

Erfaringssetninger i bevisvurderingen

Nøkkelord

Erfaringssetninger, bevisvurdering, avgjørelsesgrunnlag, kontradiksjon, tvl. § 21-2.

Sammendrag

Artikkelens tema er erfaringssetninger i bevisvurderingen. Den redegjør for betydningen erfaringssetningene kan ha i bevisvurderingen, herunder redegjøres det for erfaringssetningenes art og funksjon. Hovedfokuset rettes mot de sivile sakene. Artikkelen undersøker videre den rettslige adgangen domstolene har til på egen hånd å bruke erfaringssetninger, samt de prosessuelle begrensningene som erfaringssetningene er underlagt. Artikkelen setter også spørsmålstegn ved hensiktsmessigheten av lovreguleringen av erfaringssetningene.

Hovedformålet med artikkelen er å rette oppmerksomhet mot den lite belyste, men ofte avgjørende betydningen erfaringssetninger har for bevisvurderingen, samt å antyde løsninger for de prosessuelle problemstillinger som kan oppstå.

1 Innledning

I svært mange saker vil fastsettingen av det faktum rettsavgjørelsen skal bygge på (faktumfastsettingen) være avgjørende for sakens utfall.¹ Faktumfastsettingen skjer på bakgrunn av sakens beviser og dommerens bevisvurdering. Bevisvurderingen er blitt beskrevet slik at den «faller i to ledd: Innsamlingen av konkrete bevisdata (vitneforklaringer, blodspor, raderingsmerker), og bearbeidelsen av disse bevisdata ved hjelp av erfaringssetninger f.eks. av psykologisk, økonomisk eller rettsmedisinsk natur.»²

¹ Et kjent uttrykk blant advokater er at «den som kontrollerer faktum, kontrollerer saken».

² Johs Andenæs, *Om Høyesteretts myndighet i skyldspørsmålet ved anke over herreds- og byrettsdommer*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1943 side 286-308 på side 303.

Bevis er informasjon som, på en eller annen måte, kan belyse hendelsesforløpet i en konkret sak, enten direkte eller indirekte. *Erfaringssetninger* er generelle antagelser om hvordan hendelser i den virkelige verden normalt utfolder seg og som sakens bevis må tolkes i lys av.³ Erfaringssetninger kan også tidvis utfylle bevisene. Man kan se det slik at erfaringssetninger er det bevisbedømmeren slutter med, og som bevisene subsumeres under, mens bevisene er det som det sluttes fra.

Bruken av bevis er omfattende regulert i tvisteloven og straffeprosessloven, og er utførlig omtalt i rettsvitenskapelig litteratur.⁴ Det samme kan ikke sies om erfaringssetninger, selv om disse ofte er avgjørende for faktumfastsettingen. I artikkelen skal jeg redegjøre nærmere for hva erfaringssetninger er, herunder erfaringssetningenes art og funksjon i bevisvurderingen. (punkt 2). I tillegg gjennomgås den rettslige reguleringen av erfaringssetninger (punkt 3). I gjennomgangen av den rettslige reguleringen tar artikkelen utgangspunkt i tvisteloven. Årsaken er at straffeprosessloven ikke har noen lovregulering av erfaringssetninger.⁵ Også i straffeprosessen må imidlertid bevisvurderingen nødvendigvis basere seg på sakens beviser og erfaringssetninger. De spørsmålene som drøftes i artikkelen har derfor også straffeprosessuell interesse, selv om det kan være nyanseforskjeller i de løsningene som antydes.

Hovedformålet med artikkelen er å skape bevissthet om den lite belyste, men svært viktige og ofte avgjørende betydningen erfaringssetningene har i bevisvurderingen. I tillegg gir artikkelen en oversikt over og analyserer noen viktige prosessuelle spørsmål som kan oppstå i forbindelse med bruk av erfaringssetninger, samt at den antyder løsninger eller skisserer overordnede retningslinjer der rettskildene gir tilstrekkelig grunnlag for det. Siktemålet er følgelig ikke å gi en uttømmende rettsdogmatisk analyse av alle de prosessuelle spørsmål som måtte oppstå.

³ Se tilsvarende definisjon i Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse i praksis* (2013) side 79.

⁴ Se tvisteloven del 5 og straffeprosessloven del 3. For en oversikt over bevisreglene i sivilprosessen, se f.eks. Jens Edvin Andreassen Skoghøy, *Tvisteløsning* 3. utgave (2017). En oversikt over bevisreglene i straffeprosessen gir bl.a. Ørnulf Øyen, *Straffeprosess*, 2. utgave (2019) og Johs. Andenæs ved Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess* 4. utgave (2009).

⁵ I forslaget til ny straffeprosesslov, NOU 2016: 24, er det imidlertid i lovutkastet § 7-5 1. punktum foreslått å lovfeste følgende regel: «Avgjørelsen av om et faktisk forhold skal legges til grunn som tilstrekkelig underbygget, skal treffes etter en samlet vurdering av bevisene i lys av alminnelige erfaringssetninger og kjensgjerninger.»

2 Nærmere om erfaringssetninger

2.1 Allment om erfaringssetninger

Erfaringssetninger er som nevnt antakelser om hvordan hendelser i den virkelige verden normalt utfolder seg. Erfaringssetningene er generelle og er, til forskjell fra sakens bevis, ikke konkretisert til en bestemt omstendighet, sted eller tidspunkt. Erfaringssetningene er derfor prinsipielt sett anvendelig i flere ulike saker, og ikke bare i én konkret sak eller ett sakskompleks.⁶ Denne forskjellen kan forklares ved et eksempel.

En utbredt erfaringssetning er at «næringsdrivende flest må formodes å opptre økonomisk rasjonelt».⁷ Hvis denne generelle antakelsen brukes i en tenkt problemstilling, kan saksforholdet være slik: B krever at sin nære forretningsforbindelse A utbetaler et stort usikret lån. A nekter imidlertid å utbetale lånet fordi B ikke har gitt den panteretten A mener ble stilt som muntlig betingelse for å yte lånet. B har ikke rettslig myndighet til å gi A den panteretten han ønsker. For å unngå konkurs, er B avhengig av lånet, og ser seg nødt til å ta A til retten. Tingretten må så foreta en bevisvurdering av om A gjennom en muntlig avtale rent faktisk betinget seg panteretten fra B. I saken foreligger det lite beviser som belyser problemstillingen, og de bevisene som foreligger er motstridende. Dommeren bruker da den ovennevnte erfaringssetningen: Siden det (normalt) ikke er økonomisk rasjonelt å gi store usikrede lån til forretningsforbindelser, legger dommeren til grunn at A sannsynligvis betinget seg en panterett som betingelse for lånet til B. Denne erfaringssetningen vil ikke bare være begrenset til denne konkrete saken, slik f.eks. vitneforklaringer fra kolleger om hva A eller B sa til dem om lånebetingelsene (bevis) vil være. Den kan også anvendes i andre saker som på et overordnet plan har en side til økonomisk rasjonalitet.

Selv om alle erfaringssetninger er generelle, kan erfaringssetningene likevel ha et ulikt «nedslagsfelt» – der noen bare er anvendelig i et fåtall saker, kan andre være anvendelig i mange eller nært sagt alle saker. Et eksempel på førstnevnte gruppe av erfaringssetninger er at «en enerettsinnehaver av spilleautomater, som er undergitt effektiv kontroll av kompetente offentlige myndigheter, bedre vil komme legitime bekymringer om spillavhengighet i møte enn

⁶ Se også Bengt Lindell, *Notorietet och kontradiktion* (2007) side 59 som sier at erfaringssetningene er «generell i motsats till en utsaga om de konkreta fallet, som i stället kan subsumeras eller hänföras under den generella erfarenhetssatsen» (forfatterens kursivering).

⁷ Som uttalt i HR-2017-2410-A (41). Se avgjørelsen i Rt. 2015 side 678 (78) for et annet eksempel.

en kommersiell operatør.»⁸ Den erfaringssetningen som er nevnt ovenfor om økonomisk rasjonalitet, vil derimot ha et langt bredere nedslagsfelt.

Bruken av erfaringssetninger bygger videre på en frekvens- eller sannsynlighetstenkning om hvordan et hendelsesforløp i den virkelige verden normalt utfolder seg, men der det ikke nødvendigvis er mulig å etterprøve frekvensen vitenskapelig.⁹ Eksempelvis vil erfaringssetningen «investorer investerer med et formål om forventet framtidig avkastning», stort sett være i overensstemmelse med virkeligheten – dette gjelder rent faktisk for de aller fleste investorer sine investeringer. Erfaringssetningen vil likevel være vanskelig å etterprøve frekvensen av, og den trenger ikke å være riktig i alle tilfeller. Investoren kan være opptatt av sitt «rykte» og investerer derfor i prosjekter som er spesielt miljøvennlige, uten noen egentlig forventning om direkte framtidig avkastning for de konkrete investeringene.

Utover disse overordnede trekkene kan erfaringssetningene nærmere inndeles på bakgrunn av sin *funksjon*, henholdsvis som bevisvurderende erfaringssetninger eller som formodninger (punkt 2.2), eller sin *art*, henholdsvis som alminnelige eller spesielle (punkt 2.3).

2.2 Bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger

Det jeg har kalt *bevisvurderende* erfaringssetninger er erfaringssetninger som skal belyse den isolerte bevisverdien til sakens enkeltbevis. Erfaringssetningen svarer til en generell antakelse om sannsynlighet som, på en eller annen måte, belyser påliteligheten av eller eventuelt troverdigheten til et bevis.

Ved vurderingen av bevisverdien til vitneforklaringer bruker dommeren eksempelvis sin erfaring ved «opfattelsen av vidnets mening og ved bedømmelsen av dets iagttagelsers paalidelighet og dets troværdighet iøvrig».¹⁰ Dommeren besitter f.eks. en erfaringssetning om at inkonsekvente forklaringer normalt er usikre og derfor har liten bevisverdi. Under vitneavhøret hadde A to noe forskjellige forklaringer av deler av hendelsesforløpet da A svarte på spørsmål fra partenes respektive advokater. As forklaring får derfor lav bevisverdi.

En avgjørelse fra Høyesterett det er grunn til å fremheve er inntatt i Rt. 1998 side 1565. Spørsmålet i saken var om en person kunne innvilges erstatningskrav for en skade

⁸ Rt. 2007 side 1003 (102). Interessant nok karakteriserer Høyesterett denne erfaringssetningen som en «alminneli[g] erfaringssetnin[g]», sml. punkt 2.3.

⁹ Se nærmere om at erfaringssetninger bygger på frekvens i Øyen (2019) side 475.

¹⁰ Ot.prp. nr. 1 (1910) side 227.

vedkommende pådro seg som følge av «whiplash» eller nakkesleng. I avgjørelsen finner førstvoterende «grunn til å si noe generelt vedrørende domstolenes behandling og avgjørelser av denne type saker.» Førstvoterende fremholder at:

Det foreliggende bevismateriale [i saker som omhandler nakkesleng] vil gjerne være sammensatt, og opplysningene kan trekke i forskjellige retninger. Ved en slik bevisbedømmelse 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 [...] 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.¹¹

De retningslinjene Høyesterett gir for bevisvurderingen, er i realiteten (generelle) bevisvurderende erfaringssetninger som kan si noe om bevisverdien til sakens enkeltbevis. Selv om Høyesterett ikke uttaler det uttrykkelig, bygger også erfaringssetningene som fremholdes på antakelser om frekvens eller sannsynlighet. Årsaken til at «uavhengige bevis» normalt har sterkere bevisverdi i forhold til «opplysninger fra parter eller vitner med binding til partene», er blant annet at uavhengige bevis ikke er influert av en egeninteresse i sakens utfall, slik forklaringer fra parten og vitner med binding til parten ofte vil være.

Der de bevisvurderende erfaringssetningene knytter seg til sakens enkeltbevis, gir *formodningene* en form for «utgangssannsynlighet» – en presumsjon – som knytter seg til et bevisresultat: Formodningene sier noe om hvilken faktisk situasjon dommeren legger til grunn som sakens faktum hvis det ikke foreligger tilstrekkelige konkrete holdepunkter for å fravike formodningen.¹² I dagligtalen sies det gjerne at noe har formodningen for eller mot seg.¹³ Formodningene kan også brukes til å «fylle tomrom» som bevisføringen etterlater tvil eller usikkerhet om. Det kan dermed være av stor praktisk og avgjørende betydning å overbevise retten om å støtte seg på formodninger ved et ellers spinkelt eller mangelfullt bevisbilde. Det

¹¹ Rt. 1998 side 1565 på side 1570 (min kursivering). Se også Rt. 1926 side 88, der førstvoterende på side 90-91 fremhevet at «[d]e 3 vidner, som har forklart sig om, at fisken var tør ved indlastningen, var alle i større eller mindre grad i avhengighetsforhold til enten Oscar Larsen A/S eller til Fiskecentralen, hvilket i nogen grad synes at maatte svække værdien av deres skjønsmæssige bedømmelse her». Et ytterligere eksempel gir førstvoterendes votum inntatt i Rt. 1935 side 295 på side 298 der det legges «mindre vekt paa denne uttalelse som er fremkommet efter saa lang tids forløp, enn paa hans første uttalelse».

¹² Tidvis brukes uttrykket «naturlige formodninger» som ensbetydende med «formodninger», se f.eks. Rt. 2015 side 168 (66). Se også om «abstrakte» og «konkrete» formodninger i Per Augdahl, *Norsk civilprosess* (1947) side 105-106.

¹³ Eckhoff forklarte det slik «[a]t en formodning foreligger, betyr nemlig nettopp at det i livet pleier å være slik», se Torstein Eckhoff, ved Bjørn Haug, *Sivilprosess*, 2. utgave (1962) side 151.

vil være varierende hvor sterke holdepunkter som må foreligge for å fravike en formodning, ettersom også formodninger bygger på en frekvens- eller sannsynlighetstenkning.¹⁴

Et klassisk eksempel på en formodning er at dommeren antar at det anvendes skriftlig kontrakt ved kjøp av fast eiendom. A anfører at det har skjedd en eiendomsoverdragelse fra B til A, men kan ikke vise til kjøpekontrakt. Hvis nevnte formodning anvendes, må det fremlegges sterke holdepunkter for å overbevise dommeren om at det virkelig har skjedd en eiendomsoverdragelse.

Faktiske formodninger må ikke forveksles med *lovsformodninger*.¹⁵ Lovsformodninger plikter dommeren å ta utgangspunkt i, mens de faktiske formodninger står dommeren (nesten) fritt til å velge og bruke.¹⁶

2.3 Alminnelige og spesielle erfaringssetninger

Bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger kan være både alminnelige og spesielle. *Alminnelige erfaringssetninger* er alminnelig utbredt (allmenn)kunnskap som dommeren normalt kjenner til, og som partene kan gå ut fra at dommeren kjenner til.¹⁷ Eksempler er:

kunnskap om betydningen av et uttrykk, om påliteligheten av vitneutsagn, om virkningen av alkohol på den menneskelige psyke og atferd, om risikoen ved bilkjøring, om sedvaner i arbeids- og forretningsliv.¹⁸

Et eksempel på bruk av en alminnelig erfaringssetning, gis i HR-2017-959-A. To fritidseiendommer var overført fra en ektefelle til den andre. Overføringen hadde skjedd mens giveren (B) var insolvent. Spørsmålet var om hovedkreditoren (SEB) til den insolvente giveren kunne kreve verdierstatning av mottakeren (A), jf. ekteskapsloven § 51 1. ledd. Bestemmelsen sier at dersom en ektefelle har «gitt den andre en gave», kan fordringshaveren til giveren forholde seg til mottakeren dersom fordringshaveren ikke får full dekning hos giveren. Ved vurderingen av om det var gitt en «gave» måtte det vurderes om det forelå gavehensikt. Ved

¹⁴ Se nærmere Kolflaath (2013) side 87 flg.

¹⁵ Jf. NOU 2001:32 side 458. Et eksempel på en lovsformodning gir pasientskadeloven § 3 1. ledd: «Dersom årsaken til en skade på en pasient ikke kan bringes på det rene, og skaden sannsynligvis skyldes ytre påvirkning på en pasient under behandlingen, skal det normalt antas at skaden skyldes feil eller svikt ved ytelsen av helsehjelp». Bestemmelsen baserer seg på en faktisk formodning, se Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) på side 91 og HR-2018-1056-A premiss 32 flg.

¹⁶ Se punkt 3.2, 3.3.2 og 3.3.3. Se nærmere om «lovsformodninger» i Skoghøy (2017) side 903-908.

¹⁷ Se også Øyen (2019) side 474-475 som legger til grunn at alminnelige erfaringssetninger er «[d]en kunnskap og innsikt som folk flest har». Tidvis brukes også «generelle erfaringssetninger» som synonym til «alminnelige erfaringssetninger», se Andenæs/Myhrer (2009) side 166. Ettersom alle erfaringssetninger er generelle, også de spesielle, er det etter min mening mer presist å bruke ordet «alminnelig» fremfor «generell».

¹⁸ Andenæs/Myhrer (2009) side 166.

denne vurderingen brukte førstvoterende en alminnelig erfaringssetning som sakens øvrige beviser ble sett i lys av:

Den omstendighet at fast eiendom overføres vederlagsfritt mellom ektefeller, skaper i seg selv en formodning for gavehensikt. Bs dårlige økonomi på overføringstidspunktet, sammenholdt med kreditorpågangen fra SEB i den aktuelle perioden, underbygger at formålet med disposisjonene var å unndra eiendommene fra kreditorbeslag. Som det fremgår av lagmannsrettens gjengivelse av As tilsvarende, hadde ektefellene «et ønske om å skjerme eiendommene i forhold til den virksomhet som B drev fra sitt tilholdssted i Sveits». Jeg finner det da klart at B hadde gavehensikt.¹⁹

De alminnelige erfaringssetningene brukes i betydelig grad og ofte ubevisst hos en dommer. De fleste av erfaringssetningene må også stort sett kunne sies å være relativt «sikre» i den forstand at erfaringssetningene bygger på en høy faktisk frekvens – i de aller fleste tilfeller viser de seg å være riktig. Dommeren bør imidlertid alltid holde det som en mulighet at bruk av erfaringssetningen kan føre til uriktige resultater i enkeltsaker. Hvis saksforholdet i HR-2017-959-A hadde vært slik at ektefellene gjennom en lengre periode forut for overdragelsen hadde vært uvenner og skulle skilles, burde for eksempel erfaringssetningen om gavehensikt ikke uten videre vært lagt til grunn.

Spesielle erfaringssetninger er kunnskaper som er «saa særlige, at de bare kan forudsættes hos personer, som er i besiddelse af særlige faglige indsigter».²⁰ «[E]rfaringssetninger, f.eks. av teknisk eller medisinsk natur, som ligger utenfor en dommers vanlige kunnskaps- og erfaringsområde», kan utgjøre spesielle erfaringssetninger.²¹ Det er spesielt de fagkyndige meddommerne som bruker spesielle erfaringssetninger.

Et eksempel på en spesiell erfaringssetning, er at dommeren har fagspesifikk kunnskap om at mennesker med medfødt aniridi (en sjelden og alvorlig øyetilstand hvor hele eller deler av regnbuehinnen/iris mangler) kan ha redusert skarpsyn (erfaringssetningen). Under bevisføringen fremkommer det at A har denne tilstanden. Dommeren er derfor varsom i bevisvurderingen ved vektleggingen av det vitneutsagnet A gir og som er basert på det A hevder å ha sett (beviset).

¹⁹ HR-2017-959-A (42). (min kursivering). Andre eksempler gir HR-2017-967-A (30) og HR-2017-1943-A (56).

²⁰ Francis Hagerup under medvirkning av P.I. Paulsen, *Den norske civilproces* 3. utgave første del (1918) side 410.

²¹ Andenæs/Myhrer side 167.

Selv om erfaringssetninger kan kategoriseres som henholdsvis alminnelig eller spesiell, er det klart at overgangen fra det alminnelige til det spesielle, er flytende. Den teknologiske utviklingen som har funnet sted de siste tiårene og som fortsetter å finne sted, kan føre til at det som i dag må sies å være spesialkunnskap ikke nødvendigvis vil være det i fremtiden.

3 Den rettslige reguleringen av erfaringssetninger

3.1 Oversikt

Bruken av erfaringssetninger ved faktumfastsettingen er for sivile saker regulert i tvisteloven § 21-2 som omhandler bevisvurderingen. Det fremgår av 1. ledd at bevisvurderingen skal være «fri». Av 2. ledd 1. punktum fremgår det at bevisvurderingen skal bygge på «det som skal utgjøre grunnlaget for avgjørelsen» (avgjørelsesgrunnlaget).

Hva som inngår i avgjørelsesgrunnlaget reguleres av tvl. § 11-1 (1) og (2). Paragraf 11-1 (1) fastsetter at for «avgjørelser etter hovedforhandling, ankeforhandling, sluttbehandling i småkravprosess», og der det kan avgis dom etter forhandlinger i rettsmøte under saksforberedelsen (§9-5 (4)), er det «behandlingen i rettsmøtet» som utgjør avgjørelsesgrunnlaget. For slike avgjørelser kan retten bare bygge på skriftlige redegjørelser i den utstrekning det er bestemt i loven. Paragraf 11-1 (2) fastsetter at for «andre avgjørelser» enn de som treffes etter første ledd, er det «sakens dokumenter og behandlingen i rettsmøter» som utgjør avgjørelsesgrunnlaget.

Både tvl. § 11 (1) og (2) må ses i lys av spesialregelen i tvl. § 21-2 (3):

I bevisvurderingen kan retten, uten at det er forhandlet om det, trekke inn faktiske forhold som er erkjent av en part, vitterlige kjensgjerninger og den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde. Hvis slik kunnskap kan være usikker eller omtvistet, gjelder § 11-1 tredje ledd.

At retten kan gjøre bruk av kunnskaper som fremgår av bestemmelsen «uten at det er forhandlet om det», innebærer at retten kan gjøre bruk av slik kunnskap uavhengig av om kunnskapen inngår i avgjørelsesgrunnlaget slik det er regulert i § 11-1 (1) eller (2). En av de kunnskapene

retten i den sammenheng kan gjøre bruk av, er erfaringssetninger.²² Det nærmere innholdet i rettens kompetanse til å trekke inn erfaringssetninger i bevisvurderingen, omtales i punkt 3.2 nedenfor. Paragraf 21-2 (3) regulerer også i hovedsak de prosessuelle begrensningene knyttet til bruken av erfaringssetninger. Disse omtales nærmere i punkt 3.3. Spørsmålet i det følgende er hvilke erfaringssetninger retten kan gjøre bruk av i medhold av bestemmelsen.

3.2 Rettens kompetanse til å bruke erfaringssetninger

Ifølge tvl. § 21-2 (3) 1. punktum «kan» retten trekke inn «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde». Selv om det ikke fremgår eksplisitt av bestemmelsen, regulerer passusen rettens kompetanse til å bruke erfaringssetninger *uten* at disse inngår i avgjørelsesgrunnlaget.

Ordet «erfaringsgrunnlag» omfatter ut fra en naturlig språklig forståelse dommerens generelle kunnskaper opparbeidet gjennom erfaring, herunder erfaringssetninger. Ordet «viten» favner videre, og omfatter alt av dommerens kunnskap. Formuleringen «generelt [...] på vedkommende fagområde» viser at dommerens kunnskap også kan være fagkunnskap (spesialkunnskap).²³ Det er ut fra lovteksten ikke av betydning om den som trekker inn erfaringssetningen er en fagkyndig meddommer eller annen dommer, slik at alle dommere kan gjøre bruk av slik spesialkunnskap.²⁴ Dommerens erfaringsgrunnlag og viten må imidlertid, enten kunnskapen er alminnelig eller spesiell, være «generel[l]». Det betyr at det bare er generelle og egentlig saksuavhengige erfaringssetninger dommeren kan trekke inn i medhold av lovpasusen.²⁵ Dette omtales nærmere i punkt 3.3.2.

Lovteksten er dermed et argument for at dommeren i utgangspunktet «kan» gjøre bruk av alle erfaringssetninger, enten disse er bevisvurderende erfaringssetninger eller formodninger, alminnelige eller spesielle.²⁶ Da verken forarbeidene eller praksis fra Høyesterett gir noe

²² Etter tvistemålsloven var det «helt på det rene at dommeren kan bygge på de erfaringssetninger han som alminnelig menneske har kjennskap til, uansett om de har vært nevnt under prosedyren eller ikke. Det er en nødvendig konsekvens av det fri bevisbedømmelses prinsipp, kan man si», se Eckhoff (1962) side 150.

²³ Se punkt 2.3.

²⁴ Forarbeidene kan kanskje likevel synes å antyde at formuleringen «på vedkommende fagområde» var myntet på fagkyndige meddommere, se NOU 2001:32 side 945, jf. side 457. Kravet til forsvarlig saksbehandling kan også føre til at spesialkunnskap må fremgå av bevisføringen, jf. tvl. § 1-1.

²⁵ Hvis kunnskapen derimot utgjør «vitterlige kjensgjerninger», kan dommeren likevel gjøre bruk av kunnskapen selv om den ikke fremgår av avgjørelsesgrunnlaget, se tvl. § 21-2 (3) 1. punktum. Adgangen til fritt å gjøre bruk av vitterlige kjensgjerninger gjelder også i straffeprosessen på ulovfestet grunnlag, jf. Rt. 2012 side 65 (110). Se nærmere om hva som skal til for at en opplysning utgjør en «vitterlig kjensgjerning» i Matias Falbach, *Vitterlige kjensgjerninger som bevis i sivile saker*, Lov og Rett 2020 side 65-83.

²⁶ Dette virker også å ha vært rettstilstanden etter tvistemålsloven, se f.eks. Eckhoff (1962) side 150-151.

ytterligere bidrag til tolkningen av lovpassusen, må den tolkningen som følger av en naturlig språklig forståelse av lovteksten legges til grunn.

At dommeren i utgangspunktet kan gjøre bruk av alle erfaringssetninger i bevisvurderingen, synes til en viss grad nødvendig sett i lys av at bevisvurderingen etter tvl. § 21-2 (1) skal være *fri*. I tillegg er det klart at bruken av erfaringssetninger i en bevisvurdering er ganske omfattende. Det ville kreve mye tid og ressurser å føre bevis om samtlige erfaringssetninger dommeren ønsker å bruke. Tolkningen synes derfor også fornuftig og til en viss grad nødvendig for å oppnå en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling, jf. tvl. § 1-1.

3.3 Prosessuelle begrensninger i bruken av erfaringssetninger

3.3.1 Oversikt over problemstillinger

Selv om tvl. § 21-2 (3) 1. punktum gir retten et tilsynelatende vidt spillerom til å gjøre bruk av erfaringssetninger, er det klart at bruken ikke er helt fri og overlatt til rettens fulle skjønn. Visse erfaringssetninger kan ha en så nær kobling til en bestemt sak at erfaringssetningen må sidestilles med sakens øvrige beviser (se punkt 3.3.2). Andre erfaringssetninger kan være så elementære eller grunnleggende at dommeren er pliktig til å gjøre bruk av dem (punkt 3.3.3). Retten kan videre være pliktig til å veilede partene om erfaringssetninger (punkt 3.3.4). Endelig kan det være et krav til kontradiksjon om erfaringssetningene, jf. tvl. § 21-2 (3) 2. punktum (punkt 3.3.5).

3.3.2 Erfaringssetningen må være generell og saksuavhengig i lovens forstand

Som nevnt i punkt 3.2 følger det av tvl. § 21.2 (3) 1. punktum at dommeren bare kan trekke inn sitt erfaringsgrunnlag og sin viten dersom denne er «generel[l]». Det må bety at dommeren i medhold av bestemmelsen ikke kan gjøre bruk av *sakspesifikke kunnskaper* (beviser) med mindre kunnskapen kan regnes som «vitterlige kjensgjerninger» eller erkjennelser.²⁷

Det må dermed trekkes en grense mellom det som må regnes som egentlige generelle og saksuavhengige erfaringssetninger, som § 21-2 (3) 1. punktum gir dommeren adgang til å gjøre

²⁷ Jf. § 21-2 (3) 1. punktum. Prinsipielt sett kan man enten se det slik at § 21-2 (3) forutsetter at «bevis» i lovens forstand ikke omfatter vitterlige kjensgjerninger, erkjennelser eller erfaringssetninger, eller at § 21-2 (3) spesialregulerer enkelte bevis som inngår i rettens avgjørelsesgrunnlag.

bruk av, og de erfaringssetninger som, til tross for sin generelle karakter, likevel har en så sterk tilknytning til den konkrete saken eller sakskomplekset at de må regnes som eller sidestilles med sakspesifikke kunnskaper. Det må etter min mening være klart at det ikke kan ha vært lovgivers intensjon at den sistnevnte gruppen erfaringssetninger skal følge andre regler enn det som ellers gjelder for sakens bevis. Slike erfaringssetninger må derfor på vanlig måte inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag slik det er regulert i § 11-1 dersom retten skal kunne gjøre bruk av dem, jf. § 21-2 (2). Problemstillingen i det følgende er når en erfaringssetning kan sies å være «generel[1]» iht. § 21-2 (3) 1. punktum.

En naturlig språklig forståelse av ordet «generel[1]» tilsier at erfaringssetningen må være allmenngjeldende. Dette er imidlertid en karakteristisk forutsetning for alle erfaringssetninger, jf. punkt 2.1. Ordlyden gir derfor i seg selv ikke spesielt mye veiledning for problemstillingen. Heller ikke uttalelser i forarbeidene eller høyesterettspraksis gir veiledning for den nærmere grensedragningen.

Det kan likevel av pedagogiske årsaker være grunn til å trekke frem en avgjørelse som har fått relativ stor oppmerksomhet i litteraturen, den såkalte «Bjørnelærdommen» inntatt i Rt. 1937 side 472. Staten hadde saksøkt en næringsdrivende om å stanse markedsføringen av sålelær med betegnelsen «Bjørnelær», da dette egentlig var lær fremstilt av oksehud. Staten vant frem i byretten som var satt med meddommere. Én av meddommerne, garvermester Sundbye, trakk i bevisvurderingen inn sin «erfaring med hensyn til det kjøpende publikums opfatning av '[b]jørnelær', [og] bemerker at det store publikum oppfatter bjørnelær som virkelig stammende fra bjørn» (side 475). I ankeerklæringen hadde motparten særskilt vist til at «[d]omsmannen menes herved å ha avgitt vidneutsagn under saken, hvilket må lede til at dommen opheves, idet han efter domstollovens § 107, 2net ledd, ikke kan være dommer» (side 473). Dette var ikke Høyesterett enig i og forutsatte at kunnskapen var en erfaringssetning meddommeren fritt måtte kunne gjøre bruk av: «Det foreligger fra domsmannens side alene en opplysning om de erfaringer han har vunnet under sitt virke, og dette kan ikke betraktes som en vidneforklaring» (side 473). Høyesterett begrunner ikke standpunktet sitt. Det er derfor vanskelig å trekke sikre slutninger fra avgjørelsen som gjør den verdifull som et tolkningsbidrag. Avgjørelsen illustrerer imidlertid hvordan en generell erfaringssetning kan ha en så nær og klar tilknytning til den konkrete saken at den ikke kan regnes som egentlig saksuavhengig. Det fremgår av dette at jeg også mener Høyesterett gikk for langt: Opplysningene hadde klart nok en (for) nær tilknytning til det konkrete saksforholdet. Den var så spesifikt knyttet opp til saken at den neppe var anvendelig i øvrige saker.²⁸

Twisteloven § 21-2 (3) bør på dette punktet tolkes i lys av inhabilitetsbestemmelsen i domstolloven § 107 2. ledd. Bestemmelsen sier at «[d]en, som er vidne i saken, kan ikke være

²⁸ Se også Skoghøy (2017) side 902-903, som kritiserer avgjørelsen.

dommer, saafremt han har hat noget at forklare, som vedkommer saken». Bestemmelsen er nok primært myntet på dommerens kunnskaper om det konkrete saksforholdet (beviser). Den gir likevel ut fra sin ordlyd ganske klart uttrykk for at det er uforenelig med dommerrollen å besitte opplysninger som har en for nær tilknytning til den konkrete saken eller sakskomplekset. Har dommeren slike opplysninger, skal vedkommende føres som vitne og ikke opptre som dommer.²⁹ Man kan ut fra dette, slik jeg ser det, utlede at en erfaringssetning som praktisk sett bare kan anvendes i den konkrete saken eller sakskomplekset, har så store likhetstrekk med sakens øvrige beviser, at dommeren ikke bør kunne gjøre bruk av den og samtidig opptre som dommer i saken.³⁰ Slike erfaringssetninger kan etter min mening neppe regnes som «generel[1]» iht. tvl. § 21-2 (3) 1. punktum.

Utover denne retningslinjen etterlater rettskildene et usikkert bilde av den nærmere grensedragningen. Avgjørende i tvilstilfellene må antakeligvis være en konkret vurdering av hvor klar og nær koblingen er mellom erfaringssetningen og den konkrete saken, der behovet for bevisføring står sentralt.

3.3.3 Plikten til å bruke enkelte erfaringssetninger i bevisvurderingen

Visse erfaringssetninger er så grunnleggende og elementære at det må spørres om dommeren ikke kan la være å nyttiggjøre seg av dem – om det foreligger rettslig plikt til å gjøre bruk av dem i bevisvurderingen.

Tvisteloven § 21-2 (1) regulerer som nevnt dommerens bevisvurdering. Det fremgår av denne bestemmelsen at dommeren skal gjennomføre en «fri bevisvurdering». At bevisvurderingen er «fri» skulle ifølge ordlyden tilsi at retten ikke behøver å bruke bestemte erfaringssetninger.³¹ Dette stemmer også godt overens med at tvl. § 21-2 (3) 1. punktum fastslår at retten «kan» og ikke «skal» trekke inn erfaringssetninger. Ut fra disse bestemmelsenes ordlyd er det tilsynelatende opp til dommerens frie skjønn å bestemme hvilke erfaringssetninger vedkommende ønsker å bruke, eller ikke bruke, i bevisvurderingen.

En alternativ rettslig innfallsvinkel er å spørre om tvl. § 21-2 (3) 1. punktum, som sier at retten «kan» trekke inn erfaringssetninger, må tolkes innskrenkende slik at retten «skal» trekke inn erfaringssetninger. Plikten til å gjøre bruk av erfaringssetninger etter tvl. § 21-2 (3) 1. punktum må imidlertid antas å ha

²⁹ Slik også Edvin Alten, *Domstolloven med kommentar* 2. utgave, (1948) side 86

³⁰ Slik tilfellet var i Rt. 1937 side 472.

³¹ Den frie bevisvurderingen ble av Michelsen beskrevet slik at dommeren skal «vurder[e] bevisene på bakgrunn av sine erfaringer som menneske og som dommer», se Hans Methlie Michelsen, *Sivilprosess* (1999) side 208.

samme rekkevidde som plikten til å gjøre bruk av erfaringssetninger etter tvl. § 21-2 (1). Om det rettslige grunnlaget for en slik plikt forankres i tvl. § 21-2 (1) eller (3), er da en smakssak.

Det følger av forarbeidene til tvl. § 21-2 (1) at selv om dommeren skal foreta en fri bevisvurdering, betyr ikke dette at bevisvurderingen er fullstendig overlatt til dommeren skjønn – bevisene «skal vurderes samlet, grundig og samvittighetsfullt».³² Dette må kunne tolkes slik at dommeren er *pliktig* til å trekke inn erfaringssetninger av mer elementær og grunnleggende art og som er nødvendige for betryggende bevisvurderinger, eksempelvis erfaringssetninger som bygger på etablerte naturlover. Forarbeidene er på dette punktet etter min mening klare og bør derfor tillegges betydelig vekt ved tolkingen av tvl. § 21-2 (1).

At dommeren kan ha en plikt til å trekke inn visse mer elementære og grunnleggende erfaringssetninger, underbygges dessuten av målsettingen om å oppnå materielt riktige resultater og målsettingen om at saksbehandlingen skal være tillitsskapende.³³ Visse erfaringssetninger er det nødvendig å gjøre bruk av dersom bevisvurderingen skal kunne bli riktig og fremstå som tillitsskapende for partene og allmennheten, jf. tvl. § 1-1. Standpunktet henger også godt sammen med at domstolloven § 55 3. ledd 2. punktum fastslår at en «dommer skal utføre sin dommergjerning [...] på en måte som inngir alminnelig tillit [...]».³⁴ Bestemmelsen skal ifølge forarbeidene «send[e] [e]t signal om hvordan en dommer som er utnevnt, bør utøve sin dommergjerning.»³⁵

Endelig kan det pekes på at Høyesterett har lagt til grunn at ankeinstansen, innenfor ankegrunnen feil ved saksbehandlingen, alltid kan prøve om underinstansen bygger på «et faktum som er i strid med vitterlige kjensgjerninger eller av andre grunner klart og uomtvistelig uriktig».³⁶ Hvis retten ikke bruker erfaringssetninger av mer grunnleggende og elementær art, vil ankeinstansen kunne bedømme faktumfastsettingen som en saksbehandlingsfeil fordi den er klart uriktig. Retten må ha en plikt til å unngå åpenbare saksbehandlingsfeil. Retten må derfor være forpliktet til å bruke erfaringssetninger som forhindrer en faktumfastsetting som uten erfaringssetningen kan bli klart uriktig.

³² NOU 2001: 32 side 458 (min kursivering).

³³ Målsettingen om materielt riktige avgjørelser er et grunnleggende formål med sivil- og straffeprosessen, og må sies å følge implisitt av tvl. § 1-1, jf. også Rt. 2012 side 1985 (228) og Rt. 2012 side 667 (57). At rettergangen skal være tillitsskapende, er et overordnet mål med rettergangen, jf. tvl. § 1-1.

³⁴ Se også Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper* (2014) side 285-286 som fremhever at «hensynet til rettssystemets legitimitet» hviler på at «[f]aktumfastsettelse[n] må skje på en måte som i alminnelighet antas å være sannhetskorrelerende».

³⁵ Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) side 188.

³⁶ Jf. Rt. 2004 side 1133 (16) og Rt. 2013 side 1589 (45). Regelen gjelder også i straffeprosessen, jf. HR-2019-202-U (16) med ytterligere henvisninger til annen rettspraksis. Se nærmere om ankeregulene i tvisteloven kapittel 29 og 30.

Etter min mening må det på ovennevnte bakgrunn være klart at det er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn at dommeren etter omstendighetene kan ha en plikt til å trekke inn visse mer grunnleggende og elementære erfaringssetninger, selv om ordlyden i tvl. § 21-2 (1) i utgangspunktet gir dommeren full skjønnsfrihet gjennom bruk av ordene «fri bevisvurdering».

Nøyaktig hva som skal til for at en erfaringssetning må regnes som så elementær eller grunnleggende at retten plikter å gjøre bruk av den, er vanskelig å si. Rettskildene gir i hvert fall grunnlag for å konstatere at dommeren plikter å gjøre bruk av erfaringssetninger som er så utbredt og alminnelig akseptert av allmennheten at de uten videre anses å være riktige. Det samme må gjelde for slike erfaringssetninger som brukes i konkrete fagmiljø.

Utover disse utgangspunktene er rettskildebildet noe uklart. Etter min mening skal det imidlertid en del til før retten kan sies å stå overfor en erfaringssetning som innsnevrer det lovbestede utgangspunktet om en «fri bevisvurdering». Terskelen må antas å være høy.

For straffeprosessen blir vurderingen stort sett den samme, men ettersom straffeprosessloven ikke har en egen regel om rettens frie bevisvurdering, må vurderingen skje på ulovfestet grunnlag.³⁷

3.3.4 Plikten til å veilede om erfaringssetninger

Temaet som er omtalt i punkt 3.3.3 har også en side til partenes argumentasjon om bevisspørsmål, herunder partenes bruk av erfaringssetninger i prosedyren.

Retten er ikke bundet av partenes argumentasjon om bevisspørsmål, jf. § tvl. 11-2 (2) 3. punktum. Det kan likevel ikke utelukkes at retten kan være pliktig til å opplyse eller veilede om at retten ikke ønsker å bygge på de erfaringssetningene partene legger til grunn for eller bruker i sin argumentasjon. Paragraf 11-5 (2) sier at «[r]etten skal [...] gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler». I visse tilfeller kan det tenkes at partene vil kunne ha behov for å utdype sin argumentasjon om erfaringssetninger, selv om retten rettslig sett ikke er bundet av argumentasjonen. Retten må i så tilfelle veilede partene. En slik tolkning av tvl. § 11-5 (2) vil kunne bidra til å realisere

³⁷ At prinsippet om fri bevisvurdering er det gjeldende utgangspunktet også for straffeprosessen, er utvilsomt, jf. Rt. 2005 side 1353 (13). Straffeprosessloven av 1887 hadde lovfestet prinsippet i § 349 2. punktum: «Afgjørelsen træffes efter fri Overbevisning paa Grundlag af en samvittighedsfuld Prøvelse af de fremførte Bevisligheder».

målsettingene om materielt riktige avgjørelser og en tillitsskapende saksbehandling, jf. tvl. § 1-1.

3.3.5 Plikt til å sikre kontradiksjon om erfaringssetninger?

Etter omstendighetene kan det være et krav til at de erfaringssetningene dommeren gjør bruk av må underlegges kontradiksjon. At saksbehandlingen skal være kontradiktorisk, innebærer at partene skal ha mulighet til å ta til motmæle mot bevis og argumentasjon fra motparten og til dels fra retten.³⁸ Svakheter og uriktigheter kan avdekkes eller påpekes av partene, og partene får mulighet til å påvirke dommerens avgjørelse.

Spørsmålet om dommerens erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon, er prosessuelt sett et spørsmål om kontradiksjon *mellom retten og partene*,³⁹ til forskjell fra kontradiksjon *mellom partene*.⁴⁰ Det er tvl. § 21-2 (3) 2. punktum som sikrer kontradiksjon mellom retten og partene for dommerens erfaringssetninger: «hvis [erfaringssetningene] kan være usikker eller omtvistet, gjelder § 11-1 tredje ledd.»⁴¹ Problemstillingen er i hvilke tilfeller tvl. § 21-2 (3) 2. punktum krever at dommerens erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon.

Lovteksten krever kontradiksjon om erfaringssetninger som «kan være usikker eller omtvistet». Lovteksten opererer således med to alternative regler om kontradiksjon. Disse kan dels utfylle og dels supplere hverandre.⁴²

Lovens første alternativ knytter seg til erfaringssetningens riktighet. Formuleringen «kan være usikker» er imidlertid ikke tilpasset spørsmålet om erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon. Erfaringssetninger er antakelser, og antakelser kan omtrent alltid være usikre. Tas ordlyden på ordet, kan det føre til at omtrent alle erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon. Dette ville umuliggjort en «rask» og «effektiv» saksbehandling, jf. tvl. § 1-1.

³⁸ Kravet til kontradiksjon knytter seg i hovedsak til sakens faktiske side, men kan også gjelde den rettslige. Rettens rettsanvendelse har likevel ikke partene et generelt krav på å få uttale seg om, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 403.

³⁹ Andre regler om kontradiksjon mellom retten og partene gir bl.a. § 9-6 (1) om prosessuelle avgjørelser og § 11-1 (3) 1. punktum om avgjørelse av sakens realitet. Sistnevnte bestemmelse påpeker at «[r]etten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om».

⁴⁰ Ved kontradiksjon *mellom partene* er kravet absolutt – den ene parten skal ikke få uttale seg om noe den andre ikke får, det være seg faktiske eller rettslige forhold, jf. tvl. § 1-1 (2) 2. punktum. Noe annet ville innebære et brudd med kravet til likebehandling av partene.

⁴¹ Formuleringen «gjelder § 11-1 tredje ledd» er uklar og neppe helt gjennomtenkt. Lovteksten kan språklig sett tolkes slik at det bare gjelder et krav til kontradiksjon om omtvistet eller usikker kunnskap som i tillegg faller inn under kontradiksjonsregelen i § 11-1 (3), dvs. kunnskap som retten «bygge[r] avgjørelsen på». Meningen må imidlertid ha vært å sikre at usikker og omtvistet kunnskap som retten bruker i medhold av tvl. § 21-2 (3) 1. punktum skal underlegges kontradiksjon.

⁴² Forholdet mellom alternativene fremstår ikke umiddelbart som klart, verken ut fra lovteksten, forarbeidene eller høyesterettspraksis.

Lovens formulering må derfor ses i lys av at spørsmålet er når en *erfaringssetning* «kan være usikker». Vurderingen må være hvor sannsynlig det er at erfaringssetningen *vanligvis* er riktig. Dess oftere erfaringssetningen objektivt sett har vist seg å ha hold i virkeligheten, dess mindre usikker må den regnes for å være i lovens forstand. Det skal likevel ikke mye usikkerhet til før usikkerheten medfører at erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon, jf. lovens bruk av ordet «kan».

Lovens andre alternativ gjelder erfaringssetninger som «kan være [...] omtvistet». Erfaringssetninger er først og fremst «omtvistet» der minst én av partene har reist innsigelser til erfaringssetningen i sin prosedyre, og/eller at erfaringssetningen er omdiskutert i en nærmere avgrenset eller allmenn debatt.⁴³ Det kan også tenkes at en erfaringssetning må regnes som «omtvistet» dersom dommeren ønsker å ta i bruk alternative erfaringssetninger til de som partene har fokusert på i prosedyren. Nøyaktig når erfaringssetninger må sies å være «omtvistet» er ikke klart ut fra lovteksten. Er det reist seriøse innvendinger til erfaringssetningen i en avgrenset eller allmenn debatt, må den nok imidlertid regnes for «omtvistet» i lovens forstand. Heller ikke her skal det mye til, jf. lovens bruk av ordet «kan».

Dersom det er usikkert om en erfaringssetning «kan være usikker eller omtvistet» i lovens forstand, oppstår det et lovtolkingsspørsmål om andre momenter enn lovens momenter er relevante. Verken forarbeidene eller Høyesterettspraksis belyser dette spørsmålet.

Siden formålet til kontradiksjonskravet er å oppnå materielt riktige avgjørelser og en tillitsskapende saksbehandling, må det kunne vurderes i hvor stor grad disse hensynene tilsier kontradiksjon i det enkelte tilfellet.⁴⁴ Ved vurderingen bør det få betydning hvor sentral erfaringssetningen er i bevisbildet og hvor alvorlig saken er. Det bør også få betydning om dommeren bruker en alternativ erfaringssetning til den som partene gjennom bevisføringen bruker eller tydelig forutsetter brukt. Selv om hensynene bak kontradiksjonskravet kan tilsi at erfaringssetningen underlegges kontradiksjon, må disse hensynene til en viss grad kunne avveies mot målsettingene om at saksbehandlingen skal være så hurtig og kostnadseffektiv som mulig, jf. tvl. § 1-1. Dette gjelder spesielt der erfaringssetningen har en mindre viktig funksjon i bevisvurderingen.

⁴³ Hvis én av partene reiser innsigelser til erfaringssetningen i prosedyren, følger det av tvl. § 1-1 (2) 2. strekpunkt at motparten skal få uttale seg. Et eksempel på omtvistet kunnskap i den allmenne debatt gir HR-2018-557-A premiss 41.

⁴⁴ Se nærmere om kontradiksjonskravets bakenforliggende hensyn i Magnus Matningsdal, *Kontradiksjon i sivile saker og i straffesaker*, Jussens Venner 2013 side 1-115 på side 15.

Utover at retten i tvilstilfellene må se hen til kontradiksjonskravets bakenforliggende hensyn, kan det løftes frem som et mer generelt poeng at tvisteloven bygger på at spesialkunnskap, herunder spesielle erfaringssetninger, som hovedregel skal tilføres saken gjennom rettsoppnevnte sakkyndige eller sakkyndige vitner.⁴⁵ Også der det er oppnevnt fagkyndige meddommere etter tvl. § 9-12 (2), forutsetter tvisteloven at spesialkunnskap av hensynet til kontradiksjon kan måtte tilføres saken gjennom bevisføringen.⁴⁶ På et overordnet plan må tanken være at spesialkunnskap bør tilføres saken gjennom bevisføringen fordi dette sikrer at spesialkunnskapen er åpen, tilgjengelig og kan kontrolleres – det er et mer generelt ønske om kontradiksjon om spesialkunnskap.⁴⁷ Systembetragtninger kan derfor tilsi at dersom erfaringssetningen etter *tvistelovens klassifisering* må regnes som en spesiell (fagkyndig) erfaringssetning, er det et argument for i tvilstilfellene å underlegge den kontradiksjon etter tvl. § 21-2 (3) 2. punktum.⁴⁸

Til slutt kan det være grunn til å minne om at tvl. § 21-2 (3) ikke skiller på hvem som er dommer i saken. Det er noe rettslig usikkert hvorvidt det er fullt ut samme, eller helt eller delvis ulikt krav til kontradiksjon for den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger i forhold til andre dommere. Ordlyden i tvl. § 21-2 (3) sonderer ikke på hvem som er dommere i saken og trekker i retning av at det gjelder et likt krav. Verken forarbeidene eller høyesterettspraksis gir tilstrekkelig grunnlag for å legge til grunn en annen løsning enn den som følger av lovteksten.⁴⁹ Det bør dermed legges til grunn som et utgangspunkt at det gjelder et likt krav. Dette standpunktet harmonerer for øvrig godt med at det for partenes *reelle behov* for kontradiksjon er irrelevant om dommeren er en fagkyndig meddommer eller en annen dommer.

4 En for virkelighetsfjern regulering?

Det kan settes et spørsmålstegn ved om den reguleringen tvl. § 21-2 legger til grunn har et tilstrekkelig realistisk forhold til virkeligheten.

⁴⁵ Se tvisteloven kapittel 25, NOU: 2001:32 side 755-756 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 397.

⁴⁶ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 397 og NOU 2001:32 side 148 og 755-756. Se også Rt. 1992 side 275 og Rt. 1987 side 1417. Det må antas at rettstilstanden på dette punktet er videreført i tvisteloven, slik at disse avgjørelsene fortsatt er av rettslig interesse.

⁴⁷ Et vel kjent uttrykk er at de «sakkyndige hører hjemme foran rettens skanke, ikke bak den», se Andenæs/Myhrer (2009) side 117.

⁴⁸ Se liknende tilnærming i svensk rett, jf. Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam og Lars Heuman, *Rättegång* fjärde häftet (2009) side 281.

⁴⁹ Se likevel de høyst uklare uttalelsene i Rt. 2012 side 65, spesielt avgjørelsens premiss 110 og 116. Se også interessant nok Gulating lagmannsrett sin tolkning av avgjørelsen i LG-2014-20944-1.

Når dommeren bruker erfaringssetninger i faktumfastsettelsen, bruker vedkommende de som en del av sin *kunnskap*. All kunnskap et menneske besitter, herunder dommere, kan påvirke menneskets beslutninger. På et psykologisk plan kan slik kunnskap både påvirke dommeren bevisst og ubevisst.⁵⁰ Dette betyr at dommerens erfaringssetninger kan og vil inngå ubevisst i faktumfastsettingen som foregår etter reglene i tvl. § 21-2.

Forutsetningen for at dommeren kan overholde sine plikter til å gjøre bruk av, veilede om eller underlegge sine erfaringssetninger kontradiksjon, er at dommeren er seg *bevisst* erfaringssetningene.⁵¹ Majoriteten av erfaringssetningene vil imidlertid brukes ubevisst, særlig bruken av de bevisvurderende erfaringssetningene. Hvor ofte tenker egentlig en dommer aktivt og nøyaktig over hvorfor man tillegger X bevis Y vekt, eller hvorfor Z sin forklaring oppleves som troverdig i forhold til de øvrige forklaringer?

Så lenge erfaringssetninger brukes ubevisst, vil reguleringen som følger av tvl. § 21-2 eller tilsvarende ulovfestet regulering i straffeprosessen kunne være vanskelig eller umulig å overholde. Hvis dommeren selv ikke er bevisst bruken av erfaringssetninger, blir neppe partene klar over den. Partene kan da heller ikke angripe rettens bruk av erfaringssetninger prosessuelt.

På denne bakgrunn er det gode grunner til å sette spørsmålstegn ved forholdet mellom virkeligheten og den reguleringen som tvl. § 21-2 legger opp til. Min oppfatning er at lovgiver neppe har hatt et tilstrekkelig bevisst forhold til den rollen erfaringssetninger egentlig har i bevisvurderingen, og hvordan dette er regulert i tvl. § 21-2. Dette gjelder særlig regelen om kontradiksjon om dommerens erfaringssetninger i tvl. § 21-2 (3) 2. punktum. Det synes utfordrende å overholde lovens krav til kontradiksjon samtidig som saksbehandlingen skal være hurtig og kostnadseffektiv, jf. tvl. § 1-1

Som artikkelen forhåpentligvis har vist, er det i hvert fall for dommere og advokater grunn til å være oppmerksom og bevisst på erfaringssetningenes betydning i bevisvurderingen og den prosessuelle reguleringen av disse. Erfaringssetninger har, og vil fortsette å ha, en sentral betydning for faktumfastsettelsen.

⁵⁰ Se nærmere om psykologisk kunnskapspåvirkning, herunder om «to system-teorien» («dual process theory»), i Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (2011) og Daniel Kahneman, "A perspective on judgement and choice", *American Psychologist* (2003) 58: 697-720. Se også Ben R Newell, Kwan Yao Wong, Jeremy C Cheung and Tim Rakow, «Think, blink or sleep on it? The impact of modes of thought on complex decision making», *The Quarterly Journal of Experimental Psychology*, (2008) 62:4,707- 732.

⁵¹ Selv om dommeren er seg bevisst erfaringssetningen, er det ikke sikkert at den lar seg artikulere (såkalt «skjult» eller «taus» kunnskap).