

Når faktum ikke er gitt

Professor Eivind Kolflaath og professor Ragna Aarli

1 Femti år med virkeligheten på vent

Alle som har gjennomført juristutdannelsen, kjenner spillereglene for praktikumsoppgaver, hvor studenter blir bedt om å ta standpunkt til konkrete retts spørsmål: Faktum er gitt. Oppgavens beskrivelser av Peder Ås' og Marte Kirkeruds gjøren og laden, som kan minne sterkt om faktum i en tvist i det virkelige liv, skal tas for god fisk. Studentene oppfordres til ikke å spekulere i om de faktiske opplysningene er korrekte og tilstrekkelige som grunnlag for rettsanvendelsen. Ikke noe skal legges til eller trekkes fra. «I virkelighetens verden», sier vi til studentene, «må dere selvsagt også ta stilling til hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen.»

I fakultetets første femti år har vi tillatt oss å sette virkeligheten på vent for studentene. Vi har konsentrert oss om å gi opplæring i det jurister er mest kjent for å gjøre – å fastlegge innholdet av gjeldende rett ved hjelp av alminnelig juridisk metode. Døren til erfaringsrommet som kan hjelpe juristen til å fastsette faktum, har fakultetet holdt lukket. Som Bjarte Askeland har påpekt, gir juristutdannelsen «liten trening i å arbeide med å *fremskaffe faktum* som de juridiske reglene skal anvendes på».¹ Når faktum skal fastsettes i det virkelige liv, «starter den nyutdannede jurist nærmest på bar bakke».²

Slik er det, men slik trenger det ikke forbli.³ I denne artikkelen tar vi til orde for at ambisjonene for den juridiske utdannelsen bør utvides. Vi vil argumentere for

1 Bjarte Askeland, «Juristutdanning for academia og praktisk rettsliv», i Lars Skjold Wilhelmsen (red.), *Juridisk fagdidaktikk. Med vekt på studentenes læring*, Bergen 2014, s. 13–30 på s. 16.

2 Samme sted.

3 Litt i samme retning Askeland 2014, som på s. 16 antyder at «[d]et kunne [...] være en idé å legge inn øvelser der man må fremfinne og presentere bevis, herunder avhør av vitner».

at det er mulig – og på høy tid – å gi våre studenter verktøy til å kunne håndtere situasjoner i det virkelige liv, hvor faktum ikke er gitt.

Vi begynner med å peke på at selv om målet med juristutdannelsen – å «forsyne samfunnet med habile aktører innenfor rettsstatens ulike roller»⁴ – ligger fast, er krav og forventninger til opplegg og innhold av utdannelsen i kontinuerlig endring (punkt 2). Vi ser videre på hvordan juristutdannelsen generelt har forholdt seg til empiriske spørsmål (punkt 3). Deretter vil vi demonstrere betydningen av at jurister har kunnskap om hvordan faktum fasettsettes i konkrete saker (punkt 4), samt i utredningsoppdrag og generell problemløsning (punkt 5). Vi avslutter med å diskutere en utvidet ambisjon for juristutdannelsen (punkt 6).

2 Krav og forventninger til juristutdannelsen

Det er verken originalt eller kontroversielt å hevde at samfunnets krav og forventningene til juristutdannelsen endrer seg,⁵ eller at det er behov for jevnlig revisjoner av studiets innhold og form.⁶ Det er en kjensgjerning at utdannelsen *har* endret innhold og form over tid, nettopp for å møte nye krav og forventninger fra samfunnet. Når det gjelder innholdet, er det den internasjonale utviklingen av retten som i nyere tid i størst grad har bidratt til endring.⁷ Denne utviklingen skjøt for alvor fart på 1990-tallet og har satt sine spor i studieplanene ved alle de tre lærestedene i Norge som i dag tilbyr femårig integrert masterprogram i rettsvitenskap.⁸ Blant dagens obligatoriske emner finner vi for eksempel titler som «Forvaltningsrett og EØS-rett» ved Universitetet i Oslo og «Rettsstat og menneskerettar» ved Universitetet i Bergen.

Også formen på utdannelsen har vært under kontinuerlig revisjon. Utviklingen fra et *juststudium* som nærmest var en ren eksamensordning, til en juristutdannelse

4 Jf. Askeland 2014, s. 13.

5 Se f.eks. Asbjørn Strandbakken, «Møter dagens juristutdanning morgendagens krav?», *Lov og Rett* 2016, s. 112–121, som blant annet etterlyser mer spesialisering i utdannelsen for å imøtekomme behovet fra et mer differensiert arbeidsmarked.

6 Se f.eks. Carsten Smith, «Den norske studieordning for jurister under debatt», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1959, s. 399–420, som på s. 400–401 tar til orde for at enhver studiereform bør evalueres etter å ha virket i en tiårsperiode.

7 Se tilsvarende Kåre Lilleholt, «Universitetsjuristen gjennom 50 år», *Lov og Rett* 2011, s. 78–88 på s. 82.

8 I *Høgsteretts historie 1965–2015*, Bergen 2015, sonderer Jørn Øyrehagen Sunde mellom «Den omfattende internasjonaliseringa» på 1990-tallet (kapittel 14) og «Den langsame internasjonaliseringa» som til alle tider har funnet sted i retten (kapittel 13).

med pedagogisk begrunnede valg av undervisningsopplegg⁹ begynte lenge før vi hadde mer enn ett lærested for utdanning av juridiske kandidater i Norge.¹⁰ Og dagens tre juridiske fakulteter har valgt noe ulik form på sine juristutdannelse. Den problembaserte studieplanen med en rekke obligatoriske arbeidskrav var formmessig unik da den ble innført ved Universitetet i Bergen i 2003.¹¹ Med denne modellen får studentene atskillig trening i å skrive juridiske tekster. Formen på utdannelsen gjør etter vårt syn studentene godt rustet til å møte mye av det som venter i arbeidslivet, og bør videreføres i en ny studieordning ved vårt fakultet.

Et innholdsmessig særtrekk ved juristutdannelsen i Bergen, som vi ikke kan forsvare like varmt, er den snevrere rammen for studentenes vitensfelt sammenliknet med de to øvrige lærestedene. I Bergen er det avsatt færre studiepoeng til ikke-dogmatiske emner, såkalte perspektivfag, enn i Oslo og Tromsø.¹² Et lavere ambisjonsnivå med hensyn til å utdanne kandidater med evne til å se utover den juridiske tenkemåten avspeiler seg også i læringsutbyttebeskrivelsene. Juridiske kandidater som er uteksaminert fra Universitetet i Tromsø, skal for eksempel kunne «identifisere og analysere rettslige problemer av teoretisk eller praktisk art på en metodisk og etisk forsvarlig måte, herunder utrede og vurdere relevant faktum». Kandidater fra Universitetet i Oslo skal kunne «[r]eflektere over jussens forhold til andre fag» og kunne «[s]amarbeide med jurister og andre profesjoner om rettslige problemstillinger». I Bergen er det ikke uttrykt slike ambisjoner for ferdigutdannede kandidater.

Et av de mest markante utviklingstrekkene i samfunnet, som også har betydning for utdannelsen av habile aktører til å fylle rettsstatens roller, er tilgjengeligheten og volumet av informasjon. Dette taler etter vårt syn for at også juristutdannelsen i Bergen i høyere grad bør ha uttrykte ambisjoner om å utdanne kandidater som er forberedt på å samarbeide med andre profesjoner om å kartlegge fakta som er relevante for juristens virke.

9 Se Asbjørn Strandbakken, «Introduksjon», i Lars Skjold Wilhelmsen og Asbjørn Strandbakken (red.), *Juristutdanningens faglige og pedagogiske utfordringer*, Oslo 2010, s. 11–12 på s. 11.

10 Se f.eks. de pedagogiske diskusjonene knyttet til endringene i eksamensordningen ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo i 1933 og 1948, i Smith 1959, s. 399–400.

11 Dette var bakgrunnen for at fakultetet ble tildelt Utdannings- og forskningsdepartementets Utdanningskvalitetspris i 2004.

12 I Bergen er det avsatt 48 stp. mot Oslos 56 stp. og Tromsøs 52 stp.; se nærmere redegjørelse for perspektivfagenes plass ved de tre lærestedene i «Metodeundervisningen på ny studieordning» – diskusjonsnotat fra dekanatet 27. april 2018. https://www.uib.no/sites/w3.uib.no/files/attachments/metodeunderivnsningen_pa_ny_studieordning_rev.pdf

3 Generelt om juristutdannelsen og den empiriske virkelighet

Mange innføringsbøker i juss loser studentene inn i et univers der faktum er et begrep som tilsynelatende ikke trenger noen forklaring, og heller ikke finnes som oppslagsord i stikkordregisteret.¹³ Forfatterne legger vekt på å få frem at rettsvitenskapen er et normativt og dermed verdibasert fag, og ikke et empirisk fag.¹⁴ For å bruke Erik Boes formulering: «Juss handler om normer, ikke om atferd.»¹⁵ Det er vi selvsagt enige i, men normene våre studenter skal lære seg å fastlegge, kan ikke frikoples fra menneskelig atferd. Rettsreglene skal skape rammer i samfunn med reell eksistens, og tjene som grunnlag for å løse konflikter mellom virkelige individer.

I boken *Rettskildelære* pekte da også Torstein Eckhoff på at livet som jurist ikke bare handler om å tolke rettskilder, men også om å søke å vurdere om et faktum er tilstrekkelig.¹⁶ Det kan i seg selv være en krevende oppgave å oppnå et volum og en kvalitet på det faktiske grunnlaget som gjør det til et forsvarlig startpunkt for en rettsanvendelsesprosess. Behovet for å «vite mer om fakta» kan bli vel så påtrengende som å få avklart hva som er gjeldende rett, når juridiske arbeidsoppgaver skal løses.¹⁷

Tilegnelsen og vurderingen av informasjon for å fastsette faktum kan være både tids- og tankemessig mer krevende i arbeidslivet til en jurist enn fastleggingen av innholdet i rettsregler. For eksempel skriver Svein Slettan og Toril Marie Øie at «[i] det levende livet», i motsetning til jusstudiet, «volder nok faktum vanligvis større problemer enn jusen. Ofte står og faller saken med hvilket faktum som legges til grunn».¹⁸ Tilsvarende skriver tidligere førstelagmann Nils Erik Lie fra et dommerperspektiv at «[n]år det først er tatt standpunkt til hvilket faktum avgjørelsen skal bygge på, er det sjelden at anvendelsen av rettsreglene volder vanskeligheter».¹⁹

Når man i juristutdannelsen har unnlatt å problematisere hvordan faktum skal fastsettes i rettsanvendelsesprosessen, må dette sees i sammenheng med at juridisk

13 Slik f.eks. Olav Torvund, *Innledning til jusstudiet*, Oslo 2017; Erik Magnus Boe, *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utgave, Oslo 2010; og *Knophs oversikt over Norges rett*, 15. utgave utgitt av Harald Irgens-Jensen, Oslo 2019.

14 Se Torvund 2017, s. 32.

15 Boe 2010, s. 24.

16 Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg., Oslo 2001, s. 34.

17 Eckhoff 2001, s. 34.

18 Svein Slettan og Toril Marie Øie, *Forbrytelse og straff. Lærebok i strafferett*, Oslo 1997, s. 28.

19 Nils Erik Lie, *Parts- og vitneavhør – i straffesaker og sivile saker*, 2. utgave, Oslo 2012, s. 19.

metode lenge syntes å ha blitt oppfattet som ensbetydende med rettskildelære. Det er gammel og god eckhoffiansk lære at «[r]ettskildelæren [befatter] seg hovedsakelig bare med de rettslige, ikke med de faktiske, premisser for våre avgjørelser».²⁰

Terminologiskiftet fra «rettskildelære» til «juridisk metode» som fant sted i norsk rett i løpet av 1990-tallet,²¹ åpnet imidlertid for å betrakte juridisk metode som noe mer enn rettskildelære.²² Og i København ble faget «Juridisk metodelære», som skulle kombinere teoretisk og praktisk informasjonshåndtering i rettsanvendelsen, etablert som et nytt obligatorisk fag på juristutdanningen i 2001.²³ Knut Bergo konstaterte på dette tidspunktet for norsk retts vedkommende at rettsvitenskapen har «vitenskapeliggjort» det ene benet av en rettsavgjørelse og «glemte» det andre.²⁴ Mangelen på vitenskapeliggjøring av faktumskomponenten i juridisk metode forklarte Bergo den gangen med at «utfordringen har vært for stor, fordi faktabedømmelse er mye vanskeligere å rasjonalisere».²⁵

Etter vår mening er tiden nå blitt moden for å gripe denne utfordringen. Magne Strandberg og en av oss (Kolflaath) har tidligere utpekt årtusenskiftet som et vendepunkt i norsk bevisteori.²⁶ Fra da av finner vi et større teorimangfold og en økt intensjonsdybde i bevisteoretisk forskning. Vi finner også en større praksisnærhet ved at bevisteorien interesserer seg mer for hvordan bevisbedømmelsen faktisk foregår ute i det praktiske rettsliv, og ved at den i høyere grad enn tidligere vektlegger at anbefalinger om bevisbedømmelsen må være gjennomførbare i praksis.²⁷ Denne utviklingen gir etter vårt syn et godt grunnlag for å kunne tilby forskningsbasert undervisning om fastsettelse av faktum innenfor juristutdannelsen.

20 Eckhoff 2001, s. 33.

21 Se f.eks. Kai Krügers omtale av «den såkalte juridiske metode» i foredraget «Vil norsk juridisk metode overleve i et integrert Europa?» på Det 22. felles Juristmøte i Oslo 30. oktober 1995, gjengitt i *Juristkontakt* 1996, s. 2–7 på s. 2.

22 Se f.eks. Jørn Jacobsen, som i artikkelen «Om omgrepet juridisk metode», *Jussens Venner* 2003, s. 360–375, argumenterer for å inkludere det kommunikative aspektet knyttet til en rettsavgjørelse i begrepet juridisk metode.

23 Peter Blume og Hans Chr. Spies, «Juridisk metodelære: nyt fag på jurauddannelsen i København», *Lov & Data* 2002, s. 4.

24 Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000, s. 894.

25 Bergo 2000, s. 894.

26 Eivind Kolflaath og Magne Strandberg, «Norsk bevisteori før og etter årtusenskiftet», i Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, Bergen 2013, s. 319–330.

27 Kolflaath og Strandberg 2013, s. 325–329.

Flere norske forfattere har pekt på behovet for at jurister oppøver seg et mer bevisst forhold også til faktumfastsettelsen.²⁸ Og i dansk teori er «juridisk metode» nylig definert som «metoden [til] fastlæggelse af relevant faktum, fastlæggelse af relevant regel og fastlæggelse af resultat».²⁹ Ved Universitetet i Oslo tilbys et 10 studiepoengs emne i «Rettslig bevisteori», som nettopp tematiserer betingelsene for faktumfastsettelsen og hvordan usikkerhet om fakta i rettsanvendelsen nærmere skal håndteres. Ved Universitetet i Bergen mangler vi et undervisningstilbud som tematiserer faktumfastsettelse som sådan.

Ordet «faktum» brukes i det juridiske feltet vanligvis om et konkret saksforhold som skal være utgangspunktet for rettsanvendelse. I neste punkt diskuterer vi behovet for at jurister kan håndtere faktumfastsettelsen på en betryggende måte. Men empiriske spørsmål er relevante for jurister også i flere andre sammenhenger. For eksempel vil bruk av reelle hensyn ofte dreie seg om empiriske konsekvenser, og både i evaluering av gjeldende rett og i forslag til ny regulering vil det normalt være nødvendig å bygge på empiriske antakelser. Et sentralt typetilfelle i denne sammenhengen er kartlegging av faktiske forhold i forbindelse med utredninger, som vi diskuterer i punkt 5.

4 Fastsettelse av faktum i konkrete saker

De fleste ferdigutdannede jurister vil arbeide med konkrete saker hvor faktum ikke er gitt. Som dommer eller forvaltningsjurist skal man henholdsvis avsi dom eller fatte enkeltvedtak i saker hvor man selv avgjør hvilket faktum som skal legges til grunn. Også advokater må forholde seg til situasjoner hvor faktum ikke er gitt. Forskjellen er at dommere og forvaltningsjurister *avgjør* faktumsspørsmålet, mens advokatene *legger til rette for* slike avgjørelser og opererer med *antakelser* om hva som er sannsynlige utfall. Rollene er ulike, men uansett kreves det at juristen vurderer i hvilken grad informasjonen som foreligger i den konkrete saken, underbygger et faktum som en part krever å få gjennomslag for.

Det faktiske forholdet kan være fortidig, nåtidig eller fremtidig. Straffesaker som kommer opp for domstolene, dreier seg mye om fortidige handlinger, der

²⁸ Se f.eks. Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper*, Oslo 2014, s. 15; Markus Jerkø, «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett* 2014, s. 445–454, og Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse i praksis*, Bergen 2013, s. 13–22.

²⁹ Carsten Munck-Hansen, *Den juridiske løsning*, København 2017, s. 12.

det må tas stilling til om det for eksempel har funnet sted en «kroppsskade» (strl. § 273), gitt «uriktig forklaring» (strl. § 221) eller begått andre handlinger som rammes av straffeloven. I valget av straffereaksjon vil rettsanvenderen imidlertid ofte måtte ta stilling til spørsmål om hvordan den domfelte vil kunne utvikle seg i fremtiden. For eksempel er det en generell, formildende omstendighet at «det er gode utsikter til rehabilitering» (strl. § 78 bokstav h), og bestemmelsen om forvaringsstraff (strl. § 40) har flere vilkår som gjelder faren for nye straffbare handlinger. Også sivile saker, som for eksempel erstatningssaker, vil gjerne være orientert mot kartlegging av fortid (bl.a. hendelsen som forårsaket skaden), men vil ofte også kreve stillingstaking til fremtiden (f.eks. ved beregning av fremtidig inntektstap).

Loven kan kreve at rettsanvenderen tar stilling til et nokså bredt spekter av mulige fremtidige forhold. For å gi dispensasjon fra bestemmelser i plan- og bygningsloven må for eksempel «konsekvenser for helse, miljø, jordvern, sikkerhet og tilgjengelighet» være vurdert, jf. pbl. § 19-2 tredje ledd. Andre ganger er prognosevurderingen rettsanvenderen må foreta, mer spesifikk. Et eksempel er at barnevernloven § 4-12 gir hjemmel for å fatte vedtak om å overta omsorgen for et barn blant annet «dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnets helse». For å treffe en avgjørelse må rettsanvenderen vurdere både foreldrenes omsorgsevne i nåtid og mulige fremtidige skader for barnet av at foreldrene beholder omsorgen.

Riktignok kan både dommere og forvaltningsjurister få hjelp av sakkyndige. Men det er rettsanvenderen som skal vurdere bevis, fastsette faktum og ta stilling til det konkrete rettsspørsmålet. Betryggende saksbehandling innebærer blant annet at rettsanvenderen vurderer selvstendig og kritisk opplysningene som presenteres i saken, og sakkyndigbevis representerer ikke noe unntak fra dette. En empirisk orientert forsker som kriminologiprofessor Leif Petter Olaussen har i et avisinnlegg stilt spørsmålet om «norske dommere er godt nok kvalifisert og mentalt innstilt på at de må forholde seg kritisk spørrende også til det som blir presentert som fakta av ulike sakkyndige som uttaler seg i retten».³⁰ Innlegget var knyttet til en

30 Leif Petter Olaussen, «Dommerne må bli flinkere til å spørre», *Klassekampen* 19. juni 2015.

serie av straffesaker utover på 90-tallet om seksuelle overgrep mot barn,³¹ med Bjugn-saken som den mest omfattende og kjente. Til forskjell fra Bjugn-saken, hvor den eneste tiltalte av de opprinnelig syv siktede ble frifunnet av juryen i lagmannsretten, ble en rekke personer domfelt i de øvrige sakene. Domfellelsene var helt eller delvis basert på uttalelser fra sakkyndige om hvilke funn som var gjort i disse barnas underliv, og om hva slike funn angivelig dokumenterte. Senere ble den ene domfelte etter den andre frifunnet etter gjenåpning, fordi det viste seg at slutningene som ble trukket fra de konkrete funnene, ikke var holdbare. Olaussen peker på at en dommer med en viss forståelse av empirisk vitenskap kunne stilt «følgende helt elementære spørsmål» til den sakkyndige:

Hva vet man forskningsmessig om normal variasjon i underlivsskader av den typen du som sakkyndig har observert i dette tilfellet, hos barn som det ikke er grunn til å tro har vært utsatt for seksuelt overgrep i denne alderen?
 – Et ærlig svar fra den sakkyndige ville vært: ingen ting eller det er ukjent. Og hva burde dommeren da ha tenkt om de observerte skadenes verdi som bevis?

Eksemplet illustrerer et sentralt sannsynlighetsteoretisk poeng – at den statistiske bevisverdien av et funn dreier seg om forholdet mellom sannsynligheten for at vi ville hatt det aktuelle funnet hvis det hadde vært seksuelt overgrep, og sannsynligheten for at vi ville hatt dette funnet hvis det *ikke* hadde vært seksuelt overgrep.³² På 90-tallet hadde man ikke tilstrekkelig kunnskap om det siste, og dermed var ikke forutsetningene til stede for å trekke slutninger om statistisk bevisverdi av funnene i barnas underliv. Men i disse sakene ble det som kunne være utslag av normal variasjon i barns underliv, i stedet fremstilt som «skader».

31 Se nærmere om disse sakene f.eks. Arne K. Myhre, «Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker om seksuelle overgrep om barn», i Per Brandtzæg og Ståle Eskeland (red.), *Rettsmedisinsk sakkyndighet i fortid, nåtid og fremtid. Mot et paradigmeskifte ved vurdering av rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker*, Oslo 2007, s. 28–35, og Trygve Lange-Nielsen, «Saker om seksuelt misbruk av mindreårige» og «Rettspraksis om seksuelt misbruk av mindreårige», i Anders Bratholm og Ståle Eskeland (red.), *Justismord og rettssikkerhet*, Oslo 2008, s. 95–147 og 226–275.

32 Dette følger av det sannsynlighetsteoretiske begrepet om beviskraft («likelihood ratio», også kalt «rimelighetsbrøk»), se f.eks. Erling Eide, *Bevisvurdering. Usikkerhet og sannsynlighet*, Oslo 2016, s. 26–46 og 90–127, og Christian Dahlman, *Metod för bevisvärdering i brottmål*, Stockholm 2018, s. 66–112.

Olaussen er langt fra den eneste som mener at dommere er for passive overfor sakkyndige, og i praksis overlater deler av bevisbedømmelsen til disse. For eksempel har høyesterettsadvokat Pål Mitssem kritisert dommere for å ha en blind tro på sakkyndige i forsikringssaker.³³ Og Berit Reiss-Andersen, som har vært Advokatforeningens leder, har i forbindelse med diskusjonen av reglene om strafferettslig tilregnelighet uttalt at «norske dommere har hatt en tendens til å abdisere fra sitt ansvar».³⁴ Vi skal ikke her gå mer inn i diskusjonen om forholdet mellom jurister og sakkyndige, men det er liten tvil om at «kunnskapskløften mellom den sakkyndige og sakens øvrige deltakere får en tilhørende kommunikasjonsutfordring», som et bredt sammensatt juristutvalg formulerte det i en utredning i 2014.³⁵ Utfordringene på området skyldes ikke bare at det i ulike fag tales ulike språk, men også at ulike fag anvender ulike metoder – og at den enkelte aktørs kunnskaper om andre fags metoder ofte er nokså begrensede. Men uansett hvilke utfordringer jurister måtte stå overfor i møtet med sakkyndige, står det fast at det er rettsanvenderen, og ikke de sakkyndige, som er ansvarlig for bevisbedømmelsen og for å avgjøre hvilket faktum som skal legges til grunn. Dette innebærer at jurister må være i stand til ikke bare å stille kritiske spørsmål til sakkyndige, men også til å innta et velbegrunnet standpunkt om hvilket faktum som skal legges til grunn når de sakkyndige er uenige. Slik uenighet kan for eksempel oppstå i erstatningssaker med partsoppnevnte sakkyndige, eller i straffesaker med flere rettsoppnevnte sakkyndige, som i 22. juli-saken.

Et annet og mer generelt poeng er at faktumfastsettelse er en prosess som er sårbar for en rekke psykologiske feilkilder. Dette gjelder blant annet feilkilder som kan slå ut hos personer som gir opphav til bevis i saken – som vitner eller som forfatter av dokumenter. De siste tiår er det kommet mye forskning som påviser mulige feilkilder i vitneforklaringer.³⁶ Vår evne til å oppfatte og til å huske detaljer er betydelig svakere enn man i utgangspunktet skulle tro. Den vitnepsykologiske forskningen har vist blant annet hvor sårbare våre minner er for påvirkning fra andre. Feilattribusjon – for eksempel at man tar feil av i hvilken situasjon man

33 Se «Blind tro på sakkyndige», *Dagens Medisin* 2004 nr. 8 (30. april).

34 Se f.eks. Per Anders Madsen, «Rapporten som åpner saken», *Aftenposten* 10. april 2012.

35 «Kunnskapskløft og kommunikasjonsbehov». Utredning fra et utvalg nedsatt av Advokatforeningen, Dommerforeningen, Riksadvokaten og Regjeringsadvokaten for utarbeidelse av retningslinjer for sakkyndigarbeid i domstolene, ledet av Anders Ryssdal, levert 6. oktober 2014.

36 Se f.eks. Svein Magnussen, *Vitnepsykologi 2.0*, Oslo 2017, for en omtale av denne forskningen.

har observert en person – er en annen veldokumentert feilkilde.³⁷ Kunnskap om slike feilkilder er nødvendig for at dommeren skal ha en grunn til å stille spørsmål som kan bidra til å redusere den reelle usikkerheten om hvorvidt slike feilkilder faktisk har slått inn i det konkrete tilfellet.

Psykologiske feilkilder kan slå ut ikke bare hos personer som gir opphav til bevis, men også hos bevisbedømmeren selv. «Dommere har naturligvis de samme psykologiske begrensninger som andre mennesker», påpekte sorenskriver Nils Dalseide under et dommerseminar – og eksemplifiserte dette med å si at blant annet «fordommer og stereotyper» samt «confirmation bias» er noen av de bedømmelsespsykologiske faktorer som også virker på dommere.³⁸ Bekreftelsesfellen («confirmation bias») er vår tendens til å velge ut og tolke informasjon slik at den passer med de oppfatninger vi allerede har. En annen psykologisk feilkilde er førsteinntrykk-effekten («primacy effect»), som er vår tendens til å legge mer vekt på informasjon som kommer tidlig, enn informasjon som kommer sent. Slike tendenser kan motarbeides, men dette krever kunnskap både om hvilke feilkilder som finnes, og om hva som kan være effektive strategier for å redusere effektene av disse. Et tiltak mot bekræftelsesfellen er å resonnerer ut fra flere og gjensidig utelukkende hypoteser, mens førsteinntrykk-effekten kan reduseres hvis dommeren avstår fra fortløpende bevisbedømmelse under bevisførselen.

Det er ikke til å komme forbi at prosessretten bygger på en del forutsetninger som ikke står seg i lys av psykologisk forskning om beslutninger generelt og bevisbedømmelse spesielt. Forestillingen om at bevisbedømmelse er noe enhver normalt utrustet person uten videre kan utføre på en forsvarlig måte, er kommet under press. Et annet og mer spesifikt eksempel er knyttet til et aspekt ved begrunnelsen av muntlighetsprinsippet, nemlig at det å se på personen som forklarer seg, gir en mer treffsikker bevisbedømmelse – slik som når prinsippet begrunnes delvis med at «[v]ed en umiddelbar forklaring vil retten lettere kunne se om vitnet virker usikker – om han f.eks. stammer eller om han rødmer».³⁹ Vitnepsykologisk forskning de siste tiår har avdekket at det er lite realitet i det vi er tilbøyelige til å tolke som tegn på løgn.⁴⁰

37 Se Annika Melinder, «Vitnebevisets psykologiske fallgruver», i Ragna Aarli, Mary-Ann Hedlund og Sverre Erik Jebens, *Bevis i straffesaker. Utvalgte emner*, Oslo 2015, s. 481–505 på s. 504.

38 «Økt bevissthet gir økt kvalitet», *Rett på sak* nr. 1 2011, s. 8–9.

39 Jo Hov, *Rettergang II*, Oslo 2010, s. 1094.

40 Se f.eks. Magnussen 2017, s. 190–225.

Videre vil selvstendige vurderinger av informasjon fra sakkyndige for å fastsette hvilket faktum som skal legges til grunn for en konkret avgjørelse, forutsette en viss innsikt i metodene sakkyndige anvender. Dette er nødvendig både for å kunne stille kritiske spørsmål til sakkyndige og mer generelt for å kunne vurdere deres uttalelser. I neste punkt skal vi se at jurister kan ha god bruk for slik innsikt også i arbeidet med utredninger og generell problemløsning.

5 Utredning og generell problemløsning

Juristutdannelsen blir ofte omtalt som en «potet-utdannelse».⁴¹ Uttrykket fremhever at studiet oppøver generelle ferdigheter i problemformulering og problemløsning som kan komme til nytte i mange og ulike sammenhenger. Én slik kompetanse er å konkretisere reguleringstiltak som kan være tjenlige i offentlige eller private sammenhenger. I læringsutbyttebeskrivelsen for masterstudiet i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo er «utforming av lovforslag» uttrykkelig angitt som en ferdighet juridiske kandidater har. Når det skal tas stilling til hvordan retten *bør* være, må det tas utgangspunkt i en beskrivelse av den faktiske situasjonen på det aktuelle området, vurderinger av hvordan dagens regulering faktisk fungerer, og prognoser om hvordan alternative reguleringer vil komme til å virke. Alt dette vil for en stor del være empiriske spørsmål. Behovet for empirisk kunnskap om den virkeligheten som skal reguleres, vil være presserende.

Kravene som stilles til lovprosesser, vitner om behovet for slik empirisk kunnskap. Dersom Stortinget skal endre eksisterende lovgivning eller gi helt nye lover, vil dette ofte kreve en utredning som må fylle krav formulert i utredningsinstruksen, nylig revidert og fastsatt ved kgl.res. 19. februar 2016. Foruten visse mer spesifikke krav til lovprosesser fastsetter § 2-1 i utredningsinstruksen at minstekravene til beslutningsgrunnlaget for et statlig tiltak ikke er oppfylt før samtlige av følgende spørsmål er besvart:

- 1 Hva er problemet, og hva vil vi oppnå?
- 2 Hvilke tiltak er relevante?
- 3 Hvilke prinsipielle spørsmål reiser tiltakene?

⁴¹ Se f.eks. daværende leder for Stortingets utenriks- og forsvarskomiteé, nå utenriksminister Ine Marie Eriksen, som i et intervju i *Dagens Næringsliv* 1. oktober 2013 er sitert på følgende: «Jurister er litt som poteter, og du lærer en metode du kan bruke til veldig mye.»

- 4 Hva er de positive og negative virkningene av tiltakene, hvor varige er de, og hvem blir berørt?
- 5 Hvilket tiltak anbefales, og hvorfor?
- 6 Hva er forutsetningene for en vellykket gjennomføring?

Knapt noen av disse spørsmålene lar seg besvare ved hjelp av juridisk metode alene. Skal jurister kunne bidra konstruktivt i slike prosesser, må de kunne samarbeide med andre profesjoner, kjenne til hvordan holdbarheten av empiriske argumenter kan vurderes, og ha evne til å omsette et artikulert regelbehov i en regeltekst som er tilgjengelig for folk flest.

Kravene til utredning av faktiske forhold som ledd i beslutningsgrunnlaget for ny lovgivning finner vi igjen i mandater gjengitt i skriftserien *Norges offentlige utredninger* (NOU). Skriftserien benyttes ofte til å utrede om det trengs ny eller endret lovgivning på et bestemt område. Lovutvalget som står for utredningen, vil så å si alltid ha jurister som medlemmer. I NOU 2015: 4 *Tap av norsk statsborgerskap* ble mandatet gitt til en enkelt utreder med juridisk kompetanse, med anledning til å knytte til seg eksperter fra nærmere bestemte fagfelt. Formålet med utredningen var å gi et beslutningsgrunnlag for en politisk diskusjon om det burde gjøres endringer i reglene for tap av statsborgerskap. Utkastet til regelverksendringer skulle blant annet bygge på en diskusjon av «hvordan og i hvilken grad endringene vil kunne antas å forebygge terror og radikalisering», og «en diskusjon av hvordan forslaget vil virke i integreringsprosessen, hvordan det vil kunne oppfattes i samfunnet, hva det vil ha å si for hvordan vi tenker om det å være norsk statsborger og lignende».⁴² Disse punktene i mandatet kunne åpenbart ikke løses ved hjelp av juridisk metode, men svarene skulle tjene som premisser for den juridiske utrederens anbefalinger om reguleringstiltak. Arbeidsoppdraget til juristen forutsatte med andre ord en evne til å samhandle med andre profesjoner og til å forstå holdbarheten av argumenter frembrakt ved hjelp av andre metoder enn den rettsdogmatiske.

Utredningsinstruksen reflekterer krav til offentlig sektor om at tiltak skal virke. Hvis ikke jurister er i stand til å inngå i dialog med andre faggrupper om slike spørsmål, risikerer vi at jurister blir mindre interessante bidragsyttere til offentlige utredninger, inkludert utredninger av hvilken lovgivning vi skal ha. Et eksempel på at krav til utredning av empiriske spørsmål i lovgivningsprosessen begrenser

⁴² NOU 2015: 4 s. 9.

juristenes muligheter til å spille en sentral rolle i lovgivningsdiskusjoner, er etterlattepensjonsutvalget som stod bak NOU 2017: 3 *Folketrygdens ytelser til etterlatte*. Utvalget hadde foruten statsviter Ann-Helen Bay som ledet utvalget, kun fire medlemmer, hvorav vår professor Gudrun Holgersen var den eneste juristen. I et tungt sekretariat på fire personer ble det også bare funnet plass til én jurist blant økonomer og samfunnsøkonomer.

Mandatet til etterlattepensjonsutvalget besto på den ene siden i å beskrive og kartlegge gjeldende ytelser til etterlatte og på den andre siden i å komme med vurderinger og anbefalinger om fremtidige ytelser på feltet. Når utvalget i mandatet ble bedt om å beskrive «gjeldende ordninger for etterlatteytelser i folketrygden», og om å gjennomgå «[v]ilkårene for rett til de ulike ytelsene [...], herunder regelverket for å motta ytelser utenfor Norge»,⁴³ er dette en typisk oppdragsbeskrivelse for jurister. Store deler av mandatet beskriver imidlertid oppgaver av en annen og mer empirisk orientert karakter: «Kartleggingen skal omfatte antall mottakere, mottakernes alder, ytelsesnivå og varighet, familie- og forsørgingsmønster og andre forhold som utvalget anser relevante» for de vurderingene utvalget skulle foreta. Det ble videre presisert at kartleggingen også skulle

avdekke om det er systematiske forskjeller mellom grupper av befolkningen. Omfanget av etterlatteytelser til personer bosatt utenfor Norge skal også kartlegges. Det skal også utarbeides prognoser over fremtidig omfang og utgifter, forutsatt at etterlatteytelsene videreføres.⁴⁴

Når kravene til utredning av faktiske premisser for og konsekvenser av lovgivning skjerpes, blir juristenes samfunnsrelevans i stigende grad avhengig av evnen til å føre dialog med profesjoner som bygger på andre metodiske tilnæringsmåter enn den juridiske.

Et annet eksempel på at nyere mandater for lovutvalg stiller høye krav til utredning av empiriske premisser og konsekvenser, finner vi i NOU 2017: 17 *På ein søndag?* Utvalget skulle i dette tilfellet vurdere om bestemmelsene om åpningstider på hellig- og høytidsdager i helligdagsloven burde endres. Sekretæren for utvalget var en jurist, og vedkommende hadde blant annet til oppgave å sammenfatte utvalgets vurdering av «alle vesentlige konsekvenser, herunder økonomiske og

43 NOU 2017: 3 s. 16.

44 NOU 2017: 3 s. 17.

administrative konsekvenser, konsekvenser for næringslivet, konkurranseforhold, sysselsetting og samfunnsøkonomisk lønnsomhet av ev. endringer som foreslås».⁴⁵ Når sekretariatsfunksjonen for dette oppdraget ble gitt til en jurist, er det klart at forventningen til juristen går langt utover det å være i stand til å anvende rettsdogmatisk metode.

Litt retorisk kan vi spørre om det er grunn til å fortsette å utdanne «poteter» som bare kan sin rettskildelære, når samfunnet åpenbart har behov for noe mer. Samfunnets behov for habile aktører i ulike roller i rettsstaten gir etter vår mening grunn til å utvide ambisjonene for juristutdannelsen.

6 En utvidet ambisjon for juristutdannelsen

Ovenfor har vi beskrevet noe av det som kan møte ferdigutdannede jurister ute i yrkeslivet. De mange ulike former for empiriske spørsmål som jurister må forholde seg til, og ofte selv er satt til å besvare, krever andre metodiske ferdigheter enn dem man tradisjonelt har tilegnet seg i løpet av jusstudiet. Faktumfastsettelse i forvaltningen og domstolene, og bruk av empiriske undersøkelser som grunnlag for regelutvikling, konsekvensanalyser og risikovurderinger, er eksempler på dette.

Skal juristutdannelsen forberede studentene på det som venter, og sette dem i stand til å løse et mangfold av oppgaver, må studieplanen gi uttrykk for dette og studiet innrettes der etter. At Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen faktisk *har* en slik ambisjon, fremgår klart av strategiplanen for 2016–2022, under punktet «Utdanning av juristar for morgondagen»:

UiB si satsing på tverrvitskapeleg aktivitet bør vise igjen også i juss-studiet. Studentane skal få kjennskap til relevante problemstillingar frå andre universitetsfag. På slike måtar kan vi møte samfunnet sitt behov for juristar som er vande med og forstår samarbeid med andre fagdisipliner. Slikt samarbeid er naudsynt for å løyse komplekse samfunnsproblem.

Etter vårt syn bør man i tillegg til å kjenne til selve problemstillingene også ha en viss kunnskap om hvordan slike problemstillinger behandles i de andre universitetsfagene.

⁴⁵ NOU 2017: 17 s. 19 punkt 3 i mandatet.

Behovet for kjennskap til andre fags metoder kan imidlertid melde seg også allerede før man er ferdig med studiet. Her tenker vi særlig på at en del jusstudenter velger en problemstilling for masteroppgaven som i alle fall ikke fullt ut kan besvares ved hjelp av juridisk metode alene. Dette gjelder for eksempel masteroppgaver som helt eller delvis diskuterer hvordan et bestemt spørsmål bør reguleres, og hvor dette krever at studenten går inn i empiriske problemstillinger, for eksempel om hvordan ulike reguleringer vil komme til å virke. Dessuten kan det dreie seg om å delta i tverrfaglige prosjekter i løpet av studiet. Også på dette punktet finnes det klart uttrykte ambisjoner i fakultetets strategiplan:

Fakultetet skal i strategiperioden følge opp initiativ teke av UiB om undervisningssamarbeid på tvers av fakulteta, og syte for at slikt samarbeid skjer til beste for utviklinga av jussen. Det kan til dømes vere tale om å samarbeide med andre fakultet om undervisning og/eller utvikling av masteroppgåver innan same overordna tema, men der studentar frå ulike fakultet arbeider saman.

Skal strategiplanens formuleringer om tverrfaglighet bli noe mer enn tomme ord, må studieordningen revideres slik at studentene får mulighet til å utvide sitt metodeperspektiv i løpet av studiet. Målet bør være at fremtidens juridiske kandidater får en bredere metodeforståelse slik at de kan forholde seg til relevante empiriske problemstillinger på en selvstendig måte.