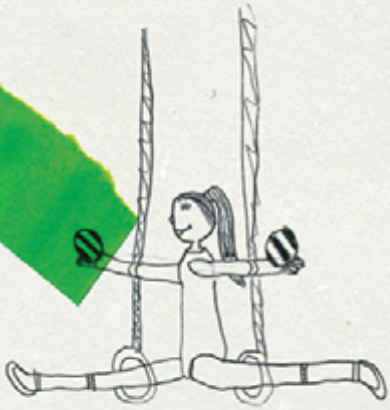
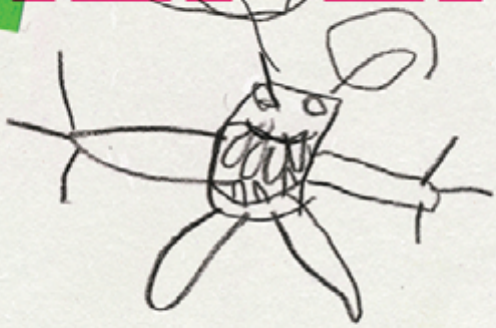
ANDERS LØVLIE

RETTSLIGE FAKTA-BEGREPER





GYLDENDAL
JURIDISK

ANDERS LØVLIE

RETTSLIGE FAKTABEGREPER

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2014

ISBN 978-82-05-46461-2

Omslagsdesign: Erling Norderud Hansen
Omslagsillustrasjoner: Nora & Nils
Sats: HAVE A BOOK
Figurer: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Innholdsoversikt

1 INTRODUKSJON 15
2 DET ALLMENNE FAKTABEGREPET 28
3 DET RETTSLIG FUNKSJONELLE FAKTABEGREPET 117
4 DET RETTSLIG METODISKE FAKTABEGREPET 133
5 DET RETTSLIG FORMELLE FAKTABEGREPET 265
6 DET RETTSLIG MATERIELLE FAKTABEGREPET 380
7 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP I
— STRAFFERETTSLIG VILLFARELSE 383
8 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP II
— HØYESTERETTS KOMPETANSE 464
9 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP III
— ÆREKRENKELSER 561
10 SAMMENFATNING 590

LITTERATUR 593

KILDER 621

STIKKORD 633

Innholdsfortegnelse

1 INTRODUKSJON 15

1.1 Tema og opplegg 15
1.2 Metode 17
1.2.1 Generelle metodiske trekk ved fremstillingen og avgrensning . . . 17
1.2.2 Spesielle metodiske trekk knyttet til de enkelte faktabegrepene . . 19
1.2.3 Metodiske utfordringer 21
1.2.4 Strukturelle forhold 23
1.3 Hvorfor tematisere rettslige faktabegreper? 27

2 DET ALLMENNE FAKTABEGREPET 28

2.1 Tema, avgrensning og opplegg 28
2.2 Skillet fakta/verdi 30
2.2.1 Generelt 30
2.2.2 Idéhistorisk bakgrunn 32
2.2.3 Skillet er/bør 36
2.3 Faktabegreper 37
2.3.1 Tema og opplegg 37
2.3.2 Ontologi 38
2.3.3 Epistemologi 54
2.4 Verdibegreper 88
2.4.1 Tema og opplegg 88
2.4.2 Definitoriske verdibegreper 89
2.4.3 Ikke-definitoriske verdibegreper 91
2.5 Kritikk av dikotomien fakta/verdi 97
2.6 Institusjonelle fenomener 101
2.6.1 Tema og opplegg 101
2.6.2 Objektivitet 101
2.6.3 Institusjonelle fakta 104
2.6.4 Institusjonelle verdier 106

2.6.5 Rettslige og ikke-rettslige institusjonelle fenomener 110
2.6.6 Slutninger fra institusjonelle fenomener 115

3 DET RETTSLIG FUNKSJONELLE FAKTABEGREPET 117
3.1 Tema og opplegg 117
3.2 Rettsanvendelsessyllogismen 118
3.2.1 Generelt 118
3.2.2 Formelle krav 119
3.2.3 Argumentasjonskraft 120
3.2.4 Straffesaker 122
3.3 Subsumsjon 124
3.3.1 Generelt 124
3.3.2 Forholdet tolkning og subsumsjon 125
3.4 Holdbarheten av et funksjonelt skille fakta/juss 127

4 DET RETTSLIG METODISKE FAKTABEGREPET 133
4.1 Generelt 133
4.1.1 Tema, avgrensning og opplegg 133
4.1.2 Forholdet mellom det rettslig metodiske faktabegrepet og det alminnelige faktabegrepet 136
4.2 Strafferettslige fenomenkategorier 138
4.2.1 Tema, avgrensning og opplegg 138
4.2.2 Ytre fenomener 139
4.2.3 Indre fenomener 142
4.2.4 Institusjonelle fenomener 147
4.2.5 Holdbarheten av skillet ytre/indre 149
4.3 Fastsettelse av strafferettslige fenomener 153
4.3.1 Tema, avgrensning og opplegg 153
4.3.2 Ytre fenomener 154
4.3.3 Indre fenomener 170
4.3.4 Institusjonelle fenomener 181
4.3.5 Fortidige, nåtidige og fremtidige fenomener 190
4.4 Teorier om faktafastsettelse 192
4.4.1 Tema, avgrensning og opplegg 193
4.4.2 Rasjonalitetshierarkiet 194
4.4.3 Deskriptive/normative teorier 197
4.4.4 Kriteriebaserte/ikke-kriteriebaserte teorier 201
4.4.5 Realistiske/ikke-realistiske teorier 203
4.4.6 Faktiske/institusjonelle teorier 206
4.4.7 Holistiske/atomistiske teorier 209
4.4.8 Sannsynlighets-/robusthetsteorier 212
4.4.9 Årsaks-/sannsynlighetsbaserte teorier 215
4.4.10 Sammenfatning 219

4.5 Sakkyndigbeviset 222
4.5.1 Tema, avgrensninger og opplegg 222
4.5.2 Funksjon 223
4.5.3 Autoritativt bevis 225
4.5.4 Fastsettelse av institusjonelle fenomener 227
4.5.5 Kritikk 228
4.6 «Pressing» av det rettslig metodiske faktabegrepet 231
4.6.1 Tema, avgrensning og opplegg 231
4.6.2 Antagelser om «pressing» 233
4.6.3 Ubevisst og bevisst «pressing» 235
4.6.4 Årsaker til «pressing» 236
4.6.5 Om påvisning av «pressing» 238
4.6.6 Utbredelse av «pressing» 240
4.6.7 «Pressing» av erfaringssetninger, epistemiske kriterier og konstituerende kriterier 241
4.7 Holdbarheten av et metodisk skille fakta/juss 245
4.7.1 Tema, avgrensning og opplegg 245
4.7.2 Allmenne fakta som grunnlag for lov 246
4.7.3 Allmenne fakta som grunnlag for tolkning 250
4.7.4 Fakta i juss 256
4.7.5 Juss i fakta 259
4.7.6 Om psykologisk, begrunnelsesmessig og terminologisk sammenfall 262
4.7.7 Sammendrag 264

5 DET RETTSLIG FORMELLE FAKTABEGREPET 265
5.1 Generelt 265
5.1.1 Tema, avgrensninger og opplegg 265
5.1.2 Forholdet mellom det formelle faktabegrepet og det realistiske faktabegrepet 266
5.1.3 Prinsippet om sannhetssøken 268
5.2 Krav om fri bevisbedømmelse 270
5.2.1 Tema, avgrensninger og opplegg 270
5.2.2 Frihetsbegrepet 271
5.2.3 Frihet fra … 273
5.2.4 Frihet til … 285
5.2.5 Prinsippets rettslige status 298
5.3 Krav om bruk av sannhetsfremmende mekanismer 303
5.3.1 Tema, avgrensninger og opplegg 303
5.3.2 Prinsippet om maksimal individualisering av bevis 304
5.3.3 Prinsippet om muntlighet 307
5.3.4 Prinsippet om umiddelbarhet 308
5.3.5 Prinsippet om kontradiksjon 310
5.3.6 Prinsippenes sannhetsfremmende virkning 311

5.4 Utredningskrav 314
5.4.1 Tema, avgrensning og opplegg 314
5.4.2 Prinsippet om domstolenes utredningsplikt 315
5.4.3 Krav til informasjonsgrunnlaget 318
5.4.4 Krav til erfaringsgrunnlaget 320
5.5 Beviskravet i straffesaker 323
5.5.1 Tema, avgrensning og opplegg 323
5.5.2 Kravets rettslige grunnlag og rekkevidde 324
5.5.3 Kravets begrunnelse 330
5.5.4 Krav om tro og velbegrunnet tro 333
5.5.5 Sannsynlighetskrav og robusthetskrav 335
5.5.6 Forholdet mellom generelle og spesielle sannsynligheter 345
5.5.7 Beviskravet og fenomenkategoriene 349
5.6 Relativitet 362
5.6.1 Tema og opplegg 362
5.6.2 Om relativitet 362
5.6.3 Metodiske forhold 364
5.6.4 Sannhetsfremmende mekanismer 365
5.6.5 Utredningskrav 366
5.6.6 Beviskrav 368
5.7 Pressing av formelle krav 373
5.7.1 Tema, avgrensning og opplegg 373
5.7.2 Teorien om fasadelegitimasjon 374
5.7.3 Pressing 375
5.7.4 Forholdet mellom formell og metodisk pressing av fakta 376
5.8 Holdbarheten av et formelt skille fakta/juss 377

6 DET RETTSLIG MATERIELLE FAKTABEGREPET 380
6.1 Tema, avgrensninger, opplegg og struktur 380

7 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP I
– STRAFFERETTSLIG VILLFARELSE 383
7.1 Problemstilling, opplegg og avgrensning 383
7.2 Villfarelser 385
7.2.1 Fire kategorier villfarelser 385
7.2.2 Nærmere om grensedragningen mellom kategoriene
– uklarhet/vaghet 389
7.2.3 Terminologi – egentlig og uegentlig rettsvillfarelse 394
7.3 Villfarelsesnormene 396
7.3.1 Betydningen av villfarelser og skillet fakta/juss 396
7.3.2 Straffeloven §§ 42 og 57 398
7.3.3 Villfarelseskategoriene og straffeloven §§ 42 og 57 399
7.3.4 Andre normer av betydning ved villfarelse 411

7.4 Forholdet mellom villfarelseskategori og villfarelsesnorm 412
7.4.1 Kategorienes betydning for valg av norm 412
7.4.2 Kategorienes betydning for normenes nærmere innhold 414
7.4.3 Beviskrav 416
7.4.4 Forholdet mellom kategori og norm i domsbegrunnelser 417
7.5 Bedømmelser av villfarelser i praksis 421
7.5.1 Problemstilling, metodiske forhold og opplegg 421
7.5.2 Hovedregel – funksjonelt skille 422
7.5.3 Unntak – ikke-funksjonelt skille 426
7.5.4 Oppsummering 433
7.6 Holdbarheten av kritikken mot bruk av skillet fakta/juss for bedømmelse av villfarelser 433
7.6.1 Problemstillinger og opplegg 433
7.6.2 Holdbarheten av kritikken mot skillet fakta/juss 434
7.6.3 Holdbarheten av kritikken mot skillet fakta/juss som operativt begrep 440
7.6.4 Hensiktsmessigheten av alternative sondringskriterier 446
7.6.5 Oppsummering, konklusjon og oppfordring 450
7.7 Straffeloven 2005 451
7.7.1 Tema og opplegg 451
7.7.2 Lovens innhold 452
7.7.3 Bakgrunn og begrunnelse for lovendringen 453
7.7.4 Kritikk av lovendringen 454
7.8 Straffeloven § 49 – utjenlige forsøk og imaginære forbrytelser 458
7.9 Legalitetsprinsippets betydning ved fastsettelse og bedømmelse av villfarelser 460
7.10 Sammenfatning 462

8 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP II – HØYESTERETTS KOMPETANSE 464
8.1 Tema, opplegg og avgrensning 464
8.2 Ankeprøving 465
8.2.1 Prøvingsfenomener 465
8.2.2 Ankegrunner 467
8.2.3 Kompetansebegrensninger 469
8.2.4 Begrunnelsens betydning for ankeprøving 484
8.3 Holdbarheten av skillet fakta/juss 498
8.4 Høyesteretts prøving av faktisk-faktiske fenomener 501
8.4.1 Tema, avgrensninger og opplegg 501
8.4.2 Prøving rettet mot faktisk-faktiske forhold 503
– «Teknisk pregede erfaringssetninger» 503
– Faktiske presumsjoner 506
– Uforklarte springende punkter 508

– Selvmotsigelser eller uklarheter 510
– Feil i informasjonsgrunnlaget 512
– Fortolkning 515
8.4.3 Ved prøving av formelle krav 519
– Det formelle avgjørelsesgrunnlaget 519
– Bevisføringsnormer 520
– Påvirkning av lagrette 522
– Sannhetsfremmende mekanismer – vitneforklaringers bevisverdi 523
– Krav til bevis 525
– Provokasjon 534
– Ved vurdering av om feil i saksbehandlingen har virket inn på dommens innhold 536
8.4.4 Ved rettslig-rettslig prøving 541
– Utfylling av rettsfakta 541
– Supplerende bevisdata og erfaringssetninger 543
– Overprøving av faktisk-faktiske fenomener 545
– Avledede faktisk-faktiske fenomener 548
8.5 Sammenfatning og vurdering 550
8.5.1 Høyesteretts prøving av faktisk-faktiske fenomener 550
8.5.2 Forholdet mellom prøvingen og begrunnelsene for kompetansebegrensningene 554

9 RETTSLIG MATERIELT FAKTABEGREP III – ÆREKRENKELSER 561
9.1 Problemstilling, avgrensning og opplegg 561
9.2 Utsagnskategorier 562
9.3 Skillet «beskyldninger / forhånelser» i straffeloven § 247 564
9.3.1 Tema og opplegg 564
9.3.2 Posisjon I 565
9.3.3 Posisjon II 567
9.3.4 Sammendrag og sammenligning av posisjon I og posisjon II 569
9.4 Skillet «factual statements / value judgments» etter EMK artikkel 8 og 10 . . . 569
9.4.1 Interesseavveiningen – personvern og ytringsfrihet 569
9.4.2 Bedømmelsesnorm – hovedregel 571
9.4.3 Bedømmelsesnorm – unntak 573
9.4.4 Begrepsinnhold 573
9.5 Fortolkning av utsagn 575
9.5.1 Tema, presisering og opplegg 575
9.5.2 Tolkning – generelt 576
9.5.3 Kildegrunnlaget – domsbegrunnelser 577
9.5.4 Tolkningskriterier 578
9.6 Forholdet mellom rettslig bedømmelse og tolkning 585
9.7 Sammenfatning 588

10 SAMMENFATNING 590

LITTERATUR 593

KILDER 621

STIKKORD 633

Forord og takksigelser

Denne boken bygger på avhandlingen jeg skrev mens jeg var stipendiat ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, og som jeg forsvarte for graden philosophiae doctor den 27. januar 2014. Jeg ønsker å takke bedømmelseskomiteen, som besto av professorene Ragnhild Hennum, Christian Diesen og Dan Frände, for disputasdagen.

I stipendiatperioden – under jakten på rettslige faktabegreper – var jeg privilegert. Jeg fikk tid og rom til å dykke til bunns i et spennende fagområde, og jeg møtte samtidig interessante mennesker. Mange har på ulike måter bidratt til prosjektet. Alle kan ikke nevnes med navn, det blir for omfattende, så jeg stoler isteden på at dere vet hvem dere er. Tusen takk!

Noen skal likevel nevnes særskilt: Veileder og venn professor Alf Petter Høgberg er en storartet og grenseløs person. Han har faglig bredde og alltid en utpreget spørrende, lekende holdning, ofte med et annet, overraskende perspektiv når verdens fenomener skal forstås og beskrives. Hans tro på, og innspill til, prosjektet har vært av stor betydning.

Særlig tre stipendiatkollegaer og venner fra instituttet vil jeg takke: Runar Torgersen, nå førstestatsadvokat hos Riksadvokaten phd., var veilederen min da jeg skrev studentavhandling. Han fikk meg til å forstå at jussen kan teoretiseres, at det er kan være verdt å bruke litt tid på det, og ikke minst at det er spennende og bør diskuteres høylytt på fest. Thomas Frøberg, nå statsadvokat phd. hos Riksadvokaten, har tjent funksjon som faglig varde og et sosialt fyrtårn av en sparringspartner. Olav Haugen Moen, stipendiat, vitebegjærlig, på søken etter grunnspørsmålene, dessuten medstifter av filosofiklubben Idiot 400 sammen med Frøberg og undertegnede.

Det finnes et rettslig bevisteoretisk miljø som ikke er stort, men robust. Det har betydd mye for meg. Særlig to personer som begge har bidratt med tilbakemeldinger på tekstutkast, vil jeg rette en takk til. Det er professor Eivind Kolflaath – som har gitt norsk rettslig bevisteori intensjonsdybde – og professor Magne Strandberg – som selv tok seg ned i den bevisteoretiske Marianergropen.

Språk er viktig, ikke minst i en juridisk doktorgrad. Tekstutformingen måtte lenge vike for problemavklaringer. Kalddusjen kom da vitenskapelig assistent Ida Christine Larsen Skjølaas ga sine språklige innspill til enkelte kapitler. Takk for det. Prosjektet ble ført inn i en ny og intensiv fase, og min uvurderlige bibliotekar og daglige sosiale omgangsvenn Bård Tuseth ved biblioteket for Institutt for offentlig rett tipset meg om at det fantes en språkvasker av sjeldent kaliber et eller annet sted. Jeg fant frem til professor emeritus i lingvistikk Dag Gundersen. Det er jeg glad for av to grunner. For det første var hans innspill uvurderlige for at teksten ble lesbar. For det andre fikk jeg en usedvanlig spennende diskusjonspartner. Takk også til overingeniør Kjetil Kjørholt Larsen for hjelp med registre.

Hva gjelder sjelsbyggende adspredelse, går en særlig takk til alle NILKer og NIILKer for hyggelige, rolige og intellektuelt stimulerende turer i inn- og utland. Foruten flere av de nevnte, er advokat og stipendiat Jørgen Stubberud og advokat hos Regjeringsadvokaten phd. Marius Stub styremedlemmer i nevnte foreninger.

Ikke bare menneskene, men også institusjonene har vært på min side. Institutt for offentlig rett har tilrettelagt for skrivingen på ypperlig vis. Instituttet var dessuten, om enn høyst motvillig, raust til å innvilge permisjoner i stipendiatperioden, noe som har gjort det mulig for meg å arbeide med spennende spørsmål og møte interessante folk, også utenfor universitetet. Takk for det!

Så familien. Mamma og pappa – begge professorer i biologi – har gitt meg alt jeg kunne håpe på. Jeg har dertil vokst opp i et hjem hvor vitebegjæret har hatt gode kår. At pappa fikk sans for prosjektet mitt, satte seg inn i det, hadde tiltro og ga meg støtte, er jeg uendelig glad for. At han døde kort tid etter disputasen, er uendelig trist. Han skulle vært her litt til – det er jo stadig så mye å snakke om, stadig så mye å finne ut av. Den største takken går til Sigrun, som, om enn med noe motstand, har holdt ut. Jeg elsker deg. Nora og Nils: Boken er til dere.

Oslo, 14. juli 2014
Anders Løvlie
(anders.loevlie@gmail.com)

1

Introduksjon

1.1 Tema og opplegg

Jurister snakker i ulike sammenhenger om fakta. Denne boken redegjør for rettslige faktabegreper og sammenhengen mellom dem. Herunder tematiseres det grunnleggende rettslige skillet mellom 'juss' og 'faktum'.

Det gis en inngående innføring i rettsvitenskapelige grunnspørsmål og i sentrale regelsett som bygger på rettslige faktabegreper, blant annet beviskrav, utredningskrav og prinsippet om fri bevisvurdering. Bokens hovedbudskap er at forståelse av det rettslige faktabegrepet er en grunnleggende forutsetning for forståelse av juss.

Faktabegrepenes nærmere innhold klargjøres og påvises ut fra formuleringer og forutsetninger i tekster, og er indusert fra disse ut fra en analytisk og beskrivende tilnærming. Samtidig er fremstillingen normativ i den forstand at den søker å påvirke leserens oppfatning av hva som bør forbindes eller assosieres med de ulike faktabegrepene. Metodebruken er nærmere redegjort for i kapittel 1.

Redegjørelsen for faktabegrepene innledes i kapittel 2 med en klargjøring av et allment faktabegrep, før det i kapitlene 3–6 påvises i alt fire rettslige faktabegreper. Kort oppsummert har begrepene følgende innhold:

Kapittel 2: *Det allmenne faktabegrepet* omhandler fenomener som finnes i verden, og på ulike måter lar seg fastslå gjennom erfaring. Ordet fenomen betyr her altså noe som fremtrer, eller viser seg selv. Under dette begrepet faller tre fenomenkategorier: ytre fenomener som steiner og skog, indre fenomener som bevissthet og hensikt, og institusjonelle fenomener som penger og ekteskap.

Kapittel 3: *Det rettslig funksjonelle faktabegrepet*, som ofte betegnes som rettsfakta, omhandler fenomener som rettsreglene regulerer og knytter virkninger til. Det funksjonelle faktabegrepet sier imidlertid ikke noe om karakteren av de fenomenene rettsreglene virker på, altså om de er ytre, indre eller institusjonelle.

Kapittel 4: *Det rettslig metodiske faktabegrepet* omhandler hvordan dommere går frem eller bør gå frem når de tar stilling til holdbarheten av påstander om fenomener det knyttes rettsvirkninger til. Dette er temaer som man normalt finner tematisert i rettslig bevisteori om bevisbedømmelse. Det nærmere innholdet i det rettslig metodiske faktabegrepet beror på om påstanden omhandler et ytre, indre eller institusjonelt fenomen.

Kapittel 5: *Det rettslig formelle faktabegrepet* omhandler påstander om ytre, indre eller institusjonelle fenomener som bygger på et grunnlag som innfrir visse formelle krav, og som av den grunn kan legges til grunn som «faktum» i rettslige sammenhenger. For eksempel skal det som hovedregel være kontradiksjon knyttet til bevisførselen og kravene til bevis må være oppfylt.

Kapittel 6: *Det rettslig materielle faktabegrepet* omhandler rettsregler med betingelsesledd som knytter rettsvirkninger til hvorvidt fenomener er å anse som faktiske eller ikke. Det redegjøres særskilt for tre slike regelsett:

1) den strafferettslige reguleringen av villfarelser
2) Høyesteretts kompetanse i straffesaker
3) straffansvar for ærekrenkelser

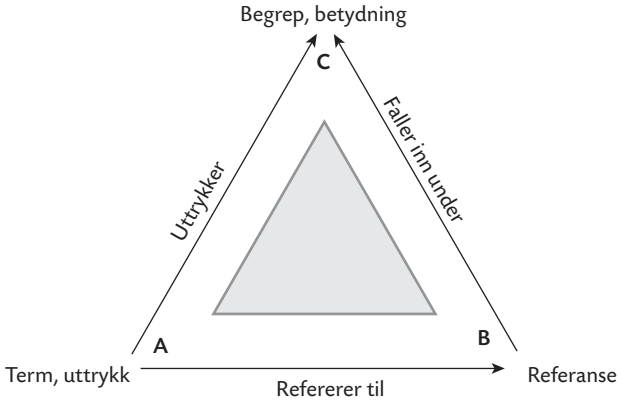
Disse tre regelsettene er valgt fordi de hver for seg knytter rettsvirkninger til de ovennevnte faktabegrepene, henholdsvis det rettslig funksjonelle-, det rettslig metodiske- og rettslig formelle-, og det allmenne faktabegrepet.

Fremstillingen av regelsettene er viet hvert sitt hovedkapittel (7–9) fordi drøftelsene er omfattende og for å unngå for mange underpunkter.

1.2 Metode

1.2.1 Generelle metodiske trekk ved fremstillingen og avgrensning

Med «begrep» menes en tankestørrelse eller meningsstørrelse. Begrepsanalysene i boken bygger på alminnelig meningsteori. Det innebærer at det skilles mellom uttrykk, uttrykkenes betydningsinnhold og uttrykkenes referanser. Med «uttrykk» menes skrevne eller uttalte ord. Med uttrykkets «betydning» siktes det til mening som kan gi et grunnlag for kommunikasjon, i den forstand at både taler og mottager på en eller annen måte forstår uttrykkene. Med «referanse» siktes det til fenomenene som begrepene omhandler. Forholdet melllom disse fremstilles ofte med bruk av Ogdens trekant eller tegntrekanten slik:[1]



Fremstillingen er primært beskrivende. Begrepenes nærmere innhold klargjøres og påvises ut fra formuleringer og forutsetninger i tekster. Det redegjøres i noen grad for begrepenes historiske bakgrunn. Siktemålet er ikke da å gi en selvstendig historisk eller rettshistorisk fremstilling, men å peke på enkelte historiske trekk som kan bidra til å belyse betingelser for begrepene.

Faktabegrepene omhandler altså størrelser slik de viser seg i ulike tekster, og kan sies å være indusert fra disse størrelsene ut fra en analytisk og empirisk tilnærming. Enkelte av de størrelsene som oppgis å falle inn under begrepene, kan oppleves som fremmede ved første øyekast. Fremstillingen er imidlertid ikke ment å være kontroversiell. Når den konvensjonelle tilnærmingen til enkelte størrelser fravikes, er det fordi det er vurdert hensiktsmessig for å få klargjort begrepenes innhold.

1 Høgberg (2006) s. 45–48 og Sundby (1978) s. 6.

Selv om utgangspunktet er at fremstillingen i boken således er beskrivende, er altså teksten også normativ i den forstand at den søker å påvirke leserens oppfatning av hva som bør forbindes eller assosieres med de ulike rettslige faktabegrepene. Det henger sammen med at det ligger visse tolkningsforutsetninger til grunn for meningsfastsettelsen, herunder oppfatninger om hvordan verden er å forstå.

Et gjennomgående strukturelt grep i fremstillingen er at det skilles mellom tre nivåer faktabegrepene omhandler.[2] Det første er det ontologiske nivået, som omhandler virkeligheten slik den er, uavhengig av bevis og uavhengig av hva vi tror i det enkelte tilfelle. Det andre er det epistemologiske nivået, som omhandler bevis; grunner for å tro at virkeligheten er på en bestemt måte. Det tredje er det psykologiske nivået, som omhandler hva den enkelte tror om virkeligheten.

De rettslige faktabegrepene som tematiseres i boken, inngår i eller forholder seg til dikotomien fakta/juss.[3] Dikotomier er et skille mellom egenskaper i to gjensidig utelukkende grupper. Det er en utbredt teknikk å benytte polarisering av språklige størrelser som virkemiddel for å klargjøre meningsinnhold ved å gruppere egenskaper, og deretter slutte at hvis noe ikke tilhører én gruppering, så tilhører det en annen gruppering.[4]

For å klargjøre faktabegrepenes innhold redegjøres det for dikotomiene de inngår i. Det er særlig to forhold som tilsier at dette er en hensiktsmessig strategi. For det første er dikotomiene egnet til å belyse grensespørsmål fordi de tydeliggjør kriteriene for hva fakta er og hva fakta ikke er. For det andre tjener dikotomiene praktiske funksjoner, og gjennom redegjørelsen for disse får man klargjort betydningen faktabegrepene har i jussen.

Dikotomien fakta/juss trekker samtidig opp bokens ytre rammer. Det avgrenses mot en generell tematisering av hva juss er som sådan. Det innebærer at boken som et utgangspunkt ikke omhandler jussens ontologi eller virkelighetstilknytning, herunder hvorvidt normer i form av rettsregler bør forstås som fenomener i verden, internaliserte størrelser[5] eller institusjonaliserte fenomener.[6]

---

2 Se Kolflaath (2004b) s. 281, som benytter termen aletisk om det som her betegnes ontologisk. Se også Graver (1987) s. 120.

3 Ho (2008) s. 2 og Bolding (1951) s. 33–34.

4 Taylor (1992) s. 117–118.

5 Sundby (1978) s. 118 flg.

6 Slagstad (2011) s. 128–129 og MacCormick (2007) s. 292–293.

Videre avgrenses det som et utgangspunkt mot en generell tematisering av jussens epistemologi, eller juridisk metode. Med juridisk metode siktes det til hvordan jurister flest går frem når de fastsetter rettsreglers innhold. Det skjer antakelig på en rekke ulike måter avhengig av situasjon og person, men i grove trekk går det ut på at man ut fra relevante rettskilder klargjør et informasjonsgrunnlag og derfra slutter seg frem til innholdet i rettsregler ut fra prinsipper for fortolkning.

Samtidig er det karakteristiske ved de rettslige faktabegrepene nettopp at de er rettslige størrelser. Det er altså en bestemt og avgrenset del av jussens ontologi og epistemologi som er bokens tema. Undersøkelsen er begrenset til strafferett og straffeprosess.

1.2.2 Spesielle metodiske trekk knyttet til de enkelte faktabegrepene

Til de forskjellige faktabegrepene er det knyttet ulike kriterier for meningsfastsettelse. Det henger sammen med at begrepene bygger på ulike betingelser, har ulike funksjoner og omhandler ulike fenomener. Dette nødvendiggjør ulik metodebruk når begrepenes innhold skal klargjøres.

Et begrepsmessig hovedskille går mellom det allmenne faktabegrepet og de rettslige faktabegrepene. Forskjellen ligger i at det allmenne faktabegrepet er uten nødvendig tilknytning til rettssystemet, mens de rettslige faktabegrepene omhandler rettslige forhold.

I de rettslige faktabegrepene kan det skilles mellom begreper som benyttes til å gi en ekstern beskrivelse av rettslige forhold, og begreper som selv inngår som en intern del av rettsreglene.[7] Poenget med et slikt skille er at begrepenes funksjon vis-à-vis retten kaster lys over hvilke begrepskriterier som må vurderes når begrepenes innhold skal fastsettes.

Det allmenne faktabegrepet omhandler sikre, eller tilnærmet sikre, opplevelser av hvordan verden er.[8] Sentralt for fremstillingen er påvisning av de tre størrelsene ytre, indre og institusjonelle fenomener, herunder hvordan disse passer inn i dette verdensbildet.

Siktemålet med redegjørelsen er altså ikke å være filosofisk nyskapende, men å tydeliggjøre ulike ontologiske og epistemiske forutsetninger som ligger til grunn

7 Eng (2007) s. 519–551.

8 Se for eksempel Moore (2010) s. 134 og Mackie (1990) s. 38–42.

for de rettslige faktabegrepene. Det er nødvendig å klargjøre forutsetningene for disse faktabegrepene, slik at innholdet av disse kan fastsettes så presist som mulig. Begrepsinnholdet klargjøres med bruk av filosofisk analyse hvor det ikke ses hen til én bestemt metode, men tas i bruk alle strategier som, på en eller annen måte, kaster lys over det begrepet eller fenomenet man står overfor.

Denne delen av boken er utpreget beskrivende i den forstand at det redegjøres for bruk og begrunnelser for ulike begreper i større grad enn at det på selvstendig grunnlag argumenteres for bestemte begreper. For den som har kjennskap til vitenskapsfilosofi og språkfilosofi, vil nok mye fremstå som trivielt. Samtidig har fremstillingen av det allmenne faktabegrepet en viss selvstendighet i det at den knytter kjente størrelser til et begrep om fakta, herunder klargjør innholdet i begrepet slik det inngår i dikotomien fakta/verdi.

Det rettslig funksjonelle faktabegrepet omhandler og beskriver hva det å anvende rett går ut på, sett utenfra rettssystemet. Begrepet inngår i det funksjonelle skillet fakta/juss, som betegner at rettsanvendelse har en strukturell parallell i syllogismen, i det at rettsregelen utgjør oversetningen og fakta undersetningen. Begrepskriteriene følger her av beskrivelser av rettsanvendelse slik disse er kommet til uttrykk i rettslige tekster, især rettslig teori.

Det rettslig metodiske faktabegrepet omhandler hvordan dommere går frem eller bør gå frem når de fastsetter de fenomenene rettsregler knytter rettsvirkninger til. Begrepskriteriene følger dels av rettsreglene og dels av utenrettslige forhold. Denne dobbeltheten henger sammen med at det er rettslig regulert hvordan man skal gå frem ved rettslig faktafastsettelse, samtidig som denne reguleringen langt på vei forutsetter at det skal benyttes allmenne metoder.

Begrepets innhold klargjøres ut fra det metodiske skillet fakta/juss som angir at det i alminnelighet benyttes en annen fremgangsmåte når man skal fastsette rettsreglers innhold, enn ved fastsettelse av fenomenene reglene etterspør. Det nærmere innholdet i den rettslig faktiske metoden belyses med utgangspunkt i bevisteoretiske tekster, herunder litteratur fra andre land og rettskulturer. Ettersom det rettslig metodiske faktabegrepet langt på vei forutsettes overensstemmende med det allmenne faktabegrepet, trekkes det dessuten i stor grad veksler på fremstillingen i kapittel 2 når innholdet klargjøres.

Det rettslig formelle faktabegrepet er en samlebetegnelse på ulike krav som må oppfylles før faktapåstander kan legges til grunn som rettslig funksjonelle fakta. Kravene følger av prosessuelle regler hvis innhold fastslås med bruk av juridisk

metode. Den juridiske metodebruken i denne delen av fremstillingen vil i noen grad preges av at formålet mer er å klargjøre grunnlaget for slike regler og hvordan de må tilpasses karakteristika ved de fenomenene påstandene omhandler, enn å klargjøre enkeltreglers presise innhold i tråd med tradisjonell rettsdogmatikk. Det nærmere innholdet i den rettslige metoden som benyttes i boken, vil fremgå av drøftelsene.

Det rettslig materielle faktabegrepet omhandler rettsregler med betingelsesledd som knytter rettsvirkninger til hvorvidt fenomener er å anse som faktiske eller ikke. Ettersom slike begreper inngår i rettsregler, vil det nærmere innholdet i disse måtte fastsettes med bruk av juridisk metode. Metodebruken skiller seg, i likhet med metodebruken knyttet til det rettslig formelle faktabegrepet, i noen grad fra tradisjonelle dogmatiske fremstillinger. Redegjørelsen for de enkelte reglene begrepene inngår i, er mer begrenset enn det som er vanlig ettersom siktemålet ikke er å klargjøre rettsreglenes innhold som sådant, men innholdet i faktabegrepene som inngår i reglene. På den andre siden er klargjøringen av de rettslige faktabegrepenes innhold mer omfattende, blant annet fordi grunnforutsetningene for bruken av begrepene tematiseres i større grad enn det som er vanlig i juridiske fremstillinger.

1.2.3 Metodiske utfordringer

Det er knyttet ulike metodiske utfordringer dels til prosjektet som et hele, dels til redegjørelsen for de ulike faktabegrepene.

Et første forhold er knyttet til at det i klargjøringen av faktabegrepene ses hen til hva som i alminnelighet assosieres med termer, altså hva som i rettslig sammenheng forbindes med «fakta» og synonymer til «fakta». Men beskrivelser eller bruk av faktabegreper kommer ikke nødvendigvis til uttrykk gjennom bruk av termen «fakta» eller lignende termer, og omvendt forkommer det at termen «fakta» benyttes som henvisning til andre meningsstørrelser enn de faktabegrepene som behandles i boken. Disse to forholdene bidrar til å skape usikkerhet knyttet til hva slags begrep man står overfor.

Denne usikkerheten søkes motvirket gjennom et særlig og stadig fokus på grunnleggende forutsetninger for tekstene og fokus på egne tolkningsforutsetninger. Når forutsetningene for meningsfastsettelse er på det rene, lar det seg også avklare hva slags fenomen det er tale om. Et sentralt poeng i denne sammenhengen er at beskri-

velsen av disse fenomenene, i den virkeligheten de inngår, forutsetter et «språkspill» i form av definisjoner og begrepspresiseringer. Og motsatt, at begrepspresiseringer bygger på forutsetninger om hvordan denne virkeligheten er.[9]

Det er imidlertid også utfordringer knyttet til å bygge på bestemte tolkningsforutsetninger, og i sær til det å bruke polarisering av språklige størrelser som virkemiddel for å klargjøre meningsinnhold. Det henger sammen med at det ikke er sikkert at dikotomiene fanger alle sider ved det «språkspillet» som ligger til grunn for tolkningsforutsetningene. Ved å analysere faktabegrepene ut fra dikotomier risikerer man derfor at virkeligheten fortegnes som følge av at man søker å innpasse alt i todelingene.

For å motvirke at strukturelle trekk, og da især dikotomiene, legger for store føringer på fremstillingen, drøftes det hvorvidt dikotomiene de enkelte faktabegrepene inngår i er holdbare. Det tas da utgangspunkt i påstander som går ut på at dikotomiene ikke er holdbare, som for eksempel at det ikke er forskjell på fakta og verdier[10] og at det finnes «et grenseland der faktum og jus flyter sammen»,[11] og søkes klargjort hvordan slike påstander bør forstås og om de er holdbare. Disse drøftelsene bidrar i seg selv til en ytterligere klargjøring av forutsetningene for og grensene til de ulike faktabegrepene.

En tredje utfordring som det er grunn til å fremheve, er at enkelte av faktabegrepenes innhold er søkt klargjort med bruk av kilder som bygger på metodebruk som skiller seg fra den juridiske. Dette gjelder i særlig grad for fremstillingen av det allmenne faktabegrepet, men også i noen grad det rettslig metodiske faktabegrepet som bygger på dette. Det innebærer en risiko for at avgjørende tolkningsforutsetninger, sentrale posisjoner og grunnleggende kilder overses eller ikke forstås fullt ut. Problemene knyttet til det allmenne faktabegrepet avdempes av at fremstillingen i det vesentligste er refererende. Samtidig er det et allment, herunder utbredt, faktabegrep som søkes klarlagt, noe som innebærer at det i mindre grad er behov for å knytte an til spesifikke fagtradisjoner for fastsettelsen av hensiktsmessige forståelser og begrepsdannelser.

---

9 Bergo (2002) s. 926.

10 Rorty (1980) s. 723–724.

11 Se Aarbakke (1966) s. 518. Se for eksempel også Warner (2005) s. 102, Allen og Pardo (2003a) og Wróblewski (1983) s. 104.

Av samme grunner er det hensiktsmessig å benytte litteratur fra andre land, rettskulturer og fagområder for å belyse det rettslig metodiske faktabegrepet. Det henger sammen med at metodebruken ved faktafastsettelse langt på vei er sammenfallende på tvers av ulike områder. Det er derfor grunn til å oppsøke de tradisjoner og kilder hvor spørsmålene er grundigst tematisert, og i bevisteoretiske tekster er det også vanlig å bygge på utenlandsk litteratur og andre fagtradisjoner.[12] Når det gjelder temaer hvor det er grunn til å stille spørsmål om overføringsverdien, er de i mindre grad sett hen til, eller så er problemstillingen adressert.

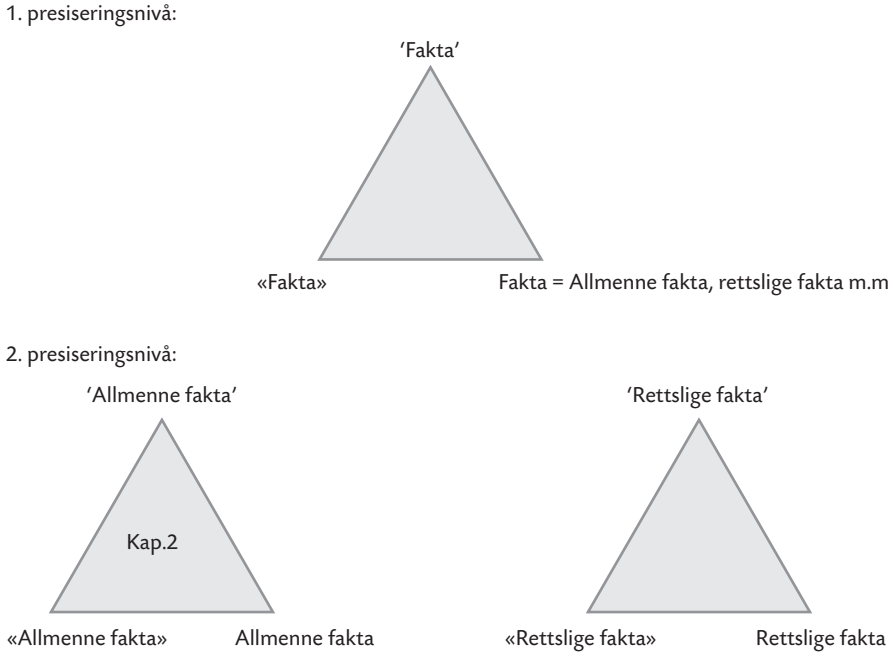
1.2.4 Strukturelle forhold

De enkelte faktabegrepene boken omhandler er ulike, men er samtidig knyttet til hverandre på ulike måter. Dette reflekteres blant annet i dikotomien fakta/juss, som peker mot at et allment trekk ved de rettslige faktabegrepene er at det lar seg kontrastere mot juss. Samtidig er dikotomien flertydig fordi ulike faktabegreper faller inn under den.[13] Bruken av faktabegrepene har dessuten referanse til ulike presiseringsnivåer, slik at begrepene står i et over- og underordningsforhold til hverandre. Hvilke nærmere forbindelser det er mellom begrepene, fremgår i bokens hoveddeler. I det følgende fremheves enkelte generelle trekk ved disse.

12 Se for eksempel Strandberg (2012) og Høyland (2003) s. 22.

13 Ho (2008) s. 2 og Bolding (1951) s. 33–34.

En første og grunnleggende begrepstilknytning er mellom det allmenne faktabegrepet og det rettslige faktabegrepet, som begge kan forstås som presiseringer av et mer overordnet faktabegrep. Tilknytningen henger sammen med at rettslige fakta virker i en allmenn virkelighet, og at rettssystemets legitimitet er avhengig av at rettslige fakta lar seg innpasse i denne virkeligheten. Derfor er det nødvendig med en rettslig begrepsbruk som kommuniserer med borgerne og eventuelle relevante fagmiljøer.[14] Forholdet mellom det allmenne og de rettslige faktabegrepene kan fremstilles slik med bruk av tegntrekanten som det ble redegjort for i punkt 1.2.1:

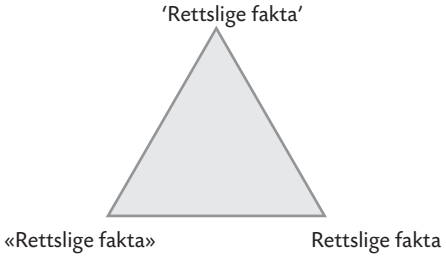


14 Se for eksempel Høgberg (2012a) s. 224, Strandbakken (2003) s. 239, Mathiesen (2003) s. 113 og Waaben (1973) s. 82.

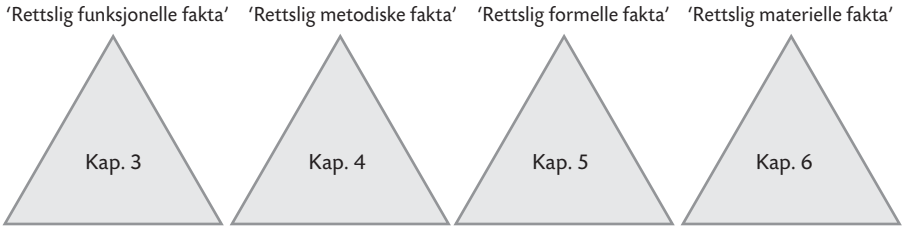
Poenget med illustrasjonen er å få frem at allmenne fakta og rettslige fakta har visse felles egenskaper som knytter dem til et overordnet begrep om fakta. Tilknytningen mellom det allmenne begrepet om fakta og de rettslige faktabegrepene kommer til uttrykk ved at det videre i boken i utstrakt grad trekkes veksler på det allmenne begrepet når det redegjøres for de rettslige faktabegrepene.

Slik som det allmenne faktabegrepet og det rettslige faktabegrepet er presiseringer av et overordnet faktabegrep, kan også disse begrepene presiseres ytterligere. Den nærmere presiseringen av det allmenne faktabegrepet fremgår i punkt 2.1. Når det gjelder det rettslige faktabegrepet kan presiseringen av dette fremstilles slik med bruk av tegntrekanten:

2. presiseringsnivå:

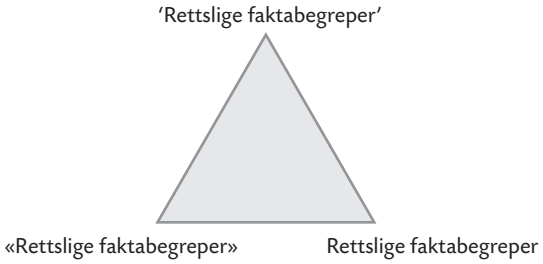


3. presiseringsnivå:



Hvilke fenomener som faller inn under de enkelte rettslige faktabegrepene, altså hva som hører til trekantenes høyre hjørne, er tema for bokens ulike hoveddeler. Det vil i disse fremgå at størrelsene har en rekke fellestrekk, og at de bygger på hverandre og forutsetter hverandre. De nærmere sammenhengene det er mellom begrepene og hvordan de ulike begrepene bygger på hverandre, tas opp igjen i bokens avsluttende kapittel 10.

Det er et siste strukturelt forhold det er grunn til å fremheve. Tegntrekanten kommer til anvendelse også der fenomenene uttrykkene refererer til, altså det som hører til trekantens høyre hjørne, er språklige størrelser.[15] Det fremgår i punktene 1.2.1 og 1.2.2 at kildematerialet, slik tilfellet ofte er i juridiske bøker, er tekster. Den mest realistiske forståelsen av bokens prosjekt er derfor å forstå begrepsstørrelsene som boken er delt inn etter slik at de faller inn under et begrep om rettslige faktabegreper. Derfor er også bokens tittel rettslige faktabegreper, og ikke rettslige fakta. Med bruk av tegntrekanten kan det illustreres slik:



15 Sundby (1978) s. 72–73.

1.3 Hvorfor tematisere rettslige faktabegreper?

Alminnelig rettsteori kjennetegnes ved at den tematiserer rettsspørsmål med fokus på rettsregler som normer.[16] De faktiske fenomenene normene omhandler, er det liten tradisjon for å tematisere. Denne ensidigheten er forklart på ulike måter. Noen forklarer det med at rettslig faktafastsettelse er mye vanskeligere å rasjonalisere enn bedømmelser som ligger til grunn for rettsregler.[17] Andre mener at rettslig faktafastsettelse «… drops out as an uninteresting or unchallenging or irrelevant part of the process».[18]

Det finnes riktignok en rik bevisteoretisk litteratur som tematiserer betingelsene for rettslig faktafastsettelse. Disse teoriene omhandler imidlertid i det vesentlige bevisbedømmelse og krav til bevis, og i mindre grad den generelle betydningen av faktabegreper i jussen, herunder samspillet mellom juss og fakta.[19]

Skal betingelsene for rettsanvendelse beskrives fullt ut, må også virkeligheten rettsreglene virker i, og fenomenene det knyttes rettsvirkninger til, tematiseres: «Constructing the facts and constructing the law are not separate enterprises, but are mutually implicated in the same project.»[20] Boken gir således et bidrag til en helhetlig forståelse av rettsanvendelsen, gjennom en behandling av ulike rettslige faktabegreper og samspillet mellom dem.

16 Se blant andre Helset (1986) s. 280 og Aarbakke (1966) s. 516.
17 Bergo (2000) s. 894.
18 Scheppele (1990) s. 44.
19 Se imidlertid Bergo (2000) s. 893 flg., Twining (1997) og Lindell (1987).
20 Scheppele (1990) s. 60. Se også Damaska (1997a) s. 27.

2

Det allmenne faktabegrepet

2.1 Tema, avgrensning og opplegg

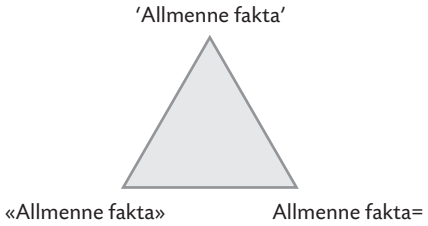
I det følgende er siktemålet å klargjøre hva som i alminnelighet forstås med fakta. Fremstillingens videre siktemål er gjennom klargjøringen å påvise ulike grunnleggende forutsetninger for de rettslige faktabegrepene som er knyttet til den nære forbindelsen det er mellom det allmenne faktabegrepet og rettslige faktabegreper.

For å klargjøre innholdet i det allmenne faktabegrepet tas det utgangspunkt i en dikotomi som begrepet inngår i, og som er grunnleggende for vår forståelse av verden. En rotfestet forventning i vår kultur er nemlig at meningsytrere forholder seg til det «… fundamentale skillet mellom fakta og vurderinger – det som 'er' bestemmer ikke hva som 'bør' være».[21] Dette skillet er, som det vil fremgå i punkt 2.2.3, knyttet til skillet mellom fakta og verdier og har lang tradisjon i filosofi og vitenskap. Som det vil fremgå senere, ligger det også til grunn for det rettslige skillet fakta/juss.

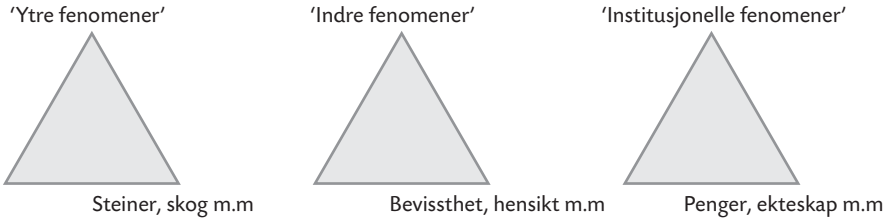
Gjennomgangen vil vise at det særlig er tre fenomenkategorier som, på tvers av skillet fakta/verdi, knyttes til det allmenne faktabegrepet. Disse kan man i forlengelsen av fremstillingen i punkt 1.2.4 fremstille med bruk av tegntrekanten slik:

21 Åmås (2010).

1. presiseringsnivå:



2. presiseringsnivå:



Temaet er ikke beskjedent av størrelse. Hva fakta er og betyr, drøftes innenfor de fleste fagfelt. Det er derfor nødvendig med avgrensninger. Én strategi som er benyttet for å begrense omfanget, er at hovedfokus er rettet mot ulike ontologiske og epistemologiske forhold med relevans for forståelsen av hva fakta er, og i mindre grad av hvem og i hvilken sammenheng forholdene er tematisert. Av den grunn vil også termbruken kunne avvike i noen grad fra den som er vanlig på ulike fagfelter, herunder i filosofisk og idéhistorisk kanon.

En annen avgrensning er at redegjørelsen er begrenset til de sidene ved det allmenne faktabegrepet som har betydning for, og som det trekkes veksler på, for forståelsen av de rettslige faktabegrepene. Av den grunn avgrenses det mot en rekke grunnlagsspørsmål, herunder om ulike sider ved det allmenne faktabegrepet rammes av sistebegrunnelsesproblematikk som tilfeldig avbrytelse, uendelige regresser eller sirkelargumentasjon.

I språkfilosofien betegner det såkalte analyseparadokset at det ikke er mulig for filosofiske analyser å være informative og korrekte på samme tid. Dette fordi en konklusjon som har samme mening som begrepet som undersøkes, er korrekt, men den sier ikke noe man ikke allerede vet. Har konklusjonen en annen mening enn begrepet som undersøkes, så kan den være informativ, men den kan ikke være korrekt. I det følgende er siktemålet mer å gi en korrekt enn en informativ fremstilling.