsynelatende oppsto et ugjennomtenkt tomrom i retten. Etter Kumho-dommen oppstår nettopp ikke slike tomrom like lett i amerikansk rett.<sup>161</sup> Siden portvokter-funksjonen får generell anvendelse på alle som for retten skal uttale seg generelt og teoretisk i en konkret sak, vil alle slike vurderinger måtte underlegges den samme, strenge kontrollen. Det er ikke så vanskelig å tenke seg at i et prosessuelt system som det norske, hvor avskjæringsreglene er få, og hvor retten er mye mer liberal med hva den tillater, så vil også slike gråsoner som Rachlew forteller om oppstå lettere.

### 3.9 Avslutning: vurdering

Liland-utvalget påpekte viktigheten av klart og oversiktlig arbeid fra de sakkyndige. Den siste tids kartleggelser av justismordene av døvstumme Fritz Moen viser den store betydningen det har å få et betryggende høyt nivå på alt bevismateriale som presenteres i retten, og særlig det sakkyndige materialet, siden dette ofte tillegges så stor vekt og så mye autoritet. Den rettsmedisinske kommisjon er *en* av mekanismene for å oppnå dette

---

<sup>160</sup> Ibid. s. 40

<sup>161</sup> Jeg presiserer at jeg ikke går inn på detaljreguleringen i det amerikanske lovverket.

formålet. Og det er klart betryggende å ha en faglig instans som sørger for å holde høy kvalitet på det sakkyndige materialet som retten har bestilt. Men det er en grunnleggende forskjell på det norske systemet med en ekstern, ikke-juridisk enhet, og det amerikanske portvokter-systemet. For i det norske systemet, med fri, liberal bevisførsel, er det som vist ingen garanti for at sakkyndige uttalelser av ymse kvalitet kan snike seg forbi den kontrollen som Den rettsmedisinske kommisjon utgjør. I USA, hvor alt sakkyndig materiale skal vurderes av "portvokteren", er det prosessuelt mye vanskeligere å la svakt materiale slippe til. Samtidig må man erkjenne at det også i USA er den kontradiktoriske behandlingen som egentlig skiller klinten fra hveten, hva gjelder kvaliteten på bevismaterialet – sakkyndig og annet.

For ordens skyld tilføyer jeg at som for eksempel i tilfellet *Rachlew* er det slett ikke slik at forsvareren(e) nødvendigvis ønsker å lure retten ved å få inn et vitne som han vet er av dårlig kvalitet. Men et visst minstemål av kvalitet har en verdi i seg selv. *Daubert*-normen, slik den ble videreutviklet i *Kumho*-dommen, gjør at alt sakkyndig materiale underlegges en kvalitetskontroll, uansett om det kommer fra oppnevnte sakkyndige, private sakkyndige, eller vitner som står i en mellomstilling, jf. *Rachlew*. Regelen er således oversiktlig og enkel.

Så kan man spørre om ikke *Daubert*-normen stiller for strenge krav til dommeres evne til å sette seg inn i ukjent, til tider svært avansert materiale. Som *Andenæs* sa, vedrørende sakkyndiges vurderinger:

"De erfaringssetningene det dreier seg om er ofte så kompliserte, eller de iakttagelser som må gjøres for å anvende dem er så vanskelige(...)"<sup>162</sup>

Med dette i bakhodet kan man spørre om ikke *Daubert*-normen egentlig innebærer en uønsket forenkling og vulgarisering av det sakkyndige materialet, og at det bare er en illusjon at jurister skal kunne foreta så nyanserike evalueringer av ukjent stoff. Dette er en

---

<sup>162</sup> *Andenæs* s. 246.

problemstilling som selvsagt dommerne i USA også er obs på. Dersom materialet framstår som altfor komplekst, kan dommeren oppnevne en ekspert som kan bistå i vurderingen.<sup>163</sup> Men det sentrale poenget er at Daubert-normen gjør at dommerne tvinges til å sette seg inn i det materialet som faktisk blir brukt. Jeg vil påstå at når man har et system som det norske, hvor rettsmedisinske problemstillinger settes bort til vurdering hos Den rettsmedisinske kommisjon, kan dette gjøre at retten fraskriver seg ansvaret for en meget sentral del av det faktiske materiale. Under Daubert-normen vil dette som hovedregel ikke skje.

For meg framstår dette som en mye mer rasjonell og redelig modell enn et system hvor hovedregelen er at så å si alt kan slippes inn for retten, mot at domstolen i stedet foretar en ”skjult” bevisavskjæring, kamuflert som en del av bevisvurderingen.

---

<sup>163</sup> Faigman s. 61.

## 4 Litteraturliste

### 4.1 Litteratur

Andenæs: Johs. Andenæs, Norsk Straffeprosess Bind I, Universitetsforlaget Oslo 2000.

Anners: Erik Anners, Den europeiske rettens historie, Universitetsforlaget 1983.

Berg: Jens Petter Berg: Bevisbruk under straffesak av opplysninger innhentet ved kommunikasjonskontroll eller infiltrasjon - en krenkelse av den menneskerettslig beskyttede taushetsplikt, Yulex 2001 s. 59, lovdata.no

Dennis – Ian Dennis, «The Law of Evidence», Sweet & Maxwell, 2007

Eckhoff Sundby: Torstein Eckhoff, Nils Kristian Sundby: Rettssystemer Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien, Tanum Norli Oslo 1976.

Faigman: David L. Faigman, David H. Kaye, Michael J. Saks, Joseph Sanders – Science in the Law. Standards, statistics and research issues, West Group St. Paul, Minn., 2002.

Getz: Bernhard Getz: “Om Bevisførelsens begrænsning i straffesager” TFR 1892 s. 88-114.

Graver: Hans Petter Graver, Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s. 465 TFR-2004-465

Hov: Jo Hov, Rettergang I Sivil- og straffeprosess, Papinian Oslo 2007

Johnsen: Jon T. Johnsen, “Vitenskapelighet, praktikerinnsikt og reform. Synspunkter på Anne Robberstads avhandling *Mellom tvekamp og inkvisisjon*” Tidsskrift for rettsvitenskap 2001 s 464 - (TFR-2001-464), lovdata.no

Kolflaath: Eivind Kolflaath, "Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger? JV, 2004 s. 279.

Rachlew: Asbjørn Rachlew, "Hvor langt strekker vitneplikten? – Vitneplikten skjæringspunkt mot sakkyndighet, Tidsskrift for Strafferett, 2006 nr. 2, s. 123

Skoghøy: Jens Edvin Skoghøy, Tvistemål, Oslo 1998.

Strandbakken: Asbjørn Strandbakken, "Uskyldspresumsjonen", Bergen 2003

Torgersen: Runar Torgersen, "Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides?" Festskrift til Carl August Fleischer

Zahle: Henrik Zahle "Om det juridiske bevis", Juristforbundets Forlag, København 1976.

## 4.2 Rettspraksis

Rt. 1958 s. 479

Rt. 1984 s. 462

Rt. 1988 s. 1176

Rt. 1992 s. 64

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1998 s. 84

Rt. 1998 s. 1565

Rt. 1999 s. 1269

Rt. 2004 s. 209

Rt. 2005 s. 1353

Rt. 2007 s. 24



### 4.3 Forarbeider

NOU 2001:12 *Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*

### 4.4 Annet

Gjenopptakelseskommisjonens avvisning av Fredrik Fasting Torgersens begjæring om gjenopptakelse av dommen for drap, sak 08.12.2006 - I Fredrik Fasting Torgersen.

