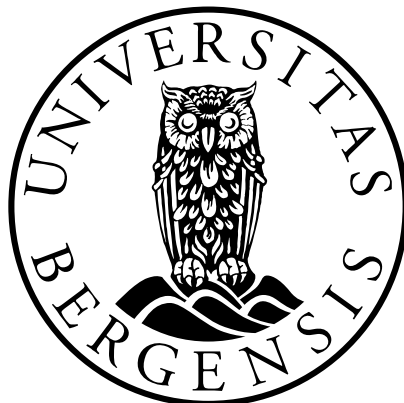


Dommerens private kunnskap og rettens faktumfastsetting i sivile saker

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 33 410



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	5
1.1	Avhandlingens tema	5
1.2	Definisjoner – hva menes med «dommerens private kunnskap»?	6
1.2.1	Hvem er «dommer» i denne sammenheng?	6
1.2.2	Hva menes med dommerens «kunnskap»?	7
1.2.3	Når er dommerens kunnskap «privat»?	7
1.2.4	Ulike kategorier privat kunnskap	8
1.3	Avgrensning av temaet	9
1.4	Avhandlingens struktur	10
2	Allment om dommerens private kunnskap som et prosessuelt problem	12
2.1	Generelt	12
2.2	Det psykologiske perspektivet	12
2.3	Privat kunnskap og hvem som er dommer i saken	14
2.4	Privat kunnskap og avgjørelsesgrunlaget og bevisvurderingen	16
2.5	Privat kunnskap og kontradiksjonskravet	19
2.6	Metodiske spørsmål	21
2.6.1	Allment om metode og rettskilder	21
2.6.2	Rettskilder som knytter seg til tvistemålsloven	22
2.6.3	Rettskilder som knytter seg til straffeprosessen	23
3	Sivilprosessens målsettinger	24
3.1	Allment om målsettingene og betydningen for avhandlingen	24
3.2	Målsettingen om materielt riktige avgjørelser	25
3.3	Målsettingen om en tillitsfull saksbehandling	26
3.4	Målsettingen om en hurtig saksbehandling	27
3.5	Målsettingen om en kostnadseffektiv saksbehandling	28
3.6	Hvordan bør målsettingene avveies i tilknytning til dommerens private kunnskap? ...	29

4	Dommerens private kunnskap som et bevis.....	31
4.1	Reguleringen i tvisteloven § 21-2 (3).....	31
4.1.1	Allment	31
4.1.2	Dommerens generelle og fagspesifikke viten og erfaringsgrunnlag	32
4.1.3	Gjelder det et kontradiksjonskrav i relasjon til «vitterlige kjensgjerninger»?.....	34
4.2	Når kan dommerens private kunnskap regnes som «vitterlige kjensgjerninger»?	39
4.2.1	Oversikt over problemstillinger	39
4.2.2	Kravet til informasjonssikkerhet	40
4.2.2.1	Allment	40
4.2.2.2	Rettskilder som er direkte relevant	40
4.2.2.3	Rettskilder som knytter seg til andre prosessuelle kontekster	45
4.2.2.4	Oppsummering.....	50
4.2.3	Kravet til slutningssikkerhet.....	51
4.2.4	Kravet til at opplysningen må være vitterlig	54
4.2.5	Sammenfatning.....	59
4.3	Plikter dommeren å trekke inn vitterlige kjensgjerninger?	60
4.4	Når må vitterlige kjensgjerninger underlegges kontradiksjon?.....	62
5	Dommerens private kunnskap om erfaringssetninger.....	66
5.1	Innledning og oversikt over problemstillinger	66
5.2	Generelt om erfaringssetninger	67
5.3	Hvilke erfaringssetninger kan dommeren trekke inn i bevisvurderingen?.....	72
5.4	Plikter dommeren å trekke inn visse erfaringssetninger i bevisvurderingen?.....	74
5.5	Når må dommerens erfaringssetninger underlegges kontradiksjon?	77
5.5.1	Innledning.....	77
5.5.2	Utgangspunktet for vurderingen: Erfaringssetningens sikkerhetsgrad.....	77
5.5.3	Kan andre momenter vektlegges i tillegg til erfaringssetningens sikkerhetsgrad? ...	80
5.5.4	Nærmere om andre momenter	81

5.5.4.1	Forholdet til partenes bruk av erfaringssetninger	81
5.5.4.2	Erfaringssetningens funksjon.....	82
5.5.4.3	Erfaringssetningens art.....	83
5.5.4.4	Forholdet til sakens bevistema.....	88
5.5.5	Sammenfatning og nærmere om avveiingen av momentene.....	88
5.5.6	Nærmere om den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger	90
6	Avslutning: sammenfatning	94
7	Kilder	96
7.1	Lover og konvensjoner.....	96
7.2	Lovforarbeider.....	97
7.3	Rettspraksis	97
7.4	Rundskriv	102
7.5	Rettsvitenskapelig litteratur.....	102
7.6	Elektroniske kilder	107

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Avhandlingens tema er den sivilprosessuelle reguleringen av dommerens private kunnskap ved sakens faktumfastsetting. Dommerens «private kunnskap» er all den informasjon, innsikt og forståelse dommeren trekker med seg inn i tvisten, og som ikke er bragt inn gjennom partenes bevisføring.

Et visst kunnskapsgrunnlag må alle dommere ha. Dommeren må ha grunnleggende lese- og skriveferdigheter og grunnleggende kunnskaper om verden. Det er en forutsetning at dommeren besitter slik (privat) kunnskap for å forstå saken og fungere i dommerrollen ved sakens faktumfastsettelse. Utover slik grunnleggende kunnskap, kan dommerens private kunnskap påvirke utfallet av en sak på ulike måter.

På et psykologisk plan kan kunnskap, bevisst eller ubevisst, alltid påvirke dommerens avgjørelser, herunder avgjørelser som påvirker utfallet av en sak. Kunnskapen kan òg fungere som et bevis som kan trekkes inn i sakens avgjørelsesgrunnlag. I bevisvurderingen trenger dommeren erfaringssetninger. Erfaringssetninger sier dommeren noe om bevisverdien til enkeltbevis, eller hvilken faktisk situasjon som leges til grunn hvis det ikke føres tilstrekkelig motbevis. Siden dommerens private kunnskap som et faktisk fenomen kan være utslagsgivende for resultatet i saken, er den til en viss grad underlagt rettslig regulering.

I første rekke kan domstoloven §§ 106-108 medføre at dommerens private kunnskap gjør henne inhabil. Er hun habil, er det primært tvisteloven § 21-2 (3) som regulerer dommerens private kunnskap:

«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».

Bestemmelsen regulerer to hovedspørsmål. Det første hovedspørsmålet er regulert av 1. punktum og tar for seg hvilken privat kunnskap dommeren kan trekke inn i saken. Det må avklares når dommeren kan trekke inn privat kunnskap som et bevis i avgjørelsesgrunnlaget, og som erfaringssetninger i bevisvurderingen. Det andre hovedspørsmålet er regulert av 2.

punktum, og omhandler i hvilken utstrekning kunnskap retten trekker inn etter 1. punktum må underlegges kontradiksjon.

Avhandlingen skal i hovedsak foreta en rettsdogmatisk analyse av disse to hovedspørsmålene med tilhørende problemstillinger. Bestemmelsens detaljer og avhandlingens tematikk er i norsk rett et lite utforsket og avklart terreng.¹ Særlig grunnet den vesentlige innflytelsen dommerens private kunnskap kan ha for utfallet av en sak, er det viktig å besvare de spørsmål som ikke tidligere er besvart.

1.2 Definisjoner – hva menes med «dommerens private kunnskap»?

1.2.1 Hvem er «dommer» i denne sammenheng?

I domstoloven § 52 er en «dommer» definert som et «medle[m] av en domstol, som kan træffe eller være med i dømmende avgjørelser, baade de som er fast ansat, og de som bare gjør tjeneste for en tid eller i en enkelt sak». Definisjonen omfatter embetsdommere, dommerfullmektiger og fagkyndige og vanlige meddommere. Embetsdommere og dommerfullmektiger har dommerrollen som sitt yrke, til forskjell fra fagkyndige og vanlige meddommere som har dommerrollen som et verv. For å være dommer i domstolovens forstand, er det en forutsetning at dommeren tjenestegjør i en domstol som er opplistet i domstoloven § 1 1. ledd eller § 2 1. ledd. Avhandlingen fokuserer på de dommere som omfattes av definisjonen i § 52 og tjenestegjør i de ordinære domstolene som er opplistet i § 1.²

De dommere som tjenestegjør i særdomstolene som nevnt i § 2 1. ledd, vil ikke bli behandlet særskilt. Det samme gjelder spørsmål som angår voldgiftsdommere.³

Hvis jeg i avhandlingen bruker formuleringen «fagdommer», mener jeg embetsdommere eller dommerfullmektiger med juridisk embetseksamen eller mastergrad i rettsvitenskap.⁴

¹ I Svensk rett redegjør Lindell (2007) for deler av tematikken.

² Ifølge domstoloven § 1 er de ordinære domstolene tingrettene, lagmannsrettene og Høyesterett.

³ Reglene for voldgiftsretten reguleres av voldgiftsloven.

⁴ Slik også Bøhn (2013) side 182.

1.2.2 Hva menes med dommerens «kunnskap»?

I denne avhandlingen bruker jeg ordet «kunnskap» som en samlebetegnelse på dommerens kjennskap til eller viten om en eller annen omstendighet. Dommerens kunnskap omfatter all den informasjon, forståelse og innsikt hun har opparbeidet seg. Den kan være opparbeidet på egen hånd eller blitt tilført av andre, og kan være generell eller konkret, sikker eller usikker.

Konkret kunnskap belyser hendelsesforløpet i én enkeltsak. Generell kunnskap kan brukes i flere saker. Kunnskapen kan i begge tilfeller være av faktisk og rettslig art.

Dommerens kunnskap er bare sikker hvis verden, den eksterne virkeligheten, viser at kunnskapen stemmer overens med virkeligheten. En slik tilnærming svarer til det som i bevisteorien omtales som et «realistisk sannhetsbegrep».⁵ Kunnskap som står uten noen forankring i virkeligheten, er usann (feilkunnskap). I den grad det ikke er mulig å klarlegge om kunnskap er sann eller usann, må kunnskapen inndeles *grader av sikkerhet* («sikkerhetsgrad»). Dette innebærer at kunnskap kan klassifiseres som «lite sannsynlig», «litt sannsynlig», «meget sannsynlig» osv.⁶ Kunnskapen kan klassifiseres på denne måten etter hvor utsatt den er for feilkilder. *Feilkilder* er omstendigheter som kan påvirke eller endre kunnskapen slik at den ikke lenger er riktig. Eksempelvis kan et vitnes opplevelse av forholdet vitneutsagnet baserer seg på ofte være usikker kunnskap. Opplevelsen kan være subjektiv, preget av tidligere erfaring og selektiv.⁷

Ordet «kunnskap» har ikke noe etablert juridisk definisjon. I filosofien har imidlertid «kunnskap» et etablert innhold. Den tradisjonelle definisjonen av «kunnskap» er tro som både er velbegrunnet og sann («justified true belief».⁸ Det er ikke nødvendig med en erkjennelsesteoretisk tilnærming i avhandlingen.⁹

1.2.3 Når er dommerens kunnskap «privat»?

I denne avhandlingen er dommerens kunnskap «privat» hvis kunnskapen ikke er bragt inn i saken gjennom partenes bevisføring. Et eksempel på at dommere brukte kunnskap som ville blitt regnet som «privat», gir straffesaken inntatt i Rt. 1982 side 8. En person var i byretten blitt funnet skyldig i ulovlig fiske. Byretten var satt med meddommere som hadde trukket inn sin lokalkunnskap om det konkrete fiskestedet og fisketeknikker. Kunnskapen ble brukt for å

⁵ Se Strandberg (2012) side 229.

⁶ Se Løvlie (2014) side 54 og 72 for liknende tilnærming.

⁷ Skoghøy (2017) side 909.

⁸ Se f.eks. Løvlie (2014) side 55 flg.

⁹ Se om en epistemologisk tilnærming til «kunnskap» («knowledge») i Lehrer m.fl. (1969) på side 225-237.

dømme en person for ulovlig fiske. Meddommernes kunnskap stammet ikke fra partenes bevisføring. Høyesterett anså det som en saksbehandlingsfeil at retten på egen hånd hadde brukt «sin personlige viten», uten at partene visste om og kunne kommentere kunnskapen.¹⁰

1.2.4 Ulike kategorier privat kunnskap

Dommerens private kunnskap kan inndeles i kategorier. En slik inndeling er ikke av rettslig betydning, men en inndeling kan lette fremstillingen og være et nyttig pedagogisk verktøy videre.

En første kunnskapskategori er *allment tilgjengelig kunnskap*. Slik kunnskap finnes i allment tilgjengelige informasjonskilder og kan fremgå av TV-kanaler, aviser, internett, sosiale medier osv. I Rt. 2012 side 268 ble det presisert at opplysninger om at «helsepersonell på Ila fengsel verken vurderte [Ander Behring Breivik] som psykotisk, paranoid schizofren eller suicidal» ble «omtalt i media, både i aviser og under debattprogrammer».¹¹ Denne kunnskapen var allment tilgjengelig. *Allmennkunnskap* er en særlig variant av allment tilgjengelig kunnskap, men må i tillegg til å være allment tilgjengelig, ikke med rimelighet kunne bestrides (høy sikkerhetsgrad) og må forutsettes kjent av folk flest.

En andre kunnskapskategori er *fagkyndig kunnskap* eller *spesialkunnskap*. Slik kunnskap er ervervet ved utdanning eller erfaring, og må utgjøre en spesialkompetanse innenfor et spesifikt fagområde eller fag som folk flest ikke besitter.¹² Et eksempel på fagkyndig kunnskap kan være ekspertise innen rettsgenetisk DNA-analyser ved farskaps- eller immigrasjonssaker.¹³ Sikkerhetsgraden i slik kunnskap kan være svært varierende. For eksempel er det (normalt) forskjell på sikkerhetsgraden i kunnskap om naturvitenskapelige disipliner som fysikk, kjemi eller biologi, i forhold til kulturvitenskapelige disipliner som forsker på sosiale og menneskeskapte forhold og hvor det gjerne ikke er noe «fasitsvar». Det er i hovedsak den fagkyndige meddommeren som besitter fagkunnskap.

En tredje kunnskapskategori er *yrkeservervet kunnskap*. Slik kunnskap er, som ordet indikerer, ervervet som et ledd i dommerens yrkesutøvelse. For fagdommeren vil hennes yrkeservervede kunnskap nesten alltid ha sammenheng med hennes utdanning og erfaring

¹⁰ Rt. 1982 side 8 på side 9. Se om avgjørelsen i punkt 4.2.2.2.

¹¹ Rt. 2012 side 268 (40).

¹² Se Løvlie (2014) side 222 og Rindal (2009) side 616 for tilsvarende tilnærming.

¹³ Se NOU 2001:12 side 47.

som praktiserende jurist. Eksempelvis har hun fått formidlet kunnskap av andre dommere,¹⁴ eller vært advokat på et tidligere saksstadium.¹⁵ Et typisk eksempel på yrkeservervet kunnskap er grunnleggende vitnepsykologi. Hvis dommeren ikke har eller har hatt et yrke som er knyttet til praktisering av juss, er hun som oftest meddommer.¹⁶

Denne inndelingen er ikke uttømmende og dommeren kan selvsagt erverve kunnskap på andre måter. Eksempelvis kan dommeren tilfeldigvis møte en prosessfullmektig på et kjøpesenter.¹⁷ Det kan òg tenkes at dommeren spiser middag med én av partene.¹⁸ Som «en del av dagliglivet» vil dommeren alltid kunne erverve kunnskap, f.eks. ved mellommenneskelig interaksjon, lesing av aviser, deltagelse på barnas fotballtrening osv. Som antydnet i Rt. 2011 side 1348 kan det særlig i lokalsamfunn være uunngåelig at dommeren erverver kunnskap som på en eller annen måte er relevant for den konkrete saken.¹⁹

1.3 Avgrensning av temaet

Temaet har flere sider utover de hovedtrekk som er nevnt i punkt 1.1. Det lar seg ikke gjøre å behandle alle spørsmål temaet aktualiserer uten å sprengte avhandlingens rammer.

En første avgrensning som må gjøres er mot dommerens private kunnskap om rettsregler. Ifølge tvisteloven § 11-3 1. punktum har retten selv ansvaret for «av eget tiltak [å] anvende gjeldende rettsregler» (*jura novit curia*). Rettsanvendelsen kan imidlertid òg ha en faktisk side. Eksempelvis kan dommeren ha privat kunnskap om faktiske konsekvenser av en bestemt tolkning av en lovregel (konsekvenshensyn).²⁰ Dommeren kan òg ha kunnskap om en lokal sedvane, og undersøker derfor om sedvanen er rettslig bindende og kan fungere som et rettsgrunnlag i saken. Må bruken av disse faktiske opplysningene følge tvistelovens regler om bevis eller faller bruken inn under rettens ansvar for rettsanvendelsen? Her gir ikke tvisteloven åpenbare svar. Det ville sprengte avhandlingens rammer å gå disse spørsmålene i

¹⁴ Se Rt. 2011 side 1133 (28).

¹⁵ Slik som i HR-2017-995-U (15). Se også Rt. 1995 side 861 på side 864.

¹⁶ Et kjent eksempel på at en meddommer hadde yrkeservervet kunnskap gir Rt. 1937 side 472. Avgjørelsen omtales i punkt 4.1.2.

¹⁷ Dette var tilfelle i Rt. 2006 side 385.

¹⁸ Dette var tilfelle i Rt. 2011 side 1348.

¹⁹ Rt. 2011 side 1348 (56).

²⁰ Se om konsekvenshensyn i Kjønsstad (2006), særlig på side 380.

sømmene. Avhandlingen avgrenser følgelig mot det faktiske grunnlaget for rettsanvendelsen.²¹

Reglene om hvilke faktiske forhold en avgjørelse kan bygge på er detaljerte. Reglene kan være annerledes alt etter hvilken rettsinstans saken går for,²² om retten avgjør et materielt eller prosessuelt spørsmål, om den går etter reglene om allmennprosess,²³ småkravprosess²⁴ eller spesialprosessen, og om saken er fullt ut dispositiv, eller helt eller delvis indispositiv.²⁵

I avhandlingens fremstilling forutsetter jeg at faktumfastsettelsen i saken skjer ved muntlig hovedforhandling, etter reglene om allmennprosess og ved avgjørelsen av sakens realitet i fullt ut dispositive saker. Det kan tenkes at de svar jeg kommer frem til er det samme i andre prosessuelle sammenhenger, men det ville være uforholdsmessig tidkrevende å undersøke alle de ulike aspekter.

I den utstrekning det er nødvendig å foreta ytterligere avgrensninger presiseres dette fortløpende.

1.4 Avhandlingens struktur

Strukturen i avhandlingen er bygget opp rundt to rettsdogmatiske hovedkapitler som skal analysere tvisteloven § 21-2 (3). Avhandlingen har to mindre kapitler. Meningen med disse er å gi en viktig faktisk og rettslig kontekst for tematikken og hovedkapitlene.

I kapittel to redegjøres det noe generelt for dommerens private kunnskap som et prosessuelt problem. Kapitlet har en vid innfallsvinkel. Det redegjør for hvordan dommerens private kunnskap kan påvirke utfallet av en sak, og hvordan sivilprosessen mer overordnet regulerer dommerens private kunnskap. Til slutt redegjøres det for metodiske spørsmål.

I kapittel tre skal jeg redegjøre for sivilprosessens målsettinger og målsettingenes forhold til dommerens private kunnskap. Kapittel tre avsluttes med en rettspolitisk drøftelse om forholdet mellom dommerens private kunnskap og sivilprosessens målsettinger.

²¹ Se nærmere om det faktuelles rolle i rettsanvendelsen i Jerkø (2014).

²² Se tvisteloven kapittel 29 og 30.

²³ Tvisteloven kapittel 9.

²⁴ Tvisteloven kapittel 10.

²⁵ Se tvisteloven § 11-4 og § 21-3 (2) 1. punktum.

Kapittel fire er det første rettsdogmatiske hovedkapittelet. Her undersøkes det hva som kreves av dommerens private kunnskap for at kunnskapen kan trekkes inn som en del av rettens avgjørelsesgrunnlag som et bevis, og når slik kunnskap eventuelt må underlegges kontradiksjon. Jeg vil besvare andre relevante rettsspørsmål i denne sammenheng.

Kapittel fem er det andre rettsdogmatiske hovedkapittelet. Her skal reglene som regulerer dommerens private kunnskap om erfaringssetninger analyseres. Jeg skal både se på når erfaringssetninger kan trekkes inn i bevisvurderingen, og i hvilken utstrekning disse må underlegges kontradiksjon. Jeg vil besvare andre relevante rettsspørsmål i denne sammenheng.

I avhandlingens siste kapittel, kapittel seks, foretas det en kort sammenfatning.

2 Allment om dommerens private kunnskap som et prosessuelt problem

2.1 Generelt

Kapittelets siktemål er å vise hvordan dommerens private kunnskap kan påvirke sakens utfall rent faktisk, og å gi en oversikt over og innsikt i de sivilprosessuelle reglene som har betydning for om dommerens private kunnskap kan påvirke sakens utfall. Kapittelet vil gi et viktig faktisk bakteppe, samtidig som temaet settes inn i sin rettslige kontekst.

På et psykologisk plan kan dommerens kunnskap alltid påvirke utfallet av en sak gjennom å påvirke hennes avgjørelser. For å gi et innblikk i den virkeligheten rettsreglene må forholde seg til, redegjøres det for det psykologiske perspektivet i punkt 2.2. Dommerens private kunnskap kan også påvirke hvem som er dommer i saken (2.3), den kan inngå i og påvirke bevisvurderingen (2.4) og den kan reise utfordringer med tanke på kontradiksjonskravet (2.5). Metodiske spørsmål redegjøres for i punkt 2.6.

2.2 Det psykologiske perspektivet

En dommer må som en del av dommergjerningen treffe en rekke avgjørelser. Alle avgjørelser kan på et psykologisk plan påvirkes av den kunnskap mennesket besitter. I dette punktet skal jeg gi en kort redegjørelse av hvordan kunnskap kan påvirke de valg et menneske foretar, herunder dommere.

Mennesket kan sies å stå overfor et «beslutningsproblem» der det må velge mellom ett av flere alternativer, og må relatere alternativene til de konsekvensene eller eventualiteter valget av alternativer medfører. Menneskets «beslutningsramme» kan sies å være hennes oppfatning av, eller kunnskap om, konsekvensene eller eventualitetene.²⁶

I psykologien skal «*theories of decision making*» eller «*decision making theories*» undersøke hvordan mennesker foretar beslutninger. Én av de teoriene som har stor empirisk støtte er «to

²⁶ Se om «beslutningsramme» («decision frame») i Tversky og Kahneman (1981) side 453.

system-teorien» («*dual process theory*»)).²⁷ Teorien bygger på at mennesker har to system som grunnlag for sine beslutninger. Det første systemet (system 1) beskriver de beslutninger mennesker tar «automatisk» og ubevisst, typisk mer «dagligdagse» beslutninger. Eksempler er beslutninger om å pusse tenner eller å ta på seg klær. Det andre systemet (system 2) beskriver de beslutninger som bygger på nøye overveielser, dvs. hvor beslutningen er foretatt bevisst og kontrollert.²⁸ System 1 er grunnlaget for menneskets avgjørelser, med mindre system 2 kobler ut system 1. Slik utkobling skjer fordi mennesket vurderer det som nødvendig. I begge systemene inngår menneskets kunnskap som en mulig påvirkningsfaktor som styrer beslutningene.

Hvis dommeren tar en beslutning på bakgrunn av system 2, kan kunnskapen påvirke avgjørelsen *bevisst*. Dommeren er oppmerksom på at hun besitter kunnskap og at kunnskapen påvirker hennes valg.²⁹ Dette kan f.eks. være tilfelle ved dommerens vurdering av et vitneutsagns pålitelighet eller troverdighet, og dommeren kjenner vitnet.

Hvis dommeren tar en beslutning på bakgrunn av system 1, kan kunnskapen *ubevisst* påvirke hennes valg. Kunnskapen kan da hevdes å være en del av hennes ubevissthet, fordi «[u]nconscious thought is said to be an active process during which information is organized, weighted, and integrated in an optimal fashion».³⁰ Som et eksempel kan det trekkes frem det psykologien betegner som «*heuristikker*». Dette er fremgangsmåter eller strategier mennesker bruker når det skal løse et problem ved å forenkle problemet.³¹ Eksempelvis bruker dommeren «intuisjonen» ved problemløsning, fremfor å analysere problemet grundig.³² Dommeren tenker gjerne ikke over hvorfor hun ikke stoler på vitneforklaringen til et vitne. Slike beslutningsstrategier kan være problematisk ettersom de kan medføre ubevisste (eller bevisste) biaser.³³ En kvinnelig dommer stoler eksempelvis generelt ikke på et «mannlig vitneutsagn» og vice versa. En dommer kan også ha mottatt ekstern stimuli som ubevisste inntrykk fra bilder, ord, handlinger m.v., som kan påvirke hva dommeren husker av en

²⁷ Se nærmere Kahneman (2011).

²⁸ Som redegjort for i Kahneman (2003) på side 697–720.

²⁹ Dommeren kan være bevisst sin kunnskap, men kunnskapen lar seg ikke artikulere («skjult kunnskap»), se nærmere Strømø (2008).

³⁰ Som sitert i Newell m.fl. (2008) på side 708.

³¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Heuristics_in_judgment_and_decision-making.

³² For en kritisk tilnærming til menneskets ubevissthet og beslutninger, se Newell m.fl. (2014) side 1-19.

³³ Avdekkingen av at menn jevnt over blir dømt til strengere straffer enn kvinner ved promillekjøring kan kanskje være et eksempel på ubevisste biaser, se <https://www.dagbladet.no/magasinet/ulikhet-for-loven/69535886>.

omstendighet og eller danne forventninger. Dette betegnes som en «*priming-effect*».³⁴ Slik kan dommeren bli «forhåndspåvirket» når hun står overfor et valg.

Et eksempel fra høyesterettspraksis som viser at Høyesterett tar konsekvensen av at dommerens kunnskap kan påvirke henne ubevisst, er kjennelsen inntatt i Rt. 1958 side 1136. En odelsløser hadde begjært overtakst. Før takstfastsettelsen hadde han oppsøkt fire av skjønnsmennene og angivelig kommet med anførsler om taksten. Det prosessuelle spørsmålet var om skjønnsmennene var inhabil etter domstolloven § 108, som sier at hvis det foreligger omstendigheter som er egnet til å svekke tilliten til dommeren, er hun inhabil.³⁵ Skjønnsmennene anførte at de ikke var blitt påvirket av samtalen med odelsløseren. Høyesterett opphevet likevel skjønnsmennenes avgjørelse. Det var tilstrekkelig å konstatere at «[...] det ikke kan utelukkes at disse anførsler har øvet innflytelse på skjønnsmennene, selv om de ikke har vært seg det bevisst».³⁶

Et eksempel på at Høyesterett *ikke* tar konsekvensen av at dommerens kunnskap kan påvirke henne ubevisst, er dommen inntatt i Rt. 2011 side 1348. Ett av spørsmålene var om en fagkyndig meddommer var inhabil til å dømme i en arbeidsrettslig tvist. Én av anførselene gikk ut på at meddommeren var inhabil etter domstolloven § 108, fordi han hadde spist middag med en av partene og partens prosessfullmektig. Høyesterett avviste innsigelsen, bl.a. fordi det «ikkje vart snakka om saka under middagen».³⁷

Punkt 2.2 viser at dommerens private kunnskap alltid kan være et prosessuelt problem på et psykologisk plan, uavhengig av hvilken rettslig regulering som gjelder. Dette er den virkeligheten prosessreglene må forholde seg til.

2.3 Privat kunnskap og hvem som er dommer i saken

Det at dommeren på et psykologisk plan bevisst og ubevisst kan la seg påvirke av sin kunnskap, viser at det kan være prosessuelt betenkelig å la dommeren opptre i saken.

³⁴ [https://en.wikipedia.org/wiki/Priming_\(psychology\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Priming_(psychology)).

³⁵ Domstolloven § 108 redegjøres for i punkt 2.3.

³⁶ Rt. 1958 side 1136 side 1140. Se Rt. 1992 side 1537 og Rt. 2011 side 893 (16) for andre eksempler hvor dommeren kunne blitt påvirket ubevisst av sin kunnskap.

³⁷ Rt. 2011 side 1348 (55).

Sivilprosessen gir regler som sier noe om når dommerens private kunnskap er av en slik karakter at dommeren skal holdes utenfor saken.

Grunnlovens konstitusjonelle krav er at *domstolen* skal være «upartisk», noe som også følger av den alminnelige lovgivningen.³⁸ At domstolen skal være upartisk har flere sider, herunder at *dommeren* skal opptre upartisk. Dommerens private kunnskap skal ikke urettmessig påvirke dommergjerningen.³⁹ Domstollovens habilitetsregler er sentrale regler som skal motvirke dette, først og fremst §§ 106-108.⁴⁰

Domstolloven § 106 angir en rekke situasjoner hvor dommeren må holdes utenfor saken. I enkelte av situasjonene er det åpenbart vanskelig for dommeren å sjalte ut privat kunnskap som er saken uvedkommen.

Paragraf 107 påpeker at den som dømmer ikke kan være sakkyndig eller vitne i saken. Tanken er at det er uforenelig med dommerrollen å besitte (privat) kunnskap som et vitne eller en sakkyndig i saken.⁴¹

Dommerens private kunnskap kan også gjøre henne inhabil etter domstolloven § 108. Bestemmelsen sier at hvis dommerens private kunnskap utgjør en «særegen omstendighet» som er «skikket til å svekke tilliten til [dommerens] uhildethet», er dommeren inhabil.⁴²

Domstolloven § 108 er tolket slik at det må foretas to «tester» som begge kan gjøre dommeren inhabil. Den subjektive testen går ut på om dommeren rent faktisk klarer å se bort fra sin kunnskap. Den objektive testen går på om dommerens kunnskap er av en slik karakter at allmennheten har grunn til å stille spørsmål ved om dommeren klarer å opptre upartisk.⁴³ Den objektive testen samsvarer godt med utgangspunktet om at dommeren ubevisst kan bli påvirket av sin (private) kunnskap.⁴⁴ Vurderingen er etter ordlyden noe skjønnsmessig, men ifølge Høyesterett skal «sakens karakter og alvor» tillegges vekt, og vurderingen kan derfor falle «forskjellig ut i straffesaker og i sivile saker».⁴⁵

³⁸ Jf. Grunnloven § 95 1. ledd 1. punktum og tvisteloven § 1-1 (1) 1. punktum.

³⁹ Se domstolloven 55 3. ledd 2. punktum og forutsetningsvis Grunnloven § 95 2. ledd.

⁴⁰ Forarbeidene til tvisteloven understreker at dommerens kunnskap kan gjøre henne inhabil, se NOU 2001:32 A side 456.

⁴¹ Se nærmere om domstolloven § 107 i Alten (1948) side 86 og Bøhn (2013) side 388-390.

⁴² «[D]omstolloven § 108 må forstås slik at innholdet samsvarer med kravene etter Grunnloven § 95 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 6 nr. 1», jf. HR-2016-831-U.

⁴³ Jf. bl.a. HR-2017-1253-U (16 og 17) og HR-2016-2311-P (14). Den objektive testen har fått spesielt mye omtale i høyesterettspraksis, se eksempelvis Rt. 2004 side 631 (13).

⁴⁴ Se punkt 2.2. Det virker som Andreassen (1990) er inne på dette på side 180.

⁴⁵ Jf. HR-2018-94-U (12) med videre henvisninger.

Selv om dommerens private kunnskap kan medføre at hun må holdes utenfor saken, kan kunnskapen også være årsaken til at hun opptrer som dommer i saken.

De fagkyndige meddommerne oppnevnes særskilt grunnet sin kompetanse på det faktiske område tvisten omhandler.⁴⁶ Forutsetningen for oppnevningen er at det er nødvendig ut fra hensynet til forsvarlig saksbehandling.⁴⁷

Som et utgangspunkt skal den enkelte dommer få tildelt en sak på et tilfeldig grunnlag («tilfeldighetsprinsippet»)⁴⁸ I praksis er det likevel slik at de mer erfarne dommerne ofte blir tildelt de store og mer avanserte sivile sakene, både av hensyn til dommerens helse, alder og arbeidsbyrde.⁴⁹ Slik sett dommerens (forutsatte) private kunnskap påvirke hvilke saker hun tildeles.⁵⁰

I forslaget til om det bør opprettes ytterligere særdomstoler i Norge, NOU 2017:8, foreslås det at i forbindelse med «barnesaker»,⁵¹ «[...]bør [dommerne] ha en særskilt kompetanse [om «barnesaker»], ut over den generelle dommerkompetansen. For å sikre dette, bør det etableres et opplæringsløp, i form av et grunnprogram og jevnlig oppdateringer».⁵² Tas utvalgets forslag til følge, er det bare de dommerne som har eller opparbeider seg en bestemt form for (privat) kunnskap – kunnskap i «barnesaker» – som kan opptre som dommere i slike saker.

2.4 Privat kunnskap og avgjørelsesgrunnlaget og bevisvurderingen

Forutsatt at dommerens private kunnskap ikke er av en slik karakter at dommeren er inhabil, kan kunnskapen inngå i avgjørelsesgrunnlaget og bevisvurderingen i saken.

For at dommerens kunnskap kan inngå i avgjørelsesgrunnlaget og brukes i bevisvurderingen, er det en forutsetning at hun har en nødvendig «ramme» som gjør henne i stand til å foreta en bevisvurdering. For eksempel trenger dommeren grunnleggende lese- og skriveferdigheter og grunnleggende kunnskaper om hvordan verden henger sammen.⁵³

⁴⁶ Se tvisteloven § 9-12 (3) og domstolloven § 94 1. ledd 1. punktum.

⁴⁷ Jf. tvisteloven § 9-12 (2). Se nærmere om fagkyndige meddommere i punkt 5.5.4.3 og 5.5.6.

⁴⁸ Se nærmere om «tilfeldighetsprinsippet» i Lødrup (1991) side 405, Bøhn (2013) side 24 og 25 og Backer (2015) side 112-113.

⁴⁹ Bøhn (2013) side 25.

⁵⁰ Dommerfullmektiger skal tildeles saker etter en «vurdering av hvilke saker dommer-fullmektigen bør få ansvar for», se Rundskriv G-46/1999 punkt 6-2 (min utheving).

⁵¹ Se om «barnesaker» i forslaget side 75 flg.

⁵² Jf. forslaget side 23. Se også drøftelsene på side 168 flg.

⁵³ Slike grunnleggende kunnskaper kan minne om det Lindell klassifiserer som «fundamentale fakta», se Lindell (2007) side 57 og Lindell (2012) (tredje utgave) side 460 med videre henvisninger.

Utover slike grunnleggende kunnskaper, kan dommerens private kunnskap trekkes inn i avgjørelsesgrunnlaget med funksjon som et *bevis*. I denne avhandlingen bruker jeg ordet «bevis» om opplysninger som, på en eller annen måte, skal beskrive det konkrete saksforholdet eller hendelsesforløpet i saken, enten direkte eller indirekte. F.eks. har dommeren privat kunnskap om at A slo B i hodet. Dette er kunnskap som svarer til et «bevis» i det påfølgende erstatningssøksmålet B retter mot A.

Det er vanlig å betegne et «bevis» i alminnelighet som noe som skal vise noe annet.⁵⁴ Ordet «bevis» har for øvrig ingen definisjon i tvisteloven og brukes med noe ulik betydning i rettslitteraturen.⁵⁵ Dette innebærer at bruken kan avvike fra forfatter til forfatter.

Dommeren kan dernest trekke inn privat kunnskap om *erfaringssetninger* i bevisvurderingen. Erfaringssetningene er, til forskjell fra bevisene, generelle antakelser om hvordan noe normalt går for seg. Erfaringssetningene kan klassifisere som «bevisvurderende», som sier noe om pålitelig- eller troverdigheten til enkeltbevis, eller «formodninger», som sier noe om et faktisk utgangspunkt («utgangssannsynlighet») som saken bygger på.⁵⁶ Et eksempel på en bevisvurderende erfaringssetning er at «mennesker ser normalt dårligere om natten enn om dagen». En formodning kan være at det ved overdragelse av fast eiendom normalt anvendes skriftlig kontrakt. En kan se det slik at erfaringssetninger er det en slutter med, mens bevisene er det som det sluttes fra.

Det prosessuelle problemet som oppstår er den nærmere grensdragningen for hvilken privat kunnskap dommeren skal kunne trekke inn i avgjørelsesgrunnlaget og bevisvurderingen. Reguleringen av dette er noe detaljert og ulik alt etter om dommerens private kunnskap har funksjon som et bevis eller erfaringssetning.

Ordet «avgjørelsesgrunnlaget» brukes ikke helt konsekvent i rettslitteraturen.⁵⁷ Tvisteloven har ingen definisjon på ordet, selv om overskriften i tvisteloven §§ 29-15, 29-16, 30-9 og 30-10 kan gi en indikasjon på at avgjørelsesgrunnlaget omfatter de beviser retten kan ta i betraktning i bevisvurderingen. Slik jeg bruker ordet, utgjør avgjørelsesgrunnlaget alle de *beviser* retten kan ta i betraktning ved en avgjørelse.

Regelen om hvilke *bevis* retten kan ta i betraktning i bevisvurderingen, fremgår av tvisteloven § 21-2 (2) 1. punktum. Bestemmelsen sier at retten bare kan ta i betraktning opplysninger som fremgår av det som skal være grunnlaget for avgjørelsen (avgjørelsesgrunnlaget). Reglene om grunnlaget for avgjørelsen fremgår av tvisteloven § 11-1 (1) og (2).

⁵⁴ Løvlie (2014) side 270.

⁵⁵ «Bevis» kan også spaltes opp i bevis i snever forstand, indiser og hjelpefakta, se f.eks. Øyen (2016) side 322. Se også Løvlie (2014) side 157 flg. og Strandberg (2012) side 49 flg. om «bevis».

⁵⁶ Se punkt 5.2.

⁵⁷ Hov (2017) side 238 bruker formuleringen «det formelle avgjørelsesgrunnlaget».

Det følger av § 11-1 (1) at «[a]vgjørelser etter hovedforhandling, ankeforhandling, sluttbehandling i småkravprosess og § 9-5 fjerde ledd⁵⁸ treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøte». Skriftlige redegjørelser kan bare tas i betraktning hvis det er «bestemt i loven».⁵⁹ At det er «behandlingen i rettsmøte» avgjørelsen treffes på «grunnlag av», innebærer at det er partsinnleggene og partenes bevisføring retten kan ta i betraktning (hovedforhandlingen).

Twisteloven § 11-1 (2) sier at i «[a]ndre avgjørelser» enn de som treffes etter § 11-1 (1), er det «sakens dokumenter og behandlingen i rettsmøter» som inngår i grunnlaget for avgjørelsen.⁶⁰ Bestemmelsen regulerer i hovedsak prosessuelle spørsmål eller avgjørelser etter spesialprosessen som skal bruke deler av tvistelovens saksbehandlingsregler.⁶¹ I enkelte tilfeller regulerer bestemmelsen grunnlaget for avgjørelsen ved avgjørelsen av sakens realitet.⁶² Utover dette er reglene noe ulik alt etter hvilken rettsinstans saken går for.⁶³

Hvis ikke dommerens kunnskap fremgår av grunnlaget for avgjørelsen etter de nevnte reglene, skal dommeren ifølge tvistelovens forarbeider «[...] som hovedregel ikke [...] bygge på kunnskap om saksforholdet han har fått på annen måte».⁶⁴

Regelen i § 21-2 (2), jf. §§ 11-1 (1) og (2) må imidlertid leses i sammenheng med § 21-2 (3) 1. punktum. Ifølge denne bestemmelsen kan dommeren i bevisvurderingen

«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».

Bestemmelsen utvider i realiteten avgjørelsesgrunnlaget til retten. Har dommeren privat kunnskap som kan sies å være erkjennelser eller vitterlige kjensgjerninger i lovens forstand, kan hun trekke den inn som en del av avgjørelsesgrunnlaget.⁶⁵

Selv om det ikke følger av ordlyden i § 21-2 (3) 1. punktum, regulerer bestemmelsen òg hvilke *erfaringssetninger* retten kan trekke inn i bevisvurderingen. Forutsetningen for at

⁵⁸ Paragraf 9-5 (4) gjelder de tilfeller hvor dommeren har et forsvarlig grunnlag for å treffe en realitetsavgjørelse under saksforberedelsen og partene samtykker til dette.

⁵⁹ Se bl.a. §§ 9-9 (1), jf. (3) og (4), 10-3 (5) 4 punktum jf. 10-2 (3) 2. punktum.

⁶⁰ Se nærmere om § 11-1 (2) i Schei m.fl. (2013) side 377.

⁶¹ Se f.eks. tvangsfullbyrdsloven § 6-1, skifteloven § 22 og skjønnsprosessloven § 2.

⁶² Dette gjelder dommer i forlikrådet, jf. § 6-8, ved enighet mellom partene, jf. § 9-7, ved forenklet domstolsbehandling, jf. § 9-8, som fraværdom der partene har fravær i saken etter §§ 16-7 og 16-8, jf. 16-10 og hvor det er besluttet, helt eller delvis, skriftlig behandling, jf. §§ 9-9 (2), 29-16 (5) og 30-10 (4).

⁶³ Se nærmere om reglene for ankeinstansen i tvisteloven kapittel 29 og 30.

⁶⁴ NOU 2001:32 A side 457.

⁶⁵ Bestemmelsen utgjør et unntak fra «forhandlingsprinsippet», se tvisteloven § 11-2 (2) 1. punktum og note 206.

dommeren kan anvende sin private kunnskap om en erfaringssetning, er at den er en del av «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde».⁶⁶

Paragraf 21-2 (3) forutsetter et skarpt skille mellom kunnskap som kan trekkes inn som beviser om det konkrete saksforholdet – erkjennelser og vitterlige kjensgjerninger – og generelle kunnskaper som kan trekkes inn ved vurderingen av opplysningene som sier noe om det konkrete saksforholdet – erfaringssetninger. I lovens forstand er vitterlige kjensgjerninger og erkjennelser *beviser* om det konkrete saksforholdet, ikke generelle kunnskaper.⁶⁷ Nøyaktig hvor skillet mellom konkrete saksopplysninger og generelle kunnskaper går, er verken bestemmelsens ordlyd eller forarbeidene tydelig på.⁶⁸ Dette omtales nærmere i punkt 4.1.2.

Når jeg sier at bestemmelsen bygger på en skarpt skille mellom beviser og generelle kunnskaper, er forutsetningen at jeg legger til grunn min bruk av ordet «bevis». Det kan være litt forvirrende at «hjelpéfakta» tidvis rubriseres som en del av sakens «beviser».⁶⁹ Som påpekt av Zahle er hjelpéfakta i realiteten presiseringer av (generelle) erfaringssetninger som anvendes i den konkrete saken.⁷⁰

2.5 Privat kunnskap og kontradiksjonskravet

Selv om dommerens private kunnskap kan inngå i avgjørelsesgrunnlaget og brukes i bevisvurderingen, betyr ikke det at dommeren kan bruke kunnskapen helt fritt. Det gjelder i en viss utstrekning et krav om kontradiksjon.

At saksbehandlingen skal være kontradiktorisk innebærer at partene skal ha mulighet til å *ta til motmæle*. Partene skal kunne uttale seg om opplysninger som angår sakens faktiske side, enten disse kommer fra motparten, dommeren eller andre.⁷¹ Kravet gjelder både ved avgjørelsen av sakens realitet og avgjørelsen av prosessuelle spørsmål.

Kontradiksjonskravet er innfortolket i Grunnloven § 95 1. ledd 2. punktum og menneskerettskonvensjonen artikkel 6 nr. 1 1. punktum, jf. menneskerettsloven § 2 nr. sine krav om en rettferdig rettergang.⁷²

⁶⁶ Se punkt 5.3.

⁶⁷ Se også punkt 4.1.1.

⁶⁸ Se om sontringen mer generelt i Lindell (2007) side 59 flg.

⁶⁹ Se f.eks. Øyen (2016) side 322.

⁷⁰ Zahle (1976) side 237. Se også Løvlie (2014) side 159-160.

⁷¹ Det er noe uklart om Skoghøy (2017) side 545 inkluderer bevisføringsretten som en del av kontradiksjonskravet.

⁷² Jf. bl.a. HR-2016-1252-A (32). EMK artikkel 6 nr. 1 kommer formelt sett bare til anvendelse «[i]n the determination of his civil rights and obligations [...]». Grunnloven § 95 gjelder alle saker for domstolene, jf. «sin sak». Se nærmere om dette i Aall (2015) side 24 flg.

Slik tvisteloven er bygget opp, er det prosessuelt sett grunn til å skille mellom kontradiksjon mellom partene og kontradiksjon mellom retten og partene.⁷³ Tvisteloven § 1-1 (2) 2. punktum spesifiserer hva kontradiksjon mellom partene innebærer: Partene skal «[...]få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis», og gir med dette et generelt kontradiksjonskrav mellom partene.⁷⁴ Ved kontradiksjon mellom partene slår hensynet til likebehandling inn: den ene parten skal ikke få uttale seg om noe den andre ikke får.⁷⁵

Med kontradiksjon mellom retten og partene, mener jeg at partene skal få mulighet til å uttale seg om den kunnskapen retten trekker inn i saken. I tvisteloven kommer denne siden av kontradiksjonskravet til uttrykk i bl.a. § 9-6 (1) som sier at «[p]artene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen», og § 11-1 (3) 1. punktum som sier at «[r]etten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om». Bestemmelsene sikrer imidlertid ikke noe generelt krav til kontradiksjon mellom retten og partene. Det er § 21-2 (3) 2. punktum som først og fremst sikrer kontradiksjon om dommerens private kunnskap. Ifølge bestemmelsen, skal all kunnskap retten trekker inn i saken etter § 21-2 (3) 1. punktum underlegges kontradiksjon hvis kunnskapen «kan være usikker eller omtvistet».⁷⁶

Det er to hensyn som begrunner hvorfor det skal være kontradiksjon om dommerens private kunnskap, og som også begrunner et krav til kontradiksjon mer generelt. For det første kan kontradiksjon bidra til å sikre materielt riktige avgjørelser.⁷⁷ Svakheter og uriktigheter ved dommerens private kunnskap kan avdekkes eller påpekes av partene. For det andre kan kontradiksjon bidra til at saksbehandlingen blir tillitsfull. Kontradiksjon sikrer at partene blir hørt og kan påvirke dommerens bruk av hennes private kunnskap. Slik kan partene og allmennheten få tillit til domstolens avgjørelser.⁷⁸ Hensynene omtales nærmere i punkt 3.2 og 3.3.

På generelt grunnlag må kravet til kontradiksjon underlegges to presiseringer. Den første er at partene må ha en *reell* (effektiv) mulighet til kontradiksjon. Partene skal ha tilstrekkelig tid til

⁷³ Se Øyen (2016) på side 326 til 327 om sontringen i straffeprosessen.

⁷⁴ Bestemmelsen ordlyd sikrer også kontradiksjon om partenes *rettslige argumentasjon*. Et slikt krav gjelder ikke for rettens rettsanvendelse, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 403.

⁷⁵ Se Ot.prp. nr.51 (2004–2005) side 167.

⁷⁶ Se punkt 4.4 og 5.5.

⁷⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2005–2005) side 48. Se også Backer (2015) på side 103, Robberstad (2015) side 9 og Matningsdal (2013) på side 15 om begrunnelsen bak kontradiksjonskravet mer generelt.

⁷⁸ Aspektet berøres òg av EMD, se bl.a. *Mantovanelli v. France* (33) og særlig *Beer v. Austria* (18) hvor det uttales at «[w]hat is at stake is the litigants' confidence in the workings of justice».

å sette seg inn i saken og den omstendighet som skal underlegges kontradiksjon.⁷⁹ Den andre presiseringen er at kontradiksjonskravet er *relativt*. Med dette menes at kontradiksjonskravet avpasses noe alt etter hvor alvorlig saken er, betydningen av de ulike saksopplysningene, om partene gir uttrykk for et ønske om å uttale seg o.l. forhold.

At kontradiksjonskravet er relativt følger ikke uttrykkelig av noen lovbestemmelse eller prinsipputtalelse i høyesteretts- eller EMDs-praksis. At det stilles strengere krav til saksbehandlingen alt etter hvor alvorlig saken er, er likevel ikke et ukjent fenomen i sivilprosessen. Tvisteloven skiller mellom ulike saksbehandlingsregler for småkravs- og allmennprosessen, jf. tvisteloven kapittel 9 og 10, og mellom dispositive og indispositive saker, jf. tvisteloven §§ 11-4 og 21-3.⁸⁰ Det kan også virke som om EMD forutsetter at det kan stilles noe strengere krav til kontradiksjon alt etter betydningen av sakens enkeltbevis.⁸¹

2.6 Metodiske spørsmål

2.6.1 Allment om metode og rettskilder

De rettsspørsmål avhandlingen reiser analyseres i tråd med rettsdogmatisk metode. Dette innebærer at rettskildene er styrende for analysene. Den enkelte rettskildes relevans, slutning og vekt må klarlegges i lys av de konkrete spørsmål som drøftes, likevel slik at analysen skjer i tråd med de særlige tilleggskrav som følger av den rettsdogmatiske metode, herunder grundighet, balanse, etterprøvbarehet, kritisk tenkning og en særlig metodisk bevissthet.⁸²

Avhandlingens rettsspørsmål er lovregulert. Lovtekst og lovforarbeider får derfor en sentral plass i analysene. Jeg vil enkelte steder måtte foreta en noe mer systembasert tilnærming.⁸³ Dette gjør jeg der lovteksten ikke er tilpasset det konkrete rettsspørsmålet eller ikke tar tilstrekkelig hensyn til tvistelovens øvrige rettsregler. Dette gjelder særlig punkt 5.5.

Høyesterett behandler ikke eksplisitt noen av de rettsspørsmål avhandlingen analyserer. I den utstrekning jeg trekker inn høyesterettspraksis som gjelder andre lovregler eller andre rettsspørsmål i analysene, må det særskilt begrunnes om avgjørelsene har relevans, hvilke

⁷⁹ Se Krčmář and others v. The Czech Republic (42). Se også NOU 2001:32 A side 173, Bertelsen (2011) på side 172-173 og Skoghøy (2017) side 547.

⁸⁰ Uttalelser i NOU 2001:32 A side 173 og 597 virker å forutsette et relativt kontradiksjonskrav.

⁸¹ Se særlig Krčmář and others v. The Czech Republic (42).

⁸² Se om detaljene i den rettsdogmatiske metode i Askeland m.fl. (2013) kapittel 2 side 17flg., og om de vitenskapelige krav som stilles til rettsvitenskapelige arbeider i Bernt (1995) side 10 flg., særlig på side 12.

⁸³ Se om «koherensideal» i Askeland m.fl. (2013) side 20-21.

slutninger som kan trekkes ut av avgjørelsene og hvilken vekt avgjørelsene skal få. Avhandlingen analyserer i hovedsak kjennelser.⁸⁴

Juridisk litteratur og underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt, og som rettskilder er ikke disse rettskildene en del av analysenes hovedfokus. Avhandlingen er imidlertid et rettsvitenskapelig arbeid. Det er derfor viktig å vise til andre rettsvitenskapelige arbeider som omhandler samme tema eller rettsspørsmål som avhandlingen tar opp.⁸⁵ Underrettspraksis trekker jeg inn i den utstrekning avgjørelsene gir et interessant perspektiv eller et illustrerende bidrag til drøftelsene.

Avhandlingen reiser flere krevende rettsspørsmål, og de autoritative rettskildene lovtekst, forarbeider og høyesterettspraksis gir sjeldent klare svar. Reelle hensyn vil derfor kunne få en betydningsfull rolle i analysene. Som rettskilde har ikke reelle hensyn i seg selv stor vekt. I den utstrekning reelle hensyn kan sies å følge av andre rettskilder, som f.eks. forarbeidene eller formålsparagrafer, får hensynene større gjennomslagskraft.⁸⁶ Sentrale reelle hensyn i sivilprosessen og deres betydning for avhandlingen redegjøres for i kapittel 3.

2.6.2 Rettskilder som knytter seg til tvistemålsloven

Noen av de rettsspørsmål som analyseres var regulert i tvistemålsloven.⁸⁷ I den grad tvisteloven viderefører rettstilstanden etter tvistemålsloven uten at det foreligger realitetsendringer, vil rettskilder som knytter seg til tvistemålsloven være relevant ved klarlegging av rettstilstanden etter tvisteloven. I den utstrekning tvisteloven viderefører rettstilstanden etter tvistemålsloven, påpekes dette fortløpende.

Det må understrekes at *kontradiksjonskravet* er noe strammet inn etter tvistelovens regler om kontradiksjon, i forhold til kontradiksjonskravet som gjaldt etter tvistemålsloven.⁸⁸ Årsaken er den innflytelsen EMK-retten, og særlig EMD-praksis, har fått i norsk rett ved vedtakelsen av

⁸⁴ Se Skoghøy (2002) side 327-328 om at betydningen av avgjørelsen (vekten) kan variere alt etter om avgjørelsen fattes av Høyesterett i plenum, storkammer, avdeling, ankeutvalg eller av forberedende dommer. Se også Backer (2015) side 53-54.

⁸⁵ Bernt (1995) side 12.

⁸⁶ Se backer (2015) side 44 om at tvisteloven § 1-1 lovfester reelle hensyn og betydningen av dette.

⁸⁷ Se om tvistemålslovens betydning for tolkningen av tvisteloven mer generelt i Backer (2015) side 41-42.

⁸⁸ Tvistemålsloven inneholdt ingen generelle regler om kontradiksjon, se Rt. 2005 side 1590 (26). Det gjaldt likevel et generelt kontradiksjonskrav på ulovfestet grunnlag, jf. Rt. 1990 side 8 på side 12.

menneskerettsloven.⁸⁹ I den utstrekning innstrammingen også gjelder kontradiksjon om dommerens private kunnskap, påpekes dette.

2.6.3 Rettskilder som knytter seg til straffeprosessen

Avhandlingen gir en analyse av sivilprosessens regulering av dommerens private kunnskap. Flere av avhandlingens spørsmål er også aktuell i en straffeprosessuell sammenheng. Det er da straffeprosessloven og ulovfestet rett som regulerer enkeltspørsmålene. Rettstilstanden er ikke nødvendigvis den samme i straffe- og sivilprosessene i relasjon til spørsmålene. Dette innebærer at dersom avhandlingen bruker straffeprosessuelle rettskilder, må bruken særskilt begrunnes.

Ett av de sentrale tema i kapittel 4 punkt 4.2, er når dommerens private kunnskap kan sies å utgjøre «vitterlige kjensgjerninger» i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktums forstand. På dette punktet har Høyesterett sagt at regelen i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum er den samme i straffeprosessen.⁹⁰ For dette rettsspørsmålet har derfor straffeprosessuelle rettskilder relevans.

I avhandlingens kapittel 5 behandler jeg både spørsmålet om hvilke erfaringssetninger retten kan trekke inn i bevisvurderingen og hvilke krav som gjelder til kontradiksjon i denne sammenheng. Ved begge disse spørsmålene kan det stilles spørsmålsteget ved om rettstilstanden er annerledes i straffeprosessen i forhold til sivilprosessene. Retten har et overordnet ansvar for å sikre en forsvarlig saksopplysning i straffeprosessen, se straffeprosessloven § 294.

⁸⁹ Et godt eksempel på at kontradiksjonskravet er strammet inn, gir *Walston (no. 1) v. Norway*. EMD fant Høyesteretts kjæremålsutvalg sitt standpunkt i Rt. 1997 side 247 til å være i strid med menneskerettighetenes kontradiksjonskrav.

⁹⁰ Jf. Rt. 2012 side 65 (110).

3 Sivilprosessens målsettinger

3.1 Allment om målsettingene og betydningen for avhandlingen

Med sivilprosessens *målsettinger* mener jeg de overordnede idealer eller det sluttresultat den sivile rettergangen skal søke å oppnå.⁹¹ For å nå disse målsettingene har sivilprosessen *virkemidler*. Virkemidlene er saksbehandlingsregler eller saksbehandlingskrav i form av enkeltregler eller overordnede krav som skal realisere én eller flere av målsettingene. I dette kapittelet redegjøres det for sivilprosessens målsettinger og hvordan dommerens private kunnskap gjør seg gjeldende i henhold til disse. Jeg skal òg redegjøre for hvordan jeg mener målsettingene rent *rettspolitisk* bør avveies mot hverandre med tanke på dommerens private kunnskap.

Målsettingenes viktigste funksjon i avhandlingen er som reelle hensyn.⁹² I den utstrekning de autoritative rettskildene ikke gir noe klart svar på hvilket innhold en rettsregel som regulerer dommerens private kunnskap har, bør målsettingene være styrende for den nærmere klarleggingen av regelens innhold. I den grad en rettsregel gir rettsanvenderen et visst skjønnsrom, bør målsettingene være styrende for den nærmere skjønnsutøvelsen.⁹³

Ut fra tvisteloven § 1-1 og øvrige rettskilder er det naturlig å si at sivilprosessen bygger på fem målsettinger.⁹⁴ Innholdet i og grunnlaget for målsettingene redegjøres for fortløpende i kapittelets underpunkter. Sivilprosessen skal for det første oppnå materielt riktige avgjørelser. Dette blir behandlet i punkt 3.2. Videre skal saksbehandlingen være tillitsfull (3.3), hurtig (3.4) og kostnadseffektiv (3.5). Endelig skal sivilprosessen sikre at saksbehandlingen så langt som mulig ivaretar viktige ideelle verdier for individet og sentrale samfunnsinteresser. Det er noe vanskelig å peke på hvordan dommerens private kunnskap generelt kan påvirke denne siste målsettingen, og den behandles derfor ikke nærmere. Det bør være et mål at dommerens

⁹¹ En slik bruk av «målsettinger» er ikke vanlig i sivilprosessen. Se likevel liknende tilnærming i Hov (2017) på side 46 og Backer (2015) side 23 flg. Øyen (2016) side 24-26 har liknende tilnærming i straffeprosessen. En noe vanligere tilnærming å bruke «prinsipper» eller «grunnprinsipper» o.l., se f.eks. Skoghøy (2017) side 537 flg., Eldjarn (2016) side 82 flg. og Robberstad (2015) side 6 flg.

⁹² Se nærmere om reelle hensyn som rettskilde i Skoghøy (2013), Kjønstad (2006) og Backer (2015) side 44-45.

⁹³ Se om dommerskjønn og tvisteloven § 1-1 i Backer (2015) side 45.

⁹⁴ Andre som fremhever målsettinger i sivilprosessen er Bårdsen og Nordén (2008) side 9 («[k]onfliktløsning, rettsåndhevelse og rettsavklaring»), og Strandberg (2012) side 225 («korrigering av ulikheter mellom partene»).

private kunnskap får en slik rolle i saksbehandlingen at den ikke unødvendig setter viktige ideelle verdier for individet og sentrale samfunnsinteresser i fare.

3.2 Målsettingen om materielt riktige avgjørelser

En sentral sivilprosessuell målsetting er at domstolen avsier *materielt riktige avgjørelser*.⁹⁵ Målsettingen har ikke uttrykkelig forankring tvisteloven § 1-1 eller øvrige lovbestemmelser.⁹⁶ Likevel er det ikke tvilsomt at å oppnå materielt riktige avgjørelser er en av sivilprosessens overordnede målsettinger. Høyesterett har vist til målsettingen som «[...] en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang».⁹⁷ I forarbeidene er målsettingen fremhevet av både Tvistemålsutvalget og Justisdepartementet.⁹⁸ Justiskomiteen anså materielt riktige avgjørelser som «et grunnleggende mål» med prosessen.⁹⁹

Målsettingen om materielt riktige avgjørelser har to aspekter. For det første må avgjørelsen bygge på et faktisk forhold som har forankring i virkeligheten (riktig faktumfastsetting).¹⁰⁰ For det andre må sakens utfall være basert på en riktig rettsanvendelse som gir uttrykk for gjeldende rett.¹⁰¹ Målsettingen sikrer at rettsreglene blir mer enn abstrakte direktiver og at den som er materielt berettiget kan få håndhevet sin rett av domstolene.

Dommerens private kunnskap kan både være ønskelig og betenkelig med tanke på å realisere målsettingen. På den ene side er det betenkelig om dommeren trekker inn sin private kunnskap som bevis eller erfaringssetninger hvis kunnskapen ikke har tilstrekkelig sikkerhetsgrad.¹⁰² Da øker sannsynligheten for en materielt uriktig avgjørelse. Det kan i denne sammenheng være særlig utfordrende at dommeren *ubevisst* lar seg påvirke av sin private kunnskap.¹⁰³ Det skjer ingen kontroll av slik kunnskap.

På den annen side kan det være ønskelig for å realisere målsettingen at dommeren bruker sin private kunnskap. Vitterlige kjensgjerninger og alminnelige erfaringssetninger bør retten

⁹⁵ I rettskildene uttrykkes målsettingen tidvis som «hensynet til den materielle sannhet» eller «hensynet til materielt riktig dom», se f.eks. Rt. 2003 side 1814 (24) og NOU 2001:32 A side 129.

⁹⁶ Se likevel et uttrykk for målsettingen i tvisteloven § 11-5 (2).

⁹⁷ Jf. Rt. 2012 side 1985 (228) og Rt. 2012 side 667 (57), hvor målsettingen for øvrig ble ansett å følge av tvisteloven § 1-1 selv om ordlyden ikke indikerer dette.

⁹⁸ Se NOU 2001:32 A side 129 og Ot.prp. nr.51 (2004–2005) side 36.

⁹⁹ Jf. Innst.O.nr.110 (2004–2005) punkt 11.2.

¹⁰⁰ Se punkt 1.2.2 om sikkerhetsgrad i kunnskap.

¹⁰¹ Se nærmere om innholdet i målsettingen om materielt riktige avgjørelser i Robberstad (2015) side 12-14 under synsvinkelen «riktig resultat».

¹⁰² Se nærmere kapittel 4 og 5.

¹⁰³ Se om det psykologiske perspektivet i punkt 2.2.

kunne trekke inn i saken på egen hånd – disse er normalt sannhetsfremmende ettersom de har en høy sikkerhetsgrad.¹⁰⁴ Det er særlig viktig at saker med komplisert faktum settes med fagkyndige meddommere som har tilstrekkelig privat kunnskap, ettersom kunnskapen kan være helt avgjørende for å foreta en korrekt vurdering saksforholdet.¹⁰⁵

3.3 Målsettingen om en tillitsfull saksbehandling

At et ønske om en tillitsfull saksbehandling er en overordnet målsetting i sivilprosessen fremgår av tvisteloven § 1-1 (1) 1. punktum: «Loven skal legge til rette for en [...] tillitskapende behandling». Forarbeidene presiserer at tillitsmålsettingen har *selvstendig verdi* og fremhever den som et «særlig viktig hensyn».¹⁰⁶ Målsettingen kommer indirekte til uttrykk gjennom kravet til kontradiksjon i bl.a. tvisteloven §§ 9-6 (1) 11-1 (3), og tvistelovens regel om partenes bevisføringsrett i § 21-2 (1) 1. punktum. Alle disse reglene sikrer at partene, på en eller annen måte, blir hørt i prosessen.¹⁰⁷

I likhet med målsettingen om en materielt riktig avgjørelse har tillitsmålsettingen to aspekter: Det ene retter seg mot at *sakens aktører* får tiltro til at domstolens avgjørelser er rettmessig. For partene er det viktig å kunne påvirke avgjørelsen og ikke dømmes uhørt. Den andre siden retter seg mot at *allmennheten* har tillit til at domstolens avgjørelser er rettmessig. Hvorfor skal partene og allmennheten innrette seg etter domstolsavgjørelser de ikke har tillit til er rettmessig?¹⁰⁸

Dommerens private kunnskap kan både være ønskelig og betenkelig med tanke på å realisere målsettingen. På den ene side fremstår det som betenkelig om dommeren trekker inn privat kunnskap i saken som er feilkunnskap eller som kommer som en overraskelse på partene. Slik kunnskap får ikke partene uttale seg om eller påvirke bruken av.

På den annen side er det nødvendig at dommeren har et visst minimum av kunnskaper for at saksbehandlingen skal være tillitsfull.¹⁰⁹ Dommeren må ha grunnleggende allmennkunnskaper som partene og andre kan forvente at dommeren besitter. I bevisvurderingen forutsettes det at

¹⁰⁴ Se punkt 4.2.2. og 5.2.

¹⁰⁵ Se om den fagkyndige meddommeren i punkt 5.5.6.

¹⁰⁶ NOU 2001:32 B side 650, jf. NOU 2001:32 A side 129.

¹⁰⁷ At bevisføringsretten sikrer at partene blir hørt fremheves i NOU 2001:32 B side 945.

¹⁰⁸ Tilsvarende Lødrup (1991) side 388 som uttaler seg i forbindelse med straffeprosessen.

¹⁰⁹ Se punkt 2.4.

dommeren samvittighetsfullt og grundig skal vurdere sakens beviser, og for å realisere dette må hun ha et visst minimum av privat kunnskap, herunder erfaringssetninger.¹¹⁰

3.4 Målsettingen om en hurtig saksbehandling

Det må være en målsetting i sivilprosessen at saksbehandlingen er så *hurtig* som mulig. Grunnloven § 95 (1) 1. punktum og EMK artikkel 6 (1) 1. punktum krever at saker for domstolene skal avgjøres innen rimelig tid. I tvisteloven § 1-1 (1) 1. punktum påpekes det at saksbehandlingen skal være «rask». Et tydelig uttrykk for hurtighetsmålsettingen følger av rettens adgang til å sette frister for prosesshandlinger, jf. tvisteloven § 11-6 (2).¹¹¹

Målsettingen om en hurtig saksbehandling innebærer at saksbehandlingen ikke skal bruke lenger tid enn nødvendig – den skal ta så liten tid som mulig. For den *enkelte* er målsettingen viktig ettersom det kan være en stor påkjenning å leve i usikkerhet om utfallet av en tvist, særlig der store økonomiske eller ideelle verdier står på spill.¹¹² Et kjent uttrykk er at «*justice delayed is justice denied*», eller oversatt til en folkelig tone: det hjelper lite å ha rett om man ikke med tilstrekkelig hurtighet får konstatert sin rett av domstolene.¹¹³ For *samfunnet* er målsettingen viktig for å unngå at domstolsystemet hopper seg opp.

Dommerens private kunnskap kan både være ønskelig og betenkelig med tanke på å realisere målsettingen. På den ene siden kan det være betenkelig om dommeren har feilkunnskap eller trekker inn kunnskap som ikke underlegges kontradiksjon når den skulle vært det. Dette kan være en saksbehandlingsfeil.¹¹⁴ Slike feil gir grunnlag for anke og kan (unødvendig) forlenge prosessen.

På den annen side er det unødvendig tidkrevende at partene fører bevis for omstendigheter som alle og enhver kjenner til, og som det av rettens aktører må forventes at dommeren kjenner til. Partene kan heller ikke drive «opplæring» av dommeren: det må forventes at dommeren har visse forutsetninger for å forstå sakens faktiske side. Det er dessuten helt avgjørende for saksbehandlingstiden at dommeren har privat kunnskap om erfaringssetninger.

¹¹⁰ Se om bevisvurderingen i punkt 5.2 og 5.4.

¹¹¹ Vergemålsloven § 71 (2) 1. punktum gir et eksempel på at hurtighetsmålsettingen kan være svært viktig.

¹¹² Se drøftelsene i NOU 2001:32 A side 133.

¹¹³ Skoghøy (2017) side 573.

¹¹⁴ Ved brudd på kontradiksjonskravet skal det lite til før feilen regnes å ha betydning for avgjørelsen, se Backer (2015) side 103 og Skoghøy (2017) side 548 med henvisning til høyesterettspraksis.

Disse brukes i så stor utstrekning at det ville være uforholdsmessig tidkrevende om det var partene som måtte tilføre saken samtlige erfaringssetninger.

3.5 Målsettingen om en kostnadseffektiv saksbehandling

En så kostnadseffektiv saksbehandling som mulig er en målsetting i sivilprosessen. Tvisteloven § 1-1 (1) peker på at rettergangen skal være «effektiv», og står i tillegg til at rettergangen skal være «rask». I bestemmelsens annet ledd 4. strekpunkt påpekes det at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning».¹¹⁵ Dette virker å være en presisering av kostnadseffektivitetsmålsettingen. Enkeltutslag av målsettingen gir bl.a. reglene om stevning (§ 9-2) og tilsvær (§ 9-3). Disse reglene skal konsentrere saken om det partene er uenig om. Under saksforberedelsen har dommeren ansvaret for «[...] aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling», jf. tvisteloven § 9-4 (1).

Kostnadseffektivitetsmålsettingen har to aspekter: For det første bør sakens kostnader for partene og domstolsapparatet begrenses til det nødvendige – kostnadene skal være så lav som mulig og ikke sløses unødvendig. For det andre må samfunnets og partenes kostnader tilpasses sakens betydning for den enkelte og samfunnet.¹¹⁶ Kostnadseffektivitetsmålsettingen bygger på erkjennelsen av at den enkelte og samfunnet har begrensede ressurser.¹¹⁷

Dommerens private kunnskap kan både være ønskelig og betenkelig med tanke på å realisere målsettingen. På den ene hånd kan det være betenkelig om fagdommeren ikke har tilstrekkelig kunnskap for å forstå sakens faktiske side. Slik kunnskap må nødvendigvis måtte tilføres retten gjennom bevisføringen eller oppnevning av fagkyndig meddommer. Dette kan medføre at prosessen drøyer ut og den blir dyrere for den enkelte og for samfunnet.

På den annen hånd er det klart at det vil være unødvendig bruk av ressurser om partene må føre bevis om alt av kunnskap retten kan ta i betraktning. Dommeren må forventes å besitte

¹¹⁵ Departementet foreslo for øvrig å implementere domstolenes samlede ressurser i § 1-1 (2) 4. strekpunkt, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 516.

¹¹⁶ Se NOU 2001:32 A side 131 flg. og Innst.O.nr.110 (2004–2005) punkt 3.2.

¹¹⁷ Se Øyen (2016) side 25 for tilsvarende betraktninger i straffeprosessen.

allmennkunnskaper og alminnelige erfaringssetninger som gjør at saksbehandlingen både blir raskere og billigere, for partene og for samfunnet.¹¹⁸

3.6 Hvordan bør målsettingene avveies i tilknytning til dommerens private kunnskap?

Gjennomgangen har vist at det både er ønskelig og betenkelig at dommeren besitter privat kunnskap med tanke på å realisere sivilprosessens målsettinger. Den rettspolitiske utfordringen ligger i å avveie målsettingene på en best mulig måte.

Etter min mening må den rettspolitiske avveiingen av målsettingene ses i lys av to faktiske premisser som rettsordenen må akseptere. Det ene er at det til en viss grad er *nødvendig* at dommeren har privat kunnskap. Dommeren må ha visse (private) kunnskaper hvis det skal være mulig å realisere målsettingene. Hun må være tilstrekkelig rustet til å forstå sakens faktiske side, foreta bevisvurderinger m.v.¹¹⁹

Det andre premisset er at det er *grenser* for hva rettsordenen kan regulere. Hvis ikke dommeren selv alltid kan kontrollere hvordan hennes kunnskap påvirker dommergjeringen, er det naivt å tro at rettsreglene kan det.¹²⁰ Denne «svakheten» gjør at det alltid er en risiko for å få avgjørelser som blir materielt uriktige, lite tillitsfulle eller tid- og kostnadskrevende. For lovgiver er det viktig å være klar over dette ved utformingen av reglene. For dommeren er det viktig å være seg bevisst denne «svakheten» ved utførelsen av dommergjeringen.

Slik jeg ser det, må avveiingen av målsettingene i tilknytning til dommerens private kunnskap være noe annerledes alt etter den prosessuelle situasjonen.

En første prosessuell situasjon er i hvilken utstrekning dommeren bør kunne trekke inn sin private kunnskap i saken, enten som et bevis eller erfaringssetninger. Ved dette spørsmålet oppstår det ofte en spenning mellom målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling, og målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling.

¹¹⁸ Se om allmennkunnskap i punkt 1.2.4.

¹¹⁹ I utlysningstekstene for ledige dommerembeter er det ofte tatt inn en standardformulering om at «[d]ommerarbeidet stiller strenge krav til faglig dyktighet, personlig egnethet og bred yrkes- og livserfaring» (min utheving), se <https://www.domstol.no/no/om-domstolene/Ledige-stillinger-og-embeter/>.

¹²⁰ Se punkt 2.2 om det psykologiske perspektivet.

Har dommeren privat kunnskap med funksjon som et *bevis*, tilsier målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling at kunnskapen bør ha en høy sikkerhetsgrad og uomtvistelig betydning i saken hvis dommeren skal kunne bruke kunnskapen. Har ikke kunnskapen disse egenskapene, bør det være lite rom for å legge vekt på at det kan være noe tid- og kostnadsbesparende å la dommeren trekke inn privat kunnskap med funksjon som et bevis uten at den fremgår av partenes bevisføring.

Avveiingen stiller seg noe annerledes dersom spørsmålet er om dommeren kan trekke *erfaringssetninger* inn i saken. Dommeren er helt avhengig av erfaringssetninger i bevisvurderingen, og bruker dem i et så stort omfang at det ville ta svært mye tid og ressurser om samtlige erfaringssetninger må fremgå av bevisføringen. Av hensyn til målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling bør dommeren i vesentlig utstrekning trekke inn privat kunnskap om erfaringssetninger i bevisvurderingen.

En annen prosessuell situasjon er i hvilken utstrekning dommerens private kunnskap bør underlegges kontradiksjon. Det vil ofte være sannhetsfremmende og tillitsskapende å sikre kontradiksjon, men dette krever normalt partenes og domstolens tid og ressurser.

Besitter dommeren privat kunnskap om *beviser*, kan kunnskapen få stor betydning for sakens utfall. Det kan fremstå som lite tillitsfullt hvis dommeren ikke sikrer kontradiksjon om beviser. Målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling bør veie tungt i slike tilfeller. Det synes da mindre betenkelig at dette går på bekostning av partenes og domstolens tid og ressurser.

Besitter dommeren privat kunnskap om *erfaringssetninger*, kan avveiingen bli ulik. Erfaringssetningene er nødvendige i bevisvurderingen, og det ville ta svært mye tid og ressurser dersom partene i vesentlig utstrekning får uttale seg om disse. Det bør derfor i større utstrekning være rom for å legge vekt på målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling i forbindelse med kontradiksjon om erfaringssetninger.

Ut over disse generelle trekkene er det vanskelig å peke på hvordan målsettingene bør avveies generelt. Rettspolitisk sett er det nok mer et *gradsspørsmål*, hvor avveiingen bør tilpasses det konkrete tilfellet.

4 Dommerens private kunnskap som et bevis

4.1 Reguleringen i tvisteloven § 21-2 (3)

4.1.1 Allment

Tvisteloven § 21-2 (3) regulerer dommerens private kunnskap som et bevis i saken:

«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».

Slik bestemmelsen er bygget opp regulerer den to ulike prosessuelle problemstillinger. Første punktum regulerer hvilken kunnskap dommeren kan trekke inn i bevisvurderingen «uten at det er forhandlet om det». Andre punktum regulerer når slik kunnskap må underlegges kontradiksjon.

Når det gjelder spørsmålet om hvilken kunnskap dommeren kan trekke inn i bevisvurderingen, gir bestemmelsen tre alternativer. Det første alternativet – erkjennelser – kan utvilsomt utgjøre «bevis».¹²¹ Det er vanskelig å tenke seg en praktisk situasjon hvor dommeren har *privat* kunnskap om erkjennelser, fordi erkjennelser normalt fremgår av partenes bevisføring. Det faller derfor utenfor avhandlingens rammer å redegjøre for erkjennelser.

Dernest kan «vitterlige kjensgjerninger» trekkes inn i saken. Vitterlige kjensgjerninger kan utvilsomt utgjøre bevis som sier noe om sakens konkrete hendelsesforløp, og som dommeren har privat kunnskap om.¹²² I lovens forstand synes det klart at vitterlige kjensgjerninger er tilsiktet konkrete saksopplysninger dommeren måtte ha eller få i løpet av saken. Vitterlige kjensgjerninger er derfor ikke generelle kunnskaper, disse konsumeres av lovtekstens tredje

¹²¹ Se om «bevis» i punkt 2.4.

¹²² I dansk rett kan dommeren på egen hånd trekke inn «notoriske kendsgerninger», se f.eks. Gomard og Kistrup (2013) side 603 og 642. I svensk rett følger det av RB 35:2 1. ledd at en «omständighet, som är allmänt vederlig, kräves icke bevis», se nærmere Lindel (2012) (tredje utgave) side 459. Se også Ekelöf m.fl. (2009) side 58-60.

alternativ.¹²³ Punkt 4.2 analyserer særskilt når dommerens private kunnskap kan utgjøre «vitterlige kjensgjerninger» i lovens forstand. Før dette kan analyseres, må det avklares om det gjelder et selvstendig kontradiksjonskrav for vitterlige kjensgjerninger. Jeg forklarer og analyserer dette nærmere i punkt 4.1.3.

Endelig kan retten trekke inn «den viten og det erfaringsgrunnlaget retten har generelt og på vedkommende fagområde». Om dette alternativet gir dommeren adgang til å trekke inn sin private kunnskap som et bevis i saken er ikke helt klart. Dette analyseres derfor særskilt i punkt 4.1.2.

Forutsatt at dommeren rettslig sett kan trekke inn privat kunnskap som et bevis i saken, oppstår spørsmålet om hun kan ha en plikt til å bruke kunnskapen. Dette undersøkes i punkt 4.3. Punkt 4.4 analyserer hvilke krav som gjelder til kontradiksjon om dommerens private kunnskap som et bevis.

4.1.2 Dommerens generelle og fagspesifikke viten og erfaringsgrunnlag

Problemstillingen er om § 21-2 (3) 1. punktum sitt alternativ «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde», gir dommeren adgang til å trekke inn privat kunnskap som et bevis i saken.

Ordet «erfaringsgrunnlag» er naturlig å tolke som dommerens generelle kunnskaper som er opparbeidet gjennom erfaring. I så tilfelle avgrenser et «erfaringsgrunnlag» mot konkrete saksopplysninger. Ordet «viten» favner etter en naturlig språklig forståelse om all dommerens kunnskap, inklusive kunnskaper om det konkrete saksforholdet.

Det er bare den «viten» hun har «generelt» eller på «vedkommende fagområdet» dommeren kan trekke inn i saken. At dommeren kan bygge på «generel[l]» viten tilsier at hun kan bygge på det hun vet mer allment, ikke sakspesifikke kunnskaper. Alternativet «vedkommende fagområde» virker å være en presisering av at dommerens generelle kunnskaper også kan være av faglig art. På denne bakgrunn tilsier en tolkning av ordlyden at passusen avgrenser mot at dommeren kan trekke inn konkrete saksopplysninger (beviser) i saken.

¹²³ Se punkt 2.4.

Forarbeidene behandler ikke problemstillingen og problemstillingen er ikke omtalt i høyesterettspraksis.¹²⁴

Det følger av domstoloven § 107 2. ledd at «[d]en, som er vidne i saken, kan ikke være dommer, saafremt han har hat noget at forklare, som vedkommer saken». En naturlig tolkning av bestemmelsen tilsier at det er uforenelig med dommerrollen å besitte konkrete saksopplysninger, og har dommeren slike, skal hun føres som vitne og ikke dømme i saken.¹²⁵ Det synes uforenelig med forutsetningene i denne bestemmelsen om passusen i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum skal gi dommeren en vid adgang til å trekke inn konkrete saksopplysninger (beviser).

Sammenfatningsvis og med særlig vekt på lovens ordlyd og forholdet til domstoloven § 107 2. ledd, er konklusjonen at lovens passus ikke gir retten adgang til å trekke inn privat kunnskap som et bevis i saken.¹²⁶ Dommeren kan således bare trekke inn privat kunnskap som et bevis i saken hvis kunnskapen utgjør «vitterlige kjensgjerninger».

En vanskelig problemstilling er når dommerens private kunnskap må anses å angå det konkrete saksforholdet – den utgjør et bevis – og når kunnskapen er generell og ikke kan regnes som et bevis. Selv om det ikke følger uttrykkelig av § 21-2 (3) 1. punktum, forutsetter loven en slik sontring. Hvis dommerens private kunnskap må sies å være et bevis i saken, kan hun bare bruke kunnskapen hvis den utgjør «vitterlige kjensgjerninger». Lovteksten gir ingen føringer på hvordan grensen skal trekkes. Slik jeg tolker forarbeidene, behandles verken problemstillingen eksplisitt eller implisitt.¹²⁷

Problemstillingen er ikke uttrykkelig behandlet av Høyesterett. En høyesterettsavgjørelse som likevel har fått en viss omtale i rettslitteraturen, er Rt. 1937 side 472.¹²⁸ 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 'bjørnelær', [og] bemerker at det store publikum oppfatter bjørnelær som virkelig stammende fra bjørn».¹²⁹ 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». Dette var ikke Høyesterett enig i: «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».¹³⁰ Høyesterett begrunner ikke hvorfor opplysningene ikke angikk det konkrete saksforholdet, og det er vanskelig å trekke sikre slutninger av avgjørelsen som kan få betydning i relasjon til problemstillingen. Avgjørelsen er for øvrig kritisert i litteraturen.¹³¹

¹²⁴ Se NOU 2001:32 A side 457, NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 453.

¹²⁵ Slik også Alten (1948) side 86, Alten (1954) side 201 på side 86 og Bøhn (2013) side 89 flg.

¹²⁶ Lovens passus analyseres også i punkt 5.3.

¹²⁷ Se NOU 2001:32 B side 945 og NOU 2001:32 A side 457. Det er noe uklart om Skoghøy (2017) side 902 (note 19) mener forarbeidene omhandler problemstillingen.

¹²⁸ Se f.eks. Eldjarn (2016) side 135-136, Bøhn (2013) side 388 og Alten (1948) side 86.

¹²⁹ Rt. 1937 side 472 side 475.

¹³⁰ Rt. 1937 side 472 side 473. Se også Rt. 2005 side 1702 (19) og Rt. 1982 side 8 på side 9 hvor grensedragningen kunne vært aktuell.

¹³¹ Skoghøy (2017) side 902-903. Matningsdal (2013) side 36 er «enig» med Skoghøy.

Sett i lys av rettskildene er løsningen på problemstillingen vanskelig og usikker.¹³² Etter min mening gir ordlyden i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum og domstolloven § 107 2. ledd et tydelig uttrykk for at dommerens kunnskap om saksforholdet normalt skal holdes utenfor saken. Sett i lys av dette, mener jeg grensen bør trekkes slik: Dersom det er tvil om opplysningen må regnes som et bevis, bør den også regnes som et bevis. Den må da enten være «vitterlige kjensgjerninger» eller fremkomme av partenes bevisføring for at dommeren kan bruke opplysningen ved faktumfastsettelsen. En annen sak er at dommeren ikke nødvendigvis klarer å se bort fra det hun mener å vite om saksforholdet, selv om hun *rettslig sett* ikke kan bruke opplysningen, se punkt 2.2.

4.1.3 Gjelder det et kontradiksjonskrav i relasjon til «vitterlige kjensgjerninger»?

Den overordnede problemstillingen i dette punktet er om det gjelder et selvstendig kontradiksjonskrav i relasjon til «vitterlige kjensgjerninger» etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum.

Hvis det ikke gjelder et selvstendig kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger, kan det være rettskildemessig grunnlag for å trekke inn kontradiksjonsbetraktninger i vurderingen av hva som utgjør «vitterlige kjensgjerninger» i lovens forstand. Terskelen for når noe anses som «vitterlige kjensgjerninger» kan i så fall være annerledes enn hvis det er et selvstendig kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger. Problemstillingen må derfor besvare før lovens formulering nærmere kan analyseres.

Det er to rettslige innfallsvinkler som kan føre til at det ikke gjelder et kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger. For det første kan det spørres om passusen «uten at det er forhandlet om det» kan tolkes slik at det ikke gjelder et kontradiksjonskrav om den kunnskapen retten kan trekke inn etter § 21-2 (3) 1. punktum. Siden denne passusen gjelder for samtlige alternativer i 1. punktum, har denne drøftelsen betydning for samtlige av bestemmelsens tre alternativer. For det andre kan det undersøkes om § 21-2 (3) 2. punktum sin regel om kontradiksjon kan tolkes innskrenkende i relasjon til vitterlige kjensgjerninger.

I relasjon til den første innfallsvinkelen er det klart at formuleringen «uten at det er forhandlet om det» må tolkes slik at retten kan trekke inn kunnskap uten at det fremgår av *avgjørelsesgrunnlaget* i saken, ikke at kunnskapen kan unntas kontradiksjon. Paragraf 21-2 (3) 2. punktum er etter ordlyden en selvstendig regel om kontradiksjon, og regelen blir

¹³² Se også Lindell (2007) side 59 flg. om sontringen.

meningsløs hvis passusen «uten at det er forhandlet om det» tolkes slik at det ikke gjelder et kontradiksjonskrav.¹³³

Ifølge ordlyden i § 21-2 (3) 2. punktum gjelder det et krav til kontradiksjon om samtlige alternativer i 1. punktum («slik kunnskap»), herunder «vitterlige kjensgjerninger». Problemstillingen i det følgende er om denne kontradiksjonsregelen må tolkes innskrenkende i relasjon til «vitterlige kjensgjerninger».

Det rettskildemessige utgangspunktet er at det skal tungtveiende rettskildemessige grunner til for å tolke klar lovtekst innskrenkende.¹³⁴

Twistemålsutvalget uttaler følgende om bestemmelsen i NOU 2001:32 A side 457:

«Avgrensningen av hva som er vitterlige kjensgjerninger og hvilken viten som dommeren har og som ikke er fra bevisføringen i saken, men som likevel kan trekkes inn i bevisvurderingen, er ikke alltid enkel. Den sentrale problemstilling må være om det er betenkelig med henblikk på å nå et korrekt bevisresultat eller ut fra hensynet til kontradiksjon at vedkommende forhold trekkes inn i bevisvurderingen uten at det har vært anledning til å føre bevis i saken om riktigheten av det».

Det er uklart hvilke slutninger som kan trekkes av forarbeidene i relasjon til problemstillingen, ettersom det er uklart om forarbeidene omhandler bestemmelsens 1. punktum eller forholdet mellom 1. og 2. punktum.

En mulig tolkning av forarbeidene er at «hensynet til kontradiksjon» og om det «betenkelig med henblikk på å nå et korrekt bevisresultat», er en form for *presisering* for «[a]vgrensningen av hva som er vitterlige kjensgjerninger» etter 1. punktum.¹³⁵ Forstått på denne måten, virker det som om forarbeidene legger til grunn at bestemmelsens 2. punktum presiserer når noe er vitterlige kjensgjerninger etter 1. punktum. Andre punktum synes da ikke å være en selvstendig regel om kontradiksjon om vitterlige kjensgjerninger. Forarbeidene regulerer i så tilfelle forholdet mellom 1. og 2. punktum og det gir god mening å si at det ikke gjelder et kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger.

Tolkningen følger likevel ikke uttrykkelig av forarbeidene, noe som svekker vekten. Tolkningen stemmer heller ikke helt godt med lovens oppbygging. Loven bygger på en stringent sontring mellom når en opplysning kan trekkes inn i saken etter 1. punktum, og når opplysningen må underlegges kontradiksjon etter 2. punktum. Hvis meningen var at 2.

¹³³ Det kan virke som at Hov (2017) side 239 tar motsatt standpunkt.

¹³⁴ Se f.eks. Monsen (2012) side 119 til 122, og 139. Se også Nygaard (2004) side 235 om innskrenkende tolkning av ordlyd.

¹³⁵ Det kan virke som at Matningsdal (2013) side 35 og Schei m.fl. (2013) side 783 legger en slik tolkning til grunn.

punktum skulle presisere hva som kreves av vitterlige kjensgjerninger etter 1. punktum, og dette avviker klart fra en naturlig lesning av ordlyden, er det merkelig at dette ikke er omtalt eksplisitt i forarbeidene.

En annen mulig tolkning av forarbeidene er at lovens kriterium «vitterlige kjensgjerninger» har en fast kjerne, men at avgrensningen av ytterpunktene «ikke alltid [er] enkel». Det er mindre viktig å trekke den nærmere grensedragningen, «[d]en sentrale problemstilling» må være om det er behov for kontradiksjon eller bevisføring om opplysningen. Forstått på denne måten, legger forarbeidene til grunn at det kan være et behov for kontradiksjon om vitterlige kjensgjerninger fordi lovens kriterium er *vagt*. En slik tolkning av forarbeidene gir bare mening dersom det forutsettes at det gjelder et selvstendig kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger etter 2. punktum. Siden denne tolkningen ikke følger uttrykkelig av lovforarbeidene svekkes vekten.

Bestemmelsen omtales også i NOU 2001:32 B side 945, men her henvises det tilbake til NOU 2001:32 A side 457. Departementet gjengir i hovedsak lovteksten og gir ikke et selvstendig tolkningsbidrag til problemstillingen, men slutter seg riktignok til Tvistemålsutvalgets redegjørelser.¹³⁶

Etter min mening er slutningene som kan trekkes ut av lovforarbeidene i relasjon til problemstillingen både usikre, uklare og dels motstridende. Forarbeidene kan derfor ikke få særlig vekt i relasjon til problemstillingen.¹³⁷

Problemstillingen er ikke behandlet eksplisitt i høyesterettspraksis, men det er særlig to avgjørelser som kan indikere at det ikke gjelder et kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger.

Den første, er kjennelsen inntatt i Rt. 2011 side 90. Det prosessuelle spørsmålet var om en anke var ankommet lagmannsretten rettidig i en sak som omhandlet utstedelse av advokatbevilling.¹³⁸ Ankeutvalget tok av eget initiativ opp spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsrettens flertall, uten at det fremgikk av avgjørelsesgrunnlaget, hadde lagt til grunn at de gjennom media hadde blitt kjent med «at det i mars/april 2010 var store uregelmessigheter i postgangen i Osloområdet som følge omlegging av rutinene i

¹³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 453.

¹³⁷ Se Nygaard (2004) side 198 om at uklare forarbeider må få begrenset vekt.

¹³⁸ Se om kjennelsen i punkt 4.2.2.2 og 4.2.3.

forbindelse med flytting til ny postsentral». ¹³⁹ Ankeutvalget påpekte at medieomtalen ikke var «[...] gjenstand for kontradiktorisk behandling i lagmannsretten. Det er klarligvis ikke her tale om vitterlige kjensgjerninger». ¹⁴⁰ Selv om ankeutvalget ikke sier det uttrykkelig, prøver de i realiteten om kunnskapen til lagmannsretten var «vitterlige kjensgjerninger» etter tvisteloven § 21-2 (3). Avgjørelsen er derfor relevant.

Det ankeutvalget *uttrykkelig* sier er at medieomtalen ikke var vitterlige kjensgjerninger og skulle vært gjenstand for kontradiktorisk behandling. Det kan spørres om uttalelsen kan tolkes antitetisk, i den forstand at ankeutvalget forutsetter at hvis medieomtalen var «vitterlige kjensgjerninger», var det ikke grunn til å underlegge den «kontradiktorisk behandling». En slik tolkning underbygger i så fall at det ikke er noe selvstendig kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger.

Denne slutningen følger for det første ikke uttrykkelig av kjennelsen og synes derfor usikker. For det andre er den usikker fordi det er en antitetisk tolkning. På generelt grunnlag skal ikke rettspraksis tolkes antitetisk, og rettspraksis skal heller ikke fintolkes på samme måte som lovttekst. ¹⁴¹ Slutningen fra kjennelsen er følgelig så usikker i relasjon til problemstillingen at den ikke kan få særlig vekt.

Den andre avgjørelsen er straffesaken inntatt i Rt. 2012 side 65. Det var konstatert brudd på noen forurensningsregler etter en eksplosjon på et tankanlegg. En konsulent var engasjert for å gi råd om avfallshåndtering ved rensing av bensin, og konsulenten var tiltalt for medvirkning til lovbruddet. Et notat var utarbeidet for å belyse forutsetningene for at det brennbare materiale skulle lede til eksplosjon. Det var anført at lagmannsretten bygget på en del av en rapport som ikke var fremlagt i saken og at konsulenten ikke hadde hatt foranledning til å uttale seg om denne. Det straffeprosessuelle spørsmålet var om kravet til *kontradiksjon* var ivarettatt. Høyesterett uttalte i premiss 110:

«Straffeprosessloven § 305 innebærer at man ikke skal bygge på bevis som ikke har vært ført under rettsforhandlingen, og som dermed ikke har vært gjenstand for mulighet for kontradiksjon. Vitterlige kjensgjerninger kan retten imidlertid bygge på, jf. prinsippet i tvisteloven § 21-2 tredje ledd, som normalt må gjelde tilsvarende i straffeprosessen».

¹³⁹ Rt. 2011 side 90 (16).

¹⁴⁰ Rt. 2011 side 90 (17).

¹⁴¹ Se eksempelvis Monsen (2012) side 147.

Avgjørelsen er en straffesak, men er *relevant* ved tolkningen av tvisteloven § 21-2 (3) fordi Høyesterett sier noe om hvordan § 21-2 (3) tolkes.¹⁴²

Det er mulig å tolke uttalelsen slik at vitterlige kjensgjerninger kan retten bygge på selv om de «ikke har vært gjenstand for kontradiksjon». Forstått på denne måten, forutsetter i så fall Høyesterett at det ikke gjelder et krav til kontradiksjon om vitterlige kjensgjerninger. Dette sier imidlertid ikke Høyesterett, og Høyesterett behandler heller ikke problemstillingen om det gjelder et kontradiksjonskrav om vitterlige kjensgjerninger. I denne avgjørelsen knytter dessuten Høyesterett bruken av vitterlige kjensgjerninger uttrykkelig opp mot hva «retten [kan] bygge på», dvs. hva de kan *trekke inn i bevisvurderingen*. Sett i lys av disse omstendighetene, kan det ikke trekkes sikre slutninger fra dommen i relasjon til problemstillingen, og avgjørelsen får begrenset betydning.¹⁴³

Sammenfatningsvis legges det til grunn at ordlyden er klar på at det er et selvstendig krav til kontradiksjon om vitterlige kjensgjerninger. Det er uklart hvilke slutninger som kan trekkes fra forarbeidene og høyesterettspraksis i lys av problemstillingen, og disse rettskildene får derfor begrenset vekt. Når situasjonen er slik at lovteksten er klar, og verken forarbeidene eller høyesterettspraksis gir sikre slutninger som tilsier en annen tolkning enn den lovteksten legger til grunn, må lovtekstens tolkning legges til grunn. Konklusjonen er følgelig at det ikke er tilstrekkelig rettskildemessige holdepunkter for å tolke § 21-2 (3) 2. punktum sitt kontradiksjonskrav innskrenkende i relasjon til «vitterlige kjensgjerninger».¹⁴⁴

Konklusjonen medfører at når innholdet i lovens formulering «vitterlige kjensgjerninger» skal analyseres, er det under forutsetning om at det gjelder et selvstendig kontradiksjonskrav.

¹⁴² Se nærmere om avgjørelsen i punkt 5.5.6.

¹⁴³ Se Rt. 1968 side 1051 på side 1051 og Rt. 1982 side 8 på side 9 for andre avgjørelser som er uklare på forholdet mellom kontradiksjon og vitterlige kjensgjerninger.

¹⁴⁴ Sml. Robberstad (2015) side 10 som mener at unntak fra lovbestemmelser om kontradiksjon må «forutsette at lovgiver uttrykkelig har bestemt at det skal gjelde unntak».

4.2 Når kan dommerens private kunnskap regnes som «vitterlige kjensgjerninger»?

4.2.1 Oversikt over problemstillinger

Den overordnede problemstillingen i punkt 4.2 er når dommerens private kunnskap kan regnes som «vitterlige kjensgjerninger» i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktums forstand, og dermed kan trekkes inn som et bevis som en del av avgjørelsesgrunnlaget i bevisvurderingen. Lovtekstens formulering gir grunn til å undersøke om det må gjelde visse krav til opplysningen.

Ut fra en naturlig språklig forståelse er en «kjensgjerning» en faktisk omstendighet som er sann eller har sterke holdepunkter for at er sann, og forutsetter at informasjonen i opplysningen, opplysningens *informasjonssikkerhet*, har en viss sikkerhetsgrad.¹⁴⁵ Lovteksten gir imidlertid ikke anvisning på nøyaktig hvor høy informasjonssikkerheten må være. Dette analyseres i punkt 4.2.2.

Tolkes ordet «kjensgjerning» i lys av sivilprosessens målsettinger, er det grunn til å spørre om det må gjelde visse krav til opplysningen i forbindelse med hvilken informasjon den gir eller betydningen informasjonen har i relasjon til sakens bevisstema. Det er med andre ord ikke sikkert det er tilstrekkelig at opplysningen har tilstrekkelig informasjonssikkerhet, det må også undersøkes om den må ha en viss *slutningssikkerhet*. Dette analyseres i punkt 4.2.3.

Ifølge lovteksten holder det ikke at dommerens private kunnskap om en opplysning utgjør en «kjensgjerning», den må også være «vitterlig». Problemstillingen i punkt 4.2.4. er om lovens kriterium «vitterlig» har noen selvstendig betydning, og eventuelt hvilken betydning kriteriet har.

Analysene sammenfattes i punkt 4.2.5.

¹⁴⁵ Se om sikkerhetsgrad i punkt 1.2.2.

4.2.2 Kravet til informasjonssikkerhet

4.2.2.1 Allment

Problemstillingen i punkt 4.2.2 er hvor sikker informasjonen i en opplysning må være – opplysningens *informasjonssikkerhet* – for at opplysningen kan regnes som en «kjensgjerning» i lovens forstand.

Rettskildemateriale som kan belyse problemstillingen er omfattende, særlig fordi formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» brukes i andre prosessuelle kontekster enn i forbindelse med tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum. Verken tvisteloven, tvistelovens forarbeider eller Høyesterett har avklart om «vitterlige kjensgjerninger» har et ulikt, eller helt eller delvis samme innhold i ulike prosessuelle kontekster.¹⁴⁶ Det oppstår en særlig metodisk utfordring i å avklare om rettskilder som omhandler vitterlige kjensgjerninger i andre prosessuelle kontekster, er relevant å ta i betraktning i relasjon til problemstillingen. Hensynet til og idealet om å oppnå et konsekvent og harmonisk innhold i én og samme formulering innenfor sivilprosessen, må holdes opp mot hensynet til å tilpasse formuleringen i lys av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i de ulike prosessuelle kontekster.

På denne bakgrunn behandler jeg rettskilder som *direkte* knytter seg til § 21-2 (3) 1. punktum, eller den tilsvarende ulovfestede straffeprosessuelle regelen, i punkt 4.2.2.2. Punkt 4.2.2.3 analyserer om rettskilder som knytter seg til formuleringen i andre prosessuelle kontekster er relevant å ta i betraktning ved tolkingen av § 21-2 (3) 1. punktum og således også i relasjon til problemstillingen. Rettskildene oppsummeres i punkt 4.2.2.4.

4.2.2.2 Rettskilder som er direkte relevant

Ordet «kjensgjerning» er naturlig å tolke som en opplysning som de fleste er enig om er rett, eller som det ikke er noen fornuftig grunn til å tvile på riktigheten av. Selv om ordlyden ikke *nøyaktig* angir hvor strengt kravet til informasjonssikkerhet er, trekker den i retning av et strengt krav.

Problemstillingen er ikke uttrykkelig berørt i forarbeidene. Tvistemålsutvalget uttaler på side 457:

¹⁴⁶ Det er uklart om rettslitteraturen forutsetter at formuleringen har ett og samme innhold, se Skoghøy (2017) side 901 note 16 og Eldjarn (2016) side 133-137.

*«Avgrensningen av hva som er vitterlige kjensgjerninger og hvilken viten som dommeren har og som ikke er fra bevisføringen i saken, men som likevel kan trekkes inn i bevisvurderingen, er ikke alltid enkel. Den sentrale problemstilling må være om det er betenkelig med henblikk på å nå et korrekt bevisresultat eller ut fra hensynet til kontradiksjon at vedkommende forhold trekkes inn i bevisvurderingen uten at det har vært anledning til å føre bevis i saken om riktigheten av det».*¹⁴⁷

Som det ble påpekt i punkt 4.1.3 kan uttalelsen tolkes slik at «hensynet til kontradiksjon» og om det «betenkelig med henblikk på å nå et korrekt bevisresultat», er en form for *presisering* for «[a]vgrensningen av hva som er vitterlige kjensgjerninger». Forarbeidene kan da tolkes slik at opplysningens informasjonssikkerhet, opplysningens riktighet, ikke kan være «betenkelig». At noe ikke er «betenkelig» indikerer et strengt krav til informasjonssikkerhet, ved at det ikke er noen fornuftige grunner til å tvile på opplysningens riktighet. Tolkningen følger imidlertid ikke uttrykkelig av forarbeidene, og forarbeidene sier heller ikke noe nærmere om hva som ligger i «betenkelig». Dette gjør at slutningen i relasjon til problemstillingen blir usikker.¹⁴⁸

Som nevnt i punkt 4.1.3 kan forarbeidene også tolkes slik at det ikke presiseres hva som ligger i «vitterlige kjensgjerninger», men at det påpekes at kriteriet er vagt slik at avgrensningen av ytterpunktene «ikke alltid [er] enkel». Tolkes forarbeidene på denne måten, gir de ikke et relevant tolkningsbidrag i relasjon til problemstillingen.

Den usikkerheten som ligger i at forarbeidene kan tolkes på flere måter, og at tolkningen som gir et tolkningsbidrag i relasjon til problemstillingen i seg selv er usikker, gjør at forarbeidene får begrenset vekt.¹⁴⁹

I Rt. 2011 side 90 var spørsmålet som nevnt om en anke var ankommet lagmannsretten rettidig.¹⁵⁰ Ved behandlingen av dette spørsmålet hadde lagmannsretten på egen hånd trukket inn opplysninger om at de gjennom media var blitt kjent med «at det i mars/april 2010 var store uregelmessigheter i postgangen i Osloområdet som følge omlegging av rutinene i forbindelse med flytting til ny postsentral».¹⁵¹ Ankeutvalget tok på egen hånd opp spørsmålet om det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten trakk inn medieomtalen, og uttalte i et obiter dictum at medieomtalen ikke var «[...]gjenstand for kontradiktorisk behandling i lagmannsretten. Det er klarligvis ikke her tale om vitterlige kjensgjerninger».¹⁵² Som nevnt i

¹⁴⁷ NOU 2001:32 A side 457.

¹⁴⁸ Se også NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453.

¹⁴⁹ Uklare forarbeider får begrenset vekt, se bl.a. Nygaard (2004) side 198.

¹⁵⁰ Se om avgjørelsen i punkt 4.1.3 og 4.2.3. Avgjørelsen omtales av Eldjarn (2016) side 134 og Backer (2015) side 304.

¹⁵¹ LB-2010-100333-1.

¹⁵² Rt. 2011 side 90 (17).

punkt 4.1.3 prøver ankeutvalget i realiteten om medieomtalen var vitterlige kjensgjerninger etter § 21-2 (3) 1. punktum, selv om dette ikke sies uttrykkelig.

Kjennelsen kan tolkes slik at medieomtalen ikke var en vitterlig kjensgjerning fordi informasjonssikkerheten ikke var tilstrekkelig. Medieomtaler har ikke nødvendigvis betryggende kilde- og korrekturkontroll, og av denne grunn er det fornuftig å tvile på riktigheten av informasjonen i en medieomtale. Kjennelsen kan slik sett tas til inntekt for at kravet til informasjonssikkerhet må ha høyere informasjonssikkerhet enn det en medieomtale har. All den tid dette ikke sies uttrykkelig, er denne tolkningen av kjennelsen likevel usikker og vekten blir begrenset.

Høyesterett har, som nevnt i punkt 4.1.3 og 2.6.3, konstatert at «prinsippet i tvisteloven § 21-2 tredje ledd» gjelder tilsvarende for vitterlige kjensgjerninger i straffeprosessen.¹⁵³ Straffeprosessuelle rettskilder som sier noe om når opplysninger er vitterlige kjensgjerninger er derfor relevant å ta i betraktning.¹⁵⁴

I Rt. 1968 side 1051 var en eiendomsmegler funnet skyldig i ulovlig merprising ved salg av eiendommer i byretten. Byretten hadde på egen hånd trukket inn tinglysningstidspunktet for et skjøte. Det prosessuelle spørsmålet var om retten på egen hånd kunne trekke inn opplysningen i bevisvurderingen, ettersom tidligere straffeprosesslov av 1887 § 349 sa at retten bare kunne ta i betraktning bevis som var ført under hovedforhandlingen. Kjæremålsutvalget konstaterte at «tidspunktet for skjøtets tinglysing er en vitterlig kjensgjerning, som retten på egen hånd måtte kunne bringe på det rene».¹⁵⁵

Et tinglysningstidspunkt har som oftest høy informasjonssikkerhet som det sjeldent er grunn til å tvile på riktigheten av. Det gir god mening at tinglysningstidspunkt kan være vitterlige kjensgjerninger. Kjennelsen kan tas til inntekt for at et tinglysningstidspunkt i hvert fall *kan* ha tilstrekkelig informasjonssikkerhet. Et tinglysningstidspunkt er heller ikke nødvendigvis fri for feilkilder, og kjennelsen kan slik sett vise at kravet til informasjonssikkerhet ikke er absolutt. Høyesterett sier likevel ikke uttrykkelig hvorfor tinglysningstidspunktet var en vitterlig kjensgjerning, og dette gjør slutningene usikre.

¹⁵³ Rt. 2012 side 65 (110).

¹⁵⁴ I rettslitteraturen var det også før Rt. 2012 side 65 alminnelig antatt at retten i straffeprosessen kunne trekke inn vitterlige kjensgjerninger på egen hånd, se f.eks. Andenæs/Myhrer (2009) side 165.

¹⁵⁵ Rt. 1968 side 1051 på side 1054.

I kjennelsen Rt. 1982 side 8 var en person i byretten funnet skyldig for ulovlig garnfiske av smålaks og sjøørret. Byrettens meddommere hadde i bevisvurderingen trukket inn kunnskap om det konkrete fiskestedet, bl.a. at dette var

*«[...]ypperlig. Det er almen kjent at det her fra gammel tid har vært fisket mye sjøaure, særlig med flytegarn i den tiden dette var tillatt. Det er ingen typisk sildeplass her. Det garnet som A hadde satt, egnert seg etter rettens mening, ikke til å fange den vanlige fjordsilda som finnes i sjøen på denne delen av kysten».*¹⁵⁶

For Høyesterett var det anket over rettsanvendelsen og saksbehandlingen. Det var ikke anket over bruken av dommerens private kunnskap, men etter anmodning fra forsvareren kommenterte Høyesterett likevel forholdet.¹⁵⁷ Byretten hadde begått en saksbehandlingsfeil fordi

*«[kunnskapen] ikke dreier seg om vitterlige kjensgjerninger, men tvert imot om forhold som er omtvistet mellom partene. I hvert fall må dette gjelde når man som her må bygge på at disse opplysningene ikke er foreholdt partene under hovedforhandlingen. Det er vesentlig at partene, og da særlig tiltalte, vet hvilke opplysninger av faktisk art som foreligger for retten, og får anledning til å uttale seg på grunnlag av opplysningene og eventuelt føre motbevis».*¹⁵⁸

Det kan synes noe uklart hvilken prosessuell problemstilling Høyesterett behandler, noe som gjør det uklart om avgjørelsen er relevant. Slik jeg tolker kjennelsen, påpeker Høyesterett at det var en saksbehandlingsfeil både at byretten hadde trukket inn privat kunnskap, og at det ikke var kontradiksjon om kunnskapen. Siden Høyesterett som ett av to spørsmål prøver om kunnskapen kunne trekkes inn i avgjørelsesgrunnlaget som vitterlige kjensgjerninger, må avgjørelsen være relevant.

Kjennelsen kan tolkes slik at meddommernes personlige kunnskaper ikke var vitterlige kjensgjerninger fordi slike kunnskaper ikke har noen garanti for å være riktig.¹⁵⁹ Kjennelsen kan slik sett tas til inntekt for at kravet til informasjonssikkerhet ikke vil være innfridd hvis informasjonen utelukkende stammer fra dommerens personlige kunnskaper, og ikke er verifisert på andre måter. Etter min mening er dette en nærliggende slutning av kjennelsen. All den tid Høyesterett ikke sier dette uttrykkelig, reduseres likevel slutningens vekt.

¹⁵⁶ Rt. 1982 side 8 på side 9.

¹⁵⁷ Se straffeprosessloven av 1887 § 392 2. ledd.

¹⁵⁸ Rt. 1982 side 8 på side 9.

¹⁵⁹ Sml. Rt. 1894 side 218 på side 220 hvor Høyesterett ikke aksepterte en lagdommers erfaring som et «nyt faktisk Moment, som [...] kan siges at være notorisk».

Problemstillingen må videre analyseres i lys av sivilprosessens målsettinger, som ble redegjort for i kapittel 3. Begrunnelsen bak at vitterlige kjensgjerninger ikke trenger å fremgå av partenes bevisføring er at slike opplysninger er av en slik karakter og normalt så sikre at de etter all sannsynlighet er sannhetsfremmende. Slike opplysninger er det unødvendig tid- og kostnadskrevende å føre bevis om. Bestemmelsen bygger således på en avveining av målsettingen om en materielt riktig avgjørelse, og målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling.¹⁶⁰ Det kan bare sies å være unødvendig tid- og kostnadskrevende å føre bevis om en opplysning, hvis kravet til informasjonssikkerhet settes så strengt at det ikke er noen grunner til å tvile på opplysningens informasjonssikkerhet slik at opplysningen sannsynligvis er sannhetsfremmende. Tolkes kravet til informasjonssikkerhet i lys av sivilprosessens målsettinger, tilsier dette at kravet settes ganske strengt.

I den rettsvitenskapelige litteraturen virker enkelte forfattere å forutsette at dommeren står overfor en kjensgjerning, og at det sentrale er om den er vitterlig.¹⁶¹ Andre forfatter stiller krav som at opplysningen må utgjøre «ubestridelig kunnskap som lar seg fastslå autoritativt»,¹⁶² «ikke er grunn til å stille spørsmål ved»,¹⁶³ er «forhold som er uomtvistelige»¹⁶⁴ eller «hvis riktighet er hevet over tvil»,¹⁶⁵ eller at det må være opplysninger som ««utvilsomt» er korrekte».¹⁶⁶ Jevnt over virker litteraturen å legge til grunn et ganske strengt krav til informasjonssikkerhet, selv om ingen av forfatterne presist angir kravet. Siden ingen av forfatterne begrunner standpunktet sitt nærmere eller foretar en grundig analyse av rettskildene, får uansett ikke den rettsvitenskapelige litteraturen som *rettskilde* særlig vekt.¹⁶⁷

Rettsens adgang til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger bygger på tilsvarende regel i tvistemålsloven § 186 1. ledd. Denne sier at«[k]jensgjerninger, som er vitterlige, [...] trenger ikke bevis». Det må antas at tvistelovens regel viderefører tvistemålsloven § 186 1. ledd. Rettskilder som knytter seg til tvistemålsloven i denne konteksten er derfor relevant for klarleggingen av kravet til informasjonssikkerhet etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum.

Det virker å være forutsatt i NOU 2001:32 A side 457 at tvistelovens regel viderefører tvistemålsloven § 186 1. ledd. Det følger imidlertid ikke *uttrykkelig* av forarbeidene. Reglens språklige utforming og funksjon er likevel

¹⁶⁰ Se punkt 3.4 og 3.5 om målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling.

¹⁶¹ Matningsdal (2013) side 36, Schei m.fl. (2013) side 783 og Andenæs/Myhrer 2009 side 165.

¹⁶² Backer (2015) side 303.

¹⁶³ Skoghøy (2017) side 901.

¹⁶⁴ Hov (2017) side 238.

¹⁶⁵ Bratholm og Hov (1987) side 285.

¹⁶⁶ Eldjarn (2016) side 133. Se også Robberstad (2015) side 272 som viser til Alten (1940) side 219.

¹⁶⁷ Se Nygaard (2004) side 219 om vektbetragtninger for rettsvitenskapelig litteratur som rettskilde.

nøyaktig den samme etter tvisteloven og tvistemålsloven.¹⁶⁸ I en slik situasjon har det formodningen mot seg at en realitetsendring ikke påpekes særskilt i forarbeidene.¹⁶⁹

Så vidt jeg har sett gir ikke rettskilder som knytter seg til tvistemålsloven § 186 1. ledd ytterligere tolkningsbidrag til problemstillingen.

4.2.2.3 Rettskilder som knytter seg til andre prosessuelle kontekster

Formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» brukes i andre prosessuelle kontekster. I dette punktet analyserer jeg om innholdet i formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» i andre prosessuelle kontekster, har et likt, annet, snevrere eller videre innhold enn i tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum. Er innholdet i formuleringen likt som etter § 21-2 (3) 1. punktum, vil rettskilder som knytter seg til denne konteksten være relevant, til forskjell fra der innholdet er ulikt. Har formuleringen et videre eller snevrere innhold, vil rettskildene kunne være delvis relevant. Er innholdet snevrere, vil opplysninger som klassifiseres som vitterlige kjensgjerninger òg være vitterlige kjensgjerninger i relasjon til § 21-2 (3) 1. punktum. Er innholdet videre, vil opplysninger som ikke klassifiseres som vitterlige kjensgjerninger heller ikke være vitterlige kjensgjerninger i relasjon til § 21-2 (3) 1. punktum.

Formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» ble brukt i tvistemålsloven § 344 2. ledd. Retten kunne ikke avsi fraværdom i tråd med «saksøkerens fremstilling av sakens sammenheng» hvis denne var i strid med «vitterlige kjensgjerninger». Tvisteloven § 16-10, som regulerer adgangen til å avsi fraværdom etter tvisteloven, viderefører tilsvarende kompetansebegrensning, men slik at retten ikke kan avsi fraværdom hvis saksøkers påstandsgrunnlag «framtrer som åpenbart uriktig», jf. § 16-10 (2) 2. punktum. Ifølge Tvistemålsutvalget var det ikke tilsiktet «[n]oen vesentlig realitetsendring» ved endringen av ordlyden.¹⁷⁰ Spørsmålet er om rettskilder som knytter seg til formuleringene «åpenbart uriktig» eller «vitterlige kjensgjerninger» etter tvisteloven § 16-10 (2) 2. punktum og tvistemålsloven § 344 2. ledd, er relevant ved tolkningen av tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum og ved klarleggingen av kravet til informasjonssikkerhet.

¹⁶⁸ Se Backer (2015) side 55 om betydningen av at tvistemålslovens ordlyd er beholdt i tvisteloven i relasjon til høyesterettspraksis.

¹⁶⁹ Se Schei m.fl. (2013) side. 783, Eldjarn (2016) side 133 flg., Matningsdal (2013) side 35 og Skoghøy (2017) side 901 som alle virker å forutsette at rettsstilstanden er videreført.

¹⁷⁰ NOU 2001:32 B side 919.

Paragraf § 16-10 (2) 2. punktum regulerer når det inntreer en kompetansebegrensning i adgangen til å avsi fraværdom i tråd med partens anførte rettsfakta.¹⁷¹ Dette er et vesentlig annet spørsmål enn når retten kan trekke inn privat kunnskap om vitterlige kjensgjerninger i bevisvurderingen. Formålet bak kompetansebegrensningen i § 16-10 (2) 2. punktum er å unngå «[...] situasjoner hvor det nærmest ville være i strid med rettens verdighet å tvinge retten til å avsi en dom den vet er uriktig».¹⁷² Dette hensynet aktualiserer seg ikke ved tolkingen av § 21-2 (3) 1. punktum. Både funksjonen og begrunnelsen bak bruken av «vitterlige kjensgjerninger» i § 21-2 (3) 1. punktum og formuleringen «åpenbart uriktig» i § 16-10 (2) 2. punktum, er således ulike. Innholdet i formuleringene er derfor også antakeligvis ulikt. Eventuelle tolkningsbidrag som kan hentes ut av § 16-10 (2) 2. punktum eller tvistemålsloven § 344 2. ledd og tilhørende rettskilder, er derfor ikke relevant i relasjon til problemstillingen.

I høyesterettspraksis er det primært tre andre prosessuelle kontekster formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» brukes. Det følger verken av tvisteloven, tvistelovens forarbeider eller høyesterettspraksis at innholdet i formuleringen er det samme i disse situasjonene og etter § 21-2 (3) 1. punktum.¹⁷³ Det metodiske spørsmålet som oppstår er om høyesterettsavgjørelser som knytter seg til andre prosessuelle kontekster kan få betydning for klarleggingen av kravet til informasjonssikkerhet i formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» etter § 21-2 (3) 1. punktum. I det følgende skal hver av de tre prosessuelle kontekstene analyseres særskilt.

En første prosessuell kontekst «vitterlige kjensgjerninger» brukes er i forbindelse med føring av skriftlige forklaringer. Hovedregelen ved muntlig forhandling er at «bevisene føres direkte for den dømmende rett», jf. tvisteloven § 21-9 1. punktum (bevisumiddelbarhet).¹⁷⁴ Forklaringer føres «direkte» ved at forklaringen avgis muntlig for domstolen.¹⁷⁵

Tvisteloven § 21-12 regulerer rekkevidden av bevisumiddelbarhetsprinsippet. «Skriftlig forklaringer i saken fra andre» enn sakkyndige skal normalt føres direkte for retten, med mindre partene «er enige om det, eller hvis de gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen», jf. § 21-12 (2) 1. punktum.¹⁷⁶ I høyesterettspraksis er regelen tolket innskrenkende slik at «vitterlige kjensgjerninger» faller utenfor, jf. bl.a. HR-2016-1132-U

¹⁷¹ Se NOU 2001:32 B side 704 om rettsfakta. Se også tvisteloven § 11-2 (1) 3. punktum (påstandsgrunnlag).

¹⁷² Jf. NOU 2001:32 B side 919.

¹⁷³ Se likevel Eldjarn (2016) side 133 til 137 som viser til avgjørelser som omhandler andre prosessuelle (og ikke-prosessuelle) kontekster.

¹⁷⁴ Se også § 1-1 (2) 3. strekpunkt.

¹⁷⁵ For en nærmere redegjørelse av bevisumiddelbarhet, se f.eks. Robberstad (2015) side 20, Hov (2017) side 53 og Backer (2015) side 9 under synsvinkelen «direkte bevisføring».

¹⁷⁶ Det er egne regler der det er «umulig» å avhøre den som har avgitt forklaringen, jf. 3. punktum.

(10). Den metodiske problemstillingen er om høyesterettspraksis som omhandler unntaket for «vitterlige kjensgjerninger» etter § 21-12 (2) 1. punktum, er relevant ved klarleggingen «vitterlige kjensgjerninger» og kravet til informasjonssikkerhet i etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum.

Begrunnelsen bak at forklaringer føres umiddelbart er å gi de beste forutsetninger for å vurdere påliteligheten og troverdigheten av forklaringen – et papir rødmer ikke.¹⁷⁷ Siden retten kan trekkes inn vitterlige kjensgjerninger «uten at det er forhandlet om det», jf. § 21-2 (3) 1. punktum, er det ikke av betydning når eller hvordan disse bringes inn i saken, om det er muntlig, skriftlig, direkte eller indirekte. Det gir derfor liten mening om vitterlige kjensgjerninger skal rammes av § 21-12 (2) 1. punktum. Det er slik jeg tolker ankeutvalget i HR-2016-1132-U (10), selv om det ikke sies eksplisitt.¹⁷⁸ Innholdet i «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten må således være likt som i formuleringen i § 21-2 (3) 1. punktum. Høyesterettspraksis som knytter seg til dette ulovfestede unntaket er derfor relevant.

Høyesterettspraksis i denne konteksten må imidlertid anvendes varsomt. Det er ikke bare «vitterlige kjensgjerninger» som går fri av § 21-12 (2) 1. punktum. Også ««andre opplysninger, hvis riktighet det ikke kan være grunn til å trekke i tvil, og hvor opplysningene ikke er vurderingsbestemte» og det heller ikke er «betenkelig» å fremlegge opplysningene», går fri.¹⁷⁹ Unntaket ble utviklet på bakgrunn av rettspraksis og litteratur tilknyttet den tilsvarende regelen i tvistemålsloven § 197.¹⁸⁰ Unntaket favner noe videre enn unntaket for «vitterlige kjensgjerninger». Det er derfor ikke behov for den samme stringente tilnærmingen til hva som kan sies å være «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten, i forhold til tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum. Med mindre høyesterettsavgjørelser i denne konteksten klassifiserer opplysninger som «vitterlige kjensgjerninger», eller påpeker at opplysningene går fri av *begge unntakene*, vil det være usikkert hvilke slutninger som kan trekkes. På denne bakgrunn og etter min mening er det ingen høyesterettsavgjørelser som i denne konteksten gir et tilstrekkelig klart tolkningsbidrag i relasjon til problemstillingen.¹⁸¹

En annen prosessuell kontekst formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» brukes er i sammenheng med ankereglene og ankegrunnen feil ved rettsanvendelsen i en dom eller

¹⁷⁷ Se nærmere om dette i bl.a. Skoghøy (2017) side 565 og side 858.

¹⁷⁸ Se også Skoghøy (2017) side 864 og Schei m.fl. (2013) side 814.

¹⁷⁹ Jf. HR-2016-232-U (11).

¹⁸⁰ Se Rt. 2006 side 907 (17). Se nærmere Aasland (1984) side 251 og Bernt-Hamre (2007) side 278-279.

¹⁸¹ Se HR-2016-1132-U, HR-2016-232-U og Rt. 2010 side 804 for avgjørelser som omhandler formuleringen i denne konteksten.

kjennelse.¹⁸² Anke over rettsanvendelsen omfatter en prøving av underinstansen lovtolking og subsumsjon. Innenfor ankegrunnen kan ikke saksbehandlingen prøves, eller bevisvurderingen prøves eller suppleres, jf. § 29-20 (3) 1. punktum og § 30-3 (1).¹⁸³ Det følger likevel av høyesterettspraksis at underinstansens bevisvurdering kan suppleres med «kjensgjerninger som er vitterlige eller ubestridte».¹⁸⁴ Suppleringsadgangen gjelder også for partene,¹⁸⁵ og ved anke over overskjønnets rettsanvendelse.¹⁸⁶ Den metodiske problemstillingen er om høyesterettspraksis som omhandler «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten, er relevant ved klarleggingen av «vitterlige kjensgjerninger» og kravet til informasjonssikkerhet etter § 21-2 (3) 1. punktum.

Begrunnelsen for adgangen til å supplere med vitterlige kjensgjerninger innenfor ankegrunnen er å gi et bedre prøvingsgrunnlag for underinstansens rettsanvendelse.¹⁸⁷ Dette er en annen begrunnelse enn begrunnelsen bak rettens adgang til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger etter § 21-2 (3) 1. punktum, hvor formålet er å oppnå riktig bevisvurdering og korrekt rettsfaktum. Karakteren av vitterlige kjensgjerninger gjør at de kan være bevis med stor betydning for sakens utfall, og som sakens øvrige beviser kan tolkes i lys av. Begrunnelsen bak og funksjonen til de vitterlige kjensgjerninger er derfor noe ulik i disse ulike prosessuelle kontekstene.

Ankereglene må særlig forstås i lys av ankeinstansens funksjon og hensynet til partsautonomien.¹⁸⁸ Hensynet til partsautonomien tilsier at ankebehandlingen begrenses til de påberopte ankegrunner.¹⁸⁹ Trekker domstolen inn faktiske forhold ved prøvingen av rettsanvendelsen, skli vurderingen over i en annen ankegrunn – anke over bevisvurderingen.¹⁹⁰ Funksjonen til ankeinstansen er å konsentrere behandlingen om det partene er misfornøyd med, ikke andre forhold. Både funksjonen til ankeinstansen og hensynet til partsautonomien tilsier at ankeinstansen bør være svært varsom med å supplere sakens faktiske side ved anke over rettsanvendelsen, herunder ved klassifiseringen av hva som utgjør «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten. Disse hensynene aktualiserer seg ikke

¹⁸² Se tvisteloven § 29-3, jf. § 30-3 (1). For beslutninger er overprøvingsadgangen mer begrenset, jf. § 29-3 (3) og § 30-3 (1). Se nærmere Schei m.fl. (2013) side 1014.

¹⁸³ Visse saksbehandlingsfeil kan alltid prøves, jf. § 29-20 (3) 2. punktum og § 30-3 (1), jf. § 29-21 (2).

¹⁸⁴ Jf. f.eks. HR-2017-2165-A (89).

¹⁸⁵ Jf. bl.a. HR-2015-948-U (5) med videre henvisninger.

¹⁸⁶ Se f.eks. HR-2018-872-A (102), Rt. 2006 side 788 (33) HR-2017-2011-U (6) og skjønnsprosessloven § 38.

¹⁸⁷ Se forutsetningsvis Rt. 2000 side 1997 på side 2010.

¹⁸⁸ Se nærmere om partsautonomi i Eldjarn (2016) side 85-91.

¹⁸⁹ Reglene om ankeerklæringen i § 29-9 (3) bokstav f og g gir partene en berettiget forventning om at domstolen holder seg innenfor de påberopte forhold.

¹⁹⁰ Siden retten kan prøve subsumsjonen ved anke over rettsanvendelsen, blir skillet mellom bevisvurdering og subsumsjonen noe subtilt, se som eksempler HR-2017-2165-A (89) og HR-2017-971-A (56).

ved rettens adgang til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger i avgjørelsesgrunnlaget og bevisvurderingen.

Selv om hensynet til harmoni, konsekvens og en retts teknisk god løsning tilsier at formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» har det samme innholdet på tvers av sivilprosessen, mener jeg drøftelsen viser at funksjonen og de aktuelle hensynene er av en så ulik karakter, at formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» har et ulikt innhold i denne kontekst og etter § 21-2 (3) 1. punktum. Følgelig er ikke rettskilder som knytter seg til denne konteksten relevant ved klarleggingen av formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» og kravet til informasjonssikkerhet etter § 21-2 (3) 1. punktum.¹⁹¹

En *tredje prosessuell kontekst* uttrykket «vitterlige kjensgjerninger» brukes er i forbindelse med ankegrunnen feil ved saksbehandlingen. Ankeinstansen er bundet av ankegrunnen og kan i utgangspunktet bare prøve de saksbehandlingsfeil som påberopes, jf. § 29-20 (2) 1. punktum og § 30-3 (1).

Høyesterettspraksis viser likevel at ankeinstansen kan prøve om underinstansen har lagt til grunn en bevisvurdering som må sies å være uriktig. Prøvingen består av om underinstansen bygger realitetsavgjørelsen på et faktum i strid «vitterlige kjensgjerninger» eller av andre grunner er «åpenbart», «klart» eller «uomtvistelig» uriktig. Prøvingen gjelder i sivil- og straffeprosessen.¹⁹² Den metodiske problemstillingen er om høyesterettspraksis som omhandler «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten, er relevant ved klarleggingen av formuleringen «vitterlige kjensgjerninger» og kravet til informasjonssikkerhet etter § 21-2 (3) 1. punktum.

Til forskjell fra anke over rettsanvendelsen er det i disse tilfellene ikke snakk om å gi et bedre grunnlag for å prøve ankegrunnen, men i realiteten å overprøve underinstansens *bevisvurdering*, som er en annen ankegrunn.¹⁹³ Dette betyr at regelen gjør et unntak fra det lovbestede utgangspunktet om at ankeinstansens kompetanse skal begrenses til ankegrunnen. Sammenholdes det med at hensynet til partsautonomien og funksjonen til ankeinstansen, som tilsier at ankeinstansens kompetanse begrenses til ankegrunnen, skal det svært mye til før ankeinstansen overprøver om underinstansen har bygget på et uriktig faktum ved anke over saksbehandlingen. I høyesterettspraksis er det symptomatisk at det omtrent bare er der

¹⁹¹ Se HR-2015-948-U, HR-2016-731-U og HR-2017-2011-U for avgjørelser som omhandler formuleringen i denne konteksten.

¹⁹² Se f.eks. Rt. 2009 side 801 (17) (straffeprosess) og Rt. 2013 side 1589 (45) (sivilprosess). Prøvingsadgangen gjaldt også etter tvistemålsloven, se Rt. 2004 side 1133 (16).

¹⁹³ Se tvisteloven § 29-3 (1) og (2) og 30-3 (1).

underinstansen nærmest uangripelig må sies å ha bygget på et uriktig faktum, herunder fordi det er i strid med noe som er klassifisert som «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten, at foten er satt ned.¹⁹⁴ Begrunnelsen bak regelen virker å være at det er en nedre grense for hva ankeinstansen kan akseptere av underinstansens bevisvurdering, nærmest fordi noe annet vil være uforsvarlig. Funksjonen til og begrunnelsen bak bruken av «vitterlige kjensgjerninger» i denne konteksten, er således en vesentlig annen i forhold til bruken av «vitterlige kjensgjerninger» i § 21-2 (3) 1. punktum. Derfor også innholdet i formuleringen antakeligvis ulik. Høyesterettsavgjørelser som omhandler formuleringen i denne konteksten, er derfor ikke relevant å ta i betraktning.

Uttrykket «vitterlige kjensgjerninger» brukes i den alminnelige lovgivningen utenfor sivilprosessen.¹⁹⁵ Så vidt jeg har fått med meg, belyser ikke rettskildene hva som ligger i formuleringen i disse kontekstene. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette.

4.2.2.4 Oppsummering

Ordlyden «kjensgjerning» tilsier at kravet til informasjonssikkerhet settes slik at det ikke må foreligge noen fornuftige grunner til å tvile på opplysningens riktighet. Selv om ordlyden er vag, gir den uttrykk for et strengt krav.

Forarbeidene gir ikke vektige tolkningsbidrag. Av høyesterettspraksis som er *relevant* å ta i betraktning, kan det sluttet at opplysninger om tinglysningstidspunkt kan ha tilstrekkelig informasjonssikkerhet, til forskjell fra medieomtale og personlige kunnskaper. Selv om slutningene i seg selv er usikre, stemmer de godt overens med ordlydstolkningen og underbygges av målsettingen om en materielt riktig avgjørelse. Slutningene må derfor kunne sies å være retningslinjer for når opplysninger kan sies å ha, eller ikke ha, tilstrekkelig informasjonssikkerhet.

Det nærmere tolkningsrommet må presises ved hjelp av sivilprosessens målsettinger. Som nevnt bygger bestemmelsen på en avveining av målsettingen om en materielt riktig avgjørelse, holdt opp mot målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling. Målsettingene er redegjort for i kapittel 3.

¹⁹⁴ Høyesterettspraksis om saksbehandlingsfeilen er svært omfattende, se bl.a. Rt. 2000 side 1678 på side 1680, Rt. 1993 side 505 på side 508, Rt. 2011 side 907 (15), Rt. 2001 side 347 på side 348-349, Rt. 2013 side 51 (22 og 23), Rt. 2008 side 897 (29), Rt. 2015 side 72 (16), Rt. 2007 side 1111 (10), HR-2007-860-U (15), Rt. 2004 side 1133 (16), Rt. 2006 side 418 (12), Rt. 2000 side 1133 på side 1134 og HR-1994-546-K.

¹⁹⁵ Tinglysingsloven § 14 2. ledd, forbrukerklageoven § 6 2. ledd 3. punktum, luftfartsloven § 3-25 1. ledd 2. punktum og 3. ledd 2. punktum og sjøfartsloven § 21 2. ledd.

Det er vanskelig å gi en generell anvisning på hvordan målsettingene bør presisere tolkningsrommet. Jeg mener tolkningsrommet bør presiseres slik at i saker der mye står på spill, eller de vitterlige kjensgjerninger har vesentlig betydning for sakens utfall, må kravet til informasjonssikkerhet settes så strengt at dommeren med sikkerhet må kunne utelukke mulige feilkilder. I slike situasjoner er det viktig å realisere målsettingen om en materielt riktig avgjørelse. I motsatte tilfeller kan målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling tilsi at det stilles noe mindre krav til informasjonssikkerhet, først og fremst der dommeren er usikker på om innvendingen mot opplysningens informasjonssikkerhet kan sies å være fornuftig.

Det må understrekes at det at en omstendighet er en vitterlig kjensgjerning i én sammenheng, betyr ikke nødvendigvis at tilsvarende omstendighet er en vitterlig kjensgjerning i en annen sammenheng. Kravet til informasjonssikkerhet er ikke nødvendigvis innfridd hvis dommeren trekker inn en tinglysingsdato og partens verste fiende registrerte tinglysingstidspunktet.¹⁹⁶

4.2.3 Kravet til slutningssikkerhet

Skal en opplysning regnes som en kjensgjerning i lovens forstand, er det ikke sikkert det er nok at opplysningen har tilstrekkelig *informasjonssikkerhet*. Det kan settes spørsmålsteget ved om det må stilles krav til at betydningen av opplysningen må være tilstrekkelig entydig, og ikke for tvilsom eller diskutabel, med tanke på hvilken informasjon – hvilken slutning – opplysningen tilfører saken som et bevis i relasjon til sakens bevisstema: det kan stilles krav til opplysningens *slutningssikkerhet*.

En avgjørelse som belyser forskjellen mellom informasjons- og slutningssikkerhet er LB-2014-141418. Spørsmålet for jordskifteretten var om en part hadde veirett over annen manns eiendom. For lagmannsretten var det anført at jordskifteretten begikk en saksbehandlingsfeil da den på egen hånd trakk inn økonomisk kartverk som vitterlige kjensgjerninger. Lagmannsretten poengterte at «[s]elv om det er slik at kart kan være vitterlige kjensgjerninger, er det likevel et spørsmål om hvordan disse skal forstås og tolkes. Jordskifteretten har ikke bare brukt kartet for å se hvor en vei rent fysisk har gått, men også for å vurdere veiens beskaffenhet og bruk». Ifølge lagmannsretten var bruken et brudd med kontradiksjonskravet. Slik jeg ser det var ikke kartverket en vitterlig kjensgjerning i *den konkrete saken*, nettopp fordi informasjonen kartverket tilførte saken var uklar i relasjon til

¹⁹⁶ Se også Eldjarn (2016) side 135.

vurderingen av veiens beskaffenhet og bruk. Selv om informasjonen som fulgte av kartverket var sikker (informasjonssikkerheten), var betydningen i relasjon til bevisstemaet usikker (slutningssikkerheten).¹⁹⁷

Problemstillingen i dette punktet er om og eventuelt hvilke krav som må stilles til opplysningens slutningssikkerhet, for at den kan regnes som en «kjensgjerning» i lovens forstand.

Ordlyden «vitterlige kjensgjerninger» sier ikke eksplisitt at det gjelder et krav om slutningssikkerhet. Ordlyden må imidlertid tolkes slik at den ikke bare allment regulerer når opplysninger er vitterlige kjensgjerninger, men òg når opplysninger er vitterlige kjensgjerninger *i den konkrete saken*. Det gir ikke god mening å betegne en opplysning som en «kjensgjerning» i saken, hvis det er uklart hvilken betydning den har i relasjon til sakens bevisstema. Kravet til slutningssikkerhet har således en viss støtte i ordlyden. Det er imidlertid vanskelig å trekke sikre slutninger med hensyn til det nærmere innholdet i kravet til slutningssikkerhet på bakgrunn av en naturlig språklig forståelse av ordlyden.

Forarbeidene til tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum sier ikke noe om eller innholdet i kravet til slutningssikkerhet, og er derfor ikke relevant i relasjon til problemstillingen.¹⁹⁸

I høyesterettspraksis kommenteres det ikke eksplisitt om det foreligger et krav til slutningssikkerhet eller innholdet i et slikt krav. Særlig én avgjørelse er likevel interessant.

I Rt. 2011 side 90 var som nevnt den prosessuelle problemstillingen om en anke var ankommet lagmannsretten rettidig i en sak som omhandlet utstedelse av advokatbevilling.¹⁹⁹ Den ene parten hadde kvittert for mottak av tingrettens dom 6 dager før den andre parten. Lagmannsretten foretok en bevisvurdering om dommen gjennom postgangen hadde ankommet motparten 6 dager senere. Lagmannsrettens flertall mente så var tilfelle, fordi de «gjennom media [var] blitt kjent med at det i mars/april 2010 var store uregelmessigheter i postgangen i Osloområdet som følge omlegging av rutinene i forbindelse med flytting til ny postsentral».²⁰⁰ Selv om det ikke følger uttrykkelig av kjennelsen, prøver ankeutvalget om medieomtalen var «vitterlige kjensgjerninger» etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum og

¹⁹⁷ HR-2014-804-U gir et annet eksempel.

¹⁹⁸ Se NOU 2001:32 A side 457, NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453.

¹⁹⁹ Se om avgjørelsen i punkt 4.1.3 og punkt 4.2.2.2.

²⁰⁰ LB-2010-100333-1.

avgjørelsen er derfor relevant. Medieomtalen var ifølge ankeutvalget «klarligvis» ikke vitterlige kjensgjerninger.²⁰¹

Siden ankeutvalget ikke begrunner standpunktet, er det noe vanskelig å trekke sikre slutninger ut av kjennelsen. Én mulig tolkning er at det var så pass uklart hvilken betydning medieomtalen hadde for en eventuell forskjell i postgangen, at den ikke kunne være vitterlige kjensgjerninger. Det er uklart om uregelmessigheten rammet den konkrete forsendelsen, om den var eneste, dominerende eller delvise årsak for tidsforskjellen, hvilken betydning uregelmessigheten kunne ha for 6 dagers ulike postgang i samme område osv. Medieomtalen hadde lav slutningssikkerhet i relasjon til det konkrete bevistema. Tolkes kjennelsen på denne måten, er den et argument for at det må gjelde et krav til slutningssikkerhet. Kjennelsen gir imidlertid ikke sikre slutninger med tanke på innholdet i et slikt krav.

Begrunnelsen bak adgangen til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger er i hovedsak å realisere målsettingen om en materielt riktig avgjørelse.²⁰² Skal målsettingen best mulig realiseres, må det både stilles krav til informasjons- og slutningssikkerhet. Opplysninger som har en uklar, omtvistet eller diskutabel betydning i saken er ikke nødvendigvis sannhetsfremmende.

Twistemålsloven § 186 1. ledd – «[k]jensgjerninger, som er vitterlige, [...] trenger ikke bevis» – ga et tydelig uttrykk for en tanke om at det er unødvendig tid- og kostnadskrevende å føre bevis om vitterlige kjensgjerninger.²⁰³ Twisteloven viderefører denne regelen.²⁰⁴ Hvis opplysningen har lav slutningssikkerhet, er det åpenbart ikke unødvendig tid- og kostnadskrevende å kreve at opplysningen fremgår av bevisførselen. Tolkes ordlyden i lys av sivilprosessens målsettinger, må det således stilles et krav til slutningssikkerhet.

Det synes klart at det er rettskildemessig grunnlag for å stille et krav til slutningssikkerhet. Kravet har en viss støtte i ordlyden, Rt. 2011 side 90 og sivilprosessens målsettinger.

I forbindelse med problemstillingens andre spørsmål – det nærmere innholdet i kravet til slutningssikkerhet – er svaret noe mer tvilsomt. Verken ordlyden, forarbeider eller høyesterettspraksis gir særlig veiledning. I en slik rettskildemessig situasjon må innholdet i kravet til slutningssikkerhet presiseres ved bruk av sivilprosessens målsettinger, som er redegjort for i kapittel 3.

²⁰¹ Rt. 2011 side 90 (17).

²⁰² Se punkt 3.2 om målsettingen.

²⁰³ Se om målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling i punkt 3.4 og 3.5.

²⁰⁴ Se punkt 4.2.2.2.

Målsettingen om en materielt riktig avgjørelse tilsier at kravet må forstås strengt. Det er bare dersom det ikke er særlig tvilsomt eller diskutabelt hvilken betydning opplysningen har for sakens bevistema, at opplysningen sannsynligvis er sannhetsfremmende og realiserer målsettingen.

Som tvistemålsloven § 186 1. ledd ga uttrykk for, er det også ansett unødvendig å føre bevis om vitterlige kjensgjerninger sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling. For å argumentere for at det er unødvendig at vitterlige kjensgjerninger fremgår av bevisføringen, må det være fordi det ikke er *av betydning* om det er dommeren eller parten som bringer opplysningen inn i saken. I så tilfelle bør det kreves at opplysningen har en svært høy grad av slutningssikkerhet. En annen side av dette er at en høy grad av slutningssikkerhet kan bidra til å realisere målsettingen om en tillitsfull saksbehandling.²⁰⁵ Hvis kravet forstås strengt, og det ikke er av betydning om parten selv eller dommeren trekker opplysningen inn i saken, kan dette bidra til å motvirke forestillinger om en upartisk dommer.

Analyseres kravet til slutningssikkerhet i lys av sivilprosessens målsettinger, bør det kreves en svært høy grad av slutningssikkerhet og det skal ikke mye slutningsusikkerhet til før kravet ikke er innfridd.

Dette standpunktet gir god mening sett i lys av at i dispositive saker har «[p]artene [...] hovedansvaret for å sørge for bevisføring» (forhandlingsprinsippet), og retten skal normalt bare «sørge for bevisføring hvis ikke partene motsetter seg dette».²⁰⁶ Begrunnelsen er at partene har de beste forutsetninger for å klarlegge sakens faktiske side,²⁰⁷ at retten ikke skal fremstå som partisk og at retten skal respektere hensynet til partsautonomien.²⁰⁸

4.2.4 Kravet til at opplysningen må være vitterlig

Ifølge lovteksten er det ikke tilstrekkelig at opplysningen har tilstrekkelig informasjons- og slutningssikkerhet, den må også være «vitterlig». Problemstillingen er om lovens kriterium «vitterlig» har noen selvstendig betydning i tillegg til kravet til informasjons- og slutningssikkerhet, og eventuelt hvilket innhold kriteriet har.

²⁰⁵ Se om tillitsmålsettingen i punkt 3.3.

²⁰⁶ Se nærmere om «forhandlingsprinsippet» i bl.a. Skoghøy (2017) side 571-573, Robberstad (2015) side 14-15, Backer (2015) side 252-253, Schei m.fl. (2013) side 383, Eldjarn (2016) side 86-87 og Hov (2017) side 54-55.

²⁰⁷ Se uttalelser i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

²⁰⁸ Se nærmere Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 405, jf. NOU 2001:32 B side 946.

Lovtekstens bruk av «vitterlig» er åpenbart et argument for at kriteriet «vitterlig» har selvstendig betydning. Lovteksten er imidlertid noe vag. En naturlig språklig forståelse av at en kjensgjerning er «vitterlig», tilsier at kjensgjerningen er allment kjent eller åpenlys.²⁰⁹ Det er naturlig å tolke lovteksten slik at kjensgjerningen må være allment kjent ved å være alminnelig tilgjengelig. Det kan ikke være meningen at den *de facto*, på bakgrunn av en empirisk undersøkelse, må være kjent av folk flest.²¹⁰ Ordlyden er vag med hensyn til når en opplysning er tilstrekkelig allment tilgjengelig, og åpner derfor for et visst skjønn.

Forarbeidene til § 21-2 (3) 1. punktum sier ingenting om hva som ligger i ordet «vitterlig».²¹¹ Forarbeidene er derfor ikke relevant i relasjon til problemstillingen.

I mine undersøkelser har jeg ikke funnet høyesterettsavgjørelser som eksplisitt eller implisitt sier noe om hva som ligger i ordet «vitterlig», verken i forbindelse med § 21-2 (3) 1. punktum eller andre prosessuelle kontekster som har interesse ved tolkingen av bestemmelsen.²¹² Høyesterett betegner rett nok flere omstendigheter som «vitterlig», men ikke i sammenheng med tolkingen av § 21-2 (3) 1. punktum eller andre kontekster som har interesse ved tolkingen av bestemmelsen.²¹³

I nyere rettslitteratur har særlig Eldjarn redegjort for «vitterlige kjensgjerninger». Han retter kritikk mot Høyesterett sin klassifisering av visse omstendigheter som «vitterlige». Jeg tolker han slik at han retter kritikk ved klarleggingen av hva som er vitterlige kjensgjerninger etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum, selv om dette er noe uklart.²¹⁴ Høyesterett har, ifølge Eldjarn, «gått for langt når ledererfaring og statisk informasjon ble regnet som vitterlige kjensgjerninger».²¹⁵ Det er to avgjørelser det siktes til. Den første er Rt. 2014 side 402. Bakgrunnen for dommen var en mann (A) som mente seg forbigått ved ansettelse av sjefsstillingen for Forsvarets skolesenter av en kvinne (B). Han anførte brudd på likestillingsloven av 1978. Mindretallet på én dommer (dissens 4-1) var enig med A, og fremhevet at det var «i strid med vitterlige kjensgjerninger» når departementet hadde likestilt partene når det gjaldt «ledererfaring og operativ erfaring». Denne uttalelsen ble imidlertid *ikke* avgitt i en prosessuell sammenheng og er ikke relevant. Den andre avgjørelsen er Rt. 2010 side 804. Spørsmålet var om part kunne trekke inn noen uttalelser om ulykkesstatistikk og flystøy fra en seksjonssjef og en seniorrådgiver i luftfartstilsynet, på tross av tvisteloven § 21-12 (2) 1. punktum.²¹⁶ I denne avgjørelsen kan jeg ikke se at ankeutvalget klassifiserer statistikken som vitterlige kjensgjerninger.²¹⁷ Han viser også til

²⁰⁹ Språkhistorisk stammer ordet «vitterlig» fra det middelnedertyske ordet «witelik» som har samme betydning som «notorisk» og det tyske ordet «offenkundig», som betyr «allmenkjent» eller «klar», se Skeie (1940) side 69-70.

²¹⁰ Slik også Skeie (1940) side 70 og Eckhoff (1962) side 95. I svensk rett har RB 35:2 en regel om at for en «omständighet, som är allmänt vederlig, kräves icke bevis». Ifølge Lindell (2012) (tredje utgave) side 459 er dette «sådana [omständigheter] som verkligen alla med säkerhet känner till».

²¹¹ Se Ot.prp. nr.51 (2004–2005) side 453, NOU 2001:32 A side 457 og NOU 2001:32 B side 945.

²¹² Jf. punkt 4.2.2.3. Se interessant nok LE-2010-116623 hvor opplysninger fra folkeregisteret ikke ble betegnet som vitterlige kjensgjerninger, fordi «[...]tilgangen til dette registeret er begrenset».

²¹³ Se Rt. 1988 side 654 på side 658, Rt. 1959 side 431 på side 440 og Rt. 1982 side 1729 på side 1740.

²¹⁴ Se Eldjarn (2016) side 133 flg.

²¹⁵ Eldjarn (2016) side 135.

²¹⁶ Se om bestemmelsen i punkt 4.2.2.3.

²¹⁷ Det gjør derimot *parten*, se premiss 3.

«Bjørnelær-dommen», Rt. 1937 side 472. I denne avgjørelsen sier Høyesterett ingenting om vitterlige kjensgjerninger.²¹⁸

Det som gjør bruk av høyesterettspraksis som rettskilde utfordrende i relasjon til problemstillingen, er at Høyesterett ikke alltid har vært konsekvent i begrepsbruken. Tidvis er «notoriske kjensgjerninger» brukt som synonym til «vitterlige kjensgjerninger». I Rt. 1950 side 638 på side 643 uttalte Høyesterett eksempelvis at «[...] domstolene [må] til enhver tid, både når det gjelder de faktiske og de rettslige sider ved en sak, st[å] fritt til å legge notoriske kjensgjerninger til grunn for sin vurdering».²¹⁹ Ordet «notorisk» kan både forstås som et synonym til ordet «vitterlig», men òg ha et annet meningsinnhold ved at noe er ubestridelig, åpenbart, utvilsomt eller uomtvistelig korrekt.²²⁰ Hvis Høyesterett bruker ordet i den sistnevnte betydningen, er dette et argument for at kriteriet «vitterlig» ikke har noen selvstendig betydning. Det er imidlertid ingen eksplisitte eller implisitte holdepunkter i høyesterettspraksis som tilsier at bruken av «notorisk» har vært ment på en annen måte enn som et synonym til «vitterlig». I nyere rettspraksis brukes heller ikke lenger uttrykket «notoriske kjensgjerninger». Det er ikke mulig å hente sikre slutninger fra denne høyesterettspraksisen.

Som redegjort for i punkt 4.2.2.2 er rettsstilstanden fra tvistemålsloven § 186 1. ledd videreført. Det kan derfor være av interesse å undersøke hvilken funksjon og hvilket formål kriteriet «vitterlig» hadde etter tvistemålsloven.

Da tvistemålsloven ble vedtatt i 1915 var funksjonen til kriteriet «vitterlig» å påse at de «kjensgjerningene» dommeren trakk inn i saken *virkelig var sikker*. Tanken var at hvis opplysningen var allment tilgjengelig for alle og enhver – den var vitterlig – så *måtte* den jo være riktig!²²¹ Kriteriet hadde en form for «kvalifiserende funksjon», i den forstand at det bare var opplysninger som etter all sannsynlighet var riktig, opplysninger som var vitterlige, som kunne trekkes inn i saken av retten. Denne funksjonen illustreres treffende av tvistemålslovens forarbeider. Uttalelsen gjelder rettens adgang til å fravike partenes enighet om sakens faktum, noe retten bare kan gjøre hvis det

²¹⁸ Se også om avgjørelsen i punkt 4.1.2.

²¹⁹ Se også Rt. 1894 side 218 på side 220, Rt. 1929 side 975 på side 976, Rt. 1946 side 818 på side 818, RAM 21-76, Rt.1950 side 638 på side 640 og side 642-643 og Rt. 1953 side 1312 på side 1314 for andre høyesterettsavgjørelser som bruker «notoriske kjensgjerninger».

²²⁰ Sml. Eckhoff (1962) side 95. Se også Schei m.fl. (2013) side 783 som virker å sidestille de to uttrykkene.

²²¹ Interessant nok, og uten noen som helst rettslig betydning, er «vitterlige kjensgjerninger» i den engelske oversettelsen av tvisteloven, gjort av justis- og beredskapsdepartementet («Act relating to mediation and procedure in civil disputes (The Dispute Act)»), blitt omtalt som «established facts», se <https://lovdata.no/pro/#document/NLE/lov/2005-06-17-90>.

*«[...] foreligger et bevis av den art og den styrke, at motbevis kan ansees umulig. Men saadan umulighet vil vanskelig kunne tænkes at være tilstede uten, hvor de kjendsgjæringer, som strider mot parternes fremstilling, er vitterlige».*²²²

Denne funksjonen virket også å være lagt til grunn i rettslitteraturen. I 1918 uttalte Hagerup om kriteriet:

*«Vitterlig er en kjendsgjærning, som enten er iagttaget af en saa stor kreds personer eller ved historiske fremstillinger, aviser, bekjendtgjørelser o. lign. uden modsigelse er meddelt i saa vide kredse, at enhver forstandig mand i dommerens stilling vil anse sig ligesaa overbevist om deres virkelighed som, om de havde været gjort til gjenstand for en bevisførsel».*²²³

Skeie uttalte i 1940 at «[d]et norske ord «viteleg» betegner bare at der er adgang til uomtvistelig kunnskap om en hendelse eller tilstand».²²⁴ Eckhoff mente i 1962 at det at en kjensgjærning er ««vitterlig» – i rettergangslovens forstand – vil si at det er adgang til å få uomtvistelig kunnskap om den».²²⁵

Den funksjonen «vitterlig» hadde etter tvistemålsloven sikres gjennom kravet til informasjons- og slutningssikkerhet etter tvisteloven. Ettersom rettstilstanden er videreført, kan en tolkning av tvisteloven i lys av tvistemålsloven tas til inntekt for at det ikke er noen realitet i kriteriet «vitterlig».

I den juridiske litteraturen etter tvisteloven virker det å være bred enighet om at det ligger en realitet i kriteriet «vitterlig», eksempelvis uttrykt slik at opplysningen må være «alminnelig kjent», «alminnelig tilgjengelig» eller noe som «alle og enhver har kjennskap til» o.l.²²⁶ Som rettskilde har juridisk litteratur svært begrenset vekt. Er det imidlertid bred enighet i rettslitteraturen, er dette et argument for å gi rettskilden større vekt.²²⁷ Det er ingen av forfatterne som redegjør eller begrunner standpunktet nærmere, eller analyserer lovteksten i lys av bestemmelsens forhistorie. Dette fører til at den juridiske litteraturen som rettskilde ikke får noen vekt. Rettslitteraturens tilnærming støttes imidlertid av lovens ordlyd.

Sammenfatningsvis mener jeg det ikke er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å si at kriteriet «vitterlig» ikke har selvstendig betydning. Lovteksten krever at kjensgjærningen må være «vitterlig» og verken forarbeidene eller høyesterettspraksis gir anvisning på en

²²² Se Ot.prp. nr. 1 (1910) side 171-172.

²²³ Hagerup II (1918) side 2. Se også Hagerup (1915) side 46.

²²⁴ Skeie (1940) side 70. Se også Skeie (1931) side 303.

²²⁵ Eckhoff (1962) side 95. Se også Gulbransen (1984) side 136.

²²⁶ Se bl.a. Schei m.fl. (2013) side 783 Skoghøy (2017) side 901, Matningsdal (2013) side 36, Backer (2015) side 303, Hov (2017) side 238 og Eldjarn (2016) side 136.

²²⁷ Se f.eks. Nygaard (2004) side 219.

innskrenkende fortolkning. Det kan da ikke være tilstrekkelig at «vitterlig» hadde en noe annen funksjon etter tvistemålsloven. Følgelig må problemstillingens første spørsmål – om kriteriet «vitterlig» har noen selvstendig betydning – besvares bekreftende.

Når det gjelder problemstillingens andre spørsmål – hvilket innhold kriteriet «vitterlig» har – er løsningen noe mer usikker.

Som nevnt gir lovteksten anvisning på at opplysningen må være allment tilgjengelig, men er vag og gir et visst skjønn med tanke på *hvor allment tilgjengelig* den må være. Forarbeider eller høyesterettspraksis bidrar ikke til en nærmere presisering. I en slik rettskildemessig situasjon må lovens kriterium presiseres i lys av sivilprosessens målsettinger, som er redegjort for i kapittel 3.

Det er først og fremst målsettingen om en materielt riktig avgjørelse som begrunner dommerens adgang til å trekke vitterlige kjensgjerninger inn i saken. For å realisere målsettingen er det tilstrekkelig at opplysningen har tilstrekkelig informasjons- og slutningssikkerhet. Kreves det i tillegg at opplysningen i vesentlig utstrekning er allment tilgjengelig, kan det medføre at sannhetsfremmende opplysninger ikke kan trekkes inn i bevisvurderingen. Dette tilsier at kriteriet «vitterlig» bør tolkes slik at det ikke skal særlig mye til før opplysningen anses «vitterlig».

Det er først og fremst målsettingen om en tillitsfull saksbehandling, som ble redegjort for i punkt 3.3, som begrunner vilkåret om at kjensgjerningen må være «vitterlig». Meningen må være at opplysninger som er vitterlig ikke kommer som noen overraskelse.

Tillitsmålsettingen gjør seg særlig gjeldende overfor tvistens parter. Siden det normalt er partene som frembringer sakens bevis, bør partene kunne innrette seg på at dommeren ikke trekker inn bevisstoff som ikke er kjent for partene.²²⁸ Det kan òg så tvil om dommerens upartiskhet om hun trekker inn opplysninger parten ikke er kjent med, og som går i motpartens favør. Partene bør så langt som mulig være forberedt på hvilke beviser dommeren tar hensyn til i bevisvurderingen. Analyseres problemstillingen i lys av tillitsmålsettingen, bør kriteriet «vitterlig» i hvert fall tolkes presiserende på den måten at opplysningen er vitterlig *i saken*, for tvistens parter.²²⁹

²²⁸ Se tvisteloven §§ 11-2 (2) 1. punktum og 21-3 (1).

²²⁹ Sml. Schei, mfl. (2013) side 783. Se også Alten (1940) side 219 og Skoghøy (2017) side 901 som peker på at kjensgjerninger er vitterlige hvis de er «[...] alminnelig kjent på den tid og på det sted retten holdes».

En slik tolkning innebærer at opplysninger kan være «vitterlig» hvis de er kjent for partene i et bestemt fagmiljø, internt mellom partene, på det lokale stedet der partene er oppvokst o.l. Tillitsmålsettingen realiseres best mulig hvis dommeren vet, eller i hvert fall har gode holdepunkter for å si, at partene er eller bør være kjent med opplysningen.

Det er noe vanskeligere å begrunne at kriteriet «vitterlig» må tolkes slik at opplysningen er vitterlig «for alle og enhver». Tillitsmålsettingen har først og fremst en slagside mot tvistens parter. Det synes ikke betenkelig at dommeren kan trekke inn en opplysning med tilstrekkelig slutnings- og informasjonssikkerhet som er kjent for tvistens parter, selv om den ikke er vitterlig for alle og enhver. Partene bør også til en viss grad kunne forvente at dommeren trekker inn slike opplysninger, uavhengig av om den er kjent for alle og enhver. Ser en dette i lys av at målsettingen om en materielt riktig avgjørelse tilsier at det ikke bør kreves særlig mye til før vilkåret «vitterlig» er innfridd, er konklusjonen at det er tilstrekkelig at opplysningen er «vitterlig» *i saken*, for tvistens parter. Standpunktet underbygges av retts tekniske hensyn: Det vil være vanskelig å trekke den eksakte grensen for når opplysninger er alminnelig tilgjengelig for alle og enhver.

Ordlyden må også tolkes i lys av sin samfunnsmessige kontekst. Opplysninger krever ikke helt sjeldent vederlag, eksempelvis koster internett eller papiraviser penger. Det kan ikke være meningen at opplysningen av den grunn ikke er «vitterlig» i lovens forstand. Samtidig kan ikke parten pålegges å selge både bil og hytte for å få tilgang til opplysningen: på et eller annet punkt er ikke opplysningen lenger «vitterlig». Grensene er usikre, men kanskje må en kunne si at en viss «sunn fornuft» må kunne legges til grunn ved tolkingen. Vilkåret bør etter min mening være innfridd hvis opplysningen er tilgjengelig for partene gjennom informasjonskilder som mennesker i Norge stort sett har tilgang til. Det er også klart at det som er «vitterlig» i dag, ikke nødvendigvis er vitterlig om 10 år og vice versa.²³⁰

4.2.5 Sammenfatning

Punkt 4.2 har vist at dommerens private kunnskap må underlegges strenge krav for å svare til «vitterlige kjensgjerninger».

I kravet til informasjonssikkerhet ligger det en vurdering av hvor sikker informasjonen en opplysning gir er, og rettskildene viser at dette kravet er strengt.

²³⁰ Se Eldjarn (2016) side 135 og Skoghøy (2017) på side 901.

I kravet til slutningssikkerhet ligger det at opplysningen må ha tilstrekkelig klar betydning i den konkrete saken i relasjon til sakens bevisstema. Rettskildene viser at også dette kravet er strengt.

Opplysningen må i tillegg være «vitterlig». Dette kriteriet har en selvstendig betydning, men må tolkes presiserende slik at det er tilstrekkelig at opplysningen er vitterlig i saken, for tvistens parter.

4.3 Plikter dommeren å trekke inn vitterlige kjensgjerninger?

Som gjennomgangen i punkt 4.2 har vist, medfører kravene som stilles til «vitterlige kjensgjerninger» at de normalt realiserer målsettingen om materielt riktige avgjørelser og bidrar til en tillitsfull saksbehandling. I denne sammenheng aktualiseres to problemstillinger. Den første er om dommeren på *generelt grunnlag* kan ha plikt til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger hun har privat kunnskap om. Har ikke dommeren en slik generell plikt, kan det spørres om hun i *visse tilfeller* kan ha en plikt.

I det følgende er problemstillingen om dommeren har en generell plikt til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger hun har privat kunnskap om i bevisvurderingen.²³¹

Skal dommeren pålegges en plikt, må plikten følge av et rettsgrunnlag. Tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum regulerer bruken av vitterlige kjensgjerninger.

Det følger av § 21-2 (3) 1. punktum at «[i] bevisvurderingen kan retten, uten at det er forhandlet om det, trekke inn [...] vitterlige kjensgjerninger [...]». Ordet «kan», kan tolkes som en kompetanse eller en skjønnsfrihet. I denne sammenheng synes det nærliggende å tolke ordet «kan» som en fakultativ adgang for retten til å trekke inn vitterlige kjensgjerninger. Spørsmålet er om det er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å tolke lovtekstens bruk av «kan» som «skal».

I bestemmelsens forarbeider påpekes det at «[§ 21-2] [t]redje ledd første punktum gir retten *adgang* til å ta i betraktning forhold som ikke er framkommet som nevnt i annet ledd».²³² Det

²³¹ Det er noe uklart om også Robberstad (2015) side 272 er inne på problemstillingen.

²³² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453 (min utheving). Se også NOU 2001:32 A side 457 og NOU 2001:32 B side 945 som bruker «kan» og «kunne».

følger uttrykkelig av forarbeidene at retten har en skjønnsfrihet. Siden forarbeidene er klare, skal de ha stor vekt i retning av at «kan» ikke kan tolkes «skal» på generelt grunnlag.

Det er ingen høyesterettspraksis som, eksplisitt eller implisitt, gir grunnlag for å tolke lovens bruk av «kan» som «skal» på generelt grunnlag.

Problemstillingen kan ligne på spørsmålet om retten har en rett eller plikt til å sørge for bevisføringen etter tvisteloven § 11-2 (2) og § 21-3 (2). Ifølge disse bestemmelsenes 2. punktum har retten en skjønsmessig adgang til å sørge for bevisføring hvis ikke partene motsetter seg det. Retten har bare en plikt dersom «offentlige hensyn» medfører at partene har begrenset rådighet, jf. § 21-3 (2) 1. punktum. Det kan spørres om disse reglene gir uttrykk for at en plikt til å trekke inn faktiske forhold må autoriseres av lovgiver, og bare hvis andre interesser enn rene partsinteresser står på spill. I så tilfelle indikerer dette at ordet «kan» ikke kan tolkes som «skal» på generelt grunnlag. Reglene gjelder imidlertid når retten kan sørge for *bevisføring*, mens vitterlige kjensgjerninger kan trekkes inn i sakens *uten at det fremgår av bevisføringen*.

Siden lovteksten bruker ordet «kan», og verken forarbeidene eller høyesterettspraksis gir anvisning på en annen tolkning enn den loven legger opp til, må konklusjonen være at § 21-2 (3) 1. punktum sin bruk av ordet «kan» ikke kan tolkes som «skal» på generelt grunnlag.

Problemstillingen er så om ordet «kan» i § 21-2 (3) 1. punktum i visse tilfeller må tolkes som «skal», og i så fall i hvilke tilfeller.

Forarbeidene, som vist ovenfor, gir ingen indikasjoner på at lovens bruk av «kan» i visse tilfeller må tolkes som «skal».

Det følger ikke eksplisitt av høyesterettspraksis at «kan» i visse tilfeller må tolkes «skal». I punkt 4.2.2.3 ble det imidlertid vist at ankeinstansen på ulovfestet grunnlag kan prøve om underinstansen begikk en saksbehandlingsfeil ved at realitetsavgjørelsen bygget på et faktum i strid med «vitterlige kjensgjerninger», eller av andre grunner var «åpenbart», «klart» eller «uomtvistelig» uriktig. Dommeren må ha en plikt til å unngå åpenbare saksbehandlingsfeil. Dette må medføre at lovens bruk av «kan» må tolkes som «skal», hvis dommeren ved å trekke inn vitterlige kjensgjerninger etter § 21-2 (3) 1. punktum forhindrer at realitetsavgjørelsen bygger på et faktum som er åpenbart uriktig. Utover disse tilfellene, er det usikkert om bruken av «kan» må tolkes som «skal».

Det kan spørres om «kan» i en viss utstrekning kan tolkes som «skal» dersom problemstillingen analyseres i lys av sivilprosessens målsettinger, som ble redegjort for i kapittel 3.

Vitterlige kjensgjerninger har strenge krav til informasjons- og slutningssikkerhet som gjør at de er egnet for å realisere målsettingen om materielt riktige avgjørelser. Bruk av vitterlige kjensgjerninger kan dessuten gi dommeren «sikre referansepunkter» i bevisvurderingen som sakens øvrige bevis kan ses i lys av.

Det er tillitsvekkende for allmennheten og partene at dommeren trekker inn vitterlige kjensgjerninger som bidrar til at tvisten får et korrekt utfall. Partene bør i en viss utstrekning kunne forvente at dommeren trekker inn slike opplysninger. Det kan således også fremme målsettingen om en tillitsfull saksbehandling om retten trekker inn vitterlige kjensgjerninger.

Siden målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling er overordnede målsettinger i sivilprosessen, jf. punkt 3.2 og 3.3, og det kan bidra til å realisere disse målsettingene om «kan» i vesentlig utstrekning tolkes som «skal», bør en slik tolkning så langt som mulig legges til grunn.

Problemet med denne tolkningen er at lovteksten bruker formuleringen «kan». Verken forarbeidene eller høyesterettspraksis kan tas til inntekt for at lovteksten må tolkes som «skal», utover der det vil være en saksbehandlingsfeil ikke å trekke inn vitterlige kjensgjerninger. I en slik rettskildemessig situasjon gir sivilprosessens målsettinger et for spinkelt rettskildemessig grunnlag til å legge til grunn en annen tolkning enn den som følger av lovteksten.²³³ Følgelig må konklusjonen være at det bare er dersom det vil utgjøre en saksbehandlingsfeil om retten ikke trekker inn vitterlige kjensgjerninger, at dommeren har en *plikt*. I lys av sivilprosessens målsettinger må det de lege ferenda kunne hevdes at dommeren i vesentlig utstrekning bør ha en plikt.

4.4 Når må vitterlige kjensgjerninger underlegges kontradiksjon?

Tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum regulerer når vitterlige kjensgjerninger må underlegges kontradiksjon. Det følger av bestemmelsen at hvis kunnskap etter 1. punktum, herunder vitterlige kjensgjerninger, «kan være usikker eller omtvistet, gjelder § 11-1 tredje ledd».

²³³ Det kan ikke utelukkes at kravene til en rettferdig og forsvarlig retting etter Grunnloven § 95 1. ledd 2. punktum eller EMK artikkel 6 nr. 1, jf. menneskerettsloven § 2 kan medføre at lovens bruk av «kan» må tolkes som «skal».

Formuleringen «gjelder § 11-1 tredje ledd», viser at usikker eller omtvistet kunnskap må underlegges kontradiksjon.²³⁴

At kunnskapen er «omtvistet» kan enten tilsi at partene reiser innsigelser om kunnskapen, enten fordi de er uenig i motpartens eller dommerens syn, eller at det er stilt spørsmål ved kunnskapens riktighet i den allmenne debatt. Hvis partene er uenig i dommerens eller motpartens syn, må nødvendigvis innsigelsen til kunnskapen frembringes i forhandlingen. Kunnskapen blir i så fall som regel ikke «privat». Kunnskap som er omtvistet i den allmenne debatt konsumeres av alternativet «kan være usikker». Alternativet «kan være [...] omtvistet» faller således utenfor avhandlingen å redegjøre nærmere for i relasjon til vitterlige kjensgjerninger.

Problemstillingen i dette punktet er når dommerens private kunnskap om vitterlige kjensgjerninger «kan være usikker», og følgelig må underlegges kontradiksjon.

Ordlyden «kan være usikker» er upresis og kan tolkes på tre måter i relasjon til når vitterlige kjensgjerninger må underlegges kontradiksjon. Det første tolkningsalternativet knytter seg til at informasjonen i opplysningen, opplysningens informasjonssikkerhet, «kan være usikker».²³⁵ Vilkåret knytter seg i så fall til en vurdering av om det foreligger holdepunkter for å si at informasjonen i den vitterlige kjensgjerningen kan være uriktig.

Det andre tolkningsalternativet knytter seg til at opplysningens betydning i den konkrete saken, opplysningens slutningssikkerhet, «kan være usikker».²³⁶ Vilkåret knytter seg i så fall til en vurdering av om det er grunn til å si at den vitterlige kjensgjerningen har en usikker betydning i saken i relasjon til sakens bevistema.

Det tredje tolkningsalternativet er noe mer formålsrettet enn de to første. Det er naturlig å lese lovteksten slik at formålet med bestemmelsen er å sikre kontradiksjon, men bare hvis det er *behov* for det. Tolkes vilkåret «kan være usikker» i lys av dette formålet, kan lovteksten tolkes slik at det må vurderes konkret og i lys av de sivilprosessuelle målsettingene som ligger bak kontradiksjonskravet om det er behov for at den vitterlige kjensgjerningen underlegges kontradiksjon.

²³⁴ Se uttalelser i NOU 2001:32 B side 945. Skoghøy (2017) side 902 og Backer (2015) side 304 forutsetter en slik tolkning.

²³⁵ Se om informasjonssikkerhet i punkt 4.2.2.

²³⁶ Se om slutningssikkerhet i punkt 4.2.3.

En isolert ordlydstolkning gir ingen klare signaler om hvilket tolkningsalternativ som er mest nærliggende. Forarbeidene gir ingen anvisning på valg av tolkningsalternativer, og høyesterettspraksis gir ingen føringer.²³⁷

Ettersom den rettskildemessige situasjonen er slik at verken lovteksten, forarbeidene eller høyesterettspraksis viser hvilket tolkningsalternativ som må velges, må valget av tolkningsalternativer styres av sivilprosessens målsettinger.²³⁸

Som påpekt i punkt 2.5 er det målsettingene en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling som begrunner kontradiksjon mellom retten og partene.²³⁹

Kontradiksjonskravet realiserer målsettingen om en materielt riktig avgjørelse ved at partene får granske dommerens kunnskap, eksempelvis ved å komme med innvendinger, presiseringer eller stille spørsmål om de vitterlige kjensgjerninger. Det kan være et behov for kontradiksjon i lys av denne målsettingen både der informasjonssikkerheten eller slutningssikkerheten er usikker.

Kontradiksjonskravet realiserer målsettingen om en tillitsfull saksbehandling ved at partene får uttale seg med sikte på å påvirke dommerens vurdering og eller bruk av de vitterlige kjensgjerninger. Det kan være et behov for å uttale seg både der informasjons- og slutningssikkerheten kan være usikker.

Fortolkes lovteksten i lys av sivilprosessens målsettinger, bør på denne bakgrunn det tredje tolkningsalternativet legges til grunn. Det er dette som på en best mulig måte realiserer målsettingene. Vilkåret «kan være usikker» må således forstås slik at det må vurderes konkret og i lys av målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling om det er behov for kontradiksjon om den konkrete vitterlige kjensgjerningen.

Siden vurderingen er konkret kan det ikke utledes noe generelt svar på når vitterlige kjensgjerninger må underlegges kontradiksjon. Det kan imidlertid undersøkes om noen retningslinjer kan utpensles.

I den konkrete vurderingen må det være klart at lovtekstens bruk av «kan», i vurderingen av om den vitterlige kjensgjerningen «kan være usikker», gir et tydelig signal om at det ikke kan

²³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453, NOU 2001:32 A side 457 og NOU 2001:32 B side 945. Se for øvrig den omtalte høyesterettspraksisen i punkt 4.1.3.

²³⁸ Se kapittel 3 om sivilprosessens målsettinger.

²³⁹ Se om målsettingene i punkt 3.2 og 3.3.

være særlig betenkelig å unnta opplysningen kontradiksjon, sett i lys av målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling.

Utover dette må kontradiksjonskravets relative aspekt kunne trekkes inn i vurderingen. Det relative aspektet sier noe om hvor tungtveiende målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling gjør seg gjeldende i den konkrete saken, og således noe om behovet for kontradiksjon.²⁴⁰

Faktorer som sakens art og alvor, betydningen av saken for partene, den vitterlige kjensgjerningens betydning for sakens bevisstema og sakens utfall, om saken for øvrig er godt opplyst, om partene har utvist et behov for å uttale seg o.l., forhold er følgelig relevante momenter i vurderingen.

Som påpekt i punkt 3.6 står målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling i spenning med kravet til kontradiksjon. Det er både tid- og kostnadskrevende å sikre kontradiksjon. I tvilstilfeller må disse målsettingene kunne trekkes inn i vurderingen.

Grunnet kravet til informasjons- og slutningssikkerhet kan det spørres om regelen om kontradiksjon har særlig stor *praktisk betydning* i relasjon til vitterlige kjensgjerninger. I denne sammenheng er det viktig å minne om det psykologiske perspektivet som ble omtalt i punkt 2.2. Kravene som stilles til «vitterlige kjensgjerninger» gjør at disse opplysningene psykologisk sett kan få vesentlig betydning for sakens utfall ettersom dommerne kan gå ut fra at de er riktig. Dommeren bør ha et dommeretisk ansvar for å synliggjøre bruken av vitterlige kjensgjerninger i saken, selv om hun ikke har et *rettslig ansvar* til å sikre kontradiksjon.

²⁴⁰ Se om kontradiksjonskravets relative aspekt i punkt 2.5.

5 Dommerens private kunnskap om erfaringssetninger

5.1 Innledning og oversikt over problemstillinger

Kapittelet skal analysere den sivilprosessuelle reguleringen av dommerens private kunnskap om erfaringssetninger. Som nevnt i punkt 2.4 er erfaringssetninger generelle antakelser om hvordan noe normalt henger sammen. Selv om det ikke følger uttrykkelig av lovteksten, er det tvisteloven § 21-2 (3) som regulerer bruken av erfaringssetningene.²⁴¹

Dommeren kan etter § 21-2 (3) 1. punktum trekke inn «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde», og slik kunnskap skal underlegges kontradiksjon hvis den «kan være usikker eller omtvistet», jf. 2. punktum.

I punkt 5.2 redegjøres det generelt for erfaringssetninger, herunder om erfaringssetningens art og funksjon i bevisvurderingen. Det er viktig med en generell redegjørelse fordi det ikke er skrevet særlig om erfaringssetninger i et rettsdogmatisk perspektiv.²⁴² Temaet er dessuten komplekst og vanskelig, og en generell redegjørelse kan være et nyttig pedagogisk grep som gjør den rettsdogmatiske analysen mer håndterbar.

I punkt 5.3 analyseres tvistelovens regulering av hvilke erfaringssetninger dommeren kan bruke i bevisvurderingen. Punkt 5.4 undersøker om og eventuelt i hvilken utstrekning dommeren kan ha en rettslig plikt til å bruke erfaringssetninger i bevisvurderingen, mens punkt 5.5 analyserer i hvilken utstrekning erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon.

Siden tvistelovens regler gir et mer utstrakt vern enn menneskerettskonvensjonens, trekker jeg ikke inn særskilte EMK-rettskilder i analysen.²⁴³

²⁴¹ Se om erfaringssetninger i dansk rett i Gomard & Kistrup (2013) side 603 og 646 og Zahle (1976) side 280 under «præssumptionsregler om faktum». Se også om svensk rett og erfaringssetninger i Lindell (2007) særlig side 59-60, og Ekelöf m.fl. (2009) side 281 flg.

²⁴² Se nærmere om erfaringssetninger i en mer bevisteoretisk retning i bl.a., Løvlie (2014) side 155-157, Zahle (1976) side 234-238, 274 flg., og 301-302 og Jerkø (2017) side 157-158. Se også Strandberg (2012) side 147 om «generaliseringer».

²⁴³ Se nærmere om bevisvurderingen og kontradiksjonskravet i EMK-retten, i Bertelsen (2011) side 169-170.

5.2 Generelt om erfaringssetninger

Erfaringssetninger er antakelser om hvordan ting normalt går for seg.²⁴⁴ Lindell forklarer det slik at erfaringssetningene sier «[...]något om hur det *generellt brukar ligga till*». Erfaringssetningene er «generell i motsats till en *utsaga om de konkreta fallet*, som i stället kan subsumeras eller hänföras under den generella erfarenhetssatsen».²⁴⁵

Erfaringssetningene er generelle i den forstand at erfaringssetningen ikke er konkretisert til en bestemt omstendighet, sted eller tidspunkt. Selv om erfaringssetningene alltid er generelle, kan de ha ulikt «nedslagsfelt»: der noen bare er anvendelig i én eller liknende enkeltsaker, kan andre være anvendelig i mange saker. Et eksempel fra rettspraksis på det førstnevnte 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 en kommersiell operatør».²⁴⁶ Et eksempel på sistnevnte er at «næringsdrivende flest må formodes å opptre økonomisk rasjonelt».²⁴⁷

Det kan spørres om antakelser som *ikke bygger på erfaring* kan kalles en «erfaringssetning».²⁴⁸ I relasjon til § 21-2 (3) er det ikke av betydning om dommerens antakelser bygger egen eller andres erfaring, eller rene antakelser som ikke bygger på erfaring. Jeg bruker derfor begrepet «erfaringssetning» om alle antakelser dommeren trekker inn i bevisvurderingen.

Erfaringssetningen har sin *funksjon* i bevisvurderingen. Dette kommer ikke til uttrykk i tvisteloven, men i forslaget til ny straffeprosesslov § 7-5, som har overskriften «bevisvurdering og beviskrav», følger det av 1. punktum at

*«[a]vgjørelsen 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».*²⁴⁹

For nærmere å forklare erfaringssetningenes funksjon i bevisvurderingen, må «bevisvurderingen» nærmere redegjøres for. I sivilprosessen regulerer tvisteloven § 21-2 (1) bevisvurderingen: «Retten fastsetter ved en fri bevisvurdering det saksforhold avgjørelsen

²⁴⁴ Se f.eks. Kolflaath (2013) side 79 og Kolflaath (2004) side 296.

²⁴⁵ Lindell (2007) side 59 (forfatterens kursivering).

²⁴⁶ Rt. 2007 side 1003 (102). Andre eksempler gir Rt. 1909 side 559 på side 560, Rt. 2015 side 1180 (84) og Rt. 2015 side 678 (78).

²⁴⁷ HR-2017-2410-A (41). Andre eksempler gir Rt. 1998 side 1565 på side 1570 og HR-2018-557-A (25).

²⁴⁸ Løvlie (2014) mener dette faller utenfor begrepet «erfaringssetning» (side 156).

²⁴⁹ NOU 2016:24 side 38.

skal bygges på». At bevisvurderingen er «fri» innebærer ifølge forarbeidene at «[...]det ikke er regler for den vekt enkelte bevis skal tillegges».²⁵⁰ Mer treffende er det å si at det er opp til

*«domstolen etter en grundig prøving av de enkelte bevis som fremlegges, å vurdere hva som kan utledes av dem, hvilken vekt de skal ha, og hvordan de skal veies i forhold til andre beviser».*²⁵¹

I denne vurderingen gjør dommeren «bruk av sin alminnelige menneskelige ballast» og det «kan sies at den frie bevisbedømmelse nettopp går ut på at dommeren vurderer bevisene på bakgrunn av sine erfaringer som menneske og som dommer».²⁵² Andenæs forklarte det slik at

*«[bevisvurderingen] 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».*²⁵³

Andenæs er inne på funksjonen til erfaringssetningene når han snakker om en «bearbeidels[e]» av sakens beviser, men han forklarer ikke dette nærmere. Jeg har i mine undersøkelser funnet grunn til å inndele erfaringssetningene etter deres funksjon i to kategorier. Erfaringssetningene kan både ha funksjon som bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger.

De *bevisvurderende erfaringssetningene* skal belyse den isolerte bevisverdien til sakens enkeltbevis. Erfaringssetningen svarer til en generell antakelse om sannsynlighet som, på en eller annen måte, belyser påliteligheten eller troverdigheten av sakens bevis. Eksempelvis bruker dommeren sin erfaring ved «opfattelsen av vidnets mening og ved bedømmelsen av dets iagttagelsers paalidelighet og dets troværdighet iøvrig».²⁵⁴

Et eksempel er dommerens generelle antakelse om at inkonsekvente forklaringer normalt er usikre (erfaringssetningen). As inkonsekvente forklaring (beviset) subsumeres inn under erfaringssetningen, og får liten vekt i bevisvurderingen. Siden de bevisvurderende erfaringssetningene knytter seg til alle sakens enkeltbevis, brukes de i vesentlig utstrekning i bevisvurderingen. Konsekvensen er at ikke alle bevisvurderende erfaringssetninger anvendes bevisst. Anvendes erfaringssetningen bevisst, er det ingen garanti for at den lar seg artikulere.²⁵⁵

²⁵⁰ NOU 2001:32 A side 457. Sml. tvistemålsloven § 183.

²⁵¹ Ravna (2013) side 564. Se også Skoghøy (2017) side 895, Robberstad (2015) side 271 og Jerkø (2017) side 409 for tilsvarende tilnærminger.

²⁵² Michelsen (1999) side 208.

²⁵³ Andenæs (1943) side 303. Andenæs sin bruk av «konkrete bevisdata» svarer til min bruk av «bevis».

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 1 (1910) side 227.

²⁵⁵ Se om det psykologiske perspektivet i punkt 2.2.

Formodningene har en noe annen funksjon.²⁵⁶ Der de bevisvurderende erfaringssetningene knytter seg til sakens enkeltbevis, gir formodningene en form for «utgangssannsynlighet» som knytter seg til et bevisresultat: Formodningene sier noe om hvilken faktisk situasjon dommeren legger grunn hvis det ikke foreligger konkrete holdepunkter for å fravike formodningen. Formodningene kan òg brukes til å «fylle tomrom» som bevisføringen etterlater tvil eller usikkerhet om. For partene kan det bli spørsmål om å «motbevise» formodningen dommeren legger til grunn i saken ved å føre tilstrekkelig motbevis. I realiteten kan det derfor hevdes at en formodning er en form for bevisbyrde.²⁵⁷

Dette kan likne på det som i bevisretten betegnes som den «subjektive bevisbyrde».²⁵⁸ Strandberg beskriver denne slik at den «sier hvilken parts faktumpåstand som på et gitt tidspunkt i prosessen blir lagt til grunn som rettsfaktum i dommen hvis ingen nye beviser kommer til».²⁵⁹

Siden formodninger bygger på sannsynlighet, har noen formodninger et sikrere fundament enn andre. Dette medfører at det vil være varierende hvor sterke holdepunkter som må foreligge for at dommeren fraviker formodningen.²⁶⁰ Formodningen kan i sin mest grunnleggende form uttrykkes slik at hvis X foreligger/ikke foreligger, så foreligger/foreligger ikke vanligvis Y.²⁶¹ Som nevnt i punkt 2.2, kan det være vanskelig for dommeren på et psykologisk plan å se bort fra det hun mener å vite sikkert, og formodningene kan derfor få stor betydning for sakens utfall.

Et klassisk eksempel er at dommeren har kunnskap om at skriftlig kontrakt normalt benyttes ved kjøp av fast eiendom (formodningen). A anfører at det er skjedd en eiendomsoverdragelse fra B til A, men kan ikke vise til en kjøpekontrakt. Anvender dommeren formodningen, må A fremlegge sterke holdepunkter for å overbevise dommeren om at det virkelig har skjedd en eiendomsoverdragelse.²⁶² Et eksempel fra rettspraksis gir Rt. 1915 side 20 hvor det den gang ble vist til at ved fradeling av parseller, medfølger normalt også veirett: «Naar intet motsat

²⁵⁶ Forarbeidene omtaler formodninger i NOU 2001:32 A side 458. Se særlig Augdahl (1947) side 105 flg., Augdahl (1961) side 105 flg. og Eckhoff (1943) side 10-11 om formodninger. I dansk rett skriver Gomard & Kistrup (2013) side 647 om formodninger («prima facie bevis») og Zahle (1976) side 280-282 under «præssumtionsregler om faktum» («presumptio facti»). I svensk rett skriver bl.a. Ekelöf m.fl. (2009) side 88-93 om formodninger.

²⁵⁷ Sml. Jerkø (2017) side 157-158 som skriver om «[b]evisbyrder basert på faktiske presumsjoner».

²⁵⁸ Motparten til den «subjektive bevisbyrden» er den «objektive bevisbyrden», se nærmere Skoghøy (2017) side 911-912, Hov (2017) side 248-249, Strandberg (2012) side 296-298, Robberstad (2015) side 274, Eckhoff (1943) side 16 flg., Backer (2015) side 306. Skillet om skillet i dansk rett i Gomard & Kistrup (2013) side 655.

²⁵⁹ Strandberg (2012) side 296. Se også Eckhoff (1943) på side 19.

²⁶⁰ Se Kolflaath (2013) side 87 flg.

²⁶¹ Se Skeie (1931) side 308 flg. og side 317.

²⁶² Tilsvarende eksempel gir Hov (2017) side 239.

fremgaar av vedkommende dokument, og ikke særlige forhold foreligger, maa formodningen være for, at veiret tilkommer senere utskilte parceller ...».²⁶³

Det må understrekes at skillet mellom bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger ikke nødvendigvis kan trekkes skarpt.

Tidvis brukes uttrykket «naturlige formodninger» som ensbetydende med «formodninger».²⁶⁴ I litteraturen er det også trukket et skille mellom de «abstrakte» og «konkrete» formodninger.²⁶⁵ Formodningene må ikke forveksles med «lovsformodninger».²⁶⁶ En lovsformodning er et lovbestemt utgangspunkt om bevisbyrde, som også kan kreve et bestemt beviskrav.²⁶⁷ Ofte er lovsformodningene basert på faktiske formodninger.²⁶⁸ Står dommeren overfor en lovsformodning, er hun *pliktig* til å legge den til grunn.²⁶⁹

I tillegg til å differensiere erfaringssetningene etter deres funksjon i bevisvurderingen, kan erfaringssetningene differensieres etter sin *art*, henholdsvis som alminnelige eller spesielle.²⁷⁰

De *alminnelige erfaringssetningene* er beskrevet som «[d]e kundskaber og erfaringer [som ...] kan være af den art, at det maa kræves eller forudsættes, at mænd med en dommers uddannelse og livsverfaring er i besiddelse af dem».²⁷¹ Alminnelige erfaringssetninger er alminnelig utbredt (allmenn) kunnskap som de fleste kjenner eller kan forutsettes å kjenne til.²⁷² Slike erfaringssetninger har normalt høy sikkerhetsgrad og er en del av den «menneskelige ballast» dommeren tar med i sitt virke.²⁷³ Ifølge Andenæs/Myhrer er eksempler på alminnelige erfaringssetninger

*«kunnskap om betydningen av et uttrykk, om påliteligheten av vitneutsagn, om virkningen av alkohol på den menneskelige psyke og atferd, om risikoen ved bilkjørsel, om sedvaner i arbeids- og forretningsliv».*²⁷⁴

Et eksempel fra høyesterettspraksis er at der «[...] fast eiendom overføres vederlagsfritt mellom ektefeller, skaper [det] i seg selv en formodning for gavehensikt».²⁷⁵ Med min begrepsbruk må dette sies å være en «alminnelig erfaringssetning».

²⁶³ Rt. 1915 side 20 på side 21.

²⁶⁴ Se f.eks. Rt. 2015 side 168 (66) og Hov (2017) side 239.

²⁶⁵ Se nærmere Augdahl (1947) side 105.

²⁶⁶ Som understreket i NOU 2001:32 A side 458.

²⁶⁷ Et eksempel gir pasientskadeloven § 3 1. ledd.

²⁶⁸ Dette er tilfelle for pasientskadeloven § 3 1. ledd, se Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) på side 91. Se også Skoghøy (2017) side 904.

²⁶⁹ Se nærmere om lovsformodninger i bl.a. Augdahl (1947) på side 106-07, Hov (2017) side 239 og Skoghøy (2017) side 903-908. Se også tvistemålsloven § 186 (2) som brukte ordet «lovsformodning». I dansk rett skriver Zahle (1976) om «retlige præsumentioner [som] bevisbyrderegler».

²⁷⁰ I forslaget til ny straffeprosesslov er en slik sontring tilsiktet rettslig betydning, se forslagets § 7-5 1. punktum og merknader i NOU 2016:24 side 573.

²⁷¹ Hagerup I (1918) side 410. Se også liknende tilnærming i bl.a. Hov (2017) side 238, Skeie (1931) side 408 og Eckhoff (1962) side 95.

²⁷² Se punkt 1.2.4 om allmennkunnskap.

²⁷³ Michelsen (1999) side 208.

²⁷⁴ Andenæs/Myhrer (2009) side 166.

Tidvis brukes «generelle erfaringssetninger» som synonym til «alminnelige erfaringssetninger».²⁷⁶ Ettersom alle erfaringssetninger er generelle, også de spesielle, er det etter min mening mer presist å bruke ordet «alminnelig» fremfor generell.

Spesielle erfaringssetninger er kunnskaper som er «saa særlige, at de bare kan forudsættes hos personer, som er i besiddelse av særlige faglige indsigter».²⁷⁷ «[E]rfaringssetninger, f.eks. av teknisk eller medisinsk natur, som ligger utenfor en dommers vanlige kunnskaps- og erfaringsområde» kan utgjøre spesielle erfaringssetninger.²⁷⁸ Spesielle erfaringssetninger vil ofte være fagkyndig eller yrkeservert kunnskap.²⁷⁹ Eksempelvis kan dommeren ha fagspesifikk kunnskap om at mennesker med medfødt aniridi kan ha redusert skarpsyn fordi de mangler regnbuehinnen (erfaringssetningen). I bevisføringen fremkommer det at A har en slik medisinsk tilstand. Dommeren er derfor varsom i vektleggingen av As vitneutsagn (beviset) om en hendelse.

Det må være *utbredelsen* av erfaringssetningen som er styrende for om den kan klassifiseres som alminnelig eller spesiell, ikke *hvem* som besitter den.²⁸⁰ Det er en alminnelig erfaringssetning at når mennesket har feber får det ofte frysetokter når temperaturen i rommet stiger. Det spiller ingen rolle om den uttrykkes av en embetsdommer eller en fagkyndig meddommer som er lege.

Det må særskilt understrekes at heller ikke skillet mellom alminnelige og spesielle erfaringssetninger nødvendigvis er skarpt. Enkelte erfaringssetninger vil ligge i grenseland mellom det som kan sies å være alminnelig og spesiell kunnskap.²⁸¹ Grunnet en økt flora av informasjonskilder, kan det som i dag regnes som en spesiell erfaringssetning etter hvert skli over i å bli alminnelig.²⁸²

Selv om avhandlingen konsentrerer problemstillingene om erfaringssetningenes betydning ved sakens *faktiske side*, har erfaringssetningene også en viktig funksjon i *rettsanvendelsen*.²⁸³ Som en del av rettsanvendelsen uttrykkes det ofte at en bestemt tolkning av rettskilden har formodningen mot eller for seg.²⁸⁴ Noen ganger henger juss og faktum så nært sammen at det er vanskelig å avklare om erfaringssetningen brukes ved

²⁷⁵ HR-2017-959-A (42). Andre eksempler som *kan* uttrykkes som alminnelige erfaringssetninger gir HR-2017-1943-A (56), HR-2017-1677-A (19) og HR-2017-967-A (30).

²⁷⁶ Se f.eks. Øyen (2013) side 232 og Andenæs/Myhrer (2009) side 166.

²⁷⁷ Hagerup I (1918) side 410. Se om spesielle kunnskaper i f.eks. Skeie (1931) side 408, Bratholm og Hov (1987) side 286, Hov (2017) side 238-239 og Eckhoff (1962) side 96.

²⁷⁸ Andenæs/Myhrer side 167.

²⁷⁹ Se om disse kunnskapskategoriene i punkt 1.2.4.

²⁸⁰ Det kan virke som om dette er innfallsvinkelen til Løvlie (2014) side 223.

²⁸¹ Se Hov (2017) side 239, Hagerup I (1918) side 411, Michelsen (1999) side 210. Se også om en glidende overgang mellom «allmenn viten ... og mer spesialisert viten», i Øyen (2014) side 210.

²⁸² Slik også Hagerup I (1918) side 411, Eckhoff (1962) på side 95 og Løvlie (2014) side 156-157.

²⁸³ Se Ot.prp. nr. 1 (1910) side 227.

²⁸⁴ Se f.eks. HR-2016-1439-A (93), HR-2016-562-A (81), Rt. 2015 side 1029 (47), Rt. 2015 side 577 (69) og Rt. 2015 side 203 (75).

faktumfastsettelsen i saken, som et ledd i rettsanvendelsen, eller både ved faktumfastsettelsen og rettsanvendelsen.²⁸⁵

5.3 Hvilke erfaringssetninger kan dommeren trekke inn i bevisvurderingen?

Twisteloven § 21-2 (3) 1. punktum regulerer bruken av erfaringssetninger i bevisvurderingen:

«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».

Selv om lovteksten ikke sier det uttrykkelig, er det passusen «den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde» som regulerer hvilke erfaringssetninger dommeren kan trekke inn i bevisvurderingen.²⁸⁶ Som det ble påpekt i punkt 4.1.1, er «vitterlige kjensgjerninger» (og «erkjennelser») konkrete saksopplysninger (beviser) i lovens forstand og utgjør derfor ikke erfaringssetninger. Erfaringssetningene er generelle antakelser, se punkt 5.2.

Problemstillingen i dette punktet er hvilke erfaringssetninger passusen «[...] den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde», gir dommeren adgang til å trekke inn i bevisvurderingen.

Ordlyden «erfaringsgrunnlag» knytter seg til dommerens generelle kunnskaper som er opparbeidet gjennom erfaring. Ordet «viten» favner videre, og omfatter alt av dommerens kunnskaper.²⁸⁷ At viten og erfaringsgrunnlaget må være «generel[l]», viser at de avgrenser mot konkrete saksopplysninger, mens alternativet «vedkommende fagområde», er naturlig å tolke slik at lovteksten presiserer at dommeren kan trekke inn generell fagkunnskap. Ifølge ordlyden kan «retten» trekke inn erfaringssetninger, uavhengig av om «retten» er fagkyndige meddommere eller andre dommere.²⁸⁸

²⁸⁵ Avgjørelser som kan være vanskelig å plassere er HR-2018-104-A (19), HR-2017-959-A (45) og Rt. 2012 side 1779 (41) I Ot.prp. nr. 1 (1910) side 226 flg. gis det en generell redegjørelse om bruk av erfaringssetninger i rettslig kontra faktisk sammenheng.

²⁸⁶ Strandberg (2012) side 50 påpeker også at bestemmelsen gir adgang til å trekke inn erfaringssetninger.

²⁸⁷ Passusen tolkes òg i punkt 4.1.2.

²⁸⁸ Se om ulike dommere i punkt 1.2.1.

Denne ordlydstolkningen viser at dommeren kan trekke inn alle sine generelle erfaringssetninger, dvs. bevisvurderende så vel som formodninger og alminnelige så vel som spesielle, uavhengig av hvilken dommer som opptrer i saken.

Ifølge forarbeidene kan dommeren, i tillegg til vitterlige kjensgjerninger, trekke inn

*«[...]sin mer generelle viten og kunnskaper, og også i atskillig grad [...]spesifikk fagkunnskap, noe som vil kunne være helt sentralt i saker som reiser fagkyndige spørsmål i bevisbedømmelsen, og hvor det er oppnevnt fagkyndige meddommere».*²⁸⁹

Siden forarbeidene omhandler innholdet i lovens passus, er uttalelsen relevant å ta i betraktning i relasjon til problemstillingen.²⁹⁰ Det er naturlig å trekke den slutningen av forarbeidene at dommeren både kan trekke inn alminnelig og spesiell generell kunnskap, dvs. både alminnelige og spesielle erfaringssetninger som enten er bevisvurderende erfaringssetninger eller formodninger.²⁹¹ En slik tolkning av forarbeidene stemmer godt med ordlyden.

Det er, så vidt jeg har sett, ingen høyesterettsavgjørelser som sier noe om hva som ligger i lovens passus.

Det må etter dette, og med holdepunkter i lovteksten og forarbeidene, kunne legges til grunn at passusen «[...] den viten og det erfaringsgrunnlag retten har generelt og på vedkommende fagområde», gir dommeren adgang til å trekke inn alle former for erfaringssetninger. Dommeren kan således trekke inn bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger som enten er alminnelige eller spesielle, uavhengig av hvem som opptrer som dommer i saken.²⁹² I lovteksten ligger det først og fremst en begrensning om at dommerne ikke kan trekke inn kunnskap om det konkrete saksforholdet, se nærmere punkt 4.1.2.

²⁸⁹ NOU 2001:32 A side 457. Se også NOU 2001:32 B side 945 hvor det vises tilbake til side 457.

²⁹⁰ Se også om forarbeidsuttalelsen i punkt 5.5.6.

²⁹¹ I NOU 2001:32 A side 458 virker for øvrig forarbeidene å forutsette at dommeren kan bruke formodninger i bevisvurderingen.

²⁹² Dette virker også å ha vært rettstilstanden etter tvistemålsloven, se bl.a. Augdahl (1961) side 113 og Eckhoff (1962) side 150-151.

5.4 Plikter dommeren å trekke inn visse erfaringssetninger i bevisvurderingen?

Siden dommeren kan trekke inn alle erfaringssetninger hun har privat kunnskap om i bevisvurderingen, kan det spørres om dommeren kan være pliktig til å ta dem i betraktning. Spørsmålet aktualiserer to problemstillinger: For det første om dommeren, i hvert fall i visse tilfeller, kan ha en plikt til å anvende erfaringssetninger. For det andre når en eventuell plikt inntreffer.

Problemstillingen i det følgende er om dommeren i visse tilfeller kan ha en plikt til å anvende erfaringssetninger i bevisvurderingen.²⁹³

Skal dommeren pålegges en plikt må plikten følge av et rettsgrunnlag. Tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum regulerer bruken av erfaringssetninger.

Det følger av § 21-2 (3) 1. punktum at dommeren «kan» bruke sin kunnskap om erfaringssetninger i bevisvurderingen. Ordet «kan» gir anvisning på at dommeren har en skjønnsfrihet og ingen plikt til å anvende erfaringssetninger.²⁹⁴ Spørsmålet er om det er rettskildemessig grunnlag for å tolke ordet «kan» som «skal» i visse tilfeller.

Problemstillingen er ikke omtalt i forarbeidene. Forarbeidene omhandler først og fremst hva som er innholdet i bestemmelsens 1. punktum.²⁹⁵ Forarbeidene gir derfor ikke et relevant tolkningsbidrag til problemstillingen.

I forarbeidenes generelle redegjørelse av den frie bevisvurderingen, jf. § 21-2 (1), fremheves det imidlertid at bevisene «skal vurderes samlet, grundig og samvittighetsfullt».²⁹⁶ Siden forarbeidene knytter seg til hva dommeren «skal» gjøre i bevisvurderingen, er de relevant å ta i betraktning i relasjon til problemstillingen.

Selv om forarbeidene ikke utdyper hva som ligger i en «grundig og samvittighetsful[l]» bevisvurdering, kan uttalelsen tas til inntekt for at dommeren kan være pliktig til å trekke inn visse erfaringssetninger. Hvordan kan dommeren vurdere bevisene «grundig og

²⁹³ En annen sak er at dommeren må antas å ha en plikt til å ta i betraktning alle *bevisene* som fremlegges under forhandlingen, selv om det ikke følger av tvisteloven, sml. tvistemålsloven § 183. Se nærmere Strandberg (2012) side 517.

²⁹⁴ Sml. tolkningen i punkt 4.4.

²⁹⁵ NOU 2001:32 A side 457, NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453. Se også punkt 5.3.

²⁹⁶ NOU 2001:32 A side 458. (min utheving). På dette punktet er rettstilstanden videreført. Se også tvistemålsloven § 183.

samvittighetsfullt» hvis hun ikke trekker inn erfaringssetninger av mer grunnleggende karakter, eksempelvis om naturlover?²⁹⁷ Denne slutningen er etter min mening nærliggende og får en viss vekt i retning av at «kan» i visse tilfeller kan måtte tolkes som «skal».

Det følger av domstolloven §§ 55 3. ledd 2. punktum at en «dommer skal utføre sin dommergjerning [...] på en måte som inngir alminnelig tillit [...]».²⁹⁸ Forarbeidene presiserer at bestemmelsens skal «send[e] [e]t signal om hvordan en dommer som er utnevnt, bør utøve sin dommergjerning».²⁹⁹ Det er åpenbart nødvendig for dommeren å ta i betraktning visse erfaringssetninger hvis hun skal opptre på en tillitsskapende måte. Visse erfaringssetninger er så grunnleggende at sakens aktører må kunne innrette seg på at dommeren anvender dem.³⁰⁰ Tolkes tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum i lys av domstolloven § 55 tredje ledd 2. punktum, tilsier det at ordet «kan» etter omstendighetene må tolkes som «skal».

Så vidt jeg har sett, er det ingen høyesterettsavgjørelser som uttrykkelig viser at dommeren kan ha en plikt til å trekke inn visse erfaringssetninger etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum.

Selv om loven bruker «kan», må loven tolkes i lys av kravet til at bevisvurderingen skal være grundig og samvittighetsfull, og at dommergjerningen skal utføres på en tillitsskapende måte. Fortolkes lovteksten i lys av disse rettskildene, tilsier dette at lovtekstens bruk av «kan» etter omstendighetene må tolkes som «skal». Dommeren kan derfor tenkes å ha en plikt til å anvende erfaringssetninger.

Problemstillingen er så i hvilke tilfeller lovens bruk av «kan» må tolkes som «skal», slik at dommeren er pliktig til å anvende erfaringssetninger i bevisvurderingen.

Vurderingen av når dommeren er pliktig til å trekke inn erfaringssetninger må nødvendigvis bli konkret og noe skjønnsmessig. Det er ingen rettskilder som tilsier at det kan gis et generelt svar. Det kan likevel settes spørsmålsteget ved om enkelte retningslinjer kan oppstilles.

Etter min mening bør dommeren i vesentlig utstrekning være pliktig til å trekke inn alminnelige erfaringssetninger med høy sikkerhetsgrad, som alle rettens aktører må forvente dommeren anvender.³⁰¹ Eksempelvis må erfaringssetninger som omhandler eksistensen av tyngdekraften, eller at partsforklaringer kan være influert av partsinteressen, være

²⁹⁷ Se også Backer (2015) side 302: at «bevisvurderingen er fri, betyr selvsagt ikke at den kan være vilkårlig».

²⁹⁸ Se også tvisteloven § 1-1 (1) 1. punktum.

²⁹⁹ Ot.prp. nr. 44 (2000-2001) side 188.

³⁰⁰ Se også Løvlie (2014) side 285-286 som fremhever at «hensynet til rettssystemets legitimitet» hviler på at «[f]aktafastsettelse[n] må skje på en måte som i alminnelighet antas å være sannhetskorrelerende».

³⁰¹ Se om alminnelige erfaringssetninger i punkt 5.2.

erfaringssetninger dommeren har en *plikt* til å anvende. Dommeren må bruke slike erfaringssetninger for å vurdere bevisene samvittighetsfullt i tråd med forarbeidenes krav som er nevnt ovenfor, og for å utføre dommergjerningen på en tillitsskapende måte, jf. domstolloven § 55 3. ledd 2. punktum. En slik retningslinje underbygges av at den bidrar til å realisere de overordnede målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling, se punkt 3.2 og 3.3. For slike erfaringssetninger må «kan» tolkes som «skal».

Svakheten med denne retningslinjen er at det er vanskelig å si noe generelt om når dommeren står overfor slike erfaringssetninger, dvs. når erfaringssetningene har tilstrekkelig høy sikkerhetsgrad og når sakens aktører må forvente at dommeren anvender erfaringssetningen. Det er vel først og fremst om dommeren har privat *allmennkunnskap* at retningslinjen er aktuell.³⁰²

Utover denne føringen er det etter min mening vanskelig å stille opp ytterligere retningslinjer ut fra rettskildene. Kanskje må tilsvarende standpunkt for alminnelige erfaringssetninger også sies å gjelde i relasjon til spesielle erfaringssetninger. Situasjonen er i så fall slik at en fagkyndig meddommer står overfor en spesiell erfaringssetning med en høy grad av sikkerhet, og som det må forventes at en med ekspertise på det konkrete fagområde vil anvende. Løsningene er usikre.

I relasjon til denne problemstillingen kan det særlig være grunn til å trekke frem det psykologiske perspektivet som er omtalt i punkt 2.2. Det kan være umulig å kontrollere eller konstatere hvilke erfaringssetninger dommeren har eller ikke har anvendt i bevisvurderingen, både for dommeren selv og for andre. Dette gjelder spesielt der dommeren anvender, eller ikke anvender, erfaringssetninger ubevisst. På denne bakgrunn kan det spørres om en rettsregel som pålegger dommeren å ta i betraktning visse erfaringssetninger kan bli noe «kunstig», og det kan kanskje bli litt «klinsj» mellom jussen og virkeligheten.

³⁰² Se om allmennkunnskap i punkt 1.2.4.

5.5 Når må dommerens erfaringssetninger underlegges kontradiksjon?

5.5.1 Innledning

Det at dommeren kan anvende erfaringssetninger i bevisvurderingen etter tvisteloven § 21-2 (3) 1. punktum betyr ikke at hun kan bruke disse helt fritt. Det gjelder i en viss utstrekning et krav til kontradiksjon. Ifølge § 21-2 (3) 2. punktum inntreer et krav til kontradiksjon hvis erfaringssetningen «kan være usikker eller omtvistet».

Erfaringssetninger som er omtvistet, er, på samme måte som for vitterlige kjensgjerninger som er omtvistet, som regel ikke en del av dommerens «private kunnskap».³⁰³ Alternativet «omtvistet» faller derfor utenfor avhandlingen og analysen i punkt 5.5.

Den overordnede problemstillingen i punkt 5.5 er når dommerens private kunnskap om en erfaringssetning må underlegges kontradiksjon. I fremstillingen behandles ordlydens kriterium i punkt 5.5.2, før det i punkt 5.5.3-5.5.5 undersøkes om også andre momenter kan være relevant i vurderingen.

I fremstillingen skiller jeg mellom erfaringssetninger som trekkes inn i bevisvurderingen av fagkyndige meddommere, og andre dommere.³⁰⁴ Sondringen foretar jeg ettersom det kan være grunn til å stille spørsmålstegn ved om det gjelder et *annet* kontradiksjonskrav for den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger Den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger behandles særskilt i punkt 5.5.6.

5.5.2 Utgangspunktet for vurderingen: Erfaringssetningens sikkerhetsgrad

Paragraf 21-2 (3) 2. punktum sitt eneste kriterium for om en erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon er om erfaringssetningen «kan være usikker». Om erfaringssetningen «kan være usikker» er derfor det sentrale i vurderingen av om den må underlegges kontradiksjon.

³⁰³ Se også i drøftelsene i punkt 4.4 og punkt 1.2.3 om når kunnskap er «privat».

³⁰⁴ Se om ulike dommere i punkt 1.2.1.

Problemstillingen i dette punktet er hva som ligger i lovens kriterium om at erfaringssetningen «kan være usikker», og når erfaringssetningen «kan være usikker» i lovens forstand.

En naturlig språklig forståelse av om erfaringssetningen «kan være usikker» tilsier at det må undersøkes om erfaringssetningen er utsatt for feilkilder som kan medføre at den ikke er riktig.³⁰⁵ En slik tilnærming passer imidlertid ikke i relasjon til problemstillingen om erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon. Erfaringssetninger er *antakelser*, og antakelser er nesten alltid usikre.³⁰⁶ Det kan ikke være meningen at alle erfaringssetninger som er utsatt for mulige feilkilder skal underlegges kontradiksjon. En slik tolkning av lovteksten er ikke mulig å forene med at saksbehandlingen både skal være «rask» og kostnadseffektiv, jf. tvisteloven § 1-1. Dette indikerer at lovteksten ikke er utformet spesielt med sikte på å regulere kontradiksjon om erfaringssetninger.

Fortolkes ordlyden «kan være usikker» særskilt i lys av spørsmålet om når erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon, tilsier ordlyden at det må være av betydning hvor ofte eller hvor sannsynlig det er at erfaringssetningen vanligvis er riktig.³⁰⁷ Dess oftere erfaringssetningen viser seg å ha hold i virkeligheten, dess mindre *usikker* må den regnes i lovens forstand. Siden lovteksten bruker ordet «kan», gis det et tydelig signal om at det ikke skal særlig mye til av usikkerhet før usikkerheten medfører at erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon.

Forarbeidene drøfter ikke særskilt kontradiksjonskravet i § 21-2 (3) 2. punktum generelt, eller kontradiksjon om erfaringssetninger spesielt. Forarbeidene gir derfor ikke et relevant tolkningsbidrag i relasjon til problemstillingen.³⁰⁸

Problemstillingen har, så vidt jeg har sett, ikke vært oppe i høyesterettspraksis, verken eksplisitt eller implisitt.

Slik § 21-2 (3) 2. punktum er bygget opp, skal ikke dommerens private kunnskap om en erfaringssetning *alltid* underlegges kontradiksjon – det er bare dersom den «kan være usikker». På denne bakgrunn er det naturlig å tolke bestemmelsen slik at formålet er å sikre kontradiksjon hvis det er behov for det.³⁰⁹ Kontradiksjon mellom retten og partene er begrunnet ut fra målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull

³⁰⁵ Se punkt 4.4 om tolkning av lovvilket i relasjon til kontradiksjon om vitterlige kjensgjerninger.

³⁰⁶ Se punkt 5.2.

³⁰⁷ At lovteksten må tolkes i lys av dens rettsvirkning understrekes av Nygaard (2004) side 186. Se nærmere om at tolkningen av at rettskildene må spesialtilpasses det konkrete typetilfellet i Askeland (1999) side 123-124.

³⁰⁸ Se NOU 2001:32 A side 457 flg, NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453.

³⁰⁹ Se også punkt 4.4.

saksbehandling, se punkt 2.5. Målsettingene er redegjort for i punkt 3.2 og 3.3, og er relevant å ta i betraktning når lovtekstens kriterium nærmere skal presiseres.

Formuleringen «kan være usikker» gir god mening sett i lys av målsettingen om materielt riktige avgjørelser. Usikker kunnskap kan partene supplere, korrigere eller nyansere, og tanken til lovgiver virker å være at partene kjenner sakens faktiske side best.³¹⁰ Formuleringen er nok likevel tiltenkt kunnskaper om konkrete saksopplysninger (beviser) og treffer ikke nødvendigvis på erfaringssetninger: Erfaringssetninger er generelle og saksuavhengige, og partene har ikke nødvendigvis grunnlaget for å overprøve erfaringssetningens riktighet på samme måte som saksspesifikke opplysninger (bevis). Det er med andre ord ikke sikkert kontradiksjon om erfaringssetninger bidrar til å realisere målsettingen om materielt riktige avgjørelser. Det er først der erfaringssetningen når en viss grad av usikkerhet at partene sannsynligvis kan tenkes å bidra til å realisere målsettingen. Det bør i lys av dette, sammenholdt med målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling, kreves en viss grad av usikkerhet til før erfaringssetningen «kan være usikker» i lovens forstand.

Formuleringen «kan være usikker» er fornuftig sett i lys av målsettingen om en tillitsfull saksbehandling. Hvis partene blir hørt om usikre erfaringssetninger, kan partene påvirke dommerens bruk av erfaringssetningen. Tillitsmålsettingen strekker seg imidlertid lenger enn at partene høres om usikker kunnskap: Det er en egenverdi i at partene blir hørt, uavhengig av hvor sikker erfaringssetningen er og om partene reelt kan påvirke dommerens bruk av erfaringssetningen.³¹¹ For best mulig å realisere tillitsmålsettingen, bør det derfor ikke kreves særlig mye usikkerhet til før erfaringssetningen «kan være usikker».

Sammenfatningsvis innebærer lovtekstens formulering «kan være usikker» at det må være av vesentlig betydning for om erfaringssetningen skal underlegges kontradiksjon, hvor sannsynlig eller ofte erfaringssetningen vanligvis er riktig.

Når det gjelder spørsmålet om *hvor usikker* erfaringssetningen må være, er ordlyden noe upresis. Bruken av «kan» gir et tydelig signal om at det ikke skal særlig mye usikkerhet til før usikkerheten medfører at erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon, men dette angir ikke presist når erfaringssetningen er usikker i lovens forstand. Analyseres lovteksten og den nærmere grensedragningen i lys av sivilprosessens målsettinger, tilsier målsettingen om en materielt riktig avgjørelse sammenholdt med målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv

³¹⁰ Se generelle uttalelser i f.eks. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 406.

³¹¹ Se om at tillitsmålsettingen har en egenverdi i NOU 2001:32 B side 650, jf. NOU 2001:32 A side 129 og punkt 3.3.

saksbehandling at det kreves litt usikkerhet til før erfaringssetningen underlegges kontradiksjon. Målsettingen om en tillitsfull saksbehandling tilsier imidlertid at det ikke kreves særlig mye usikkerhet. Målsettingene trekker i hver sin retning og bidrar derfor ikke særlig til den nærmere grensedragningen. Etter min mening er rettskildene noe uklare med henblikk på nøyaktig når en erfaringssetning er tilstrekkelig usikker til at den «kan være usikker» i lovens forstand, selv om det er klart at ut fra lovteksten skal det ikke så mye til.

5.5.3 Kan andre momenter vektlegges i tillegg til erfaringssetningens sikkerhetsgrad?

Ifølge tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum er det bare erfaringssetningens sikkerhetsgrad som er av betydning ved vurderingen av om erfaringssetningen skal underlegges kontradiksjon.

Gjennomgangen i punkt 5.5.2 har vist at lovteksten ikke er spesialtilpasset spørsmålet om erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon. Gjennomgangen viste også at rettskildene etterlater en usikker løsning for om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon hvis det er usikkert om erfaringssetningen «kan være usikker». Paragraf 21-2 (3) 2. punktum er heller ikke utformet med tanke på tvistelovens øvrige regler og forutsetninger om kontradiksjon om spesialkunnskap. Dette viser at det er et behov for å undersøke om andre momenter enn erfaringssetningens sikkerhetsgrad kan være av betydning ved vurderingen av om erfaringssetningen skal underlegges kontradiksjon.

Selv om verken lovteksten, forarbeider eller høyesterettspraksis gir holdepunkter for at andre momenter er av betydning ved vurderingen, så presiserer heller ikke disse rettskildene at § 21-2 (3) 2. punktum uttømmende angir hvilke momenter som kan være relevant.³¹²

I en slik rettskildemessig situasjon kan det undersøkes om andre momenter kan være av betydning. Hvis andre momenter skal være relevant å ta i betraktning, må relevansen særskilt begrunnes i rettskildene. Om så er tilfelle og eventuelt hvilken betydning momentet skal få i vurderingen, skal analyseres særskilt i punkt 5.5.4. I punkt 5.5.4.1 undersøkes forholdet mellom partenes bruk av erfaringssetninger og kontradiksjonskravet. I punkt 5.5.4.2 analyseres det om erfaringssetningens funksjon kan være av betydning for om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon, mens tema for punkt 5.5.4.3 er om

³¹² Se NOU 2001:32 A side 457 flg, NOU 2001:32 B side 945 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 453.

erfaringssetningens art kan være av betydning. Punkt 5.5.4.4 undersøker om det kan være av betydning hvilket bevistema erfaringssetningen anvendes i relasjon til.

5.5.4 Nærmere om andre momenter

5.5.4.1 Forholdet til partenes bruk av erfaringssetninger

Som nevnt i punkt 5.5.2 er formålet bak regelen i tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum å sikre kontradiksjon hvis det er behov for det, sett i lys av målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling. Det må da kunne spørres om det er visse situasjoner hvor behovet for kontradiksjon blir særlig aktuelt.

Tvisteloven har flere regler som gir partene anledning til å uttale seg om erfaringssetninger i saken. Paragraf § 1-1 (2) 1. strekpunkt gir en grunnleggende og generell regel om at partene «skal [...] få argumentere for sin sak og føre bevis». I dette ligger det ifølge forarbeidene, under henvisning til EMD-praksis, at partene skal ha «adekvate og reelle muligheter for å fremføre sin sak, slik at retten på sin side får et forsvarlig grunnlag for å treffe en avgjørelse».³¹³ For å realisere disse kravene må partene åpenbart få anledning til å kommentere og trekke inn eventuelle erfaringssetninger som er relevant ved faktumfastsettelsen i saken. Parten skal også ha mulighet for å «imøtegå motpartens argumentasjon og bevis», herunder erfaringssetninger som knytter seg til motpartens beviser, jf. § 1-1 (2) 2. strekpunkt.

Er erfaringssetningen bragt inn i saken gjennom disse reglene, er den ikke en del av dommerens *private* kunnskap.³¹⁴ Det er heller ikke et stort behov for kontradiksjon om slike erfaringssetninger. Partene har fått presentert sitt syn på erfaringssetningene, og det kan ikke være overraskende om dommeren bruker disse i bevisvurderingen.

I kontrast til slike situasjoner blir behovet for kontradiksjon påtakelig hvis dommeren anvender *alternative erfaringssetninger* til de partene bringer inn i saken. Slike erfaringssetninger kan komme overraskende på partene ettersom erfaringssetningen er en annen enn den partene fokuserte på under forhandlingen. Målsettingen om en tillitsfull saksbehandling tilsier i så fall at erfaringssetningen underlegges kontradiksjon og blir synlig i

³¹³ NOU 2001:32 A side 172. Det må antas at regelen om fri bevisføring i § 21-3 (1) 1. punktum implisitt gir partene en rett til å kommentere relevante erfaringssetninger knyttet til bevisene som fremlegges.

³¹⁴ Se punkt 1.2.3 om når dommerens kunnskap er «privat».

saken for partene. Ettersom momentet sier noe om i hvor stor grad formålet bak tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum gjør seg gjeldende, må det være relevant å legge vekt på i vurderingen.

Når det gjelder *hvilken betydning* momentet skal få i vurderingen av om erfaringssetningen skal underlegges kontradiksjon, er det noe vanskelig å peke på generelt ut fra rettskildene. Momentet bør i hvert fall kunne få en viss betydning i tvilstilfellene.

5.5.4.2 Erfaringssetningens funksjon

Problemstillingen i dette punktet er om det kan være av og eventuelt hvilken betydning det har om erfaringssetningen kan klassifiseres som bevisvurderende eller som en formodning, ved spørsmålet erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon.³¹⁵

I punkt 3.6 ble det fremhevet at selv om kontradiksjon er ønskelig fordi det kan være sannhetsfremmende og tillitsskapende, krever kontradiksjon både partenes og domstolens tid og ressurser. Regelen om kontradiksjon i § 21-2 (3) 2. punktum er uttrykk for en avveining av målsettingene om materielt riktige avgjørelser og en tillitsfull saksbehandling, og målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling. Erfaringssetningens funksjon kan si noe om hvordan avveilingen av målsettingene kan stille seg.

De *bevisvurderende erfaringssetningenes* funksjon i bevisvurderingen er å avklare påliteligheten og troverdigheten til sakens enkeltbeviser. Dommeren kan anvende slike ved alle sakens beviser. Det rene kvantum av bevisvurderende erfaringssetninger kan være overveldende, særlig i større sivile saker. Det sier seg selv at det vil bli ekstremt tid- og kostnadskrevende dersom alle usikre bevisvurderende erfaringssetninger skal underlegges kontradiksjon. Det synes vanskelig å forene et slikt kontradiksjonskrav med tvistelovens overordnede målsettinger om at rettergangen skal være både hurtig og kostnadseffektiv, jf. punkt 3.4 og 3.5. Dette viser at det kan være grunn til å ta i betraktning om erfaringssetningen er en bevisvurderende erfaringssetning.

Formodningens funksjon i bevisvurderingen er, til forskjell fra de bevisvurderende erfaringssetningene, å legge til grunn et faktisk utgangspunkt («utgangssannsynlighet») som bevisføringen i saken etterlater tvil om, eller som dommeren på bakgrunn av sin erfaring legger til grunn i saken. Dommerne er ikke avhengig av formodninger i bevisvurderingen på samme måte som bevisvurderende erfaringssetninger. Bruken av formodninger er neppe like

³¹⁵ Se nærmere om bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger i punkt 5.2.

omfattende som for de bevisvurderende erfaringssetningene. Målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling gjør seg ikke nødvendigvis like gjeldende for formodningene som de bevisvurderende erfaringssetningene.

Det kan dessuten spørres om ikke behovet for kontradiksjon er større for formodningene i forhold til bevisvurderende erfaringssetningene. Formodningene kan ofte være av større betydning for sakens utfall, og i lys av målsettingen om materielt riktige avgjørelser bør partene i så tilfelle få uttale seg.³¹⁶ Siden dommeren ikke *må* anvende formodninger i bevisvurderingen på samme måte som de bevisvurderende erfaringssetningene, kan det tenkes at formodningen i større utstrekning kommer som en overraskelse på partene. Av hensyn til målsettingen om en tillitsfull saksbehandling bør partene i slike tilfeller få uttale seg.

Sett i lys av den avveiiingen av sivilprosessens målsettinger som tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum bygger på, viser analysen at kan være grunn til å sondre mellom erfaringssetningens funksjon. Det er normalt bedre grunner for å underlegge formodninger kontradiksjon enn bevisvurderende erfaringssetninger. Etter min mening gir likevel ikke rettskildene holdepunkter for å konstatere at det er et *rettslig relevant moment i seg selv* om erfaringssetningen kan klassifiseres som bevisvurderende eller som en formodning.

Det analysen først og fremst viser er at de generelle trekk som normalt gjør seg gjeldende ved henholdsvis bevisvurderende erfaringssetninger og formodninger, gjør at sivilprosessens målsettinger ofte gjør seg gjeldende med ulik slagkraft alt etter om erfaringssetningen er bevisvurderende eller en formodning. Da er det imidlertid egenskapene ved den konkrete erfaringssetningen sett i lys av den konkrete saken som i så tilfelle tilsier at den bør eller ikke bør underlegges kontradiksjon. Etter omstendighetene kan behovet for kontradiksjon være større ved en formodning enn en bevisvurderende erfaringssetning, og målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling kan gjøre seg gjeldende i større grad i relasjon til bevisvurderende erfaringssetninger enn formodninger.

5.5.4.3 Erfaringssetningens art

I bevisvurderingen kan dommeren trekke inn erfaringssetninger av ulik art. *Alminnelige erfaringssetninger* er alminnelig utbredt kunnskap som de fleste kjenner til og har normalt en høy sikkerhetsgrad. *Spesielle erfaringssetninger* er kunnskaper som er av en teknisk eller

³¹⁶ Se Rt. 2014 side 585 (52) for et eksempel på en formodning av vesentlig betydning.

spesiell karakter (spesialkunnskap) som folk flest ikke besitter.³¹⁷ Som nevnt i punkt 5.5.1 behandles den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger særskilt i punkt 5.5.6.

Problemstillingen er om det kan være av og eventuelt hvilken betydning det har om erfaringssetningen kan klassifiseres som alminnelig eller spesiell, for vurderingen av om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon.

Det kan spørres om en systembasert tilnærming kan gi tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å legge til grunn at en slik sontring er rettslig relevant.³¹⁸ For å svare på dette må tvistelovens øvrige regler om hvordan spesialkunnskap tilføres saken trekkes inn i analysen.

Tvistelovens system er at spesialkunnskap, herunder spesielle erfaringssetninger, som *hovedregel* tilføres saken gjennom bevisførselen. Kunnskapen tilføres enten ved rettsoppnevnte sakkyndige eller sakkyndige vitner.³¹⁹ Sakens faktiske side kan imidlertid være så avansert og kompleks at spesialkunnskapen må besittes *innad i retten*. Tvisteloven gir i slike tilfeller adgang til å oppnevne fagkyndige meddommere med spesialkunnskap tilpasset den konkrete saken, hvis «hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det», jf. § 9-12 (2) og (3).³²⁰ I forarbeidene til § 9-12 (2) sies det følgende:

*«Dersom retten skal settes med meddommere, skal de være fagkyndige når forsvarlighetskriteriet er oppfylt, men ikke ellers [...] forsvarlighetsbetraktninger i form av behovet for effektiv kontradiksjon og forsvarlig bevisføring, kan lede til at fagkyndighet i stedet bør tilføres saken gjennom rettsoppnevnte sakkyndige eller sakkyndige vitner».*³²¹

Det er nærliggende å tolke forarbeidene slik at dommeren i utgangspunktet bare skal tilføre saken spesialkunnskap dersom hun er fagkyndig meddommer, og at forsvarlighetsbetraktninger tilsier at spesialkunnskap ellers skal fremgå av bevisførselen.

³¹⁷ Se nærmere om erfaringssetningens art i punkt 5.2.

³¹⁸ Se om «koherensideal» i Askeland m.fl. (2013) side 20-21. Se også Skoghøy (2013) side 258 om at en regel må «gis et innhold som er tilpasset rettssystemet for øvrig».

³¹⁹ Se tvisteloven kapittel 25 og uttalelsene i NOU:2001:32 B side 777-756 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 397. Dette virker også å være forutsatt i rettspraksis etter tvistemålsloven, se f.eks. Rt. 1987 side 1417 på side 1420.

³²⁰ Se også domstolloven § 94 1. ledd 1. punktum. Krever hensynet til forsvarlig saksbehandling av fagkyndig meddommer oppnevnes, må loven tolkes slik at retten pliktig til dette, jf. tvisteloven § 1-1 (1) 1. punktum. Tilsvarende Ulsted (2014) på side 229-230.

³²¹ Ot.prp.nr. 51 (2004–2005) side 397. Se også NOU 2001:32 B side 755-756 og NOU 2001:32 A side 148.

Et tilsvarende synspunkt ble trukket frem i høyesterettspraksis etter tvistemålsloven. På dette punktet må det antas at rettsstilstanden ikke er endret. Rettskilder etter tvistemålsloven er derfor relevant ved klarleggingen av rettsstilstanden etter tvisteloven.³²²

I Rt. 1992 side 275 skulle lagmannsretten behandle en sivil sak som omhandlet kommunens primærhelsetjeneste. Det ble spørsmål om oppnevning av fagkyndige meddommere med medisinsk kyndighet. Ett av de prosessuelle spørsmålene for kjæremålsutvalget var om lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering av om saken burde behandles med fagkyndige meddommere, var riktig. Om dette uttalte kjæremålsutvalget at

*«[d]et synes i det foreliggende tilfelle mer hensiktsmessig at de faglige standpunkter og synspunkter presenteres for retten gjennom bevisførselen sammen med de relevante faktiske opplysninger, enn at fagkyndigheten er representert innen selve dommerkollegiet».*³²³

Slik jeg tolker forarbeidene og høyesterettspraksis, er poenget noe implisitt at spesialkunnskap som fremgår av sakens bevisføring er åpen, tilgjengelig og kan kontrolleres, slik at «behovet for kontradiksjon» blir ivarettatt. Hvis det derimot er dommeren som besitter spesialkunnskap, er det ingen garantier for at den er åpen og tilgjengelig. Som det psykologiske perspektivet i punkt 2.2 viste kan dommeren bruke sin kunnskap både bevisst og *ubevisst*, på alle stadier av saksbehandlingen. Et praktisk eksempel er at dommeren først blir klar over spesialkunnskapen først etter saken er tatt opp til doms.³²⁴

Rettskildene viser således at tvistelovens system er at spesialkunnskap normalt skal fremgå av bevisførselen, bl.a. fordi det er et ønske om kontradiksjon om spesialkunnskap. Dommeren skal bare bruke spesialkunnskap hvis hun er fagkyndig meddommer og hvis det er *nødvendig* at saken settes med fagkyndig meddommere, eller i lovens ord – hvis «hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det». De sakkyndige hører hjemme foran rettens skranke, ikke bak den.³²⁵

³²² Tvistemålsloven § 325 hadde tilsvarende ordlyd som tvisteloven § 9-12 (2) og uttalelser i forarbeidene indikerer at rettsstilstanden videreføres, se NOU 2001:32 A side 148 og Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 212 med henvisning til side 38. Se også Backer (2015) side 55 om betydningen av at tvistemålslovens ordlyd er beholdt i tvisteloven i relasjon til betydningen av høyesterettspraksis etter tvistemålsloven.

³²³ Rt. 1992 side 275 på side 277. Se også Rt. 1987 side 1417 på side 1420.

³²⁴ Se Rt. 2005 side 1590 (28) hvor liknende betenkelighet fremheves i relasjon til voldgiftsdommere. I dansk rett er denne betenkeligheten særskilt fremhevet av Gomard & Kistrup (2013) side 721.

³²⁵ Som uttrykt i Andenæs/Myhrer (2009) side 116.

Siden tvistelovens system er at spesialkunnskap normalt skal fremgå av bevisførselen av hensyn til kontradiksjon, må det være *relevant* å se hen til om erfaringssetningen er spesiell ved spørsmålet om den må underlegges kontradiksjon etter § 21-2 (3) 2. punktum.³²⁶

Rettskildene gir ikke holdepunkter for å forstå standpunktet *antitetisk*, i den forstand at erfaringssetninger som ikke er spesielle – de er alminnelige – er et relevant argument for at de ikke må underlegges kontradiksjon.

En avgjørelse som i rettslitteraturen er tatt til inntekt for at alminnelige erfaringssetninger i straffeprosessen ikke må underlegges kontradiksjon, og som kan tenkes å ha overføringsverdi til sivilprosessen, er Rt. 1972 side 1077.³²⁷ I lagmannsretten var to kanadiere dømt for innføring av narkotika. En anført saksbehandlingsfeil var at lagmannsretten hadde trukket inn informasjon for lagretten i rettsbelæringen som den ikke hadde adgang til, bl.a. «[...]hvordan internasjonale smuglerbander opptrer og hvilke folk disse benyttet seg av» og at det «kun var misbrukere av na[r]kotika man kunne gjenkjenne og ikke organisasjonens medlemmer».³²⁸ Etter daværende straffeprosesslov av 1887 § 349 kunne bare informasjon som fremkom under hovedforhandlingen trekkes inn i bevisvurderingen. Høyesterett konstaterte at det «[...] utenforliggende bevisstoff som det hevdes at lagmannen har referert til [...] nærmest må betraktes som alminnelige erfaringssetninger, som faller utenfor straffeprosesslovens § 349».³²⁹ Slik jeg leser avgjørelsen behandler Høyesterett spørsmålet om når slike erfaringssetninger kan *trekkes inn i bevisvurderingen*, ikke om alminnelige erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon. Avgjørelsen sier ingenting, eksplisitt eller implisitt, om kontradiksjon om alminnelige erfaringssetninger, og kan av den grunn ikke få betydning ved tolkningen av tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum.³³⁰

På denne bakgrunn må problemstillingens første spørsmål – om det kan være av betydning om erfaringssetningen kan klassifiseres som alminnelig eller spesiell – besvares delvis bekreftende: Det er bare relevant å ta i betraktning om erfaringssetningen er spesiell (spesialkunnskap).

Standpunktet støttes om det ses i lys av målsettingen om en tillitsfull saksbehandling, som er omtalt i punkt 3.3. Siden lovens utgangspunkt er at dommeren ikke skal trekke spesialkunnskap inn i saken med mindre hun er fagkyndig meddommer, må partene kunne innrette seg på at en dommer som ikke er fagkyndig meddommer heller ikke bruker spesialkunnskap. Bruker dommeren likevel spesialkunnskap, kan det komme som en overraskelse på partene som i så fall bør få uttale seg.

³²⁶ Se liknende tilnærming i svensk rett i Ekelöf m.fl. (2009) side 281.

³²⁷ Se f.eks. Øyen (2013) side 232 note 71, som rett nok bruker formuleringen «i utgangspunktet».

³²⁸ Rt. 1972 side 1077 på side 1080.

³²⁹ Rt. 1972 side 1077 på side 1081.

³³⁰ Sml. svensk rett hvor Lindell (2007) side 60 uttaler at «domstolen får använda allmänna erfarenhetssatser ex officio. De räknas också till det notoriska».

Det er viktig å presisere at moments rettskildemessige gjennomslagskraft hviler på *tvistelovens forutsetning* om bruk av spesialkunnskap, ikke den teoretiske sontringen mellom alminnelige og spesielle erfaringssetninger.³³¹

Når det gjelder problemstillingens andre spørsmål – hvilken betydning det har for vurderingen at erfaringssetningen må sies å være spesiell – er dette ut fra rettskildene vanskelig å ta stilling til på generelt grunnlag.

Slik jeg ser det, gir rettskildene et nokså tydelig uttrykk for et ønske om kontradiksjon om spesialkunnskap som ikke bringes inn i saken av en fagkyndig meddommer. Momentet bør derfor kunne få en viss vekt i vurderingen, og bør få avgjørende betydning hvis det er usikkert om erfaringssetningen «kan være usikker» i § 21-2 (3) 2. punktums forstand.

Ettersom det ikke nødvendigvis kan trekkes et skarpt skille mellom det som må sies å være spesialkunnskap og alminnelig kunnskap, må argumentets vekt avpasses etter hvor tydelig det er om erfaringssetningen svarer til spesialkunnskap i tvistelovens forstand. Ligger erfaringssetningen i grenseland mellom det som er spesialkunnskap og alminnelig kunnskap, må momentets vekt svekkes.

Etter min mening må det spørres om det må foretas én viktig nyansering. Det synes merkelig om tvisteloven og forarbeidene utgangspunkt om spesialkunnskap, skal omfatte kunnskap som de fleste dommere opparbeider seg som et ledd i dommergjerningen. Eksempelvis synes det merkelig om innsikt i grunnleggende vitnepsykologi skal regnes som «spesielle» i lovens forstand, selv om slike kunnskaper normalt kan regnes som spesialkunnskap. Lovgiver og tvistens parter må forvente at dommeren har, eller etter hvert får, slike kunnskaper. All den tid dette ikke er uttrykkelig sagt i rettskildene, er det usikkert om standpunktet er rettslig holdbart de lege lata.

Selv om det ved spørsmålet om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon ikke er av rettslig betydning om den kan klassifiseres som alminnelig, vil jeg påpeke en *faktisk observasjon*. Alminnelige erfaringssetninger kjennetegnes av at de har normalt har en høy sikkerhetsgrad og forutsettes kjent av folk flest.³³² Det er således ikke sikkert de «kan være usikker» i § 21-2 (3) 2. punktums forstand.

³³¹ Se om den teoretiske sontringen i punkt 5.2.

³³² Se punkt 5.2.

5.5.4.4 Forholdet til sakens bevistema

Problemstillingen er om det kan være relevant å se hen til hvilket bevistema erfaringssetningen anvendes i relasjon til ved vurderingen av om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon, og eventuelt hvilken betydning dette kan ha.

I sivilprosessen er det en generell tanke om at dess mer belastende eller klanderverdig et bevistema er, dess viktigere er det å oppnå målsettingene om en materielt riktig avgjørelse og at partene får tillit til avgjørelsen. Et eksempel på denne tanken finnes i bevisretten. Her kan beviskravet heves hvis bevistemaet omhandler et særlig belastende eller klanderverdig faktisk forhold.³³³

Som nevnt i punkt 5.2.2 er formålet bak kontradiksjonsregelen i tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum å sikre kontradiksjon hvis det er behov for det, for å realisere målsettingen om en materielt riktig avgjørelse og en tillitsfull saksbehandling.³³⁴

Siden kontradiksjon om erfaringssetninger er et virkemiddel for å sikre disse målsettingene, og det er en generell tanke i sivilprosessen om at det er særlig viktig å realisere disse målsettingene hvis bevistemaet er klanderverdig eller belastende, må denne tanken også kunne overføres ved tolkingen av § 21-2 (3) 2. punktum. Tolkningen bidrar til at bestemmelsen tolkes i koherens med denne generelle sivilprosessuelle tanken.³³⁵ Følgelig er det relevant å se hen til om erfaringssetningen anvendes i forbindelse med et belastende eller klanderverdig bevistema, ved vurderingen av om erfaringssetningen skal underlegges kontradiksjon.

Når det gjelder spørsmålet om *hvilken betydning* dette momentet skal få i vurderingen, er det noe vanskelig å peke på generelt ut fra rettskildene. Momentet bør i hvert fall kunne få en viss betydning i tvilstilfellene.

5.5.5 Sammenfatning og nærmere om avveiningen av momentene

I punkt 5.5.2 til 5.5.4 har jeg redegjort for hvilke momenter som kan tas i betraktning ved vurderingen av om en erfaringssetning skal underlegges kontradiksjon etter § 21-2 (3) 2. punktum. Sammenfatningsvis kan det legges til grunn at erfaringssetningens sikkerhetsgrad

³³³ Se f.eks. HR-2016-2579-A (34 flg.), Rt. 2006 side 1657 (34) og Skoghøy (2017) side 925 flg., særlig side 934-936.

³³⁴ Se også punkt 4.4.

³³⁵ Se om «koherensideal» i Askeland m.fl. (2013) side 20-21.

skal stå sentralt i vurderingen. Dernest kan det være av betydning om dommeren anvender en alternativ erfaringssetning til de partene bruker i bevisføringen, om erfaringssetningen er spesiell og om den anvendes i relasjon til et klanderverdig eller belastende bevistema.

Det er vanskelig å komme utenom at vurderingen er noe skjønnsmessig, fordi rettskildene etterlater noe usikkerhet med tanke på den nøyaktige grensedragningen. Det er følgelig vanskelig å gi noen generelle svar på når en erfaringssetning skal underlegges kontradiksjon. Rettskildene gir likevel grunnlag for å trekke frem to sentrale retningslinjer.

For det første må erfaringssetningens sikkerhetsgrad stå sentralt i vurderingen. Dette følger uttrykkelig av § 21-2 (3) 2. punktum. I denne sammenheng gir lovtekstens bruk av ordet «kan» en klar indikasjon på at det ikke skal særlig mye til av usikkerhet før usikkerheten medfører at erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon. Hvis det er klart at erfaringssetningen «kan være usikker» i lovens forstand, skal den underlegges kontradiksjon.

Den andre retningslinjen er om erfaringssetningen kan klassifiseres som en «spesiell» erfaringssetning i *tvistelovens forstand*. Rettskildene gir et tydelig uttrykk for at spesialkunnskap normalt skal fremgå av bevisførselen av hensyn til kontradiksjon, og at dommeren bare skal bruke spesialkunnskap hvis hun er fagkyndig meddommer. Etter min mening må dette momentet kunne få avgjørende betydning for at erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon, hvis det er usikkert om erfaringssetningen «kan være usikker» i lovens forstand.

De øvrige momentene i punkt 5.5.4 kan først og fremst få avgjørende betydning der det i øvrige situasjoner er usikkert om erfaringssetningen «kan være usikker».

I vurderingen av om erfaringssetningen må underlegges kontradiksjon er det spesielt grunn til å minne om det psykologiske perspektivet.³³⁶ Dommeren vil bruke svært mange erfaringssetninger ved sakens faktumfastsettelse, og det er alltid en reell fare for at erfaringssetningene brukes ubevisst. I så fall er det en fare for at erfaringssetninger som *rettslig sett* skulle vært underlagt kontradiksjon ikke blir det. Kanskje er det ingen effektive måter å imøtekomme denne utfordringen på gjennom rettslig regulering.

³³⁶ Se om det psykologiske perspektivet i punkt 2.2.

5.5.6 Nærmere om den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger

Fagkyndig kunnskap har fått en mer betydningsfull rolle, både sivil- og straffeprosessen, nå i forhold til tidligere. Årsaken er at samfunnet blir mer og mer komplekst og at det stadig oppdages mer kunnskap om verden. Fagdommeren mangler av og til forutsetningene for å foreta en forsvarlig vurdering av sakens faktiske side.³³⁷ Bruken av fagkyndige meddommere har som en følge blitt mer utbredt nå enn tidligere.³³⁸

Problemstillingen i dette punktet er om det gjelder et annet krav til kontradiksjon om den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger, jf. tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum, i forhold til andre dommere sin bruk av erfaringssetninger. Kravet til kontradiksjon kan eventuelt være strengere, likt eller mindre strengt for den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger. Problemstillingen må konsentreres om den fagkyndige meddommerens bruk av *spesielle erfaringssetninger*. Rettskildene gir ikke holdepunkter for at det skal gjelde et annet krav til kontradiksjon utover bruk av spesielle erfaringssetninger. Fremstillingen må òg reserveres for den fagkunnskapen som er *årsaken* til at dommeren opptrer som fagkyndig meddommer, dvs. den fagkyndigheten som er spesielt tilpasset den konkrete saken.³³⁹ Den fagkyndige meddommerens bruk av andre erfaringssetninger må bedømmes i tråd med analysene i punkt 5.5.2-5.5.5.

Ordlyden i § 21-2 (3) 2. punktum sier at «[h]vis slik kunnskap kan være usikker eller omtvistet» gjelder det et krav til kontradiksjon. Bestemmelsen skiller ikke på *hvem* som har trukket inn erfaringssetningen ved vurderingen av om den skal underlegges kontradiksjon. Det er derfor naturlig å tolke lovbestemmelsen slik at det ikke gjelder et annet krav til kontradiksjon om den fagkyndige meddommerens bruk av spesielle erfaringssetninger.

Som påpekt i punkt 5.5.4.3 tillater bare tvisteloven fagkyndige meddommere i saken hvis «hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det», jf. § 9-12 (2). Lovgivers forutsetning er at det i slike tilfeller er nødvendig med fagkunnskap *innad i retten*, enten for å forstå sakens faktiske side og eller for å foreta en forsvarlig bevisvurdering, herunder ved bruk av spesielle

³³⁷ Se Løvlie (2014) side 223, Hov (2017) side 213 og Rindal (2009) side 616. Sistnevnte gir en mer generell redegjørelse for bruk av sakkyndighet i rettssystemet.

³³⁸ Se Rindal (2009) side 619 som peker på en «økt bruk av sakkyndige i dømmende roller gjennom rettsutviklingen».

³³⁹ Se forutsetningene i tvisteloven § 9-12 (3) og domstolloven § 94 1. ledd 1. punktum.

erfaringssetninger.³⁴⁰ Dersom dommeren ikke skulle kunne bygge på spesielle erfaringssetninger uten at disse underlegges kontradiksjon, kunne de spesielle erfaringssetningene like gjerne blitt bragt inn i saken gjennom sakkyndige vitner eller rettsoppnevnte sakkyndige gjennom bevisføringen. Denne systembetragtningen kan tilsi at det gjelder et mindre strengt krav til kontradiksjon for den fagkyndige meddommerens bruk av spesielle erfaringssetninger etter § 21-2 (3) 2. punktum.

Forarbeidene behandler ikke problemstillingen uttrykkelig, men i relasjon til den fagkyndige meddommerens bruk av fagkunnskap uttales det at

*«dommeren [vil] kunne bygge på sin mer generelle viten og kunnskaper, og også i atskillig grad på spesifikk fagkunnskap, noe som vil kunne være helt sentralt i saker som reiser fagkyndige spørsmål i bevisbedømmelsen, og hvor det er oppnevnt fagkyndige meddommere».*³⁴¹

Uttalelsen virker å klargjøre hva som ligger i lovtekstens formulering «på vedkommende fagområde». I så tilfelle omhandler den hvilken kunnskap retten kan trekke inn i saken etter § 21-2 (3) 1. punktum, ikke når kunnskapen må underlegges kontradiksjon etter 2. punktum. Uttalelsen er derfor ikke relevant å ta i betraktning i relasjon til problemstillingen.

Så vidt jeg har sett, har ikke problemstillingen blitt behandlet eksplisitt eller implisitt i høyesterettspraksis.

I rettslitteraturen har likevel den straffeprosessuelle avgjørelsen inntatt i Rt. 2012 side 65 fått en viss omtale i relasjon til den fagkyndige meddommerens bruk av fagkunnskap, også i en sivilprosessuell sammenheng.³⁴² Dommen gjaldt en rekke spørsmål. Ett av dem var om det var tilstrekkelig kontradiksjon om lagmannsrettens bruk av et notat i forbindelse med en redegjørelse av hva som var årsaken til en eksplosjon ved et tankanlegg. Det var bl.a. anført som en saksbehandlingsfeil at de fagkyndige meddommerne hadde sitert fra et sted i dokumentet som ikke uttrykkelig var lest opp i bevisføringen. Spørsmålet var om dette var et brudd med kravet til kontradiksjon. I denne sammenheng uttalte Høyesterett i avsnitt 110 at

«[s]traffeprosessloven § 305 innebærer at man ikke skal bygge på bevis som ikke har vært ført under rettsforhandlingen, og som dermed ikke har vært gjenstand for mulighet for kontradiksjon. Vitterlige kjensgjerninger kan retten imidlertid bygge på, jf. prinsippet i tvisteloven § 21-2 tredje ledd, som normalt må gjelde tilsvarende i straffeprosessen. Når det - som i denne saken - er fagkyndige

³⁴⁰ Se uttalelser i NOU 2001:32 B side 755-756 som virker å forutsette dette. Et slikt syn virker også forutsetningsvis å komme frem i Rt. 1992 side 275 på side 277 og Rt. 1987 side 1417 på side 1420, som vist i punkt 5.5.4.3. Se nærmere om disse reglene og tilhørende rettskilder i punkt 5.5.4.3.

³⁴¹ NOU 2001:32 A side 457. Se også om forarbeidsuttalelsen i punkt 5.3.

³⁴² Se bl.a. Skoghøy (2017) side 902 og Matningsdal (2013) side 37-38.

meddommere, må det også forutsettes at disse dommerne ut fra sin sakskompetanse vurderer det som blir anført og bevisene som blir ført».

Utover at dette er en straffeprosessuell avgjørelse hvis overføringsverdi særskilt må begrunnes, er uttalelsene uklare. Uttalelsen om de fagkyndige meddommerne, om at disse «ut fra sin sakskompetanse [må kunne] vurder[e] det som blir anført og bevisene som blir ført», virker å knytte seg til hvilken fagkunnskap fagkyndige meddommere kan trekke inn i bevisvurderingen. Uttalelsen omhandler i så tilfelle ikke hvilke krav som gjelder til kontradiksjon om fagkunnskapen og er således ikke relevant i relasjon til problemstillingen. For min del er jeg enig med Gulating lagmannsrett om at betydningen av det konkrete utsagnet i den konkrete konteksten «står for meg som noe uklart».³⁴³

Høyesterett kom også med en interessant uttalelse senere i dommen. Førstvoterende viste at avsnittet lagmannsretten hadde sitert fra, og som ikke var lagt frem i hovedforhandlingen, var «hentet fra samme sted i rapporten [...] og det er bare ett avsnitt i mellom. Vi står altså overfor to sitater som omhandler det samme spørsmålet - et spørsmål som hadde stått sentralt under lagmannsrettens behandling» (115). I den konkrete drøftelsen av saksbehandlingsfeilen uttalte førstvoterende (116):

«At de fagkyndige meddommerne benytter sin kompetanse til å vurdere de temaene det har vært kontradiksjon om, kan ikke innebære noen saksbehandlingsfeil. At de gikk til primærkilden som var oppgitt i As notat og vurderte hans sitat i en noe videre sammenheng - men fortsatt godt innenfor det saken dreide seg om, og som det hadde vært muligheter for kontradiksjon om - mener jeg det i dette tilfellet var adgang til. Innholdsmessig er avsnittet som lagmannsretten siterer, langt på vei det samme som den setningen A hadde sitert i sitt notat».

Etter min mening er uttalelsen uklar i relasjon til problemstillingen. Rett nok påpeker førstvoterende at det ikke er en saksbehandlingsfeil at «de fagkyndige meddommerne benytter sin kompetanse til å vurdere de temaene det har vært kontradiksjon om», men dette sier ingenting om det gjelder *andre krav* til kontradiksjon om den fagkyndige meddommerens bruk av spesielle erfaringssetninger i forhold til andre dommere. Det er mulig å tolke uttalelsen slik at siden det ikke påpekes at det gjelder et annet kontradiksjonskrav for de fagkyndige meddommerne, må forutsetningen være at de fagkyndige meddommerne stilles overfor samme kontradiksjonskrav som andre dommere. En slik tolkning av dommeren vil imidlertid være å slutte fra Høyesterett sin taushet, og slutningen er derfor usikker.

³⁴³ LG-2014-20944-1.

Sammenfatningsvis kan det legges til grunn at ordlyden i tvisteloven § 21-2 (3) 2. punktum trekker i retning av at det ikke gjelder andre krav til kontradiksjon om den fagkyndige meddommerens erfaringssetninger. Verken forarbeidene eller høyesterettspraksis tilsier at en annen tolkning skal legges til grunn. I en slik rettskildemessig situasjon kan ikke systembetraktninger alene fravike den løsningen som følger av lovteksten. Konklusjonen må være at den fagkyndige meddommerens bruk av erfaringssetninger stilles overfor samme krav som andre dommere, jf. § 21-2 (3) 2. punktum.

Denne konklusjonen synes fornuftig sett i lys av at det er vanskelig å rettferdiggjøre hvordan partenes *behov for å uttale seg* er annerledes bare fordi en fagkyndig meddommer opptrer i saken. For partene er det viktig at saksbehandlingen er tillitsfull ved at de blir hørt i prosessen, og det spiller ingen rolle i så henseende om det er en fagkyndig meddommer eller en annen dommer som anvender erfaringssetningen. Konklusjonen underbygger således målsettingen om en tillitsfull saksbehandling.³⁴⁴

På generelt grunnlag må i hvert fall denne konklusjonen sies å være sikker. Det kan likevel være at det i særlige tilfeller gjelder andre krav til kontradiksjon om den fagkyndige meddommerens bruk av spesialkunnskap. En mulig begrunnelse kan være at hvis det må legges til grunn at den fagkyndige meddommerens spesielle erfaringssetning må underlegges kontradiksjon, er det et krav til *effektiv kontradiksjon*.³⁴⁵ Den fagkyndige meddommeren kan ikke nøye seg med å forelegge erfaringssetningen for partene, hun har også en plikt til å sikre at partene har en reell mulighet til å uttale seg om erfaringssetningen. Hun må eksempelvis forklare bakgrunnskunnskap som partene trenger for å kunne ta stilling til erfaringssetningen. Det sier seg selv at partene ikke kan «lære seg avansert fysikk over natten». I slike tilfeller kan det være en utfordring å realisere et krav til effektiv kontradiksjon holdt opp mot målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling.³⁴⁶ Saksbehandlingen både være «rask», og «saksbehandlingen og kostnadene stå i et rimelig forhold til sakens betydning», jf. tvisteloven § 1-1 (1) og (2) 4. strekpunkt.

³⁴⁴ Se om målsettingen i punkt 3.3.

³⁴⁵ Se punkt 2.5.

³⁴⁶ Se om målsettingene i punkt 3.4 og 3.5.

6 Avslutning: sammenfatning

Avhandlingen har vist at alle dommere er avhengig av privat kunnskap for å fungere effektivt i dommerrollen ved sakens faktumfastsettelse. Samtidig er det klart at privat kunnskap kan være betenkelig ut fra sivilprosessens overordnede målsettinger. Den rettspolitiske utfordringen ligger å regulere dommerens private kunnskap ved sakens faktumfastsettelse på en måte som i størst mulig grad motvirker uheldige konsekvenser, samtidig som reguleringen tar hensyn til behovet for privat kunnskap i saksbehandlingen.

Som det ble redegjort for i kapittel 2 vil dommerens private kunnskap på ulike måter kunne påvirke utfallet av sivile saker. Avhandlingens hovedfokus har vært på to overordnede hovedtema med tilhørende problemstillinger. Det første hovedtema omhandlet den sivilprosessuelle reguleringen av dommerens private kunnskap som et bevis, mens det andre hovedtemaet omhandlet den sivilprosessuelle reguleringen av dommerens private kunnskap om erfaringssetninger. Felles for begge hovedtema har vært at sivilprosessens overordnede målsettinger har utgjort et viktig analytisk verktøy.

Ett av de sentrale spørsmål i avhandlingens første hovedtema, som er analysert i kapittel 4, var når dommerens private kunnskap kunne trekkes inn med funksjon som et bevis. Dommeren kan bare gjøre dette om kunnskapen utgjør «vitterlige kjensgjerninger», og den rettsdogmatiske analysen viste at det skal en del til før en opplysning kan sies å være en vitterlig kjensgjerning. Dommeren har følgelig lite spillerom for å bruke privat kunnskap som et bevis i saken. I punkt 3.6 tok jeg det standpunktet at det også *bør* være slik i lys av sivilprosessens målsettinger.

Det er imidlertid ikke sikkert dommeren klarer å sjalte ut opplysninger om saksforholdet hun mener å vite sikkert, selv om hun *rettslig sett* er avskåret fra å bruke kunnskapen.³⁴⁷ Det er ikke helt enkelt å si hvordan en slik situasjon kan reguleres på en god måte. Kanskje er det enklere å akseptere at en slik «menneskelig svakhet» er nissen som følger med på lasset med den menneskelige dommeren.

I forbindelse med avhandlingens andre hovedtema, som ble analysert i kapittel 5, ble det vist at dommeren i vesentlig utstrekning kan anvende sin private kunnskap om erfaringssetninger i

³⁴⁷ Dommerens kunnskap kan påvirke henne bevisst og ubevisst, se punkt 2.2.

bevisvurderingen. I punkt 3.6 tok jeg det standpunktet at slik *bør det også være* i lys av sivilprosessens målsettinger.

Det at dommeren kan anvende erfaringssetninger i bevisvurderingen, betyr imidlertid ikke at hun kan gjøre dette helt fritt – det kan gjelde et krav til kontradiksjon. Den rettsdogmatiske analysen har vist at det ikke er et helt tydelig svar på når dommerens erfaringssetninger må underlegges kontradiksjon. I denne sammenheng ligger det en helt spesiell utfordring i at det aldri er noen garanti for at dommeren anvender alle erfaringssetninger bevisst. Selv om dommeren rettslig sett må sikre kontradiksjon, er det ikke sikkert hun bruker erfaringssetningen bevisst og er i stand til å sikre kontradiksjon om erfaringssetningen.³⁴⁸

Helt avslutningsvis ønsker jeg å rette oppmerksomhet mot ett av de særtrekkene som har gjort denne avhandlingen både spennende og krevende å skrive: Temaets rettslige side har et markert faktisk tilsnitt. Dommeren har et etisk ansvar i relasjon til sin private kunnskap i denne sammenheng. Det er dommeren som må gjøre partene oppmerksom på at hun bruker sin kunnskap som et bevis i saken, og som må sikre at erfaringssetninger som skal underlegges kontradiksjon faktisk underlegges kontradiksjon. For dommerens del er de berømte ordene til Johann Wolfgang von Goethe treffende: «Knowing is not enough; we must apply. Willing is not enough; we must do».³⁴⁹

³⁴⁸ Se om det psykologiske perspektivet i punkt 2.2.

³⁴⁹ Se f.eks. https://en.wikiquote.org/wiki/Talk:Johann_Wolfgang_von_Goethe.

7 Kilder

7.1 Lover og konvensjoner

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager (*opphevet*)

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) (*opphevet*)

Lov 1. juni 1917 nr. 1 om skjønn og ekspropriasjonssaker (skjønnsprosessloven)

Lov 21. februar 1930 om skifte (skifteloven)

Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysningsloven)

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) (*opphevet*)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)

Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 15. juni 2001 nr. 53 om erstatning ved pasientskader mv. (pasientskadeloven)

Lov 14. mai 2004 nr. 25 om voldgift

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven)

Lov 17. februar 2017 nr. 7 om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven)

Den svenske allmenne svenske prosesslov (RB): Rättegångsbalken 1942:740

7.2 Lovforarbeider

Innst.O.nr.110 (2004–2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 1 (1910) om utferdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)

Ot.prp.nr. 44 (2000-2001) Om lov om endringer i domstolloven m.m. (den sentrale domstoladministrasjon og dommernes arbeidsrettslige stilling)

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

NOU 2001:12 Rettsmedisinsk sakkyndighet i straffesaker

NOU 2001:32 Bind A, Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2001:32 Bind B, Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2016:24 Ny straffeprosesslov

NOU 2017:8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker

7.3 Rettspraksis

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1894 side 218
Rt. 1909 side 559
Rt. 1915 side 20
Rt. 1929 side 975
Rt. 1937 side 472
Rt. 1946 side 818
Rt. 1950 side 638
Rt. 1953 side 1312
Rt. 1958 side 1136
Rt. 1959 side 431
Rt. 1968 side 1051
Rt. 1972 side 1077
Rt. 1982 side 8
Rt. 1982 side 1729
Rt. 1987 side 1417
Rt. 1988 side 654
Rt. 1990 side 8
Rt. 1992 side 275
Rt. 1992 side 1537
Rt. 1993 side 505
Rt. 1995 side 861
Rt. 1997 side 247
Rt. 1998 side 1565

Rt. 2000 side 1133

Rt. 2000 side 1678

Rt. 2000 side 1997

Rt. 2001 side 347

Rt. 2003 side 1814

Rt. 2004 side 631

Rt. 2004 side 1133

Rt. 2005 side 1590

Rt. 2005 side 1702

Rt. 2006 side 385

Rt. 2006 side 418

Rt. 2006 side 788

Rt. 2006 side 907

Rt. 2006 side 1657

Rt. 2007 side 1003

Rt. 2007 side 1111

Rt. 2008 side 897

Rt. 2009 side 801

Rt. 2010 side 804

Rt. 2011 side 90

Rt. 2011 side 893

Rt. 2011 side 907

Rt. 2011 side 1133

Rt. 2011 side 1348

Rt. 2012 side 65

Rt. 2012 side 268

Rt. 2012 side 667

Rt. 2012 side 1779

Rt. 2012 side 1985

Rt. 2013 side 51

Rt. 2013 side 1589

Rt. 2014 side 402

Rt. 2014 side 585

Rt. 2015 side 72

Rt. 2015 side 168

Rt. 2015 side 203

Rt. 2015 side 577

Rt. 2015 side 678

Rt. 2015 side 1029

Rt. 2015 side 1180

Avgjørelser fra Høyesterett som ikke har Rt-nummer

RAM 21-76

HR-1994-546-K

HR-2007-860-U

HR-2014-804-U

HR-2015-948-U

HR-2016-232-U

HR-2016-562-A

HR-2016-731-U

HR-2016-831-U

HR-2016-1132-U

HR-2016-1252-A

HR-2016-1439-A

HR-2016-2311-P

HR-2016-2579-A

HR-2017-959-A

HR-2017-967-A

HR-2017-971-A

HR-2017-995-U

HR-2017-1253-U

HR-2017-1677

HR-2017-1943-A

HR-2017-2011-U

HR-2017-2165-A

HR-2017-2410-A

HR-2018-94-U

HR-2018-104-A

HR-2018-557-A

HR-2018-872-A

Avgjørelser fra lagmannsrettene

LB-2010-100333-1

LB-2014-141418

LG-2014-20944-1

LE-2010-116623

Avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

Mantovanelli v. France, 21497/93, 18.03.1997

Krčmář and others v. The Czech Republic, 35376/97, 03.03.2000

Beer v. Austria, 30428/96, 06.02.2001

Walston (no. 1) v. Norway 37372/97, 03.06.2003

7.4 Rundskriv

Rundskriv G-46/1999, Administrative bestemmelser om dommerfullmektigers ansettelsesforhold

7.5 Rettsvitenskapelig litteratur

Bøker:

Aall (2015): Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* 4. utgave, (Bergen 2015)

- Alten (1940):** Edvin Alten, *Twistemålsloven med kommentar* 2. utgave (Oslo 1940)
- Alten (1948):** Edvin Alten, *Domstolloven med kommentar* 2. utgave, (Oslo 1948)
- Alten (1954):** Edvin Alten, *Twistemålsloven med kommentar* 3. utgave (Oslo 1954)
- Andenæs/Myhrer (2009):** Johs. Andenæs ved Tor-Geir Myhrer, *Norsk straffeprosess* 4. utgave (Oslo 2009)
- Askeland m.fl. (2013):** Bjarte Askeland: - Om rettsdogmatisk metode og sammenligning side 15-25, i: Karl Harald Søvig, Sigrid Eskeland Schütz, Ørnulf Rasmussen (red.) *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år* (Bergen 2013)
- Augdahl (1947):** Per Augdahl, *Norsk civilprosess* (Trondheim 1947)
- Augdahl (1961):** Per Augdahl, *Norsk civilprosess* 3. utgave (Trondheim 1961)
- Backer (2015):** Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (Oslo 2015)
- Bertelsen (2011):** Tor Ehlers Bertelsen, *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter* (Oslo 2011)
- Bratholm og Hov (1987):** Anders Bratholm og Jo Hov, *Sivil rettergang* (Oslo 1987)
- Bøhn (2013):** Anders Bøhn, *Domstolloven kommentarutgave* 2. utgave (Oslo 2013)
- Eckhoff (1943):** Torstein Eckhoff, *tvilsrisikoen (bevisbyrden)* (Oslo 1943)
- Eckhoff (1962):** Torstein Eckhoff, ved Bjørn Haug, *Sivilprosess*, 2. utgave 2. opplag (Oslo 1962)
- Eldjarn (2016):** Erik Eldjarn, *Materiell prosessedelse* (Oslo 2016)
- Ekelöf m.fl. (2009):** Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam og Lars Heuman, *Rättegång* fjärde häftet 7. opplag (Stockholm 2009)
- Gomard & Kistrup (2013):** Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udgave (København 2013)
- Gulbransen (1984):** Egil Gulbransen, *Juridisk leksikon* (Oslo 1984)

- Hagerup (1915):** Francis Hagerup, *Civilprocessen* (Kristiania 1915)
- Hagerup I (1918):** Francis Hagerup under medvirkning av P.I. Paulsen, *Den norske civilproces* 3. utgave første del (Kristiania 1918)
- Hagerup II (1918):** Francis Hagerup under medvirkning av P.I. Paulsen, *Den norske civilproces*, 3. utgave andre del (Kristiania 1918)
- Hov (2017):** Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (Oslo 2017)
- Jerkø (2017):** Markus Jerkø, *Bevisvurderingens rettslige rammer* (Oslo 2017)
- Kahneman (2011):** Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (New York 2011)
- Kolflaath (2013):** Eivind Kolflaath, *Bevisbedømmelse i praksis* (Bergen 2013)
- Lindell (2007):** Bengt Lindell, *Notorietet och kontradiktion* (Uppsala 2007)
- Lindell (2012):** Bengt Lindell, *Civil Processen* tredje opplagan (Uppsala, 2012)
- Løvlie (2014):** Anders Løvlie, *Rettslige faktabegreper* (Oslo 2014)
- Michelsen (1999):** Hans Methlie Michelsen, *Sivilprosess* (Oslo 1999)
- Monsen (2012):** Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (Oslo 2012)
- Nygaard (2004):** Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* 2. utgave (Bergen 2004)
- Robberstad (2015):** Anne Robberstad, *sivilprosess* 3. utgave (Oslo 2015)
- Schei m.fl. (2013):** Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch, Toril M. Øie, *Tvisteloven kommentarutgave* 2. utgave (digital utgave) (Oslo 2013)
- Skeie (1931):** Jon Skeie, *Den norske civilproces* 2. bind 1. utgave (Oslo 1931)
- Skeie (1940):** Jon Skeie, *Den norske civilprosess* 2. bind 2. utgave (Oslo 1940)
- Skoghøy (2017):** Jens Edvin Andreassen Skoghøy, *Tvisteløsning* 3. utgave (Oslo 2017)
- Strandberg (2012):** Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker* (Bergen 2012)

Zahle (1976): Henrik Zahle, *Om det juridiske bevis* (København 1976)

Øyen (2016): Ørnulf Øyen, *Straffeprosess* (Bergen 2016)

Artikler

Aasland (1984): Gunnar Aasland, Utenrettslige erklæringer - tvistemålslovens § 197, *Rett og rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal*, 1984 side 243-257

Andenæs (1943): Johs Andenæs, Om Høyesteretts myndighet i skyldspørsmålet ved anke over herreds- og byrettsdommer, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1943 side 286-308

Andreassen (1990): Jens Edvin Andreassen, Relativ inhabilitet for dommere, ...den urett som ikke rammer deg selv: festskrift til Anders Bratholm (*Universitetsforlaget*), 1990 side 163-181

Askeland (1999): Bjarte Askeland, Eckhoffs rettskildelære under press, *Kritisk Juss*, 1999 side 115-126

Bernt (1995): Jan Fridthjof Bernt, Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikken muligheter, *Kritisk juss*, 1995 side 10-36

Bernt-Hamre (2007): Camilla Bernt-Hamre, Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven, *Jussens Venner*, 2007 side 273-294

Bårdsen og Nordén (2008): Arnfinn Bårdsen og Dag Bugge Nordén, På talefot med tvisteloven, *Jussens Venner*, 2008 side 1-90

Jerkø (2014): Marcus Jerkø, Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen, *Lov og Rett*, 2014 side 445- 464

Kahneman (2003): Daniel Kahneman, "A perspective on judgement and choice", *American Psychologist* (2003) 58: 697-720

Kjønstad (2006): Asbjørn Kjønstad, Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste.. (*Universitetsforlaget*), 2006 side 357-382

Kolflaath (2004): Eivind Kolflaath, Bevisbedømmelse - sannsynlighet eller fortellinger?, *Jussens Venner*, 2004 side 279 -

Lehrer m.fl. (1969): Keith Lehrer and Thomas Paxson, Jr., Knowledge: Undefeated Justified True Belief, *The Journal of Philosophy* (1969), Vol. 66, No. 8 side 225 -237

Lødrup (1991): Peter Lødrup, Domstolenes stilling i det norske samfunn, *Lov og Rett*, 1991 side 387- 408

Matningsdal (2013): Magnus Matningsdal, Kontradiksjon i sivile saker og i straffesaker, *Jussens Venner*, 2013 side 1-115

Newell m.fl. (2008): 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

Newell m.fl. (2014) Ben R Newell and David R. Shanks. "Unconscious influences on decision making: A critical review." *Behavioral and Brain Sciences* 37, no. 1 (2014): 1-19

Ravna (2013): Ravna, Øyvind, Finnmarkskommisjonens bevisvurderinger og rettsanvendelse - drøftet ut fra dens to første rapporter, *Lov og Rett*, 2013 side 555-574

Rindal (2009): Ingrid Rindal, Sannhetsvitnet, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2009 side 611-656

Skoghøy (2002): Jens Edvin Andreassen Skoghøy, Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse, *Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard* 2002 side 323-343

Skoghøy (2013): Jens Edvin Andreassen Skoghøy, Reelle hensyn som rettskilde, *Lov og Rett*, 2013 side 257-258

Strømø (2008): Hanne Elisabeth Strømø, Om kompetansestrategiens betydning for juridisk informasjons- og kunnskapsforvaltning i advokatfirmaer, *Lov&Data nr. 94*, 2008

Tversky og Kahneman (1981): Amos Tversky; Daniel Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Coice, *Science, New Series*, Volume 211, Issue 4481 (jan. 30, 1981) side 453-458

Ulsted (2014): Tor André Ulsted: Fagkyndige meddommere i sivile rettsaker, *Lov og rett*, 2014 (nr. 04) side 229-43

Øyen (2013): Ørnulf Øyen, Rettens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker sett i lys av målsettingene om en hurtig og kostnadseffektiv saksbehandling, *Tidsskrift for strafferett*, 2013 (nr. 02) side 198-235

Øyen (2014): Ørnulf Øyen, Prosessuell preklusjon i sivilprosessen, *Jussens venner* 2014 side 187-221

7.6 Elektroniske kilder

Beskrivelse av heuristikker:

https://en.wikipedia.org/wiki/Heuristics_in_judgment_and_decision-making

Sist sjekket den 30.05.2018

Beskrivelse av «priming»:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Priming_\(psychology\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Priming_(psychology))

Sist sjekket den 30.05.2018

Sitat av Johan Wolfgang von Goethe

https://en.wikiquote.org/wiki/Talk:Johann_Wolfgang_von_Goethe

Sist sjekket den 30.05.2018

Krav til de som ansettes i dommerembetsstillinger

<https://www.domstol.no/no/om-domstolene/Ledige-stillinger-og-embeter/>

Sist sjekket den 30.05.2018

Dagbladets artikkel om at menn får strengere straffer enn kvinner ved promillekjøring

<https://www.dagbladet.no/magasinet/ulikhet-for-loven/69535886>

Sist sjekket den 30.05.2018

Twistelovens engelske oversettelse av justis- og beredskapsdepartementet:

<https://lovdata.no/pro/#document/NLE/lov/2005-06-17-90>

Sist sjekket den 30.05.2018.