

Skyld kan ikke bevises

av professor dr juris Anne Robberstad

1 Introduksjon¹

I dagliglivet bruker vi ofte ordet «sannsynlighet», både på jobben og hjemme. Vi bruker det om noe som har hendt, eller om noe som kan tenkes å hende: «Grunnen til at hun døde, er sannsynligvis at hun brukte P-piller.» «Sannsynligvis blir det regn i morgen.»

Sannsynlighetstalemåten har spredt seg til et område der den ikke hører hjemme, nemlig rettsanvendelsen. Hvorvidt et gitt (= bevist) faktum kan matches med vilkårene i en lovbestemmelse, kan ikke avgjøres ut fra sannsynlighetsbetraktninger, hverken dagligdagse eller matematiske sådanne. Rettsanvendelse innebærer i prinsippet verdibaserte valg, ikke undersøkelse av faktiske forhold.

Den gale talemåten finnes i ulike varianter, fellestrekket er at en uttrykker seg om det var mulig å *bevise* en eller annen form for skyld. En avis skriver for eksempel at retten ikke fant det bevist at tiltalte var skyldig i tiltalen. Eller en jurist sier at det ikke foreligger bevis for uaktsomhet, i hvert fall ikke grov. Beviskravet i straffesaker formuleres ofte som at det må være bevist ut over enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig.

Skillet mellom jus og faktum viskes på denne måten ut. Et særlig klart eksempel finner vi i forskriften til forskningsetikkloven,² der det heter i § 10 fjerde ledd annet punktum:

«Det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at innklagede har opptrådt uredelig.»

Innebærer denne at en beviskravregel ("klar sannsynlighetsovervekt") skal overta for rettsanvendelsen? Skal avgjørelsen av om noen har opptrådt uredelig alene treffes ut fra bevismessige betraktninger? Innholdet i bestemmelsen drøftes nedenfor i pkt 4-6. Først vil jeg se på skillet mellom jus og faktum i prosessretten, i sivile saker og i straffesaker (pkt 2 og 3).

2 Bevisreglene gjelder faktum

En rettsanvendelse («subsumsjon») kan ikke bevises, det kan derimot et faktisk forhold. En kan selvfølgelig *si* at rettsspørsmål kan bevises, men da brukes ordet «bevis» på en usedvanlig måte.

Den vanlige definisjonen av bevis er den som tvisteloven bygger på i § 21-1 med overskriften Virkeområdet for bevisreglene: «Reglene om bevis gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.»³ Riktignok bruker tvisteloven bevis i en annen betydning i § 11-3 tredje punktum: «Dersom rettsanvendelsen ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte, kan retten bestemme at det skal føres bevis om rettsspørsmål, eller tillate partene å føre slike bevis.» Men dette er unntaket fra lovens bevisbegrep, som ellers bare relaterer seg til faktiske forhold. Den grunnleggende regelen om kontradiksjon i tvl § 11-1 (3) handler også om kontradiksjon om faktum («Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.»).⁴

Bevisreglene får altså bare anvendelse på faktiske forhold. I en sak om uaktsomt bildrap (strl § 239) kan en bilfører ha kjørt på og drept en fotgjenger. Vi kan tenke oss at saken står og faller med om bilføreren var uoppmerksom fordi han tekstet på mobiltelefonen og derfor ikke

¹ Takk til Inge Lorange Backer, Erling Johannes Husabø, Marte Eidsand Kjørven, Anders Løvlie, Olav Haugen Moen, Jon Christian Nordrum og anonym fagfelle for nyttige kommentarer.

² Forskrift nr 593/2007 om behandling av etikk og redelighet i forskning, FOR-2007-06-08-593.

³ Ifølge Schei m fl II 2007, 982 er meningsinnholdet her å uttrykke det negative, at bevisreglene ikke gjelder for rettsanvendelsen. Forarbeidene er tause om hva som er meningen med å lovfeste denne reglen. Innholdet i den er ikke nytt, se f eks Skoghøy Tvistemål 2001, 651 om tvistemålslovens regler om bevis.

⁴ Tvistemålsutvalget foreslo at kontradiksjonsregelen også skulle gjelde jusen, men fikk ikke gehør for dette, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s 167-169.

så fotgjengeren i tide. Bilføreren sier han har mistet telefonen. Av en eller annen grunn kan mobiloperatøren ikke opplyse om telefonen var i bruk på det aktuelle tidspunkt. Bevistemaet er altså: brukte bilføreren telefonen like før han kjørte på fotgjengeren? Retten kan svare ja på dette, hvis den mener at han utvilsomt brukte den. Det neste spørsmålet blir om dette faktum skal karakteriseres som uaktsomt i lovens forstand. Det avhenger av hva ordet betyr i denne lovteksten,⁵ og om bilførerens oppførsel passer til en av lovens betydninger. Det faller retten lett å svare ja på det siste spørsmålet.

Den korrekte uttrykksmåten for de tankeoperasjoner retten har vært igjennom vil være: Retten kom til, under anvendelse av beviskravregelen i straffesaker, at tiltalte faktisk tekstet på telefonen, slik at han ikke så fotgjengeren og derfor kjørte på denne.⁶ Denne opptredenen av en bilfører må karakteriseres som uaktsom i den forstand strl § 239 bruker dette ordet. Tiltalte er derfor skyldig.

Dette ble langt og tungvint. Derfor forkorter en i muntlig tale, og drar sammen de ulike trinnene i tankegangen. Hvis en ikke er seg denne sammentrekningen bevisst, kan det føre til en feil tenkemåte og feil anvendelse av jusen. Min erfaring er at dette er utbredt, særlig hos ikke-jurister.

3 Betydningen av skillet mellom jus og faktum

Skillet mellom jus og faktum, mellom rettsanvendelse og bevisbedømmelse, er som kjent grunnleggende i prosessretten. Det har særlig stor betydning i straffesaker: Det er nok å nevne skillet mellom anke over bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet (bevisanke) og anke over andre sider av dommen, et skille som blant annet er avgjørende for Høyesteretts kompetanse (strpl § 306).

Men skillet er viktig også i sivile saker. Blant annet kan det være avgjørende for om bevisreglene får anvendelse, jfr ovenfor om tvl § 21-1. Tvisteloven har ikke regler om bevisbyrde og beviskrav. Selv om disse derfor ikke faller direkte inn under § 21-1, må en anta at denne regelen også omfatter de ulovfestede bevisreglene.⁷ Reglene om bevisbyrde og beviskrav har derfor også som sitt virkeområde «det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken».

Slik må det være også i straffesaker, selv om straffeprosessloven naturlig nok ikke har noen tilsvarende bestemmelse som tvl § 21-1.⁸ At reglene om bevisbyrde og beviskrav i straffesaker gjelder sakens faktum, er forutsatt i langvarig høyesterettspraksis,⁹ for eksempel i Rt 1978.882, der kjæremålsutvalget sa: «For at domfellelse skal kunne skje kreves at påtalemyndigheten må ha ført fullt bevis for det faktiske forhold, både i objektiv og subjektiv henseende, og slik at rimelig tvil skal komme den tiltalte til gode.» Ordet «tvil» må her referere seg til tvil om hvordan det faktiske forholdet egentlig lå an.

Det har riktignok vært hevdet at bevisbyrderegelen i straffesaker, ofte omtalt som at tvil om faktum skal komme tiltalte til gode, også må gjelde for jusen i disse sakene: straffelover skal

⁵ Straffeloven av 2005 (nr 28) gir i § 23 en legaldefinisjon for den todelt uaktsomhetsvurderingen: «Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom. Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.»

⁶ Eksemplet er forenklet, årsakssammenheng mellom påkjørsel og død må jo også bevises.

⁷ Også her er forarbeidene tause, jfr note 3 foran, men beviskrav og bevisbyrde omtales i NOU 2001:32 s 458-460 bare i forbindelse med bevis for faktum. En kan også si at det følger av de ulovfestede reglene selv at de bare gjelder for faktiske forhold.

⁸ Strpl 1981 bygger på den eldre systematikken i strpl 1887. Tvisteloven innførte en helt ny måte å systematisere bevisreglene på.

⁹ Jfr også Anders Løvlie Strafferettslig psykose – bevisema og beviskrav i Kritisk juss nr 3-4 2012 s 158-180, på s 171: Beviskrav anses kun å rette seg mot usikkerhet av faktisk art.

fortolkes og anvendes til gunst for tiltalte.¹⁰ Men dette er ikke den herskende oppfatning i strafferettslitteraturen i dag.¹¹

I sivile saker er det intet grunnlag for å hevde at reglene om bevisbyrde og beviskrav får anvendelse på tolkningen av loven eller den konkrete subsumsjonen.¹²

4 En regel fra forvaltningsområdet: Vitenskapelig uredelighet

Bevisreglene gjelder altså for fastleggingen av faktum, både i sivile rettssaker og i straffesaker. Skulle dette stille seg helt annerledes i forvaltningssaker? Som eksempel velger jeg granskning av redelighet i forskning. I 2006 fikk vi det såkalte «Nasjonalt utvalg for granskning av redelighet i forskning» (Granskingsutvalget).¹³

Granskingsutvalget håndhever en del av forskningsetikkloven (nr 56/2006), eller Lov om behandling av etikk og redelighet i forskning, som er dens fulle navn. En liten lov som opptar mindre enn én side i lovsamlingen, men som er viktig for ansatte på universiteter og høyskoler og andre forskere. Loven skal bidra til at forskning i offentlig og privat regi skjer i henhold til anerkjente etiske normer (§ 1). En del av bakteppet for opprettelsen av utvalget var Sudbø-saken i 2006, der en medisinsk forsker hadde fabrikkert grunnlagsdata.¹⁴ Vitenskapelig uredelighet defineres slik i forskningsetikkloven § 5 annet ledd:

«Med vitenskapelig uredelighet menes forfalskning, fabrikkering, plagiering og andre alvorlige brudd med god vitenskapelig praksis som er begått forsettlig eller grovt uaktsomt i planlegging, gjennomføring eller rapportering av forskning.»

Granskingsutvalget skal uttale seg om hvorvidt forskning i Norge har vært vitenskapelig uredelig. I 2012 har utvalget i to saker uttalt at det «objektivt sett» forelå alvorlig brudd i form av plagiering, ved at andres vitenskapelige arbeider var skrevet av.¹⁵ I en av sakene ble skyldvilkåret ikke ansett oppfylt.¹⁶

Som nevnt innledningsvis, står det i forskriften til forskningsetikkloven (§ 10, 4. ledd 2.): «Det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at innklagede har opptrådt uredelig.»

Formuleringen, som neppe er enestående i forvaltningen, er et særlig tydelig uttrykk for den feilaktige måten å uttrykke seg på. Forutsatt selvfølgelig at min forståelse er riktig, nemlig at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn *de faktiske forhold* som skal danne grunnlag for å bruke lovens karakteristikk, for eksempel si at «det foreligger forsettlig plagiat» og dermed vitenskapelig uredelighet. Jeg tror at dette må være lovgivers mening med regelen i forskriften. Spørsmålet fortjener imidlertid en nærmere drøftelse, ikke minst fordi denne uttrykksmåten, og dermed tenkemåten, kan være utbredt i forvaltningen, både blant jurister og ikke-jurister.

5 Tre ulike forståelsesmåter

Teoretisk kan forskriften § 10 fjerde ledd annet punktum forstås på tre ulike måter:

a. Som et beviskrav for faktum.

¹⁰ Se henvisningene til bl a Skeie Civilproces I (1929) s 117 i Andenæs Straffbar unnlattelse (1942) s 224 note 2. Jfr A. P. Høgberg i Jussens Venner 2007 s 20-36: I hvilken grad kommer rettsanvendelsestil tiltalte til gode?

¹¹ Se Strandbakken Uskyldspresumsjonen (2003) s 593-594, Andenæs Alminnelig strafferett (2004) s 114-115 og de øvrige henvisningene i note 3 hos Høgberg i JV 2007 s 21. Høgberg kritiserer den gjengse oppfatningen.

¹² Jfr Eckhoff Tvilrisikoen 1943, 9: det blir ikke snakk om bevisbyrderegler når det gjelder hva rettssetningene går ut på.

¹³ Siden sommeren 2011 har jeg ledet dette utvalget, som har syv medlemmer, bare jeg er jurist.

¹⁴ Se <http://www.etikkom.no/Documents/Granskingsrapporter/Sudb%C3%B8-saken%20Uio%202006.pdf>

¹⁵ Uttalelsene ligger på Granskingsutvalgets hjemmeside: <http://www.etikkom.no/Vart-arbeid/Hvem-er-vi/Granskingsutvalget/Uttalelser/>

¹⁶ Etter klagebehandling ble dette også resultatet i den andre saken, se i noten foran her.

- b. Som et direktiv om lovtolkningen.
- c. Som et direktiv om rettsanvendelsen.

Lovtolkning og rettsanvendelse glir over i hverandre, men kan i prinsippet holdes adskilt.¹⁷ De har til felles at de ikke dreier seg om fastlegging av faktiske forhold. Det gjelder derfor ingen bevisregler for disse virksomhetene, med mindre lovgiver skulle ha bestemt det.

Det står ikke noe uttrykkelig i *lovens* forarbeider om valget mellom disse tre alternativene. Blant forarbeidene til *forskriften* finner vi imidlertid at Granskingsutvalgets første leder Johan Giertsen sa i sin høringsuttalelse: «Forskriften kan presisere at kravet om ”kvalifisert sannsynlighetsovervekt” gjelder faktum, både knyttet til de objektive og subjektive vilkår i etikklovens uredelighetsbegrep.»¹⁸ Giertsen så altså faremomentet ved å unnlate å presisere dette. Men denne presiseringen ble ikke satt inn i forskriftens ordlyd, som vi så ovenfor. Justisdepartementet ordla seg slik under høringen til forskriften:¹⁹

«Det foreslås videre i forslaget § 10 å forskriftsfeste et krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt ved vurderingen av om forskning har vært redelig eller ikke.»

Innebar dette at man siktet til alternativ c og/eller b?

a. Beviskrav for faktum

Hva er det så som taler for at forskriftens krav om «klar sannsynlighetsovervekt» refererer seg til faktiske forhold og ikke til lovtolkning eller rettsanvendelse? Først og fremst at regelen må være laget etter mønster av en beviskravregel i sivile saker, og at den derfor må antas å ha samme rekkevidde som bevisregler i sivil- og straffeprosessen. Mønsteret er trolig den regelen som ble skapt av Høyesterett i en forsikringssak i 1990 og senere blant annet anvendt i saker om erstatning for seksuelle overgrep.²⁰ I voldsoffererstatningsloven (nr 13/2001) § 3 er det lovfestet at erstatning bare gis «når det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at skadelidte har vært utsatt for en handling som nevnt i § 1». Formuleringen viser at det er et faktisk forhold som er undergitt et skjerpet beviskrav, for eksempel at et barn har opplevd vold mot en nærstående person. Ordlyden i § 3 gir ikke rom for misforståelse i retning av at det er rettsanvendelsen som skal styres.

Denne tolkningen støttes også av en uttalelse i Kunnskapsdepartementets høringsnotat til forskriften:²¹

«Departementet har [...] kommet til at det bør gjelde et krav om såkalt kvalifisert sannsynlighetsovervekt for å legge et nærmere konkretisert faktum til grunn som bevist. Dette beviskravet vil da ligge mellom det sivilprosessrettslige og det straffeprosessrettslige beviskrav. Departementet foreslår å forskriftsfeste et slikt beviskrav.»

Ordlyden i forskningsetikkforskriftens § 10 fjerde ledd kan derimot sies å tale mot forståelsen av denne som en beviskravregel. Det «å legge til grunn at innklagede har opptrådt uredelig» innebærer at en subsumerer den beviste handlemåten under lovens uttrykk «vitenskapelig uredelighet». Det samme kommer enda sterkere frem med Justisdepartementets formulering «ved vurderingen av om forskning har vært redelig eller ikke» (ovenfor her), som

¹⁷ Se Eckhoff Rettskildelære 2001, 32-33 om tolkning og subsumsjon.

¹⁸ Forarbeider til forskriften ligger på Kunnskapsdepartementets side: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/kd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2007/horing-utkast-til-forskrift-gitt-i-medho.html?id=443334>

¹⁹ Se i forrige note, Høringsuttalelser, Justisdepartementet s 2.

²⁰ Se Rt 1990.688 og Rt 1996.864, jfr Robberstad Sivilprosess (2009) s 248-250 og for seksuelle overgrep Marianne Vollan Erstatning til fornærmede i sedelighetssaker (1991) s 36.

²¹ Se i note 18, Høringsnotat, s 15.

tilsynelatende peker hen mot rettsanvendelsesskjønnet.²² Jeg velger imidlertid å forstå disse uttrykksmåtene som utslag av den sammenfatning av tankeoperasjonene som jeg ga eksempel på med bildrapssaken ovenfor.

b. Direktiv om lovtolkning

Med lovtolkning sikter jeg her til tolkning av forskningsetikkloven § 5 annet ledd, som er gjengitt ovenfor. Forstått som et direktiv om lovtolkningen kunne forskriftsregelen bety at «vitenskapelig uredelighet» skal forstås strengt, slik at bare kvalifisert klanderverdig opptreden rammes. Denne forståelsen virker søkt. Selv om forskjellige forståelser av en lovt tekst kan virke mer eller mindre sannsynlige ut fra hva lovgiver antagelig har ment, pleier vi ikke å bruke ordet «sannsynlighetsovervekt» i forbindelse med lovtolkning.

I tillegg kommer at loven selv gir uttrykk for at «uredelighet» er et strengt vilkår, se fra ordlyden i § 5 som er gjengitt ovenfor. Det kreves *alvorlige* brudd med god vitenskapelig praksis, og skyldkravet er forsett eller *grov* uaktsomhet. Kunnskapsdepartementet sa i proposisjonen: «Departementet mener at definisjonen bør være snever i den forstand at den bare dekker de mest alvorlige tilfellene av uredelighet.»²³

c. Direktiv om rettsanvendelsen

Som et direktiv om rettsanvendelsen kunne regelen bety at det i den konkrete saken skal mye til for at den beviste handlemåten rammes av uttrykket "uredelig". Men også for rettsanvendelsesskjønnet virker det fremmed å tale om «klar sannsynlighetsovervekt». Det vil i den konkrete saken ofte være tvilsomt om forskerens handlemåte rammes av den strenge uredelighetsdefinisjonen, men dette spørsmålet må avgjøres ved at rettsanvenderen treffer sitt valg på annet grunnlag enn gjennom sannsynlighetsbetraktninger. Som Eckhoff har påpekt, inngår vurderinger av hvordan den foreliggende sak *bør* avgjøres, i rettsanvendelsesprosessen.²⁴ Rettsanvendelse er en normativ virksomhet.²⁵ Her må flere hensyn tas i betraktning, for eksempel begrunnelsene for lovens regel om uredelighet.

I proposisjonen sa Kunnskapsdepartementet også: «Departementet mener at utvalget bør være svært restriktivt med å slå fast uredelighet i tilfeller der det kan være tvil om handlingen ligger innenfor kravet til forsett eller grov uaktsomhet.»²⁶ Dette oppfatter jeg som en retningslinje for Granskingsutvalgets utøvelse av rettsanvendelsesskjønnet.²⁷ Og den handler ikke om beregning av sannsynlighetsovervekt.

Riktignok sa departementet rett forut for denne setningen: «For at en handling skal falle inn under definisjonen [av uredelighet], må utvalget sannsynliggjøre at handlingen har foregått med forsett eller som følge av grov uaktsomhet.» Slike setninger er problematiske, men jeg velger å se dem som uttrykk for at sannsynlighetstankegangen har spredt seg utover fra sitt opprinnelige område innen jusen, som var bevisreglene. Ordet sannsynliggjøre kan i denne setningen erstattes av «konstatere» eller «konkludere med», uten at meningen blir en annen.

Å tale om at noe må sannsynliggjøres når man mener konstateres eller lignende, er særlig uheldig fordi det kan lede tanken hen på matematisk sannsynlighetsberegning. Våre lover og forskrifter håndheves av en lang rekke fagpersoner som ikke er jurister. En som kan matematisk sannsynlighetsregning kan komme til å forstå «klar sannsynlighetsovervekt» ut

²² Resten av avsnittet i høringsuttalelsen (note 19 her) handler imidlertid kun om beviskrav, hvilket taler for at det var dette Justisdepartementet siktet til.

²³ Ot.prp. nr. 58 (2005-2006) s 53.

²⁴ Eckhoff Rettskildelære 2001, 35 om «lovtolkning» i vid forstand, herunder subsumsjon.

²⁵ Jfr Anders Løvlie og Alv A. Dahl: Fra villfarelse til vrangforestilling i Samtiden nr 3/2012, på s 98 om strl § 44: en verdibasert vurdering av om det aktuelle faktum bør anses som psykose.

²⁶ Ot.prp. nr. 58 (2005-2006) s 62, i spesialmerknadene til § 5.

²⁷ I klagesaken nevnt i note 16 foran mente klageutvalget (s 11) at denne uttalelsen refererte seg til lovtolkningen. Slik kan en også se det, resultatet blir det samme.

fra sitt fagområde. Hvis det for eksempel er fire argumenter som taler *for* at det i en sak foreligger grov uaktsomhet, mens ett argument taler mot, kan denne fagpersonen regne ut at det foreligger 99,99 % sannsynlighetsovervekt for grov uaktsomhet.²⁸ Men i en rettsanvendelse kan det ene motargumentet slå ut alle de fire pro-argumentene. Rettsanvendelse kan aldri bli regning.²⁹

6 Konsekvensen av forståelsen

Gjennomgangen viser at forskriften § 10 fjerde ledd må forstås som at det gjelder et skjerpet beviskrav for det faktum som skal danne grunnlag for å si at forskeren har opptrådt uredelig. Bestemmelsen bør leses som om det hadde stått: «Det kreves klar sannsynlighetsovervekt for de faktiske forhold som ligger til grunn for å karakterisere en opptreden som vitenskapelig uredelig.» Dette må gjelde både med hensyn til den objektive delen av uredelighetsdefinisjonen (alvorlige brudd med god vitenskapelig praksis) og med hensyn til skyldkravet (forsett eller grov uaktsomhet).

Skylden må dekke alle momentene i gjerningsbeskrivelsen, også det forhold at det fant sted et «brudd med god vitenskapelig praksis». «God vitenskapelig praksis» er i forskningsetikkloven § 5 en rettslig standard hvis innhold bestemmes av vitenskapssamfunnet nasjonalt og internasjonalt, og kan endre seg over tid. Den er å anse som et faktisk forhold, ikke en rettsregel. Uvitenskap om hva som er god praksis må vurderes som faktisk villfarelse, ikke rettsvillfarelse. I praksis får kravet om grov uaktsomhet særlig betydning i forhold til lovens vilkår om at det foregikk en alvorlig overtredelse av de forskningsetiske normene for god vitenskapelig fremgangsmåte.

Hvis for eksempel forskeren trodde at han eller hun hadde rett til å skrive av andres arbeider uten å henvise, og denne forståelsen ikke sterkt kan bebreides vedkommende ut fra situasjonen, er skyldkravet ikke oppfylt. Hvis rettsanvenderen er i tvil om hva forskeren faktisk trodde, kreves en viss «overvekt av sannsynlighet» for å legge til grunn at forskeren *ikke* trodde at dette var tillatt. Hvis forskeren arbeidet i et miljø der den kritikkverdige fremgangsmåten var akseptert praksis, skal anførselen om at vedkommende trodde dette var standard praksis legges til grunn, med mindre det foreligger «klar sannsynlighetsovervekt» for at vedkommende *ikke* trodde dette. Belastende fakta krever ifølge § 10 fjerde ledd et særlig sterkt bevis.

Nyere bevisteori sonderer mellom et beviskravs sannsynlighetsdimensjon (styrken av overbevisningen) og dets robusthetsdimensjon (omfanget av utredningen), se Løvlie (note 9 foran) på s 171 med videre henvisninger, bl a til Magne Strandberg Beviskrav i sivile saker (2012) kap 9. Kravet i forskriften om «klar sannsynlighetsovervekt» sikter på den første dimensjonen. Et krav om robusthet kan baseres på fvl § 17 om at saken må opplyses så godt som mulig. Om forholdet mellom bevisreglene og utredningsplikten, se Graver Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten i TFR 2004 på s 468-469.

Når faktum således er etablert, med anvendelse av denne bevisregelen, er tiden kommet for å vurdere handlemåten i forhold til lovens regel om vitenskapelig uredelighet: Forskeren hadde den og den oppfatningen av situasjonen. Er det, ut fra forskerens personlige forutsetninger (også et faktum), grunnlag for å si at denne oppfatningen var svært klanderverdig og dermed kan bebreides forskeren som grovt uaktsomt? For denne vurderingen gjelder ikke forskriften § 10 fjerde ledd. Derimot bør rettsanvenderen iaktta setningen i proposisjonen (se ovenfor) om at når det er tvil om forholdet kan kalles grovt uaktsomt, skal en være varsom med å konkludere med uredelighet.

²⁸ Og ikke 80 %, slik en enfoldig jurist kan tenke. Beregningen bygger på forutsetninger som det vil føre for langt å gå inn på her.

²⁹ Også innen bevislæren har sannsynlighetsregning lite for seg, jfr Eivind Kolflaath Bevisbedømmelse i praksis (2013) s 17-22 med videre henvisninger.

Så kan en spørre: hva er vitsen med å sondre mellom vurderingen av faktum og den konkrete subsumsjonen, resultatet blir jo det samme i praksis, at det skal mye til for å konkludere med uredelighet? På forskningsetikklovens område blir det kanskje det, på grunn av uttalelsen i proposisjonen om å være svært restriktiv. Men sondringen har betydning over alt, og på andre områder finnes kanskje ikke tilsvarende direktiv i forarbeidene. Normalsituasjonen vil være at rettsanvenderen anvender loven etter sitt beste skjønn og ut fra de momenter som gjør seg gjeldende, uten at det foreligger direktiver i forarbeidene om en særlig streng vurdering. Rettsanvendelsen vil da bli avgjort ut fra hva man mener er den beste eller den riktigste løsningen.

Det er også viktig at rettsanvendere, hva enten de er jurister eller ikke, foretar sine vurderinger på en mest mulig strukturert måte. Dette kan hindre at en blander sammen de forskjellige elementene i vurderingen. I eksemplet foran: Hva en person trodde er én ting, hva rettsanvenderen mener om denne oppfatningen er noe helt annet.

7 Strafferettens påvirkning

I eksemplet ovenfor med forskeren hadde jeg den nye straffelovens definisjon av grov uaktsomhet i tankene (§ 23),³⁰ fordi den gir en god beskrivelse av den uaktsomhetsvurderingen som vi lenge har hatt i jusen, og ikke bare på strafferettens område. Det kan være nyttig å bruke strafferettslig tankegang, fordi en innen strafferetten har tenkt mye mer på noen bestemte spørsmål enn innen andre disipliner. Skillet mellom den objektive og den subjektive siden av en lovbestemmelse stammer vel også fra strafferetten, og det gir tankegangen en god struktur.

Strafferettens innflytelse har også uheldige sider. En av disse er at strafferettens beskrivelse får monopol på sannheten, straffesakens sannhet ses som den eneste rette.³¹ Det særlig sterke beviskravet i straffesaker gjør at utfallet av disse kan ligge langt unna hva som skjedde i virkeligheten.

En annen uheldig side gjelder uttrykksmåten når det gjelder jus og faktum. Roten til den gale uttrykksmåten tror jeg er å finne i strafferettslig praksis og talemåte. Et eksempel er nevnt innledningsvis her, om at man kan *bevise* straffeskyld. I rettspraksis i straffesaker finnes en rekke riktige uttrykksmåter. Jeg har ovenfor nevnt Rt 1978.882, det samme kan sies om Rt 1998.1945, en annen velkjent sak om beviskravet i straffesaker.³² I Rt 1979.143, som var sterkt fremme i forbindelse med tilregnelighetsspørsmålet i 22. juli-saken, brukes derimot den «sammentrukne» uttrykksmåten, noe som kan ha vært medvirkende til at påtalemyndigheten gikk i surr om jus og faktum.³³ Det var i 1979-saken anket over lovanvendelsen vedrørende beviskravet for tilregnelighet. Om dette sa Høyesterett (min uthevning):

«Jeg er enig med lagmannen i at det ikke kan stilles samme krav til bevisets styrke som når det gjelder spørsmålet om bevis for at tiltalte har begått den handling som er angitt i tiltalebeslutningen. Men jeg er ikke uten videre enig med lagmannen i at en overvekt av sannsynlighet er tilstrekkelig. Skulle de rettspsykiatrisk sakkyndige komme til forskjellig konklusjon, må tiltalte etter min mening frifinnes for straff med mindre retten [...] skulle finne at det ikke kan være *noen rimelig tvil om at tiltalte var tilregnelig* på gjerningstiden.»

I siste setning her knyttes spørsmålet om rimelig tvil til tilregneligheten, ikke til de faktiske forhold (symptomer på psykose osv) som kan danne basis for en konklusjon om

³⁰ Se foran i note 5.

³¹ Dette har jeg beskrevet nærmere i ”Ånden som går”. Om strafferettens sannhetsmonopol i Festskrift til C. A. Fleischer, Oslo 2006 s 465-480.

³² Side 1948: «Ved avgjørelsen av hvor stort kvantum A kan dømmes for å ha innført og omsatt, må rimelig tvil komme tiltalte til gode på samme måte som hvor det er spørsmål om hvorvidt handlingen er begått.»

³³ Se mitt innlegg i Aftenposten 30.8.2012: Jus, faktum og bevis [i 22. juli-saken].

tilregnelighet.³⁴ Andre vil forstå setningen som at den handler om en faktisk tilstand. Uttrykksmåten er uansett uheldig fordi den er tvetydig.

Mitt inntrykk er at normalen i sivile saker er en uklanderlig uttrykksmåte, som i Rt 1989.1318 (Advokatuvidenhet) og Rt 2004.499 (Bankkortkode). I den siste heter det i avsnitt 27: «Aksomhetsvurderingen vil naturlig knytte seg til en kombinasjon av to ulike forhold, nedtegningen av koden og oppbevaringen av kort og kode da disse kom på urette hender.» Sivile rettsaker er altså stort sett ikke smittet, selv om en nok kan finne eksempler også der.

8 Skal bevisreglene overta for rettsanvendelsen?

Regelen i forskningsetikkforskriften § 10 som jeg har analysert ovenfor, er neppe et tilfeldig utslag av dårlig språklig presisjonsnivå. Det er heller ikke bare fra strafferetten påvirkningen kommer:

På diskrimineringsområdet kan det se ut som om bevisregler helt har overtatt for rettsanvendelsen. Dette innebærer en utglidning som er verre enn de eksemplene jeg har gitt ovenfor. På dette feltet er den gale uttrykksmåten lovfestet, ikke bare forskriftsfestet.

Lov om likestilling mellom kjønnene (nr 45/1978) § 16 første ledd lyder:

«§ 16. (Bevisbyrde)

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.»

Bestemmelsen er mal for diskrimineringsloven (nr 33/2005) § 10, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (nr 42/2008) § 13 og flere andre bestemmelser, se blant andre arbeidsmiljøloven (nr 62/2005) § 13-8. I alle disse må den ansvarlige for handlingen «sannsynliggjøre» at det ikke har funnet sted et brudd på loven.

Likestillingslovens bestemmelse er en direkte følge av artikkel 4 i et EU-direktiv fra 1997, 97/80/EF, om bevisbyrden i saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I engelsk versjon bruker direktivet uttrykk som «burden of proof» og «rules of evidence», altså en gjennomført bevisrettslig terminologi. Men det å konstatere at det ikke foreligger ulovlig diskriminering, er rettsanvendelse og ikke et spørsmål om sannsynliggjøring av et faktisk forhold.³⁵ Disse reglene viser at sammenblandingen av jus og faktum ikke er et rent norsk fenomen. Det er antagelig mer utbredt i EU-systemet.³⁶

Når en blander sammen vurderingen av faktiske forhold og anvendelse av en materiell regel, kan følgen bli at regelen blir anvendt feil, hvis rettsanvenderen tror at det gjelder en høy terskel for å ta den i bruk («klar sannsynlighetsovervekt» eller lignende). En annen fare er at en blander sammen det å fastlegge et faktisk forhold, som i prinsippet skal gjøres uten verdipreget skjønn, med det å anvende en regel, som nettopp forutsetter et slikt skjønn.

På strafferettens område har denne sammenblandingen kanskje ikke de mest skadelige følger. I mange straffesaker som kommer for domstolene, dreier saken seg om å bestemme hva som er faktum. Når dette er gjort, følger rettsanvendelsen nærmest automatisk. «Straffeskyld finnes bevist» kan derfor være et treffende uttrykk for de tankeoperasjoner som fant sted, selv om uttrykksmåten ikke er korrekt.

³⁴ Bildet kompliseres her av at forarbeidene til den nye strl § 44 til dels setter likhetstegn mellom «psykotisk» som normativt kriterium i loven og som medisinsk diagnose, altså mellom rettsregelen og faktum.

³⁵ Det kan hevdes at denne regelen oppstiller en legalpresumsjon på linje med f eks konkurslovens § 62, jeg lar det ligge her. Uansett er den i formen en regel om bevisbyrde.

³⁶ Benita Tjørns avhandling fra 2012: Bevissspørsmål ved EU-domstolens prøving av proporsjonalitetsprinsippet (i DUO) viser stor forvirring i EU om bevissspørsmål. Se også Kenneth Nordback «Bevisbörda» i mål om undantag från gemenskapsreglerna om fri rörlighet, i Svensk Juristtidning 2007 s 421-443: Her stilles EU-domstolens tale om "bevisbyrde" opp mot tradisjonell svensk og finsk oppfatning, hvoretter bevisbyrdebegrepet er forbeholdt vurderingen av faktiske spørsmål.

Sivile saker er ofte mer kompliserte, og feil tankegang kan føre til feil resultat, særlig der det gjelder et skjerpet beviskrav. I forvaltningssaker, der rettsanvendelsen i stor grad foretas av folk som ikke er skolert i juridisk tenkning, er fallgrubene store og det er særlig viktig å holde tungen rett i munnen.

Det står imidlertid ikke så rent ille til på feltet vitenskapelig uredelighet. Den nevnte Sudbø-kommisjonen uttrykte seg slik i sitt sammendrag:

«Kommisjonen har som hovedprinsipp funnet det riktig å anvende et beviskrav om *kvalifisert* sannsynlighetsovervekt som vilkår for å legge et nærmere beskrevet faktum til grunn for rapporten.»

På basis av beviste fakta, konkluderte kommisjonen med at det forelå grove og alvorlige brudd på god forskningsskikk voldt uaktsomt eller forsettlig.³⁷

³⁷ Se note 14 her. Kommisjonen hadde ikke som oppgave å håndheve forskningsetikkloven, som ble vedtatt samme dag som kommisjonens uttalelse forelå, den 30.6.2006.