



Advokatforeningens årstale 2012

Sakkyndighet i rettspleien

– hjelp for dommeren eller fare for rettssikkerheten?

1 Innledning	side 2
2 utfordringer ved bruk av sakkyndighet – forslag til løsninger	3
2.1 Innledning	3
2.2 Skal det tilføres sakkyndighet i saken og på hvilke måte?	3
2.3 Hvem skal brukes som sakkyndig?	5
2.4 Mandatutforming	7
2.5 Retningslinjer for den sakkyndiges utførelse av oppdraget	8
2.6 Utforming av den sakkyndiges erklæring	9
2.7 Fremleggelsen av den sakkyndiges arbeid i rettssalen	10
2.8 Dommerens rolle	12
3 Avslutning	13
Noter	14

1 Innledning

Årets årstale er den niende i rekken.

Mine forgjengere Anders Ryssdal og Berit Reiss-Andersen har gjennom tidligere årstaler skapt debatt ved å sette fokus på rettspolitiske problemstillinger som advokatstanden har hatt en særlig forutsetning for å ytre seg om. Da arbeidet med årets tale startet, var debatten allerede i gang. Siden har den pågått. Årstalen 2012 dreier seg om sakkyndighet i rettspleien.

Mitt utgangspunkt er at de sakkyndiges vurderinger og konklusjoner i stor grad legges til grunn av domstolene. Å legge mye vekt på sakkyndighet er ingen fare for rettssikkerheten. Å legge mye vekt på sakkyndighet som ikke er blitt kvalitetssikret, er en fare. I denne talen vil jeg forsøke å belyse noen av de største utfordringene ved bruken av sakkyndighet, og komme med forslag til hvordan utfordringene kan møtes.

Formålet med å tilkalle sakkyndige er å få sakens faktum best mulig opplyst. En sak kan reise kompliserte spørsmål som det er urealistisk å forvente at dommerne alene skal skaffe seg oversikt over. Oppnevnes en ingeniør som sakkyndig for å forklare seg om en baugpropells konstruksjon, kan dommeren få et bedre grunnlag for å vurdere om det foreligger en mangel i juridisk forstand. Sakkyndighet kan være helt nødvendig for en forsvarlig opplysning av saken. Den er ment å være til hjelp for dommeren.

Utfordringen ved bruk av sakkyndighet er imidlertid at de sakkyndiges arbeid i stor grad skjer utenfor rettssalen. Utarbeidelsen av sakkyndigerklæringen skjer på mange måter i et rettsløst rom uten å være underlagt prosessuelle krav og prinsipper. Dommerne kommer først inn igjen i de sakkyndiges arbeid når erklæringene foreligger og vurderingene allerede er gjort – på det faktumsgrunnlag de sakkyndige selv har lagt til grunn. Da kan feil allerede være begått, og skaden ha oppstått – uten at dommeren har mulighet til å oppdage eller avverge dette. Sakkyndigheten kan dermed også representere en fare for rettssikkerheten.

Interessen for prinsipielle spørsmål knyttet til sakkyndiges arbeid har vært forbeholdt visse fagkretser. Enkelt saker har imidlertid vekket offentlig debatt – slik som Liland- og Bjugn-sakene hvor medisinsk sakkyndighet stod sentralt. I kjølvannet av 22. juli-saken har debatten igjen blusset opp. Fokus i denne debatten har naturlig nok vært rettet mot rettspsykiatrien. Sakkyndighet er imidlertid et mangehodet troll. Saker om våtrom, fartsbøter og personskaade, er alle eksempler på områder hvor sakkyndighet benyttes hyppig. Jeg ønsker dermed å gå bredt til verks og foreslå konkrete forbedringer ved bruk av sakkyndighet både i straffesaker og i sivile saker.

Sakkyndighet har flere ganger vært tema for offentlige utredninger og høringer.¹ Det er derfor viktig å ikke bli historieløs. Vi må se på forslag som tidligere har blitt fremmet – for deretter å bli forkastet, eller rett og slett lagt i en skuff for ikke å se dagens lys igjen. Dette danner bakteppet når Regjeringen nå har varslet at det på nytt vil bli nedsatt et utvalg som skal se på spørsmål omkring tilregnelighetsbegrepet, mandatet til Den rettsmedisinske kommisjon og bruk av sakkyndighet i straffesaker. Talen er også å anse som Advokatforeningens første innspill i så henseende.

2 utfordringer ved bruk av sakkyndighet – forslag til løsninger

2.1 Innledning

Vår prosesstradisjon hviler på gamle og velprøvde prinsipper. Partene skal ha anledning til å imøtegå motpartens anførsler og bevis – kontradiksjon. Vi har fri bevisføring og bevisvurdering. Ved muntlige forhandlinger skal bevisene føres direkte for retten, som kun skal bygge sin avgjørelse på det som er kommet frem i rettssalen. I straffesaker og i sivile saker hvor disposisjonsprinsippet ikke gjelder, har retten et selvstendig ansvar for sakens opplysning.

Disse prinsippene er grunnleggende forutsetninger for at retten skal kunne treffe en riktig avgjørelse i saken.

Mitt anliggende i årets tale er at bruken av sakkyndige reiser utfordringer med tanke på gjennomføringen av disse prinsippene. Advokatforeningen mener at sakkyndighet tilføres rettssaken på en overraskende tilfeldig og usystematisk måte. Jeg bygger dette på følgende fire teser:

- 1 Bruk av sakkyndige er i stor grad overlatt til partene – også i saker hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning.
- 2 Rettens aktører legger for lite arbeid i vurderingen av hva slags sakkyndighet som det i tilfelle er behov for, hvem som skal brukes som sakkyndig og utformingen av den sakkyndiges mandat.
- 3 De sakkyndige bestemmer i for stor grad selv hvordan han eller hun skal gå frem i utføringen av sitt oppdrag, herunder utformingen av den erklæringen som legges frem for retten.
- 4 De sakkyndiges vurderinger og konklusjoner er i for liten grad underlagt de vanlige krav til kontradiksjon i rettergang.

I det følgende skal jeg belyse mine teser ved å se på hvordan sakkyndigheten håndteres på de ulike stadier av saken.

2.2 Skal det tilføres sakkyndighet i saken og på hvilke måte?

Det første spørsmålet er om det skal benyttes sakkyndighet overhodet. I enkelte saker *skal* det oppnevnes sakkyndige – slik som eksempelvis i saker med spørsmål om overføring til tvungent psykisk helsevern.² Men ellers vil det i utgangspunktet være opp til partene å bestemme om det skal bringes inn særlig sakkyndighet avhengig av sakens karakter, vanskelighetsgrad, økonomiske rammer og så videre.

Sakkyndighet brukes imidlertid hyppig. Statistikk fra Domstoladministrasjonen viser at det var oppnevnt sakkyndige i nesten en femtedel av alle tvistesaker som ble avgjort av tingrettene i 2011.³ Et raskt søk på Lovdata samsvarer med dette, og tyder på at sakkyndighet har vært et tema i ca. 1/3 av lagmannsrettens sivile dommer de siste ti årene.⁴

Sakkyndighet tilføres som regel på tre måter: Gjennom bruk av fagkyndige meddommere,⁵ oppnevnte sakkyndige⁶ eller partssakkyndige – det vil si sakkyndige vitner.⁷

Det er også andre, og mer spesielle måter å tilføre sakkyndighet på – slik som granskning⁸ eller personundersøkelser i straffesaker.⁹ Sakkyndighet kan i tillegg tilføres ved bruk av spesialdomstoler. Ønsket om en spesialisert domstol i konkrete saker kan også imøtekommes gjennom bruk av voldgift. I det følgende konsentrerer jeg meg om sakkyndighet i form av rettsoppnevnte sakkyndige eller partssakkyndige.

Om valget av måten sakkyndighet tilføres på, kan mye sies. Jeg nøyer meg imidlertid med å vise til at sakkyndigheten ofte oppfattes som mer nøytral og objektiv der den sakkyndige oppnevnes av retten, enn ved bruk av et sakkyndig vitne.

Om dette har Høyesterett uttalt:

«Sakkyndige vitner vil nok i noen grad kunne avhjelpe rettens behov for sakkyndige råd og veiledning, men oftest ikke fullt ut. Rettsoppnevnte sakkyndige vil gjerne med en større grundighet utrede de mer generelle og spesielle medisinske spørsmål saken reiser. Det er også vesentlig at rettsoppnevnte sakkyndige vil være uten bindinger til partene, noe som ofte ikke vil være situasjonen for sakkyndige vitner.»¹⁰

Der sakkyndighet tilføres ved å oppnevne fagkyndige meddommere, har det blitt hevdet at ekspertkunnskapen tilføres bak lukkede dører slik at den vanskeligere lar seg kontrollere, noe som er et forhold som også dommere er opptatt av.¹¹

Rettens aktører må med andre ord være bevisst de konsekvensene valget medfører.

Det må også tas stilling til hvor mange sakkyndige som skal brukes. Det er i første rekke i forbindelse med eventuell rettsoppnevning av sakkyndige at dette kan bli satt på spissen. Hovedregelen i dag er at man oppnevner én sakkyndig.¹² Kun unntaksvis kan flere sakkyndige oppnevnes. Jeg kommer tilbake til dette.

Ønskes flere sakkyndige uten at vilkårene for oppnevning er oppfylt, må partene supplere med egne sakkyndige vitner, noe som ikke er uvanlig.

Det vil i utgangspunktet være opp til partene om man ønsker egne sakkyndige vitner. For retten blir det mer et spørsmål om å styre saken og bevisføringen for å unngå vidløftiggjøring. Dette er imidlertid ikke til hinder for at det i enkelte saker kan brukes et stort antall sakkyndige. I

en sak om personskade etter Åsta-ulykken møtte åtte sakkyndige vitner opp.¹³ I en sak om nakkeslengskade etter kjøring med radiobil på tivoli var det til sammen seks sakkyndige; to oppnevnte og fire sakkyndige vitner.¹⁴

Spørsmålet om hvor mange sakkyndige som skal benyttes, har også en side til prinsippet om likeverdighet mellom partene.

Staten og store selskaper besitter en formidabel ekspertise som kan koples inn på alle stadier av saken. I tillegg vil slike parter ha midler til å hyre inn det som måtte behøves av sakkyndighet. For en privatperson vil det på den annen side være vanskelig å fremskaffe sakkyndiguttalelser som kan bringe jevnbyrdighet inn i saken. Det ujevne styrkeforholdet kan gjøre det tilnærmet umulig for den svake part å vinne frem. Jeg vil våge å påstå at uten at Forbrukerrådet hadde påtatt seg å dekke omkostningene, ville ikke småsparereren Ivar Petter Røeggen hatt mulighet til å bringe sin sak gjennom rettsapparatet og frem til behandling i Høyesterett.¹⁵

Saker kan styrkes og i ytterste konsekvens kanskje også vinnes, fordi man stiller med den mest omfangsrige sakkyndigheten. Da kan sakkyndigheten bli en fare for rettsikkerheten. Et nærliggende spørsmål er om det i større grad bør være rettens ansvar å motvirke dette ved å oppnevne andre sakkyndige. Dette har en side mot min første tese om at bruk av sakkyndige i stor grad er overlatt til partene.

Det gjelder ikke minst på saksområder hvor vi i dag ser at det er etablert nærmest skoler med hensyn til hva som ut fra et sakkyndig ståsted anses som faglig riktig, for eksempel i de såkalte whiplashsakene eller erstatningssaker knyttet til manglende spesialundervisning.¹⁶

2.3 Hvem skal brukes som sakkyndig?

Videre må det tas stilling til *hvem* som skal brukes som sakkyndig.

Hva slags sakkyndighet som tilføres og hvem som tilfører den er i dag overraskende tilfeldig og til dels lite gjennomtenkt. Jeg er da over i min andre tese om at rettens aktører legger for lite arbeid i vurderingen av hva slags sakkyndighet det er behov for, og hvem som skal brukes som sakkyndig.

Ofte ender man med å kontakte eller foreslå en sakkyndig man tidligere har brukt i samme type sak. Dette fører til en form for gjenbruk av sakkyndige som ikke er et ukjent fenomen i norske rettsaler.

Fordelen med gjenbruk er at de sakkyndige blir rutinerte og får god kjennskap til sakkyndigrollen. Ulempen er imidlertid at det kan dannes sakkyndige leire – kretser av sakkyndige som gjerne foretrekkes avhengig av om man har dommeren på sin høyre eller venstre side. Et velkjent eksempel er sakkyndige som brukes henholdsvis av forsikringsselskapene og skadelidte i saker om personskadeerstatning.

Videre kan det anføres at yrkessakkyndige risikerer å miste praktisk erfaring, med den manglende faglige utvikling dette kan innebære.

Andre ganger er situasjonen den at tilgangen på sakkyndighet er begrenset. Det kan hende at det er vanskelig å finne frem til sakkyndige som har anledning til å påta seg oppdraget, eller det kan være snakk om et lite eller ukjent fagmiljø. Fra tid til annen må det faktisk tilkalles taxidermister, kynologer, hortonomer, optronikere – eller en oologikyndig. Jakten på den rette sakkyndige blir krevende for både advokater og dommere.

Vi må derfor stille spørsmål om det eksisterer gode nok muligheter til å finne den rette sakkyndige. Måten man finner frem til sakkyndige på er etter min mening for tilfeldig. Det gjelder enten det er dommeren eller partene som er overlatt denne oppgaven. I mange tilfeller vil man dessuten stå overfor den utfordring at det kreves kompetanse for å skaffe riktig kompetanse.

For å gjøre det lettere for dommeren og partene å finne frem til kvalifiserte sakkyndige, bør det etter min mening i større utstrekning utarbeides lister over personer som innen de enkelte fagområder kan være aktuelle som sakkyndige. Ulempen er selvfølgelig at slike lister lett kan bli utdatert og ikke dekkende. Men tanken er at det i tilfelle er bransjeforeningene som tar på seg et slikt ansvar. Norsk Psykologforening har allerede gjort dette når det gjelder sakkyndige i barne- og familiesaker.¹⁷ Den rettsmedisinske kommisjon har tilsvarende lister innenfor sine områder.¹⁸

Slike lister kan kombineres med krav om opplæring. Eksempelvis administrerer Norsk Psykologforening i samarbeid med Legeforeningen i dag et utdanningsprogram i sakkyndighet for psykologer og leger. Gjennomføringen av programmet er en forutsetning for å registreres på departementets liste over sakkyndige som påtar seg oppdrag for domstoler og forvaltning.¹⁹

Advokatforeningen mener tilsvarende også bør gjøres innenfor andre områder hvor det ofte blir spørsmål om bruk av sakkyndige, slik som eksempelvis personskadesaker. Man kan også tenke seg etablering av utvalg, slik man har hjemmel for i tvisteloven. Tvistelovutvalget fant det uheldig at hjemmelen til å opprette slike utvalg i tvistemålsloven ikke var benyttet.²⁰ Hjemmelen er videreført i tvisteloven, men fremdeles ikke brukt.

Vi må også se på om vi har fornuftige rettslige rammer for å finne frem til sakkyndige. Jeg har selv erfart at påtalemyndigheten har anført at straffeprosessloven § 277 er til hinder for at partene kan foreslå hvem som skal tjene som fagkyndige meddommere i en omfattende straffesak som skulle gå over syv måneder. Det ble så overlatt til dommeren alene å finne frem til tre personer som hadde kvalifikasjoner og anledning til å opptre som fagkyndige meddommere i tidsrommet som var berammet for saken. Jeg mener at dette er lite hensiktsmessig og at prosessen fort vil være preget av tilfeldigheter. Jeg antar at dommerne spør andre folk til råds. Det har jeg forståelse for. Men hvem er det som blir spurt? Er de habile? Med dagens system får vi ikke vite det. Dersom straffeprosessloven må forstås slik som hevdet av påtalemyndigheten, må den etter min mening endres.

Ved valget av sakkyndige må også habilitetsreglene iakttas. Sakkyndige som skal oppnevnes i sivile saker må oppfylle de habilitetskravene som stilles for dommere.²¹

I straffesaker er tilnærmingen mer pragmatisk, og det er fullt mulig å oppnevne inhabile sakkyndige. Straffeprosessloven sier bare at de som ville vært inhabile etter reglene for dommere ikke bør oppnevnes når det kan unngås.²² Bakgrunnen for dette er at lovgiver vurderte det slik at strenge habilitetsregler i visse tilfeller ville gjøre det umulig å oppnevne sakkyndige, eksempelvis hvor politiet er de eneste som besitter ekspertise på et felt.²³ Etter min mening er dette uakseptabelt. Dette skyldes tilknytningen den sakkyndige da vil ha til en av partene, nemlig påtalemyndigheten.

All den tid domstolene generelt tillegger oppnevnte sakkyndige større troverdighet enn partssakkyndige, er det mitt syn at sakkyndige med slike bindinger ideelt sett bør føres som partssakkyndige og ikke oppnevnes av retten. Loven bør endres på dette punktet.

2.4 Mandatutformingen

Jeg går nå videre til utformingen av den sakkyndiges mandat.

Utformingen av mandatet er i stor grad overlatt sakens parter.²⁴ Bare unntaksvis finnes retningslinjer for hvordan mandatet skal utarbeides. På sivilrettens område finnes det en veiledning for utarbeidelse av mandat i barnevernssaker.²⁵ I personskadesaker følges i praksis et forslag til mal som er utarbeidet av Røsæg-utvalget.²⁶ I straffesaker har man forslag til formuleringer av ulike mandat for rettspsykiatrisk sakkyndige.²⁷ At det ikke finnes flere veiledninger for utarbeidelse av sakkyndiges mandater er etter min mening en klar svakhet ved dagens ordning. Ikke minst fordi partene og dommerne i mange tilfeller ikke vil ha særlig erfaring med dette.

I den grad partene finner frem til noe som kan gi veiledning, vil det i stor grad dreie seg om gamle mandater som gjenbrukes. Dette bærer mange mandater preg av. De kan være lite presise og dårlig tilpasset den konkrete sak.

Det er mitt syn at dommerne må utvise en kritisk holdning til utformingen av mandater, og ikke uten videre legge partenes forslag til grunn. Jeg viser igjen til min andre tese; rettens aktører legger ofte for lite arbeid i dette.

I 2010 fikk departementet hjemmel i straffeprosessloven til å gi nærmere regler om utformingen av mandater i straffesaker.²⁸ Mens vi venter på departementet, er mitt forslag at det etableres retningslinjer for utforming av mandater – både i straffesaker og i sivile saker – og jeg vil gjerne invitere Dommerforeningen og Riksadvokaten til et samarbeid om dette.

I tilknytning til mandatutformingen bør flere forhold være gjenstand for kontradiksjon. For det første bør den sakkyndige få anledning til å uttale seg om utformingen av mandatet. Videre er det mitt syn at den sakkyndige etter at mandatet er mottatt – men før han tar fatt på sitt arbeid – bør gi en redegjørelse til dommerne og partene om hvilket vitenskapelig grunnlag han eller hun vil bygge på i arbeidet og hvilken metodikk som vil bli fulgt. Partene vil dermed få anledning til å uttale seg før den sakkyndiges arbeid starter og dermed korrigere eventuelle misforståelser og uklarheter. Dette vil bidra til mer transparent og effektiv saksavvikling – til hjelp for både parter og dommere.

2.5 Retningslinjer for den sakkyndiges utførelse av oppdraget

Det er viktig at kvaliteten på sakkyndigarbeidet er god nok. Dette understrekes av den store innflytelse de sakkyndige har på avgjørelsen retten treffer. Jeg beveger meg her over i min tredje tese om at de sakkyndige i for stor grad selv bestemmer hvordan han eller hun skal gå frem i utføringen av sitt oppdrag, herunder utformingen av den erklæringen som legges frem for retten.

Det er en klar svakhet ved dagens ordning at det ikke finnes retningslinjer for hvordan den sakkyndige skal gå frem i sitt arbeid. Unntak finnes på spesielle fagfelt, for eksempel er det utarbeidet veiledende retningslinjer for sakkyndigarbeid i barnevernssaker.²⁹

Behovet for retningslinjer må også ses i sammenheng med at det i praksis blir oppnevnt sakkyndige som ikke har tidligere erfaring med slikt arbeid.

Jeg mener derfor at vi bør få på plass generelle retningslinjer som forutsettes fulgt av de sakkyndige i alle saker, dog med tilpasning for enkelte saksområder etter behov. Retningslinjene bør legge premissene for hvordan den sakkyndige skal gå frem ved eksempelvis innhenting av faktum i saken, forholdene knyttet til den sakkyndiges egne undersøkelser og hvordan den sakkyndige skal forholde seg til sakens parter. Ikke minst er det viktig at avvik fra retningslinjene begrunnes og forklares.

Sakkyndigheten vil på denne måten få en mer regelbundet form og den vil bli mer gjenkjennelig for partene og dommeren. Eventuelle feil og mangler vil lettere bli avdekket slik at de kan bli underlagt kontradiksjon. Retningslinjer vil ikke bare være til hjelp for dommeren og prosessfullmektigene, men også for den uerfarne sakkyndige.

Igen inviterer jeg Dommerforeningen og Riksadvokaten til et samarbeid.

2.6 Utforming av den sakkyndiges erklæring

Det siste stadiet i den sakkyndiges arbeid er utformingen av erklæringen som skal legges frem. Fordi det er få retningslinjer for hvordan erklæringene skal utformes, kan innholdet i og kvaliteten på erklæringene variere. Like fullt blir erklæringene med få unntak tillagt stor vekt av retten - som en del av faktumbildet.

De fleste advokater vet at det skal mye til for å snu saken når man har fått en sakkyndigrapport mot seg. Dommerne følger ofte de sakkyndiges anvisninger og vurderinger.

Derfor er det viktig at sakkyndigerklæringen er av god kvalitet – til hjelp for dommeren. Imidlertid er det flere forhold som kan svekke erklæringens verdi som hjelpemiddel: For det første er de sakkyndiges terminologi ofte en utfordring for juristene, og representerer gjerne fremmede fagfelt. Begrepene «membran» og «klemring» er etter hvert godt kjent blant dommerne. Vanskeligere kan det bli dersom det dukker opp begreper som «otoakustiske emisjoner»,³⁰ «viskositet»,³¹ «dispergering»,³² og «prodromalfase»,³³ faguttrykk hentet fra henholdsvis medisin, kjemi og psykiatri. I tillegg kan metoden fremstå som fremmed for juristene.

Det kan videre være en utfordring for dommeren å identifisere usikkerhetsmomenter ved den sakkyndiges vurderinger og premissene som ligger til grunn for disse. Det kan også være vanskelig å vurdere den faglige holdbarheten av vurderingene. Der to sakkyndige står bak samme rapport, kan dommeren også oppleve det som problematisk å avdekke eventuell uenighet mellom dem.

Erklæringen kan også bære preg av at den sakkyndige har ønsket å konkludere mer enn å analysere, utrede og vurdere. Er rapporten mer argumenterende enn vurderende, vil motstridende momenter kunne bli usynlige. Hertil kommer at mange sakkyndige nærmest ser det som sin oppgave å gi retten et svar som den kan bygge på og at det kan oppfattes som inkompetanse dersom man ikke kan gi et svar. Når dette kombineres med at sakkyndige ikke alltid er tilstrekkelig oppmerksom på at beviskravene i straffesaker er annerledes enn i sivile saker, vil den sakkyndiges angivelige sikre svar basert på hva som er mest sannsynlig i verste fall kunne føre til at uskyldige blir dømt.

Videre kan erklæringen utilsiktet inneholde uttalelser om de juridiske spørsmål saken reiser. Faglige vurderinger og juss kan gli over i hverandre, slik som for eksempel ved barnefaglige vurderinger av hva som er til det beste for barnet. Det kan også være uklart hvilket faktum den sakkyndige har bygget på ved sin vurdering.

Vi trenger derfor generelle retningslinjer for hva sakkyndigerklæringer bør inneholde, og igjen inviterer jeg Dommerforeningen og Riksadvokaten til samarbeid. Retningslinjene bør blant annet regulere hvordan den sakkyndige skal redegjøre for fremgangsmåten ved innhenting av faktum, hvilken metode som er benyttet, usikkerhet og eventuelle begrensninger i tilgjengelig teori og kunnskap og hvilke prinsipper som er lagt til grunn for den sakkyndiges konklusjoner.

I dag er det ikke noe krav om at partenes egne sakkyndige vitner skal fremlegge skriftlige erklæringer. Dette harmonerer for så vidt godt med muntlighetsprinsippet, men dårligere med kontradiksjonsprinsippet. Den sakkyndiges vurdering omhandler som oftest faglige spørsmål som er ukjent for rettens aktører, og det vil være en fordel om disse fikk anledning til å sette seg inn i materialet i forkant slik at eksaminasjonen kan planlegges. Derfor bør det innføres vilkår om at også sakkyndige vitner normalt skal fremlegge skriftlige erklæringer.

2.7 Fremleggelsen av den sakkyndiges arbeid i rettssalen

Det er når den sakkyndige fremlegger sitt arbeid i rettssalen at sakkyndigheten underlegges de rammer som ellers gjelder i vår prosessrett. Det er først på dette tidspunktet den sakkyndiges arbeid underlegges kontradiksjon og kvalitetskontroll. Jeg har da kommet til min fjerde og siste tese.

Selv om sakkyndighet er basert på kompetanse og kunnskap, vitenskap og fag, har man også å gjøre med vurderinger preget av skjønn og subjektivitet. Det gjelder selv om vi befinner oss innenfor den tradisjonelle naturvitenskapen. I en sak hvor spørsmålet er hvor mye havbunnen under en oljeplattform vil synke de neste årene, vil mye kunne besvares ved hjelp av naturvitenskap og geologi. Likevel vil svarene samtidig være preget av skjønn, og aldri være eksakte. Dette blir enda tydeligere når vi beveger oss over i psykiatrien og psykologien. Den sakkyndige kan også ta feil, og vitenskapen kan forandre seg. Bjugn-saken er et eksempel på det siste. Dette er selvsagt en utfordring når dommeren skal komme frem til riktig resultat.

Nettopp derfor blir kontradiksjon et viktig verktøy ved bruk av sakkyndighet. Kontradiksjonen skjer først og fremst ved eksaminasjon av den sakkyndige. Advokatene bærer her et stort ansvar; betydningen av sakkyndigheten kan avhenge av en god utspørring.

Kontradiksjonen kan også styrkes ved å tilkalle flere sakkyndige slik at selve kontradiksjonen tilføres sakkyndighet.

Hovedregelen om at det skulle oppnevnes to sakkyndige ble fjernet ved en lovendring i 1994,³⁴ og erstattet med regelen om én sakkyndig.³⁵ Økonomi og effektivitetshensyn lå bak regelendringen, som det var bred motstand mot. Advokatforeningen, daværende Forsvarergruppen av 1977, Riksadvokaten, Økokrim og Dommerforeningen var blant dem som gikk i mot forslaget. Motstanden var begrunnet på ulike måter. Det ble blant annet vist til behovet for nyanser i profesjonsvurderingen og at én sakkyndig ville virke støtende mot rettssikkerheten. Økokrim fremførte at endringen ville føre til økt bruk av sakkyndige vitner; en utvikling man anså som lite ønskelig. Justisdepartementet fant imidlertid på den annen side å kunne spare 2,5 millioner kroner på endringen.³⁶ Og dermed ble det sånn.

Advokatforeningens syn er det samme som for snart 20 år siden: Endringen var uheldig. Den bør reverseres.

Dersom det oppnevnes to sakkyndige, må det imidlertid forutsettes at de jobber uavhengig av hverandre og avgir hver sin erklæring. Vi kan ikke ha sakkyndige parhester slik vi i dag ser eksempler på. Det vil kunne tilsløre eventuelle uenigheter og skjule viktige nyanser.

Uavhengig av om det bare er én rettsoppnevnt sakkyndig, ser man i praksis i større saker en økende bruk av kontradiktorisk ekspertise – såkalt «battle of experts». Sakkyndighet møtes med sakkyndighet slik at man får frem enigheter og uenigheter. Formålet er å få saken bedre opplyst.

Får retten presentert ulike vurderinger fra flere sakkyndige, er ikke dette i seg selv et problem. Snarere blir saken bedre opplyst. De sakkyndige vil på en mer egnet måte kunne oppfylle sin rolle som rettens rådgivere. Dette vil også kunne føre til at retten gjøres mer selvstendig, og fritas fra kun ett synspunkt om hvorvidt tiltalte er tilregnelig, om handlingen var uaktsom eller hva som er barnets beste. Som professor Nils Christie skrev i en kronikk i Aftenposten tidligere i år:

*«Domstolene bringes tilbake til sin vanlige virksomhet med å eksaminere eksperter, for deretter å ta selvstendig standpunkt til de muligens sprikende vurderinger. Dommeren bringes tilbake til sin kjernevirksomhet».*³⁷

I ordskiftet etter 22. juli-saken har ikke Christie vært alene om å fremheve verdien av kontradiksjon.

«Kontradiksjon er en overlegen verdi i forhold til troen på autoriteter,» sa redaktør John Olav Egeland i en debatt tidligere i høst.³⁸

En grundig kontradiksjon er et reelt alternativ til etterfølgende kontroll. Ekstern etterkontroll ved kommisjoner slik som Den rettsmedisinske kommisjon har vesentlige svakheter. De arbeider utenfor domstolsapparatet og uten vanlige krav til innsyn og åpenhet om interne drøftelser og vurderinger. Når kommisjonen i tillegg kun gir en kortfattet uttalelse som at «Det er ingen vesentlige bemerkninger til erklæringen», vil den kunne tilsløre reell uenighet som ville ha vært av interesse for domstolen.

Vi må se nærmere på dagens bruk av etterkontroll. Spørsmålet er også om ressursene som i dag brukes på kommisjonsarbeid heller skal brukes på de sakkyndige – i form av opplæring, kompetanseheving og kontradiksjon ved bruk av to sakkyndige i stedet for en.

Vi ønsker å føre vurderingene tilbake til rettssalen, der de hører hjemme.

2.8 Dommerens rolle

Til syvende og sist er det dommeren som avgjør hvilken betydning sakkyndigheten skal ha for sakens resultat. Dommeren skal treffe sin beslutning på grunnlag av en forsvarlig vurdering av bevisene og partenes anførsler. Med forankring i prinsippet om den frie bevisvurdering, kan det ene sakkyndige vitnets forklaring gis større vekt enn de ti øvrige.

Sakkyndigbeviset vil imidlertid kunne være beheftet med de samme feilkildene som vitnebeviset. Sakkyndiges oppfatning av virkeligheten er like subjektiv som lekfolks. Skal dommeren gjøre en god jobb ved sin håndtering av sakkyndigheten, må den sakkyndiges vurderinger undergis det samme kritiske blikk som øvrige bevis.

Dommeren må også evne å identifisere hvilke deler av den sakkyndiges vurdering som er skjønnsmessig. Også ved utøvelsen av den sakkyndiges fag, er det subjektive elementer til stede.

Dommeren må videre påse at de sakkyndige holder seg til sin rolle.

Sakkyndigbeviset er ene og alene en fagkyndig vurdering av de faktiske forhold i saken.³⁹ Vurderingen av om de faktiske forholdene representerer en erstatningsbetingende uaktsomhet, strider mot god forretningsskikk eller er til barnets beste, tilhører dommeren. Dette er juridiske standarder, og vurderingen faller dermed utenfor det mandat lovgiver har gitt sakkyndigheten i vår rettspleie.

Er ikke dommeren kritisk til sakkyndigheten på disse punktene, kan sakkyndigheten bli en fare for rettsikkerheten.

3 Avslutning

Min gjennomgang har bekreftet de fire tesene jeg presenterte innledningsvis. Sakkyndighet tilføres rettssaken på en til dels tilfeldig og usystematisk måte. I tillegg er det for lite samsvar med de prosessuelle prinsippene som ellers gjelder i vår rettspleie. Særlig er sakkyndigheten i for stor grad unndratt kontradiksjon.

Vi kan ikke fortsette å omgå sakkyndigheten på en så vidt lemfeldig måte. Dette er uheldig og må etter min mening endres.

Det er for så vidt bra at departementet har varslet at det blir nedsatt et utvalg som skal se på spørsmål omkring tilregnelighet og bruk av sakkyndighet i straffesaker.

Imidlertid reiser bruken av sakkyndighet spørsmål som går utover det departementet har besluttet utredet. I mange av disse spørsmålene trenger vi heller ikke å vente på departementet for å endre dagens praksis. Det er i utgangspunktet bare endring av hovedregelen om at det kun skal oppnevnes en sakkyndig, en innskjerping av habilitetsreglene og et krav om at partssakkyndige normalt skal fremlegge skriftlig erklæring, som krever lovendring.

Derfor kan vi som er sakens aktører allerede nå ta flere initiativ. Jeg utfordrer Dommerforeningen, gjerne med bistand fra Domstoladministrasjonen, og Riksadvokaten. La oss få på plass retningslinjer for den sakkyndiges arbeid – fra sakens start til slutt. Så tar vi det første steget for å fjerne den vilkårlige sakkyndigheten fra rettssalene.

Inntil det er gjort, er det opp til oss selv å være bevisste på sakkyndigrollen og oppmerksomme på sakkyndigbevisets svakheter.

Takk for oppmerksomheten.

Endnotes

1 Se eksempelvis NOU 1996: 15, NOU 2000: 23 og NOU 2001: 12.

2 Jf. strpl. § 165.

3 Statistikk mottatt fra Domstoladministrasjonen 5. november 2012:

		2010	2011
Tvistesaker:	Antall avgjorte saker	16 031	15 849
	Antall avgjorte saker med oppnevnt sakkyndig	2771	3 000
Meddomsrettssaker:	Antall avgjorte saker	15 243	15 735
	Antall avgjorte saker med oppnevnt sakkyndig	340	342

4 Se vedlagt statistikk.

5 Jf. tvl. § 9-12 og strpl. § 277.

6 Jf. tvl. § 25-2 (1) jf. § 21-3 (2) og strpl. § 294.

7 Jf. tvl. §§ 21-7 og 21-8, samt strpl. § 292 (2).

8 Jf. strpl. kap. 12.

9 Jf. strpl. kap. 13.

10 Rt. 1998 s. 1565.

11 Dette er et forhold som for tiden er gjenstand for drøftelse i Europarådets rådgivende dommerkomité (CCJE).

12 Jf. tvl. § 25-3 og strpl. § 139.

13 RG 2011 s. 93: «Både de fire sakkyndige vitnene som møtte for tingretten, og de fire nye møtte under ankeforhandlingen og redegjorde for sine erklæringer og supplerte med muntlige forklaringer».

14 RG 2002 s. 92: «For lagmannsretten var det oppnevnt to sakkyndige i nevrologi som begge møtte og avga forklaring. For øvrig avga fire sakkyndige vitner forklaring.»

15 Reassumering i Høyesterett 16. november 2012.

16 Se Ingrid Rindal Lundeberg, «Sannhetsvitnet», Tidsskrift for rettsvitenskap 2009 s. 611 og «Sannhetens urett – Om sakkyndiges betydning for rettens maktutøvelse», Retfærd 2009 nr. 4-127 s. 26

17 Jf. Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernssaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen pkt. 3.2.

18 Jf. forskrift om Den rettsmedisinske kommisjon § 4.

19 Se <http://www.psykologforeningen.no/Kurs-og-utdanning/Andre-utdanningsprogram/Utdanning-av-barnefaglig-sakkyndige>

20 Jf. NOU 2001: 32 Rett på sak kap. 28.2.

21 Jf. tvl. § 25-3.

22 Jf. strpl. § 142.

23 Se Ot.prp. nr. 35 (1978-1979) kap. 11.

24 Jf. for øvrig tvl. § 25-4 og strpl. § 142a.

25 Jf. Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernssaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen; <http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Barnevern/Q-1158%20B%20Veiledende%20retningslinjer%20for%20sakkyndig%20arbeid%20i%20barnevernssaker.pdf>

- 26 Jf. Schei m.fl. Tvisteloven Kommentartutgave bind II s. 1194. Universitetsforlaget, 2007.
- 27 Se forslag til formuleringer til ulike mandat for rettspsykiatrisk sakkyndige i Nyhetsbrev nr. 17, DRK psykiatrisk gruppe, mars 2007; <http://www.sivilrett.no/upload/DRK/Nyhetsbrev%20mm/Nyhetsbrev%2017.pdf> samt Nyhetsbrev nr. 21, DRK psykiatrisk gruppe, 31. oktober 2012; <http://www.sivilrett.no/upload/Nyhetsbrev%20nr%2021.pdf>
- 28 Jf. strpl. § 142a.
- 29 Se note 25.
- 30 Se LG-2006-56767.
- 31 Se eksempelvis Rt.1998 s. 430.
- 32 Se LB-2010-3684.
- 33 Se LB-2008-192221.
- 34 Jf. lov av 15. juli 1994 nr. 51.
- 35 Jf. Ot.prp. nr. 45 1993-1994.
- 36 Jf. Ot.prp. nr. 45 1993-1994 kap. 8.
- 37 Nils Christie. «Fem hjelpsomme feil». Kronikk i Aftenposten 5.9.2012.
- 38 Jf. Advokatbladet nr. 9/2012 s. 6 flg.
- 39 Jf. tvl. § 25-1.

Andel dommer inneholdende "sakkyndig*"; totalt, i sivile- og straffesaker

Alle tingretter alle saker				Alle tingretter sivile				Alle tingretter straff			
	Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel
1965	0	0		1965	0	0		1965	0	0	
1975	0	2		1975	0	2		1975	0	0	
1985	0	2		1985	0	2		1985	0	0	
1995	11	53	20,75	1995	11	52	21,15	1995	0	1	0,00
1996	7	36	19,44	1996	7	34	20,59	1996	0	2	0,00
1997	6	36	16,67	1997	3	30	10,00	1997	3	6	50,00
1998	5	27	18,52	1998	4	24	16,67	1998	1	3	33,33
1999	7	33	21,21	1999	6	29	20,69	1999	1	4	25,00
2000	9	36	25,00	2000	5	28	17,86	2000	4	8	50,00
2001	6	24	25,00	2001	3	13	23,08	2001	3	11	27,27
2002	108	568	19,01	2002	62	275	22,55	2002	46	293	15,70
2003	129	722	17,87	2003	71	344	20,64	2003	58	378	15,34
2004	123	781	15,75	2004	60	227	26,43	2004	63	554	11,37
2005	82	430	19,07	2005	46	237	19,41	2005	36	193	18,65
2006	200	970	20,62	2006	136	545	24,95	2006	64	425	15,06
2007	167	894	18,68	2007	112	481	23,28	2007	55	413	13,32
2008	140	774	18,09	2008	94	409	22,98	2008	46	365	12,60
2009	139	720	19,31	2009	86	345	24,93	2009	53	375	14,13
2010	138	771	17,90	2010	85	417	20,38	2010	53	354	14,97
2011	121	550	22,00	2011	69	302	22,85	2011	52	248	20,97

Alle lagmannsretter alle saker				Alle lagmannsretter sivile				Alle lagmannsretter straff			
	Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel
1965	0	0		1965	0	0		1965	0	0	
1975	0	0		1975	0	0		1975	0	0	
1985	1	2		1985	0	1		1985	1	1	
1995	219	1056	20,74	1995	152	711	21,38	1995	67	345	19,42
1996	224	1162	19,28	1996	155	668	23,20	1996	69	494	13,97
1997	280	1303	21,49	1997	187	715	26,15	1997	93	588	15,82
1998	300	1426	21,04	1998	189	714	26,47	1998	111	712	15,59
1999	321	1384	23,19	1999	192	713	26,93	1999	129	671	19,23
2000	341	1505	22,66	2000	218	749	29,11	2000	123	756	16,27
2001	395	1544	25,58	2001	260	763	34,08	2001	135	781	17,29
2002	380	1632	23,28	2002	248	811	30,58	2002	132	821	16,08
2003	390	1590	24,53	2003	230	699	32,90	2003	160	891	17,96
2004	398	1651	24,11	2004	251	802	31,30	2004	147	849	17,31
2005	492	1908	25,79	2005	332	921	36,05	2005	160	987	16,21
2006	528	2153	24,52	2006	365	993	36,76	2006	163	1160	14,05
2007	485	2098	23,12	2007	303	947	32,00	2007	182	1151	15,81
2008	468	2098	22,31	2008	316	970	32,58	2008	152	1128	13,48
2009	499	2147	23,24	2009	298	910	32,75	2009	201	1237	16,25
2010	484	2148	22,53	2010	281	810	34,69	2010	203	1338	15,17
2011	478	2068	23,11	2011	289	838	34,49	2011	189	1230	15,37

Høyesterett alle saker				Høyesterett sivile				Høyesterett straff			
	Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel		Sakkyndig*	Totalt	Andel
1965	39	220	17,73	1965	28	84	33,33	1965	11	136	8,09
1975	17	190	8,95	1975	14	61	22,95	1975	3	129	2,33
1985	27	259	10,42	1985	14	59	23,73	1985	13	200	6,50
1995	21	322	6,52	1995	10	76	13,16	1995	11	246	4,47
1996	21	126	16,67	1996	13	66	19,70	1996	8	60	13,33
1997	22	122	18,03	1997	17	93	18,28	1997	5	29	17,24
1998	25	106	23,58	1998	18	75	24,00	1998	7	31	22,58
1999	14	106	13,21	1999	10	71	14,08	1999	4	35	11,43
2000	27	102	26,47	2000	21	67	31,34	2000	6	35	17,14
2001	17	88	19,32	2001	12	66	18,18	2001	5	22	22,73
2002	24	110	21,82	2002	13	57	22,81	2002	11	53	20,75
2003	22	122	18,03	2003	13	64	20,31	2003	9	58	15,52
2004	22	134	16,42	2004	9	68	13,24	2004	13	66	19,70
2005	16	117	13,68	2005	13	66	19,70	2005	3	51	5,88
2006	22	120	18,33	2006	15	78	19,23	2006	7	42	16,67
2007	23	125	18,40	2007	15	78	19,23	2007	8	47	17,02
2008	20	143	13,99	2008	15	80	18,75	2008	5	63	7,94
2009	14	132	10,61	2009	9	58	15,52	2009	5	74	6,76
2010	20	131	15,27	2010	10	61	16,39	2010	10	70	14,29
2011	23	155	14,84	2011	12	73	16,44	2011	11	82	13,41