

BOKANMELDELSE

Markus Jerkø

Bevisvurderingens rettslige rammer. Bevistema, bevisbyrde, beviskrav.

Universitetsforlaget – Oslo 2017. ISBN: 978-82-15-02596-4. 482 sider.

Eivind Kolflaath

Universitetet i Bergen

Boken bygger på forfatterens doktoravhandling som han disputerte med i 2015, men deler av teksten er vesentlig omarbeidet i forhold til disputasversjonen. I denne anmeldelsen prioriteres temaer og problemstillinger som har relevans for strafferett og straffeprosess. For ordens skyld nevner jeg min rolle som komitemedlem og opponent for avhandlingen, og at mine bevisteoretiske tekster, i likhet med en rekke andre tekster innenfor norsk bevisteori og prosessrett, omtales i kritiske ordelag i boken.

Jerkø presenterer innledningsvis fire hovedtemaer, som introduseres igjennom hvert sitt spørsmål: bevistemaet («Hva er det som skal bevises?»), bevisbyrden («Hvem skal bevise det?»), beviskravet («Hvor sterkt må beviset være?») og kravene til bevisvurderingen («[H]vordan skal det bevises?»). Dette omtaler Jerkø som «fire grunnleggende bevisteoretiske spørsmål» (s. 13). Det er altså de tre første temaene vi finner igjen i bokens undertittel, og det er disse som får mest plass i boken. Kapittel 1 og 2 er forberedelser til kapitlene 3–6 om henholdsvis bevistemaet, bevisbyrden, beviskravet og krav til bevisvurderingen, før boken rundes av med en oppsummering og avsluttende betraktninger (kapittel 7).

I kapittel 1 (13 s.) får vi presentert motivasjonen og opplegget for drøftelsene som følger. Ifølge Jerkø finnes det ikke tilfredsstillende analyser av bevistema og bevisbyrde i norsk juridisk teori, og han vil derfor presentere «en ny forståelse av disse størrelsene» (s. 13). Svarene han lanserer, er «fullkomment generelle» (s. 14) i den forstand at de passer for alle sakstyper, med unntak av at beviskravet varierer blant annet mellom sivile saker og straffesaker. Han understreker også at han i all hovedsak «ikke [har] tenkt å si noe spekulativt eller noe som kan gjendrives» (s. 18).

I neste kapittel (kapittel 2, 17 s.) blir vi introdusert for metoden i fremstillingen, som er eksplikasjon av begreper, inspirert av filosofen Rudolf Carnap (1891–1970). Dette dreier seg om å justere allerede foreliggende begreper, i motsetning til å introdusere helt nye. Utover nærhet til de opprinnelige begrepene er «presisjon, fruktbarhet og enkelhet» (s. 39) kriterier for å vurdere slike eksplikasjoner som tilfredsstillende. Begrepsanalyse og begrepsbygging står altså sentralt, noe Jerkø har varslet allerede i det foregående kapitlet når vi får vite at «[d]et nyskapende ved mine analyser ligger snarere på det konseptuelle planet enn på det rettsdogmatiske eller empiriske» (s. 18).

Jerkø mener at den vanlige forståelsen av bevistemaer generelt har vært for lite presis, og definerer i kapittel 3 (43 s.) «det rettslige bevistemaet» som den minimale faktuelle konkretiseringen (i en konkret sak) som følger av vilkårene i den rettsregelen som det er aktuelt å subsumere forholdet under. Med «minimal konkretisering» mener han at bevistemaet er en nødvendig betingelse for at rettsvirkningen skal inntreffe (i tillegg til å være en tilstrekkelig betingelse). En konkret sak kan involvere flere rettsregler, og dermed også flere (rettslige) bevistemaer. I tillegg til at det kan finnes flere sideordnede bevistemaer, kan også det enkelte bevistema ha underordnede bevistemaer.

Videre i samme kapittel introduserer Jerkø begreper om spesifisering, presisering og konkretisering av bevistemaet. Spesifisering av bevistemaet dreier seg om å luke bort de delene av det rettslige bevistemaet som ikke er gjenstand for bevis, fordi disse delene kan legges til grunn uten videre (de er ikke bestridt), eller de er irrelevante i den konkrete saken. Presisering av bevistemaet dreier seg om tolkning av vilkårene som bevistemaet springer ut av, mens konkretisering dreier seg om faktumsbeskrivelser som er mer detaljerte enn vilkårene i rettsregelen, for eksempel i form av det som i bevisteorien gjerne omtales som «fortellinger».

Kapitlet vitner om en ambisjon hos forfatteren om å bygge et heldekkende og sammenhengende begrepssystem, hvor det faktiske (bevistemaet) og det rettslige (rettsregelen) koples sammen. Jerkøs påpekning av at det ikke er detaljerte fortellinger som skal bevises, er i og for seg riktig. Men som han selv er inne på (s. 74–78), vil også den minimale konkretiseringen måtte ha en noe høyere detaljeringsgrad enn vilkårene i rettsregelen som det rettslige bevistemaet bygger på. Jerkø medgir at det «[a]ntagelig [er]

vanskelig å angi helt generelle *positive* kriterier for hva som utgjør en minimal konkretisering, utover at den må angå et konkret subjekt eller objekt som kan subsumeres under rettsvilkåret» (s. 76), og avgrenser i stedet negativt ved å si at den minimale konkretiseringen er den som ikke praktisk sett «innfortolke[r] ikke-eksisterende vilkår i rettsregelen». Men her kan det innvendes at Jerkø fjerner seg en smule fra den opplevde, praktiske virkelighet når han skriver at prosessregler som for eksempel straffeprosessloven § 38 (om forholdet mellom tiltale og dom) er «analytisk sett uten betydning for spørsmålet om hva det er som skal bevises» (s. 77). Ved starten av en hovedforhandling er det vel en felles oppfatning blant rettens aktører at «det som skal bevises», er at tiltalte har forholdt seg som beskrevet i tiltalen – en beskrivelse som vanligvis inkluderer *hvordan* et vilkår er overtrådt, noe som for Jerkø ville innebære nettopp at man innfortolker et ikke-eksisterende vilkår i straffebudet. Og selv om detaljer i det faktiske grunnlaget i en tiltale kan endres under sakens gang, vil kontradiksjonsprinsippet og mer generelt retten til rettferdig rettergang ofte stå i veien for betydelige endringer, selv om subsumsjonen ville være den samme.

Kapittel 4 (140 s.) omhandler bevisbyrden. Jerkø får frem at behovet for bevisbyrderegler stammer fra en tid hvor beviskravet var mindre fastlagt enn i dag, og at ordet «bevisbyrde» i dag brukes om en rekke ulike situasjoner og fenomener. Jerkø vil løse «bevisbyrdens problem», som går ut på «å gi en generell teori om bevisbyrden, med generelle regler som kan fortelle oss hvem som har bevisbyrden i alle tenkelige konkrete scenarioer» (s. 107). I norsk rettsvitenskap har den vanlige oppfatningen vært at en slik teori ikke er mulig, og at spørsmålet må løses ved en konkret vurdering. Jerkø går i gang med et begrepsmessig opprydnings- og struktureringsprosjekt, hvor han skiller mellom rettslig bevisbyrde (risikoen for at bevistemaet ikke er tilstrekkelig bevist), kontekstuell bevisbyrde (som minner mye om såkalt subjektiv bevisbyrde) og argumentativ bevisbyrde (som er en bevisbyrde for et forhold som ikke inngår i den minimale konkretiseringen). Den rettslige bevisbyrden omtales som «den mest fundamentale bevisbyrden i jussen» (s. 116). Jerkø kommer frem til at «[d]en rettslige bevisbyrden hviler alltid på den part som påberoper seg at rettsvilkåret i en rettsregel som knytter rettslige følger til en faktuelle vilkår, er oppfylt» (s. 118), men presiserer at dette «er

ingen rettsregel», og senere at bevisbyrden ikke er «noe som retten *plasserer* på en av partene» (s. 198).

I løpet av drøftelsen skjer det noen vendinger. Som nevnt blir spørsmålet om bevisbyrden formulert innledningsvis som et spørsmål om «[h]vem som skal bevise». Men dette glir over til et spørsmål om «hvem som har risikoen for at beviskravet ikke er innfridd» (s. 100), og «hvem avgjørelsen [i så fall] skal gå imot» (s. 104). Dette er noe annet enn «hvem som skal bevise», og Jerkø skriver da også i klartekst (på s. 101) at den parten som har bevisbyrden, ikke selv trenger å føre bevisene – det er tilstrekkelig at *noen* (dvs. parten eller motparten) gjør det. Bevisbyrden dreier seg altså likevel ikke om hvem *skal bevise*, men om hvem *som taper* hvis bevistemaet ikke er bevist. I lys av dette har jeg vanskelig for å se at spørsmålet om «hvem som skal bevise», fortjener statusen som et «grunnleggende bevisteoretisk spørsmål», slik det omtales innledningsvis i boken.

En annen vending er at Jerkø definerer «den rettslige bevisbyrden» på en slik måte at denne bevisbyrden blir en ren refleks av bevistemaet og beviskravet. Hvis vi forutsetter at bevistemaet og beviskravet er klart, vil det aldri oppstå en situasjon hvor vi trenger Jerkøs regel om den rettslige bevisbyrden for å avgjøre hvilken part som taper saken. «Regelen» er helt overflødig, og Jerkø kommenterer da også at «[e]n bevisteori kunne klare seg helt uten et begrep om bevisbyrden» (s. 202). Men drøftelsen tar nok en vending når forfatteren argumenterer for at en bevisteori likevel bør ha et begrep om bevisbyrde. Jerkø mener at jurister har et opplevd behov for å snakke om «bevisbyrden», og at en bevisteori som ikke inkluderer noe som kalles «bevisbyrde» i sitt begrepsapparat, ikke vil virke overbevisende (s. 202–204). For meg blir denne siste vendingen nokså underlig, særlig i lys av at forfatteren ellers i boken stadig uttrykker en preferanse for enkle og fruktbare teorier, og et sted (s. 381) nevner Ockhams barberkniv som et allment teoretisk prinsipp. Man forventer gjerne av en teori at den har en viss substans, men jeg har vanskelig for å se at Jerkøs teori om det han kaller «den rettslige bevisbyrden», er noe mer en stipulativ definisjon (av betegnelsen «den rettslige bevisbyrden») og en konstatering (om hvem som har risikoen for å tape) som er fullstendig triviell, gitt definisjonen. Ved å omtale bevisbyrden som «et av jussens mest grunnleggende begreper» (s. 111), er det nok snarere slik at Jerkø bidrar til å vedlikeholde en grunnløs forestilling om det fortsatt er behov for et slikt begrep. Det Jerkø har fått frem i løpet av

drøftelsen, er vel nettopp at når vi nå har fått mer fastlagte beviskrav, har tiden løpt fra bevisbyrden.

Dessuten har Jerkøs regel om den rettslige bevisbyrden en del komplikasjoner som gjør det enda mer nærliggende å finne frem Ockhams barberkniv. Regelen, som altså ikke er en rettsregel, men i stedet «uttrykker en regularitet» (s. 198), gir opphav blant annet til en lengre diskusjon om mulige kriterier for å avgjøre om man står overfor én rettsregel, eller alternativt flere rettsregler (s. 134–154). Også diskusjonene om bevisbyrden i straffesaker etterlater et inntrykk av at Jerkøs bevisbyrderregel koster atskillig mer enn den smaker. Mer konkret er det tilregnelighet og nødverge som her skaper hodebry. Etter en ti siders diskusjon om bevisbyrden for tilregnelighet kommer Jerkø frem til at ingen av partene har den rettslige bevisbyrden, for «her foreligger det ingen bevisbyrde å fordele» (s. 208). Og etter først å ha konkludert med at det er *tiltalte* som har den rettslige bevisbyrden for nødverge, problematiserer Jerkø denne konklusjonen ved å stille spørsmål som han «ikke [vil] forsøke å besvare» (s. 196). Inntrykket jeg sitter igjen med, er at livet som bevisteoretiker blir enklere uten Jerkøs bevisbyrderregel.

Samtidig er jeg enig i mye av det Jerkø sier i dette kapitlet om bruken av ordet «bevisbyrde» i det juridiske feltet, for eksempel at det i en del situasjoner hvor man snakker om «bevisbyrde», er mer treffende å snakke om en legalpresumsjon. Når ett og samme ord brukes om svært ulike fenomener (beviskrav, bevistema, tvilsrisiko, bevisføringsbyrde, «objektiv» bevisbyrde, «subjektiv» bevisbyrde, legalpresumsjoner etc.), blir det vanskeligere å gripe det enkelte fenomens natur, og lettere å blande sammen ulike fenomener. Bevisbyrden er utvilsomt et av jussens mest flyktige begreper, og dette kommer godt frem i Jerkøs analyse. Men denne flyktigheten er etter min mening en god grunn til å slutte å snakke om «bevisbyrden».

Kapittel 5 (179 s.) om beviskravet er bokens lengste, og i mine øyne det mest interessante fordi forfatteren her diskuterer substansielle problemstillinger, mens de to foregående kapitlene dreier seg mer om å bygge et begrepsapparat med tilhørende terminologi. Jerkø mener at dagens beviskrav er «et produkt av uklar tenkning» (s. 268), og argumenterer for det han kaller «et minimalistisk beviskrav», som er et rent sannsynlighetskrav, angitt med et tall. Beviskravet bør dreie seg om bevisbedømmerens

overbevisningsgrad, og denne overbevisningsgraden kan bevisbedømmeren måle ved hjelp av hypotetiske veddemål, det vil si at bevisbedømmeren prøver ut hvor høye oddsene måtte være for at han eller hun heller ville satse penger på at faktumspåstanden var riktig, enn på at den var feil. Et tallfestet beviskrav vil ifølge Jerkø være «fullkomment presist, intersubjektivt forståelig og bidrar til å sikre likhet for loven», og det vil være «både enklere og mer intuitivt å praktisere» (s. 269). Forfatteren diskuterer en rekke argumenter mot tallfesting av beviskravet – argumenter som han mener «ikke holder mål» (s. 269), basert som de angivelig er på «mangelfull kunnskap, rene misforståelser og svake vurderinger» (s. 282), og på «en utbredt aversjon mot presisjon» (s. 265).

Videre tar Jerkø til orde for større differensiering av beviskrav – også i strafferetten, her basert på beslutningsteoretiske overveielser om positiv og negativ nytte av domfellelse så vel som frifinnelse hvis tiltalte er skyldig, og tilsvarende hvis tiltalte er uskyldig. Kravet om bevist utover rimelig tvil «er ikke tilpasset vårt moderne samfunn», ifølge Jerkø, som mener at «hele vår beviskravslære [bør] tegnes opp på nytt» (s. 294). Flere muligheter for slik differensiering nevnes. Jerkø medgir at beslutningsteoretiske overveielser kan gi kontraintuitive resultater, som for eksempel at nyttehensyn kunne tilsi et lavere beviskrav i en sak hvor som gjelder voldtekt av barn, enn i en sak om tyveri fra en bil. Jeg er usikker på hvor langt Jerkø faktisk er villig til å følge slike overveielser, herunder hva slags nyttebetraktninger han mener kan inngå i regnestykket. Forfatteren mener at beviskravet i utgangspunktet ikke kan variere mellom tilfeller hvor man anvender samme straffebud, men åpner for unntak fra dette (s. 333), og antyder blant annet differensiering basert på egenskaper ved den tiltalte (s. 329). – I fortsettelsen bruker Jerkø «likhet for loven» som argument blant annet i sin avvisning av at strafferettens beviskrav har karakter av en retningslinje snarere enn en regel (s. 334–344), og i sin kritikk av Høyesteretts utsagn om beviskravet i en serie dommer som gjaldt fartsovertredelse og brudd på prosedyrer ved bruk av lasermåler (s. 349–355).

Siste del av kapitlet om beviskrav er viet et oppgjør med det Jerkø omtaler som «det norske eventyret» om robusthet. Begrepet om robusthet er inspirert av svensk bevisteori og prosessrett, og bygger på det jeg oppfatter som en innlysende premiss om at sannsynligheten for et bestemt faktum i lys av en bestemt informasjonsmengde, kan

endre seg når informasjonsmengden utvides. Robusthet dreier seg kort sagt om i hvilken grad sannsynligheten vil bli påvirket av fremtidige bevis. Den generelle tendensen vil være at jo bedre saken er opplyst, desto mindre sjanse er det for at nye bevis vil gi store utslag. Er saken *fullstendig* opplyst, kan sannsynligheten ikke endre seg, rett og slett fordi det ikke lenger finnes noe som kunne endre den (inntil det eventuelt dukker opp nye bevismuligheter). Dette er grunnideen om robusthet, om enn litt forenklet fremstilt. I norsk teori er den blitt utpenslet på litt ulike måter – mest utførlig av Magne Strandberg, Anders Løvlie og meg selv.

Et sentralt spørsmål i denne forbindelse er om det i tillegg til et rent sannsynlighetskrav finnes et robusthetskrav som må være oppfylt for at en tiltalt skal kunne bli domfelt. I en artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap i 2011 har jeg presentert det jeg betrakter som empirisk belegg for at robusthetssvikt *oppfattes* som en selvstendig frifinnelsesgrunn også i norske domstoler, og uavhengig av dette har jeg argumentert for at man vanskelig kommer utenom en *rettsregel* om at uakseptabel robusthetssvikt skal komme tiltalte til gode.

Jerkø signaliserer tidlig i boken at han er «langt fra entusiastisk» (s. 19) til ideen om robusthet. Han avviser at det i norsk rett finnes et eget robusthetskrav i tillegg til et rent sannsynlighetskrav i straffesakene (s. 375–382), noe man visstnok lett vil se om man bare «bruker øynene» (s. 401 og 405). Og det kan det virke som om han også mener at ideen om robusthet, slik jeg har skissert den ovenfor, uansett ikke lar seg konkretisere på en sammenhengende måte. Ideen om robusthet er ifølge Jerkø «bare [...] et eksempel på keiserens nye klær – en forførerisk idé som i virkeligheten er helt uten substans» (s. 375).

Rammene for denne anmeldelsen tillater ikke en drøftelse av de ulike sidene ved Jerkøs begrunnelse for å avvise ideen om robusthet. En slik drøftelse får utstå til en senere anledning. I denne omgang får jeg nøye meg med å nevne at jeg har vanskelig for å se hvordan robusthetsbekymringer kan integreres i et rent sannsynlighetskrav, som Jerkø tar til orde for (s. 379–382). En opplysning om at det finnes flere bevis, er ikke i seg selv egnet til å skape mer tvil, når man som Jerkø setter likhetstegn mellom overbevisning (og tvil) og sannsynlighet. Anta for eksempel at en dommer i en straffesak har hørt de to vitnene som er ført i en hovedforhandling, og på denne bakgrunn mener at beviskravet er oppfylt. Men så får dommeren vite at det i tillegg til de to vitnene som er

ført, også finnes et tredje vitne – et vitne som ingen av partene har tenkt å føre. Det er uklart for meg hvorfor dommeren skulle nedjustere sannsynligheten alene på grunn av opplysningen om vitnets eksistens. Derimot kan det oppstå en bekymring hos dommeren for at dette tredje vitnet *kan* sende sannsynligheten under beviskravet, *etter at det eventuelt er blitt ført*. Jerkøs forsøk på å integrere en slik robusthetsbekymring i sannsynlighetskravet synes å være uforenlig med hans begreper om overbevisning og tvil, som forutsetningsvis dreier seg ikke om den psykologiske intensiteten i overbevisningen eller tvilen, men om tenkte frekvenser, jf. at overbevisningen kan måles ved hjelp av hypotetiske veddemål. Hvis dommeren var tvunget til å vedde bare på grunnlag av de to vitnene, ser jeg ingen grunn til at opplysningen om det tredje vitnet skulle endre oddsene, i alle fall så lenge dommeren ikke har informasjon som gjør det mer trolig at det tredje vitnet vil senke sannsynligheten, enn at sannsynligheten vil øke eller forbli den samme. Var beviskravet oppfylt i utgangspunktet, så er det vel fortsatt oppfylt – *hvis* beviskravet er et rent sannsynlighetskrav.

Kapittel 6 (34 s.) omhandler krav til bevisvurderingen. Etter en kort omtale av prinsippet om fri bevisvurdering, følger en diskusjon (s. 411–417) om statusen til Høyesteretts utsagn om bevisvurdering. Jerkø konkluderer med at slike utsagn ikke er normerende, bare veiledende. – Resten av kapitlet er viet en lengre diskusjon om hva som er en sannsynlighetsteoretisk korrekt tilnærming til komplekse bevistemaer.

Kapittel 7 (15 s.) begynner med en oppsummering av de fire foregående kapitlene. Jerkø mener at «de korte, intuitive svarene» han har gitt på de fire spørsmålene («Hva er det som skal bevises?» osv.), har «tegnert opp et meget tiltalende bilde av bevisvurderingens rettslige rammer» (s. 442). Deretter følger en diskusjon av forholdet mellom prosessrett og materiell rett hvor Jerkø ender opp med å foreslå at man anerkjenner *Rettsanvendelse og bevisvurdering* som en selvstendig faglig disiplin. Kapitlet avsluttes med noen bemerkninger om juridiske begreper mer generelt.

Det er en lite oppløftende beskrivelse Jerkø gir av norsk bevisrett og bevisteori. En leser som ikke kjenner feltet, vil lett få inntrykk av at det er gjennomsyret av «sammenblandinger» og «misforståelser» – dette er ord som brukes hyppig utover i boken. Jerkøs prosjekt fremstår som et stortilt forsøk på en begrepsmessig reovering av

norsk bevisteori og deler av prosessretten. Dette er ambisiøst, og det ligger utvilsomt et meget stort arbeid bak de nærmere fem hundre sidene.

Underveis i drøftelsene er det mange enkeltstående poenger jeg kan slutte meg til. Og på et mer overordnet plan kan jeg identifisere meg med Jerkøs interesse for helhetlige begrepssystemer, og for så vidt også med opplevelsen av at det i jussen finnes utilfredsstillende terminologi, begreper og talemåter. Videre er det noe forfriskende med en forfatter som utfordrer etablerte standpunkter. På den positive siden vil jeg dessuten trekke frem at struktur og progresjon i drøftelsen av det enkelte tema blir tydelig annonsert på forhånd, slik at det blir enklere for leseren å vite hvor man til enhver tid befinner seg i de til tider nokså omfattende analysene.

På minussiden vil jeg nevne et iøynefallende trekk ved fremstillingsformen i boken. Forfatteren har en særegen, insisterende skrivestil med blant annet mange gjentakelser, noen ganger bruk av utropstegn og tidvis lite sjenerøse kommentarer om det eller dem han oppjonerer mot. Det siste toppe seg i diskusjonen om robusthet. Tidligere i boken har vi kunnet lese blant annet at et spørsmål om hvem som har bevisbyrden, «er forbeholdt de som ikke ser jussen klart» (s. 201) og at det er «lett å avfeie» (s. 270) en innvending om at beviskravet ikke er et matematisk angitt krav, uten at jeg klarer å se at Jerkø lykkes med det. Generelt har drøftelsene fått en tone og form som er egnet til å gi inntrykk av en forfatter som ser på seg selv som den som skal føre bevisteorien ut av en ulykkelig tilstand av kunnskapsløshet og uklarhet. Skrivestilen tyder på stor selvsikkerhet, men oppleves tilt tider som umusikalsk, særlig når den kombineres med lite velvillige tolkninger av andres tekster – i noen tilfeller tolkninger som får det til å se ut som om vedkommende forfatter var mindre begavet. Noen ganger får jeg en fornemmelse av at Jerkø er mer interessert i å finne noe å opponere mot enn å finne ut hva den andre forfatteren faktisk kan ha ment. En noe mer sjenerøs og avdempet fremstillingsform ville nok legge bedre til rette for dialog om sentrale begreper og premisser i det bevisrettslige feltet.