

Henrik Zahle

OM DET JURIDISKE BEVIS



**Juristforbundets Forlag
København
1976**

OM DET JURIDISKE BEVIS
udgivet af Juristforbundets Forlag
©Henrik Zahle
Tryk: JJ Trykteknik A/S, København
Omslag: Ib Jørgensen
Bogbinderarbejdet er udført af
H. Breum & Co.
ISBN 87-574-2541-8

Denne afhandling er af det juridiske fagråd ved Københavns Universitet antaget til offentligt at forsvares for den juridiske doktorgrad.
København, den 7. september 1976.

Bent Christensen
fagrådets formand

	side
I. <u>Introduktion</u>	1
1. Orientering	1
2. Enkelte bevisproblemer	3
3. Problemstilling og oversigt	10
II. <u>Bevis og regel</u>	15
1. Faktum - jus	15
2. Tematisering	29
3. Legislativ informationsvurdering	47
4. Materiel ret og bevisret	63
III. <u>Nogle ældre bevisreguleringer</u>	69
1. Afgrænsning	69
2. Duel	70
3. Gudsdom	74
4. Jury	76
5. Den legale bevisteori	80
6. Nogle synspunkter i dansk retshistorie	86
IV. <u>Den bevisteoretiske tradition</u>	94
1. Om bevisteoriens grundstruktur	94
2. Den legale bevisteori før Ørsted	96
3. Ørsted om den juridiske vished	108
4. Mellemperiode: Den legale teori under opløsning	120
5. Den frie bevisbedømmelses teori	127

	side
V. <u>Bevisvurdering som sandsynlighedsvurdering</u>	136
Sandsynlighedsteori 1	
1. Sandsynlighed i juraen	136
2. Sandsynlighedsbegrebet	138
2.1. Oversigt over nogle opfattelser	138
2.2. Til det bevisretlige sandsynligheds- begreb	149
3. Træk af sandsynligheds- og beslutnings- teori	159
3.1. Orientering	159
3.2. Tema for sandsynlighedsvurdering	162
3.3. Addition og multiplikation	168
3.4. Bayes' teorem	172
3.5. Binomialformlen	178
3.6. Hypoteseprøvning og signifikans	186
3.7. Beslutningsteori	192
3.8. Spilteori	201
VI. <u>Den svensk-norske sandsynlighedsteori</u>	209
Sandsynlighedsteori 2	
1. Baggrunden for den juridiske sandsynlig- hedsteori	209
2. Tema: Retsfaktum	217
3. Bevisvurdering som sandsynlighedsvurdering	230
3.1. Fælles grundbegreber	230
3.2. De to sandsynlighedsteorier	238
3.3. Karakteristik	245
4. Bevisregler som sandsynlighedsregler	248
4.1. Introduktion	248
4.2. Omtolkning af bevisbyrdereregler	251
4.3. Falsk contra ægte bevisbyrde	258
4.4. Om juridisk vished og uvished	266
4.5. Ekelöfs "nye linie"	271
5. Erfaringer og præsumtioner	274
5.1. Erfaringer og bevisbyrde	274
5.2. Præsumptionsregler om faktum er over- flødige	280
5.3. Retlige præsumtioner er bevisbyrde- regler	282
5.4. Præsumtioner uden modbevis	289
6. Argumentation om bevisbyrdereregler. Over- vægtsprincippet	292
6.1. Den rene empiri	292
6.2. Bevisvurdering og bevismulighed	298
6.3. Bevisbyrde og bevismanifestation	304
7. Bevisbyrde i forhold til retsfakta og bevisfakta	309
8. Den juridiske sandsynlighedsteoris metode	318

	side
VII. <u>Bevisværdi eller sandsynlighed for faktum</u>	324
Sandsynlighedsteori 3	
1. Overgang	324
2. Om bevisværdi	325
2.1. Schreiber om bevisværdi	325
2.2. Teorien om indiciemekanisme	330
2.3. Kritik af bevisværdibegrebet	345
3. Diskussion om udvikling af Bayes' teorem	351
3.1. Collins-sagen 1968	351
3.2. Bayesiansk bevisvurdering	363
3.3. Tribe's kritik	381
4. Afslutning om den juridiske sandsynlighedsteori	388
4.1. Sammenfatning	388
4.2. Kritik	396
VIII. <u>Normativ vurdering af før-processuel adfærd</u>	402
1. Det normative element - introduktion	402
2. Strukturen i den normative adfærds-vurdering	406
3. Partsadfærden som genstand for den normative vurdering	427
4. Den normative vurdering, culpa og retsstridighed	435
5. Tybjergs bevisbyrdeteori	445
6. Diskussion	463
6.1. Olivecrona og dennes kritik af Tybjerg	463
6.2. Den svenske sandsynlighedsteori	481
7. Legitimation og optimering	485
IX. <u>Typer af bevisregler</u>	492
1. Diskussion af bevisbegreber	492
2. Nogle typer af bevisregler	505
3. Standardbevis	508
3.1. Lægeerklæring	512
3.2. Tilståelse i mindre straffesager	522
3.3. Standardbevis med surrogatbevis: Konfiskation	524
3.4. Selvangivelsen	528
4. Autoritativt bevis	533
4.1. Sagkyndigt bevis	533
4.2. Eksempler	539
4.3. Retskraft	544
4.4. Den dublerede bevisprøvelse: Judiciel bedømmelse af forvaltningsakter	548
4.5. Den dublerede bevisprøvelse: Anklagemyndighedens beslutning om tiltale	557
5. Afslutning	562

	side
X. <u>Beviset og den processuelle struktur</u>	564
1. Orientering	564
2. Bevisførelse, bevisbyrde og oplysnings- pligt	566
3. Den advokatoriske taktik og bevisførelsen	612
3.1. Ret og taktik	612
3.2. Advokattaktik	617
3.3. Parternes ensidighed og dommerens objektive bedømmelse	633
4. Den juridiske sandsynlighedsteori og partsautonomi	641
5. Tendenser mod objektivering	648
5.1. Objektivering	648
5.2. Kriminalproces	649
5.3. Forvaltningsmyndighed som part	658
6. Administrativ undersøgelsespligt	663
6.1. Bevisbyrde og privat oplysningspligt	664
6.2. Bevisbyrde og forvaltningens under- søgelsespligt	669
6.3. Undersøgelsespligt - sandsynligheds- teori	677
7. Judiciel undersøgelsespligt og judicielle konneksitetskriterier	685
XI. <u>Enkelte bevisemner</u>	694
1. Forstraf som bevisdatum for skyld	695
2. Faderskab	736
XII. <u>Afslutning</u> (som kan læses først)	767
<u>Bibliografi</u>	779
<u>Summary</u>	791
<u>Emneregister</u>	794

Kapitel I

Introduktion

1. Orientering

Dette er en bog om det juridiske bevis.

Beviset er knyttet til den judicielle proces. Dette gælder det aktuelle bevis, d.v.s. den aktivitet, som parterne udfolder under en proces, og som har eller kan have afgørende betydning for processens udfald. Og det gælder de handlinger, som foretages forud for en eventuel proces, som består i, at et bevis "sikres", d.v.s. der etableres en tilstand, som senere kan reproducere i den judicielle proces, og som derved kan være bestemmende for udfaldet af denne proces.

At beviset betegnes juridisk er en overflødighed - for jurister. Herved udelukkes blot de formale beviser, som findes indenfor teoretiske discipliner som logik og matematik. Ved at juristen har overtaget matematikerens betegnelse, har den juridiske afgørelse tilranet sig lidt af den tilsyneladende sikkerhed, hvormed den matematiske formale slutning hævdes.

Det juridiske bevis har relation til oplysningen af retssager. Oplysning af retssager kan først ses fra et alment eller statsligt synspunkt: Loven såvel som andre generelle normer skal anvendes. Den konkrete anvendelse implicerer en diskrimination, nemlig en adskillelse mellem de tilfælde, der henholdsvis "omfattes af" og "ikke omfattes af" den pågældende lovbestemmelse. At tyveri er strafbart, indebærer, at der skal diskriminere mellem personer, som antages at have begået tyveri, og personer, der antages ikke at have begået tyveri, o.s.v. Denne anvendelse af den generelle lov kan ikke ske umiddelbart, men kræver en formidling, nemlig en judicial (eller administrativ) myndighed, der bringer den generelle norm i kontakt med de konkrete sager, som forelægges til afgørelse. Det juri-

diske bevis indgår i denne formidlingsproces: Det forudsætter en bestemt normativ (materiel) regulering, det formidler en erkendelse af den konkrete virkelighed, som er relevant for anvendelsen af den pågældende lov, og denne erkendelse indgår som grundlag for en konkret, praktisk beslutning, nemlig den judicielle doms konklusion.

Det juridiske bevis er ikke blot relevant for den konkrete anvendelse af generelle normer, som finder sted ved domstolene, men er tillige relevant i forhold til administrative myndigheder: Også for administrative myndigheder opstår spørgsmål om tilvejebringelse af sådanne bevisdata, som gør en diskriminerende lovanvendelse mulig i forhold til konkrete situationer. I denne afhandling behandles dog primært det judicielle bevis, mens det administrative bevis kun inddrages i sådanne specielle sammenhænge, hvor særlige forskelle eller ligheder mellem det judicielle og administrative bevis er særligt illustrerende for forståelsen af det judicielle bevis.

Oplysningen af retssager kan anskues fra dommerens synspunkt: Efter den række af begivenheder som tilsammen konstituerer en proces, nemlig fremsættelse af påstande og anbringender, bevisførelse, parternes (advokaters) argumentation, skal sagsbehandlingen afsluttes med, at dommeren træffer en afgørelse. Denne afgørelse må bero på en bestemt opfattelse af det faktiske forhold, som skal lægges til grund for afgørelsen. Dommen må således afspejle en punktvis erkendelse af virkeligheden, nemlig et indblik i det sæt af begivenheder, som kan legitimere den pågældende juridiske afgørelse.

Endelig kan beviset betragtes fra parternes synspunkt: Også for parterne gælder det, at den generelle norm ikke umiddelbart sætter sig igennem i deres indbyrdes forhold. Selvom retssystemet indeholder et sæt af materielle regler for parternes indbyrdes retlige stilling, er denne regulerings konkrete indhold ikke uden videre givet, men sætter sig først igennem som et statsligt anerkendt retsforhold, når de pågældende faktiske forhold er oplyst og bedømt judicielt. For en forståelse af parternes retsstil-

ling må reguleringen af beviset - såvel som af den øvrige processuelle aktivitet - integreres med erkendelsen af den materielretlige regulering.

I denne afhandling vil disse forskellige synspunkter på det juridiske bevis blive uddybet. Analysen af det juridiske bevis er ikke begrænset til bevisproblemer indenfor specielle, materielt definerede emner, eksempelvis den bevisretlige regulering med hensyn til culpa, bevisbyrden i straffesager, eller lign. Under hensyn til at en forståelse af reguleringen af sådanne specifikke retsområders bevisret måtte forudsætte en mere almen analyse af bevisrettens problemer, har jeg undladt at foretage en sådan afgrænsning, men har i stedet koncentreret mig om en analyse af de forskellige principielle opfattelser af den bevisretlige regulering, som har gjort sig gældende, specielt i nyere bevisteoretisk litteratur.

Det judicielle bevisbegreb er mangetydigt. Dette er ikke blot et uheldigt tilfælde, men må sættes i forbindelse med den kompleksitet, som er knyttet til hele problemstillingen omkring den judicielle erkendelse af virkeligheden på grundlag af bevisdata. Jeg vil derfor begynde med at opløse den mere generelle emnebeskrivelse i en række delproblemer, som kan være egnet til at belyse forskellige sider af det samlede emne, og som derefter kan sammenfattes i en enkelt problemstilling.

2. Enkelte bevisproblemer

Jeg går herefter over til at opregne en række af de problemer, som vil blive taget op i det følgende. Det er ikke hensigten at give den definitive formulering af problemstillingerne, og rækkefølgen afspejler ikke fremstillingens rækkefølge. Den samlede problemstilling og dispositionen for fremstillingen anføres i det følgende afsnit.

(1) Materiel regel og processuel regel

Endnu efter at den naturretlige fundering af antagelsen af

et idealt materielt retssystem er forsvundet, opretholdes den forestilling, at man kan skelne mellem de materielle regler om betingelserne for at rettigheder består, og de processuelle regler om disse rettigheders gennemførelse ¹⁾. Et kriterium for en regels tilhør i den ene eller anden af disse to grupper, er, om reglen i lige grad retter sig til "medborgerne" og domstolene, eller primært - som de processuelle regler - til domstolene ²⁾.

Denne opdeling kræver ikke nogen rationel begrundelse ud fra en analyse af, hvorvidt den positive ret indeholder forskelle mellem materielle og processuelle regler. Den følger simpelthen af den betydning, som det naturretlige udgangspunkt har haft for struktureringen af retssystemet.

Hvordan placeres bevisretten i denne sammenhæng? Ofte vil svaret her være, at bevisretten tilhører den materielle ret for så vidt angår de specifikke bevisretlige regler, specielt bevisbyrde regler, som knytter sig til bestemte materielle regler, mens bevisrettens almene emner behandles i procesretten. Et problem er det imidlertid, hvad der i så fald begrunder denne adskillelse - kan der ikke fra den øvrige specifikke materielle ret hentes almene træk frem, som så kunne henføres til procesretten med samme begrundelse? Hvis man ved afgørelsen af, om en regel er materiel eller processuel, lægger vægt på dens adressering, bliver det spørgsmålet i hvilket omfang bevisretlige regler kan opfattes som adresseret - direkte eller indirekte - til såvel parter som domstole. En belysning af dette spørgsmål leder dybt ind i det komplicerede forhold mellem parternes aktivitet styret af bevisreglerne - og domstolenes bedømmelse af sagens faktum - styret af bevisreglerne.

1) Eksempelvis Hurwitz & Gomard 1965, s. 12

2) Sml. Ekelöf I, 1974, s. 27

Samtidig med, at den materielle regel definerer den enkeltes retlige stilling, udgør den en ramme for det bevismæssige problem. Den materielle ramme sætter det emne, som underkastes en bedømmelse, en bedømmelse som altså påvirkes af "beviset". Vi kan sige, at den bevisretlige problemstilling forudsætter et materielt tema. Et bevisproblem kan ikke opstå uden en materiel ramme. Undertiden er denne ramme entydigt angivet, undertiden er rammen af en vanskeligere bestemmelig karakter. Disse forhold har betydning også for selve bevisførelsen og for vurderingen af beviset.

Beviset og det materielle tema indgår i et kompliceret vekselvirkningsforhold. Det er nok rigtigt, at det materielle tema er en forudsætning for beviset. Men beviset kan påvirke det materielle tema: Udviklingen af bestemte bevistyper kan indebære en forandring af den karakter, som det pågældende materielle tema har. Det materielle tema er således en logisk forudsætning, men ikke en socialt upåvirkelig forudsætning, i forhold til bevisdatum.

Ikke alene kan beviset påvirke den materielle regel. For at den materielle regel skal kunne virke som et socialt virksomt normativt mønster må det forudsættes, at der kan fremføres bevisdata, som er relevante i forhold til vedkommende materielle regel. Uden bevis, d.v.s. uden mulighed for konkret erkendelse, vil den materielle regel forsvinde ud af det virksomme retssystem. I og med at dommeren vælger mellem at "antage faktum" eller "forkaste faktum" praktiserer dommeren den materielle regel. Den materielle regel praktiseres altså gennem denne diskrimination, der forudsætter, at der kan foreligge bevissituationer, der i deres forskellighed muliggør en sådan diskrimination.

(2) Materiel ret og bevisregulering

Beviset konfronteres ikke uformidlet med den materielretlige regulering. Når der skal tages stilling til, hvorvidt en levering har været forsinket, sammenholdes dette materielle tema ikke uden videre med de foreliggende bevis-

data. Der indskyder sig mellem den materielle regulering og sagens bevisdata en bevismæssig regulering, navnlig regler om bevisbyrde og bevisbedømmelse. Hvordan er forholdet mellem denne bevismæssige regulering og den materielle regel? Dette er for det første et konstruktivt spørgsmål om den teoretiske strukturering af disse regelsæt: Beror den konkrete anvendelse af en materiel regel på en logisk slutning, hvori regel og faktum indgår som præmisser? For det andet kan forholdet mellem de to regelsæt opfattes retspolitisk eller formålsorienteret, nemlig som et spørgsmål hvorvidt den bevismæssige regulering entydigt er bestemt i sit indhold af den materielretlige regulerings formål.

Dommeren dømmer. Dommerens bedømmelse falder indenfor lovens grænser. Der findes regler, som regulerer hvilke antagelser dommeren skal gøre sig med hensyn til virkeligheden. Er sådanne regler indgreb i den judicielle erkendelse? Eller er de et nødvendigt element i den offentlige beslutningsproces? Disse problemer belyses gennem den retlige regulering, som fandtes under den legale bevisteori, såvel som i en analyse af nyere opfattelser af lovens bevisreguleringer.

(3) Bevis og erkendelse

Det karakteristiske for den bevisretlige regulering såvel som beviset i henhold til denne er, at det under en eller anden form medvirker ved etableringen af en erkendelse af virkeligheden. Dommeren gør sig en antagelse med hensyn til virkeligheden, og denne antagelse bestemmes af de bevisdata, som fremføres under den pågældende proces. At beviserne er bestemmende, skal forstås således, at dommerens antagelse er afhængig af eller en funktion af beviserne. Det nærmere forhold mellem beviserne og erkendelsen er mere kompliceret.

Beviset indgår imidlertid ikke blot i en teoretisk erkendelse. Den judicielle erkendelse er praktisk efter sit formål: Domstolens bedømmelse af sagens faktiske sammenhæng

indgår ikke i en almindelig neutral opklaringsproces, men er grundlaget for praktiske beslutninger - beslutninger om fængsling, om betaling af penge, om flytning fra bolig, o.s.v.

Hvilken betydning har disse praktiske konsekvenser for opfattelsen af forholdet mellem bevisdata og den judicielle antagelse vedrørende faktum?

Den judicielle antagelse vedrørende faktum kan sammenstilles med andre praktiske beslutninger i menneskelige handlingssituationer. Den besluttende gør sig et eller andet sagsforhold klart og foretager herefter en bestemt handling, som antages at være adækvat. Med dette udgangspunkt inkorporeres den judicielle beslutning som et specielt tilfælde i den almene beslutningsteori.

Den bevisretlige regulering er en regulering af domstolernes erkendende virksomhed. Ligesom det er gennem sagens bevisdata at dommeren afgør, hvorvidt A har begået et manddrab, eller hvorvidt B og C har indgået en aftale, således er det i den retlige regulering af denne erkendelsesproces, at "den judicielle erkendelsesteori" udtrykkes. Gennem en analyse af bevisretten vil man derfor kunne nå frem til en forståelse af centrale træk i den judicielle erkendelsesvirksomhed. Det skal derfor undersøges, om disse træk er almene og uforanderlige eller tværtom fremstår i en historisk variabilitet, som må forstås i forbindelse med det materielretlige system og med de sociale, økonomiske og politiske vilkår.

(4) Den juridiske sandsynlighedsteori

Den judicielle beslutning vedrørende faktum sammenstilles med andre beslutninger. Den judicielle bedømmelse af faktum sammenlignes da med tilsvarende beslutninger i den offentlige administration, i militær og i privat virksomhed vedrørende forhold, som er relevante for den pågældende instans' indgriben eller ikke-indgriben. Denne systematiske betragtning af den judicielle beslutning kræver anvendelse af matematiske/statistiske metoder. Bedømmel-

sen af, hvilket faktum der skal lægges til grund, og bevisernes betydning herfor opfattes som en "videnskabelig" erkendelse af, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum, og hvorvidt den konstaterede sandsynlighedsgrad svarer til den sandsynlighed, som den pågældende bevisregel kræver med hensyn til antagelsen af det pågældende faktum. Teorier om en sådan opfattelse af bevisretten er gjort gældende navnlig i USA og i svensk-norsk bevisteori.

En opgave er først at introducere disse teorier. De er ikke gjort gældende for dansk rets vedkommende i nogen almen eller systematisk form, omend der findes enkelte tilløb til en anvendelse af dette teoretiske udgangspunkt. En komplikation af den i sig selv komplicerede sandsynlighedsteori er det, at den efter min opfattelse kræver en indgående behandling af en del tekniske spørgsmål, for at det kan opnås, at sandsynlighedsteorien fremstår i dens bedste og mest velfunderede form.

Når den judicielle bevisvurdering opfattes som en bedømmelse af, med hvilken sandsynlighed sagens bevisdata taler for, at det relevante faktum foreligger (har foreligget), opstår flere spørgsmål: Hvordan er forholdet mellem den judicielle - objektive - sandsynlighedsvurdering og parternes bevisvirksomhed? Kan denne sandsynlighed overhovedet konstateres i praksis - eller er den en fiktion?

(5) Partsautonomi og dommerbedømmelse

Regler om bevisbyrde og bevisbedømmelse er i første række judicielle beslutningsregler, som bliver aktuelle, når sagen skal afgøres ved processens afslutning. Men procesretten indeholder også regler om, hvorledes de bevisdata, som skal indgå i den samlede bevisvurdering, tilvejebringes. Hvorledes er forholdet mellem de regler, som vedrører parternes aktivitet med hensyn til fremskaffelse af procesmaterialet og de judicielle beslutningsregler?

Er de selvstændige regelsæt ved siden af hinanden, eller er de uselvstændige i den forstand, at det ene sæt er afledt af eller ækvivalent med det andet?

Princippet om parternes autonomi er dominerende i processen, såvel civil- som kriminalprocessen. Princippet, som bl.a. indebærer parternes selvstændighed med hensyn til fremskaffelsen af bevisdata, modificeres i forskellig grad, navnlig i de regler, som stiller krav om bestemt objektivitet fra en af parternes side. Dette gælder anklagemyndigheden i straffesager såvel som en anden offentlig myndighed som er part i en civilproces, og det er en følge af advokaternes loyalitetspligt. Men dette er modifikationer i udgangspunktet. Den autonome indsats fra parternes side skal imidlertid være grundlaget for en judiciel bedømmelse af sagens sammenhæng. Dette rejser det centrale spørgsmål om forholdet mellem denne ensidige indsats fra parternes side og domstolenes neutrale bedømmelse af sagens faktum.

Partsautonomien er en beskyttelse mod tvang og indgreb. Men er samtidig grundlag for krav om partsaktivitet under processen. De krav, som stilles til parternes aktivitet under processen, kan sammenlignes med de krav, som de materielle regler stiller med henblik på parternes adfærd i almindelighed. Den materielle ret indeholder et mønster for normativ korrekt adfærd. Partens - "borgernes" - efterlevelse af disse normer er bestemmende for, hvorvidt den pågældende lever sanktionsfrit. Procesreglerne er også forbundet med sanktioner, omend af en anden type. Bl.a. kan den judicielle bedømmelse af det relevante faktum ses som en blandt flere sanktioner: Den omstændighed, at domstolene lægger det af den ene part hævdede faktum til grund, kan betragtes som en sanktion i forhold til den anden part, når den beror på en henvisning til at vedkommende part har forholdt sig passiv, eller iøvrigt ikke har levet op til de krav, som de processuelle regler om partens aktivitet stiller til ham. Hvordan er forholdet mellem en sådan sammenstilling af de materielle pligter og den processuelle regulering af parternes aktivitet? Og hvordan er forholdet til den af sandsynlighedsteorien hævdede opfattelse?

(6) Et eller flere kriterier i judiciel vurdering og legal regulering

I såvel lovens almindelige regulering af den judicielle proces som i de retningslinier, som domstolene følger, udtrykkes nogle kriterier for erkendelse, nogle vilkår for at erfaringer, åbenbaringer o.s.v. modtages som bestemmende for den statslige (judicielle) antagelse. Jeg har nævnt den juridiske sandsynlighedsteori, som bygger på empiriske kriterier. Og i den middelalderlige bevisret ytrer sig navnlig religiøse kriterier. Findes andre end disse? Og kan det antages, at der altid gælder et og kun et (konsistent) sæt af kriterier for bedømmelsen af forbindelsen (konneksiteten) mellem en sags bevisdata og det faktum, der antages?

Det er ikke kun dommeren, der dømmer over fakta, gør sig antagelser om fakta. Også andre danner sig bestemte opfattelser vedrørende retligt relevante fakta, og sådanne opfattelser udgør et væsentligt element i grundlaget for dommerens antagelse. Disse udefra kommende bidrag fra navnlig vidner og sagkyndige kan være relevante i forbindelse med de almene erkendelses- eller konneksitetskriterier. Hvilke kriterier følger de sagkyndige? Og hvordan er den judicielle bedømmelse i forhold til en udefra kommende antagelse, der ofte ikke indholdsmæssigt kan kontrolleres af dommeren?

3. Problemstilling og oversigt

(1) Den bevisretlige regulering betragtes som en retlig regulering af den judicielle erkendelsesvirksomhed. For domstolene gælder det om at nå frem til en erkendelse af den virkelighed, som er bestemmende for den materielle regels diskrimination. Den judicielle afgørelse skal være forskellig, afhængig af, om det relevante faktum antages at foreligge eller antages ikke at foreligge. Det er med henblik på denne diskrimination, at beviserne kommer ind i billedet. Den retlige regulering af den judicielle bedømmelse af virkeligheden kan betragtes som et udtryk for en "judiciel erkendelsesteori", nemlig en angivelse af

vilkårene for, at dommeren gør sig bestemte opfattelser af, hvorledes omverdenen forholder sig.

Udgangspunktet tages således i den judicielle problemstilling: Hvilket faktum skal lægges til grund. Men dette judicielle udgangspunkt må sammenholdes med, at det under hele den periode, som for dansk rets vedkommende underkastes behandling, har været sagens parter, som har været aktive ved tilvejebringelsen af de data, som er grundlaget for dommerens bedømmelse af faktum. Den judicielle beslutningssituation må derfor sammenholdes med de principper, som gælder for parternes processuelle aktivitet. De regler, som umiddelbart gælder for dommerens bedømmelse af det faktiske spørgsmål, kan ikke forstås uden, at reglerne for parternes processuelle bidrag til det judicielle grundlag integreres. Betydningen af partsautonomien ses bedst, når også træk fra de reguleringer, der ikke bygger på autonomien, inddrages.

Enhver erkendelse har en - nær eller fjern - praktisk funktion. For den judicielle erkendelses vedkommende er den praktiske funktion nær og konkret: Den judicielle antagelse eller forkastelse vedrørende et faktum er bestemmende præmis for en praktisk konklusion, nemlig en bestemmelse af parternes (den tiltaltes) retsstilling. Dette umiddelbart normerende indhold af den judicielle afgørelse må antages at påvirke den judicielle erkendelsesvirksomhed og dermed afspejle sig i den bevisretlige regulering.

Emnet for denne afhandling er de grundlæggende træk ved den bevisretlige regulering og den judicielle praksis. Indenfor dette - uoverskuelige - emne er min undersøgelse rettet mod de problemer, som er knyttet til de to træk, der fremhævedes ovenfor, nemlig den judicielle afgørelses karakter af erkendelse baseret på bevisdata, og dens samtidige praktiske karakter, der beror på dens afhængighed af parternes bevisproduktion og indflydelse på parternes retslige stilling. Denne problemstilling kan beskrives mere specifikt:

I moderne bevisretlig litteratur fremstilles en empirisk opfattelse af den judicielle proces, som jeg ovenfor har betegnet den juridiske sandsynlighedsteori. Den judicielle bedømmelse af faktum anskues ud fra en model bestemt af den videnskabelige, empiriske opfattelse af virkelighedserkendelsen. Den juridiske sandsynlighedsteori er navnlig ført frem i svensk og amerikansk bevis-teori, og for de nordiske landes vedkommende kan det formentlig hævdes, at den udgør den dominerende bevisteoretiske opfattelse. En vurdering af denne juridiske sandsynlighedsteori kan ikke blot gå ud på en snævert afgrænset teknisk bedømmelse af forskellige metoder for bevisbedømmelse, men implicerer et omfattende sæt af problematiserede emner, som tildels er nævnt ovenfor. Det gælder opfattelsen af den materielle regel som grundlag for tematiseringen af det faktiske spørgsmål, den retspolitiske argumentation omkring bevisretlig regulering, forholdet mellem den passive og neutrale dommer og de aktive og ensidige parter, udviklingen af adgang til officialvirksomhed fra domstolenes side.

Overfor den juridiske sandsynlighedsteori sættes først en rekonstruktion af de principper, som må antages at være bestemmende for den gældende bevisret, således som den har udviklet sig fra tiden omkring indførelsen af "fri bevisbedømmelse". Denne bevisteori indeholder principper for parternes adfærd før og under processen, og disse adfærdsprincipper finder udtryk i den judicielle afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund. Jeg sammenfatter denne bevisteori under betegnelsen "den normative adfærdsvurdering".

Den grundlæggende problemstilling vedrører forholdet mellem den juridiske sandsynlighedsteori og den normative adfærdsvurdering. Denne konfrontation af to for (bl.a.) gældende dansk (norsk, svensk) bevisret hævdede teorier kan ikke begrænses til en snævert afgrænset bevisret, men må tillige omfatte både de materielretlige rammer for den judicielle afgørelse og den processuelle sammenhæng, hvorunder den judicielle opfattelse af faktum dannes.

(2) Behandlingen af denne problemstilling følger følgende forløb:

Det bevisretlige problem må først afgrænses: Det angår dommerens antagelser om faktum, d.v.s. dommerens erkendelse af en bestemt virkelighedssammenhæng. Dommerens stillingtagen til juridiske spørgsmål tages ikke op. Angår den judicielle antagelse faktum, så er den dog bestemt af en regel, forsåvidt som den materielle regel definerer det tema, som dommeren skal tage stilling til. Fra den judicielle stillingtagen til det konkrete faktum må udskilles den informationsvurdering, som ligger til grund for lovgivningen, og som er af generel karakter. - Jfr. kapitel II.

Den bevisretlige problemstilling vedrører gældende bevisret. En retshistorisk baggrund er nyttig, fordi den kan vise nogle udviklingstendenser, som ikke kan erkendes i den synkroniske undersøgelse. Af undersøgelsens teoretiske karakter følger, at det i højere grad er retsdogmatikken end retspraksis, der må fremdrages. - Jfr. kapitel III og IV.

Den juridiske sandsynlighedsteori vil reformere den judicielle vurdering af faktum til en empirisk vurdering af sandsynligheden for faktum. En første betingelse for at tage stilling til denne teori er et vist kendskab til, hvad der kan forstås ved sandsynlighed, og til elementære regler for sandsynlighedsregning. - Jfr. kapitel V.

Dernæst introduceres da den svensk-norske bevisteori og dens hovedsynspunkter diskuteres. Denne diskussion må tage i betragtning, at der har udviklet sig forskellige opfattelser indenfor den svenske teori, hvor divergenserne ikke kan negligeres som uvæsentlige. - Jfr. kapitel VI.

Behandlingen af den juridiske sandsynlighedsteori afsluttes med omtale af amerikansk bevisteori om sandsynlighed og formalisering af afgørelsen om faktum. - Jfr. kapitel VII.

Under min kritik af de forskellige aspekter af den juridiske sandsynlighedsteori er flere gange henvist til ensartede synspunkter, som herefter søges sammenfattet i en bevisteori, der kan stå som udtryk for i hvert fald væsentlige dele af den gældende bevisret. Dette sker først med hensyn til den bevisretlige regulerings betydning for parternes før-processuelle forhold. I denne bevisteori indgår synspunkter, som bygger på bl.a. Tybjergs bevisteori, som har haft væsentlig betydning for dansk praksis. - Jfr. Kapitel VIII.

For at konkretisere de relativt abstrakte synspunkter indskydes en række analyser af bevisproblemer indenfor specielle områder, som er særligt egnede til at belyse den generelle problemstilling. - Jfr. kapitel IX.

Herefter behandles så bevisretten i dens forbindelse med reguleringen af den judicielle proces. De særlige, umiddelbart snævert processuelle, regler om oplysningspligt, såvel som den advokatoriske strategi's betydning for bevisførelsen inddrages, for derved at sammenholde den processuelle regulering med afhandlingens problemstilling. Denne sammenstilling uddybes ved at inddrage de processuelle regler, som går i retning af parterers pligt til objektivitet eller judicial uafhængighed af parterne. Er sådanne regler udtryk for processuelle tilnærmelser mod den juridiske sandsynlighedsteori? - Jfr. kapitel X.

Bevisret må forstås i forbindelse med materiel ret. Dette synspunkt er alment erkendt, men sjældent praktiseret. Det kan heller ikke gennemføres i denne afhandling, men et par emner underkastes en nøjere analyse, for at vise dels et tema (faderskab), dels et bevisdatum (forstraf) i sammenhæng med henholdsvis den materielretlige regulering og den politimæssige undersøgelsesmetodik. - Jfr. kapitel XI.

I afslutningen (som kan læses først) sammenfattes afhandlingens resultater og deres perspektiver. - Jfr. kapitel XII.

Kapitel II

Bevis og regel

1. Faktum - jus.

Til grund for en judiciel afgørelse ligger bl.a. en antagelse om et faktum. Antagelsen er et led i dommerens præmisser, en del af den judicielle motivering. Faktum er den handling, hændelse, situation, virkning, som er forekommet som virkelig. Faktum er forskellig fra antagelsen om faktum.

Dette betyder ikke, at faktum ikke kan være noget psykisk, et bevidsthedsfænomen. Det kriminelle forsæt er et eksempel på et sådant. Og på den anden side betyder det ikke, at den judicielle antagelse ikke er virkelig. Tværtom, bortset fra dens realitet i dommerens bevidsthed, har den "virkelige" konsekvenser, eftersom den judicielle præmis (antagelsen om faktum) er præmis for en praktisk konklusion, f.eks. om straf, betalingspligt, udsættelse fra bolig.

Det har derfor praktisk betydning, hvilket faktum dommeren antager. Dette beror i høj grad på sagens bevisdata, d.v.s. sådanne konkrete fænomener, som har betydning for - er relevante for - dommerens stilling til faktum. Med denne, tilsyneladende cirkulære, definition af begrebet bevisdata vil jeg fremhæve, at intet fænomen i og for sig er et bevisdatum - først ved at det tillægges relevans for en antagelse, bliver et fænomen til et bevisdatum. Et bevis er et bevis for noget, og det er netop bevisrettens hovedopgave at redegøre for, efter hvilke regler noget (bevisdatum) kan udgøre grundlag for at antage noget andet (faktum). Men det er disse regler, der samtidig fortæller, hvilke fænomener der får funktion af be-

visdata - og hvilke der er irrelevante ¹⁾. Et i en konkret proces tilvejebragt sæt af bevisdata kan betegnes en bevissituation.

Det har, som nævnt, betydning hvilket faktum der antages, f.eks. om et konkret (kriminelt) forsæt antages - eller det antages, at tiltalte ikke havde forsæt. Et andet spørgsmål er, hvilke typer af fakta der er relevante. Dette bedømmes efter den gældende (materielle) regel, f.eks. en strafferegel. Reglen afgrænser de fakta, som det er relevant for dommeren at tage stilling til, d.v.s. danne sig antagelser om.

Hvordan sker denne afgrænsning? Hvordan er forholdet mellem reglen og det konkrete faktum? Det er dette spørgsmål der skal behandles i dette og det følgende afsnit, fordi det lægger den (materiel-) retlige ramme for den bevismæssige virksomhed og for indholdet af de judicielle antagelser.

(1) Forholdet mellem regel og faktum er relevant i adskillige sammenhænge.

Sondringen har betydning for anke i straffesager, retsplejelovens § 963, stk. 1, nr. 3 om underretssager, og § 945, stk. 2 om nævningsager, der afskærer anke til højesteret begrundet i "fejlagtig bedømmelse af bevisernes vægt" ²⁾. Det antages, at denne ankebegrænsning ikke afskærer højesteret fra at tage spørgsmål om anvendelse af almindelige erfaringssætninger under påkendelse, ligesom det samlede beviskrav eller bevisbyrdereglen må kunne

1) Med disse bemærkninger tilsigter jeg at give et alment begreb om beviset (bevisdata), som også dækker den ældre bevisret, jfr. kap. III og IV. Når der f.eks. hos Ekelöf IV 1973 s. 10 - 11 tales om at slutte fra bevisfakta til faktum, dækker dette ikke den ældre bevisret, sml. Ekelöf s. 18 v.n. 29 om legal bevisteori.

2) Hertil med kritik af sondringen, Hurwitz 1959, s. 388 f.

kritiseres for højesteret ³⁾.

Selvom Hurwitz finder sondringen "forfejlet i selve sin grundide", er hans kritik konkret pragmatisk, ikke principiel: a) Skyldafgørelsen grunder sig på visse fakta. Disse fakta lader sig imidlertid aldrig helt udsondre fra en retlig vurdering. Når et handlingsforløb skal danne grundlag for en retsfølge, udskilles retligt relevante omstændigheder fra irrelevante. Dette får betydning for bevisførelsen. - Det ses, at Hurwitz' kritik ikke rammer sondringen som sådan, tværtom forudsætter argumentationen, at der teoretisk kan (og må?) sondres. Kritikken går nærmest ud på, at en overvejelse forud for en skyldafgørelse rummer såvel retlige som faktiske opfattelser. Denne erkendelse er vigtig for Hurwitz' formål, fordi den vanskeliggør prøvelsesinstansens udsondring af, hvad den kan kontrollere. Men den rammer ikke distinktionen, så lidt som sondringen mellem brint og ilt kan kritiseres, fordi stofferne er forenet i H₂O. b) Den retlige bedømmelse rummer undertiden et skøn. - Ej heller denne kritik er principiel. Hævder jeg, at den straffebestemmelse, der indeholder en skønsbestemmelse, er juridisk og at de omstændigheder, der lægges til grund er faktiske, er der opstillet en sondring. Men sondringen kan kritiseres ud fra den synsvinkel, at det skønsmæssige indebærer, at underretten i ringere grad præciserer, hvilke fakta der lægges til grund. Dette vanskeliggør den juridiske bedømmelse, altså overinstansens (kontrollerende) anvendelse af skønsbestemmelsen. c) Som et særligt eksempel nævnes almindelige og specielle erfaringsætninger. Når sådanne ikke gives form af præsumtion eller lignende, kan der vel ikke være tvivl om, at de er "faktiske". Men deres "generelle" karakter kunne gøre det velbegrundet, at de kunne efterprøves ⁴⁾.

Et andet kontrolproblem er den judicielle kontrol med administrative akter, der undertiden er søgt afgrænset med tilslutning til sondringen mellem faktum og ret. Den engelsk-amerikanske teori herom har i et vist omfang præget også danske fremstillinger, jfr. eksempelvis Ole Krarup (1969), som arbejder med den hypotese, at domstolene "søger at undgå at basere prøvelsen (af forvaltningsakter) på en bedømmelse af de enkelte afgørelses individuelle præ-

3) Hurwitz 1949 s. 568, Andenæs TFR 1943 s. 289 - 290.

4) Hurwitz 1949, s. 561, 564 f.

misser i alle detaljer" ⁵⁾, og som præciserer denne individuelle præmisbedømmelse til at angå "overvejende faktum, idet genstanden for prøvelsen er spørgsmålet om, hvorvidt den trufne afgørelse kan opretholdes under hensyn til denne sags særlige omstændigheder" (s. 72, K's understregning).

Summarisk behandling af en straffesag som tilståelses-sag forudsætter en tilståelse, der først og fremmest skal angå de faktiske momenter i gerningsindholdet, retsplejelovens § 925 ⁶⁾. Men en vis, ikke nærmere definerbar tilslutning til også den juridiske bedømmelse af det tilståede faktum er nødvendig, omend spørgsmålet - på grund af nødvendigheden af tiltaltes samtykke til den summariske behandling - ikke er afgørende. Spørgsmålet om tilståelsens rækkevidde er et specielt problem indenfor afgrænsningen overhovedet af emnet for et "anbringende", der nok kan siges at måtte angå det relevante retsfaktum, men hvor den nærmere specificering af dette krav er vanskelig ⁷⁾.

I engelsk-amerikansk ret benyttes sondringen fact-law til beskrivelse af kompetenceforholdet mellem jury og dommer ⁸⁾.

Disse eksempler kan illustrere, at sondringen mellem regel og faktum fremstår som en stadig gentagen begrebsmæssig tvedeling ⁹⁾. De forskellige sammenhænge har nok en vis indbyrdes lighed, men er p.d.a.s. præget af sådanne specielle forhold, at en begrebsbestemmelse, der sker i en sammenhæng ikke uden videre kan overføres til en anden sammenhæng. I stedet for at forsøge at udvikle en abstrakt

5) s. 276 - 277, jfr. f.eks. s. 257 om toldtariffen.

6) Jfr. Kocktvedgaard 1968 s. 143 f, Hurwitz 1959 s. 297.

7) Hurwitz & Gomard 1965, s. 196 f, Bomann s. 46 f.

8) Eksempelvis F. James 1965, s. 266 f, Cross 1974, s. 65 f, s. 69, sml. Goos 1878 s. 59 f.

9) Se hertil også Bolding 1951, s. 33.

begrebsmæssig sondring er det derfor begrundet at begrænse analysen til den bevisretlige problemstilling, for evt. at bruge enkelte iagttagelser herfra på de andre sammenhænge.

Jeg vil begynde med en diskussion af den behandling af spørgsmålet, som er fremlagt hos Bolding¹⁰⁾. Boldings overvejelser inddrager de forskellige aspekter af problemet, og selvom hans analyse ikke når til løsningen, så giver den et godt grundlag for en karakteristik af de problemer vedrørende faktum, som er emnet for denne afhandling.

(2) Bolding tager udgangspunkt i følgende spørgsmål:

Hur bör distinktionen mellan sakfråga och rättsfråga lämpligen utföras då man särskilt vill ta sikte på lösningen av bevisbördeproblemet och vilken betydelse bör tillmätas åt bevisbördereglerna med avseende på var och en av dessa frågor". s. 35.

Det sker, at en forfatter arbejder ud fra en hypotese, som han ikke formulerer udtrykkeligt, og som han heller ikke vil hævde absolut, men som alligevel er den hovedsætning, der forener den række af delproblemer og underhypoteser, som behandles. Boldings diskussion er et eksempel. Hans ikke udtalte arbejdshypoteser er: (1) Der er ikke nogen relevant forskel mellem retlige og faktiske spørgsmål, og (2) bevisbyrdeproblemet er lige irrelevant for begge grupper spørgsmål, idet overvægtsprincippet opstilles som alternativ.

10) 1951, s. 33 - 54, hertil navnlig Ekelöf 1952.

Ingen af disse to hovedsynspunkter udtrykker Boldings opfattelse, men de er udgangspunkter for den diskussion, han fører. Diskussionen sker i flere tempi, hvori alternative (del-)problemer behandles, og hvor alternative grænsedragninger mellem retlige og faktiske spørgsmål foreslås.

(a) Bolding introducerer først den opfattelse, at "(f)rågan om lösningen av bevisbördeproblemet bör lämpligen betecknas såsom en rättsfråga" (s. 35). Bevisbyrdespørgsmålet side-stilles således med andre - materielle - retlige spørgsmål, og heroverfor stilles så bevisvurderingen. Der foretages på denne måde en opdeling i følgende begrebspar:

retsregler - bevisvurdering

Man kan hertil med Bolding konstatere, at begrebet retsspørgsmål får et stort omfang, og at det med denne terminologi ikke bliver muligt at foretage tilfredsstillende nuanceringer. Jeg forstår Boldings kritik af en sådan opdeling derhen, at der blandt retsreglerne må udsondres de særlige regler - bevisbyrderegler - som indgår i nær forbindelse med bevisvurderingen, fordi de er afgørende for, hvilket faktum der skal lægges til grund. Man kan med andre ord sige, at der mellem bevisbyrdereglerne og de øvrige materielretlige regler består et forhold, som adskiller sig fra forholdet mellem materielretlige regler iøvrigt, nemlig at enhver materielretlig regel må, for at få betydning hvor der er processuel tvist om det relevante faktum, suppleres med en bevisbyrderegel, der foretager koblingen mellem resultatet af en bevisvurdering og den pågældende materielle regel.

Men det må fremhæves, at Boldings kritik af denne begrebsbestemmelse går på det rent terminologisk hensigtsmæssige.

(b) Sondringen mellem regel og faktum præciseres dernæst til en sondring mellem på den ene side spørgsmålet, hvilket faktum der skal lægges til grund for rettens afgørelse, og på den anden side retsspørgsmålet, forstået som spørgsmålet om hvilke retsfølger der skal knyttes til dis-

se fakta. Vi ser i denne begrebsbestemmelse en udskillelse af bevisbyrdereglerne fra de (materiel-)retlige regler (s. 36 f).

Denne begrebsbestemmelse udskiller i hvert fald forhold, som ikke bør indgå ved bestemmelsen af det faktiske, nemlig retsfølgen. Men bestemmelsen af de faktiske spørgsmål er stadig unuanceret, og begrebet retsfølge kan dække såvel en antagelse om et sagsforhold, f.eks. at en adfærd er culpøs, at en handling konstituerer manddrab, som en praktisk følgekonklusion, at der skal betales erstatning, at tiltalte idømmes 8 års fængsel. Denne sidste tvetydighed fjernes ved den følgende præcisering:

(c) Faktiske spørgsmål angår spørgsmål om, hvilke fakta der skal lægges til grund for rettens afgørelse, mens retsspørgsmål angår den retlige karakteristik af disse fakta ¹¹⁾.

I en erstatningssag kan der bestå tvivl om, hvorledes den enkelte sags hændelsesforløb (faktisk) har været - og der kan bestå tvivl om, hvorledes et ubestridt hændelsesforløb (retligt) skal bedømmes i henhold til en culperegul.

Denne forskel kunne, ifølge Bolding, blive underordnet, såfremt overvægtsprincippet var anvendeligt i almindelighed. I begge situationer måtte man da, ifølge Bolding, foretrække det alternativ, som er bedst begrundet. Men hvor der gælder bevisbyrderegler, der afskærer dette for faktiske spørgsmål, kunne bevisbyrdereglens område udvides til også at gælde retsspørgsmål ¹²⁾.

11) Modsatning til retsfølgen - dette er en præcisering af Boldings definition s. 36, der efterfølges af eksempler, der kun er relevante med denne præcisering, men som af Bolding anføres til illustration af den under (b) anførte sondring.

12) s. 38 - 40, jfr. s. 48 - 49. Overvægtsprincippet behandles udføreligt nedenfor VI.6.1.

Hvis vi går ud fra, at der i den judicielle afgørelse kan foretages en adskillelse mellem faktiske elementer og retlige elementer, så kan vi - i tilslutning til Bolding - forestille os, at dommeren kan være i tvivl om såvel den ene del som den anden del af sagens emne. Men dette er naturligvis ikke - uden en nøjere analyse - ensbetydende med, at tvivlen har samme karakter, og dette kan derfor heller ikke tages som udgangspunkt for en konklusion om, at der ikke er en forskel mellem retlige og faktiske spørgsmål ¹³⁾.

(d) Det er ikke tilstrækkeligt - som Bolding forsøgsvis gør - at konkludere, at bevisspørgsmål - og bevisbyrde-regler - kun opstår i forbindelse med konstateringen af konkrete fakta, og ikke når det gælder spørgsmål om deres retlige betydning (s. 43). Dette fører derfor Bolding videre til endnu en tolkning: Konkrete fakta er også af betydning, når man søger kundskab om, hvilken regel der gælder, ja, han går så vidt som at rejse spørgsmålet, hvorvidt ikke enhver tvivl vedrørende retlige spørgsmål egentlig er en tvivl om eksistensen af konkrete fakta (s. 43).

At det skulle forholde sig således, demonstreres ved, at når dommeren er i tvivl om en regel, opstår der behov for bevis. Dette gælder ganske vist ikke i almindelighed, når det retlige grundlag er svensk ret, men spørgsmålet kan dog opstå i tilknytning til fremskaffelse af oplysninger om fremmed ret, om sædvaneret og om retspraksis.

Vi ser her, hvorledes spørgsmålet om den bevismæssige side af en retssag er knyttet til spørgsmålet om parter-

13) En sådan analyse når man ikke nærmere ved med Bolding at sige, at dommen for så vidt angår det faktiske element kan være fejlagtig, mens den for så vidt angår det retlige element kan være mere eller mindre rimelig, s. 42 - 43.

nes medvirken til fremskaffelsen af oplysning. Bevisbyrderegler er - i den forståelse Bolding på dette stadium går ud fra - knyttet til forestillingen om parternes tilvejebringelse af oplysninger. Dette spørgsmål diskuteres retspolitisk, nemlig som et spørgsmål om, hvorvidt bevisbyrderegler skulle anvendes vedrørende sådanne fakta, som parterne kunne medvirke til at fremskaffe til belysning af den gældende ret (s. 46 - jfr. s. 44).

Boldings antagelse af, at såvel retlige som faktiske spørgsmål munder ud i spørgsmål om konkrete fakta, nemlig ikke alene spørgsmål om , hvordan bestemte personer har opført sig ved bestemte lejligheder, men også til sådanne konkrete spørgsmål som om en bestemt lov er ophævet, en vis dom er afsagt o.s.v., fører ham frem til at betragte den judicielle afgørelse som en syllogisme af påstande, nemlig en påstand om at en regel er gældende, en påstand om at visse hændelser er indtruffet, og en konklusion.

Hvis Boldings begreb om påstand forstås som en empirisk proposition, udgør denne teori en ekstrem deskriptiv teori, hvor ikke alene konstateringen af den enkelte sags faktum fremtræder som en påstand, men også indholdet af gældende ret expliciteres i en sådan påstand, og ethvert imperativisk/direktivisk moment er elimineret fra den judicielle syllogisme.

Teorien forkastes da også, omend ikke fordi den ikke giver udtryk for de praktiske konklusioner i modsætning til teoretiske påstande, som bestemmer retsudøvelsen, men fordi det fastholdes som et problem, at der findes en forskel mellem de to typer af påstande: Forskellen består i, at faktum findes altid, selvom det evt. kan være utilgængeligt, mens retsregler ikke nødvendigvis behøver at findes - men hvis de ikke findes, udformes af dommeren (s. 52 - 53). Der kan forsåvidt angår retsreglen eksistere et "vakuum". Denne teori behøver, efter mit skøn, ikke en nøjere udbygget tilbagevisning. Den udgør en nødløsning overfor problemet, der følger af, at Bolding bestandig vil påpege ligheden mellem retlige og faktiske spørgs-

mål, men p.d.a.s. ikke kan opgive sontringen.

(3) Forholdet mellem regel og faktum - og bevisets rolle i denne forbindelse - er problematiseret gennem Bolding's behandling. Men er ikke afklaret. Med udgangspunkt i de forskellige, alternative momenter, som Bolding fremdrog, kan man skematisk illustrere de forskellige tyndinger, som regel-faktum sontringen har været undergivet.

Regel defineres ved at være	Faktum defineres ved at være	Bolding
(1) Normativ	Deskriptiv	
(2) Generel	Konkret	
(3) Materiel	Processuel	
(4) Bestemt ved Legislativ tilkendegivelse	Under judiciel afgørelse	
(5) Retskilde (-faktorer)	Sagens data	(c)
(6) Materielle regler, herunder bevisbyrde- regler	Bevisdata + erfaringer	(a)
(7) Judicielt beredskab (landets egne regler, alm. erfaringer, no- toriske fakta)	Partsaktivitet	(d)
(8) Retsfølge	Betingelse	(b)
(9) Under overvægts- princippet	Under bevisbyrderegel	(c)

De tre første definitionspar (1) - (3) er fremhævet i skemaet, fordi de udgør de centrale skelnemærker, hvorefter de følgende udgør forskellige kombinationer og indbyrdes forskydninger. Den første sontring - mellem normativ og deskriptiv - er så central, at den umiddelbart forekommer ækvivalent med sontringen regel-faktum. Men denne ækvivalens modificeres, når det - som Bolding gør - erkendes, at også den judicielle anvendelse af loven beror på konkrete fakta, nemlig lovens vedtagelse m.v. Dette fremhæves i den omskrivning, som findes i (5). Men hermed er såvel det deskriptive som det konkrete trængt ind på re-

gel-området, og Bolding foreslår i sin tolkning (c), at alt beror på konkrete fakta.

Den anden sontring - generel og konkret - har grundlæggende betydning for opfattelsen af retsanvendelsen og indgår som regel herved i forening med den første: Regler udgøres af de generelle normative forskrifter som dommeren udmønter med henblik på den enkelte sags konkrete, deskriptive/konstaterbare faktum. Men opdelingen mellem det generelle direktiv og den konkrete konstatering er ikke så enkel. Der indgår også direktiviske momenter i (beskrivelsen af) den enkelte sags faktum - dette tager jeg op i det følgende afsnit II.2. Og der indgår, som nævnt, konkrete momenter i konstitutionen af den generelle regel. De almene erfaringer, som dommeren følger, placeres som regel, hvis det generelle-konkrete betones (7), og som faktum, hvis det normative-deskriptive betones, jfr. (6) i skemaet.

Forsåvidt angår den del af faktum, som hører under parternes autonomi, beror oplysningen af faktum i høj grad på parternes indsats, jfr. (7). Denne - ganske specielle - procesordning slår begrebsmæssigt igennem, når Bolding vil belyse de faktiske elementer i konstitueringen af den relevante regel ved at henvise til betydningen af parternes indsats for oplysning af fremmed ret, sædvaneret, og lign. Fra et teoretisk synspunkt kan der ikke være forskel mellem dommerens anvendelse af sit "eget" retssystem og af et "fremmed" retssystem - men der er praktiske forskelle.

Sontringens betingelse - retsfølge er helt uden betydning for den bevisretlige problemstilling, fordi også retsfølgen beror på (antagelser om) bestemte fakta, f.eks. beror en strafudmåling på en bevisvurdering i henhold til en bevisregel ¹⁴⁾. Men denne sontring er relevant ved vis-

14) von Eyben: Strafadmåling, 1950, 290 f.

se organisatoriske kompetence-fordelinger.

Sondringen (9) knyttes til (5) som en regel (om løsning af tvivl) knytter sig til sin genstand (tvivl om ret eller faktum). Bolding ser muligheden for at ophæve forskellen (5) ved at skabe en fælles tvivlsregel, jfr. Bolding (c).

(4) Som baggrund for en præcisering af den forståelse af det bevisretlige problem, som i det følgende skal tages op til nøjere analyse, kan der være grund til at forsøge en sammenfatning af de forskellige problemområder, hvor sondringen mellem regel og faktum er anvendt, såvidt disse har en sammenlignelig karakter i forhold til bevisretten, og indenfor denne sammenligning præcisere den bevisretlige problemstilling.

Man kan formentlig basere de fleste af anvendelserne af sondringen mellem faktum og jus indenfor følgende typer af beslutningsproblem.

(a) Kontrol-problem: En række af anvendelserne af sondringen mellem faktum og regel (jus) indgår i sammenhænge, hvor sondringen benyttes til beskrivelse af den kompetence, som en myndighed tillægges til kontrol af en af en anden myndighed truffet beslutning. Det gælder domstolens kontrol med forvaltningen, hvor sondringen beskriver relationen mellem de to "magter", den udøvende og den dømmende magt. Og den anvendes i forbindelse med den interne kontrol indenfor disse helheder, nemlig til beskrivelse af ankeinstansens kontrol med den underordnede domstolsinstans, og den overordnede forvaltningsmyndigheds kompetence med hensyn til den underordnede myndigheds forvaltningsakt, i begge tilfælde til beskrivelse af grænser for kontrolmyndigheden.

At anvende termene regel contra faktum til beskrivelse af den kompetence, som kan udøves i forbindelse med denne kontrolmyndighed, kan formentlig i hovedsagen kun benyttes som en indgang til de problemer, som en begrænsning af kontrolmyndighedens kompetence rejser. Når der skal re-

degøres for en kontrolmyndigheds kompetence, forekommer det mig mere hensigtsmæssigt at tage udgangspunkt i en målestok, der bevæger sig mellem følgende to yderpunkter: 1) Den kontrollerende myndighed rekonstruerer den kontrolleredes afgørelse og sammenholder denne afgørelses enkelte bestanddele med de normer, som var gældende for den kontrollerende myndigheds beslutning. og 2) Den kontrollerende myndighed træffer en ny afgørelse, uafhængigt af og upåvirket af den kontrollerede myndigheds afgørelse, som ændres, hvis og kun hvis den kontrollerende myndighed når frem til en afgørelse, som ikke er overensstemmende med den kontrollerede myndigheds afgørelse. Det faktum, som sætter en grænse for den kontrollerende myndigheds kompetence, hvor dette begreb anvendes til beskrivelse af kontrolinstansens kompetence, består i, at den kontrollerende undersøgelse skal stoppe på et bestemt stadium i den gradvise gennemgang af den underordnede instans' præmisser for dennes afgørelse. Hvor denne grænse skal lægges, fortæller en betegnelse som faktum ikke noget om.

(b) Beslutningsopspaltning: Som en mellemform mellem den ovennævnte kontrolsituation og den nedenstående originære beslutning kan man placere de tilfælde, hvor flere myndigheder - eller flere personer indenfor samme myndighed - træffer hver en "del af en beslutning", som sammenføjes til en total, egentlig beslutning. Hovedeksemplet indenfor processen er kompetenceopdelingen mellem jury og (juridisk) dommer. Det er denne kompetence-opdeling, som undertiden sammenfattes i henførelsen af faktum under juryen og retten (the law) under dommeren. Det karakteristiske er her, at den afgørelse, som udskilles fra faktum, består i bestemmelsen af en praktisk konklusion, en retsfølge, som ikke er éntydigt determineret af det "faktum", som juryen har taget stilling til. Set fra et bevisretligt synspunkt kræves der altså en yderligere stillingtagen til visse faktiske betingelser ved afgørelsen af sanktionsvalget.

(c) Originær beslutning: Det er naturligvis denne synsvinkel, som interesserer her. Det drejer sig her om anvendelsen af sondringen mellem faktum og regel som element i en

analyse af den originære juridiske beslutning. Spaltningen mellem faktum og regel kan her navnlig, som vi har set ovenfor, sigte på udskillelsen (som faktum) af 1) emnet for en partsindsats, 2) de konkrete data som skal bedømmes i henhold til generelle regler, og 3) det enkelte tilfælde - retssagen - som skal konfronteres med det normative styringssystem.

Spørgsmålet om faktum som element i den judicielle afgørelse er ikke specielt knyttet til procesordninger, som er underlagt partsautonomien, og det er derfor uheldigt endtydigt at knytte begrebet om faktum til parternes indsats. Da begrebet bevis efter gængse konnotationer netop sigter til den partsorienterede aktivitet, må det fremhæves, at det ikke benyttes med denne betydning i denne afhandling.

Når faktum er benyttet som centralt begreb i denne afhandling, skyldes det, at det peger på den konkrete hændelse (handling, situation o.s.v.) som det centrale. Den konkrete hændelse sættes i relation til et normsystem, den materielle ret. Denne "sætten i relation til" sker (bl.a.) judicielt. I sammenstillingen af regel og faktum kan ingen af de under (1) - (3) i skemaet ovenfor anførte momenter udelades: Materielle momenter er bestemmende for hvilke fakta der er relevante, d.v.s. for hvilke hændelser der undersøges. Generelle momenter indgår bl.a. i almindelige erfaringssætninger. Og normative beslutninger følger af bevisreguleringens sociale betydning, dens konsekvens i form af "bevissikring".

Den analytiske opspaltning af begrebsparret regel-faktum kan således ikke afgrænse den bevisretlige problemstilling. Den materielle norm styrer den judicielle erkendelses emne, og undersøgelsen af rammen for det bevisretlige problem vil derfor fortsætte med den materielle regel som udgangspunkt. Den materielle regel tematiserer den judicielle antagelse vedrørende konkrete forhold, idet disse umiddelbart er omfattet af den (materiel-)retlige regulering.

Det er disse antagelser, som denne afhandling analyserer.

Eksempler på sådanne antagelser er, at "tiltalte har begået manddrab ...", "A og B har indgået en aftale af følgende indhold ...", "C er far til barnet b", o.s.v.

Analysen af disse antagelser vedrører den almene struktur, hvori de udformes, men er ikke en analyse af deres indholdsmæssige side, altså af hvilket indhold sådanne antagelser i almindelighed har, hvilket indhold disse antagelser har under bestemte betingelser med hensyn til domstolen, parterne, visse af sagens omstændigheder, o.s.v. Dette harmonerer med den problemstilling, som anførtes i kapitel I.

At de pågældende antagelser er umiddelbart omfattet af den retlige regulering betyder, at de udgør konkrete tilfælde af reglens generelle begreb. Man kan tale om en subsumtion eller om, at det konkrete forhold er omfattet af den generelle beskrivelse.

2. Tematisering

Med udgangspunkt i den traditionelle sondring mellem regel og faktum er jeg nået frem til at betragte det bevisretlige problems kerne som et erkendelsesproblem, nemlig som et problem om, hvilke almene strukturer dommeren følger, når han når frem til en bestemt opfattelse af det konkrete hændelsesforløb, som efter den materielle regel skal være afgørende for sagens udfald. Problemet om forholdet mellem faktum og regel med henblik på bevisretten må omformuleres til et problem om den materielle regels tematisering af dette erkendelsesproblem: Hvad er det for forhold/sammenhænge/hændelsesforløb/fakta som dommeren skal tage stilling til for at kunne træffe den judicielle afgørelse? Svaret på dette spørgsmål findes i en analyse af den materielle regel, som sagen skal afgøres efter.

Den judicielle erkendelse af virkeligheden er forbundet med anvendelsen af de materielle regler. Dette præciseres, når

den judicielle afgørelse opstilles i en syllogisme. Dette kan ske på flere måder:

Hypotetisk direktiv med integreret jus-faktum:

Hvis visse fakta - abstrakt beskrevet - foreligger, skal der dømmes på en nærmere angiven måde.
Her konstateres at foreligge et faktum af den pågældende type.
Altså skal der dømmes på den pågældende måde.

Eller eksemplarisk:

Hvis en person har begået manddrab, skal den pågældende straffes med fængsel af ikke under 5 år (omskrivning af straffelovens § 237).
Tiltalte har begået manddrab.
Altså skal tiltalte idømmes fængsel af ikke under 5 år.

I denne strukturering af den judicielle beslutningsproces er reglen opfattet som et hypotetisk eller betinget imperativ. Reglen opfattes som et direktiv om, at en bestemt person (dommeren) skal forholde sig på en bestemt måde, såfremt visse betingende kendsgerninger foreligger ¹⁵⁾. Retssagens konkrete problem er, om disse kendsgerninger foreligger, og dommerens stillingtagen til dette spørgsmål udtrykkes i undersætningen. Af det betingede imperativ og konstateringen af, at betingelsen foreligger, følger domskonklusionen. I stedet for at sige, at "hvis en person har begået manddrab, skal der domfældes ...", udtrykkes direktivet således: "For enhver, der har begået manddrab skal gælde, at ...". Man kan udtrykke det således, at denne opfattelse af imperativet er prædiktiv i modsætning til hypotetisk ¹⁶⁾. Således er eksempelvis straffeloven som regel affattet, jfr. § 237. Denne forskel i den grundlæggende opfattelse af reglen har næppe

15) Sm. eks. Ross 1953, s. 55.

16) Se hertil Engisch: Einführung 1956 s. 32 - 33, 38, 41, 63.
Sandberg & Sundby TfR 1971 s. 54 f, Sundby 1974 s. 55 f.

betydning for det problem, som diskuteres her.

Hypotetisk direktiv med adskilt jus-faktum. Derimod har det betydning, om det "faktiske" søges udskilt:

Sagens fakta +

En retlig karakteristik af disse fakta =

En praktisk konklusion (dom).

Efter denne forestillingsmåde danner dommeren sig en bestemt opfattelse af "virkeligheden". Han når frem til en opfattelse af, hvorledes forholdet mellem sagens parter har været på det relevante tidspunkt, han gør sig en forestilling om, hvorledes den tiltalte har optrådt på det tidspunkt som er relevant efter tiltalen, han danner sig en mening om de blodserologiske forhold mellem parterne i forbindelse med kendskab til almene love for arvegangen for blodtyper. Denne erkendelse vedrører noget rent "faktisk".

Denne erkendelse suppleres så med en retlig karakteristik, der hentes ud fra retssystemet. Retssystemet står som et normativt sæt af forskrifter, der knytter bestemte retsvirkninger til bestemte kendsgerninger. Med den retlige karakteristik følger bestemte konsekvenser. Hvis parterne i deres faktiske adfærd har udvist et forhold, som karakteriseres som en aftale, har dette konsekvenser for dommens indhold: Aftalen skal opfyldes. Konstituerer den tiltaltes adfærd et manddrab, anvendes straffelovens § 237. Er der en betydelig sandsynlighed for et faderskab, indebærer dette ret til underholdsbidrag, arveret, navneret, etc.

Denne opstilling er skematisk klar, men ikke holdbar.

"Sagens fakta" kan ikke generelt defineres uafhængigt af normsystemet. Sagens fakta erkendes "igennem" de materielle regler med den terminologi, som reglerne bygger på.

Dermed er ikke udelukket, at der i visse situationer kan ske en udskillelse af et tema som kan bedømmes

relativt uafhængigt af de materielle regler ¹⁷⁾.

En mere indgående indsigt i den juridiske beslutning fører til komplikationer af ovenstående syllogismer, og man kan på dette grundlag opstille en "vekselvirkningsmodel", som er karakteriseret ved, at en række faktorer, som tilsyneladende er adskilt, desuagtet indvirker på hinanden: For afgørelsen af, hvilke fakta der tages udgangspunkt i, har det betydning, hvilke regler der antages at gælde. Retsreglerne kommer på denne måde til at virke styrende for, hvilke fakta der lægges til grund. Og det er de mulige fakta, der bestemmer hvilke regler der overhovedet kan komme på tale at anvende ¹⁸⁾. For det andet kan den retsfølge, som bliver resultatet af syllogismen, få betydning for, hvilke fakta der lægges til grund. Hensynet til de praktiske konsekvenser indgår så at sige som et blandt flere betingende fakta for den pågældende retsfølge. Sådanne og tilsvarende synspunkter fører ofte til, at modellen over den judicielle beslutning ikke fremtræder som ovenfor, som en entydig syllogisme, men illustreres ved et kompliceret net af pile frem og tilbage mellem de forskellige elementer ¹⁹⁾.

Denne vekselvirkningsmodel er imidlertid ikke klargørende, når det gælder en forståelse for forholdet mellem de faktiske og de retlige elementer i den judicielle antagelse vedrørende virkeligheden. Selvom de forskellige vekselvirkninger nok er en forbedring som en modifikation af det ovenstående entydige skema, forudsætter den netop en begrebsmæssig adskillelighed mellem de elementer, som indgår i vekselvirkningen.

17) Dette undersøges nedenfor kapitel VI.2.

18) Jfr. Eckhoff 1971 s. 28 - 29.

19) Som eksempel kan henvises til Jon Bing: Fra problem til resultat, Jussens Venner X hft. 1 1975, især s. 8 - 11, jfr. Andenæs og Kvamme i Festskrift til C.J. Arnholm 1969, s. 24 f.

Det forekommer påfaldende, at den almindelige retslære i så begrænset omfang har behandlet forholdet mellem de retlige og faktiske præmisser i den judicielle afgørelse ²⁰⁾. Når man i "fortolkningslæren" behandler den del af "domstolenes virksomhed, der består i at komme fra den almindelige regel til den konkrete afgørelse", jfr. Ross 1953 s. 129, 162 - 63, omfatter problemet ikke forholdet mellem fortolkningsspørgsmål og den judicielle virkelighedsopfattelse.

En sags bevisdata bliver ofte først til meningsfyldte data, når de tolkes i overensstemmelse med det retssystem, som også skal tjene til begrundelse for retsafgørelsen. Den enkelte sags hændelsesforløb opfattes af dommeren ikke blot som isolerede data, der i samlet form sammenholdes med det i loven angivne tema, men disse data betragtes i sig selv som integrerede i forhold til det normsystem, som dommeren skal anvende.

Denne konstatering har betydning for tilrettelæggelsen af en undersøgelse af bevisretlige problemer. Den indebærer først og fremmest en teoretisk åbenhed: Det er ikke tilfredsstillende allerede fra starten at tilrettelægge undersøgelsen således, at den har bundet sig til den antagelse, at den bevisretlige bedømmelse foregår rent empirisk ved et sammenhold af de foreliggende bevisdata og de hypoteser vedrørende faktum, som er relevante efter parternes anbringender. En sådan undersøgelse ville så at sige have fastlagt sin konklusion på forhånd. Det må være en mulighed, at resultatet bliver, at der i hvert fald i et vist omfang i højere grad end dette billede giver udtryk for,

²⁰⁾ Jfr. Eckhoff 1971 s. 28.

indgår normative elementer i opfattelsen af sagens fakta.

Jeg søger i det følgende at fremdrage forskellige typer af reguleringer, som er egnede til at belyse, hvad det vil sige, at den materielle regel sætter en ramme for, hvilke fakta domstolen beskæftiger sig med. I en sådan analyse kan der skelnes mellem reglens angivelse af den externe grænse for temaet og den interne strukturering af de mulige temaer, som omfattes af reglen. Jeg beskæftiger mig her med den externe afgrænsning. Den interne strukturering tages op i den mere tekniske analyse af den svenske sandsynlighedsteori, nedenfor kapitel VI.2.

(1) Et almindeligt erkendt fortolkningsproblem beror på reglernes vagthed. Vagthed må ikke forveksles med flertydighed. Flertydige betegnelser dækker en række forskellige alternative betydninger, som hver for sig kan være vage ²¹⁾.

Hvorvidt et udtryk er vagt eller ej, vil bero på den sproglige sammenhæng (kontekst) og i det hele den praktiske situation, hvori dette udtryk indgår. Af særlig relevans for vores problemstilling er, at også de foreliggende bevismuligheder er relevante for bedømmelsen af det sproglige udtryks betydning.

Et eksempel: Aldersgrænser, som indgår ved fastsættelsen af en kriminel lavalder og ved en civilretlig myndighedsalder, må betragtes som relativt entydige tematiske kriterier for bedømmelsen af henholdsvis det kriminalretlige ansvar og den civilretlige, kontraktlige forpligtelse. Men denne relative høje grad af bestemthed hænger sammen

21) Sml. Eckhoff 1971 s. 52, Black: Vagueness s. 42 note 33 i Language and Philosophy s. 30 f.

med, at alderen relativt entydigt lader sig oplyse under en retssag. De sikre bevismuligheder, som beror på en pålidelig fødselsregistrering, indebærer, at det legale kriterium angiver et skarpt tema. Tænker vi os at aldersspørgsmålet skulle bedømmes uden et sådant sikkert grundlag, kunne alderstemaet tænkes omformet til et tema af relativ høj grad af vaghed, nemlig en bedømmelse af den pågældende persons modenhed, forståelse af den situation, som han var involveret i, fysiske og psykiske udviklingsstadium o.s.v.

Et andet eksempel: Ved bedømmelsen af, om en person skal straffes for kørsel efter spiritusindtagelse, er (i dansk ret) udgangspunktet et tema af relativ høj grad af ubestemthed, nemlig hvorvidt den pågældende chauffør "har nydt spiritus i et sådant omfang, at han er ude af stand til at føre køretøjet på fuldt betryggende måde", færdselslovens § 16, stk. 1, jfr. § 70. Dette ubestemte tema konfronteres imidlertid i praksis med beviser af høj grad af præcision med hensyn til et andet og mere entydigt tema, nemlig spirituspromillen på kørselstidspunktet. Her viser sig en tendens til, at et tema omtydes i retning af de bevisdata, som typisk vil foreligge, for ved denne omtydning at nå en relativ højere grad af sammenhæng mellem de praktiske bevismuligheder og det materielle tema. Denne omtydning, som ikke er legaliseret i dansk ret, men som andre steder er udtrykt i præsumptionsregler, kan indebære en begrænsning af en relativ vaghed.

(2) Deskriptiv - emotiv. I lovens karakteristik af de betingende kendsgerninger påpeges undertiden en forskel mellem sproglige udtryk af deskriptiv karakter og "normative vendinger"²²⁾. Som eksempel på deskriptive kriterier næv-

22) Jfr. eksempelvis Hurwitz og Waaben s. 6, og s. 85 f, hvor denne sondring fremstår som en vistnok udtømmende inddeling af lovens kriterier for det straffbares område.

nes da aldersangivelser, hvor man "med en forholdsvis høj grad af tydelighed viser hen til de fænomener i yderverdenen som" loven skal omfatte, mens normative vendinger er "ord hvis anvendelse forudsætter en moralsk eller retlig bedømmelse af den konkrete sags faktum" ²³⁾.

I denne udformning er analysen af de deskriptive og emotive elementer utilfredsstillende. På den ene side må loven overhovedet altid rumme deskriptive momenter i den forstand, at der altid - med varierende grad af tydelighed - vises hen til fænomener, som skal indgå i de judicielle antagelser, der ligger til grund for den retlige afgørelse. Dette gælder også, når der skal tages stilling til, om der foreligger "usømmelig behandling af lig" (§ 139) eller "vanrøgt eller nedværdigende behandling (§ 213), som nævnes som eksempler på normative vendinger. Ved bedømmelsen af, om der er tilstrækkeligt bevis for et sådant faktum, sker der naturligvis en vis bevisførelse med henblik på dannelsen af en bestemt antagelse om det hændelsesforløb, som tiltalen angår. Straffelovens kriterier indeholder for så vidt deskriptive elementer.

Ejheller beskrivelsen af de normative elementer er utilfredsstillende. At loven i disse tilfælde "forudsætter en moralsk eller retlig bedømmelse", er ikke en særlig egenkab ved de normative vendinger, men er overhovedet et karakteristisk element i en beskrivelse af gerningsindhold eller af andre typer af kendsgerninger.

Udgangspunktet må derfor være, at der i lovens angivelse af, hvilke fakta der skal indgå som grundlag for en

23) Hurwitz & Waaben, s. 86, s. 6.

retsfølge, indgår et kompleks af en reference til den virkelighed, der er bestemmende for den rigtige retsfølge, såvel som til den vurdering eller holdning, som dommeren udtrykker i forhold til denne virkelighed. De deskriptive og normative elementer indgår i en hvilken som helst retlig betingelse.

Det relevante problem er derfor ikke så meget, hvorvidt loven udtrykker en normativ vurdering af det tilgrundliggende sagsforhold, men hvorvidt dommeren psykologisk i kraft af lovens direktiv skal praktisere en sådan vurdering. Loven vil altid være et udtryk for en politisk strukturering af den sociale virkelighed, men det er ikke altid overladt til dommeren at specificere denne vurdering i den enkelte sag. Lovens overlade af afgørelsen til dommeren kan ske ved en ren kvantitativ vaghed, jfr. ovenfor (1). Eller den kan ske ved, at loven stipulerer den vurderingsstruktur eller holdning, der skal anlægges, men tillader en vis variation af det område, som loven skal anvendes på. Dette vil være tilfældet, når loven overlader til dommeren at foretage en vurdering, idet loven angiver vurderingskriterium, eksempelvis at tage stilling til, hvorvidt en person, der søges umyndiggjort har gjort sig skyldig i en "ødselhed (der) udsætter sin families velfærd for fare", myndighedslovens § 2.

"... ikke sjældent gør han (lovgiveren) af nødvendighed eller af mangel på energi sit direktiv mindre tydeligt for at overlade noget af sin myndighed til dommeren. Det sker bl.a. hvor der anvendes ord med emotiv eller normativ farve, - ord hvis anvendelse forudsætter at det er dommerens vurderinger, der skal give svar på spørgsmålet om bestemmelsens rækkevidde". Waaben 1971, s. 574 (min understregning). Senere modstiller Waaben dog domsbegrundelser, der består i "fremhævelse af fakta" og "ord der rummer vurderinger", s. 574.

Ved emotive strukturer angiver loven en indstilling eller holdning, som af dommeren skal praktiseres. Man kan spørge, i hvilket omfang en sådan norm er forbundet med en vis deskriptiv binding ²⁴⁾, d.v.s. har et fast anvendelsesområde. Er det muligt at fjerne de emotive elementer ved at omtytte de emotive udtryk til et deskriptivt tema? Herimod

24) Jfr. Andersson og Furberg: Sprog og påvirkning 1972, s. 108 f

taler for det første at det emotive netop tilsigter en vis åbenhed. En omskrivning til et deskriptivt indhold er så at sige en ændring af reglens indhold. De to afgrænsninger er ikke ækvivalente. Man må endvidere forstå, hvorfor det emotive islæt findes. Dette leder ind til en generel opfattelse af retsstrukturen. For emotive elementer er jo så udbredte, at en bevisteori, der negligerer disse beror på en miskendelse af et centralt træk i retssystemet.

Den judicielle afgørelse skal ikke blot dikotomisere, d.v.s. opdele i to grupper. Opdelingen skal vel praktisk gennemføres, men den skal tillige gives et korrekt udtryk. Reglen skal så at sige anvendes offentligt. Dikotomiseringen er ikke blot en konsekvens af reglen, men tillige en praktisering af reglen, et element i selve reglens gyldighed. Hvis eksempelvis en person pålægges ansvar på grund af culpøs adfærd, er det ikke blot et spørgsmål om at pålægge et erstatningskrav, men det er et led i funktionen af den judicielle afgørelse, at culpereglen praktiseres offentligt. Dette er baggrunden for at kunne hævde, at der gennem retssystemet sker en påvirkning af almindelig moralindstilling eller iøvrigt en socialpsykologisk påvirkning. De retlige sanktioners præventive virkning og navnlig deres moralpåvirkning er forbundet med, at dikotomiseringen ikke blot sker korrekt, men at dikotomiseringen opleves i de juridiske termer (f.eks. "culpøs", "pligtstridig", "uforsvarlig").

Dette forhold kan forklare, at emotive elementer i lovgivningen er et væsentligt træk, som ikke blot søges undgået eller omtolket i praksis. Heraf følger, at den bevisretlige problemstilling defineres af et materielt tema, hvis emotive karakter ikke skal fjernes for at muliggøre et rent empirisk tema. Og at også "emotive" (eller normative) temaer sætter bevistemaer.

Dette kan illustreres ved at modstille følgende to udsagn:

(a) Tiltalte har forsætligt begået manddrab. (b) Tiltalte

har uagtsomt begået manddrab. Disse to sætninger er fundamentalt forskellige, efter den traditionelle opfattelse. Forsætsbegrebet refererer nemlig til et psykologisk kriterium, som vedrører den tiltaltes bevidsthedstilstand i gerningsøjeblikket: Havde tiltalte hensigt til manddrab - anså han den andens død for overvejende sandsynlig - eller lign. Ved det uagtsomme manddrab er spørgsmålet ikke psykologisk - eller i hvert fald ikke nødvendigvis psykologisk. Der "anlægges en normativ (vurderende) målestok. Gerningsmanden dømmes for uagtsomhed, fordi hans adfærd har afvejet fra den, som man under de givne forhold kunne vente og kræve af ham" ²⁵⁾.

Den principielle forskel mellem forsæt og uagtsomhed består netop i, at "uagtsomhed ikke (kan) defineres ved psykologiske kriterier, der henviser til gerningsmandens viljes- eller forestillingsmæssige forhold til den strafbare handling og dens omgivende momenter og følger", s. 241.

Det er klart, at denne modstilling har central betydning også for den bevismæssige problemstilling. Den bevismæssige opgave må naturligvis være fundamentalt forskellig, om det gælder oplysningen af et bestemt psykologisk forhold - forsæt - eller påvisningen af et uagtsomt forhold - som altså ikke kan påvises (medmindre det drejer sig om bevidst uagtsomhed), men som må argumenteres igennem ved opfordring til, at dommeren anlægges en vurdering af den pågældendes adfærd i forhold til givne mønstre.

Det følger af min analyse, at et tema for uagtsomhed må angå de konkrete sagsomstændigheder, som kan motivere dommeren til at antage uagtsomhed.

25) Hurwitz ved Waaben s. 242.

Selvom der er forskel mellem forsæt og uagtsomhed - og det er der naturligvis, eftersom begreberne er forskellige - beror forskellen ikke på, at det ene begreb, men ikke det andet refererer til bestemte psykologiske forhold, mens det andet, men ikke det ene lægger op til en vurdering. Begge begreber har det tilfælles, - i den sammenhæng, hvori de forekommer i den strafferetlige regulering - at de sætter dommeren det tema, at undersøge visse virkelighedsfænomener, og for det andet at denne tematisering af dommerens opgave rummer en bestemt vurdering. Heraf følger, at det ikke er misvisende, når man siger, at "her foreligger uagtsomhed", "sagsøgte har handlet uforsvarligt" ²⁶⁾.

I forvaltningsretten skelnes mellem "de vage og elastiske lovbestemmelser", hvis anvendelse er forbundet med en mindre intensiv domstolskontrol, og de almindelige lovbestemmelser, som fuldt ud kontrolleres. Et eksempel på en sådan sondring er udtrykket "bymæssig bebyggelse" overfor et udtryk som "bygning" ²⁷⁾. Det første udtryk er en injudiciabel vurdering, mens det andet udtryk indeholder en judiciabel konstatering. Som fremhævet af Ole Krarup er det karakteristiske "for vurderingen ..., at lovbestemmelsen direkte viser hen til, hvorvidt givne forhold skal 'anses' på en bestemt måde, mens bygningen 'er'. Men i begge tilfælde beror afgørelsen på vurderinger. Usikkerheden med hensyn til den konkrete subsumtion er ikke mindre i det sidste tilfælde end i det første" ²⁸⁾.

(3) I visse tilfælde beror variabiliteten i det judicielle tema indirekte på, at temaet indeholder en henvisning til andres opfattelse eller praksis.

26) Sml. Eckhoff i Festskrift til I. Agge 1970 s. 78-79.

27) Jfr. P. Andersen i Forvaltningsret s. 607.

28) Ole Krarup s. 285.

Et eksempel på en henvisning til en bestemt personkreds' opfattelse af et vist forhold er culpa-reglen, når denne opfattes som en henvisning til, hvad bestemte personer - fornuftige samfundsborgere - bedømmer som forsvarlig adfærd. En anden præciseringsmulighed er den, at culpa-reglen opfattes som en regel om at ansvar pålægges, såfremt den pågældende person har handlet på en anden måde, end en fornuftig borger ville have handlet, eller end det er almindeligt blandt sådanne personer.

Uanset om henvisningen opfattes subjektivt (hvordan opfatter andre spørgsmålet) eller objektivt (hvordan handler andre indenfor det vedkommende område), rummer en sådan henvisning en betydelig grad af manglende præcision, eftersom de empiriske muligheder for gennem denne henvisning at opnå et entydigt grundlag for sagens bedømmelse er små eller rettere sagt ikke eksisterer:

"Henvisningsinnslaget i normutsagnet (kan i visse tilfælde) bli nok så misvisende, kanskje helt fiktivt. Et eksempel er den generelle, uskrevede regel om grensene for forsvarlig handlemåte (culpa-normen): I teorien formuleres disse grensene ofte ved henvisninger til "gode og forstandige menneskers adferd", (*bonus pater familias*-kriteriet). Men ingen har forsøkt at rationalisere denne normen empirisk, ved å følge opp kriteriets henvisning: En minste-forutsetning for å gjøre dette var at man prøvde at operasjonalisere begrepet om "det gode og forstandige menneske", d.v.s. prøvde å finne frem til noenlunde objektive og konstaterbare kjennetegn ved testpersonene. Dermed måtte man, prinsipielt ved alminnelige samfunnsvitenskapelige metoder, empirisk undersøke de innstillinger, oppfattninger og vaner testpersonene faktisk hadde m.h.t. de relevante adferdssituasjoner ... En formulering som baserer seg på en henvisning til empiriske mønstre er derfor temmelig villedende". Sundby s. 242.

Det må understreges, at den judicielle variabilitet, som jeg her omtaler, angår den generelle norm for sagens afgørelse. Det kan konstateres, at der på dette område gør sig gældende en betydelig grad af ubestemthed i det kriterium, som sagens faktum skal bedømmes efter.

(4) Den retsteoretiske behandling af loven og andre normer indgår som en analyse af eller et bidrag til det normative retssystem. Begreber som vaghed, flertydighed, emotive kontra deskriptive momenter, tager sigte på de problemer, som er knyttet til etablering af et entydigt og konsistent normsystem. Retsteoriens interesse går, som nævnt, i ret-

ning af den normative side af den juridiske afgørelse.

Det synspunkt, som er bestemmende for min behandling af problemerne på dette sted, er naturligvis et andet: Spørgsmålet er, hvordan de forskellige tematiske udgangspunkter influerer på den bevisretlige problemstilling. Alligevel er det ikke udelukket at opnå en vis bi-stand ved at introducere en central sontring for det normative område, nemlig den distinktion mellem regler og retningslinier som er fremhævet af Sundby s. 190 f (i tilslutning til Dworkin).

"Regler" er karakteriseret ved at "de er normer som determinerer løsningen af normative spørgsmål ved at angive et sæt af tilstrækkelige betingelser for afgørelsens indhold" (s. 197). Retningslinier "trækker frem relevante retsfakta, - handlinger og andre omstændigheder av ulik slag. Men disse omstændigheder determinerer ikke afgørelsen, de nøyer sig med å være en vis pekepinn for afgørelsens indhold... Retningslinier for en afvejning peker på faktorer som har vekt ved afvejningen, men uten at determinere afvejningsspørgsmålets løsning" (s. 198). Afvejning og angivelse af faktorer, som skal indgå i en afvejning, kan indgå i regler (s. 202).

Gennemførelsen af denne distinktion støder undertiden på afgrænsningsproblemer. Jeg skal ikke gå nærmere ind på, om disse er så betydelige, at de anfægter værdien af denne sontring. Det centrale er den udførlige påvisning af retningsliniernes udbredelse, som i denne forbindelse er relevant, fordi det understreger den betydelige ubestemthed, som karakteriserer et betydeligt sæt af de normer, som indgår i "retssystemet".

Som lovfastsatte retningslinier nævner Sundby normer for strafudmåling, se for dansk rets vedkommende straffelovens § 80: "Ved straffens udmåling skal der tages hensyn til ...". En anden gruppe er kriterier som "ubillig", "rimelig", "utilbørlig", "forsvarlig", Sundby s. 226, 227.

En aktuel kombination af disse to grupper finder man i den danske aftalelov, som ændret ved lov nr. 250 af 12.07.1975: § 36. En aftale kan tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde, at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler. - Ved afgørelsen efter stk. 1 tages hensyn til forholdene ved aftalens indgåelse, aftalens indhold og senere indtrufne omstændigheder".

(5) Et særligt problem i forbindelse med vage normer, er udviklingen af "undernormer". Den generelle, men ubestemte regel eller retningslinie suppleres med udviklingen af et

underordnet normsæt, som knyttes til de grundlæggende principper. Dette moment hænger naturligvis sammen med, at den almene erkendelse af semantisk vaghed suppleres med en indsigt i nødvendigheden af, at der praktiseres et så vidt muligt konsistent sæt af normer ved domstolene (og andre myndigheder). Den semantiske vaghed vil derfor i et vist omfang reduceres. Som rammer for den bevismæssige vurdering får disse undernormer betydning, når de etablerer sig som selvstændige normer, der fungerer uafhængigt af det normsæt, som de oprindeligt er udviklet fra. I andre tilfælde forbliver de underordnede udbygninger af eller eksemplifikationer af hovedsynspunktet.

Som eksempel kan tjene specifikationer af culpanormen: Udgangspunktet for dansk (nordisk) erstatningsret er, at culpanormen er den almindelige regel for bedømmelsen af, om en person kan pålægges erstatningsansvar for en skade, som han har forvoldt en anden. Der gives varierende formuleringer af culpanormen, men fælles er, at den som udgangspunkt fremstilles som almen. Denne almene norm suppleres med en række specifikationer for bestemte områder, f.eks. ansvar for husskader, for cykelkørsel, for undladelser o.s.v., i en mere eller mindre systematisk inddeling. Betydningen af, at disse specifikationer opfattes som ikke-selvstændige underregler i forhold til udgangspunktet er, at der vil være en større tilbøjelighed til at sammenholde beviser for forskellige typer af culpaadfærd end der ville være, hvis de hver for sig udgjorde et selvstændigt retsfaktum.

(6) Særlige problemer opstår, hvor normen (retningslinien) er uden tematisk afgrænsning eller i hvert fald henviser til kriterier af betydelig indholdsløshed:

Eksempel på det første er tilfælde, hvor bestemte forhold beskrives med nogenlunde bestemthed, men som suppleres med, at samme afgørelse træffes i "lignende" situationer, eksempelvis straffelovens § 16 (som ændret ved lov nr. 268 af 26.06.1975).

§ 16, stk. 1. "Personer, der på gerningstiden var utilregnelige på grund af sindssygdom eller tilstande, der må ligestilles hermed ... straffes ikke ...

Stk. 2: "Personer der befandt sig i en tilstand af åndssvaghed i lettere grad eller i en tilstand, som ganske må ligestilles med åndssvaghed, straffes ikke medmindre særlige omstændigheder taler for at pålægge straf".

Sådanne udvidelser - der iøvrigt har betydelig lighed med de udvidelser, som i almindelighed følger af analogier - udvander den afgrænsning, som retsfaktum skulle angive, medmindre der på andet grundlag etableres en vis afgrænsning.

Som relativ betydningsløse afgrænsninger kan nævnes: "fyldestgørende", "tilstrækkeligt", eller lign. Også her er en betydelig tematisk variabilitet lagt i dommerens hånd. Det er muligt, at der i praksis vil udvikle sig en vis konsistens, men det er ikke derfor sikkert, at denne expliciteres som udgangspunkt for afgrænsningen af et relativt veldefineret retligt tema.

Hvilken betydning har disse tematiseringsproblemer for den judicielle bedømmelse af beviser? Det centrale har været, at påvise, hvorledes antagelsen af et veldefineret retsfaktum som udgangspunkt for en bevismæssig vurdering viser sig at være en fiktion. Hvilken betydning den nærmere får for bevisvurderingen er det en opgave for det følgende at vise. Men en antydning kan dog gøres. Det må forventes, at den ubestemthed og det normative islæt, som præger reglernes tematisering, sætter sit præg på den judicielle opfattelse af de bevisdata, der er grundlaget for den retlige afgørelse. De momenter, som karakteriserer det retlige tema, må forventes at kunne genfindes også i de bevisdata, som er grundlaget for sagens bedømmelse, såvel som i de judicielle slutninger, som danner bindeleddet mellem de enkelte bevisdata og den judicielle antagelse.

Denne forventning skulle i og for sig heller ikke være overraskende. Den svarer ganske nøje til, hvad man måtte forvente under en legal bevisteori, som jo har været herskende i flere hundrede år, og som derfor også må forventes at have sat sit præg på den bevismæssige bedømmelse

selv efter dens ophævelse. For under den legale bevisteori var det jo netop karakteristisk at det så at sige var bevismidlernes indhold, der afgjorde sagen. Hvis to vidner afgav en samstemmende forklaring om, at en aftale var indgået, lagde dommeren til grund som sin antagelse om faktum, at en sådan aftale var indgået. Beviserne afgjorde så at sige ikke blot det faktiske, men også det retlige.

(7) Bevis og regel - bevis i regel. I kriminalretlig regulering indgår undertiden hensyn til, at et kriminelt forhold forvolder en fare for en skadevirkning, som er afgørende for motivationen for den pågældende kriminalisering. Kriminaliseringen retter sig præventivt mod den pågældende skades indtræden, men må af retstekniske grunde formuleres ved et noget afvigende tema. Forholdet mellem det kriminelle og den skade, som der er fare for, når det kriminelle forhold foreligger, er ikke et bevismæssigt forhold. Men alligevel er bedømmelsen af forholdet mellem det kriminelle og det farlige sammenligneligt med et bevismæssigt forhold, nemlig forholdet mellem et bevisdatum og det relevante faktum.

Dette forhold vil kunne analyseres nøjere, når vi senere i fremstillingen er kommet tættere på sandsynlighedsbegrebet. I denne forbindelse skal jeg afgrænse den type af tematiseringer, som er centrale for bevisretten.

Bevisretten regulerer den judicielle afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund. Denne afgørelse beror på de foreliggende bevisdata. Ikke altid etablerer disse bevisdata fuld sikkerhed for det faktum, som trods dette lægges til grund. Man kan i så fald sige, at den usikkerhed, som de pågældende bevisdata er forbundet med, elimineres gennem den judicielle antagelse af vedkommende faktum. Når eksempelvis en tiltalt domfældes på grundlag af anklagemyndighedens beviser, er de fjerne muligheder for, at den tiltalte er uskyldig - som meget vel kan forenes med det forhold, at tiltalte domfældes - skubbet til side, socialt fortrængt, negligeret som værende for små. I disse tilfælde sker der i kraft af den gældende bevisbyrderegel en etablering af forbindelse mellem de forelig-

gende bevisdata og antagelsen af tiltaltes skyld. Undertiden vil jeg benytte det udtryk, at sagens bevisdata etablerer konneksitet til antagelsen af skyld.

I andre tilfælde sker der ikke en tilsvarende "fortrængning" af tvivlen: Visse regler indeholder udtrykkelig anerkendelse af, at der foreligger en større eller mindre usikkerhed vedrørende det retlige forhold, og stipulerer netop en bestemt beslutningstype for den pågældende usikkerhed. Hvis vi bliver i straffeprocessen, kan varetægtsfængslingen være eksemplet: Som grundlag for en varetægtsfængsling skal - i de fleste tilfælde - foreligge en vis sandsynlighed for, at tiltalte er skyldig i det forhold, som sigtelsen angår. At sigtede varetægtsfængsles indebærer imidlertid ikke, at muligheden for, at sigtede er uskyldig, fortrænges. Tværtom er princippet, at sigtede fortsat skal formodes at være uskyldig. Varetægtsfængslingen indebærer ganske vist en ret væsentlig modifikation i de praktiske konsekvenser af en sådan formodning, men alligevel: At sigtede eventuelt senere findes at være uskyldig, indeholder på ingen måde nogen negation af beslutningen af varetægtsfængsling. Beslutningen skal gøres om, men ikke - som en straffedom - genoptages og ændres.

Denne forskel beror på, at den materielle regel ikke blot henviser til beviskravet ("skellig grund"), men ikke hjemler nogen antagelse om virkeligheden (skylden) udover konstateringen af bevismaterialet og dets mulige forbindelse med skylden.

Man kan ganske vist betragte beslutningen om varetægtsfængsel på linie med muligheden for domfældelse: Afhængig af den grad af sandsynlighed der er for, at tiltalte er skyldig, træffes der henholdsvis beslutning om løsladelse, varetægtsfængsling og domfældelse. I denne opstilling ses der naturligvis bort fra, at disse beslutningsalternativer tidsmæssigt opstår på forskellige tidspunkter. Det centrale er, at der ses bort fra, at beslutningen om varetægtsfængsling er foreløbig: Den indeholder ikke nogen definitiv udtalelse om en bestemt faktisk sammenhæng. Der tages ikke stilling til, hvorvidt tiltalte er skyldig

eller ikke skyldig.

Ved domfældelsen/frifindelsen tages der derimod stilling til dette spørgsmål. Det er ganske vist rigtigt, at en domfældelse er legitim, også såfremt der foreligger en vis tvivl om tiltaltes skyld, når blot ikke denne tvivl går ud over, hvad en fornuftig person vil tage i betragtning, hvad der anses for rimelig tvivl, eller hvorledes kriteriet formuleres. Men selv om denne tvivlsmulighed generelt må erkendes, baseres domfældelsen på en definitiv opfattelse af en bestemt virkelighedssammenhæng. Efter domfældelsen er tiltalte at anse som skyldig.

Varetægtsfængslingen indgår i denne sammenhæng på linie med en række andre foreløbige afgørelser, som træffes som led i en sags behandling. Disse vil sjældent indeholde en definitiv stillingtagen til sagens sammenhæng. Tværtom vil de ofte være forbundet med en "formodning", svarende til formodningen om uskyld.

3. Legislativ informationsvurdering

(1) Loven indeholder en ideal eller materiel regulering, der udtrykker de normative synspunkter, som gælder for en fuldt oplyst virkelighed. Lad mig først uddybe dette traditionelle synspunkt, før det tages op til kritik. Loven udtrykker de herskende indstillinger eller normeringer, og disses emne er de "virkelige" sociale og menneskelige forhold, som udgør de mellem menneskelige relationer. Normen er ideal i den forstand, at den forholder sig til virkeligheden, men er selv hævet over denne. Den kan være anset for naturretligt funderet i et transcendentalt normsystem, eller den kan blot betragtes som en abstraktion uden virkelighedskvalitet. Det, den forholder sig til, er virkeligheden eller fakta. Det sker i enkle sætninger, som knytter bestemte retsvirkninger til bestemte fakta: "Den der begår manddrab, straffes ... den der handler culpøst, pålægges at erstatte skaden".

Den bevisretlige problemstilling vedrører oplysningen af de fakta, som her fremstår som betingende kendsgerninger for en bestemt retsfølge. Denne oplysningsvirksomhed foregår for domstolene. Forsåvidt betragtes det juridiske bevis som det judicielle bevis. Det er domstolens bedømmelse af beviset - og reguleringen af denne bedømmelse - som er emnet for afhandlingen.

Selvom denne emneafgrænsning fastholdes i hovedsagen, skal jeg dog i dette afsnit anskue den judicielle bevisvurdering og reguleringen af denne i systematisk sammenhæng med en oplysningsvirksomhed og virkelighedsopfattelse, som ikke er judiciel, men som kan sammenlignes med den judicielle bevisvurdering. Den udgør samtidig et dementi af det ideale billede af den normative struktur, som jeg indledte med at skitsere, og dermed et relevant supplement til den kritik, som dette ideal er blevet udsat for m.h.t. den judicielle afgørelse.

Til grund for lovgivningen ligger bestemte opfattelser af de samfundsmæssige forhold, som lovgivningen griber ind i. Sådanne opfattelser er bestemmende for lovgivningens indhold.

Visse "legislative antagelser" er bestemmende for indholdet af den legale regulering. De problemer, som er knyttet til den judicielle antagelse vedrørende retsfaktum, og som skal behandles i denne afhandling, har en analogi i de problemer, som vedrører den bedømmelse af virkeligheden, den vurdering af forskellige oplysninger, som ligger til grund for en lovgivning.

Betragter man denne legislative informationsvurdering, som jeg vil betegne sådanne overvejelser, i forbindelse med den judicielle bevisvurdering, udgør de som helhed elementer i den samlede "statslige" bedømmelse af den sociale virkelighed, som det offentlige indgreb, generelt eller konkret, forholder sig til.

Loven sætter en ramme for dommerens bevisvurdering, den udgør grundlaget for de afgrænsninger af et tema, som jeg

netop har behandlet. Loven sætter rammen for dommerens bevisvurdering, men denne ramme er selv baseret på en informationsvurdering.

Dette emne har interesse udfra to synspunkter:

(a) Man kan sammenligne de vurderingsstrukturer, som praktiseres ved den legislative informationsvurdering, med de bedømmelsesstrukturer, som hævdes som bevisretlige, altså som vedrørende den judicielle beslutning vedrørende faktum. I denne sammenligning har det særlig interesse at undersøge, i hvilket omfang samme partsorientering, som dominerer under den judicielle proces, slår igennem ved den legislative vurdering. Endvidere kan det undersøges, om der stilles samme eller forskellige sikkerhedskrav med hensyn til sådanne elementer, som kunne tænkes placeret enten som et judicielt relevant faktum, eller som et legislativt præliminært bedømt forhold. I forbindelse hermed kan det diskuteres, hvilke hensyn der betinger, om et bestemt forhold overlades til judiciel bedømmelse udfra en konkret iagttagelse af relevante bevisdata, og hvilke forhold lovgivningsmagten gør sig en generel opfattelse om med den virkning, at de ikke undergives judiciel bedømmelse.

(b) I et vist omfang slår en bedømmelse af forhold, som skulle være definitivt afgjort legislativt, ikke destomindre igennem judicielt. Ad forskellige veje kan forhold, som lovgivningsmagten generelt har bedømt, indgå i den konkrete judicielle afgørelse. Skodderne mellem den legislative informationsvurdering og den judicielle bevisvurdering er ikke tætte.

Ved loven forstår jeg i denne forbindelse de fuldt eller delvis objektiverede retskilder, altså ikke alene den parlamentariske lov ²⁹⁾.

29) Jfr. hertil Ross 1953 s. 93.

(2) Sammenstilling af usikkerhed under legislativ informationsvurdering og juridisk bevisvurdering. Et eksempel på, at man ved lovforberedelse har defineret relativt bestemte temaer, og overvejet explicit hvilken viden der forelå med hensyn til disse temaer, som grundlag for en lov (-revision), finder man i straffelovrådets betænkning om straf for pornografi (nr. 435, 1966).

I rådets diskussion om opretholdelse eller ophævelse af kriminaliseringen af pornografi, navnlig dagældende straffelovs § 234, diskuteredes såkaldt etiske synspunkter ved siden af spørgsmålet om pornografiens eventuelle skadevirkninger.

Rådet lagde til grund, at man ikke ville acceptere etiske synspunkter - således som rådet opfattede sådanne - som grundlag for en kriminalisering, og afgørende var herefter, om der var tilstrækkeligt grundlag til at antage, at pornografi havde skadelige virkninger. Herom indhentes en række sagkyndige erklæringer. Ved bedømmelsen af disse sagkyndige erklæringer vedrørende de eventuelle skadelige virkninger af pornografi fremhævede straffelovrådet, at der "næppe på noget punkt er mulighed for at fremsætte videnskabeligt underbyggede sikre konklusioner med hensyn til besvarelsen af de spørgsmål om skadevirkninger, som er drøftet. Det er ikke på noget punkt blevet bekræftet, at en skadevirkning beviseligt kan forekomme, men det er heller ikke blevet hævdet, at muligheden for en sådan skadevirkning med sikkerhed kan udelukkes", (s. 53).

Det tematiske problem er generelt: Spørgsmålet er om skadevirkninger forekommer eller ej, og dette spørgsmål har relation til et meget omfattende antal tilfælde. Ingen af de to generelle påstande, at skadevirkninger kan forekomme, eller at skadevirkninger kan udelukkes, er bekræftet. "Der råder med andre ord en vis usikkerhed". (s. 53).

Spørgsmålet er dernæst, hvilken konsekvens denne usikkerhed har for en stillingtagen til, hvorvidt den gældende kriminalisering af pornografisk litteratur skal opretholdes. Rådet fremkommer herom med en ganske generel udtalelse og føjer hertil en ganske konkret konklusion:

"Det kan på dette og andre områder diskuteres, hvilken grad af bevis- eller sandsynliggørelse med hensyn til skadevirkninger man skal kræve som grundlag for kriminalisering eller anden retlig sanktionering af en vis handle måde. Der lader sig næppe opstille noget almindeligt princip i så henseende (min understregning). Afgørelsen må bl.a. bero på en vurdering af, hvor vigtig man finder det at forebygge selv fjerne

skader - eller selv skader overfor et lille antal personer - og hvilke begrænsninger i handlefriheden dette mål kan legitimere" (s. 54).

Som det fremgår af denne udtalelse, er der en klar forskel mellem de krav, som stilles til sikkerhed med hensyn til grundlaget for en kriminalisering - her skadevirkningerne vedrørende pornografi -, og de krav, som stilles, når en skadevirkning indgår som et moment i et kriminelt gerningsindhold. Hvor det sidste er tilfældet - hvor det altså fremstår som en betingelse for at et vist forhold er kriminelt, at det har forvoldt en bestemt skade - må denne skadevirkning bevises med en betydelig sikkerhed. På dette punkt er der ikke tvivl om, at der "lader sig opstille et almindeligt princip", nemlig princippet om anklagemyndighedens bevisbyrde. Den nærmere fortolkning heraf vender jeg tilbage til i anden sammenhæng.

Hvor skadevirkningen ikke er optaget som et moment i det kriminelle gerningsindhold, står den som en mulighed i hvert enkelt tilfælde af et pornografisk forhold, en mulighed af større eller mindre sandsynlighed - en skadevirkning af større eller mindre omfang. Bedømmelsen af disse sandsynligheder for skadevirkninger af større eller mindre omfang er præliminært undergivet en bedømmelse under lovforberedelsen.

Den norm, som straffelovrådet angiver som i hvert fald en blandt flere, vedrører vigtigheden af at forebygge "selv fjerne skader" eller "skader overfor et lille antal personer", afvejet med de "begrænsninger i handlefriheden dette mål kan legitimere". Dette er unægtelig meget ubestemt. Det ses især at svare ganske til de overvejelser, som overhovedet følges ved afgørelsen af, om et bestemt forhold skal kriminaliseres eller ej, og man kan derfor sige, at den her gengivne formulering ikke tager specielt sigte på problemet om usikkerhed med hensyn til de relevante forhold. Rådet forsøger da heller ikke at specificere denne almene normative vurdering med henblik på det konkrete problem, men nøjes med at konstatere, at skademulighederne "ikke fremtræder med en sådan vægt og en sådan grad af sandsynlighed, at der heri kan

findes tilstrækkelig begrundelse for ..." opretholdelsen af forbudet mod pornografisk litteratur (s. 54).

Et andet eksempel: Siden slutningen af 1960'erne har spørgsmålet om ophævelse af kriminaliseringen af privat besiddelse og brug af cannabis været diskuteret. Som et blandt flere emner i denne diskussion er indgået spørgsmålet, hvorvidt der er knyttet skadevirkninger til brugen af cannabis. Isoleres dette tema til særskilt analyse, kan det siges, at der med hensyn hertil kan sammenfattes en bestemt viden (eller uvidenhed), og denne kan sættes i relation til den beslutning, som blev truffet om bevarelsen af kriminaliseringen. Det erkendes, at de sociologiske og pædagogiske spørgsmål, som en stillingtagen til det tematiske problem ville indebære, "endnu er helt utilstrækkeligt udforskede" ³⁰⁾. Også "en nærmere beskrivelse af de personlighedsmæssige og sociale komplikationer i forbindelse med et sådant samfundsmæssigt forbud (nemlig kriminaliseringen af brugen af cannabis) er afhængig af en omfattende kriminologisk og sociologisk forskning, som i dag kun foreligger i utilstrækkeligt omfang.

Den manglende forskning vedrørende disse punkter kunne - på det tidspunkt hvor beslutningen blev truffet - ventes iværksat, eftersom betydelige statslige midler indsattes på dette punkt. Indenrigsministeren sammenfattede vurderingen således:

"Forudsætningen for at foretage en afgørende ændring af retstilstanden må være, at forskningen kan udtale sig væsentligt mere sikkert om skadevirkningerne af canabismisbrug og om de sociologiske problemer. ... Man må ... være forberedt på, at det ikke er sandsynligt, at der i overskuelig fremtid vil blive skabt et sådant nødvendigt

30) Jfr. indenrigsministeriets bemærkninger til forslag om at undlade revision af loven om euforiserende stoffer m.v., Folketingstidende 1970/71 tillæg A sp. 1623.

videnskabeligt grundlag for en ændret politisk stillingtagen. Derimod er jeg overbevist om, at de allerede konstaterede skadevirkninger ved cannabismisbrug giver al god grund til at opretholde forbudet", Folketingstidende 1970/71 sp. 1685.

Denne udtalelse kan fortolkes således, at ved bedømmelsen af det tematiske spørgsmål om skadevirkninger er den almindelige og ikke videnskabeligt systematiserede erfaring tilstrækkelig til kriminaliseringen, og en ophævelse af kriminaliseringen må forudsætte, at det videnskabeligt kan underbygges, at der ikke er forbundet skadevirkninger med cannabismisbrug. Afkriminaliseringen forudsætter, at det er "bevist", at der ikke er forbundet skadevirkninger med det forhold, som afkriminaliseres ³¹⁾.

Kan der opstilles almindelige retningslinier for de informationskrav, som stilles ved legislative overvejelser, og hvorledes forholder sådanne krav sig i bekræftende fald til de krav, der konkret stilles ved judiciel bevisvurdering?

Disse brede spørgsmål begrænses med udgangspunkt i de to omtalte loveksempler. Man kan da specificere to problemstillinger:

(a) En bedømmelse af, hvilke krav der stilles med hensyn til ændring af retstilstand.

(b) En bedømmelse af, hvilken sikkerhed der er for at bestemte samfundsmæssige forhold, som tematisk indgår i motivationen for den pågældende lovgivning, faktisk er til stede.

31) Jfr. lbk. nr. 391 af 21.07.1969 om euforiserende stoffer som ændret ved lov nr. 296 af 09.06.1971.

Noget entydigt svar på disse spørgsmål kan ikke gives. Udgangspunkt i den under (a) anførte problemstilling tages af P. S. Lauridsen i hans analyse af den retspolitiske argumentation:

"Den eksisterende retlige ordning har fra begyndelsen argumenteret for sig, således at den, der vil argumentere for indførelse af ændringer i det bestående, må løfte en bevisbyrde, som indtil videre ikke påhviler tilhængerne af den gældende ret", s. 371, PSL's kursivering. "Man ved, hvad man har, men ikke hvad man får", smst. Jfr. også s. 391 og s. 601, hvorefter "bevisbyrden" påhviler den, der ønsker ændring i retstilstanden. På den anden side tilslutter P.S.Lauridsen sig naturligvis, at "der er grænser for, hvilke beviskrav man med mening kan stille til forslag om ændringer i retssystemet", og at beviskravene ikke må gøres "urimeligt store", s. 603.

Dette synspunkt er konservativt, for så vidt det stiller sikkerhedskrav m.h.t. ændring. Dette krav var åbenbart ikke opfyldt ved pornografi-frigørelsen, jfr. ovenfor, hvis motivering altså ikke bekræfter P. S. Lauridsens synspunkt.

Den anden problemstilling (b) giver følgende udtryk:

"Videnskaben kan give os råd og vejledning et langt stykke hen ad vejen, men i det svære og afgørende spørgsmål om, hvordan vi skal forholde os til stofferne og til dem, der bruger dem, lader den os i stikken. Bør vi da ikke være varsomme i vore domme, så vi ikke unødigt forøger de menneskelige lidelser, vi hellere ville forsøge at lindre?" 32).

Det er næppe muligt at konstatere konsistente principper for bedømmelsen af legislativ usikkerhed 33).

32) M. Nimb i Juristen 1969 s. 8, jfr. s. 4 om skadevirkningerne.

33) Problemet formuleres af Knud Waaben TFR 1969 s. 317: "Med henblik på en kritisk bedømmelse af de gældende regler foreligger det spørgsmål om man bør lade reglerne stå indtil der foreligger resultater af undersøgelser, eller man bør skride til en liberalisering og lade forskningen vise om der fremkommer argumenter for brugen af straf til modarbejdelse af misbrug".

Navnlig kan man ikke forvente krav om samme sikkerhed for en motivation for kriminalisering, som den sikkerhed, der kræves judicielt. I forbindelse med pornografifrigørelsen ser det ud til, at man koncentrerer sig om det sidste aspekt, idet det i hovedsagen blot kunne konstateres, at sikker viden med hensyn til eventuelle skadelige virkninger ikke eksisterede. Mens bedømmelsen i forbindelse med cannabis i højere grad rettede sig på det førstnævnte aspekt, idet retstilstanden opretholdes - trods begrænset viden om de motiverende forhold faktisk foreligger - under henvisning til nødvendigheden af en mere omfattende forskning.

Baggrunden for at påpege disse problemer her er i hovedsagen at anvise betydningen af de legale rammer for den judicielle bevisvurdering. Til dette formål er en summarisk præsentation som den foregående tilstrækkelig. For en nøjere analyse af disse problemer måtte der naturligvis gås mere i dybden, navnlig måtte forholdet mellem de her specificerede temaer og andre momenter indgå i analysen. De forskellige krav der er stillet i de to situationer, som er behandlet, kunne eksempelvis forklares ved, at der var forskel på, hvilke andre hensyn der indgik i overvejelserne.

Spørgsmålet om de skadelige virkninger af cannabis skulle således være definitivt bedømt legislativt. Dette udelukker imidlertid ikke, at dette spørgsmål dukker op i den judicielle vurdering, ikke som et tematisk element i bestemmelsen af det kriminelle gerningsindhold, men i forbindelse med valg af type af sanktion og udmåling indenfor denne type.

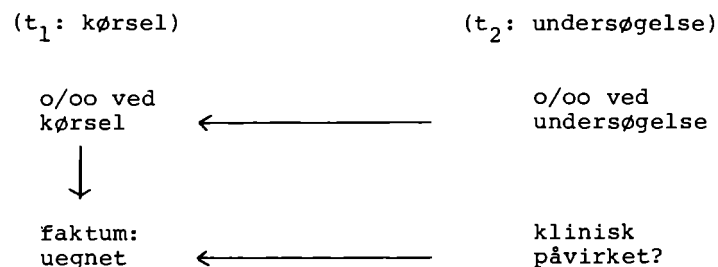
Dette kan illustreres af proceduren for Højesteret i sagen U 1970.733 H, hvor en af de tiltalte havde indført og solgt ca. 60 kg cannabis. Under proceduren henviste anklagemyndigheden til at der "har siden 1925 været international enighed om at betragte det (cannabis) som farligt, og de, der hævder det modsatte, har bevisbyrden. Den har de ikke i mindste måde opfyldt", mens forsvareren hævdede, at "det måtte være anklagemyndigheden, der skulle be-

vide, at hash var særligt farligt. Man ved i virkeligheden intet om dette spørgsmål" ³⁴⁾. Under hensyn til den strenge straf, som pålagdes tiltalte, er der grund til at tro, at Højesteret i hvert fald ikke har fulgt forsvarerens synspunkt. Man har vel fulgt anklagemyndigheden så vidt, at spørgsmålet om farlighed ikke blankt kunne diskuteres under en kriminalproces, men måtte betragtes som definitivt bedømt gennem den foreliggende kriminalisering. Som relevant udmålingshensyn kunne evt. indgå en uddybet forståelse af de skadelige virkninger hyppighed og karakter.

(3) Dilemma: Legislativ eller judiciel vurdering. Eksempel: Spirituskørsel.

"Et motordrevet køretøj må ikke føres eller forsøges ført af nogen, der har nydt spiritus i et sådant omfang, at han er ude af stand til at føre køretøjet på fuldt betryggende måde", færdselslovens § 16, stk. 1.

Med udgangspunkt i denne bestemmelse kan den legislative udformning af kriminaliseringen af spirituskørsel i forbindelse med de typiske bevisdata herfor belyse 1) Den samme type af overvejelser, som indgik i de ovenfor omtalte eksempler vedrørende sikkerheden for "skadevirkninger", 2) Et legislativt dilemma om, hvorvidt visse lovmæssige sammenhænge skal undergives en legislativ bedømmelse eller principielt indgå i den enkelte judicielle vurdering, og 3) Forholdet mellem det af lovreglen definerede tema og det praktisk anvendte bevisdatum.



Figur 1

34) Citeret efter Information 20.08.1970

Temaet efter loven er, hvorvidt chaufføren var i stand til at føre bilen på en "fuldt betryggende måde", eller som jeg vil udtrykke det: Om chaufføren var egnet til bilkørsel, jfr. faktum i figuren. Dette spørgsmål om egnethed bedømmes i praksis i høj grad under hensyntagen til, hvilken spirituspromille den pågældende havde på undersøgelsestidspunktet, og hvilken promille man heraf kan slutte, at den tiltalte havde på kørselstidspunktet. Jeg bekræfter mig i det følgende i hovedsagen med o/oo-beviset.

Hvilken sikkerhed for uegnethed giver en bestemt kørselspromille? Dette spørgsmål (den lodrette pil i figuren) belyses af undersøgelser, som vedrører forholdet mellem bestemte alternative kørselspromiller og chaufførernes egnethed til at gennemføre den pågældende bilkørsel. Denne egnethed præciseres i sådanne undersøgelser til overholdelsen af bestemte eksperimentale færdselsregler. - En særlig gruppe af undersøgelser af dette tema er de lægelige erklæringer om påvirkethed, som ganske vist ikke direkte - i hvert fald ikke hvis de tages efter ordene - går på chaufførens egnethed til at køre, men på hans/hendes tilstand af påvirkethed på undersøgelsestidspunktet. Men sådanne undersøgelser har kun interesse - og kan derfor kun tænkes foretaget, såfremt man går ud fra, at der fra en antagelse af "påvirkethed" kan sluttet noget relevant om "uegnethed" ³⁵⁾.

Spørgsmålet er nu, med hvilken sikkerhed det på grundlag af kendskab til en bestemt kørselspromille kan antages,

35) Retslægerådet forstår ved påvirkethed "en tilstand, som er klinisk påviselig ved den her i landet benyttede lægeundersøgelse", RA 1968 (1969) s. 116. Dette er jo ikke meget oplysende.

at chaufføren er uegnet til at køre. For den "interessante gruppe" af promiller mellem 0,5 og 1,0 kan antages, at der generelt sker en vis forøgelse af risikoen for uheld, men ikke nogen betydelig stigning i denne risiko, ligesom den lægelige konstaterbarhed af andre adfærdsrelevante træk er forbundet med en betydelig usikkerhed ³⁶⁾. Ikke destomindre er spirituspromillen af afgørende betydning for den judicielle bedømmelse af chaufførens egnethed til bilkørsel. Set på baggrund af de foregående overvejelser vedrørende legislativ informationsvurdering indebærer den praktiserede tolkning af uegnedetskriteriet i forbindelse med de anvendte bevisdata en tolkning af uegnethed som ensbetydende med, at chaufføren - i sin spirituspåvirkede tilstand - frembyder en større risiko for ulykkesforvoldelser end en chauffør i ikke-påvirket tilstand. De grader af klinisk påvirkethed og de kørselspromiller, som tillægges afgørende betydning i denne henseende, viser, at der sker en vis risikoforøgelse som følge af spiritusindtagelsen. Bedømmelsen af den risikoforøgelse er generel for chauffører i almindelighed.

En anden side af sagen er beviset for den pågældende kørselspromille (øverste vandrette linie). Dette bevis føres først og fremmest ved beregninger ud fra undersøgelsespromillen. For disse beregninger gælder betydelige beviskrav. Disse vanskeligheder omtales som regel under betegnelsen "tilbageregningsproblemet" ³⁷⁾. Ved denne tilbageregning referes til de sikkerhedskrav, som er knyttet til forestillingen om "anklagemyndighedens bevisbyrde", d.v.s. at man kræver en betydelig sikkerhed for, at den pågældende til-

36) Risikoen for at en chauffør kommer ud for et færdelsuheld, begynder at stige allerede ved en alkoholpromille på 0,4 - 0,5. Jfr. eksempelvis Grand Rapids-undersøgelsen, refereret i Trafiknykterhetsbrott SOU 1970: 61 (1970) s. 97. Op til promiller på omkring 1 - 1,5 er denne stigning dog ikke særlig stor, smst. s. 95. I sammenstillinger af alkoholpromillen og den lægelige, kliniske undersøgelser vises det, at for promiller mellem 0,4 og 1,0 konstateres mellem 37% og 63% at være påvirkede, jfr. Gürtler og Lund i Ugeskrift for Læger 1966 s. 1.

37) Jfr. bet. vedrørende spirituspåvirkede motorførere 515.1969.32 f, s. 42 f (om retslægerrådet), straffelovrådets bet. om spirituspåvirkede motorførere s. 56 f og 66 f.

bageregning ikke fører til, at en større kørselspromille lægges til grund end berettiget.

Sammenholdes de sikkerhedskrav, der stilles forsåvidt angår slutninger mellem undersøgelsespromille og kørselspromille med sikkerheden i slutninger fra kørselspromille til uegnethed, kan vi konstatere, at der i overensstemmelse med de processuelle regler stilles betydelige krav, når det gælder de antagelser, som gøres om kørselspromille på grundlag af undersøgelsespromillen, mens relativt beskedne forskydninger i ulykkesrisikoen er relevante, når det gælder slutninger fra kørselspromillen til uegnetheden.

Denne retstilstand er gældende, forsåvidt som den kan betragtes som en nogenlunde korrekt sammenfatning af den judicielle praksis. De overvejelser, som var bærende for de to nævnte betænkninger, vedrørte spørgsmålet, om denne retstilstand skulle legaliseres, ved at der indførtes en egentlig promillegrænse. En sådan ændring vil - forsåvidt angår grænsen mellem domfældelse og frifindelse - kun have beskeden betydning, såfremt promillegrænsen sættes til 0,8 promille suppleret med en sikkerhedsmargin på 1,5 promille ³⁸⁾.

Fra et bevisretligt synspunkt har det imidlertid interesse at holde fast ved et enkelt principielt punkt, nemlig spørgsmålet om, i hvilket omfang en promilleregulering vil kunne betragtes som en fravigelse fra "princippet om fri bevisbedømmelse". En påpegning af dette problem er egnet

38) Jfr. herved bet. nr. 515 s. 22 f, sml. Bjarne Frandsen 1970, s. 68 f, s. 359 f, Tillæg 1975 s. 96 f, sml. Lindegaard i Juristen 1972 s. 98 - 100.

som grundlag for forståelse af forholdet mellem den bevisretlige regulering og den materielle regel. Straffelovrådets overvejelser herover illustrerer også den forskellige bedømmelse af forholdet mellem den konkrete undersøgelsespromille og kørselspromille og det generelle forhold mellem kørselspromille og uegnethed:

Straffelovrådet tager "afstand fra den betragtning, at man ved at gå over til en promilleregulering forlader den fri bevisbedømmelse og derved forringer borgernes retsstilling. Det, som sker ved fastsættelsen af en nedre promillegrænse er, at man udvider det kriminaliserede område indenfor et spektrum af stigende faregrader forbundet med nydelse af spiritus. Der søges fastsat en grænse, ved hvilken man har tilstrækkelig sikkerhed for, at nedsættelse af køreevnen oftest er en realitet, og gennem promillegrænsens fastsættelse og blodprøvens anvendelse søger man at skabe fornøden sikkerhed for, at reglen kun rammer personer, som frembyder den grad af sandsynlighed for spirituspåvirkning, som det kan anses for begrundet at straffe. Det som kriminaliseres ved den foreslåede promillegrænse er ikke en bestemt, nærmere angivet nedsættelse af køreevnen i det enkelte tilfælde, men en alkoholkoncentration i blodet, som på grundlag af foreliggende undersøgelser med stor sandsynlighed kan antages at bevirke en forøget kørselsrisiko. Det vil ikke i den enkelte sag kunne afgøres om den pågældende motorfører netop er en af dem, som de generelle erfaringer ikke passer på. Men det synes ikke uberettiget at lægge vægt på, at den pågældende selv har bragt sig i den risiko, at han kan blive behandlet på grundlag af slutninger for alkoholkoncentrationen, og det findes, når den nedre grænse sættes som af rådet foreslået, ikke betænkeligt at lade generelle, statistisk underbyggede erfaringer være afgørende ved kriminaliseringen. Det skal her bemærkes, at det er ganske sædvanligt, at der fastsættes straf for handlinger, der frembyder en abstrakt fare, men som ikke i det konkrete tilfælde har medført en faresituation". Straffelovrådets bet. 588.1970 s. 60 - 61 (mine understregninger).

På baggrund af denne analyse af en promilleregulering og den heri forudsatte analyse af den gældende uegnethedsregel kan man opstille følgende to kriminaliseringstyper:

(a) Den kvalitative sondring mellem egnethed og uegnethed: Færdselsloven stiller et bestemt krav til chauffører, nemlig at de er fuldt ud egnede til bilkørsel. Dette er temaet for bedømmelsen i den enkelte straffesag. En chauffør er enten egnede eller ikke-egnet.

Til denne opfattelse af det bevisretlige tema knytter sig anvendelsen af samtlige bevisdata: Spiritusindtagelse, beregning af kørselspromille, personens konkrete kørselsegenskaber, iagttagelse af tiltaltes kørsel, o.s.v.

Dette er utvivlsomt den oprindelige opfattelse af færdselslovens kriminalisering af spritkørsel. Men af praktiske grunde har en bevisførelse i overensstemmelse med disse retningslinier været umulig. I forbindelse med den bevismæssige koncentration omkring undersøgelse af spirituspromillen, suppleret af klinisk undersøgelse af tiltalte, er der sket en omtolkning af det retlige tema:

(b) Spørgsmålet om egnethed er et spørgsmål om en graduering. At være uegnet vil sige, at man frembyder en større risiko for at indgå i kørselsuheld end man ville gøre, såfremt man ikke havde indtaget spiritus. Spiritusindtagelsen gøres til et "faredelikt", uegnetheden består i at chaufføren frembyder større fare end uden spirituspåvirkning, og kørselspromillen kan være tilstrækkeligt grundlag for antagelser vedrørende denne fareforøgelse.

Med denne tematiske omtolkning er spirituspromillen tilstrækkeligt som bevisdatum. Ser vi på denne baggrund på straffelovrådets bemærkninger om forholdet til en fri bevisbedømmelse, er det klart, at dette princip i denne sammenhæng kan forsvares, ikke så meget fordi anvendelsen af kørselspromille som entydigt bevisdatum i relation til uegnetheden i forståelse (a) ikke strider mod princippet om fri bevisbedømmelse, men fordi promille-reglen betragtes som en ændring af det tematiske, jfr. (b). Den i citatet fuldt ud understregne sætning udtrykker netop det misforhold mellem den konkrete sags faktum og de generelle erfaringer, som er karakteristisk for en legal bevis-teori. Men det er ikke en relevant indvending, eftersom der er sket en tematisk omtolkning ³⁹⁾.

39) Alligevel er det nok en lidt overdreven påskønnelse, når man betragter det som "mest betydningsfuldt", at rådet har "skudt en pind gennem den populære myte", at promillereglen strider mod bevisbedømmelsens frihed, jfr. Bent Ummack-Larsen i Juristen 1971 s. 193.

Forholdet mellem alkoholpromillen og spirituspåvirketheden træder særligt klart frem i tilfælde, hvor den kliniske undersøgelse finder sted så lang tid efter kørslen, at den ikke har betydning for bedømmelsen af tiltaltes egenskaber under kørslen, eller tilfælde, hvor en klinisk undersøgelse ikke finder sted. Kan der konstateres en alkoholpromille, kan der på dette grundlag foretages en tilbageregning, og fra den beregnede alkoholpromille - der ikke angives bestemt - foretages en retsmedicinsk bedømmelse af sandsynligheden for spirituspåvirkethed. Et eksempel er

UFR 1972.769 H: Tiltalte mistede herredømmet over sin bil, som kørte op over fortovet og påkørte en lysmast m.v. Herefter forlod tiltalte stedet. Kørslen fandt sted omkring kl. 2 nat. Ved lægeundersøgelse 7½ time senere kunne tiltalte "næppe betegnes som påvirket". På grundlag af de konstaterede alkoholpromiller kunne retslægerrådet udtale, at tiltaltes forklaringer om sit spiritusforbrug måtte være urigtig, idet det måtte have været væsentligt større end af ham forklaret. Med hensyn til alkoholkoncentrationen og påvirketheden under kørslen udtalte rådet: "Det må ... antages, at alkoholkoncentrationen (under kørslen) har været i det mindste væsentligt højere end ved tidspunktet for lægeundersøgelsen, hvorfor dennes udfald er lidet vejledende med hensyn til sigtedes tilstand ved tidspunktet for kørslen. Retslægerrådet kan derfor kun besvare spørgsmålet ved henvisning til den statistiske sammenhæng mellem blod-alkoholkoncentrationen og klinisk påviselig spirituspåvirkethed og kan ikke udtale sig om en eventuel påvirketheds grad. Alkoholkoncentrationen i sigtedes blod ... (på kørselstidspunktet) må antages at have haft en størrelse, ved hvilken den statistiske sandsynlighed for spirituspåvirkethed efter retslægerrådets skøn er 50 - 70%. Det bemærkes, at usikkerheden skyldes det lange tidsrum, som er hengået fra kørslen til udtagelsen af blodprøve".

Underretten fandt tiltalte skyldig i spirituskørsel, idet retten forkastede tiltaltes forklaring om sit spiritusforbrug, og fandt at tiltaltes for store fart inden uheldet måtte skyldes hans spiritusindtagelse. Domfældelsen stadfæstede ved landsretten, mens Højesteret kun tog stilling til strafudmålingen.

Denne henvisning til den statistiske sammenhæng mellem en bestemt alkoholkoncentration og påvirkethed svarer til den almindelige retsmedicinske påpegning af denne sammenhæng ⁴⁰⁾. Den relativt lave grad af sandsynlighed, som man bygger på i

40) H. Gormsen: Retsmedicin 3.udg. s. 245.

disse sammenhænge, kan forlede til at tro, at man her står overfor et meget beskedent beviskrav. Pointen i den foregående analyse har været at vise, at dette vel er tilfældet, såfremt det tema, som beviset sættes i relation til, er en konkret personlig uegnethed, men ikke er tilfældet, såfremt temaet angives som generel risikoforøgelse som følge af spiritusindtagelse ⁴¹⁾.

4. Materiel ret og bevisret

Den ældre bevisretlige litteratur beskæftiger sig i vidt omfang med spørgsmålet om, hvorledes forholdet er mellem den materielle ret og procesretten, i særdeleshed naturligvis bevisretten, og på hvilken måde det forhold, hvori processen står i forhold til den materielle ret, virker bestemmende for procesrettens regulering, i særdeleshed bevisbyrdereglerne. Hovedsynspunktet for denne ældre litteratur er, at den materielle ret skal realiseres eller virkeliggøres gennem processen, og at bevisbyrdereglerne må opstilles ud fra dette synspunkt. Hensynet til den materielle rets virkeliggørelse skal således være bestemmende for bevisbyrdens fordeling.

Dette hovedsynspunkt er udmøntet i forskellige bevisbyrde-regler. Jeg sigter herved til sådanne principper som, at "actori incumbit probatio" eller sagsøgeren skal føre beviset, den der hævder en ret skal bevise betingelserne for sin ret, hver af parterne skal bevise forudsætningerne for anvendelse af enhver retsregel, som han påberåber sig

41) Når der herved tales om faredelikt, må bemærkes, at farens (fareforøgelsens) tilstedeværelse ikke skal påvises og ikke fingeres at være til stede for den tiltaltes vedkommende.

til sin fordel, o.s.v. De fleste af disse principper bygger på implicitte eller explicitte forudsætninger om forholdet mellem den materielle regulering og procesretten, som kun kan finde deres rimelige forklaring i deres tilknytning til naturretlig opfattelse. Det er derfor en taknemmelig opgave at påvise, hvorledes sådanne procesretlige principper bygger på retsteoretiske antagelser, som ikke harmonerer med et utilitaristisk, antimetafysisk udgangspunkt ⁴²⁾.

Men efter denne "realistiske" kritik står spørgsmålet tilbage, hvordan man opfatter forholdet mellem den materielle regel og bevisreglerne.

En ekstrem gennemførelse af det antimetafysiske synspunkt repræsenterer den amerikanske "fact-scepticism" ⁴³⁾.

"The trial court's facts are not "data", not something that is "given"; they are not waiting somewhere, ready made, for the court to discover, to "find". More accurately, they are processed by the trial court - are so to speak, "made" by it, on the basis of its subjective reactions to the witnesses' stories". 1949 s. 23 - 24.

Hvad bestemmer da dommerens subjektive reaktion på sagens bevisdata? Domstolen træffer først sin afgørelse

"... and, then only, work backward to a major "rule" premise and a "minor" fact premise to see whether or not that decision is logically defective". 1949 s. 184.

Sagens faktum vælges, så det stemmer med den afgørelse, der anses opportun. Påstande om en sådan subjektiv pragmatisme forekommer overdrevne. Selvom det er rigtigt (barnalt), at man ikke har sikkerhed for overensstemmelsen mellem den judicielle antagelse og det objektive faktum, udelukker dette ikke, at der gælder visse centrale bevis-

42) Jfr. herved Olivecrona 1930.

43) Frank, 1930 og navnlig 1949.

retlige regler, og at der praktiseres nogle almene beslutningsstrukturer, som måske ikke er udtrykt formelt, men som ikke destomindre relativt entydigt sætter sig igennem i praksis.

En tilsvarende problemstilling finder man indenfor et andet emne, nemlig strafudmåling. Som bevisbedømmelsen er strafudmålingen relativt ulovbestemt. Der er såvel materielt som processuelt sat visse rammer, men indenfor disse rammer står dommeren så frit, som domstolenes praksis nu tillader det. Indenfor strafudmålingen kan konstateres ganske betydelige individuelle afvigelser ⁴⁴⁾. Men disse afvigelser, som undertiden sammenfattes under betegnelsen "dommerindividualitetens betydning" gør ikke udmålingspraksis til noget rent individuelt, men der kan påvises almene faktorer, som bestemmer strafudmålingen, og som kan forklare og systematisere de resultater, som faktisk nås ⁴⁵⁾.

Opgaven i forbindelse med denne bevisretlige undersøgelse er da netop at påvise sådanne almene strukturer og påvirkningsfaktorer i forbindelse med den judicielle bedømmelse af faktiske forhold.

Andre forfattere har fastholdt en strukturering af forholdet materiel ret - bevisret, som er præget af den idealistiske tradition, selvom de iøvrigt har tilsluttet sig den "realistiske" kritik af teorierne om den materielle rets virkeliggørelse. Dette gælder først og fremmest den svensk-norske sandsynlighedsteori:

Bolding anvender udtrykket materiel ret som betegnelse for

44) Sml. von Eyben: Strafudmåling 1950, især vedrørende von Eybens egen undersøgelse s. 10 f, 163 f, 467 f.

45) Sml. von Eyben a.st. om sådanne "udmålingsfaktorer", s. 225 f.

"det läge som skulle gälla för den händelse alla fakta vore fullt klarlagda och rättsreglerna vore tillämpade i enlighet med sina ändemål". Med "materiel regel" sigtes til en "regel som uttalar sig om ett faktum, som därvid förutsättas vare fullt klarlagt, men som lämnar öppet huruvida samme regel eller en annan regel skal gälla om detta faktum vore i högra eller lägra grad ovist"⁴⁶⁾.

Når den bevisretlige problemstilling betragtes som negligeret i den materielretlige regulering, er det nærliggende at opfatte den bevisretlige problemstilling som en analogisituation: De materielle regler knytter en retsfølge til "existensen av ett sakförhållande", og man har ved lovens udformning "helt enkelt bortset från frågan hur stark bevisning som erfordras för att rätten skal kunna lägga det ifrågavarande sakförhållande til grund för domen"⁴⁷⁾. Lösningen af det ulovbestemte problem beror på en bedømmelse af, om den materielle regel "skal til-læmpas ex analogia eller e contrario, då ... (det materielle faktum) bevisats med viss grad af sannolikhet", Ekelöf s. 87 note 89.

Dette forekommer mig at være en utilfredsstillende begrebsmæssig opfattelse af den materielle regulering. Ved nærmere bedømmelse er der grund til at skelne mellem de to sider af sagen: Dels spørgsmålet om det legislativt-historiske problem, hvorvidt hensyn til bevisreguleringen og bevismuligheder i videste forstand indgår som et relevant hensyn ved lovens udformning, dels det begrebsmæssige problem, om den materielle regel skal tænkes under abstraktion af muligheden for (bevismæssig) usikkerhed.

46) Bolding 1951 s. 19 note 15. Små. Eckhoffs sontring i en retsteoretisk analyse af rettighedsbegrebet mellem "materielle retsregler" og "handlingsregler for dommere", Festschrift til Ross s. 63 f, s. 66 og 71.

47) Ekelöf IV, 1973 s. 71.

Hvad angår det første spørgsmål behøver det ikke udførlig dokumentation, at der i mange tilfælde ved en lovgivnings udformning indgår bedømmelser af, hvilke bevisregler der er gældende for de typer af materielle fakta, som overvejes optaget i den pågældende lovtekst, og hvilke bevisdata der er relevante og tilgængelige ⁴⁸⁾. Selvom mange bevisretlige problemer ikke er entydigt reguleret, er der dog for centrale emner faste holdepunkter for bestemte forudantagelser om, hvorledes en given materiel regel vil blive praktiseret i dens forbindelse med den bevisretlige regulering, og denne forhåndsbedømmelse indgår som et centralt moment ved udformningen af den pågældende lovgivning.

Hvad angår det begrebsmæssige spørgsmål, er problemet vanskeligere: Det er jo klart, at mange legale regler er udformet under abstraktion fra de bevisproblemer, som er forbundet med anvendelsen af de pågældende regler. Forsåvidt er der behov for et begreb, som netop omfatter denne type af regler. Men denne abstraktion er ikke absolut, løstrevet fra reglens funktion. Når jeg eksempelvis betegner straffelovens § 237 om "den, som dræber en anden, straffes for manddrab ...", som en materiel regel, er det, fordi jeg abstraherer fra de bevisretlige og øvrige procesretlige problemer, som er forbundet med praktiseringen af den pågældende bestemmelse. Den pågældende regel er materiel, fordi den sættes i relation til et tema, hvorvidt den tiltalte begik manddrab eller ej. En regel er med andre ord materiel i relation til et bestemt tema. Denne begrebsbestemmelse er, såvidt jeg kan se, tilfredsstillen-

48) Jfr. ovf. II.3. Se endvidere Eckhoff 1943 s. 55 f. Ved nykriminalisering tages f.eks. hensyn til anklagemyndighedens mulighed for at skaffe bevis, respektiv gerningsmandens mulighed for at "sikre sig mod bevis", se Straffelovrådet om økonomisk kriminalitet 1974, navnlig kap. V.

de for den bevisretlige teori. Det er den, som er lagt til grund for terminologien i II.2. om tematisering, hvor tematiseringer, der indeholdt angivelse af bestemte sandsynlighedsgrader, blev omtalt, f.eks. "fare", "skellig grund" for mistanke. Det er endelig med denne analyse forståeligt, at også regler, der i visse sammenhænge betegnes processuelle, kan fungere som "materielle", nemlig når de sætter et tema for en judiciel bedømmelse, f.eks. af en værnetingsregel.

Med den heranvendte terminologi kan det ikke hævdes, at bevisregler som processuelle regler (modsat materielle regler) primært er adresseret til domstolen. Det må bero på en undersøgelse af reglernes indhold ⁴⁹⁾.

49) Sml. Ekelöf I s. 26 f, 1956 s. 22, Hurwitz & Gomard s. 14.

Kapitel III

Nogle ældre bevisreguleringer

1. Afgrænsning

Hovedsigtet med denne afhandling er at behandle gældende bevisret. Dette sætter snævre grænser for den retshistoriske undersøgelse. Der kan ikke være tale om en selvstændig undersøgelse af det retshistoriske materiale. En sammenstilling af forskellige bevisreguleringer må ske på grundlag af sekundære kilder. Behandlingen må endvidere være kortfattet og må langt fra at tilsigte fuldstændighed fremdrage enkelte centrale bevisretlige figurer, som kan være relevante for den følgende analyse.

Ved at udskille og beskrive enkelte ældre sæt af bevisregler bliver det muligt at iagttage nogle grundlæggende struktureringer, som har karakteriseret bevisretten. Visse af disse reguleringer har egenskaber, som i den senere og mere omfattende bevisret er bevaret i en generaliseret omformning. Analysen af den ældre form kan disponere for en erkendelse af grundlæggende træk også i den aktuelle og mere komplicerede form.

Det er et påfaldende træk, at de begreber, som anvendes i litteraturen om bevisretten, i lovregulering, og i juridisk praksis vedrørende bevisretlige emner, er præget af en vedholdende konservatisme, både positivt ved at gamle begreber fortsætter med at blive anvendt, og negativt ved at kun få nye dukker op. Den middelalderlige retstilstand beskrives i hovedsagen med samme ord, som anvendes om og i nutidig bevisret.

Denne terminologiske kontinuitet må naturligvis ikke forlede til den opfattelse, at det drejer sig om at udskille enkelte generelle, måske naturbestemte former, som til forskellig tid har haft forskelligt indhold. Tværtimod vil iagttagelsen af enkelte ældre bevisreguleringer vise,

at den juridiske regulering af beviset, den judicielle erkendelsesteori, har haft forskellige udformninger, nært forbundet med forskellige samfundsmæssige forhold og funktioner.

Det historiske forspil tjener til perspektivering af den aktuelle bevisrets problemer og antyder de tidsmæssige og samfundsmæssige grænser, som må sættes for relevansen af de påstande, som hævdes for den gældende bevisret.

2. Duel

Oprindelig sloges man, mand og mand imellem. Så blev der indført lov og orden, og domstolene sørgede for løsninger af konflikter - dette enkle billede af rettens tilblivelse skal jeg ikke her gendrive i alle enkeltheder. Jeg tager kun en enkelt af dets støttepiller op, nemlig opfattelsen af duellen som et brohoved mellem den førretlige kamp og den retlige organisering af de mellem menneskelige forhold. Denne forståelse finder man eksempelvis hos J. Frank (1949), som efter at have beskrevet det førretlige kaos redegør for rettens funktion: Ved konkrete afgørelser at løse konkrete konflikter, og derved forhindre åben vold (s. 7). For opfattelsen af processen betyder dette, at

"litigation in our courts is still a fight. The fighting to be sure, occurs in a court-room, and is supervised by a government officer known as a judge. Yet, for the most part, a law-suit remains a sort of sublimated, regulated brawl, a private battle conducted in a court-house" (s. 7)

Dette udgangspunkt er grundlaget for at modstille en "fight theory" og en "truth theory" som grundopfattelse af den judicielle proces ¹⁾.

1) Frank 1949 bl.a. s. 80 f.

Den historiske analogi er farlig - og her misvisende såvel for opfattelsen af den middelalderlige proces som for forståelsen af den aktuelle "kamp" under en proces. Det sidste vender jeg tilbage til.

Duellen har spillet en betydelig rolle som afgørelses- eller bevismiddel i den middelalderlige proces. Den må afgrænses i forhold til den almindelige kamp, som ikke opfattedes som et middel til erkendelse af et retsforhold eller en forbrydelse, men som blot var en fysisk strid. Udenfor falder også den tvekamp, der måske kunne være afgørende for legitimation for et fremtidigt forhold eller som trådte i stedet for kamp mellem to hære ²⁾. I hovedsagen kan duellen indskrænkes til at vedrøre afklaring af fortidige forhold (som er operative for fremtiden).

Duellen brugtes både ved ejendomsstridigheder og i straffesager ³⁾. Dette beroede navnlig på, at en parts eller vidnes ed kunne anfægtes, således at duel mellem den, der havde aflagt ed, og vedkommende part afgjorde, om eden var mened ⁴⁾. Selvom retten kunne blive tvunget til at forsvare sin dom på denne måde ⁵⁾.

Vidnet anfægtes og udfordres til kamp:

"Thou hast lied against me. Grant me the single combat and let God make manifest whether thou hast sworn truth or falsehood" (Bavarisk lov 9. årh., citeret efter Lea s. 103, jfr. s. 120).

Kvinder - såvel som børn og gamle - antoges ikke at kunne forsvare deres ed i duel ⁶⁾. Men de kunne i stedet be-

2) Jfr. Lea s. 104, Bruun s. 51 f og f.eks. s. 124 om holmgang i sagerne.

3) Holdsworth I s. 308 note 11.

4) Conrad 1962 I s. 28, 148.

5) Holdsworth I s. 308, jfr. Lea s. 123 - 124.

6) Lea s. 122, jfr. s. 152 f.

nytte repræsentanter - champions -, og adgangen til at hyre champions udstræktes til andre, der ikke selv kunne forsvare sig ⁷⁾.

Parterne skulle have samme våben, og det forekom, at dommeren skaffede den fattige våben ⁸⁾.

"Defeat was not merely the loss of the suit, but was also a conviction of perjury, to be punished as such ..." Lea s. 166 - 167.

Anvendelsen af champions blev derved et centralt træk. Kirken og godsbesiddere havde faste champions ⁹⁾. En rejssende handlende kunne komme i vanskelighed, når det gjaldt at finde en egnet champion ¹⁰⁾.

Champions kunne betragtes som vidner og skulle da aflægge ed på deres kendskab til sagens faktum, men i England bekræftes ved lov (1275), at de ikke behøver bekræfte deres egen viden om sagen ¹¹⁾. For engelsk ret, hvor duellen føres tilbage til normannerne ¹²⁾, fortæller Blackstone ¹³⁾ for sin tid om valg af sted for duel, om våben, og om kampens forløb. Kampen begyndte med the champions ed og fortsatte "till the stars appear in the evening". Drejede sagen sig om jordejendom, kunne den, der besad jorden, beholde den, hvis kampen endte uafgjort. Den der sigtedes for en forbrydelse, kunne forsvare sig ved duel ¹⁴⁾. Parterne aflagde ed om deres opfattelse vedrørende forbrydelsen.

Duellen var anvendt og administreret af kirken, men omfattedes af forbudet mod ordalier 1215 ¹⁵⁾. Selvom duellen

7) Holdsworth I s. 309, Lea s. 196 f.

8) Iflg. Lea s. 175.

9) Holdsworth I s. 309.

10) van Caenegem i La Preuve bd. 17, s. 378 - 379.

11) Holdsworth I s. 309.

12) Thayer I s. 39.

13) Commentaries (1765-68) III 338 f, citeret Holdsworth I s. 678-679.

14) Sml. Esmein s. 59.

15) Gaudemet i La Preuve bd. 17 s. 122 f.

var gået af brug omkring 1300, kunne den dog stadig finde anvendelse, især blandt riddere og i det hele ved de feudale retter ¹⁶⁾. Tilsvarende stødte den på særlig modstand hos handlende, i det hele i byerne ¹⁷⁾.

Forbudene mod duel indgik i kongemagtens centraliseringsbestræbelser: De duellerende riddere underkastes i stedet centrale domstole, der tildels fungerer som kongelig inkvisition, og desuden mister lensmændene indtægter ¹⁸⁾.

Det er omdiskuteret, om tvekamp har været anvendt i Danmark, og om den i så fald er blevet afløst af jernbyrd ¹⁹⁾. I denne diskussion indgår to problemer, dels det terminologiske, hvilke handlinger eller fremgangsmåder, man vil betegne som retlige bevismidler, dels spørgsmålet i hvilket omfang de således definerede metoder har forekommet i Danmark. Diskussionen beror ikke på tvivl, om danskere sloges i middelalderen, men var det tvekamp?

Her kan det retshistoriske problem ikke behandles, men vedrørende det terminologiske problem: Hvis tvekampen opfattes som den fremtræder, d.v.s. naturligt, objektivt, så er der ikke plads for nogen gud, naturlove eller lign. til at bestemme udfaldet. Dette var afgørende for Matzen: En gudsdom forudsætter, at guden griber ind, men "i Tvekampen gaar Alt grumme naturligt til" ²⁰⁾. Heraf fremgår, at Matzen ikke interesserer sig for tvekampen i den sammenhæng, hvori den blev opfattet og fungerede. Afgørende må være, om der til kampens udfald knytter sig forestillinger om

16) Holdsworth I, s. 309 - 310, Esmein s. 105 - 106, van Caenegem i *La Preuve* bd. 17 s. 377 - 378.

17) van Caenegem s. 379

18) Jfr. Lea s. 216- 217 om Ludvig den Helliges forbud 1260, jfr. s. 218, 220 f, Esmein s. 104 f.

19) Se Matzen 1893 s. 88-91, der i tilslutning til Steenstrup: *Normannerne I*, 325 - 335 afviser, at tvekamp har været anvendt som retligt afgørelsesmiddel. Og på den anden side H. C. Bruun 1930.

20) Matzen: 1893, s. 44 - 45.

retfærdighed og sandhed, og om kampen foregår under en vis social organisation. I modsætning til tvekampen fungerede fejden som en organiseret hævn uden ordaliets erkendelsesfunktion ²¹⁾.

3. Gudsdom

Gudsdommen har man bestemt som "ein rechtsförmliches Verfahren zur Ermittlung der Wahrheit in einem Rechtsstreit oder zur Feststellung der Schuld oder Unschuld eines Beschuldigten.

Herved fremhæves gudsdommens eller ordaliets karakter af et juridisk erkendelsesmiddel. Gudsdommens indhold afspejlede ikke blot en guddommelig vilje eller styring, men indeholdt en åbenbaring af et virkelighedsindhold, nemlig af et retsforhold eller en skyld/uskyld. Men til karakteristikken må naturligvis føjes at denne erkendelse i verdslig sammenhæng beroede på troen på, at Gud ville styre det processuelle forløb, således at sandheden åbenbares ²³⁾. Jernbyrden omtaltes således som en ritus explorandae veritatis ²⁴⁾.

Også duellen er - i religiøs tydning - en gudsdom. Mens duellen er tosidig, er de fleste andre gudsdomme ensidige, således at kun den ene part skulle undergå en prøve. Også her findes eksempler på anvendelse af repræsentanter ²⁵⁾. Jernbyrd eller kogende vand kunne anvendes - afhængig af stand - når den anklagede ikke kunne kæmpe, renselsesed eller meded ikke kunne skaffes, eller når i det hele anden afgørelsesmåde ikke kunne anvendes ²⁶⁾.

21) Jfr. O. Fenger: Fejde og Mandebod, 1971, s. 171 jfr. s. 113.

22) Conrad s. 147

23) Holdsworth I 310 - 311, Pollock & Maitland II s. 596 f.

24) Gaudemet i La Preuve bd. 17 s. 118 om en ungarnsk regulering ca. 1208 - 35.

25) Gaudemet s. 118.

26) Thayer s. 36.

Gudsdommene anerkendtes og praktiseredes af kirken. Det var ikke svært at finde legitimation herfor i den hellige skrift. Af særlig interesse er her udsagn om anvendelse af loddet. Dette brugtes ikke blot til at erfare gudens beslutning, men også til at få åbenbaret et forhold, f.eks. for at finde en synder ²⁷⁾. Den jordiske tilfældighed var forum for guddommelig styring og åbenbaring og dermed for judiciel erkendelse ²⁸⁾.

Gudsdommene mistede betydning ikke så meget på grund af lateranerkoncillets forbud 1215 ²⁹⁾, som fordi de medførte for mange frifindelser - og i det hele forbandtes med korruption og tilfældighed ³⁰⁾.

"Let doubtful cases be determined by the judgment of God. The judges may decide that which they clearly know, but that which they cannot know, shall be reserved for divine judgment". Karl den Stores Capitular Lib. VII, cap. 259.

Samtidig med at gudsdommen, herunder duellen, forsvinder i løbet af det 13. århundrede, systematiseres anvendelsen af torturen i den judicielle undersøgelse ³¹⁾.

Jernbyrd, der fandtes i flere former, anvendtes i Danmark formentlig før kristendommens indførelse ³²⁾. Kirken godkendte bevismidlet og medvirkede under bevishandlingen mod betaling ³³⁾.

Gudsdommene repræsenterer et fundamentalt andet sæt kriterier end de nugældende for bedømmelsen af, hvad der er

27) Et ordeal er det bitre vand der afslørede den utro, Numb. V. 11-31. Henv. hos Lea s. 261. Jfr. A. Wedberg: Tärningkast om liv och död, 1935, s. 10 f.

28) Sml. også om tilfældighed som retfærdigt forsyn - som regel uden erkendelses-funktion - f.eks. Aubert i Inquiry 1959. Lea s. 352 citerer Augustin for at have godkendt loddet: Sors enim non aliquid mali est, sed res est in dubitatione humana divinam indicans voluntatem.

29) Om Danmark O. Fenger 1971 s. 374 f.

30) Holdsworth s. 310 - 311, Thayer s. 37.

31) Lea s. 395.

32) Iuul: Indledning s. XVI, anderledes Matzen 1893, s. 91 f.

33) Matzen 1893, s. 93.

hændt, hvorvidt A har slået ihjel, hvem der er far til B, o.s.v. Den religiøse ideologi, hvis organisation ikke blot praktiserer den konkrete sagsbehandling, men som tillige indeholder den systematiske, teoretiske legitimation af disse kriterier, må forstås i dens fulde samfundsmæssige betydning. Det var ikke kun ved afgørelsen af retssager, at Gud deltog. Den guddommelige fornuft som alment styrende princip måtte slå igennem i et hvilket som helst livsområde. På denne baggrund er den retshistoriske behandling af gudsdømmen i det hele utilfredsstillende, fordi den kun hæfter sig ved de enkelte, isolerede retlige udtryk for den guddommelige deltagelse i retens pleje, men ikke systematisk sammenknytter disse elementer, der ofte er bevaret i tilfældigt omfang, i en samlet forståelse. Mit resume har måttet bære præg af denne mangel. Af fundamental betydning er herved foreningen af den guddommelige styring af tingene, deres indbyrdes bevægelse og den guddommelige styring af menneskenes handlen, samfundets orden, forenet som forskellige udtryk for den guddommelige vilje. I denne naturopfattelse har den lov-mæssige styring af tingenes bevægelse og menneskenes adfærd fælles oprindelse.

4. Jury

Den engelske jury's oprindelse har interesse fordi den kan uddybe forståelsen af dette for en bevisretlig synsvinkel centrale processuelle instituts forskellige mulige funktioner.

I England i det 11. århundrede anvendtes en udvalgt kreds af den lokale befolkning til at besvare en række spørgsmål af betydning for kronen, og heraf udvikledes juryen.

"The essence of a jury ... seems to be this: A body of neighbours is summoned by some public officer to give upon oath their answer to some questions" ³⁴⁾. Mens juryens

34) Pollock & Maitland I, s. 138, Holdsworth I s. 313.

almindelige funktioner i den kongelige administration begrænsedes, bredte dens anvendelse sig til judicelle formål ³⁵⁾.

Det er almindeligt at betragte juryen som vidner. Juryens medlemmer var imidlertid ikke blot vidner. Der var en særlig proces med vidner, således at der skelnedes mellem trial by witnesses og trial by jury ³⁶⁾. I retssager anvendtes jury, når parterne var enige herom. Juryen kunne blive betragtet som et formelt bevismiddel, som parterne underkastede sig, hvilket hang sammen med, at trial by jury ofte trådte i stedet for de ældre ordeals. Herved rummer juryens svar et judicielt element ³⁷⁾. Det enstemmige udsagn trådte i stedet for gudsdommen eller rettere, en afgørelse ved jury var "to put oneself on God and the grand assize" ³⁸⁾. I visse sager kunne den anklagede endda i det 13. århundrede vælge mellem trial battle og trial by jury ³⁹⁾.

Juryens svar (verdict) henførtes ikke blot til de 12 mænd, men blev tilskrevet det pågældende community, som medlemmerne oprindelig kom fra. Juryen skaffede sig selv viden om de forhold, som spørgsmålene angik, ved forhør og undersøgelse. Juryens medlemmer opsøgte dem, der kunne vide noget, eller disse opsøgte juryen ⁴⁰⁾.

Juryens medlemmer anvendte den viden, de havde på forhånd, og kunne indbyrdes supplere hinanden. Og medlemmerne måtte være enige om svaret.

35) Holdsworth I s. 314, 316.

36) Holdsworth I s. 303, Pollock & Maitland II, s. 662.

37) Pollock & Maitland II, s. 632.

38) Pollock & Maitland I, s. 627.

39) Lea s. 144.

40) Holdsworth I s. 333 f, og Pollock & Maitland II, s. 625.

Opfattelsen af juryen ændres. Der føres vidner under ed for juryen. Hvis en part ønsker, at et jurymedlem skal give en oplysning, må det ske under ed i retten, ikke alene til den øvrige jury ⁴¹⁾. Juryens svar blev tilskrevet det pågældende fællesskab. Dette gav svaret en kollektiv karakter, der gjorde det nærliggende, at dommeren ikke gik ind på en analyse af den enkeltes udsagn. En sådan analyse ville have været i overensstemmelse med den kanoniske udvikling. Modstridende udsagn kunne tælles eller navnlig, deres værdi kunne være vejret mod hinanden ⁴²⁾. Udviklingen af den statslige kriminalproces satte dette dilemma på spidsen ⁴³⁾, fordi en hemmelig jury var ganske analog til den hemmelige inkvisitoriske afhøring af vidner ⁴⁴⁾.

Nævninger spillede en betydelig rolle i Danmark, at dømme efter landsskabslovene. Deres opgave var at sværge om stridens emne, og inden eden at finde sandheden, i det de skulle træffe afgørelse om, Jyske Lov II, 52. Denne undersøgelse af sagen var ikke reguleret, udover at resultatet antoges at skulle stemme med, hvad "de bedste og de fleste mænd i herredet" mente, Jyske Lov II, 41 ⁴⁵⁾.

En betingelse for, at nævninger anvendtes, kunne være at sigtelsen var støttet af vidner, mens en sigtelse uden vidner kunne afbevises ved edsbevis, Eriks sj.L. II 26. I Jylland udmeldtes nævninger af ombudsmanden eller en uvildig, ligesom der fandtes faste nævningekollegier ⁴⁶⁾.

41) Holdsworth I, s. 334, 336.

42) Pollock & Maitland II s. 624, 627, Holdsworth I s. 318.

43) Pollock & Maitland s. 655 f, Holdsworth I s. 319

44) Jfr. herved J. P. Dawson: A History of Lay Judges 1960, s. 43 f, s. 118 f.

45) Jfr. Matzen 1897, s. 84 f.

46) Matzen 1897, s. 76 f, s. 79 f.

Der er flere principielle erfaringer, som kan knyttes til jury/nævningerne: (1) udviklingen af en centraliseret statsmagt, som i den tidlige middelalder må sættes i forbindelse med omformningen af det feudale system, rammer de ældre bevismåder, og inddragelse af de læge er et adækvat middel. (2) Den læge/lokale viden er opnået ad andre veje end hidtil anerkendt i den judicielle bevisret. Det er en udbredt opfattelse, at det engelske jurysystem er karakteriseret af fravær af legale regler for den judicielle bedømmelse af faktum. - Sålænge jury'en betragtedes som vidner, d.v.s. endnu op til det 17. århundrede, er denne opfattelse misvisende, fordi det netop var en betingelse for dommerens antagelser, at jury'en - som regel enstemmigt ⁴⁷⁾ - gav en erklæring om pågældende faktum. Hvor sagen behandledes som trial by witnesses, anvendtes legale krav til vidnerne ⁴⁸⁾.

Da jury'en bliver betragtet som judicial, adskilt fra den juridiske dommer, udvikler de særlige regler om "admissibility" sig. Jury'en er en siddende gruppe, vidner giver forklaring med ed for jury'en, parterne sørger for bevisførelsen under dommerens kontrol. Denne kontrol ytrer sig bl.a. i udelukkelsen (inadmissibility) af "hearsay" fra ca. 1700 ⁴⁹⁾. Dette forbud hænger sammen med dels nødvendigheden af eden, der ikke kunne aflægges for en anden, dels betydningen af det kritiske krydsforhør, som fulgte af den passive domstol ⁵⁰⁾. Der etableredes altså en "negativ" regulering, der forbyder jury'ens iagttagelse af visse typer af bevisdata, med den sanktion, at en afgørelse truffet under en sag, hvor et "inadmissible" bevisda-

47) Om enighed og individuel udspørgen, se Dawson a.st. 122 - 128.

48) Wigmore bd. VII, s. 252 - 253.

49) Wigmore bd. V s. 15, 17, Holdsworth IX s. 217.

50) Jfr. Morgan: Hearsay dangers, 62 Harvard L.R. 1948, s. 177 f, 179-183.

tum er ført, ophæves.

5. Den legale bevisteori

Den legale bevisteori står sædvanligt som betegnelse for et sæt af ældre bevisretlige systemer. Undertiden sættes denne gruppe alene i modsætning til den fri bevisbedømmelse, og den omfatter da også den ældre middelalderlige bevisret. Andre skiller den ældste, den "formelle" bevisret ud for sig, og udviklingen i nyere tid går da fra den formelle bevisret over den legale bevisteori til den fri bevisbedømmelse.

Både den historiske udviklingshistorie og den begrebsmæssige analyse kan drives vidt indenfor dette område. Jeg vil - i overensstemmelse med afgrænsningen ovenfor under III.1. - begrænse mig til at påpege nogle væsentlige træk ved den legale teori, eksemplificeret ved dens "prototype", nemlig den legale bevisteori i fransk bevisret op til revolutionen 1789. Dette bevissystem udvikledes af kanonisk ret siden det 13. århundrede.

Oprindelig finder man i Frankrig det sædvanlige middelalderlige bevismønster: Under en offentlig og mundtlig proces anvender man tilståelse, sigtedes befrielseseed og indtil begyndelsen af det 13. århundrede ordalier, herunder duellen der bragtes til England. Vidner aflagde ed på deres bekræftelse af partens standpunkt og hvis to vidner aflagde ed var sagen afgjort. Den anden part kunne dog anfægte vidnerne og kunne udfordre til duel ⁵¹⁾.

Kanonisk proces var oprindeligt baseret på to-parts-princippet ⁵²⁾. Bevisretligt viser dette sig ved, at den der er sigtet kan rense sig ved ed med meded og ved ordalier ⁵³⁾.

51) Esmein s. 57 - 61, 252.

52) "To-parts-princippet" foretrækkes for "anklageprincippet".

53) Esmein s. 79.

Det inkvisitoriske element i straffesager kommer ind ved, at den sigtelse, der rejses, har et bevismæssigt grundlag, således at det ikke længere blot er sagsøgerens påstand, der danner grundlag for sagen. Dette er forbundet med at sagen føres med den sigtede som eneste part. Heri ligger dels at der ikke er nogen anden der optræder parallelt med den sigtede, dels at dommeren ikke selv er part.

I det 9. århundrede forekommer, at en sag startes mod en person, der sigtes af et almindeligt rygte, og den der var "infamatus" kunne dømmes, hvis han ikke rensede sig ved de sædvanlige midler ⁵⁴⁾. Her mangler sagen en anklager. Det samme er tilfældet, når sagen rejstes mod en "notorisk" forbrydelse. Omkring 1200 er den inkvisitoriske proces udviklet: På grundlag af en "infamia precedens" kan dommeren indkalde den sigtede. "Infamia" fingeres at være "anklager", og på denne måde forsvarer man sig overfor det synspunkt, at en dommer ikke samtidig kan være anklager ⁵⁵⁾.

Undersøgelsen begyndte med beviset for infamia. Var undersøgelsen foranlediget af en anmeldelse, "denunciatio", måtte anmelderen (promovens) føre beviset, normalt ved vidner. Overfor disse kunne sigtede (vistnok) føre modvidner. Dommeren valgte da mellem de to påstande "propriis auribus informans". Hvis undersøgelsen i stedet startede "ex officio", var dommeren friere stillet ved bedømmelsen af, om der var infamia. Næste trin i sagen var indkaldelse og afhøring af anklagede. Beskyldningerne blev forelagt anklagede, udarbejdet enten af promovens eller dommeren. Inkvisitus var forpligtet til under ed at besvare dommerens

54) Til det følgende Esmein s. 79 - 90.

55) Esmein s. 81.

spørgsmål. Inkvisitus kunne ikke blot ved f.eks. ed afsværge beskyldningerne, men den videregående pligt forsvarede ved at sidestille den med "pligten" til renselsed⁵⁶⁾. Hvis anklagede nægtede, førtes der beviser, navnlig vidner, mod anklagede. Anklagede overværede ikke vidneafhøringen, men blev oprindelig gjort bekendt med dens forløb, og kunne forlange ny afhøring og afhøring af egne vidner for sine undskyldningsgrunde⁵⁷⁾.

Den hemmelige vidneafhøring og anvendelse af tortur var ikke speciel for den kanoniske proces⁵⁸⁾. Den kanoniske inkquisition var baggrund for udviklingen af en verdslig inkvisitorisk proces⁵⁹⁾.

Man skelner generelt mellem to stadier i processen, information, der består af hemmelige oplysninger fra pålidelige vidner, og som ikke kan danne grundlag for domfældelse, og inkquisition, d.v.s. indkaldelsen af anklagede til høring⁶⁰⁾.

Den offentlige anklager kom ind i processen som repræsentant for kongen, ikke for den private part. "Anklageren" fik rollen som promovens med bemyndigelse fra dommeren⁶¹⁾. Anklageren fyldte ikke blot en formel rolle, men var instrument for kongens interesser i at medvirke til lovens håndhævelse. Anklageren anerkendtes først efterhånden som part.

Det karakteristiske ved denne udvikling af en særlig straffeprocess er, at en straffesag kan rejses, uden at en person, der er direkte involveret i sagen, står som part.

56) Esmein s. 82, 86, 90.

57) Esmein s. 90 - 91.

58) Esmein s. 90, 91. Om den senere udvikling af den inkvisitoriske kirkeproces, herunder kætterinkquisitionen, se Esmein s. 93 f. Stig Iuul: Forelæsninger ... 1970, s. 75 - 76 beskriver den kanoniske proces som en almindelig anklageproces. For tiden efter 1200 er dette ganske misvisende.

59) Esmein s. 78, 96.

60) Esmein s. 120 f.

61) Esmein s. 117, 143.

Sagen føres hovedsagelig af en person, der sidder i et organisatorisk hierarki (biskoppen). Dette forklares ved, at kirken ønsker trossætninger, adfærdsregler overholdt og fravigelser påtalt, og udnytter den kirkelige organisation til dette formål. En myndighed kan imidlertid ikke uden videre starte en sag. En sag etableret af en "myndighed" - en person der ikke er direkte involveret i sagen - adskiller sig fra en sag, der startedes af en privat. Sigtelsen kom i sidste fald fra en person, der havde kendskab til sagen, og dette at fremsætte en sigtelse har været en alvorlig og belastende handling. For at en myndighed skulle kunne fremsætte en sigtelse måtte der derfor skaffes en underbygning af sigtelsen, før den rettedes mod den pågældende.

Med andre ord, jeg forklarer den omstændighed at sagen indledes med en bevisførelse mod anklagede, tilvejebragt ikke af den anklagede, men af dommeren eller en anklager, organisatorisk, nemlig som en følge af, at forfølgningen af uønskede handlinger søgtes effektiviseret ved at bestemte personer, der ikke (ellers) havde noget med handlingen at gøre, skulle foranledige forfølgningen. At kirken kom til at begynde denne udvikling skyldes, at den organisatorisk var tidligst udviklet og havde større styrke overfor dens medlemmer, end man finder i samtidens kongedømmer.

Der fandtes ikke nogen systematisk lovgivning om bevis i den periode, hvor man siger der var legal bevisret i Frankrig. Der er tale om en judiciel praksis, der omtales i - og påvirkes af - litteraturen, men som kun fører til spredt lovgivning.

Udviklingen af den kriminelle inkquisition og "sagsøgers bevisbyrde" er beskrevet. Men den legale bevisteori gjaldt også i den civile proces ⁶²⁾. Det fælles for bevisteorien

62) Hertil van Caenegem i Int. Enc. of Comp. Law vol. XVI, ch. 2, s. 19 f (1973), bl.a. om dommerens afhøring af vidner uden parternes tilstedeværelse.

er da knyttet til reguleringen af den judicielle antagelse: Esmein fremhæver som det karakteristiske for den legale bevisteori, at "before the judge can condemn, he must bring together certain predetermined proofs, but on the other hand, confronted with these proofs, he must, of necessity, condemn in either case, his personal opinion goes for nothing" ⁶³⁾. At dommerens personlige opfattelse ikke spiller nogen rolle, fremhæves med henblik på den senere bevisretlige udvikling. Men også under en fri bevisbedømmelse vil det blive fremhævet, at dommerens personlige (i betydningen: Subjektive) opfattelse ikke må være grundlag for afgørelsen. Det for den legale teori afgørende synes da at være, om der i lov eller judicial praksis er udviklet almene synspunkter for, om en konkret bevissituation skal føre til den ene eller anden antagelse. I Esmeins definition finder man også en antydning af at den legale definition stiller et undersøgelseskrav, nemlig hvilket bevis dommeren skal skaffe.

I forhold til det middelalderlige bevissystem kunne man sige, at dommerens frihed er udvidet. Men det ville være et misvisende udtryk. Det centrale i det ældre system er, at sagen afslører sig selv, eller - hvis nogen person skal placeres som dømmende - sagens sammenhæng accepteres af dem, der er på tinget eller af en anden relativt ubestemt kreds. Den legale teori kommer samtidig med, at beviset åbnes for dommeren: Dommeren bliver den person, som bevisforløbet samles om, og den legale teori indeholder reguleringen af dommerens opgave. Det legale system var "a necessary counterbalance to the inquisitorial and secret character of the procedure" ⁶⁴⁾. Den frie mand var under-

63) Esmein s. 251.

64) Esmein s. 251, sml. s. 10.

kastet loven, ikke en anden mands dom ⁶⁵⁾.

Den legale regulering havde to funktioner. For det første afgrænsningen af det bevis, der var nødvendigt for at kunne domfælde. Det er denne funktion der sigtes til i definitionen ovenfor. Systematisk indbygget i de franske regler er imidlertid også afgrænsningen af anvendelse af tortur. Denne sidste funktion er strengt taget underordnet den forrige: Anvendelse af tortur kan ændre bevissituationen og dermed placere sagen i forhold til det legale beviskrav.

Der findes udtryk for at torturen betragtedes på linie med gudsdomme: "And if he can endure the torture or the ordeal without confessing he shall have saved himself (and it will be evident that God performed miracles for him) ...⁶⁶⁾.

Domfældelsen kunne enten føre til dødsstraf eller en mildere straf. Det primære mål var et bevis der kunne føre til dødsstraf. I praksis var tilståelsen - frivillig eller tvungen - nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse for et fuldt bevis ⁶⁷⁾. Det fulde bevis var det bevis, der medførte dødsstraf. Når anklagen gjaldt en forbrydelse, for hvilken der ikke kunne idømmes dødsstraf, var beviskravet mindre. Var der ved en kapitalforbrydelse ikke fuldt bevis, men halvt bevis kunne tortur anvendes, så en tilståelse kunne supplere det utilstrækkelige bevis.

Denne kategorisering var udbygget i detaljer for hver af de anerkendte bevismidler: Tilståelse, vidner, skriftligt

65) Engelmann s. 152.

66) *Tresancienne Coutume de Bretagne* ch. XCVII, citeret efter Esmein s. 112 - 113, note 5.

67) Esmein s. 224, 264.

bevis og præsumtioner ⁶⁸⁾.

Det legale bevissystem fungerede på tidspunktet for Louis den 14. ordnancer af 1667 og 1670 i et autoritært styre i et endnu feudalt samfund. Der var ingen tillid til domstolene. Retsplejen var lagt i dommernes hænder, i højere grad end under det tidligere formelle system. De krav, der stilledes til dommernes behandling af sagerne, var nedfældet i de legale beviskrav. Historisk betegner systemet en udvidet indflydelse for domstolene. Men i almindelighed betragtes det med den senere tids øjne - og indeholder da begrænsning af domstolenes frihed.

6. Nogle synspunkter i dansk retshistorie

De udvalgte sæt af bevisreguleringer, der er omtalt, er i hovedsagen belyst på grundlag af fremmed ret. Når dansk ret ikke i højere grad er inddraget, beror det for det første på, at visse tilsvarende danske fænomener ikke har efterladt et kildemateriale, der muliggør en dybere analyse, således guddommen, særligt duellen. Endvidere er visse retlige figurer ikke så vel udviklede som i de større europæiske retsområder. Og endelig er den danske retslitteraturs behandling af disse emner ikke tilfredsstillende.

Det sidste punkt skal uddybes, fordi der derved bliver lejlighed til at tage stilling til nogle gængse retshistoriske synspunkter.

68) Se nærmere Esmein s. 256 - 271. Præsumtioner var grundlag for de slutninger, der kunne drages af ellers utilstrækkelige beviser. To vidners referat suppleres af en præsumtion: "They saw Jehan leave the throng carrying a naked and bloody knife, and heard the man who was slain say: "He has killed me". And in this "apprise" it was impossible to prove this notorious crime except by presumption, for no one saw the blow dealt, nevertheless the said Jehan was sentenced and executed on that presumption", Beaumanoir XXXIX, 12 (Salmon 1157) citeret fra Esmein s. 254, note 2.

(1) Fra bevisret til bevisbyrde.

Udtalelser om en udvikling i dansk bevisret i denne retning findes ofte. Bevisretten er - ifølge Sylow - blevet en bevisbyrde som følge af, at ed ikke pålægges, hvor påstandene er fuldstændig blottede for bevis, og at det ikke længere tilstedes, at "fæste lov" mod et fuldt ført bevis. Heraf følger endvidere, at eden med mededsmænd først subsidiært kan anvendes ⁶⁹⁾. - Det, der således fremhæves, er overgang fra ed med mededsmænd, oftest benægtelsesed, til vidnebevis. At benægtelsesed ikke skal anvendes, hvor den sigtende ikke har nogen støtte for sin påstand, er en lettelse af sigtedes stilling. At benægtelsesed er uden virkning over for et "fuldt ført bevis", er en forringelse af hans stilling. Samtidig med at der sker en forandring af bevismidlet, sker der en ændring af den part, som skal føre beviset.

Men hvorfor opfatter man overflytningen af bevisopgaven fra sagsøgte til sagsøger som overgang fra bevisret til bevisbyrde? Såvel sigtedes (benægtelses-)ed som sigtendes (vidne-)bevis er vel såvel "byrde" som "ret"? En byrde fordi det er nødvendigt for at undgå en ugunstig antagelse, og en ret fordi sagen ikke kan afgøres uden at parten har haft adgang til at føre sit bevis.

Man kan henvise til, at eden er "lettere" end vidnebeviset ⁷⁰⁾. Bevisbyrdebegrebet forbindes således med introduktionen af det stadig anerkendte vidnebevis som en nødvendig betingelse for, at en sigtelse overhovedet kunne lægges til grund ⁷¹⁾. Men hvorfor er eden lettere end vid-

69) Sylow s. 70, 71, sml. s. 67.

70) F.eks. Iuul i Indledning s. XV.

71) Sml. P. J. Jørgensen: Retshistorie s. 135 - 136.

nebeviset? I grunden bygger en sådan bedømmelse af "lethed" på mistilliden til eden, og denne - begrundede - mistillid udspringer af en senere bevisrets vurdering. Da den religiøse sammenhæng, hvori edens forskriven sig indgik, var dominerende, havde eden socialt set en effekt. Mistilliden beror på ændrede vilkår for det religiøse verdensbillede. Andre kriterier for erkendelse bliver bestemmede i almindelighed og judicielt: Den personlige forklaring, der gengiver en menneskelig iagttagelse, d.v.s. vidneforklaringen, bliver et bevisdatum, der reducerer eden til et subsidiært bevisdatum.

Denne udvikling tager sig kun ud som overgang fra ret til byrde, fra lethed til vanskelighed, fordi ikke blot overgangen, men overhovedet den ældre bevisret anskues determineret af senere opfattelser, altså uhistorisk.

(2) Udviklingen af vidnebeviset.

Vidne kan defineres alment som en person, der giver en verbal beretning ⁷²⁾, eller snævert processuelt som en person, der under iagttagelse af visse processuelle regler giver en verbal beretning til den person (personkreds), der skal træffe en afgørelse. Når vidnebeviset i ældre middelalder påvises i f.eks. Jydske Lov ⁷³⁾, sigtes der til det processuelle vidne, der forklarer og sværger på tingene. Når den senere udbredelse af vidnebeviset skal påvises, er det også det processuelle vidne, der interesserer ⁷⁴⁾.

Om nævninger og sandemænd vides, at det var deres opgave på egen hånd at undersøge sagen ⁷⁵⁾. Denne undersøgelse var

72) Evt. beretningen selv ODS XXVI, 1391.

73) Jfr. Jørgensen, i Med Lov skal Land bygges s. 315 f, Jfr. Matzen, Retshistorie s. 100 f, Iuul XVIII.

74) Jørgensen s. 136.

75) Jørgensen s. 250, Matzen, Retshistorie s. 98.

ikke reguleret, og kun nogle formelle i denne forbindelse underordnede hensyn kunne føre til nævningernes omstødelse ved appel ⁷⁶⁾. De har derfor i vidt omfang bygget deres opfattelse af sagen på andre personers beretning, altså på vidner i almen forstand.

I den ældre bevisret anvendtes ofte partsed med mededsmænd. Sondringen mellem mededsmændenes ed og nævningernes ed angik edstemaet. Om nævninger gjaldt, at de svor "om selve stridsemnet" og ikke som mededsmændene "på deres tro på rigtigheden af partens udsagn" ⁷⁷⁾. Der var for parten alvorlige følger ved ikke at få nødvendig meded og for mededsmændene ved at blive underkendt af biskop og bygdemænd ⁷⁸⁾. Dette begrunder den antagelse, at også mededsmændene har interesseret sig for sagens faktiske sammenhæng. Den skepsis, hvormed mededen betragtes, beror på senere kildesteder. Jeg vil hermed vise, at når vidne defineres alment, spillede det en betydelig rolle i den ældre bevisret.

Det processuelle vidne besvarede bestemte spørgsmål og bekræftede svarene med ed aflagt inden forklaringen. Når man påviser udviklingen af vidnebeviset, må man derfor anskue denne udvikling i dens sammenhæng med de øvrige, almene vidner: De læge elementer i dommens tilblivelse integreres i tingets (domstolens) funktion, men det (i forhold til domstolen) bindende bevis erstattes af et (i forhold til domstolen) mere frit, mens den umiddelbare anskuelse af sagens data gennem vidnebevis og ed føres fra det (i forhold til mededsmænd, nævninger, sandemænd) fri til det (i forhold til domstolen) mere bindende.

76) Matzen s. 85.

77) Matzen s. 64.

78) Matzen s. 58 - 59.

(3) Der foregår en udvikling fra formel til materiel bevisret.

Dette udtrykker den samlede karakteristik af den bevisretlige udvikling. Hvilken betydning tillægger man efter denne opfattelse begreberne formel og materiel bevisteori?

Matzen foretager denne adskillelse ikke ved et enkelt kriterium, men ved et sæt af forskelle: Han hæfter sig ved 1) udviklingen fra en renselses- eller befrielsespligt til bevispligt, 2) fra en lovbunden bevisførelse (beviset førtes på en for de enkelte arter af sager nærmere bestemt måde, som kunne veksle efter de under sagen foreliggende kendsgerninger) til bevisfrihed, 3) fra ensidig bevisførelse til adgang til modbevis, 4) fra bevisret (i almindelige sager var det ligefrem en fordel at kunne føre beviset, og det var altid en fordel at have den mulighed at kunne fri sig ved selv de strenge bevismidler fremfor at dømmes i henhold til sagsøgerens beviser) til bevisbyrde, 5) fra lovbunden bevisbedømmelse til fri bevisbedømmelse, der sigter mod rettens overbevisning ⁷⁹⁾.

Disse forskellige kriterier hænger ikke nødvendigvis sammen. Den frie, judicielle bevisbedømmelse henføres til et langt senere tidspunkt. Spørgsmål om "adgang til modbevis" forudsætter en "legal bevisteori".

Andre begrebsdannelser betoner enkelte af Matzens kriterier. For H. Sylow ⁸⁰⁾ er adgangen til at føre modbevis afgørende. "Ved at Retsforfatningen i det Hele udelukker Modbevis, fremkommer egentlig først Bevisteoriens formelle Ka-

79) 1893 s. 1-3, sml. 1897 s. 8 - 9, 44, 97, 113 f, Sml. Stig Iuul i Danmarks gamle love I s. XIV - XV.

80) 1878 s. 13, jfr. s. 64.

rakter". Hertil føjes imidlertid, at dette kun er "en afledet Følge og ikke den principielle Betragtning", der skal angå bevismidlernes indbyrdes rangforhold og fordelingen af beviset mellem parterne. Herved forudsættes en almen regulering af det tilstrækkelige bevis.

Nellemann anvender betegnelserne formel og materiel i en mere tilbagetrukket sammenhæng. Det omtales, at de ældre bevishandlinger udviklede sig til "en Art vilkaarlige Afgørelsesmaader, der ikke i og for sig stode i nogen Forbindelse med den virkelige Sandheds Udledning", hvilket kan føre til, at man taler om et formelt bevis. Den senere forandring bestod i, at sagsøgtes ret til renselsesed kunne "overvindes derved, at Sagsøgeren førte et materielt Bevis". Når derved rettens bedre viden om sagens sammenhæng var tilvejebragt, bliver sigtede dømt og kunne ikke fri sig herfor ved egen og mededsmænds ed ⁸¹⁾. Bevisets ringe/bedre forbindelse med sandheden begrunder overgangen fra formelt til materielt bevis.

De forskellige begrebsdefinitioner er fremdraget for at vise, hvordan den ældre bevisret er blevet anskuet fra nutidens - specielt idealet i 19. århundredes slutning om en "fri bevisbedømmelse" - standpunkt, hvor dette standpunkt er sat som selvfølgelig og objektivt.

(4) Bevis eller dommer.

Litteraturen skelner skarpt mellem bevismidler og domstol. Man går naturligvis ud fra det billede, at en person eller

81) Nellemann s. 302, 303 - 304.

en kreds af personer skal træffe den juridiske afgørelse, og denne afgørelse skal træffes på grundlag af bl.a. visse beviser. Den institution, der naturligt sættes i domstolens plads, er i middelalderen tinget. Det var oprindeligt de "frie lovfaste mænd", der havde domsmagten, men efterhånden fik kongens ombudsmand eller dennes fuldmægtig afgørende betydning ⁸²⁾.

Spørgsmålet, hvad der skal anses som domstolen, og hvad der skal betragtes som bevismiddel, er særlig fremtrædende for placeringen af nævninger og sandemænd. Matzen omtaler i Bevisregler disse under "De særlige Afgørelsesmidler ved siden af Tvekamp og Jernbyrd" og i Retshistorien placeres de under bevisreglerne, ikke i forbindelse med omtalen af "Retterne" ⁸³⁾.

Nellemann betragter nævninger og sandemænd som virkelige dommere: Efter at have efterforsket sagen, udtalte de deres overbevisning om dens sammenhæng uden heri at være bundet i former eller regler ⁸⁴⁾. P. J. Jørgensen placerer i hvert fald visse nævninger på overgangen mellem formelt bevis og domstol ⁸⁵⁾.

Denne divergens skal ikke søges løst her, men den kan danne grundlag for et synspunkt af betydning for den følgende analyse: Når en instans (domstolen) benytter en andens persons udtalelse (bevisdatum) som led i sin slutning til en antagelse om faktum, må den judicielle antagelse analyseres såvel m.h.t. forholdet mellem antagelsen og bevisdatum som i forholdet mellem pågældende udtalelse (bevisdatum) og de objektive forhold, som udtalelsen angår. Det-

82) Matzen 1897 s. 9, jfr. s. 19, 1893 s. 7 - 16.

83) Sml. Iuul: Indledning XVII.

84) Nellemann 1892 s. 303.

85) S. 250, jfr. 515 - 516.

te synspunkt vil blive anvendt bl.a. i forbindelse med
sagkyndigt bevis.

Kapitel IV

Nordisk bevisteori

1. Om bevisteoriens grundstruktur

Hvilken interesse har en undersøgelse af den bevisretlige, litterære tradition? Skal forlængst glemt teori nu graves frem til hastig gendrivelse? Eller skal teoretikerne paradere på række i summarisk gengivelse og uden indre sammenhæng? - I fortsættelse af det foregående kapitel udgør dette historiske tilbageblik ikke en selvstændig retshistorisk undersøgelse, men tjener til at fremdrage den teoretiske baggrund for den problemstilling, som skal behandles. Et mere omfattende referat af den ældre nordiske bevisteori er så meget mere unødvendig, som denne litteratur er let tilgængelig. Formålet er at påpege grundstrukturen i den legale bevisteori, således som den har fundet udtryk i den litterære bevisteori, og at påpege de forandringer, som ophævelsen af den legale bevisteori indebar.

Denne sammenfatning af den bevisteoretiske litteratur støder på det problem, at litteraturen fra forrige århundrede er af et betydeligt omfang. Der er i hvert fald ikke den gode grund for ikke at indføre et afsnit om den ældre litteratur, at den ikke eksisterer. De bevisretlige afsnit i procesretlige fremstillinger vokser gennem århundredet, til de i Nellesmann 1892 dækker omtrent halvdelen af fremstillingen. Dette kan forekomme uforståeligt på baggrund af den nuværende situation i dansk proceslitteratur, hvor behandlingen af bevisretlige spørgsmål er begrænset og i hovedsagen indskrænket til nogle forholdsvis tekniske bemærkninger i forbindelse med procesmådens almindelige karakteristik ¹⁾.

1) Hos Hoyer 1759 omfatter bevisretten kun en femtedel. Af Bang & Larsens fremstilling af den ordinære civile procesmåde (bd. 1-2) på 1115 sider optager afsnittene om bevis 487 sider. Derefter går det tilbage. Hurwitz 1941 giver bevisretten ca. en syvendedel, hos Kockvedgaard 1968 har bevisretten ikke et selvstændigt afsnit, men

Denne udvikling følger tildels udviklingen i den retlige regulering af beviset: Efterhånden som det bevisretlige system udbygges i begyndelsen af forrige århundrede, udvikler der sig en tilsvarende, konstruktiv dogmatisk behandling af det retlige system. Det bevisretlige og hele processuelle system når sit højdepunkt umiddelbart forud for dets ophævelse. Efterhånden som de teoretiske strukturer, som knytter sig til den legale bevisteori, viser sig inadækvate, forsvinder den bevisretlige analyse gradvis fra den litterære behandling. Selvom det erkendes, at bevisretten naturligvis er af afgørende betydning for den retlige regulerings reelle betydning, bliver det stadig vanskeligere at give den del af retssystemet en adækvat behandling. Bevisrettens praktiske og teoretiske betydning afspejles ikke i den relative vægt, hvormed behandlingen af bevisretten indgår i den dogmatiske litteratur.

At ophævelsen af de legale regler for den bevisretlige bedømmelse har haft betydning bekræftes af en sammenligning med den omfattende litteratur, som findes i de engelsk/amerikanske retssystemer, som først og fremmest knytter an til de særlige bevisregler om "admissibility" ²⁾ Men at det ikke udelukkende er en forskel i retssystemernes indhold, som begrunder den forskellige behandling af bevisretten, viser sig i den betydning, som bevisretten gives eksempelvis i Ekelöfs fremstilling Rättegång, hvor bevisretten optager 1 ud af 5 (6) hæfter.

En gengivelse af den omfangsrige litteratur for det for-

1) fortsat: .. omtales i nogle korte og forholdsvis tekniske bemærkninger under "processmåden".

2) Wigmore vol. 1 - 8 angår admissibility! Vol. 9 angår af hvem, for hvem, og om hvad bevis føres.

rige århundrede forenkles af det forhold, at de enkelte forfattere har skrevet af efter hinanden - Bang & Larsen efter Ørsted, Schweigaard efter Bang & Larsen, Nellemann efter Schweigaard, Munch-Petersen efter Nellemann o.s.v. Men samtidig med at denne gentagelse sikrer en kontinuitet, kan en umiskendelig udvikling iagttages, også udover hvad ændringerne i retsreglerne nødvendiggør.

Det bliver derfor en opgave at påvise ikke blot den grundstruktur, som indeholdes i en legal bevisteori, således som den er hævdet i nordisk (i det følgende fortrinsvis dansk) litteratur, men tillige at påpege de udviklingstendenser, som går igennem denne teoridannelse, og hvis udløbere er baggrunden for den problemstilling, som jeg har ridset op i kapitel I.

2. Den legale bevisteori før Ørsted

En systematisk, dogmatisk litteratur om den danske proces tager form i midten af det 18. århundrede. Men begyndelsen var spinkel ³⁾. Og kun hos enkelte forfattere findes mere brede fremstillinger af processen på en sådan måde, at man virkelig får indtryk af opfattelsen af de bevismæssige problemer. Litteraturen falder naturligvis ind i den legale bevisteori, men en systematisk udfoldelse af denne i dens forbindelse med det procesretlige system i almindelighed findes ikke. Når det alligevel har interesse at fremdrage enkelte synspunkter fra denne periferi af den kontinentale, legale bevisteori, skyldes det, at der dels indeholdes enkelte ganske almene synspunkter på beviset

3) Jfr. eksempelvis Bernhard Møllmann: *Elementorum processus iudicii danico - norv. specimen*, Diss, 1742.

og processen, som er relevante også for forståelsen af den senere proces, dels at der faktisk præsenteres et skema, som er det skema, som den senere udvikling orienterer sig i forhold til og tildels reagerer imod.

(1) Samtidig med at forfatterne naturligvis fastholder den religiøse tro, er det ikke en guddommelig indgriben, som er bestemmende for den virkelighedsopfattelse, som er grundlaget for praktiske beslutninger:

"Den Alvidende, for hvis Øine intet er skjult, men alting, endog de hemmeligste Tanker og Anslag, ere blotte, er aabenbare, behøver intet andet Beviis at dømme efter, end sin egen Videnskab, og Menneskets Medvidenskab; men Mennesker som skal dømme andre Mennesker, maa nødvendig have et Beviis for sig, som falder i Sandserne, og som de kan lide paa, deels for ikke selv at tage fejl, deels for at overtøyd den Skyldige, deels for at retfærdiggøre deres Dom hos andre, da de ellers maatte blive anseete for Tyranner, og ikkun at gjøre, hvad de selv vilde ⁴⁾).

Det processuelle bevis er løsrevet fra gudens viden og indgriben, og skal tilfredsstille kravet om, at den menneskelige handling må bero på og legitimeres ved henvisning til, hvad der kan registreres af sanserne. Og når det gælder legitimationen af den praktiske beslutning, sidestiller man den besluttende selv, den skyldige, og "de andre".

Efter denne ligestilling kan man også hævde, at et vidneudsagn "overtøyd Dommeren og Parterne ..." ja, som bevis opfatter man simpelthen "alle de Argumenter, som fremføres for Retten for dermed at overtøyd Dommeren og Contraparten, at hans Førebringende er sandt ..." ⁵⁾).

4) Hedegaard 1764 - 1767 III s. 35 - 36.

5) Høyer 1769 s. 189 - 190, s. 213.

Det processuelle bevis fremstilles således som et element i en kollektiv erkendelse af et faktum, som på forhånd fremstår som tvivlsomt: "Beviis (probatio) i Rettergang er i Almindelighed enhver Handling, hvorved det gotgiøres at være juridisk sandt, eller vist, som forhen i Retten var tvivlsomt"⁶⁾.

Beviset antages i denne periode at vedrøre såvel faktiske som juridiske momenter. Beviset kan angå dels "de positive eller foretagne Handlinger som sammentagne udgiøre en Sags egentlige Omstændigheder", dels "Loven og dens rette Forstand samt Anvendelse"⁷⁾.

Men når der her tales om bevis for loven, beror det ikke på, at loven kun kan anvendes efter påstand, men beviset for loven er "aleene en Forsigtighed ..., eftersom samme bør være enhver Dommer eller Ret bekiendt", men drejer det sig om særlige love eller privilegier, bør disse ikke blot påberåbes, men endog fremlægges⁸⁾.

Beviset erstatter tvivlen med den juridiske vished. Denne erkendelse forbindes ofte med fremhævelsen af, at den juridiske vished adskiller sig fra den matematiske vished. Den juridiske vished er "langt fra den Vished, som der om beviiste matematiske Sandheder kan og bør have ... Den største juridiske Vished er i sig selv ei stort andet, end en logisk Probabilitet"⁹⁾. Tilsvarende synspunkt blev mere udførligt præsenteret af Nehrmann, som vil skelne mellem den juridiske vished og den filosofiske vished. Den juridiske vished er "ikke andet end probabilitas:

6) Nørregaard bd. VI, s. 3.

7) Nørregaard bd. VI, s. 5, Hoyer 1769 s. 189 - 190.

8) Nørregaard s. 8, jfr. også Nehrmann 1732 s. 218 - 219, jfr. s. 182.

9) Nørregaard s. 9, jfr. Hedegaard III s. 40, Trojel 1780 s. 162.

thi det er muligt, at to vidner har kunnet vidne usandt, ... og den beskyldte kan bekende usandt på sig selv ..." 10).

Ekelöf IV 1973 s. 19 kritiserer denne modstilling, idet han henviser til, at logikkens og matematikkens sætninger ikke er sande i nogen anden betydning end den, at de er afledt af de opstillede axiomer. Ved bevisvurdering drejer det sig derimod om, ikke blot at konklusionen er en konsekvens af præmisserne, men at konklusionen stemmer med virkeligheden. Denne modstilling af et matematisk deduktivt sandhedsbegreb og et empirisk sandhedsbegreb er i hvert fald ikke almindeligt erkendt. Dette vil fremgå af omtalen af de forskellige opfattelser af sandsynlighedsbegrebet, kap. V.2. De her citerede forfattere er gået ud fra, at også matematiske udsagn - eksempelvis at et vidne + et vidne er to vidner - i en vis forstand svarede til en "virkelighed". Pointen var netop, at den her gengivne matematiske sætning - eksempel på en addition - er sikker, mens en dom, som bygger på de to vidners forklaring, netop kun bygger på "den logiske Rimelighed eller Formodning, at de førte Vidner, dels som gode og lovfaste Mænd ej kan anses at lyve, dels ej vel skulle kunne være så aldeles overensstemmende i deres Udsigende, om samme ej indeholdt Sandhed" 11).

Noget andet er, at den juridiske afgørelse ofte vil bestå af en deduktion, nemlig en konstatering af, at der foreligger et legalt tilstrækkeligt bevis. Deduktionen er i så fald ikke matematisk, men legal: De ovenfor gengivne overvejelser over forholdet mellem matematisk og juridisk vished indgår i en "legislativ informationsvurdering", mens den konkrete juridiske afgørelse er deduktiv. Det er netop denne formelle lighed mellem den juridiske afgørelse og den matematiske slutning, der kan begrunde forfatterens sammenligninger af de to typer af "vished".

(2) Hermed er vi nået frem til den legale strukturering af bevisvurderingen. Det karakteristiske for den legale bevisteori er, at der var almene regler for, hvorvidt

10) Nehrmann 1732 s. 222.

11) Nørregaard VI s. 9.

et juridisk bevis var fuldstændigt (tilstrækkeligt). Det tilstrækkelige juridiske bevis var det bevis, som "har alt hvad efter Lovene behøves til at udgiøre juridisk vished"¹²⁾.

Når der i denne forbindelse tales om, at loven indeholder angivelsen af betingelserne for bevisets tilstrækkelighed, eller om en "legal" bevisteori, benyttes udtrykket som omfattende, ikke blot den statsligt udstedte lovakt, men også den i tilslutning til loven eller uafhængig heraf udviklede judicielle praksis.

Den omstændighed, at dommeren med sin afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund, er bundet af loven, har begrundet en sidestilling af den legale bevisteori med den tidligere såkaldte formelle bevisteori. Undertiden konfronteres endda en "formel" bevisteori og en "rationel" bevisteori¹³⁾. Såvel det middelalderlige - religiøse - bevis, som den legale bevisteori sammenfattes da under betegnelsen formelt bevis. Som modsætning hertil opsættes det rationelle bevis, hvor dommeren frit kan bedømme beviset og afgøre, hvilket faktum der skal lægges til grund, efter hans egen overbevisning.

Denne sammenstilling af det religiøse bevis og den legale bevisteori er ganske misvisende. Det processuelle bevis under den legale bevisteori, navnlig vidneafhøringen, bygger på en begyndende empirisk orienteret erkendelsesteori, som ikke forlader sig på den guddommelige indgriben i det processuelle forløb - men har en vis, undertiden beskeden, tiltro til vidners og andre agerendes religiøsitet og derfor følgende sandfærdighed. Den empirisk orienterede bedøm-

12) Nørregaard VI s. 4.

13) Eksempelvis Millar s. 39.

melse, som appellerer til dommerens "sanser", har en ganske anden erkendelsesteoretisk status end den erkendelse, som beror på en metafysisk forklaret indgriben.

Lovens system for bestemmelsen af hvilke typer af bevisdata der er tilstrækkelige, var i visse retssystemer udviklet til det absurde, mens man i dansk ret næppe overhovedet på noget tidspunkt har nået til en systematisk udfoldet legal bevisteori. Men nogle enkelte hovedinddelinger er nået frem til den danske dogmatik:

Ved siden af det tilstrækkelige bevis, der fuldtud imødekommer lovens krav, har man det utilstrækkelige bevis, der inddeles i halvt bevis, mere end halvt bevis og mindre end halvt bevis ¹⁴⁾. Betydningen af disse underinddelinger af det utilstrækkelige bevis var, at et sæt af bevisdata, som karakteriseres som "utilstrækkeligt", eventuelt kunne suppleres af andre bevisdata og derved etablere et tilstrækkeligt grundlag for en bestemt antagelse af faktum. Hovedparten af tidens bevisteori vedrører netop bestemmelsen af, hvilke supplerende bevisdata der må til, hvis et utilstrækkeligt bevis foreligger. - Omvendt er det fuldstændige eller tilstrækkelige bevis i en vis forstand betinget af, at der ikke føres modbevis. Et eksempel på et fuldt bevis er to vidners samstemmende forklaringer, men betydningen af dette bevis kan afværges ved modvidner. Men denne præcisering af begreberne gør litteraturen ikke opmærksom på.

Det er naturligvis ikke hensigten på dette sted at præsentere det fuldt udfoldede sæt af regler for den kvalitative

14) Jfr. Nørregaard s. 4.

og kvantitative angivelse af beviskravene. Det er tilstrækkeligt at antyde så meget, at grundstrukturen forstås.

Inden dette sker for enkelte af bevismidlerne, er der grund til at omtale en grundlæggende sondring mellem det "naturlige" og det "kunstige" bevis. Det naturlige bevis er bevis ved vidner, egen bekendelse, besigtelse, ed, dokumenter. Som kunstigt bevis karakteriseres sådant bevis, "hvor man af Sagens Natur og Omstændighederne søger at slutte sig til resten, og ved mange sådanne Præsumtioner gøres Sagen rimelig og trolig"¹⁵⁾. Det kunstige bevis "sker ved Hielp af Fornufts slutninger, hentede fra Tingens Natur og dens tilfældige Omstændigheder" ¹⁶⁾.

Umiddelbart forekommer denne sondring påfaldende: Under det naturlige bevis nævnes en række "bevismidler", mens det kunstige bevis karakteriseres ved en henvisning til en rationel slutning over sådanne bevismidler. En modsætning mellem de to grupper synes ikke herved fremhævet. En præcisere beskrivelse af de to begreber kan fås med udgangspunkt hos Nehrmann: Når de pågældende bevisdata "bevisa och intyga selve faktum, som der tvistes om", er der tale om et naturligt bevis, mens når beviserne "alene intyga foregående, med- og efterfølgende omstændigheder, og man af dem slutter det man bør bevise, kaldes det probatio artificialis" (kunstigt bevis) ¹⁷⁾. Ved det naturlige bevis går dommerens slutninger således ikke længere end hvad der indeholdes i de fremførte bevisdata.

Med andre ord: Til grund for sontringen ligger det udgangspunkt, at det normale bevismiddel har et verbalt indhold,

15) (min understregning) Høyer s. 190. Jfr. Trojel s. 163.

16) Nørregaard s. 3.

17) Nehrmann s. 275.

henholdsvis vidneforklaring, bekendelse, dokumentets indhold, edstema, o.s.v. Ved fremførelsen eller manifestationen af det pågældende bevisdatum udfoldes ikke blot en vis aktivitet, som tilfredsstiller et alment legalt krav, men den bevismæssige aktivitet har et verbalt indhold om det faktum, som dommeren efter loven skal lægge til grund.

Den legale bevisteori er netop karakteriseret ved, at de anerkendte bevisdata i almindelighed indeholder i sig selv en verbal beskrivelse af netop det faktum, som dommeren er bundet til at antage, når de pågældende bevisdata opfylder visse legale betingelser. Dette udgangspunkt kan forklare, at adgangen til at drage videregående slutninger end det verbale indhold af det pågældende bevisdatum opfattes som kunstigt eller artificielt: Det drejer sig om judicielle fornuftslutninger, hvormed dommeren når frem "til resten", d.v.s. til det efter den materielle regel relevante faktum.

Anerkendelsen af det kunstige bevis indeholder således en fundamental begrænsning af de bindinger, som den legale bevisteori har pålagt dommeren.

Det kunstige bevis ytrer sig i formodningen:

"Kunstig Devisning tages og sluttes af de bekendte og unægtelige Grunde og Omstændigheder. Dertil hører især den Part af logica som handler om Rimeligheder. At bevise det at Faktum således er mulig tjener derfor ikke til noget, undtagen ... hvor muligheden nægtes ... Men Man bør bevise at det er Sandhed ligt, og i alle Maader troligt, at Tingen har sig saa. Dette kaldes ... Formodning, grundet paa det som plejer at ske" 18).

18) Høyer 1769 s. 248.

Der skelnes mellem den simple formodning om det, der er troligt, og den stærke og faste formodning om det der ikke vel kan være anderledes. Som eksempler på faste formodninger i kriminelle sager nævnes rygter, trussel, koster, flugt, pludselig formue, små børns udsagn ¹⁹⁾.

Formodningen eller præsumtionen kan betragtes som en slags bevis, da dommeren "heraf underrettes om det som er sandheden ligt", men det er herved ikke afgørende, om man i stedet vil sige, at "den som har en præsumtion for sig slipper for at bevise" ²⁰⁾.

(3) Skoleeksemplet på et sæt af bevisdata, der tilvejebringer en juridisk vished, er de to vidner: "Tvende lovfaste og i alle den af dem omfoklarede Handlings Omstændigheder enstemmige Vidner tilvejebringe et tilstrækkeligt juridisk Bevis", jfr. D.L. 1-13-1 ²¹⁾. Vidnerne skal være lovfaste, d.v.s. skal opfylde lovens betingelser for at tilkomme "den fuldkomneste troværdighed" (s. 15). De nærmere betingelser herfor, som ikke skal gennemgås, vedrører vidnets besiddelse af "fornuftsens brug", dets vilje til at sige sandheden, og muligheden for en særlig vidneudelukkelsesregel ²²⁾. Kravet om, at vidnet ikke mangler fornuftsens brug, kan sammenholdes med de ovenfor omtalte henvisninger til dommerens fornuftslutninger. I samme omfang en vidneforklaring er udtømmende, idet den efter sit indhold angår det relevante faktum, er dommerens fornuftslutninger udelukket - beviset er ukunstigt. I det omfang vidneforklaringen kun kan udgøre et grundlag for videre refleksioner, må vidnets "fornuft" suppleres af den judicielle "fornuft".

19) Se nærmere Høyer s. 250

20) Nehrmann 1732, s. 278.

21) Nørregaard s. 49 - 50.

22) s. 17 f, s. 27, jfr. eksempelvis Hedegaard 1764-67 III s. 170.

Vidnerne må "med een eller fleere af deres egne udvortes Sandser have erfaret det, hvorom der spørges, og ei

... alene have hørt af andre det, hvorom der spørges, at være passeret"²³⁾. En embedsmand kan som ene vidne være tilstrækkelig ²⁴⁾.

Mens offentlige dokumenter i almindelighed var fuldstændigt juridisk bevis, kunne privatdokumenter kun gælde for fuldt bevis mod den, som havde udstedt dokumentet. Særlige regler gjaldt om købmandsbøger, jfr. D.L. 5-14-48. Partsed kan kun aflægges efter dommerens bestemmelse, som i vidt omfang er reguleret med hensyn til hvilken af parterne partseden skal aflægges af ²⁵⁾.

Hvor det tilstrækkelige bevis ikke er ført, kan dette suppleres gennem det kunstige bevis, d.v.s. gennem præsumtioner, som indeholder den judicielle reflektion over, hvad der normalt er forbundet med de naturligt beviste omstændigheder. En anden supplerer er partseden, hvad enten det er den sigtende, som supplerer sit bevis til bekræftelse, eller den sigtede der "renser sig" ved eden.

Større interesse end en uddybning af de tekniske regler for de enkelte bevisdata har en påvisning af, i hvilket omfang der allerede i denne periode rummedes betydelige judicielle afgørelsesmomenter i forbindelse med dommerens stillingtagen til, hvilket faktum der skulle lægges til grund. Herved hæfter jeg mig ikke ved dommerens bedømmelse af de formelle betingelser for bevisets tilstrækkelighed, men ved de judicielle beslutninger, som umiddelbart vedrører en stillingtagen til faktum:

23) Nørregaard s. 50, jfr. Hoyer 1769 s. 215, 224.

24) Nørregaard s. 55.

25) Nørregaard s. 80, s. 85 f.

Der er klare udtryk for, at det resultat, som følger af en strengt legal bedømmelse, sammenholdes med en selvstændig bedømmelse af det pågældende faktum. De to vidner må eksempelvis stemme med "sagens omstændigheder", man må i det hele tage "Tingenes naturlige Rimelighed, Muelighed, og Virkelighed ... i Consideration" ²⁶⁾. Kommer dommeren i den situation, at han "i sin Samvittighed er overbeviist om, at Sagen hænger anderledes sammen, end den efter Loven og Acterne kan vorde anset", må det naturligvis være hovedsynspunktet, at loven skal følges ²⁷⁾. Men der var flere veje, hvoraf man kunne nå frem til det efter dommerens egen opfattelse korrekte. Er dommeren eksempelvis sikker på, at den tiltalte er uskyldig, må han "gøre sig alt et Menneske muelig Fliid og Umage" for at finde modstrid mellem vidnerne, og skal anklagede aflægge benægtelsesed, kan straffen for falsk ed forties for ikke at forskrække den som antages at være uskyldig ²⁸⁾.

Et vidne skulle i almindelighed aflægge ed inden forklaringen. Men Hedegaard anbefaler, at man, hvor der er tvivl om vidnets oprigtighed, lader det vente med eden til efter forklaringen, således at det kontrolleres at et utroværdigt vidneudsagn ikke beediges og derfor ikke indgår i det legale bevis ²⁹⁾.

Modbevis var muligt. Enhver sætning om et bevisdatums tilstrækkelighed må betinges af, at modbevis ikke føres. (Dette gælder ikke for eden, hvor modbevis ikke tilstedes). Modbevis "er det Beviis, som Sagvolderen tilvejebringer for at tilintetgøre Sagsøgerens Hensigt". Og adgangen til modbevis er i overensstemmelse med fornuften, for dommeren er

26) Hedegaard 1764-67 III s. 41-42, s. 43-44, II s. 116.

27) Hedegaard I s. 10, s. 19.

28) I s. 15, s. 12 - 13.

29) Jfr. Hedegaard I, s. 219, hertil Hesselberg s. 516, Nørregaard bd. 6 s. 40 - 42, jfr. Ørsted: Vidnebeviset i Eunomia IV s. 680 - 685.

"først i stand til at dømme rigtigt om Sagen, naar han finder den betragtet fra forskellige Standpunkter" ³⁰⁾. Reglerne for modbevis var ikke entydige, og de almindelige synspunkter, som litteraturen udviklede, overlod dommeren meget. For bedømmelsen af dommerens selvstændighed har bevægelsen væk fra en mekanisk, kvantitativ sammenligning af antal til en mere ubunden vurdering interesse: Det kommer an på "Dommerens Skarpsindighed og Retviished", og der bør tages mere hensyn til vidnernes "Troværdighed, Sæder, Værdighed, Stadighed og Samvittighed end til Vidnesbyrdenes Lighed, Mængde eller Tal" ³¹⁾.

Endelig gjaldt, som nævnt, at hvis man ikke kunne skaffe fuldt bevis, måtte der skaffes så mange stærke formodninger, at "den stævnte ... bliver nødt til at bevise sin uskyldighed eller sagen kommer til ed". En fast formodning "befrier parten for den byrde at bevise" og "giver anledning til benægtelsesed". En fast formodning er "noget nær bevis, skønt det ej er lovligt bevis", men "mange faste formodninger, helst når der desuden er halvt bevis, gøre iblandt fuldt bevis endog i livssager" ³²⁾.

(4) Bevis skulle føres af den, der bar bevisbyrden. Bevisbyrden placeres efter almindelige principper, eksempelvis "Sagsøgeren skal bevise de facta, han foregiver", mens sagvolderen skal bevise sine "exceptioner" ³³⁾, men selve begrebet anvendes ikke systematisk.

Der udvikler sig en stadig stærkere erkendelse af forskellen mellem bevisbyrden i den civile og den kriminelle sag ³⁴⁾. Først sent søges den bevisretlige regulering

30) Nørregaard s. 100, 101.

31) Hedegaard II s. 116, Jfr. Nørregaard s. 103.

32) Hoyer, s. 189, 251.

33) Nørregaard s. 7, Hoyer s. 189.

34) F.eks. Hedegaard 1776 s. 168 "Bedre at lade mange Skyldige løbe, end at straffe en Uskyldig".

af den judicielle antagelse sammenkædet med principperne for den inkvisitoriske straffeprocess³⁵⁾.

3. Ørsted om den juridiske vished

A. S. Ørsted er blevet tillagt stor betydning for udviklingen af den danske, bevisretlige tradition. Således fremhæver Nellemann, at Ørsted var den første til at påpege, at dommeren ikke kan "forholde sig blot reciperende, men han maa nødvendigvis anvende sit skjøn eller sin Reflection, dels på det Spørgsmaal om juridisk Vished er tilvejebragt angaaende Sammenhængen af det individuelle Factum i Sagen, dels på det Spørgsmaal, hvorledes det oplyste eller indrømmede Factum skal indbringes under det Retsbegreb, hvorved den almindelige Lovregel forbinder sine Virkninger"³⁶⁾. Det var først med Ørsted at man begyndte at undersøge indiciebevisets tilstedelighed, hvoraf Nellemann dristigt slutter, at det ikke i den tidligere litteratur blev anset for tilstrækkeligt til at afgive fuldt bevis³⁷⁾.

Efter gennemgangen af den ældre, danske litteratur i foregående afsnit (IV.2) er det klart, at der i denne vurdering af Ørsteds betydning indgår betydelig overdrivelse. Indiciebeviset var systematisk indplaceret som et kunstigt bevis, og der var udviklet almindelige sætninger for dets anvendelse i civile og kriminelle sager. Ørsteds betydning består derfor først og fremmest i at han udvikler en fundamental forståelse af det juridiske bevis' almindelige karakter, som prægede den teoretiske opfattelse i den senere litteratur, og som praktisk bidrog til videre-

35) C. F. Lassen i Juridisk Månedstidende bd. 1, s. 411 f og s. 560 f, 1802.

36) Nellemann 1885 s. 100.

37) Nellemann s. 110, jfr. s. 63 - 64 om den ældre litteratur.

udviklingen af og systematiseringen af indiciebeviset og i det hele af den praktiske opfattelse af de enkelte bevisdata.

Hvad angår forståelsen af det juridiske bevis' almindelige karakter er Ørsteds afhandling "Bemærkninger over juridisk Visheds Natur og Væsen" (1807, 1831) af central betydning, og den heri udtrykte opfattelse af det juridiske bevis skal derfor gøres til genstand for nøjere analyse.

Ørsted beskæftigede sig omkring 1800 i en række afhandlinger med den juridiske visheds karakter. Analyserne havde en karakteristisk sammenstilling af teoretiske overvejelser over det juridiske bevis' væsen og praktiske intentioner med henblik på fortolkningen og videreudviklingen af den gældende ret. De forskellige steder er i vidt omfang praktisk taget enslydende, og for enkelheds skyld holder jeg mig til den særlige afhandling om den juridiske visheds natur og væsen ³⁸⁾.

Denne afhandlings konklusion er, hvad man idag ville betragte som "praktisk": Den går nemlig ud på, at "et fuldkomment juridisk Beviis mod en Forbryder kan frembringes ved flere Omstændigheders Sammenstød, der ophæve al fornuftig Tvivl, skønt ingen Lov specialiter har erklæret samme for Beviis" (s. 232). Med denne konklusion ville Ørsted anerkende indiciebeviset i straffesager. Når jeg herefter går over til den mere teoretiske del af afhandlingen er det vigtigt at erindre den praktiske konklusion.

(1) Ørsted indleder med at opstille nogle typer af vished, og denne typologi har afgørende både praktisk og teoretisk

38) Jfr. herved Ørsted 1801 s. 215 f, s. 231 f, 1809 navnlig s. 321 om "andre end de i Lovene udtrykkelige erkendte Bevismåder kunne tages for fyldest?", 1815 s. 67 f, 73 f.

betydning. Den metafysiske vished "tilvejebringes ved en klar Fornuftindsigt, at Tingen forholder sig på en vis bestemt Maade, fordi den, efter Fornuftens Love, ei kan forholde sig anderledes. Den karakteriserer sig ved en absolut, den rene Tænkning indlysende, Fornuft-Nødvendighed", (s. 215 - 216). På den anden side har man den historiske vished, hvortil den juridiske og den moralske vished hører, og som er karakteriseret ved at angå "et Faktum der er, eller rettere synes den endelige Forstand at være, tilfældigt, som Man meget let kunne tænke sig at være blevet udeblevet, eller anderledes foregået, uden at man derved vilde ophæve den menneskelige Forstands love" (s. 216, Ørsteds fremhævelser).

Spørgsmålet er nu, hvorledes man kan nå til en fast overbevisning om et sådant historisk faktum, som ikke i nogen forstand er "nødvendigt", men som fremtræder som tilfældigt. Hvordan kan en overbevisning om et sådant faktum opnås, når der ikke til støtte for overbevisningen kan henvises til de almene fornuftslove? Hvordan kan man nå til vished om noget som fremtræder som tilfældigt?

"Undersøger man hvad det er i den menneskelige Sjæl, der virker fast Overbevisning om at et tilfældigt Factum ... er foregået på en vis bestemt Maade, saa vil Man let befinde, at det ere flere i hinanden gribende til en fælles Forklaringsgrund henvisende, ved intet stridende Phænomen svækkede, Phænomener, der, ved deres Sammenstød, have en saadan uimodstaaelig kraft til at overtøye os om hin Forklaringsgrunds Virkelighed, at al Tvivl derved nedslaaes" (s. 216 - 217).

Den faste overbevisning etableres altså, når de flere iagttagne fænomener kun finder en forklaring i netop det relevante faktum. Men det er stadig et spørgsmål, på hvilken måde disse forskellige data sammenholdes. Det fremhæves her af Ørsted, at der ikke kan opstilles et konstitutivt fornuftsprincip herfor, men at der kun kan opstilles et vejledende fornuftsprincip, idet "det er ved en umiddelbar, selvstændig Act, Dømmekraften ... finder Phænomenerne saa stærke og sammenslyngede, at den ikke længere kan tvivle om Rigtigheden af den Forklaringsgrund, de påvise" (s. 217). Denne umiddelbare anvendelse af en "dømmekraft" beror på en personlig refleksion, hvorimod der ikke er tale om en subsumtion, en sammenhold af sagens data med almene bestemmende principper. Ørsted fremhæver, at

dømmekraften netop må betegnes som "reflekterende", hvori-
mod sættes den "subsumerende". Efter sagens natur be-
stemmer Ørsted herefter den juridiske vished som karakte-
riseret ved

"dens Tilstrækkelighed, forbunden med dens Objectivitet eller almin-
delige Meddeelbarhed" (s. 218).

I disse sammenstillede bemærkninger om den juridiske visheds
almindelige karakter genfindes grundtrækkene i den opfat-
telse af den juridiske vished (det tilstrækkelige bevis,
dommerens overbevisning o.s.v.), som ligger til grund for
den senere danske retsteori. Hverken Ørsteds opfattelse
eller disse grundlæggende begreber er siden gjort til gen-
stand for en selvstændig og fordybet analyse.

Der er grund til at fremhæve forskellige sider af den ka-
rakteristik af den juridiske vished, som Ørsted hermed har
givet. Det er for det første iøjnefaldende, at opfattelsen
af det juridiske bevis centreres om den konkrete, menne-
skelige oplevelse: Det centrale spørgsmål er, under hvil-
ke forhold der i den menneskelige sjæl opstår en fast
overbevisning. Denne overbevisning opnås ved udfoldelsen
af en "dømmekraft", en den pågældende person tilskrevet
evne til at reflektere over de iagttagelige fænomener.
Ved bedømmelsen af "Antageligheden af et factisk Anbrin-
gende ... yttres ... Dømmekraften ... sig i sin frie Umid-
delbarhed" (s. 219).

Samtidig med denne centrering om den menneskelige sjæls
fornuft - i praksis en centrering om den judicielle over-
bevisning - fastholdes en tinglig opfattelse af beviset:
Den faste overbevisning etableres ved fænomener, der har
en "uimodståelig kraft", en "overbevisende kraft", (s.
217, s. 218). Det kan udtrykkes på den måde, at de krite-
rier, som dømmekraften følger ved bedømmelsen af de en-
kelte datas vægt, projiceres ud på de enkelte data, som
tilskrives en hertil svarende "beviskraft". Denne tingsli-
ge opfattelse af kriterierne for bevisvurderingen peger
tilbage på de bevisretlige reguleringer, hvor den proces-
suelle hændelse så at sige i sig selv afgjorde sagens
faktum, og derfor ikke skulle suppleres med en efterfølgende

judiciel refleksion. Dette var tilfældet såvel under det "formelle bevis" som under den legale bevisteori. Dette træk er bevaret også i senere bevisteori, se herom navnlig kapitel VII.2 om begrebet bevisværdi.

Den juridiske vished er en art af den moralske vished, men adskiller sig fra denne, ved at den skal kunne meddeles. Dette krav uddyber Ørsted derhen, at der findes "Data, som tilvejebringe den klareste og fasteste Overbevisning hos dette eller hiint Subject, men som ei i deres overbevisende Kraft, lade sig meddele sig enhver anden Forstand" (s. 218). Men en overbevisning, som på denne måde er bestemt af "individuelle Grunde", kan det "ikke tillades at lægge til Grund for en Retsdom, der ei bør være dette eller hiint individuelle Subjects mening, men maa kunne indlyse enhver, der med tilstrækkelig Kundskab om Loven, samt til sagens Forhandlinger forener sund Dømmekraft" (s. 219).

Ørsted ækvivalerer, så vidt jeg forstår, begreberne meddelbarhed og objektivitet. Med kravet om meddelbarhed vil han fra den juridiske vished udelukke de tilfælde, hvor den pågældende persons overbevisning er vilkårlig, fordi den beror på den pågældende persons personlige erfaring, som ikke kan formidles til andre. Denne begrænsning er naturligvis af central betydning i et skrift, som plæderer for en "fri bevisteori", d.v.s. for en videreudvikling af den judicielle selvstændighed i forhold til lovens fastsættelse af krav for antagelse og forkastelse af faktum. Den judicielle frihed må ikke blive til individuel vilkårlighed, men skal fastholdes som almen, objektiv, meddelbar.

Kriteriet for, om en overbevisning tilfredsstiller dette krav, bliver altså, om den pågældende overbevisning kan formidles (og overbevise) enhver fornuftig person med tilstrækkelig kendskab til loven og sagens beviser. Denne sammenstilling af objektivitet og meddelbarhed havde få år tidligere fundet udtryk i et afsnit af Kant: Kritik der reinen Vernunft ³⁹⁾. Kant beskæftiger sig med forskellen

39) 1787, optrykt i Werke in 12 Bänden, Frankfurt, 1968, Bd. III - IV.

mellem overbevisning (Überzeugung) og overtalelse (Überredung). Overtalelsen, som kun finder sin grund i den enkelte person, har kun "privat gyldighed" og den lader sig ikke meddele (mitteilen). Sandheden beror imidlertid på overensstemmelsen med objektet, og den må derfor finde udtryk i en intersubjektiv overensstemmelse:

"Der Probierstein des Fürwahrhaltens, ob es Überzeugung oder blosse Überredung sei, ist also, äusserlich, die Möglichkeit, dasselbe mitzuteilen und das Fürwahrhalten für jedes Menschen Vernunft gültig zu befinden, denn alsdenn ist wenigstens eine Vermutung, der Grund der Einstimmung aller Urteile, ungeachtet der Verschiedenheit der Subjekte untereinander, werde auf dem gemeinschaftlichen Grunde, nämlich dem Objekte, beruhen, mit welchem sie daher alle zusammenstimmen und dadurch die Wahrheit des Urteils beweisen werden" ⁴⁰⁾.

Denne "meddelbarhed" indgår som en figur i den borgerlige offentlighed: I den frie diskussion mellem de frie borgere udvikler sig en sand erkendelse baseret på den enkelte deltagers rationalitet. Denne struktur er også bestemmende for opfattelsen af lovgivningen, som bliver et udtryk for det almenes rationelle krav udsprunget af den frie diskussion ⁴¹⁾.

Selvom der er grund til at forudsætte, at Ørsted har været bekendt med Kants fremstilling, er dette individuelle forhold ikke afgørende. De ideer, som finder udtryk hos Ørsted, udspringer af fundamentale forestillinger, som var aktive under etableringen af det borgerlige samfund. Sammenhængen mellem indiciebevis eller kunstigt bevis og forholdet mellem overbevisning og overtalelse blev påpeget allerede af Nehrmann. Det artificielle bevis er ikke en retorisk overtalelse, dets formål er ikke at forfægte uretmæssige sager, at forblinde dommeren, men at slutte af

40) 1787 s. 848 - 849, 1968 IV s. 688.

41) Se herom J. Habermas: *Borgerlig offentlighed* 1971, særligt om Kant s. 97 f.

de beviste omstændigheder, og derved overbevise dommeren om, hvordan sagen er beskaffen ⁴²⁾.

Når man nærmere skal forstå betydningen af meddelbarhed, som i den senere litteratur blot gengives uden nærmere tolkning, må der formentlig skelnes skarpt mellem den teoretiske opfattelse af den judicielle funktion og de praktiske forhold, hvorunder domstolene virker. I den teoretiske fremstilling tages kravet om meddelbarhed uhyre bogstaveligt:

"En fiin Menneskekjender vil mueligen, af smaa Nuancer i den Sigtedes Adfærd, som ei lade dem beskrive, erholde en saadan Overtydning om hans Skyld, at han turde vove Alt hvad der var ham kjært og dyrebart på denne Overtydning's Tilforladelighed, følgelig og med rolig Samvittighed, kunne lægge den til Grund for sine Handlinger, for saa vidt disse aldeles ere overladte til ham selv. Men i alle slige Tilfælde, mangler det den Overbevisning, man har, på Objectivitet, på almindelig Meddelelighed" (s. 218).

Hvor den pågældende dommer altså ikke er i stand til at meddele de "nuancer", d.v.s. den type af bevisdata, som er bestemmende for hans overtjdning, kan hans iagttagelser ikke tillægges relevans for den judicielle afgørelse.

Når jeg fremhæver, at denne forståelse må opfattes som teoretisk og må adskilles fra en mere praktisk orienteret, beror det på, at man ellers let kommer ud i modsigelse, når fremstillingen konfronteres med eksempler på at f.eks. nævninger "ganske er henviste til det Totalindtryk, som de tilvejebragte Oplysninger gør på deres Sandhedsfølelse" (1831 s. 211 note 1), eller på de hensyn til korrekt bevisbedømmelse, som ligger bag argumenter for bevisumiddelbarhed. I alle tilfælde accepteres som elementer i den judicielle vurdering iagttagelser, som netop ikke lader sig meddele af den pågældende dommer. Den umiddelbare iagttagelse af "samtlige omstændigheder" påskønnes. For sådanne

42) 1732, s. 277.

iagttagelser kan hævdes en principiel meddelbarhed, selvom den praktisk ikke lader sig realisere.

Ørsteds meddelbarhed eller objektivitet afgrænses i forhold til den "metafysiske vished", jfr. ovenfor. Denne afgrænsning har tillige en historisk dimension, for så vidt som den frie bevisteori ikke baseres på de religiøse kriterier, som karakteriserede den middelalderlige bevismåde. Med Ørsteds afmetafysering introduceres en systematisk empirisk bevisteori, som benytter sig af en intersubjektivitet som prøvesten for den enkelte dommers sandfærdighed ⁴³⁾. Med disse bemærkninger er forbindelsen til den almindelige erkendelsesteori antydnet, men dette perspektiv skal ikke fortsættes her.

Kun skal det påpeges, at den empiriske teori er knyttet til et begreb om overbevisning, som indeholder en kvalitativ dikotomisering - enten er man overbevist eller ej, hvorved den adskiller sig fra den juridiske sandsynlighedsteori, som skal omtales.

(2) Det begreb om juridisk vished, som Ørsted har udviklet, bygger ikke umiddelbart på gældende dansk ret. Det er juridisk vished bestemt efter "sagens natur", og eftersom det er "Retsvidenskabens bestemmelse ... at udvikle de Fornuftbud efter hvilke den udvortes Lovgivning har at forme de gensidige udvortes Forhold mellem Menneskene" ⁴⁴⁾, så følger af denne bestemmelse efter sagens natur de synspunkter, som kan gøres gældende med henblik på den gældende lovgivning. Spørgsmålet bliver da, om "Indbegrebet af de Betingelser, under hvilke den skrevne Lov

43) Denne sandfærdighed er religiøst motiveret, og religionen er derfor nødvendig for staten, sml. Ørsted 1815 om stat og religion, og 1851 s. 138.

44) Ørsted 1815 s. 51.

byder Domstolene at antage et Factums Virkelighed", stemmer med, hvad der følger af begrebet om den juridiske vished efter sagens natur (s. 219). Det er herved karakteristisk, at de praktiske konsekvenser, som Ørsted drager af sit begreb om juridisk vished, ikke er legislative i den forstand, at de munder ud i krav om reform af lovgivningen, men begrænser sig til at vedrøre fortolkningen af de gældende bevisregler, hvor den praktiske hensigt, som nævnt, er at åbne vejen for indiciebeviset ved siden af de af loven udtrykkeligt anerkendte beviser.

Med den teoretiske opfattelse af forholdet mellem de almindelige "fornuftslove" og den konkrete anvendelse af dømmekraften er det nærliggende, at Ørsted stipulerer en funktionsfordeling i forholdet mellem lovgivning og domstole i overensstemmelse hermed: Man kan ikke "ved blotte Fornuftsprincipper ... bedømme Antageligheden af et faktisk Anbringende. (Nu er det blot Fornuftens Functioner, som ere Lovgiveren overdragne; hvad der, i en Sandheds Udfindelse, er Dømmekraftens Værk, maa overlades til Domstolene" (s. 219 - 220). At give udtømmende regler for bedømmelsen af, om et faktum skal antages eller ikke, bliver derfor - ifølge Ørsted - en "misforståelse", idet en sådan regulering kommer til at stride med fordelingen af "fornuftsfunktioner" og dømmende funktioner. Fra et ideelt-teoretisk synspunkt er det naturligvis vilkårligt, at betegne en legal bevisregulering som en "misforståelse". Der indgår også generelle synspunkter i domstolens afgørelse om antagelse eller forkastelse af et faktum, og det er ikke alment en "misforståelse", om lovgivningen stipulerer sådanne almene synspunkter.

Men Ørsteds teoretiske begreb og praktiske konsekvens er ikke vilkårlig, når den ses som et bidrag til udviklingen af en judiciel magtudfoldelse i den konkrete sag, som sker indenfor de af lovgivningen stipulerede materielle grænser. Det er ikke nogen tilfældighed, at det også er med Ørsted, at grænsen mellem de faktiske og de juridiske spørgsmål fremdrages som bestemmende for afgrænsningen af

bevisretten 45).

Ørsted giver yderligere et par mere pragmatiske synspunkter til støtte for den fri bevisteori, her anerkendelsen af indiciebeviset: Selvom loven gav udtømmende regler for bedømmelsen af faktum, ville resultatet dog blive, "at Sandheden slettere vilde udfindes end om Man betroede mere til dommeren; thi det er klart, at det langt bedre lader sig bedømme in concreto, om et faktisk Anbringende har Sandheds Kjendemerker eller ikke, end ved en abstract Regels Anvendelse" (s. 220). Faktum konstateres bedre ved konkret bedømmelse end ved en abstrakt regulering. Den centrale, underliggende forudsætning er den, at det er dommeren der skal "bedømme" faktum. Når dette forudsættes, er det klart, at dommeren kommer nærmere faktum, såfremt han er ubundet af abstrakte regler. Men under den retstilstand, som Ørsted vender sig imod, var pointen netop den, at dommerens funktion var mere beskeden, i princippet nemlig indskrænket til at konstatere bevisets overensstemmelse med de abstrakte krav. Under en sådan ordning er det forudsætningen, at det ikke primært er op til dommeren at bedømme faktum, ligeså lidt som det var op til dommeren at bedømme den materielt retfærdige løsning i den enkelte sag.

Endelig henviser Ørsted til, at "borgerne" intet vil vinde ved bevisreglernes optagelse i lovgivningen, i særdeleshed i kriminelle sager. Den materielt forbudte handling kan jeg undlade, og "foretager jeg mig ikke destomindre hiin Handling har jeg fortjent min Skjebne" (s. 221). Men hverken staten, den forurettede eller den uskyldige kan på

45) En nøjere analyse af forholdet mellem begrebet om loven og begrebet om dommen falder udenfor denne undersøgelse. Ross' analyse af begreberne lovgivende magt og dømmende magt i Statsretlige Studier s. 43 f, s. 53 f, er af begrænset interesse i denne forbindelse, da den er uden historisk forståelse for de pågældende begrebsdannelsers samfundsmæssige betydning.

forhånd sikre sig beviser bedrørende kriminelle forhold.

- Vi ser her en henvisning til forudsigeligheden af den retlige bedømmelse og muligheden for at sikre sig som bestemmende for en bevisretlig argumentation. For beviset i kriminelle sager er det af særlig betydning, at det ikke står i hverken statens eller den forurettedes magt at tilkalde vidner eller iøvrigt sikre sig det lovbestemte bevis for forbrydelsen (s. 221), hvilket altså ifølge Ørsted taler for, at den judicielle bedømmelse af antagelsen af en forbrydelse kan gå ud over de lovbestemte beviser. Når der herved skabes en "Fare at fornærme Uskyldigheden", så beroliges man dog, når de "Indicia, på grund af hvilke man fælder den Anklagede, ere saaledes beskafne, at de, skjøndt de ikke ophæve den logiske Mulighed af at han ei har begaaet det paatalte Factum, dog i ethvert Tilfælde have deres Grund i hans eget lastværdige Forhold ..." (s. 228).

Nødvendigheden af at anerkende indiciebeviset er i almindelighed knyttet til ophævelsen af anvendelsen af tortur til fremkaldelse af det lovbestemte bevis, navnlig tilståelsen i den kriminelle proces ⁴⁶⁾.

Ophævelsen af torturen og andre tvangsmidler overfor den "modvillige" gennemførtes i forbindelse med en liberalistisk bestemmelse af de offentlige myndigheders forhold til den private, som til gengæld tillader videregående slutninger fra den enkeltes adfærd med henblik på skyldspørgsmålet. Ørsteds afhandling indgår ikke i en overvejelse over alternativet indiciebevis contra tortur, men indgår særligt i diskussionen omkring trykkefrihedsforordningen 1799, hvor Ørsted tager afstand fra den op-

46) Jfr. om den samtidige ophævelse af tortur og indførelse af indiciebevis hos Frederik den Store, E. Schmidt s. 239 f. Denne sammenhang påpeges af Ørsted s. 228-29, jfr. s. 227 note 3, jfr. også Nellenmann 1885 s. 186-87 med note 1.

fattelse, at den legale bevisregulering skulle være "det stærkeste Værn om Borgersikkerheden - det tryggeste gjerde om Domstolenes og Øvrighedernes Despotisme" ⁴⁷⁾. Uden at synspunktet skal forfølges nærmere, må det påpeges som påfaldende, at Ørsted argumenterer for en indførelse af en - ganske vist teknisk - konsekvens af et liberalistisk synspunkt, forsåvidt angår den bevisretlige regulering, uden at et tilsvarende liberalistisk synspunkt er integreret i en almindelig omstrukturering af statens opbygning, herunder reguleringen af borgernes trykkefrihed, som blev kraftigt beskåret ved forordningen af 1799.

- Herefter kan Ørsted da afslutte sin gennemgang af begrebet om den juridiske vished med at konkludere, at det er "en med Fornuften og Loven overensstemmende Sandhed, at et fuldkomment juridisk Beviis mod en Forbryder kan frembringes ved flere Omstændigheders Sammenstød, der ophæve al fornuftig Tvivl, skjøndt ingen Lov specialiter har erklæret samme for Beviis" og hertil kan han føje, at dette princip er også antaget i flere domme - en argumentationsopbygning, som i sin forskel fra den nu praktiserede viser den begrebsmæssige analyses praktiske betydning (s. 232).

Denne anerkendelse af indiciebeviset er speciel i forhold til en almindelig frihed i bevisvurderingen. Men anerkendelsen af indiciebeviset har stort set samme virkning som en almindelig frihed i bevisbedømmelsen, når de legale regler tillader de bevismidler, som man (Ørsted) vil tillægge betydning. Fra det ved disse bevismidler oplyste kan slutes frit, når de må betragtes som indicier. Derfor har den tilsyneladende specielle sætning om indiciebevi-

47) s. 213-214, jfr. Ørsted 1801 s. 226, 237, 244.

set almen betydning for den judicielle bevisret i almindelighed. Det må dog bemærkes, at en identitet ikke foreligger: Af en regel om, at to vidner er nødvendige (og tilstrækkelige) må følge, at et vidne uden supplerende bevisdata er utilstrækkeligt.

Når Ørsteds betragtninger over den juridiske vished, særlig Ørsted 1807, har haft så stor betydning for forståelsen af det juridiske bevis, er dette en følge af, at det i denne afhandling er lykkedes Ørsted at sammenfatte en række elementer: Med udgangspunkt i en almen filosofisk orientering og kendskab til fremmedretlige tendenser kunne udformes et systematisk teoretisk begreb om det pågældende retsfænomen, som var bestemt af en progressiv, borgerlig interesse, og som derfor løste et praktisk behov, som tidligere kun havde givet sig spredte og usystematiske udtryk i den hjemlige litterære tradition.

4. Mellemperiode: Den legale teori under opløsning

(1) Fra slutningen af det 18. århundrede udviklede den processuelle organisation i Danmark sig betydeligt, og i forbindelse hermed fik også den procesretlige dogmatik betydning. For bevisrettens vedkommende var udgangspunktet Ørsteds omfattende, men ikke koordinerede bidrag ⁴⁸⁾.

Ørsteds analyse af det grundlæggende begreb om den juridiske vished er behandlet i forrige afsnit. Hans bidrag til de mere tekniske spørgsmål om de enkelte bevismidler og bevisbyrden omtales på dette sted kun kort i forbindelse med etableringen af den grundlæggende bevisretlige

48) Jfr. oversigten A. Rafael: Register til A. S. Ørsteds skrifter 1917 s. 54 - 57.

struktur overhovedet i tiden indtil retsplejereformen.

Ørsteds analyse af begrebet om den juridiske vished blev reproduceret til ulidelighed ⁴⁹⁾. Og der blev ikke føjet nyt til denne analyse. Hovedvægten lå på en teknisk videreudvikling af reglerne for de enkelte bevismidler og af reglerne om bevisbyrde. Denne videreudvikling skete i stigende grad under indflydelse af interessen i at udvikle domstolenes frihed i forhold til de ældre legale bindinger med hensyn til, hvilke fakta der skulle lægges til grund på grundlag af hvilke bevisdata.

Ved den nærmere bestemmelse af den juridiske vished er litteraturen i det dilemma, som er sat af på den ene side den principielt legale bevisteori, på den anden side den åbning overfor indiciebeviset, som Ørsteds begrebsdannelse var baseret på efter sagens natur. Dette indebærer, at forfattere på den ene side definerer den juridiske vished som "den Vished, som stemmer med de Betingelser, under hvilke den positive Lovgivning foreskriver, at et Factum skal antages som virkeligt eller bevist", og på den anden side påpeger, "at de udvortes Data, der skulle konstituere Beviset, medfører en objektiv eller almindelig meddelbar undskab" ⁵⁰⁾, altså en begrebsdannelse, som bygger på Ørsteds "juridisk vished" efter sagens natur. Større interesse har overvejelser over principperne for de legale krav til den juridiske vished:

Der må "... paa den ene Side fordres en saa tilstrækkelig Sandsynlighed, at Statsmagten ikke ved Letheden i at

49) Jfr. Bang & Larsen 1837 s. 289 f, I. E. Larsen III, 3. (1860) s. 110 f, Nellesmann 1892 s. 308 f, Deuntzer 1901 s. 211, jfr. Munch-Petersen I s. 182 og Hurwitz & Gomard s. 226, sml. Kalenberg 2, IV s. 529 f.

50) Bang & Larsen s. 294 - 295, I. E. Larsen III.3, s. 112.

fremskaffe det juridiske Bevis, misbruges til at sætte uretfærdige Paastande igennem, men at der på den anden Side ei heller gøres saa overdrevne Fordringer med Hensyn til den Vishedsgrad, der bør tilvejebringes, at det bliver alt for vanskeligt at sætte sin virkelige Ret igennem ..." - en afvejning, hvor "også det omtvistede Factums Beskaffenhed (må) komme i betragtning, saa at Fordringerne til Beviiset ikke i alle Tilfælde bør være de samme" 51).

I denne principielle afvejning med hensyn til den juridiske vished afspejler sig det forhold, at det er parterne der tilvejebringer de "udvortes data", som konstituerer den juridiske vished. "Factum må bevises" 52), og det er netop "Hensigten med det processuelle Beviis at tilvejebringe en saadan Vished om Noget, at Dommeren kan ... bygge sine Afgørelser i Sagen derpaa" 53).

Som et karakteristisk udtryk for, at den juridiske vished ikke længere entydigt er legalt bestemt, kan tages, at en tvetydighed i begrebet om det juridiske bevis påpeges: Udtrykket kan tages i "streng Forstand" som "Indbegrebet af de udvortes Data, hvorved der ifølge Lovgivningens Bestemmelser virkeligen er tilvejebragt juridisk Vished om et omtvistet Factum" og i en "vidtløftigere Forstand" som "alle slige Data, der, omend de ikke tilvejebringe fuld juridisk Vished, dog kunne bidrage til at begrunde denne" 54). Denne tvetydighed, der stadig gør sig gældende, er knyttet til en friere bevisteori, hvor der er behov for et begreb om sådanne data, der kun "bidrager til" en juridisk vished.

51) Bang & Larsen s. 294, jfr. I. E. Larsen, der vil tage hensyn til ikke blot det pågældende faktum men også "de øvrige konkrete omstændigheder".

52) Bang & Larsen s. 288.

53) Nellesmann 1892, s. 307.

54) I. E. Larsen s. 112.

(2) Som mål for den processuelle bevisvirksomhed sættes opnåelsen af en juridisk vished, en judiciel overbevisning om faktum. En sådan overbevisning beror på en bedømmelse af sagens beviser, og det er derfor nærliggende at rubricere reglerne herom som regler om bevisbedømmelse. Men selvom den juridiske vished er sat som mål for den bevismæssige virksomhed, er det ikke sikkert, at dette mål nås. Er der ikke juridisk vished om omtvistede relevante fakta, bestemmes det af den gældende bevisbyrderegel, hvilket faktum der skal lægges til grund ⁵⁵⁾. Den, der bærer bevisbyrden, må føre beviser, d.v.s. fremkomme med manifesterede bevisdata. Bevisbyrden refererer til bevisførelse. Bevisbyrdereglernes aktualitet bliver således knyttet til en negativ betingelse, nemlig den omstændighed at et juridisk tilstrækkeligt bevis ikke er ført. Denne udtryksmåde er en følge af den funktionelle sammenhæng mellem juridisk vished og fraværet af vished ⁵⁶⁾.

(3) I forbindelse med denne strukturering af forholdet mellem den juridiske vished, etableret ved bevisbedømmelse og bevisbyrderegler, aktuelle når juridisk vished ikke etableredes, udvikledes de åbninger i den legale bestemmelse af beviset, som man allerede så kimen til i litteraturen fra det 18. århundrede, jfr. ovenfor IV.2. Overfor hovedbeviset, der som regel føres af den, hvem bevisbyrden påhviler, kan der føres modbevis, som ikke behøver at have samme styrke som hovedbeviset ⁵⁷⁾.

Endvidere kunne dommeren tilstede eller pålægge partsed, og selvom loven lagde op til en begrænsning af anvendel-

55) Jfr. herved Ørsted 1822 s. 273, note 2, s. 324, Nellesmann 1892 s. 706 f om den situation, at beviserne for og imod faktum er af samme styrke, Kallenberg II, 4. s. 684 f, Bang & Larsen bd. 2 1838 s. 209.

56) Olivecrona 1930 s. 6 f vil i den negative definition finde et udtryk for "omdömeteorien", hvorefter dommen indeholder en konstatering af parternes indbyrdes rettigheder og forpligtelser. Dette er ikke nødvendigvis korrekt. Den gengivne terminologi har fuld mening, såfremt man blot forudsætter, at dommen indeholder eller beror på bestemte opfattelser af fakta, sml. Olivecrona s. 149 øverst.

57) Jfr. Ørsted om vidnebeviset Eunomia bd. 4 1822, s. 452 f, Bang & Larsen bd. 2 s. 204 f, Nellesmann 1892 s. 701 f.

sen af ed, jvf. D.L. 1-14-5, betød muligheden af anvendelsen af ed et væsentligt supplement af de øvrige legale beviser, jfr. navnlig om benægtelsesed, hvor faktum ikke var fuldstændigt bevis, men der dog forelå en "vis formodning", 1-14-6. Om eden skulle være en sigtelsesed eller benægtelsesed, beroede i hovedsagen på, hvilken af parterne der bar bevisbyrden ⁵⁸⁾.

Særlige problemer var knyttet til forholdet mellem bevisbyrde og formodning. Bevisbyrdereglen lagde som udgangspunkt op til, at den pågældende part var "forpligtet til at godtgøre de Data, der ligge til Grund for hans Opfattelse" ⁵⁹⁾. Men formodningsregler kunne fritage for en sådan nødvendighed af manifeste beviser: "Hvor Loven erklærer, at noget, som efter almindelige Regler skulle bevises, skal antages uden Bevis, saa bliver, med en saadan Regel, Bevisbyrden forandret, og den, der ellers var fri for at føre Bevis, hertil forpligtet" ⁶⁰⁾. Såvel retlige formodninger som det pågældende faktums notoritet kunne begrunde afvigelser fra den almindelige bevisbyrderegel - eller, hvad der praktisk var ensbetydende hermed, at den pågældende part havde opfyldt sin bevisbyrde uden manifeste bevisdata. Større vanskeligheder følger af, at der i bevisbyrdereguleringen indgik hensyntagen til, om den pågældende part "ligefrem og uden Skade for sig er i stand til at føre Beviset, saafremt hans Andragende er grundet i Sandhed", eller blot, at "beviset med noget mindre Ulejlighed kan føres af den ene Part end af den anden" ⁶¹⁾. Kombinationen af formodningssynspunkter og bevisbyrde kan kompliceres: Det kan kun gå an at hævde som en almindelig bevisbyrderegel, at parten må bevise

58) Jfr. Ørsted om partsed, *Eunomia* bd. 4 s. 161, Nellesmann s. 727, 729-730.

59) Ørsted i *Nyt Juridisk Arkiv* bd. 18, 1817, s. 170 f.

60) Ørsted i *Vidnebeviset*, *Eunomia* bd. 1 s. 492.

61) I. E. Larsen III, 3, 1860 s. 117, 118, jfr. også Bang & Larsen bd. 1 s. 306, 319, 316 f.

de "særegne Fakta, hvis Tilstedeværelse er en nødvendig Betingelse for hans Paastands Lovlighed", når der bl.a. hertil føjes modifikationer, som følger af hvad der er ordinært, jfr. eksempelvis indsigelse om umyndighed: Selvom det er en betingelse for sagsøgerens ret, at den sagsøgte er myndig, kræver det ikke selvstændigt bevis ⁶²⁾.

(4) Indiciebeviset udgør dog rammen for den væsentligste udvikling. Dette var naturligvis en følge af, at i og med at der erkendes en adgang for dommeren til at drage slutninger fra de legalt beviste fakta til fakta, som ikke er legalt beviste, føjes der ikke blot en ny "bevismulighed" til de allerede anvendte, men betydningen af de legalt definerede bevisdata svækkes afgørende. Anerkendelsen af indiciebeviset vil have en tendens til at overhovedet ophæve betydningen af de legale regler. Dette kan være den formelle forklaring på, at der i praksis synes at have været større tilbageholdenhed overfor det legale bevis end i teorien.

En almen anerkendelse fik indiciebeviset i kriminelle sager ved forordningen af 08.09.1841 ⁶³⁾. Allerede i Ørstedes afhandling om den juridiske vished anførtes den mulighed, at man i loven anerkendte indiciebeviset ved at opregne en række tilfælde af sådanne som ikke udtømmende eksempler, jfr. 1831 s. 226, og dette var det reelle indhold i forordningens § 3. Som alment synspunkt for indiciebeviset fremhæves for det første komparativt, at det må give "ligesaa stærk og sikker Overbeviisning om den Tiltaltes Skyld, som den der tilveiebringes ved de Beviisligheder, der ved ... Lovens almindelige Regler ere erkiendte som

62) Jfr. hertil Bang & Larsen bd. 1, s. 305, jfr. s. 196 f, og Ørsted om egen tilståelse i Eunomia bd. 3 s. 558 f.

63) Sammenhængen mellem indiciebeviset og ophævelse af tortur og inquisitionskommission bidrog til anerkendelsen, jfr. om forhandlingerne Hans Jensen: De danske Stænderforsamlinger I s. 444 - 445 og II 585.

fuldgældende" ⁶⁴⁾. Selvstændigt angives som målestokken for indiciebeviset, at hvert enkelt bevisdatum skal gøre skylden sandsynlig, og at de pågældende bevisdata ved deres indbyrdes forbindelse så bestemt henvise til den tiltalte, at der "efter Forstandens og Erfaringens vejledning ikke er nogen rimelig Grund til derom at tvivle" (§ 2) ⁶⁵⁾.

(5) Udviklingen af den fri bevisteori, som bekræftedes alment i de skandinaviske proceslove omkring århundredskiftet, er allerede grundlagt i den begrebsmæssige udvikling, som hermed er skitseret:

Udgangspunktet er, at de faktiske antagelser, som kan lægges til grund, er bundet til det verbal-indhold, som præsenteres af bestemte typer af bevisdata. Disse typer af bevisdata manifesteres under en bevisførelse (som "udvortes" data) og er enten i loven eller i juridisk praksis defineret nøje, kvalitativt og kvantitativt.

Udviklingen fra dette udgangspunkt går hen mod en anerkendelse af adgang (kompetence) for dommeren til en empirisk bedømmelse, hvori de manifeste data indgår, men hvor bedømmelsen ikke er begrænset til de pågældende bevisdatas verbalindhold. Som modsætning til de verbale beviser stilles der reale (jfr. engelsk "circumstantial"). Og ved siden af manifeste bevisdata kan ikke-manifeste data være relevante (det fraværende bevis).

Når retstilstanden stadig skal karakteriseres som princi-

64) Forordningens § 1, jfr. om det komparative synspunkt Nellesen 1892 s. 319 - 20, Bang & Larsen bd. 2, s. 107.

65) Et forslag til en lovregulering af indiciebeviset blev givet af C. C. Hall i en licentiatafhandling *De indicii eorumque vi ad probationem in causis poenalibus efficiendam*, 1840 s. 150 - 151. Heri betegner "nexus" forbindelsen mellem indicier og faktum s. 8.

pielt underlagt en "legal bevisteori", kan det knyttes til følgende egenskaber ved den dagældende ordning, nemlig at 1) der opstilles en kvalitativ grænse mellem en judiciel overbevisning contra judiciel tvivl (juridisk vished contra bevisbyrde), og 2) denne grænse er sat ved en legal - hvormed sidestilles udviklet i judiciel praksis - målestok. Men denne målestok er variabel, idet den ikke stiller samme krav i enhver sammenhæng, jfr. ovenfor (1) og Tybjergs "gradationer" af bevisbyrden, efter fuldt bevis, antageliggørelse og indiceren ⁶⁶⁾.

Indenfor den legale bevisteori må der skelnes mellem den oprindelige retstilstand, hvor overbevisningen var bundet til et verbalindhold, overfor den senere netop beskrevne. På grund af afgrænsningen af denne afhandlings emne, som ikke omfatter en selvstændig undersøgelse af den tidlige legale bevisteori, må disse begrebsdannelser i hovedsagen stå som "idealtyper", d.v.s. teoretiske modeller, som den nøjere analyse af den senere retstilstand sammenholdes med.

5. Den frie bevisbedømmelse

(1) I alle de nordiske procesreformer indgik indførelsen af princippet om fri bevisbedømmelse. Eftersom dette princip i praksis var indført gennem anerkendelsen af indiciebeviset, var den legale fiksering af dette princip mere en teknisk stadfæstelse af en allerede udviklet retstilstand end en egentlig reform. Fra overvejelserne over

66) Tybjerg s. 30 f.

reguleringen af bevisretten skal da kun fremhæves den opfattelse af forholdet mellem bevisbedømmelse og bevisbyrde, som fandt udtryk. Et gennemgående træk er her, at princippet om fri bevisbedømmelse tog sigte på domstolens bedømmelse af de enkelte bevisdata og den herpå eventuelt baserede overbevisning om sagens sammenhæng. Regler om bevisbyrde var indeholdt i de almindelige retsregler, som antoges uberørt af den gennemførte reform.

For borgerlige sager findes dette udtrykt allerede i Nellesmann's forslag fra 1868 ⁶⁷⁾. Det foreslås, at "Alt, hvad der efter sin Natur er i stand til at bidrage til Sagens Oplysning, kan benyttes som Bevis", og at "om noget er bevist eller ikke, afgøres af Retten, uden at denne i sit Skøn herover er bunden eller begrænset ved andre Regler, end dem som gældende Lov hjemler" (§ 78 og § 79). Spørgsmålet om "noget er bevist", er ensbetydende med spørgsmålet, om der er tilvejebragt "fuldt Bevis" (jfr. bemærkningerne s. 62), eller med andre ord med begrebet juridisk vished.

Efter de her citerede bestemmelser føjes ex tuto, at "Spørgsmål om Bevisbyrden afgøres efter den hidtil gældende Ret" (§ 80) og der tages i motiverne udtrykkeligt afstand fra den opfattelse, at en lovbestemt bevisbyrde teori skulle være uforenelig med grundsætningerne om den fri bevisbedømmelse, hvilket navnlig var hævdet af von Bar ⁶⁸⁾.

Jfr. herved udkast til strafferetspleje 1875 § 292 og § 307, hvor der mere udførligt anføres, at afgørelsen af, om noget er bevist eller

67) Nellesmann: Forslag til rettergangsmåden i borgerlige domssager. I 1868-70, II 1877.

68) von Bar 1867 s. 35 f, navnlig s. 40.

ikke, ikke er "bunden ved Lovregler, men træffes efter fri, på samvittighedsfuld Prøvelse af det fremførte beroende Overbevisning", en bestemmelse, som ifølge motiverne (s. 122) "hjemler den fri Bevisbedømmelses Princip".

Om civilprocessen Udkast til borgerlig retspleje 1877 § 196 f, i hvis motiver man finder en tilsvarende diskussion af forholdet til bevisbyrdereglerne: "Efter Lovudkastets hele Indretning maa faste Bevisbyrderegler forudsættes, men da disse væsentlig ere af civilretlig Natur og kun lade sig bestemme i Forbindelse med en Opfattelse af Retsforhold af civilretlig Karakter ... kan der i Procesloven kun indsættes en almindelig Udtalelse, som opretholder den hele udviklede Ret og Praksis paa dette Omraade" (s. 14).

Jfr. Udkast til Strafferetsplejen 1899 § 256 og Udkast til borgerlig Retspleje 1899 § 104, § 214, stk. 2.

(2) Procesreformens intention var altså begrænset til, at målestokken for den judicielle overbevisning ikke skulle være legalt defineret, men bestemmes af dommeren. Kvalitativt forskellig fra de situationer, hvori dommeren på dette grundlag nåede frem til en overbevisning, var de tilfælde, hvor sagen måtte afgøres efter en bevisbyrderegel. De for denne situation relevante bevisbyrderegler påvirkedes ikke af reguleringen af bevisbedømmelsen og den juridiske vished.

Selvom denne opfattelse af forholdet mellem bevisbedømmelse og bevisbyrde kan forekomme klar, rummer den kimen til nogle problemer, som var bestemmende for den senere teoretiske udvikling. For det første må en ændret praksis med hensyn til kravene til en judicial overbevisning påvirke det praktiske område, hvor bevisbyrderegler bliver aktuelle. Den almindelige forventning var her, at den fri bevisbedømmelse ville indebære, at dommerne i flere tilfælde end efter den lovbestemte bevisteori ville nå frem til en juridisk vished, og at bevisbyrdereglerne derfor ville være af mindre praktisk betydning. Allerede af denne grund kunne bevisbyrdereglerne - i hvert fald ikke fra et praktisk synspunkt - betragtes som uafhængige af indførelsen af den fri bevisbedømmelse.

Hertil kommer et andet forhold, at udgangspunktet for reglerne om den juridiske vished var det manifesterede bevis, d.v.s. at den judicielle overbevisning opnåedes prin-

cipielt på grundlag af en bevisførelse fra den pågældende part. Selvom dette udgangspunkt var ændret fundamentalt ved anerkendelsen af indiciebeviset, var den fuldstændige ophævelse af de stadigt gældende legale regler anledning til, at hele spørgsmålet om sammenhæng mellem nødvendigheden af bevisførelse og aktualiteten af bevisbyrderegler blev presserende ⁶⁹⁾.

På baggrund af denne summariske beskrivelse af problemstillingen i forbindelse med princippet om fri bevisbedømmelse skal den senere nordiske litteratur karakteriseres systematisk i dens forhold til de her omtalte bevisretlige grundbegreber.

I den ældre litteratur finder man i almindelighed en fastholdelse af den traditionelle struktur. Forholdet mellem bevisbyrde og bevisbedømmelse er ikke påvirket af indførelsen af den "fri bevisbedømmelse". Man fastholder altså en kvalitativ adskillelse mellem bevisbyrde-afgørelser og bevisbedømmelser, som fører til overbevisning, idet den legale ændring består i, at der nu gælder judicielle kriterier for den retligt relevante overbevisning. Bedømmelsen af et bevis' tilstrækkelighed går forud og er uafhængigt af bevisbyrdereglen. Forsåvidt kan disse forfattere opfattes som traditionalister.

Hertil henregnes H. Munch-Petersen, jfr. 1924 I s. 181, II s. 284, hvis beskrivelse af bevisbyrden er enslydende med beskrivelsen Munch-Petersen 1906 s. 305. Hurwitz (1941) s. 138 f (omtrent enslydende Hurwitz og Gomard 1965 s. 228 f). Ifølge Hurwitz 139 er bevisbyrderegler aktuelle, når sandsynligheden taler lige stærkt for begge parter påstande eller at den ene part vel har sandsyn-

69) Sammenhængen mellem bevisbyrde og bevisførelse kommer til udtryk i et forslag Nellenmann 1870 (§ 67) om indførelse af en (tysk) bevisekendelse, hvorved bestemmes for hvad og af hvem bevis skal føres. Forslaget udgik i senere forslag samme år.

ligheden for sig i noget højere grad end den anden, men dog ikke i en sådan grad, at retten tør lægge hans anbringende til grund. Der kan ikke tales om "en gradation af bevisbyrden", men vel om forskellige grader af bevis, og dette angår det fra bevisbyrdespørgsmålet forskellige spørgsmål om bevisbedømmelsen (s. 141) (Anderledes allerede Tybjerg, jfr. ovenfor). Efter Hurwitz (1959) s. 323 indeholder princippet om fri bevisbedømmelse positivt, at "afgørelsen træffes på grundlag af den overbevisning, som bevisførelsen har fremkaldt". Kocktvedgaard (1968) anfører, at reglen om bevisbyrden i straffesager "siger intet om, med hvilken styrke dette bevis skal føres" af anklagemyndigheden, idet dette afhænger af det under bevisbedømmelsen hørende spørgsmål, om dommeren er overbevist (s. 39). Samtidig anføres det, at af grundsætningen in dubio pro reo kan sluttes, at der bør "stilles ganske strenge krav til overbevisningens styrke" (s. 38), idet reglen tilsyneladende opfattes som en bevisbedømmelsesregel.

Herhen hører også Hagerup II 1918 s. 13 f om bevisbyrden og s. 24 f om bevisbedømmelsen. Jon Skeie II (1940) s. 73 f, Hassler 1963 s. 354 f.

Som antydnet i referatet af Kocktvedgaard er der i den traditionelle fastholdelse af den oprindeligt legalt bestemte struktur tendenser til at integrere bevisbyrden og bevisbedømmelsessynspunkter. Et udtryk i denne retning kunne man allerede finde i overvejelserne over den juridiske vished i midten af forrige århundrede.

Men den åbning for judicielle overvejelser, som ophævelsen af de legale bånd for bevisbedømmelsen indebar, banede vej for teorier, hvori bevisbedømmelsen i en ganske anden grad dominerede. Der kan derfor være grund til at opstille en anden hovedgruppe ved siden af de ovenfor omtalte traditionalister, nemlig en gruppe af teorier om bevisbedømmelsens dominans.

Denne dominans kan bero på forskellige forhold. For det første kan den hænge sammen med, at man simpelthen slækker på kravene til den judicielle overbevisning, således at en judicial overbevisning er nået på grund af en selv beskeden sandsynlighedsovervægt. Den ekstreme anvendelse af dette princip er det såkaldte overvægtsprincip, som jeg senere omtaler udførligt.

En anden tendens til bevisbedømmelsens dominans er en følge af, at en række af de normative synspunkter, som i den hidtidige struktur indgik i forbindelse med bestemmelsen

af bevisbyrdens placering, integreres i den judicielle overbevisnings grundlag. Af særlig betydning er dels hensynet til formodninger (det sædvanlige), dels hensynet til bevissikring. Sådanne synspunkter kunne tidligere udgøre et grundlag for en bestemmelse af, hvilken af parterne der skulle bære bevisbyrden, men kan under en fri bevisbedømmelse indgå ved bestemmelsen af, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum.

De to tendenser, som her analytisk er udskilt, forekommer ofte i en vanskeligt gennemskuelig kombination. Det er ikke muligt at foretage en systematisk gennemgang af denne gruppe af litteratur på en overskuelig plads, da den er præget af betydelig systematisk uklarhed og uoverskuelighed. Nogle eksempler og enkelte henvisninger må være tilstrækkeligt.

Palle H.Dige (1945) tager nok det traditionelle udgangspunkt, at der består en bevisbedømmelse og en bevisbyrde ved siden af hinanden, men bevisbedømmelsen fører som oftest til et positivt resultat, og de hensyn, som andre anfører til støtte for bevisbyrderegler, indgår i bevisbedømmelsen. Princippet om den fri bevisbedømmelse betyder, "at det overlades til Dommeren i de enkelte Tilfælde at skønne over, hvad han vil anse for bevist", og dette gælder såvel hvor der er fuldt bevis som hvor dette ikke er tilfældet. "Det Faktum, der skal lægges til Grund ved Dommen, må være det, der er det sandsynligste i dette Tilfælde" (s. 20). "Bevisbedømmelsen gaar... kun ud paa at fastslaa hvad der under Hensyntagen til samtlige konkrete Oplysninger er det sandsynligste og altså i det lange Løb vil give det største Antal rigtige Domme" (s. 21). Hovedsynspunktet, at det mest sandsynlige altid lægges til grund, modificeres med hensynet til retssikkerheden, som kan indebære særlige krav til en overvejende sandsynlighed. Men som regel er bevisbyrdeproblemet kun aktuelt, når hver af parternes opfattelse fremtræder som lige sandsynlige (s. 28 - 29). Bevisbedømmelsens dominans viser sig ved, at visse af Tybjergs momenter for bevisbyrdefordelingen tages i betragtning ved bedømmelsen af beviset (s. 57 - 58), og at eksempelvis en særlig byrdefuld forpligtelse i sig selv kan være et bevismoment, som overflødiggør en bevisbyrde-regel (s. 73 - 74).

H. H. Holm: Bevisbedømmelse - bevisbyrde i TfR 1941 s. 135 f og Bevislættelse i UfR 1941 s. 57 f: Beviser betragtes som "indiciekæder", og overfor indiciekæder kan stilles et modbevis (s. 149 f). Ophæver modbeviset ikke ganske et led i indiciekæden, men blot svækker det, vil sagen altid kunne afgøres efter en bevisbedømmelse uden bevisbyrde-regel (s. 150). Synspunkter fra bevisbyrderegler indgår i bevisbedømmelsen (s. 154 f, 157 f, jfr. Tybjergs opfordringssynspunkt s. 173). Selvom udgangspunktet er et sæt af regler om bevisbedømmelse og bevisbyrde (s. 137), kan det kun få beskednen praktisk betydning.

Mere systematisk er teorier i denne retning udviklet af Per Augdahl, jfr. TFR 1942 s. 215 - 19, Civilprocess 1941 (SSSS Tryk 1942), Norsk civilproces 1961 s. 93 f. I fremstillingen (1961) skelnes mellem "absolut uvished", hvor sandsynligheden for hver af parternes opfattelse er lige stor, og hvor der derfor gælder bevisbyrde-regler (s. 95 f), og "relativ uvished", der omfatter tilfælde, hvor den ene opfattelse er mere sandsynlig end den anden, og hvor man normalt følger det mest sandsynlige (s. 101 f), men hvor bevisbyrde-regler dog introduceres, når sandsynlighedsovervægten er svag, og man står overfor en bevisbyrde-regel, som har stærke legislative grunde for sig (s. 103 f). Jfr. Scheel 1938 s. 5.

Den norske teori er nærmere beskrevet Bratholm og Hov s. 291 f. Jeg finder det dog uhistorisk, når man her, f.eks. s. 292, konfronterer den traditionelle strukturering med en sandsynlighedsskala. De to systemer lader sig ikke umiddelbart oversætte til hinanden, jfr. herom nærmere nedenfor VI.4.4.

(3) Lovgivningens åbning af den bevisretlige struktur skete ved princippet om fri bevisbedømmelse, og den teoretiske udvikling centreredes om en udvikling af dette begreb. Dommeren skulle kunne lægge et faktum til grund på grundlag af en overbevisning i tilfælde, hvor der efter den ældre lære ikke forelå juridisk vished. Begrebet om en "til visshed grænsende sandsynlighed" havde praktisk konkret betydning. Ad denne vej blev sandsynlighedsbegrebet introduceret som den målestok, hvorefter den juridiske overbevisning lod sig måle. Men dette var oprindeligt blot et supplement til den juridiske vished. En nøjere forståelse af dette sandsynlighedsbegreb findes ikke udviklet. Men samtidig må bedømmelsen af, hvilket faktum der som bevist kan lægges til grund, tage hensyn til de normative synspunkter, som tidligere lå til grund for bevisbyrde-regler. Begrebet om den juridiske overbevisning blev derfor overordentlig kompliceret.

Løsningen på disse komplikationer var nærliggende. Løsningen harmonerede endvidere med almindelige, videnskabelige synspunkter for praktiske beslutninger og kunne derfor udbygges systematisk.

Denne løsning indeholdes i den "juridiske sandsynlighedsteori". Den består simpelthen i en integration af de synspunkter, som er bestemmende for, om en overbevisning er opnået, og de synspunkter, som indgår i bevisbyrdeafgørelsen. I stedet for de komplicerede rubriceringer mellem kvalitativt forskellige spørgsmål om overbevisning og

tvivl sætter man en enkelt størrelse, nemlig en konstatering af sandsynligheden for det relevante faktum som en sammenfatning af de to adskilte spørgsmål. Den almene regel bliver da en regel om, hvilket faktum der skal lægges til grund for hver af de tænkelige sandsynlighedsgrader altså en fordeling af uvishedsrisikoen.

Denne sammenfatning præsenteredes - såvidt jeg kan se - først af Sjur Brækhus i en kort artikel i 1940:

"Såvel fordeling af bevisbyrden som afgørelse af kravet til sandsynlighedsgrad er bestemmende for uvishedsrisikoen ... De to afgørelser er tydeligvis af samme art og bør træffes på grundlag af samme regler ... Det rigtige må være at angive ikke bare at en part har bevisbyrden, men også dennes udstrækning, f.eks. at påstanden må være bragt til 3/4 sandsynlighed, hvis parten skal gives medhold. En bekvem udtryksmåde for dette er, at han har 3/4 af bevisrisikoen. Men dette kan lige korrekt udtrykkes som at modparten har 1/4 af bevisrisikoen" (s. 6 - 7).

(Brækhus fjøede til, at den situation at faktum er fuldstændig uoplyst kunne gøre særlige regler nødvendige, jfr. s. 7 note 2).

På baggrund af den teoretiske udvikling som er antydnet ovenfor, og som fik sit bedst formulerede udtryk hos Per Augdahl, var det nærliggende for denne betoning af sandsynlighedsbegrebet, at man særligt fæstnede sig ved den mulighed, at det mest sandsynlige faktum skulle lægges til grund ⁷⁰⁾.

En systematisk udvikling af en juridisk sandsynlighedsteori fik man snart efter hos Eckhoff (1943), hvor "bevisbedømmelsen" munder ud i en "mer eller mindre sikker mening om de relevante fakta", og det generelle svar på den ju-

70) Således også Brækhus i et - vel ikke ganske tilfældigt - eksempel s. 8.

dicielle tvivl om faktum er regler om fordeling af "tvivlsrisikoen" mellem sagens parter ⁷¹⁾. Denne tvivl præciseres til et - som regel billedligt - kvantitativt sandsynlighedsudtryk ⁷²⁾.

Selvom der henvises til matematiske sandsynlighedsberegninger (s. 92 f), analyseres hverken disse eller selve begrebet sandsynlighed, som nu står som det centrale bevisretlige begreb.

Inden jeg behandler den juridiske sandsynlighedsteori, vil jeg derfor introducere og diskutere nogle almene problemer i forbindelse med sandsynlighed og sandsynlighedsberegning.

71) Eckhoff s. 11 f.

72) Kritisk overfor Eckhoff - men også overfor de her omtalte teorier om "bevisbedømmelsens dominans" var Ekelöf 1947, s. 12.

Kapitel V.

Bevisvurdering som sandsynlighedsvurdering

Sandsynlighedsteori 1

1. Sandsynlighed i juraen

Opløsningen af de legale bestemmelser om den "juridiske vished" indebar ikke blot en "lempelse" af nogle legale krav til beviset, men indebar samtidig en introduktion af et nyt bevisretligt grundbegreb, nemlig sandsynlighedsbegrebet. Oprindeligt suppleredes den juridiske vished af sandsynlighed ¹⁾. Efter den komplicerede teoretiske udvikling, som er beskrevet ovenfor IV.5, nåede man frem til at sætte sandsynlighedsbegrebet som det centrale, idet det både var bestemmende for den konkrete konstatering af den enkelte sags sammenhæng, som nemlig mandede ud i en konstatering af sandsynligheden for det relevante faktum, og den generelle normative regulering, som nemlig indeholdt et bestemt sandsynlighedskrav som bestemmende for, hvilket faktum der skulle lægges til grund. Den teoridannelse, som tager dette udgangspunkt, og som jeg betegner juridisk sandsynlighedsteori, vil blive taget op til indgående analyse i de følgende kapitler VI og VII. Inden dette sker, er det rimeligt at analysere dette grundlæggende begreb og dets praktiske funktioner, for så vidt som de er relevante for forståelsen af den juridiske problemstilling. Dette er opgaven for dette kapitel.

Sandsynlighedsbegrebet er relevant for bevisretten, men ikke kun for bevisretten. Også i andre discipliner - såvel som i andre regler - indgår et sandsynlighedsbegreb eller et heraf afledt begreb.

Indenfor erstatningsretten er en karakteristik af en adfærd som culpøs knyttet til en undersøgelse af, hvorvidt den pågældende adfærd er farlig.

1) Jfr. endnu udtrykket i forordning om bortblevne af 11. september 1839 § 14 om mulighed for fordeling af en bortblevns formue uden særlig tidsfrist, når der forelå "en til vished grænsende sandsynlighed" for den pågældendes død, en udtryksmåde der er overført til den nugældende lov nr. 397 af 12/7. 1946 § 6 stk. 2.

"For at en handling skal kunne anses som uforsvarlig (uønskværdig), må den have en vis 'skadeevne', dvs. en tendens til at fremkalde skade. Den behøver ikke med sikkerhed at medføre skade, men den må i alt fald fremkalde fare for skade (mulighed for skade). ... En handling kan ... siges at være farlig, når den må antages efter sin art (dvs. når handlingen generaliseres) at begunstige skadens indtræden". Ussing 1937 s. 30-31, sml. herved A. Vinding Kruse: Erstatningsretten I (1. udg.) s. 80 f, der fremhæver, at "beregningen af skadeevnen må strengt taget ske eksperimentalt-statistisk" (s. 82).

Sandsynlighed for fare, dvs. sandsynlighed eller mulighed for noget uønsket, er også relevant i strafferetten, især i den objektive bestemmelse af fare-situationen i de såkaldte faredelikter ²⁾.

Til faredelikterne hører naturligvis et hertil svarende forsæt. Som selvstændigt element i forsættet har man det såkaldte sandsynlighedsforsæt, som karakteriseres ved, at gerningsmanden har anset det som "overvejende sandsynligt", at de til gerningsindholdet hørende omstændigheder var til stede eller ville indtræde. En "til visshed grænsende sandsynlighed" er ikke nødvendig, men overvægten kan præciseres til en "sandsynlighedsgrad, der overstiger 50%", samtidig med at det erkendes, at en sådan tilsyneladende klar fiksering stemmer dårligt med "den meget ineksakte forestillingsproces, som er forsættets psykologiske realitet" ³⁾.

På grænsen til en bevisretlig problemstilling er den sandsynlighedsbedømmelse, som hævdes indenfor varetægtsfængslingen, hvor der i almindelighed kræves en vis kvalifikation af mistanken for den sigtedes skyld. Efter retsplejelovens § 780 stk. 1 skal der være "skellig grund" (jfr. enslydende norsk straffeprocesslov § 228 stk. 1), efter svensk ret "sannolika skäl" (RB 24:1 og 2). Dette krav forstås undertiden som et sandsynlighedskrav, dvs. et krav om en vis sandsynlighed for sigtedes skyld. Men præciseringen af sandsynlighedskravet er ikke entydig. En udbredt opfattelse går dog i retning af, at der til "skellig grund" i hvert fald må høre, at sandsynligheden for sigtedes skyld

2) Jfr. herved Hurwitz og Waaben 1967 s. 17, og Ross i Tfr 1975 s. 402 f med henvisninger.

3) Hurwitz og Waaben s. 227.

er "overvejende", dvs. større end 0,5 ⁴⁾.

Foruden disse eksempler fra den dogmatiske litteratur og retlige regulering kan nævnes, at sandsynlighedsbegrebet er inddraget i tolkningen af retsvidenskabens udsagn i en retning indenfor retsteorien, som i Norden netop dukkede op omtrent samtidig med den bevisteori, som her omtales ⁵⁾.

2. Sandsynlighedsbegrebet

2.1. Oversigt over nogle opfattelser.

En analyse af sandsynlighedsbegrebet har længe været et centralt emne for filosofien. Begyndelsen var overvejelser over spilteoretiske problemer i det 17. og 18. århundrede. En mere seriøs anvendelsesmulighed fik overvejelserne gennem introduktionen af sandsynlighedsbegrebet i naturvidenskaben og senere i de sociale videnskaber.

Den filosofi, der findes omkring sandsynlighedsbegrebet, giver ikke noget entydigt svar på, hvad der forstås ved sandsynlighed, og dette gør en konfrontation med den filosofiske litteratur til en temmelig omfattende opgave. En praktisk vanskelighed i forbindelse hermed er, at der ikke findes en nogenlunde omfattende systematisk fremstilling af de forskellige opfattelser, hvor de forskellige teoretiske begreber sættes i forhold til praktiske beslutningsproblemer ⁶⁾. Da man derfor er nødsaget til at gå til udvalgte hovedværker, er muligheden for fejltagelser og misforståelser nærliggende.

4) Jfr. Bratholm s. 169-70, Gammeltoft-Hansen: Fængslingsforudsætninger 1973 s. 64, tvivlende Ekelöf III s. 32. Et problem ved denne fortolkning, som der her må ses bort fra, er at usikkerheden med hensyn til skyldspørgsmålet ikke blot går på noget faktisk, men også på den juridiske bedømmelse, jfr. Bratholm s. 168. Denne usikkerhed kan ikke udtrykkes på en sandsynlighedsskala, eftersom den ikke blot kan fremstilles som en mere eller mindre sikker forudsigtelse af dommerens fremtidige bedømmelse. Begrænses problemstillingen til den faktiske side af skyldspørgsmålet, forekommer fortolkningen stadig tvivlsom.

5) Jfr. eksempelvis Ahlander: Er juridiken en vetenskap? 1950 og Ross 1953 kap. II.

6) Oversigter i Raiffa 1968 s. 273 f, Encyclopedia of Social sciences vol. 12, s. 496 f. Se nu Hacking 1975 om den ældre periode

Der søges en afklaring af den betydning, hvormed et vist sæt af udtryk anvendes. Den anvendelse, der ønskes forklaret og forstået er begrænset til, hvad der indgår i den juridiske bevisvurdering. Dette er ganske vist ikke nogen særlig stærk emnemæssig begrænsning. Såvel statistiske begreber som dagligdags anvendelse af udtryk for usikkerhed indgår heri. Væsentligere - og afvigende fra den synsvinkel, der i almindelighed er afgørende for filosofien - er det, at problemet er en tolkning af bestemte faktiske fænomener, nemlig den legale regulering og den judicielle praksis med hensyn til usikre fakta. Spørgsmålet er bl.a., med hvilken mening retslægerådet udtrykker sig om et usikkert fænomen, og hvordan denne erklæring indgår i den judicielle bedømmelse. Hertil knyttes en konfrontation med den filosofiske opfattelse, som er kommet til udtryk i hidtidig juridisk litteratur.

Praktisk taget alle bevisretlige problemer, der foreligger til judicial bedømmelse, går ud på en stillingtagen til konkrete forhold. Interessen samler sig derfor om forståelsen af udsagn, som vedrører konkrete fakta.

(1) Den klassiske opfattelse af sandsynligheden

De matematiske regler for behandlingen af sandsynlighedsudsagn udvikledes oprindeligt i forbindelse med hasardspil. De matematiske regler opfattes nu som et axiomatisk system. Det spørgsmål, der her tages op, er fortolkningen af sandsynlighedsbegrebet i de udsagn, som behandles i overensstemmelse med det axiomatiske systems regler.

Den klassiske fortolkning er udtrykt af Laplace ⁷⁾. Han begynder med en erkendelse af, at alt har en årsag, udtrykt i "le principe de la raison suffisante": "Les evenements actuelles ont, avec les précédents, une liaison fondée sur le principe évident qu' une chose ne peut pas commencer d'être, sans une cause qui le produise" (s. 3). Nødvendigheden af at

7) Laplace 1825

tale om sandsynligheder beror på vores delvise uvidenhed. "La probabilité est relative en partie à (notre) ignorance, en partie à nos connaissances". Hvordan gør man brug af den viden, man har, til at gøre forudsigelser om forhold, som man ikke har fuldstændig viden om? Dette belyses ved omtalen af hasardspillet: "La theorie des hasard consiste a réduire tous les événements du meme genre, a un certain nombre de cas également possible ...". Ved kast med en 6-sidet terning finder man, at kastet kan resultere i 6 begivenheder af samme art, nemlig at "etteren", "toeren" o.s. v. vender op. At disse tilfælde er lige mulige beror på, at "... nous sovons également indécis sur leur existence". På dette grundlag kan sandsynligheden defineres: "(La probabilité) ... n'est ainsi qu'une fraction dont le numérateur est le nombre des cas favorables, et dont le dénominateur est le nombre de tous les cas possibles" (s. 7).

For at nå frem til en sandsynlighedsbrøk må man altså sammenholde de gunstige tilfælde med de mulige tilfælde. Dette forudsætter en forestilling om optælling af tilfælde eller hændelser, som indbyrdes kan sidestilles, fordi de er lige sandsynlige. Dette sker ifølge Laplace ved anvendelsen af princippet om den utilstrækkelige grund (indifferensprincippet): Som lige sandsynlige anses tilfælde, om hvis eksistens man er i lige grad uvidende. Jeg har ikke nogen særlig viden, der får mig til at tro, at en af siderne på en (ægte) sekssidet terning skulle vende op, og tilskriver derfor hver af de seks mulige udfald den samme sandsynlighed. Anvender man dette princip, er det muligt at opstille sandsynlighedsudsagn, om forhold, hvorom man ingen viden har. Dette har spillet en stor rolle bl.a. for det såkaldte Bayes' teorem, der omtales senere.

Denne klassiske opfattelse spiller stadig en betydelig rolle. Men er ikke uproblematisk. Det er ikke altid muligt at definere de simple hændelser, som skal være lige sandsyn-

lige. (Et for jurister anskueligt, men kompliceret eksempel er udsagnet "Da jeg ikke ved noget om parternes modstridende påstande om faktum, anser jeg dem for lige sandsynlige - d.v.s. sandsynlighed af 0,5). Det er heller ikke let at definere den nødvendige uvidenhed: Hvad vil det sige at være uvidende? Man ved noget - men det er irrelevant. Hermed nærmer man sig det cirkulære⁸⁾.

(2) Frekvensteorien

Som udgangspunkt for en forståelse af frekvensteoriens fortolkning af sandsynlighedsbegrebet kan tages en sætning som denne: "Sandsynligheden for, at en person i den danske befolkning har genotypen "OO", er 0,417"⁹⁾. Meningen med en sådan sætning kan konstateres gennem en undersøgelse af, hvorledes den er opstillet¹⁰⁾: Man har gennem en årrække gjort iagttagelser af befolkningens genotyper, hvorved konstateres, at andelen af genotypen "OO" ved de forskellige undersøgte grupper antager værdier, som 0,415, 0,419, 0,416 o.s.v. Sandsynlighedstallet 0,417 er ganske vist ikke identisk med de konstaterede frekvenser. Men afviger dog ikke meget herfra. Den frekvensteoretiske opfattelse gør yderligere den antagelse, at for et uendeligt antal af undersøgte personer vil de tilsvarende andele af denne genotype forblive i nærheden af den hævdede sandsynlighedsandel. Hvis blodtypen tænkes konstateret ved børnenes fødsel, kan man sige, at i det lange løb vil den relative andel af børn med genotypen "oo" blandt f.eks. børn fødte indenfor et år være tilnærmelsesvis 0,417.

Efter dette eksempel kan en mere præcis definition, tilpasset den matematiske kalkule, gives¹¹⁾. Først defineres den

8) Se nærmere kritik af den klassiske opfattelse f.eks. Nagel 1939 s. 44 f.

9) Sm. H. Girtler: Blod- og serumtyper 1970 s. 83, 195 f.

10) Nagel 1939, s. 19.

11) Jvf. herved Nagel s. 20 f.

relative hyppighed eller relative frekvens. Man har en referensklasse, der er en ikke tom klasse af elementer, og man interesserer sig for en bestemt egenskab, som elementerne i referensklassen kan have. Den relative frekvens af denne egenskab angives da med en brøk, hvis tæller er de elementer i referensklassen, der har egenskaben, og hvis nævner er det totale antal af elementer i referensklassen. Stiger antallet af elementer i referensklassen, vil den relative frekvens af egenskaben ofte være forskellig, jvf. eksemplet. Men den relative frekvens vil samle sig omkring en bestemt størrelse og kun afvige fra den med en lille enhed, som vil være mindre, efterhånden som antallet af elementer i referensklassen forøges. Denne værdi kaldes for p for sandsynlighed, og det kan da siges, at den relative frekvens nærmer sig p som en grænse med stigende antal i referensklassen.

Den hævdede sandsynlighedsgrad behøver ikke nødvendigvis at være identisk med en eller flere af de konstaterede frekvenser. Sandsynlighedsudsagnet indeholder en beskrivelse af en egenskabsfordeling, hvor sandsynlighedsværdien er en grænseværdi, som konstaterede frekvenser vil tendere mod.

Af særlig interesse er den frekvensteoretiske opfattelse af sandsynlighedsudsagn, der gøres gældende med henblik på individer. Sandsynlighedsudsagn fortæller kun noget om et individ for så vidt, som han er et element i den referensklasse, som udsagnet angår, Nagel s. 23.

Sandsynlighedsudsagn om en bestemt person kan fortolkes forskelligt. En fortolkning går da ud på, at sandsynlighedsudsagnet kun fortæller noget om individet som et element i en referensklasse, hvor den pågældende egenskab forekommer med en vis relativ frekvens. I blodtypeeksemplet ovenfor vil denne tolkning indebære, at "X har med sandsynligheden 0,417 blodtypen 00" er en ufuldstændig formulering af, at X hører til en vis befolkningsgruppe, og at "00" forekommer med frekvensen 0,417 i

denne gruppe¹²⁾. En anden tolkning hævdes af Reichenbach: Man kan antage, at frekvensen af en begivenhed, B, i en sekvens er lig $5/6$. Er spørgsmålet, om denne individuelle begivenhed, B, vil indtræde, foretrækker vi at besvare spørgsmålet bekræftende, fordi "... if we do so repeatedly, we shall be right in $5/6$ of the cases". Udsagnet, at den individuelle begivenhed, B, vil indtræde, kan ikke betragtes som en hævdet påstand ("assertion"), men som en antagelse ("a posit"). "A posit is a statement with which we deal as true, although the truth value is unknown". - Ved praktiske afgørelser i enkelte tilfælde vælges antagelser (posits), iflg. Reichenbach, gennem antagelsen af begivenheder, som betragtes som mest sandsynlige, s. 373 - 374. Denne opfattelse er naturligvis en urimelig forenkling, men dette berører ikke det principielle synspunkt, at udtalelser om sandsynlighed for individuelle fænomener er mulig.

Ethvert sandsynlighedsudsagn er et faktisk udsagn. Det er ikke - som hos Laplace - formuleringer af graden af vores uvidenhed eller usikkerhed. "To assert that the probability of a normal coin presenting head after being tossed is $1/2$, is to ascribe a physical property to a coin which is manifested under determinate conditions", Nagel s. 23. Men det er ikke let at angive under hvilke betingelser de manifesterer sig. Kastet med mønten skal opfylde krav - den ene side må ikke favoriseres - og dette kan let lede til cirkularitet igen. Beskrivelsen af den grundlæggende referensklasse er omdiskuteret¹³⁾.

Selvom sandsynlighedsudsagn angår virkelighedsfænomener,

12) Jfr. Nagel s. 23.

13) Se hertil kritisk (og kortfattet) Hallden 1973 s. 124 f. Kritikken J. Kaplan 1968 s. 1066 angår ikke frekvensteorien som sådan, men dens juridiske anvendelighed.

kan de ikke definitivt be- eller afkræftes. Dette træk afspejler frekvensteoriens tilknytning til den logiske empirisme ¹⁴⁾.

(3) Logiske sandsynlighedsteorier

antager, at sandsynlighedsudsagn indeholder en logisk relation mellem to udsagn, en relation der kan sammenlignes med den demonstrative logiks deduktion, men som er svagere end denne. Keynes' opfattelse skal omtales nærmere ¹⁵⁾. Vi har en vis mængde af direkte viden, som konstituerer vores basale præmisser. Sandsynlighedsteorien fortæller os " ... what further rational beliefs, certain or probable, can be derived by valid argument from our direct knowledge", s. 4. Ofte taler man om en konklusion som tvivlsom eller sandsynlig. Denne udtryksmåde er ufuldstændig. Der består en relation mellem to sæt af propositioner, hvor kendskab til præmisserne giver grunde for en vis grad af rationel tro, s. 4. Efter Keynes består der en sandsynlighedsrelation af en vis grad mellem konklusionen og dens præmisser. Om denne sandsynlighedsrelation har man (sikker) viden.

Sandsynlighed er da ikke et mål for "uvidenhed", men for et logisk forhold mellem præmisser og konklusion. Såvidt jeg forstår, vil Keynes basere disse logiske relationer på intuitive skøn, og han bliver derfor kritiseret fra et empirisk synspunkt ¹⁶⁾.

(4) Subjektiv opfattelse

¹⁴⁾ For en - speciel - afsmi tning herfra se Ross 1953 s. 53 note 1, hertil TfR 1974 s. 368 - 369.

¹⁵⁾ Keynes 1921

¹⁶⁾ Nagel 1939, s. 49

Mens nordiske jurister oftest har arbejdet med en frekvensteoretisk tolkning, har amerikanske jurister sluttet sig til den subjektive teori.

Udgangspunktet for enhver nyere interpretation af sandsynlighedsbegrebet er sandsynlighedskalkulen. Denne opfattes som et axiomatisk matematisk system, der indeholder regler for, hvilke antagelser der kan opbygges på grundlag af andre sandsynlighedsudsagn.

Enten sker en begivenhed, eller den sker ikke. Propositioner må enten være sande eller falske. Et sandsynlighedsudsagn om en begivenhed kan aldrig bekræftes eller afkræftes, da begivenheden enten indtræder eller ikke indtræder - den kan ikke "delvis" indtræde ¹⁷⁾. Frekvensteorien søger et objektivt grundlag ved gennem sandsynlighedsudsagn at tilskrive omverdenen egenskaber, sml. ovenfor om den mønten tilskrevne egenskab. Denne objektivitet ses som tilsløring af det subjektive grundlag for sandsynlighedsudsagn ¹⁸⁾.

Sandsynlighed defineres af den subjektive teori som en persons grad af tro på pågældende udsagn. Sandsynlighed 0 og 1 udgør de ekstreme værdier vished (om sandhed/falskhed). Denne grad af tro er subjektiv eller personlig. D.v.s. den er ikke rigtig eller forkert, f.eks. sammenlignet med en anden opfattelse. Den subjektive teori "... do not deny the possibility that two reasonable individuals faced with the same evidence may have different degrees of confidence in the truth of the same proposition", en sandsynlighed afgøres ikke "by reference to the external world" ¹⁹⁾.

17) de Finetti i Kyberg & Smokler s. 151 - 152

18) de Finetti s. 149, 116 - 117

19) Savage, s. 3, s. 50 - 51.

Det her beskrevne viser sammenhængen med den klassiske opfattelse, jfr. (1) ovenfor. Et afvigende moment, som spiller en væsentlig rolle, kan betegnes "pragmatisk": Anvendelse af sandsynlighedsudsagn ses som element i en praktisk beslutning. Denne pragmatiske holdning viser sig i definitionen af sandsynlighed, d.v.s. angivelsen af den mening, der kan tillægges sandsynlighedsudtryk i sætninger, der skal kunne behandles i overensstemmelse med kalkulen. Med hvilken grad en person tror på en påstand, kan konstateres gennem tilbud om væddemål. Men denne konstateringsmåde er ikke blot en verifikationsmetode. Den tegner definitionen af sandsynlighed. Hos de Finetti sættes dette i forbindelse med positivistisk opfattelse²⁰⁾.

Mens den rationelle tro på en sandsynlighed hos Keynes var entydig, er den hos subjektivistene helt individuel. Afgørende for dens rationalitet er udelukkende den individuelle konsistens.

Har man (1) "hvis p, så q" og (2) "p", kan man tage stilling til valget mellem (3) "-q" og (4) "q". Valget kræver ikke undersøgelse af virkeligheden (om mon q?). Hvis (3) antages i forbindelse med (1) og (2), er der "noget galt", en inkonsistens. Men om det er (1) eller (2) eller (3), der er forkert, kan logikken ikke fortælle.

Tilsvarende i sandsynlighedskalkulen. Den indeholder korrekte regneregler. De enkelte sandsynlighedsudsagn kontrolleres derimod ikke. Men de må være indbyrdes konsistente²¹⁾.

20) Jvf. herved de Finetti s. 149, lo2, Savage s. 31, 33. Af grundlæggende betydning var Ramsey i Kyburg & Smokler s. 61 f.

21) For den subjektive teori f.eks. Kaplan 1968 s. 1066 f. Tribe 1971 s. 1347; anderledes Ball 1961 s. 86 f (frekvensteori).

(5) Linguistisk opfattelse

Mens den ældre empiriske filosofi så det som hovedopgaven at give en tydning af sandsynlighedsbegrebet i dets mere avancerede og teknisk-videnskabelige anvendelse, så tager Toulmin i modsætning hertil sit udgangspunkt i en analyse af "the most primitive origins of the notion of probability" ²²⁾. Der lægges særlig vægt på ordets praktiske funktion som modal-ord. Anvendelsen af begrebet i hverdags-sætninger er - skønt ikke numerisk - ikke desto mindre fuldkommen bestemt (s. 89).

Siger jeg: "S er P", må det forudsættes, at jeg i det mindste tror, at det forholder sig således. Jeg går til en vis grad ind for denne antagelse, "I commit myself". Ved at indføje "sandsynligvis": "S is probably P", undgår jeg udtrykkeligt at stå inde for antagelsen uden forbehold. Jeg sikrer mig herved mod nogle af konsekvenserne af en fejltagelse. "When I say "S is probably P", I commit myself guardedly, tentatively or with reservations to the view that S is P, and (likewise guardedly) lend my authority to that view" (s. 53).

Hvis en dommer - for at bringe det retlige ind i fremstillingen - udtaler, at han anser det for sandsynligt, at parterne har indgået en aftale ved mødet den og den dato, implicerer dette, at dommeren tror, at det forholder sig sådan. Men han har ikke udtrykt sig på samme forbeholdsløse måde, som hvis han havde udtalt, at der er indgået en aftale. Han har ikke i samme grad givet sin autoritet til antagelsen om en aftale. Han har taget et forbehold, der til en vis grad kan beskytte ham mod kritik, hvis det viser

22) Toulmin: *The Uses of Argument* 1958, s. 47.

sig, at en aftale faktisk ikke blev indgået.

Rækkevidden af dette forbehold står ikke helt klar, når der faktisk skal træffes en beslutning. Hvis en begivenhed, P , er ganske usandsynlig under omstændighederne, S , kan jeg i en konkret situation, hvor S , udtale, at efter al sandsynlighed vil P ikke indtræde. Indtræder P alligevel er min forudsigelse "mistaken", men den generelle erfaringssætning står fast. Jfr. s. 92, sml. s. 55. Sandsynlighedsudtrykket giver altså, såvidt jeg forstår en større tolerance overfor modgående hændelser, men et præcisere begreb herom får man ikke. "To attempt to define what is meant by the probability of an event in ... (terms of observed frequencies or proportions of alternatives) is to confuse the meaning of the term "probability" with the ground for regarding the event as probable, i.e. the ground for expecting it ..." (s. 68). Frekvenser og logiske proportioner er ikke uden betydning, men kan ikke tages som betydningen af ordet sandsynlighed, men som forskellige typer af grunde, der kan henvises til som grundlaget for sandsynlighedsudsagn (s. 69).

2.2. Til det bevisretlige sandsynlighedsbegreb

Udgangspunktet for undersøgelsen af sandsynlighedsbegrebet var, at dette optræder i forskellige sammenhænge, relevante for den bevisretlige bedømmelse, nemlig i 1) regler om bevisbyrde, bevisbedømmelse og formodninger, hvor det fik stigende betydning med anerkendelsen af først indiciebeviset og siden den fri bevisbedømmelse, 2) i vidneudsagn og sagkyndige erklæringer, som giver udtryk for en mere eller mindre præcis usikkerhed, og 3) i den judicielle vurdering af den enkelte sags faktum, nemlig som en bedømmelse af sandsynligheden for, at et relevant faktum foreligger. Disse tre typer af bevisretlige sammenhænge er naturligvis knyttet til hinanden indbyrdes, eftersom reglerne styrer den judicielle bedømmelse, og eftersom såvel regler som judicial bedømmelse betyder noget for de bevisdata, som præsenteres for domstolen, ligesom omvendt de bevismæssige muligheder (f.eks. udviklingen af fingeraftryk) influerer på kriterierne for den judicielle bedømmelse.

Gennemgangen af de forskellige filosofiske begreber om sandsynlighed efterlader et flimrende indtryk af manglende afklaring. Det forekommer overraskende, at et så grundlæggende begreb ikke har nået en mere entydig bestemmelse. Men spørgsmålet er i denne forbindelse, om der kan drages nogen nytte af denne almene orientering til forståelse af den juridiske problemstilling. For visse anvendelser af udtryk for usikkerhed synes forbindelsen til den filosofiske begrebsdannelse klar. I en vis forstand må den lingvistiske analyse af "daglig tale" (som ikke altid er så daglig) være umiddelbart relevant for den almindelige vidneforklaringens anvendelse af tvivlsudtryk. For visse sagkyndige erklæringer er der heller ikke vanskelighed ved at finde forbindelsen til den frekvensteoretiske teori. Retsmedicinske erklæringer over blodtyper indeholder antagelser om dels almene frekvensforhold og sikkerheden for disse, dels en bedømmelse af sandsynligheden for den enkelte sags afstammingsmæssige forhold, og denne strukturering kan i hvert fald ikke forenes med den subjektive sandsynlighedsteori.

Med udgangspunkt i en bredere filosofisk forståelse af sandsynlighedsudtrykket er det således muligt at nå en dybere forståelse af de bevisdata, som indeholder tvivlsudtryk. Men som regel vil de pågældende vidner eller sagkyndige ikke (behøve at) have taget stilling til disse grundlæggende spørgsmål.

Men for en bevisteori som den juridiske sandsynlighedsteori, som placerer sandsynlighedsbegrebet i centrum, må det være et rimeligt udgangspunkt for en diskussion at søge afklaring af de principielle spørgsmål, som anvendelsen af sandsynlighedsbegrebet i bevisretten indebærer. Det karakteristiske for den judicielle bedømmelse af faktum er, at den dels vedrører konkrete fakta, dels udgør grundlaget for en praktisk beslutning. Denne konkrete forening af indsigt og handlen ligger tilsyneladende langt fra de væddemål, sekskantede terninger, krukker med farvede kuøler, osv., som illustrerer almindelige sandsynlighedsteoretiske fremstillinger. Men forbindelsen er der vel?

Man kan indlede med at konstatere, at sandsynlighedsudtryk må kunne anvendes med forskellig præcision - eller rettere med forskellig betydning ¹⁾.

Sandsynlighed kan umiddelbart knyttes til den praktiske konsekvens, at det "sandsynlige" lægges til grund, gøres bestemmende for den praktiske handlen. Med udtryk som "sandsynligvis", "sandsynligheden taler for", "formentlig", osv., indskydes et forbehold, som ikke er afgørende for, hvilken praktisk beslutning der træffes. At et faktum er sandsynligt, har i så fald den betydning, at det pågældende faktum lægges til grund. Den adfærd, der baseres på det sandsynlige, er den samme, som den, der ville have været adækvat ved fuld sikkerhed. Usikkerheden er med andre ord ikke større, end at adfærden ikke er påvirket af den. Dette begreb om sandsynlighed kan kaldes kvalitativt, fordi det kvalificerer et bestemt forhold (faktum) på en sådan måde, at det efter dets egenskaber adskiller sig fra andre. Det pågældende faktum - eller overbevisningen herom -

1)) Se hertil Toulmin ovf., Carnap 1950 s.8 f skelner mellem klassifikatorisk, komparativ og kvantitativ.

indgår ikke i en sammenligning med andre, endnu mindre i en numerisk angivet sammenligning. Det er netop dette begreb om sandsynlighed, som kan betragtes som en fortsættelse af den legale bevisteoris "overbevisning" eller "juridiske vished", eftersom disse karakteriseredes ved en kvalitativ forskel fra "tvivlssituationen".

Sandsynlighed kan mere nuanceret anvendes som del af en komparativ bedømmelse af et faktum. At et faktum er "sandsynligt" indgår da på linie med andre komplementære karakteristikker af det pågældende faktum. Som eksempler på sådanne gradueringer kan nævnes "antagelig - sandsynlig - åbenbar" (jfr. Bolding 1951, s. 95, 170 f). Begrebet kan betegnes komparativt, fordi det får mening i dets modsætning til andre alternative karakteristikker af sikkerhedsgraden. Det adskiller sig endvidere fra det forrige ved, at der ikke er nogen umiddelbar sammenhæng mellem sandsynlighedskarakteristikken og den praktiske konklusion - er faktum sandsynligt, men er beviskravet, at faktum skal være åbenbart, disponeres der ikke på grundlag af det sandsynlige faktum.

Endelig er der sandsynlighed som et alment begreb, der kan tage forskellige konkrete numeriske værdier fra 0 til 1 (0 til 100%). At et faktum er "sandsynligt", er med dette sandsynlighedsbegreb relativt intetsigende. Kun med en numerisk angivelse er sandsynlighedsudtrykket meningsfuldt. Dette begreb kan da betegnes kvantitativt. Det er først og fremmest ved anvendelsen af sådanne sandsynlighedsudtryk, at brugen af den matematiske sandsynlighedskalkule får interesse. Juridiske fremstillinger, som benytter sig af sandsynlighedsudsagn, anvender ofte kvantitative størrelser som "illustrationer", men det forbliver en vanskelighed at forstå, hvorledes den judicielle bevisvurdering opfattes som en sandsynlighedsvurdering skulle få praktisk betydning, såfremt den ikke i hovedsagen baseres på nogenlunde præcise numeriske sandsynlighedsstørrelser. Dette problem vender jeg tilbage til. Her skal blot fremhæves, at den numeriske størrelse af en kvantitativ sandsynlighed naturligvis kan være angivet med større eller mindre præcision.

Det er denne kvantitative sandsynlighed, som har interesse for en diskussion af den juridiske sandsynlighedsteori. Dette beror dels på det nævnte spørgsmål om judiciel beregning af sandsynligheder i henhold til kalkulen, dels på at de to øvrige betydninger af sandsynlighedsbegrebet i hvert fald i hovedsagen kan afledes som specielle "områder" indenfor den kvantitative sandsynlighed.

En anden dimension af tvetydighed er den, som i gennemgangen af de forskellige opfattelser ovenfor afspejler sig i modsætningen mellem den objektive frekvensteori, og de subjektive teorier (1) og (3). Såvidt jeg forstår, beror denne modsætning på, om det "usikre" henføres til begrænsninger i den menneskelige erkendelse (epistemologisk) eller henføres til den "objektive virkelighed" (aleatorisk), altså betragtes som en egenskab i virkeligheden ²⁾.

En væsentlig grund til etableringen af en subjektiv sandsynlighedsteori har været, at dette er blevet betragtet som nødvendigt for at sandsynlighedsudtryk kunne anvendes om konkrete forhold. Dette punkt er naturligvis afgørende for en juridisk sandsynlighedsteori, som primært vedrører den konkrete judicielle afgørelse på grundlag af et konkret faktum. Selvom frekvensteorien fik en udformning, som i hvert fald tilsyneladende har tilladt anvendelsen af konkrete udsagn, jfr. ovenfor, er det klart, at den subjektive teori i et ganske andet omfang tillader inddragelsen af konkrete bedømmelser. Udgangspunktet for sandsynlighedsberegningen er den enkelte persons sandsynlighedsantagelse om relevante elementer. Introduktionen af den subjektive opfattelse er herved sammenknyttet med accepten af, hvad man betegner "forhåndssandsynlighed", altså forhåndsantagelser vedrørende det faktum, som er under bedømmelse. Dette har stor betydning for de matematiske beregninger, som skal vises i næste afsnit. Udfra et frekvensteoretisk synspunkt er sådanne forhåndsantagelser utilladelige, fordi sandsynlighedstilskrivelsen udelukkende skal bero på de konkrete erfaringer (eksperi-

2) De to begreber epistemologisk og aleatorisk er hentet fra Hacking 1975, som s. 13 f også omtaler denne gennemgående dualitet i sandsynlighedsbegrebet.

menter, beviser) som opnås vedrørende det pågældende emne. Først når denne undersøgelse er gennemført, kan man tage stilling til, om den konstaterede sandsynlighed er tilstrækkelig efter de normer som anvendes.

I denne forbindelse er det vigtigt at udskille to momenter af subjektivitet i den subjektive sandsynlighedsteori. Det ene er den her nævnte accept af forhåndssandsynlighed. Subjektiviteten består i, at visse antagelser eller erkendelser indgår i beregningerne, selvom de ikke er funderet i eksperimentale undersøgelser (sagens beviser). For en juridisk bedømmelse er sådanne almene forhåndsantagelser ikke fremmede.

Et andet element af subjektivitet består i, at emnet for den subjektive teori udelukkende er den pågældende persons personlige antagelser, og de konsistente slutninger der kan drages heraf. Den subjektive teori beskriver forskellige grader af rationel tro på visse påstande, og er subjektiv, fordi den ikke pretenderer at indeholde en beskrivelse af omverden. Heroverfor er frekvensteorien netop objektiv i den forstand, at den tilskriver bestemte ting eller begivenheder "sandsynlighedsegenskaber" (de Finetti s. 150).

Når det gælder spørgsmålet om en fortolkning af en juridisk sandsynlighedsteori, forekommer det nærliggende at acceptere forhåndsantagelser som udgangspunkt for den judicielle bevisbedømmelse, uden at der heri ligger en accept af den ekstreme subjektivisme, som vil have til følge, at den juridiske dom, som følger af en sandsynlighedskalkule, ikke indeholder nogen beskrivelse af virkeligheden. Dette kan ikke svare til de forestillinger, som indgår i den judicielle bevisret. Ligesåvel som de begivenheder, som efter de materielle regler er sat som bestemmende for retsfølgerne, er "virkelige", således må også de judicielle antagelser principielt vedrøre virkelige fænomener.

Men det er karakteristisk for den judicielle antagelse, som beror på en sandsynlighedsbedømmelse, at den kan være forkert. (Bevisbyrdereglerne pålægger dommeren "at opstil-

le en antagelse som grundlag for sin dom. Og ved denne antagelse er der det ejendommelige, at han skal antage noget, som han ved muligvis er urigtigt", Ussing i Juridisk Tidsskrift 1917 s. 373-74, Ussings understregning).

De bevisretlige fremstillinger, som bygger på den subjektive sandsynlighedsteori, forekommer ikke på tilfredsstillende måde at have taget stilling til spørgsmålet. Undertiden legitimeres en subjektivistisk teori ligefrem på grundlag af en objektiv opfattelse. Eksempelvis hos Tribe:

Hvad mener vi, når vi siger, at en person er "80% sikker" på en vis påstand? Lad os tænke os en persons tiltro til en vis påstand eller hans subjektive sandsynlighed udtrykt i en skala af sandsynligheder, der går fra 0 - 1. Sandsynligheden 0 repræsenterer den subjektive antagelse, at den pågældende påstand er falsk, idet det påståede er umuligt, mens sandsynligheden 1 repræsenterer den antagelse, at påstanden er sand, idet det, som påstanden udtrykker, er sikkert. Til illustration kan man tænke sig en række æsker, der hver indeholder 100 godt blandede kort, hvoraf nogle er mærket "sand" og andre "falsk". Den første æske B_0 indeholder intet kort mærket sand, og 100 kort mærket falsk. Den anden boks B_1 indeholder 1 kort mærket sand og 99 kort mærket falsk, den næste boks B_2 indeholder 2 kort mærket sand og 98 kort mærket falsk. At sige at en person er 80% sikker på en påstand er simpelthen at sige, "at han ville være ligeså villig til at vædde på, at den pågældende påstand er sand, som han ville være villig til at vædde (med samme indsats/gevinst) at et kort valgt tilfældigt fra boks B_{80} vil vise sig at være mærket sand. Under disse omstændigheder ville den pågældende person sige, at for ham er sandsynligheden for påstanden 0,8 eller 80%". Jfr. Tribe 1971, s. 1347.

Vi ser i denne illustrative beskrivelse, hvorledes Tribe legitimerer den subjektive ansættelse af sandsynligheden til 80% gennem en illustration, hvor han tager det udgangspunkt, at der faktisk eller virkeligt er 80 ud af 100 kort, som er mærket sand. Den subjektive antagelse illustreres gennem et tilfælde, hvor den objektive virkelighed antages kendt.

Men strengt taget er det altså ikke forholdet mellem sandsynlighedsantagelsen (de 80%) og den relative fordeling af kort mærket sand og falsk, der i den subjektive teori definerer sandsynlighedsudsagnets mening, men denne mening er tydet i overensstemmelse med, hvad den pågældende person vil være villig til at vædde på ³⁾.

3) Hos Finkelstein/Fairley 1970, s. 504 f sker en mærkelig integration af frekvensteoretisk og subjektiv teori.

Denne modsætning mellem en sandsynlighedsopfattelse, baseret på antagelser om almene frekvensforhold, og et sandsynlighedsbegreb, knyttet til personens forskellige grad af tiltro til en vis opfattelse, kan udbygges. Bagved dette dilemma ligger forskellige virkelighedsopfattelser, som naturligvis ikke kan beskrives fuldstændigt her, men som dog kan antydes i deres sammenhæng med de juridiske og specielt bevisretlige problemstillinger. Det er formentlig muligt at skelne mellem tre grupper af teorier:

(a) Determinisme. Ud fra et deterministisk synspunkt bliver sandsynlighedsbegrebet knyttet til den menneskelige uvidenhed. Hvis alle hændelser følger faste love, kan usikkerhed - udtrykt i sandsynlighedsudtryk - kun afspejle begrænset menneskelig viden, som enten kan være almen i den forstand, at den følger af almene grænser for den menneskelige erkendelse, eller som kan være speciel, knyttet til den enkelte person, evt. som følge af en abstraktion fra anden viden. Et eksempel på en sådan opfattelse, som netop er sat op som modsætning til den praktiske vished, som er bestemmende i juridisk sammenhæng, er udtrykt således af A.S. Ørsted:

Den juridiske vished vedrører "tilfældige fakta", jfr. min omtale af Ørsted ovf. under IV.3. Ørsted karakteriserer et tilfældigt faktum som et faktum "hvis nødvendighed ej, af den endelige forstand, kan indses" og føjer til denne forklaring:

"I sig er det mulige, virkelige, og nødvendige ej forskelligt; thi alt virkeligt er jo bestemt ved foregående årsager, der, som sådanne, med nødvendighed, må frembringe det, der er deres følge; og hvad der ikke er gået over til virkelighed, må have manglet de betingelser, der skulle gøre det virkeligt, og var altså i gerningen heller ikke muligt. Men det ligger i den endelige forstands natur, at den ej begriber den hele virkelighed i sin nødvendighed, og derfor tillige finder noget andet muligt end det virkelige og derved tillige nødvendige". (Ørsted Om juridisk vished, 1807, s. 184 note. Noten er udeladt i udgaven 1831, ej heller medtaget i Udvalgte Skrifter).

Ørsteds kantianske begreb om den endelige forstand kan sammenholdes med en mere moderne sandsynlighedsbedømmelse, baseret på en bevidst abstraktion. Synspunktet er kommet frem i forbindelse med diskussionen af det strafferetlige farebegreb, hvor bedømmelsen af faren i gerningsøjeblikket kan konfronteres med den judicielle bedømmelse af faren,

som ofte beror på flere oplysninger.

"Hvis alle omstændigheder tages i betragtning, vil ethvert betragtet begivenhedsforløb enten resultere i en skade ... eller ikke gøre det. Det er således kun ved at bortse fra visse omstændigheder ..., at man kan hævde, at en handling eller situation i fortiden som ikke resulterer i en skade, til trods herfor har virket farlig", B.Urnack-Larsen UfR 1974 s. 343.

Har man fuldstændig viden om situationen og de relevante erfaringssynspunkter, er det muligt at forudsige, hvorledes situationen kan udvikle sig. At situationen er farlig, forudsætter således, at denne viden ikke eksisterer - eller hvis den eksisterer - bortabstraheres. "Dette hører med til ordet fares logik" (s.343)⁴⁾.

(b) Som stokastisk kan betragtes den virkelighedsopfattelse, som integrerer tilfældige forløb. Det er f.eks. en egenskab ved en mønt, at såfremt den kastes, er sandsynligheden for at plat vender opad 0,5. Dette sandsynlighedsudsagn er ikke en følge af begrænset menneskelig viden, men er en egenskab ved mønten. Mens den subjektive teori som regel vil tage et deterministisk udgangspunkt, knyttes frekvensteorien til denne opfattelse.

(c) En strategisk eller interaktiv opfattelse: I visse tilfælde er det slet ikke muligt at formulere sandsynlighedsudtryk. Dette hænger sammen med, at visse hændelser ikke er styret af determinerende eller blot stokastiske love. Dette er tilfældet navnlig for menneskelig adfærd. Med dette udgangspunkt er det et problem, om det overhovedet er muligt at henføre sådanne menneskelige aktiviteter, som er grundlaget for den judicielle afgørelse vedrørende faktum, under et sandsynlighedsbegreb. Med det her anførte rubrum har jeg så at sige introduceret den problemstilling, som er et hovedpunkt i denne afhandling. Spørgs-

4) Se hertil Ross i TfR 1975 s. 402 f. Jeg kan ikke her gå ind på Ross' diskussion af farebegrebet, men skal blot bemærke, at selv om han er i opposition til Urnack-Larsen, forekommer hans begreb om fare også at bero på om ikke bevidst abstraktion, så dog begrænsninger i den menneskelige viden om hændelsesforløbet, jfr. s. 403-04, s. 410, 414-15.

målet tages derfor op adskillige gange i det følgende. En nærmere forståelse af et specielt og teknisk ekspliciteret strategisk virkelighedsforløb gengives i det følgende afsnit som en beskrivelse af nogle træk ved den såkaldte spilteori.

Det kan være fristende at tillægge det afgørende betydning, om det faktum som er under bedømmelse er fortidigt eller fremtidigt. Fortiden forekommer determineret - hvad der er sket, er sket. Her gælder ingen tilfældighed, ingen strategi. Hvad der sker i fremtiden, kan måske enten være stokastisk eller strategisk bestemt. Er der derfor ikke en afgørende forskel mellem fremtidige og fortidige hændelser - set fra et sandsynlighedssynspunkt? For besvarelsen af dette spørgsmål er det afgørende, at selvom den enkelte konkrete bedømmelse af et fortidigt faktum forekommer som rettet mod noget afsluttet og definitivt, så står det tilbage at undersøge, om denne judicielle bedømmelse indgår i en mere bred sammenhæng, som ikke blot har betydning for bedømmelsen af fortiden, men også har betydning for fremtidige forløb, bl.a. fremtidige bevisførelser og bevisvurderinger.

Og selvom fortidens fakta naturligvis - er fakta, dvs. selvom gerningsmanden naturligvis enten har skudt eller ikke skudt, og dette forhold ikke berøres af den judicielle bedømmelse, så ligger der i hvert fald ikke heri nogen entydig tilknytning til et deterministisk synspunkt. For "da det drejer sig om noget forbigående der ikke kan rekonstrueres i fuld identitet, vil fuldstændigt og nøjagtigt kendskab til alle situationens relevante momenter aldrig være muligt" (Ross 1975 s. 410), og det er derfor ikke muligt at skelne mellem et deterministisk og stokastisk synspunkt. Sagens beviser vil altid efterlade en vis tvivl. Og denne tvivl kan fortolkes forskelligt.

Det kan ikke påstås, at diskussionen af sandsynlighedsbegrebet har ledt til en definitiv afklaring. Det vil også være et stort krav at stille (sml. Hacking 1975 s. 139: Endnu i dag har ingen filosof på tilfredsstillende måde kombineret opdagelsen af, at sandsynlighed er en relation

mellem hypotese og bevis, og at sandsynligheder drejer sig om fysiske egenskaber.)

Et opmuntrende træk er det dog, at de regneregler, som sandsynlighedsudtryk indpasses i, i hvert fald i deres elementære form er relativt velbestemte. De er principielt opstillet axiomatisk, og disse aksiomer kan så tolkes forskelligt efter de forskellige sandsynlighedsteorier. Men selve sandsynlighedskalkulen påvirkes ikke (væsentligt) heraf. Det vil dog vise sig, at visse diskussioner omkring beregningsmæssige spørgsmål kan føres tilbage til grundlæggende divergenser.

3. Træk af sandsynligheds- og beslutningsteori

3.1. Orientering

Den juridiske sandsynlighedsteori er fremtrådt som resultat af en konstruktiv fortolkning af de bevisretlige retsregler. I det foregående afsnit analyseredes det grundlæggende begreb sandsynlighed. Næste led i analysen af den juridiske sandsynlighedsteori - eller måske snarere forarbejdet til analysen - må være en undersøgelse af de beregningsregler, den kalkule, som den juridiske teori vil integrere i den juridiske bevisret.

Der findes ikke nogen systematisk introduktion af sandsynlighedsteori og statistik i den juridiske beslutning. Den følgende fremstilling udgør imidlertid ikke en "statistik for jurister", men en fremstilling af enkelte udvalgte elementer af sandsynlighedsteoretisk og statistisk teori, som er særlig vigtige for bedømmelsen af sandsynlighedsteoriens betydning og problemerne ved dens anvendelse i juridisk sammenhæng.

Sandsynlighedsteori kan indgå i dels selve den judicielle overvejelse, dels visse af de bevisdata, på hvilke den judicielle bedømmelse bygger. Den sidstnævnte explicitte og tekniske anvendelse finder man som led i en videnskabelig (naturvidenskabelig) metode ved tilrettelæggelse, systematisering og bearbejdning af empiriske iagttagelser. Dette gælder navnlig indenfor medicin og biologi, men også en positivistisk orienteret samfundsvidenskab. Resultater af disse egenskaber af generel eller konkret art anvendes i den judicielle bedømmelse, produceret i erklæringer over konkrete tilfælde, eller som en generel indsigt, der indgår i baggrunden for dommerens bedømmelse. Eksempler er udtalelser om blodtyper med henblik på faderskab, om friktionskvotient med henblik på forklaring af færdselsuheld, o.s.v. For den bevisretlige analyse er det slående, at sådanne erklæringer spiller en betydelig rolle for resultatet af den judicielle bedømmelse. Kendskab til de struktureringer, der er anvendt i den sagkyndige erklæring, er nødvendig for en forståelse af den

judicielle bedømmelse i sådanne sager. Sandsynlighedsteorien kommer herved ind i den judicielle bevisanalyse ad bagvejen, nemlig som et produkt af de metoder, der anvendes indenfor de videnskaber, som retsplejen gør brug af. Men alligevel må det fastholdes, at den juridiske sandsynlighedsteori primært må bedømmes som en teori for den judicielle vurdering.

En strukturering af bevisproblemer i forhold til sandsynlighedsteori og statistik kan have interesse som skema for analyse af vage, intuitive udsagn om bevisproblemer. Almindelige erfaringer og konkrete iagttagelser kan søges indpasset i en mere systematisk opfattelse. Termer som modbevis, kædebevis, samvirkende bevis kan søges tydet i overensstemmelse med en mere præcis teori. Det følger ikke nødvendigvis heraf, at bedømmelsen af beviserne gøres præcis kvantitativ. Sandsynlighedsteorien tilbyder simpelt hen en struktur af problemet. Da sandsynlighedsteorien er en mere udbygget teori end den juridiske bevisteori, kan en sådan tydning af et bevisproblem gøre opmærksom på bestemte typer af problemer i forbindelse med bevisvurderingen som ellers let overses. Forudsætninger for visse slutninger drages frem, og begrænsninger i mulighederne for at sammenholde beviser gøres klare. Eksempler udgør den amerikanske diskussion af Collins-sagen og min analyse af forstraffe ¹⁾.

En dommer bedømmer en sags beviser og træffer på grundlag heraf en beslutning om, hvilket faktum der skal lægges til grund for sagens afgørelse. Sandsynlighedsteorien anviser, at denne bedømmelse skal ske som en sandsynlighedsvurdering. Men hvordan foretager man en sådan vurdering? Sandsynligheden for det relevante faktum er naturligvis ikke noget, som blot kan "aflæses" som temperaturen på et termometer eller "konstateres" uden overvejelse og analyse.

1) Kap. VII.3.1 og XI.1

De bidrag, som fra den juridiske teoris side er givet til belysning af denne vurderingsteknik, der nu skulle anvendes, er imidlertid begrænset til ganske almene programudtalelser eller til meget specielle analyser. Den følgende beskrivelse af træk af sandsynlighedskalkulen er, som nævnt, kun en beskrivelse af elementer fra sandsynlighedsteori og statistik.

Flere forbehold er nødvendige. Det kan ikke postuleres, at der er et "rigtigt" svar på spørgsmålet, hvordan en sandsynlighedsvurdering foretages, lige så lidt som sandsynlighedsbegrebet er entydigt. Den sandsynlighedsteoretiske og statistiske vurdering følger nok visse alment anerkendte synspunkter, men er omtvistet på adskillige punkter. Dette gælder f.eks. det centrale spørgsmål om anvendelsen af forhåndssandsynligheder.

Selv hvor teorien kan fremstilles som nogenlunde entydig, præsenterer inddragningen af den i den juridiske sammenhæng særlige problemer. Jeg redegør i det følgende for, hvorledes den matematiske sandsynlighedsmodel kan inddrages i den juridiske vurdering - uden derved at ville udelukke, at inddragningen kan ske på anden måde ud fra en anden opfattelse af den matematiske model eller af den særlige juridiske problemstilling.

Det siger sig selv, at min fremstilling er elementær og ufuldstændig. For den interesserede giver foreliggende fremstillinger af sandsynlighedsregning og statistik gode muligheder for større bredde og dybde.

"Sandsynlighedsmodellen" kan opfattes på forskellig måde. Den kan betragtes som et forslag, en anbefaling, altså normativt. Eller den kan betragtes som en fremstilling af de synspunkter, der er bestemmende i judiciel praksis, i hvert fald indenfor visse områder, altså deskriptivt. Begge synspunkter relaterer modellen til den judicielle praksis.

Endvidere kan modellen ses som led i en videnskabelig redegørelse for praksis, uafhængigt af de synspunkter, der

bevidst anvendes i praksis ²⁾.

3.2. Tema for sandsynlighedsvurdering

Tema eller det relevante faktum må naturligvis være defineret. Man må tale om sandsynligheden for noget, ikke blot om sandsynlighed. Det faktum, der interesserer, er det, som er angivet i loven (eller iøvrigt i den materielle regel). Når en tiltale er rejst i henhold til straffelovens § 237, må det (bl.a.) interessere, om tiltalte "har dræbt en anden". Dette spørgsmål kan under processen være konkretiseret til et spørgsmål om (bl.a.) det var A der afskød revolveren mod B. Det er sådanne enkle udsagn som "A afskød en revolver mod B", "C er fader til barnet", der kvalificeres ved angivelse af en sandsynlighedsgrad.

De juridiske problemer ved formuleringen af sådanne temaer, skal ikke behandles i dette afsnit. Her skal fremhæves, at emnet eller temaet for sandsynlighedsvurderingen i sandsynlighedskalkulen forudsættes som et entydigt bestemt, deskriptivt tema.

Disse problemer betragter jeg som "løst" i det følgende. Man kan f.eks. gå ud fra, at der indenfor lovens regel er udtaget og defineret et særligt emne, hvis afgrænsning ikke er afhængig af vurderende eller uklare momenter, og at det således definerede faktum i hovedsagen udtømmer, hvad der kan henføres under lovreglen. Et spørgsmål, om en aftale skal anses for indgået, kan komme til at afhænge af, om det antages, at aktieselskabsdirektøren ved et bestemt møde har sagt "ja" eller ikke har sagt noget som helst, ligesom udfaldet af

2) Denne sidste synsvinkel betegnes heuristisk hos Tribe H.L.R. (1971) vol. 84, s. 1379, note 159.

en faderskabssag kan afhænge af de implicerede blodtyper. I sådanne tilfælde er tema for sandsynlighedsvurderingen relativt veldefineret. Et andet problem i forbindelse med etableringen af det relevante faktum angår forholdet mellem de forskellige bestanddele i en regels faktum, f.eks. forholdet mellem forskellige gerningsmomenter i en kriminel beskrivelse. Skal sandsynligheden bedømmes for enkelte momenter, f.eks. objektivt drab, subjektivt drabsforsæt, forældelsesbetingelser (tidspunkt), o.s.v., for sig, eller skal de nødvendige betingelser indgå i en konjunktion, således at det er sandsynligheden for alle betingelsers tilstedeværelse der skal bedømmes? Dette spørgsmål tages ikke op her, da det ikke vedrører sandsynligheden som teknik, men løses ved fortolkning. Det samme gælder spørgsmålet om alternativer indenfor et enkelt element af retsfaktum, f.eks. om sandsynligheden for et hæleri skal bedømmes med henblik på en bestemt primærforbrydelse eller kan angå alternative primærforbrydelser.

Det forudsættes, at et relevant faktum er defineret, f.eks. at A er fader til det pågældende barn, at B afgav et løfte ved en vis lejlighed. Det, som man søger efter, er sandsynligheden for dette faktum, idet det er sandsynligheden for dette faktum, der er bestemmende for den bevismæssige afgørelse. Udtrykt symbolsk, søger man altså efter størrelsen af

$(1)p(F)^3$.

At $p(F)$ er bestemmende har to implikationer.

3) Læses "sandsynligheden for F".

For det første: Det er sandsynligheden for (et under) retsfaktum (hørende faktum), der er afgørende. Dette forekommer måske indlysende, men anføres her, fordi nyere svensk teori i stedet finder, at man må interessere sig for "bevisværdien" af de enkelte beviser, præciseret til sandsynligheden for, at beviset eller beviserne er forårsagede af retsfaktum eller, med den svenske teoris udtryk, at "indiciemekanismen har fungeret" ⁴⁾.

Denne opfattelse vender jeg tilbage til. Det er for det andet sandsynligheden for faktum, der er afgørende for, om det pågældende retsfaktum antages eller ej. Dommeren har valget mellem at antage eller forkaste F, eller med andre ord, enten at lægge F til grund eller at lægge -F til grund. Den konstaterede sandsynlighed for retsfaktum sammenholdes med det krav om sandsynlighed, som den pågældende bevisregel stiller. Mens den materielle regel knytter retsfølgen til om F eller -F, vil sandsynlighedsteorien udtrykke bevisbyrdereglens forbundet med den materielle regel som følgende direktiv:

(2 a) Hvis den konstaterede $p(F) > \text{den krævede } p(F)$, så antag F

(2 b) Hvis den konstaterede $p(F) < p(F)$, så antag ikke-F

Der konstateres en vis sandsynlighed for det relevante faktum. Er denne større end den krævede, lægges faktum til grund (2 a), er den mindre forkastes faktum (2 b) ⁵⁾. Den materielle dikotomisering er erstattet af en dikotomisering efter sandsynlighed.

Den sandsynlighed, der interesserer her, er den, der kan

4) Herom Hallden i TfR 1973 s. 55 f.

5) Den situation, at den konstaterede sandsynlighed er lig med den krævede sandsynlighed, er ganske vist meget omtalt i litteraturen, men så speciel, at jeg indtil videre ser bort fra den.

lægges til grund ved tidspunktet, hvor domstolen træffer beslutningen om faktum. Det er ikke sandsynligheden ved sagens begyndelse eller på et andet tidspunkt under sagens gang. - Dette er naturligvis en forenkling. Der træffes under processens gang en række beslutninger, hvori - ifølge sandsynlighedstolkningen - en sandsynlighed for faktum indgår, f.eks. om yderligere bevis er "nødvendigt" eller et tilbudt bevis er "relevant", sml. retsplejeloven § 352, stk. 1. Endvidere kan den "definitive" beslutning om enten at antage eller forkaste faktum suppleres med muligheden for, at der træffes bestemmelse om yderligere bevisførelse, sml. retsplejeloven § 284.

Disse komplikationer kan jeg se bort fra her. De indebærer dels at en sandsynlighedsvurdering indgår på et tidligere stadium end ved valget mellem antagelse eller forkastelse af F, dels at disse to alternativer ikke altid er udtømmende, hvorfor (2) forsåvidt er forenklet. Endelig er det ofte således, at en "forhåndssandsynlighed" indgår i bedømmelsen, hvilket omtales senere.

Dommerens bedømmelse af sandsynligheden for det relevante faktum kan indskrænke sig til en relativ (komparativ) vurdering af den konstaterede sandsynligheds forhold til beviskravet: Af (2a) og (2b) fremgår, at det er tilstrækkeligt at tage stilling til, om den konstaterede sandsynlighed er større eller mindre end den krævede sandsynlighed. Hvis det om dommerens beslutning kun vides, at F er lagt til grund (eller at -F er lagt til grund) kan heraf kun slutes, at den af dommeren konstaterede sandsynlighed har været større end den krævede sandsynlighed (mindre end den krævede sandsynlighed). Men ligesom dommeren ikke behøver at tage mere præcis stilling til størrelsen af den konstaterbare sandsynlighed, kan der ikke af dommerens beslutning drages nogen slutning om dommerens opfattelse i så henseende ⁶⁾.

6) Sml. Bolding 1951, s. 180 f, hvor samme tanke er udtrykt mere kompliceret.

Dommeren kan imidlertid gøre sig en mere præcis, kvantitativ mening om $p(F)$, og sammenholde denne vurdering med sandsynlighedskravet. Det er denne situation, der behandles i det følgende, idet den relative bedømmelse kan ses som en speciel - upræcis - form af den kvantitative.

Med disse indledende bemærkninger mener jeg at have etableret en tilstrækkelig "kontakt" mellem den retlige problemstilling og den matematiske kalkule. Den bevismæssige bedømmelses problem er symboliseret (1) og den retlige regulerings direktiv er udtrykt ved tilsvarende symboler (2).

Det relevante faktum er defineret og betegnet F . Alternativet til F er $-F$. Vi har herved defineret de mulige "situationer" eller med en mere teknisk udtryksmåde de mulige simple hændelser, der definerer bedømmelsens udfaldsrum. Om disse simple hændelser må gælde, at de hver for sig udelukker hinanden, og at de samtidig udtømmer de foreliggende muligheder. Eller symbolsk

$$(3) \quad p(F \text{ og } -F) = 0 \quad 7).$$

Begivenheden F og begivenheden $-F$ betegnes komplementære begivenheder. En sag kan være mere kompliceret ved at rumme flere simple hændelser - mulige alternativer - end de to, som her er omtalt. I en faderskabssag kan spørgsmålet være, om de i sagen inddragne F_1, F_2, F_3 , eller en ikke kendt er fader til barnet. I en straffesag kan det være et spørgsmål, om F_1, F_2 , eller F_3 , har slået den tilskadekomne. Er alle tre inddraget i henholdsvis faderskabssa-

7) Sandsynlighedsteorien er konstrueret axiomatisk. Jeg gør her ikke noget videre ud af at skelne mellem, hvad der er aksiomer hvad teoremer, ej heller lægger jeg større vægt på korrekte "beviser" end, hvad en intuitiv forståelse kræver.

gen og straffesagen, er de to sagers mulige sammenhæng af mere kompliceret form.

Om faderskabssagen kan vi sige, at kun en af de udlagte kan være fader til barnet. Hvis f.eks. F_1 antages at være fader, er de øvriges faderskab udelukket. Hvis F_1 's faderskab symboliseres med F_1 , F_2 's faderskab med F_2 o.s.v., betegnes F_1 , F_2 , og F_3 som disjunkte. Når det antages, at begivenhederne F_1 , F_2 , o.s.v. er disjunkte, er denne antagelse ikke en følge af logiske grunde, men af vor opfattelse af visse biologiske forhold.

I straffesagen er der 3 mulige voldsmænd. Men her er det muligt, at flere har deltaget i volden. At F_1 er skyldig, udelukker således ikke, at F_2 eller F_3 tillige er skyldige. Hændelserne F_1 , F_2 , F_3 er således ikke disjunkte.

Lad os definere de simple hændelser i de to situationer. I faderskabssagen er der en liste over de 3 mulige fædre forbundet med en udelukkelse af de øvrige muligheder:

- (5) 1) (F_1 , $-F_2$, $-F_3$)
 2) ($-F_1$, F_2 , $-F_3$)
 3) ($-F_1$, $-F_2$, F_3)
 4) ($-F_1$, $-F_2$, $-F_3$)

De fire simple hændelser består i, at enten F_1 eller F_2 eller F_3 eller en fjerde er far til barnet, og i hver situation er de øvrige udelukket.

Anderledes i voldssagen:

- (6) 1) F_1 , F_2 , F_3
 2) F_1 , F_2 , $-F_3$
 3) F_1 , $-F_2$, F_3
 4) F_1 , $-F_2$, $-F_3$
 5) $-F_1$, F_2 , F_3

$$6) -F_1, F_2, -F_3$$

$$7) -F_1, -F_2, F_3$$

$$8) -F_1, -F_2, -F_3$$

Af interesse er i denne sammenhæng at definere den situation, hvor kun F_1 er inddraget i sagen som enten mulig fader eller som tiltalt. Sandsynligheden for, at han er henholdsvis fader eller skyldig, har relation til en eller flere af de mulige hændelser, som findes i (5) og (6). For såvidt angår faderskabet, er det eneste mulige faderskab at finde i begivenhed 1). De øvrige kan da defineres som $-F_1$.

I voldssagen består den hændelse, at F_1 er skyldig i en forbrydelse, af begivenhederne fra 1) - 4) kan sammenfattes i en "foreningsmængde". Denne består af summen af de 4 simple hændelser. Denne foreningsmængde kan beskrives ved F_1 og sandsynligheden for denne ved $p(F_1)$. En anden foreningsmængde kan gengives som $p(F_2)$.

Sandsynligheden for, at såvel F_1 som F_2 er skyldige

$$(7) \quad p(F_1 \text{ og } F_2)$$

betegnes "fællesmængden" af de to hændelser.

3.3. Addition og multiplikation

Sandsynligheden for, at enten F_1 eller F_2 er far til barnet, kan intuitivt ses at være summen af sandsynligheden for, at F_1 er far til barnet, og sandsynligheden for, at F_2 er far til barnet, eller symbolsk

$$(8) \quad p(F_1 \text{ eller } F_2) = p(F_1) + p(F_2), \text{ hvis } p(F_1 \text{ og } F_2) = 0$$

Hvor hændelserne ikke er disjunkte, må man reducere summen med sandsynligheden for, at de to hændelser forekommer samtidig. I voldssagen var hændelserne F_1, F_2, F_3 ikke disjunkte, og dette må der tages hensyn til ved beregningen af sandsynligheden for, at enten F_1 eller F_2 er

skyldige. Vi når herved frem til den generelle additions-sætning:

$$(9) \quad p(F_1 \text{ eller } F_2) = p(F_1) + p(F_2) - p(F_1 \text{ og } F_2).$$

Det næste spørgsmål er, hvorledes man beregner sandsynligheden for, at såvel F_1 som F_2 er skyldige. Vi spørger efter størrelsen af

$$(10) \quad p(F_1 \text{ og } F_2)$$

Denne størrelse er naturligvis afhængig af sandsynligheden for de enkelte elementer, $p(F_1)$, $p(F_2)$. Dette er undertiden tilstrækkeligt i den forstand, at sandsynligheden for fællesmængden i (10) kan beregnes alene ved multiplikation af de enkelte elementers sandsynlighed. Denne funktion udgør definitionen på uafhængighed: Begivenhederne F_1 og F_2 er uafhængige, hvis og kun hvis

$$(11) \quad p(F_1 \text{ og } F_2) = p(F_1) \cdot p(F_2)$$

Det er naturligvis ikke altid, at de begivenheder eller egenskaber, hvis fællesmængde ønskes beregnet, er uafhængige som defineret i (11). Et eksempel er sandsynligheden for to fædre, altså størrelsen af (10), hvor F_1 og F_2 betegner henholdsvis at F_1 og F_2 er far til barnet. Vi ved her at

$$(12) \quad p(F_1 \text{ og } F_2) = 0$$

selvom $p(F_1) \cdot p(F_2) > 0$

Af betydning er her kendskab til betingede sandsynligheder. Den betingede sandsynlighed for F_1 , givet F_2 - altså sandsynligheden for, at F_1 er far, hvis F_2 er far, udtrykkes

$$(13) \quad p(F_1 | F_2), \text{ der defineres således}$$

$$(14) \quad p(F_1 | F_2) = \frac{p(F_1 \text{ og } F_2)}{p(F_2)}$$

Hvis begge sider af formlen multipliceres med $p(F_2)$ fås

$$(15) \quad p(F_1 \text{ og } F_2) = p(F_1 | F_2) \cdot p(F_2)$$

der udgør den generelle multiplikationssætning.

Spørgsmålet om afhængighed har afgørende betydning for den rigtige multiplikation. Dette illustreres ved et eksempel om ulovlig parkering.

En betjent registrerer, at en bil er parkeret i en bestemt position ved at notere positionen af ventilerne på de to hjul, der vender ind mod fortovet. Ventilernes position registreres ikke helt nøjagtigt, men bestemmes efter en inddeling af cirklen i 12 positioner, svarende til urets timetal. For de to hjuls vedkommende er der derfor 12 x 12 mulige positioner, ialt 144. Da bilen konstateredes i samme position, efter parkeringstiden var udløbet, rejstes tiltale for ulovlig parkering. Den tiltalte hævdede, at han havde været ude at køre i tidsrummet mellem de to registreringer. Vi forudsætter, at der ikke gives yderligere oplysninger om bilens anvendelse i denne periode. Sandsynligheden for det sammenfald at bilen havde været ude at køre, men efter fornyet parkering havde samme ventilpositioner kunne da beregnes som et tilfældigt sammenfald. Sandsynligheden beregnes til $1/12 \times 1/12 = 1/144$ eller knap 0,7%.

Men sandsynligheden 0,7% forudsætter, at de 2 hjul roterer uafhængigt af hinanden, hvilket er forkert. Afhængig af denne sammenhæng kan sandsynligheden for dette sammenfald stige til 1/12 eller ca. 8,3% ⁸⁾.

Det er ofte et problem, hvordan en beregnet sandsynlighed forholder sig til det juridisk relevante. Iveren efter den korrekte matematik kan trænge det juridiske i baggrunden. Til illustration af denne problematik:

En kommunalbestyrelse, bestående af 11 medlemmer, deraf 7 socialdemokrater og 4 venstre, skal sende 2 repræsentanter til et kommunalt møde. Da alle er interesserede i deltagelse, enes man om at trække lod. Ved lodtrækningen udvælges 2 socialdemokrater. Trods nogen u-

8) Zeisel & Kalven i *Statistics: A guide to The Unknown* (Ed. J. N. Tanur) s. 102 f., der henviser til svensk afgørelse herom som ikke har kunnet verificeres, jvf. Zeisel: *Statistics as legal evidence*, i *International Encyclopedia of Social Sciences* 1968.

tilfredshed blandt venstremændene accepteres resultatet. Et halvt år senere skal en lignende beslutning træffes efter samme metode - og med samme resultat. Venstremændene forlanger nu en undersøgelse. Socialdemokraterne afviser kritikken med den begrundelse, at resultatet at 2 socialdemokrater hver gang udvalgte, beror på en tilfældighed. Tænker man sig spørgsmålet om udvælgelsen forelagt til en judicial bedømmelse, må en stillingtagen til det af socialdemokraterne hævdede forsvar bero på en sandsynlighedsræssig bedømmelse. For den første udvælgelses vedkommende interesserer man sig for

$$(16) p(1_s, 2_s | 7_s, 4_v)$$

altså sandsynligheden for ved første udtrækning at vælge 1 socialdemokrat og ved 2. udtrækning at vælge 1 socialdemokrat af en gruppe på 7 socialdemokrater og 4 venstre. Dette kan - jvf. formel (15) ovenfor - omskrives til

$$(17) p(1_s, 2_s) = p(1_s) \cdot p(2_s | 1_s)$$

Når udvælgelsen sker tilfældigt, er sandsynligheden

$$(18) \frac{7}{11} \cdot \frac{6}{10} = \frac{21}{55} = \text{ca. } 38,2\%$$

d.v.s., at i ca. 38% af udvælgelser under sådanne forhold som denne sags, vil resultatet blive 2 socialdemokrater ⁹⁾.

Sandsynligheden for, at dette gentager sig i 2 tilfælde, må forventes at være

$$(19) \left(\frac{21}{55}\right)^2 = 14,6\%$$

idet jeg følger formel (11) ovenfor om uafhængige begivenheder.

Sandsynlighedsberegningen kan altså bringe os så vidt, at vi kan sige, at med ca. 14,6% sandsynlighed vil 2 udvælgelser fra en bestyrelse som den foreliggende give de konstaterede resultater. Et andet spørgsmål er, hvad man skal stille op med en sådan sandsynlighed. Kan udvælgelsen og repræsentationen annulleres med virkning for de trufne beslutninger? Er det tilstrækkeligt til at afskedige sekretæren, der stod for lodtrækningen, er det tilstrækkeligt

9) Dette følger tillige af den hypergeometriske fordeling:

$$p(D=d) = \frac{\binom{r}{d} \binom{N-r}{S-d}}{\binom{N}{S}} = \frac{\binom{7}{2} \cdot \binom{4}{0}}{\binom{11}{2}} = \frac{21 \cdot 1}{55}$$

til at frifinde venstremanden i den injuriesag, der fulgte på påstanden om valgsvindel, o.s.v. De materielretlige aspekter af disse spørgsmål kan naturligvis ikke behandles her.

Sandsynlighedsbedømmelsen i dette eksempel fører til, at man kan besvare spørgsmålet: Hvis medlemmerne udtages tilfældigt, hvilken sandsynlighed er der da for den faktiske sammensætning af repræsentationen? I dette spørgsmål er antydnet muligheden af en anden forklaring på den faktiske udvælgelse. Navnlig består der den mulighed, at der er manipuleret ved lodtrækningen. Det er muligheden for denne manipulation, der vil interessere under den judicielle bedømmelse, og den sandsynlighedsmæssige bedømmelse af tilfældighedsudvælgelsen må sammenholdes med en bedømmelse af de (øvrige) indicier, der peger på manipulation. For at få den tekniske ramme for en sådan bedømmelse må flere elementer af kalkulen inddrages.

3.4. Bayes' teorem

Ved den kvantitative sandsynlighedsbedømmelse af vægten af flere beviser vil man ofte gå ud fra en vis forhånds- eller apriorisandsynlighed: På forhånd forventer jeg F med sandsynligheden p_1 , efter beviset B ændrer jeg min bedømmelse og forventer F med en anden sandsynlighed p_2 , aposteriorisandsynlighed. En regel for beregning af denne korrektion eller kumulation udgør det såkaldte Bayes' teorem, der kan udvikles af de allerede gængsne aksiomer¹⁰⁾. (Efter formel (24) forklares teoremet uafhængigt af den mellemliggende matematik).

10) Jeg erindrer om, at jeg lægger større vægt på at bibringe en slags intuitiv forståelse end på at gennemføre en axiomatisk korrekt udvikling, og at der i redegørelsen for - her - hensyn til forhånds-sandsynlighed ikke ligger en accept af et sådant hensyn, endnu mindre af sandsynlighedsteorien som helhed, men blot en nødvendig præsentation af den matematiske teknik.

Dommeren interesserer sig for sandsynligheden for faktum F og har på et vist stadium af sagsbehandlingen en vis opfattelse af (1) $p(F)$. Et vidne forklarer nu om faktum, og dommeren vil revidere sandsynligheden: Dommerens problem er, hvor stor er

(20) $p(F | B)$, nemlig sandsynligheden for faktum, betinget af B, hvor B symboliserer bevisdatum: vidneforklaringen.

Lad os begynde med (14), hvor (F_1) og (F_2) er erstattet af (F) og (B) :

$$(21) \quad p(F | B) = \frac{p(F \text{ og } B)}{p(B)}$$

Udtrykt verbalt, sandsynligheden for faktum betinget af vidneforklaringen, er lig med sandsynligheden for at faktum og forklaring begge forekommer divideret med sandsynligheden for forklaringen (hvad enten faktum foreligger eller ej).

Ved hjælp af (15) kan højre leds tæller omskrives

$$(22) \quad p(F | B) = \frac{p(F \text{ og } B)}{p(B)} = \frac{p(B | F) p(F)}{p(B)}$$

Da

$$(23) \quad p(B) = p(B | F) p(F) + p(B | -F) p(-F)$$

kan højre leds nævner omskrives:

$$(24) \quad p(F | B) = \frac{p(B | F) p(F)}{p(B | F) p(F) + p(B | -F) p(-F)}$$

Denne formel gengiver Bayes' teorem. Den kan forstås uafhængig af den foregående udvikling med følgende forklaring: Spørgsmålet er, hvor stor sandsynligheden for faktum er, efter at forklaringen (beviset) er afgivet - jvf. venstre led. Dommeren har en apriorisandsynlighed for faktum, $p(F)$, og kender "sammenhængen" mellem

faktum og forklaring, d.v.s. $p(B|F)$ og $p(B|\neg F)$. Denne viden udgør grundlaget for kalkuleringen. Dommeren skal tage stilling til, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum (F). Ved denne bedømmelse indgår først og fremmest 2 elementer: Dommeren havde forud for bevisførelsen en bestemt opfattelse af sandsynligheden for det relevante faktum. Hvad denne forhåndssandsynlighed beror på, er i denne forbindelse underordnet. Det andet element er det der følger af bevisførelsen (B). Bevisførelsen har naturligvis betydning for, hvilken sandsynlighed dommeren vil antage faktum med. Men denne sandsynlighed afhængig af bevisførelsen må integreres med den forhåndssandsynlighed, som dommeren gik ud fra. De to sandsynligheder må integreres i en enkel sandsynlighed. Denne integration sker ved, at et sæt af størrelser sammenholdes på følgende måde: Først sandsynligheden for det pågældende bevis, - d.v.s. sandsynligheden for, at det pågældende bevis findes sammen med det relevante faktum. Denne størrelse sættes i forhold til sandsynligheden for, at det pågældende bevis findes i forbindelse med de alternative fakta, her F og negationen af F.

Apriorisandsynligheden kan trækkes ud af brøken, der da giver "korrektionen" alene:

$$(25) \quad p(F|B) = p(F) \cdot \frac{p(B|F)}{p(B|F)p(F) + p(B|\neg F)p(\neg F)}$$

Da

$$(26) \quad p(F) + p(\neg F) = 1,$$

er

$$(27) \quad p(\neg F) = 1 - p(F),$$

hvorfor (25) da kan skrives

$$(28) \quad p(F|B) = p(F) \cdot \frac{p(B|F)}{p(B|F)p(F) + p(B|\neg F)(1 - p(F))}$$

Til en nærmere forståelse tages et eksempel på anvendeligheden af Bayes' teorem, hvor sammenligningen med den judicielle bedømmelse er nærliggende.

Lad os tænke os 2 krukker, K_1 og K_2 . Hver af krukkerne indeholder 10 kugler: K_1 7 hvide og 3 røde, K_2 3 hvide og 7 røde. Der udvælges tilfældigt 1 kugle fra en af de to krukker. Der vælges mellem de to krukker ved en lodtrækning hvor en sekssidet terning kastes, således at hvis siderne 1 og 2 vender op, vælges en kugle af K_1 , og hvis siderne 3 - 6 vender op, vælges en kugle af K_2 . - Hvad er sandsynligheden for, at der vælges en rød (R) kugle? For hver af de to krukker må tages sandsynligheden for af denne at vælge en rød kugle, og denne sandsynlighed må vejes med sandsynligheden for, at netop denne krukke vælges:

$$(29) \quad p(R|K_1) p(K_1) + p(R|K_2) p(K_2) =$$

$$\frac{3}{10} \cdot \frac{1}{3} + \frac{7}{10} \cdot \frac{2}{3} = \frac{3 + 14}{30} = \frac{17}{30} = \text{ca. } 57\%$$

Problemstillingen kan vendes om: Vi iagttager (at) en rød kugle (er trukket) og ønsker en bedømmelse af med hvilken sandsynlighed denne kugle er taget fra K_1 . I dette spørgsmål har man udtrykt den grundlæggende problemstilling for en sandsynlighedsteoretisk opfattelse af bevisretten. Under den judicielle bedømmelse er der gjort en række iagttagelser (en rød kugle er iagttaget) og de iagttagne fænomener opfattes som repræsentativer eller statistisk tilfældige resultater i et udfaldsrum, hvor det retligt relevante faktum udgør en af de simple hændelser.

Det har derfor interesse at se nærmere på, hvorledes man selv i dette enkle eksempel vil besvare spørgsmålet. Af formel (15) fremgår, at sandsynligheden for, at der vælges en rød kugle fra K_1 er $\frac{3}{30}$ og sandsynligheden for, at der vælges en rød kugle fra K_2 er $\frac{14}{30}$. Når en rød kugle vælges (er valgt), stammer den altså i 3 af 17 tilfælde fra K_1 , i 14 af 17 tilfælde fra K_2 . Hvis en rød kugle er valgt, er sandsynligheden for, at den er taget fra K_1 derfor $\frac{3}{17}$

eller ca. 18%. Sandsynligheden for, at den er taget fra K_2 er $\frac{14}{17}$ eller ca. 82%.

Dette resultat nås direkte ved Bayes' teorem i (24):

$$(30) \quad P(K_1 | R) = \frac{P(R | K_1) \cdot P(K_1)}{P(R | K_1) \cdot P(K_1) + P(R | K_2) \cdot P(K_2)}$$

Spørgsmålet er, hvilken sandsynlighed der er for, at kuglen er taget fra K_1 , når det vides, at kuglen er rød. K_1 er symbolet for det faktiske emne eller retsfaktum, mens R står som symbol for det foreliggende bevis. Beviset vejes ved forhåndssandsynligheden for det omspurgte retsfaktum, K_1 , og den anden mulighed, K_2 . Det erfarede bevis medfører en "korrektion" af forhåndssandsynligheden - i stedet for apriorisandsynligheden får man en aposteriorisandsynlighed. Størrelsen er naturligvis den samme som ovenfor:

$$(31) \quad \frac{\frac{3}{10} \cdot \frac{1}{3}}{\frac{3}{10} \cdot \frac{1}{3} + \frac{7}{10} \cdot \frac{2}{3}} = \frac{3}{3 + 14} = \frac{3}{17}$$

Mens forhåndssandsynligheden er ca. 33%, er aposteriorisandsynligheden ca. 18%.

For at tilfredsstille den, der finder mit eksempel for fjernt fra den "juridiske virkelighed", tager jeg en vurderingsstruktur fra Ekelöfs omtale af en faderskabssag ¹¹⁾.

Enten F_1 eller F_2 er fader til barnet. Barnet har en blodtypeegenskab, som det må have fra dets far. Kun F_1 er inddraget i sagen, og han har denne blodtype, som kun findes hos 5% af landets befolkning. F_2 er ukendt (må dog høre

¹¹⁾ Ekelöf IV 1973 s. 21 f

til landets befolkning, selvom Ekelöf ikke nævner dette), og kun det blodtypegenetiske bevis foreligger. Sandsynligheden for, at F_1 er far til barnet, efter den anførte genetiske udtalelse er fremskaffet, beregnes efter Bayes' teorem. B betegner den konstaterede blodtype, k den (konstante) sandsynlighed, hvormed blodtypen nedarves:

$$\begin{aligned} (32) \quad p(F_1|B) &= \frac{p(F_1) p(B|F_1)}{p(F_1) p(B|F) + p(F_2) p(B|F_2)} \\ &= \frac{p(F_1) k}{p(F_1) k + p(F_2) 0,05 k} \end{aligned}$$

$$(33) \quad = \frac{p(F_1)}{p(F_1) + p(F_2) \times 0,05}$$

Hvis det forudsættes, at $p(F_1) = p(F_2)$, altså at forhånds-sandsynlighederne for de to hypoteser om faderskabet (F_1) og (F_2) er lige store eller 0,5, kan (33) videreudvikles således:

$$(34) \quad p(F_1|B) = \frac{0,5}{0,5 + 0,5 \cdot 0,05} = \frac{1}{1 + 0,05} = \text{ca. } 95,238\%$$

Det af Ekelöf angivne skema for bevisvurderingen indpasser bevisvurderingen i en almindelig syllogistisk slutning. Sagens omstændigheder betegnes K, og der opstilles følgende syllogisme:

I 95% af de tilfælde, hvor K foreligger, foreligger også F_1 .
Her foreligger K.
Altså er sandsynligheden for at også F_1 foreligger her 95%.

Denne opstilling skjuler betydningen af den egentlige sandsynlighedsvurdering. Man indskriver i K (1) en blodtypes befolkningsmæssige frekvens, (2) dens nedarvelighed (der dog kan være en konstant), (k), og (3) den konkrete sags omstændigheder, at kun 2 mænd er mulige, hvoraf 1 har kendt blodtype. Selvom syllogismen naturligvis giver det rigtige resultat, fremstiller den ikke den struktur, som vurderingen følger. Bevisvurderingen som sandsynlighedsvurdering

er ikke afdækket, men er tværtom skjult i en form, der er hentet fra den klassiske domslogik.

Det er endvidere bragt for dagen, at den angivne beregning forudsætter, at forhåndssandsynligheden for F_1 's faderskab er lige så stor som forhåndssandsynligheden for F_2 's faderskab. Denne antagelse nævnes ikke udtrykkeligt af Ekelöf, men er naturligvis af stor betydning. Antager man i stedet, at forhåndssandsynligheden for F_1 's faderskab er f.eks. 0,8 og for F_2 's faderskab 0,2, fås i stedet følgende resultat:

$$(35) \quad p(F_1|B) = \frac{0,8}{0,8 + 0,2 \times 0,05} = \frac{0,8}{0,81} = \text{ca. } 98,765\% \quad 12).$$

3.5. Binomialformlen

Jeg har i det foregående afsnit behandlet nogle eksempler på en sandsynlighedsbedømmelse, struktureret i overensstemmelse med elementære regneregler for sandsynlighedsvurdering. På grundlag af visse iagttagelser spørger man om sandsynligheden for et faktum, der har en vis kendt sammenhæng med disse iagttagelser.

I dette afsnit skal denne bedømmelse uddybes ved introduktionen af den såkaldte binomialformel, som jeg skal behandle i forbindelse med stikprøveudtagning.

Lad os tænke os, at en køber modtager en leverance af en mængde ensartede varer, f.eks. konserver. Køberens problem er, om den leverede mængde er i orden, eller om den som mangelfuld skal afvises i forbindelse med en ophævelse af kontrakten. Jeg ser altså bort fra spørgsmål om omlevering.

12) Bayes' teorem er oprindeligt udviklet af Thomas Bayes (1702 - 1761) optrykt i Biometrika vol. 45 s. 293 - 315. Det er navnlig anvendt af subjektivistene, men forudsætter ikke et subjektivt sandsynlighedsbegreb.

Dette spørgsmål vil køberen kunne afklare gennem en undersøgelse af det leverede. Vi stiller følgende spørgsmål: Hvilke krav kan stilles til køberens undersøgelse af det leverede og denne undersøgelses resultat, for at det kan anses som berettiget, at køberen afviser varen? Eller, hvilken sikkerhed giver køberens undersøgelse i udvalgte varer med hensyn til antagelser om den samlede leverances sammensætning? For enkelheds skyld kan forudsættes, at det uden videre lader sig afgøre, når en konserverdåse er åbnet, om denne er mangelfri eller defekt. Som ekstreme alternativer til disse undersøgelseskrav har man på den ene side, at køberen må foretage en fuldstændig undersøgelse af det leverede, d.v.s. at enhver dåse åbnes, og at resultatet af enhver af undersøgelserne er, at dåsen er defekt, og på den anden side den opfattelse, at når blot en enkelt dåse er åbnet og denne dåse har vist sig at være mangelfuld, er det berettiget at afvise hele leveringen. Det første alternativ er absurd eller økonomisk udelukket, det andet vil give alt for let grundlag for en utilstrækkeligt begrundet indsigelse.

Ved bedømmelsen af spørgsmålet vil det følge almindelig tankegang at skelne mellem et mangelretligt og et bevisretligt spørgsmål. Det mangelretlige spørgsmål angår afgrænsningen af, hvor stor en andel af den samlede leverance, der kan tillades at være defekt. Jeg skal ikke komme nærmere ind på dette køberetlige problem, men forudsætte at det er besvaret på en entydig måde. Det angives eksempelvis, at ved en levering af 1.000 dåser kan det tolereres at 50 af disse er defekte. Hvilket tal der her vælges er uden betydning for det principielle i den følgende undersøgelse af bevisproblemet. Noget andet er, at der næppe efter gældende køberetlige regler kan stipuleres et bestemt tal.

Det bevisretlige spørgsmål angår, hvilke krav der stilles med hensyn til antallet af undersøgte emner, med hensyn til udvælgelsen af disse, og med hensyn til resultatet af undersøgelsen af de udvalgte emner. Ser man på det spørgsmål, hvorledes det pågældende mangelspørgsmål vil blive bedømt for en domstol, altså spørgsmålet om hvilke

krav til beviset for mangelfuldhed en dommer vil stille, bliver det spørgsmålet om, hvilken sikkerhed den i sagen foreliggende stikprøveundersøgelses resultat giver for, at den leverede mængde opfylder det anførte mangelskrav. Jeg forudsætter, at det judicielle krav svarer til det krav, som må stilles til den køber, der ønsker at benytte sig af beføjelsen. Jeg kender ikke nogen statistisk orienteret juridisk beskrivelse af køberens undersøgelsespligt. Selvom eksemplet i sig selv måske forekommer upraktisk eller uinteressant kan det tjene som introduktion til vigtige elementer af bevisvurderingen som sandsynligheds-vurdering.

Lad os først se på sammenhængen mellem en given sammensætning af den leverede vare og den udtagne stikprøve. Lad os forudsætte at den leverede vare består af den yderste kritiske værdi nemlig af 950 mangelfri (M) varer og 50 defekte (D) varer. Hvis vi forudsætter, at de emner, der udtages til undersøgelse, udtages tilfældigt, er sandsynligheden for at 1 tilfældigt udvalgt vareemne var defekt $50/1.000 = 0,05$. Hvordan beregner man større stikprøver af varierende sammensætning?

Visse enklere beregninger gennemføres ved anvendelsen af de formler, som er præsenteret ovenfor. Men ved større og mere sammensatte stikprøver må en mere generel fremgangsmåde følges af praktiske grunde.

Følgende forudsætninger er opfyldt i dette eksempel: Hver undersøgelse betragtes som et eksperiment, der kan give et ud af to mulige resultater, nemlig at varen er mangelfri eller at den er defekt. Sandsynligheden for at varen er defekt (p), er den samme ved hvert eksperiment (her $50/1.000$). Hvert forsøg er uafhængigt af de øvrige i den forstand, at udfaldet af et forsøg ikke påvirker sandsynligheden for, hvilket udfald der kommer i et af de følgende forsøg.

Tager man, eksempelvis, en stikprøve på 5 eksemplarer, kan der knyttes en sandsynlighed til hver af de mulige sammensætninger:

(0 D, 5 M) (1 D, 4 M) (2 D, 3 M) (3 D, 2 M) (4 D, 1 M)
(5 D 0 M)

Lad os prøve at beregne sandsynligheden for en bestemt stikprøve:

D D M M M, d.v.s. en stikprøve hvor man først fik en defekt, så en defekt, så en mangelfri o.s.v.

Vi kender sandsynligheden for at få en defekt. Denne sandsynlighed symboliseres ved p . Sandsynligheden for at få en mangelfri er naturligvis $(1 - p)$. Denne sandsynlighed symboliseres med q . Sandsynligheden for den anførte ordrede stikprøve er da følgende:

$$(36) \quad p(DDMMM) = ppqqq = p^2 q^3 = \left(\frac{1}{20}\right) \cdot \left(\frac{19}{20}\right)^3$$

I formel (36) finder man symboliseret sandsynligheden for en ganske bestemt stikprøve. Det er imidlertid uvæsentligt for bedømmelsen af den samlede leverance, i hvilken orden de forskellige resultater viser sig. Sandsynligheden for at få to defekte og tre mangelfri kan altså ikke identificeres med størrelsen af (36), men denne må multipliceres med antallet af mulige stikprøver af størrelsen 5, hvoraf 2 af prøverne viser defekt vare. Denne størrelse symboliseres ved udtrykket

$$(37) \quad \binom{5}{2} \text{ (læses "5 over 2")}$$

Når størrelsen (36) multipliceres med (37) får man altså ikke alene sandsynligheden for D D M M M, men også for D M M M D, D M M D M, o.s.v. Størrelsen af en figur som (37) aflæses af særlige tabeller. Sandsynligheden for en stikprøve bestående af 2 defekte og tre mangelfri er herafter:

$$(38) \quad \binom{5}{2} \cdot p^2 q^3 = 10 \cdot \left(\frac{1}{20}\right)^2 \cdot \left(\frac{19}{20}\right)^3 = (\text{ca.}) 0,021$$

Et generelt udtryk for sandsynligheden for en given sammensætning af en stikprøve under de forudsætninger, der omtales overfor, har man i den såkaldte binomialformel

som blot kan ses som en generalisering af det udtryk jeg har gengivet i (38):

$$(39) \quad p(B = b) = \binom{n}{b} p^b q^{n-b}$$

I denne formel betragtes antallet af defekte elementer i stikprøven som en variabel, B , der kan tage forskellige værdier fra 0 til 5. Vi interesserer os for, med hvilken sandsynlighed den antager en bestemt værdi, b . Dette angives til højre for lighedstegnet. n betegner det samlede antal i stikprøven. Sammenhængen mellem det, der står på højre side af lighedstegnet og den forklarede formel (38) ses umiddelbart. Man har for det første det antal kombinationer, der findes af det givne antal af defekte ud af stikprøven, f.eks. 2 defekte ud af 5. Dette tal multipliceres med sandsynligheden for at få en af disse muligheder.

Ved hjælp af binomialformlen kan man få svar på, med hvilken sandsynlighed en stikprøve har en given sammensætning, når man kender den samlede mængdes egenskab. Det forudsættes jo, at vi kender sandsynligheden for, at en tilfældigt udvalgt vare er defekt. Det er karakteristisk for den sandsynlighedsberegningssmæssige fremgangsmåde, at man tager sit udgangspunkt i en kendt population, og af denne ved hjælp af sandsynlighedsteorien udleder fordelinger for stikprøver, der udvælges fra denne population.

Da den sandsynlighedsmæssige bedømmelse sammenlignedes med en bevisproblematik, var problemstillingen imidlertid den modsatte. Man havde observeret en vis stikprøve, f.eks. en vis fordeling af røde og hvide kugler taget fra en af to krukker, eller en vis fordeling af defekte kontra mangelfri varer taget af en stikprøve, og ønskede på grundlag af denne iagttagelse at tage stilling til ukendte egenskaber ved populationen ¹³⁾. Det er ikke sammensætnin-

13) Hodges s. 250 jfr. 80 og 177.

gen af stikprøven, der ønskes beregnet - den ser man jo ved undersøgelsen. Men det er forholdet mellem defekte og mangelfri varer i hele leverancen. Denne fordeling skal bedømmes på grundlag af stikprøven. Spørgsmålet er, hvilken viden en stikprøve giver om den samlede leverances egenskaber, og med hvilken sikkerhed man kan udtale sig om denne.

Anvendelsen af binomialformlen til statistisk beregning illustreres ved et amerikansk diskriminationsproblem.

Under forskellige former deltager lægmænd i retsplejen. Uanset den "funktionelle" forklaring heraf, spiller det en rolle, at de læge "repræsenterer" befolkningen. Dette implicerer ikke, at enhver skal være med, eller at dommerne skal vælges. Men det kan evt. præciseres til et krav om at de udvalgte lægdommere skal være repræsentative i den forstand, at de kan betragtes som tilfældigt udvalgte. Hvis der ikke er nogen kvinder blandt lægdommerne, hvis ingen ufaglærte arbejdere, ingen direktører, ville der være noget galt. Men selvom der var nogen, kunne deres andel være for lille. Hvordan skulle en skævfordeling demonstreres?

Under henvisning til forfatningens 14. amendment om "equal protection" har man siden slutningen af forrige århundrede anfægtet domsfældelser, der udgik fra juryer som sorte var udelukket fra på grund af deres race. Diskriminationsspørgsmålet udvidedes imidlertid til også at omfatte tilfælde, hvor negre repræsenteredes i ringere omfang, end deres andel i befolkningen ville medføre, hvis der ikke ved udvælgelsen toges hensyn til race. Et problem som ikke skal omtales nærmere her, er, om negrenes repræsentation skal sammenlignes med befolkningen, den mandlige befolkning, de registrerede vælgere, skatteydere, eller et andet grundlag. Dette har naturligvis afgørende betydning for, hvilken repræsentation der vil blive opfattet i overensstemmelse med "befolkningsgrundlaget".

"A basic legal principle in the jury discrimination cases is that the selection of an improbably small number of Negroes is evidence

of discrimination. This principle, which links a finding of discrimination to a determination of probabilities, opens the door to the use of statistical analyses in these cases. The second legal principle controlling these cases is that a disparity between the proportion of negroes on venires and the population generally is evidence of the improbability of random selection" 14).

En statistisk argumentation for underrepræsentation opbygges af Finkelstein på grundlag af binomialformlen (Bernoulli-formlen). Med udgangspunkt i sagen Swain v Alabama 380 US 202 (1965) beregnes, hvordan repræsentationen af negrene skulle forventes at være i nævningelisterne "venires", hvis sandsynligheden for at en neger blev udtaget var af samme størrelsesorden som sandsynligheden for at en hvilken som helst blev valgt.

Sandsynligheden for at få et bestemt antal, f.eks. v af negre, når der udvælges n venire-mænd, kan beregnes efter følgende formel:

$$(40) \quad p(v) = \binom{n}{v} p^v q^{n-v}$$

Eller i ord: Det forudsættes, at der ikke diskrimineres. Sandsynligheden for at en sort vælges er derfor lig de sortes andel af befolkningen. Med denne sandsynlighed for den enkelte sorte kan der naturligvis nås forskellige resultater. De udvalg, hvor antallet af sorte afviger meget fra sandsynligheden, vil være mindre sandsynlige. Sandsynligheden for, at få v sorte beregnes som et multipulum af de mulige måder, hvorpå et antal af v kan udvælges blandt en mængde på n , og af sandsynligheden for netop at få v negre (p^v) og resten som hvide (q^{n-v}). Dette svarer, som det ses, til binomialformlen i (39).

Med denne formel kan beregnes, med hvilken sandsynlighed

14) Om de første af sådanne sager, se Finkelstein 80 HLR 1966, s. 374, Finkelstein s. 363 note 19.

man vil udvælge et bestemt antal sorte. Men den sandsynlighed, som har interesse, er sandsynligheden for at udvælge ikke mere end et bestemt antal, nemlig i negre. Vi beregner altså sandsynligheden for at vælge 0, 1, 2 ... i, negre i en nævningeliste på n medlemmer. Denne størrelse udtrykkes ved blot at introducere et sumtegn:

$$(41) \quad p(v \geq i) = \sum_{v=i}^n \binom{n}{v} p^v q^{n-v}$$

De venires, som var udvalgt indenfor perioden 1955 - 1962 bestod af 30 personer, og i den pågældende periode udgjorde negrene ca. 26% af den voksne mandlige befolkning. I de venires som var blevet udvalgt, udgjorde negrene med en enkelt undtagelse ikke mere end 15%, altså gennemsnitlig ca. 5¹⁵⁾.

Med udgangspunkt i formlen ovenfor beregner Finkelstein sandsynligheden for at man - når udvælgelsen antages at foregå tilfældigt, d.v.s. uden racediskrimination - får venires med den sammensætning, som er beskrevet ovenfor, altså med en vis underrepræsentation af sorte:

$$(42) \quad p(v \geq 5) = \sum_{v=0}^5 (1/4)^v (3/4)^{30-v} = 0,20260$$

Finkelstein s. 357.

Jeg beregner summen af sandsynligheder for, at få venires med 0, 1, 2 ... 5 sorte ud af 30 veniremænd. Vi antager at sandsynligheden for at få en sort er 1/4, eftersom 1/4 af befolkningen er sorte. Tilsvarende er sandsynligheden for at få en hvid 3/4. Med disse cifre indsat i formlen, udregnes, at sandsynligheden for en sådan sammensætning er ca. 0,2. Dette betyder, at omkring 1 venire ud af hver

15) Finkelstein s. 356 f.

femte skulle have 5 eller færre negre - resten skulle have flere negre.

I materialet i Swain v. Alabama fandt man venires med 5 eller færre sorte i 30 fortløbende tilfælde. Sandsynligheden for dette - uden diskrimination - er $0,2^{30} = 4,63 \times 10^{21}$ - altså rent usandsynligt.

Højesteret fandt imidlertid ikke, at den omstændighed, at negrene udgør ca. 26% af den mandlige befolkning, men kun er repræsenteret med 10 - 15% beviste diskrimination. "We cannot say that purposefull discrimination based on race alone is satisfactorily proved by showing that an identifiable group in a community is underrepresented by as much as 10% ..." (s. 208)¹⁶⁾.

3.6. Hypoteseprøvning og signifikans

Undersøgelse af en stikprøve kan betragtes som et eksperiment til bestyrkelse eller afkræftelse af en hypotese. Det er karakteristisk for sådanne hypoteser, at de tilskriver positive sandsynligheder til enhver mulig fordeling i stikprøven - eller med andre ord: Intet resultat er udelukket. Selvom det i købeeksemplet ovenfor er meget lidt sandsynligt, at en stikprøve på 5, hvis sandsynligheden for en defekt vare er $1/20$, skulle bestå af 5 defekte varer, er det dog ikke umuligt. En konstateret stikprøve kan derfor ikke begrunde, at hypotesen med sikkerhed kan forkastes. Hypotesen kan forenes med et hvilket som helst resultat af eksperimentet. Men jo flere defekte desto nærmere vil man være ved at måtte forkaste udgangshypotesen om, at leverancen er i orden. Hvis størrelsen af stikprøven på forhånd er fikseret, f.eks. på grund af om-

16) Jfr. om kønsspecifik diskrimination H. Zeisel: Dr. Spock and the case of the vanishing women jurors, Univ. Chicago Law Rev. vol. 37 s. 1 f (1969).

kostningerne, vil afgørelsen af, om man vil acceptere eller forkaste at den modtagne leverance er i orden (jeg erindrer om, at dette her er defineret som et spørgsmål om der er flere end 50 mangelfulde emner i leverancen) afhænge af udfaldet af undersøgelsen af stikprøven, og der kan fastsættes en grænse for antallet af defekte inden for denne stikprøve. Denne grænse, der betegnes den kritiske værdi symboliseret ved c , er den mindste værdi af den undersøgte egenskab (testfunktion, her antallet af defekte) der fører til at forkaste hypotesen om at leverancen er i orden.

Denne minimale værdi må i det følgende sammenlignes med 'det nødvendige bevis', som påhviler den, som bevisbyrden påhviler.

Ved bedømmelsen af, hvordan den kritiske værdi med hensyn til antagelse og forkastelse af en statistisk hypotese skal vælges, er det centralt at beskæftige sig med muligheden for at man forkaster hypotesen selvom den er korrekt. Risikoen måles ved størrelse af

$$(43) P_H (T > C) = \alpha.$$

Dette udtrykker sandsynligheden for at H (hypotesen) forkastes fordi testfunktionen overstiger den kritiske værdi, selvom H er rigtig. Det siger sig selv, at jo mindre den kritiske værdi indenfor en given stikprøvestørrelse, desto større vil denne sandsynlighed være, d.v.s. desto større er risikoen for at forkaste hypotesen, selvom den er rigtig. Denne sandsynlighed betegnes hypotesens "signifikansniveau".

Jeg skrev ovenfor, at det var "rent ud usandsynligt", at der ikke forelå nogen diskrimination overfor sorte i den lægdommerudvælgelse, som omhandlede i den anførte sag. Dette kan præciseres på baggrund af det netop anførte. Vi kan nemlig fastsætte en vis "kritisk værdi" for opretholdelsen af den hypotese, at sandsynligheden for, at en sort bliver valgt er $1/4$. Vi kan udtrykke det således, at hypotesen om, at en neger udvælges med sandsynligheden

1/4, forkastes, når sandsynligheden for at man ikke vælger flere end det konstaterede antal sorte til grundlisterne er mindre end denne "kritiske værdi". Tager vi den blandt statistikere ofte anvendte kritiske værdi 0,05 eller 5% ses det, at det var berettiget at forkaste hypotesen ovenfor. Sandsynligheden for uden diskrimination at få så få sorte, som man faktisk fik, var jo langt mindre ¹⁷⁾.

En begrænsning af den fremstilling, der hidtil er givet, har været, at det ikke er præciseret, hvilket alternativ eller hvilke alternativer den såkaldte nul-hypotese sammenholdes med. Valget står mellem at acceptere eller forkaste hypotesen. At acceptere vil sige at tilslutte sig en bestemt opfattelse. Forkastelsen er rent negativ: Der er ikke ved forkastelsen udtrykt nogen virkelighedsopfattelse udover det negative, at nul-hypotesen tror man ikke på (længere).

Et enklere eksempel på signifikansvurdering kan tages som udgangspunkt for en udvidelse af problemstillingen: Jeg omtalte ovenfor en udvælgelse af to repræsentanter fra en kommunalbestyrelse på 11 medlemmer, hvoraf 7 socialdemokrater og 4 venstre. Det fremgik af beregningen, at sandsynligheden for ved to udvælgelser at få to socialdemokrater i begge tilfælde, var 14,6%. Vi kan nu konfrontere dette eksempel med spørgsmålet om signifikansniveau og hypoteseprøvelse. Kan hypotesen om - som socialdemokraterne hævder - at udvælgelsen foregik tilfældigt, forkastes på et niveau af eksempelvis 0,05 eller 5%? Dette må besvares benægtende. Beregningen viser jo netop, at udfra hypotesen om en tilfældig udvælgelse, kan det aktuelle resultat forventes med en sandsynlighed på 14,6%, hvilket er mere end niveauet 5%. Tænker vi os en tredje udvælgelse

19) Jfr. Finkelstein s. 359.

med stadig resultatet 2 socialdemokrater, er sandsynligheden for det samme resultat

$$\left(\frac{42}{110}\right)^3 = 5,5\%,$$

hvilket altså stadig overstiger signifikansniveauet.

Et højt signifikansniveau sikrer, at udgangshypotesen (o-hypotesen) ikke forkastes, med mindre det konstaterede testudfald er meget lidt sandsynligt, hvis o-hypotesen er rigtig. Et højt niveau beskytter mod urigtig forkastelse. Men der er også et andet problem: Jo højere dette niveau sættes, desto større sandsynlighed er der for, at udgangshypotesen opretholdes, selvom den er forkert. I det netop valgte eksempel om de to repræsentanter opretholdtes hypotesen om tilfældig udvælgelse, til trods for at de konstaterede udvælgelser kun kunne forventes med en sandsynlighed af lidt over 5% - d.v.s. kun kunne forventes i gennemsnitlig 3 ud af 60 udvælgelser.

Ved bedømmelsen af, om man vil acceptere eller forkaste en hypotese, spiller det naturligvis en rolle, hvilket eller hvilke alternativer der er - hvad indebærer en forkastelse? I juridiske sammenhænge vil der ofte kun være to alternativer. I købeeksemplet skal man vælge mellem, om sandsynligheden for defekt stadig er 0,05 eller mindre, eller om den er blevet større, og dette alternativ afspejler handlingsalternativet, at tage mod varerne eller afvise leverancen. Og på det judicielle plan kan dette tage form af spørgsmål, om en ophævelse var uberettiget eller berettiget.

De forestillinger, der vedrører signifikans, har særlig relevans for den juridiske anvendelse af statistisk bearbejdede undersøgelser og de herpå byggede konkrete udtalelser. Dette beror på, at signifikansen eller rettere signifikansniveauet antages at indeholde en angivelse af den sikkerhed, hvormed undersøgelsens resultat kan hævdes.

For en udbygning af den sandsynlighedsteoretiske tolkning af bevisretten forekommer det derfor nærliggende at se nærmere på denne del af den statistiske metode. Navnlig er der spørgsmålet, om beslutningen om signifikansniveau kan betragtes som en fastlæggelse af en bevisbyrderegel (et 'sandsynlighedskrav').

De overvejelser som forekommer i litteraturen om signifikans har en slående lighed med de overvejelser, der gøres i den juridiske litteratur om bevisbyrde, specielt når der anlægges en sandsynlighedstolkning og der i denne spørges om fordelingen af rigtige kontra urigtige afgørelser.

Vi har sandsynligheden for at forkaste nul-hypotesen selv om den er rigtig $\alpha = P_H (T \geq C)$. Hvis det praktiske problem udelukkende går ud på at undgå at forkaste nul-hypotesen når den er rigtig, kan den kritiske værdi sættes så højt, at en forkastelse ikke kan komme på tale.

Vi må imidlertid også beskæftige os med den mulighed, at vi accepterer nul-hypotesen, selvom den er forkert.

Lad os sammenholde nul-hypotesen med en anden, alternativ hypotese, A. (Hvis nul-hypotesen er forkert, må en anden være rigtig. A er kun en blandt flere muligheder). Risikoen for at acceptere H, selvom A er rigtig udtrykkes i $\beta = P_A (T < C)$, d.v.s. sandsynligheden for - hvis A er rigtig - at få en test der er mindre end den kritiske værdi. I denne situation vil nul-hypotesen jo ikke blive forkastet, selvom A er rigtig.

Ved bedømmelsen af hvordan man vil forholde sig til de to hypoteser H og A, må der tages hensyn til de to sandsynligheder α og β . Men hvordan?

Mens prøvelsen af den enkelte hypotese kun tog hensyn til testets (bevisets) forhold til denne hypotese, skulle det, når der indgår to eller flere explicitte hypoteser,

være muligt at sammenholde testet med hver af disse, og af det relative forhold mellem test og hypotese drage en konklusion om hypoteserne.

Statistikere taler om to slags fejl - et udtryk som kan sammenlignes med de mulige fejl, der begås ved anvendelse af bevisbyrderegler, nemlig dels at en part ikke opfylder en ham påhvilende bevisbyrde - til trods for at faktum foreligger, dels at parten anses at have opfyldt bevisbyrden, men faktum foreligger faktisk ikke.

De to

slags "statistiske fejl" består i, at henholdsvis en udgangshypotese (nul-hypotese) fastholdes til trods for at den er forkert, og at nul-hypotesen forkastes til trods for at den er korrekt.

Hvis det er udgangshypotesen, der er en veldefineret påstand, er der mange muligheder for alternative hypoteser. Et præcist mål for risikoen for at acceptere nul-hypotesen, selvom den er forkert, får man når den modholdes en bestemt alternativ hypotese.

Fra et praktisk synspunkt kunne det hævdes, at jo mere omfattende undersøgelser, det er muligt at gennemføre, jo lavere kan de to størrelser α og β sættes. Men bl.a. økonomiske grænser må respekteres. Man kommer derfor ind i overvejelser over, om en fejlagtig forkastelse er værre eller bedre end en fejlagtig accept. Hvordan det forholder sig herved, afhænger naturligvis af hypotesens indhold og den situation den vedrører.

Jeg overvejer to mulige hypoteser for et vist forhold. Spørgsmålet kan være, om en svamp er spiselig eller giftig - om sandsynligheden for defekte varer i en større leverance er større eller mindre end 15% - om en vis fysiologisk behandling er mere effektiv end en anden - o. s. v. Sidestillet med disse statistiske velkendte eksempler skal overvejes, om der begås diskrimination ved udvælgelse af sorte, om der er ført tilstrækkeligt bevis for et faderskab, o. s. v. Jeg har gjort nogle iagttagelser af relevans for bedømmelsen af disse hypoteser. Disse iagt-

tagelser kan i større eller mindre grad være forenelige med hver af hypoteserne - eller, mere korrekt, mere eller mindre sandsynlige under den pågældende hypotese. Man kan også sige, at de to hypoteser kan have større eller mindre "forklaringsværdi" med hensyn til de opnåede bevisresultater ²⁰⁾.

De teoretisk-statistiske synspunkter, som indgår i argumentationen om signifikansniveauet, svarer i høj grad til bevisbyrdesynspunkter. Spørgsmålet har været underkastet omfattende diskussion.

Historisk har udgangspunktet været, at man tidligt har valgt 0,05 (evt. 0,01) som en standardstørrelse for signifikansniveauet ²¹⁾. Som kriterier for valget af signifikansniveau nævner man de praktiske konsekvenser som følger af at vælge (forkaste) en af hypoteserne. Man vil være mere tilbøjelig til at forkaste en udgangshypotese om bestemmelse af en vis planteart, hvis det blot drejer sig om en botanisk registrering, end hvis det drejer sig om hvorvidt den pågældende plante kan bruges til menneskelig føde. Der tages endvidere hensyn til eventuelle andre oplysninger om det pågældende forhold. Denne betragtningsmåde kan karakteriseres som konservativ, for så vidt som den tenderer mod at fastholde antagelser, som vel svarer med "existing theory and empirical evidence or even "common sense"", men som altså ville blive forkastet med et normalt signifikansniveau ²²⁾.

3.7. Beslutningsteori

Den juridiske sandsynlighedsteori implicerer, at det be-

20) Sml. Hallden, 1973.

21) Jvf. Skipper o.a. i Morrisson and Henkel (ed): The significance test controversy (1970) s. 156 note 2.

22) A.st. s. 167, jfr. Hodges s. 390 og Lind s. 35, der overvurderer den statistisk-tekniske enighed om signifikansniveau.

visretlige spørgsmål er, hvor stor sandsynlighed der er for det relevante faktum, f.eks. om tiltalte er skyldig i manddrab. Den karakteristiske tendens i denne bevisretlige opfattelse er ønsket om at fremme en objektiv og formaliseret bedømmelse af en retssags beviser, adskilt fra den normative (materielretlige) vurdering.

Konklusionen af en sådan objektiv analyse skal være lige så objektiv som elementerne i den. Den praktiske beslutning om tiltalte skal dømmes eller frifindes kan imidlertid ikke umiddelbart udledes af resultatet af den sandsynlighedsmæssige analyse. Uanset hvor stor sandsynligheden for tiltaltes skyld er (bortset fra det tilfælde, at skylden er sikker), kan man altid tænke sig, at sandsynligheden anses for lille til den alvorlige afgørelse at dømme tiltalte til straf. Og uanset hvor lille sandsynligheden for skyld er, kan det altid hævdes, at sandsynligheden er tilstrækkelig til en domfældelse. Et normativt element må nødvendigvis accepteres i form af en regel om, hvor stor sandsynlighed der er nødvendig/tilstrækkelig.

Dette normative element kan have forskellig form. Formen må bl.a. afhænge af den nærmere struktur i den sandsynlighedsmæssige konklusion. Det er nævnt, at signifikansbegrebet kan sammenlignes med en bevisbyrderegel og at det i hvert fald indeholder et normativt eller vurderende element.

En systematisk analyse af forholdet mellem deskriptive udsagn, der kan hævdes med større eller mindre sandsynlighed, og vurderende synspunkter med hensyn til de handlinger de konstaterede forhold kan give anledning til, finder man i den såkaldte beslutningsteori eller matematiske statistik. Disse videnskaber har spillet en kolossal rolle indenfor en række praktisk orienterede videnskaber, såvel for erhvervsmæssig beslutningsteori som for administrativ og militær beslutning og forvaltning. Særligt siden 2. verdenskrig har disse retninger haft betydelig indflydelse. Det har derfor været en nærliggende tanke at søge

dem overført også på den judicielle beslutning. Et første forsøg i denne retning er gjort af John Kaplan ²³⁾.

Først defineres de mulige judicielle handlinger. Ser man på en straffesag, står valget mellem to handlinger: At dømme tiltalte (D) eller at frifinde tiltalte (F). Denne angivelse indeholder naturligvis en forenkling. Der kan være rejst tiltale for flere sidestillede forhold, tiltalen kan rumme principale og subsidiære tiltaleforhold, og der kan være flere alternativer indenfor det enkelte forhold. Disse omstændigheder komplicerer problemet, men bevirker ikke nogen principiel forandring, og forenklingen er derfor tilladelig.

Dommeren skal vælge mellem D og F. Valget afhænger naturligvis af, kort udtrykt, om tiltalte anses som skyldig eller uskyldig. Dette udtrykkes på den måde, at virkeligheden eller sagens omstændigheder kan være en ud af to: Enten er tiltalte skyldig, d.v.s. tiltalte har udført den i forholdet beskrevne handling (S) eller tiltalte er uskyldig (I).

Den judicielle beslutningssituation er herved karakteriseret i to planer, nemlig dels med hensyn til handlingsplanet med mulighederne D og F, dels med hensyn til virkelighedsplanet med mulighederne S og I.

Indenfor strafferetten er det den almindelige bevisretlige opfattelse, at der kræves betydelig sikkerhed for, at en tiltalt er skyldig, for at kunne domfælde. Det er på den anden side tillige uheldigt, at frifinde den skyl-

23) 20 SLR 1968 s. 1065 - 1092 og i Allen & Caldwell 1965 s. 251 f

dige. Det karakteristiske er, at de argumenter, der gøres gældende for det betydelige sikkerhedskrav i straffesager kan opløses i vurderinger over det uheldige ved kombinationerne domfældelse af en uskyldig (D, I) og frifindelse af skyldige (F, S).

Ved vurderingen af hvilken sandsynlighed der kræves, tager man hensyn til vurderingen af de to kombinationer (D, I) og (F, S), altså en vurdering af de "urigtige" domme. Udtrykt verbalt, jo mere forkasteligt det anses at domfælde en uskyldig, desto større sandsynlighed for skyld kræves for at domfælde. I modsat retning trækker, at jo større ulempe man forbinder med en frifindelse af en skyldig, desto mindre sandsynlighed for skyld kræves for at domfælde. Unytten ved den urigtige domfældelse bliver naturligvis kun aktuel såfremt man domfælder, og sandsynligheden for at den bliver aktuel under denne betingelse, er identisk med sandsynligheden for, at tiltalte er uskyldig. Den forventede unytte af beslutningen om at domfælde kan da fremstilles som et produkt af sandsynligheden for, at tiltalte er uskyldig og ulemperne ved at dømme en uskyldig, $p(I) U(DI)$. Tilsvarende kan den forventede unytte af beslutningen om at frifinde fremstilles som $p(S) U(FS)$.

Om der herefter skal domfældes, aflæses af formel

$$(1) \quad p(S) U(FS) > p(I) U(DI)$$

Når størrelsen til venstre er større end størrelsen til højre, skal der domfældes - ellers skal der frifindes. Da tiltalte enten er skyldig eller uskyldig er $p(I) = 1 - p(S)$, og (1) kan da omskrives til:

$$(2) \quad p(S) U(FS) > (1 - p(S)) U(DI)$$

$$(3) \quad p(S) U(FS) > U(DI) - p(S) U(DI)$$

$p(S) U(DI)$ adderes på begge sider og $p(S)$ sættes udenfor parentes i venstre side:

$$(4) \quad p(S) \left(U(FS) + U(DI) \right) > U(DI)$$

$$(5) \quad p(S) > \frac{U(DI)}{U(FS) + U(DI)}$$

Denne formel læses: domfæld, hvis sandsynligheden for skyld er større end forholdet mellem pdes unytten ved at domfælde en uskyldig og pda's summen af unytten ved at frifinde en skyldig og domfælde en uskyldig.

Af denne formel kan sandsynlighedskravet uden videre udledes. Den kritiske sandsynlighedsværdi er afledt af en afvejning af unytten ved de to mulige urigtige afgørelser. I almindelighed vil ulempen ved den urigtige domfældelse være væsentligt større end ulempen ved den urigtige frifindelse. Jo større denne forskel er, desto nærmere kommer vi beviskravet til størrelsen 1. Når $U(FS)$ nærmer sig størrelsen $U(DI)$, altså jo nærmere man kommer at ulempen ved en urigtig afgørelse i den ene retning er lige så stor som ulempen ved en urigtig afgørelse i den anden retning, desto nærmere kommer brøken størrelsen $\frac{1}{2}$, og beviskravet bliver et simpelt krav om overvejende sandsynlighed ²⁴⁾.

Kaplan udtrykker ikke beviskravet i straffesager som en fast kvantitativ størrelse mellem 0 og 1, men kravet er sat i forhold til de negative virkninger eller unytten ved de to mulige urigtige afgørelser, at en uskyldig dømmes og at en skyldig frifindes. Dette indebærer, at sandsynlighedskravet kan variere, afhængig af disse størrel-

24) Formel (5) kan omskrives til:

$$(6) \quad p(S) > \frac{1}{1 + \frac{U(FS)}{U(DI)}}$$

der svarer til formelen hos Kaplan, s. 1072. Formel (5) findes ikke hos Kaplan, men gør hans tanke mere anskuelig.

ser. Det er således Kaplan's opfattelse, at sandsynlighedskravet fastsættes konkret efter den enkelte sags forhold, s. 1073 - 1074. En anden mulighed er at betragte dem som gældende for enkelte forbrydelser, men dette vil kræve en udbygning af formlen, som jeg ikke her skal gå ind på. Når bedømmelsen opfattes konkret, må der i hver enkelt sag tages stilling til, hvordan man vil bedømme eller vurdere at man dømmer forkert. Dette er oplagt i disharmoni med gældende ret og tanken skal ikke forfølges.

Man kender almindelige maximer som "det er bedre at frifinde 10 skyldige end at dømme 1 uskyldig" ²⁵⁾. Det er naturligvis vigtigt at supplere sådanne positive standarder med den begrænsning, at flere skyldige skal ikke frifindes, altså: 10 skyldige kan frifindes, men ikke flere. Hvis man fortolker dette "princip" således, at unytten ved at dømme en uskyldig er elleve gange større end unytten ved at frifinde en skyldig, kan sandsynlighedskravet beregnes således:

$$(7) \quad p(S) > \frac{11}{11 + 1} = 11 : 12 = \text{ca. } 0,917$$

Mens den citerede standard gengives med bevidstheden om en betydelig retssikkerhed, er et sandsynlighedskrav i straffesager på knap 92% vel ikke videre imponerende.

Jeg vil herefter give en bredere - og mere relevant - ramme for diskussionen af mulighederne for anvendelse af beslutningsteori på judiciel beslutning. Herved vil nogle unødige begrænsninger i Kaplans opstilling kunne fjernes, og den følgende omtale af beslutningssituationer uden sandsynlighed forberedes.

Dommeren gør sig klart, at "virkeligheden kan forholde sig på forskellig måde", eller at en af flere påstande om vir-

25) Andre forhold har været nævnt: 5 skyldige for 1 uskyldig (M.Hale) 10 for 1 (Blackstone), 20 for 1 (Fortescue), jfr. Kaplan 1968 s. 1077. 1000 for 1 efter Lamouignau under diskussion af Louis XIV's inkvisitoriske ordinances 1667 og 1670, Esmein s. 192.

keligheden kan være sand. De forskellige situationer (states of nature) som kommer i betragtning kan symboliseres ved $s_1, s_2, \text{ o.s.v.}$ Dommeren skal træffe en beslutning, i eksemplet ovenfor, om tiltalte skal dømmes eller frifindes. I sager om andre emner er beslutningsvalget naturligvis et andet. Og det rummer som regel langt flere muligheder end to. De forskellige mulige beslutninger rummer reelt forskellige mulige indgreb i dommerens omverden, specielt naturligvis i parternes tilværelse, men også i andre bredere sociale sammenhænge. Disse handlinger kan betegnes $a_1, a_2, \text{ o.s.v.}$

Det fremgår af sammendraget ovenfor af Kaplans artikel, at beslutningsteorien på en eller anden måde vil systematisere de valg, der træffes mellem a_{1-n} . Systematiseringen eller koordinationen af beslutningsproblemet er knyttet til introduktionen af vurderinger af de forskellige kombinationer $(a_1, s_1), (a_1, s_2), \dots (a_2, s_1), (a_2, s_2) \dots (a_n, s_n)$. Det kræves, at beslutningstageren gør sine præferencer klart, og disse kan udtrykkes i tilskrivning af utiliteter, altså et kvantitativt udtryk for ikke alene i hvilken orden de forskellige kombinationer foretrækkes, men også en angivelse af, hvor meget mere den ene kombination foretrækkes fremfor den anden.

De enkelte handlingskombinationer kan opstilles således:

	s_1	s_2
a_1	(a_1, s_1)	(a_1, s_2)
a_2	(a_2, s_1)	(a_2, s_2)

Figur 1

De enkelte kombinationer gives en vis værdi, afhængig af præferencen imellem dem.

$$(8) \quad u(a_1, s_1) = u_1, \quad u(a_1, s_2) = u_2, \quad \text{o.s.v.}$$

De enkelte utiliteter er indføjet i figur 2:

	s_1	s_2
a_1	u_1	u_2
a_2	u_3	u_4

Figur 2

Hvis den der skal træffe en beslutning, var sikker på, hvilken situation der forelå, f.eks. at s_1 var tilfældet, ville handlingen a_1 blive foretrukket, hvis u_1 var større end u_3 . A_2 ville blive foretrukket, hvis u_3 var større end u_1 , og var u_1 lig med u_3 ville den beslutningstagende være indifferent.

Beslutningsproblemet er her knyttet til, at der ikke er sikkerhed for en af de mulige situationer, men at hver af disse kan antages med en vis sandsynlighed. Teoriens pointe er, at udnytte denne sandsynlighedsantagelse ved valget mellem de respektive handlinger.

Hvis man accepterer beslutningsteoriens aksiomer for præference og indifferens, kan der til hvert handlingsalternativ (a_1, a_2) knyttes utiliteter ($u_1, u_2 \dots$) som er identiske med den forventede værdi af hvert alternativ, og værdien af hvert alternativ afspejler præferencen mellem handlingsalternativerne ²⁶⁾.

Om den forventede værdi af valget mellem a_1 og a_2 skal nævnes, at der med dette udtryk sigtes til almindelig statistisk udtryksmåde. Den forventede værdi beregnes som summen af værdien eller utiliteterne knyttet til ethvert resultat multipliceret med sandsynligheden for resultatet. Hvis

26) Om beslutningsteoriens aksiomer, se navnlig Luce & Raiffa (1958) s. 12 f, s. 23 f, og Chernoff & Moses (1959) s. 81 f, s. 89 f.

sandsynligheden for s_1 betegnes p_1 og sandsynligheden for s_2 betegnes p_2 , gælder

$$(9) \quad u(a_1) = p_1 u(a_1, s_1) + p_2 u(a_1, s_2) = p_1 u_1 + p_2 u_2$$

$$u(a_2) = p_1 u(a_2, s_1) + p_2 u(a_2, s_2) = p_1 u_3 + p_2 u_4$$

Handlingen a_1 foretrækkes for handlingen a_2 , hvis

$$(10) \quad u(a_1) > u(a_2) \text{ eller}$$

$$(p_1 u_1 + p_2 u_2) > (p_1 u_3 + p_2 u_4)$$

Den beslutningstagende beslutter sig, som om han maximerede den forventede størrelse af utilitet. For en beslutning indenfor et sæt af handlingsalternativer betyder dette, at den handling vælges, som er forbundet med størst utilitet, jfr. lo²⁷⁾.

Hvis man sammenligner den strukturering af beslutningen om domfældelse/frifindelse, som jeg har opført under (10) på grundlag af figur 1, med den model, som Kaplan beskrev i sin artikel og som jeg udtrykte i (5), ses det, at forskellen først og fremmest er den, at i den senere fremstilling er bedømmelsen af ulempen/nyttens for alle tænkelige kombinationer af handlinger og faktiske situationer

27) Teorien er gengivet som normativ eller preskriptiv. Hos Luce & Raiffa er den formentlig rent logisk, s. 31 - 32. Utilitets-tilskrivningen baseres på aktuelle præferencer, ikke på konsekvensvurderinger.

medtaget, mens Kaplan kun beskæftiger sig med de "unyttige". Dette forekommer mig at være en afgørende forbedring som grundlag for en bedømmelse af beslutningsteoretisk analyse. Men det falder klart udenfor denne opgave at udarbejde en beslutningsteori, fordi denne også måtte inddrage de rent normative elementer og således ville falde udenfor en undersøgelse af den judicielle virkeligheds-erkendelse.

3.8. Spilteori (strategisk spil)

En retssag beskrives ofte som et spil. Men betydningen af denne karakteristik er uklar. Retssagen er et socialt forløb, hvor en række personer optræder overfor hinanden, udfører bestemte roller og gør forskelligt indtryk på hinanden. Man gør sin indsats og opnår et resultat, positivt eller negativt. Man indgår i et fællesskab af gensidig afhængighed, den ene part i forhold til den anden part, parterne i forhold til dommeren. Man spiller ved ikke at være helt hæderlig, ved at være en anden end den, man er udenfor retssalen, ved at gøre et sandfærdigt, et sørgmodigt, et beslutsomt indtryk. Dette har ikke noget (direkte) med spilteori at gøre. En systematisk gennemført analyse af retssager ud fra et spilteoretisk synspunkt er vistnok ikke gennemført ²⁸⁾.

Hvad er den matematiske spilteori, hvilke begreber anvender den, og hvilke resultater kan den føre til? Teorien om strategiske spil behandler beslutning under usikkerhed af en anden art end den hidtil behandlede. Der kan ikke sættes nogen sandsynlighed for de relevante hændelser. Dette beror på, at beslutningstageren har en modstander, som også er informeret, og som kan træffe beslutninger af betydning for resultatet.

28) Antydninger hos N. Wiener; Cybernetics 1948 , A. Rapoport: Two Person game Theory s. 212 om erstatningssager.

Beskrivelsen på dette sted må begrænses af formålet, at anvende spilteorien som skema for beskrivelse af retssagen.

Til et spil hører i det mindste 2 spillere ²⁹⁾. Hver af spillerne kan beslutte sig for en af flere handlinger eller træk. Spillets regler angiver, hvem der trækker først, hvilke træk der er mulige. Når første træk er trukket, opstår en ny situation, hvor reglerne atter definerer, hvem af spillerne der kan trække, og hvilke træk der er mulige. Er spillet et to-personers spil, vil deltagerne ofte skiftes til at trække, men denne regulering er ikke nogen nødvendighed. Ethvert spil har en afslutning. Spillets regler må angive de situationer, hvor spillet betragtes som afsluttet, således at en hvilken som helst mulig række af træk ender i en sådan definitiv situation. Enhver af disse definitive situationer rummer et vist udbytte (positivt eller negativt) til hver af deltagerne i spillet ³⁰⁾.

Et spil kan føre til forskellige resultater afhængigt af, hvordan der trækkes. Spilteorien er baseret på det postulat, at der til et hvilket som helst resultat kan tilskrives en vis nytte. Konsekvensen af hvert spil kan måles.

Når man kender de træk, som hver af spillerne kan foretage i alle mulige situationer, der efter spillets regler kan opstå, kan formuleres de forløb, spillet kan tage. Et spil kan beskrives i såkaldt extensiv form som et spiltræ, hvor spillets udvikling trinvis forgrener sig

29) Undertiden nævner man naturen som spiller, således at en person kan spille mod naturen. Dette spil har en lighed med det strategiske spil, at spilleren kan være i uvidenhed om naturens tilstand eller "naturens træk", men adskiller sig fra det strategiske spil ved, at naturen ikke kan antages at tilpasse sin tilstand eller sine træk efter den beslutning, som spilleren tager. Naturen er ikke "ondsindet", Blom s. 35 f.

30) Se hertil Anatole Rapoport (1966) s. 18 f.

i overensstemmelse med spillets regler.

Der kan formuleres et sæt af anvisninger, der entydigt og udtømmende angiver, hvilket træk en spiller skal foretage i en hvilken som helst mulig situation. En sådan anvisning betegnes en strategi ³¹⁾. Antallet af strategier er langt større end antallet af mulige spilforløb. En vigtig konsekvens af strategibegrebet er, at når spillerne har valgt deres strategi, er spillets resultat determineret. Der er - paradoksalt nok - ikke noget at "spille om". Spillets resultat vil fremgå af en matrix, der angiver spillet i såkaldt normal form, hvoraf aflæses resultatet af spillet, når hver af spillerne har valgt givne strategier ³²⁾.

Spilteorien er preskriptiv i den forstand, at spilteoriens maximer fortæller, hvilken beslutning der fører til det bedste resultat. Disse anvisninger deduceres af de utiliteter, som spillerne har knyttet til de mulige resultater. Spilteorien er derfor normativ. Den angiver hver spiller, hvilken beslutning der er optimal. Optimeringen beror på vurderingen af de enkelte mulige resultater. Denne nyttevurdering er personlig, for så vidt som hver deltager kan vurdere samme resultat forskelligt.

Spillets deltagere baserer deres beslutninger på, hvad der anses som rationelt. Indholdet af dette axiom er ikke ganske afklaret for mere komplicerede beslutningssituationer, men nogle enkle situationer kan illustrere princippet.

31) Rapoport (1966) s. 40.

32) Rapoport (1966) s. 46.

Indenfor 2-personers spil kan for det første omtales det såkaldte "sure-thing principle": En strategi s_1 foretrækkes fremfor en anden strategi s_2 , hvis s_1 er i hvert fald lige så god og eventuelt bedre end s_2 , uanset hvad den anden spiller gør ³³⁾.

Mere interessant er det såkaldte minimax-princip i spil med saddelpunkt. Som eksempel kan tages følgende spil fremstillet i normal form:

	B_1	B_2
A_1	1	9
A_2	4	5
A_3	2	6

Figur 3

Spillet har 2 deltagere, A og B, hvor A kan vælge mellem en af tre strategier, A_1 , A_2 , A_3 , mens B kan vælge mellem de to strategier B_1 og B_2 . Hvis A vælger strategi A_1 , og B vælger strategi B_1 , modtager A et (positivt) udbytte på 1 utilitet, mens han modtager 9 utiliteter, hvis B vælger B_2 . Vælger A strategien A_2 , er resultatet 4 eller 5, afhængigt af, om B vælger B_1 eller B_2 o.s.v. ³⁴⁾. Tallene angiver betalinger fra B til A. Resultatet for B er derfor de angivne tal med modsat fortegn. At A modtager 1 enhed er ensbetydende med, at B må afstå 1 enhed o.s.v.

Hvilken strategi skal parterne nu vælge? Et muligt svar

33) Rapoport s. 54 f.

34) Strengt taget angiver tallene ikke udbyttet i absolutte størrelser, men kan kun anvendes til bedømmelse af forskellen mellem de mulige resultater.

var for hver af parterne at finde den kombination, der gav det for den pågældende gunstigste resultat, og da at vælge den strategi, der gjorde dette resultat muligt. Da 9 er det bedste udbytte for A, skulle han vælge A_1 og håbe, at B vælger B_2 . Hvis B ser lige så optimistisk på situationen, vælger han B_1 , fordi afståelsen af 1 enhed, er det gunstigste udfald, spillet kan få for ham. Han kan da håbe, at A vælger A_1 . Da spilteorien naturligvis er almindelig for begge parter, fortæller den jo imidlertid herved A, at B ikke vil vælge B_2 , men B_1 , hvis B følger samme princip. A føres derved til det dårligste resultat.

En anden mulighed var at anse, hver af strategierne som lige sandsynlige. Anser A det for lige sandsynligt, at B vælger B_1 eller B_2 , er det forventede resultat det gennemsnitlige udbytte ved hver kombination, altså for A_1 : $\frac{1}{2} \times 1 + \frac{1}{2} \times 9$, for A_2 $\frac{1}{2} \times 4 + \frac{1}{2} \times 5$, og for A_3 $\frac{1}{2} \times 2 + \frac{1}{2} \times 6$. Den største værdi opnås ved A_1 . Følger B samme synspunkt, vælger B B_1 , da dette giver det laveste gennemsnit (forventede udbytte) og dermed den mindste afståelse. Også dette er utilfredsstillende for A.

Efter minimax-princippet vælger deltagerne den strategi, der minimerer det maksimale tab (maximerer den minimale gevinst). For hver strategi ses, hvordan det i værste fald vil gå, afhængig af den anden deltagers valg. Denne betragtning fører for A til de 3 resultater 1, 4, 2. Og for B $\div 4$, $\div 5$. Det ses, at deltagerne mødes omkring kombinationen A_2 , B_1 . Man siger, at spillet har et saddelpunkt, når det har en (eller flere sådanne) værdi.

I overvejelsen af valget af strategi indgår ikke hensyn til de øvrige deltagers kundskaber, psykologi, indstilling o.s.v. Kun forestillingen om rationalitet har indflydelse på valget.

Angivelse af strategier kan kun udtømmende ske, hvor spillet er meget enkelt. Fastsættelsen af utiliteter bliver greb i luften, når spillet bliver lidt kompliceret. Også

modpartens vurdering skal fastsættes: man må tage stilling til, om det er en non-zero sum game (nul-sum spil), hvor modpartens udbytte er negationen af ens eget udbytte, eller hvilken utilitet der iøvrigt er forbundet med spilresultaterne. Men modparten hemmeligholder både utiliteter og strategier. I non-zero sum game anviser spilteorien ikke nogen sikker løsning ³⁵⁾. Når processen her forstås tolket som et spil, sker det ikke i præskriptivt øjemed. Meningen må snarere betegnes deskriptiv. Spilteoriens begreber søges anvendt på det processuelle forløb. Modsætningen mellem parterne ligestilles med modsætningen mellem to spillere, og reguleringen af denne situation kan sammenholdes med spilteoriens anvisninger ³⁶⁾.

Man kan beskrive parternes indbyrdes forhold spilteoretisk, i analogi med forholdet mellem to krigsførende stater. Og man kan beskrive dommeren som stillet over for et spil mod naturen. Men begge modeller er ufuldstændige, den første fordi den ikke tager hensyn til dommeren som modspiller eller medspiller, den sidste fordi den ikke tager hensyn til, at sagens bevisdata er strategisk bestemte.

Man kan derfor forestille sig, at proces må betragtes som et spil, hvori deltager sagens parter og dommeren.

Når det ligger fast, at proces føres, har parterne forskellige muligheder for handling. Handlingerne kan føre til forskellige resultater. (1) Man kan optimere sin si-

35) Se hertil Rapoport (1966) s. 192-202.

Rapoport vil afskrive spilteoriens præskriptive aspekt, da spilteorien er inadaquat ved de non-negotiable non-zero sum games, som er de praktisk forekommende, og da løsningen i nul-sum spillet kan findes af begge parter og derfor ikke repræsenterer noget fremskridt for nogen, s. 203 - 204.

36) Sml. Leff i 80 Yale Law Journal s. 5, note 12 (1970). Jfr. Rapoport s. 206.

tuation ved at samle materiale, argumenter o.s.v. til støtte for sit standpunkt. (2) Men der må også tages hensyn til, hvad modparten gør. Noget materiale er kun relevant under forudsætning af en bestemt optræden fra modpartens side. (3) Optimeringen under (1) må sættes i forhold til omkostningerne. Hvilke resultater er mulige, og hvordan vurderes de? (4) Dommeren blander sig under spillet som medspiller. Hans interesse angår naturens tilstand. Hans resultat vurderes ud fra dets (sandsynlige) overensstemmelse med naturens tilstand. Men også andre hensyn som hensyn til tid, gældende regler m.v.

Jeg har i dette afsnit gennemgået en række elementer af den matematiske, statistiske behandling af en række beslutningssituationer, som var karakteriseret ved, at den besluttende gik ud fra - eller søgte hen mod sådanne - bestemte antagelser om sandsynligheden for de relevante omstændigheder. Denne sandsynlighedsteoretiske orientering har, som jeg nævnte i indledningen, ikke til hensigt at repræsentere en "statistik for jurister", idet en sådan naturligvis måtte udarbejdes langt mere systematisk og komplet end det her har været muligt.

Tanken har været, at der skulle etableres et grundlag for en diskussion af, hvorvidt de reguleringer af bevisforhold og den praksis, som udøves i henhold hertil, kan interpreteres i overensstemmelse med de sandsynlighedsteoretiske og beslutningsteoretiske synspunkter. Denne opgave ligger lige for, for så vidt som det er en problemstilling, som har været aktuel i så at sige alle andre statslige og private beslutningssammenhænge. Det er derfor påfaldende, at den ikke tidligere i dansk litteratur er repræsenteret i systematisk form i forhold til den juridiske beslutning.

De eksempler på juridiske beslutninger, som indgik i den ovenfor givne præsentation, tilsigter ikke at besvare dette spørgsmål. Deres funktion er at illustrere tankegangen og forberede den senere problemstilling.

Spørgsmålet om anvendelse af sandsynlighedsteoretiske synspunkter i forbindelse med bevisvurderingen har navnlig været fremme i den svensk-norske teori i kontinuitet af udviklingen af den fri bevisbedømmelse. Som baggrund for en diskussion af denne teori, som tages op i det følgende kapitel, er den ovenstående præsentation af interesse for såvidt den har givet en forståelse af dels grundlæggende begreber, dels enkelte mere tekniske elementer. En sådan forståelse må være forudsætning for en diskussion af den juridiske sandsynlighedsteori.

Kapitel VI.

Den svensk-norske sandsynlighedsteori

Sandsynlighedsteori 2

1. Baggrunden for den juridiske sandsynlighedsteori

(1) Ved den gradvise anerkendelse af indiciebeviset, som kulminerede med indførelsen af princippet om fri bevisbedømmelse, ophævedes de legale normer for den judicielle afgørelse af, hvilket faktum der skulle anses bevist, og der skete en forrykkelse af den betydning, som blev tilagt bevisbyrdereglerne. Efter en periode præget af uklar analyse af, hvordan bevisbedømmelsens "frihed" skulle påvirke bevisbyrdereglerne og i det hele det bevisretlige system, udviklede der sig teorier, der søgte en integration af de bevisretlige regelsæt. Hovedsynspunktet formuleredes således:

"Sondringen mellom bevisbyrdeproblemet og spørsmålet om bevisets styrke er ikke heldig. Det er de samme hensyn, som bør være avgjørende for løsningen av begge spørsmål. Ja, det er overhodet ikke grunn til å betrakte dem som to selvstendige problemer. De bør sammenfattes slik: Hvilken grad av sannsynlighet må det være for en faktisk anførsel, som skal kunne legges til grunn?" 1)

Hermed er det judicielle, bevismæssige problem stillet således op: For det første skal tages stilling til, hvilken grad af sandsynlighed der er for den pågældende faktiske anførsel i den pågældende sag. Dette er et rent "faktisk" eller "teoretisk" problem. Dernæst skal tages stilling til, hvilken grad af sandsynlighed der er nødvendig (og tilstrækkelig) for at den pågældende faktiske anførsel kan lægges til grund. Dette er et vurderingsspørgsmål, som - i lighed med andre sådanne spørgsmål - finder deres løsning i den retlige regulering, her specielt den regulering, som betegnedes bevisbyrderegulering, men som Eckhoff foreslår omdøbt til regler om tvivlsrisiko.

Denne opspaltning af det bevismæssige spørgsmål i et konkret faktisk spørgsmål og et generelt vurderingsmæssigt

1) Eckhoff 1943 s. 16. Se om Brækhus ovenfor IV.5.

spørgsmål er udgangspunktet for den analyse af en række enkelte bevisretlige problemer, som Bolding fremkom med (1951), og som senere uddybedes af Ekelöf, der gav den mest systematiske og udtømmende gennemførelse af hovedsynspunktet i procesretlig sammenhæng, se specielt Ekelöf (1968), revideret (1973). Det hovedsynspunkt, som udfra mit udgangspunkt bestemmer om en teori henregnes til den juridiske sandsynlighedsteori er, at bevisreglerne - dvs. navnlig regler om bevisbedømmelse, bevisbyrde og presumtioner - opfattes som sandsynlighedsregler. At reglerne opfattes som sandsynlighedsregler betyder, at den judicielle bedømmelse foregår efter en målestok, som hentes i den matematiske sandsynlighedsteori og statistik. Det er dommerens opgave at konstatere, hvilken grad af sandsynlighed der er for, at et af den ene part hævdede faktum foreligger, eftersom det er en regel om sandsynlighed, der bestemmer hvilket udfald sagen skal have.

Som regel fører den bevisretlige bedømmelse til, at det pågældende faktum antages eller forkastes - det pågældende faktum eller negationen af dette faktum antages. Der er som regel kun 2 muligheder for udfaldet af bedømmelsen af sagens sammenhæng, når parternes respektive anbringender har defineret striden om faktum. Den bevismæssige bedømmelse fører således til en tvedeling eller dikotomisering. Sandsynlighedsteorien hævder altså, at bevisregler dikotomiserer efter sandsynligheden for det relevante faktum.

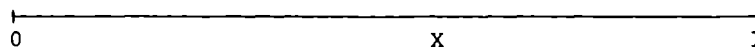
Specificeres dette hovedsynspunkt eksempelvis med henblik på bevisbyrderegler betyder det: At en part i en sag bærer bevisbyrden for et faktum, er ensbetydende med, at det pågældende faktum kun lægges til grund, når der er en relativ høj sandsynlighed for, at det pågældende faktum foreligger. Med relativ høj sandsynlighed menes en sandsynlighed over 0,5. En bevisbyrderegel kan derfor summarisk fremstilles som en regel, der kræver en vis minimal sandsynlighed for det relevante faktum. Den minimale sandsynlighed er (i hvert fald uvæsentligt) større end 0,5.

Tankegangen kan skematisk gengives således:

I stedet for den klassiske opdeling mellem juridisk visshed og bevisbyrde

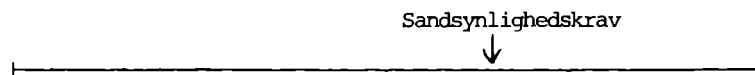
Juridisk visshed for faktum	Bevisbyrde påhviler en af parterne	Juridisk visshed for ikke-faktum
--------------------------------	---------------------------------------	-------------------------------------

bedømmes den enkelte sag efter dens placering på en sandsynlighedsskala



Sandsynlighed for faktum.

og denne empirisk bestemte placering - sandsynlighedsgrad - sammenholdes med det normative sandsynlighedskrav:



De to lineære placeringer kan todimensionalt illustreres således:

ikke-faktum antages	faktum antages
---------------------	----------------

(2) Udviklingen af en sådan juridisk sandsynlighedsteori forekommer at være en rimelig løsning af den foregående teoris problemer. Men denne harmoni i den bevisteoretiske udvikling udgør dog ikke en tilstrækkelig forklaring på teoriens opståen og udbredelse.

Indenfor det videnskabelige felt er der to momenter, der kan fremhæves. For det første udviklingen af en samfundsvidenskabeligt orienteret beslutningsteori, som specielt udvikledes med henblik på militærtekniske beslutninger og indenfor den økonomiske ledelsesteori ²⁾. Den organisatoriske beslutning om at foretage en militær indsats

2) Jfr. eks. J. Kaplan 1968, s. 1065 f, 1069.

af en eller anden art under uvisse omstændigheder eller om at foretage produktions- eller salasmæssige foranstaltninger af alternativ karakter under forudseelige, men usikre omstændigheder kunne danne udgangspunkt for en analyse af den judicielle beslutning ud fra synspunkter, som er antydnet ovf. V.3.4-6.

Et andet og mere direkte moment har være introduktionen af teknologiske erklæringer i retssagerne som bevismateriale. I og med at de produktive kræfter videnskabeliggøres, udvikler der sig en teknisk videnskab som benyttes også ved oplysningen af retssager. En dominerende betydning har denne udvikling tidligt fået i faderskabssager (som tages op til særlig analyse i XI.2). Sådanne teknologiske erklæringer munder ofte ud i konklusioner, som ikke har en åbenlyshed, der kan sammenlignes med de klassiske bevisers, f.eks. de overensstemmende vidneforklaringer eller det skriftlige bevis. Når sagkyndige erklæringer munder ud i konklusioner af større eller mindre sandsynlighed, rejser de et behov for en judicial bevisregulering, der kan "modtage" sådanne konklusioner. Der kræves et beslutningssystem, der er tilpasset den teknologiske udvikling.

I begge forbindelser kan der sammenlignes mellem den judicielle beslutning og de administrative beslutningssystemer. De teoretiske forslag eller analyser, der vedrører en empirisering af den judicielle beslutning vedrørende faktum, er forsvindende i sammenligning med den behandling, som den administrative beslutningsproces har været undergivet. Dette hænger sammen med, at den judicielle forgrening af statsapparatet har relativt langt mindre betydning end den administrative forgrening, efter statsinterventionismens betydelige omfang.

Den judicielle beslutning analogiseres med en videnskabelig opfattelse. Såvel dommeren som videnskabsmanden danser sig i konkrete situationer eller om generelle forhold en vis opfattelse om virkeligheden og det er ikke til at se, hvorfor den videnskabelige og den judicielle opfattelse skulle dannes efter forskellige konventioner eller reg-

ler. De konkrete "videnskabelige" beslutninger, der kan analogiseres med den judicielle, kan eksempelvis være en lægevidenskabelige diagnose af en patients tilstand eller et resultat af en kemisk analyse af et (på forhånd) ukendt stof. Ligheden mellem den naturvidenskabelige bedømmelse af et konkret fænomen og den judicielle beslutning bliver til et sammenfald eller en identitet i de tilfælde, hvor en videnskabelige erklæring indgår som grundlag i den judicielle beslutning, f.eks. når en lægevidenskabelig diagnose indgår i en invaliditetsbedømmelse, en kemisk analyse i en giftmordssag, en blodserologisk analyse ved en faderskabsbedømmelse.

Samtidig med at den svenske teori på nuværende tidspunkt er nået frem til en høj grad af formalisering ³⁾, er det principielle grundlag for denne naturvidenskabelige opfattelse af bevisbeslutningen betragtet som så selvfølgelig, at en diskussion af den er overflødig. Sammenhængen med (og forskellen) den administrative beslutningsproces er ubehandlet.

Denne baggrund for den juridiske sandsynlighedsteori kan medvirke til at forklare, at teorien har fået en betydelig udbredelse i nordisk, juridisk litteratur.

Den har været grundlaget for en række processuelle arbejder ⁴⁾. Den er tillige lagt til grund i undersøgelser af andre specielle emner ⁵⁾.

3) Jfr. Stening TfR 1973 s. 64 f.

4) F.eks. Boman (1964), Bylund: Bevisbörda och bevistena (1970), Andenæs: Straffeprocessen (1972), Bratholm og Hov s. 282 f, 287 f, jfr. også Foighel i Juristen 1965 s. 268 f.

5) F.eks. Bent Christensen 1958 s. 337 f, 346 f, Knud Waaben: Criminal responsibility and quantum of Proof, i Scandinavian Studies in Law (1965) s. 246, Brækhus: The Hague Rules Catalogue (1967), i Juridiske arbejder fra Sjö og Land (1968) s. 587 f.

Med disse henvisninger vil jeg naturligvis ikke hævde, at der foreligger en samstemmende opfattelse blandt tilhængerne af det sandsynlighedsteoretiske synspunkt. I sammenfatningen under en fælles teori ligger, at de tilslutter sig det hovedsynspunkt, som er skitseret ovenfor. Men dette hovedsynspunkt kan udmøntes i forskellige opfattelser, når det gælder den nærmere udformning af den teoretiske opfattelse af bevisretten. I et vist omfang består en væsentlig del af den bevisretlige litteratur i Skandinavien netop af diskussioner mellem tilhængere af denne retning.

- En pointe er naturligvis, at denne indbyrdes diskussion ikke må forhindre en erkendelse af, at grundsynspunktet er fælles.

Sandsynlighedsteorien udgør den mest udbyggede bevisretlige opfattelse i nyere skandinavisk bevisteori. Dette betyder ikke, at det er den eneste bevisretlige opfattelse. Men de afvigende bevisretlige teorier tager ikke deres udgangspunkt i en diskussion af hovedsynspunkterne bagved sandsynlighedsteorien, men tager snarere deres udgangspunkt i en traditionsbetinget fastholden af den klassiske opfattelse af bevisretten. En kritisk vurdering af sandsynlighedsteoriens udgangspunkter synes ikke at være fremkommet.

(3) Den svensk-norske sandsynlighedsteoris hovedsynspunkter fremstilles og diskuteres i det følgende.

I visse tilfælde er det nødvendigt for mig at formulere den sandsynlighedsteoretiske opfattelse i udtryk, som ikke umiddelbart kan føres tilbage til dens tilhængere. Dette sker først og fremmest for at forenkle og anskueliggøre problemstillingen. Man kan undgå at komme ind på diskussioner mellem de forskellige tilhængere om problemer, som i denne sammenhæng må betragtes som detaljer.

Denne betegnelse må ikke føre til forvekslinger med den gangse opfattelse af begrebet af "sandsynlighedsteori", som herunder henfører de bevisteoretiske opfattelser, der kæder bevisbyrden sammen med den almene sandsynlighed, nemlig således at den part, der gør en påstand gældende, som sandsynligheden taler imod, bærer bevisbyrden for det pågældende forhold, se f.eks. Olivecrona (1930) kap. V, Ekelöf (1973) s. 85 f.

I forhold til den juridiske sandsynlighedsteori kan man forholde sig på to måder. I det følgende går jeg ind i en intern diskussion af indholdet af den svenske sandsynlighedsteori, således som den er udformet hos navnlig Bolding og Ekelöf. Det er en diskussion af de enkelte synspunkter, som disse forfattere har hævdet, eller som i hvert fald står i god harmoni med deres synspunkter. Man kan kalde metoden for kritisk, men det er i så fald en intern kritik, som ikke har noget fællesskab med den retsteoretiske kritik, som intenderer et brud med det borgerlige udgangspunkt.

Hovedsynspunktet er at foretage en overvejelse af, hvilke muligheder der er for gennemførelse af en sandsynlighedsteoretisk opfattelse af bevisvurderingen under de forhold, som bevisvurderingen faktisk i dag foregår under. I denne forudsætning indgår bl.a. en henvisning til de materielle regler, som anvendes af domstolene, til de bevistyper, som faktisk fremføres ved domstolene, og til de personer, som faktisk virker som dommere i domstolene.

I næste kapitel vil jeg tage den mere tekniske udformning af den sandsynlighedsteoretiske opfattelse op, således som den er drøftet især i amerikansk litteratur, men tillige i enkelte svenske og tyske bidrag.

Et andet synspunkt for behandlingen af sandsynlighedsteorien kan betegnes eksternt for dermed at fremhæve, at sandsynlighedsteorien som intellektuel indsats rummer et udviklingsmoment, som kan underkastes en diskussion udfra de vilkår, som i almindelighed er bestemmende for rettens og retslitteraturens udvikling. Udfra dette synspunkt betragtes litteraturen om sandsynlighedsvurdering ikke blot som intellektuel landvinding, men samtidig som et moment, der står i forhold til visse sociale behov, dikteret af grundlæggende økonomiske kræfter. Denne forklaringsramme tages ikke op i dette kapitel, men berøres på et senere tidspunkt (kap. XII).

Det spørgsmål, som jeg behandler, er, hvorvidt sandsynlighedsteorien giver et korrekt billede af de regler, som er udtrykt i lovgivningen og som praktiseres i domstolspraksis.

Man kan for så vidt tale om, at sandsynlighedsteorien tages som en deskriptiv redegørelse og konfronteres med en umiddelbar analyse af regler og praksis.

Dette afviger fra sandsynlighedsteoriens eget udgangspunkt, i hvert fald for så vidt angår Ekelöf. Det spiller for den svenske teori en betydelig rolle, at den opfatter sandsynlighedsmodellen som en rekommendation, dvs. som en udvikling af et sæt af regler for, hvorledes bevisvurderingen burde foregå, såfremt den skulle realisere visse formål. En sådan rekommendation behøver naturligvis ikke at stemme med praksis. I et vist omfang kan dette være tilfældet, men rekommendationen har så at sige sin mening ved at være en reformistisk videreudvikling af praksis, dvs. forudsætter så at sige i et vist omfang ikke at være i overensstemmelse med praksis.

Det kan forekomme meningsløst at sammenholde en rekommendation med virkeligheden og kritisere denne rekommendation for dens uoverensstemmelse med virkeligheden. Når det alligevel gøres, skyldes det, at den svenske teori for det første ikke er ganske entydig på dette punkt. De rekommendative elementer sammenblandes med deskriptive elementer, og det rekommendative udgangspunkt fastholdes således ikke konsekvent (herom nærmere VI.8). For det andet vil en sådan analyse vise nogle grundlæggende træk i bevisreguleringen og i den bevisretlige bedømmelse i praksis, som har betydning for forståelsen af, hvilke muligheder der overhovedet er for at gennemføre rekommendationen.

Den følgende undersøgelse baseres således ikke på en rekommendativ teori. Uden at gå ind på en teoretisk diskussion af forholdet mellem en reformistisk rekommendation og en analyse af grundstrukturen i et vist retsområde, skal jeg kun tage stilling til en - måske god - grund til at foretrække rekommendationen. Denne gode og praktiske grund går ud på, at man ikke ved, hvad der foregår i praksis. I vidt omfang må det endda antages, at der foreligger divergerende synspunkter vedrørende det bevisretlige område. Nogle dommere opfatter tingene på én måde, andre på en anden. Denne opfattelse, som jeg antager har bestyrket den svenske sand-

synlighedsteoris rekommendative udgangspunkt, er naturligvis til en vis grad korrekt. Men selv om der foreligger individuelle afvigelser på en række områder, hindrer dette dog ikke, at der også gør sig visse generelle mønstre gældende, som konstituerer retsregler for den bevismæssige vurdering, på ganske samme måde, som andre mønstre konstituerer materielretlige regler.

Eller med andre ord: Henvisningen til de mange individuelle afvigelser i forbindelse med den bevismæssige bedømmelse forekommer mig ikke at være et stærkere argument mod en analyse af de grundlæggende retlige træk i den judicielle virksomhed, end en tilsvarende henvisning ville være overfor en hvilken som helst materiel retlig dogmatisk undersøgelse.

2. Tema: Retsfaktum

Den bevisretlige vurdering bygger på en række bevisdata: De afgivne forklaringer, de fremlagte dokumenter, og den viden som den bedømmende har om sagens tema. På dette grundlag danner dommeren sig en antagelse om det relevante faktum.

Af vidners forklaring om lyden af klirrende glas fra en ensomt beliggende villa, af andres forklaringer om ligheden mellem den tiltalte og en bortløbende person, og af sammenlignende undersøgelser af tiltaltes fodaftryk og aftryk i rosenbedet udenfor kældervinduet, slutter dommeren, at tiltalte har forsøgt indbrud i vedkommende villa. Af en advokats forklaring og nogle notater fra et møde, slutter man, at der blev indgået en endelig aftale på advokatens kontor, osv. I de meget komplekse overvejelser, som indgår i en bevisvurdering, beskæftiger man sig ofte så intenst med de problemer, som er knyttet til den indbyrdes strukturering af de forskellige bevisdata, og med de samlede krav, der stilles til bevisets styrke (bevisbyrderegulering), specielt hvilken af parterne dette krav retter sig mod, at man kommer til at forsømme et grundlæggende emne, nemlig opfattelsen af det tema, som bevisvurderingen tager sigte på.

Bevisvurderingen afsluttes med en antagelse af et faktum. Dette gælder - således som jeg har defineret dette begreb - hvadenten der antages at være tilvejebragt et "tilstrækkeligt bevis" for det relevante faktum, eller det antages, at et faktum ikke er bevist, hvorfor dets negation lægges til grund. I begge tilfælde bygger den praktiske konklusion på en forudsætning om et faktisk sagforhold. Denne antagelse om faktum står som den bevisretlige problemstillings mål.

Denne antagelse om faktum står som bevisvurderingens mål, eftersom den sætter den konkrete sags forhold i relation til den almene regulering. En antagelse går ud på, at tiltalte en bestemt dato har begået tyveri ved at have tilegnet sig indholdet af et smykkeskrin i en ensomt beliggende villa ..., fordi det med denne antagelse er legitimeret, at den tiltalte straffes for tyveri i henhold til straffelovens § 276.

Problemet er nu, hvilken sammenhæng der er mellem på den ene side den teoretiske opfattelse af vurderingen af sagens enkelte bevisdata og på den anden side opfattelsen af det tema, som disse bevisdata sættes i forhold til. Med særligt henblik på en vurdering af den svenske sandsynlighedsteoris opfattelse kan problemstillingen specificeres således: Når man, som den svenske sandsynlighedsteori, opfatter vurderingen af sagens bevisdata som en sandsynlighedsvurdering, stilles bestemte krav til den indholdsmæssige karakter af det tema, som vurderingen tager sigte på. Spørgsmålet er, om disse krav er opfyldt i de temaer, som praktisk er udgangspunkt for bevismæssige vurderinger? Dette spørgsmål udspringer af de krav, som følger af sandsynlighedsteorien, sml. ovf. V.3.2.

Lad os først se på den svenske teoris opfattelse af forholdet.

Den svenske teori beskriver bevisvurderingens struktur som en slutning fra de foreliggende bevisdata eller bevisfakta til retsfaktum. Retsfaktum betegner en omstændighed, som er af umiddelbar relevans, dvs. har betydning ved, at en retsfølge ifølge gældende ret er knyttet til den pågældende

omstændighed. Et bevisfaktum har kun middelbar betydning som bevis for et retsfaktum ⁶⁾.

Begrebet retsfaktum introducerede Ekelöf ved beskrivelsen af en retsregels struktur. En retsregel kan gives hypotetisk form, hvor den betingende forudsætning indeholder en påstand om et sagforhold. Dette betingende sagforhold betegnes af retsfaktum, og forudsætningen om dette opfattes altså som en påstand, der kan være sand eller falsk. Eftersætningen er ikke en påstand, der kan være sand eller falsk, men en "praktisk sætning" ⁷⁾.

En retsregel opfattes med andre ord som et imperativ om en vis forholdsmåde (udtrykt i eftersætningen), hvor imperativet er betinget af (at en påstand om) et vist sagforhold (er sand). Det betingende sagforhold er i retsreglen angivet abstrakt. Men begrebet retsfaktum omfatter tillige de konkrete omstændigheder, der falder under begrebet ⁸⁾.

Denne opfattelse af retsreglens almindelige struktur er uden videre lagt til grund ved beskrivelsen af påberåbelsesbyrden. I dispositive sager må de relevante omstændigheder være påberåbt. De omstændigheder, der skal påberåbes, er netop retsfakta. Bevisfakta behøver parterne (normalt) ikke at påberåbe ⁹⁾.

Hvad der er retsfaktum, ses af den regel, som er grundlag for bedømmelse af sagen. Det abstrakte retsfaktum er bestemmende for, hvilken konkret antagelse om faktum der kan gøre retsfølgen aktuel. Retsfaktum kan i konkretiseret form være fremdraget ved en påberåbelse, og det er målet for dommerens vurdering af sagens beviser. Dommerens problem er, om der i denne sag (konkret) foreligger et faktum, der kan henføres under reglens (abstrakte) retsfaktum.

6) Jfr. Ekelöf I (1974), s. 19-20.

7) Jfr. Ekelöf (1956) s. 12 f, sml. Tfr 1945.224

8) Jfr. Tfr 1945 s. 226.

9) Jfr. Boman (1964) s. 11-12, s. 46 f, og Ekelöf (1974) II s. 112 f, jfr. Rättegångsbalken 17:3.

Man kan lade den enkelte sags bevistema være bestemt af, hvad der i retsreglen er fikseret som retsfaktum ¹⁰⁾, eller man kan betone anbringendet som bestemmende, således at det er spørgsmålet om forekomsten af den anbragte kendsgerning, der vurderes ¹¹⁾. Men da på den ene side anbringendet er modelleret over retsreglen, og på den anden side den, der henter bevistemaet i retsreglen, må opfatte bevisproblemet som konkret, er denne forskel i den svenske teori uden betydning.

I begge tilfælde står man overfor det problem, som følger af, at retsfaktum, således som dette defineres i retsregler, ikke uden videre definerer et emne for en empirisk sandsynlighedsvurdering. Reglens angivelse af retsfaktum fremtræder ikke som en "ren beskrivelse" men indeholder tillige forskellige normative/vage momenter, som jeg har beskrevet i almenhed ovenfor i kap. II. I det omfang disse ikke-empiriske momenter ikke fjernes, fremtræder bevisproblemet ramme ikke som tema for en empirisk vurdering af sagens beviser, og heraf må naturligvis følge, at bevisvurderingen heller ikke kan opfattes som en sandsynlighedsvurdering med henblik på dette retsfaktum.

Som udgangspunkt for en nærmere analyse tager jeg den syllogisme, som Ekelöf åbner sin bevisretlige redegørelse med, og som giver udtryk for hans opfattelse af den judicielle beslutningsproces' logiske natur:

Om der foreligger et betalingsløfte og forfaldsdagen er indtrådt, så skal skyldneren forpligtes at betale skylden.

Her foreligger et betalingsløfte og forfaldsdagen er indtrådt.

Altså skal skyldneren forpligtes til at betale skylden.

Denne slutning betegnes praktisk ¹²⁾. Dette er jo en ganske

10) Således Bolding 1951 s. 26

11) Således vistnok Ekelöf 1973 s. 11, s. 19 smh. med Ekelöf 1966 V s. 27 og Bolding 1951 s. 18-19.

12) Ekelöf IV 1973 s. 9 note 2.

velkendt størrelse. Det er så at sige den model, som praktisk taget altid forudsættes, når den judicielle beslutningsproces beskrives. Den må bl.a. være forudsat, når der tales om, at retsregler er betingede handlingsregler for domstolene. For det er i denne karakteristik antaget, at domstolene gør sig en vis opfattelse af virkeligheden - det er denne opfattelse, der konstituerer normens betingende kendsgerning - og alt efter hvad resultat denne erkendelse af virkeligheden fører til (f.eks. om tiltalte anses for skyldig i manddab eller anses for ikke-skyldig i manddab), følger det i normen indeholdte handlingsdirektiv, som konkret udmøntes på parternes retsforhold (konklusionen).

Dette finder vi udtrykkeligt beskrevet hos Ekelöf I s. 25 f. Det ligger formentlig også bag Alf Ross' retsteori: Gældende ret består af normer, der er rettet til domstolene (ikke primært til borgerne), jfr. 1953 s. 48, og deres anvendelse er betinget af, at domstolene anser de i lovteksten angivne betingende kendsgerninger for at være tilstede jfr. s. 55. Jfr. også Eckhoff Retskildelære s. 28 f og (1943) s. 10.

Hvilken karakter har nu de enkelte elementer i denne syllogisme? Oversætningen er tydeligt nok en gengivelse af den generelle norm. Den er, som anført, betinget (eller hypotetisk), idet det generelle direktiv forudsætter en bestemt virkelighedstilstand, nemlig at der foreligger et betalingsløfte og at forfaldsdagen er indtrådt. Som helhed er oversætningen direktivisk. Dette gælder også konklusionen, at skyldneren skal forpligtes at betale skylden. De er, med Ekelöfs ord (s.9 note 2), ikke påstande eller teoretiske sætninger, men "uppmaningar" eller praktiske sætninger.

Med hensyn til oversætningen opfattes denne som en "påstand om eksistensen af visse faktiske forhold", Ekelöf s. 9. Det er op til domstolen at afgøre, om denne undersætning er sand eller falsk. Det er ved denne afgørelse, at bevisproblemet kommer ind i syllogismen, idet syllogismen negligerer det problem, der følger af, at der ikke (altid) opnås fuld sikkerhed for undersætningens sandhed eller falskhed, hvorfor syllogismen er utilstrækkelig som analyse af den judicielle beslutning.

På dette sted er det imidlertid ikke opgaven at gå ind på

de komplikationer, som følger af den relative usikkerhed, hvormed undersætningen hævdes. Det centrale er derimod at fremhæve, at undersætningen fremstilles som en påstand (proposition), at den udtrykker et rent kundskabsspørgsmål. Ekelöf udtaler ganske vist ikke udtrykkelig, at undersætningen er en påstand. Men da han fremhæver, at syllogismens to andre elementer ikke er påstande, og da han udtrykkeligt stiller alternativet sandhed/falskhed op i tilknytning til undersætningen, forekommer ovenstående fortolkning velbegrundet.

Når man skelner mellem faktiske og retlige spørgsmål, må denne sontring i tilknytning til ovenstående syllogisme præciseres således, at de faktiske spørgsmål vedrører retsfakta, nemlig "spørgsmålet om hvilke juridisk umiddelbart relevante omstændigheder som foreligger", og de retlige spørgsmål angår retsfølge, nemlig de konsekvenser som efter gældende ret er knyttet til vedkommende retsfaktum ¹³⁾.

Det fremstilles altså - så at sige uden tøven - som om det tema, som underkastes en empirisk bedømmelse under bevisførelsen, er (kan være) et spørgsmål, hvorvidt der i en konkret sag foreligger "et betalingsløfte". Dette udsagn er enten sandt eller falsk. Tilsvarende må et udtryk som at "varen er mangelfuld" ("godset er brestfälligt") udgøre et konkret retsfaktum ¹⁴⁾.

Denne ganske generelle og uproblematisk opfattelse af forholdet mellem den empiriske sandsynlighedsvurdering, som udgør bevisrettens kerne ifølge sandsynlighedsteoriens opfattelse, og temaet for bevisvurderingen, nemlig spørgsmålet om retsfaktum foreligger eller ikke, er i sin alt for generelle form ikke holdbar.

13) Ekelöf kompendium 1948 I s. 6, jfr. ovf. II.1.

14) Sml. Ekelöf 1970 I s. 21, hvor påberåbelse af "brestfällighet" nævnes som eksempel på et anbringende.

Det står klart, at det problem, som er knyttet til de normative elementer i reglernes tematiske angivelser, ikke er behandlet og endnu mindre løst i den norsk-svenske bevis-teori. Dette er naturligvis ikke ensbetydende med, at problemerne ikke kan løses. Som en slags konsekvenstækning i forhold til den sandsynlighedsteoretiske opfattelse af bevisretten, skal jeg i det følgende tage sådanne løsningsforsøg op.

Problemstillingen kan formuleres således: I hvilket omfang er det muligt at strukturere det tematiske grundlag for den judicielle bevisvurdering således, at temaet svarer til de krav, som må stilles, når sagens beviser skal underkastes en sandsynlighedsmæssig vurdering med henblik på det relevante tema? Eller, med andre ord, i hvilket omfang kan de retlige temaer empiriseres?

(1) Første løsningsforsøg kunne følge af, at der i parternes anbringender sker en sådan strukturering af temaet, at en empirisk sandsynlighedsvurdering er mulig.

I borgerlige sager skal stævningen indeholde bl.a. "en kort fremstilling af de kendsgerninger, hvorpå påstanden støttes" Rpl. § 337 stk. 1, jfr. om sagsøgtes svarskrift i landsretssager § 343 stk. 1, hvorefter svarskriftet skal indeholde bl.a. "en kort fremstilling af hans benægtelser og indsigelser og i det hele de kendsgerninger, hvorpå hans forsvar grunder sig". Om underretsstævningen Rpl. § 425 stk. 2.

I den procesteoretiske analyse af parternes forberedende underbygning af den nedlagte påstand skelnes traditionelt mellem individualisering af sagen og substantiering af påstanden. Ved individualiseringen konkretiseres sagens genstand til en eller flere individuelt bestemte retsvirkninger ¹⁵⁾, mens substantieringen giver en mere omfattende fremstilling af den faktiske baggrund for det processuelle krav ¹⁶⁾.

15) Hammerich s. 170

16) Sondringen findes hos Munch-Petersen II s. 182 f.

For denne analyse er denne sontring imidlertid ikke af interesse. Centralt er at hæfte sig ved, at der i de nedlagte anbringender sker en konkretisering af det forhold, som skal tilfredsstille den betingelse, som efter reglen skal foreligge for den pågældende retsfølge. Mens loven er general, er anbringendet konkret.

Med denne konkretisering defineres det problem, som er bestemmende for, hvilken retsfølge dommeren skal beslutte sig for, og der er hermed tillige lagt grunden til en bestemmelse af, hvilket omfang dommens retskraft positivt og negativt skal have. For sagsbehandlingen betyder optagelsen af anbringender i de (det) skriftlige forberedende indlæg, at modpartens forsvar forberedes, og at retten har mulighed for at afgøre relevansen af bevisbegæringer mv.

Ved den nærmere bestemmelse af, hvilke krav der følger af de anførte bestemmelser, hersker der betydelig usikkerhed med hensyn til almene formuleringer. I visse tilfælde vil det være tilstrækkeligt at anføre, en "juridisk karakteriseret grund", f.eks. et gældsbrev af bestemt dato, et på en bestemt dato indgået købe- eller lejeforhold ¹⁷⁾. Undertiden er en mere omfattende redegørelse nødvendig. Men når det hævdes i teorien, at der må "gives en fremstilling af hele den væsentlige faktiske sammenhæng" (Munch-Petersen s. 183), så må det tilføjes, at det ikke vil være muligt i anbringendet at løsrive beskrivelsen af den faktiske sammenhæng fra den retlige karakteristik, som er baggrunden for de retskrav, som er opstillet i processen. Anbringendet vil omfatte en juridisk karakteristik af de fakta, som kræves lagt til grund af domstolen ¹⁸⁾.

Jeg finder det ikke nødvendigt - udfra det formål som er bestemmende for denne analyse - at gå ind på en nærmere undersøgelse af de krav, som kan stilles til anbringenders

17) Jfr. Munch-Petersen s. 182, jfr. Rønnow i Proceduren s. 64.

18) Sml. Hurwitz & Gomard s. 120 og s. 196.

udformning. Det centrale må være, at konkludere, at det ikke stilles som et (minimums)krav, at der i anbringendet sker en klar udskillelse af sådanne fakta, som kan underkastes en empirisk bedømmelse. I vidt omfang vil det være nødvendigt, at sagens "kendsgerninger" er karakteriseret juridisk, men det er i alle tilfælde tilladeligt, at dette er tilfældet, når det blot er bestemt med tilstrækkelig klarhed, hvad der udgør sagens emne. Dette hænger naturligvis sammen med, at de af parterne udtrykte anbringender har en anden funktion end at etablere et empirisk grundlag for bevisvurderingen.

Når det er sagt, at anbringenders hovedfunktion under forhandlingsmaksimen er at afgrænse, hvilket tema der er genstand for judiciel bedømmelse, så kan det naturligvis heraf sluttes, at hvis det antages, at bevisvurderingen efter gældende ret er og skal være empirisk, så må der stilles et herefter afpasset krav til anbringenderne. Men af de gældende bestemmelser om anbringendet kan dette krav ikke udledes.

De normative elementer, i beskrivelsen af betingende kendsgerninger, indgår eller kan indgå i anbringenderne. De problemer, som ovenfor er påpeget i forbindelsen med den generelle norm, overføres så at sige til anbringendet.

Det er derfor ikke muligt at løse problemet ved at henvise til anbringendet som en rent empirisk konkretisering af det judicielle tema. Men den fortsatte analyse må rette sig ind på at foretage en undersøgelse af, om der kan ske en vis udskillelse af empiriske elementer af den retlige tematisering.

(2) Først omtales bevisproblemet i forbindelse med regler, der benytter sproglig udtryk, som tillader en høj grad af "judiciel variabilitet". Med dette udtryk har jeg sammenfattet de forskellige elementer i reglens beskrivelse af de "betingende kendsgerninger", som overlader det til den judicielle bedømmelse at fastlægge den nærmere afgrænsning mellem tilfælde, hvor retsfølgen skal indtræde, og tilfælde, hvor retsfølgen ikke skal indtræde.

Denne "delegation" kan benytte forskellige former for tek-

nik. Dette er beskrevet nærmere i kap. II. Som et eksempel, hvor bedømmelsen tager sit udgangspunkt i en regel, der er så at sige uden deskriptiv binding, kan tages en bevisvurdering i henhold til den almindelige culparegel. Efter denne pålægges erstatningspligt, såfremt den skadevoldne ved uforsvarlig adfærd, der er ham subjektiv tilregnelig som forsætlig eller uagtsom, har forvoldt skaden. Denne regel specificeres med henblik på forskellige erstatningssituationer. Ved bedømmelsen af, om en fodgænger, der falder over en flisekant, kan kræve erstatning af kommunen eller den iøvrigt for vejstrækningen ansvarlige, tager man bl.a. sit udgangspunkt i culpareglen. I præciseringen af culpareglen med henblik på denne problemgruppe, kan man hæfte sig ved spørgsmålet, "hvor stort et spring mellem de to stykker flise er nødvendigt for at forholdet kan/skal karakteriseres (objektivt) uforsvarligt?". Jeg går ikke ind på en nærmere teoretisk analyse af dette spørgsmål ¹⁹⁾ men beskæftiger mig med prøvelsen af spørgsmålet i en konkret retssag.

U 1971 s. 412 H: På et fortov i en mindre stationsby var en eller flere fliser revnet, og der var en vis ujævnhed. En fodgænger faldt og brækkede anklen. Han forklarede selv, at der var et spring mellem de to rækker af fliser på ca. 2 cm. Distriktsvejsingeniøren så et par dage senere stedet, og han konstaterede, at kanterne på brudstederne var ikke over 10 mm høje, og at de nævnte højdeforskelle ikke oversteg, hvad der normalt forekommer. Han vil mene, at der skal være højdeforskelle på mindst 15 mm, før han beordrer et fortov omlagt. Andre vidner gav andre forklaringer om niveauforskellen.

I Landsrettens flertals begrundelse for dommen, der enstemmigt stadfæstedes ved Højesteret, udtales: "Efter den skete bevisførelse må det vel lægges til grund, at en eller flere af fortovsfliserne på hjørnet var revnet, og at der har været en vis ujævnhed i fortovet. Det findes imidlertid ikke godtgjort, at der har været en sådan højdeforskel mellem fliserne eller brudstykker af disse, at denne har oversteget, hvad en fodgænger i almindelighed må være forberedt at finde på en vej af den i sagen omhandlede karakter. Det kan herefter ikke statueres at fortovets tilstand har været uforsvarlig ..." hvorfor det sagsøgte amt frifandtes. (Understregning tilføjet).

For anvendelsen af culpareglen på dette tilfælde har naturligvis en række andre faktorer end afstanden mellem de knækkede fliser spillet en rolle, men jeg koncentrerer mig om dette enkelte element. Der er afgivet forskellige forklaringer om dette spørgsmål, og disse er vurderet i forhold

19) Hertil navnlig Trolle: Risiko og skyld 1969 s. 102 f.

til de krav, som må stilles efter culpa-reglen for pålæggelsen af erstatningsansvar. Der kan - når de øvrige forhold forudsættes konstante - fastsættes teoretisk en grænse for hvilke niveauforskelle der tolereres, og hvilke der medfører erstatningsansvar. Denne grænse kan være 1 cm, 1,5 cm, 2 cm osv. Det centrale er, at for at kunne foretage en sandsynlighedsmæssig bedømmelse af, hvad de afgivne forklaringer og øvrige data taler for, må en sådan grænse forudsættes. Men som det klart fremgår af dommen, har retten ikke tilkendegivet sin opfattelse af, hvilken - om nogen - grænse den har antaget.

I parternes anbringender findes - efter det trykte referat - ikke støtte for en empirisering: Sagsøgeren anførte, "at fortovet ikke var i forsvarlig stand, idet nogle af fliserne var brækkede, og der var sådanne højdeforskelle mellem dem eller dele af dem, at de frembød en fare for dem, der gik på fortovet", mens sagsøgte hævdede, "at der ikke var større niveauforskelle mellem fliserne end normalt".

Til denne kommentar må tilføjes, at den judicielle begrundelse kan opfattes sådan, at retten ikke finder det fornødent, at udtale sig om den retlige afgrænsning af culpaansvaret, fordi det kan lægges til grund, at den maksimale niveauforskel, som der er ført tilstrækkeligt bevis for, ligger under den grænse, som retten evt. ville tilslutte sig som bestemmende for ansvar. I så fald må bedømmelsen tematisk opfattes således, at retten har taget stilling til et tema, som ikke er direkte relevant, fordi det ikke er det, som er bestemmende for valget mellem ansvar/ikke-ansvar. Iøvrigt kan bemærkes, at den samme begrundelsesteknik også anvendes når ansvar pålægges, se U 1965 s. 183 Ø, hvor brosten var sunket op til 2 cm under niveau. En fodgænger, hvis fod sad fast i denne fordybning, fik erstatning af kommunen, da retten fandt brolægningen "mangelfuld", og da en udbedring efter manglens karakter af vejen burde have været foretaget. En eksakt fastsættelse af den nødvendige forskydnings størrelse findes ikke.

De problemer, som knytter sig til sådanne domsbegrundelser, vedrører først og fremmest spørgsmålet om domstolenes tilbø-

jelighed til at formulere de almene retningslinier for den tekniske tilrettelæggelse af og eftersyn med kommunale fortove. Der er betydelige vanskeligheder forbundet hermed for domstolene. Men dette må influere på forståelsen af den judicielle bevisvurdering ²⁰⁾.

(3) Undertiden indgår der i det tema, som er genstand for bedømmelse, et alternativ altså en vis emnemæssig ubestemthed af en anden art. I omtalen af forholdet mellem juridiske og faktiske elementer omtaltes dette tilfælde under "den interne strukturering". Dette forhold er relevant til belysning af temaet i almindelighed, fordi det viser, at den judicielle bedømmelse ikke nødvendigvis retter sig mod et entydigt emne.

U 1970 s. 483 H: Under et udgravningsarbejde skulle nogle jerndragere rammes i jorden af en rambuk, der forinden hejsede jerndragerne op i en wire med en S-formet krog. Under ophejsning af en jerndrager vältede denne ned over en arbejdsmand A, der kom til skade. Jernkrogen viste sig efter ulykken at være rettet ud i en vinkel på 90°. Til støtte for påstanden om erstatning anførte A bl.a., "at ulykken højst sandsynligt skyldes, at den anvendte jernkrog har været uforsvarlig, enten fordi den har været for svagt dimensioneret, eller fordi den - i udrettet stand - har haft en form, der gjorde den uegnet til formålet" (485). Landsretten fandt det "efter bevisførelsen ... at måtte lægge til grund, at ulykken er forårsaget ved, at den til ophejsning af jerndrageren anvendte - oprindeligt S-formede - jernkrog har været således rettet ud, at den har været ude af stand til at fastholde jerndrageren, der herved er væltet og har ramt sagsøgeren. Anvendelse under de foreliggende omstændigheder af en jernkrog som den omhandlede må anses for uforsvarlig, ganske uanset om udretningen antages at være sket inden ophejsningen af den ulykkesvoldende jerndrager eller først under ophejsningen af denne" (486). Højesterets flertal tiltrådte dette "ansvar for den ved krogens svigten forvoldte skade, hvadenten denne svigten skyldes materialet eller at der måtte være begået en fejl af anhuggeren ved anbringelsen af krogen i spånsjernet" (488).

I såvel landsrets- som højesteretsdommens sagsbeskrivelse ses en tydelig åbenhed overfor forskellige muligheder, hvad angår det centrale årsagsmoment i ulykken: 1) Den omhandlede krog var udrettet, da den anhuggedes, 2) Den omhandlede krog er efter sin type for svag til det arbejde, den anvendtes til, 3) Den anvendte krog er efter sin type korrekt, men udretningen må skyldes en speciel materialesvigt. Disse forskellige former for forårsagelse kan sammenfattes,

20) I begge sager dømmes i overensstemmelse med den opfattelse, som den tekniske sagkyndige giver udtryk for. Det judicielle pålæg af erstatningsansvar og misbilligelse af kommunen bliver derfor til en juridisk understregning af en afvigelse i forhold til de i første række af det offentlige (i modsætning til domstolene) lagte retningslinier.

fordi der ikke i de retsvirkninger, der er knyttet til hver af disse forårsagelsestyper, gøres nogen forskel. Det er juridisk irrelevant, hvilken af de forskellige årsager der har været aktuelle ²¹⁾.

(4) En anden gruppe af temaer lader sig umiddelbart empirisere. Det klassiske eksempel må her være bedømmelsen af faderskab. I sådanne sager sker der en udskillelse af et specielt emne, som underkastes en matematisk og teknisk avanceret bedømmelse. Jeg tænker herved på de retsmedicinske erklæringer vedrørende de blodserologiske arveforhold.

Den blodserologiske og i det hele statistiske bedømmelse af arveforholdene dækker naturligvis ikke hele det tema, som er bestemmende for faderskabsspørgsmålets afgørelse. For det første har disse bedømmelser først og fremmest betydning som såkaldte udelukkelser. En af en kvinde (eller af dommeren) udlagt person udelukkes, eftersom den pågældendes faderskab kun er antageligt med en forsvindende sandsynlighed. De blodserologiske undersøgelser kommer således kun på tale overfor den kreds af personer, som udpeges af den pågældende kvinde. Men den omstændighed, at der ikke er blodserologiske forhold, der udelukker et faderskab, betyder ikke positivt, at den pågældende må være fader til barnet. Det ville forudsætte, at udelukkelsesprocenten nærmede sig 100%. Men dette er ikke tilfældet ²²⁾.

Praktiske konsekvenser får dette i den form, at det også fremstår som en nødvendig betingelse for et faderskab, at et samleje kan lægges til grund. Det vil kun i ekceptionelle tilfælde være muligt at underbygge antagelsen af et samleje ved henvisning til blodserologiske forhold. Spørgsmålet

21) Sml. ad norsk Tvistemålslov § 86, stk. 1: N.Rt. 1963 s. 996, hvor Højesteret fandt, at når en monteringsfejl var påberåbt, kunne retten bygge på, hvilken monteringsfejl den ville, jfr. Bratholm & Hov s. 328 f, 338 f.

22) For blodtypebestemmelser 1967 ved Retsmedicinsk Institut var den teoretiske udelukkelsesprocent 63% ved standard-, ca. 80% ved udvidet undersøgelse, Henningsen i Juristen 1970 s. 381-82.

om samleje kommer derfor til i hovedsagen til at bero på i hvert fald den ene af parternes - undertiden modstridende og upålidelige - forklaringer.

Den empirisering, der her er omtalt, er usædvanlig, eftersom den beror på, at der anvendes et bevismateriale af statistisk gennemarbejdet karakter. Det samme ville være tilfældet i en række andre teknologisk belyste retssager, eksempelvis politimæssige udtalelser om fingeraftryk, udtalelser om en vejbelægningsfriktionskvotient, en bygningsingeniørs udsagn om en murs bærekraft osv.

Det for bevisretten praktiske problem er knyttet til en bedømmelse af temaet i sager, hvor sådanne specielle bevistyper ikke foreligger, og hvor reglens bevistema ikke har noget særligt teknisk præg.

3. Bevisvurdering som sandsynlighedsvurdering

3.1. Fælles grundbegreber

Bevisvurderingen eller bevisbedømmelsen må, ifølge den svensk-norske sandsynlighedsteori, opfattes som en sandsynlighedsvurdering ²³⁾. Det er indholdet af dette hovedsynspunkt, som skal analyseres og kritiseres nærmere i det følgende.

Udgangspunktet er det tema, som er formuleret med udgangspunkt i det relevante retsfaktum. Dette udgangspunkt er behandlet indgående under forrige punkt. Teorien forudsætter, at et deskriptivt tema er formuleret, og dette er også en forudsætning for den følgende analyse.

Som en præliminær opgave i forhold til det endelige standpunkt, der vedrører om det relevante faktum skal antages eller ikke skal antages, må der foregå en vurdering af, hvilken støtte de foreliggende bevisdata og dommerens almindelige erfaringer giver for det relevante faktum. Det er bedømmelsen af dette spørgsmål, som i sandsynlighedsteorien tager

23) Jfr. Eckhoff 1943, s. 11, Ekelöf 1973 s. 18, s. 22 ved note 43, 65 og Bolding 1951 s. 55 f.

form af en sandsynlighedsvurdering. Den konstaterede sandsynlighed i den enkelte sag er relevant, fordi det er denne konstaterede sandsynlighed, der er bestemmende for, om det beviskrav, som den gældende bevisbyrderregel stiller, er opfyldt. Bevisbyrdereglerne er nemlig regler om, hvilken grad af sandsynlighed for det relevante faktum der er nødvendigt for at dette faktum skal kunne lægges til grund.

Hvad betyder det så, at beviserne bedømmes efter en sandsynlighedsmodel? Hvilke konsekvenser har det for opfattelsen af de enkelte momenter, som indgår i enhver bevisvurdering? Giver det empiriske udgangspunkt i den matematiske sandsynlighedsmodel et entydigt svar på disse spørgsmål, eller lader den flere muligheder stå åbne? I sidste fald på hvilket grundlag skal en model da vælges?

Inden jeg går ind på en undersøgelse af disse spørgsmål, må det fremhæves, hvorledes forholdet er mellem bevisbyrderegler og bevisvurdering. Bevisbyrdereglerne vil jeg iøvrigt komme tilbage til i næste afsnit. Centralt i denne forbindelse er, at bevisvurderingen udelukkende angår en sammenfatning af den enkelte sags beviser, som munder ud i en konklusion om, med hvilken sandsynlighed det relevante faktum kan antages (denne formulering vil blive præciseret og tildels korrigeret i det følgende). Med denne konstatering af sandsynligheden for det relevante faktum er der ikke sagt noget om, hvilket af de to alternative fakta, der skal lægges til grund - altså hvorvidt faktum skal antages eller forkastes. Hvorledes dette spørgsmål skal besvares afhænger af, hvilken sandsynlighedsgrad der er nødvendig for, at det relevante faktum kan antages. Til orientering kan eksemplificeres: En relativ høj grad af sandsynlighed kan være utilstrækkelig, såfremt retsfaktum er, hvorvidt en tiltalt har begået et manddrab, mens den samme sandsynlighed for retsfaktum kan være tilstrækkelig, såfremt retsfaktum er, hvorvidt den tiltalte var i en psykisk tilstand, der gjorde ham utilregnelig i gerningsøjeblikket.

Jeg går herefter over til en behandling af de enkelte elementer i den judicielle sandsynlighedsvurdering, idet jeg tilsigter at give en indledende orientering, som skulle være

nogenlunde dækkende for de forfattere, som jeg sammenfatter under den svensk-norske sandsynlighedsteori.

(1) Baggrunden for at en sandsynlighedsteori udviklede sig, var, som tidligere nævnt, indførelsen af princippet om den fri bevisbedømmelse. Men det var ikke en umiddelbar konsekvens af dette princip.

Den fri bevisbedømmelse bestod først og fremmest i, at de legale bindinger af den judicielle vurdering af beviserne ophævedes. Princippet var for så vidt primært negativt. Hvorledes vurderingen positivt skulle foregå, gav princippet i hovedsagen ikke nogen vejledning om, - udover at man forventede, at domstolene i højere grad end under den legale bevisordning ville kunne dømme i overensstemmelse med, hvad de faktisk anså for at være faktum. Men dette var ikke ensbetydende med, at dommerne skulle dømme i overensstemmelse med deres personlige overbevisning, når der i udtrykket "personlig" lægges noget vilkårligt, diskretionært. Men overbevisningen var netop personlig i den forstand, at den ikke var legalt determineret, altså skulle følge de af loven lagte bindinger for bevisbedømmelsen.

Det var derfor først på et relativt sent tidspunkt, at et spørgsmål om en empirisk sandsynlighedsteori som et element i den judicielle bevisvurdering optrådte. Udviklingen frem mod dette stadium er tidligere beskrevet. Et væsentligt resultat var, at der ikke skulle gælde nogen kvalitativ opdeling af forskellige mulige beviser. Begrebet juridisk visshed, som knyttedes til den legale bevisteoris tilstrækkelige bevis, forsvandt, og i stedet opfattedes samtlige mulige bevissituationer indenfor samme kvalitet, nemlig som forskellige kvantitative grader af sandsynlighed for det relevante faktum.

Derfor kan man sige, som ovenfor, at bevisvurderingen i den enkelte sag går ud på en konstatering af, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum. Dette er en empirisk opgave. Det normative problem er, hvilket krav til sandsynligheden der stilles i bevisbyrdereglen eller anden tilsvarende regel.

I terminologien om de bevismæssige situationer benytter man sig af følgende grundbegreber:

- 1) Bevisfakta
- 2) Erfaringssætninger
- 3) Hjælpefakta

Under bevisfakta henføres sådanne omstændigheder, som ikke er af umiddelbar relevans for sagens retsfaktum, men som middelbart er relevante for bedømmelsen af dette retsfaktum, nemlig middelbart i kraft af den pågældende omstændigheds bevisværdi ²⁴⁾. Under bevisfakta henføres ikke blot de processuelle beviser, eksempelvis en vidneforklaring, men også udenretlige hændelser (indicier), som er relevante for bevisvurderingen, eksempelvis et bremsespor, som gøres retten bekendt gennem politiets opmåling, og som er af betydning for bedømmelsen af hastigheden ved opbremsningen.

Bevisvurderingen består i, "att man från existensen av ett faktum drar en slutsats rörande existensen av ett annat faktum"²⁵⁾. Man slutter fra bevisfakta til retsfaktum. Undertiden er bevisvurderingen mere kompliceret: De forskellige bevisfakta kan indgå i en beviskæde, hvor man slutter fra det ene bevisfaktum til det næste for til sidst at nå frem til det relevante retsfaktum ²⁶⁾. Eller de enkelte bevisfakta sammenholdes som samvirkende bevisfakta. Eller de enkelte bevisfakta modvirker hinanden, dvs. støtter forskellige faktiske antagelser. Disse komplikationer vender jeg tilbage til ²⁷⁾.

24) Ekelöf I s. 19-20, jfr. IV s. 10-11.

25) Ekelöf s. 10.

26) Ekelöf s. 11, s. 23.

27) Bolding 1951 anvender undertiden betegnelsen bevisfakta, f.eks. s. 57, undertiden bevisfaktorer, eksempelvis s. 26. Begrebet svarer til det i bl.a. ældre dansk litteratur anvendte "bevisdata".

Retsfaktum står som det endelige bevistema. Det er retsfaktum der skal bevises, fordi det er af retsfaktum, at man umiddelbart kan bestemme, hvilken retsfølge der er aktuel. Men også enkelte bevisfakta kan komme til at stå som bevistemaer. Det gælder når man ikke slutter direkte fra et bevisfaktum til retsfaktum, men slutter fra et bevisfaktum til et andet bevisfaktum, for til sidst at nå frem til retsfaktum. Af vidnets forklaring i retten om, at en aftale blev indgået, slutter man sig til bevistemaet, at vidnet erindrer aftaleindgåelsen, og fra dette bevisfaktum slutter man sig til temaet, at vidnet iagttog aftalens indgåelse, og fra dette som bevisfaktum slutter man til til, at en aftale faktisk blev indgået, hvilket udgør retsfaktum.

Hvad er det da, som kæder de enkelte bevisfakta sammen, og som muliggør en antagelse om retsfaktum? Svaret har "betydelse som bevis" for et retsfaktum, idet det er "genom sitt bevisvärde (at) de medelbart relevanta omständigheterna är av vikt" ²⁸⁾. Og hvor kommer da denne bevisværdi fra?

Formidlingen af de enkelte bevisfakta i forhold til retsfaktum beror på de relevante erfaringssætninger. At erfaringssætninger indgår i den judicielle bedømmelse af, hvilket faktum der skal antages, var et centralt element i introduktionen af den fri bevisbedømmelse. Det var netop gennem den legale binding, at dommeren ofte kom til at træffe en afgørelse, som stred imod de almindelige erfaringer, som dommeren antog som korrekte. I vidt omfang modificeredes dette moment dog af, at erfaringssynspunkter kunne indgå dels som almene formodninger, der var bestemmende for bevisbyrdereglen, dels ved bedømmelsen af de enkelte beviser, specielt vidnets pålidelighed, jfr. ovf. IV.2 og 4.

28) Ekelöf I s. 20, hvorfra udtrykkets nuværende anvendelse stammer. Udtrykket anvendtes hos Ekelöf 1947 s. 3 i formen "bevisværdiregler", men da i en anden bevisteori.

Den svenske sandsynlighedsteori opfatter de relevante erfaringssætninger som sætninger om frekvensforhold. Denne tankegang blev først udførligt udviklet af Bolding. Hans konklusion var denne:

"Ett uttalande om sannolikheter inom rättskipningen är berättigat endast i den mån man till stöd för detsamma kan åberopa erfarenhetsmässigt grundade antaganden rörande frekvensförhållanden" 29).

Ved bedømmelsen af, hvorvidt der ved kast med en terning kommer en 1'er op, tager man hensyn til frekvensen, dvs. den relative forekomst, af 1'ere i forhold til de 5 andre mulige resultater. Denne frekvens er grundlaget for et udsagn om, med hvilken sandsynlighed en bestemt side forventes. På tilsvarende måde er andre omstændigheder (retsfakta) genstand for en frekvensmæssig bedømmelse.

Bolding nævner som eksempel et spørgsmål, hvorvidt en forsikringstager der var død af kulilteforgiftning i sin garage havde begået selvmord eller var død ved et uheld ³⁰⁾. Dette spørgsmål bedømmes med udgangspunkt i frekvenssynspunkter, der skal være analoge med terningekastets. Det er relevant at vide, hvor stor frekvensen af selvmord er, og det gælder om at afgrænse sandsynlighedssynspunktet til en mere speciel situation (s. 58 f). For den individuelle sag bliver spørgsmålet, hvilken frekvens af selvmord, som findes i sager, hvor bevismaterialet er af samme karakter som i den pågældende sag: "Om man antar att flera mål föreläge, där bevismaterialet hade exakt samma beskaffenhet som i detta mål, så skulle man tydligen ej kunna förmoda att olyckshändelse förelegat i alla fallen. Man kan emellertid förmoda att olyckshändelse skulle förelegat i de flesta av fallen" (s. 58 - 59).

En sådan opfattelse af bevisvurderingens grundlag er naturligvis urealistisk, eftersom nøjere viden om sådanne frekvensforhold ikke eksisterer. Det hjælper ikke meget at indrømme, at sandsynlighedsantagelsen må blive omtrentlig, Bolding s. 76-77.

I andre tilfælde er kendskabet til frekvensforholdene mere præcise. Som et sådant eksempel nævner Ekelöf en bedømmelse af sandsynligheden for et faderskab på grundlag af en blodserologisk erklæring:

29) Bolding 1951 s. 75, jfr. s. 55 f

30) Bolding s. 56 f, i tilknytning til NJA 1941, A 218.

Moderen har i avlingstiden kun haft samleje med sagsøgte og en anden mand, som er ukendt. Barnet har arvet en egenskab, som kun forekommer blandt 5% af landets befolkning, fra sin far, og sagsøgte har denne egenskab. Sandsynligheden for at også den ukendte har denne egenskab er åbenbart kun 5%. Mens de hidtil anførte omstændigheder betegnes B, og sagsøgtes faderskab betegnes F, sker bevisvurderingen ifølge Ekelöf efter følgende skema:

I 95% af alle de tilfælde, hvor B foreligger, foreligger også F.

Her foreligger B.

Altså er sandsynligheden for at her foreligger også F 95%.

Den generelle frekvens for den pågældende blodtype er omsat til en sandsynlighed for det konkrete faderskab. Sagens bevisfakta er sammenholdt med den generelle erfaringssætning.

Det er tydeligt, at Ekelöf ved denne syllogisme søger at nærme den sandsynlighedsmæssige bevisvurdering til den logiske syllogisme, eksempelvis den ovenfor i VI.2. anførte. I forhold til denne adskiller bevisvurderingen sig ved for det første udelukkende at være empirisk og for det andet at indeholde det usikkerhedsmoment, der følger af størrelsen af frekvensforholdet ³¹⁾.

Hjælpefakta er det tredje centrale begreb i den sandsynlighedsteoretiske bevisvurdering. Dette begreb er først og fremmest benyttet af Ekelöf, der med "en omständighet, från vilken man varken direkt eller indirekt kan sluta till bevistemats existens utan som endast förstärker eller försvagar ett annat bevisfaktums bevisvärde", Ekelöf IV s. 12. Hjælpefakta indgår altså ved fastsættelsen af, hvilken bevisværdi, der skal tilskrives de egentlige bevisfakta. Hvis jeg eksempelvis skal bestemme, hvilken bevisværdi jeg vil tilskrive en vidneforklaring (bevisfaktum), må jeg tage hensyn til vidnets evne til at udtrykke sig præcist, dets interesse i at tilbageholde oplysninger og lignende. Forholdet mellem sådanne hjælpefakta og de egentlige bevisfakta er ikke ganske klart ³²⁾.

31) Ekelöfs syllogisme er analyseret ovf. V.3.4.

32) Sml. kritikken hos Stening TfR 1973, s. 76 f, vedrørende begrebet om modbevis, hertil Ekelöf IV 1973 s. 14-15.

Den analytiske udskillelse af specielle momenter i forbindelse med et vidnes forhold som hjælpefakta kan forekomme kunstig. Man kan adskille vidnets udsagn som sådant fra alle de øvrige personlige forhold, som er afgørende for, at og hvorvidt forklaringen overhovedet har bevisværdi. En sådan udskillelse kan i specielle tilfælde være klargørende, men som regel finder jeg det mest praktisk i tilslutning til Ekelöfs tidligere opfattelse (1948 II s. 340) at betragte hjælpefakta som særlige bevisfakta, som ikke skarpt kan adskilles fra de egentlige bevisfakta. Eller mere præcist: Hjælpefakta er sådanne træk i det enkelte bevisfaktum, som indgår ved den mere specifikke bestemmelse af, hvilke erfaringssætninger der er relevante for konstateringen af bevisfaktums bevisværdi. Denne stadige specificering af bevisfaktum blev fremhævet af Bolding, jfr. ovenfor. Jo mere specificeret det enkelte bevisfaktum opfattes, desto mere specifikt er den relevante erfaringssætning bestemt. Jeg starter eksempelvis med en opfattelse af, hvilken bevisværdi der er knyttet til vidneforklaringer i almindelighed. På grundlag af visse iagttagelser af vidnets forklaring, går jeg over til en bestemmelse af den værdi, der kan tilskrives et pålideligt og omhyggeligt vidnes forklaring. Hjælpefakta indgår således ved specificeringen af, hvilken erfaringssætning der skal anvendes ³³⁾.

Når jeg fremhæver, at hjælpefakta indgår som træk ved bevisfaktum, adskiller min - tentative - opfattelse sig fra Ekelöf's. For hos Ekelöf bestemmes bevisfaktum for sig, hjælpefaktum for sig. En vidneforklaring eller et bremsespor er eksempler på bevisfakta. De må vel, antager jeg, have en vis bevisværdi. Hjælpefakta kommer efter Ekelöf ind som supplerende fakta, der påvirker bevisfaktums bevisværdi. Eksempelvis oplysning om vidnets troværdighed eller om vejbane hvor der bremsedes ³⁴⁾. Det forudsættes altså at be-

33) Ekelöf 1973, s. 25-26.

34) Jfr. Stening TFR 1973, s. 68-69.

visfaktums bevisværdi er ansat uden disse supplerende oplysninger, hvilket kun kan ske ved at regne med en "middeltroværdighed", "normalfriktion", o.l.

Da et bevisfaktums bevisværdi aldrig kan sættes uden et sådant hensyn - men på den anden side kan ansættes ud fra sådanne forventede fordelinger - forekommer de supplerende oplysninger mig mere rammende at placeres som elementer i et mere eller mindre veldefineret bevisfaktum.

3.2. De to sandsynlighedsteorier

Den beskrivelse af sandsynlighedsmodellen, som jeg hermed har givet, kan betragtes som nogenlunde dækkende for den opfattelse, der er udtrykt i den svensk-norske sandsynlighedsteori. Men det er kun nogenlunde. Ja, faktisk er det med den seneste udvikling i den svenske teori blevet utilfredsstillende.

Mens den terminologiske opfattelse af de enkelte elementer i bevisvurderingen nok i hovedsagen er fælles, kan struktureringen af forholdet mellem de enkelte elementer udformes forskelligt. Og herom er udviklet forskellige præciseringer af det udgangspunkt, som jeg har indledt med at skildre.

Med min redegørelse kan man sige, at jeg pædagogisk har introduceret en teori om bevisvurderingen, hvor opgaven for bevisvurderingen betragtes som at være en konstatering af den bevismæssige sandsynlighed på retsfaktum. Dette kan betragtes som et nogenlunde dækkende udtryk for Eckhoff, for væsentlige dele af Boldings teori, og for Ekelöf's opfattelse til og med (1968). Men i forbindelse med en mere avanceret formalisering af elementerne i bevisvurderingen, som er udviklet i forbindelse med et svensk tværvidenskabeligt projekt, er vejene delte, omend en systematisk redegørelse for de forskellige opfattelser ikke hidtil er givet.

Til indledende orientering kan man sige, at der har udviklet sig to præciseringer:

(a) Teorien om beviskausalitet, hvorefter opgaven under en bevisvurdering er at konstatere, med hvilken sandsynlighed sagens bevisfakta er forårsaget af det relevante retsfaktum.

(b) Teorien om hypoteseprøvning, hvorefter opgaven for bevisvurderingen er at konstatere, hvilken sandsynlighed der er for retsfaktum under hensyntagen til de foreliggende bevisfakta, til de forhåndsantagelser der kan gøres vedrørende dette, og til andre mulige hypoteser end hypotesen om retsfaktum.

Disse to opfattelser skal omtales nøjere.

(Ad a) Tanken om beviskausalitet kan opstilles i tilknytning til beviskæde: Jeg omtalte denne således, at man her sluttede fra det ene bevisfaktum til det næste, indtil man nåede frem til en opfattelse vedrørende sandsynligheden for retsfaktum ³⁵⁾. Et eksempel:

Ved vidnebeviset må retten ifølge Ekelöf slutte fra vidneudsagn til vidnets iagttagelse af det relevante faktum og dernæst fra denne iagttagelse til det relevante faktum.

Vidneudsagn	Vidnets iagttagelse	Retsfaktum
A	B	C

Ekelöf antager nu, at man går ud fra at B foreligger de tre tilfælde af fire, hvor A foreligger, og at det samme er forholdet mellem C og B. "Detta innebär att om A föreligger 16 likartade fall, så föreligger B i 12 av dessa samt C i 9 av de 12 fallen. C har sålunda bevisats endast med ungefär 60% sannolikhet" (s. 24).

Med et sådant eksempel har det kunnet være forsvarligt at gengive Ekelöfs teori som en slutning fra udsagn (A) over iagttagelse (B) til retsfaktum (C). Men det kan samtidig erkendes, at den opfattelse som Ekelöf her har præsenteret og som går tilbage til hans første bevisretlige fremstilling ³⁶⁾ indeholder kimen til den senere opfattelse.

35) Således er det fremstillet eksempelvis hos Ekelöf IV 1973 s. 11 og s. 23-24.

36) 1948 II s. 349.

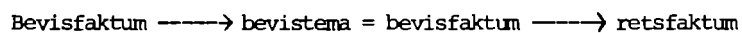
Den centrale er, at man koncentrerer sig om begrebet bevisværdi. Hermed sigter jeg til det forhold, at bestemmelsen af, hvilken sandsynlighed der er for det relevante retsfaktum, beror på en bedømmelse af forholdet mellem de enkelte bevisfakta i beviskæden. Andre momenter end sådanne som udtrykkes i bevisværdi kan ikke indgå i bedømmelsen af sandsynligheden for retsfaktum. Når bedømmelsen af sandsynligheden for retsfaktum er indskrænket til en bedømmelse af den kæde som er gengivet ovenfor, bliver det tillige nærliggende at centrere opmærksomheden om den modsatgående bevægelse: Jeg sigter til bevægelsen fra retsfaktum, den oprindelige hændelse, til de forhold, som er forårsaget af denne oprindelige hændelse. Det er bilsammenstødet, der bevirker at et vidne iagttager bilsammenstødet, og det er igen denne iagttagelse, der bevirker, at vidnet afgiver en forklaring i retten. Det er denne sammenhæng mellem de enkelte bevisfakta og den oprindelige årsag i retsfaktum, der begrunder de enkelte bevisfaktas bevisværdi.

Resultatet er da, at bevisvurderingen bliver en bedømmelse af sandsynligheden for at denne årsagssammenhæng mellem retsfaktum og bevisfakta foreligger.

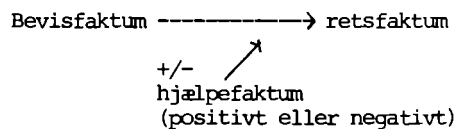
Ekelöf har ikke selv fremstillet en teori om bevisvurderingen i overensstemmelse hermed, men har givet ansatserne til den. Den egentlige udformning af teorien er skitseret af Hallden og Stening, og deres analyse vil jeg vende tilbage til på et senere tidspunkt.

Jfr. VII.2. Ekelöf har indskrænket sig til at påpege, hvilke konsekvenser dette udgangspunkt får for bevisbyrdereglerne, herom senere - og dertil føjet den bemærkning, at denne forandring i fremstillingen kunne motivere en omarbejdelse af fremstillingen om bevisvurderingen, jfr. 1973 s. 63, note 2 b, jfr. også s. 26 note 54 a (= IV 1968 s. 28 54a)

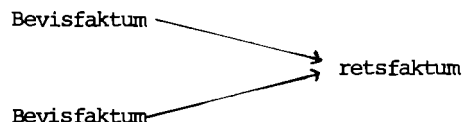
Jeg har nævnt Ekelöfs behandling af kædebeviset. Foruden dette omtaler Ekelöf særlig to andre bevistyper, nemlig de samvirkende bevisfakta og de modvirkende bevisfakta. Ekelöfs forskellige bevis-strukturer kan illustreres således:



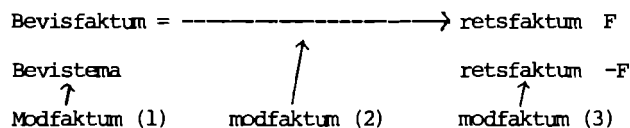
B. Hjælpefaktum:



C. Samvirkende bevisfakta:



D. Modbevis:



Figur 1. A - D

Ved de samvirkende bevisfakta foreligger bevisfakta, som hver for sig muligvis er utilstrækkelige som grundlag for antagelse af det pågældende retsfaktum, men som tilsammen skaber et tilstrækkeligt bevis.

Ekelöf sammanställer 2 beviser för en bils hastighet, nemlig dels en vidneförklaring dels bromsesporets längde. Hvert af disse bevisfakta antages, at de "i 3 fall av 4 innebure en trogen registrering av verkligheten, medan de i det fjärde fallet saknade värje värde som bevis för bilens hastighet" (s. 26). Vi ser her, hvorledes der sker en

(s. 26). Vi ser her, hvorledes der sker en udvikling af begrebet om bevisværdi: Mens udgangspunktet har været at opfatte begrebet om bevisværdi som et udtryk for den sandsynlighed, hvormed det på grundlag af det pågældende bevisfaktum kunne antages at retsfaktum forelå, så udtrykker begrebet bevisværdi her en form for sammenhæng mellem bevisfaktum og retsfaktum. Vidneforklaringen er uden bevisværdi,

når den ikke er forårsaget af vidnets iagttagelse af den relevante hændelse, jfr. s. 26, note 54 a. Med hensyn til bremsesporet er opfattelsen af begrebet bevisværdi vanskeligere: Hvad menes med at bremsesporet i et tilfælde ud af 4 ikke indebærer en pålidelig registrering af virkeligheden, men savner værdi som bevis for bilens hastighed? Baggrunden for anvendelsen af begrebet af bevisværdi i denne sammenhæng er, at bremsesporet i et ud af 4 tilfælde har samme længde som et bremsespor ved en større hastighed end 100 km/t til trods for at bilens hastighed har været mindre.

Der må skelnes mellem følgende to udsagn:

1) Vidneudsagnet har bevisværdien $\frac{3}{4}$ eftersom vidners forklaringer (på grundlag af omfattende eksperimenteren) stemmer med virkeligheden i 3 ud af 4 tilfælde. Bevisværdien bestemmes som sandsynligheden for retsfaktum, betinget af det foreliggende bevis. Når vi interesserer os for denne bevisværdi er det, fordi det ikke er muligt at udskille de tilfælde, hvor vidneudsagnet ikke stemmer med virkeligheden. Bedømmelsen af virkeligheden på grundlag af vidneforklaringen er forbundet med en vis usikkerhed, der udtrykkes i bevisværdien.

2) Et vidneudsagn som ikke er forårsaget af vidnets iagttagelse, men f.eks. følger af suggestion, er uden bevisværdi, selvom det evt. skulle være sandt, jfr. Ekelöf s. 26, note 54 a. Denne bestemmelse af vidneudsagnets bevisværdi sker på et ganske andet grundlag end ovenfor under 1). Vi forudsætter det kendt, hvordan virkeligheden forholder sig, og hvordan vidneforklaringen er fremkaldt (nemlig ved suggestion). Mens muligheden for suggestion mv. under 1) medvirkede til at bevisværdien kun sættes til $\frac{3}{4}$ - vidneudsagnet er ikke en sikker kilde til oplysning om virkeligheden - så kan viden om suggestion i denne forbindelse indebære, at bevisværdien kan sættes til 0. Sandsynligheden for retsfaktum påvirkes ikke af indholdet af en vidneforklaring, der er bestemt af suggestion.

Disse to opfattelser krydser nu hinanden. Den rationelle forklaring af, hvorfor bevisfakta ikke beviser retsfaktum med fuld sikkerhed, inkorporeres i opfattelsen af selve begrebet bevisværdi. Eftersom det er forstyrrelser af årsagsforholdet mellem retsfaktum og bevisfaktum, som kan bevir-

ke, at bevisfaktum ikke giver korrekte oplysninger om retsfaktum, bliver begrebet bevisværdi omtolket til et årsagsbegreb, nemlig sandsynligheden for at det pågældende bevisfaktum er forårsaget af retsfaktum.

Med det samvirkende bevis har vi så de to bevisfakta med hver en bevisværdi på $3/4$. Den sammenlagte bevisværdi må jo være større. Ekelöf beregner forøgelsen i overensstemmelse med - men uden henvisning til - additionssætningen for uafhængige hændelser.

A $\xrightarrow{3/4 = 12/16}$ C
(bremsespor)

B $\xrightarrow{3/4 = 3/16}$ C
(vidne)

A $\searrow$
B $\nearrow$ $12/16 + 3/16 \longrightarrow$ C

Figur 2: Samvirken.

Tilsvarende med hensyn til modvirkende bevisfakta: Er bremsesporet i stedet et modbevis, hvis bevisværdi for at bilens hastighed var under 100 km kun er $1/4$, da er - efter Ekelöf s. 27 - værdien af hele bevismaterialet for at hastigheden var mere end 100 km mindre end $3/4$: I 12 af 16 tilfælde stemmer vidneudsagnet. Men i 3 af disse neutraliseres vidneudsagnets værdi af bremsesporenes. Den samlede bevisværdi bliver da $9/16$ ³⁷⁾.

Disse tre typer af grupper af bevisfakta - bevisekæde, samvirkende bevisfakta, modvirkende bevisfakta - er dem, som Ekelöf udførligt behandler.

Dette indgår i en naturlig tradition i forhold til den legale bevisteori: Man beskæftigede sig netop her med dels bestemmelsen af det tilstrækkelige bevis, som ofte konsti-

37) Jeg går ikke ind på Ekelöfs forudsætning om uafhængighed s.27 ved note 57, der afviger fra uafhængighedsforudsætningen s.26 efter note 54 a, hertil Stening s. 73 note 9

tueredes af flere elementer, f.eks. 2 samstemmende vidner (samvirkende bevisfakta). Men det anerkendtes, at modbevis kunne føres, og den legale teori behandlede det komplicerede spørgsmål om afvejningen af et fuldstændigt eller delvis modbevis i forhold til et tilstrækkeligt bevis (modvirkende bevisfakta). Senere anerkendtes, at de manifeste bevisfakta ikke nødvendigvis behøvede at angå det relevante retsfaktum, men at det var tilladeligt at dommeren drog visse slutninger fra det manifeste bevisfaktum til det relevante tema (beviskæde) ³⁸⁾.

Dette forekommer mig at vise, at Ekelöfs behandling - især i den senere præciserede form - i høj grad er bestemt af de rammer for bevisvurderingen, som var lagt under den legale bevisteori. Men disse rammer svarer ikke til, hvad man kan forvente af en sandsynlighedsteori, som skulle tage sit udgangspunkt i tilsvarende statslige (administrative eller militære) beslutningsprocesser i overensstemmelse med en teoretisk analyse af den judicielle beslutningssituation. Denne divergens anerkendes også af Ekelöf for så vidt som han i det ovenfor citerede fremhæver, at den sandsynlighed, som han bestemmer, er sandsynligheden for bevismaterialets årsagsmæssige sammenhæng med den situation, som udgør retsfaktum, hvilken bestemmelse afviger fra den sandsynlighedsbestemmelse, som gives indenfor "de eksakte videnskaber". Hermed har han fjernet sig fra den juridiske sandsynlighedsteoris udgangspunkt, jfr. ovf. VI.1.

(b) Jeg vender mig herefter til den anden retning indenfor den skandinaviske sandsynlighedsteori, som i højere grad har fulgt de retningslinier, som jeg selv har skitseret ovenfor i kap. V, og som - efter min opfattelse - giver et mere korrekt billede af, hvad en sandsynlighedsmæssig omstrukturering af den judicielle bevisbedømmelse ville indebære.

"Når dommeren er ferdig med bevisbedømmelsen vil han ha gjort seg opp en mer eller mindre sikker mening om de relevante fakta. De forskjellige alternativer for hans oppfatning kan uttrykkes ved en skala. I dennes ene endepunkt har vi de tilfellene hvor han er 100% sikker på at faktum X foreligger. I det andra endepunktet har vi de tilfellene hvor han er 100% sikker på at X ikke foreligger ..." ³⁹⁾.

38) Jfr. kap. IV.2, 4, 5 og ndf. Kap. VII.2.3.

39) Eckhoff s. 11.

Bevisvurderingen munder ud i en konstatering af sandsynligheden for faktum. At dommeren er 100% sikker "er ensbetydende med, at dommeren antager med 100% sandsynlighed", at faktum foreligger. Men hvorledes denne procent eller sandsynlighedsgrad opnås gennem en analyse af bevismaterialet, giver Eckhoff ikke bidrag til ⁴⁰⁾.

I Boldings arbejder finder man en udvikling af en sandsynlighedsvurdering, hvor særligt betydningen af alternative hypoteser understreges. Dommeren skal tage stilling til sandsynligheden for retsfaktum. Retsfaktums eksistens kan således opstilles som en hypotese. Men der foreligger også andre muligheder. De foreliggende bevisfakta må sammenholdes ikke blot med hypotesen om retsfaktum, men også med andre hypoteser.

Samtidig hermed fastholdes det, at sammenfatningen af bevisvurderingen sker "endimensionalt" i den forstand, at bevisvurderingens resultat kan sammenfattes i en sandsynlighed for det relevante faktum, og denne sandsynlighed kan placeres på en sandsynlighedsskala, mellem 0 og 1 ⁴¹⁾.

3.3. Karakteristik

Ved en kritisk vurdering af sandsynlighedsteorien med særligt henblik på dennes opfattelse af bevisvurderingen kan man - som jeg tidligere har nævnt - beskæftige sig med teorien ud fra forskellige synsvinkler. Uden at gå nærmere ind herpå, skal den i det følgende anlagte synsvinkel præciseres: Jeg bedømmer spørgsmålet om anvendeligheden af en model for bevisvurderingen, hvis hovedlinier følger det i det foregående skitserede.

40) Hans regneregler for addition og multiplikation angår bevistænet, jfr. 1943 s. 94 og 34.

41) Jfr. Bolding 1951 s.95, om hypoteseprøvelse Bolding i TJFF 1966, i Trankell 1963 s. 226 f, især s.229, s.233 ("om angelägenheten av at alternativhypoteser formuleres indtil det absurdes grænse"). Som en uddybning af hans antagelser om en hypoteseprøvelse giver Bolding ikke selv bidrag, men vil formentlig henvise til bl.a. Børjeson, anførte sted s. 244 f.

Også Ekelöf taler undertiden om hypoteseprøvelse, f.eks. 1973 s. 27 f, sml. 1968 s. 67.

Med denne bemærkning har jeg på den ene side udsat en mere teknisk diskussion af den beviskausale sandsynlighedsopfattelse - den tager jeg op i forbindelse med en analyse af Hallden's og Stenings præcisering af denne teori -, og på den anden side har jeg udskudt den principielle analyse af sandsynlighedsvurderingen i forhold til de grundlæggende processuelle principper med særligt henblik på beviset.

Fra et rent teknisk synspunkt forekommer et problem overvældende: Det er ikke muligt at gennemføre en sandsynlighedsvurdering over et bevismateriale på grundlag af selv den mest korrekte samling af matematiske formler, såfremt det foreliggende bevismateriale ikke vurderes ud fra erfaringsmæssige sammenhænge, der tillader en sådan anvendelse. En sandsynlighedsvurdering med hensyn til bevismateriale forudsætter en vis præcision i de erfaringssætninger eller lovmæssigheder, som betragtes som relevante for materialets støtte for det relevante retsfaktum.

Nu kan sandsynlighedsteoriens tilhængere tænkes at svare, at det nok er korrekt, at de ofte anvender præcise tal i deres illustration af modellen, men at denne anvendelse er rent billedlig og udelukkende tjener fremstillingsmæssige formål ⁴²⁾. Men denne illustrerende anvendelse af mere præcise angivelser af sandsynligheder og erfaringsmæssige sammenhænge gør ikke blot sandsynlighedsteoretiske overvejelser lettere forståelige, men er tillige en forudsætning for, at sådanne overvejelser får et indhold af en rimelig præcisionsgrad.

Har en sagsøger rejst erstatningssag mod en cyklist, som beskyldes for at have kørt uforsvarligt, skal vi nå frem til en bestemt sandsynlighed for, at cyklisten kørte på en sådan måde, at hans færd kan karakteriseres som uforsigtig, og denne sandsynlighed kan være 0,5 eller 0,7 eller 0,9. Men hvorledes kan man forestille sig, at man skulle nå frem til en sådan sandsynlighedsgrad? Et vidne så begivenheden med

42) Jfr. eksempelvis Eckhoff s. 11, note 3 a, Ekelöf s. 23.

et halvt øje, cyklisten ser ud som et ordentligt menneske, der færdes med stor forsigtighed, mens den tilskadekomne vel forklarer dramatisk om cyklistens kørsel, men på den anden side virker noget letsindig. Hvordan skulle disse indtryk sammenfattes i en sandsynlighedskalkule?

Man kan i stedet for anvende vagere kvantitative sandsynlighedsudtryk som eksempelvis "åbenbart", "antagelig", "muligt", hvorved opnås, at besvarelsen af sådanne spørgsmål formentlig forekommer nemmere, men samtidig foreligger den mulighed, at andre synspunkter end de rent empiriske indgår i bedømmelsen af hændelsesforløbet.

Min konklusion for dette punkts vedkommende er, at sandsynlighedsteorien peger på et kriterium for bevisvurderingen og en model for struktureringen af de enkelte bevisdata, som ikke i almindelighed har nogen praktisk forbindelse med de bevisdata og erfaringssætninger, som optræder i praksis. De grundlæggende forudsætninger for anvendelsen af sandsynlighedskalkule er ikke tilstede i almindelighed ⁴³⁾.

Dette er naturligvis ikke ensbetydende med, at sandsynlighedsmodellen er uden betydning. Den giver faktisk en belysning af væsentlige træk i forbindelse med den judicielle bevisvurdering. Dette gælder i de tilfælde, hvor der i det bevismateriale, som anvendes judicielt, indgår videnskabelige/teknologiske erklæringer, som er opbygget på grundlag af sandsynlighedsteorien. I sådanne sager vil en forståelse af den sandsynlighedsteoretiske analyse indebære en forståelse af det grundlag, som faktisk er bestemmende for de juridiske afgørelser. Men denne relevans af sandsynlighedsteorien er en ganske anden end den, som dens juridiske tilhængere sigter på. Den er nemlig karakteriseret af følgende to centrale forhold:

43) Jfr. om et tilsvarende spørgsmål, nemlig det strafferetlige sandsynligheds-forsæt Ross: Forbrydelse og Straf 1974 s. 19, smh. Waaben 1958 s. 350-51, jfr. s. 170 f og 182 f.

(a) Sandsynlighedsteorien bliver relevant for den judicielle beslutningsproces i det omfang de judicielt anvendte bevisfakta indeholder sandsynlighedsteoretisk bearbejdede data. Det er så at sige i kraft af beviserne, at den judicielle bevisbedømmelse bliver sandsynlighedsteoretisk, ikke omvendt i kraft af en sandsynlighedsteoretisk orientering af den judicielle beslutningsstruktur at beviserne tilpasses til denne.

(b) I de fleste af disse tilfælde vil bedømmelsen af vedkommende faktum være afsluttet med den pågældende erklæring. Dommerens opgave er at tage den pågældende erklæring til følge. Den judicielle kritik vedrører ikke en selvstændig bedømmelse af det relevante bevisfaktum, men en stillingtagen til, om den pågældende ekspert er kompetent til at afgive en erklæring som den foreliggende. Den judicielle bevisvurdering må, med et udtryk jeg senere vil uddybe, karakteriseres som autoritativ, idet den er bestemt af en anden instans' bedømmelse af faktum.

4. Bevisregler som sandsynlighedsregler

4.1. Introduktion

I min behandling af den norsk-svenske sandsynlighedsteori, har jeg først taget det tematiske problem op, hvilket sagforhold sandsynlighedsvurderingen står i forhold til. Dette sagforhold må stå i relation til det retsfaktum, som den materielle regel angiver som bestemmende for retsfølgen, men dette udgangspunkt sikrer ikke en tilfredsstillende besvarelse af problemet. Dernæst har jeg i foregående afsnit behandlet den bevisvurdering, som følger den sandsynlighedsmodel, som er sandsynlighedsteoriens ene hjørnesteen. Og i dette afsnit skal jeg så behandle sandsynlighedsteoriens opfattelse af de bevismæssige regler, hvorefter den konstaterede sandsynlighed bedømmes.

Først skal sandsynlighedsteoriens opfattelse af problemstillingen præciseres. Klarest er det gjort af Bolding:

"Bevisvärderingen går ut på att fastställa vilken grad av sannolikhet som föreligger, och vid lösningen av bevisbördeproblemet gäller det att fastställa vilken grad av sannolikhet som skall fordras (som skall vara tillräcklig) för att visst påstående om faktum skall kunna läggas till grund för domen." 43)

Der kan foretages en adskillelse mellem bevisvurdering og bevisregulering: Bevisvurderingen fremtræder som den konkrete konstatering af, hvilken sandsynlighed der er i pågældende retssag for det eller de relevante retsfakta. Denne konstatering følger på en analyse af den række af bevisfakta, som er aktuel i den pågældende sag. Ved sammenfatningen af disse bevisfakta følges en sandsynlighedsberegning, der kan udtrykkes matematisk formaliseret.

Bevisbyrderegler (og tildels andre bevisregler) angiver de normative krav, som stilles til den sandsynlighed, som konstateres i den enkelte sag. Visse størrelser af den pågældende sandsynlighed indebærer, at vedkommende retsfaktum antages, mens andre størrelser af den konstaterede sandsynlighed indebærer, at retsfaktum forkastes.

Bevisbyrdereglen omtolket til et sandsynlighedskrav kan sammenlignes med en materiel regel. Det følger af såvel den materielle regel som bevisbyrdereglen, at de sager, som bedømmes i henhold til reglerne, dikotomiseres i to grupper. Lad os først tænke os at en sag bedømmes efter denne materielle regel: Såfremt salgsgenstanden er mangelfuld, og køberen har ophævet købet, afsiges dom om anerkendelse af ophævelsen. Dette er en omformning (og forenkling) af købelovens §§ 42 og 43 til en domsregel. Spørgsmålet under sagen er, om der foreligger en mangel eller ej. Reglen kan da omskrives således:

(M1) hvis mangel, da anerkend ophævelsen

(M2) hvis ikke mangel, da anerkend ikke ophævelsen

For en stillingtagen til hvad denne materielle regel (M1 og M2) fører til, kan det være et præliminært spørgsmål, hvil-

43) 1951 s. 78 jfr. s. 55

ken faktisk tilstand genstanden befandt sig i ved leveringen. Sagen rummer med andre ord et bevisproblem. Lad os gengive den gældende bevisbyrderegel for så vidt angår salsgenstandes mangler således, at der må være en relativt høj grad af sandsynlighed for mangel, for at en mangel skal kunne lægges til grund.

Bevisreglen kan da formuleres således:

(B1) Hvis relativ stor sandsynlighed for mangelfuldhed, da antages genstanden at være mangelfuld.

(B2) Hvis sandsynligheden for mangelfuldhed er mindre end "relativ stor", da antages genstanden at være mangelfri, (ydelsen rigtig).

Anvendelsen af bevisreglerne (B1 og B2) er som nævnt præliminær i forhold til en stillingtagen til det materielretlige spørgsmål. Men der er en mere principiel forskel mellem de to regelsæt, efter den svenske sandsynlighedsteoris opfattelse.

Ved at det bevisretlige spørgsmål er udskilt fra den materielle bedømmelse i M1 og 2, er opnået, at fortolkningsspørgsmål omkring mangelsbæreb og kravene til manglens væsentlighed er udskilt. Bedømmelsen af mangelspørgsmålet er gjort til et rent bevisspørgsmål, en konkret konstatering af denne sags faktiske forhold. Et andet centralt punkt i sandsynlighedsteorien er, at der også i bevisvurderingen er sket en sådan rensning, idet alle normative problemer i forbindelse med en stillingtagen til et konkret sagforhold er overført fra bevisbedømmelsen til bevisbyrdereglen - eller mere præcist til de momenter, som bestemmer, hvilket sandsynlighedskrav bevisbyrdereglen stiller.

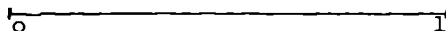
Mens bedømmelsen af sagens sagforhold således er gjort til en rent empirisk opgave, hvis konklusion er antagelsen af en bestemt sandsynlighedsgrad for det relevante faktum, er de normative problemer i forbindelse med bevisretten overhovedet indeholdt i reguleringen af sandsynlighedskravets størrelse.

Denne sondring mellem bevisbedømmelse og bevisvurdering er af en ganske anden karakter end den i tidligere teori antagne, hvilket vil fremgå af den følgende analyse. Selvom der skelnes, består der en væsentlig indbyrdes sammenhæng: Bevisbyrdereglen er det normative udtryk for den målestok, som bevisvurderingen følger, eller omvendt, har bevisvurderingen en bestemt struktur (sandsynlighedsvurderingen), må heraf følge, at den normative dikotomisering må følge den samme struktur, nemlig bero på et sandsynlighedskrav. Ligesom der efter den materielle mangelsregel skelnes mellem mangelfulde og mangelfri leveringer, således skelnes der efter en bevisbyrderegel mellem sager, hvor sandsynligheden er større eller mindre end den sandsynlighed som sandsynlighedskravet kan give som dikotomiseringspunkt. En bevisbyrderegels indhold kan derfor kort gengives som et krav om en vis minimal sandsynlighed - nemlig et krav om at for at vedkommende retsfaktum skal kunne lægges til grund, må der foreligge en vis sandsynlighed, som mindst må være den sandsynlighed som dikotomiseringen følger.

Bevisvurderingen udskilles som en rent empirisk virksomhed. Bevisbyrderegler omtolkes til sandsynlighedskrav. Også andre bevisregler omtolkes på denne måde, specielt regler om formodninger (præsumtioner) og regler om juridisk vished. Det tilstræbes i hvert fald at henhøre alle bevisregler under en sådan forståelse, at de kan tolkes som regler om forskellige forskydninger på sandsynlighedsskalaen. Det er disse omtolkninger som skal behandles i det følgende.

4.2. Omtolkning af bevisbyrderegler

Bevisbyrderegler er efter den klassiske definition regler om, hvilken af parterne det skal gå ud over, at der ikke er ført et tilstrækkeligt bevis for det relevante retsfaktum⁴⁴⁾. Disse regler omtolker sandsynlighedsteorien til regler om, på hvilket punkt af sandsynlighedsskalaen dikotomiseringspunktet skal ligge. Eller grafisk fremstillet:



44) I dette afsnit behandles sandsynlighedsteorien i dens hidtil sædvanlige form. Kausalitetsteorien (teorien om indiciemekanisme) er ikke særligt udviklet hvad angår bevisreguleringen, men tages dog op nedenfor 4.5.

Bevisvurderingen munder ud i en konstatering af, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum. Den konstaterede sandsynlighed kan udtrykkes som et punkt på ovenstående linie, nemlig som et tal mellem 0 og 1 der angiver den sandsynlighed, hvormed det med støtte i det foreliggende bevisdata kan antages at retsfaktum foreligger. Jo større sandsynlighed der er for retsfaktum (f.eks. at skyldner har betalt), desto mindre er sandsynligheden for negationen af retsfaktum (i eksemplet at debitor ikke har betalt). Summen af disse to sandsynligheder er, efter definitionen af sandsynlighedsmodellen, altid 1. Dette følger af, at debitor har enten betalt eller ikke betalt.

Da bevisbyrdereglen angiver punktet for dikotomiseringen, altså angiver punktet for adskillelsen mellem tilfælde, hvor domstolene lægger til grund, at debitor har betalt, overfor tilfælde, hvor domstolen lægger til grund, at debitor ikke har betalt, kan bevisbyrdereglen illustreres ved et punkt på ovenstående linie, dikotomiseringspunktet.

Såfremt den i den enkelte sag konstaterede sandsynlighed ligger til venstre for dikotomiseringspunktet, skal retsfaktum forkastes (antag at debitor ikke har betalt). Såfremt den konstaterede sandsynlighed ligger til højre for dikotomiseringspunktet, antages retsfaktum (antag at debitor har betalt). Med denne terminologi bliver det i og for sig overflødigt at relatere dikotomiseringspunktet til en af parterne. Spørgsmålet er ikke hvilken af parterne "der bærer bevisbyrden", men hvor stor en sandsynlighed er nødvendig for, at retsfaktum skal antages. Alligevel bevarer sandsynlighedsteorien bevisudtrykket: Midt på skalaen har vi sandsynligheden 0,5. I disse tilfælde er sandsynligheden for retsfaktum lige så stort som negationen af dette retsfaktum. Der er eksempelvis lige stor sandsynlighed for, at debitor har betalt, som at debitor ikke har betalt. Såfremt dikotomiseringspunktet ikke placeres her, altså ved sandsynligheden ved 0,5 men til højre eller til venstre herfor, så kræves der en større sandsynlighed for det af den ene part hævdede end der kræves for det af den anden part hævdede. Den part, hvis påstand skal være mere sandsynlig end 0,5, bærer bevisbyrden. Det er denne beting-

else, at sandsynligheden skal være over 0,5, der begrundes, at jeg ovenfor taler om en vis minimal sandsynlighed ⁴⁵⁾.

Eckhoff vil benytte udtrykket tvivlsrisiko istedet for bevisbyrde og taler om fordeling af tvivlsrisikoen. Jeg finder hans argumenter mod bevisbyrdebegrebet rammende, men finder hans alternative forslag utilfredsstillende. Mod at anvende begrebet bevisbyrde taler, at udtrykket bevis tyder på, at domstolene forventer en sikkerhed som grundlag for deres dispositioner, som nærmer sig den sikkerhed, som er knyttet til matematisk bevis. Historisk er det dog snarere det 'tilstrækkelige bevis' der sigtes til. Men domstolene er - må være - nøjsomme med hensyn til sikkerhed. En anden ulempe ved "bevisbyrde" er adskillelsen mellem spørgsmålene, hvem der har bevisbyrden, og hvilken bevisstyrke der kræves. Dette punkt er centralt for sandsynlighedsteorien. Endelig fremhæver Eckhoff den begrebsmæssige uklarhed om forholdet mellem subjektiv og objektiv bevisbyrde, som jeg vender tilbage til ⁴⁶⁾.

Når jeg ikke finder tvivlsrisiko tilfredsstillende udfra et sandsynlighedsteoretisk synspunkt beror det på følgende: Udtrykket tvivlsrisiko refererer til den risiko, der er for, at dommeren ved den endelige bedømmelse af sagens faktum er i tvivl. Tvivlsrisikoen er altså parternes risiko for, at dommeren er i tvivl.

I en veludbygget kalkulerings fra den ene parts side af denne risiko mener jeg, at man kommer til at sigte på noget helt andet end det, som er emnet for bevisretten. En parts risiko for, at dommeren er i tvivl, beror bl.a. på, hvorledes bevisførelsen kommer til at fremtræde. Parten må tage hensyn

45) Hertil især Ekelöf 1968, IV, s. 67. Sandsynlighedsteorien anvender ikke udtrykket dikotomiseringsskæbningspunkt. Ekelöf taler om bevisbyrdepunkt.

46) Hertil Eckhoff 1943, s. 11f.

til sådanne spørgsmål som, om et for ham gunstigt vidne kommer tilstede ved domsforhandlingen, om det pågældende vidne gør et pålideligt indtryk eller virker usikker, og andre sådanne konkrete processuelle momenter. Således tager "tvivlsrisikoen" i egentlig forstand sig ud fra partens standpunkt.

Spørgsmålet ser anderledes ud fra dommerens standpunkt. Det savner for dommeren mening at reflektere over risikoen for at han selv er i tvivl, som bestemmende for, hvilket faktum der skal lægges til grund. Men der er mening i at efterforske, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum, og hvorledes det kvantitative udtryk for denne sandsynlighed forholder sig til bevisbyrde eller dikotomiseringspunktet.

Begrebet "tvivlsrisiko" beror på en sammenblanding af partsorienteret bedømmelse ("risiko for at et ugunstigt faktum lægges til grund"), og judicielt orienterede begreber ("dommeren er i større eller mindre tvivl").

En mere speciel uklarhed følger af, at Eckhoff anfører tilfælde, hvor den omtvistede genstand skal deles mellem parterne i tilfælde af tvivl, som en særlig fordeling af tvivlsrisikoen. Som eksempel anfører Eckhoff at to naboer i en grænsetvist deler området, såfremt der ikke skaffes tilstrækkelig oplysning om, hvilken ejendom grundstykket hører til ⁴⁷⁾. Da domstolen i dette tilfælde hverken lægger det ene eller det andet faktum til grund (hverken betragter den ene eller den anden af naboerne som ejere til (hele) grundstykket), er det ikke et rent eksempel på et forhold, som er omfattet af Eckhoffs definition af tvivlsrisikoen. Den materielle regel har inkorporeret tvivlssituationen som et særligt materielt faktum.

47) Eckhoff 1943 s. 12, jfr. definitionen s. 11-12.

Herefter vil jeg tage spørgsmålet op, hvorledes den omtolkning, som hermed er skitseret, må vurderes. De følgende bemærkninger er ikke udtømmende, idet jeg udskyder en række særlige forhold til senere omtale.

Det problematiske ved denne omtolkning er, at den angår en række regler ("bevisbyrderegler", regler om bevisbedømmelse), som har en på forhånd relativt veldefineret funktion, som ikke harmonerer med sandsynlighedsteoriens empiriske udgangspunkt. Der er derfor grund til at forvente, at der opstår konflikter mellem de synspunkter, som ligger bag sandsynlighedsteoriens omtolkning, og de synspunkter, som ligger bag de gældende bevisregler.

Disse konflikter vil vise sig ved, at der må knyttes en række forbehold og undtagelser til omtolkningen, som i høj grad betager den dens funktion som afklaring af reglernes betydning.

Dette kan illustreres ved en omtale af en regelgruppe, som i særlig grad skulle være egnet til en omtolkning, som den af sandsynlighedsteorien foreslåede.

I straffesager er det alment anerkendte udgangspunkt, at anklagemyndigheden bærer bevisbyrden for, at tiltalte er skyldig. Denne bevisbyrde-regel bliver i sandsynlighedsteoriens sprogdragt til, at det er en betingelse for domfældelse for strafbart forhold, at der foreligger en relativt høj grad af sandsynlighed for, at det kriminelle gerningsindhold er realiseret med tilstrækkelig subjektiv dækning ⁴⁸⁾. I tilknytning til denne vurdering om ulempen ved den urigtige afgørelse kan det specielt om straffesager fremhæves, at der, såfremt tiltalte anses skyldig, iværksættes en af det offentlige foranstaltet sanktion, der i hvert fald i et

48) Jfr. V.3.7. hvor jeg omtalte en beslutningsteoretisk bestemt beregning af den nødvendige sandsynlighed, der beroede på, hvorledes man vurderede forholdet mellem ulempen ved en urigtig frifindelse.

vist omfang indebærer individuelle foranstaltninger overfor den domfældte. Sådanne foranstaltninger har deres legitimation i, at den tiltalte er skyldig. De mister deres mening, såfremt tiltalte er uskyldig.

I den judicielle bedømmelse af det strafferetlige skyldspørgsmål forekommer det mig derfor, at man skulle finde den klareste eksemplifikation af en ren sandsynlighedskonstatering i forbindelse med en bevisbyrderegel, der uden videre kunne omtolkes til et kraftigt sandsynlighedskrav.

Som udgangspunkt er dette også tilfældet. Man kræver betydelig sikkerhed for at domfælde i straffesager. Men følger man f.eks. fremstillingen af spørgsmålet hos Ekelöf 1973 s. 103 f, er det klart, at der i bevisproblematikken indgår momenter, der vanskeligt kan forenes med den sandsynlighedsmæssige strukturering af bevisproblemet. For det første fremhæves det, at i mindre alvorlige sager, hvor tiltalte har tilstået, kan beviskravene svækkes. Tilståelsen bliver underkastet en ganske anden form for kontrol i alvorlige straffesager end i mindre straffesager (s. 108). Dette begrundes, ifølge Ekelöf, med at den tiltalte har en vis

"dispositionsrätt ... (hvorved) han genom sitt erkännande kunde åstadkomma att åtalet bifalles på en mindre grundlig utredning och därmed också på en svagare bevisning än då gärningen förnekas".

Et andet særligt synspunkt vedrører den situation, at tiltalte har fremsat et synspunkt for sit forsvar - da det kan være nødvendigt, at tiltalte fører bevis for dette synspunkt, uanset anklagemyndigheden bærer bevisbyrden. Tiltalte kan ikke forvente at en hvilken som helst indvending fra hans side skal føre til bevisførelse fra anklagemyndighedens side. Dette er sikkert i overensstemmelse med gældende ret ⁴⁹⁾. Men det gives hos Ekelöf et udtryk, som er vanskeligt foreneligt med sandsynlighedsteorien:

49) Jfr. eksempelvis Trolle s. 94, 97 f og nedenfor X.5.

"Förebringar den tilltalade ingen bevisning för sitt påstående trots att han bort kunna göra detta, såvida han talar sant, kan hans passivitet ha ett betydande bevisvärde". 50)

Ser vi på disse to udsagn hver for sig, ses det, at de forholder sig på forskellig måde til forholdet mellem bevisbyrde (sandsynlighedskrav) og bevisvurdering (konstateret sandsynlighed). I det første tilfælde sker der en forrykning af bevisbyrdepunktet eller dikotomiseringspunktet. Sandsynlighedskravet formindskes. Dette beror på, at "tilståelsen" skal lægges til grund, til trods for at den ikke har en sådan bevisværdi, at den ville kunne lægges til grund efter de almindelige sandsynlighedskrav. Tilståelsen indeholder nemlig en disposition over retssagens udfald, og denne disposition skal respekteres, såfremt det drejer sig om en mindre retssag. Derfor flyttes bevisbyrdepunktet.

I det andet eksempel tilskrives der partens passivitet en vis værdi. Forudsætningen for denne bevisværdi er, at den tiltalte "burde kunne føre bevis for sin påstand" (f.eks. en påstand om et vist alibi). Denne beskrivelse giver sikkert et korrekt udtryk for gældende (svensk/dansk) ret. Men det er vanskeligt at opfatte den som en ren empirisk bedømmelse af tiltaltes forhold. I så fald må bedømmelsen være formuleret rent empirisk, nemlig som et spørgsmål om, hvilken sandsynlighed der var for, at en person, der fremsatte en vis påstand om sin adfærd i det relevante tidsrum, har handlet som han påstår, til trods for at han ikke fører bevis herfor. Denne bedømmelse beror igen på en bedømmelse af, hvilke grunde der kan være til, at den tiltalte ikke vil føre disse beviser. Men således er Ekelöfs bemærkning ikke udformet. (Dette har den gode grund, at en sådan empirisk bedømmelse er nær ved det umulige. Dette indgår i det generelle synspunkt, som jeg har anført under VI.3. om umuligheden af at gennemføre nogenlunde præcise sandsynlighedsvurderinger i en række tilfælde. Dette tager jeg naturligvis ikke op igen i denne forbindelse).

50) S. 106 ved note 161.

4.3. Falsk contra ægte bevisbyrde

Bevisbyrderegler gælder for retsfakta. Hvis vi har et bestemt retsfaktum, eksempelvis om betaling af et gældsforhold har fundet sted, eller om en tiltalt havde forsæt med hensyn til en mindreårigs alder, gælder der for det pågældende retsfaktum en bestemt bevisbyrderegel. Den, der påstår at et gældsforhold er afviklet ved betaling, har bevisbyrden herfor. At der er sket betaling, må bevises med en relativ høj grad af sandsynlighed. Dette krav stilles uanset sagens nærmere forhold.

Den part, som bærer bevisbyrden, må ofte føre et bevis. Parten må, med andre ord, til støtte for sin opfattelse kunne henvise til et manifest bevis. Under den legale bevisvurdering var det netop karakteristisk, at et sådant manifest bevis var en nødvendig (og tilstrækkelig) betingelse for, at den part, der bær bevisbyrden, kunne få medhold. Under den fri bevisvurdering er kravet om et manifest bevis blevet svækket, idet det kan være tilstrækkeligt at kunne henvise til, at partens opfattelse støttes af ubestridte omstændigheder eller af notoriske fakta, som retten kan lægge til grund uden videre bevisførelse ⁵¹⁾.

Denne indsigt er udgangspunktet for, at sandsynlighedsteorien skelner mellem regler om den ægte bevisbyrde og regler om bevisførelsespligt eller den falske bevisbyrde ⁵²⁾.

Da disse begreber ikke er velkendte i dansk teori, skal jeg, inden de nærmere diskuteres, illustrere forholdet mellem den ægte og falske bevisbyrde ved et eksempel:

A sagsøger B med påstand om, at B dømmes til betaling af en gæld. (a) A fremlægger under sagen et gældsbrief. B påstår frifindelse med den begrundelse, at han har betalt. (b) Under

51) Jfr. eksempelvis Ekelöf s. 67.

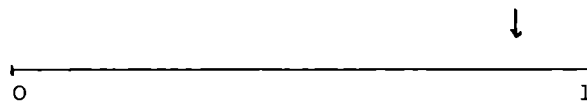
52) Hertil Ekelöf s. 67 f, Bolding s. 83 f. Eckhoff s. 17 og 35 foretrækker begrebet tvivlsrisiko for bevisbyrde, og betegner den falske bevisbyrde som bevisførelsesbyrde.

domsforhandlingen afgiver sagsøgte forklaring om, at han betalte uden at modtage kvittering i overværelse af to vidner, og de to vidner føres og bekræfter forklaringen.

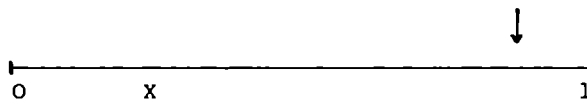
(c) A bestrider herefter, at disse forklaringer er korrekte.

Man kan i tilknytning til et sådant sagsforløb forestille sig en opgørelse af beviserne - en bevisvurdering - på sagens forskellige stadier og sammenholde denne bevisvurdering med det gældende beviskrav.

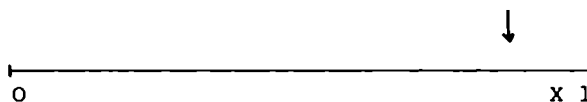
Det gældende beviskrav for betaling af et gælds-brev kan sættes til, at betaling må være godtgjort med en høj grad af sandsynlighed ("åbenbar"). Dette kan illustreres med et dikotomiseringspunkt godt til højre på sandsynlighedsskalaen:



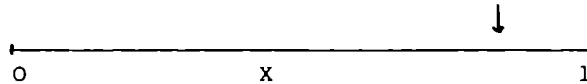
(a) Først fremlægges stævning med den bilagte dokumentation for kravet. Sagsøgtes forklaring om at have betalt står ubekræftet. Sagens sandsynlighed befinder sig langt til venstre på sandsynlighedsskalaen:



(b) Da sagsøgtes forklaring er blevet bestyrket af de to vidners forklaringer, rykker man godt op mod det tilstrækkelige bevis for betaling. Hvis vidnerne lyder pålidelige er beviset for betaling vel ført. Sagen befinder sig til højre for beviskravet:



(c) Sagsøgeren beviser, at de pågældende vidner opholdt sig et andet sted på det tidspunkt, de hævder at have overværet betalingen. Det tilstrækkelige bevis for betaling er igen rykket til venstre for beviskravet.



Det ses her, hvorledes den konstaterede sandsynlighed for betaling til enhver tid veksler, afhængig af den foreliggende bevissituation. Når bevissituationen sammenholdes med det gældende beviskrav, kan det sluttet, at enten den ene eller den anden af parterne må "føre bevis" for at opnå et gunstigt resultat af processen.

Forholdet mellem den ægte og den falske bevisbyrde kompliceres ved, at der i domsbegrundelser ofte benyttes henvisninger til den falske bevisbyrde på en sådan måde, at denne vanskeligt kan adskilles fra den ægte bevisbyrde ⁵³⁾. Eksempelvis kan det tænkes, at en tiltalt har gjort et alibi gældende uden at anføre noget til støtte for dette. Hvis anklagemyndigheden her iøvrigt har bevist tiltaltes deltagelse i det strafbare forhold tilstrækkeligt, kan det tænkes, at retten som begrundelse for at anse tiltalte for skyldig, henviser til, at den tiltalte "ikke overfor det af anklagemyndigheden fremførte har kunne bevise den af ham fremsatte påstand". I en sådan udtryksmåde vil være antydnet, at den tiltalte "bærer bevisbyrden" for sin uskyld. Det forlanges jo indirekte, at den tiltalte skal føre bevis for, at han

53) Jfr. Eckhoff s. 35.

befandt sig et andet sted end der hvor forbrydelsen blev begået. En sådan type af domsbegrundelse er velkendt. Sandsynlighedsteorien tager enten afstand fra den ⁵⁴⁾, eller man kan tage den til efterretning som en naturlig, omend lidt uklar udtryksmåde ⁵⁵⁾.

Jeg mener imidlertid, at man i tilknytning til denne sandsynlighedsteoretiske diskussion af forholdet mellem den ægte og falske bevisbyrde kan gøre to bemærkninger, som har principiel betydning for opfattelsen af bevisretten i almindelighed:

(1) Undertiden er den formulerede bevisbyrde-regel (lovregel) at opfatte som en "falsk bevisbyrde-regel", nemlig som en regel om en byrde til bevisførelse.

(2) Domsbegrundelser, der henviser til den "falske bevisbyrde" er ikke udtryk for en uklarhed eller manglende forståelse af den bevisretlige problemstilling men afspejler istedet en fundamental anden opfattelse af bevisretlig vurdering end den empiriske teori går ud fra. Den empiriske teoris kritik af denne domsformulering afspejler derfor en manglende forståelse for de vurderingsstrukturer, som faktisk følges i praksis.

Ad (1) Arvelovens §§ 56 og 57 indeholder to bevisbyrde-regler vedrørende beviset for indsigelse mod et testamente, henholdsvis et notartestamente og et vidnetestamente. Efter § 56 om notartestamentet skal notarens attestation på testamentet "anses som bevis for de af denne (attestationen) omfattede forhold, medmindre særlige omstændigheder giver grund til at betvivle påtegningens rigtighed". Efter § 57 om vidnetestamente skal testamentsarvingen "ved førelse af testamentsvidnerne eller på anden måde godtgøre, at testamentet er gyldigt oprettet". Hvis testamentsvidnerne

54) Således Bolding s. 109 f jfr. s. 83 f.

55) Eckhoff s. 17-20.

har attesteret, at testamentet er oprettet formelt korrekt, "skal dette anses for godtgjort, medmindre særlige omstændigheder giver grund til at betvivle påtegningens rigtighed", § 57 stk. 2.

Hvad er det nærmere indhold af disse bestemmelser? Som udgangspunkt for overvejelsen kan vi tage det eksempel, at en legal arving fremsætter den indsigelse, at testator ved oprettelsen var psykisk inhabil til at oprette testamente, jfr. arvelovens § 51. Udgangspunktet for en bedømmelse af en indsigelse om inhabilitet, er, at der må føres bevis for inhabiliteten. Inhabilitet kan kun lægges til grund, såfremt inhabiliteten er bevist. Når en notar har attesteret testators habilitet, anses denne attestations "som bevis for" habiliteten, § 56. Vidnernes attestations af testators habilitet har ingen bevisværdi efter loven, da "gyldigt oprettet" i § 57 kun sigter til de formelle oprettelsesbetingelser ⁵⁶⁾. Der bliver derfor den forskel ved notar og vidnetestamentet, at den, der vil anfægte et notartestamente må føre bevis mod habiliteten, dvs. mod notarens attestations rigtighed, mens den, der vil anfægte et vidnetestamente, vel har påberåbelsesbyrden - en indsigelse mod habiliteten må fremsættes - men testamentsarvingen må da fremføre beviser for testators habilitet.

Disse regler opfattes i litteraturen som bevisbyrderegler ⁵⁷⁾. Undertiden genfindes denne struktur i bevisbedømmelsen: U 1970 s. 71 H om et notartestamente fandt Højesterets flertal, at "det ikke ved de lægelige erklæringer og de afgivne forklaringer findes tilstrækkelig bestyrket", at testator var inhabil (mens mindretallet vurderede beviserne anderledes, men gik ud fra den samme bevisbyrderegel), mens U 1969.758 V om et vidnetestamente udtalte, at ved "den stedfundne bevisførelse, herunder de ... afgivne vidneforklaringer, må det anses godtgjort, at afdøde ved underskrivelsen ..., uanset at hun da må antages at have befundet sig i en ved alvorlig sygdom fremkaldt svaghedstilstand, har haft evne til fornuftsmæssigt at råde over sine ejendele".

56) Jfr. Harbou: Lidt om testamentsvidner i Festskrift til Borum s.179

57) Jfr. eksempelvis Danielsen: Kommentar til arveloven 1973 s. 249, Ernst Andersen Arveretten 1965 s.51-52,55-56,59, Trolle i Festskrift til Arnholm s. 758, Harbou s. 178-79.

Noget sikkert grundlag giver disse domme dog ikke for, at forskellen mellem notar- og vidnetestamente spiller en så dominerende rolle. Denne udvikling beror på de for habilitetsspørgsmålet i praksis væsentlige bevisdata: De retsmedicinske erklæringer og bedømmelsen af testamentets rimelighed. I ingen af disse to henseender har notartestamentet fortrin fremfor vidnetestamentet, bortset fra de tilfælde, hvor notaren indhenter en retspsykiatrisk erklæring forud for bekræftelsen af habiliteten.

I et sådant regelpar fremtræder den bevisretlige regulering som umiddelbar relateret til bevisførelsen. Hvilken betydning har dette? Det indebærer bl.a., at den falske eller subjektive bevisbyrde ikke blot kan betragtes som en afledning af den ægte bevisbyrde. Med en given ægte bevisbyrde, altså et givet sandsynlighedskrav, kan hver af parterne gøre op, hvem af dem der vil vinde, såfremt sagen afgøres på det "foreliggende grundlag". Den der efter en sådan bedømmelse vil tabe, er naturligvis ansporet til at fremlægge yderligere beviser, der kan ændre sagens bedømmelse i hans favør. At bære den falske bevisbyrde betyder herefter, ifølge sandsynlighedsteorien, at pågældende part vil tabe sagen, medmindre (yderligere) bevis føres, hvilket er muligt at gøre. Den falske bevisbyrde forudsætter den ægte bevisbyrde.

I og med at der i lovgivningen er optaget regler om bevisførelse, forekommer det mig, at opfattelsen af den af den falske bevisbyrde følgende ansporing til bevisførelse må betragtes på en anden måde. Arvelovens §§ 56 og 57 indeholder ikke blot en anvisning til den enkelte part, men er tillige et bedømmelsesgrundlag for dommeren. Det er ikke blot regler om, hvilken af parterne der skal føre bevis, men tillige regler om, hvorledes en sag skal afgøres af dommeren.

"Innan någon bevisning överhuvudtaget förebragts i målet, sammanfaller tydligen den falska bevisbördan med den äkta", Ekelöf IV s. 69. Dette kan omskrives til, at såfremt der ikke fremføres bevisdata, vil den der bærer den ægte bevisbyrde, tabe sagen. Om dette kan hævdes, som Ekelöf gør, i almindelighed, forekommer tvivlsomt. Det må bl.a. bero på de almindelige forhåndsantagelser, som kan gøres vedrørende det relevante faktum. Men disse forhåndsantagelser kan jo i så fald inkorporeres som bevisdata. Dette vil sandsynligvis være den argumentation, som kan anvendes med henblik på de ovenfor anførte arvelovsregler.

For sammenlignes de to arvelovsregler, er det jo tydeligt, at den falske og den ægte bevisbyrde ikke er sammenfaldende. Der er ikke mening i at kræve forskellig sikkerhed for habilitet, afhængig af oprettelsesmåden. Den ovenfor omtalte litteraturs bevisbyrdebegreb angår derfor den falske bevisbyrde: Fremlægges et notartestamente, og fremsættes inhabilitetsindsigelsen, påhviler den ægte bevisbyrde den, som påberåber sig testamentet, mens den falske bevisbyrde påhviler den, som anfægter notartestamentet, og som derfor må føre bevis mod notarattestationen. Men hertil kan - på linie med Ekelöfs udtalelser - anføres, at notarattestationen selv er et bevisdatum, hvis tilstedeværelse betinger den pågældende bevisregel.

Ad (2) I Domsbegrundelserne benytter man ofte udtryk, som i den litterære terminologi betegnes "falsk bevisbyrde".

Jeg finder, at der er grund til at fremhæve, at denne domsbegrundelsestype afspejler fundamentale vurderingsstrukturer, som ganske fornægtes i den sandsynlighedsteoretiske tolkning. Dette hænger sammen med en principiel mistolkning af forholdet mellem den ægte og falske bevisbyrde.

Som beskrevet ovenfor i tilknytning til eksemplet om debitors betaling, forestiller man sig, at den ægte bevisbyrde er konstant for hele sagen for det pågældende materielle retsfaktum, mens den falske bevisbyrde veksler mellem de to parter, efterhånden som den bevismæssige virksomhed skrider frem.

Lad os først forsøge at gøre den overvejelse af "bevisvirksomheden" klar, som er grundlaget for denne vekslende falske bevisbyrde. Når, i eksemplet ovenfor, debitor har fremført sine vidner, som har bekræftet betalingen, så siger vi, at den falske bevisbyrde nu påhviler kreditor. (Den ægte bevisbyrde påhviler under hele sagen debitor, idet betaling kun antages, såfremt der er en betydelig sandsynlighed for betaling). Hvilke bevisdata foreligger?

Foruden det skriftlige gældsbevis foreligger oplysningerne om at der ikke foreligger skriftlig kvittering, endvidere de to vidneforklaringer - og mere end det? Ja, det centrale

er jo, at det i bedømmelsen af de to vidners forklaringer vil indgå, at der ikke fra kreditors side er fremført beviser mod disse vidneforklaringer. Forudsætningen for at tillægge de to vidners forklaring afgørende betydning for sagens udfald, er, at der ikke fremkommer beviser, som dementerer disse vidneforklaringer. I enhver bevisvurdering indgår en bedømmelse ikke alene af de fremførte bevisdata (manifeste bevisdata), men også en konstatering af, hvilke bevisdata der ikke er fremført. Dette kan også udtrykkes på den måde, at den bevisværdi, der tilskrives de manifeste bevisdata forudsætter, at det netop kun er disse bevisdata, der er manifeste. Hvis andre bevisdata havde foreligget, ville bevisvurderingen have fået et andet resultat.

Med denne erkendelse udvikler forestillingen om den "falske bevisbyrde" sig i to begreber: (a) Den partsorienterede opportunistiske bedømmelse af, hvilke processuelle skridt, der er nødvendige for at forhindre en ugunstig afgørelse. (b) Den judicielt orienterede bedømmelse (under voteringen) af, hvilke momenter der indgår eller kan indgå i en bevisvurdering på et hvilket som helst tidspunkt af processen.

Den under (a) anførte betydning er den, som begrunder den pejorative betegnelse "falsk" bevisbyrde. Det er det vildledende, eller afledte, der begrunder denne betegnelse. Men den under (b) anførte betydning er central. Den angiver, at der i en bedømmelse af grundlaget for en bestemt antagelse indgår ikke blot en hensyntagen til de manifeste bevisdata, men tillige en vurdering af, hvilke "modbeviser" der kunne tænkes førte (manifesterede) i forhold til de manifeste bevisdata, hvilke krav der i denne henseende kan stilles til modparten, og dermed hvilken betydning der kan tillægges deres fravær ved bedømmelsen af de fremførte beviser.

Med den hermed antydede opfattelse bliver denne begrundelsestype ikke blot til et eksempel på den judicielle undvigelsesmanøvre, hvorved domstolene undgår at udtale sig om principielle retlige spørgsmål (her den ægte bevisbyrde), men et indicium på, at der i praksis følges nogle vurderingsstrukturer, som ikke lader sig fremstille af den empiriske teori.

4.4. Om juridisk vished og uvished

Hvor de manifeste bevisdata tilfredsstillende de krav, som de almindelige regler om juridisk vished stiller til beviset, lægges det beviste faktum til grund, og dette gælder uanset hvilken af parterne der bærer bevisbyrden. Hvor der ikke er etableret en sådan juridisk vished for en af de uforenelige påstande om faktum, bestemmer bevisbyrdereglen, hvilket faktum der skal lægges til grund, og dermed hvilken af parterne der skal tage sagen. Bevisbyrderegler bliver aktuelle, hvor dommeren ikke er nået til juridisk vished om det relevante faktum. - Dette er den klassiske læres system, hvor begreberne vished/uvished derfor indtager en central plads.

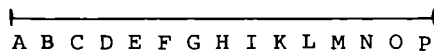
Sandsynlighedsteorien vil gennemføre en omtolkning af bevisretten, således at alle bevisretlige termer bliver ækvivalente med sandsynlighedsudtryk. Denne omtolkning er ovenfor beskrevet bl.a. med henblik på bevisbyrderegler. I dette afsnit skal jeg koncentrere mig om de juridiske begreber vished og uvished. Også disse skal omtolkes ifølge sandsynlighedsteorien, hvis opfattelse på dette punkt først og fremmest er udviklet af Bolding ⁵⁸⁾.

Jeg skal først redegøre for, hvorledes denne omtolkning foretages. I Boldings diskussion af omtolkningen tages udgangspunktet i, at bevisbyrderegler opfattes som sandsynlighedskrav: Bevisbyrderegler udtaler sig om, hvor stor sandsynlighed der skal kræves for, at en dom skal få et vist indhold (s. 55, s. 121 f). Da det tilstrækkelige bevis eller den juridiske vished i den klassiske teori var koordineret med bevisbyrderegler som en slags komplement, følger det uden videre heraf, at også det tilstrækkelige bevis eller den juridiske vished må opfattes sandsynlighedsmæssigt. Bolding antager derfor, at det ikke blot er uhensigtsmæssigt, men rent ud umuligt at skelne mellem disse forskellige regeltyper (s. 149). Ved analysen af det komplementære begreb uvished tages udgangspunktet i spørgsmålet, hvilken plads på sandsynlighedsskalaen de tilfælde har, om hvilke det kan være rimeligt at sige, at de er uvisse (s. 159 f). Herefter formuleres den samme problemstilling som i forbindelse med den juridiske vished, nemlig om uvisheden omtolket til et bestemt sandsynlighedsinterval har nogen selvstændig funktion ved siden af regler om bevisbyrde opfattet som

58) Navnlig Bolding 1951 s. 148 f, som det følgende bygger på.

regler om et bestemt sandsynlighedskrav.

Denne problemstilling illustreres gennem sandsynligheds-skalaen:



Faktum ikke-x

Faktum x

Vi forudsætter, at der gælder et bestemt sandsynlighedskrav, der følger af den gældende bevisbyrde-regel. Drejer det sig eksempelvis om det materielle faktum, hvorvidt en skadevolder har handlet culpøst, må det antages, at sandsynlighedskravet går ud på, at der må foreligge en relativ høj grad af sandsynlighed for den culpøse adfærd. Sandsynlighedskravet placeres ved N.

Hvilken funktion har det ved siden heraf at tale om juridisk vished eller tilstrækkeligt bevis for betaling?

Lad os tænke os de to regler stillet op ved siden af hinanden:

(1) Den skadelidende (sagsøger) bærer bevisbyrden for, at skadevolderen har handlet culpøst.

(2) Den skadelidende (sagsøger) behøver kun at gøre culpa sandsynlig - mens det ikke er nødvendigt at føre fuld bevis herfor. Boldings synspunkt er nu i al sin enkelhed, at når bevisbyrde-reglen (1) er omtolket til et sandsynlighedskrav, der er placeret på sandsynlighedsskalaen ovenfor, må reglen om det tilstrækkelige bevis som grundlag for juridisk vished (2) være overflødig. Hvis angivelsen af, at sandsynliggørelse af culpa er tilstrækkelig, kan danne grundlag for den modsætnings-slutning, at sandsynliggørelse er nødvendig for at culpa kan antages, er reglen om det tilstrækkelige bevis (2) simpelthen identisk med bevisbyrde-reglen. Den angiver en bestemt grænse for den nødvendige sandsynlighed for culpa.

På tilsvarende måde med hensyn til uvished: Uvished indgår først og fremmest som en beskrivelse af forudsætningen for at en bevisbyrderregel skal anvendes ⁵⁹⁾. Lad os tage følgende udtryk: "Bevisbyrderregler skal kun anvendes, såfremt uvished foreligger". Dette udsagn indeholder to elementer, nemlig dels at bevisbyrderregler ikke altid skal anvendes, selvom der skal tages stilling til spørgsmål om faktum, dels at de kun anvendes under betingelse af uvished. Når vi nu, som Bolding, har placeret bevisbyrderreglen som et bestemt sandsynlighedskrav på skalaen, må det heraf følge, at man i enhver sag må tage stilling til, om den i sagen konstaterede sandsynlighed befinder sig til højre eller til venstre for den gældende bevisbyrderregels sandsynlighedskrav. Bevisbyrderregler anvendes i enhver sag, hvor der skal tages stilling til faktum, og spørgsmålet om uvished er irrelevant. Hvis uvished omtolkes til et bestemt interval på sandsynlighedsskalaen, et interval der må placeres omkring sandsynligheden 0,5 - så udgør det blot en komplikation af regelsystemet, som er ganske unødvendig (s. 161).

Jeg skal vende tilbage til de teoretiske synspunkter, som en omtolkning som den her beskrevne beror på. På dette sted skal kun nogle mere specifikke problemer knyttet til denne omtolkning behandles. Min første indvending går på, at der i argumentationen mod regler om tilstrækkeligt bevis uden videre er sket en indsnævring af disse regler, idet man drøfter spørgsmålet i forbindelse med et bestemt materielt tema, f.eks. spørgsmål om culpa i en bestemt situation. Eftersom bevisbyrderreglen, i sandsynlighedsteoriens omtolkning, er blevet til et sandsynlighedskrav med henblik på et specielt materielt retsfaktum, er det klart, at en regel om et bestemt sandsynlighedskrav (tilstrækkeligt bevis) for samme materielle retsfaktum, er overflødig. Men reglerne om tilstrækkeligt bevis var ikke specifikke for bestemte materielle retsfakta. Tværtom var udgangspunktet, at et tilstrækkeligt bevis krævede fuldt bevis eller juridisk vished, og loven definerede, hvilke manifesterede bevisdata der var nødvendige for at etablere denne juridiske vished. For specielle materielle retsfakta forekom afvigelser herfra, der som regel var legalt bestemte. Det kunne fastslås, at en sandsynliggørelse eksempelvis var tilstrækkelig. Men denne

59) Jfr. Boldings henvisninger s. 152 note 48, s. 159.

materielle bestemmelse af reglerne om et tilstrækkeligt bevis er altså undtagelsen og ikke, som hos Bolding, hovedreglen. Hermed er en væsentlig forudsætning for "overflødighedssynspunktet", s. 156, s. 157-58, bortfaldet.

En anden forudsætning for Boldings argumentation er, at enhver bevissituation kan placeres på en sandsynligheds-skala. At altså enhver "vished" eller "uvished" med hensyn til det materielle retsfaktum kan omskrives til en antagelse af en vis sandsynlighedsgrad for det relevante faktum. Med konstateringen af denne (visse) sandsynlighedsgrad er den videre bedømmelse uden problemer, idet den konstaterede sandsynlighedsgrad sammenholdes med det gældende sandsynlighedskrav.

Denne forudsætning er, som jeg nærmere har argumenteret for i almenhed ovenfor VI.3., ikke rigtig. Det kan ikke som almen beskrivelse af den judicielle faktum-bedømmelse hævdes, at der altid sker en konstatering af en bestemt sandsynlighedsgrad. Jeg vil på et senere tidspunkt trække forskellige former for "uvished" frem, hvorved kan vises, hvilken betydelig indskrænkning af synsfeltet der er foretaget, når man, som sandsynlighedsteorien, kun arbejder med forestillinger om bestemte sandsynlighedsgrader for det relevante faktum.

På baggrund af disse urigtige forudsætninger kan det konstateres, at Bolding slet ikke når frem til at stille det relevante problem: Forholder det sig således, at der om bestemte bevisdata kan hævdes, at de i almindelighed altid vil tilvejebringe en sådan sikkerhed for det relevante faktum, at en videre undersøgelse af det mere specifikke beviskrav i den pågældende sag ikke er nødvendig? Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, kan sådanne bevisdata betragtes som en slags fortsættelse af det legale bevisteoris tilstrækkelige bevis, f.eks. de to samstemmende vidner. Men en undersøgelse heraf finder man ikke i sandsynlighedsteorien.

Afslutningsvis skal tilføjes, at selvom man accepterer den forudsætning, at enhver bevisvurdering har karakter af en sandsynlighedsvurdering (man kan istedet sige: også i de tilfælde, hvor bevisvurderingen har karakter af en sandsyn-

lighedsvurdering), er det meningsfuldt at anvende en begrundelsestype og en bedømmelsesstruktur, der refererer til vished/uvished.

Ved den materielle regel åbnes oftest mulighed for 2 handlingstyper: Tiltalte kan straffes eller frifindes, der kan pålægges erstatningspligt eller frifindelse, sagsøgers ejendomsret anerkendes eller sagsøgte frifindes osv. Sandsynlighedsteorien vil på tilsvarende måde opfatte den bevismæssige bedømmelse som en diskrimination imellem to grupper svarende til dommerens to handlemuligheder. I det følgende skal gives eksempler på, at der er et praktisk behov for at foretage bevisbehandlingen i et "tredelt rum", hvor man anvender sådanne begreber som (juridisk) vished - uvished, tilstrækkeligt bevis - bevisbyrde, overbevisning - tvivl.

Vi kan stille spørgsmålet under hvilke betingelser man kan forvente, at en judiciel bevisbedømmelse resulterer i, at dommeren anfører, at der er vished om det relevante faktum.

(a) I visse tilfælde er det retligt usikkert, hvilken af parterne der bærer bevisbyrden. Anvendelsen af vishedsbegrundelsen fritager dommeren for at tage stilling til dette retlige tvivlsspørgsmål. Dommeren kan, hvis sagen tillader det, nøjes med at konstatere, at beviset har en sådan styrke, at det pågældende faktum må lægges til grund, uanset hvilken bevisbyrde, der måtte være gældende. Bedømmelsen af, om vished i denne forstand foreligger, må ske under hensyntagen til hvilket materielt emne sagen drejer sig om ⁶⁰⁾.

I visse tilfælde kan man gøre sig overvejelser over, hvilket indhold et beviskrav mod den ene eller den anden af parterne ville have, afhængigt af hvem bevisbyrden pålægges. Det er muligt at man ved denne bedømmelse vil nå til, at beviskravet må være strengere mod den ene - hvis denne skal bære bevisbyrden - end mod den anden - hvis denne skal bære bevisbyrden. Juridisk vished har man konstateret, når der er ført et bevis for det vedkommende faktum, som er tilfredsstillende, såfremt den der hævder dette faktum har bevisbyrden ⁶¹⁾.

60) Anderledes ved alternativ 1) og 2) hos Bolding s. 160.

61) Anderledes ved alternativ 3a) hos Bolding s. 161

(b) Domstolen er klar over, hvilken af parterne der bærer bevisbyrden, men det er uklart, hvilket præcist beviskrav der følger heraf. En præcis bestemmelse af beviskravet bliver unødvendig, når det førte bevis har en sådan styrke, at det er tilstrækkeligt efter den strengest tænkelige vurdering. Hvis man ved udtrykket vished sigter til de tilfælde, hvor der foreligger fuldt bevis, og vil benytte betegnelsen "åbenbar" for de endnu stærkere grader af bevis, vil domstolen ikke kunne benytte betegnelsen "vished", men vil kunne henvise til, at der er ført et "tilstrækkeligt bevis" for det vedkommende faktum. Ofte vil det blot siges, at "det lægges til grund ...".

En positiv angivelse af uvished som element i motivering af en faktumbedømmelse kan tænkes i to principielt forskellige situationer:

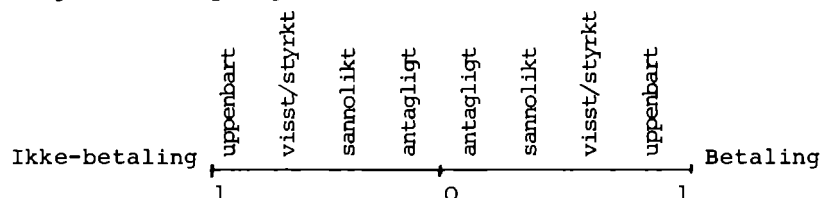
(c) Uvisheden kan være resultat af en indgående bevisførelse og analyse af denne. Dommeren "kan ikke finde ud af det". Parterne har givet modstridende forklaringer, og hver har haft støtte i nogle bevisdata, og de foreliggende data er forsøgt indordnet under forskellige hypoteser, men det har ikke været muligt at opnå noget harmonisk resultat.

(d) Uvisheden kan fremhæves som begrundelse for en afvisning af at gå ind på en nøjere undersøgelse og overvejelse. Dommeren kan gøre sig klart, at han, når hele aktbunken er gennemarbejdet, vidnerne afhørte, og materialet analyseret vil kunne nå frem til en bestemt opfattelse af sagens sammenhæng, men dette arbejde udføres ikke. Uvished eller uklarhed kan i denne forstand indgå i en funktionel opgavefordeling mellem forskellige myndigheder. En sådan uvished kan føre til, at dommeren undlader at tage stilling til det pågældende faktum, eller at han negligerer det pågældende materiale. En sådan organisation udelukker ikke, at domstolen tager stilling til de enkle, "klare" sager.

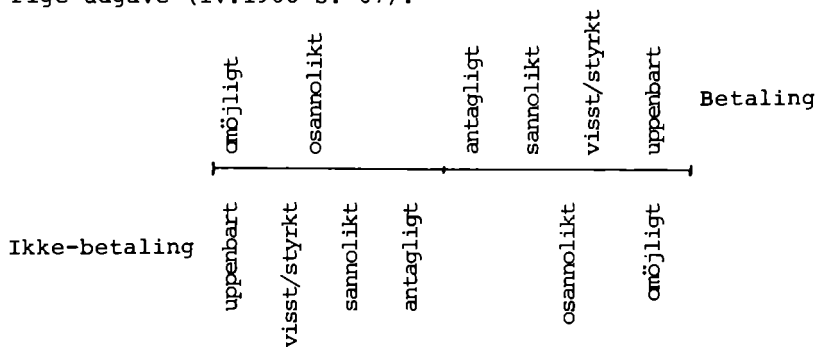
4.5. Ekelöf's "nye linie"

Under gennemgangen af den sandsynlighedsteoretiske opfattelse af bevisvurderingen nævnte jeg, at Ekelöf i sin seneste

fremstilling af bevisretten har ændret opfattelse af forholdet mellem sagens bevisfakta og sandsynlighedsvurdering, og denne ændring får tillige betydning for bevisbyrden. Han angiver følgende sandsynlighedsskala (IV, 1973 s. 63):



Denne skala kan sammenholdes med den, som fandtes i den forrige udgave (IV.1968 s. 67).



I skalaen fra 1968 var sandsynligheden for faktum (f.eks. at skyldneren har betalt) komplementær til sandsynligheden for negationen af faktum (at skyldneren ikke har betalt), idet summen af de to sandsynligheder er 1. I den nye skala findes en sådan komplementaritet ikke: Termerne antageligt, sandsynlig, visst, betegner nu ikke

"sannolikheten av att gäldenären betalt respektive inte betalt, såvida man tar dette uttryckssätt i dess betydelse inom de exakta vetenskaperna. Ett påstående härom grundas ju på bevisningen i målet eller m.a.o. på sannolikheten för att bevismaterialet orsakats av en situation, i vilken betalningen ingår, respektive inte ingår som ett moment. Av att det förra är förhållandet kan man visserligen med säkerhet dra den slutsatsen att skulden likviderats. Men antag att bevismaterialet ej kauserats på detta sätt. Härav kan man inte dra den slutsatsen att skulden är olikviderad, ty gäldenären kan ju mycket väl ha betalt utan att detta kauserat det föreliggande bevismaterialet. Enbart av det förhållandet att bevismaterialet saknar bevisvärde kan man inte dra några slutsatser alls! Och ej heller kan man av att betalning är sannolik dra den slutsatsen att det i en motsvarande grad är osannolikt att skulden är olikviderad. Vidare följer härav att schemats mittpunkt betecknar fullständig ovisshet i frågan om det skedde eller icke skedde någon betalning vid det ifrågavarande tillfället". Ekelöf IV 1973 s. 63.

Det her citerede er indføjet i en i hovedsagen iøvrigt uforandret fremstilling. Men det er klart, at det må få omfattende konsekvenser for opfattelsen af bevisvurderingen.

På dette sted vil jeg fremdrage nogle problemer i forbindelse med konsistensen mellem denne opfattelse og den opfattelse af bevisretten, som Ekelöf iøvrigt giver udtryk for.

(1) Lad os for det første se på, hvilken konsekvens denne skematiske opstilling har for den situation, at ingen relevante bevisfakta foreligger. Denne situation må kunne side-stilles med den af Ekelöf omtalte, at bevismaterialet savner bevisværdi. Der kan altså ikke drages nogen slutninger. Man befinder sig altså i "fuldstændig uvished".

Denne situation falder så at sige udenfor en sandsynligheds-teoretisk model. I sandsynlighedsmodellen arbejder man med antagelser af varierende sandsynlighed fra 0 - 1. Uvished kan eventuelt omtolkes til en sandsynlighedsgrad omkring 0,5 (eller et andet punkt på sandsynlighedsskalaen). Sandsynligheden 0 betegner, at vedkommende faktum er udelukket, men hos Ekelöf betegner det, at såvel ikke-betaling som betaling er udelukket. Dette svarer til at påstå, at hverken F eller negationen af F, hvilket er logisk falsk. - Det bemærkes, at denne kritik ikke er rammende, når man foretager en ændring af temaet for sandsynlighedsvurderingen, jfr. (3).

(2) Det er almindeligt antaget i nyere bevisteori, at den part der bærer bevisbyrden ikke nødvendigvis behøver at føre beviser frem. At bære (den "ægte") bevisbyrden impli-cerer ikke en nødvendighed af, at den pågældende part frem-lægger manifeste bevisdata. Dette antager også Ekelöf, IV, 1973 s. 67, hvor der bl.a. nævnes "notoriske fakta" som grundlag for den antagelse, at der er betalt.

Hvorledes indgår sådanne notoriske fakta i sandsynligheds-modellen. Hvilken plads har almindelige erfaringssynspunkter?

Når den sandsynlighed, som skal bedømmes, er sandsynligheden for at de frembragte bevisfakta (manifeste bevisdata) er for-årsaget af de to mulige retsfakta, og der ikke er fremlagt noget bevisfaktum, forekommer sådanne omstændigheder ikke at kunne indgå. Hvis der ikke er noget bevisfaktum, er der ikke nogen kausalsandsynlighed at bedømme. Man er i uvished. Men hvorfor ikke tage hensyn til forhåndssandsyn-

ligheden for pågældende faktum?

Sandsynlighedsmodellen harmonerer heller ikke på dette punkt med Ekelöfs øvrige antagelser.

(3) Ekelöf taler overalt, bortset fra det ovenfor citerede stykke, om, at det er sandsynligheden for det materielle retsfaktum der interesserer. Det er denne sandsynlighed, der er bestemmende for, hvilket faktum der lægges til grund. I det citerede stykke såvel som i den angivne "nye linie" er det derimod sandsynligheden for at bevismaterialet (de manifeste bevisfakta) står i kausal forbindelse med retsfaktum. Dette vil ofte være en anden sandsynlighed.

Mod Ekelöfs interesse for denne sandsynlighed må indvendes at udgangspunktet for en bedømmelse af disse spørgsmål må være den materielle ret, der tydeligvis lægger vægt på, om det materielle faktum antages eller forkastes. Til brug for denne beslutning indhentes bevismateriale. I et vist omfang har det interesse at undersøge årsagsforholdet mellem bevismateriale og retsfaktum, men denne undersøgelse er kun middelbart af interesse, nemlig som et led i en mellemregning, der skal føre frem til en bedømmelse af sandsynligheden for retsfaktum.

Da Ekelöf ikke har udviklet sin teori nærmere ⁶²⁾, kan det blot konstateres, at der foreligger en divergens på dette punkt.

5. Erfaringer og præsumtioner

5.1. Erfaringer og bevisbyrde

Kan bevisbyrde regler baseres på sandsynlighedsberegninger?
spørger Bolding og svarer benægtende:

62) Jfr. Ekelöf s. 63 note 2 b.

"Alla sannolikhetsförhållande skola beaktas inom ramen för bevisvärderingen. Det är icke rimligt, att grunda bevisbörderegler på sannolikhetsberäkningar" 63).

Dette harmonerer med den enkle model, som sandsynligheds-teorien arbejder med: Dommerens stillingtagen til et faktisk spørgsmål i en retssag er en funktion af dels vurdering, dels erkendelse. De vurderingsmæssige hensyn viser sig i bevisbyrdereglen, idet det af denne fremgår, med hvilken sikkerhed eller sandsynlighedsgrad det pågældende faktum skal være bevist for at kunne lægges til grund. Den judicielle erkendelse er rettet mod en konstatering af sandsynligheden for faktum. Den judicielle bedømmelse går udelukkende ud på en sådan sandsynlighedskonstatering.

Spørgsmålet er nu, om denne model er holdbar, om den harmonerer med de judicielle og legale reguleringer af bevisretten. Vi må se på de forskellige former, hvorunder erfaringer, hensyn til det sædvanlige o.l., kan indgå i begrundelser.

Almindelige erfaringer vedrørende retsfaktum. Et par eksempler kan belyse problemet: Et konkursbo kan i medfør af Konkurslovens §§ 20 eller 21 søge afkræftet (omstødt) sådanne dispositioner som betaling af uforfalden gæld, betaling med usædvanlige betalingsmidler og sikring af ældre gæld, som foretages kort tid før konkursen. En betingelse for afkræftelse er, at skyldneren var insolvent, og at kreditor vidste eller burde vide dette. Konkursboet har bevisbyrden for insolvens og ond tro ⁶⁴⁾. Denne regel begrundes med, at selve foretagelsen af sådanne dispositioner "... i sig selv

63) Bolding, s. 78.

64) Jeg ser bort fra nuancerne mellem bevisbyrde og formodning, som har mistet betydning, sml. Tybjerg 1904, s. 11.

(giver) grund til at tro, at skyldneren i langt de fleste tilfælde, der omfattes af bestemmelserne, var insolvent, og at dette var kendeligt for kreditor" ⁶⁵⁾. Et udsagn af denne type er formentlig, hvad man betegner som en sandsynlighedsberegning, der tjener som begrundelse for bevisbyrde-reglen. - En af Bolding omtalt dom indeholder en mere speciel anvendelse af samme synspunkt: En aftale om køb af en pels var indgået, og sælgeren forlangte købesummen betalt, medens køberen hævdede, at der var blevet givet kredit i 10 år. Underretten gik ud fra den regel, at eftersom de af køberen hævdede vilkår var så usædvanlige, måtte det påhvile køberen at bevise ("styrka") dem ⁶⁶⁾. De af den ene part hævdede kontraktvilkår kan være så usædvanlige, at han bærer bevisbyrden for dem.

Hvilke indvendinger har Bolding mod sådanne reguleringer?

(1) I bevisvurderingen indgår generelle sandsynlighedsforhold, idet de påvirker sandsynligheden for det relevante faktum. Hvis de tillige indgår i en begrundelse for en bevisbyrderegel, får de betydning to gange, og dette kan næppe være rigtigt ⁶⁷⁾. - Denne indvending opfatter jeg som en teknisk præget indvending vedrørende den samlede bedømmelse af erfaring og bevisdata. Opfattet på denne måde er indvendingen ikke holdbar. Der er ikke nogen dobbeltvirkning i følgende ræsonnement over beviset for ond tro i afkræftelsessituationen: Under visse generelle betingelser er sandsynligheden for ond tro tilstrækkelig stor, og ond tro antages derfor, når der ikke er fremført noget mod-

65) Gomard: Skifteret (1969) s. 231, jfr. f.eks. Brækhus: Konkursrett (1967) s. 100, og H.Munch-Petersen: Den danske Retspleje IV (1925) s. 75

66) Jfr. N.J.A. 1948.554, der omtales hos Bolding s. 78 f, sml. Almén v/Eklund (1960) s. 127 f. Underretten siger strengt taget, at vilkårene var "usædvanligt förmånliga", men udeladelsen af det understregne har ikke betydning her.

67) Bolding s. 79, jfr. Eckhoff s. 88

gående bevisdatum. Under visse specielle betingelser - nemlig når der er fremført et vist bevis mod ond tro - kan sandsynligheden for ond tro være mindre og måske utilstrækkelig, i hvilket tilfælde ond tro ikke antages. Ved bedømmelsen af beviserne mod ond tro må man tage hensyn til den generelle erfaring ⁶⁸⁾. - Dette synspunkt er ikke knyttet til noget bestemt dikotomiseringspunkt, ej heller overvægtsprincippet.

(2) Boldings anden indvending går ud på, at en sandsynlighedsberegning som grundlag for en bevisbyrderegel indebærer, at erfaringssynspunktet får større betydning, end hvad der er motiveret fra et rent sandsynlighedsmæssigt synspunkt. Ved bedømmelsen af, om der er indrømmet en kredit på 10 år ved et pelskøb, fremstår det på forhånd som usandsynligt, at en sådan aftale skulle være indgået. Under sagen afgives forklaringer, der giver en vis støtte for denne kreditaftale. Sandsynligheden for de 10 års kredit bliver altså noget større end i almindelighed, men de afgivne forklaringer støtter ikke den lange kredittid i en sådan grad, at retten tør lægge til grund, at der foreligger 10 års kredit. Med en sådan udgang af sagen har erfaringssynspunktet bag bevisbyrdereglen bestemt sagens udfald i en situation, som sandsynlighedsmæssigt ikke bæres af erfaringssynspunktet ⁶⁹⁾. Denne kritik beror på den forudsætning, at et hvilket som helst relevant bevisdatum for det (ellers) usædvanlige skulle medføre, at dikotomiseringspunktet blev overskredet (beviskravet opfyldt). Men en vis margin kan være praktisk. Eksempel:

Når en kreditor har anført enkelte data til støtte for sin gode tro, gælder den almindelige sandsynlighed for ond tro vel ikke længere. Men denne erfaring kan begrunde krav om bevisdata af en vis større vægt end, hvad der er nødvendigt for at blot mindske sandsynligheden for ond tro den mindste smule.

68) De intuitive overvejelser, der foregår i praksis, kan sammenholdes med en formel fra den elementære sandsynlighedsregning, Bayes' teorem, der angiver, hvordan sandsynligheden for en hypotese - at kreditor var i ond tro - påvirkes af udfaldet af senere eksperimenter - bevisførelsen eller den konkrete sags bevisdata. Jfr. herom ovf. V.3.4.

69) Bolding s. 80-81, jfr. Ekelöf 1973, s. 86.

(3) Boldings kritik kommer til kort overfor en sammenhæng mellem erfaring og bevis, som især O. Augdahl har påpeget, omend ikke særligt klart ⁷⁰⁾. I bedømmelsen af 'erfaringerne' kan indgå en erkendelse af bevismulighederne. Den omstændighed, at et bevis ikke er ført, tiltrods for at det ville være muligt, hvis parten havde ret, taler mod parten ⁷¹⁾. Dette synspunkt kan imidlertid udtrykkes i en bevisbyrderregel som en regel om nødvendighed af manifest bevis.

Når der føres bevis "mod en erfaring" er det ikke sikkert, at beviset skal være så stærkt, at det usædvanlige er bevist med en høj grad af sandsynlighed. Ved bedømmelsen af erfaringssynspunkter bag bevisbyrderregler består den mulighed, at en afsvækkelse af den erfaringsbegrundede sandsynlighed er tilstrækkelig ⁷²⁾. - Når den, der bærer bevisbyrden, har ført et tilstrækkeligt bevis, skal den anden part tabe sagen, hvis denne ikke fører et modbevis. Man taler om den falske bevisbyrde. Når en legal bevisbyrderregel, der er begrundet i en erfaringssætning, opfattes således, at den på erfaringen begrundede sandsynlighed blot skal afsvækkes, fremstår den legale bevisbyrderregel som en "falsk bevisbyrde" ⁷³⁾.

De erfaringsbegrundede bevisbyrderreglers funktion kan forsøges beskrevet mere generelt: Bevisbyrderregler er aktuelle, når der er gjort modstridende påstande gældende, f.eks. om en aftale om pelskøb indeholdt vilkår om 10 års kredit eller ej. Man mener at vide noget om, hvilke af sådanne påstande der i almindelighed "efter livets erfaring" er nærmest ved sandheden. En bevisbyrderregel indeholder da en angivelse af, hvilken af påstandene der skal tages som udgangspunkt. Man angiver en udgangshypotese, mod hvilken den anden part må kæmpe eller argumentere. Man regulerer ikke blot vurderinger: Når du har lo-

70) Jfr. O. Augdahl s. 64 (pkt. 2)

71) Jfr. Bolding s. 124 note 98, sml. Ekelöf IV s. 87 f.

72) Jfr. Ekelöf 1968 s. 85 v. note 60 og s. 104.

73) Når erfaringssynspunkter og bevisdata betragtes på denne måde, fremstår det som vildledende at sammenligne forholdet mellem erfaringssynspunkter og bevisdata med forholdet mellem sandsynligheden for en etter med en sekskantet og med en ottekantet terning, sml. Bolding s. 81.

vet noget, skal du opfylde det. Den, der har stjålet, skal straffes osv. Også den judicielle opfattelse af faktum reguleres. Man kan sige, at en erfaring kan være "gældende". Som et middel til at indføre en erfaring som gældende, har man blandt andet bevisbyrderegler. Erfaringen kan sikre en gunstig andel af objektivet rigtige afgørelser og kan legitimere dommerens forkastelse af parternes bestræbelser. Denne funktion forspildes i det omfang, modbevis accepteres. Bedømmelsen af beviser er forbundet med betydelig usikkerhed. Man frygter skinbeviset og er derfor tilbøjelig til at negligere bevisførelsen. Man kræver altså meget af modbeviset. ⁷⁴⁾

Undertiden fungerer bevisbyrderegler, som i dag fremtræder som erfaringsbegrundede, som incitament til bevissikring. De fleste skyldnere, som ikke kan bevise betaling gennem kvittering, har ikke betalt. Skyldnere bærer bevisbyrden for betaling. Om det er en bevisbyrde-regel, der har skabt en betalingsvane, eller en sædvane, der har begrundet en bevisbyrde-regel, er ikke bestemmende for opfattelsen af reglens betydning i dag. Tilfælde, hvor en bevisbyrde-regel har virket på eller haft mulighed for at virke på de fænomener, som den angår, adskiller sig fra det almindelige erfaringsproblem ⁷⁵⁾. At skyldneren bærer bevisbyrden, animerer nemlig skyldneren til at sikre sig bevis ved betaling. Dette incitament influerer på forholdet mellem skyldnere uden kvittering, som har betalt, og skyldnere uden kvittering, som ikke har betalt. Bevisbyrdereglenes præventive betydning eller dens effekt influerer på de data, som bevisbedømmelsen arbejder med. Dette kan lede til en sammenføjning af bevisbyrde- og bevisbedømmelses-synspunkter, fordi beviskravene påvirker de sociale handlinger, som er grundlaget for bevisbyrdereguleringen.

74) Se som eksempel den tidligere omtalte § 22 i konkursloven. Det beskrevne synspunkt forklarer, at man går fra en erfaringsbegrundet bevisbyrde-regel til en objektiv regel, jfr. konkursbetænkningen nr. 606 (1971) s. 140, sml. s. 141, og forslagets §§ 66 og 69. De i teksten omtalte afkræftelsesregler er ikke ændret ved ændringsloven af 26/6 1975.

75) Ekelöf s. 85-86 negligerer vist denne forskel.

Ekelöf tager afstand fra erfaringsbegrundede bevisbyrde-regler af denne type ⁷⁶. Bevisbyrdesager er atypiske, og det generelle sandsynlighedsforhold gælder ikke, hvor man påstår noget ellers usædvanligt. - Denne betragtning er central, men tager vistnok grunden væk under den "statiske" sandsynlighedsfortolkning: For hermed erkendes betydningen af en 'udvælgelsesfaktor', som ellers ikke analyseres. Dette vender jeg tilbage til.

5.2. Præsumptionsregler om faktum er overflødige

Et af bevislitteraturens traditionelle emner er præsumptionerne (formodningerne), de forskellige præsumptionstyper, deres forhold til materielle regler og deres betydning for den judicielle vurdering. Efter den svensk-norske sandsynlighedsteori savner præsumptions- eller formodningsbegrebet selvstændig betydning. Den faktiske præsumption henføres under bevisvurderingen, den retlige præsumption, som der kan føres modbevis mod, opfattes som en bevisbyrde-regel, og den uafbeviselige præsumptionsregel reduceres til den materielle regel. Denne opfattelse må fremtræde som en forenkling af tidligere litteraturs fortænkte spekulationer. Men denne forenkling har sin pris.

I den følgende undersøgelse tager jeg mit udgangspunkt i den klassiske tredeling af præsumptionerne, som er grundlaget for den svenske teoris behandling af problemerne. Gennemgangen af de tre præsumptionstyper tilsigter ikke i opposition mod den svenske opfattelse at dokumentere behovet for en sådan tredeling. Intentionen er for det første at påvise, at der bag disse præsumptionstyper gemmer sig reelle vurderinger og reguleringer, som ikke kan finde et adækvat udtryk indenfor den svenske teori. Jeg vender mig herved mod den svenske teoris rationelle reduktion: Man begynder med den iagttagelse, at der forekommer visse fænomener, som af andre betegnes præsumption. Man ræsonnerer over emnet og indser, at disse fænomener udtømmende dækkes af visse andre begreber, og man griber da ragekniven: Begrebet præsumption er overflødigt ⁷⁷).

76) Ekelöf s. 85-86.

77) Se straks nedenfor om radikale og moderate.

Undersøgelsen vil endvidere vise, at hvis den svenske teori vil forenes med disse vurderinger og reguleringer, må den opfattes som et rent terminologisk apparat.

Jeg begrænser mig i det følgende til den faktiske præsumtion for senere at vende tilbage til den retlige præsumtion og den præsumtion, der ikke kan modbevises. En faktisk præsumtion (faktisk formodning, *presumptio facti*) indeholder en antagelse af et vist faktum (det præsumerede faktum) på grundlag af forekomsten af et andet faktum (det præsumerende faktum). Det karakteristiske for den faktiske præsumtion i den svenske teori er, at den er baseret på en erfaringssætning ⁷⁸⁾ og ikke tildeler det præsumerende faktum større betydning, end sandsynligheden motiverer ⁷⁹⁾. Finder sådanne præsumtioner udtryk i lovgivningen, har det kun betydning ved at anvise et vist bevisfaktum som hensigtsmæssigt, mens vurderingen af dette afhænger af domstolen. Sådanne præsumtioner indgår derfor i bevisvurderingen, og begrebet herom er overflødigt ⁸⁰⁾.

Det er ikke første gang, at den faktiske præsumtion søges ekskluderet, men den svenske teoris opfattelse indgår som en nødvendig eller i hvert fald naturlig konsekvens af sandsynlighedsmodellen. Den faktiske præsumtion indeholder en sandsynlighedsvurdering. I det omfang denne model konfronteres med forekommende regler og beskrivelser, må man kunne antage, at det bevismæssige bedømmelseskriterium er det sandsynlighedsmæssige, og at der er mulighed for at konstatere en sandsynlighedsværdi. Ingen af disse to antagelser kan hævdes så generelt som forudsat i sandsynlighedsmodellen.

For den faktiske præsumtion betyder dette, at grundlaget for at antage det præsumerede faktum kan bero på andet end sandsynlighedsmæssige forhold, og at der er tilfælde, hvor en konstatering af den "naturlige sandsynlighedsværdi" ikke kan finde sted.

78) Ekelöf 1973, s. 76

79) Bolding s. 134 note 13

80) Ekelöf 1973, s. 76 og Bolding s. 134 f.

En regulering gennem en præsumtion indebærer, at dommeren som sin embedsmæssige opfattelse af den pågældende del af sagens sammenhæng lægger lovens regel til grund. Om lovens regel stemmer med en "naturlig" sandsynlighedsværdi eller ej, er normalt ikke noget praktisk problem, da denne værdi ikke kendes ⁸¹⁾.

Det er nok rigtigt, at formodningen ikke har samme funktion som under den legale teori. Og hidtidige præsumtioner kan fortsætte som 'erfaringssætninger' eller indicier ⁸²⁾. Men det er dog ikke begrundet at udelukke, at der forekommer retningslinier for 'erfaringssætninger' i lovgivning eller i judiciel praksis.

5.3. Retlige præsumtioner er bevisbyrderegler

Den retlige præsumtion opfattes i sandsynlighedsteorien som en særlig type af bevisbyrderegler. En retlig præsumtion angiver, at den præsumerede omstændighed skal lægges til grund, medmindre der føres et modbevis ⁸³⁾. Præsumtioner adskiller sig fra bevisbyrderegler ved at forudsætte, at den præsumerende omstændighed foreligger ⁸⁴⁾. Dette bevirker en begrænsning af det materielle tema ⁸⁵⁾. Den præsumerende omstændighed tillægges større betydning end, hvad der ville følge af en almindelig sandsynlighedsvurdering ⁸⁶⁾. De overvejelser, der ligger bag en præsumptionsregel, er ganske de samme som de overvejelser, der begrunder en bevisbyrderegel ⁸⁷⁾. Den retlige præsumtion har ingen betydning inden for bevisvurderingen og indeholder således ikke nogen undtagelse fra princippet om fri bevisbedømmelse ⁸⁸⁾.

81) Det er udtrykt på den måde, at det ikke er dommeren, men loven, der slutter fra præsumtionsbasis til den præsumerede omstændighed, jfr. Rosenberg: Die Beweislast (1965) s. 219, der heraf slutter, at en faktisk præsumtion ikke er et indgreb i den fri bevisvurdering!

82) Bolding s. 134, v/note 12, Ekelöf s. 76.

83) Bolding s. 140, Ekelöf s. 77 f.

84) Ekelöf s. 79.

85) Bolding s. 138.

86) Bolding s. 136. Herved er formentlig forudsat, at den præsumerende omstændighed har en vis sandsynlighedsværdi.

87) Bolding s. 139

88) Bolding s. 140 og 143, Ekelöf s. 78.

Præsumptionsregler beror ofte på en antagelse af en erfaringsmæssig sammenhæng mellem det præsumerende faktum og det præsumerede faktum: En svigagtig oplysning, som kan være af betydning for en disposition, har som oftest fremkaldt den trufne disposition - en stævningsmands påtegning er et bevis af betydelig værdi for, hvad der er foregået ved forkyndelsen ⁸⁹⁾. Sådanne præsumptionsregler leder tanken hen på de bevisbyrderegler, der er motiveret af en erfaring eller lovmæssighed. Jeg har tidligere nævnt, at den svensk-norske sandsynlighedsteori forkaster sandsynlighedsberegninger eller hensyntagen til det sædvanlige som grundlag for bevisbyrderegler. Denne forkastelse er vanskelig at forene med, at retlige præsumptionsregler betragtes som bevisbyrderegler.

Det kan være praktisk at skelne mellem to typer af præsumptionsregler: (a) Retlige præsumtioner der er knyttet til et bestemt materielt tema, f.eks. ægteskabslovens § 22.

(b) Retlige præsumtioner der er knyttet til et bestemt bevismiddel, en bestemt type af manifesterede bevisdata, f.eks. en stævningsmands påtegning om forkyndelsens forløb ⁹⁰⁾.

Denne sondring anvendes ikke i sandsynlighedsteorien. De retlige præsumtioner opfattes entydigt som bevisbyrderegler, dvs. regler der angiver et bestemt sandsynlighedskrav, som er betinget af at den præsumerende omstændighed foreligger.

(a) Efter retsvirkningslovens § 22 kan ægtefæller oprette en fælles fortegnelse over deres fælles bo og særeje. Det er op til domstolene at afgøre en sådan fortegnelses beviskraft. Den tilsvarende svenske regel er mere kategorisk. Efter GB 6:9 skal en behørigt oprettet fortegnelse om, hvem ægtefællernes ejendom tilhører, "äga vitsord såfremt ej visas eller må på grund av särskilda omständigheter antagas att den är riktig". Erklæringens fordeling skal altså lægges til grund, medmindre det må antages at erklæringen er urigtig.

89) Sml. Bolding s. 137 og 140.

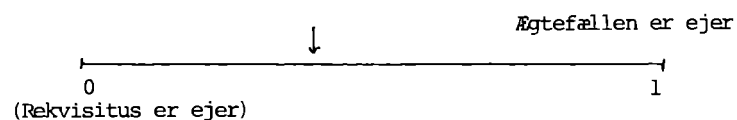
90) Begge typer omfattes af Ekelöfs begreb 1973 s. 79, der bevarer det som et selvstændigt begreb, modsat Bolding.

Lad os tænke os at en kreditor ønsker udlæg i en mands ejendom, og denne hævder, at vedkommende genstand tilhører hans hustru. I denne konflikt vil sandsynlighedsteoriens opfattelse af bevisreglen indebære, at bevisbyrden for rekvisiti ejendomsret påhviler rekvirenten, såfremt rekvisitus har kunnet fremlægge en sådan fortegnelse som anført i loven. Denne bevisbyrderegel afviger fra den i almindelighed gældende, hvorefter bevisbyrden for den anden ægtefælles ejendomsret påhviler rekvisitus /ægtefællen. De to regler kan illustreres med den velkendte sandsynlighedsskala:



Dette er den almindelige bevisbyrderegel. Der stilles et relativt stort beviskrav med hensyn til beviset for, at ægtefællen er ejer af de ting, som befinder sig i rekvisiti besiddelse, og som der ønskes udlæg i.

Fortegnelsens fremlæggelse ændrer bevisbyrdefordelingen:



Her er bevisbyrden "omvendt", dvs. beviskravet er rykket mod venstre.

Jeg mener, at denne opfattelse af en sådan præsumptionsregels betydning er ganske misvisende. Dette beror på, at sandsynlighedsteorien ensporet antager, at bevisretlig regulering udelukkende er sandsynlighedskrav, mens enhver regulering af "erkendelsen" er udelukket. En sådan opfattelse kan ganske vist udmærket fremstilles som en teoretisk model, men når den anvendes til tolkning af et gældende retssystem, kommer man i vanskeligheder.

Det forekommer vanskeligt at komme udenom, at en bevisregel som den citerede først og fremmest har betydning ved 1) at angive en bestemt bevistype som normalt tilstrækkeligt bevis.

for derved 2) at anvise hvorledes den part, der bærer bevisbyrden, kan løse sin opgave. Reglen angår altså først og fremmest en bedømmelse af et manifest bevisdatum, nemlig ægtefællernes (formbundne) erklæring. Dette bevisdatums betydning kan søges forklaret også ud fra en sandsynligheds-teoretisk opfattelse. Hvis den skriftlige erklæring er fremlagt, følger det af lovreglen, at erklæringen som bevisdatum er tilstrækkeligt, dvs. at reglen placerer sagens sandsynlighed til højre for beviskravet:



Reglen er ikke blot en angivelse af, at erklæringen tilvejebringer en tilstrækkelig sandsynlighed, men indeholder tillige en let gennemskuelig forudsætning om, hvor beviskravet befinder sig.

På denne baggrund bliver det temmelig misvisende, når Bolding vil hævde, at det er nøjagtigt de samme overvejelser, der bestemmer sådanne retlige præsumtioner, som iøvrigt er bestemmende for bevisbyrderegler. For det er klart at en regel som den foreliggende netop i høj grad er bestemt af overvejelser over mulighederne for fremskaffelse af beviser, jfr. Bolding, s. 139.

Ved bedømmelsen af ejendomsretsspørgsmålet "bör rätten uppenbarligen ta hänsyn till förteckningens naturliga bevisvärde, ty annars försvåras en riktig uppskattning av bevismaterialet i dess totalitet", Ekelöf s. 78, der tager dette til indtægt for at opfatte GB 6:9 som en bevisbyrderegul vedrørende ejerspørgsmålet, ikke en legal bevisværdiregel.

Vi ser her, hvorledes Ekelöf betragter alternativet enten at anse reglen for en bevisværdiregel, der fraviger det fri bevisvurderingsprincip, eller betragter den som en bevisbyrderegul. Det sidste foretrækkes, eftersom man derved kan inddrage fortegnelsens naturlige bevisværdi, i modsætning til dens legale bevisværdi. Dette er nødvendigt for at fortegnelsen skal kunne indgå i forbindelse med andre bevisdata.

Det forekommer åbenbart, at min fortolkning er bedre i overensstemmelse med loven: Der stilles næppe store krav til kreditors bevis mod fortegnelsen (for rekvisiti ejendomsret), men det vil være næsten umuligt at flytte - som nødvendigt efter den svenske teori - den konkrete sandsynlighed fra højre (overvejende sandsynlighed for ægtefællen) til venstre (rekvisiti er ejer) ⁹¹⁾.

Ad (b) Retlige præsumtioner vedrørende bevisdata, der ikke er knyttet til bestemte materielle fakta, fandtes tidligere i vidt omfang i den processuelle regulering ⁹²⁾.

Forholdet mellem de forskellige beviskrav er mere kompliceret her på grund af den manglende binding mellem bevismiddel og materielt faktum. Lad mig illustrere problemstillingen med henblik på en retsbogsudskrift:

A påstår, at B har lovet ham en ydelse. Den almindelige bevisbyrderegel må her antages at gå ud på, at et sådant løfte kun antages, såfremt der foreligger betydelig sikkerhed for, at løftet er afgivet. Da B benægter at have afgivet et sådant løfte, søger A det bevist. Han fremlægger en udskrift, hvori et vidne C afgiver en forklaring, der støtter A's opfattelse. B anfægter, at vidneforklaringen er rigtigt refereret.

Der opstår nu to spørgsmål: Dels et spørgsmål om sandsynligheden for om et løfte er afgivet, dels et spørgsmål om hvilken forklaring der er afgivet i retten. Bevisreglen for udskriften gælder umiddelbart kun for retsforklaringens indhold. Lad os se på de forskellige kombinationsmuligheder.

91) Sml. ovf. 4.3., især ad Arvelovens bevisregler.

92) F.eks. retsplejelovens § 37 om retsbogen, der afgav "bevis for, hvad der er foregået under retshandlingen ...; modbevis er ikke udelukket", § 158, hvorefter en stævningsmands påtegning om forkyndelse afgav bevis for det som ifølge påtegningen er foregået, mv. Disse regler ophævedes i forbindelse med revisionen af forkyndelseskapitlet 17. Tilsvarende regler findes i tvistemålsloven § 264, om retsbogen § 133, svensk delgivningslag § 24.

(1) Det oprindelige materielle emne dominerer: Man kan opfatte situationen således, at hele procesmaterialet, herunder tvivlen om, hvad C har forklaret i retten, indgår ved bedømmelsen af, hvilken sandsynlighed der er for, at løftet er afgivet. Den konstaterede sandsynlighed sammenholdes med det for løfter gældende sandsynlighedskrav. Herved negligeres reglen om retsbogsudskriften. Den mister så at sige sin betydning i det øjeblik, at den anfægtes. Dette kan ikke være i overensstemmelse med loven.

(2) Præsumptionsreglen opfattes som selvstændig i forhold til det materielle tema: Præsumptionsreglen sætter så at sige "bevismidlets rigtighed" som et selvstændigt tema. Hvis B's anfægtelse af referatet ikke tillægges synderlig betydning, bliver resultatet, at retsbogen uden videre lægges til grund. Den tvivl om retsbogens indhold, som følger af anfægtelsen, negligeres. Dette er en følge af, at retsbogsudskriften simpelthen lægges til grund. Også ved bedømmelsen af sandsynligheden for at et løfte er afgivet, negligeres den tvivl, der er om C's forklaring. Bevisbyrdereglen med hensyn til retsbogsreferatet udskiller så at sige et tvivlsmoment ved den senere bedømmelse efter bevisbyrdereglen for løftet. Det følger af denne opfattelse, at et moment af en "bevisbyrderegulering" indgår ved fastsættelsen af sandsynligheden for løftet. Dette følger af, at visse bevisdata (retsbogsudskriften) på forhånd er underkastet en bedømmelse i henhold til en særlig bevisbyrderegel. Resultatet af denne bedømmelse er en dikotomisering som efter enhver anden bevisbyrderegel. Hændelsesforløbet i retten er "sikkert". Dette resultat indgår i bedømmelsen af beviset for løftet, uden at samtlige momenter relevante for bedømmelsen af retsbogsudskriften indgår heri.

(3) Endelig kan man opfatte præsumtionen som en til det materielle faktum (løftet) hørende bevisbyrderegel, der tematisk afgrænses til de tilfælde, hvor udskrift er fremlagt. Eftersom en udskrift er fremlagt, forandres bevisbyrdereglen med hensyn til løftets afgivelse. Bevisbyrden kommer til at påhvile den, der anfægter det bevisfaktum, der ligger i retsbogsudskriften, og som har betydning for bedømmelsen af løftet. Denne fortolkning følger den linie, som blev beskrevet ovenfor ad (a). Men da drejede det sig om en præ-

sumptionsregel med hensyn til et (manifest) bevisdatum, der var knyttet til et bestemt materielt faktum. Dette gav fortolkningen en vis mening. Her virker det absurd, om et vilkårligt bevismiddel skulle begrunde en omrokering af bevisbyrdereglen.

Disse spørgsmål ville ikke give den legale bevisteoris tilhængere skrupler. Hvis vidneforklaringen indeholdt en beskrivelse af det relevante faktum, kunne den sammen med andet bevis udgøre et tilstrækkeligt bevis. Man kunne ikke skelne mellem mulighederne (1) og (2). Den under (3) anførte mulighed kunne heller ikke udskilles, når man generelt krævede bestemte typer af bevisdata (bevismidler) anvendt ⁹³⁾.

Sandsynlighedsteorien vil ikke betragte de retlige præsumtioner om undtagelser fra princippet om fri bevisbedømmelse ⁹⁴⁾. Denne opfattelse må anses som rent terminologisk: Den klassiske bevislære havde regler om bevisbedømmelse og regler om bevisbyrde. Bolding identificerer bevisvurdering med sandsynlighedsbedømmelse, Bolding s. 78 note 1. Den legale præsumtion indeholder ifølge definitionen en regel, der afviger fra, hvad der ville følge af en sandsynlighedsvurdering ⁹⁵⁾. Heraf følger, at den legale præsumtion ikke indeholder en sandsynlighedsvurdering og dermed ikke en bevisvurdering. Men denne terminologiske tilrettelæggelse klarlægger intet med hensyn til, hvorledes den judicielle opfattelse af faktiske forhold opbygges, hvilke reguleringsmidler der anvendes i denne henseende, og hvilket forhold der er mellem de forskellige reguleringstyper.

93) Såvidt ses holder Bolding til den under (2) anførte opfattelse, Bolding s. 142.

94) Bolding s. 143 jfr. s. 139-40, Ekelöf s. 78

95) Bolding s. 78 ved note 1, s. 136 ved note 18

5.4. Præsumtioner uden modbevis

Den tredje præsumtionstype, præsumtiones juris et de jure, kort præsumtioner uden modbevis, er Bolding og Ekelöf enige om at ekskludere ⁹⁶⁾. Det karakteristiske for denne præsumtionstype er, at når det præsumerende faktum foreligger, antages det præsumerede faktum ubetinget, idet modbevis ikke kan føres. Relevant for sagens udfald bliver således, om det præsumerende faktum foreligger eller ej, mens lovens angivelse af, at et præsumeret faktum kan antages, bliver et overflødigt vedhæng. Som grundlag for overvejelsen af denne regeltypes placering kan tages kriminaliseringen af bilkørsel med en vis minimal promille af alkohol. Man kan her sammenholde den danske regel med den svenske regel:

(a) Færdselslovens § 16, stk. 1: En bil må ikke føres af nogen, der har nydt spiritus i et sådant omfang, at han er ude af stand til at føre bilen på fuldt betryggende måde.

(b) Lag om straff för vissa trafikbrott, 4 § 1 mom., (1). Den som vid förande av en bil varit så påverkad av starka drycker, att det kan antages, att han icke på betryggande sätt kunnat föra fordonet, dömes för rattfylleri. (3) Hade förare af bil en alkoholkoncentration i blodet av 1.5 promille eller däröver, skall han anses hava varit så påverkad av starka drycker, som i förste stycket sägs.

Den danske lovbestemmelse lægger op til, at domstolene i hver enkelt sag bedømmer, om spiritusindtagelsen har betydet, at chaufføren ikke kunne køre på fuldt betryggende måde, mens den svenske lovbestemmelse for personer med en promille, der er på 1.5 eller større, definitivt har fastsat et strafansvar. At en fører med 1.5 promille eller mere ifølge præsumptionsreglen skal anses at være påvirket, indeholder ikke nogen reel begrænsning i strafansvaret, men udtrykker kun motivet for kriminaliseringen.

I den judicielle bedømmelse i dansk praksis tillægges alkoholpromillen naturligvis stor betydning. Domfældelse

96) Bolding s. 133, Ekelöf s. 76 f

er i hvert fald "overvejende sandsynlig, hvis blodalkoholpromillen på kørselstidspunktet må antages at have overstegit 1.0" ⁹⁷⁾, og domfældelse er formentlig praktisk taget sikker, såfremt promillen er 1.5 eller større. De synspunkter, som følges i den danske retspraksis, kan beskrives på forskellig måde: (1) Det kan hævdes, at der foregår en fri judiciel bedømmelse af sandsynligheden for uegnethed, en bedømmelse, der oftest fører til, at uegnethed antages på grund af den store promille, idet sandsynligheden for uegnethed ved 1.5 promille er meget stor. (2) En anden mulighed er at lægge vægt på, at praktisk taget enhver sag med en så stor promille fører til domfældelse, således at der (efterhånden) reelt ikke foregår en sådan sandsynlighedsbedømmelse, men udelukkende en konstatering af et bestemt datum, nemlig promillen. Man kan tale om en fikseret vurdering. Fikseringen er i dansk ret sket i judiciel praksis. Dette nødvendiggør et mere omfattende begrebsapparat til forståelse af praksis end det rent empiriske. (3) Endelig kan man tage skridtet fra den fikserede vurdering til at hævde, at det eneste, der har interesse, er promillens størrelse, således at det reelt er kriminelt at køre med en så stor promille. Det eneste, der adskiller denne retstilstand fra den svenske, er, at den i Sverige har fået udtryk i loven, mens den i Danmark er gennemført judicielt.

De forskellige fremstillingsmåder kan dække over samme realiteter eller i hvert fald nogle af dem, og valget mellem dem kan derfor forekomme underordnet, men bag den fremstillingsmæssige beslutning ligger en stillingtagen, som er af større betydning:

Man kan centrere opmærksomheden om den judicielle bedømmelse. Ønsker man en praktisk redegørelse for de regler, der er bestemmende for tilrettelæggelsen af en bevisførelse og for dommerens overvejelse af bevisførelsen, må uafbevislige præsumtioner - i overensstemmelse med den svenske sandsynlighedsteori - i reglen fremtræde som en tilsløring af den sande

97) Jfr. Betænkning vedr. spirituspåvirkede motorførere nr. 515 (1969) s. 22.

regel. Dette modificeres kun i det omfang, uafbevisligheden modificeres, nemlig når der gøres forsøg på en bevisførelse for, at det foreliggende tilfælde ikke stemmer med den generelle erfaring, der ligger bag reglen. Men normalt holder den judicielle bedømmelse sig inden for de legale rammer, og hvad der falder uden herfor, falder uden for ens interesseområde.

En bredere opfattelse nås ved at sammenholde den legale og den judicielle vurdering. Man får herved indblik i den totale officielle opfattelse, dvs. såvel den judicielle som den legislative opfattelse af faktiske forhold, der tillægges betydning ved vurderingen af de handlinger, der kan vælges mellem. Man får herved et bredere grundlag for at sammenligne forskellige reguleringsindgreb. I bestræbelserne for at holde spiritus fra trafikken kan man formulere et tema til judiciel bedømmelse, nemlig køreegnethed og gå ud fra, at der ved bedømmelsen heraf anvendes et vist sandsynlighedskrav, eller man kan til judiciel bedømmelse opstille et tema, der svarer til et bevisdatum af tilfredsstillende værdi for køreegnethed. De to reguleringsmåder kan føre til samme resultat, hvis den judicielle bedømmelse af sandsynligheden for uegnethed udelukkende beror på alkoholpromillen, og denne bedømmes på samme måde som ved den legislative bedømmelse. Men den judicielle bedømmelse af køreegnethed kan tage hensyn til andre omstændigheder end alkoholpromillen. Litterære udtalelser herom kan være en verbal tribut til princippet om fri bevisbedømmelse. Eller datamængden kan virkelig være større, og spørgsmålet bliver da, om disse data er relevante, hvorledes deres relevans bedømmes af domstolene, og forholdet mellem fordelene ved en større sandsynlighed for rigtige afgørelser og besværet med den udvidede datamængde ⁹⁸⁾.

98) Sml. ovf. II.3.

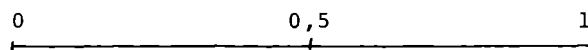
6. Argumentation om bevisbyrderegler. Overvægtsprincippet

6.1. Den rene empiri

I dette afsnit skal jeg behandle de argumentationer, som gøres gældende af sandsynlighedsteoriens tilhængere, for de bevisbyrderegler, som de hævder som gældende. Analysen af disse argumenter tilsigter at fremdrage nogle centrale træk af den teoretiske opfattelse af den bevisretlige regulering, som kommer til udtryk i denne argumentation. Jeg vil navnlig beskæftige mig med forholdet mellem bevisbyrderegler som sandsynlighedskrav og bevisbyrderegler som regler om en af parternes bevismanifestation. Endvidere udtrykker argumentationen om bevisbyrderegler grundlæggende opfattelser af forholdet mellem den retlige regulering og den sociale virkelighed, som reguleringen indgår i.

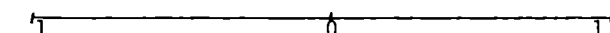
Jeg omtaler først den opfattelse af den bevismæssige regulering, som forekommer mig på den mest anskuelige måde at udtrykke de grundlæggende opfattelser vedrørende forholdet mellem den bevisretlige regulering og de samfundsmæssige forhold, som en sandsynlighedsteori kan give. Dernæst kompliceres billedet efterhånden.

Eckhoff og Bolding går ind for overvægtsprincippet som den almindelige regel eller i hvert fald som udgangspunktet for overvejelser af, hvilken af parterne der skal bære bevisbyrden. At overvægtsprincippet er gældende, er ensbetydende med, at dikotomiseringspunktet er 0,5 ⁹⁹⁾:



I sager, hvor den konstaterede sandsynlighed for det relevante faktum er mindre end 0,5 skal faktum forkastes. I sager, hvor sandsynligheden for det relevante faktum er større end 0,5, skal faktum antages. Hvorledes sager, hvor sand-

99) Efter kausalitetsteorien er selv det mindste udslag fra 0-punktet, dvs. uvished, afgørende:



Den følgende analyse bygger på Eckhoff-Boldings bevisteori.

sandsynligheden for og mod faktum er nøjagtig lige stor (næmlig 0,5), står åbent ¹⁰⁰⁾. Efter overvægtsprincippet er enhver sandsynlighedsovervægt i den ene eller den anden retning afgørende for det faktiske spørgsmåls bedømmelse, uanset hvor ubetydelig overvægten er ¹⁰¹⁾.

Denne regel, at det mest sandsynlige faktum lægges til grund, tages kun som udgangspunkt, ikke som en ubetinget gældende almen regel. At denne regel eller dette princip er udgangspunkt betyder, at overvejelser over bevisbyrdespørgsmål tager som udgangspunkt den situation, at overvægtsprincippet var gældende, for på denne baggrund at diskutere, hvorvidt der er grund til, at den ene eller den anden part bærer bevisbyrden, altså at man afviger fra sandsynlighedsskalaens midtpunkt til den ene eller den anden side ved udformningen af beviskravet.

Det er ganske beskedent, hvad der findes af illustrationer på anvendelse af overvægtsprincippet ¹⁰²⁾. Men som det stadig tilbagevendende eksempel har man den situation, at to børn muligt er blevet forvekslede på en fødselsklinik, og spørgsmålet er, hvilken af de to mødre/forældre børnene hører til ¹⁰³⁾. I en sådan sag er der ikke andet hensyn at tage, end at nå den størst mulige sikkerhed for, at den antagelse der gøres med hensyn til forældreskabet er korrekt ¹⁰⁴⁾

Når man anskuer sandsynlighedsskalaen som en linie fra 0 - 1, kan det forekomme vilkårligt at man knytter sig så afgørende til dens midtpunkt, sandsynligheden 0,5. Hvad er argumentationen for dette standpunkt? I Boldings omfattende analyse af argumenterne for og mod overvægtsprincippet som udgangspunkt for den bevisbyrdemæssige regulering henvises først og fremmest til, at overvægtsprincippet vil være egnet til,

100) Eckhoff s. 64 f.

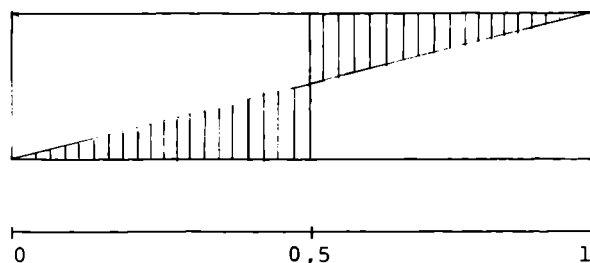
101) Bolding s. 28, jfr. s. 86. Jfr. også Eckhoff s. 64.

102) Jfr. Ekelöf s. 103 note 147.

103) Jfr. Bolding s. 88, Ekelöf s. 100, der henviser til Olivecrona i Rett og Dom s. 220 f om forveksling af to heste.

104) Jfr. om pretendenttvister Eckhoff s. 149.

at antallet af materielt urigtige domme bliver så beskedent som muligt. Endvidere medfører det, at de urigtige afgørelser fordeles lige mellem de to kategorier af parter, jfr. Bolding, s. 96. Tankegangen illustreres ved følgende figur: (Bolding s. 95).



Ved overvægtsprincippet fordeles afgørelserne således: I sagerne til venstre for den lodrette midterstreg antages faktum ikke-F. I sager til højre for midterlinien antages faktum F.

Vi kan for hver enkelt sandsynlighedsgrad spørge os en antagelse om, hvor stor en andel af urigtige afgørelser, der forekommer. Eksempelvis i sager, hvor sandsynligheden for faktum er 0,7: At sandsynligheden er 0,7, indebærer (betyder?), at ud af en betydelig mængde af sådanne sager vil faktum foreligge i 70% af sagerne, mens ikke-faktum foreligger i 30% af sagerne. Hvis faktum antages i alle disse sager - eftersom sandsynligheden er større end 0,5 - er andelen af urigtige afgørelser altså 30%. Figuren illustrerer geometrisk, hvorledes en tilsvarende beregning vil falde ud for andre sandsynlighedsgrader. Resultatet vil være, at 25% af sagerne, nemlig det skraverede areal, vil blive afgjort forkert. Forrykkes dikotomiseringspunktet, vil andelen af urigtige afgørelser stige.

Denne bedømmelse af overvægtsprincippet konsekvenser beror imidlertid på nogle ganske afgørende forudsætninger:

For det første er det en forudsætning, at der ikke er nogen relevant forskel imellem de materielle retsfølger, som den ene eller den anden af de to mulige antagelser (faktum og ikke-faktum) indebærer. Jeg tænker herved ikke på, at det er ligegyldigt om afgørelsen er rigtig eller ej, om barnet kommer det rette sted hen. Men på den materielle definering af retsfølgen: Den er ens for de to forældrepar = udlevering af et barn. Men i en straffesag er der - som følge af straffereglen - forskel mellem om en person, der er tiltalt for et strafbart forhold, løslades og forlader retten som en fri person, eller hensættes i en langvarig fængselsstraf.

Denne forudsætning udtrykker Bolding ved at henvise til, at overvægtsprincippet forudsætter at en fejlagtig dom i den ene retning ikke er værre end en fejlagtig dom i den anden retning, jfr. s. 87, s. 90 ved note 24, s. 105. Andre steder tales dog om fordelingen af rigtige ctr. urigtige afgørelser, jfr. s. 90 ved note 22, s. 116. Denne henvisning til muligheden for urigtighed er imidlertid for begrænset (jfr. V.3.7.). Også materiel forskel i den "rigtige" afgørelse må indebære, at intentionen "at komme det sande så nær som muligt" bliver utilstrækkelig.

Den anden forudsætning er, at den judicielle afgørelse ikke har nogen konsekvens for så vidt angår bevismaterialet. I det omfang den judicielle bevisbedømmelse ved at følge visse stabile kriterier påvirker de beviser, som fremlægges i retten, indebærer dette, at sagerne forrykkes på en sådan måde, at overvægtsprincippet ikke længere realiserer forventningen om at maksimere antallet af rigtige afgørelser ¹⁰⁵⁾. Hvis det derimod kan antages, at en bestemt større sandsynlighedsgrad (beviskrav) kan indebære, at parterne fremskaffer bedre bevismateriale, vil en sådan skærpet bevisregel give større sikkerhed for rigtige afgørelser ¹⁰⁶⁾.

105) Jfr. Eckhoff s. 64, 67 f

106) Sml. bl.a. Trolle i UfR 1952 s. 279-88.

De synspunkter, som fremføres i tilknytning til overvægtsprincippet, har ikke blot interesse som elementer af en rets-politisk diskussion om bevisretten, men afspejler en mere principiel opfattelse af den judicielle bedømmelse af faktum. Jeg har kaldt de teorier, som tager overvægtsprincippet som udgangspunkt, for rent empiriske opfattelser, fordi de forekommer mig i udpræget grad - i betragtning af de nævnte to forudsætninger - at anskue den judicielle erkendelse af faktum som en rent teoretisk indsigt om et vist socialt fænomen, som iøvrigt ikke påvirkedes af den judicielle erkendelsesvirksomhed. At den judicielle erkendelse er rent teoretisk, viser sig i, at man ser bort fra, at praktisk taget samtlige materielle regler netop går ud på, at diskriminere, dvs. at knytte forskellige materielle retsfølger til antagelsen eller forkastelsen af det relevante faktum, hvorfor overvægtsprincippets første forudsætning så at sige altid er falsk. De anførte eksempler fra fødselsklinikken illustrerer vanskeligheden ved at forene udgangspunktet med virkeligheden. At den judicielle erkendelse sker i social isolation afspejler sig i, at forholdet mellem de retningslinier, som den judicielle erkendelse følger (overvægtsprincippet) og de sociale data, som er grundlaget for den judicielle bedømmelse (parternes bevisførelse), betragtes i gensidig isolation. Parternes adfærd før og under processen påvirkes ikke af, hvorledes deres bevisførelse kan forventes at blive bedømt ved retten.

Fremførelsen af overvægtsprincippet som bevisretligt udgangspunkt kan teorihistorisk betragtes som en fortsættelse af den betoning af bevisbedømmelsen, som jeg har beskrevet, IV.5. Bevisbedømmelsen - i modsætning til bevisbyrdeafgørelsen - beroede på en erkendelse af, at et vist faktum kunne lægges til grund, at dommeren var nået til en overbevisning om et vist faktum. Grænsen for, hvornår en overbevisning kunne nås, kunne udvides således at ikke blot det visse, men efterhånden tillige det faktum, som forekom (væsentligt) mere sandsynligt end dets negation, kunne indgå i en overbevisning. I overvægtsprincippet er denne gradvise "erobring" af terræn fra bevisbyrdereglerne ført til ende. I en hvilken som helst sag skal det konstateres, hvilket faktum der er mest sandsynligt, og dette faktum lægges så til grund.

Denne teoretiske tradition bagved overvægtsprincippet forklarer, at man undertiden opfatter overvægtsprincippet som et alternativ til en bevisbyrde-regel ¹⁰⁷⁾. Udfra det rent empiriske synspunkt, at der skal dikotomiseres afhængig af en vis sandsynlighed, er der ikke noget specielt ved sandsynligheden 0,5 som dikotomiseringspunkt.

Denne sammenhæng med tanken om en friere judiciel bedømmelse forklarer formentlig tillige, at såvel Eckhoff s. 9-10, s. 65 som Bolding kap. I antager, at overvægtsprincippet er afgørende, når det gælder den judicielle stillingtagen til retsspørgsmål. Der skal også her træffes en afgørelse uden at usikkerheden med hensyn til de bestemmende faktorer - gældende ret - generelt kan siges at skulle gå ud over den ene eller den anden af parterne. Overvægtsprincippet i denne forståelse udtrykker blot dette, at dommeren træffer den afgørelse, som forekommer ham bedst begrundet. Som vejledning for den judicielle afgørelse er et sådant synspunkt indholdsløst: Gør dine grunde op for at foretrække den ene eller den anden løsning, og vælg så den som er bedst begrundet. Der mangler her en målestok for, hvorledes begrundelsens kvalitet (kvantitet) gøres op. - Det samme kan ikke siges vedrørende faktum. Her er indføjet den målestok, der følger af sandsynlighedsmodellen. Basér din afgørelse på det faktum, som er mest sandsynligt.

Denne sammenstilling har formentlig større betydning for tiltroen til overvægtsprincippet end man umiddelbart tror. At bygge sin praktiske beslutning på det "overvejende sandsynlige" fremstår som den selvfølgelige retningslinje, fordi "overvægten" baseres på en bedømmelse af alle argumenter pro et contra. At "afveje hensyn" fører til, at de "tungestvejende" gør udslaget. Når en beslutning - som den judicielle afgørelse - beror på en konkret virkelighedsopfattelse set ud fra et alment normsystem, kan man sætte de faktiske og normative hensyn på samme plan og veje dem, der taler for (aftaleforpligtelse, strafansvar osv.), mod dem, der taler mod (frifindelse). I en sådan beslutningsstruktur indgår f.eks. anklagemyndighedens bevisbyrde som et argument mod strafansvar.

107) Se Bolding s. 52 om overvægtsprincip eller beviskrav mod en af parterne.

Opfattelser af den judicielle beslutning, præget af sådanne træk, er nok ikke uden udbredelse og kan forklare, at det kan forekomme adskillige naturligt, at det overvejende sandsynlige lægges til grund ¹⁰⁸⁾.

6.2. Bevisvurdering og bevismulighed

Det billede, som jeg har givet af den rent empiriske opfattelse, og som jeg har tilskrevet Eckhoff og Bolding, er beskrevet noget mere entydigt end det er hævdet af de to forfattere. Dette er gjort ikke for at kritisere dem for opfattelser, som de ikke har gjort gældende, men fordi en sådan skærpelse og forenkling af et standpunkt kan bringe væsentlige træk ved dette frem, som tilsløres eller i hvert fald er vanskeligere tilgængelige, når opfattelsen anskues i dens komplekse totalitet. Jeg inddrager nu nogle momenter, som komplicerer den empiriske opfattelse af bevisbyrden. Da jeg har nævnt to forudsætninger, som teorien om overværtsprincippet beror på, var det nærliggende, om kritikken rettede sig mod ophævelsen af disse to forudsætninger.

Imidlertid er det unødvendigt at gå ind på en nærmere diskussion af de konsekvenser, som følger af de materielle retsfølgers forskellighed - og dermed den forskellige vægt, hvormed urigtige afgørelser i den ene og den anden retning må tilskrives. Dette giver så at sige sig selv og er ikke benægtet af nogen. En hensyntagen til dette forhold indebærer blot en forskydning af dikotomiseringspunktet. I straffesager rykkes sandsynlighedskravet mod højre, således at sandsynligheden for straf skal være større end 0,5 - uden at det dog er muligt at sige om den så bliver 0,8 eller 0,9, eller 0,99. Men der kan dog erindres om, at med et bestemt sandsynlighedskrav er sandsynligheden for den korrekte afgørelse væsentlig mindre, når det drejer sig om en afgørelse, som beror på en konjunktion af materielle fakta,

108) Sml. om det kvalitative sandsynlighedsbegreb ovf. V.2.2.

sammenlignet med en afgørelse, som beror på et enkelt faktum. Ved spørgsmålet om betingelserne for straf-ansvar kan skelnes mellem en række momenter i gerningsindholdet, forældelsesbetingelser, og det til gerningsindholdet hørende forsæt. Selvom sandsynligheden for, at hver af disse momenter er tilstede, er meget stor, kan sandsynligheden for at de alle er tilstede i samme sag (ikke undgå at) være langt mindre ¹⁰⁹⁾.

Det er den anden forudsætning, der vedrører forholdet mellem den judicielle bedømmelse (bevisvurdering og bevisbyrde) og parternes adfærd, som skal tages op til nærmere kritik. Dette beror på, at en kritisk diskussion af denne forudsætning har generel betydning for sandsynlighedsteorien overhovedet.

Jeg behandler først forholdet mellem den judicielle bevisvurdering og parternes bevismæssige adfærd. Senere tager jeg forholdet mellem bevisbyrde og bevisadfærd op.

Problemet er følgende: I diskussionen af de forskellige mulige bevisbyrderegler indgår i et vist omfang henvisninger til bevisbyrdereglernes "præventive virkning" (Eckhoff), parternes muligheder for at bevise (Ekelöf), bevisbyrdereglernes indirekte virkninger (Bolding). Disse overvejelser sætter forholdet mellem bevisbyrdereglen og muligheden for at sikre sig bevis for senere at føre bevis på spidsen. Når der her tales om at sikre bevis og at føre bevis, sigtes utvivlsomt til, hvad jeg har betegnet som det manifeste bevis. Det drejer sig om sikring af kvittering, af vidner der overværer den relevante begivenhed, af protokoludskrifter, osv. Spørgsmålet er, hvilken rolle muligheden for at sikre bevis spiller fra et empirisk synspunkt.

Problemet kan belyses gennem en gradvis komplicering:

(1) Vi kan for det første konstatere, at der gør sig en vis skik og brug gældende, parterne demonstrerer bestemte

109) Jfr. Eckhoff s. 96 f, Ekelöf s. 110 note 170, hvortil skal bemærkes, at denne beregning af kumulationssandsynligheden ikke hænger sammen med, om der gælder forskellige beviskrav for de forskellige momenter.

vaner. Sådanne normalitetsforhold kan naturligvis være grundlag for empiriske antagelser om de pågældende parter forhold. At det i et vist handelsforhold er normalt, at betaling erlægges ved modtagelsen, er en almen erfaring, som må indgå ved bedømmelsen af sandsynligheden for den ene parts påstand om, at han har betalt ved modtagelsen af varen, jfr. Eckhoff s. 72. Eller hævdes at et brev er afsendt, mens modtageren hævder ikke at have modtaget noget brev, må der tages hensyn til frekvensen af breves bortkomst, Bolding s. 59. Sådanne erfaringsforhold er så at sige udgangspunktet for sandsynlighedsteorien. Den konkrete sandsynlighedsbedømmelse kompliceres - men forhindres måske ikke - af det forhold, at frekvensforholdene sandsynligvis (!) er ganske anderledes, når det drejer sig om en retssag, hvor en af parterne gør påstande gældende, der strider med den almene erfaring. Dette er alment erkendt ¹¹⁰⁾.

(2) Visse af disse "sædvanlige forhold", som kan udtrykkes i almindelige erfaringsætninger, angår netop beviser. Det kan være "skik og brug at sikre sig bevis i visse situationer ... (og dette) har betydning for dommerens bevisbedømmelse", Eckhoff s. 74. Hvis partens påstand var korrekt, ville man vente at parten sikre sig bevis for denne påstand, og mangelen på sådant bevis er et indicium mod partens påstand. "Hvis f.eks. en mand påstår, at han har betalt, uden at kunne fremlægge kvittering, vil dommeren ofte ræsonnere således: "Dersom denne mand virkelig havde betalt, er det overvejende sandsynligt, at han havde sørget for at få kvittering, for det plejer jo folk at gøre. Jeg er derfor mest tilbøjelig til at tro, at han ikke taler sandt" ¹¹¹⁾. Omvendt hvis den pågældende har vanskeligt ved at sikre sig et bevis, "bør dette få til følge, at man ved sandsynlighedsbestemmelsen ikke drager nogen slutninger af at et vist bevis ikke er blevet fremført i retssagen" ¹¹²⁾.

110) Bolding, s. 125 note 98, Ekelöf s. 85.

111) Eckhoff s. 74.

112) Bolding s. 125 note 98.

I disse betragtninger kan stadig forudsættes, at den judicielle bedømmelse af sandsynligheden sker uden at påvirke de vaner og partsovervejelser, som sandsynlighedsbedømmelsen angår. Dommeren spørger sig selv: Hvis denne part havde betalt, er der en vis sandsynlighed for, at han ville have sikret sig kvittering. Denne sandsynlighed er relativt stor, eftersom parten er bekendt med, at kvitteringen sikrer ham mod at komme til at betale 2 gange.

Analysen af partens overvejelser med hensyn til bevissikring, adskiller sig ikke fra de analyser, man kunne gøre i en hvilken som helst anden henseende: "Da tiltalte var bekendt med, at det kun var et halvt år siden, at barnet NN var blevet konfirmeret, har det stået som overvejende sandsynligt for tiltalte, at ofret var mindre end 15 år".

Ligesom den strafferetlige bedømmelse i denne sag vedrører partens overvejelse af den kriminelle lavalder, vedrører den i bevisbedømmelsen partens overvejelser over, hvorledes en retssag uden kvittering vil falde ud.

(3) Vanskeligere bliver det, når man går ind på en overvejelse af, hvorfor parten skulle betragte det som en gunstig position at sikre sig en kvittering. Hvorledes er forholdet mellem den judicielle bedømmelse af sandsynligheden for, at et vist retsfaktum foreligger (eksempelvis betaling), og på den anden side den omstændighed, at de bevisdata, som dommeren bygger sin sandsynlighedsbedømmelse på, i vidt omfang er tilvejebragt netop for at påvirke denne bedømmelse?

Sandsynlighedsteorien har ikke været bleg for at erkende, at parter i vidt omfang forudberegner dommerens bevisvurdering, og sådanne forudberegninger er afgørende for, hvilken vægt der kan lægges på hensyn til muligheden for bevissikring, jfr. Eckhoff s. 72, Ekelöf s. 11, der skelner mellem tilfældige bevisfakta og bevisfakta, der er skabt med den tanke i fremtiden at skulle anvendes som bevisfaktum (strategiske bevisdata).

Eckhoff sammenfatter de konstateringer, vi hidtil har gjort på følgende måde:

"Dommerens kjennskap til folks vaner på dette området vil altså virke på hans bevisvurdering. På den anden side vil ... folks forutberegning av dommerens bevisvurdering spille en rolle for deres opfordring til å sikre seg beviser. Vi har altså et vekselvirkningsforhold" Eckhoff s. 74.

Jeg mener, at denne beskrivelse af forholdet mellem den judicielle bevisvurdering og parternes strategiske overvejelser af denne er korrekt. Men jeg mener samtidig, at denne erkendelse river en central forudsætning for hele sandsynlighedsteorien bort. Dette må naturligvis uddybes.

Det afgørende er den ovenfor beskrevne gang fra de (passive) bevisvaner til de (strategiske) beviskalkulationer.

Vi tænker os bevisvurderingen som en systematisk anskuelse af et sæt af beviser b_1, b_2, b_3 osv., hvor hvert sæt af mulige bevisdata kan placeres i højere eller mindre grad til gunst for den ene eller den anden af parterne. Efter en sandsynlighedsteori placeres de som forskellige sandsynlighedsgrader. I og med at dommerens bevisvurdering går ud på en relativt mere eller mindre gunstig placering, vil parter, der er bekendt med denne vurdering, indrette sig på den i den forstand, at de vil tilstræbe at producere et sådant sæt af bevisdata, som er det gunstigst mulige for dem. Disse bestræbelser går tværs igennem de frekvensforhold, som dommeren er gået ud fra efter sandsynlighedsteorien for forholdet mellem de manifeste bevisdata og de vedkommende retsfakta. Parterne tilpasser beviserne til de retsfakta de hævder, eller de tilpasser retsfakta til de bevisdata de er i stand til at producere. Dette er udslag af den strategiske tilrettelæggelse af processen, og det er denne strategi, der erkendes i det citerede stykke hos Eckhoff.

(4) Lad os til sidst se på de beviskrav, som bevisvurderingens resultat sammenholdes med - efter sandsynlighedsteorien altså et sandsynlighedskrav, der er bestemmende for, om den konstaterede sandsynlighed skal føre til antagelse eller forkastelse af faktum.

I argumentationen omkring overvægtsprincippet og afvigelserne herfra henvises også til mulighederne for gennem en

skærpelse af beviskravet at incitere til bevissikring¹¹³⁾.

Som illustration af sådanne overvejelser omtaler Bolding spørgsmålet, hvilket beviskrav der skal stilles for betaling, hvor kvittering ikke er fremlagt. Han starter med overvægtsprincippet. Dernæst spørger han: Hvilket incitament til bevissikring får en skyldner gennem kendskab om, at overvægtsprincippet gælder? (s.118). Svaret er naturligvis, at han har anledning til at tilvejebringe sandsynlighedsovervægt i en eventuel retssag. Bolding diskuterer herefter muligheden af at skærpe beviskravet for derved at opnå yderligere beviser.

Det fremgår heraf klart, at sandsynlighedsgradueringen i beviskravet antages at incitere i højere eller mindre grad til bevissikrende virksomhed. Denne anskuelsesmåde forekommer klart i strid med sandsynlighedsteoretiske forudsætninger. Vi har citeret, at hensynet til parternes bevismuligheder må indgå i den empiriske bedømmelse, jfr. (1) og (2). De bevissikringer, som opnås gennem en skærpelse af beviskravet, eksisterer hele tiden som muligheder for en bevissikring. Det fraværende bevis kunne være et datum imod den pågældende part. Dette ville indgå som et element i bevisvurderingen. - Nu stiller vi kravet om det pågældende yderligere bevis som følge af, at beviskravet skærpes. Først i kraft af skærpelsen af beviskravet får det negativ betydning for sagens udfald, at det pågældende bevis ikke er fremlagt.

Jeg har svært ved at se, hvorledes man kan komme udenom den konklusion, at partens mulighed for at sikre og fremlægge et bevis kommer til at indgå i to sammenhænge, nemlig dels som et moment i bevisvurderingen i almindelighed dels som en speciel følge af, at beviskravet er skærpet. Regulering af det generelle beviskrav, som her tages som et sandsynlighedskrav, bruges til at fremme en bestemt type bevissikring. Dette har intet med empiri at gøre, men er en normativ adfærdspåvirkning.

¹¹³⁾ Eksempelvis Bolding s. 98, sml. 105 note 68, hvor det erkendes, at bevisbyrderegler kan "fremmana bevissäkrande åtgärder", sml. s. 125 note 98.

Disse modsigelser er uløselige. Det beror på - antager jeg - at de bevisskærpelser, som hos Bolding udtrykkes som en skærpelse af sandsynlighedskravet, i virkeligheden vedrører skærpelser i form af krav om manifesterede bevisdata. Dette vil jeg yderligere demonstrere i tilknytning til Ekelöf. Når argumentationen vedrører hans bevisteori beror det på, at det er den mest systematiske udformning af sandsynlighedsteorien, hvor også enkelte bevisbyrderegler er mest udførligt gennemarbejdede.

6.3. Bevisbyrde og bevismanifestation

Ekelöf forkaster - overbevisende - en række af de almene principper for bevisbyrdens fordeling, som er hævdet for civilprocessen, jfr. Ekelöf IV s. 81 f. Som sit positive hovedsynspunkt fremhæver Ekelöf i tilslutning til Olivecrona at de bevisbyrdespørgsmål, som ikke er lovregulerede, må løses på samme måde som andre retsanvendelsesproblemer:

"Man har att utgå från de ändamål, som motiverar den materiella regelns tillämpning, då däri angivna rättsfakta äro ostridiga eller blivit klarlagde i processen, samt så placera bevisbördan att domen även i övriga fall kommer att medvirka till realiserandet av samma ändamål. Bevisbördereglernas uppgift är inte att bidra till "den materiella rättens förverkligande" utan till förverkligandet av de ändamål, som uppstår de materiella reglerna", s. 87.

Med dette udgangspunkt diskuterer Ekelöf nogle specifikke bevisbyrdeproblemer, hvorved det citerede hovedsynspunkt skal illustreres.

Ekelöf tager det ofte diskuterede bevisbyrdeproblem i forbindelse med betaling op, s. 88-90. Reglen er, at debitor bærer bevisbyrden for, at han har betalt. Hvordan begrundes Ekelöf nu denne regel? Udgangspunktet tages - i overensstemmelse med det citerede hovedsynspunkt - i kreditgivningens økonomiske betydning, som bl.a. kræver at kreditorer kan få betaling gennem dom over den forsømmelige skyldner. Den pression, som følger heraf, vil ikke blive effektiv, hvis det var kreditor, som bar bevisbyrden i betalingsspørgsmålet. Hvorfor ikke? Dette beror, ifølge Ekelöf, på kreditorens vanskeligheder ved at bevise, at han overhovedet ikke har fået betaling. Ofte har han kun sin egen forklaring herom at støtte sig til.

Fra skyldnerens synspunkt indebærer denne regel ikke nogen utryghed for skyldnere i almenhed, eftersom en sådan altid kan sikre sig bevis om, at han har betalt uden at dette på nogen måde er belastende for ham. Debitor kan nemlig begære kvittering, når han betaler.

Bevisbyrdereglen for betalingen er altså entydigt bestemt af forskellen mellem parternes muligheder for at fremlægge manifeste bevisdata. Kreditor har ikke nogen mulighed, mens debitor har, derfor bærer debitor bevisbyrden.

Ekelöf tager udtrykkeligt afstand fra de synspunkter, som var bestemmende for "den rent empiriske opfattelse", nemlig den af Bolding fremhævede overvejelse af ulemperne ved en urigtig bedømmelse af sagens faktum i den ene eller den anden retning. Dette forhold er, ifølge Ekelöf, uden betydning for bevisbyrdereglens praktiske funktion.

Lad os efter dette resumé af Ekelöfs tankegang sammenholde det med det sandsynlighedsteoretiske udgangspunkt. Reglen om, at debitor bærer bevisbyrden, betyder, at det sandsynlighedsmæssige dikotomiseringspunkt befinder sig et godt stykke til højre på sandsynlighedsskalaen for betaling. Med udgangspunkt i denne regel skal en sag nu bedømmes. Kreditor benægter betaling, men har intet manifest bevis herfor. Vi skulle her antage - jfr. ovf. 6.2. - at hensynet til kreditors manglende bevismulighed måtte indgå i vurderingen af hans forklaring. Omvendt, hvor debitor hævder at have betalt, men ikke har fremlagt kvittering, er dette et centralt indicium imod debitor, på grund af hans gunstige bevismuligheder, jfr. Eckhoff s. 147. Men disse to typer af bevisdata - ikke-manifeste bevisdata - nævnes end ikke hos Ekelöf. Uden en ansættelse af disse bevisdatas betydning forekommer det umuligt at udtale sig om bevisbyrdespørgsmålet.

Når det alligevel lykkes Ekelöf at angive en bestemt løsning af dette spørgsmål, kan det kun forklares ved at hans opfattelse af bevisbyrdereglen er en anden i denne sammenhæng, end den er i hans almindelige teoretiske fremstilling. At debitor bærer bevisbyrden for betaling er ensbetydende med, at debitor må fremføre manifeste bevisdata, først og fremmest en kvittering for betaling. Dette er hovedsynspunktet. Den debi-

tor, som hævder at have betalt, kan enten fremlægge sin kvittering, eller også er han en debitor "som försummat att begära kvitto (og som må) offras på kreditlivets altare", Ekelöf s. 90.

Ekelöf gör sig overvejelser over, hvilke konsekvenser der ville følge af, at beviskravet sankedes, således at debitor kun behøvede at gøre betaling antagelig eller at man ligefrem anvendte overvægtsprincippet. Han forudser, at man må regne med at antallet af urigtige betalingsindsigelser forøges. Dette skulle domstolene så tage hensyn til ved bevisvurderingen. Tankegangen illustrerer det forhold, at den omstændighed at et beviskrav reguleres (her sankes), indebærer, at visse bevisdata ændrer bevisværdi. Eller med andre ord: Det er ikke muligt at ansætte bestemte bevisdatas bevisværdi uden kendskab til hvilket beviskrav der er gældende. Man kan, med Eckhoff tale om en "vekselvirkning". Men en nærmere beskrivelse af denne vekselvirkning kan ikke ske indenfor sandsynlighedsteorien.

Eksempel 2 ¹¹⁴⁾. Her diskuterer Ekelöf den bevisbyrderregel, der gælder for beviset for, at en testator har været inhabil af psykiske grunde. Efter den gældende regel må arvingerne godtgøre ("styrka"), at dette er tilfældet. I forbindelse hermed diskuterer Ekelöf, hvorvidt der er grund til at indrømme arvingerne en vis bevislættelse, dvs. stille noget mindre krav til beviset. Som en grund til en sådan bevislættelse anføres, at arvingerne "har saknat varje anledning att säkra bevisning" om testators sindstilstand, da arveladeren i reglen hemmeligholder sit testamente. Arvingerne har derfor betydelige bevisvanskeligheder.

Denne argumentation om bevisbyrdespørgsmålet minder i høj grad om Tybjerg's: Bevisbyrden pålægges - den nødvendige bevisgrad tilpasses - hvilken af parterne der i højeste grad har anledning eller opfordring til at sikre sig bevis. At sikre sig bevis betyder, som sagt, at etablere et bevis der kan fremlægges som et manifest bevisdatum.

Det indgår ved beskrivelsen af arvingernes bevisvanskeligheder, at testator kan regne med, at testamentsvidnerne vil udtale sig til hans fordel. Den afdødes mulighed for - i testamentsarvingens interesse - at sikre sig bevis for sin sjælssundhed gør bevisstillingen vanskeligere for de legale arvinger.

Det forekommer indlysende, at disse overvejelser ikke kan forståes som motivering for regel om empirisk bedømmelse

114) S. 90-91.

af den samlede sags sammenhæng, herunder de manifesterede bevisdata (vidneforklaringer, lægeerklæringer) og de fraværende bevisdata, og parternes mulighed for at manifestere bevisdata. Bevisbyrdereglen er jo bestemt efter strategiske synspunkter: hvilken regel kan skaffe det bedste bevis, og hvor meget kan forlanges?

Eksempel 3. Sælgerens bevisbyrde for, at forsinkelse med en vares afsendelse ikke beror på forsømmelse, købelovens § 23, motiveres af, at "bevismaterialet befinder sig s.a.s. inom motpartens (sælgerens) 'maktsfär' ", s. 92. Det er sælgeren, der disponerer over mulighederne for at reproducere det hændelsesforløb, som er afgørende for, om forsømmelse antages eller ej. Sælgerens fremlæggelse af disse bevismateriale - fremførelsen af manifesterede bevisdata - beror altså på, om de er gunstige for sælgeren. Hvis dette ikke er tilfældet, kan sælgeren tilbageholde det. Bevisbyrdereglen inciterer til fremlæggelse af bevismaterialet. "Någon större otrygghet för säljare i allmänhet skulle lagens bevisbörderegeln ... inte medföra", s. 92. Hvorfor ikke? Fordi hvis sælgeren har handlet forsømmeligt, er et ansvar materielt begrundet, mens hvis sælgeren ikke har handlet forsømmeligt, vil han kunne bevise sin uskyld.

Ekelöf sammenligner denne retstilstand med reglerne om trafikansvar. Oprindeligt gjaldt den almindelige bevisbyrde-regel for culpa, men i sager om bilansvar medførte dette, at den tilskadekomne "på grund av bevissvårigheterna ofta inte kunde utverka någon ersättning", s. 93. Dette begrundede, at "bevisbördan överflyttats på bilisten".

I tilknytning til dette eksempel diskuterer Ekelöf alternativet, at tage hensyn til bevisvanskelighederne ved bevisvurderingen: At sælgeren har lettere end køberen ved at udrede hvorledes forsinkelsen er opstået, er en omstændighed, som der tages hensyn til ved bevisvurderingen. Men denne løsning går Ekelöf ikke ind for. Begrundelsen herfor er, at bevisværdien af dette forhold vanskeligt kan bedømmes¹¹⁵⁾.

115) S. 92, jfr. s. 106 om tiltaltes passivitet, hvor der dog nok primært sigtes til den processuelle aktivitet. I almindelighed afvises en sådan hensyntagen, s. 67, s. 28.

I denne korte bemærkning om vanskeligheden ved bedømmelsen af, hvilken empirisk betydning de forskellige bevismuligheder har, skimter vi en erkendelse af de forhold, som jeg har fremhævet i forbindelse med bevisvurderingen: Sandsynlighedsteorien anviser som kriterium for den bevisretlige bedømmelse forhold, nemlig sandsynligheden for de relevante fakta, som der ikke er noget grundlag for at gøre op i langt de fleste sager. Dette forhold må sætte sig igennem et andet sted, når det negligeres ved beskrivelsen af bevisvurderingen i almindelighed. Og dette mener jeg er tilfældet, når det gælder bestemmelsen af bevisbyrdereglerne. Ekelöf foretager nemlig her ikke udtalt en omtolkning af bevisbyrderegler til regler om krav om bestemte manifesterede bevisdata, som den, som kravet rettes mod, har gode muligheder for at fremskaffe, hvis hans påstand er korrekt. Fremskaffes det manifesterede bevisdatum ikke, har han ikke udnyttet de muligheder, som regler indrømmer ham for at opnå gunstige procesresultater.

Hovedsynspunktet i sandsynlighedsteorien er at anvise sandsynlighedsvurderingen og sandsynlighedskravet som bedømmelseskriterium, når det gælder afgørelsen af, hvilke retsfakta der skal antages. I den rent empiriske opfattelse (Bolding og Eckhoff) fremtræder overensstemmelsen med de materielle forhold som legitimation af denne bevisretlige teori. Hos Ekelöf er det primært muligheden for bevissikring, som indgår i bestemmelsen af den bevisretlige regulering.

For sandsynlighedsteorien som helhed mener jeg, at der er byttet om på bedømmelseskriterium og legitimering af dette. Mens sandsynlighedsteorien vil legitimere hensynet til sandsynlighedsforhold med, at der ved en sådan bevisteori opnås en overensstemmelse med materielle fakta som praktisk kan realiseres, er forholdet det omvendte, at de gældende regler og praksis er bygget over bedømmelseskriterier, der tager sigte på parternes manifesterede bevisdata, og denne bevisteori legitimeres ved, at den skaber den bedste vished for overensstemmelse med de materielle fakta.

7. Bevisbyrde i forhold til retsfakta og bevisfakta

Bevisbyrderegler opfattes af den svensk-norske sandsynlighedsteori som krav om en vis minimal sandsynlighed. Dette sandsynlighedskrav er forskelligt ved forskellige retlige emner. Skal der f.eks. tages stilling til, om en person har udført en bestemt handling, stilles der større krav til sandsynligheden, hvis den pågældende handling begrundes et strafansvar, end hvis den begrundes et erstatningskrav. Nogle specielle sætninger i den svenske sandsynlighedsteori vedrørende emne for bevisbyrderegler skal her analyseres nærmere: (1) Bevisbyrderegler gælder for retsfakta, (2) bevisbyrderegler gælder ikke for bevisfakta og (3) bevisbyrderegler er uafhængige af beviset. Endvidere gøres nogle bemærkninger om (4) præsumtioner og (5) forholdet mellem bevisbyrde og bevisbedømmelse.

(1) En bevisbyrderegel angiver den sandsynlighed, hvormed det relevante retsfaktum må være bevist, og har "för ett visst rättsfaktum alltid en fixerad plats på skalan i mål av ifrågavarande slag", men - tilføjes det - "strängt taget gäller en bevisbörderegeln endast i vad angår viss rättslig betydelse av ifrågavarande rättsfaktum" ¹¹⁶⁾. Ved ethvert retsfaktum, defineret bl.a. ved den retlige betydning, som det pågældende retsfaktum har, gælder altså én og kun én bevisbyrderegel. Den "retlige betydning" bestemmes formentlig af det pågældende retsfaktums retsfølge.

Hvorledes bestemmes da det retsfaktum, på hvilket en bevisbyrderegel gælder? De af Ekelöf anførte eksempler giver ikke noget grundlag for besvarelse af dette spørgsmål. "I brottmål är beviskravet lägre i skadestandsfrågan än i åtalsfrågan, och i bilmål är ju bevisbördan rent omkastad i skadestandsfrågan" ¹¹⁷⁾. Mens det er klart, at der er forskel mellem bil og cykel, er det ikke klart, hvad det er for en "rättslig betydelse", der kan føre til en sontring mellem uforsig-

¹¹⁶⁾ Ekelöf s. 65 note 6.

¹¹⁷⁾ Ekelöf s. 65 note 6.

tig adfærd ved henholdsvis bilkørsel og cykelkørsel? Men forskel i bevismulighederne kan begrunde en forskel i bevisbyrdens placering, jfr. ovf. 6. Denne 'retlige betydning' gør udsagnet tautologisk. Bevis for samleje overførte, bevisbyrden for faderskab fra moderen til den udlagte mand. Samlejet opfattedes derfor som retsfaktum, ikke bevisfaktum¹¹⁸⁾.

Ved beskrivelsen af forholdet mellem bevisbyrderegler og retsfakta kan man næppe nå længere end til at hævde, at der gælder visse bevisbyrderegler, at disse ofte dækker et nærmere bestemt retsfaktum, men at de undertiden varierer indenfor det samme retsfaktum. - Den mulighed at definere retsfaktum ved hjælp af den anvendte bevisbyrderegel, vender jeg tilbage til.

(2) "(Det) finns ... inte nogra bevisbörderegler rörande bevisfakta"¹¹⁹⁾. Når bevisfakta bestemmes som omstændigheder, der har middelbar betydning gennem deres bevisværdi, og en bevisbyrderegel som en regel, der indeholder et sandsynlighedskrav med hensyn til retsfaktum, følger den citerede sætning som en logisk nødvendighed¹²⁰⁾. At der ikke gælder bevisbyrderegler om bevisfakta indebærer (a) negativt, at man ikke tvinges til at vælge mellem enten at lægge bevisfaktum til grund som sikkert eller at negligere det som ubevist, og (b) positivt, at man ved bedømmelsen af sandsynligheden for retsfaktum tillægger bevisfaktum en vægt, der afpasses den sandsynlighed, hvormed bevisfaktum kan antages¹²¹⁾.

Ekelöfs synspunkt kan begrundes terminologisk, dvs. det kan fremtræde som tautologisk på grundlag af definitionerne af bevisfaktum og bevisbyrde. Imidlertid synes Ekelöf at opfatte udsagnet således, at de under (a) og (b) af mig

118) Ekelöf 1968, s. 82 f, 84 f. Reglerne om faderskab ændret, jfr. Lind 1975 (2. udg.)

119) Ekelöf s. 70.

120) Jfr. herved Ekelöf s. 11 og s. 64 f.

121) Jfr, Ekelöf s. 24.

fremdragne konsekvenser kan påvises eller savnes, og at dommerens adfærd kan vurderes på grundlag heraf: En domsbegrundelse, der tilkendegiver, at dommeren "ser bort fra" et bevisfaktum, fordi det "ikke er styrkt, utan endast gjort antageligt", anser Ekelöf som en rettergangsfejl ¹²²⁾.

Eksemplet viser et behov for at gøre terminologien mere rummelig, idet man erkender, at der kan indgå vurderingssynspunkter i form af sikkerhedskrav ved behandlingen af de middelbart relevante omstændigheder ¹²³⁾.

Vil man undgå at anvende bevisbyrdebegrebet i denne sammenhæng, kan foreslås betegnelsen "tærskelvurdering": I visse tilfælde negligeres mindre betydningsfulde - men ikke ubetydelige - indicier, og det indicerede faktum anses som ubevist. Modstykket hertil er, at man negligerer små tvivl omkring bevisfakta, der iøvrigt giver grundlag for sikre slutninger, således at faktum anses som bevist.

(3) "Enligt gällande rätt har bevisbördapunkten för et visst rättsfaktum alltid en fixerad plats på skalan i mål av ifrågavarande slag och dess belägenhet är sålunda helt oberoende av bevisningen i den föreliggande processen ¹²⁴⁾.

Jeg hæfter mig her ved 2. del af denne sætning: For ethvert retsfaktum gælder en bevisbyrderregel, der er uafhængig af beviset i den enkelte sag. Dette synspunkt harmonerer med, at man opfatter bevisbyrderregler som sandsynlighedskrav. Beviskravet er knyttet til et materielt faktum og er uafhængigt af sagens bevismæssige stilling.

Udgangspunktet for den bevismæssige afgørelse er således, at et i loven angivet sandsynlighedskrav sammenholdes med den konkrete sags bevisdata og de relevante erfaringsætninger. Sandsynlighedskravet skal være gældende, ifølge den svenske teori, uanset hvilke bevisdata der foreligger.

122) Ekelöf s. 70.

123) Jfr. ovf. om retlige præsumtioner, VI.5.3.

124) Ekelöf s. 65.

Denne model af den bevisretlige afgørelse kan imidlertid ikke fastholdes:

(a) Det er tidligere beskrevet, at hensyn til bevismulighederne indgår, efter Ekelöfs teori om bevisbyrde, i begrundelsen for, at en af parterne bærer bevisbyrden. At dette hensyn til bevismulighederne ikke er et moment i bevisvurderingen, beror - efter Ekelöf - ikke på, at det teoretisk set ikke er et empirisk forhold, hvilke muligheder for bevisførelse en part har, men på at disse muligheder er så vanskelige at ansætte, at det vil føre til vilkårlighed at overlade det til bevisvurderingen.

(b) Præsumtioner kan bevirke, at beviskravet overgår til den anden part (eller i hvert fald ændres). At en præsumtion opstår, beror på bevismæssige momenter. Som eksempler på sådanne kan nævnes en parts passivitet, en tiltaltes erkendelse i mindre straffesager eller visse særlige bevistyper (skriftligt bevis). Jfr. Ekelöf s. 97, 108, 153-54. Jfr. om præsumtion i forbindelse med partspassivitet som grundlag for en bevisbyrderegel, Bolding s. 122 f.

De omstændigheder, som er præsumtionsskabende, ændrer, efter den svenske teori, beviskravet. Dette forekommer mig at være ensbetydende med, at bevisdata (nemlig de præsumtionskabende) betinger et bestemt beviskrav, eller med andre ord, at bevisførelsen under processen har betydning for, hvilket beviskrav der stilles - den almindelige bevisbyrderegel eller præsumtionen.

(c) Det bør tilføjes, at henvisning til "den falske bevisbyrde" ikke vil være på sin plads i denne forbindelse. Den beror på, at bevisbyrdebegrebet anvendes tvetydigt, nemlig som sigtende dels til sandsynlighedskravet (den ægte bevisbyrde), dels som indeholdende et krav om en vis bevisførelse (manifest bevisdatum, den falske bevisbyrde). Den overførelse af bevisbyrden, som knyttes til den falske bevisbyrde, er ikke afgørende for opfattelsen af den ægte bevisbyrde. Forholdet mellem disse to begreber er analyseret ovenfor.

(4) De retlige præsumtioner er omtalt dels i forbindelse

med spørgsmålet om bevisbyrde og bevisfakta, dels i forbindelse med bevisbyrdereglens uafhængighed af bevisfakta. I begge henseender optrådte teorien om den retlige præsumtion som en slags hjælpekonstruktion, der gjorde det muligt at opretholde sandsynlighedsteoriens generelle model, hvor det normative sandsynlighedskrav står fuldstændig adskilt fra sagens konkrete bevisdata og udelukkende retter sig mod sandsynligheden for det materielle retsfaktum.

Det ville derfor være rimeligt at forvente, at sandsynlighedsteorien havde udviklet en opfattelse af ikke alene, hvorledes præsumtioner skal opfattes hvor de forekommer, men tillige for betingelserne for deres forekomst. Under hvilke betingelser har et bestemt bevisdatum den virkning, at sandsynlighedskravet overgår på modparten? I hvilke tilfælde indeholder præsumtionen blot en forandring af beviskravets styrke?

Et svar på disse spørgsmål og dermed en systematisk teori om præsumtioner findes ikke i sandsynlighedsteorien. Jeg skal senere vende tilbage til, hvilke typiske tilfælde den optræder i, men dette muliggør ikke en generalisering, der forekommer tilfredsstillende.

På grund af denne begrænsning fremtræder teorien om præsumtioner udelukkende som et formelt skema, der gør det muligt at forene teoriens klare udgangspunkt med så at sige en hvilken som helst eksisterende regulering. Præsumtionsteorien er så at sige den ventil der gør det muligt at hævde sandsynlighedsteorien som generel teori, fordi præsumtionerne afbøder de uoverensstemmelser, som ellers ville gøre teorien umulig.

(5) Om grænsen mellem bevisbedømmelse og bevisbyrde. Tilsyneladende beskrivende empiriske udsagn viser sig ved nærmere analyse at måtte eller kunne opfattes som tautologier. Nogle udsagn af denne type hos Ekelöf er omtalt i foregående punkt. I dette afsnit vil jeg parallelt undersøge den grænsedragning mellem bevisbedømmelse og bevisbyrde, som er beskrevet udførligst af Bolding og lagt til

grund hos Ekelöf ¹²⁵⁾. Det terminologiske spørgsmål giver et nyt udgangspunkt for drøftelse af spørgsmålet, i hvilket omfang bevisvurdering har karakter af sandsynlighedsbedømmelse.

Den svensk-norske sandsynlighedsteori vil næppe benægte, at normative synspunkter og standardiseringshensyn indgår i den bevismæssige regulering. Men disse synspunkter vil man henføre under bevisbyrden. Hvad betyder dette f.eks. for regler om, at retten kan tillægge en part passivitet under processens gang en særlig betydning? At en part forholder sig passiv, kan begrundes, at bevisbyrden pålægges den passive, idet der rettes et særligt beviskrav mod denne ¹²⁶⁾, eller der sker blot en forskydning af bevisbyrden ved, at sandsynlighedskravet ændres noget til den passives ugunst ¹²⁷⁾.

Denne systematik følger som en nødvendighed af en stipulativ definition af "bevisvurdering" (bevisbedømmelse). Dette begreb bestemmes nemlig som synonymt med sandsynlighedsbedømmelse ¹²⁸⁾. Hermed er en diskussion af, om visse synspunkter bør henføres under bevisbyrde eller bevisbedømmelse - således som disse begreber er fastlagt - udelukket. Hvad der ikke er sandsynlighedsvurdering, må indgå i motiveringen for en bevisbyrde, evt. præsumption. Derimod kan det diskuteres, om sandsynlighedsteoriens begreber og den herpå byggede systematik er hensigtsmæssig ud fra synspunktet, hvad der giver de bedste muligheder for en forståelse af de væsentlige sider af de retlige fænomener.

125) Bolding s. 121 f, jfr. Ekelöf bl.a. s. 62 f, s. 99 f (se dog s. 99 ved note 137 a, hvor der tales om at tillægge præsumptionsskabende data større bevisværdi, men straks efter tales igen om ændrede beviskrav note 137 a.)

126) Således vistnok Bolding s. 122-23.

127) Ekelöf s. 99

128) Bolding s. 78 note 1.

Af min analyse skulle fremgå, at sandsynlighedsteorien sætter sig ud over en række normative elementer i bevisvurderingen - og deskriptive i bevisbyrdereguleringen. Denne kritik kan illustreres gennem diskussion af et bevisproblem, som Bolding har drøftet: En sags udfald afhænger af, om det antages, at et brev er kommet frem eller ej, f.eks. fordi brevet skal indeholde en reklamation, ansøgning, e.l. over en leveret vare. Afsenderen hævder at have afsendt brevet med rigtig adresse, mens modtageren forklarer ikke at have modtaget noget brev. To bevissituationer kan sammenlignes: Brevet er afsendt anbefalet eller som almindeligt brev nedlagt i en postkasse. Hvordan bedømmes det bevismæssige spørgsmål om modtagelsen af brevet? Bolding tager sit udgangspunkt i den situation, at brevet er afsendt som almindeligt brev. Der foreligger da et bevisvurderingsspørgsmål, som er et "fråga om att mot varandra vägas två faktorer: sannolikheten av att brevet kommit bort, genom postens förvållande, måste vägas mot sannolikheten av att adressatens uppgift är felaktig". Et andet spørgsmål er, om man finder, at det vil være upraktisk, at man altid skulle sende sådanne breve anbefalet - og derfor lægge til grund, at brevet er kommet frem - eller om man finder, at afsendere af så vigtige breve bør ansøres til at sikre sig bevis for afsendelsen. Disse overvejelser har ikke betydning for sandsynlighedsvurderingen, men indvirker på bedømmelsen af bevisbyrden eller beviskravet. En afvejning af de to synspunkter og andre synspunkter, som findes relevante, bestemmer hvilken sandsynlighedsgrad der kræves ¹²⁹⁾.

Man stiller sig altså spørgsmålet, om et bestemt bevisdatum, nemlig afsendelse af anbefalet brev, er påkrævet for, at det

129) Jfr. hertil Bolding s. 121-22.

kan lægges til grund, at brevet er kommet frem. Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, reguleres sandsynlighedskravet således, at den krævede sandsynlighedsgrad er så stor, at den kun kan efterleves, såfremt brevet er anbefalet (eller såfremt andet tilsvarende bevis føres, hvilket næppe har praktisk betydning). Men hvad ved man om de sandsynligheder og det sandsynlighedskrav, der her indgår i den judicielle afgørelse? Man ved næppe mere, end at sandsynligheden for, at et brev er kommet frem, når det er afsendt anbefalet, og adressaten har kvitteret for modtagelsen, er større end sandsynligheden for, at et brev, der med rigtig adresse er lagt i en postkasse, er kommet frem. Hvor store disse to sandsynligheder er, og hvilken forskel der er dem imellem, er ukendt. Om det sandsynlighedskrav, der skal stilles, kan kun siges, at hvis man ønsker den sikkerhed, der ligger i, at reklamationer afsendes anbefalet, må beviskravet være større end den sandsynlighed, der er for, at et almindeligt brev er kommet frem, og mindre end den sandsynlighed, der er for, at et anbefalet brev er kommet frem. Hvis en almindelig forsendelse er tilstrækkelig, må beviskravet ikke være større end den sandsynlighed, der er for, at et almindeligt brev er kommet frem.

Det reelle bevisproblem synes at være, om dommeren er tilfreds med et normalt brev, eller om brevet kræves sendt anbefalet, og i sidste fald om anbefalet forsendelse foreligør. Dette transskriberer sandsynlighedsteorien til et sandsynlighedskrav, om hvis indhold der ikke vides andet end, 1) at - når anbefaling ikke kræves - sandsynlighedskravet er opfyldt, når et brev er afsendt med rigtig adresse, eller 2) at - når anbefalet forsendelse kræves - det er så stort, at det kun tilfredsstilles, når anbefalet forsendelse foreligør.

Følger man sandsynlighedsteorien ved at indkoble sandsynlighedsudsagn og sandsynlighedskrav uden egentligt grundlag, kan den skarpe sontring mellem bevisvurdering og bevisbyrde fastholdes. Men denne systematik forekommer uhensigtsmæssig, når man tilsigter en beskrivelse af de synspunkter, som den judicielle bevisvurdering faktisk følger.

Efter såvel den legale bevisteori som under princippet om fri bevisbedømmelse sammenholdes sagens konkrete bevisdata med almene love. Disse love angiver en sammenhæng (konneksitet) mellem de foreliggende bevisdata og de relevante fakta. Forskellen mellem den legale bevisteori og princippet om fri bevisbedømmelse er, at under den fri bevisbedømmelse sammenholdes sagens bevisdata med generelle erfaringssætninger, mens bevisvurderingen under den legale bevisteori sker gennem en supsumtion af de konkrete bevisdata - f.eks. to vidner - og den generelle retsregel, der definerer disse bevisdata som tilstrækkelige. Derfor har bevisvurderingen karakter af "rättstillämpning", selvom de legale bevisdata også beror på visse erfaringer¹³⁰⁾. Under den fri bevisbedømmelse er bevisvurderingen - iflg. sandsynlighedsteorien - rent empirisk.

Denne modsætning forekommer mig ikke holdbar. Også under den fri bevisbedømmelse følges visse almene synspunkter, der nok kan legitimeres som overensstemmende med "generelle erfaringssætninger", men som dog i kraft af, at de anvendes judicielt, opnår en retlig karakter. Den judicielle bedømmelse af bevisdata på grundlag af judicielle erfaringer er ikke blot og bar erkendelse, men en erkendelse i en bestemt socialt karakteriseret sammenhæng. Eftersom min kritik hidtil har været primært negativ, er det en opgave i det følgende (kap. VIII f) at udvikle en alternativ teori - som tildels vil optage sandsynlighedssynspunktet.

På den anden side var den legale bevisteori ikke, således som den beskrives ud fra den svenske sandsynlighedsteoris terminologi, ren retsanvendelse. De legalt beskrevne bevisdata defineredes som judicielt tilstrækkeligt bevis. Der ved konstitueredes den judicielle opfattelse af sagens sammenhæng. Denne konstitution var fastlagt i lovens regler.

Den legale bevisteori kan derimod ikke forstås tilfredsstillende, såfremt man opfatter det legalt tilstrækkelige bevis som præsumptionsskabende, således at forekomsten af et sådant bevis indebærer, at beviskravet flyttes over til den anden part, som det så tillades at føre et "modbevis". Men det er

130) Jfr. Ekelöf s. 18.

denne opfattelse, som er baggrunden for de enkelte eksempler, som tidligere er omtalt i tilknytning til teorien om præsumtioner.

8. Den juridiske sandsynlighedsteoris metode

Hvilken metode anvender den svenske teori? Hvilket retsteoretisk udgangspunkt tager den? Er teoriens udsagn anbefalinger til domstole eller lovgivningsmagt? På hvilke præmisser er sådanne anbefalinger baseret, og hvordan forholder teorien sig til disse præmisser? Er det blanke ønskemål for et kommende samfund? eller er det omvendt beskrivelser af den lovgivning og den retspraksis, der er vedtaget og praktiseres af de statslige organer?

I min behandling af sandsynlighedsteorien har jeg naturligvis måttet forudsætte en bestemt besvarelse af disse spørgsmål. Jeg er, som nævnt under VI.1., gået ud fra, at sandsynlighedsteorien kunne vurderes ud fra den forudsætning, at dens udsagn indeholdt beskrivelser af bevisretlig regulering og judiciel praksis. Med denne forudsætning havde det interesse at påvise, i hvilket omfang teoriens udsagn var i overensstemmelse med lovens indhold og den judicielle opfattelse. Endvidere er jeg gået ud fra, at en påvisning af logisk inkonsistens og tautologi havde interesse.

Spørgsmålet er imidlertid, om denne i det væsentlige deskriptive synsvinkel har umiddelbar relevans, set fra sandsynlighedsteoriens synspunkt. Ved besvarelsen af dette spørgsmål, der tillige må indeholde en besvarelse af de indledende spørgsmål, kan det være nærliggende som foreløbig orientering at tage udgangspunkt i den ofte anvendte sondring mellem retspolitiske og deskriptive udsagn:

(a) Retspolitiske udsagn indeholder anbefalinger, vejledninger, eller råd, og en konfrontation af udsagnet med en opfattelse af en eksisterende virkelighed, empiriske data, gør ikke udsagnet mere eller mindre værdifuldt eller gyldigt. Det retspolitiske udsagn kan angå judiciel praksis og vil da oftest være baseret på de vurderingspræmisser, som dommeren er bundet til at følge. Eller udsagnet kan sig-

te mod det legale plan ved at indeholde forslag til udformning af (ny) lovgivning.

(b) Deskriptive udsagn indeholder en beskrivelse af de retlige fænomener. Udsagnene er baseret på bestemte erfaringer eller data, der danner grundlag for mere generelle udsagn ¹³¹⁾.

Hvordan forholder den svenske teori sig til denne sontring? Der synes ikke at kunne gives et entydigt svar på dette spørgsmål. To tendenser gør sig gældende:

(a) Retspolitiske tendenser:

Bolding: (1) Afhandlingen drejer sig om bevisbyrden som juridisk teknik. "Hur skall man, då man tänker, talar och skriver, handskas med bevisbördeproblemet, om man vill ha ett system, som gör det så lätt som möjligt att finna de väsentliga ändamålssynspunkterna, och som samtidigt är så enkelt som möjligt till sin struktur?" (s. 31, 128). Det foreslåede system er - erkendes det - utvivlsomt i strid med det almindelige anerkendte (se f.eks. s. 152 med note 48). (2) Der argumenteres for overvægtsprincippet på en måde, som skal være egnet til at overbevise andre om dette princips fortræffelighed (s. 94f). (3) Den skarpe sontring mellem bevisbyrde og bevisbedømmelse "begrundes" ved de gode virkninger, sontringens gennemførelse vil få (s. 125 f). (4) Det er "lämpligheten" af visse sontringer, der undersøges (s. 132 f, s. 148 f). (5) Udgangspunktet for det afsluttende afsnit er spørgsmålet, hvordan dommeren "bör ... i domen lämna besked om och motivering till sitt ståndpunkts-tagende" (s. 177).

Ekelöf: Hovedafsnittet om bevisvurderingen indeholder først en beskrivelse af sandsynlighedsvurderingen i overensstemmelse med sandsynlighedskalkulen. Men ved fri bevisbedømmelse skal bevisets styrke bedømmes med henblik på bevismate-

131) Sml. f.eks. Ross 1953 s. 18 f, 28 f, 33, 421 f.

rialet i dets totalitet, og da dette fremstår som "unik", forekommer det "ofrånkomligt att domaren bedömer frågan om bevisningens styrka intuitivt" (s. 29). Bevisbedømmelse kan ikke både følge den matematiske sandsynlighedskalkule og ske intuitivt, selvom kalkulen kan være grundlag for kritik af intuitionen. Da den intuitive bedømmelse hos Ekelöf optræder som en ufravigelig nødvendighed, må sandsynlighedssynspunkterne som et anbefalet system, der kan kontrollere intuitionen (sml. s. 30 med note 68). Et eksempel på en sådan kritisk kontrol er Ekelöfs kritik af tendensen til at overvurdere vidnebevis i forhold til indicier (s. 31-32).

(b) Deskriptive tendenser:

Bolding: (1) Den beskrevne teknik er ikke grebet ud af luften, men belyses ved en analyse af gældende regler og praksis og vil næppe føre til andre resultater. Gældende bevisbyrderegler opfattes i overensstemmelse med sandsynlighedsteorien. (2) Der gives gode grunde for overvægtsprincippet, men disse argumenter tillægges kun betydning, hvor ingen lovregel er gældende. (3) Normative vurderingssynspunkter indtolkes som forskydninger i bevisbyrderegler. En motivudtalelse, der ikke harmonerer med denne opfattelse, er fejlagtig (s. 124).

Ekelöf: At beviser vurderes i overensstemmelse med sandsynlighetskalkulen på grundlag af visse erfaringssætninger ses som gældende ret (s. 22). Bevisbyrdebegrebet omtolkes til et sandsynlighedskrav, og dette anvendes ved beskrivelsen af en række specielle bevisbyrderegler i svensk ret (s. 88 f). At bevisbyrderegler anvendes ved bevisfakta er en rettergangsfejl.

Disse tilsyneladende modstridende tendenser kan naturligvis ikke blot forklares gennem en konstatering af, at den svenske teori indeholder en række modsigelsesfulde udsagn. Det metodiske udgangspunkt - sondringen mellem retspolitiske og deskriptive udsagn - har ikke været adækvat i forhold til den teori, som den svenske bevislitteratur bygger på.

De tilsyneladende modsigelser forsvinder, når man betrag-

ter teorien som led i en rekommendationsteori. Anledningen til denne forståelse findes i den redegørelse for opfattelsen af den juridiske dogmatik, som Ekelöf tidligere har givet, jfr. Ekelöf 1951. Rekommendationerne angiver, hvorledes domstolene bør afgøre de pågældende retsspørgsmål, og forsåvidt er de retspolitiske. Det er ikke påstande om, hvordan domstolene vil afgøre en tvist, jfr. 1951, s. 9 f. Men rekommendationerne skal udarbejdes efter samme metode, som den judicielle afgørelse følger 1951 s. 17. I den nærmere udvikling af, hvilken metode der herved skal følges, er Ekelöfs teori teleologisk, idet det er bestemmende for dogmatikkens vejledning, hvorledes de sociale formål, som vedkommende retsregel søger at realisere, kan udvikles i forbindelse med regelanvendelsen. Jeg skal ikke komme nærmere her ind på ¹³²⁾.

Af særlig interesse er forholdet til love og præjudikater: Hovedvægten ligger på at fastslå disse omstændigheders anvendelsesmuligheder, snarere end deres semantiske indhold. Man taler om retsanvendelse hellere end om fortolkning. Den juridiske doktrin må naturligvis tage til efterretning, hvilke retsregler der fremgår af lov og præjudikat, men må også overveje enhver omstændighed, som kan motivere, at disse retsregler ikke anvendes efter deres ordlyd, Ekelöf 1951, s. 30.

Med denne skitse som baggrund bliver nogle karakteristiske træk ved den svenske sandsynlighedsteori forståelige:

(a) Litteraturen er intrasystematisk. De begreber der anvendes, hentes fra lovreguleringen og den judicielle argumentation ¹³³⁾.

132) Teleologien kan ikke betragtes som en nødvendig implikation af en rekommendationsteori, jfr. muliovis Ekelöf s. 44 f. Hertil Ross 1953 s. 171 note 2 om teleologien som deskriptiv, hvilket såvidt jeg forstår ikke er Ekelöfs opfattelse.

133) Dette gælder også den positivistiske retsteori, sml. TFR 1974 s. 348 om Ross.

(b) I modsætning til den empiriske retsteori beskæftiger man sig med åbne spørgsmål, dvs. sådanne retlige problemer, hvis løsning ikke er entydigt fastlagt ved lovgivning eller i præjudikat. Retstilstandens indhold udvikles eller reformeres på områder, hvor den judicielle afgørelse ikke er entydigt determineret af lovgivningen. Hvor der eksempelvis gælder specielle lovregler, angår diskussionen kun, hvad der måtte være gældende udenfor disse reglers område.

(c) Litteraturen er normerende. Sammen med det ovenfor nævnte træk (b) udgør dette grundlaget for som ovenfor at spore en tendens til retspolitik. Men det er ikke fri normering. Normeringen er bundet af de vurderinger og antagelser, som domstolene ikke forventes at fravige. Rekommendationerne respekterer de præmisser, hvis accept er en forudsætning for at rekommendationen kan tænkes efterkommet. Man kunne fristes til at opfatte rekommendationen som teknisk-hypotetisk i den forstand, at dogmatikeren hypotetisk satte visse formål, og angav de midler, hvormed disse formål kunne nås, hvis de lagdes til grund.

(d) Men normeringen er tillige autentisk. Det er ikke blot således at litteraturen respekterer de judicielle antagelser, men forfatteren har tilegnet sig disse antagelser som sine egne. Rekommendationerne udgår fra juridiske forfattere, som har indlevet sig i og accepteret retssystemets grundlæggende værdier og antagelser. Dette forhold i forbindelse med bindingen af normeringen er baggrunden for en deskriptiv tendens.

Hermed opløser de tilsyneladende uforenelige retspolitiske og deskriptive tendenser sig. Samtidig træder et slående forhold frem: Den omstændighed at den svenske sandsynlighedsteori er udviklet i tilknytning til en rekommendationsteori (i hovedsagen teleologisk bestemt), lægger op til at rekommendationerne var udviklet i tilknytning til en bredere beskrivelse af de sociale formål, som rekommendationerne i tilknytning til bevisretten skulle fremme. Man måtte forvente en bestemmelse af de sociale formål, som den bevisretlige afgørelse indgik i, og en udvikling af, hvorledes disse formål kunne fremmes gennem en reform af den bevisretlige regulering og praksis.

En sådan redegørelse findes ikke. Ganske vist henvises til udviklingen indenfor andre videnskaber, og visse typer af praktiske beslutninger, jfr. ovenfor under VI.1. Men dette er blot henvisninger, som kan være udgangspunkt for en vis analogiserende overvejelse, men ikke en retsteoretisk tilfredsstillende socialanalyse.

Hermed er jeg fremme ved den grundlæggende kritik mod den svenske sandsynlighedsteori: Den savner en overvejelse af, hvilken betydning en empirisering af beslutningskriterierne for den judicielle afgørelse om, hvilket faktum der skal lægges til grund, har i forhold til den øvrige judicielle regulering. Den opfatter uden nærmere analyse den judicielle afgørelse som analog med en videnskabelig bedømmelse (antagelse af en social lovmæssig sammenhæng, en medicinsk diagnose) eller visse andre praktiske beslutninger (administrativ beslutning, privat virksomheds beslutningsteori). Men det står tilbage at overveje, om den judicielle sammenhæng etablerer forhold, som fundamentalt påvirker opfattelsen af de erkendelsesmæssige problemer, som bevisretten regulerer. Nøglen til en analyse af dette problem er naturligvis princippet om parternes autonomi, som forekommer fundamentalt at gribe ind i den empiriske teoris forudsætninger. Dette skal jeg uddybe nærmere.

Kapitel VII

Bevisværdi eller sandsynlighed for faktum

Sandsynlighedsteori 3

1. Overgang

Den juridiske sandsynlighedsteori i norsk-svensk bevis-teori, som er omtalt i kapitel VI, har kun i begrænset omfang udviklet en formaliseret analyse af den enkelte sags bevisvurdering. Udgangspunktet har været den juridiske regulering, og diskussionen har i vidt omfang angået den rette fortolkning af denne regulering og den rette terminologi til beskrivelse og reform af denne regulering. Ekelöf har - tidligt - udviklet en opfattelse af bevisvurderingen, som byggede på det empiriske udgangspunkt, men dette skete tilsyneladende oprindelig uden anvendelse af gængs sandsynlighedsregning og statistik ¹⁾. Med Halldens og Stenings bidrag er analysen af bevisvurderingen nået til en høj grad af formalisering og konsistens.

Efter at den svensk-norske teoris principielle opfattelser er diskuteret, vil jeg i dette kapitel behandle dels de nævnte svenske analyser, dels enkelte andre overvejelser over den judicielle bevisvurdering. Navnlig har der i U.S.A. foregået en diskussion, som kan danne grundlag for en fundamentalt anden opfattelse af bevisvurderingen end den af Ekelöf/Hallden/Stening udformede. Det er denne

1) Ekelöf 1948 II s. 348 f, senest 1973 IV s. 17 f.

forskel der begrundes kapiteloverskriftens modstilling af bevisværdi, som (nu) står i forbindelse med teorien om "indiciemekanismen" (eller kausalitetsteorien), og prøvelsen af den sandsynlighed for faktum, som de foreliggende bevisdata og forhåndsforventning (almindelig erfaring) har etableret. Modstillingen vil udbygge og præcisere den i kapitel VI.3 og 4.5 omtalte spaltning i den svenske bevisteori.

2. Om bevisværdi

2.1. Schreiber om bevisværdi

Halldens og Stenings fortsættelse af Ekelöfs analyser af enkle konstellationer af bevisdata indgår i en ganske omfattende litteratur om bevisvurdering, specielt om værdien af to samstemmende vidner ²⁾.

De matematiske formaliseringer af den judicielle beslutningsproces som sådanne analyser indeholder, ligger som regel så fjernt fra den judicielle situation, at de ingen betydning får. Formlerne er enten meget enkle, men må da bygge på en række forudsætninger, der gør dem urealistiske. Eller de er realistiske, men da så komplicerede, at ingen jurist forstår dem. Jeg vil derfor begrænse min diskussion til nogle grundlæggende problemer - nemlig problemer der ikke primært angår flere bevisdatas bevisværdi, men den grundlæggende struktur, som bevisproblemet sættes ind i.

Som optakt til den svenske teori skal kort behandles en

2) Jfr. Hallden 1973 s. 58 note 2, og som eksempel J. Keynes 1921 s. 180 f med note 2.

tysk bestemmelse af bevisværdi-begrebet indenfor den fri bevisbedømmelse. Den eksemplificerer problemer, som den svenske teori søger at løse. Schreiber 1968 behandler dels et enkelt bevismiddels bevisværdi, dels formler for vurdering af en række bevissituationer, der til en vis grad er de samme, som den svenske teori har behandlet.

Bevisdata giver - når bortses fra dommerens direkte iagttagelse og kausallove - kun en vis sandsynlighed for sandheden af en vis påstand. Det er derfor nødvendigt at definere bevismidlers bevisværdi. Dette gælder særligt vidneforklaringen. Om vidner benytter man i almindelighed udtrykket "troværdighed" (glaubwürdig), og spørgsmålet er da, om den "troværdighed" kan defineres som et sandsynlighedsbegreb ³⁾.

Dette kan lade sig gøre: Troværdighed defineres som sandsynligheden for, at vidneforklaringen er sand. Og denne simple definition gælder alle bevismidler: "Der Beweiswert eines Beweismittels ist gleich der Wahrscheinlichkeit der Wahrheit der Aussage" (s. 20).

Hermed er det traditionelle begreb "oversat" til empirisk - men hvordan bestemmes da denne sandsynlighed? Dette sker i følgende forhold:

Die Wahrscheinlichkeit der Wahrheit einer Zeugenaussage ist dann erklärt als das Verhältnis der Anzahl der wahren Zeugenaussagen,

3) Schreiber s. 17 - 19.

die durch diese Umstände gekennzeichnet sind, zu der Anzahl der wahren und falschen Zeugenaussagen, die durch die angegebenen Umstände bestimmt sind" (s. 2o).

Sandsynligheden for, at udsagnet er sandt, bestemmes som den relative frekvens af sandfærdige forklaringer, nemlig forholdet mellem antallet af sande forklaringer og summen af sande og falske forklaringer.

Denne brøk opstilles for vidneforklaringer, der er karakteriseret på en nærmere bestemt måde. De omstændigheder, der er relevante i denne forbindelse, beror på en vidnepsykologisk analyse. Dommeren skal altså først karakterisere den pågældende vidneforklaring som en type, bestemt ved relevante kendetegn som interesse i sagens udfald, tidsmæssig afstand mellem begivenhed og forklaring, m.v. ⁴⁾.

Schreiber antager, at denne definition af et vidneudsagns bevisværdi (troværdighed) har værdifulde konsekvenser for civilprocessen, idet den muliggør en objektiv diskussion af en konkret vidneforklaringens bevisværdi og gør den judicielle bevisbedømmelse objektiv i parternes øjne. Ved afhøring for anden ret end den dømmende kan troværdigheden meddeles i en brøk ⁵⁾.

Fra et praktisk synspunkt er disse forventninger sikkert overdrevne. En væsentligere indvending mod Schreibers definition af begrebet bevisværdi er imidlertid, at det står hen, hvad det er for "antal af sande og falske forklaringer", der skal regnes med, jfr. om kritikken af frekvens-teorien, V.2. Endvidere indgår ganske bestemte forudsæt-

4) Sml. Schreiber s. 18.

5) Schreiber s. 21 - 22.

ninger om forhåndssandsynligheden for faktum. Dette viser sig, når de forskellige størrelser, som bevisværdien kan tage, beskrives.

Die Werte umfassen den Bereich von 0 bis 1, in Prozenten ausgedrückt, von 0% bis 100%. Hierbei bedeutet die Glaubwürdigkeit 0, dass die Aussage mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit falsch ist. Die Glaubwürdigkeit 0,5 oder anders ausgedrückt 50%, bedeutet, dass die Aussage völlig unzuverlässig ist, sie ist gleichermassen Wahrscheinlichkeit wahr wie falsch. Die Wahrscheinlichkeit 1 oder 100% bedeutet, dass die Aussage mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit wahr ist" s. 24 ⁶⁾.

Lad os se på troværdigheden 0,5: Et sådant vidneudsagn betragtes som fuldsætnedig upålideligt, det kan ligeså godt være sandt som falskt. Men når dette er ensbetydende med, at det pågældende retsfaktum ligesåvel kan foreligge som ikke foreligge, så er det forudsat, at sandsynligheden for faktum på forhånd er 0,5.

Dette kan gøres mere anskueligt, hvis man tager Schreibers formel for samvirkende bevisdata, f.eks. to overensstemmende vidner.

Udgangspunktet er, at det enkelte af flere samvirkende bevisdata har en bevisværdi, som bestemmes af den relative frekvens af sande bevismidler. For hvert vidne gælder, at bevisværdien er bestemt af brøken

$$\frac{\text{sande}}{\text{sande} + \text{falske}}$$

6) Jfr. tilsvarende J. Kaplan 1968 s. 1087 f.

Når to bevisdata har samme indhold, så er den samlede bevisværdi af disse to bevisdata bestemt af den relative forekomst af to sande forklaringer, i forhold til summen af såvel to samstemmende sande forklaringer som to samstemmende falske forklaringer eller

$$b = \frac{\text{par af sande}}{\text{par af falske} + \text{par af sande}} \quad 7)$$

Denne beregningsmåde fører til påfaldende resultater. F. eks. indebærer den, at såfremt to vidneforklaringer afgives, og blot en af disse har en bevisværdi under 0,5 (50%), er den samlede bevisværdi af de to vidneforklaringer mindre end den bevisværdi, som det bedste af vidnerne var forbundet med. Foreligger en vidneforklaring, hvis bevisværdi er 0,8, og en anden forklaring, hvis bevisværdi er 0,2, er den samlede bevisværdi ifølge Schreiber 0,5 eller 50%. Såfremt der foreligger et godt vidne, og dette suppleres med et ikke særlig pålideligt vidne, som forklarer i overensstemmelse med det pålidelige vidne, er bevisværdien knyttet til disse to bevisdata altså mindre end den bevisværdi, som oprindeligt var knyttet til det pålidelige vidne ⁸⁾.

Dette resultat kan sammenholdes med en beregning i overensstemmelse med Ekelöfs teori: At det ene vidne har en bevisværdi på 80% fortæller, at vidneforklaringen i 80 ud af 100 tilfælde fungerer som bevis for det forhold, som forklaringen går ud på. Kommer et andet vidne til og forklarer det samme med en bevisværdi på 20%, udgør dette nye vidne et bevis i 20% af de resterende 100% - 80% = 20%

7) Forenklet gengivelse af Schreiber s. 31.

8) Schreiber s. 30 f, tabel 2 s. 33.

af sagerne. Den samlede bevisværdi er altså $80\% + (20\% \text{ af } 20\%) = 80\% + 4\% = 84\%$ ⁹⁾.

Hvor Schreiber nåede til en samlet bevisværdi på 50%, når Ekelöf til 84%. Denne forskel er et kvantitativt udtryk for de forskellige begreber om bevisværdi. Jeg går derfor over til behandlingen af den svenske præcisering af dette begreb, inden den kvantitative forskel diskuteres.

2.2. Teorien om indiciemekanisme

(1) Teorien om indiciemekanismen behandler, hvordan forskellige bevisdata sammenregnes til en "samlet" sandsynlighed, som er forbundet med de pågældende bevisdata. Udgangspunktet for denne teori tages i nogle bemærkninger hos Ekelöf IV om henholdsvis kædebevis, samvirkenbevis, og modbevis ¹⁰⁾.

Teoriens problemstilling er denne: Hvordan kan der gives en sandsynlighedsteoretisk legitimation - eventuel korrektion - af de beregninger, som Ekelöf har foretaget, vedrørende de 3 bevistyper? Dette spørgsmål besvarer teorien på grundlag af en tolkning af den bevisretlige problemstilling, belyst ved introduktionen af sandsynlighedsteoretiske begreber og elementære "regneregler". De resultater, der herved nås, har - når man bortser fra enkeltheder - en betydelig lighed med nogle elementære sandsynlighedsregnerregler: Kædebeviset følger multiplikationsreglen, samvirkenbeviset følger additionsreglen, og modvirkensbeviset følger multiplikationsreglen for negationen af elementerne i modbeviset ¹¹⁾. Hertil hører naturligvis en mere præcis udformning af disse beregninger og navnlig opstil-

9) Jfr. Ekelöf 1973 IV s. 26 f, ZZP bd 75 s. 294, jfr. Schreiber s. 34 note 34.

10) Om disse begreber ovenfor kapitel VI.3.

11) Ovenfor kapitel V.3.3.

lingen af en række forudsætninger for, at disse regneregler kan anvendes.

I det følgende vil jeg kun for illustrationens skyld gå ind på disse sammenstillinger af flere bevisdata, fordi problemet ved teorien ligger i dens grundlæggende strukturering af bevisvurderingen, som også ytrer sig, når der intet bevisdatum er eller kun et enkelt bevisdatum er.

(2) Teorien betegner sig som en teori om indiciemekanisme. Dette beror på, at der i teorien tages det udgangspunkt, at den vurdering, det gælder om at udføre, er en bedømmelse af, med hvilken sandsynlighed de foreliggende bevisdata (f.eks. et par vidneforklaringer om en bils hastighed) er forbundet årsagsmæssigt med hypotesen, der angår det relevante faktum, f.eks. at bilen kørte med større hastighed end 100 km/t.

Man introducerer altså nogle antagelser om den årsagsmæssige sammenhæng mellem det relevante faktum og de bevisdata, som indgår i grundlaget for dommerens bedømmelse. Når faktum har forårsaget bevisdatum, foreligger en indiciemekanisme. Dette præciseres terminologisk ved følgende begreber:

En konstatering af en virkning som kaldes "d".

En hypotese om en årsagssammenhæng, som kaldes "i".

En hypotese om en oprindelig årsag, som kaldes "h".

Udsagnet "h" er det endelige bevistema, f.eks. at tiltalte har begået et manddrab, eller at sagens to parter har indgået en aftale. De bevisdata, som ligger til grund for en antagelse vedrørende sagen, udtrykkes i "d". I hypotesen om årsagssammenhængen - "i" - udtrykkes, at bevisdata har faktum som årsag ¹²⁾.

12) Hertil Hallden s. 56.

Et eksempel: Under en færdselssag er det relevante faktum, hvorvidt en bil har kørt over 100 km/t. Hvis dette antages, har chaufføren overtrådt en hastighedsbegrænsning. Til oplysning af dette spørgsmål foreligger en opmåling af bremsesporenes længde, og det vides, at 80% af bremsespor af denne længde skyldes hastigheder på over 100 km/t. Ifølge Hallden/Stening kan vi for det første beskæftige os med sandsynligheden for faktum:

$p(h|d)$, der angiver sandsynligheden for, at det pågældende faktum foreligger, betinget af de foreliggende bevisdata, nemlig bremsesporets længde. En anden sandsynlighedsværdi er

$p(i|d)$, der angiver sandsynligheden for "i", givet bevisdata, d.v.s. sandsynligheden for at en hastighed på mere end 100 km/t (og ikke en mindre hastighed) har forårsaget de pågældende bremsespor.

Hvorledes adskiller denne begrebsbestemmelse sig fra den, som jeg præsenterede i forbindelse med sandsynlighedskalkulen? Hallden/Stening går ud fra, at det er værdien $p(i|d)$, der er af største vigtighed. Den størrelse, som jeg satte i centrum, nemlig sandsynligheden for faktum - $p(h|d)$ - er ikke i og for sig relevant, men blev det kun i kraft af, at også "i" kan antages, d.v.s. $p(h \text{ og } i|d)$ ¹³⁾.

Til illustration af, hvorledes indiciemekanismen indgår i sandsynlighedsberegningen, kan gennemgås behandlingen af de såkaldte "samvirkende bevisfakta" ¹⁴⁾. Ved bedømmelsen

13) Stening s. 71.

14) Hallden s. 60 f, Stening s. 73 f, s. 84.

af det ovennævnte faktum, om bilen havde kørt over 100 km/t, foreligger dels den nævnte opmåling af bremsespor, dels et vidne som forklarer om bilens kørsel. I Ekelöfs behandling af dette eksempel går det ud fra, at man "genom undersökning av ett stort antal likadana situationer kunnat fastställa, (att) vart och ett av bevisen i 3 fall av 4 innebure en trogen registrering av verkligheten, medan de i det fjärde fallet saknade varje värde som bevis för bilens hastighet" ¹⁵⁾.

Hvert af beviserne støtter den antagelse, at bilen har kørt mere end 100 km/t - sandsynligheden herfor må altså være større end 3/4 - men hvor meget større? Dette beregner Ekelöf til 15/16, nemlig 12/16 (hvor bremsesporene udgør bevis for hastigheden) + 3/16 (nemlig de 3 tilfælde ud af de resterende 4, hvor vidnebeviset beviser hastigheden), ialt 15/16.

Det ses let, at denne beregning følger den almindelige additionsregel, hvorefter

sandsynligheden for begivenheden A eller begivenheden B udgøres af sandsynligheden for A + sandsynligheden for B med fradrag for sandsynligheden for at de to begivenheder optræder sammen, eller

$$p(A \text{ eller } B) = p(A) + p(B) - p(A \cap B)$$

Men selv om denne formel giver samme resultat som Ekelöf antager, er det et spørgsmål, hvad meningen i denne sammenhæng er med sådanne begivenheder, som A og B - det drejer sig jo om beviser for samme relevante faktum.

¹⁵⁾ IV 1973 s. 26.

Det er ikke muligt her at gennemgå den udvikling af Ekelöfs bevisvurdering, som gøres på grundlag af indiciemekanisme-begrebet. Da jeg, som sagt, i hovedsagen beskæftiger mig med de grundlæggende begreber og antagelser, nøjes jeg her med til forståelse af hovedtræk af tankegangen, at præsentere den form, som det endelige resultat har:

$$p(i \text{ eller } j | d) \geq p(i | d^i) + p(j | d^j) - p(i | d^i) p(j | d^j).$$

"i" og "j" repræsenterer de to indiciemekanismer, at henholdsvis hastigheden over 100 km/t har forårsaget en vidneforklaring, og at den store hastighed har medført det konstaterede bremsespor. "d" repræsenterer disse to beviser. Det, der eftersøges, er sandsynligheden for, at enten "i" eller "j" har fungeret, givet de foreliggende to beviser. Hvis enten "i" eller "j" kan antages, kan også "h" - altså antagelsen om det relevante faktum, den for store hastighed - antages. Den eftersøgte sandsynlighed udtrykkes i summen af sandsynligheden for, at indiciemekanismen har fungeret med hensyn til bremsesporet, plus sandsynligheden for at indiciemekanismen har fungeret med hensyn til vidneforklaringen, med fradrag af sandsynligheden for at mekanismen har fungeret i forbindelse med begge beviser. "d" - der omfatter begge bevisdata - er opspaltet i de to relevante beviser, dels dem der vedrører bremsesporet - d^i - dels dem der vedrører vidneforklaringen d^j 16).

(3) Hvilken funktion har begrebet "indiciemekanisme"? Det er dette begreb - og dets betydning for formel-udviklingen

16) Hertil Hallden s. 60 - 62, Stening s. 73 - 76.

- der adskiller denne teori fra, hvad der kunne følge af den præsentation af elementer fra sandsynlighedsregning og statistik, som min fremstilling ovenfor giver.

Der er ikke tvivl om, at tanken er at introducere forestillingen om en årsagsforbindelse mellem det relevante faktum (h) og de foreliggende bevisdata (d, evt. d^i og d^j). Det er denne årsagsforbindelse mellem hypotese og bevisdata, der gør det muligt at slutte fra bevisdata - Ekelöfs bevisfakta - til det relevante faktum - Ekelöfs retsfaktum eller bevistema.

Med denne begrebsbestemmelse vil man f.eks. kunne bringe til klart udtryk, at såfremt et vidne afgiver forklaring om et forhold, som vidnet intet kendskab har til, er vidneforklaringen uden bevisværdi ¹⁷⁾. I så fald gælder $p(h | d) = 0$ ¹⁸⁾.

Det første problem denne fokusering på årsagsforhold indebærer er, at sandsynlighedsbedømmelser foretages i tilfælde, hvor sammenhængen mellem de betingelser, der gøres for sandsynlighedsantagelsen, og det tema, hvis sandsynlighed bedømmes, ikke beror på en antagelse om en årsagssammenhæng.

1) Der kan tænkes eksempler, hvor en fælles årsag kan påpeges. Et eksempel er domstolenes bedømmelse (i dansk ret) af spørgsmålet om en bilførers uegnethed til at føre bil på fuld betryggende måde som følge af indtagelse af spiritus, jfr. færdselslovens § 16, stk. 1. Denne bedømmelse beror i praksis ofte på en konstatering af en spirituspromille på et bestemt undersøgelsestidspunkt

17) Jfr. Ekelöf IV s. 26 note 54 a.

18) Stening s. 69.

efter kørslen. Af den konstaterede promille sluttet med en vis sandsynlighed hvilken promille chaufføren havde på kørselstidspunktet. Af størrelsen af denne promille drages der derefter slutninger med hensyn til chaufførens egnethed. Det er for disse vurderinger aldeles underordnet, at det naturligvis ikke er spirituspromillen i blodet, der i sig selv udgør uegnetheden til kørsel. Alkoholen i blodet under kørslen "forårsager" en svækkelse af det sensoriske og motoriske nervesystem og bringer derfor uegnethed. Det afspejler sig endvidere (forårsager) i alkoholpromiller på et senere tidspunkt ¹⁹⁾.

Det forekommer mig aldeles uvist, hvorledes teorien om indiciemekanismer vil opfatte et sådant bevis. En nærmere "årsagsforbindelse" ses i forholdet mellem uegnethed ved kørslen og den kliniske undersøgelse. Men også her forekommer det temmelig søgt at tale om, at den tidligere mulige uegnethed forårsager den pågældende afvigende adfærd med undersøgelsen.

2) Årsagsforbindelse mellem faktum og bevisdata forudsætter, at faktum er fortidigt. Adskillige juridiske temaer er fremtidige, f.eks. vurderingen af fremtidige indtægter ved personskadeerstatning, fare for recidiv ved valg af kriminalretlig sanktion, o.s.v. ²⁰⁾.

3) I forbindelse med det "kalkulerede bevis" forekommer forårsagelsesbegrebet vanskeligt. Er spørgsmålet om en debitor har betalt, og fremlægger debitor som bevis herfor en kvittering, skulle dommeren vurdere sandsynligheden for at "den foreliggende kvittering var forårsaget af be-

19) Se hertil figuren i kapitel II.3.

20) Jfr. Bolding 1951 s. 57 note 3.

taling".

(4) Med hvilken begrundelse introduceres dette begreb trods disse vanskeligheder?

Udgangspunktet er ønsket om, at den judicielle bevisvurdering bringes i kontakt med sandsynlighedsteorien. Formålet er at udlede bestemte regler eller formler for sammenstilling af forskellig bevisdata med bestemt bevisværdi for respektive bevistema. For at kunne gøre dette må vi udnytte den videnskab, som beskæftiger sig med sådanne problemer, sandsynlighedsteorien. For at kunne udnytte denne teori er det nødvendigt at beskrive den juridiske situation på en for teorien adækvat måde.

Det forhold, at et bevisfaktum "beviser" sit bevistema, jævnføres med de hændelser som man taler om i sandsynlighedsteorien. Stening s. 65 og 82. Spørgsmålet er herefter, om det er den matematiske sandsynlighedsteori, der gør det nødvendigt at indiciemekanisembegrebet introduceres. Dette må besvares benægtende. Sandsynlighedsteorien beskæftiger sig ikke kun med forhold, imellem hvilke der består årsagssammenhæng. I visse tilfælde er det muligt, at en årsagssammenhæng består. Men sandsynlighedsberegningen bliver nødvendig, fordi det netop i den enkelte situation ikke er muligt at konstatere (med sikkerhed) om en årsagssammenhæng består eller ej. I andre tilfælde er der ikke mening i at tale om en årsagssammenhæng, jfr. ovenfor. Endelig er der sådanne statistiske udsagn, som udtrykker en bestemt stokastisk fordeling, f.eks. sandsynligheden for at få en 6'er ved kast med en 6-sidet terning, som falder helt udenfor, hvad der kan udtrykkes i begrebet indiciemekanisme ²¹⁾.

21) Hallden fremhæver i Sandolikhetslogik, adskillige steder, at der ikke er tale om kausale sammenhænge.

Til begrundelse for teorien anføres også juridiske synspunkter. Med indiciemekanisme-antagelsen skal undgås, at der domfældes (eller iøvrigt træffes retlige afgørelser) uden grundlag. Hallden påpeger, at størrelsen $p(i|d)$, altså sandsynligheden for at indiciemekanismen har fungeret, er mere central end sandsynligheden for det egentlige tema, h , idet han fremhæver "bedömarens ansvarsställning". Om " i " är sann är ett visst agerande berättigat. Därimot ger alternativet " h og ikke- i " inget underlag för handlande"(s. 57). Det kan naturligvis være, at faktisk foreligger. "Slumpen har reddat vittnesmålet". Men, hævder Hallden, en domstol har ikke nogen interesse for sådanne redningsmuligheder. Af ansvarsgrunde handler domstolen som om $p(h|d) = p(i|d)$ (s. 57).

Hertil må det for det første fremhæves, at det afgørende for sagens udfald må være dommerens antagelse vedrørende " h ". Det er dette faktum, som er defineret i loven, og som derfor er afgørende for den judicielle dikotomisering. En vurdering - med større eller mindre sandsynlighed - af sandsynligheden for " h " er derfor en nødvendighed, inden " h " antages eller forkastes.

Dette følger vistnok i og for sig af, om " i " antages. Ved antagelsen af " i " - antagelsen af en årsagssammenhæng - må det være forudsat, at årsagen foreligger. Det er meningsløst at udtale, at en vis virkning har A som årsag, hvis det ikke herved er forudsat, at A foreligger. Vi kan derfor antage, at $p(h|i) = 1$ ²²⁾.

Spørgsmålet om dommerens ansvarsstilling og grundlaget for den retlige afgørelse kommer derfor klarere frem, når det fremhæves at $(h \text{ og ikke-} i | d)$ ifølge Hallden ikke kan

22) Denne formel anførte Hallden Spåtind maj 1971.

være grundlag for en afgørelse. Denne sandsynlighed måtte nemlig være identisk med $p(h)$ ²³⁾. Dette er ensbetydende med, at man ikke kan tage hensyn til en forhåndssandsynlighed ²⁴⁾. Afgørelsen må træffes på grundlag af de foreliggende beviser, ikke på grundlag af den oprindelige sandsynlighed.

Ved en nøjere analyse er det nødvendigt at skelne mellem de to tanker, som hermed er udtrykt: (a) Det "heldige vidne" - altså det vidne der fortæller på må og få, men tilfældigvis fortæller sandheden. (b) Spørgsmålet om forhåndssandsynlighed. Disse to synspunkter glider indirekte sammen i Halldens argumentation, eftersom dommerens grundlag for at antage et relevant faktum (at gerningsindholdet er realiseret i en kriminalsag) må være sagens bevisdata og kan ikke være en almindelig begrundet forhåndsantagelse. Herved udelukkes forhåndssandsynligheden, og det foreliggende bevis er selvfølgelig kun relevant, såfremt det kan sættes i forbindelse med det relevante faktum.

Analytisk har det imidlertid interesse at foretage denne opspaltning.

(5) Lad os først se på (b) forhåndssandsynligheden. "Ingen (der er tiltalt i en kriminalsag) bör fällas på grundval av den ursprungliga sannolikheten för skuld". "i" kan berettigede til en vis handling, ikke "h og ikke-i" ²⁵⁾.

Dette må forstås således, at uanset hvordan størrelsen af $p(h)$ er, kan den ikke udgøre et grundlag for en retsafgørelse. Kriminalsager er fremhævet, fordi det i disse

23) Hallden anførte Spåtind 1971 formelen: $p(h \mid \text{ikke-i}) = p(h)$.

24) Jfr. ovenfor V.3.4. og nedenfor VII.3.2.

25) Hallden s. 57.

er særligt rimeligt, at der ikke dømmes på en oprindelig sandsynlighed, men jeg går ud fra, at dette gælder i almenhed.

Til dette synspunkt gøres to bemærkninger: For det første harmonerer den ikke godt med den beslutningssituation, som dommeren faktisk befinder sig i - og altid vil befinde sig i. Dommeren skal nemlig træffe en afgørelse. Forsåvidt angår spørgsmålet, hvilket faktum der skal lægges til grund, indebærer dette, at dommeren er nødsaget til enten at antage eller til at forkaste faktum. I de tilfælde, hvor der ikke foreligger nogen indiciemekanisme med hensyn til faktum - hvor der altså ikke er ført nogen beviser, eller de førte beviser har været uden betydning - træffes en afgørelse, som går ud på at enten faktum eller ikke-faktum lægges til grund. En sådan afgørelse træffes altså uden grundlag i bevisdata eller specielle antagelser med hensyn til indiciemekanisme. For denne situation er det naturligvis uden mening at hævde, at "h og ikke-i" ikke udgør noget grundlag for handling. Problemet er - når det formuleres under hensyn til juridiske realiteter - hvorvidt dommeren ved bedømmelsen af, om det er h eller ikke-h der skal lægges til grund, kan tage hensyn til sine almindelige antagelser om sandsynligheden for forekomsten af h henholdsvis ikke-h.

Hvorvidt en sådan hensyntagen er berettiget eller ej, beror på de gældende bevisretlige regler. Det kan ikke være en sandsynlighedsteoretisk opfattelse, der skal diktere, hvordan dette spørgsmål skal besvares. I mange tilfælde vil det være rimeligt at tage et sådant hensyn. I vidt omfang tages et sådant hensyn.

Den anden bemærkning angår den situation, at der foreligger bevisdata, således at spørgsmålet ikke længere er, hvorvidt der kan dømmes uden "d", men spørgsmålet er, om der ved bedømmelsen af den relevante sandsynlighed for bevistemaet kan tages hensyn til, ikke alene de foreliggende bevisdata og deres støtte til "i", men også hensyn til forhåndssandsynligheden for "h".

En sådan hensyntagen er ikke direkte udelukket med de udtryk som Hallden har benyttet har benyttet. Men indirekte er det udelukket i kraft af, at interessen fokuseres på spørgsmålet om "i", altså sammenhængen mellem de foreliggende bevisdata og det relevante faktum. Dommen skal som Hallden udtrykker det "betygsätta vittnena" (s. 57). Sandsynligheden for det relevante faktum kan således kun baseres på den støtte, som de forelagte bevisdata giver herfor. En sandsynlighed for det relevante faktum, der går ud over spørgsmålet om indiciemekanisme, indgår ikke i de beregninger, som Hallden/Stening foretager.

Der kan være forskel på størrelsen af $p(h|d)$ og $p(i|d)$, altså dels på størrelsen af sandsynligheden for faktum beregnet under hensyn til forhåndssandsynligheden og de foreliggende beviser, dels sandsynligheden for faktum alene bedømt på grundlag af de foreliggende beviser og den mellem disse og faktum antagne indiciemekanisme.

Også i de tilfælde, hvor der foreligger bevisdata er udgangspunktet den opfattelse, at der ved bedømmelsen af sandsynligheden for det relevante faktum kun skal tages hensyn til disse og ikke til en eventuel forhåndssandsynlighed. Dette udgangspunkt fastholdes imidlertid ikke:

"Av principiellt intresse är det förhållandet att värdet $p(i|d)$ är beroende av sannolikheten hos det slutliga bevistemat h. Om vittnet hävder att han sett ärkeängeln Gabriel finns det skäl att vara skeptisk mot hans berättelse. Och om en febertermometer säger att patienten har 50 graders feber vet man att det är fel på termometern" 26).

26) Hallden s. 57 - 58.

Vi skal altså i bedømmelsen af den bevisværdi som tilskrives de enkelte bevisdata indregne en hensyntagen til sandsynligheden for det faktum, som beviset tager sigte på at bevise (modbevise). Jeg kan ikke se rettere end, at dette indebærer, at forhåndssandsynligheden listes ind ad bagvejen, og de indledende bemærkninger om, at en sandsynlighed for faktum, der ikke beror på bevisdata, ikke kan være grundlag for en afgørelse, dementeres, når der foreligger data.

Det kan ikke blot være således, at når vidnets forklaring efter sit indhold er usandsynligt, formindsker dette sandsynligheden for, at indiciemekanismen har fungeret - p (i | d). I de tilfælde, hvor vidnets forklaring efter sit indhold er overordentlig sandsynlig, må dette kunne forøge sandsynligheden for at indiciemekanismen har fungeret.

Det kan konkluderes, at forhåndsforventninger indgår i bedømmelsen af, hvilket grundlag der er for at træffe en retlig afgørelse. I teorien om indiciemekanismen sker der imidlertid det meget uheldige, at disse forhåndsantagelser, som ikke specielt vedrører de konkrete bevisdata, i sagen indkobles i sandsynlighedsvurderingen af disse. Det er heldigere, at de almene antagelser eller forventninger indgår som selvstændige elementer, der kan ansættes og kritiseres for sig, og som så sammenholdes med sagens beviser.

Den tanke, at sandsynligheden for det af vidnet hævdede, skal indgå i bedømmelsen af vidnets forklarings bevisværdi, er ikke ny. Man kan udtrykke det således, at det netop har været et af de kneb, hvormed man i praksis har lempet på den legale bevisteori. Det blev nemlig ved en sådan bedømmelse muligt at modificere de resultater, som en entydig binding til vidneforklaringer indebar. Vi finder udtalelser herom hos bl.a. den ældre svenske bevisteori, Kallenberg Bd II. 5 s. lolo note 35, jfr. tillige ovenfor kapitel IV.2 om bl.a. Hede-gaard.

(6) Det andet element i begrundelsen for indiciemekanisms relevans er påpegningsen af, at visse beviser ikke har nogen årsagsmæssig forbindelse med det tema, som de fremføres til bevis for. De har derfor ikke nogen bevisværdi.

Umiddelbart forekommer denne opfattelse rimelig. Et vidne, der forklarer på må og få, og som tilfældigvis rammer sandheden, er ikke noget bevis for det relevante faktum. Ved nærmere analyse viser der sig imidlertid at foreligge et skinproblem. (For argumentationens skyld ser jeg bort fra de tilfælde, hvor det savner enhver mening at tale om en årsagsforbindelse).

I visse tilfælde har bilens hastighed givet vidnet et sansindtryk, der opbevares som en erindring, der er reproduceret under afhøringen, som gengives under denne, og som opfattes korrekt af dommeren. Dette er en typisk bevisekæde. Kunne vi i den enkelte retssag gå ud fra, at det var klarlagt at denne årsagskæde forelå, henholdsvis ikke forelå, ville ethvert spørgsmål om sandsynlighedsberegning blive irrelevant. Nødvendigheden af at foretage sandsynlighedsberegninger følger netop af, at årsagsforholdene ikke er sikre. I sandsynlighedsteorien sammenstilles forskellige udsagn, der vedrører sammenhængen mellem adskilte hændelser under bestemte forudsætninger. Disse "regneregler" forudsætter kendskab til sådanne sammenhænge. Når det præcise kendskab til årsagsforholdet mellem bilkørslen og vidneforklaringen i retssalen ikke er kendt, må bedømmelsen af bilkørslen på grundlag af vidneforklaringen bero på de konstateringer af sammenhænge, som er gjort mellem aflagte vidneforklaringer og de objektive begivenheder som forklaringerne vedrører. Sådanne sammenhænge udtrykkes i f.eks. frekvens-forhold, som det af Stening (s. 68 og 70) citerede at "bremsespor af denne længde i 80 tilfælde ud af 100 er forårsaget af en hastighed overstigende 100 km/t".

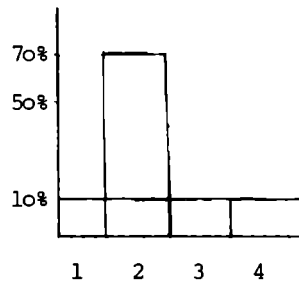
Sådanne frekvensforhold vedrører dels det som umiddelbart iagttages, nemlig bremsesporet, vidneforklaringen, dels den hændelse som er relevant for sagens udfald. De hændelser, som imellem disse to yderpunkter - muligvis - konstituerer et årsagsforhold er konkret ikke tilgængelige.

En vidneforklaring, hævder Hallden, der ikke er forårsaget af den oprindelige hændelse, er værdiløs som bevis. - Her-

til kan kun svares, at dette naturligvis er korrekt. Det er netop sådanne vidneforklaringer, som indgår i den gruppe af vidneforklaringer, der ikke giver en entydig sammenhæng mellem faktum og forklaring, d.v.s. navnlig de (objektivt) falske. Men i den enkelte sag er det umuligt at afklare, hvorvidt forklaringen hører til de falske eller sande, herunder "tilfældigt" sande. Det er derfor nødvendigt at etablere sandsynlighedsudsagn, som sætter sig ud herover.

En analyse heraf vil vise, hvorledes dette punkt hæn- ger sammen med springet fra interessen for h til interes- sen for i.

Lad os tænke os et enfoldigt vidnepsykologisk eksperiment. En stor gruppe vidner skal iagttage en tavle, hvor et tal nemlig enten 1, 2, 3 eller 4, er anført. Efter en vis periode skal de pågældende personer forklare, hvilket tal de iagttog. Det forudsættes, at alle vidner afgiver forklaring, og at alle forklarer at de iagttog et tal på 1, 2, 3 eller 4. Resultatet af eksperimentet for så vidt angår den fase, hvor tallet 2 sættes op fremgår af følgende figur:



Figur

Vi ser her, at hvor tallet 2 blev vist, forklarede 10% at de havde set tallet 1, 70% at de havde set tallet 2, 10% at de havde set tallet 3, og igen 10% at de havde set tallet 4. Efter vores kendskab til det tal, som udgør h, kan vi udtale, at de 30% der peger på 1, 3 og 4 tager fejl. I Halldens sprogbrug "indiciemekanismen har ikke fungeret". Dette kan skyldes mange forhold - nogle så slet ikke på tavlen, nogle ser dårligt og tog fejl, nogle har glemt og gætter bare, o.s.v. Vi kan også antage, at der må være (knap) 10% blandt dem, der nævner 2, der har været udsat for de samme fejlkilder (det er muligt, at det ikke behøver at være 10, men et andet tal afhængigt af den nærmere forståelse. Dette behøver jeg ikke at komme ind på).

Lad os tænke os, at dette eksperimentale resultat, lægges til grund som en erfaringssætning ved bedømmelsen af en enkelt vidneforklaring, der går ud på, at tallet 2 var opsat. Faktum i sagen er, hvilket af de 4 tal der var opsat. Bevisdatum er nu den afgivne forklaring om tallet 2, forkortet V2.

Med Hallden, kan vi spørge, hvad er sandsynligheden for at indiciemekanismen har fungeret - og dermed den sandsynlighed som en afgørelse, der lægger tallet 2 til grund, kan bygge på. Efter den erfa-

ringssætning, som er nævnt ovenfor, må det vel være ca. 60%, i hvert fald under 70%. Vi må se bort fra de tilfælde, hvor et vidne forklarer noget som nok er korrekt, men som kun er korrekt i kraft af tilfældigheder.

Hensynet til den mulighed, at vidneforklaringen er korrekt, men korrekt af tilfældige grunde, bevirker, at vidneforklaringen - i eksemplet - tilskrives en mindre bevisværdi end hvad der svarer til den forholdsmæssige andel af korrekte domme (judicielle antagelser) bygget på vidneforklaringen. Vidneforklaringen er (objektivt) sand i 70% af tilfældene, men bevisværdien sættes til 60% (eller lidt mere, men mindre end 70%).

Da denne kritik harmonerer med Schreibers teori, er der grund til at vende tilbage til den sammenligning, som afsluttede afsnittet om Schreiber.

2.3. Kritik af bevisværdi-begrebet.

(1) Under en straffesag for overtrædelse af hastighedsbegrænsning forklarer et vidne, at det iagttog, at tiltalte kørte over 100 km/t. Vi har nu set to bestemmelser af et sådant vidnes bevisværdi. For Schreiber er den relative frekvens af sande forklaringer bestemmende for bevisværdien. Er bevisværdien mindre end 0,5, er der ikke blot mindre bevis for overtrædelsen, men positivt bevis mod, at tiltalte kørte over 100 km/t ²⁷⁾.

Denne opfattelse går stik imod gængse forestillinger: Et upålideligt vidne har ingen (ringe)betydning for sagens

27) Således f.eks. også i Laplace 1825 s. 141: Et vidneudsagn, der har bevisværdien 0,4, formindsker sandsynligheden for faktum.

bedømmelse. Det er irrelevant for dikotomiseringen.

Dette er der taget højde for i den svenske teori om indiciemekanismen. At der kun er en beskeden sandsynlighed for at vidnets forklaring står i forbindelse med faktum, indeholder ikke nogen komplementær støtte for antagelsen af negationen af faktum. At der kun er en lille sandsynlighed for indiciemekanismens effektivitet, kan forenes med såvel faktum som dets negation.

Disse forskellige begreber er baggrunden for de kvantitative forskelle, der viser sig, når man med ens værdier for enkelte data beregner bevisværdien af flere data efter hver af teorierne. Disse forskelle skal ikke omtales nærmere. Her skal tværtom fællesskabet, nemlig interessen for bevisværdien, behandles ²⁸⁾.

Bevisværdi benyttes ikke blot i forbindelse med vidneforklaringer. Som en anden type bevisdata nævnes oplysning om et bremsespor, hvorom vides, at spor af pågældende længde i 3 ud af 4 tilfælde "indebærer en troværdig registrering af virkeligheden", nemlig at bilen kørte over 100 km/t, mens det i 1 ud af 4 tilfælde savner "enhver værdi som bevis for bilens hastighed"²⁹⁾. Den sidste situation svarer til det "upålidelige" vidne: Det er uden værdi for begge parter.

Denne sidestilling af vidnebevis og "indiciebevis" er imidlertid ikke i almindelighed holdbar, og en påvisning af forskellen mellem de forskellige typer af bevisdata kan føre os frem - mener jeg - til en dybere forståelse af baggrunden for bevisværdi-begrebet.

28) Jeg begrænser mig i det følgende til den svenske teori, som er den langt bedst udviklede.

29) Ekelöf IV 1973 s. 26. Jfr. noget afvigende Stening s. 70 - 71.

Lad os se nøjere på, hvordan et "bremsespor's bevisværdi" konstateres og udtrykkes ³⁰⁾. Først konstateres for en række alternative hastigheder, hvilken længde spor de er forbundet med. For hver hastighed kan opstilles en sandsynlighedsfordeling. - Dernæst vendes problemstillingen om: Nu er det længden af sporet, der tages som udgangspunkt, idet spørgsmålet er, hvilke forskellige hastigheder der kan have forårsaget et spor af bestemt længde, og hvilken sandsynlighed der er for hver af disse hastigheder.

Dette vil bero på resultatet af den første undersøgelse. For et spor af en given længde kan man tænke sig en vurdering, der går ud på, at "bromsspår av denna längd i 80 fall av 100 förårsakats av en hastighet överstigande 100 km/t" ³¹⁾. Dette er formentlig - efter den svenske teori - ensbetydende med, at dette spor har en bevisværdi af 0,8 for en hastighed over 100 km/t ³²⁾.

Når bevisværdien sættes til 0,8 (eller 80%), beror det på, at sporet med sandsynligheden 0,2 (20%) kan være forårsaget af en hastighed mindre end 100 km/t. Sporet har da bevisværdien 0,2 for ikke-faktum. Eller mere generelt: Sporet har altid en "bevisværdi" for såvel den ene som den anden hypotese, og når de to hypoteser er komplementære (som F og ikke-F), er summen af to "bevisværdier" 1.

Dette adskiller øjensynligt bremsesporet fra vidneforklaringen. Det er ikke muligt om et bremsespor at hævde, at det "savner enhver værdi for bilens hastighed" i 1 ud af 4 tilfælde. En række andre bevisdata må i denne henseende sidestilles med bremsesporet.

30) Det følgende er naturligvis stærkt forenklet. Flere eksempler er omtalt af J. Hartmann 1946, navnlig s. 13 f.

31) Stening s. 70.

32) Da dette udsagn som regel bygges på en statistisk hypotese, vil den være forbundet med angivelse af et signifikansniveau. Jfr. ovenfor kapitel V.3.6.

En anden - hermed sammenhængende - forskel angår muligheden for, at vidnets forklaring er objektivt rigtig - men ikke "kauserats av hans iakttagelse" ³³⁾. Det har da ingen bevisværdi. En tilsvarende mulighed foreligger ikke for bremsespor - og andre spor. Der kan ikke for dem skelnes mellem en objektivt rigtig fremstilling og en subjektiv "tilfældighed" (der beror på bestikkelse, gætteri, o.s.v.).

(2) Den forskel mellem forskellige typer af bevisdata, som hermed er påpeget med udgangspunkt i den svenske teoris opfattelse, må forklares ud fra den bevisretlige udvikling og bevisværdibegrebets plads i denne udvikling.

Under den legale bevisteori var den judicielle vurdering af de enkelte bevisdata legalt reguleret. Denne regulering var knyttet til begrebet om juridisk vished, som etableredes af det efter loven tilstrækkelige bevis. Hvad var da tilstrækkeligt? Det kunne være to samvirkende vidner, senere tillige flere samvirkende indicier. Indiciebeviset beroede på judicielle slutninger fra det forhold, som et af de legalt anerkendte bevisdata beviste, altså en kædeslutning. Denne tilstrækkelighed modificeredes af adgangen for modparten til at føre modbevis ³⁴⁾. Det understregne viser ligheden med de svenske begreber. Og samvirkens-problemet formuleredes i sin grundstruktur på samme måde:

"Den Beviiskraft, som tillægges to ulastelige og upartiske Vidners eenstemmige Forklaringer, hviler ikke blot på den Tillid, man maa have til hvert af disse Vidners Religiøsitet og Samvittighed, men Harmonien i deres Vidnesbyrd afgiver endnu en nye Grund til at stole paa Beviiset. Imidlertid maa man ingenlunde troe, at denne Harmoni indeholder en ufeilbar logisk Sandhedsprøve" ³⁵⁾.

33) Ekelöf IV s. 26, note 54a.

34) Se nærmere kapitel IV.2 og 4.

35) Ørsted i Vidnebeviset 1822 s. 392, jfr. herved s. 401, hvor erkendes, at "en aldeles slavisk Overensstemmelse" kan gøre forklaringerne mistænkelige.

For de manifeste bevisdata, der kunne etablere et fuldt bevis, gjaldt kvalitative krav, som for vidners vedkommende udtrykkes i regler om "lovfasthed", som kan "oversættes" til troværdighed eller pålidelighed.

Bevisdata som vidner og dokumenter var karakteriseret ved at formidle et verbalindhold, der angik det faktum, som - under de legale betingelser - kunne lægges til grund. Den judicielle antagelse af det verbalt beskrevne var altså betinget af - for vidners vedkommende - pålidelighed.

Anderledes med hensyn til indiciebeviset (det kunstige bevis), hvor dommeren "reflekterede" ud over det manifest beviste. Den judicielle antagelse var ikke bundet til det tema, som et verbalt bevis beskrev, og de sædvanlige kvalitative betingelser blev ikke hævdet. Det var netop det, der karakteriserede indiciebeviset.

Væsentlige træk af denne struktur er ført videre i Ekelöfs problemstilling og i teorien om indiciemekanisme. Udgangspunktet har været det manifeste, verbale bevisdatum.

Denne struktur ytrer sig i en række elementer i den svenske teori: 1) Kun for det manifeste, verbale bevis kan problemet om den korrekte beskrivelse uden kausal forbindelse med virkeligheden opstå. 2) Terminologi, jfr. ovenfor, hvoraf følger 3) den "ensidige" bevisopfattelse, d.v.s. at bevisdata betragtes enten som sam- eller modvirkende. Dette medfører, at for at kunne anvende de af Hallden/Stening udviklede formler må man præliminært afgøre, hvorvidt de bevisdata, der skal sammenregnes, skal betragtes som samvirkende eller modvirkende. 4) Sondringen mellem bevisfakta - hjelpefakta: Hjelpefakta tilsigter - i forbindelse med relevante erfaringssætninger - at bestemme bevisfaktums bevisværdi ³⁶⁾. Når hjelpefakta ikke simpelthen indgår som led i bestemmelsen af sagens bevisfakta (bevisdata), men udskilles som underordnet et bevisfaktum,

36) Jfr. Ekelöf IV s. 25 - 26, Stening s. 68.

nemlig som regulerende for dette bevisfaktums bevisværdi, så forudsættes en "normalværdi" for "typisk" bevisfaktum. En sådan forudsætning refererer til den legale teoris betingelser vedr. bevisdata's kvalitet (troværdighed), men er nu frigjort for de legale bestemmelser ³⁷⁾.

Denne kritik af bevisværdibegrebet indgår i en mere principiel sammenhæng: Jeg finder, at der er en modsætning mellem 1) at opfatte den judicielle bevisvurdering som en sandsynlighedsvurdering, d.v.s. en vurdering hvor en sags bevisdata under en eller anden form ³⁸⁾ må opfattes som stokastiske d.v.s. som tilfældige og dermed repræsentative efter de (sandsynligheds-)erfaringer, som dommeren bygger på, og 2) at definere bevisværdien på grundlag af et deterministisk kausalitetsforhold, som det sker i teorien om indiciemekanisme.

Men denne modsætning kan forklares: Når man i bevisretten interesserer sig særligt for vidner, hvilket har den praktiske konsekvens, at man formentlig kræver mindre sikkerhed af et vidnebevis end af et indiciebevis ³⁹⁾, beror det formentlig på, at bevisvurderingen ikke blot kan forstås som en dommers distancerede analyse af et for ham foreliggende materiale, men tillige må ses som led i en social kommunikation, hvor et vidnes formulerede opfattelse af (en del af) sagens faktum har en anden funktion end et abstrakt blodserologisk frekvensforhold eller en bilinspektørs kurve over normalfordelingen for bremsespor.

Denne funktion finder ikke udtryk i en rent empirisk, sandsynlighedsteoretisk opfattelse af processen. Samtidig med at jeg finder bevisværdibegrebet utilfredsstillende

37) Ekelöf 1947 s. 3, 8f, introducerede bevisværdibegrebet i den fri bevisbedømmelses teori, kritik af begrebet Bolding 1951 s. 132 f.

38) Med dette forbehold holder jeg det åbent, hvilken fortolkning af sandsynlighedsbegrebet man går ud fra.

39) Jfr Illum i UFR 1954 s. 143 - 144, Ekelöf IV 1973 s. 31 - 32.

i en juridisk sandsynlighedsteori, finder jeg, at dets sammenhæng med et væsentligt træk af den judicielle proces indicerer, at det snarest er den juridiske sandsynlighedsteori end inkonsistensen, der bør kritiseres.

Det vil jeg da gøre, idet jeg i det følgende afsnit vil inddrage en amerikansk diskussion om bevisvurdering og bevis- og procesregler, som ikke kan rammes af den her fremsatte kritik.

3. Diskussion om udvikling af Bayes' teorem

3.1. Collins-sagen 1968

Røveriet: Mrs. Brooks var på vej hjem fra indkøb til sit hjem i en forstad til Los Angeles. Hun trak en indkøbsvogn efter sig og havde placeret sin pengepung på toppen af indkøbene. Da hun bøjede sig ned for at samle noget op, blev hun pludselig skubbet omkuld, og da hun rejste sig, så hun en ung kvinde med blond hår løbe bort. Straks efter opdagede hun, at hendes pung var forsvundet.

Mr. Bass stod og vandede have. Han hørte støj på gaden og så en kvinde løbe hen ad vejen og sætte sig ind i en gul bil. Han beskrev den kvinde, som løb bort, som kaukasisk (hvid) og med mørkeblond hår med hestehale. Bilen startede og kørte forbi hans hus, og han så at den blev kørt af en mandlig neger, der havde overskæg og fuldskæg (moustache and beard).

Retssagen: Ægteparret Collins blev tiltalt for dette røveri. De tiltalte nægtede sig skyldige. De to vidner identificerede de tiltalte som svarende til de personer, som de havde iagttaget på gerningsstedet. Identifikationerne var dog ikke ganske sikre. Tiltalte nægtede, men kunne ikke underbygge noget alibi.

For at afstive identifikationerne indkaldte anklageren en lærer i matematik, som skulle bruges som vidne om, hvilken sandsynlighed der var for, at forbrydelsen - under forudsætning af at røveriet var udført af en hvid kvinde med blond hestehale som forlod gerningsstedet ledsaget af en neger med overskæg og fuldskæg - var begået af et par som tiltalte, der svarede til disse karakteristika.

Anklagerens og "ekspertens" beregning:

Anklageren havde ikke noget materiale, der kunne belyse sandsynligheden for forekomsten af hver af de identificerende egenskaber, men han anførte bestemte størrelser til illustration, nemlig for at vise juryen, hvorledes sandsynligheden for tilstedeværelsen af indbyrdes uafhængige faktorer påvirker sandsynligheden for, at de indtræder sammen. Som udgangspunkt for denne beregning anvendtes følgende sandsynlighedsantagelser samtidig med at anklageren opfordrede juryen til at anvende

deres egne faktorer:

<u>Egenskab</u>	Individuel sandsynlighed
A gul bil	1/10
B mand med overskæg	1/4
C kvinde med hestehale	1/10
D kvinde med blond hår	1/3
E negroid mand med fuldskæg	1/10
F interracialt par (par af hvid og sort) i bil	1/1000

På grundlag af disse antagelser om sandsynligheden for, at en tilfældig bil i Los Angeles området er gul, at en mand har overskæg osv., der blev vist for juryen på en tavle, beregnede anklageren under udspørgen af eksperten sandsynligheden for, at et par var i besiddelse af alle disse karakteristika. Denne sandsynlighed beregnedes ved hjælp af produktreglen, som jeg har omtalt ovf. kap. V.3.3. Dvs. de enkelte sandsynligheder multipliceres simpelthen med hinanden, hvilket giver det resultat, at sandsynligheden for at et tilfældigt udvalgt par har alle disse egenskaber er 1 ud af 12.000.000. Heraf sluttede anklageren (ifølge domsreferatet):

"that there could be but one chance in 12.000.000 that defendants were innocent and that another equally distinctive couple actually committed the robbery" (501).

Juryen anså de tiltalte for skyldige.

Foreløbige overvejelser: Man kan vel begynde med at konstatere, at selvom der i den behandling, som bevisbedømmelsen fik i den-

ne sag, skete fejl - disse vender jeg tilbage til -, så indgår der også i anklagerens udnyttelse af ekspertisen for sandsynlighedsberegning momenter, som er ganske parallelle til sådanne tankegange, som følges "spontant":

"Dette kan ikke være en tilfældighed", udbryder man, fordi man konfronteres med et fænomen af usædvanlig stor sjældenhed, som kun kan forklares, såfremt man antager netop det forhold, som der er tale om at undersøge, her de tiltaltes skyld. "Sandsynligheden for at et tilfældigt udvalgt par skulle besidde alle de relevante egenskaber, er så lille, at det må være netop de tiltalte, der har begået forbrydelsen".

Det forekommer formentlig også, at man uden nærmere refleksion adskiller de forskellige faktorer i bevisbedømmelsen. Man foretager simpelthen en "analyse" eller opløsning af totaliteten i en række isolerede momenter, og sandsynligheden for hvert af disse momenter sammenregnes under en ikke udtalt forudsætning om uafhængighed.

At anklagerens tilrettelæggelse på denne måde svarer til gængse tankegange, som også har vundet indpas i den judicielle bevisvurdering, finder støtte i den erkendelse, at en række bevisretlige fremstillinger direkte anvender en tilsvarende beregningsmåde.

Wigmore 1937. Ved identifikation har man interesse i sandsynligheden for ikke alene bestemte egenskaber, men navnlig for kombinationen af en række egenskaber: "the probability of two or more things, out of a total number, happening together or in succession is the product of the probabilities of the two or more separate things happening singly" (271). Identifikationen sker ved at man påviser en kombination af egenskaber som "can exist only once, in all human probability; therefore, any two superficially distinct things, each possessing that group of data, must in truth be one and the same (unique) thing" (278).

McCormick 1954:

"A person, A, is suspected of a crime. The eye-witnesses, who did not recognize the criminal, were able to report certain facts about him, as to which we may estimate the probabilities that any unknown person would possess that particular mark. He was of medium height (one out of two), red-haired (one out of five), had a noticeable paunch (one out of three), and walked with a slight limp (one out of ten). The person, A, has all of these characteristics. None of these traits is rare or unusual, and it may be argued as to each one separately that it is a mere ordinary coincidence that A and the unknown criminal both happen to be red-haired,

and so un through the list. But the theory of probabilities brings this argument up short. Under that theory, in calculating the chances that A and the unknown are different persons, you do not merely add together the odds against the appearance of each of the several traits, but rather you multiply them. Accordingly, the odds against A's not being the criminal would not be twenty to one but three hundred ($2 \times 3 \times 5 \times 10$) to one" s. 364-65. Sandsynlighedskalkulen er for denne forfatter "a dramatic way of expressing this high degree of attainable certainty" s. 364. I 2. udg. - McCormick 1972 s. 494 note 48 - tages afstand fra denne beregning, i tilknytning til kritikken af Collins-dommen.

Snl. Ernst Andersen: Familieret 1967 s. 36 om "det usandsynlige i, at flere usandsynligheder støder sammen". (De sammenregninger, som forekommer i praksis vedrørende faderskabssager er langt mere komplicerede, end den produktregel, som Andersen gengiver).

Appel: Domfældelsen appelleredes af den ene af de domfældte (Mr. Collins) til staten Californiens højesteret, som foretog en kritisk bedømmelse af den matematiske teknik, som anklageren havde anvendt under afhøringen af den matematiske "ekspert" og under den senere analyse af beviset. På dette grundlag omstødte højesteret dommen,¹⁾.

Jeg ser i gennemgangen af dommen bort fra den del af rettens kritik, som vedrører specielle amerikanske processuelle forhold, knyttet til juryen. I denne henseende har det særlig betydning, at der gjordes nogle antagelser om sandsynligheden for de enkelte karakteristika uden bevismæssigt grundlag, og sådanne antagelser repræsenterer indgreb i juryens kompetence til selvstændig bevisvurdering af skyldspørgsmålet, ligesom den matematiske beregning kunne gøre indtryk på juryen, uden at den kunne forstå dens indhold (s. 502, 505).

Af central betydning for en mere almen vurdering er følgende to punkter:

(1) At anklagerens beregning af sandsynligheden for den samlede forekomst af alle de nævnte karakteristika forudsætter, at disse er indbyrdes uafhængige. (2) At den beregnede sandsynlighed viser, hvor sjældent forekommende kombinationen af alle de nævnte karakteristika er, men fortæller ikke, at sandsynligheden for at tiltalte er uskyldig er tilsvarende lille.

1) People v. Collins, 66 Cal. Rptr. 497 (1963)

Ad (1): Beregningen af sandsynligheden for den samlede forekomst af flere karakteristika illustreredes under proceduren med analogi med terningekast: Sandsynligheden for at få en "toer" er $1/6$, sandsynligheden for at få 2 toere er $1/6 \times 1/6$ eller $1/36$ (s. 500 note 8).

På samme måde skulle kunne beregnes, hvor stor sandsynligheden for, eksempelvis, at en mand i et par har 1) overskæg og 2) er neger og har fuldskæg, når sandsynligheden for det første er $1/4$ og sandsynligheden for det andet er $1/10$. Sandsynligheden for begge "hændelser" beregnedes til $1/4 \times 1/10$. Denne produktregel forudsætter imidlertid, at hver af de to egenskaber er uafhængige af den anden i den forstand, at sandsynligheden for at en (sort) mand har skæg ikke er større, når vi ved, at han har overskæg. Men en sådan uafhængighed kan imidlertid ikke antages at bestå mellem de egenskaber, som karakteriserede gerningsmændene (og det tiltalte par).

Sandsynligheden for at finde begge egenskaber forudsætter, at man kender den betingede sandsynlighed, dvs. $p(B \text{ og } E)$
 $= p(B) \times p(E/B)$. Jfr. ovf. om betingede sandsynligheder V.3.3.

Et andet problem, som opstår når de individuelle sandsynligheder betragtes nøjere, er, hvad disse individuelle sandsynligheder egentlig angår. Er det sandsynligheden for, at en tilfældigt udvalgt person har den pågældende egenskab f.eks. overskæg? Er det sandsynligheden for at en person, som indgår i et par, har denne egenskab? Hvorledes disse spørgsmål antages at være besvaret af anklageren, kan jeg ikke svare på. I appelrettens diskussion ser det ud til, at man betragter de enkelte sandsynligheder som sandsynligheden for, at et tilfældigt udvalgt par har den pågældende egenskab.

Konsekvensen af den elementære beregningsfejl, der ligger i at se bort fra de pågældende egenskabers indbyrdes afhængighed, er at den beregnede sandsynlighed bliver alt for lille. Men dette anfægter jo ikke det principielle indhold i beregningens relevans, for der forekommer utvivlsomt sager, hvor de identificerende egenskaber er overordentlig sjældne - korrekt beregnet. Der er derfor grund til at se nøjere på, hvad det så

egentlig er, man har beregnet.

Ad (2): For argumentationens skyld kan det være nyttigt, at man forudsætter, at anklagerens beregning kan lægges til grund, at vi altså har konstateret, at de tiltalte har en egenskab (kombination af egenskaber), som er meget sjældent forekomme, og at det under vidneførslen er bevist, at gerningsmændene til det pågældende forhold havde de samme egenskaber. Vi går altså ud fra, at der er konstateret en egenskab C hos den tiltalte, at der er konstateret den samme egenskab hos gerningsmanden, at sandsynligheden for at finde den pågældende egenskab hos en tilfældigt udvalgt person er $1/12.000.000$, og vi stiller så spørgsmålet, om det ikke herefter er korrekt at antage, at sandsynligheden for at tiltalte er uskyldig er så nær vished, som man kan komme.

Dette spørgsmål besvarede anklageren bekræftende, og hans opfattelse kunne støttes på de bevisretlige autoriteter, som jeg har citeret ovenfor, og som entydigt opfattede sandsynligheden for en bestemt kombination af egenskaber hos en tilfældigt udvalgt person som umiddelbart relevant for bestemmelsen af sandsynligheden for, at en tiltalt - der havde denne egenskab - var skyldig. Men tværtimod hvad man således umiddelbart forventer, kan der være en betydelig sandsynlighed for, at det tiltalte par ikke er det eneste, som har de pågældende egenskaber, og dermed en betydelig sandsynlighed for, at tiltalte ikke er den skyldige. Dette demonstrerede retten gennem en dels verbal, dels matematisk analyse af det statistiske "bevis".

Inden selve dommen gennemgås, kan der være grund til at udvikle forståelsen af forholdet mellem (1) sandsynligheden for at en bestemt hændelse forekommer/en tilfældig udvalgt person har en bestemt egenskab, og (2) sandsynligheden for at den pågældende hændelse forekommer flere gange/tiltalte ikke er ene om at have den pågældende egenskab.

Foretager jeg et kast med en ægte 6-sidet terning, er sandsynligheden for en sekser $1/6$. Foretager jeg 6 sådanne kast, forventer jeg at få 1 sekser. Med dette udtryk sigtes til, at netop én sekser er det mest sandsynlige antal seksere i 6 kast. Men det er naturligvis ikke udelukket, at jeg ikke får nogen seksere, eller at jeg får flere end én sekser. Hvordan det forhold sig med denne sandsynlighed, beror på sandsynlighedsfordelingen med hensyn til seksere under de forudsætninger, som følger af at jeg kaster

6 gange med en ægte terning. Lad os tænke os, at jeg for et af de seks kast stiller spørgsmålet, hvilken sandsynlighed der er for, at en sekser vender opad. Svaret er: $1/6$. Men dette er, som nævnt, ikke ensbetydende med, at der ikke i et af de øvrige kast kan være kommet en sekser. Lad os fra denne mere anskuelige model vende tilbage til identifikationen i Collins-sagen.

Vi forudsætter, at vi korrekt har beregnet sandsynligheden for, at et tilfældigt udvalgt par ville besidde de pågældende egenskaber (C) til $1/12.000.000$. At sandsynligheden for et sådant par er så beskeden, udelukker ikke, at der findes flere sådanne par. Den californiske højesteret beregnede i et appendix til dommen sandsynligheden for, at der ikke alene var et sådant par (det tiltalte par), men tillige mindst et mere, til 41%.

Dette resultat nås på grundlag af en generel formel for sandsynligheden for, at egenskaben (C) kan findes mere end 1 gang i en gruppe af N par, hvor C er forekommet mindst en gang.

Sandsynligheden for den pågældende egenskab C betegnes P. Sandsynligheden for, at den pågældende egenskab C ikke findes hos et tilfældigt par, er $1 - P$. Sandsynligheden for, at denne egenskab ikke findes hos et par, der vælges tilfældigt af en befolkning på N par, er $(1 - P)^N$. Sandsynligheden for at C vil forekomme i det mindste en gang er herefter

$$(1) 1 - (1 - P)^N$$

Sandsynligheden for, at C findes hos et par og det alene, er $P(1 - P)^{N-1}$. Da dette gælder for hvert af de N par i befolkningen, er sandsynligheden for, at C findes hos et og kun et par

$$(2) N \times P \times (1 - P)^{N-1}$$

Når (2) trækkes (subtraheres) fra (1), fås sandsynligheden for, at C forekommer hos mere end et par, og divideres denne sandsynlighed (difference) med (1), fås sandsynligheden for, at C vil forekomme i mere end en gang i en gruppe af N par hvor C forekommer mindst en gang:

$$(3) \quad \frac{1 - (1 - P)^N - N \times P (1 - P)^{N-1}}{1 - (1 - P)^N}$$

I sagen var $P = 1/12.000.000$. Hvis N nærmer sig disse 12.000.000, er det, at sandsynligheden for, at der findes i hvert fald et andet par, som er karakteriseret som det tiltalte, nærmer sig 41%. N repræsenterer det totale antal par, som kan have været på gerningsstedet. Størrelsen af denne befolkning - antallet af mistænkte - kan ikke fastsættes entydigt.

Dommen sammenligner det statistiske bevis som grundlag for, at tiltalte skulle dømmes, med en domfældelse af en tiltalt på det grundlag, at et vidne så enten den tiltalte eller tiltaltes tvilling begå forbrydelsen (s. 506). Hermed gives markant udtryk for, hvorledes den tilsyneladende sikkerhed, som følger af, at man konstaterer, at de tiltalte karakteriserende egenskaber C kun optræder med en sandsynlighed på $1/12.000.000$, ændres til en sikkerhed for, at der blandt den befolkning, som mistanken kan rettes mod, er en sandsynlighed på ca. 41% for, at et andet par, der er karakteriseret som de tiltalte, kan findes ²⁾.

Men, for at håndhæve præcisionen, må det fremhæves, at den angivne sandsynlighed 41% ikke udtrykker, hvilken sandsynlighed der er for, at de tiltalte ikke er skyldige. Det er en sandsynlighed for, at der findes i hvert fald et andet par, der svarer til de egenskaber, som vi forudsætter, at gerningsmanden har.

Vi kan beregne sandsynligheden for, at det tiltalte par var skyldig, under hensyntagen til vores kendskab til sandsynligheden for, at der kan findes 1, 2, 3 par, der er karakteriseret som de tiltalte (C). Man beregner sandsynligheden for, at de tiltalte er de skyldige, såfremt der kun findes et par multipliceret med sandsynligheden for, at der kun findes et par, lægger hertil sandsynligheden for, at de tiltalte er skyldige, såfremt der findes to par, multipliceret med sandsynligheden for, at der findes to par, osv. ³⁾.

2) Om formel (3) Finkelstein & Fairley 1970 s. 490 f, 493 note 12. Herimod Tribe s. 1337 note 23.

3) Jvf. McCormick 1972 s. 496 note 44.

$$(4) \quad P(S/1C) \times P(1C) + P(S/2C) \times P(2C) + P(S/3C) \times P(3C) \dots \\ = 1 \times \frac{37}{63} + \frac{1}{2} \times \frac{18}{63} + \frac{1}{3} \times \frac{6}{63} \dots\dots = \text{ca. } 0,77 \text{ eller } 77\%.$$

Sandsynligheden for at tiltalte var skyldig er herefter ikke - som retten antog - 59%, men 77%. Men dette er naturligvis en langt lavere procent end den sikkerhed, som den matematiske "ekspert" gav juryen indtryk af.

Til illustration af den tankegang, som ligger bag de sandsynlighedsteoretiske beregninger i Collins-sagen, kan man tænke sig følgende eksempel:

Vi har en stor kasse, som indeholder et betydeligt antal bolde - antallet nærmer sig (af statistiske grunde) 12.000.000. På hver bold er anført et tal, som for hver bold er valgt tilfældigt, og som ligger mellem 1 og 12.000.000.

Vi kan så spørge, hvilken sandsynlighed der er for, at en tilfældigt udvalgt bold har et bestemt tal, som jeg symboliserer med bogstavet c, og som altså er et tal mellem 1 og 12.000.000. Svaret på dette spørgsmål må være, at sandsynligheden må være 1/12.000.000.

Vi tænker os nu, at en af disse bolde - tilfældigt udvalgt - er blevet vist frem for et vidne, der har noteret sig det tal, som stod på bolden, hvorefter bolden er lagt tilbage i kassen. Det noterede tal er c. Ved en eftersøgning i kassen når man frem til en bold, som har tallet c.

I betragtning af det betydelige antal af bolde og den beskedne sandsynlighed for at en tilfældigt udvalgt bold har netop tallet c, vil vi være tilbøjelige til at antage, at den bold, som vi nu har fundet, er den samme bold, som vidnet havde fremme tidligere. Men kan vi alligevel være sikre herpå?

Det er beregningen af svaret på dette spørgsmål, som Collins-sagen illustrerer. Her beregner man nemlig sandsynligheden for, at tallet c kan findes på mere end én bold. Denne sandsynlighed har naturligvis interesse, når vi vil bedømme, hvilket grundlag

vi har for at fastslå identitet mellem den tidligere iagttagne og den nu fremfundne bold.⁴⁾

Den californiske højesteret tilsidesatte, som nævnt, domfældelsen. Dette skete imidlertid ikke blot på grundlag af en konstatering af, at beviset for tiltaltes skyld ikke havde den nødvendige styrke. Appelretten har ikke kompetence til at efterprøve det faktiske grundlag for juryens afgørelse. Tilsidesættelsen beror på en bedømmelse af tilstedeligheden ("the admissibility") af bevisførelse vedrørende den matematiske sandsynlighedskalkulering. Det afgørende er ikke, at beviset sandsynlighedsmæssigt er for "svagt", men at den bevisførelse, som fandt sted i Collins-sagen, greb ind i emner, som hører under juryens afgørelse.

"The testimony as to mathematical probability infected the case with fatal error and distorted the jury's traditional role of determining guilt or innocence according to long-settled rules. Mathematics, a veritable sorcerer in our computerized society, while assisting the trier of fact in the search for truth, must not cast a spell over him. (497) Although we make no appraisal of the proper applications of the mathematical techniques in the proof of facts we have strong feelings that such applications, particularly in a criminal case, must be critically examined in view of the substantial unfairness to a defendant which may result from ill conceived techniques which the trier of fact is not technically equipped to cope In any event, we think that under the circumstances the "trial by mathematics" so distorted the role of the jury and so disadvantaged counsel for the defense, as to constitute in itself a miscarriage of justice" (s. 505).

Rækkevidden af disse kritiske bemærkninger med hensyn til anvendelse af statistiske metoder for jury er ikke klar. De kan tages som en generel afvisning af overhovedet at anvende sådanne matematiske metoder, som nødvendigvis må fremtræde som en ekspertise med hensyn til bevisvurderingen, og som derfor i et vist omfang træder i stedet for juryens bevisvurdering. På den anden side indgår der forsigtige forbehold, der netop tilsigter, at retten ikke ved tilsidesættelsen af den foreliggende afgørelse giver udtryk for, at man generelt kan afvise sådanne matematiske metoder. Anvendelsen af disse er acceptabel, når den ikke indebærer nogen utilbørlig påvirkning af juryen til

4) Denne illustration er nærmere ved sagen end eksemplet hos Finkelstein og Fairley 1970 s. 493 note 12, der kritiseres Tribe 1970 s. 1337 note 23.

skade for den tiltalte.

Da jeg, som nævnt, ikke går nærmere ind på de for juryens funktion specifikke problemer, skal forholdet mellem den matematiske ekspertise og juryen ikke nærmere omtales. Ser man bort herfra, er det klart, at den matematiske behandling af bevisdata under alle omstændigheder får betydning derigennem, at den er grundlaget for den videnskabelige bearbejdelse af data, en bearbejdelse som ligger til grund for de konkrete erklæringer, som anvendes som bevis i retssager. Det problem, som Collins sagen vedrører, er ud fra denne mere generelle synsvinkel det specielle problem, der følger af, at juryen så at sige opfordres til at gå ind i og deltage i den matematisk bestemte bevisvurdering.

3.2. Bayesianisk bevisvurdering

Dommen i Collins-sagen, som er omtalt i forrige afsnit, gav anledning til en omfattende diskussion i den amerikanske tidsskriftslitteratur om anvendelse af statistisk analyse af en retssags bevisdata som middel til afgørelse af, hvilket faktum der skulle lægges til grund ¹⁾.

Domstolens afgørelse var ikke egnet til at skabe afklaring på dette punkt. På den ene side tog den klart afstand fra, at matematiske/statistiske eksperter medvirkede under den juridiske proces, når dette havde til følge, at der derved blev begået overgreb mod juryens kompetence til at bedømme beviserne for tiltaltes skyld. Selvom der ikke heri ligger nogen kategorisk afvisning af statistisk ekspertise, kan synspunktet praktisk have den samme konsekvens, eftersom den statistiske ekspertise - i lighed med anden ekspertise - vanskeligt kan undgå at påvirke juryens afgørelse, og eftersom netop den statistiske analyse af bevisdata griber ind i vurderingen af bevismaterialet og derved kommer til at virke mere indgribende end anden ekspertise.

På den anden side ses det af dommen, at dens kritik af anvendelse af statistisk ekspertise ikke blot beror på dens indgribende betydning i forhold til juryen, men tillige på, at den i det konkrete tilfælde var ukorrekt. Den statistiske beregning på grundlag af multiplikation af indbyrdes afhængige sandsynligheder og anvendelsen af den herved beregnede sandsynlighed i en totalt misvisende sammenhæng udgør elementære fejl. At tilsidesætte en jurys afgørelse i et tilfælde, hvor en ekspert, som åbenbart ikke er kompetent med hensyn til det emne, hvorom han udtaler sig, beror ikke nødvendigvis på en principiel forkastelse af en ekspertise indenfor det pågældende område. At dommen ikke skal fortolkes på denne måde, finder yderligere støtte i

1) Kingston 1966 var, såvidt ses, den første. Af senere kommentarer kan fremhæves I. Kaplan 1968 s. 1092, Finkelstein & Fairley 1970 s. 490-96, Tribe 1971 s. 1334-38, McCormick 1972 s. 493-99. Yderligere henvises til Moenssens s. 594 note 25.

det paradoksale forhold, at dommen i kritikken af den appellerede afgørelse netop bygger på en korrigeret sandsynlighedsteoretisk beregning af, hvilken bevisværdi de pågældende vidners identifikation af de tiltalte kunne tillægges.

Denne principielle uklarhed satte sit præg på den efterfølgende diskussion. Ganske vist indtog de enkelte bidragsydere markante standpunkter for og imod anvendelsen af matematiske metoder ved bevisvurderingen, men forslag om, hvorledes disse metoder skulle introduceres, måtte præges af de forudsætninger, som jurysystemet satte, ligesom argumenter mod en sådan anvendelse af matematisk metode måtte præges af det forhold, at matematiske/statistiske metoder uvægerligt er dominerende i en række ekspertiser såvel som i tekniske sager.

Fra denne diskussion finder jeg grund til at fremdrage to aspekter, som har interesse for denne afhandlings problemstilling. For det første udvikles - af Finkelstein & Fairley - en opfattelse af den sandsynlighedsteoretiske strukturing af vurderingen af en sags bevisdata, som afviger fundamentalt fra den norsk-svenske teori, specielt den nyeste svenske teori om indiciemekanisme. Men nogen konfrontation af disse to teorier ser ikke ud til at have fundet sted. Denne bevisteori kan betegnes bayesiansk, fordi den opbygger bevisvurderingen over Bayes' teorem²⁾.

For det andet fremsatte L.H. Tribe en principiel kritik af den sandsynlighedsteoretiske/matematiske opfattelse af processen, som jeg finder det af værdi at diskutere. Kritikken tager jeg i det følgende afsnit, mens jeg i dette afsnit behandler den bayesianske bevisvurdering.

Forslaget om at anvende en bayesiansk beregningsmåde havde sin baggrund i kritikken af højesteretsdommen i Collins-sagen.

2) Om dette ovf. kap. V.3.4.

Som nævnt gik man i dommen fra konstateringen at en egenskab (konstellation af egenskaber), som der kun var en forsvindende sandsynlighed for at finde hos en tilfældigt udvalgt person, til en påvisning af, at der var en betydelig sandsynlighed for at tillige mindst en anden person havde den pågældende egenskab. At tiltalte havde egenskaben, var derfor ikke noget sikkert grundlag for at identificere tiltalte med den skyldige. - Hvis denne argumentation anvendes i almindelighed, bliver det praktisk umuligt statistisk at vise, at en egenskabskonstellation er enestående, uden meget omfattende erfaringsmateriale. Et andet problem er afgrænsningen af de "mistænkte", idet dette antal bliver afværende for, hvilke størrelser man når frem til ³⁾. Som udgangspunkt for deres forslag anfører Finkelstein & Fairley, at man i almindelighed danner sig en opfattelse af et faktum gradvis, idet man successivt indfører nye erfaringer i den viden, man har på forhånd. Det er derfor ikke korrekt at forudsætte - som Collins-dommen - at dommeren (jury'en) ikke har nogen forhåndsviden ⁴⁾.

Tages denne forhåndsviden som udgangspunkt, får statistisk analyserede bevisdata en ganske anden udslagsgivende virkning. Og dette udgangspunkt udtrykkes i Bayes' teorem. Man begynder med følgende situation:

"Let us suppose a woman's body is found in a ditch in an urban area. There is evidence that the deceased had a violent quarrel with her boyfriend the night before. He is known to have struck her on other occasions. Investigators find the murder weapon, a knife which has on the handle a latent palm print similar to defendant's print. The information in the print is limited so that an expert can say only that such prints appear in no more than one case in a thousand. We now ask the significance of this finding",

Finkelstein & Fairley s. 496.

3) Kritikken er tildels mere teknisk, hvorom må henvises til forrige note. Det synspunkt, at en tiltalt ikke er udvalgt "tilfældigt", tages op senere.

4) Finkelstein & Fairley 1970 s. 497.

Dette eksempel er udgangspunkt for Finkelstein & Fairley's udvikling af en bayesiansk bevisvurdering, og det udgør derfor tillige grundlaget for den fortsatte diskussion af bayesiansk bevisvurdering, navnlig Tribe's indlæg. Jeg tager det også som udgangspunkt i det følgende. Men jeg foretager nogle ændringer i eksemplet, for at fjerne nogle uklarheder, som tildels har været baggrund for den megen kritik. Mit hovedsynspunkt ved diskussionen af denne strukturering af bevisvurderingen er ikke så meget at diskutere netop Finkelstein & Fairley's opfattelse som at nå frem til en fremstilling af en empirisk bevisvurdering i dens matematisk/statistisk mest korrekte form - i dette tilfælde forudsat, at vurderingen følger Bayes' teorem, og ikke, som i den svenske teori, tilsigter en bestemmelse af et begreb om bevisværdi på grundlag af "indiciemekanismen".

Fremstillingen af de enkelte elementer i bevisvurderingen systematiseres således: (1) I eksemplet tager man udgangspunkt i, at der foreligger nogle oplysninger vedrørende den tiltalte, og disse oplysninger suppleres så af det, som følger af fingeraftrykket. Man går altså ud fra et sæt af oplysninger, som konstituerer en forhåndssandsynlighed, og stiller da spørgsmålet, hvorledes denne forhåndssandsynlighed påvirkes af yderligere oplysninger. (2) Forhåndssandsynligheden korrigeres på grundlag af yderligere bevisdata. Jeg behandler derfor disse bevisdatas betydning for antagelsen af den ene eller den anden hypotese vedrørende faktum, i straffesager særligt spørgsmålet om skyld contra ikke-skyld. (3) Af stor betydning men ofte overset er forholdet mellem grundlaget for forhåndssandsynligheden og disse bevisdata. (4) I en sag indgår en række bevisdata. De enkelte bevisdata indføres gennem en stadig korrektion af den samlede sandsynlighed. Denne proces er imidlertid ikke uden problemer, idet de enkelte bevisdata ikke altid er indbyrdes uafhængige. (5) Beviserne kan være "falske" eller vildledende i den forstand, at der er tilvejebragt en bevissituation med den hensigt, at en uskyldig udpeges som skyldig.

(1) Forhåndssandsynligheden.

Først en bemærkning om temaet: Det, som interesserer, er naturligvis spørgsmålet om tiltalte er skyldig i mordet. Det tema, hvis sandsynlighed i sidste ende skal beregnes, er, hvorvidt tiltalte har begået manddrab i forhold til afdøde. Men fingeraftrykene har en mere begrænset rækkevidde, idet de umiddelbart kun giver oplysning om - såvidt de giver nogen oplysning - , hvorvidt tiltalte har benyttet den pågældende kniv eller ej. Det er dette forhold, at tiltalte benyttede kniven, som sættes som tema i Finkelstein/Fairley's eksempel, og dette vil jeg følge i denne forbindelse. Når den bevismæssige sandsynlighed for, at tiltalte har benyttet kniven, er klarlagt, må der foretages en yderligere beregning af, med hvilken sandsynlighed det på dette grundlag kan antages, at tiltalte har begået manddrabet.

Forfatterne opnår herved en forenkling af den tematiske bestemmelse af målet for sandsynlighedsvurderingen. I kritikken af den svenske sandsynlighedsteori har jeg peget på nogle af de forhold, som bevirker, at denne forenkling har principiel betydning for opfattelsen af den empiriske teori. Dette skal jeg naturligvis ikke gentage på dette sted.

Vi eftersøger altså sandsynligheden for faktum eller $p(F)$, hvor faktum eller F betegner, at tiltalte benyttede kniven ⁵⁾.

Vi skal først ansætte en vis forhåndssandsynlighed. I Finkelstein/Fairley's eksempel beror denne forhåndssandsynlighed på de beviser, der vedrører forholdet mellem afdøde og tiltalte, stedet for mordet mv. Disse oplysninger beror - må man antage - på vidneforklaringer, fotografier

5) Finkelstein & Fairley 1970 s.498. Tribe gør et stort nummer ud af den manglende præcision på dette punkt, se 1971 s. 1365-66, hertil Finkelstein & Fairley 1971 s. 1804 f og Tribe 1971 s. 1812.

mv. På grundlag af disse bevisdata gør man sig en antagelse om sandsynligheden for F , og denne sandsynlighed korrigeres så i kraft af oplysningen om fingeraftryk. Det centrale er den forudsætning, at forhåndssandsynligheden beror på manifesterede bevisdata. For denne forudsætning synes jo at implicere det samme problem: Hvorledes er den forhåndssandsynlighed på grundlag af disse bevisdata ansat?

Svaret på dette spørgsmål kan være, at sandsynlighedsansættelsen er subjektiv - jfr. kap. V.3. om sandsynlighedsbegrebet specielt den subjektive opfattelse - og at det derfor er tilladt dommeren at vælge på grundlag af de foreliggende oplysninger, hvilken sandsynlighed han antager for det relevante faktum. Den formel vi beskæftiger os med løser det problem, som følger af at denne sandsynlighedsantagelse skal korrigeres efter nye bevisdata.

Dette svar kan ikke afvises og er næppe heller begrænset til en forudsætning om, at man går ind for en subjektivistisk opfattelse af sandsynlighedsbegrebet. Det er netop introduktionen af matematisk bestemte bevisdata som eksempelvis en erklæring om et fingeraftryk som rejser særlige problemer, når et sådant bevisdatum skal sammenholdes med andre data. Denne kombination løses af den formaliserede struktur, som Bayes' teorem indeholder. Vurderingen af de allerede da foreliggende - sædvanlige - bevisdata behøver ikke i samme grad formalisering.

Men alligevel er denne begrænsning utilfredsstillende. Hvis hensigten er at formalisere den judicielle bevisvurdering, således at den i dens enkelte led følger en matematisk/statistisk orienteret strukturering, så må dette tilstræbes for samtlige led i bevisvurderingen. Hvis denne hensigt tages konsekvent, må også de allerede foreliggende bevisdata, som i eksemplet består af vidneforklaringer mv., betragtes som bevisdata, der er sammenholdt med en vis forhåndssandsynlighed.

Herefter må forhåndssandsynligheden bestemmes af "almindelige erfaringer" vedrørende det pågældende forhold. I

straffesager vil det have særlig betydning, hvorvidt antallet af mistænkte kan nøjere fikseres. Man er gået så vidt at antallet af mistænkte er identificeret med det pågældende lands befolkning ⁶⁾. Dette udgangspunkt er ikke alene vilkårligt, men indebærer ofte, at selv betydningsfulde bevisdata ikke hæver sandsynligheden for det relevante faktum tilstrækkeligt højt ⁷⁾. Heraf kunne naturligvis drages den^vkonsekvens, at i disse tilfælde bør der enten frifindes, eller det bør erkendes, at man domfælder med en beskeden sandsynlighed. Fra et empirisk synspunkt må det derfor være afgørende, at den kvantitative bestemmelse af antallet af mistænkte er umulig.

Disse overvejelser tager særlig sigte på identifikationen af gerningsmanden i straffesager. Forsåvidt angår andre retlige fakta i straffesager, såvel som bedømmelse i civile sager, vil problemstillingen med hensyn til forhåndssandsynligheden ofte være enklere. I faderskabssager er bedømmelsen ofte - på grundlag af moderens oplysninger - indskrænket til en vurdering af en eller to eller i hvert fald et overskueligt antal personer som mulige fædre. Udgangspunktet er her en antagelse om, at hver af de udlagte er lige sandsynlige. Dette er eventuelt en forudsætning for de blodserologiske beregninger, selvom en sags oplysninger tyder på, at en er mere sandsynlig i forhold til en anden, f.eks. på grund af antallet af samlejer, ved en af parternes fertilitet el. lign. Disse forhold kommer da ind som supplerende bevisdata i forhold til resultatet af den blodserologiske beregning.

Selvom det ud fra et formelt-matematisk synspunkt kan være utilfredsstillende, at den første ansættelse af sandsynlighed afventer introduktionen af enkelte bevisdata, er det sikkert en realistisk antagelse, at dette er tilfældet. Fra sagens start er dommeren i "uvished". Først når parternes påstande er udbygget gennem sagsfremstillingen, og enkelte supplerende oplysninger foreligger, vil dommeren (være i stand til at) danne sig en opfattelse af,

6) Jfr. Kaplan 1968 s. 1085-86.

7) Tribe 1971, s. 1369 note 132.

hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum. Denne opfattelse er - skal være - foreløbig, nemlig bestemt af det allerede da foreliggende, men fleksibel overfor det senere tilkommende. Mens jeg altså betragter det som en begrænsning i Finkelstein/Fairley's diskussion af problemet, at man ikke har overvejet dette spørgsmål om forhånds-sandsynlighed nøjere, mener jeg, at deres implicitte forudsætning er realistisk.

Dette aktualiserer et spørgsmål om, hvilke data der i denne forbindelse kan tages hensyn til. Det er her klart, at visse data åbenbart ikke må indgå i bedømmelse: I straffesager kan dommeren så at sige på det tidspunkt, da sagen journaliseres første gang i domstolen, gøre sig forestillinger om, hvilken sandsynlighed der er for at tiltalte vil blive domfældt. Denne sandsynlighed er betydelig. Dette er en følge af de betingelser, som anklagemyndigheden praktiserer med hensyn til bevisvurderingen forud for tiltalerejsning, og korrespondensen mellem disse kriterier og de judicielle bedømmelseskriterier. Det er simpelthen sjældent, at anklagemyndigheden rejser tiltale, mens domstolene frifinder. Indsigt i dette almindelige forhold indebærer, at den der ved, at en person er tiltalt for et bestemt forhold, med en betydelig sandsynlighed kan udtale, at den pågældende person vil blive domfældt for det pågældende forhold. Selvom dette er ubestrideligt, må det naturligvis ikke indgå i straffedommerens bevisvurdering.

Det bliver ikke bedre af, at dommeren gør sig klart, hvilket bevismateriale anklagemyndigheden baserer tiltalebeslutningen på. Ej heller, såfremt dommeren gennem politirapporter mv. har kendskab til dette materiale, inden det er reproduceret under den judicielle proces.

Når der her tales om forhåndssandsynlighed, skal dette ikke tages for bogstaveligt. Det er ikke en nødvendighed, at denne forhåndssandsynlighed gøres op psykologisk midt under processen. Den matematiske beregning på grundlag af forhåndssandsynligheden og formelen for korrektionen af denne er fuldt anvendelig under en bevisvurdering, som afventer den samlede bevisførelse. Den formaliserede struktur bliver da

et instrument til analyse af et allerede da foreliggende bevismateriale, hvor "forhåndssandsynlighed" kun eksisterer "på forhånd" i den logiske forstand, at den tages teoretisk som udgangspunkt for en analyse af visse andre af de foreliggende bevisdata. Men det er muligt - og som nævnt realistisk - at den i et vist omfang gør sig gældende som en successiv korrektion af sandsynligheden for faktum under processens gang.

At man sætter den samme forhåndssandsynlighed med hensyn til de mulige hypoteser, identificeres undertiden med, at man ikke har nogen forhåndsviden. Uvidenhed identificeres med en sandsynlighed $1/N$, hvor N angiver antallet af de hypoteser, som prøves med hensyn til det pågældende faktum. Er i en faderskabssag to mænd udlagt, er den forhåndssandsynlighed, som følger af, at man ikke har nogen forhåndsviden med hensyn til nogen af de to muligheder, $0,5$ ⁸⁾.

Jo mindre forhåndssandsynligheden er for den relevante hypotese - i vores straffesag, at tiltalte har benyttet kniven - desto stærkere må de bevisdata være, som skal bringe sandsynligheden over det minimale punkt, "bevisbyrdepunktet" i den svenske terminologi.

(2) Bevisdata

Udgangspunktet er $p(F)$, betegnet forhåndssandsynligheden for det relevante faktum. Som angivet i denne formel, fremtræder denne størrelse som en ikke-betinget sandsynlighed. Men som det fremgår af det ovenfor under (1) anførte, vil denne sandsynlighed ofte bero på - være betinget af - bestemte bevisdata. Denne komplikation ser vi bort fra.

Forhåndssandsynligheden skal nu korrigeres under hensyn til, at der er introduceret et yderligere bevisdatum, oplysningen om fingeraftrykket. Hvis dette bevis betegnes B , gælder det om at beregne størrelsen af $p(F|B)$.

8) Jfr. om Ekelöfs eksempel i IV 1973 s. 21 f, ovenfor V.3.4, ved note 11.

Den betydning, som et bevisfaktum har, i forhold til forhåndssandsynligheden fremgår af følgende formel, som er forklaret nærmere i kap. V.3.4.:

$$(1) \quad p(F|B) = p(F) \frac{p(B|F)}{p(B)}$$

Udtrykt verbalt, angiver denne formel, at sandsynligheden for faktum, når beviset B foreligger, beregnes som forhåndssandsynligheden multipliceret med forholdet mellem sandsynligheden for det pågældende bevis, når faktum foreligger, og sandsynligheden for det pågældende bevis overhovedet.

I Finkelstein/Fairley's eksempel udgøres B af det fundne fingeraftryk. Forfatterne forudsætter, at det er sikkert, at såfremt tiltalte har benyttet kniven, ville han efterlade det pågældende fingeraftryk. Med andre ord sættes $p(B|F) = 1$. Dette forenkler problemstillingen, fordi man herved ser bort fra de variationsmuligheder, som eksisterer, for en bestemt persons fingeraftryk ⁹⁾. Endvidere forudsættes, at sandsynligheden for at finde det pågældende fingeraftryk, såfremt tiltalte ikke har anvendt kniven er identisk med at en tilfældig udvalgt person havde det pågældende fingermønster, dvs. $p(B|-F) = f$, hvor f betegner den relative frekvens af det pågældende fingeraftryk.

Med disse forudsætninger kan beregnes, hvilken værdi den aposterioriske sandsynlighed $p(F|B)$ antager:

Frekvens af fingermønstre $f = p(B -F)$	Aposteriorisk sandsynlighed $p(F B)$				
	Apriorisk sandsynlighed $p(F)$				
	.01	.1	.25	.50	.75
.50	.019	.181	.400	.666	.857
.25	.038	.307	.571	.800	.923
.1	.091	.526	.769	.909	.967
.01	.502	.917	.970	.990	.996
.001	.909	.991	.997	.9990	.9996

Finkelstein/Fairley s. 500.

9) Jfr. nærmere Finkelstein/Fairley 1970 s. 498, 500, 509 f, hertil Tribe 1971 s. 1356 f.

Tager vi udgangspunkt i den frekvens af det pågældende fingeraftryk, som eksemplet angav, nemlig at et sådant aftryk kun forekommer i 1 tilfælde ud af 1000, ser vi, at selv med en relativt beskeden forhåndssandsynlighed når man op på betydelige aposterioriske sandsynligheder. Dette er naturligvis også baggrunden for, at denne bayesianske vurderingsmåde foreslås som et alternativ til den metode, som søgtes anvendt i Collins-sagen. Baggrunden for problemet udtrykkes præcist, når det siges, at

"... a defendant could be a thousand times more likely to be guilty than someone selected at random and still more likely to be innocent than guilty".

Finkelstein/Fairley s. 502.

Når de to bedømmelsesmetoder når til så forskellige resultater, beror det på, at vi i det her omtalte tilfælde forudsætter en forhåndssandsynlighed. I Collins-sagen tilstræbte man et bevis for, at de egenskaber, som blev tilskrevet gerningsmændene og som genfandtes hos de tiltalte, var enestående. Udgangspunktet var, at der ikke var større sandsynlighed for, at de tiltalte var skyldige, end en hvilken som helst anden i den befolkning, som var under "mistanke". Hvis man ikke går ud fra nogen forhåndsantagelse med hensyn til tiltaltes skyld, er en oplysning som den i B indeholdte af beskeden værdi. Hvis antallet af mulige gerningsmænd - de mistænkte - udgør en rimelig befolkningsgruppe på omkring 100.000, udgør en oplysning om, at tiltaltes fingeraftryk svarer til det på mordvåbnet fundne, og at dette fingeraftryk

findes hos ca. hver 1000, kun en beskeden ændring i sandsynligheden for tiltaltes skyld. Chancen for at tiltalte er skyldig stiger fra 1/100.000 til 1/1000.

Men i det foreliggende eksempel er det rimeligt - når vi følger Finkelstein/Fairley - at gå ud fra den kendsgerning, at tiltalte er langt mere sandsynlig som gerningsmand end en person valgt vilkårligt, s. 498. Dette giver det fundne bevisdatum en betydelig vægt, som skemaet ovenfor viser.

(3) Forholdet mellem forhåndssandsynlighed og bevisdatum

Jeg har allerede nævnt, at ikke enhver "erfaring" eller ethvert grundlag kan benyttes ved etableringen af forhåndssandsynligheden $p(F)$. I straffesager er visse data irrelevante af normative grunde.

Denne normativt begrundede udelukkelse af bestemte omstændigheder må adskilles fra den empirisk/statistisk begrundede, at det samme datum ikke må "tælles to gange". Dette problem kan forstås intuitivt: Jeg gør mig på grundlag af visse data en antagelse om sandsynligheden for et bestemt faktum. Jeg sammenholder denne antagelse med en bestemt erfaring. Hvis denne erfaring indgår i det grundlag, som min forhåndssandsynlighed er baseret på, kan det naturligvis ikke medføre en korrektion af forhåndssandsynligheden på en måde, som svarer til den korrektion, der følger af en ny erfaring. Dette problem erkendtes navnlig af Bolding i forbindelse med diskussionen af, hvorvidt bevisbyrde-regler kan være begrundet i erfaringssætninger. Men som antydet i min kritik af Boldings argumentation, drog han for vidtgående konsekvenser af dette forhold. Dette vender jeg tilbage til.

Lad os se på, hvorledes forholdet nærmere må være mellem grundlaget for forhåndssandsynligheden og beviset. Vi må for det første tage afstand fra de tilfælde, hvor der består identitet mellem det bevis, som er grundlaget for forhåndssandsynligheden, og det bevis, som nu inkorporeres i af Bayes' teorem. Lad os tænke os at man i lighed med sagen Collins eller med det kriminalretlige eksempel som jeg omtalte ovenfor, beskæftiger sig med, hvilken betydning der kan tillægges det forhold, at tiltalte har en bestemt egenskab B, som er relativt sjælden i befolkningen. Man kunne i tabellen ovenfor gengive en række værdier, hvoraf fremgik, at den aposterioriske sandsynlighed afhang af den pågældende egenskabs frekvens i befolkningen, fordi vi betragtede sandsynligheden for, at en tilfældig udvalgt person, som var uskyldig, havde egenskaben som identisk med denne frekvens. Men denne forudsætning er naturligvis

ikke korrekt, såfremt udvælgelsen af den tiltalte netop beror på, at han har den pågældende egenskab B ¹⁰⁾.

Det vides, at gerningsmanden er rødhåret. Tiltalte er rødhåret. Dette sammenfald kan være et tilfælde, således at der kan tages hensyn til, at udbredelsen af rødhårede er relativt beskeden. Men er tiltalte netop rejst mod tiltalte, eftersom han er rødhåret, må forholdet betragtes på en anden måde: Han kan da eventuelt betragtes som tilfældigt udvalgt blandt de rødhårede. Denne problemstilling gennemgås nærmere i forbindelse med forstraf, kap. XI.1.

Men ikke kun de tilfælde, hvor et bevisdatum udgør grundlaget for forhåndssandsynligheden og for tiltalerejsning, rejser problemer. Hvis indregningen af et bestemt bevisdatum i den samlede sandsynlighed skal være uproblematisk, må det forudsættes at det pågældende bevis er betinget uafhængigt af såvel F som $\neg F$. Eller matematisk:

$$\begin{aligned} (2) \quad & p(B_1 \text{ og } B_2 | F) = p(B_1 | F) p(B_2 | F) \\ & p(B_1 \text{ og } B_2 | \neg F) = p(B_1 | \neg F) p(B_2 | \neg F) \end{aligned}$$

Lad os tage den første formel: Vi bedømmer sandsynligheden for at finde såvel bevisdatum B_1 og B_2 under betingelse af, at retsfaktum foreligger. I Finkelstein/Fairley's eksempel kan B_1 udgøre vidneforklaringerne om forholdet mellem tiltalte og afdøde, men B_2 udgøres af fingeraftrykket. Vi skal beregne sandsynligheden for, at såvel B_1 som B_2 foreligger, under den forudsætning at retsfaktum foreligger. Og det kræves, at denne størrelse er identisk med et produkt, nemlig produktet af den betingede sandsynlighed for B_1 , givet F , og den betingede sandsynlighed for B_2 givet F . Betydningen af dette krav forstås, når man tænker sig, i hvilken situation det ikke ville være opfyldt. I analogi med multiplikationsreglen for uafhængige sandsynligheder forudsætter denne størrelse, at sandsynligheden for B_1 , givet F , ikke er større eller mindre som følge af, at B_2 foreligger. Tilstedeværelsen af det ene bevis må så at sige ikke favorisere sandsynligheden for tilstedeværelsen af det andet bevis.

10) Jfr. Hodges & Lehmann s. 137.

Dette krav gengiver en betingelse for, at et bestemt bevisdatum uden videre kan indregnes efter Bayes' teorem. Et andet problem er knyttet til det forhold, at der følger flere bevisdata på hinanden under bevisførelsen, og disse søges sammenregnet. Dette tager jeg herefter op.

(4) Forholdet mellem bevisdata indbyrdes

Bedømmelsen af retssager, hvor flere bevisdata foreligger, hører til de klassiske bevisretlige problemstillinger. Det er netop sådanne situationer, som har været centrale i den svenske sandsynlighedsteoris behandling af bevisvurderingen. Man skelnede her, som nævnt, mellem tre typer af komplekser af bevisdata, nemlig de samvirkende bevisdata, de modvirkende bevisdata, og beviskæden.

Med et bayesiansk udgangspunkt er denne inddeling ikke nødvendig. Dette er naturligvis ikke ensbetydende med, at sammenholdet af de flere bevisdata er uden problemer. Men alligevel betyder opgivelsen af den klassiske inddeling af komplekser af bevisdata en betydelig forenkling. Jeg skal imidlertid ikke på dette sted gå ind på en nærmere sammenlignende undersøgelse. Jeg holder mig til fremstillingen af den bayesianske vurdering, således som denne kan ske på grundlag af den amerikanske diskussion af problemet.

Jeg tager udgangspunkt i den formulering af den betingede sandsynlighed som blev givet i V.3.3. formel (14):

$$(3) \quad p(F|B_1) = \frac{p(F \text{ og } B_1)}{p(B_1)} = \frac{p(B_1|F) p(F)}{p(B_1)} =$$

$$p(F) \frac{p(B_1|F)}{p(B_1)}$$

På et givet stadium af sagen har vi en bestemt sandsynlighedsantagelse med hensyn til F . Et bevis B_1 introduceres, og den aprioriske sandsynlighed korrigeres med den brøk, som er angivet i sidste udtryk i (3). Korrektionen består i, at den aprioriske sandsynlighed reguleres af forholdet mellem den betingede sandsynlighed for det pågældende bevis, nemlig betinget af at faktum foreligger, og den "ubetingede" sandsynlighed for beviset.

Lad os nu tænke os, at et yderligere bevisdatum introduceres - B_2 . Hvorledes skal dette indregnes? En nærliggende mulighed er den, at der med hensyn til B_2 opstilles en tilsvarende "korrektionsbrøk" som netop er opstillet med hensyn til B_1 . Dette kan udtrykkes i følgende formel:

$$(4) \quad p(F|B_1 \text{ og } B_2) = p(F) \frac{p(B_1|F)}{p(B_1)} \frac{p(B_2|F)}{p(B_2)}$$

Dette er også undertiden antaget ¹¹⁾. Men ligesom med hensyn til forholdet mellem forhåndssandsynlighed og efterfølgende bevisdatum, gælder det i denne forbindelse, at denne "simple korrektion" forudsætter at de pågældende bevisdata er uafhængige således som defineret i formel (2) ovenfor. Da denne forudsætning jo ikke nødvendigvis er opfyldt, er det opgaven at definere, hvorledes bevisvurderingen foregår i almindelighed. Da denne formel så at sige bliver den centrale strukturering af bevisvurderingen, skal jeg gennemgå dens nærmere udvikling, selvom det involverer en del mere matematik:

$$(5) \quad p(F|B_1 \text{ og } B_2) = \frac{p(B_1 \text{ og } B_2|F) p(F)}{p(B_1 \text{ og } B_2)}$$

Tælleren i brøken til højre er ensbetydende med sandsynligheden for at såvel B_1 , som B_2 , som F foreligger jfr. den almindelige multiplikationsregel ovenfor, hvorfor (5) er lig

$$\begin{aligned} (6) \quad p(F|B_1 \text{ og } B_2) &= \frac{p(F \text{ og } B_1 \text{ og } B_2)}{p(B_1 \text{ og } B_2)} \\ &= \frac{p(F \text{ og } B_1) p(B_2|F \text{ og } B_1)}{p(B_1 \text{ og } B_2)} \\ &= \frac{p(B_1) p(F|B_1) p(B_2|F \text{ og } B_1)}{p(B_1) p(B_2|B_1)} \end{aligned}$$

Gennem de stadige omskrivninger af nævneren udregnes sandsynligheden for, at såvel F som B_1 som B_2 foreligger. Først tages fællesmængden af F og B_1 , som så multipliceres med den betingede sandsynlighed for B_2 og så fremdeles. Tilsvarende beregning foretages i nævneren. Af det sidste

11) Jfr. eksempelvis Kaplan 1968, s. 1084-85.

udtryk kan sandsynligheden for B_1 udgå:

$$(7) \quad p(F|B_1 \text{ og } B_2) = p(F|B_1) \frac{p(B_2|F \text{ og } B_1)}{p(B_2|B_1)}$$

Denne formel (7) indeholder det generelle udtryk for sammenregning af to bevisdata. Dette gælder hvad enten disse bevisdata opfattes som samvirkende eller modvirkende.

Udtrykket i formelen (7) er vanskeligt tilgængeligt for en verbal analyse. Det vil være en forenkling, såfremt vi kan tage hvert enkelt udtryk for sig, og enten opløse det i eller sammenligne det med enklere udtryk:

$p(F|B_1)$ udgør den betingede sandsynlighed for faktum, givet B_1 . Dette udtryk beregnes i formel (3) ovenfor. Vi nåede her frem til, at denne sandsynlighed er ækvivalent med den aprioriske sandsynlighed for faktum multipliceret med forholdet mellem den betingede sandsynlighed for det pågældende bevis givet faktum, og den ikke-betingede sandsynlighed for dette bevis. Dommeren starter altså med at gøre sig en opfattelse af, hvilken sandsynlighed han på forhånd antager med hensyn til pågældende faktum. Dernæst gør han sig klart, med hvilken sandsynlighed han forventer det pågældende bevis, dvs. det pågældende vidnes forklaring, såfremt faktum foreligger. Denne sidste størrelse sættes i forhold til sandsynligheden for, at det pågældende bevis foreligger, hvad enten faktum foreligger eller ej. Jo større sandsynligheden er for, at det pågældende bevis foreligger, når faktum foreligger, og jo mindre sandsynlighed der er for, at beviset foreligger, når faktum ikke foreligger, desto større tendens vil det pågældende bevisdatum have til at forøge den sandsynlighed, hvormed faktum antages. Den anden del af udtrykket i (7) kan først sammenlignes med den mere enkle korrektion, som blev angivet i formel (4). Vi sammenligner altså størrelsen

$$(8) \quad \frac{p(B_2|F)}{p(B_2)} \text{ med } \frac{p(B_2|F \text{ og } B_1)}{p(B_2|B_1)}$$

Det fremgår af denne sammenligning, at udtrykket for det andet bevis adskiller sig fra udtrykket for det første be-

vis ved, at det første bevis - B_1 - er indføjet som en betingende omstændighed. Herved tages der hensyn til det forhold, at sandsynligheden for det pågældende bevis B_2 kan være afhængig af om B_1 foreligger eller ej. Hvis derimod de to beviser er uafhængige af hinanden er de to udtryk i (8) ensbetydende.

I den redegørelse som ovenfor er givet for den bayesianske bevisvurdering, har jeg i nævneren udelukkende benyttet udtryk for sandsynligheden for de pågældende bevisdata. I det egentlige udfoldede udtryk for Bayes' teorem er denne sandsynlighed mere specificeret, idet sandsynligheden for vedkommende bevisdata er sat i forhold til de mulige hypoteser eller forklaringer på det pågældende bevis. Når der således i den oprindelige formel (3) i nævneren er anført $p(B_1)$, så kan denne sandsynlighed mere udførligt gengives således:

$$\begin{aligned} (9) \quad p(B_1) &= p(B_1/F)p(F) + p(B_1/-F)p(-F) \\ &= p(B_1/F)p(F) + p(B_1/-F)(1 - p(F)) \end{aligned}$$

Det er klart, at indføjelsen af den mere udfoldede form, som gengives i (9), indebærer en væsentlig komplikation af de formler, som vi kommer til at arbejde med. Men der er på den anden side netop bedømmelsen af sandsynligheden for at det pågældende bevis foreligger, betinget af faktum og negationen af faktum i deres indbyrdes forhold er af afgørende betydning for det pågældende bevisdatums betydning for sandsynligheden for det relevante faktum, er disse komplikationer næppe til at undgå.

Bestemmelse af "odds"

Undertiden udtrykker man en sammenfattet opfattelse af forskellige hypoteser og den støtte de har i de foreliggende bevisdata ved angivelse af "odds". Udgangspunkt er en bedømmelse af den relative sandsynlighed for de to hypoteser, $p(F):p(-F)$. I analogi med vores tale om apriorisk sandsynlighed, kan denne odds betegnes odds ex ante. Den påvirkes af bevisdata. Har vi et enkelt bevis, B , udgør den aposteoriske odds

$$(10) \frac{p(F|B)}{p(-F|B)} = \frac{p(F)}{p(-F)} \frac{p(B|F)}{p(B|-F)}$$

Som det fremgår af udtrykket til højre for lighedstegnet, kan den aposterioriske odds beregnes som et produkt af den forhåndsodds som man går ud fra, og forholdet mellem sandsynligheden for B, betinget af henholdsvis faktum og negationen af faktum.

Denne opstilling illustrerer først og fremmest det forhold, at bevisets betydning i høj grad afhænger af, med hvilken sandsynlighed det forventes under den ene eller den anden hypotese. Når blot sandsynligheden for beviset er større, betinget af den ene hypotese (F) end under den anden hypotese (-F), så styrker beviset antagelsen af F, uanset hvor små de pågældende sandsynligheder er ¹²⁾.

(5) Frame up

Et bevisdatum kan være "framed", dvs. etableret for bevidst at vildlede den (politimæssige og) judicielle vurdering. For spor som fingeraftrykket i eksemplet betyder denne mulighed, at sandsynligheden for, at en uskyldig persons aftryk findes på dolken, udgøres af summen af frekvensen af det pågældende aftryk plus sandsynligheden for at den skyldige har anbragt sporet for at vildlede. Dette forandrer beregningerne og komplicerer formlerne ¹³⁾.

Disse komplikationer vil jeg ikke tage op. De udgør, efter min opfattelse, et udtryk for, at en distanceret sandsynlighedsvurdering generelt er inadækvat, og dette vil jeg tage op senere.

12) Hertil navnlig Haldén 1973 s. 87f, Tribe 1971 s. 1352-53 med note 75

13) Jfr. Tribe 1971 s. 1364 note 115.

3.3. Tribe's kritik.

I forbindelse med denne analyse af bevisvurderingen stillede Finkelstein/Fairley et særligt procesteknisk forslag. Udgangspunktet for dette forslag var den erkendelse, at den matematisk orienterede bevisvurdering var så kompliceret, at man ikke kunne forvente, at lægdommere skulle kunne benytte sig af den. På den anden side ville en intuitiv bedømmelse af forskellige bevisdata ofte føre til, at juryen ville tillægge statistisk underbyggede bevisdata en for ringe betydning. Vender vi tilbage til det eksempel, som var udgangspunkt for Finkelstein/Fairley's argumentation, nemlig tiltalen for drab af en kvinde, hvor antagelsen af tiltaltes skyld byggede dels på beviser for indbyrdes uoverensstemmelser mellem tiltalte og den dræbte, dels på fund af fingeraftryk, så var den første gruppe af bevisdata grundlag for en apriorisk sandsynlighed, som så korrigeredes i kraft af ekspertisen vedrørende finder aftrykket. Af den tabel, som er gengivet ovenfor 3.2(2) fremgår, at fingeraftrykket har overordentlig stor betydning for størrelsen af sandsynligheden for tiltaltes skyld (således som dette nærmere er defineret ovenfor). Der er grund til at tro, at beviset vil blive tillagt mindre betydning, såfremt det vurderes intuitivt.

Denne opfattelse af forholdet mellem den intuitive vurdering af flere bevisdata, specielt hvor et af disse er statistisk bearbejdede, og den matematisk korrekte bedømmelse kan underbygges med henvisning til en række forsøg, som er udført med hensyn til sådanne vurderinger ¹⁾. Disse eksperimenter demonstrerer en tilbøjelighed til, at den aprioriske sandsynlighed ikke revideres i det omfang, som de supplerende data begrundes. Denne undladelse af at udnytte de fo-

1) Jfr. Finkelstein/Fairley's eget forsøg s. 502-03 note 33, se også L. Phillips og W. Edwards: Conservatism in a simple probability inference task, optrykt i Edwards 1967 s. 239 f.

religgende data i så høj grad som teoretisk berettiget efter Bayes' teorem betegnes konservatisme-virkningen ²⁾.

Finkelstein/Fairley stillede følgende forslag, som skulle bringe juryens bedømmelse af specielt statistisk bearbejdede data ud over denne konservatisme:

"An expert witness could explain to jurors that their view of the statistical evidence should depend on their view of the other evidence. He might then suggest a range of hypothetical prior probabilities, specifying the posterior probability associated with each prior. Each juror could then pick the prior estimate that most closely matched his own view of the evidence" ³⁾.

Ved bedømmelsen af beviset for, at tiltalte i deres eksempel, var skyldig, skulle hver af juryens medlemmer beslutte sig for en apriorisk sandsynlighed, eksempelvis en af dem, som er gengivet i skemaet ovf. På grundlag af ekspertens bedømmelse af den betydning, som fingeraftrykket har, kan det umiddelbart sluttes, hvilken aposteriorisk sandsynlighed der er for tiltaltes skyld. Herved vil Finkelstein/Fairley opnå, at det statistiske bevis blev tillagt den vægt, som rettelig tilkommer det. Et sådant forslag griber dybt ind i opfattelsen af juryens funktion. Den betydning, som tillægges juryen i det processuelle system, har derved betydning for, hvorledes forslaget bliver vurderet. Jeg skal ikke her gå nærmere ind på denne diskussion i dens mere tekniske side, som ikke har særlig relevans, og som hænger sammen med den specielle problemstilling i Collins-sagen. I stedet betragtes forslaget og navnlig den tilknyttede redegørelse for den bayesianske bevisvurdering som et forslag til struktureringen af den judicielle bevisvurdering overhovedet. Et andet - hermed sammenhængende - aspekt er den matematisk/statistiske bevisvurderings betydning for forståelsen af bevis- og procesregler.

Disse to aspekter - sandsynlighedsvurderingen og den juridiske regulering - er taget op i Tribe's indlæg om "trial by mathematics" ⁴⁾.

2) A.st. s. 239.

3) Finkelstein/Fairley 1970 s. 502.

4) Tribe 1971 s. 1329-1393, 1810-20.

(1) For det første fremfører han en række tekniske indvendinger mod den formulering af sandsynlighedssynspunktet, som er udtrykt i den da foreliggende amerikanske litteratur⁵⁾. Han påpeger i denne del af kritikken sådanne forhold som, at det er vanskeligt for juryen (hvormed kan sidestilles en juridisk dommer) at ansætte den forhåndssandsynlighed som der skal gås ud fra ved den bayesianske vurdering, at de enkelte bevisdata ikke må være indbyrdes afhængige eller denne afhængighed må indgå i den samlede vurdering, at de data som ligger til grund for forhåndssandsynligheden, kan ikke atter indgå som supplerende bevisdata, at risikoen for bevisforfalskning (frame up) reducerer tilsyneladende værdifulde bevisdatas betydning, at det er afgørende for opfattelsen af den sandsynlighedsmæssige vurdering, hvorledes bevistemaet formuleres. Om alle disse synspunkter kan siges, at de i og for sig påpeger centrale forhold, men at de ikke udgør nogen principiel kritik af det empiriske udgangspunkt. De forhold, som her påpeges, kan indgå i en korrektion eller præcisering af den vurderingsmodel, som hævdes som den korrekte empiriske vurdering. Med denne opfattelse af kritikken stemmer det forhold, at denne del af Tribe's kritik i hovedsagen selv er formuleret matematisk, idet den fremtræder som en formel-matematisk korrektion af de formler, som tidligere var gjort gældende.

Når disse forhold overhovedet kan hævdes af Tribe som en kritik, beror det på, at den matematiske bestemte bevisvurdering og bevisretlige regulering, ifølge Tribe, må diskuteres og bedømmes under hensyn til ikke alene den korrekte vurdering, men også under hensyntagen til de fejltagelser, som gøres i matematikkens/statistikens navn. Tillader man brugen af matematiske metoder, medfører dette en risiko for misbrug, og denne risiko må tages i betragtning, når man tager stilling til, om metoderne overhovedet bør tillades anvendt⁶⁾.

5) Navnlig Finkelstein/Fairley 1970, s. 489 f. Yderligere henvisninger Tribe 1971.1332 note 5).

6) 1971.1331. Hertil Finkelstein/Fairley 1971.1802-07.

I den foregående udvikling af den bayesianske vurderingsmåde har jeg indarbejdet de dele af Tribe's kritik, som forekommer at indeholde en relevant korrektion af den empiriske bevisvurderingsmodel. Min hensigt har været at udarbejde den empiriske/matematiske model så korrekt som muligt, betragtet ud fra de matematiske/statistiske forudsætninger for derefter at kunne vurdere den ud fra et principielt procesvidenskabeligt synspunkt. Ud fra dette synspunkt forekommer påpegningen af enkelte matematiske fejltagelser at være pedantisk og irrelevant.

(2) Ved siden af denne tekniske kritik gør Tribe imidlertid også en række principielle synspunkter gældende, som kan have interesse for vurderingen af også den svensk-norske sandsynlighedsteori. Tribe fremfører traditionelle juridiske synspunkter på en formaliseret judiciel beslutningsmodel, dels vedrørende processen, dels vedrørende visse af bevisreglerne, specielt reglen om anklagemyndighedens bevisbyrde.

En retssag er ikke blot en objektiv efterforskning efter den historiske sandhed, men er også og ikke mindre vigtigt

"a ritual - a complex pattern of gestures" (s.1376). "...much of what goes on the trial of a lawsuit - particularly in a criminal case - is partly ceremonial or ritualistic in this deeply positive sense, and partly educational as well; procedure can serve a vital role as conventionalized communication among a trial's participants ..." (s.1391). Der er generelt "important values which ... society wish to express or to pursue through the conduct of legal trials" (s.1330).

Tribe modstiller på denne måde den empiriske opfattelse af processen som en objektiv efterforskning med den rituelle eller symbolske, hvorefter processen og dens regulering udtrykker bestemte sociale værdier. De procesretlige principper er således ikke blot instrumenter til at opnå bestemte resultater i de enkelte retssager, men er udtryk for visse vurderinger: De kan betragtes som "symbolic expressions of certain ends and values" (s. 1391). "They embody and do not merely implement the values of the community that follows them" (s.1392).

På denne baggrund betyder forslag om, at bedømmelsen af sagens faktum skal følge en empirisk bestemt sandsynlighedsmodel, og at resultatet af denne vurdering - en bestemt kon-

stateret sandsynlighedsgrad - sammenholdes med et legalt krav om en vis minimal sandsynlighedsværdi, fremtræde som en "dehumanisering af retfærdigheden", s. 1375.

"Methods of proof that impose moral blame or authorize official sanctions on the basis of evidence that fails to penetrate or convince the untutored contemporary intuition, threaten to make the legal system seem even more alien and inhuman than it already does to distressingly many" (s.1375-76). Overfor den empiriske proces "erosion of the public sense that the law fact-finding apparatus is functioning in a somewhat comprehensible way on the basis of evidence that speaks, at least in general terms, to the larger community that the processes of adjudication must ultimately serve" (s.1376), stiller Tribe den middelalderlige "trial by battle - for at least that mode of ascertaining truth and resolving conflict reflected well the deeplyfelt beliefs of the times and places in which it was practised. This is something that can hardly be said of trial by mathematics to day" (s. 1376-77).

Som et særligt udtryk for en sådan modstilling af et empirisk bestemt processystem overfor et system, der harmonerer med "samfundets sociale værdier", kan tages Tribe's modstilling af de matematisk bestemte bevisregler i straffesager og de empirisk bestemte: Når beviskravet i straffesager opfattes som et sandsynlighedskrav, og bevisvurderingen munder ud i en erkendelse af, at der er en ganske betydelig sandsynlighed for skyld, men dog en vis beskeden sandsynlighed for uskyld, så domfældes den tiltalte i åben erkendelse af, at der er en vis - omend beskeden - sandsynlighed for tiltaltes uskyld. Dette er den nødvendige konsekvens af en sandsynlighedsopfattelse, såfremt man ikke vil undlade at domfælde med mindre der er fuldstændig sikkerhed for skyld. Heroverfor fremhæver Tribe den gældende standard, hvorefter domfældelse forudsætter, at der foreligger "proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute a crime". Retssystemet

"... insists upon as close an approximation to certainty as seems humanly attainable in the circumstances" (1374).

Visse domfældelser er ganske vist også under dette system fejlagtige, men sådanne "unavoidable errors are in no sense intended", 1374.

En nærliggende fortolkning af dette synspunkt er vel, at Tribe blot ikke ønsker, at usikkerheden i straffedommene vedgås åbent ved, at både bevisbyrderegel og bevisvurdering giver kvantitativt udtryk for usikkerheden. Men hans opfattelse af den kriminalretlige bevisbyrderegel kan sammenholdes med min analyse af en række (andre) tematiseringsproblemer, jfr. kap. II.2. Heraf fremgår bl.a., at loven ikke er udformet med den lovtekniske målsætning at danne et så entydigt grundlag for den judicielle (og udenretlige) dikotomisering som muligt. Hensigten er ikke blot at determinere visse sociale virkninger, men samtidigt at give udtryk for bestemte sociale vurderinger. Dette forhold gør sig tillige gældende i bevisretten. På den ene side forekommer Tribe's kritik mig at påpege centrale problemer ved den empirisk-orienterede tolkning af bevisretten: Bevisbyrderegler er, således som de faktisk gælder, ikke regler om en bestemt minimal sandsynlighed, ligesom et resultat af en bevisvurdering ej heller er en konstatering af en bestemt sandsynlighedsgrad. Et tilstrækkeligt bevis for skyld forudsætter, at der ikke er rimelig tvivl om skylden. Det er ej heller generelt muligt at opfatte den judicielle proces blot og bart som en empirisk efterforskning af et bestemt sagforhold, sat i bestemte officielle rammer.

På den anden side forekommer Tribe's kritik mig vilkårlig og uhistorisk, idet de træk, som påpeges ved processystemet mv., ikke integreres i en konsistent teori om processen, men støttes på mere eller mindre tilfældige historiske analogier - jfr. henvisningen til den middelalderlige trial by battle - eller ideologiske, ufunderede forhåbninger om overensstemmelse mellem retssystemets værdier og befolkningens eller offentlighedens.

Denne modsætning mellem den korrekte påpegning af nogle momenter i processystemet, som ikke - uden videre - harmonerer med en empirisk tolkning af processen og bevisvurderingen, og på den anden side den idealistiske påkaldelse af klassiske sociale vurderinger, illustreret ved fortidige processystemer, træder særligt klart frem, når det gælder de praktiske konklusioner, som Tribe drager. Med titlen på hans artikel "Trial by mathematics" slutter han sig til den cali-

forniske højesterets kritik af de konsekvenser, som ville følge af at statistisk ekspertise kunne komme til at dominere processen ⁷⁾. Tribe er modstander af, at den processuelle regulering og bevisvurderingen indkapsles i regler, som er formuleret med en matematisk præcision, og som tilnærmer den judicielle proces en empirisk efterforskning af et historisk hændelsesforløb. Men samtidig erkender Tribe - og tager ikke op til diskussion - 1) at den materielle ret selv kan gøre matematiske forhold relevante, f.eks. hvor det drejer sig om andel af markedskontrol, forventede leveindtægter, diskrimination ved udvælgelse af lægdommere, 2) at eksperter medvirker, således at grundlaget for ekspertisen er statistisk bearbejdet. Tribe s.1375 om ekspertisen som et isoleret input, og 3) at der forekommer tekniske sager hvor den "historiske funktion" kan være dominerende ⁸⁾.

Det betydelige sagsområde, som her holdes udenfor Tribe's diskussion, fortjener en selvstændig analyse, ligesom man ikke hos Tribe finder nogen forklaring af, at visse emner er underkastet teknisk matematisk analyse, mens andre emner fortrinsvis skal tjene som elementer i et dramatisk ritual.

Bortset fra de særlige nævnte områder går hans konklusion på at udelukke matematiske metoder i bevisretten, hvorved han sigter til sådanne bevisformer, "...that bring this probabilistic element of inference to explicit attention in a quantified way" ⁹⁾.

Tribe's overvejelser er formuleret i et typisk beslutningsteoretisk "cost-benefit" skema, hvor problemet stilles op som en overvejelse af, hvorvidt de fordele der følger af en matematisering af processen, opvejer de ulemper, som en sådan udvikling indebærer. De klassiske - ikke nærmere definerede - sociale værdier foretrækkes fremfor de moderne, empiriske, fordi omkostningerne ved en udskiftning ikke overstiger goderne. Dette er ligeså paradoksalt som at udtale, at "sandsynlighedsteorien er med stor sandsynlighed fejlagtig" ¹⁰⁾.

7) Jfr. ovf. 3.1.

8) Tribe s.1338, 1375, 1376 note 151

9) s. 1330 note 2, jfr. 1330 note 3.

10) Jfr. s. 1344, 1358, 1377, 1389, 1393, 1810.

4. Afslutning om den juridiske sandsynlighedsteori

4.1. Sammenfatning

Det juridiske udgangspunkt for den juridiske sandsynlighedsteori (i nordisk og kontinental litteratur) var ophævelsen af de legale regler for vurderingen af, om et bevis var tilstrækkeligt, eller - som det subjektive udtryk herfor - om beviset kunne udgøre grundlaget for en judiciel overbevisning. Sandsynlighedsteorien udviklede sig af den tendens, som jeg har sammenfattet som teorier om bevisbedømmelsens dominans ¹⁾. At "bedømme beviser" blev til at "vurdere sandsynlighed" efter metoder, som skulle hentes fra den videnskabelige erkendelsesteori. Legale udtryk for, at dikotomiseringen mellem tilstrækkelig/utilstrækkelig eller overbevisning/tvivl stadig skulle praktiseres, kan man enten tage afstand fra ²⁾ eller omtolke til sandsynligheds-udtryk ³⁾. Friheden i bevisbedømmelsen betyder blot noget historisk-negativt, at legale bånd er ophævet, men kan godt forenes med bindingen til videnskabens regler og metoder ⁴⁾.

Den juridiske sandsynlighedsteoris integration af videnskabelige erkendelsesmetoder er langt fra entydig, eftersom videnskabelige erkendelse og praktisk anvendelse af denne følger forskellige metoder. Dette komplicerer naturligvis opgaven for dem, der vil reformere den judicielle beslutningsproces i videnskabelig retning - og for den der vil kritisere denne bestræbelse. I dette kapitel er nogle forskellige tendenser (navnlige Schreiber, indiciemekanisme, Finkelstein-Fairley) omtalt, og en for hver tendens specifik kritik givet. Inden jeg forsøger en mere almen kritik (4.2.), vil jeg sammenfatte i en mere almindelig form de forskellige problemer, som den juridiske sandsynlighedsteori behandler.

1) Ovf. kap. IV.5.

2) Således Schreiber s. 4-6

3) Således den svenske teori.

4) Sml. UFR 1968 B s. 69.

Beskrivelsen af disse elementer i den sandsynlighedsteoretiske bevisvurdering sker på baggrund af de foregående afsnit, dvs. at jeg tager hensyn til den kritik, som jeg har gjort gældende af den svenske sandsynlighedsteoris tilnærmelsesmåde og drager nytte af den bayesianske vurdering. Der kan ikke være tale om en udtømmende beskrivelse af, hvorledes en bevisvurdering empirisk skulle foregå. Formålet er at beskrive, hvorledes den empiriske bevisvurdering kunne foregå, for på baggrund af denne sammenfatning at kunne vurdere de forudsætninger, som må være opfyldt for, at bevisvurderingen kan foregå på denne måde.

Et udgangspunkt for enhver bevisvurdering er en opfattelse af, hvilket faktum vurderingen tager sigte på. Og i og med at dommeren klargør sig, hvilket faktum sagen drejer sig om, vil dommeren uvægerligt gøre sig bestemte antagelser om dette faktums forekomst.

Forsætligt manddrab er en sjælden begivenhed. Aftale om kredit i almindelig detailhandel er ligeledes sjælden. Der føres ofte forretningsmæssige forhandlinger, uden at disse forhandlinger afsluttes med en aftale, og ikke ethvert møde mellem forretningsdrivende involverer derfor en aftale. Jordstykker, der er beliggende mellem to naboejendomme, kan ligeså godt høre til den ene som til den anden ejendom. Osv.

De antagelser, som bestemmer forhåndsvurderingen af det pågældende faktum, udtrykkes ofte i formodninger. I formodningen gengives en bestemt antagelse om et abstrakt defineret faktum. Det kan vel nok siges at udtrykke en almindelig "bevismæssig" erfaringssætning, og dette kunne tale for at reducere det til et element i bevisvurderingen (Bolding), men det har alligevel en central betydning, bl.a. ved at etablere den her omtalte forhåndsantagelse.

Karakteristisk for en sådan forhåndsantagelse, baseret på en formodning, er at denne er uafhængig af manifesterede bevisdata. I visse tilfælde er der ikke grundlag for en antagelse som her beskrevet. Den vil da danne sig på grundlag af de første manifesterede bevisdata, som betragtes som relevante.

Denne fremhævelse af forhåndsformodninger med hensyn til faktum kan forekomme at stride mod det krav, at dommeren forholder sig upartisk til sagens parter, og specielt i straf-

fesager, at tiltalte skal formodes at være uskyldig, indtil det sidste bevis er ført, og det samlede bevismateriale bringer tiltaltes skyld udenfor rimelig tvivl, herom navnlig Tribe ⁵⁾.

Denne kritik beror på en mistolkning af, hvilket indhold denne forhåndsformodning har. Den stipulerer jo nemlig ikke nogen definitiv opfattelse af sagens sammenhæng, men er foreløbig, idet den hævdes med det forbehold, der følger af, at bevisførelsen ikke er afsluttet.

De enkelte bevisdata - vidneforklaringer, fremlagte dokumenter, osv. - inkorporeres i den bayesianske vurderingsmåde, som jeg har beskrevet udførligt med udgangspunkt i den amerikanske litteratur. Dette skal naturligvis ikke gentages her, men jeg skal senere vende tilbage til nogle udbygninger af dette udgangspunkt.

Visse bevisdata fremstår som ensidige: Hvis det pågældende bevisdatum foreligger, er der god grund til at antage det pågældende faktum. Hvis det pågældende bevisdatum derimod ikke foreligger, da giver dette ikke grundlag for nogen slutning med hensyn til faktum eller ikke-faktum. Det pågældende bevisdatum er ensidigt i den forstand, at dets bevismæssige betydning kun går i den ene retning. Der kan ikke sluttes noget af dets fravær ⁶⁾. I vidt omfang er det sådanne bevisdata, som er analyseret, og det er sådanne bevisdata, som har været udgangspunkt for de vanskelige problemer omkring samvirkende og modvirkende bevisdata.

De kritikpunkter, som jeg har gjort gældende mod teorien om indiciemekanisme, kan ikke gøres gældende mod den bayesianske vurderingsmåde. Forhåndsformodningen, som i den svenske teori indarbejdes i vurderingen af det enkelte bevisdatums bevisværdi, er udskilt som noget selvstændigt. Dette betragter jeg som et fremskridt, fordi de vurderinger, som udtrykkes i forhåndsformodningen, adskilles fra de specifikke problemer, som hvert enkelt bevisdatum giver anledning til. For det andet: det er ikke nødvendigt at tage stilling til på forhånd, hvorvidt et bevisdatum skal betragtes som samvirkende eller modvirkende. Ethvert bevisdatum har i et

5) Tribe 1971 s. 1370-72

6) Stening 1973 s. 70-71 (om bremsespor).

vist omfang tendenser i begge regninger, og dette tages der hensyn til efter den bayesianske vurderingsmåde. Først og fremmest er det afgørende, at vurderingen sigter mod en stillingtagen til, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum. Denne bedømmelse bygger ikke alene på de foreliggende manifesterede bevisdata - som når man bedømmer den sandsynlighed, hvormed vedkommende faktum har forårsaget det foreliggende bevismateriale - men også på det bevisdatum, der ligger i at et vist bevis ikke manifesteres, såvel som på almindelige erfaringssynspunkter for faktum uafhængigt af manifesterede bevisdata.

I den svenske sandsynlighedsteori er bevisbyrdebegrebet omtolket til et sandsynlighedskrav. På sandsynlighedsskalaen, der i dens oprindelige form gengaves med en linie med sandsynlighederne fra 0 - 1 (men som hos Ekelöf (1973) har et anden udseende), udtrykkes bevisbyrdereglen som et bevisbyrdepunkt, nemlig et punkt på denne linie, som sammenholdes med den i den enkelte sag konstaterede sandsynlighed.

Dette begreb om et sandsynlighedskrav er formuleret på grundlag af enkle sandsynlighedsregler. Problemet kompliceres, når bedømmelsen af usikkerheden sker som bedømmelse af en hypotese overfor en alternativ hypotese, som hver sammenholdes med sagens bevisdata. Når det relevante tema angår et konkret faktum, kan en konkret sandsynlighed beregnes efter Bayes' teorem. Hvor tema udgøres af en hypotese om "flere hændelser", nemlig om en (sandsynligheds-)fordeling mht. en vis egenskab, udtrykkes kravene til sandsynlighed i et signifikansniveau. Bedømmelse af diskrimination ved valg af lægdommere er nævnt som eksempel (ovf. kap. V.3.5.). Disse to udtryk for usikkerhed afspejler dobbeltheden i sandsynlighedsbegrebet, dets subjektive og objektive side. Denne dualitet kan komme til udtryk i forbindelse med samme spørgsmål. Eksempelvis behandler blodtypestatistiske bedømmelser af faderskab dels (den "generelle") sandsynlighed for at de blodserologiske love er holdbare, dels (den "konkrete") sandsynlighed for, at en udlagt mand er/ikke er far ⁷⁾.

7) Om faderskab ndf. kap. XI.2.

Det er ikke uden videre givet, at de regler, som i gældende ret betegnes som "bevisbyrderegler", uden videre kan omtolkes til sandsynlighedskrav. Med udgangspunkt i de synspunkter, som er anført vedrørende det fraværende bevis og vedrørende forhåndsantagelser, forekommer det nærliggende, at et sandsynlighedssynspunkt betyder, at den juridiske regulering af bevisretten ikke blot tager form af sandsynlighedskrav, men tillige kan indeholde en mere kompliceret bedømmelse: I en regel kan udtrykkes, at visse forhold er almindelige, men at særegne omstændigheder kan begrunde en anden antagelse. Eller mere præcist: Såfremt der ikke føres et manifest bevis for et faktum, antages negationen af dette faktum. En sådan bevisbyrderegel afviger fra den svenske sandsynlighedsteori ved 1) at udtrykke et krav om et manifest bevis, og 2) tilkendegive en bestemt forhåndsopfattelse vedrørende det pågældende faktum. Det forekommer nærliggende - når det som her gælder om at give det empiriske synspunkt det stærkeste udgangspunkt - at opfatte sådanne bevisbyrderegler som struktureret over en bayesiansk vurdering: Forhåndssandsynligheden for faktum er relativt lille, men dels kan der fremlægges manifesterede bevisdata, som med relativ stor frekvens er forbundet med, at faktum foreligger. Og dels kan der eventuelt drages slutninger af det forhold, at et manifest bevisdatum ikke kan fremlægges.

Der findes andre bevisregler end bevisbyrderegler. Navnlig for bedømmelsen af en ønsket bevisførelse, men tillige som udgangspunkt for en bevisvurdering, kan spørges, om et bevisdatum er relevant, sml. retsplejeloven § 352, stk. 1.

Relevans er en egenskab, som kan tilskrives et enkelt bevisdatum. Det svarer forsåvidt til begrebet bevisværdi. I den opfattelse af det empiriske udgangspunkt, som jeg på dette sted uddyber, har det imidlertid en anden funktion end begrebet bevisværdi. Mens begrebet bevisværdi (navnlig i den svenske teori) står som grundbegreb for beskrivelsen af sandsynlighedsvurderingen med henblik på de enkelte bevisdata, er begrebet relevans i min anvendelse et udtryk for forholdet mellem det enkelte bevisdatum og det øvrige bevismateriale i videste forstand.

Om et bevisdatum er relevant eller ej, kan til en indledning stilles op i et enkelt spørgsmål. Vil tilstedeværelsen af det pågældende bevisdatum forøge eller formindske sandsynligheden for det relevante faktum? Dette kan udtrykkes som et spørgsmål om forholdet mellem følgende to størrelser:

$$(1) \quad p(F) = p(F|B)?$$

Altså er sandsynligheden for det relevante faktum ækvivalent med sandsynligheden for det relevante faktum betinget af det pågældende bevis? Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende, er det pågældende bevisdatum irrelevant i forhold til faktum. Når sandsynligheden for faktum er større, når det pågældende bevisdatum foreligger, er det pågældende bevisdatum positivt relevant, mens det er negativt relevant, såfremt sandsynligheden for faktum bliver mindre, når det pågældende datum foreligger ⁸⁾.

Relevansspørgsmålet må som regel sættes i relation til et allerede foreliggende bevismateriale. Dette kan udtrykkes ved følgende formel:

$$(2) \quad p(F|B_1) = p(F|B_1 \text{ og } B_2)$$

Er denne formel rigtig, er beviset B_2 irrelevant i forhold til en bedømmelse af sandsynligheden for F , betinget af beviset B_1 .

Begrebet relevans kan undertiden fungere anderledes. I tilknytning til den omtalte flertydighed i sikkerhedskravene kan relevans-bedømmelsen undertiden sættes i relation til spørgsmålet om, med hvilken sikkerhed den pågældende sandsynlighedsgrad hævdes. Yderligere beviser kan være relevante, eftersom de kan forøge den sikkerhed, hvormed man kan udtale sig, uanset om disse yderligere bevismidler forandrer den sandsynlighed, hvormed det relevante faktum antages.

8) Se hertil Keynes s. 55, Carnap s. 346 f.

Dette kan være udgangspunkt for en forståelse af et andet bevisretligt princip: Kravet om det bedste bevis ⁹⁾.

Ekelöf gengiver princippet således: "... om en och samma kunnskapskälla utan svårighet utnyttjas på flera olika sätt, så skall det bevismedel användas, som medför den säkraste bevisningen"¹⁰⁾. Det er udtrykket "sikkerhed" som er det centrale i den forbindelse: Dette kan nemlig ikke uden videre oversættes til, at det bedste bevis skaber den størst mulige sandsynlighed for det pågældende faktum. Sikkerhedsbedømmelsen tager ikke umiddelbart sigte på en bedømmelse af sandsynligheden for det relevante faktum. Men sikkerhedsbedømmelsen tager sigte på en sammenlignende undersøgelse af forholdet mellem den pågældende type af bevisdatum (bevismiddel) og det bevismæssige indhold som bevisdatum formidler. Hvis eksempelvis en forklaring er indeholdt i en politirapport, er sandsynligheden for at faktum er som forklaret i politirapporten mindre end den sandsynlighed, hvormed den samme forklaring er forbundet med faktum når forklaringen afgives i retten.

Jeg har behandlet to typer af argumentation omkring bevisbyrdereregler: 1) Den argumentation, som findes i den "rent empiriske tolkning" af sandsynlighedsteorien, først og fremmest Bolding: Her tillægges det afgørende betydning, hvilken skade eller ulemper der er forbundet med en urigtig afgørelse i den ene retning (f.eks. en urigtig domfældelse), sammenlignet med den skade eller ulempe som er forbundet med en urigtig afgørelse i den modsatte retning (f.eks. en urigtig frifindelse). Jo større skaderne ved en type af disse afgørelser er, relativt set, desto større er sandsynlighedskravet med hensyn til det pågældende faktum. Denne opfattelse fik beslutningsteoretisk udtryk i den strukturering, som jeg gengav fra J. Kaplan. Beviskravet stilledes simpelthen op som afledt af disse relative skadevirkninger.

9) Herom Thayer kap. 11. Cross s. 14, som for gældende engelsk rets vedkommende tillægger princippet meget ringe betydning, bortset fra det krav, at originalen af et privat dokument må fremlægges til bevis for dets indhold, medmindre dets fravær kan forklares, s. 15.

10) IV. s. 40.

2) En anden opfattelse af bevisbyrdeargumentationen har fundet udtryk hos Ekelöf. I min diskussion af denne argumentation, som bl.a. inddrager hensyn til parternes bevismuligheder, nåede jeg frem til, at denne opfattelse ikke uden videre kunne bringes i overensstemmelse med det empiriske udgangspunkt. Hensyntagen til bevismuligheder afspejler nemlig en centrering om det manifeste bevis, og begrebet om det manifeste bevis er knyttet til den legale bevisteori. Dette er udbygget i teorien om indiciemekanismen.

3) Et tredje standpunkt: Opgaven i dette afsnit er at sammenfatte den empiriske opfattelse, således at den fremtræder i sin mest holdbare form. Jeg skal derfor forsøge at bringe argumentationen et skridt videre: Det er utilfredsstillende, at problemstillingen om bedømmelsen af en bevisbyrderregel indskrænker sig til en bedømmelse af, hvilken relativ uønskværdighed der knytter sig til de to mulige objektivt urigtige afgørelser. I denne anskuelsesmåde indskrænker man sig til en bedømmelse af den konkrete sag: Den juridiske afgørelse, f.eks. et spørgsmål om domfældelse for tyveri, betragtes isoleret som en konkret afgørelse, adskilt fra de sociale forhold, som den griber ind i, og som den forholder sig til. Denne model for den judicielle beslutning er i den grad misvisende, at man må forvente, at en teori opbygget over denne ikke kommer til at harmonere med den beslutningsstruktur, som faktisk praktiseres.

Den judicielle afgørelse om, hvorvidt et bestemt faktum skal antages eller forkastes i tilfælde, hvor det pågældende ikke bindende er erkendt af parterne, eller entydigt bevist under processen, afspejler mere end en holdning til de mulige urigtige afgørelser. Den judicielle afgørelse indgår i en omfattende social sammenhæng. Spørgsmålet om hvilket beviskrav der skal stilles med henblik på civilretlige fakta, eksempelvis indgåelse af aftale, er knyttet til en række sociale antagelser vedrørende det pågældende materielle forhold, aftalens økonomiske betydning, de bevismæssige problemer som en bestemt bevisbyrderregel indebærer, bevisbyrdereglens betydning for den civilretlige tilrettelæggelse af indgåelse af aftaler osv. ¹¹⁾.

11) Jfr. Tribe s. 1378 f.

Denne integration af bevisretlige overvejelser med hensyn-
tagen til det pågældende materielle retsfaktums sociale be-
tydning erkendes som udgangspunkt også af den svenske be-
visteori. Men i dens rent empiriske form forekommer det
mig, at dette hensyn ikke reelt kommer til at bestemme be-
visbyrdeovervejelserne.

4.2. Kritik

I den for de enkelte tilhængere af den juridiske sandsynlig-
hedsteori specifikke kritik har jeg ofte antydnet mere almene
synspunkter. Når jeg nu skal sammenfatte denne almene kritik,
må det derfor kunne ske summarisk.

Det kritiske hovedsynspunkt er, at de forskellige opfattelser,
som jeg har samlet under betegnelsen juridisk sandsynlig-
hedsteori, er inadækvate som tolkninger af den bevisretlige
regulering og den judicielle afgørelse over antagelsen/for-
kastelsen af et faktum.

Mens det formentlig ikke er nødvendigt at definere det ka-
rakteristiske ved den juridiske sandsynlighedsteori, udover
en henvisning til den foregående omtale, er det til forstå-
else af dette hovedsynspunkt nødvendigt at præcisere, hvad
jeg sigter til med inadækvat.

Den juridiske sandsynlighedsteori kan opfattes som en mo-
del. Adækvansbegrebet skal omfatte forskellige tolkninger
af denne model.

Sandsynlighedsteorien kan opfattes som en beskrivelse af
den gældende bevisret og den praktiserede bevisvurdering.
Det påstås altså, at eksempelvis danske domstole følger
de synspunkter, som sandsynlighedsmodellen fremstiller. El-
ler - mere beskedent - det hævdes, at der i hvert fald er
træk i den praktiserede bevisvurdering, som harmonerer med
denne model. For så vidt angår de træk, som ikke harmonerer med
sandsynlighedsmodellen, henvises til et andet synspunkt: At den
empiriske model er adækvat, kan i stedet bero på, at den be-
tragtes som et realistisk forslag om en reform af bevisvurde-
ringen. Modellens adækvans beror på dens relevans som reform-
forslag. Sandsynlighedsmodellen kan reformistisk indføres i det

gældende judicielle system. Således fortolket forudsætter adækvansen, at modellen ikke bryder med fundamentale principper for den judicielle proces.

Når jeg spørger, om sandsynlighedsmodellen er adækvat, skal adækvansbegrebet opfattes med denne dobbelttydighed. Det er ikke entydigt et grundlag for en benægtende besvarelse af spørgsmålet, at der kan henvises til judicielle elementer, som ikke harmonerer med denne model. Kan disse elementer ændres, er spørgsmålet, om modellen er adækvat i dens reformistiske forståelse.

Med denne begrebsbestemmelse giver jeg modellen flest mulige chancer. Jeg stiller det synspunkt, som min kritik retter sig mod, i dets stærkest tænkelige position.

Det for sandsynlighedsteorien negative hovedsynspunkt kan opspaltes i følgende punkter:

(1) Tema: Fortolkningen af den judicielle bevisvurdering som en sandsynlighedsvurdering forudsætter, at temaet for denne vurdering er entydigt angivet som et empirisk tema i loven og/eller parternes anbringender. Dette gælder også, hvor de manifesterede data ses som afslutningen af en kausalitetskæde.

Denne forudsætning er ikke opfyldt. Og dette beror ikke på en undgåelig ufuldkommenhed, men hænger sammen med fundamentale træk i den judicielle funktion, særligt som formidler af den almene regulerings vurderinger.

(2) Bevisdata-tema: En retssags bevisdata står i forhold til sagens bevistema. Når dette ikke er empirisk, er ej heller bevisdata "empiriske": Hermed menes, at de ikke kan betragtes som "hændelser", hvis indtræden kan sammenholdes med de forskellige relevante hypoteser.

Væsentlige typer af bevisdata er manifesterede, verbalt formulerede, dvs. formulerede udtryk for bestemte personers opfattelse fremført under processen. Den verbale formulering kan, som temaet, være normativ.

(3) Selektivitet: Såvel tematisering som bevisdata beror i vidt omfang på parterne, der har interesse i sagens (gunstige) udfald. Denne partsautonomi betinger en ensidig selektivitet med hensyn til, hvilke temaer der undergives judiciel bedømmelse, og hvilket materiale der tilvejebringes som grundlag for denne bedømmelse. Denne ensidighed kan i almindelighed ikke forenes med en empirisk sandsynlighedsvurdering, som forudsætter, at de i sandsynlighedsvurderingen indgående data er udvalgt tilfældigt eller repræsentativt.

Det bemærkes, at parternes ensidighed tilsammen kan betragtes som egnet til at tilvejebringe en vis "alsidighed". Men denne kan blot ikke tolkes i overensstemmelse med den empiriske model.

(4) Bevisbyrderegler og andre bevisregler er ikke blot bestemmende for den judicielle dikotomisering, men har - efter deres intention - betydning for, hvordan de personer, for hvem en judiciel vurdering kan blive aktuel, tilrettelægger deres adfærd. Denne funktion kan ikke blot opfattes som en afledet bifunktion eller som led i en begrundelse for reglerne.

(5) Bevisreglers betydning for bevissituationen. Bevisreglers betydning for "bevissikring" (og for "bevis-undgåelse") har en principiel konsekvens, nemlig at den judicielle dikotomiseringsregel øver indflydelse på, hvilke data dikotomiseringen bygger på. Hermed er en forudsætning for at betragte den judicielle bevisbedømmelse som en sandsynlighedsvurdering tilsidesat. Denne virkning er knyttet til navnlig parterens interesse i at påvirke udfaldet, og denne interesse kan, som nævnt, varetages ensidigt.

(6) Bevisvurderingen kan have en lignende effekt. Dette er baggrunden for diskussionen af, hvilken betydning et "frame up" har for et bevisdatums værdi. Når de data, der judicielt tillægges en vis empirisk betydning, kan tilvejebringes for at opnå denne (gunstige) empiriske slutning - så falder grundlaget for denne slutning bort. Det er ikke tilstrækkeligt at modificere den vægt et bevisdatum tillægges, under hensyn til muligheden af ensidig påvirkning. Som under (5) må hævdes, at når "genstandene" for sandsynlighedsvurderingen be-

vidst indretter sig på de judicielle bedømmelseskriterier, kan den judicielle vurdering ikke opfattes som en analyse af forholdet mellem repræsentative data og et muligt faktum.

(7) Nødvendigheden af en antagelse eller forkastelse: I den judicielle beslutningssituation skal der altid kunne træffes en afgørelse. Selvom ingen oplysninger er forelagt, selvom (en af) parterne ikke vil udtale sig eller bidrage med bevismateriale, stilles det krav til de judicielle kriterier for afgørelse af retssager, at en afgørelse skal kunne træffes. Mens flere af de forrige punkter har beroet på parternes ensidige aktivitet, finder jeg i friheden til passivitet en anden hindring for en empirisk tolkning.

(8) Forhåndsopfattelsen er et vanskeligt problem. Såvel i den bayesianske bevisvurdering som i teorien om indicie-mekanisme indgår - på forskellig måde - et hensyn til, med hvilken sandsynlighed det relevante faktum forventes. En sådan forhåndssandsynlighed harmonerer ikke med gængse krav til den judicielle upartiskhed.

Ekelöf har i sin "nye linie" søgt at løse problemet ved at lade sagen tage udgangspunkt i uvished. Men uvished er ikke et begreb, der er defineret indenfor en sandsynlighedsmodel, og jeg kan ikke se, hvordan man kan gå fra et sådant begreb ind i model af forskellige sandsynlighedsgrader. Undertiden udtrykkes forhåndssandsynligheden som lige store sandsynligheder for de respektive hypoteser ¹²⁾. Men dette er ikke "uvished", ej heller resultat af en empirisk bedømmelse, men en stipulering der skaber "lige vilkår" ¹³⁾.

Disse synspunkter begrundes, at sandsynlighedsteorien må betragtes som inadækvat i den anførte betydning. Synspunkterne er her anført summarisk, idet de tildels er foregribet i mere speciel form, tildels vil blive uddybet i det følgende. En negativ konklusion med hensyn til en så central teori må følges op af en positiv analyse: Når den ju-

¹²⁾ Jfr. faderskabseksemplet i V.3.4.

¹³⁾ Sml. Finkelstein/Fairley 1970 s. 505 note 39.

judicielle bevisvurdering - og reglerne om denne - ikke tolkes adækvat af den juridiske sandsynlighedsteori, hvordan skal de da opfattes? Dette spørgsmål skal søges besvaret i det følgende.

Mit - negative - hovedsynspunkt angår den juridiske sandsynlighedsteori som den almindelige bevisteori. Denne problemstilling forekommer rimelig, eftersom det er i denne form, den er blevet hævdet. Når en - alternativ - forståelse af det juridiske søges udviklet, må det tillige være opgaven at afklare, i hvilke specielle tilfælde en sandsynlighedsteori er adækvat. Under hensyn til de synspunkter, som jeg har anført mod den generelle teori, må det være nærliggende at se på, i hvilket omfang forudsætninger i den judicielle proces er tilvejebragt, som muliggør en empirisk bevisteori.

Wroblewski (1975) stiller det centrale spørgsmål, "whether the so-called judicial truth is different from the truth stated in the area of empirical science" (s. 19). Denne problemstilling lægger op til en sammenligning mellem på den ene side de empiriske videnskaber, der opfattes i overensstemmelse med positivistisk videnskabsteori, og på den anden side den judicielle antagelse af et bestemt faktum. For de judicielle antagelser, der i højeste grad skulle kunne sidestilles med den empiriske videnskab (nemlig hvad Wroblewski betegner judicielle antagelser vedrørende fakta, der er bestemt "beskrivende, positivt og uden relation til den materielle norm", s. 21 f, sml. 1973 s. 161 f), afvises overensstemmelsen, navnlig med henvisning til, at princippet om "fri bevisbedømmelse" er begrænset ved almene lovregler vedrørende bedømmelsen af faktum.

Wroblewski's udgangspunkt er altså, at for så vidt princippet om fri bevisbedømmelse er gældende, betragtes bevisretten som værende i overensstemmelse med, hvad der følger af en empirisk videnskabelig bedømmelse. Dette bliver nærmest tautologisk, når princippet om fri bevisbedømmelse defineres som Wroblewski gør: Retten skal afgøre den "objektive sandhed", skal til dette formål benytte alle midler til at opnå relevant viden, og bedømme beviserne fri for enhver legal regulering i overensstemmelse med de regler, der er accepteret af empirisk videnskab og i almindelig erfaring (1975 s. 27, jfr. s. 31 og 32).

Som regler, der begrænser den "fri bevisbedømmelse", nævner Wroblewski tilfælde, hvor modbevis ikke tillades, hvilket gælder, når en afgørelse har retskraft. En anden gruppe af tilfælde er regler, hvorefter den judicielle antagelse accepteres som bevist et faktum, som empirisk ikke er bevist eller ikke kan bevises (s. 29 f):

"The judge state the existence of a fact, which cannot be empirically proved. There is a conflict between the empirical lack of evidence and of the duty to decide the case. This lack of evidence has negative social consequences in the appreciation of the lawmaker and hence, he formulates legal presumptions as legal rules of evidence to fill the gap" (s.29-30).

Wroblewski må herefter konstatere, at sådanne bevisregler begrænser princippet om fri bevisbedømmelse og bevirker, at den judicielle antagelse

om faktum ikke svarer til den antagelse, der ville følge af en empirisk videnskabelig bedømmelse.

Som kommentar til denne analyse kan først fremhæves, at det har interesse, at problemstillingen overhovedet er formuleret.

Men hans forståelse af princippet om fri bevisbedømmelse er forkert. At der hersker fri bevisbedømmelse er ikke uden videre ensbetydende med, at den judicielle bedømmelse følger samme synspunkter (verifikationskrav) som er gældende i en empirisk videnskab. Problemer ved tilvejebringelsen af de beviser, som den judicielle afgørelse bygger på, omtales slet ikke.

Misforståelsen af princippet om fri bevisbedømmelse bliver åbenbar, når Wroblewski opfatter en hvilken som helst bevisregel som et brud på den empiriske overensstemmelse. En bevisbyrde-regel - herunder den der finder støtte i almindelige erfaringer - indebærer, at kendsgerninger, som ikke kan antages med den sikkerhed, som en "empirisk videnskab" ville kræve, modificerer den judicielle overensstemmelse med de empiriske videnskaber.

Kapitel VIII

Normativ vurdering af før-processuel adfærd

1. Det normative element - introduktion

I den bevisretlige teori siden 2. verdenskrig har der gjort sig en teoretisk retning gældende, som søger at tilnærme opfattelsen af de bevisretlige problemstillinger til den opfattelse af den videnskabelige erkendelse, som videnskabsteoretisk går under betegnelsen logisk empirisme eller positivisme. Den bevisretlige problemstilling søges specielt bragt i overensstemmelse med sådanne opfattelser, som præger almindelig samfundsvidenskab, og som også har gjort sig gældende indenfor andre områder af praktisk beslutningsvirksomhed end den juridiske beslutningsvirksomhed. Denne bevisretlige opfattelse - den juridiske sandsynlighedsteori - har jeg beskrevet, diskuteret og kritiseret. En begrænsning af denne diskussions rækkevidde har hidtil været, at der ikke er blevet opstillet en selvstændig teori for bevisretten ved siden af den sandsynlighedsteoretiske opfattelse. Denne opgave tages op i dette kapitel.

Udgangspunktet er ønsket om at opnå en samlet og systematisk forståelse af den judicielle bevisvurdering i dens forbindelse med den retlige regulering af denne, specielt bevisbyrdereglerne. På dette punkt ligger problemstillingen i fortsættelse af den skandinaviske sandsynlighedsteori, som netop har udmærket sig ved systematisk at integrere opfattelsen af bevisreguleringen (bevisbyrdereglerne) og bevisbedømmelsen under et fælles sandsynlighedsbegreb, således at sandsynlighedsreguleringen udtrykte et normativt krav til sandsynligheden, mens bevisbedømmelsen tog stilling til den enkelte sags konstaterbare sandsynlighed.

Samtidig med, at sandsynlighedsteorien således har integreret fortolkningen af den retlige regulering af bevisvurderingen og den enkelte sags bedømmelse af de konkrete

bevisdata, har den tillige angivet en skarp adskillelse mellem det normative: den retlige regulering, herunder specielt bevisbyrdereglen, og det faktiske: den konstaterede sandsynlighed for det relevante faktum i den enkelte sag. Den normative side omfatter naturligvis, foruden bevisbyrderegler (og andre bevisregler) de materielle retlige regler, og disse indeholder tilsammen en angivelse af de normative kriterier, som er bestemmende for, hvorledes der skal dikotomiseres i alternative bevissituationer, med den virkning at disse bevissituationer kan begrunde forskellige praktiske konklusioner, bygget på forskellige antagelser om de relevante fakta. Denne opdeling mellem den retlige regulering og den bevisorienterede adfærd vedrørende det konkrete faktum er bragt på det klareste i den skandinaviske sandsynlighedsteori, og den harmonerer godt med den positivistiske videnskabs-teori, som bygger på adskillelsen mellem vurdering og beskrivelse: Den retlige regulering indeholder de vurderingsmæssige krav, som stilles til den (objektive) virkelighed, der som en betingende kendsgerning skal danne grundlag for en bestemt praktisk vurdering eller handling. Som udtryk for vurderinger er i denne forbindelse de materielle regler og bevisreglerne, hvor de sidste indeholder sandsynlighedskravet, integreret. På den anden side har man så de faktiske, nemlig det "kundskabsspørgsmål" ¹⁾, som vedrører den konstaterbare sandsynlighed for det relevante faktum.

Denne systematiske adskillelse fremgår dog ikke som et udtrykkeligt element i den skandinaviske bevisteori, som ikke fremtræder som en gennemarbejdet teoretisk tilslut-

1) Jfr. Ekelöf IV (1973) s. 10.

ning til den positivistiske videnskabsteori. Tværtom må man erkende, at selvom den positivistiske videnskabsteori er grundlaget for den begrebsmæssige strukturering af bevisproblemet, således som jeg netop har beskrevet det, er den retsteori, som i hvert fald nogle af den skandinaviske teori's tilhængere arbejder efter, opstillet i opposition til en logisk positivistisk retsteori ²⁾.

Når dette principielle synspunkt i sandsynlighedsteorien er fremhævet, beror det på, at den opfattelse af bevisretten, som her præsenteres som i hvert fald en væsentlig del af sandheden om bevisretten, netop primært tager afstand fra denne skarpe opdeling mellem normative og deskriptive elementer i præmisserne bag den judicielle antagelse af et bestemt faktum.

Den judicielle antagelse om et faktum bygger på et materiale, som i kraft af de procesprincipper, som behersker såvel kriminal- som civilprocessen, er af en ganske særpræget karakter, sammenlignet med det grundlag, som ligger bag en videnskabelig opfattelse af et vist hændelsesforløb og andre praktiske beslutninger. Det materiale, som en dommer bygger på, når dommeren tager stilling til, om et faktum skal antages eller ej, er i vidt omfang tilvejebragt som bevisdata fra parterne. Hvis dommeren selv har tilvejebragt materiale, udgør det som regel kun et mindre supplement hertil. De af parterne tilvejebragte bevisdata vedrører i vidt omfang parternes egen adfærd i sammenhæng, som er relevante for den judicielle bedømmelse, bestemt af de materielle regler. Hvis dommerens antagelse af faktum eller af dets negation betragtes som en erkendelsessituation, nemlig en situation, hvorunder dommeren gør sig en opfattelse af et konkret element i virkeligheden, er det nærliggende at antage, at det kun

2) Jfr. navnlig den rekommendationsteori, som Ekelöf præsenterer (1951) og den praktiske vejledningsfunktion som eksempelvis Bolding (1951) varetager.

er muligt at forstå reguleringen af denne judicielle erkendelse under hensyntagen til de centrale principper for reguleringen af parternes handlen i almindelighed, altså centrale materielretlige regler. Det er endvidere nærliggende at betragte den judicielle erkendelsessituation i forbindelse med de procesprincipper, som er gældende for tilvejebringelsen af de bevisdata, som dommerens antagelse eller forkastelse af faktum bygger på.

Sammenhængen mellem den bevisretlige regulering og den materielle regulering er ofte påpeget. Almindelige udtalelser i denne retning findes mange steder. I denne forbindelse har det naturligvis størst interesse at påpege sådanne udsagn i sammenhænge, hvor adskillelsen mellem de retlige elementer og de faktiske forløb iøvrigt er skarpest gennemført ³⁾.

Sådanne principielle opfattelser af forholdet mellem på den ene side bevisvurderingen og bevisretlig regulering og på den anden side den materielretlige regulering er imidlertid, efter min opfattelse, mangelfulde, når der ikke er etableret en indholdsmæssig forbindelse mellem på den ene side principperne for den bevisretlige regulering og den konkrete judicielle antagelse og på den anden side den materielretlige regulering. Forbindelsen mellem disse to elementer i den konkrete juridiske afgørelse angår udelukkende den retspolitiske argumentation for eller imod bestemte regler, specielt bevisbyrdereglerne, som bedømmes ud fra almene formålsbestemmelser dækkende såvel det materielretlige som det bevismæssige. Sammenføjnngen af det bevisretlige og det materielretlige er således extern i den forstand, at den kun beskæftiger sig med de udenfor reglerne stående sociale formål

3) Jfr. f.eks. atter Ekelöf IV 1973 s. 87 i tilslutning til Olivecrona 1931, hvorefter bevisbyrdereglernes opgave er at virkeliggøre de samme formål, som bærer de materielle regler.

med disse. Dette hænger sammen med, at den nyere litteraturs betoning af den intime forbindelse mellem den materielretlige regulering og formålsbestemmelsen for bevisreglerne er opstillet i opposition til ældre metafysiske teorier om den materielretlige regulering som et ideal, som såvidt muligt skulle virkeliggøres gennem den bevisretlige regulering og den konkrete bevismæssige virksomhed i henhold til denne. Overfor sådanne metafysiske teorier er en revideret, pragmatisk formålsbestemmelse for bevisreglerne naturligvis et fremskridt.

Diskussionen af disse problemer bør imidlertid føres et skridt videre. Opgaven er at finde de indholdsmæssige kriterier, der angår såvel principperne for den judicielle antagelse vedrørende faktum, som centrale principper for den materielretlige bedømmelse af menneskelig adfærd. En strukturel overensstemmelse mellem disse to regelsæt vil give en bedre forståelse af bevisretten overhovedet såvel som af forholdet mellem centrale retlige principper og den judicielle virkelighedsopfattelse.

2. Strukturen i den normative adfærdsvurdering

Et første greb om den normative adfærdsvurdering kan måske bedst fås gennem et par løsrevne citater fra den forfatter, som var den første til at give de nyere principper for bevisvurderingen teoretisk form. Hos A. S. Ørsted finder man adskillige udtryk for en sammenstilling af normative synspunkter på partens handlemåde og den judicielle stillingtagen til, om et bestemt faktum skal antages eller ej. I argumentationen for dommerens frihed i forhold til den legale regulering af det tilstrækkelige bevis - som jeg tidligere har omtalt i kapitel IV.3. - søger Ørsted "beroligelse" ved at bygge på indiciebeviset overfor faren for at dømme den uskyldige i navnlig følgende situation:

"I Sædeleshed beroliges Man og ved hiin Beviismaade mod den Fare at fornærme Uskyldigheden, naar de Indicia, paa Grund af hvilke Man fælder den Anklagede, ere saaledes beskafne, at de skjøndt de ikke ophæve den logiske Mulighed af, at han ei har begaaet det paatalte Factum, dog i ethvert Tilfælde have deres Grund i hans eget lastværdige Forhold, f.Ex. naar han har nægtet Omstændighed, som befindes fuldkomment

visse, naar han aldeles ikke vil gjøre Regnskab for Omstændigheder, som han, hvis han var uskyldig, maatte kunne gjøre tilfredsstillende Regnskab for" 4).

I afhandlingen om tyveri findes adskillige sammenkædnin-
ger af bedømmelsen af den tiltalte som uredelig og bevi-
set for hans skyld. Eksempelvis hvad angår den bestjålnes
bevis for, at han ejer det, som den tiltalte besidder:

Når den tiltalte "nægter at have havt Tingen i Besiddelse, men
dette dog med Vidner overbevises ham ...", kan den tiltalte ikke "naar
han selv har fragaaet Besiddelsen, ... beraabe sig paa den Formodning,
samme (nemlig besiddelsen) opvækker om, at han var Ejer, thi denne
har han paa det bestemteste opgivet. Aarsagen, hvorfor der i Alminde-
lighed udkræves Ejendoms-Bevis, for at Besidderen kan fældes som
Tyv, bortfalder altsaa i dette Tilfælde. Besidderen er da og, ved
sin egen mislige og uredelige frengangsmaade, selv Aarsag til, at
Justitien anser ham skyldig" 5).

Ved bedømmelsen af, om den der har taget en andens ting,
men som nægter tyveriforsæt, kan stå til troende, må der
forelægges "særegne omstændigheder".

Men "større Strengheid i det omhandlede Punkts Afgørelse maa vises,
hvor den Sigtede, endog i Tilfælde, at hans Foregivende forholder
sig rigtigt, ej er brødefrie, skjønt han just ej i saa Fald er egent-
lig Tyv (f.Ex. naar det er afgjort, at han har taget Tingen ud af en
andens Besiddelse, men han foregiver, at have troet den at være sin
Ejendom, og altsaa, efter sin Forklaring, kun er skyldig i Besiddel-
ses Tyveri), eller naar hans foregaaende Vandel taler mod ham. I slige
Tilfælde maa han tilskrive sit eget lovstridige Forhold, at Justitien,
forsaavidt Spørgsmaalet om han bona eller mala fides ej kan bringes i
det klare, er mere tilbøjelig til at antage det sidste end den under
andre Omstændigheder vilde være" 6).

I sådanne tilfælde har den tiltalte med "juridisk vished"
begået noget "forkert". Den tiltaltes forsømmelser kan be-
stå i selvstændige lovovertrædelser, i usandfærdige for-

4) Ørsted 1831 s. 227-28, jfr. omtrent enslydende 1809 s. 328.

5) 1809 s. 308.

6) 1809 s. 337 - 338.

klaringer, eller i manglende medvirken under sagens opklaring. Man finder ikke hos Ørsted nogen nærmere redegørelse for, hvilke retningslinier der gælder for afgrænsningen af denne "kritisable" handlemåde, som skal fungere som udgangspunkt for en bevismæssig skadelig bedømmelse ⁷⁾.

Indenfor strafferetten indebærer Ørsteds udgangspunkt det generelle udsagn, at det fuldstændige juridiske bevis ikke behøver at foreligge for sådanne omstændigheder, som ikke er nødvendige for at antage at et strafbart forhold foreligger, men som har betydning for strafudmålingen:

"... det er, for at undgå den Fare at paaføre en Uskyldig Lidelser, at Lovene ej tillade at straffe den, mod hvem det juridiske Bevis mangler, skjønt der eksisterer en Sandsynlighedsgrad, som kommer det meget nær. Men denne Grund bortfalder i dette Tilfælde, thi det er her en bevist Forbrydelse, som foraarsager, at den Mistanke, som ellers taler mod Forbryderen, kommer ham til Skade" ⁸⁾.

Et klassisk - og stadig hævdet - eksempel på sammenkædnin-gen mellem en normativ adfærdsvurdering og beviskrav findes i forbindelse med beviskravet for kausalitet i erstatningsforhold udenfor kontrakt:

"Når det er godtgjort, at sagsøgte har udvist culpa, og man kunne påregne, at den udviste fejl ville medføre en skade som den indtrufne, må man slå af på kravene for bevis for årsagsforbindelsen. Jo grovere fejl der er oplyst, desmere må der slås af på beviskravet" ⁹⁾.

Af sådanne eksempler - der kunne forøges i det uendelige - fremgår, at overvejelser over bevisbyrderegler, over krav om bestemte beviser, og bevisbedømmelsen i høj grad er åbne for normative synspunkter. Det er nu opgaven at eftervise, hvorledes disse normative synspunkter slår igennem, ikke

7) Ørsted udtrykte tidligt et meget kategorisk standpunkt i almindelighed: "Forbryderen taber efter den strenge ret, alle sine ret-tigheder, kvalificerer sig fuldkommen til vilkårlig behandling, i det øjeblik han bryder borgerforeningen" 1801 s. 199 f. Men en sådan generel udtalelse kan naturligvis ikke være retledende for den afgrænsning, som der spørges efter, ej heller for Ørsteds vedkommende.

8) 1809 s. 118, jfr. f.eks. s. 345 om mistanken om andre forbrydelser. von Eyben: Strafadmåling 1950, s. 292 - 293 betragter sådanne hen-syn som "et skarpt brud på almindelige procesgrundsætninger". Hvor de beviste forbrydelser "indicerer, at der foreligger en professio-nel udøvelse af en forbryderisk virksomhed", er der dog skabt "en "præsumption, som det må være tiltaltes opgave at afsvække", s. 293.

9) Ussing: Erstatningsret s. 202. Jfr. J. Lassen: Obligationsretten →

blot - som ovenfor - i nogle isolerede eksempler, som i et vist omfang er forkastet af nyere teori, men som et led i en systematisk opfattelse af væsentlige træk ved den bevisretlige regulering og bevisvurderingen.

For tilrettelæggelsen af denne undersøgelse er tre skel-
nemærker af betydning:

(1) Visse af de handlinger, som indgik som motiverende for en skærpelse eller lempelse af et beviskrav, refererer til før-processuelle forhold, andre til processuel adfærd. I visse tilfælde er det en bedømmelse af partens forhold forud for processen, som indebærer en forandring af den bevisretlige bedømmelse af hans forhold. Det kan være et spørgsmål om, hvorvidt den pågældende muligvis har begået andre forbrydelser, eller om udførelsen er nogle opgaver, som er et led i gennemførelsen af et kontraksforhold. Eller adfærdsvurderingen retter sig mod den processuelle adfærd, i almindelighed betegnet "bevisførelsen".

I det følgende koncentrerer jeg mig om den normative vurdering for så vidt angår den før-processuelle adfærd. Forholdet mellem beviset i almindelighed og den judicielle processuelle struktur tages op i kapitel X.

(2) Nogle af de adfærdsforløb, som tillægges betydning, refererer til det bevismæssige, andre er irrelevante i forhold til beviset. Den bevisrelevante adfærd er den adfærd fra den pågældende part, som har betydning - positivt eller negativt - for omfanget eller kvaliteten af de bevisdata, som udgør - eller ved anden adfærd kunne udgøre - grund-

9) fortsat ... alm. del 1917 - 1920 s. 354 om skadens størrelse og Tybjerg s. 192 f. Samme synspunkt er udtrykt hos Ekelöf IV 1973 s. 96, hvilket ikke harmonerer med den svenske teoris antagelse af konstante bevisbyrde-regler for hvert enkelt materielt tema. Mere harmonisk ville det være at antage en præsumtion, jfr. også s.st. s. 97, note 130 om overtrædelse af en beskyttelsesforskrift, som indebærer en stærk præsumtion mod den herfor ansvarlige.

laget for den judicielle antagelse eller forkastelse af faktum. I andre tilfælde er den adfærd, som fordømmes i den normative vurdering, irrelevant i forhold til bevis-situationen. Dette er tilfældet i flere af de af Ørsted fremhævede forhold, og dette er formentlig en adfærdsvurdering, som spiller en ringere rolle. Fra et bevisretligt synspunkt er det i hvert fald ikke af samme betydning, som den adfærdsvurdering, der retter sig mod den bevis-relevante adfærd, og det er derfor den sidste jeg koncentrerer mig om i det følgende.

(3) Der må skelnes mellem regler, som umiddelbart stiller parterne bestemte opgaver - processuelle eller før-processuelle - og sådanne regler, som umiddelbart vedrører dommerens bedømmelse af, hvilket faktum der skal antages. Denne begrebsmæssige sondring hindrer ikke, at disse regler har en funktion i begge henseender. Dette komplicerede samspil mellem regler om partsadfærd og judicial afgørelse (voteringsregler) tages op i afslutningen af dette kapitel, VIII.7.

Den normative vurdering, der behandles, angår umiddelbart hvilket faktum der skal lægges til grund. Sammenlignes med beviseteorier, hvor der skelnes mellem regler om bevisbedømmelse og bevisbyrde, ses disse regler her under et. På den anden side er det kun den normative vurdering, der har betydning for antagelsen af et faktum. Udtrykket normativ adfærdsvurdering er for så vidt for omfattende og må forstås med denne begrænsning ¹⁰⁾.

10) Erstatningsansvar falder således uden for undersøgelsen, se eksempelvis UfR 1930.668 H om erstatningsansvar for urigtig forklaring, der var grundlag for en (urigtig) judicial antagelse.

Efter disse indledende bemærkninger skal jeg redegøre for strukturen i den normative vurdering af parternes adfærd med henblik på den judicielle antagelse af faktum. Når jeg hævder, at den judicielle antagelse vedrørende faktum er præget af en bedømmelsesteori, som jeg betegner "den normative adfærdsvurdering", vil jeg bringe følgende til udtryk:

Der gælder visse normer for, hvordan parterne under bestemte betingelser skal udforme deres dispositioner eller deres øvrige handlemåde, og disse normer tager sigte på at sikre muligheden for, at partens handlemåde eller andre relevante omstændigheder kan reproducere, specielt med henblik på den judicielle bedømmelse. Disse normer angår såvel parternes førprocessuelle adfærd som deres egentlige bevismæssige virksomhed. At disse normer gælder, viser sig ikke primært ved, at der er fastsat selvstændige sanktioner for disse normer, men deres gyldighed eller effektivitet, såvidt den er relevant i denne forbindelse, viser sig ved, at parternes efterlevelse henholdsvis tilfidesættelse af disse normer, under bestemte betingelser er bestemmende for, hvilket faktum der judicielt antages. Om dommeren antager eller forkaster et faktum beror nemlig på, hvorvidt der er handlet i overensstemmelse med disse normer.

En grundlæggende betingelse for denne konsekvens for den judicielle antagelse vedrørende faktum går ud på at undersøge, hvorvidt den pågældende parts manglende aktivitet har været kritisabel, eller om omvendt partens aktivitet har været tilfredsstillende. Denne bedømmelse retter sig - eller kan i hvert tilfælde rette sig - mod begge parter afhængig af adfærdsnormens indhold. Betingelsen kan derfor siges undertiden at gå ud på en komparativ analyse af parternes forsømmelighed med hensyn til adfærdsnormen.

Redegørelsen for den normative adfærdsvurdering skal nu uddybes, idet jeg forsøger at opløse det hermed opstillede hovedsynspunkt i en række delsynspunkter, som tilsammen udgør den almene vurderingsstruktur som praktiseres, når bevisbedømmelsen følger en normativ adfærdsvurde-

ring. Fremstillingen vil i hovedsagen befinde sig på et relativt abstrakt plan, svarende til den almene gennemgang af de sandsynlighedsteoretiske vurderingsstrukturer i de foregående kapitler V - VII, som forholder sig til tilsvarende abstrakte fremstillinger, f.eks. Bolding (1951). Den almene beskrivelse af vurderingsstrukturen bliver dog naturligvis suppleret af eksempler som illustrerer de abstrakte synspunkter. Men det må fremhæves, at disse eksemplifikationer udgør illustrationer, idet en nøjere analyse af bestemte retsområder vil kræve en fordybelse, der sprænger denne afhandlings rammer. Elementerne i strukturen i den normative adfærdsvurdering opstilles således:

- I. Adfærdskrav (objektive krav)
 - 1. Bevisforberedelse
 - 2. Formsikring
 - 3. Opbevaring
 - 4. Bevisførelse
- II. Almene betingelser
 - 1. Bevismulighed
 - 2. Forsømmelighed
 - 3. Relevans

(I) De adfærdskrav, som stilles, vedrører parternes handlemåde før og under processen. Forsåvidt angår deres indholdsmæssige side, adskiller de sig ikke principielt fra de krav, som stilles i medfør af andre regler, eksempelvis erstatnings- og strafferegler. Med hensyn til den førprocessuelle adfærd drejer reglerne sig om, hvorvidt parterne har handlet på en sådan måde, at deres opfattelse af sagens fakta kan underbygges gennem en bevisførelse, altså om hver af parterne har tilrettelagt deres handlemåde således, at den førprocessuelle adfærd og i det hele de førprocessuelle relevante situationer kan reproducere under processen. Der kan udskilles forskellige stadier, hvor denne tilrettelæggelse med henblik på den judicielle bedømmelse bliver aktuel. Den processuelle adfærd svarer til parternes bevisførelse og øvrige optræden under retssagen. Fælles for den førprocessuelle og processuelle handlen er, at den judicielle antagelse vedrørende faktum motiveres af parternes adfærd, bedømt i forhold til de

gældende adfærdskrav. Parternes adfærd bliver således grundlaget for de slutninger, som dommeren drager med hensyn til faktum.

(I - 1) Bevisforberedelse. Det kræves, at en part på forhånd bereder muligheden for at sikre et bevis, for det tilfælde, at der bliver aktuelt behov for et bevis. Der må forud for de - efter de materielle regler - relevante situationer træffes foranstaltninger som gør det muligt at fikserer den aktuelle situation med henblik på senere judiciel bevisførelse.

Krav af denne karakter er relativt vidtgående, eftersom det ikke er sikkert, at et bevis vil være nødvendigt, eftersom det ikke er sikkert, at situationen lægger op til tvist. Om sådanne krav stilles og hvilket indhold de gives, må bero på dels sandsynligheden af en retligt relevant divergens, dels de praktiske vanskeligheder, som er forbundet med på forhånd at disponere situationen således, at den kan bevismæssigt fastholdes med henblik på senere judiciel bevisførelse.

Til illustration kan nævnes UFR 1973 s. 75 H (der dog ligger på grænsen til den følgende gruppe). Sagen drejer sig om beviset for, at funktionær F havde været syg. Ved første fraværsdag havde han givet besked til arbejdsgiveren om, at han var syg. Under sit fravær havde han dagligt færdedes ude for at gøre indkøb, en enkelt gang havde han telefonisk henvendt sig til sin læge, hvis klinikdame han talte med, og havde fået en recept på nogle sugetabletter. Iøvrigt havde han ikke konsulteret læge. F var ikke i stand til at tilvejebringe en lægeattest, fordi lægen ikke havde tilset ham under sygdommen. Da F kom tilbage efter sit fravær, blev han bortvist af arbejdsgiveren og denne bortvisning fandt Højesteret berettiget. Under hensyn til bl.a., at F "ikke - bortset fra oplysningen om indkøb af en portion Strepsil-tabletter ... har tilvejebragt noget objektivt holdepunkt for rigtigheden af, at han var syg som af ham hævdet, findes det ikke at kunne lægges til grund, at hans udeblivelse skyldtes sygdom, der satte (ham) ude af stand til at udføre sit arbejde".

Oplysningerne om M's sygdom beroede i hovedsagen på hans egen forklaring og kunne - da han ikke havde søgt læge - ikke bekræftes fra anden side. Dommen er blevet taget til indtægt for den opfattelse, at en funktionær er forpligtet til efter en kortere tids sygdom at dokumentere sin sygdom med lægeattest på eget initiativ uden anmodning fra arbejdsgiveren ¹¹⁾, men dette er videregående end dommen kan bære. Den viser nemlig blot, at en funktionær under sin sygdom må sikre sig "objektive holdepunkter" der kan reproducere judicielt, såfremt der senere fremsættes krav om dokumentation for sygdommen. Under hensyn til, at lægeerklæringen fremstår som standardbeviset for sygdom i denne situation indebærer dette, at en funktionær under længere

11) Carlsen s. 106-107, Hasselbalch 1975 s. 335 - 336.

sygdom må søge læge for gennem denne kontakt at kunne fremlægge "objektive holdepunkter" for påstanden om sygdommen.

(I - 2) Formsikring. Den disposition, handling eller situation, som konstituerer det relevante faktum, kan enten i sig selv etableres i en form, som kan udgøre et bevisdatum - f.eks. en skriftlig aftale -, eller kan være ledsaget af sådanne bevismæssige foranstaltninger, at en reproduktion under en bevisførelse er mulig, f.eks. ved at en mundtlig aftales indgåelse overværes af vidner eller senere bekræftes skriftligt.

Herunder falder de typiske former for "bevissikringer", som kendes i litteraturen.

En særlig betydning får bevissikringen, hvor den situation eller tilstand, som er relevant for den retlige stilling gøres til genstand for en forandring eller bearbejdning af den person, som derigennem kan blive involveret i et retligt forhold.

Et eksempel på en sådan forsamelse med hensyn til at sikre, at en vis tilstand kunne klarlægges under en senere proces er UfR 1975 s. 244 V. En malermester lod her som led i malerentreprisen vinduerne i et nyt beboelseshus pudse ved et rengøringssselskab. Ved afleveringen af huset til ejeren konstateredes, at husets ruder var så ridsede, at de måtte udskiftes, og ejeren forlangte erstatning herfor. Rengøringssselskabets folk havde konstateret, at ruderne var ridsede, da de påbegyndte arbejdet. Men de havde ikke foretaget sig noget særligt i anledning af denne konstatering. (Deres forklaringer var dog ikke helt overensstemmende om omfanget af ridserne m.v.). Underretten frifandt malermesteren, idet "det ikke fandtes godtgjort, at det var rengøringssselskabets folk, der havde forvoldt skaden". Den alternative forklaring på ridserne var, at de havde været ridset ved leveringen. I forholdet mellem ejeren og malermesteren går man tydeligvis ud fra, at ejeren bærer bevisbyrden for, at den sagsøgte - eller folk som denne er ansvarlig for - har forvoldt skaden. Denne dom ændredes af landsretten, hvis begrundelse muligt systematisk vil blive opfattet som mindre klar, men som er let forståelig ud fra de her skitserede synspunkter: "Det må ved afgørelsen lægges til grund, at skaderne er konstateret umiddelbart efter, at arbejdet med vinduespudsningen var udført, ... og det må ... anses sandsynligt at skaderne er opstået under pudsningen af ruderne. Herefter og under hensyn til at rengøringssselskabet har undladt at sikre sig bevis for, at skaderne på ruderne som af ham forklaret, var sket, inden arbejdet med pudsningen påbegyndtes, findes malermesteren ... at måtte anses ansvarlig for skaderne". Mens den første del af landsrettens begrundelse refererer til ubestridte forhold vedrørende tidspunktet for konstateringen af skaderne og den rimelige sammenhæng mellem ridserne og den nyligt afsluttede pudsning, indeholder den anden del af begrundelsen en præcis anvisning på, hvorledes rengøringssselskabet

skulle være gået frem, såfremt det ville have bevaret dets muligheder for at gøre den af det hævdede opfattelse af ridsernes herkomst gældende. Ud fra rengøringssselskabets opfattelse af den faktiske situation måtte det være dets opgave at sikre beviset for, at skaderne var sket inden pudningen påbegyndtes. Selskabet erkendte, at det var en "fejl", at dette ikke var sket. Det kunne let være sket ved tilkaldelse af ejeren eller en udenforstående. - I mere komplicerede tilfælde benyttes naturligvis syn og skøn. - Med den behandling, som rengøringssselskabet efter dets aftalte hverv underkaster ruderne, er der forbundet en risiko for skader, svarende til dem, som fandtes allerede da arbejdet begyndte.

Det må tilføjes, at afgørelsen ikke udelukkende henviser til forsømmelsen af at sikre bevis for ridsernes tilstedeværelse, da vinduespudningen begyndte, men også påpeger momenter, som positivt taler for, at rengøringssselskabet har ridset ruderne, idet dette "anses sandsynligt". Denne henvisning til det relativt svage bevis forbundet med påpegnings af rengøringssselskabets forsømmelse kan fortolkes således, at der stilles et lavere beviskrav end sædvanligt, fordi rengøringssselskabet har gjort sig skyldig i en forsømmelse. Forsømmelsen etablerer en form for præsumtion. Denne opfattelse som ikke blot gøres gældende med henblik på denne situation, men i det hele udgør en teori, som kan konfronteres med den normative vurderingsstruktur, vil blive taget op på et senere tidspunkt og i generel form, nedenfor VIII.6.2.

(I - 3) Opbevaring. Det sikrede bevisdatum må naturligvis opbevares, sålænge den situation, som det pågældende bevisdatum er relevant for, kan tænkes at blive aktuel. For denne opbevaringspligt kan der udvikles selvstændige grænser, afhængig af sandsynligheden for det retlige problems opdukken og for opbevaringspligtens økonomiske og praktiske belastning. Ved siden heraf gælder, som nævnt, den grænse, at det pågældende problem kan blive irrelevant bl.a. på grund af forældelsesregler ¹²⁾.

Som eksempel på en judiciel stipuleret opbevaringspligt kan nævnes UfR 1956 s. 472 H:

12) Som begrundelse for forældelsesregler fremhæves ofte, når sammenhængen mellem de materielretlige og bevisretlige regler skal illustreres, at forældelsesinstituttet indebærer, at bl.a. usikre be-
dømmelser af afviklingen af ældre skyldforhold bliver irrelevant. Heroverfor kan fremhæves den begrundelse for et forældelsesinstitut, at dette sætter en tidsmæssig grænse for den bevismæssige nødvendighed af at opbevare sådanne bevisdata, som kan dokumentere skyldforholdets afvikling.

En damper, der havde Lloyds certifikat til tørre og let beskadelige ladninger, var befragtet til sejlads fra Island til Grækenland. Ved ankomsten til Grækenland viste ladningen sig at være beskadiget af olie, hvilken skade skyldtes lækage i et bunkersoliefylderør. Ladningsmodtageren forlangte erstatning af rederiet under henvisning til, at rederiet ikke havde "tilvejebragt fornødent bevis for, at skaden ikke skyldtes fejl eller forsømmelser af bortfragteren eller nogen, denne svarer for", jfr. Sølovens § 118 ("culpa med omvendt bevisbyrde"). Heroverfor henviste rederiet til, at olieledningerne måtte være slået lække ved skibets hårde arbejde i Atlanterhavet. Sø- og Handelsretten fandt det "sandsynliggjort, at skaden ikke skyldtes fejl ... fra skibets side", og henviste herved bl.a. til skibets klassificering og til, at der ikke for rederiet var anledning til at tage tæring i betragtning, samt til at "sandsynligheden er for, at rørene er blevet beskadigede under skibets arbejde i søen". Denne bedømmelse af bevisspørgsmålet kan forstås således, at retten har stillet et relativt lavt krav til værdien af det bevis, som rederiet efter § 118 skal føre for at blive fri for ansvar, og at dette bevis er blevet ført i denne sag.

Højesteret ændrede dommen. Retten henviste herved for det første til, at vejret under sejladsen ikke havde været usædvanlig hårdt. For det andet henvistes til, "at det eller de beskadigede rør ikke er blevet opbevaret, og at skønsmanden derfor ikke kan udtale sig om, hvorvidt den opståede lækage har stået i forbindelse med svækkelse i rørene som følge af tæring", hvorefter der ikke fandtes grundlag for at fastslå, at skaden ikke skyldes forhold, for hvilke indstævnte (rederiet) efter sølovens § 118 bærer ansvaret. Højesteret antog altså, at rederiet ikke havde ført det fornødne disculpationsbevis.

Om rederiets aktivitet med hensyn til tilvejebringelse af bevismateriale kan man for det første henvise til en af højesteret citeret skrivelse fra rederiet til dets kaptajn, hvori rederiet uden videre går ind for den hypotese, at lækagen skyldes det hårde vejr, og hvori kaptajnen anmodes om at notere en "udvidet søprotest, hvori det fastslås, at

det drejer sig om en hårdtvejrsskade, og at skibet var fuldt sødygtigt ved afsejlingen". Dette udtrykker naturligvis en ganske ensidig - og fra rederiets side udokumenteret - disposition med hensyn til bevismaterialet. I kommentaren til dommen bemærkes, at højesteret havde fundet "en sådan form for instruktion uheldig og egnet til at fremkalde skepsis overfor senere erklæringer fra skibets side" ¹³⁾. Derimod havde rederiet undladt at opbevare de beskadigede rør, og dette påpegedes af lagningsmodtageren under proceduren for Sø- og Handelsretten som "en mangel i sagsøgtes bevisførelse", der indbar at rørene ikke kunne gøres til genstand for "senere undersøgelse for nøjere konstatering af bruddets art" (s. 477). Dette synspunkt tilslutter højesteret sig i de citerede præmisser. Disse uddybes i kommentaren på følgende måde: "Rederiet havde måttet forudse, at der ville komme en retssag, og det måtte derfor bebrejdes dette, at det ikke havde opbevaret det materiale, der ville have været det bedste bevis i sagen ... Det måtte herefter gå ud over rederiet, at det ikke med sikkerhed kunne oplyses, hvorledes lækagen var opstået" ¹⁴⁾.

Dommen indeholder en klar illustration af, at der i tilknytning til de obligationsretlige forpligtelser, som defineres udfra befragtningsaftalen, udvikles et sæt af krav med hensyn til de kontraherendes forpligtelser for bevaring af manifeste bevisdata og nærmere udforskning af disse. I og med at der er konstateret, at rederiet ikke har opfyldt denne forpligtelse med hensyn til det her afgørende bevisdatum, er det sagt, at rederiet ikke har opfyldt sin bevisbyrde. Forholdet mellem disse adfærdskrav - opbeva-

13) Lorenzen, TfR 1957 s. 323, Bogudgaven s. 186.

14) Lorenzen, TfR 1957, s. 323, Bogudgaven 186.

ringspligten - og den judicielle bedømmelse behandles nærmere nedenfor ¹⁵⁾.

Sølovens § 118 er en af de adskillige lovbestemmelser, som forbinder en omvendt bevisbyrde-regel med et culpaansvar i kontraktsforhold. Jfr. også købelovens § 23, og konnossementsloven (nr. 150 af 07.05.1937 § 4 stk. 1 og stk. 2,q). I tilknytning til de misligholdelsesbeføjelser, som forsinkelse/mangler m.v. kan indebære, udvikles også andre regler, som bl.a. har en funktion med henblik på bevisforpligtelserne. F.eks. indebærer reklamationspligten en håndgribelig opfordring til den, overfor hvem der reklameres, til at sikre og bevare bevismateriale med henblik på de forhold, overfor hvilke der reklameres. Undladelse af reklamation er imidlertid i almindelighed ikke umiddelbart relevant for den bevismæssige bedømmelse, men afskærer kategorisk misligholdelsesbeføjelserne. Dette antages med udgangspunkt i købelovens (§§ 51 - 53) og kommissionslovens (bl.a. § 12, 20 - 24) regler allerede af Lassen 1917 - 20, s. 524, mens det tidligere antoges at være usikkert, hvorvidt den undladte reklamation kun fik indflydelse på bevisbyrden og fordringerne til bevisets kraft eller ligefrem bevirkede, at mangelindsigelsen tabtes ¹⁶⁾.

Nærværende undersøgelses karakter må bringes i erindring: Det ligger uden for min opgave at foretage en dybtgående undersøgelse af forholdet mellem de egentlige materielretlige forpligtelser med hensyn til de kontraherendes bidrag til kontrakternes opfyldelse og de hertil hørende accessoriske forpligtelser, hvis tilsidesættelse har umiddelbar relation til de materielt definerede misligholdelsesbe-

15) Jfr. til dommen Gomard i UfR 1956 B s. 212.

16) Jfr. Tybjerg 1904 s. 10.

føjelser og andre kontraktbeføjelser, idet en sådan undersøgelse må knyttes til gennemgang af hver enkelt kontrakttype. I denne "almindelige del" må det være tilstrækkeligt at den almene struktur i parternes forpligtelser påpeges, og at deres forhold til forskellige civilretlige eller materielretlige reguleringer angives.

(I - 4) Bevisførelse. Med bevisførelse sigter jeg til den umiddelbart procesorienterede tilvejebringelse af bevisdata. Begrebet omfatter således såvel udenretlig efterforskningsvirksomhed eller sagsforberedelse, som den indenretlige bevisførelse. Sidstnævnte omfatter den fremførelse af manifeste bevisdata under sagsbehandlingen for retten, og udgør altså den virksomhed, som i almindelighed identificeres med bevisførelse.- Som nævnt tages den procesorienterede virksomhed op i et følgende kapitel, og den skal derfor ikke behandles her.

I denne forbindelse skal det blot fremhæves, at det med min opstilling af de forskellige stadier af adfærdskravene er vist, at de krav, som stilles til parterne i bevisreglerne, ingenlunde er begrænset til den bevisførelse i snæver forstand, som jeg hermed har defineret, men omfatter en række andre hændelses- og adfærdsforløb, som kun henføres under begrebet bevisførelse (i vid forstand), fordi disse adfærds- og hændelsesforløb af dommeren opleves via de bevisdata, som forefindes indenretligt. Denne indsnævring har tillige betydning for bevisbyrdebegrebet, for såvidt dette defineres i tilknytning til bevisførelse, altså knyttet til en af parternes "bevisførelsesbyrde".

(II) Almene betingelser. I tilknytning til de adfærdskrav, som specificeres under de rubrikker, som er ridset op ovenfor, kan opstilles en række almene betingelser for, at undladelsen af at efterleve de pågældende krav influerer på den judicielle antagelse vedrørende faktum. Eftersom disse adfærdskrav ikke foreligger legalt fikseret som veldefinerede forpligtelser for parterne, er det i vidt omfang et juridiskt problem at udvikle disse adfærdsnormer. For dansk rets vedkommende er retskildeproblemet identisk med den juridiskt udviklede almindelige culparegel indenfor den materielretlige erstatningsret. Dette indebærer, at en

redegørelse for de almene betingelser for, at partsadfærden har betydning for den judicielle antagelse, samtidig bliver en redegørelse for, efter hvilke kriterier sådanne judicielle synspunkter på parternes adfærd udvikles.

(II - 1) Bevismulighed. Der findes næppe nogen bevisteoretisk opfattelse, som ikke under en eller anden form refererer til bevismuligheden som central for den bevisretlige regulering. Udgangspunktet er, at de krav, som stilles til parternes adfærd med hensyn til bevisfremskaffelse, må ikke gå videre, end hvad der er praktisk mulighed for at efterleve. Der er normalt ikke nogen mening i at stille et beviskrav, som det ikke er muligt at efterleve.

Selvom dette udgangspunkt er korrekt i almindelighed, må det bemærkes, at det i specielle situationer fraviges. Dette hænger sammen med baggrunden for mulighedsbetingelsen. Mulighedsbetingelsen beror på, at den materielle regel i forbindelse med den bevismæssige virksomhed under processen skal muliggøre en dikotomisering i overensstemmelse med den materielle regel: Visse tilfælde falder til den ene side af den materielt definerede grænse, andre tilfælde falder til den anden side, og i og med at denne dikotomisering praktiseres, viser det sig, at reglen gælder som bestemmende for den judicielle opfattelse af de pågældende retsforhold. Hvis det ikke er muligt at realisere de bevismæssige betingelser for, at et bestemt faktum antages, er det ikke muligt at gennemføre en sådan dikotomisering praktisk ved domstolene, og den pågældende regel glider ud af de regler, som praktisk finder anvendelse. Dette kan også udtrykkes mere bramfrit: Der kan stilles så store beviskrav, at den pågældende materielle regel ikke får nogen praktisk betydning. Når man på denne måde sætter sig udover bevismulighedsbetingelsen som almindeligt retspolitisk synspunkt, kan det bero på, at man retspolitisk faktisk ikke ønsker den pågældende regel anvendt. Og hvis dette er tilfældet er der god mening i at opgive bevismulighedsbetingelsen. Derfor kan denne ikke hævdes som generelt og ubetinget gældende.

De praktiske bevismuligheder ændrer sig, når det materielle

tema ændres. Hvis der i relation til et bestemt tema kan konstateres bevisumulighed, og hvis den pågældende dikotomisering alligevel ønskes praktiseret, er der derfor den udvej, at det materielle tema omdefineres ¹⁷⁾.

Når bevisbyrden, som tidligere nævnt, i vidt omfang pålægges en debitor for sådanne forhold vedrørende hans forpligtelses opfyldelse, som refererer til handlinger eller omstændigheder indenfor debtors magtsfære, beror det netop på, at det ofte vil være debitor alene, som er i stand til at sikre og føre bevisdata for sådanne forhold. I den ovenfor omtalte dom UfR 1956 s. 472 H kan det påpeges, at "bevismaterialet - normalt - så godt som udelukkende består i oplysninger fra rederiets side", og heraf må så sluttes, at der "derfor (må) stilles strenge krav med hensyn til rederiets loyalitet ved fremskaffelsen af disse oplysninger, og navnlig bør alle væsentlige oplysninger, som det har været muligt at fremskaffe også foreligge under sagen". Samtidig fastholdes den grænse, som sættes af hensynet til bevismuligheden, idet det fremhæves, at rederiets bevis for ansvarsfrihedsbetingende omstændigheder kan "efter omstændigheder være vanskeligt, ja umuligt at føre, f.eks. i tilfælde af totalforlis, og det kan derfor i en given situation være naturligt ikke at stille alt for strenge krav til beviset, jfr. motivernes udtalelse om, at bevisbyrden forudsætter bevisumulighed" ¹⁸⁾.

Jfr. også Tybjerg 1904 s. 194 - 95 om skade udgående fra et område, på hvilket en bestemt anden person er rådende, som antagelig ligger bag bl.a. UfR 1963 s. 806 H om skade forvoldt ved et ledningsbrud, jfr. Trolle i UfR 1964 B s. 137. Når man i en sådan situation finder

17) Som eksempel på sådanne overvejelser kan henvises til Straffelovsrådets udtalelse om økonomisk kriminalitet (1974), bl.a. side 6, 18, 26, 35. Bevisvanskelighederne i forhold til de gældende kriminaliseringer vedrørende økonomiske dispositioner giver anledning til overvejelser af at indføre kriminaliseringer, der er knyttet til temaer, som ikke er forbundet med de samme bevisvanskeligheder, men som praktisk bl.a. begrundes med, at den kriminelle sanktion vil ramme de tilfælde, som ikke kan bevises under de gældende temaer. Jfr. ovenfor II.3. om legislativ informationsvurdering.

18) Jfr. Lorenzen i TfR 1957 s. 323, Bogudgaven s. 186.

anledning til at anvende udtrykket "formodning", beror det formentlig på, at det hermed fremhæves, at den part, som kunne have givet supplerende oplysninger, ikke har gjort det, og at denne part derfor bliver domfaldt, selvom de manifesterede bevisdata der iøvrigt foreligger ikke i sig selv - d.v.s. uden hensyn til passiviteten - giver et tilstrækkeligt grundlag herfor. Formodningsbegrebet udtrykker en speciel anvendelse af den "falske bevisbyrde". (Det er næppe rigtigt at tage dommen til indtægt for et objektivt ansvar, således A. V. Kruse 1971 s. 311).

En anden gruppe af tilfælde, hvor overvejelser over bevismuligheden er aktuelle, ligger bag sådanne principielle synspunkter, som at det er umuligt at bevise noget negativt, eller at noget ikke er indtruffet indenfor en vis periode. Selvom sådanne synspunkter i en sådan generel form næppe er holdbare, ligger der bag dem den realitet, at den pågældende part ikke gennem sin adfærd har haft nogen mulighed for at handle sådan, at han kunne bidrage til det aktuelle beslutningsgrundlags kvalitet ¹⁹⁾.

Begrebet om umulighed med hensyn til bevissikring er ikke fast og entydigt, hvilket heller ikke kan siges om det umulighedsbegreb, som anvendes indenfor obligationsretten, hvor der relativiseres i forhold til de nærmere omstændigheder og det pågældende retsområde. En præciserende formulering af umulighedsbetingelsen i generel form må derfor blive relativt vag ²⁰⁾. Overvejelser over bevisumulighed glider derfor sammen med bredere praktiske overvejelser over, hvorledes reguleringen af parternes adfærd med henblik på tilvejebringelse af bevisdata mest praktisk kan tilrettelægges.

Mulighedsbetingelsen omformes således til et generelt rets-politisk krav om en rationel opgavefordeling i forholdet mel-

19) Jfr. hertil Ekelöf IV 1973 s. 84.

20) Jfr. for en bredere diskussion af umulighedsbegrebet Gomard: Erstatningsregler 1958 s. 198 f, og om umulighed i forbindelse med gyldighed og erstatning af opfyldelsesinteresse, Naturalopfyldelse 1971 s. 52 - 53.

lem parterne med hensyn til bevisdatas tilvejebringelse.

En opgave for bevisbyrdereglerne og for bevisbyrdereguleringen i det hele taget er at tilvejebringe en sådan rationel opgavefordeling.

(II - 2) Forsømmelighed. Såvel i beskrivelsen af de forskellige stadier, som adfærdskravene retter sig mod, jfr. (I), som i beskrivelsen af mulighedsbetingelsen, jfr. (II. 1), har jeg først og fremmest fremdraget adfærdskravenes objektive side. At det er den objektive side, som er påpeget, indebærer, at kravene er udformet under abstraktion fra den enkelte person, som kravet konkret retter sig mod. De objektive adfærdskrav stiller bestemte krav til den ydre adfærd fra de pågældende personers side. Når jeg her supplerer disse objektive krav med et krav om forsømmelighed, beror det på, at der i et alment skema må indføjes et rubrum, hvorhen subjektive og individualiserende elementer i adfærdsvurderingen kan indplaceres. Det må i et alment skema stå åbent, om parternes adfærd i et vist omfang bedømmes under hensyntagen til egenskaber ved de konkrete personer eller i hvert fald ved den specifikke gruppe, hvortil de konkrete parter henregnes, således at de skal bedømmes på en særlig - lempelig eller streng - måde.

I en adfærdsregulering, hvor de subjektive krav omskrives til bestemte psykologiske tilstande, navnlig forsæt (evt. tillige bevidst uagtsomhed), er det lettere at skelne mellem et handlingsforløbs subjektive og objektive side end det er, hvor det subjektive krav ikke går ud på et bestemt psykologisk videns- eller viljesindhold (forsæt), men blot rummer den her nævnte indføjelse af individualiserende elementer.

At disse individualiserende elementer kan have objektivt præg, kan eksemplificeres ved, at hvor der mellem to parter har udviklet sig bestemte bevissædvaner, er det sædvanligt at tillægge dette betydning for bedømmelsen af, hvilke krav til den bevisorienterede adfærd der kan stilles til disse parter. Omvendt kan, som udtryk for en skærpelse, henvises til, at en bestemt myndighedsstruktur kan indebære

særlige bevismuligheder, som må tillægges betydning ved udformningen af de samlede krav, som kan stilles. En udbygning af mulighederne for bevissikring kan således indebære skærpede beviskrav. Et centralt eksempel herpå, er opbygningen af den offentlige anklagemyndighed: En gren af statsforvaltningen fik den opgave at tilvejebringe et bevismateriale i straffesager, og denne organisations eksistens må naturligvis være et element i grundsætningen om anklagemyndighedens bevisbyrde. De opgaver, som denne bevisbyrde pålægger anklagemyndigheden som procespart, må defineres nærmere under hensyn til det organisatoriske og polititekniske apparat, der står til partens (anklagemyndighedens) rådighed. For et sådant tilfælde kommer "individuelle" forhold ind, som individuelle begrundelser for skærpede - objektive - krav, og man glider således over i "den rationelle opgavefordeling", som jeg omtalte i tilknytning til bevismuligheden i foregående afsnit.

I andre tilfælde er den subjektive anskuelse centreret omkring sådanne spørgsmål, som normalt betragtes som spørgsmål om subjektiv tilregnelser. Problemet stilles således, om den pågældende part har forholdt sig subjektivt uagtsomt i forhold til de objektive krav, som stilles af den pågældende person. Med overbegrebet forsømmelse mener jeg at have givet et begreb, som sammenfatter disse synspunkter. Med udgangspunkt i de definerede objektive krav til parternes bevismæssige aktivitet, stilles spørgsmålet, om den pågældende part har gjort sig skyldig i en forsømmelse med henblik på opfyldelsen af disse krav.

(II - 3) Relevans. Hvor en parts forhold underkastes en normativ vurdering med henblik på den judicielle antagelse vedrørende faktum, tages der stilling til, hvorvidt partens adfærd - før eller under processen - er i overensstemmelse med eller er i strid med de krav, som kan stilles til ham, således som kravene defineres objektivt og subjektivt. Under den normative adfærdsvurdering sker der en sammenknytning mellem denne bedømmelse af partens adfærd og det faktum, som lægges til grund af dommeren. I forbindelse med denne sammenknytning - eller konneksitet mellem partsadfærd og antagelse - opstår et spørgsmål

om den pågældende parts adfærds relevans for den judicielle antagelse. Spørgsmålet er, hvilke krav der kan stilles til sammenhænge mellem den kritisable adfærd og det faktum, om hvilket sagen drejer sig.

Dette spørgsmål om relevans opløser sig i to underspørgsmål (1) For det første et spørgsmål om, hvorvidt partens efterlevelse af det normative krav ville indebære en sikring af bevisdata, som har relation til det materielt definerede tema.

(2) For det andet et spørgsmål om, hvilke opfattelser eller materielle temata partens adfærd skal bedømmes i forhold til - et problem, som må stilles, eftersom partsadfærden førprocessuelt udspiller sig i et tidsrum, hvor der ikke nødvendigvis er processuelt definerede temaer at forholde sig til.

I de eksempler fra A. S. Ørsted, som indledte dette kapitel, indgik flere normative vurderinger vedrørende adfærdsforhold, som ikke kunne anses som relevante for det bevisspørgsmål, som de dog fik betydning for. At en person i anden sammenhæng har gjort sig skyldig i et "lastværdigt forhold" er i almindelighed ikke relevant for bedømmelsen af, hvorvidt den pågældende person i anden sammenhæng kan rammes af en judicial fordømmelse. Men ikke desto mindre tillagde Ørsted det betydning, at en person havde optrådt lastværdigt, for det beviskrav, som stilledes i den pågældende sag, selvom partens efterlevelse/krænkelse af den pågældende norm således ikke forringer det bevismæssige grundlag, som den judicielle afgørelse træffes på. Forsåvidt er partens forsømmelse - hvor bevislig og sikker den end er - ikke relevant for den antagelse, som skal gøres i den aktuelle sag. Ikke desto mindre kan den efter en sådan udstrakt normativ vurdering blive tillagt betydning.

Ser man bort fra sådan normativ vurdering, begrænses problemstillingen altså til sådan adfærd, som er i strid med bevisrelaterede krav, og som derfor - afhængige af om normen efterleves eller krænkes - forbedrer eller forringer den mængde bevisdata, som dommeren bygger sin antagelse på.

Denne relevansbedømmelse stiller ikke dommeren overfor problemer. Men i tilknytning til den subjektive tilregnel-
se af de objektive krav, kan rejses spørgsmålet, hvorvidt
der i den pågældende parts tilsidesættelse af sådanne be-
viskrav kan findes en rimelig forklaring i dennes undla-
delse af at forholde sig til det tema, som nu skal bedøm-
mes. Forsåvidt er relevansproblemet primært subjektivt
partsorienteret, som det er et spørgsmål om forsømmelsen
af bevissikring kan tilregnes parten som forsømmelig.

Den judicielt relevante side af relevansspørgsmålet ved-
rører den forudsætning, som ligger bag hele teorien om den
normative adfærdsvurdering, at det bevisdatum som den på-
gældende part kritiseres for ikke at have sikret sig, vil-
le være afgørende for den judicielle bedømmelse. Denne ju-
dicielle relevans tillægges den betydning, når bevisdatum
ikke fremlægges - at den pågældende part må acceptere, at
dommeren går ud fra den for parten ugunstige antagelse.
Heraf følger, at den normative adfærdsvurdering bygger på
en forudsætning om, at visse typer af bevisdata kan være
"afgørende" d.v.s. som fuldt tilstrækkeligt bevis deter-
minerer dommerens antagelse vedrørende faktum, eller med an-
dre ord indebærer juridisk vished. Sådanne forestillinger
betragtes normalt som forladt med ophævelsen af den lega-
le bevisteori og indførelsen af den fri bevisbedømmelse.
Princippet om fri bevisbedømmelse vil udfra dette syns-
punkt blive betragtet som et dementi af hele den her præ-
senterede teori og normativ adfærdsvurdering.

Jeg går ind på en nærmere diskussion af forholdet mellem
princippet om fri bevisbedømmelse, således som det er for-
tolket i den nyere sandsynlighedsteori, på et senere sted,
kapitel VIII.6. Her skal blot bemærkes, at generelt har
princippet om fri bevisbedømmelse som ophævelse af de le-
gale bindinger af tilstrækkelighedsvurderingen naturlig-
vis fuld og god mening, selvom en normativ adfærdsvurdering
sætter sig igennem: Bedømmelsen af hvilke bevisdata der
skal anses som tilstrækkelige, er ikke legalt determineret,
men fastlægges judicielt. At denne bevisdatabledømmelse
fastlægges judicielt - og ikke legalt - er imidlertid ikke
ensbetydende med, at der ikke judicielt udvikler sig faste

synspunkter for denne vurdering. Bevisbedømmelsen er nok fri i den forstand, at den ikke er lovbunden, men er ikke fri i den forstand, at den er judicielt vilkårlig.

De bevisdata, som forbindes med forestillingen om et tilstrækkeligt bevis eller juridisk vished, kan ikke defineres generelt. I det følgende kapitel vil jeg optage en række eksempler på sådanne bevisdata. Dette vil give en tilstrækkelig forståelse af, hvilken retning den judicielle bedømmelse får. På dette sted er det centralt at fremhæve den juridiske bedømmelse af den situation, hvor dette bevisdatum ikke foreligger: Det karakteristiske vil da være, at den juridiske bedømmelse ikke retter sig mod en empirisk stillingtagen til, hvilken bevismæssig betydning partens forhold har, men koncentrerer sig om en konstatering af partens forsømmelse med hensyn til tilvejebringelsen af det pågældende bevisdatum. Når retten i UfR 1956 s. 472 H kan konstatere, at et syn og skøn ikke er indhentet - og ikke har kunnet indhentes - er en nærmere empirisk bedømmelse af årsagsforholdet til det pågældende rørs lækning ikke nødvendig: Havde parten tilvejebragt det tilfredsstillende bevis, havde der ikke foreligget nogen usikkerhed - enten havde lækningen den ene årsag, nemlig ydre stød som følge af hårdt vejr, eller den anden årsag, nemlig indre tæring som følge af dårlig maskinpasning - og da dette bevisdatum ikke foreligger, er det tilstrækkeligt at konstatere partens forsømmelse i denne henseende, mens det dikotomiserende årsagsforhold fortaber sig som underordnet.

3. Partsadfærden som genstand for den normative vurdering

(1) Det er partsadfærden, som er genstand for den normative vurdering. Hermed siges, at det er partens adfærd, som sammenholdes med de bevisorienterede adfærdskrav, som opstilles, mens andre personers adfærd i almindelighed ikke inddrages i en sådan vurdering. Det er den debitor, som opfylder et skriftligt fikseret gældsforhold ved betaling, som har til opgave at sikre sig en kvittering. Det er den håndværker, som skal gå i gang med en bearbejdelse af en

genstand, men som konstaterer, at den ikke er i en tilfredsstillende tilstand som grundlag for hans bearbejdelse, og at disse mangler kan begrunde krav rettet mod ham på et senere tidspunkt, som har til opgave at sikre sig bevis ved tilkaldelse af udenforstående.

Dette er udgangspunktet. Men kredsen af personer, som underkastes en normativ vurdering, udvides, idet en række andre personer identificeres med parten selv - eller rettere: andre personers forsømmelser med hensyn til efterlevelsen af normative krav rettet til disse andre personer forringer partens bevismæssige stilling. Dette eksemplificeres i de sager, der som illustrativt materiale er fremdraget i det foregående. I UfR 1956.472 H om de lække rør er det kaptajnen (maskinmesteren?) , som gjorde sig skyldig i den forsømmelse at undlade at opbevare det pågældende rør, og derved umuliggjorde en senere sagkyndig bedømmelse af årsagsforholdet. Men det er rederiet, som pålægges ansvar. Og i UfR 1974.244 V blev fejlen i første række begået af personer, som var ansat i et rengørings-selskab, mens det var malermesteren, som havde hovedentreprisen, som blev ansvarlig overfor bygherren. Og tager vi også det klassiske betalingseksempel, gør det ikke nogen forskel, om det er debitor personligt, der betaler, men glemmer at anmode om kvittering, eller det er debtors pengebud, som er ansvarlig for forsømmelsen.

Ligesåvel som etableringen af særlige bevismuligheder - eksempelvis anklagemyndighedens polititekniske bevismuligheder, nævnt ovenfor - indebærer en udbygning af de beviskrav, som stilles til den pågældende som part, må også de forsømmelser, som de personer som arbejder i den pågældende parts virksomhed, blive afgørende for bedømmelsen af partens bevismæssige stilling.

(2) En forståelse af, hvilken betydning det har, at andre personer end parten selv kan "vikariere" for parten, med den virkning, at deres adfærd får samme betydning, som var den udvist af parten selv, fås først, når partsadfærdens betydning - og hvad der hermed kan sidestilles - er sam-

menlignet med de vurderinger, som retter sig mod andre end parter.

En undersøgelse af dette problem i forbindelse med den førprocessuelle aktivitet har ikke den samme tradition bag sig, som den tilsvarende undersøgelse af forholdet mellem parts- og ikke-partsaktivitet under processen. Det sidste spørgsmål angår reglerne for parter og tiltaltes forklaringer sammenlignet med reglerne om vidnepligt. Dette vender jeg tilbage til i kapitel X.

Forsåvidt angår ikke-parter er deres egentlige forpligtelser indskrænket til sådanne, som aktualiseres under processen selv, jfr. retsplejelovens § 180, smh. § 184 stk. 3, om notater m.v. For den førprocessuelle virksomhed kan det være nyttigt at tage udgangspunkt i et konkret eksempel:

Lad os tænke os, at det for en sags udfald er afgørende, hvorvidt en person har overgivet et bestemt pengebeløb til en anden person på et bestemt tid og sted - en overgivelse, som konstituerer en opfyldelse af et gældsforhold. Om dette hændelsesforløb foreligger to forklaringer. For forenklingens skyld forudsætter jeg nu, at dommeren skal tage stilling til dette betalingsspørgsmål på grundlag af disse to forklaringer, bedømt udfra almindelige vidnepsykologiske synspunkter: Overværede de pågældende vidner hændelsen? Stod de nærved eller langt fra? Havde de interesse i betalingsspørgsmålet? Er der gået lang tid mellem den pågældende hændelse og den processuelle forklaring? Har de interesse i procesudfaldet? Har de haft forståelse for det forhold, som har været mellem den, der muligvis betalte, og den som modtog betaling? O.s.v. En bedømmelse, som beskrevet her, udfolder sig uden erkendelse af den retlige sammenhæng, som betalingsspørgsmålet indgår i, og som evt. inddrager en eller flere af de forklarende på en særlig måde.

Dette illustreres ved, at vi foretager den tilføjelse, at den ene af de to personer, som afgiver forklaring, er part i processen, idet vedkommende nemlig står som den debitor, som hævder at have betalt ved den pågældende lejlighed. Mens en normativ adfærdsvurdering som regel ikke kan

sættes igennem overfor to vidner, er der med den her gjorte tilføjelse sket en fundamental forandring i bedømmelsesgrundlaget i den pågældende retssag. Mens vi tidligere kun kunne stille krav til vidnerne om, at de forklarede så godt de kunne huske, at de inden forklaringen havde eftersat de notater de måtte have, så kan vi nu overfor debitor påpege, at uden hensyn til en analyse af hans forklarings pålidelighed stod der ham en vej åben, som ville have fjernet enhver tvivl om betalings spørgsmålet, og at han har forsømt at udnytte denne udvej, nemlig at anmode om en kvittering. Den judicielle bedømmelse vil fokusere på den åbenbare forsømmelse, som debitor har gjort sig skyldig i ved ikke at sikre sig kvittering.

Overfor et vidne er en sådan anskuelsesmåde ved siden af: Det har ikke nogen mening at kritisere et vidne for, at det ikke efter at have overværet en begivenhed, har nedskrevet sin oplevelse af forholdet eller anmodet de involverede om at afgive skriftlige bekræftelser på deres opfattelse af sammenhængen. Undertiden kan sådanne undladelser muligt føre til, at de pågældende vidner anses som uopmærksomme eller uinteresserede i deres omgivelser, men dette er kun et element i en vidnepsykologisk analyse af deres forklaring, ikke et grundlag for et generelt krav til personer, som står i en sådan situation, som vidnet i sin tid gjorde.

Der er herefter følgende forskelle mellem vurderingen af partsadfærd og vidneadfærd: 1) Deres pligter er forskellige - parten kan have en række "pligter" i den forstand, som jeg tidligere har defineret under den normative adfærdsvurdering, men ikke nogen processuelt sanktioneret forpligtelse, mens vidnet ikke har nogen veldefinerede pligter før processen og under processen er underlagt den almindelige vidnepligt, suppleret af § 18o. 2) Sanktionerne er forskellige: Den for parten relevante partsadfærd er bestemmende for den judicielle antagelse, mens et vidnes uopmærksomhed eller forsømmelse ikke sanktioneres. 3) De juridiske udtryk for analysen af de pågældende personers forhold er forskellige: Vidnet bedømmes efter en mere eller mindre sagkyndig opfattelse af den pågældende persons

pålidelighed mht. den vægt som kan tillægges forklaringen, mens de juridiske udtryk for partens vedkommende er mere komplicerede. Det kan påpeges, at den pågældende part havde sådanne bevismuligheder, at han - i betragtning af at de ikke er udnyttet - ikke står til troende, eller bevismuligheden kan begrunde, at han bærer en bevisbyrde. Hvadenten man sigter til bevisværdi eller bevisbyrde, forekommer den juridiske regulering at være udtryk for det samme - og hidtil ikke erkendte - normative vurderingsprincip.

Den her angivne opfattelse af vidnet modificeres i det omfang, hvori en offentlig myndighed optræder som "vidne". Hvor en offentlig myndighed under en judiciel proces fremlægger erklæringer eller undersøgelsesresultater, kan der udvikles krav til den pågældende offentlige myndigheds oplysningsvirksomhed, som er analoge til den normative adfærdsvurdering for så vidt angår en part. Dette hænger sammen med, at en kritik af at den offentlige myndighed ikke har foretaget en undersøgelse med tilstrækkelig grundighed, kan virke styrende på den offentlige myndigheds virksomhed, idet den ansporer den til at følge andre og bedre retningslinier i fremtiden. Men det hænger sammen med det specielle forhold, at den judicielle kritik af den pågældende offentlige myndighed kan tages som en udbygning af de "disciplinære" eller interne administrative regler, som den offentlige myndighed skal følge.

(3) Parternes adfærd bedømmes komparativt. Begge parter adfærd er relevant, men naturligvis i forhold til forskellige normer. Der foretages en sammenligning af de to parter forhold.

Det kan se ud som om, den normative adfærdsvurdering særlig har henblik på det fraværende bevis. I de eksempler, som hidtil er anført, har jeg fortrinsvis henvist til den ikke fremlagte kvittering og andre eksempler på manifesterede bevisdata, som ikke er sikret og fremlagt under processen. Bedømmelsen af det tilstedeværende og det fraværende bevis må imidlertid følge samme grundlæggende synspunkter. I det synspunkt, at den, der indfrier en skriftligt fikseret gæld, bør sikre sig en skriftlig kvittering, er tillige udtrykt, at

den skriftlige kvittering udgør et tilstrækkeligt bevis. Lægger man vægt på det retspolitiske eller argumentative - altså ser synspunktet som begrundelse for en bevisbyrderegel, indeholder denne begrundelse tillige en begrundelse for at anse et bestemt bevisdatum som tilstrækkeligt. Synspunktet vedrører ikke blot den situation, at intet bevis eller i hvert fald ikke en kvittering er fremlagt, men tillige den situation, at det bevisdatum, som der har været grund til at sikre, er fremlagt.

Generelt kan det da hævdes, at i og med bevisregler udformes med henblik på at sikre bestemte processuelle situationer, hvorunder bestemte bevisdata er manifesteret, sigter disse bevisregler såvel på den situation, at det pågældende bevisdatum ikke er sikret og fremlagt, som på den situation, at det pågældende bevisdatum er sikret og fremlagt. Et bevissikringshensyn rummer netop en diskrimination mellem disse to bevissituationer.

Dette må være udgangspunktet, men dette må modificeres: Det kan teoretisk ikke afvises, at visse hensyn til bevis sikring og bevismulighed beror på, at det judicielle bevismateriale kan forbedres, uden at der herved er taget stilling til, om det pågældende bevisdatum - som der er mulighed for at sikre sig - er afgørende eller ej. Og dette hensyn er muligt også relevant i bestemte situationer. Men fremhævelsen af det som det generelle synspunkt forekommer mig at bero på, at man forudsætter en differentieringsmulighed ved bevisværdiansættelsen, som er ganske urealistisk. Dette har jeg nærmere redegjort for i tilknytning til kritikken af den svenske bevisteori, og i den forbindelse påvistes, at de svenske forfattere i vidt omfang sigter til ganske bestemte typer af bevisdata, som netop overvejes udfra den forudsætning, at de er afgørende (det rekommanderede brev overfor den normale forsendelse).

(4) Den normative vurdering kan forstås som en judiciel præference af visse processuelle "reflekser":

Til en hvilken som helst - retligt relevant - situation svarer et sæt af judicielle reflekser eller et sæt af bevissituationer. Lad os tænke os at to mennesker sidder om-

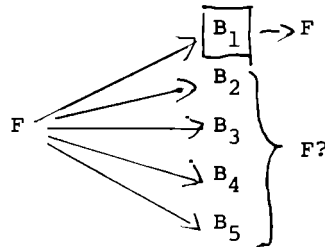
kring et bord og indgår en aftale, at en bil kører ind i en anden, at gods i en skibslast viser sig at være beskadiget, o.s.v. At der til sådanne situationer svarer et sæt af "judicielle reflekser" betyder, at der kan tænkes flere forskellige bevissituationer, når sagen oprulles for retten. Når to personer, uden at andre overværer det, fører en samtale, der konstituerer en aftale, indeholder den judicielle refleks de to personers forklaringer om forhandlingerne, og evt. yderligere vidners beretninger om, at disse to mennesker opholdt sig alene sammen i et bestemt lokale.

Den judicielle refleks er ikke entydig. De to personer, som har været alene sammen, kan afgive forskellige forklaringer: Forklaringerne kan være indbyrdes modstridende, og navnlig kan hver af personerne tænkes at afgive adskillige forskellige forklaringer. Hvilken af disse forklaringer der afgives, beror på de sædvanlige vidnepsykologiske forhold, bl.a. personens opfattelse af samtalen, erindring, interessen under processen o.s.v.

Der kan altså tænkes flere forskellige "judicielle reflekser" af den retligt relevante situation. Visse af disse judicielle reflekser vil begrunde, at retten vil antage et faktum, mens andre af de judicielle reflekser vil indebære, at retten vil antage et andet faktum. Afgørende for om retten antager, at en aftale er indgået eller ikke er indgået, vil naturligvis afhænge af, hvilken forklaring de to involverede giver om forhandlingernes forløb.

I denne sammenhæng mellem den retligt relevante situation og den judicielle refleks indgår bl.a., at det er muligt for de involverede i et vist omfang at "binde" refleksen. Det er muligt at indskrænke variationsmulighederne. Dette er en abstrakt måde at udtrykke det simple forhold på, at hvis de to forhandlere under mødet nedskriver det, som de bliver enige om, og underskriver det nedskrevne som en aftale, så er betydningen af de mundtlige forklaringer, som de kan give om forhandlingerne, af sekundær betydning, formentlig kun af betydning ved fortolkning af den skriftlige aftale.

Dette kan illustreres i følgende figur:



(1) $F ?$ (2) B_1 (3) $B_1 \rightarrow F$, Ergo F

Jeg har hermed søgt at eksplicitere, hvad der ligger i at sikre sig bevis. Det drejer sig om at udforme en retligt relevant situation eller supplere den med handlinger, som relativt entydigt lader sig reproducere under en judiciel proces. I denne forstand kan det betegnes som et aktivitetskrav. I det omfang der - set fra et judicielt standpunkt - er mulighed for at udpege bestemte handlemåder - bevissikringer - som kunne binde den judicielle refleks, så vil der være en tendens til at anspore hertil.

Den judicielle refleks er kun relevant for bedømmelsen af en retssag, når den kan tilregnes en person. Dette stiller sig enklest, når en person selv står som deltager i den aktuelle situation og kan overse mulighederne for forskellige judicielle reflekser af forskellige mulige retlige situationer. Det kan da uden videre regnes ham til skade, at han ikke sikrer sig en gunstig judiciel reflekssituation. I andre tilfælde må den relevante situation forudses, og der må tilvejebringes forhåndsforanstaltninger for at sikre sig refleksen. Og endelig er der de situationer, der går i den modsatte retning, nemlig hvor en relevant situation er indtrådt, som først senere opdages, hvor de relevante skridt må tages på dette tidspunkt. Bevis må sikres med henblik på den tidligere indtrådte begivenhed.

Dette er uddybet i de ovenfor beskrevne stadier for adfærdskravene. Her er det afgørende det fællesskab, at det er muligt at knytte en forbindelse mellem den judicielle virkelighedserkendelse og personernes handlinger forud for retssagen. Denne forbindelse må forventes knyttet efter ret-

ningslinier, der svarer til de retningslinier, som iøvrigt anlægges på de pågældende personers handlemåde. Jeg vil derfor udvikle et grundlæggende synspunkt herfor.

4. Den normative vurdering, culpa og retsstridighed

(1) I de forrige afsnit i dette kapitel har jeg beskrevet nogle abstrakte træk ved den bevismæssige regulering, som jeg betegner normativ adfærdsvurdering. I dette afsnit vil jeg forsøge at bringe denne almene model for den bevisretlige regulering - som er bestemmende for den konkrete antagelse af faktum - i forbindelse med nogle almene synspunkter vedrørende den materielretlige regulering af menneskenes adfærd, specielt således som de er udtrykt i forbindelse med erstatningsret og retsstridighedsbegrebet.

I den struktur, som jeg har beskrevet, er der betydelig lighed med, hvad man anser for den almindelige erstatningsregel, nemlig culpa-reglen ²¹⁾. Reguleringen af den judicielle afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund, følger retningslinier, som er analoge med de synspunkter, som er afgørende ved den judicielle bedømmelse af, om en person (part) har gjort sig skyldig i en culpøs adfærd og dermed pådraget sig et erstatningsansvar. Ligesom en person gør sig skyldig i erstatningsansvar, såfremt han tilregneligt tilsidesætter en objektiv handlenorm, således rammes en part af en ugunstig judiciel antagelse vedrørende faktum, når parten har gjort sig skyldig i en forsømmelse med hensyn til de adfærdsstandarder, som opstilles med henblik på tilvejebringelse af det judicielle bevismateriale.

21) En sammenstilling af bevisbyrde-fordeling og culpa-regel findes hos Gomard UFR 1956 B s. 212.

Denne sammenstilling af bevisret og erstatningsret skal ikke anvendes på den måde, at jeg fra den relativt veludviklede erstatningsretlige litteratur og praksis udleder præcise regler for, hvad der analogt må gælde, for så vidt angår den bevisretligt orienterede adfærd. Min interesse for erstatningsretten m.v. er ikke en interesse i en praktisk betonet afledning fra den almindelige erstatningsret til processen.

Forholdet mellem de to retsområder er snarere dette, at de retlige principper, der som "retspolitiske retningslinier" ligger bag den erstatningsretlige regulering, tillige er baggrunden for den bevisretlige regulering og bevisteoretiske opfattelse. Dette hænger sammen med det grundlæggende forhold, at under en procesordning, hvor tilvejebringelsen af procesmaterialet beror på parternes aktivitet, og hvor denne aktivitet under den judicielle proces ikke kan gennemføres, medmindre der er udfoldet en bevisorienteret aktivitet før processen, indebærer partsautonomien som procesprincip, at der stilles en række krav til den menneskelige adfærd, som - for så vidt angår bevisretten - viser sig i reglerne om den judicielle antagelse vedrørende faktum, men praktisk tillige angår partens førprocessuelle forhold.

Interessen i at sammenstille den bevisretlige regulering og grundtræk i en bevisteoretisk opfattelse med mere almene overvejelser om reguleringen af den menneskelige adfærd, således som den bl.a. finder udtryk i erstatningsretten, består i, at den bevisretlige regulerings karakter afklares gennem denne sammenligning. Sammenligningen vil nemlig bringe nogle grundlæggende træk i den bevisretlige og -teoretiske struktur frem, som hidtil synes at have været upåagtede, og som især den sandsynlighedsteoretiske bevisteori har set bort fra. Jeg finder nemlig, at det vil være et fremskridt, om den bevisretlige regulering kan forstås ikke blot som et element i den almene judicielle regulering - altså et element i procesretten - men tillige i en indholdsmæssig forbindelse med de almene principper for retssystemets indhold.

Når det er sagt, at partsautonomien implicerer nogle krav

til partens førprocessuelle adfærd, er det ikke mærkeligt, at de elementer af den erstatningsretlige regulering, som må komme nærmest de adfærdskrav, som den bevisorienterede regulering - den normative adfærdsvurdering stiller, er den erstatningsretlige regulering af "undladelsen". Det er netop i undladelsen eller forsømmelsen med hensyn til tilvejebringelse af bevismaterialet - på trods af muligheder for bevissikring - at den normative adfærdsvurdering finder et prægnant udtryk.

Det er derfor ikke en tilfældighed, at der er en betydelig lighed mellem de forhold, som anføres til støtte for, at en undladelse kan pådrage erstatningsansvar, og de forhold, som påpeges som begrundelse for, at en part bærer bevisbyrden eller iøvrigt må lægges en forsømmelse med hensyn til bevissikring til last. En gennemførelse af dette synspunkt må ske indenfor et bestemt materielt defineret område, hvor de konkrete bevismuligheder og de praktiske vanskeligheder ved at realisere disse bevismuligheder tages i betragtning. For en analyse af den almene struktur i denne bevisretlige regulering må det være tilstrækkeligt at påpege nogle tilfælde, hvor denne lighed foreligger:

Den omstændighed, at en person er pålagt et særligt offentligretligt hverv, kan indebære, at der stilles særlige krav til denne persons adfærd, og at der derfor pålægges ansvar for undladelser i videre omfang end uden det offentlige hverv. Ussing 1937, s. 53. Det er tvivlsomt i hvilket omfang og under hvilke betingelser et sådant offentligt hverv har denne betydning, men at det indebærer en skærpelse af adfærdskravene, er der vel enighed om, sml. Vinding Kruse 1972 s. 169 f. Den offentligretlige regulering indebærer, at der kan stilles krav om den pågældende ansattes aktivitet i et omfang, som går videre, end hvad der kan forlanges af en privat - eller som muligt vanskeligt overhovedet kan sammenlignes med en privats stilling. Det tilsvarende er, som omtalt ovenfor under (II-1), tilfældet, hvor spørgsmålet er de bevismessige adfærdskrav: Den pågældende parts offentligretlige forpligtelser indebærer, at der kan stilles særlige krav til pågældende parts førprocessuelle aktivitet med henblik på opklaring af det faktiske problem.

"Rådighed over en ting, som kan medføre fare for andre," antages at kunne begrunde et erstatningsansvar mod den pågældende rådende, såfremt denne ikke foretager aktive forsigtighedsforanstaltninger til imødegåelse af faren ²²⁾. Den pågældende person sammenknyttedes erstatnings-

22) Ussing s. 54, Vinding Kruse s. 166, sml. den af Ussing 1937 s. 53 under c anførte situation, jfr. Vinding Kruse 1972 s. 159 - 160.

retligt med den ting, som han råder over, hans indflydelse på tingens nærmere indretning og hans interesse i dens udnyttelse forbindes med hans erstatningsansvar for dens skadelige virkninger. Tilsvarende synspunkter er gængse inden for den bevisretlige teori, sml. eksempelvis Tybjerg s. 194 - 195 om en central undtagelse fra skadelidendes almindelige bevisbyrde med hensyn til årsagsforholdet: Er den skadelidende uden egen skyld, og er skaden forvoldt "ved årsager, der ... udgå fra et område, på hvilket en bestemt anden er rådende", har denne anden bevisbyrden, såfremt der foreligger grund til at formode et uforsvarligt forhold fra dennes side. Og begrundelsen for denne særregel er, at "der på den ene side står en part, der bevislig har lidt skade, bevislig er uden skyld og kun i kraft af tilfældige omstændigheder vil kunne oplyse noget nærmere om den hele forudgående situation ..., medens der på den anden side står en part, for hvis vedkommende der er formodning for, at han enten har handlet positivt uforsvarligt eller dog har ladet det mangle på tilbørligt tilsyn, og som derhos må antages at have langt bedre adgang end skadelidte til at oplyse hele den situation, der er endt med selve det skadeforvoldende faktum", Tybjerg s. 195. De oplysningsmuligheder som her påpeges som grundlag for bevisbyrdereglen, er ganske analoge med de fareafværgelsesmuligheder, som kan påpeges som grundlag for erstatningsansvaret.

De bemærkninger om begrundelsen for bevisbyrden, som refereredes fra Tybjerg, giver anledning til et forsøg på at anskue de grundlæggende principper bag den normative adfærdsvurdering indenfor bevisretten i dens lighed med bl.a. erstatningsansvaret for undladelser i en mere principiel sammenhæng. Min intention med en sådan undersøgelse er at søge frem til nogle grundlæggende synspunkter, som udgør det fælles grundlag for disse retlige reguleringer.

Det begreb, hvorom den retsteoretiske diskussion og retsdogmatiske fremstilling, forsåvidt angår grænserne for den ansvarsfri handlen, samlede sig i den danske litteratur fra slutningen af forrige århundrede og et halvt århundrede derefter, er begrebet retsstridighed. Det forekommer derfor nærliggende at fremdrage nogle hovedsynspunkter fra retsstridighedslæren, for at udlede nogle grundsynspunkter, som ikke rammes af den retsteoretiske kritik, som er rettet mod retsstridighedslæren, men som giver den retspolitiske baggrund for de retsprincipper, som stadig i vidt omfang - omend ikke umodificeret - har betydning for centrale dele af den retlige regulering.

(2) Goos' udgangspunkt var en analyse af den objektive retsstridighed som betingelse for straf eller erstatning. Den retsstridige handling er karakteriseret ved at være en

handling, som overskrider de af retsordenen dragne grænser for handlefriheden, og det, som i denne forbindelse har interesse, er hans almene overvejelser over afgrænsningen af denne handlefrihed. Bortset fra tilfælde, hvor grænserne for handlefriheden er "givne med logisk Konsekvens ved Rettighedens Anerkendelse", beror "Grænserne på en Afvejelse af Retssikkerhedens Krav paa den ene Side, den af Livet krævede Handlefrihed paa den anden Side, en Afvejelse, hvis Udslag ikke beror på logiske Bestemmelser" ²³⁾. Goos fremhæver, at afvejelsen stiller sig forskelligt indenfor forskellige livsområder, og at grænselinien for det objektivt retsstridige ikke kan gives i en eller flere sætninger, hvis anvendelse blot skulle bero på en logisk subsumption. Men en præcisering nås dog gennem fremhævelsen af de to modstående hensyn, nemlig bedømmelsen af handlingens "nytte" og den større eller mindre "sandsynlighed for skade". Jo større nytte, desto større skadesandsynlighed tolereres - og omvendt ²⁴⁾.

Det karakteristiske i disse bemærkninger, som naturligvis i denne løse form kun kan gengives som fragmenter af en omfattende retsteori, er at bestemmelsen af de objektive krav (culpa i objektiv forstand) sker med udgangspunkt i forestillingen om den enkeltes handlefrihed. Udgangspunktet er taget i den enkelte persons uafhængige frihed til at udfolde sig, og bestemmelsen af den objektive retsstridighed sætter ind som en begrænsning af denne selvstændige udfoldelse, en begrænsning der dikteres af hensynet til andres tilsvarende udfoldelsesmuligheder. Det er en udpræget individualistisk opfattelse, som for dette område indgår harmonisk i en liberalistisk statsopfattelse.

23) Goos: Alm. Del, 1878, s. 79, jfr. 191.

24) For en nærmere gennemgang af Goos' retsstridighedslære henvises til Ussing 1949, s. 22 f, Ross: Virkelighed og Gyldighed 1934, s. 347.

Retsstridighedslæren blev af Goos først hævdet med særligt henblik på strafferetten ²⁵⁾. Dens generelle indhold begrundede optagelse i den almindelige retslære ²⁶⁾. Men også i obligationsretten (erstatningsretten) blev læren optaget ²⁷⁾, og med hensyn til fogedretten sattes retsstridighed som betingelse for forbud, rpl. § 646 ²⁸⁾.

Retsstridighedslæren blev således inddraget i en række dogmatiske problemstillinger, hvis fællesskab var "det praktiske problem ... (der) vedrører betingelserne for en række retlige reaktionsregler, der modvirker menneskelig adfærd således, at vedkommende handling stemples som utiladelig i den almindelige opfattelse" ²⁹⁾.

Når den materielle afgrænsning af den individuelle handlefrihed indenfor en række forskellige områder udformes ud fra synspunkter, som på denne måde er søgt tilnærmet hinanden, er der grund til at forvente, at tilsvarende ideer også har gjort sig gældende indenfor bevisretten. På dette punkt finder jeg, at jeg med princippet om den normative adfærdsvurdering har angivet det bevisretlige grundprincip, som harmonerer med de samme grundlæggende ideer, som fandt udtryk i retsstridighedslæren. Et udtryk i bevisretlig litteratur for dette synspunkt udgøres af Tybjergs teori om bevisbyrden, som jeg tager op i følgende afsnit.

Den af Goos introducerede teori om retsstridighed har ganske vist senere mødt indgående teoretisk kritik. Det er en håbløs opgave at stille sig, at søge at finde et fælles materielt kriterium for retshåndhævelse ³⁰⁾. Men denne kritik er der ikke mening i at gå ind på på dette sted. Selvom retsstridighedslæren kan reduceres til kun at dække et praktisk beskedent forbehold i den almindelige regulering af ansvarsgrundlaget i forbindelse med integritets-

25) Jfr. herved senere Torp: Strafferetten, Alm. Del 1905 s. 251 f.

26) Jfr. senere Bentzons Almindelig Retslære (2. udg.) s. 110 f.

27) Jfr. eksempelvis Lassen 1917 - 1921 s. 243 f.

28) Jfr. H. Munch-Petersen III s. 233, hvor henvises til obligationsretten, jfr. Tvangsfuldbyrdelse 1937, s. 315, og referatet af opgøret med den nordiske retsstridighedslære hos Gomard: Fogedret s. 216 f.

29) Ussing 1949 s. 37. Om tilslutningen til retsstridighedslæren se

krænkelser, har teorien dog udtrykt nogle grundlæggende tanker for udformningen af et sæt af retsregler i et liberalistisk samfund. Det er denne side af teorien, som gør den relevant i denne forbindelse.

Efter at jeg i de foregående afsnit har påvist, at selvom den bevisretlige regulering umiddelbart refererer til processuelle handlinger, nemlig til den bevisførelse, som finder sted under processen, forudsætter sådan bevisførelse førprocessuel aktivitet (eller passivitet), og mange bevisregler kan ikke forstås, uden at deres førprocessuelle implikationer tages i betragtning. Den processuelle hovedbegivenhed - set fra et bevisretligt synspunkt - er dommerens antagelse eller forkastelse af faktum. Den bevisretlige regulerings indhold består i en sammenkædning af den førprocessuelle og processuelle aktivitet på den ene side og den judicielle antagelse på den anden side. Men eftersom principperne for den judicielle antagelse contra forkastelse af et faktum beror på et sæt af førprocessuelle adfærdsforløb, er der grund til at antage, at udformningen af de grænser for individuel handlefrihed, som på denne måde begrænses - også - gennem bevisretten, søger en legitimation af samme karakter, som er tilfældet for den egentlige retshåndhævelse, som retter sig mod forudsatte materielle hændelser (kriminell eller culpøs adfærd).

Fremdragelsen af træk af retsstridighedslæren skal ikke forstås som en bestræbelse fra min side på at rekonstruere en teori om retsstridighedsbegrebet som grundlag for bl.a. bevisretlig afgørelse. Begrundelsen for denne summariske inddragelse af grundbegreber fra retsstridighedslæ-

29) fortsat ... for den ældre litteratur Hagerup i Tfr 1909 s. 298, hvortil Ussing 1949 s. 26 f.

30) Sml. Ross 1953 s. 296 f med henvisninger, jfr. også Gomard 1958 s. 194 f.

ren er, at dette er et egnet udgangspunkt til opstilling af nogle hovedsynspunkter for, hvorledes en bevisteori må udformes, når den bevisretlige regulering betragtes som en regulering af nogle betingelser for, at en offentlig instans kan træffe en afgørelse, som kan være ugunstig i forhold til en af parterne, og som forsåvidt kan sidestilles med en sanktion. Selvom bevisafgørelsen ikke er en sanktion, kan det dog tænkes, at pønale synspunkter indgår i den bevisretlige regulering. - De hovedsynspunkter, som kan søges opstillet, udgør den almene retspolitiske eller ideologiske baggrund for den bevisretlige regulering, således som den er fremstillet teoretisk, og således som den praktiseres.

(3) På baggrund af de summariske bemærkninger om den klassiske retsstridighedslære anføres her nogle hovedsynspunkter for den bevisteoretiske opfattelse som et led i en liberalistisk opfattelse af domstolenes stillingtagen til de relevante fakta.

(a) Der søges efter en almindelig norm, som kan give anvisning på, hvilke forhold der er relevante for, hvorledes der bør handles. Normen er objektiv, forsåvidt som den refererer til "en objektivt foreliggende situation". Denne norm gives et subjekt, nemlig "den større eller mindre Kreds, der efter det paagældende Livsforholds Beskaffenhed kan komme i Betragtning", idet det er denne kreds der afgør, om den pågældende handlemåde kan anses som "fornuftig og berettiget" 31).

(b) Samtidig med at normen således anses som objektiv, og bygges på en bestemt personkreds' opfattelse, er den "al-

31) Goos 1878 s. 190 - 91.

ment tilgængelig", altså umiddelbart anvendelig som ledetråd for den enkelte person, som skal tage stilling til, hvorledes der skal handles i en konkret situation. Denne dobbelthed mellem det objektive og almene og på den anden side det for den enkelte tilgængelige er et afgørende kendetegn, som dels hænger sammen med bestræbelsen for at gennemføre en "for alle lige norm", altså en ubetinget lighed for alle i samme situationer, dels hænger sammen med behovet for i et samfund under udvikling at etablere et alment udgangspunkt for en ensartet regulering indenfor varierende, undertiden nyudviklede områder.

(c) Ser vi dernæst på forholdet mellem denne norm og den bevismæssige afgørelse, må det naturligvis først afklares, hvorledes sammenhængen er mellem den judicielle afgørelse vedrørende faktum og de retshåndhævende sanktioner, som i almindelighed er retsstridighedslærens emne. I de tilfælde, som tidligere er omtalt som eksempler på en normativ adfærdsvurdering, havde den pågældende part forsømt noget med hensyn til bevissikringen, og den ugunstige judicielle antagelse vedrørende faktum blev sat i forbindelse med denne forsømmelse. Analogien mellem den retsstridige adfærd i almindelighed og den særlige bevisorienterede adfærd består derfor i, at bevissikringen som en selvstændig handling eller som en supplerende udformning af en bestemt handling afværger en senere judicial tvivlsituation, mens undladelsen af bevissikring indebærer en judicial tvivlssituation, som judicialt sanktioneres med den ugunstige antagelse.

Afvejningens indhold er i den Goos'ske udformning rettet mod en nytte - skadebedømmelse, som for den undladte bevissikrings vedkommende må tage form af en overvejelse af 1) de praktiske muligheder for gennem aktivitet at afværge en tvivlssituation, altså "bevismuligheden", og 2) en bedømmelse af betydningen af tvivlsafværgelsen, som beror på en bedømmelse af muligheden for tvist vedrørende det pågældende forhold og af relevansen af den pågældende bevissikring.

(d) Med denne analogiserende sammenstilling er det vist, at den enkelte person på grundlag af en almen grundsætning for det pågældende retsområde kan tage stilling til, om der

påhviler ham en forpligtelse til at sikre sig et bevis og dermed undgå en juridisk tvivlssituation.

(e) Parternes processuelle aktivitet er dikteret af deres egoistiske interesser i sagens udfald. Den før-processuelle adfærd - som her beskæftiger os - er at betragte som en forberedelse af denne processuelle aktivitet, mens omvendt den almindelige regulering af den processuelle aktivitet undertiden reelt sigter på den førprocessuelle aktivitet. Den ansporing til processuel aktivitet, som følger af den almindelige partsautonomi, (som jeg senere vender tilbage til) indebærer også, at den førprocessuelle aktivitet går på en sikring af partens egen stilling: Det bevis som en part er ansporet til at sikre, er det bevis, som understøtter den pågældende parts stilling. Det er kun undtagelsesvis, at en part er forpligtet til positivt at varetage den anden parts interesse ³¹⁾. Men den ensidighed, som må præge partens førprocessuelle aktivitet - som en refleks af den processuelle partsautonomi - er i kraft af de normative slutninger, som forsømmelser kan begrunde, egnet til at fremme en almen belysning af faktum. Eller rettere sagt, da forsømmelsen naturligvis indebærer en begrænsning af bevismaterialet, er adgangen til den normative slutning fra passiviteten et egnet grundlag til at opnå en objektiv afgørelse. Den judicielle proces er således et eksempel på, at den ensidige aktivitet fra flere personers side betragtes som grundlag for tilvejebringelsen af en objektiv og neutral erkendelse af det forhold, som den ensidige aktivitet har gået ud på at oplyse.

(f) Denne fælles bestræbelse, udfoldet af egoistiske og

31) Sml. herved Ekelöf IV s. 141, sml. om advokat s. 143, jfr. tillige nedenfor kapitel X, hvor forbehold naturligvis tages for så vidt parten er en offentlig myndighed, specielt anklagemyndigheden.

ensidige parter, som fører frem til en objektiv judiciel erkendelse, udfolder sig uden tvang. Bevissikringsreglerne er ikke sanktioneret med selvstændige sanktioner, i almindelighed. Men deres efterlevelse kan være understøttet gennem specielle regler, f.eks. debtors adgang til at forlange kvittering som betingelse for betaling ³²⁾.

(g) Udgangspunktet var, som nævnt, den individuelle handlefrihed og individets kalkule over skade og nytte ved alternative handlinger. Det individuelle udgangspunkt skal forenes med behovet for en almen, offentligretlig regulering. Modsætningen mellem den individuelle handlefrihed og den offentligretlige regulering opløses i og med, at den offentlige regulering bestemmes i overensstemmelse med, hvad der kan indgå i den individuelle kalkule. Den offentlige regulering bestemmes af en almen overvejelse af hensynet til den individuelle handlefrihed og dens betydning for andre.

(h) Den pågældendes adfærd skal kunne karakteriseres som subjektivt culpøs eller dadelværdig. Culpareglen adskiller sig netop fra andre privatretlige erstatningssanktionerede regler ved at appellere til den enkeltes pligtfølelse ³³⁾.

5. Tybjergs bevisbyrdeteori

(1) Tybjerg åbner sin afhandling om bevisbyrden med følgende almene synspunkt:

32) Sml. Ussing Alm. Del s. 308.

33) Jfr. eksempelvis Ussing 1937 s. 24 - 25, Lassen, Alm. Del 1920, s. 266 (handlingen skal være "juridisk dadelværdig"). Dette svarer til opfattelsen af straffen som en "misbilligelse", jfr. Ross 1970 s. 60.

"Et Lands Forbrug af Bevisbyrde-Regler staar i en vis Forstand i omvendt Forhold til dets Kulturtrin. Jo mere Sanddrøhed og Kundskab, forretningsmæssig Orden og fornuftig Forudseenhed et Samfund rummer, jo mere udviklede dets materielle Retsregler ere, og jo bedre dets Proces, jo mindre hyppig vil Retspleien se sig nødsaget til at ty til Bevisbyrde-Regler" (s. 1).

Hermed har Tybjerg tilsluttet sig den da gængse opfattelse, hvorefter anvendelse af bevisbyrdereregler kun aktualiseres i undtagelsestilfælde, nemlig i enhver retssag, hvor der skal tages stilling til faktum, men hvor der ikke er etableret en juridisk vished i kraft af et tilstrækkeligt bevis. Til dette alment anerkendte udgangspunkt føjer Tybjerg imidlertid en kraftig betoning af den forskellige vurdering af, om en sag er afgjort på grundlag af juridisk vished eller på grundlag af en bevisbyrderregel. I det citerede er anvendelsen af bevisbyrdereregler betragtet som et mål for det samfundskulturelle niveau, og dette uddyber Tybjerg i det følgende: Til den ene side har man den "ideale Dom", som bygger på en "rigtig Anvendelse af Retsreglerne på det fuldt oplyste Faktum", hvor bevisbyrdereregler ikke finder anvendelse, og på den anden side har man den "Retspleiens Fallit-Erklæring", som indeholdes i en judiciel anvendelse af en bevisbyrderregel, som fortæller dommeren hvilken af parterne manglen på bevis skal gå ud over.

Tybjerg tager endnu et skridt: Til den gængse opdeling mellem vished og tvivl og til fremhævelsen af den kvalitative forskel mellem afgørelser, som falder i den ene eller den anden af disse to grupper, føjer Tybjerg yderligere den praktiske målsætning, at bevisbyrderereglerne (såvel som andre regler) netop må sætte sig det mål, at der bliver så få tilfælde af tvivl og dermed så få tilfælde af anvendelse af bevisbyrdereregler som muligt:

"Der gælder forsaavidt det samme om Bevisbyrde-Reglerne som om Straffereglerne: det er af alvorlig Betydning for Samfundet at have et udtømmende, velgennemtænkt og tidssvarende System af Straffe-Regler, men samtidig maa man ønske, at der maa blive den mindst mulige Brug derfor. I Sammenhæng hermed staar det, at saavel Bevisbyrde-Reglerne som Straffe-Reglerne Hovedbetydning ligger - ikke i deres direkte Anvendelse, men i deres indirekte Virkninger ... Ved Udarbejdelsen af Bevisbyrde-Regler (maa det) have for Øje, at Reglerne gives saaledes, at de ikke blot i videst mulige Omfang tjene den virkelige Retfærdighed i opstaaede Processer, men at de tillige

i videst mulige Omfang indeholde en Opmuntring til Proces for de Retfærdige og en Skræmmen fra Proces for de Uretfærdige" (s. 2).

Bag det her citerede ligger det almindelige teoretiske synspunkt, at der ved bedømmelsen af bevisbyrdereglerne kan forudsættes et bestemt materielt retssystem, et vist sæt af materielt definerede rettigheder, og at bevisbyrdereglernes formål er, at de berettigedes rettigheder anerkendes, og at de ikke-berettigedes påstande forkastes. I dette synspunkt ligger ikke nogen indholdsmæssig angivelse af, efter hvilke kriterier bevisbyrdereglerne skal nå dette mål. Men dette spørgsmål besvarer Tybjerg straks:

"Reglerne bør ... saavidt muligt anlægges paa at tvinge Folk til den Bevis-Sikring, som ordentlige og omhyggelige Folk af sig selv vilde sørge for, eller som i alt Fald anbefaler sig ved, at den dermed forbundne Ulejlighed er ringe i sammenligning med det Retstrætte-Besvær, den afværger" (s. 3).

Hermed har Tybjerg antydnet det generelle hovedsynspunkt, som giver den indholdsmæssige sammenknytning af bevisbyrdereglernes "sanktion" og den indholdsmæssige angivelse af, efter hvilke kriterier denne sanktion skal pålægges:

Når en dommer anvender en bevisbyrderegel, forudsætter dette, at det faktiske spørgsmål ikke er afklaret. Dette er en uønskværdig situation, eftersom der i den konkrete sag ikke er sikkerhed for, at den judicielle afgørelse baseres på en sandfærdig erkendelse af det materielle retsforhold. Bevisbyrdereglen - reglen om hvilken af parterne den faktiske antagelse skal gå imod - må indrettes efter det formål, at sådanne situationer bør undgås. Den på bevisbyrdereglen grundede antagelse kan derfor sammenlignes med en straf. Men det afgørende er ikke at straffe den konkrete part så meget som gennem straf generelt at påvirke folks adfærd på en sådan måde, at de sikrer sig bevis og derved afværger tvivlssituationen. Det næste spørgsmål, hvilket kriterium der skal anlægges for, hvem der skal sikre beviset, støttes på en antagelse om den "bevis-sikring, som ordentlige og omhyggelige folk af sig selv ville sørge for", altså en henvisning til den adfærdsstandard, som sættes af ordentlige og fornuftige folk indenfor det pågældende livsområde. Hvor en sådan standard ikke kan

påvises, refererer Tybjerg til den umiddelbart tilgængelige kalkule, om den med bevissikringen forbundne "ulejlighed" er ringe i sammenligning med det "retstrætte-besvær", som en bevissikring kan forhindre. Denne kalkulation kan foretages af enhver - den "anbefaler sig" ³⁴⁾.

Vender vi herefter tilbage til udgangspunktet, opdelingen af judicielle problemer vedrørende faktum i to grupper nemlig tilfælde, hvor der foreligger juridisk vished, og tilfælde, hvor en bevisbyrde-regel må anvendes, ser vi, at den første situation fra Tybjergs synspunkt fremtræder som den situation, hvori bevisbyrde-reglerne (og det øvrige retssystem) intentioner har fungeret efter hensigten, idet der ikke er noget faktisk tvivlsspørgsmål, mens der i den anden situation vil være undladt en bevissikring, som enten er gængs blandt omhyggelige folk eller som "anbefaler sig" som en rimelig foranstaltning målt i forhold til det besvær, som en proces vedrørende det pågældende faktum vil rumme.

Med Tybjergs indledende bemærkninger til sin bevisbyrde-teori forekommer han mig klart at have givet udtryk for synspunkter, som harmonerer med dem, som jeg har sammenfattet under begrebet den normative adfærdsvurdering. I det følgende vil jeg gå ind på hans nærmere udformning af bevisbyrde-reglerne, specielt reglerne om "fordelingen af bevisbyrden", for at efterse, hvorledes dette udgangspunkt udmøntes i mere præcise afvejninger og hensyn, og for at berede vejen for en stillingtagen til den kritik, som især Olivecrona (og andre "realistiske" forfattere) har rettet mod Tybjergs bevislære.

34) Umiddelbart efter det sidst citerede fortsætter Tybjerg: "I denne Retning ville Bevisbyrde-Reglerne selvfølgelig virke så meget stærkere, jo mere faste og præcise de ere" (s. 3). I dette udsagn forudsættes bevisbyrde-reglerne som gældende, mens det citerede stykke, i min fortolkning, indeholdt den retspolitiske målsætning for udformningen af bevisbyrde-reglerne. Denne dobbelthed mellem bevisbyrdesynspunkter som retspolitiske synspunkter og som elementer i gældende ret vender jeg tilbage til.

(2) Den nærmere udvikling af det hovedsynspunkt for bevisretten, som Tybjerg indleder med at præsentere, findes i hans bogs første del (s. 1 - 86), mens den følgende del af fremstillingen vedrører bevisbyrderegler for en række specielle områder (s. 112 - 220) og den bevisretlige bedømmelse af særlige bevismidler (s. 86 - 111).

De synspunkter på bevisbyrden, som Tybjerg udvikler, beror ikke på en entydig deduktion fra en "almindelig formel" for bevisbyrdefordelingen ³⁵⁾, ej heller må de opfattes som præcise anvisninger for, hvilket hjemmelsgrundlag de specifikke bevisbyrderegler skal have. Om retskildespørgsmålet for bevisbyrdefordelingen bemærker Tybjerg: "Oprindelsen til Hovedmængden af Bevisbyrde-Regler (maa) søges dels i en skønsmæssig Analogiseren fra de enkelte givne Bevisbyrde-Regler, dels i, hvad man kunde kalde en skønsmæssig Forudsætningsslutning ud fra alle de andre gældende Retsregler (materielle som processuelle)" (s. 19). Selvom de materielle regler forudsætter bestemte bevisbyrderegler, så må "den nærmere udformen af de enkelte Bevisbyrde-Regler navnlig ... foregaa under hensyn til visse mere eller mindre almengyldige Bevis-Betragtninger" (s. 29), og i denne forbindelse henviser Tybjerg til sit følgende kapitel 5 med sådanne hovedsynspunkter.

Tybjergs "hovedsynspunkter" for bevisbyrdereguleringen kan herefter retsteoretisk karakteriseres således: Fremstillingen sigter på at give udtryk for sådanne hensyn eller synspunkter, som bør indgå ved den judicielle dannelse af bevisbyrderegler indenfor specielle retsområder, og disse hensyn eller synspunkter støttes på udtrykkelige lovbestemmelser indenfor specielle områder og på deres harmoni

35) Jfr. herved s. 3, s. 5 - 6, jfr. Egmont Andersen i UFR 1904.374 - 375.

med retssystemet i almindelighed. Tybjergs opgave er konstruktiv i den forstand, at den skal bidrage til udviklingen og præciseringen af et bestemt retsområde, men er deskriptiv i den forstand, at denne udvikling sker i harmoni med den gældende ret ³⁶⁾.

De hovedsynspunkter, som er bestemmende for bevisbyrdefordelingen ifølge Tybjergs teori, vedrører bevisførelsens vanskelighed og faren for misbrug. Men selvom disse synspunkter allerede tidligt i hans fremstilling anføres (s. 38) og er grundlæggende i den senere redegørelse (s. 58 f), indleder Tybjerg dog med at præsentere en relativt formel og traditionel hovedregel.

Tybjerg anfører som sit udgangspunkt en sagsøger påhvilende bevisbyrde i henhold til Danske Lov 1-14-5. Dette lovsted tages til indtægt for følgende: Bevisbyrden påhviler den, "der under Paaberaabelse af en ham tilkommende Ret vil opnaa en Forandring i en bestaaende faktisk Tilstand, eller som vil opnaa en udtrykkelig Anerkendelse af en Ret eller af en Frihed for en Forpligtelse" (s. 58). Dette almindelige princip om sagsøgers bevisbyrde må læses som en udløber af forsøgene i det 18. århundrede på at etablere en almindelig bevisteori ³⁷⁾, men under hensyn til Tybjergs samlede teori bør dette udgangspunkt ikke tages som en genoptagelse af sådanne teorier fra Tybjergs side, jfr. herved Tybjergs vurdering af sådanne teorier s. 39 - 58.

Til forklaring af det formelle udgangspunkt i sagsøgers bevisbyrde må henvises til dels den formelt positivt gældende bestemmelse i Danske Lov ³⁸⁾. Af større betydning

36) Synspunktet findes karakteriseret i almindelighed hos f.eks. Ussing 1949, s. 17 - 18.

37) Se herom f.eks. Olivecrona 1930 s. 51 f, især s. 87 f.

38) Denne bestemmelse tillægdes dog ikke denne betydning i den samtidige proces-retsvidenskab, jfr. Nellesmann 1892 s. 350, jfr. s. 352 f, M. Sylow 1878 s. 82 f, H. Munch-Petersen i Tfr 1904 s. 455.

er det forhold, at der allerede i Tybjergs fortolkning af dette udgangspunkt er optaget elementer af de vurderinger, som først udførligt præsenteres senere. Dette fremgår straks af en undtagelse, som Tybjerg føjer til hovedsynspunktet, og som "selve den til Grund for Hovedreglen liggende Betragtning afføder" (s. 58). Undtagelsen har til formål at forhindre, at den, der efter hovedreglen bærer bevisbyrden, "egenmægtig gør Indgreb på fremmed Retsomraade" og dermed tilsigter at befri sig selv for bevisbyrden. Undtagelsen bør ikke blot gælde ved den retsstridige krænkelse af fremmed retsområde, men ifølge Tybjerg også hvor den pågældende påstår at have særlig hjemmel til sådan indtrængen - det vil jo "som Regel ... være muligt for den paagældende at sikre sig Bevis for Existensen af saadan særlig Hjemmel" (s. 58 - 59). - Vi ser her, hvorledes der til hovedreglen knyttes en undtagelse, som vil dække alle de tilfælde, hvor der enten foreligger et retsstridigt indgreb eller - navnlig - en etableret faktisk tilstand, som påstås opretholdt, hvor der er en særlig mulighed for at skaffe sig bevismæssig hjemmel for denne tilstands retmæssighed. I undtagelsens begrundelse refereres således de synspunkter, som udgør Tybjergs hovedsynspunkter, og som jeg vender tilbage til straks.

Men også selve hovedreglen harmonerer godt med henvisningen til muligheden for bevissikring/faren for misbrug. Karakteristisk for denne Tybjergske hovedregel er, at bevisbyrdens fordeling bestemmes af, hvad den pågældende part ønsker at opnå under processen - sagsøger er nemlig den, som ønsker en forandring i en bestående faktisk tilstand eller ønsker en udtrykkelig anerkendelse af en retstilstand. Selvom disse udtryk er aldeles ubestemte, hvis de søges anvendt på en specifik retssituation, så har de dog det principielle indhold, at den part, som søger domstolen for at opnå noget, nemlig en judiciel godkendelse, som enten vil indebære en faktisk omflytning (f.eks. et domsgrundlag for en udlevering af en løsøregenstand) eller en retskraftig fiksering af en retlig relation, er den, som må fremlægge det fulde bevis. Af den, som ønsker en sådan judiciel godkendelse, kan man forlange et bevismæssigt oplæg. Med denne formulering er begrundelsen for hoved-

reglen bragt i hvert fald i en vis harmoni med de senere fremstillede hovedsynspunkter. Det er - som Tybjerg skriver - "for ikke at give urimelige Krav let Spil og derigennem skabe en nærliggende Fare for, at Samfundet opløses i en Syndflod af Processer med mere eller mindre uretfærdigt Udfald" at sagsøgeren i den angivne forstand må bære bevisbyrden.

Lad os herefter tage fat på Tybjergs "hoved-synspunkter for bevisbyrdefordelingen" (s. 58 f). Efter en kort henvisning til de gældende lovregler, som naturligvis kan indebære afvigelser fra den anførte hovedregel, fremhæver Tybjerg, at der må "indrømmes sagsøgeren Bevisbegunstigelser langt ud over sådanne begrænsede undtagelser (s. 60). Når Tybjerg i denne forbindelse taler om bevisbegunstigelser - eller senere bevislættelser -, sigter han ikke blot til reguleringer af graden af det bevis, hvormed sagsøgeren skal opfylde sin bevisbyrde, men overhovedet på fordelingen af bevisbyrden ³⁹⁾.

Med "dannelsen af bevisbyrdereregler", d.v.s. ved udformningen af bevisbyrdereregler på bestemte retsområder, må man ifølge Tybjergs hovedsynspunkt

"nødvendigvis se hen til, dels hvor vanskelig Bevisførelsen i det pågældende Forhold normalt vil være, dels hvilken Fare for Misbrug en Bevisbyrde-lættelse i det pågældende Forhold vil medføre".

Dette udgør efter Tybjerg "bevisbyrdespørgsmålets kerne", og "det egentlige bevisbyrdeproblem" består i at finde regler, der tager tilbørligt hensyn til disse sagens to sider (s. 61).

39) Se f.eks. s. 76: "Opgaven indenfor de forskellige Dele af Retssystemet maa være under Hensyn til de foran angivne Betragtninger at finde de mest tjenlige Bevisbyrdereregler", jfr. s. 71 om "omvendt Bevisbyrde".

Jeg ser herefter nærmere på dels bedømmelsen af bevisførelsens vanskelighed, dels faren for misbrug.

(3) Ved hensynet til vanskeligheden i bevisførelsen sigtes til de praktiske problemer, som er forbundet med, at en part skal sikre sig, bevare, og processuelt fremlægge de manifeste bevisdata, som bevisbyrdereglen kræver. Dette hensyn (men næppe de nedenfor under (4) og (5) anførte) findes i samtidig speciallitteratur, se f.eks. L. A. Grundtvig: Om Reklamation 1903 s. 177 - 178: "... i Almindelighed bør (den) bære Bevisbyrden, som har lettest ved at sikre sig Beviset for Tilstedeværelsen af de faktiske Forudsætninger, hvoraf den materielle Rets Tilkendelse afhænger". Det må fremhæves, at Tybjerg sigter på bevisførelsen og hermed må antages at sigte til det legalt tilstrækkelige bevis.

Selvom der således tales om en bevisførelse, d.v.s. en processuel aktivitet, beror bedømmelsen af vanskeligheden på hensyntagen til ikke alene de praktiske problemer under procesførelsen, men tillige den processuelle bevisførelses førprocessuelle forudsætninger. Den vanskelige bevisførelse grænser begrebsmæssigt til den umulige bevisførelse - men strengt taget er næppe noget umuligt, når det gælder bevissikring. Umulighedsbegrebet opløses i meget høj grad af praktisk/økonomisk vanskelighed ⁴⁰⁾.

Ved bedømmelsen af, om en bevisførelse skal anses som mere eller mindre vanskelig, skal henses til de normale forhold. Afgørende er, hvilke vanskeligheder der er forbundet med bevisførelsen indenfor det pågældende materielt definerede område i almindelighed. Det er ikke den enkelte parts

40) At et alibi bevis eksempelvis anses som umuligt i visse situationer, beror på den forudsætning, at man ikke forlanger, at den pågældende person skal lade sig ledsage af et par pålidelige personer. Dette er en praktisk rimelig forudsætning. Men den er naturligvis tvingende logisk.

forhold, som er afgørende. Bevisbyrdereglen er ikke konkret.

Bedømmelsen af en bevisførelses vanskelighed foretages i forhold til hver af parterne. Afgørende for bevisbyrdens placering (og dens grad, herom nedenfor) er, hvorledes en sammenlignende afvejning af de krav til den procesforberedende og processuelle aktivitet, et bevisbyrdepålæg ville indebære. Bevisbyrdereglen bestemmes altså af en komparativ afvejning af de praktiske vanskeligheder, som hver af parterne vil have ved at bevise deres påstand. Falder denne sammenligning ud til, at de to "Parter Adgang til at føre fuldt Bevis (er) lige god", fastholder Tybjerg sin hovedregel, at bevisbyrden påhviler sagsøgeren. Men dette resultat af en sådan sammenligning må nok betragtes som relativt sjældent. I almindelighed må parterne have forskellig adgang til at bevise deres opfattelse, og for sådanne tilfælde gælder efter Tybjerg, at bevisbyrden "fortrinsvis lægges paa den, der har den bedste Adgang" (s. 61).

Udgangspunktet er, at det er det fulde bevis, der skal føres. "Er Bevisadgangen derimod mere eller mindre daarlig for begge Parter", kan dette tale for en bevislettelse (s. 61 f, jfr. s. 38). Hensynet til vanskelighederne ved bevisførelsen bestemmer således ikke alene, hvem af parterne der bærer bevisbyrden, men tillige hvilket kvantitativt omfang det pågældende beviskrav skal indeholde.

Formålet med at hense til bevisvanskelighederne og at afpasse kravene efter parternes muligheder for bevisførelse er, at "enhver Dom, der bygger på et mangelfuldt oplyst Grundlag, er mere udsat for at blive uretfærdig, end en Dom der bygger på det fuldt oplyste Faktum" (s. 61). Det gælder altså om at undgå at en afgørelse træffes på "et mangelfuldt oplyst grundlag". Derfor er "enhver Bevisbyrderregel, der uden Nødvendighed hjemler Parterne Fritagelse for fuldt at bevise ... Faktum, ... forkastelig" (s. 61).

Ved kravet om et fuldt bevis (i almindelighed) sikres, at det faktum, som dommeren antager, er i overensstemmelse med virkeligheden. I det omfang denne standard for bedømmelsen af beviset fraviges i lempelig retning, er der stør-

re risiko for en urigtig afgørelse. Dette kan hævdes, uanset bevisbyrdefordelingen, d.v.s. som et krav til det bedømmelsesgrundlag, som må anses som optimalt for den judicielle afgørelse.

Tybjerg uddyber senere, hvilke forskellige forhold der kan begrunde, at parterne har forskellige vanskeligheder med hensyn til bevisførelsen. En forskel i bevisadgangen kan følge af, at bevistemaet (eller som Tybjerg betegner det: genstanden) kan være forskelligt afhængig af de forskellige opfattelser, parterne fremsætter (s. 64 - 65). En forskel i bevisadgangen kan følge af, at parterne har forskellig adgang til de relevante bevismidler, som eksempelvis, hvor sagen drejer sig om, "hvor stort Udbytte den ene parts Forretning i Løbet af et Aar har givet", hvor den pågældende part "normalt (vil) have langt lettere Adgang til at godtgøre dette, end Modparten har" (s. 66). De ulemper, som følger af, at sådanne oplysninger kan blive tilbageholdt, "modvirkes, naar man lægger Bevisbyrden paa den, der fremfor den anden maa antages at have Raadighed over Bevisapparatet eller over Midlerne til at finde det" (s. 66). Endelig påpeges udtrykkeligt forskellen mellem de vanskeligheder, som knytter sig specielt til procesførelsen, og de vanskeligheder, som føres tilbage til, at der har været forskellig adgang til "i tide at sikre sig et Bevis" (s. 66). Den der erlægger en betaling, vil i reglen have let ved at sikre sig et bevis herfor, mens den der ikke modtager betaling i almindelighed vanskeligt kan sikre sig bevis herfor (s. 67 m.fl. eksempler).

Hensynet til bevisvanskeligheden/bevisadgangen beror på den retssociologiske opfattelse, at bevisbyrdereglerne virker handlingsdirigerende, at nemlig den part, som pålægges bevisbyrden, herigennem kan animeres til at præstere det fulde bevis, som bevisbyrdereglen kræver. Hvor efterlevelsen af dette normalkrav frembyder særlige vanskeligheder, kan det overvejes at sænke kravet. Kravet rettes mod den af parterne, som det falder lettest at efterleve det. Udgangspunktet er et normalt krav om fuldt bevis, som i midlertid kan reduceres. En bevisbyrdebegrundelse, som refererer til hensynet til bevisvanskelighed/bevisadgang,

er forbundet med en opfattelse af bevisvurderingen som rettet mod en undersøgelse af, hvorvidt der er præsteret et fuldt bevis - eller eventuelt et bevis som svarer til en lavere standard, som opstilles. En således begrundet bevisbyrderregel sigter med andre ord på manifesterede bevisdata ⁴¹⁾.

(4) Det andet moment i hovedsynspunktet for bevisbyrdefordelingen var faren for misbrug. Denne fare fremhæves først og fremmest i forbindelse med bevislettelse, altså en sænkning af det krav, som sagsøgers bevisbyrde stiller til sagsøger eller eventuelt i forbindelse med en overflytning af bevisbyrden på sagsøgte (som defineret ovenfor). Der findes ikke en tilsvarende overvejelse af, hvilke farer for misbrug sagsøgers bevisbyrde rummer. Dette beror for det første på, at hvor sagsøger skal føre det fulde bevis, kræves der af sagsøger, hvad der maximalt kræves med hensyn til juridisk bevis. Endvidere på, at hvor det er sagsøger der bærer bevisbyrden, stilles dette krav til den, som ønsker en juridisk godkendelse af et indgreb i forhold til en anden, eller som provokerer en retlig anerkendelse af et bestemt retsforhold (jfr. definitionen af sagsøger ovenfor). Udfra det synspunkt, som harmonerer godt med det liberalistiske synspunkt, at et sådant indgreb kræver et særligt grundlag, er det netop når hovedreglen om sagsøgers fulde bevisbyrde fraviges, at spørgsmålet om misbrug bliver aktuelt.

Denne mulighed for misbrug kan tale mod en bevislettelse. I denne forbindelse skal bl.a. tages hensyn til, "hvem Misbrug af en Bevislettelsesregel kan ramme": "Den der

41) Hermed stemmer, at bevisbyrdefordelingen for forhold, der kan bevises ved udskrift fra offentlige registre, indskrænker sig til at angå det "i Reglen ret underordnede Spørgsmål, hvem der skal have Ulejligheden og Udgiften ved at skaffe en Udskrift" (s. 10).

frivilligt har indladt sig i det - i sit nærmere Indhold omstridte - Retsforhold med Modparten" eller den "om hvem det er givet, at han har udvist en uforsvarlig eller uforsigtig Adfærd", er der ikke samme grund til at tage hensyn til, som til en uskyldig udenforstående (s. 72 - 73). Det fremgår heraf, at Tybjerg ikke overvejer misbrugsmuligheden udfra en forestilling om en forskydning af forholdet mellem rigtig og urigtig afgørelse som følge af bevislættelsen, men tager specielt hensyn til, hvorvidt der kan rettes en kritik mod den person, som står i fare for at blive ramt af et misbrug som følge af bevislættelse, en kritik som med min tidligere anvendte terminologi må opfattes som bevisrelevant. Dette uddyber Tybjerg således:

"i mange Forhold er (der) en bestemt Handlemaade, der maa betegnes som den normale i den Forstand, at alle ville være enige om, at den alene egner sig til at være den almindeligt fulgte, uden at der dog derfor bør være Spørgsmaal om nogen ved Straf eller Tvangsfuldbyrdelse fremtvingelig Pligt til at følge den, og uden at Afgangsen derfra kan betegnes som retsstridig. Der tænkes herved på saadanne Handlinger, som enhver forstandig og nogenlunde omhyggelig Mand ville foretage i egen Interesse, eller dog vil have Følelsen af, at han bør foretage i egen Interesse, saaledes at en Tilsidesættelse deraf er en Uorden, en Uforsigtighed, for hvilken han selv bør tage Risikoen ...". Det vil "være rimeligt og praktisk gavnligt, om Bevisbyrden i saadanne Forhold lægges over paa den, der til sin Fordel vil gøre gældende, at han har undladt at iagttage den af almindelige Ordens-, Sikkerheds- og Klarhedshensyn paabudte Handlemaade. ... Begrebet "det retlige normale" i den heromtalte Forstand staar i en vis Uafhængighed af det faktiske normale" 42).

I denne 'retlige normalitet' udtrykkes flere af de punkter, jeg fremhævede i slutningen af forrige afsnit (VIII.4): Den umiddelbare indsigt i det rette, en "pligt" som ikke kan gennemtvinges, den egoistiske interesse forbundet med normative kriterier om forstandig omhu.

Tybjerg tager afstand fra at anvende bevisbyrderegler som påvirknings-

42) S. 73f, sml. s. 82 om det retligt normale.

midler til opnåelse af bestemte materielle resultater, f.eks. opfatte debitorens bevisbyrde for betaling som et udtryk for det samfundsmæssigt ønskelige i at garantere, at skyldforhold opfyldes, selvom det kan indebære, at debitor undertiden kommer til at betale to gange, s. 74 f. Denne opfattelse, som han påpeger er præget af en ensidig bedømmelse af den samfundsmæssige interesse i at et bestemt materielt indhold ikke fornægtes (nemlig at betaling ikke antages hvor betaling ikke har fundet sted), og forbiser behovet for, at det modsatte materielle tema ej heller fornægtes (at skyldfri personer ikke pålægges at betale - for 2. gang), er senere udtrykt hos Olivecrona 1930, navnlig kapitel VII, jfr. kritisk Ross 1930, og hos Ekelöf IV s. 81 f, jfr. kritik ovenfor kapitel VI.6.2 og 3.

Det kan forekomme påfaldende, at der i Tybjergs hovedsynspunkt indgår dette tvedelte hensyn til vanskelighed og misbrug. Er disse to hensyn ikke integreret? Er der ikke tale om at fastsætte et samlet krav til det pågældende juridiske bevis, ikke en påpegning af forskellige eventuelt modstridende hensyn?

Ser man nærmere på forholdet mellem de to hensyn, forekommer det nærliggende at antage, at Tybjerg ved bedømmelsen af, hvilke vanskeligheder/hvilken adgang en part har til bevisførelse, tager udgangspunkt i hver af parternes påstande vedrørende faktum, og deres bevisvanskeligheder bedømmes ud fra den forudsætning, at disse påstande er korrekte. Når det gælder spørgsmålet om misbrug, tages det modsatte udgangspunkt - nemlig at den der gør et procesuelt krav gældende, ikke er materielt berettiget. Tybjerg introducerer misbrugstanken med følgende bemærkning: "Kunde man være sikker paa, at Bevislettelsen altid ville blive benyttet loyalt, d.v.s. kun af den virkelig berettigede, burde den selvfølgelig altid indrømmes" (s. 62) - og der kunne fortsættes, at man med denne forudsætning vel i det hele måtte forvente, at den judicielle procesfunktion ville indskrænke sig til en fastlæggelse af tvivlsomme fortolkningssspørgsmål (jfr. Tybjerg s. 2), mens bevisproblemer måtte træde i baggrunden. Herefter må bedømmelsen af faren for misbrug tænkes at sigte på sådanne tilfælde, hvor der er grund til efter de materielt berettigedes bevismuligheder at indrømme en bevislettelse, men hvor denne bevislettelse kan tænkes udnyttet af ikke-berettigede. Selvom dette lyder som et rimeligt hensyn, forekommer det vigtigt at fremhæve det: I og med at et bestemt bevisniveau sættes judicielt, eventuelt som en bevislettelse i Tybjergs for-

stand, influerer det på de processuelle krav, som fremtidig vil blive gjort gældende. I og med, at en bevislettelse indrømmes, må det forventes, at flere processuelle krav, som bygger på påstanden om det pågældende faktum, vil blive gjort gældende, og at der (absolut set) vil blive gjort flere uberettigede krav gældende. Hensynet til misbrugsfaren afspejler således en - formentlig mere praktisk end teoretisk begrundet - indsigt i det dynamiske forhold i de bevisretlige kriterier, som praktiseres judicielt.

(5) Opfordringen til bevissikring er det element i Tybjergs bevisbyrdeteori, som har været mest påagtet. Det indgår i forbindelse med henvisningen til den førprocessuelle mulighed for bevissikring. Den førprocessuelle adgang til at sikre bevis er kun relevant, når den "staar i Forbindelse med en foreliggende større eller mindre Opfordring til Bevissikring", hvorved Tybjerg forstår, at der "maa foreligge en eller anden Omstændighed, der bringer Muligheden af, at netop det paagældende Punkt kan faa Betydning under en Retstrætte indenfor den Kreds af Muligheder, med hvilke der i det praktiske Liv overhovedet kan være Spørgsmaal om at regne" (s. 67).

Under processen er en særlig "opfordring" til bevisførelse i almindelighed ikke nødvendig. Den følger af kendskabet til den aktuelle proces. (Dette udelukker dog ikke, at parter indbyrdes, som det forekommer i praksis, retter opfordringer til hinanden om bestemte bevisdatas fremlæggelse).

Opfordringen kan førprocessuelt enten ligge i "selve situationen" eller den kan støtte sig på en allerede gældende bevisbyrde⁴³⁾ regel.

43) Tybjerg s. 67 - 68. Den af bevisbyrde⁴³⁾ reglen følgende "opfordring" var allerede påpeget hos Nellemann 1892 s. 353 - 354 noten.

Jeg skal ikke i denne forbindelse gå nærmere ind på dette opfordringssynspunkt. Det tages op i forbindelse med Olivecronas kritik af Tybjerg. På dette sted er det tilstrækkeligt at fremhæve, at henvisningen til opfordringen spiller en mindre rolle for Tybjergs bevisbyrdeteori end almindeligt antaget. Det centrale er, at den førprocessuelle bevisadgang er relevant, såfremt den pågældende "har Grund til at regne med en eventuel Proces" (s. 68), og dette må bedømmes ud fra de normale forhold, d.v.s. man "regner med den Adgang og Opfordring, som det paagældende Forhold normalt medfører" (s. 81). Den objektive adgang til bevis sikring af relevans for en senere proces må kunne tilregnes den pågældende person i den forstand, at den pågældende person må indse eller burde indse sammenhængen mellem en bevissikringsadgang og eventueliteten af en fremtidig proces. Hvorledes grundtrækkene i en sådan subjektiv tilregnelse nærmere udformes, har jeg omtalt ovenfor VIII.2.

(6) Tybjergs bevisbyrdeteori er karakteriseret ved at være udarbejdet på et tidspunkt, da den legale bevisteori endnu var gældende, for så vidt som princippet om fri bevisbedømmelse ikke i dets almenhed var indført, men hvor der i praksis var udviklet så mange modifikationer i det oprindelige system, at der kun var få bindende legale regler tilbage. Blandt disse nævner Tybjerg selv den ubetingede regel om utilstrækkeligheden af et enkelt vidnes forklaring og udelukkelsen af partsafhøringen som bevismiddel (s. 11).

For Tybjergs bevisbyrdeteori betyder dette, at den på den ene side fastholder det traditionelle system, hvor der skelnes mellem det tilstrækkelige bevis, som indebærer juridisk vished, og de tilfælde, hvor der er mangler i beviset, og hvor sagen derfor skal afgøres efter en bevisbyrderegel. Og på den anden side gives der en systematisk beskrivelse af de forskellige grader, som et bevis kan tage. I Tybjergs "bevisbyrde-gradation" skelnes mellem det fulde bevis, hvortil henregnes "hvad der praktisk taget sætter Spørgsmaalet udenfor Tvivl", antageliggørelsen, hvorved sigtes til "så meget bevis, at (vedkommende) Paastand maa antages som den rimeligste blandt de i Betragtning kommende Muligheder" og indiceren, hvorved forstås et sådant bevis "der afgiver

nogen Støtte for vedkommende Paastand"(s. 31).

Som kvantitativt mål for disse forskellige bevis-styrkegrader sættes tallene mellem 0 og 100. Denne talangivelse må ikke forveksles med en sandsynlighedsgraduering (f.eks. 0 - 100%), således som den anvendes i empirisk orienterede bevisteorier. Tallene angiver den forskellige styrke, som de manifesterede bevisdata skal have.

Denne forskel mellem empirisk sandsynlighedsgraduering og mål for manifesterede bevisdata kan illustreres ved et eksempel på en bevislættelse, der altså indebærer en reduktion fra kravet om det fulde bevis, som ligger nær de 100: Tybjerg nævner, at "man, naar visse Led (i begrundelsen af en processuel påstand) ere beviste eller in confesso, uden videre antager, at et eller flere andre Led ogsaa foreligge. Denne Antagen kan igen have forskellig Styrke, idet den enten blot gælder, saalænge det modsatte ikke er indiceret, eller gælder, indtil det modsatte gøres antageligt, eller endelig gælder, indtil det modsatte er fuldt bevist" (s. 32).

Et tilstrækkeligt bevis for et moment i en argumentation kan være grundlag for, at dommeren vil antage et andet led, medmindre et bevis af varierende styrke føres mod denne antagelse. Denne opfattelse afspejler ikke uden videre en bevislættelse, hvis man herved sigter til den sandsynlighed, hvormed det pågældende faktum skal antages - herom udtaler Tybjerg sig slet ikke - men indeholder kun en bevislættelse, når hermed sigtes til omfanget af de manifesterede bevisdata - omfanget af den processuelle bevisførelse - som er nødvendig, for at den pågældende antagelse skal kunne væltes.

Denne bevisbyrdegradation er central i Tybjergs bevisteori. Samtidig med at denne indeholder en fordeling af bevisbyrden mellem parterne, indeholder gradueringen en angivelse af det niveau for beviset, som dommeren skal kræve.

Tybjergs bevisbyrde-teori indeholder, med andre ord, to elementer, nemlig dels en absolut angivelse af det sikkerhedsniveau, som den judicielle afgørelse skal træffes på grundlag af, dels en relativ opgavefordeling, nemlig en angivelse af hvilken af parterne der skal tilfredsstille dette sikkerhedsniveau gennem bevisførelse. Overvejelserne over bevisadgang og misbrug placerer sig relativt entydigt i

forhold til den opdeling: Bevisvanskelighederne undersøges, for at der kan tages stilling til, hvilken af parterne bevisopgaven skal pålægges (bevisbyrde som en relativ, praktisk partsopgave), dels en undersøgelse af, hvor omfattende et bevis der må kræves af den pågældende part, for at man kan være rimeligt sikker på, at ikke-berettigede ikke kan gennemføre deres krav (bevisbyrden som en absolut angivelse af det minimum, som må være tilfredsstillende for at domstolene kan antage en materiel rets faktiske forudsætninger).

Ved siden af de komparative overvejelser over parternes forhold, som er omtalt ovenfor under (3) til (5) fremhæver Tybjerg også en række forskellige hensyn, som tilsigter, at besværet med at sikre sig beviset gøres mindst muligt. Denne minimering af bevisulemperne er såvel praktisk som økonomisk: Det gælder om at nå den "nemmeste og billigste Ordning" ⁴⁴⁾.

Når Tybjergs bevisbyrdeteori har kunnet tilfredsstille praktiske behov, beror det, såvidt jeg kan se, netop på, at den har muliggjort en nuanceret sammenføjning af normative synspunkter på parternes adfærd og opretholdelsen af et rimeligt sikkerhedskrav som grundlag for den statslige afgørelse, som den judicielle antagelse vedrørende faktum indgår i. Den udtrykker en nuanceret bedømmelse af de pågældende parters praktiske muligheder for at optimere det judicielle beslutningsgrundlag, og den begrænser samtidig parternes byrder i denne henseende i det omfang, som efter sagens beskaffenhed er rimeligt. Tybjergs bevisbyrdeteori indeholder således en teori for normativ adfærdsvurdering som grundlag for den bevisretlige afgørelse.

44) S. 68, jvf. i det hele s. 68 - 71.

6. Diskussion

Fremstillingen af teorien om en normativ adfærdsvurdering fortsættes i dette afsnit som en diskussion med forskellige kritiske synspunkter. Under denne diskussion afklares og præciseres elementer i teorien, og jeg kommer ind på enkelte af dens begrænsninger, som senere tages op i større dybde.

For det første anskues teorien om den normative adfærdsvurdering i Tybjergs bevisbyrdeteori, således som den tager sig ud, når den betragtes (og forkastes) af den antimetafysiske rationalisme, som repræsenteres af Karl Olivecrona. Olivecronas kritik har sandsynligvis medvirket til, at de opfattelser, som jeg her har fremdraget, ikke har været gjort gældende, fordi de er anset som ulogiske, cirkulære, eller lignende. I diskussionen med Olivecronas kritik bliver spørgsmålet først og fremmest, i hvilket omfang Olivecronas kritik rammer de grundlæggende antagelser vedrørende bevisrettens udformning, som jeg har søgt at eftervise, og i hvilket omfang hans kritik hænger sammen med mere specielle eventuelle mangler i Tybjergs fremstilling.

For det andet må teorien om den normative adfærdsvurdering konfronteres med den bevisretlige opfattelse, som udførligt er fremstillet ovenfor i kapitlerne V - VII, sammenfattet under betegnelsen juridisk sandsynlighedsteori eller empiriske bevisteorier. Når synsvinklen begrænses til den moderne svenske bevisteori, er det klart, at denne på den ene side har lagt Olivecronas kritik af Tybjerg til grund, men på den anden side er præget af mange af de synspunkter, som harmonisk indgår i den normative adfærdsvurdering.

6.1. Olivecrona og dennes kritik af Tybjerg

(1) Jeg har søgt at påvise, hvorledes Tybjergs teori om bevisbyrden kan betragtes som et udtryk for, hvad jeg har betegnet som en "normativ adfærdsvurdering". Denne tolkning har naturligvis særlig interesse, fordi Tybjergs bevisbyrdeteori, som den bredeste danske bevisretlige teori i dette århundrede, har haft væsentlig betydning for dansk retspraksis. Det har derfor yderligere interesse at beskæftige sig

med den kritik som Olivecrona fremsatte dels i en særlig artikel (1929), dels i en bevisretlig monografi (1930), s. 118 f, jfr. s. 9 og s. 162 f. En nøjere analyse af denne kritik tjener flere formål.

Retsteoretisk vil den illustrere, hvorledes en "realistisk" kritik har evnet på den ene side at påpege nogle irrationelle momenter i en juridisk regulering og en dogmatisk litteratur, men på den anden side har overset betydningen af og baggrunden for forestillinger, som har virket judicielt motiverende, hvad enten de så viser sig at være logisk uholdbare eller metafysisk begrundede.

Et andet formål vil være at benytte Olivecronas kritik som udgangspunkt for en uddybning af forståelsen af det bevisretlige synspunkt som Tybjerg med tilslutning fra bl.a. H. Munch-Petersen gav udtryk for. Netop overfor de centrale momenter i den "normative vurdering" stopper kritikken op, fordi også den må tage de ubestridelige kendsgerninger til efterretning. I denne forbindelse bliver det nødvendigt at kritisere elementer af Tybjergs teori, specielt udtrykket "opfordring", men samtidig må den beskedne rækkevidde af denne kritik påpeges.

(2) Olivecrona interesserer sig for den almindelige anskuelse, at processen og specielt bevisbyrdereglerne har som formål at virkeliggøre den materielle ret ¹⁾. Har det mening at opstille et sådant princip? Hvilken betydning har det specielt for opfattelsen af bevisbyrdereglerne? Dette er Olivecronas almene problemstilling, som jeg her kun tager op, for så vidt den vedrører Tybjerg.

Hvad menes med en virkeliggørelse af den materielle ret? Problemstillingen gives forskellige præciseringer, der imidlertid som forskellige synsvinkler kan siges at angå samme sag: At sætte den materielle rets realisering som mål for processen indebærer, at man (dvs. lovgivningen og domstolene) afskærer sig fra at udforme de bevisbyrderetlige reguleringer ud fra sådanne almene sociale nyttesynspunkter, som ellers skal være bestemmende, jfr. bl.a. (1930) s. 129.

1) (1929) s. 1-3, (1930) s. 1 f, 10-11, 140 f.

Den judicielle virksomhed indskrænkes til at gå ud på at konstatere parternes på forhånd etablerede rettigheder og forpligtelser ²⁾. Processen sigter på "virkeliggørelse" af den materielle ret, ved at "magt stilles bagved ret, således at den berettigede kommer i faktisk nydelse af de fordele, som rettigheden anqår" (1929) s. 2.

Det er klart, at der bag sådanne opfattelser af forholdet mellem proces og materiel ret ligger metafysiske, naturretlige retsteorier. For den materielle ret kan jo ikke tænkes som et selvstændigt normsystem uden procesretten, medmindre en oversanselig fundering fingeres.

Men hvorledes kan Tybjergs bevisbyrdeteori være relevant ved diskussionen af sådanne principielle opfattelser? Tybjerg anvender intetsteds det udtryk, at procesens formål er at virkeliggøre den materielle ret.

Olivecrona søger støtte for sin fortolkning af Tybjerg i forskellige synspunkter hos Tybjerg, men gør sig skyldig i en del elementære misforståelser.

For det første skal den bevisretlige regulering, hos Tybjerg, entydigt være bestemt af et idealt begreb om retfærdighed. Olivecrona hævder, at rets reglernes indhold ifølge Tybjerg bestemmes "av tvenne modsatte hänsyn, säkerhets- och rättfärdighetssynspunkterna. Men den senare synspunkten tilläggas, om icke med orden så dock reellt, primatet", (1929) s. 24, jfr. (1930) s. 130. Dette er imidlertid en misforståelse: Tybjergs modstilling af sikkerheds- og retfærdigheds-synspunkter er ikke en modstilling af verdslige nyttesynspunkter og ideale naturretsopfattelser, men angår modsætningen mellem to tendenser, nemlig sikkerhed som regelmæssighed og retfærdighed om individualisering, eller med andre ord Viggo Bentzons tendensmodsatning mellem (generel) regel og (konkret) skøn ³⁾. Dette har intet med naturret at gøre.

2) (1930) s. 2, jfr. Rätt och Dom (1966) s. 46 f, 57 f med kritik af omförmesteorien.

3) Jfr. Tybjerg s. 6 om "den almindelige retslære for tiden", og henvisninger hos Bentzon: Skøn og Regel 1914, s. 5 note 1.

Tybjergs tilknytning til den materielt orienterede teori begrundes dernæst ved, at Tybjerg henføres under den retning, som Olivecrona betegner "sandsynlighesteorien", der begrundet bevisbyrderegler i hensynet til, hvordan man opnår den størst mulige sandsynlighed for realiseringen af den materielle ret, (1930) s. 114. Under denne teorigruppe henfører Olivecrona væsentlig forskellige teorier: (a) Afgørelsen skal følge af, hvad der konkret er mest sandsynligt (1930 s. 117-18). (b) Bevisbyrdereglerne skal (generelt) indrettes således at retssager såvidt muligt er tilstrækkeligt oplyste. (c) Bevisbyrderegler bygger på erfaringer, således at når de følges, rammer man gennemsnitligt det rigtige (s.117).

Olivecrona finder begge de under (a) og (b) anførte synspunkter hos Tybjerg. "Når Tybjerg resonerer om vem som haft "Adgang og Opfordring" att säkra bevisning, tänker han på hur domaren i det konkreta fallet skall gå til väga för att med största möjliga sannolikhet träffa det rätte. Men när han resonerar om, hurvida det bli praktikabelt för allmänheten att i den dagliga samfärdseln försäkra sig om den bevisning som en viss bevisbörderegeln gör erforderlig, har han i tankarna hur saken ter sig för lagstiftaren. Bevisbördereglerne bör indrettes så, att det av dem fremkallade behovet att trygga bevisning kan antages att blive i det hela tilgodesett". Disse to synspunkter "blander Tybjerg ihop" ^{4a)}.

Hensyn til partens adgang og opfordring til bevissikring er imidlertid ifølge Tybjerg ikke udelukkende relevant i den konkrete judicielle afgørelse. Denne vurdering gennemføres som det almene udgangspunkt for en bestemmelse af bevisbyrderegler på en række specifikke retsområder. Dette synspunkt omfatter eo ipso spørgsmålet, hvorvidt den pågældende part i almindelighed har mulighed for at efterkomme et beviskrav. Jeg mener derfor, at introduktionen af sandsynlighedsbegrebet i tilknytning til Tybjergs teori er misvisende.

En tredje tilnærmelse til at påvise Tybjergs underordnelse af bevisretten under den materielle ret søger Olivecrona ved at fremhæve Tybjergs indledende bemærkninger om den "ideale dom":

4a) (1930) s. 128 f, jfr. (1929) s. 20 f.

"Den ideale Dom maa være den, der indeholder en rigtig Anvendelse af Retsreglerne på det fuldt oplyste Faktum, men i en saadan Dom er der ingen Plads for Anvendelse af nogen Bevisbyrderregel" 4).

Tybjerg modstiller her retsregler og bevisbyrderregler, og Olivecrona går ud fra, at retsregler for Tybjerg er de regler, som angår personernes rettigheder og forpligtelser (1930 s. 119). Olivecrona tilbageviser denne strukturering af forholdet mellem de materielle regler og bevisbyrderregler gennem et tankeeksperiment: Hvis, som Tybjerg antager, bevisbyrderreglerne kun er aktuelle som følge af "samfundets ufuldkommenhed", må de kunne tænkes væk. "Den materiella rätten skulle då förverkligas uten nogen som helst inskränkning" 5). Hvordan bliver da resultatet, hvis man forudsætter, at der ikke findes bevisbyrderregler, dvs. regler om, hvilken af parterne der taber, såfremt et vist faktum ikke bliver tilstrækkeligt bevist ("fastställt") under processen? Olivecrona mener, at det er umuligt at tænke sig bevisbyrderreglerne borte: Hvis man ikke har regler om, hvilken af parterne som taber, såfremt et vist faktum ikke bliver bevist, så indebærer dette, "att det överhovudtaget icke skulle ha någon juridisk betydelse, vilka fakta som fastställdes i processen ... Tager man bort bevisbördereglerna så bli alltså domaren i själva verket förhindrad att taga någon hänsyn till fakta, när han skall döma", (1929 s. 8-9). Bevisbyrderreglerne er altså en forudsætning for at der kan træffes afgørelser i overensstemmelse med den materielle ret, 1930 s. 8.

Med Olivecronas tentative hypotese, at man ser bort fra bevisbyrderreglerne, skulle det være demonstreret, at det er en urimelighed, at betragte det retssystem, som ikke benytter sig af bevisbyrderregler, som ideelt. For der kan slet ikke træffes juridiske afgørelser i et sådant retssystem.

Denne kritik er imidlertid misvisende. Når Tybjerg fremhæver det ideale i, at retssager afgøres uden brug af bevisbyrderregler, forudsætter han, at de retssager, der

4) Tybjerg 1904, s. 1.

5) Olivecrona (1929) s. 8, jfr. Tybjerg 1904 s. 2.

foreligger til bedømmelse, er fuldt oplyste. Der vil i så fald kunne træffes en afgørelse på grundlag af de beviste retsfakta. Man kan derfor sige, at for at prøve rimeligheden af det Tybjergske ideal, må man forudsætte ikke at der ikke findes bevisbyrderegler - men at der ikke forekommer retssager, hvor der ikke er fuld klarhed om de relevante fakta ⁶⁾.

Olivecronas mistolkning beror på, at han læser Tybjerg med et andet bevisbyrdebegreb end Tybjergs. Hos Tybjerg er bevisbyrdereglerne suppleret med regler om det tilstrækkelige bevis. Det tilstrækkelige bevis - som overflødiggör anvendelse af bevisbyrderegler - kan være ført såvel for den ene parts påstand som for den anden parts påstand.

Olivecrona opfatter bevisbyrdeproblemet som et spørgsmål om, hvilke fakta der skal være "faststälte" for at et krav kan gennemføres. Tænker man sig bevisbyrdereglerne fjernede, forsvinder enhver rubricering af de forskellige bevissituationer. Spørgsmålet om bevisbyrden opfattes nemlig som et spørgsmål om en "differentiering blandt de materielrättliga relevante fakta", et spørgsmål der opstår vedrørende ethvert faktum af civilretlig betydning. Denne differentiering angiver, hvilke af disse civilretlige fakta der må være "fastställda", og "denna differentiering er vad man kallar frågan om bevisbörda" ⁷⁾.

"I realiteten er rättsreglerna de handlingsreglar, hvilke fremgår av materiella och procesrätliga reglar i förening. Dermed er frågan om förhållandet mellan bevisskyldigheten och den materiella rätten besvaret" ⁸⁾.

Dette er jo i virkeligheden temmelig banalt. Og den sidste bemærkning er en overdrivelse. Tilbage står nemlig det afgørende problem, hvilken betydning det har for de processuelle normer, herunder bevisbyrderegler, at de i det gældende rets-

6) Det er derfor også misvisende, når Ross UfR 1930 B 355 abstraherer fra bevisbyrdereglerne. Det, der skal abstraheres fra, er muligheden af, at der foreligger ikke-tilstrækkeligt beviste fakta.

7) (1930) s. 159.

8) (1930) s. 158.

system ideologisk tillægges den underordnede betydning, som Olivecrona påpeger. Specielt for bevisbyrdereglerne er det karakteristisk, at de indgår ved etableringen af den opfattelse af de faktiske forhold, som dommen skal begrundes på. Det løser ikke noget problem i denne forbindelse at ændre betegnelsen bevisbyrde til differentiering af retsfakta.

Det er heller ikke korrekt, når det hævdes, at bevisbyrderegler er knyttet til rettigheder og forpligtelser. En hvilken som helst praktisk beslutning beror på en eller anden opfattelse af en faktisk sammenhæng ⁹⁾. Olivecronas kritik tager ikke højde for det forhold, at den materielle regulering for Tybjerg - såvel som for nyere bevisteori overhovedet - ikke så meget opfattes som et definitivt mål for processen, men som problemsættende for processen. Med hensyn til bevisretten kan dette præciseres således, at den materielle ret sætter de bevismæssige temaer, som er bestemmende for parternes bevismæssige aktivitet og den judicielle bevisvurdering ¹⁰⁾. I denne forstand er det klart, at Tybjerg sætter som mål for bevisbyrdereglerne "den materielle rets virkeliggørelse", idet der herved blot er sagt, at den bevismæssige regulering som sit umiddelbare emne har (bl.a.) processuelle bevissituationer, og at disse er grundlaget for de judicielle antagelser om faktum. Dette er i virkeligheden banaliteter ¹¹⁾

Det retssystem, som fremhæves af Tybjerg som det "ideale", udgør en pragmatisk målsætning, og er ikke (nødvendigvis) baseret i en naturretlig ontologi. Det er ikke et retssystem uden bevisbyrderegler, men et retssystem, hvor der ikke fremkommer ubeviste påstande, og hvor bevisbyrdereglerne som følge heraf bliver overflødige. Der er derfor heller ikke (som Olivecrona hævder 1930 s. 9-10) modsætning mellem (som Tybjerg) at betragte bevisbyrdebegrundede domme som en nødløsning og at betragte beviset som nødvendigt ¹²⁾.

9) Jfr. om fakta og handling, Olivecrona. (1930) s. 148 - 149, (1966) s. 114, 127.

10) Kap. II.2. ovf.

11) Denne uomgængelige kerne i den bevisretlige teori påvises af Ross i UFR 1930 B s. 349 f.

12) *Is enim, qui probare non potest, nihil habet*, Mascardus, citeret efter Olivecrona (1930) s. 9 note 2.

Sammenfattende kan det herefter hævdes, at Olivecronas henføring af Tybjerg under de materielt retligt dominerede - naturretlige - teorier ikke kan gives nogen holdbar konsekvens for forståelsen af Tybjerg. Dette beror ikke så meget på en analyse af Tybjergs bevisbyrdeteori, som blot afspejler den juridiske realitet som forholdet mellem de gældende procesretlige og materielretlige regler udtrykker, men nok så meget på en analyse af Olivecronas eget standpunkt, som - foruden en række misforståelser, som ikke har principiel interesse - kan føres tilbage til, at han er villig til at karakterisere en bevisbyrdeteori som bestemt af en naturretlig objektivering af det materielle retssystem med processen som et underordnet middel til virkeliggørelse af den materielle ret, når den pågældende bevisbyrdeteori forudsætter, at et materielt retssystem definerer temata for de forhold som dommeren under processen søger kundskab om, og at bevisbyrdereglerne bestemmer, hvilke fakta der skal antages, afhængig af dommerens opfattelse af et alternativt sæt af bevissituationer (tilstrækkeligt bevis contra mangel på bevis).

Når Olivecrona opfattes på denne måde, har fortsat diskussion af spørgsmål om "den materielle rets virkeliggørelse i processen" ikke interesse. Det centrale problem er forholdet mellem den materielle regel og faktum. Herom må henvises til de antagelser, som jeg har begrundet ovenfor i kap II. Jeg er her gået ud fra, at en hvilken som helst norm, som knyttede bestemte praktiske konsekvenser til antagelser om visse fakta, måtte give anledning til en vis type af problemer, når den generelle norm anvendtes eller søgtes anvendt på konkrete situationer. Beslutningen om, hvorvidt den praktiske konsekvens skulle aktualiseres eller ej, beroede på en dikotomiseret oplevelse af virkeligheden - enten foreligger faktum eller faktum foreligger ikke - og denne dikotomisering er reguleret i bevisretten.

(3) Olivecrona kritiserer ikke blot Tybjerg for at begrunde bevisbyrderegler på et standpunkt, som er urimeligt, nemlig at de skal virkeliggøre den materielle ret, men tilføjer yderligere det kritikpunkt, at Tybjergs måde at gennemføre dette synspunkt på er logisk umuligt: Når Tybjerg lader bevisbyrdefordelingen bestemme af, hvilken af parterne der har

såvel mulighed for at sikre bevis som opfordring hertil, så - hævder Olivecrona - kan der ikke påvises nogen "opfordring til bevissikring" uafhængigt af de ældende bevisbyrderegler. Tybjergs teori er med andre ord cirkulær:

"Det som gör att en person har anledning att försäkra sig om bevisning rörande vissa av de manofäldiga tilldragen i det dagliga livet, är framför allt hänsyn till rättsreglarna, erkännerliken bevisbörderegler" (1930) s.123. Særligt med hensyn til "opfordringen til bevissikring" gælder, at "det som kan utgöra en særskild anledning att säkra bevisning om ett visst faktum måste väl framför allt vara bevisbördareglarna" (1929) s. 12. "Man kan aldrig resonera om vilken-dera parten som har mest anledning att i ett givet fall skaffa sig bevis om en sak utan att därvid taka hänsyn till bevisbördareglarna. Men därmed är givet att dessa regler ej kunna grundas på den särskilda alnedeningen" (1929) s. 19.

Dette angreb søgtes tilbagevist fra flere praktisk orienterede juristers side ¹³⁾. Men denne kritik blev ikke accepteret ¹⁴⁾, og der blev ikke taget alvorligt til genmæle, hvor senere lejlighed aaves.

Situationen er herefter den, at Tybjergs bevislære på den ene side betragtes som praktisk relevant og rigtig i sin "grundtanke" ¹⁵⁾. På den anden side er denne teori karakteriseret som logisk cirkulær - og derfor vel et utilstrækkeligt udtryk for den dagældende bevisrets grundprincip.

Opgaven må da være med udgangspunkt i Olivecronas kritik og Tybjergs problemstilling at nå til en afklaring

Først må Tybjergs problemstilling rekonstrueres. Når Tybjerg henviste til mulighederne for bevissikring og en hermed forbunden opfordring til bevissikring, indgik disse hensyn i en bredere redegørelse for de synspunkter, som skulle tages i betragtning ved fordelingen af bevisbyrden, jfr. nærmere ovenfor VIII.5. Disse synspunkter havde aktualitet i tilfælde, hvor lovregler og analogislutninger ikke fastlagde bevisbyrdefordelingen.

13) Jfr. Munch-Petersen e SwJT 1930, s.39 f, Jarner UfR 1930.284, Nial i SwJT 1930 s. 355 f.

14) Jfr. Ross U.1930.353.

15) Ross 1930 s. 352, 353.

Selvom Ross mener at have påvist, hvad der var "grundtanken i Tybjergs og Munch-Petersens bevisbyrdelære" (s.352), mener jeg, som det vil vise sig, at Ross kun har fået fat på halvdelen af denne.

Dommerens bedømmelse af, hvilken part der bærer bevisbyrden, beror - når man følger Tybjergs synspunkter - på en analyse af parternes respektive stilling med hensyn til bevissikring.

Jeg skal her give en mere dybtgående analyse af en sådan hensyntagen til parternes forhold som grundlag for bevisbyrdefordelingen, for derved at vise, at den ikke uden videre indebærer cirkularitet. Denne tolkning er ganske vist ikke i overensstemmelse med Tybjergs teori, som han selv formulerede den, men forskellen går kun på udtryksmåden, ikke den reelle kerne, som beror på den normative adfærdsvurderings principper. Olivecronas kritik af Tybjerg rammer ikke denne tolkning.

Ser vi nu kun på hensynet til bevissikring og opfordringen hertil, kan følgende momenter udskilles:

- (1) Muligheden for fremtidig proces foreligger.
- (2) Visse handlinger, der indebærer bevissikring, er mulige for vedkommende part.
- (3) Disse forhold (1) og (2) kan tilregnes den pågældende.

Ad (1) Der må foreligge en mulighed for proces. Dette betyder, at man må interessere sig for følgende punkter:

- (a) den pågældende part har en bestemt opfattelse af de faktiske forhold. F.eks. mener den skyldner, der erlægger betaling, at betaling har fundet sted. (b) En anden person - modparten - kan have en anden opfattelse af de faktiske forhold. Selvom, som i eksemplet, debitor har betalt, kan det naturligvis nu eller senere blive kreditors opfattelse, at betaling ikke har fundet sted. (c) Denne uoverensstemmelse er retligt relevant, dvs. at en dom vil få forskelligt indhold, afhængig af, om den ene eller den anden parts opfattelse lægges til grund af en domstol. Man interesserer sig altså for, om parternes divergens er retlig eller retligt indifferent.

Ad (2) Dette moment sammenfatter de forskellige hensyn til parternes adgang til bevis. Visse af de handlinger, som har betydning i denne henseende, kan erkendes som sædvanlige indenfor det pågældende (forretnings-)område.

Ad (3) Den subjektive tilregnelser svarer til, hvad Tybjerg betegner som opfordring. Såvel muligheden for en divergens vedrørende et faktum af relevans for en domstols bedømmelse som muligheden for gennem egen handling at påvirke grundlaget for denne judicielle bedømmelse må kunne tilregnes den pågældende part som "uagtsom". Mulighederne må erkendes af den pågældende eller i hvert fald ligge "indenfor den kreds af muligheder, med hvilke der i det praktiske liv overhovedet kan være spørgsmål om at regne" (Tybjerg s. 67).

Jeg vil gerne uddybe beskrivelsen af det sidste punkt i en sammenligning med Tybjergs beskrivelse af "opfordringen til bevissikring". Det er, som Olivecrona skriver 1929, s. 12, på denne opfordring at "alt kommer ypperst at hænge på". Tybjerg skriver herom:

"... Den ene Parts fortrinsvise adgang til Bevissikring (kan) aldrig i og for sig ... være afgørende for Bevisbyrdens Fordeling. Den kan kun være det, når den staar i Forbindelse med en foreliggende større eller mindre Opfordring til Bevissikring ... For at der kan siges at være Opfordring til Bevissikring, maa der foreligge en eller anden Omstændighed, der bringer Muligheden af, at netop det paagældende Punkt kan faa Betydning under en Retstrætte indenfor den Kreds af Muligheder, med hvilke der i det praktiske Liv overhovedet kan være Spørgsmaal om at regne. ..Saasnart en ... Bevisbyrderregel tydelig og klart foreligger, skærpes ... derved den i selve Situationen liggende Opfordring til Bevissikring i betydelig Grad, medens omvendt en Bevisbyrderregel ikke indeholder nogen virkelig Opfordring til Bevissikring, naar den har hensyn til Situationer, under hvilke den paagældende endnu slet ikke har Grund til at regne med en eventuel Proces angaaende det faktum, som Bevisbyrderreglen angaar," Tybjerg 1904, s. 67-68.

Tybjerg skelner således mellem "den i selve situationen liggende opfordring" og den opfordring, der kan følge af en etableret bevisbyrderregel. Olivecronas kritik retter sig mod den første forståelse af udtrykket, som er den relevante, når Tybjergs bevismæssige hovedsynspunkter læses

med henblik på dannelsen af bevisbyrderegler. Når Tybjerg her taler om en opfordring i selve situationen, og uddyber dette ved at henvise til muligheden af, at punktet kan få betydning under en proces, og at denne mulighed ligger indenfor, hvad man må regne med, foreligger der en sammenfatning af momenter, som er spaltet op i tre momenter i min analyse.

Den "opfordring" som ligger i den skematiserede bedømmelse, som jeg her har skitseret i tilslutning til Tybjerg, forudsætter ikke, at en vis bevisbyrde regel er gældende. Det eneste, som forudsættes med hensyn til den judicielle bedømmelse, er de materielle regler (som f.eks. gør betaling/ikke-betaling materielt relevant) og visse kriterier for, hvad der opfattes som relevante bevisdata.

Med udgangspunkt i skemaet (1) til (3) kan en rationel opgavefordeling finde sted. Bevisbyrdens fordeling beror på en komparativ bedømmelse af parternes praktiske mulighed for førprocessuelt at sikre et bevismæssigt grundlag for den af hver af parterne hævdede opfattelse.

Efter at jeg hermed har opstillet et mere korrekt skema for den normative bevisbyrdefordeling, kan urigtigheden i Olivecronas argumentation for Tybjergs cirkularitet let eftervises. Olivecrona skriver f.eks.:

Riktigheten av den förda kritiken bekräftas, om man granskar den användning Tybjerg gör av sin teori ... Huvudreglen (om att debitor bär bevisbyrden för betalning) skulle alltså grundas därpå, att en sådan anledning (til at sikre sig kvittering) normalt föreligger. ... Men tänker man sig, att regeln om gäldenärens bevisskyldighet beträffande betalning icke funnes, så vore därmed praktiskt taget all anledning för gäldenären att skaffa sig bevis om betalning upphävd. Utsikten till att en borgenär skulle kunna föra bevisning om att betalning icke ägt rum vore ju alltid, och i synnerhet om verkligen betalning ägt rum, försvinnande liten. Huvudregeln kan alltså inganlunda grundas på att det skulle föreligga en i och för sig bestående "Opfordring til Bevis-sikring", 1929, s. 15 - 16.

Olivecronas argumentation følger denne linie: Hvis reglen om skyldnerens bevisbyrde ikke fandtes, var der ingen anledning for skyldneren til at skaffe sig bevis. Hvorfor ikke? Fordi der ikke var nogen grund til at vente, at kreditor

ville kunne føre bevis for ikke-betaling. Hvorfor er det relevant, om kreditor kunne føre et sådant bevis? Svaret herpå må være, at når det er sagt at debitor ikke bærer bevisbyrden, så er samtidig sagt, at det må være kreditor der bærer bevisbyrden. Først ser Olivecrona situationen fra debtors synspunkt: Hvis kreditor har bevisbyrden, er der ingen anledning for mig til bevissikring - og dernæst slutter Olivecrona: Ergo kan der ikke påvises nogen anledning til at sikre bevis uafhængigt af bevisbyrderegelen. Men hele Tybjergs problemstilling forudsætter, at bevisbyrdespørgsmålet står åbent - og skal afgøres judicielt.

Denne urigtige opfattelse af problemstillingen genfindes i Olivecronas fortsatte argumentation:

"Lika litet kan undantaget från huvudregeln (nemlig den undtagelsesregel, at debitor ikke bærer bevisbyrden for betaling, når denne er sket i forbindelse med en gensidig opfyldelse) grundas på att gäldenären vid kontantköp skulle sakna anledning begära kvitto, här han betalar kontant i överensstämmelse med kontraktet. Tillämpas vid domstolarna den regeln, att gäldenären har bevisbördan även när han påstår sig have gjort detta, så har han den största anledning att begära kvitto även vid kontantbetalning", 1929, s. 16.

Her går Olivecrona igen fra den ene bevisbyrderregel til den anden: Hvis skyldneren havde bevisbyrden for betaling - argumenterer Olivecrona - så havde han også anledning til at sikre sig en kvittering - ergo er anledning til bevissikring dikteret af bevisbyrdereglen. Dette er naturligvis ulogisk: Selvom en bevisbyrderregel kan diktere en anledning til bevissikring, er dette ikke ensbetydende med, at en opfordring til bevissikring kun begrundes i en bevisbyrderregel.

Med denne argumentation går Olivecrona udenom det judicielle problem at udvikle bevisbyrdereglen. Og der er ikke noget cirkulært ved at den judicielle bevisbyrde fastlægges under hensyn til bl.a. de forhold, som er nævnt under (1) - (3) ovenfor.

Af min præcisering (eller korrektion) af Tybjergs "opfordring" følger tillige, at en bestemt bevisbyrderregel ikke overflødigsgør spørgsmålet om "opfordring". En given bevisbyrderregel giver kun en anledning til bevissikring, såfremt

der foreligger mulighed for en faktisk divergens jfr. (1), og dette bør erkendes, jfr. (3). Disse forudsætninger ser Olivecrona ganske bort fra i den ovenfor citerede kritik. Han går ud fra, at når bevisbyrdereglen er fastlagt, motiverer den til bevissikring.

Forholdet mellem en gældende bevisbyrderregel og bevissikring er mere kompliceret. For det første kræver den normative vurdering flere betingelser. For det andet er det ikke kun den, der bærer bevisbyrden, der er "opfordret". Også under den legale bevisteori - som Tybjerg og Olivecrona går ud fra - kunne "modbevis" føres. Dette indebar, at oplysningskravet var mere komplekst. Påhvilede bevisbyrden P_1 , kunne P_2 sikre sig bevis for at modbevise P_1 's bevis. Og P_1 kunne således sikre sig mere bevis end det normalt tilstrækkelige.

(4) Ved en sammenfatning af denne kritik af Olivecrona's behandling af Tybjerg, kan man tage sit udgangspunkt i Tybjergs sammenligning af bevisbyrdeafgørelsen med en straffedom. At basere en retsafgørelse på en bevisbyrderregel, er at anerkende, at der træffes en afgørelse uden tilstrækkelig vished om de relevante fakta. De normative ansporinger til bevissikring, dvs. at tilvejebringe et tilfredsstillende grundlag for den judicielle afgørelse, har svigtet. Samtidig med at dommen tager stilling til det faktiske problem i og med at bevismanglen kommer den ene og kun den ene af parterne til stade, stipulerer den også de fremtidige anvisninger for, hvordan denne situation skal undgås. Bevisbyrde-reglerne kommer ud fra dette synspunkt til at virke i to henseender: For det første indebærer en anvendelse af en bevisbyrderregel en præcisering af beviskravene - der beror på en analyse af parternes egne bevismuligheder - og ansporer derfor de implicerede til en adfærd, der fremtidigt vil tilvejebringe et tilfredsstillende grundlag for den judicielle afgørelse. Der vil, i det omfang dette hensyn fungerer, ikke opstå tvivlsomme retssager. Herved realiseres Tybjergs "ideale dom". For det andet fungerer en således begrundet bevisbyrdeteori i de tilfælde, hvor dette

hensyn ikke har fungeret. Manglen af tilstrækkeligt bevis kan tilskrives den ene af parterne som en forsømmelse. Partens forsømmelse kan legitimere den for denne part skadelige udfald.

Disse to synspunkter fungerer side om side, ligesom præventions- og genopretningssynspunktet fungerer side om side i erstatningssager bedømt efter culpa-reglen. Olivecrona mener, at Tybjerg blander disse to synsvinkler sammen¹⁶⁾, men dette viser blot, at han ikke har forstået Tybjergs hovedtanke. Den består netop i en forening af disse to synspunkter. Det er ikke blot bevisbyrdereglernes funktion at overflødiggøre sig selv, jfr. Ross U.1930.352, men også at kunne legitimere en retsafgørelse i tilfælde af mangel på bevis.

Af Olivecronas kritik af Tybjerg kan på den anden side fastholdes, at det naturligvis må betragtes som vilkårligt - som Tybjerg - at tage udgangspunkt i, at det ensidigt er sagsøgeren der bærer bevisbyrden. Væsentligere er imidlertid spørgsmålet om fortolkningen af "opfordrings"-teorien. Først og fremmest er udtrykket opfordring misvisende. Teorien kan forkastes, for så vidt den tages som udtryk for, at der i selve situationen ligger en expliciteret anvisning på en bestemt handle-måde. Dette svarer til den udtryksmåde, som Tybjerg anvender, og kritikken er for så vidt berettiget. Men med den af mig beskrevne omtolkning, som forekommer ganske overensstemmende med Tybjergs arbejde, og som ligeledes harmonerer med de mere almene synspunkter som indgår i min redegørelse for den normative adfærdsvurdering, forsvinder grundlaget for denne kritik. Situationen selv indeholder ikke en expliciteret anvisning, men er relevant ved bedømmelsen af de forskellige handlemuligheder, som parterne har med henblik på tilvejebringelsen af de alternative beviser, som udgør grundlaget for den judicielle bedømmelse, og disse forskelligheder kan være anskuelige for de pågældende parter. I tilknytning til denne partssituation kan bygges en normativ bevisbyrderegulering, der tilstræber at tilvejebringe

16) 1929 s. 20 f, 1930 s. 128 f, jfr. Ross U 1930.133, 351, 352.

en så omfattende bevismæssig sikkerhed, som det pågældende retsforhold gør rationelt. Dette vil ofte være det samme som at tilvejebringe den størst mulige sikkerhed, men beviskravene kan, som Tybjerg omtaler udførligt, eventuelt sænkes.

Olivecrona har ikke forstået det legitimationsproblem, som rejser sig hvor en juridisk afgørelse skal træffes uden sikker viden om de relevante retsforhold. Det er netop i denne situation, at behovet for en bevismæssig regulering, der harmoniserer med den materielle ret, er aktuelt.

Olivecrona henregner Tybjergs teori til hans begreb om "sandsynlighedsteorier". Olivecronas "sandsynlighedsteori" betyder følgende: Grundlaget for sandsynlighedsberegningerne er visse gængse vaner i retslivet. Bevisbyrdereglerne hører til de faktorer, som etablerer disse sædvaner. "Underlaget för sannolikhetsberäkningen är med andra ord bestämt av bevisbörderreglerna", 1929 s. 15, jfr. s. 17. - Dette er imidlertid ikke Tybjergs tanke. Når bevisbyrdereglen anviser, hvilken af parterne det skal gå ud over, at der er mangel på tilstrækkeligt bevis (sammenlign definitionen Tybjerg 1904 s. 1), er det ikke fordi, man i denne situation efter en sandsynlighedsbedømmelse kan gå ud fra, at faktum har en bestemt sammenhæng. Det fraværende bevis er ikke i sig selv et sandsynlighedsmæssigt grundlag for en antagelse om faktum. Når Tybjerg omtaler den betydning som en etableret bevisbyrderegel kan have i form af "opfordring", er det ikke fordi opfordringen indebærer en sædvaner i retning af bevissikring, men fordi den støtter den normative bedømmelse af det mangelfulde bevis.

Det er derfor misvisende at betegne Tybjergs teori som en sandsynlighedsteori. (Jeg sammenligner her en rigtig forståelse af Tybjerg med Olivecronas begreb om sandsynlighedsteori. Med mit "sandsynlighedsteori", jfr. kap. V ovenfor, har Tybjerg ingen forbindelse).

Olivecrona henfører bevisbyrdeproblemet til den judicielle afgørelse, idet han opfatter det som et spørgsmål om en procesretlig differentiering mellem de retsfakta som skal være tilstrækkeligt beviste for at den pågældende parts krav kan finde medhold, 1930 s. 159. Dette er i hovedsagen en terminologisk omstrukturering af bevisbyrdeproblemet, som formentlig hænger sammen med en almindelig udviklingslinie i den bevisretlige regulering. Man kan betragte Olivecronas kritik af Tybjerg som et skridt hen mod en "statscentreret" bedømmelse af de faktiske forudsætninger for den statslige indgriben i form af tvangsmæssig eksekution. Men nogen egentlig teori for, efter hvilke synspunkter den judicielle faktumerkendelse foregår, finder man ikke hos Olivecrona.

Overfor den traditionelle teori, som ifølge Olivecrona opfatter bevisbyrdeproblemet som knyttet til materielle rettigheder og forpligtelser, stiller Olivecrona en utilitaristisk samfundsmodel, hvor retsreglerne skal bedømmes efter deres samfundsmæssige nyttevirkning. "Anvendelsen af en vis slags retsregler er ikke i og for sig noget nyttigt. Nytten beror helt og holdent på reglernes sociale virkninger". Heraf sluttes, at "om anvendelsen af de materielle regler således ikke er et formål i sig selv, kan heller ikke bevisbyrde-reglernes formål eller nytte bestemmes i relation til dem", 1929 s. 22. For begge sæt af regler gælder, at deres gavnlighed beror på deres samfundsmæssige virkninger. Denne henvisning til samfundsnytten som udbyggedes mere udførligt hos Lundstedt, er en videreføring af utilitarismen, jfr. hertil Ross 1953 s. 381 f.

Ved diskussionen af Olivecronas kritik af Tybjerg for cirkularitet kan det have interesse at sammenligne med en diskussion, som Lundstedt rejste vedrørende culpabegrebet og dets cirkularitet. Fælles for forskellige formuleringer af culpastandarden er, at de refererer til den handlemåde, som udvises af visse personer, eller den opfattelse af forsvarlig handlemåde, som behersker visse personer. Culpøs er den handlemåde, som afviger fra hvad gode borgere (*pater familias*) ville have foretaget, eller culpøs er den handlemåde, som mødes af misbilligelse hos de mennesker, som udøver vedkommende virksomhed. Men - analogt med Olivecronas kritik af Tybjerg - det kan hævdes, at der ikke kan påvises nogen sådan norm uafhængigt af den gældende erstatningsregel. Når dommeren stiller spørgsmålet, hvilke handlemåder der skal pådrage erstatningsansvar, er svaret på dette spørgsmål umiddelbart en henvisning til de relevante personers opfattelse eller handlemåde, men denne er ikke uafhængig af, hvilken norm dommeren selv stipulerer som culpapareglens indhold ¹⁸⁾.

Det vil føre for vidt at tage problemet op i dets fulde bredde. Det angår nemlig i sin grund forholdet mellem retsreglerne og de sociale forhold, som reglerne angår. I Lundstedts og Olivecronas kritik forudsættes som grundopfattelse,

18) Se hertil Lundstedt: *Obligationsbegreppet* II: 1 (1930) s. 204, *Grundlinjer I: Culpaparegeln* (1935) s. 112, *Grundlinjer II: II,1* (1948) s. 22-23, 23 f.

at det primære er retsreglerne: Retsreglerne er direktiver, hvori en bestemt adfærd foreskrives som normativt korrekt. Afgørende for det direktiviske indhold er visse overvejelser over den samfundsmæssige virkning af den pågældende regulering. Som alternativ opstilles, at den judicielle bedømmelse - af hvorvidt der er handlet forsvarligt eller hvorvidt der er sket tilfredsstillende bevissikring - tager sit udgangspunkt i de sædvaner og opfattelser, som er herskende i det pågældende område. Den judicielle bedømmelse kan "godkende" den udenretlige adfærd eller "korrigere" den. Men udgangspunktet for den judicielle vurdering er vedkommende handlemåde (eller den sædvanlige mening om den). Den retlige afgørelse legitimeres ved dens overensstemmelse med denne herskende opfattelse. Ved at den optages i den judicielle afgørelse, sker der naturligvis en præcisering og under visse omstændigheder også en korrektion af dette udgangspunkt. Men dette betager ikke udgangspunktet dets (logiske såvel som empiriske) mening og sandhed ¹⁹⁾.

De forfattere, som især Olivecronas kritik retter sig mod, kan nok siges i for høj grad at betone den judicielle afhængighed af de ekstra-judicielle forhold, især den af Tybjerg hævdede i situationen liggende opfordring til bevissikring. Men denne overbetoning begrundes naturligvis ikke det modsatte ekstrem.

Hvor den judicielle regel ikke er fastlagt, findes støtte i den gængse - forsvarlige - adfærd og i partens mulighed for selv at kende denne adfærd som vejledende. Normer for et område udvides til andre områder (sml. Tybjerg ovf. om retligt normale adfærd). I denne udviklingsproces gøres brug af konstruktioner.

"Og det er kun en "realistisk" Retslære, der savner Forstaaelse for det mest reale i Retsfænomenerne, der kan stemple denne Konstruktion som meningsløs og udtryk for juridisk Overtro" 20).

19) Jfr. Hellner SwJT 1953 s. 615 og Gomard 1958 s. 184.

20) Ross (1934) s. 377 - om Lundstedt.

6.2. Den svenske sandsynlighedsteori

En empirisk bevisteori (sandsynlighedsteorien) kan forholde sig på forskellig måde til den her præsenterede teori om en normativ adfærdsvurdering. Sandsynlighedsteorien kan tage sit udgangspunkt i den opfattelse, at enhver bevisvurdering - judiciel eller ikke-judiciel - må indeholde en sandsynlighedsvurdering, idet den sandsynlighedsteoretiske bevisteori betragtes som en nødvendig følge af en korrekt erkendelsesteoretisk opfattelse ¹⁾. I så fald kan den her præsenterede teori om den normative adfærdsvurdering såvel som det materiale, som den bygger på, kun betragtes som et udtryk for et sæt af menneskelige vildfarelser, som det er sandsynlighedsteoriens opgave at korrigere. Efter som den normative adfærdsvurdering er hævdet at være et centralt struktureringsprincip ved den judicielle bestemmelse af, hvilke fakta der skal antages, har denne kritiks udgangspunkt ikke interesse. Den bevisretlige analyse kan ikke indskrænke sig til en deduktion fra den almene erkendelsesteori. (Om det erkendelsesteoretiske udgangspunkt er korrekt eller ej, går jeg ikke ind på).

Bedre muligheder for en diskussion foreligger, når sandsynlighedsteoriens kritik tager følgende form: "Det kan nok være rigtigt, at bevisregler navnlig bevisbyrde-regler kan sættes i forbindelse med parternes bevismuligheder, og at en vis bevissikring og bevisfremlæggelse animeres gennem bevisbyrde-reglerne. Men dette nødvendiggør ikke en teori om adfærdsvurdering, bygget op i analogi med en obligationsretlig culpa-regel. Det må være tilstrækkeligt at påvise de typer af bevisdata, som bevisretten er særligt interesseret i at fremme for at animere til bevissikring, og med hvilke regler bevisretten opmuntrer sikringen af sådanne bevisdata".

Denne argumentation kan søges præciseret ved at optage Ekelöfs teori om presumptioner til diskussion ²⁾.

1) Sml. Stening 1973 s. 65, jfr. Tribe 1971 s.1330 note 2.

2) Ekelöf IV 1973 s. 75 f, navnlig s. 79-80, s. 97, s. 153-54. Om den svenske presumptionsteori i almindelighed se ovenfor VI.5.

Præsumptionen kommer i Ekelöfs bevisteori ind i billedet som en forandring af bevisbyrdepunktet: Fremlæggelsen af et bestemt bevisdatum indebærer, at det almindelige krav til bevissets styrke forandres. Det kan eksempelvis antages, at betaling af et skriftligt fikseret gældsforhold må bevises med en meget høj grad af sandsynlighed ("styrkas"), men fremlægges en skriftlig kvittering for betaling, kan det antages, at beviskravet sænkes, således at det er tilstrækkeligt, at betaling gøres sandsynlig (s. 153-54). Om det forholder sig sådan efter den i Sverige praktiserede bevisvurdering, udtaler Ekelöf sig ikke, men her beskæftiger vi os også blot med den almene struktur.

Eftersom beviskravet sænkes, såfremt det pågældende bevisdatum fremlægges, vil en sådan beviskravs-differentiering indebære et incitament til, at den part, som bevisbyrden påhviler, fremlægger netop denne type af bevisdatum. Herved opnår vedkommende jo en bevisretlig begunstiggelse, fordi et eventuelt modbevis skal have større styrke end normalt.

Endvidere ses det, at det er muligt at opretholde bevisvurderingen som en ren konstatering af den foreliggende sandsynlighed for det relevante faktum. Den for sandsynlighedsteorien karakteristiske adskillelse mellem teoretisk erkendelse og praktisk beslutten opretholdes, idet de normative synspunkter reduceres til begrundelse for et bestemt beviskrav. De momenter, som kan tale for et ændret resultat hvad angår den judicielle antagelse, inkorporeres ikke som sidestillet element i en samlet judicial bedømmelse, men føres så at sige bagud til det sæt af normative synspunkter, som bestemmer den retlige regulering, her bevisbyrde-reglen.

Disse to træk ved præsumtionsteorien skal kommenteres udfra den normative teoris synspunkt: Når præsumptionsreglen skal fremme bestemte typer af bevisdata, forekommer det rimeligt, om præsumtionen ikke rækker videre end, hvad der er muligt for den pågældende part. En særlig præsumtion i forbindelse med kvitteringer har ingen relation til de tilfælde, hvor den betalende debitor ikke har nogen praktisk mulighed for at sikre sig eller opbevare en kvittering. Men Ekelöfs præ-

sumptionsregel er ikke begrænset på denne måde. Her er en væsentlig forskel mellem en præsumtionsteori som Ekelöfs og den her præsenterede teori.

Det forekommer mig rimeligt at antage, at bevisbyrderegler - herunder de særlige bevisbyrderegler der tager form af præsumtioner - som er begrundet i hensynet til parterers bevismuligheder og specielt tilsigter at incitere til en vis type af bevissikring, i overensstemmelse med andre adfærdsdirigerende regler bygger på de grundprincipper, som følges i den materielle ret i almindelighed. De vil, for såvidt angår sådan adfærdsdirigering som her er omtalt, da være betinget af, at en form for tilregnelser (forsætlig eller uagtsom) i forhold til de objektive bevissikringskrav kan hævdes. Bedømmelsen af denne betingelse kan være generel dækkende et vist abstrakt defineret retsforhold.

Et andet spørgsmål er det konkrete, hvorvidt man vil anse en bestemt adfærd som culpøs eller ikke-culpøs med hensyn til eksempelvis bevissikringen. Dette problem kan belyses på grundlag af et eksempel (sml. Ekelöf s. 153).

En kreditor har arvet sin fordring. Skyldneren hævder at have betalt arvelader. Er der ved bedømmelsen af, om betaling skal antages, forskel mellem følgende to situationer? (1) Den pågældende skyldner hævder, at han, da han betalte, bad om og modtog kvittering, men denne er bortkommet på grund af en ildebrand. (2) Skyldneren erkender, at han undlod at bede om kvittering og derfor ikke kan fremlægge en sådan.

Det ser ud som om, at svaret på dette spørgsmål skal vise, om den objektive præsumtionsteori eller den culpa-orienterede adfærdsvurdering er den korrekte teori. Men denne problemstilling er forenklet: Forskellen mellem (1) og (2) beror på et bevis for forsømmelse contra ikke-forsømmelse. Men dette kan ikke bero alene på skyldnerens forklaring. En anden vanskelighed følger af, at bedømmelsen af, om det er en forsømmelse at undlade at få kvittering, eller om det er en forsømmelse at undlade at sikre en modtaget kvittering således, at den ikke udsættes for brand osv., må, som tilsvarende culpaspørgsmål, besvares under hensyn til gældsforholdets karakter og parternes forhold mv. Modsætningen mellem en præsumtionsteori og en adfærdsvurdering må behandles som en strukturel modsætning, og den må bedømmes i dens almenhed.

En væsentlig indvending mod en præsumtionsteori som Ekelöfs forekommer mig at være, at den ikke indeholder nogen samlet opfattelse af, i hvilke tilfælde bestemte typer af bevisdata etablerer præsumtioner. Med en præsumtionsteori kan det kon-

stateres, at der undertiden sker forrykninger i beviskravet som følge af bestemte typer af bevisdata, navnlig skriftligt bevis. Sandsynlighedsteorien med dens præsumtionsteori indeholder så at sige en almen struktur, som er åben for en hvilken som helst regel. Ligeså åben denne teori er, ligeså lidt kan den bidrage til forklaring af de judicielle vurderingssæt, som forekommer.

Under hensyn til kvitteringens stilling som gentaget skoleeksempel må nævnes, at det næppe er ganske heldigt at koncentrere opmærksomheden om et sådant eksempel. Kvitteringen udgør nemlig et bevisdatum, som er knyttet af retsforhold af et betydeligt absolut antal, og for sådanne tilfælde sætter sig bevisvurderinger igennem, som er præget af en "massevurdering". Bevisvurderingen og bevisreguleringen standardiseres. Kvitteringen får derfor som bevisdatum en særstilling, som indebærer bl.a. at modbevis i forhold til en kvittering tillægges ringere betydning end et tilsvarende modbevis i anden sammenhæng, eftersom det er praktisk at kunne holde sig til kvitteringen i almindelighed. Dette vender jeg tilbage til i det følgende kapitel.

Det andet centrale moment i præsumtionsteorien er adskillelsen mellem den teoretiske indsigt og den praktiske-normative vurdering. Denne adskillelse har jeg diskuteret i almindelighed i forbindelse med kritikken af den svenske sandsynlighedsteori ovenfor VI. Jeg tager spørgsmålet op i det følgende afsnit.

7. Legitimation og optimering

(1) Teorien om en normativ adfærdsvurdering som bestemmende for den judicielle bedømmelse af omtvistede fakta opstilles som et "alternativ" til den juridiske sandsynlighedsteori. Den normative teori udvikles i tilknytning til udviklingen af den "fri bevisbedømmelse". Udviklingen i reglerne om bevisbedømmelse var ledsaget af en erkendelse af, at almene formler for placeringen af bevisbyrden ikke kunne gives:

"... Opgaven ved Beviisbyrdens Fordeling er at opstille Saadanne Regler, der almindeligen og stadigen befulgte mindst udsætte den, paa hvis Side Retten er, for at lide ..." 1)

Efter at have erkendt, at bevisbyrden ikke kan reguleres af ét fælles princip, men må hænge nøje sammen med det materielle retssystem, bemærkes: "Det gjælder... om at opstille Saadanne Regler for Beviisbyrdens Fordeling i de enkelte Klasser af Retsforhold, der som almindelige og stadigen fulgte i alle de Concrete Skikkelser, hvorunder Retsforholdet kan fremtræde, mindst udsætte den paa hvis Side Retten virkelig er, for at lide", "... I Virkningen eller Resultatet (kan) selve Rettighedens Substans forsaavidt .. siges at paavirkes af Beviisbyrdens Ordning, som Retsnydelsen lettes eller vanskeliggjøres eftersom Beviisbyrden er fordeelt paa den ene eller den anden Maade" 2).

Samtidig med at bevisteorien i sidste halvdel af 19. århundrede løste bevisbyrden fra almene processuelle kriterier, opløstes også "den juridiske vished" som et fast, invariabelt kriterium for bedømmelsen af et bevis' tilstrækkelighed ³⁾.

Denne bevægelse førtes - bevisretligt set - frem under devisen "princippet om fri bedømmelse", men - som jeg har beskrevet - var der betydelig uklarhed med hensyn til, hvad det egentlig var for en frihed, der indførtes i de nordiske procesreformer. I almindelighed beskrives den negativt-historisk med henblik på både dommer og parter, nemlig som en frihed for legale bånd på, hvilken type af bevisdata (bevismidler), der kunne føres, og hvilken vægt (bevisværdi) de kunne tillægges.

Netop denne negative bestemmelse har åbnet for uklarhed. Med Ørstedes "meddelbare overbevisningsgrunde" kunne den værste

1) Schweigaard 1879 s.337 (tilsvarende i l.udo. 1849, altså før Nellesmann).

2) Nellesmann 1892 s. 353, s. 355, jfr. Afzelius 1882 s.75, som Tybjerg s.61 tager til indtægt for sit hovedsynspunkt.

3) Jfr. ovf. kap. IV.4. under (1).

subjektivitet vel udelukkes, men stadig måtte man savne en positiv beskrivelse af, efter hvilke kriterier bevisvurderingen skulle ske. Når disse kriterier søges formuleret, må det ske på en sådan måde, at de korresponderer med forestillingen om et princip om en "frihed", dvs. det er ikke en tilfredsstillende løsning som forståelse (anderledes når det gælder reform) af dette stadigt gældende princip at henvise til de empiriske videnskabers love og slutningsmetoder.

(2) En forståelse af bevisretten må begynde med en realistisk forståelse af retssystemets opbygning. Hertil hører forestillingen om de materielle rettigheder og i det hele en materiel regulering, som sanktioneres judicielt. Den videnskabsteoretiske kritik af den naturretlige opfattelse forandrer ikke det gældende retssystems opbygning.

Denne opdeling behøver ikke at betyde, at den judicielle sanktioneren - procesretten - er uden betydning for den materielle ret. Denne sammenhæng erkendes netop af Nellenmann i det ovenfor citerede.

Hvorledes opfattede man da bevisretten i denne sammenhæng? Bevisrettens problem udtrykkes i de citerede forfatters mål, at den judicielle afgørelse i videst muligt omfang er i overensstemmelse med den materielle ret, eller mere præcist i at den judicielle antagelse i videst muligt omfang er i overensstemmelse med virkeligheden.

For opnåelsen af dette mål gælder imidlertid nogle grænser, som sjældent omtales i forbindelse med bevisretten, formentlig fordi de betragtes som selvfølgelige. Der gælder i såvel civil- som kriminalretten ganske snævre grænser for det offentliges kompetence til på egen hånd at realisere dette mål. Disse grænser må sættes i forbindelse med andre - og væsentligere - "friheder" end bevisbedømmelsens frihed. Det må i denne forbindelse være tilstrækkeligt at henvise til den private autonomi, som sætter den privates integritet som udgangspunktet og den statslige undersøgelse som modifikation ⁴⁾.

4) Den processuelle side heraf behandles i kap. X.

Realisationen af det for processen satte mål kommer derfor til at bero på parterne. Men samtidig med at domstolen ikke kan "kræve" noget af parterne, for så vidt angår deres førprocessuelle bevissikrende virksomhed, må domstolens afhængighed af parterne give sig udtryk i de afgørelser, der skal træffes, hvor en afklaring ikke er nået. Denne afgørelse beskrives som en "lidelse" for den, hvis materielle ret ikke finder anerkendelse, eller som pålægges en pligt, der ikke materielt er begrundet. For disse "lidelser" opstår et legitimationsproblem, fordi den privates frihed (eller rettighed) gennembrydes af en afgørelse, som ikke er funderet i en vished om de den materielle retsstilling begrundende fakta.

Tybjerg sammenligner bevisbyrde regler med strafferegler, og det er netop denne lidelse, som begrundet sammenstillingen, som her skal videreføres under inddragelse af tillige de to andre synspunkter.

For de judicielle kriterier for antagelse/forkastelse af et faktum er følgende problemer centrale:

- (a) Optimeringsmål: Bevisregler skal udformes således at antallet af judicielle antagelser, der er objektivt korrekte, maximeres.
- (b) Interventionsgrænser: Dette mål kan ikke søges realiseret ved anvendelse af ethvert middel. (Den legale bevisteoris tvangsmidler ophæves). Den judicielle afgørelse beror på (slutninger fra) parternes adfærd.
- (c) Legitimation af judicielle antagelser kan opnåes ved, at retningslinjer for bedømmelsen af partens bidrag til procesmaterialet (manifeste bevisdata) integreres i bedømmelsen af, hvilket faktum der skal antages. Hermed kan den konkrete "lidelse" føres tilbage på parten selv, idet den er et resultat af en forsømmelse.

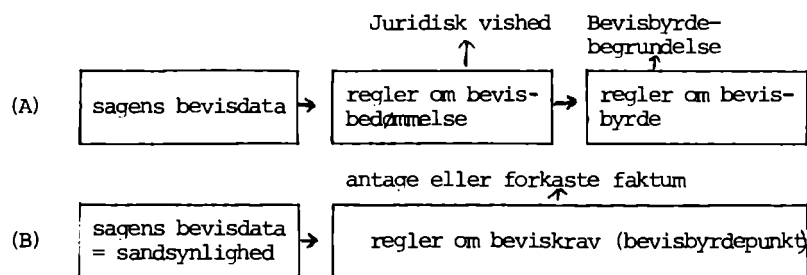
Det er legitimationsproblemet, der udmærker de ældre bevis teorier. Når den materielle ret senere ikke hævdes uafhængigt

af den processuelle erkendelsesproblematik, forsvinder legitimationsproblemet. Den "materielle" og "processuelle" regulering må forstås under et, f.eks. som hos Olivecrona sammenfattet i en regulering af differentieringen af de fakta, der skal være godtgjorte for at dommeren kan afsige dom at et bestemt indhold ⁵⁾.

I den tidlige juridiske sandsynlighedsteori's betoning af overvægtsprincippet udtrykkes også et rent "optimerings-synspunkt". Men hos Ekelöf indgår hensyn til bevismulighed og -vanskelighed i argumentationen for bevisbyrde-regler. Heri finder jeg et væsentligt udtryk for det normative synspunkt, jeg her hævder. Spørgsmålet er, hvilken betydning det har, at de normative synspunkt indgår som begrundelse for en bevisregel, ikke som et element i reglen selv.

(3) Bedømmelsen af, hvilke muligheder/vanskeligheder hver af parterne har for bevisførelse, og hvilket sikkerhedsniveau det er rimeligt at forlange for pågældende faktum, afspejler sig i de ældre forfatteres teorier om såvel bevisbyrdefordeling som bevisbedømmelse (juridisk vished). Dette kan betragtes som en teoretisk uklarhed. Men det udgør formentlig et udtryk for, hvad der netop måtte følge af en "frihed" i bevisbedømmelsen.

Udgangspunktet for anvendelse af regler om henholdsvis juridisk vished og bevisbyrde fremgår af figuren (A)



Figur

5) Sml. Ross 1970 s. 55 f om straffens "formål". Med optimering side-stilles prævention, og med legitimation 'retsgrund'. Der er dog tale om en inspiration, snarere end en analogi.

Sagens bevisdata sammenholdes først med kravene til juridisk vished, og dernæst - hvis disse krav ikke var tilfredsstillende - bedømtes sagen efter bevisbyrdereglene. I praksis kan denne opdeling let blive til en vilkårlig tvedeling : Foreligger bevisdata, antages faktum i kraft af en bevisbedømmelse - foreligger ikke bevisdata, forkastes faktum i kraft af bevisbyrdereglene. De to regelsæt integreres da, således at de som en helhed regulerer denne dikotomisering.

Denne integration er sket i den norsk-svenske sandsynlighedsteori, jfr. figuren (B). Når denne teori stadig taler om "bevisvurdering", har det ikke noget at gøre med den ældre bevisrets "bevisbedømmelse", men er simpelthen den konkrete anvendelse af det retlige sandsynlighedskrav (bevisbyrde-regel), ligesom undersøgelse af en persons alder er en konkret anvendelse af en lovregel om myndighedsalder.

Men i modsætning til den norsk-svenske sandsynlighedsteori vil jeg - med henblik på gældende ret - hævde, at de normative synspunkter i såvel bevisbedømmelse som bevisbyrde ikke er forsvundet med den integration eller tilnærmelse, som "den fri bevisbedømmelse" har medført.

For at forstå forholdet mellem de forskellige regelsæt - bevisbyrde, bevisbedømmelse, formodning, processuel oplysningspligt - må man erkende et for bevisretten grundlæggende og iøjnefaldende træk: Den bevisretlige regulering er præget af stor uklarhed, opbygget af regler og principper af indbyrdes modstridende indhold, er tildels slet ikke reguleret. Dette kan uddybes, idet jeg summarisk opstiller forskellige praktiske reguleringstyper:

(a) Retspolitiske synspunkter af almindeligt indhold. De anføres til støtte for etableringen af en regel af præcist indhold eller for en konkret bedømmelse. (b) Almen regel, som nok er gældende, men ikke af præcist indhold. (c) Hovedregel, som er forbundet med undtagelser, og som evt. må forstås med flere - ikke udtalte - undtagelser. (d) Den entydige regel, der forbinder betingende kendsgerninger med bestemte retsfølger.

Tybjergs bevisbyrdeteori eksemplificerer en bevisretlig normering, som skal opfattes som såvel egentlig regulering - hjemmel - som almindeligt retspolitisk grundlag for udvik-

ling af regler indenfor uregulerede områder. - En regulering tager præcisere form, når den situation, den angår, specificeres. Den omskiftelige "falske bevisbyrde" må forstås som udtryk for en stadig mere entydig bestemmelse af den bevisretlige regel, efterhånden som den pågældende bevissituation defineres. - I reglerne om bevisbedømmelse vil man ofte tage stilling til betydningen af et bestemt bevisdatum. Disse forskellige reguleringstyper findes indenfor andre områder, navnlig hvor reguleringen beror på judiciel praksis. Eksempelvis kan culpa-reglen gennemgå et lignende antal af metamorfoser - fra at være et almindeligt retspolitisk udtryk til at være en almen - men meget ubestemt - regel, til at være specificeret med henblik på nogenlunde veldefinerede situationer.

Pointen i denne analyse er, at forskellen mellem de forskellige bevisregler ofte kan forklares ved at henvise til deres forskellige placering i et sådant system. Heraf følger, at de normative synspunkter, som indgår i de konstituerende principper for bevisreguleringen ikke er forsvundet i den konkrete bevisbedømmelse, men præciseret eller specificeret med henblik på en konkret situation.

Hermed har jeg taget stilling til det af Ekelöf hævdede synspunkt, at de normative momenter indgår - og kun indgår - som led i motiveringen for bestemte - ikke-normative - beviskrav.

Mit synspunkt skal gøres anskueligt gennem et eksempel.

UFR 1971 s. 138 H: Efter licitation havde entreprenør E påtaget sig overfor kommunen K at oprense nogle nærmere bestemte vandløb for en bestemt tilbudssum. Der førtes forhandlinger mellem K og E om en nedsættelse af licitationssummen, men parterne afgav forskellige forklaringer om forhandlingernes forløb. Efter arbejdets afslutning forlangte E den fulde tilbudssum, mens K hævdede, at der var aftalt en nedsættelse af tilbudssummen, og at E kun havde udført en mindre del af det arbejde, som oprindeligt var udliciteret. Der blev afgivet forklaringer om forhandlingerne, og vidner forklarede om E's arbejde - forklaringer som pegede på, at E næppe havde udført det fulde arbejde.

Landsretten fandt på grundlag af disse vidneforklaringer godtgjort, at E ikke som af ham forklaret havde udført det fulde oprensingsarbejde, og fandt derfor, at der havde været rimeligt grundlag for en prisreduktion. Under hensyn hertil lagde man K's forklaring om mødernes forløb til grund, og anså det for godtgjort, at E havde godkendt en prisreduktion.

Højesterets flertal (3 HD) fandt ikke "grundlag for at ændre den af

landsretten foretagne bevisbedømmelse", mens et mindretal (2 HD) udtalte:

"Idet bemærkes, at da kommunen ikke - som der var opfordring til - har foretaget nogen konstatering af det udførte arbejdes omfang eller noget notat om de påståede aftaler med appellant (E), findes det betænkeligt på grundlag af de under sagen afgivne vidneforklaringer at anse det for godtgjort, at appellant (E) ikke har udført arbejdet på de i dommen nævnte 2 strækninger, eller at han skulle være indgået på en nedsættelse af den aftalte pris". Herefter stemte disse dommere for at tage E's påstand til følge.

I dette hændelsesforløb kan udskilles en oprindelig aftale om en bestemt arbejdsydelse og en hertil svarende pris. Uenigheden vedrører, om der senere er aftalt en ændring af arbejdsydelsen og en hertil svarende ændring af prisen. Landsretten fandt reduktion i arbejdsydelsen bevist og sluttede heraf, at også prisreduktionen var godkendt. I højesteretsdissensen anvendes udtrykkeligt normative synspunkter, og spørgsmålet er, hvordan forholdet mellem bevisbedømmelse og bevisbyrde er. To muligheder kan opstilles

(a) Normative synspunkter begrunder en bevisbyrdeplacering. Dommeren konstaterer, om bevisbyrdereglen skal anvendes, eller om et tilstrækkeligt bevis er ført. (b) Normative synspunkter indgår i bedømmelsen af, hvad der skal lægges til grund.

De to dissenterende dommere finder det "betænkeligt" at anse arbejdsreduktion og prisnedsættelse for godkendt. Det betænkelige følger af, at beviset herfor består af vidneforklaringer, mens kommunen var "opfordret til" at sikre sig særligt (skriftligt) bevis for afvigelserne fra det oprindeligt aftalte. Den judicielle antagelse af, at det fulde arbejde var udført, og at den oprindelige licitationssum skulle betales, følger af en samlet konstatering af, at det foreliggende bevismateriale som følge af kommunens forsømmelse efterlader usikkerhed, dvs. større usikkerhed end rimeligt. De generelle bevissikringssynspunkter er udmøntet i en konkret konstatering af, at en af parterne har forsømt sin bevissikringsopgave ⁶⁾.

6) Til dommen Tybjerg 1904 s. 154 f, 168 f. At det drejer sig om en dissens er i denne forbindelse underordnet: Forsømmelse mht. bevissikring er irrelevant, når der ikke er nogen tvivl, såvel som culpa er irrelevant, når der ikke er sket nogen skade.

Kapitel IX

Typer af bevisregler

1. Diskussion af bevisbegreber

(1) Det er almindeligt, at litteratur om et retligt emne anvender de samme begreber, som anvendes i det retlige emne. Begrebet aftale optræder ikke blot i aftaleloven og i retlige afgørelser med tilknytning til denne lov, men også i videnskabelige fremstillinger af aftaleretten. Denne begrebslige identitet mellem litteratur, retlig regulering og praksis finder man ikke blot i den normative litteratur, som i nordisk retsvidenskabelig litteratur navnlig tegnes af den rekommendative teori, men også i deskriptivt orienteret litteratur, f.eks. hos Alf Ross.

På tilsvarende måde er begreber som bevis, bevisbyrde og bevisbedømmelse ikke blot elementer i den legale regulering og judiciel argumentation om bevisproblemer, men tillige begreber, der anvendes i den juridiske litteratur om den judicielle erkendelse af faktum. Dette er også tilfældet med denne afhandling. I stedet for at opbygge et systematisk begrebsapparat har jeg forsøgt at nå en forståelse med udgangspunkt i de anvendte - gældende - begreber. Begrebsanalyse er ikke irrelevant for afhandlingens problemstilling. Analysen af begrebet bevisværdi satte dette begreb i forbindelse med den ældre, legale bevisteoris strukturering af reguleringen af den judicielle stillingtagen til faktum. Og som afslutning på den normative tolkning af princippet om fri bevisbedømmelse, som afsluttede forrige kapitel, forklarede den begrebsmæssige opløsning af forholdet mellem bevisbyrde og bevisbedømmelse.

I dette afsnit vil jeg videreføre denne diskussion af nogle grundbegreber. På denne baggrund kan det judicielle problem beskrives på en sådan måde, at der trods den nævnte begrebsmæssige opløsning er mulighed for at fortsætte en undersøgelse af de regler, som følges ved den judicielle erkendelse.

(2) Jeg har tidligere nævnt bevis-begrebets tvetydighed: Det kan sigte på det tilstrækkelige bevis, som forbindes med en judiciel antagelse, eller det kan blot sigte på det relevante datum, som - under fri bevisbedømmelse - tages i betragtning.

Det er det tilstrækkelige bevis, der indgår i begrebet bevisbyrde ¹⁾, eftersom byrden "at bevise" må udføres for at undgå en ugunstig antagelse, og dette kræver naturligvis et tilstrækkeligt bevis. Hermed er tillige sagt, at bevisbyrdebegrebet er partsorienteret, idet det udtrykker reglen for den judicielle dikotomisering ved at henvise til sammenhængen mellem tilstedeværelsen contra fraværet af et tilstrækkeligt bevis og indholdet af den judicielle antagelse.

Bevisbyrdebegrebet er - som bevisbegrebet - knyttet til en processuel manifestation: Beviser føres, d.v.s. indbringes og forevises domstolen. Jeg har derfor benyttet mig af udtrykket det manifeste bevis.

Samtidig med at bevisbyrden er partsorienteret, afspejler bevisbegrebet en relation mellem det "noget", der fremføres som bevis, og det "noget" der herved bevises. Denne relation etableres i dommerens iagttagelse og slutninger over det iagttagne ²⁾. Men bevis-begrebet udtrykker denne relation som noget objektivt, en sammenhæng mellem den processuelle manifestation og tema.

Disse punkter af bevisbegrebet - og de derpå byggede begreber - kan betragtes som begrebets "kerne-betydning", idet den retlige udvikling og bevisbegrebets fortsatte anvendel-

1) Olivecrona 1966 s. 48.

2) Sml. Ekelöf 1973 IV s. 11 - 12.

se har betinget, at de fremhævede elementer ikke kan hævedes så generelt som for den legale bevisrets periode.

Der findes ikke kun manifesterede beviser - også iagttagelser af fravær og undladelse er relevant. - Og de manifesterede beviser behøver ikke komme fra den part, hvis opfattelse de støtter.

Partsorienteringen er knyttet til partsautonomien med hensyn til bevisførelse, og den er derfor ikke relevant, hvor denne autonomi ikke gælder ³⁾. Dette beror ikke blot på, at beviser da føres af andre end parterne, men tillige på, at bevis forudsætter en entydig tendens, som harmonerer med partens ensidighed, men som under en ikke-partsbestemt undersøgelse bliver til "oplysninger".

Bevismanifestationen er naturligvis processuel. Udvidelsen af bevisbegrebet inddrog tillige førprocessuelle hændelser som beviser. Som bevis eller bevisdatum kan en hvilken som helst for antagelsen eller forkastelsen relevant omstændighed betegnes.

Når dommeren tager stilling til faktum, er det beviserne der bedømmes. Denne afgrænsning af den judicielle beslutning bør ikke samtidig afgrænse den bevisteoretiske analyse. I et vist omfang må også de regler og strukturer, som ligger bag de af dommeren bedømte bevisdata, behandles, da de jo indirekte bliver bestemmende for den judicielle bedømmelses resultat.

(3) De traditionelle bevisretlige begreber er opløst som følge af den retlige udvikling. En fristende mulighed er

3) Bent Christensen 1958 s. 345 note 22.

den juridiske sandsynlighedsteoris præcise begrebsapparat. Men dette gør vold på de gældende regler og er derfor ikke et egnet grundlag for undersøgelsen af den bevisretlige regulering og praksis. I stedet for her at gå over til et nyt begrebsapparat vil jeg give en foreløbig omformulering af afhandlingens problemstilling, for derefter at fastholde de traditionelle begreber, hvor de ikke kan give anledning til misforståelse.

Jeg har valgt mit udgangspunkt i den judicielle beslutning: Hvilke synspunkter og hvilke regler følges i forbindelse med domstolenes etablering af en bestemt opfattelse af den faktiske sammenhæng?

En judiciel afgørelse indeholder nødvendigvis en konklusion. Konklusionen er konkret og direktivisk: Den foreskriver at bestemte personer skal forholde sig på en bestemt måde. Dette konkrete direktiv udspringer ikke vilkårligt af den blå luft, men indgår som et konkret element i en almen sammenhæng. Det konkrete direktiv er en bekræftelse af den almene norm, som det er en "anvendelse" af, og af det retssystem, hvori denne indgår. Og det udspringer af en bestemt opfattelse af de emner, som er relevante efter denne norm. Denne konkrete sammenhæng med det almene vil som regel være i hvert fald antydnet i "præmisser" til den pågældende konklusion. Forsåvidt angår det faktiske, som her beskæftiger os, vil dommen indeholde en beskrivelse af, hvilke antagelser om parternes forhold der er lagt til grund for dommen. Hvor en sådan redegørelse ikke findes, kan vi med større eller mindre sikkerhed gøre os forestillinger om dommens forudsatte antagelser.

Denne virkelighedsbeskrivelse er ikke vilkårlig. Den er, som nævnt, relateret til den norm eller de normer, som har været aktuelle under sagen. I forhold til en hvilken som helst norm kan der gives en beskrivelse af den konkrete sag, som placerer denne i forhold til normen: "Her foreligger en aftale". "Her foreligger ikke et tyveri". "Her foreligger et afkald" o.s.v. Når vi forudsætter, at et materielt tema er defineret af den materielle regel, er den karakteristiske opgave for dommeren at vælge mellem som

regel to, evt. flere muligheder. Udfaldet beror på en dikotomisering der afhænger af det processuelle forløb. Det er dette forløb, man betegner sagens bevis.

Når udgangspunktet tages i interessen i at beksrive dommerens beslutning, og vi forudsætter et materielt tema defineret, er opgaven at beskrive de betingelser hvorunder dommeren antager et faktum der omfattes af det materielle tema, og heroverfor de betingelser hvorunder et sådan faktum forkastes. I hvilke tilfælde besluttet det ene, i hvilke tilfælde besluttet det andet? De omstændigheder i videste forstand, hvorefter udfaldet er afhængig, er af mangfoldig karakter: Der er sådanne konkrete begivenheder som at den tiltalte aflægger en bestemt forklaring som evt. kvalificeres som en tilståelse, at et vidne forklarer på en bestemt måde, at et dokument er fremlagt uden en underskrift o.s.v. Eller det kan være mere almene omstændigheder som at anklagemyndigheden bærer bevisbyrden i straffesager, at det er en almindelig erfaring at personer som skælver i stemmen er usikre i deres erindring om det refererede, at aftaleindgåelse som regel ikke er forbundet med ugyldighedsgrunde o.s.v. Den første gruppe genkendes som bevisdata eller konkrete faktorer. Den sidste gruppe etablerer et vist beredskab, som er begrundet for bedømmelsen af de konkrete processuelle hændelser (bevisdata), og som kan være enten normativt (bevisregler) eller indeholde antagelser om almindelige erfaringssammenhænge.

Når det om visse konkrete omstændigheder kan siges, at disses tilstedeværelse medfører, at dommeren antager et faktum, kan man sige, at der består en sammenhæng eller konneksitet mellem disse omstændigheder og antagelsen af det pågældende faktum. Eller omstændighederne er konnekse med antagelsen af det pågældende faktum. - Pointen i denne terminologi er, at den gør det muligt at beskrive forbindelsen mellem den konkrete bevissituation og den antagelse, som bestemmer sagens udfald.

De konkrete omstændigheder kan betegnes konneksitetsfaktorer, men som regel vil jeg bevare den hidtil anvendte terminologi: bevisdata, som må forstås under hensyn til bemærk-

ningerne ovenfor om bevisbegrebet. Det generelle beredskab, som en sags bevisdata bedømmes efter, omfatter såvel bevisbyrderegler som almindelige erfaringer og almindelige formodninger. Mellem det konkrete og det generelle kan man finde et fællesskab, som er betinget af, at de konkrete bevisdata er bestemt af og bedømmes ud fra de almene regler om valget mellem et af de to eller flere faktiske alternativer.

Den grundlæggende karakteristik af et bevisretligt system må angå den totale struktur af såvel den bevisretlige regulering som den konkrete bevisførelse. Denne grundlæggende struktur gengiver den synsvinkel eller den vurderingsmåde, som ligger til grund for konneksiteten i det pågældende retssystem. Dette vil jeg betegne et konneksitetskriterium, det synspunkt hvorudfra konneksitetsspørgsmålet bedømmes. Konneksitetskriteriet vil ytre sig i konneksitetsreguleringen og i karakteren af de konkrete procesomstændigheder (bevisdata) som indgår i dommerens bedømmelse.

Nogle forskellige typer af konneksitetsregulering kan omtales:

(a) Konneksitetsbetingelser er betegnelsen for regler der angiver, at visse bevisdata er nødvendige for at antage et vist faktum - det pågældende faktum kan altså ikke antages såfremt disse omstændigheder ikke foreligger - eller at visse omstændigheder er tilstrækkelige for at antage et pågældende faktum - det pågældende faktum antages (altid) såfremt de pågældende omstændigheder foreligger. Det fælles er, at konneksitetsbetingelserne angiver, hvilke bevisdata der må forekomme for at konneksitet kan antages. Når man tidligere sagde at "for at antage at betaling er sket, må fuldt bevis foreligge", udtrykte man hermed, at et vist processuelt forløb, der karakteriseredes alment ved udtrykket "fuldt bevis", var en nødvendig - og som regel tilstrækkelig - betingelse for at dommeren kunne antage at betaling havde fundet sted. Udtrykt i den traditionelle partsorienterede sprogbrug svarer reglen til at "den der påstår betaling bærer bevisbyrden herfor".

(b) Reguleringen kan være materielt specificeret, d.v.s. at det fremgår af reglen at den angår konneksiteten til et bestemt materielt tema, f.eks. en bevisbyrderregel med henblik på skyld i straffesager. Eller reguleringen kan være uden materiel specifikation således at den ikke gælder for bestemte materielle tema, men alment. Dette gælder f.eks. sådanne synspunkter, der undertiden betegnes formodningsregler, som at "et brev der er afsendt på korrekt måde er normalt kommet frem", eller at "et vidne der rødmmer er sandsynligvis usikker på sandfærdigheden af sin forklaring".

Ved at forlade troen på almene bevisbyrdeteorier og tilknytte bevisbyrderreglerne de enkelte materielle emner, er dette regelkompleks udviklet fra en almen uspecificeret karakter til en materielt specificeret karakter. Samtidig havde man de legale regler om det tilstrækkelige bevis, som gjaldt alle sager og derfor var uden materiel specifikation. En komplikation optrådte i denne legale bevisretsperiode med formodningsreglerne som var uden materiel specifikation og således kom til at kollidere på en ukoordineret måde med bevisbyrderreglerne.

(c) Reguleringen kan være total eller partiel: Konneksitetsreguleringen er baggrund for en tvedeling eller dikotomisering, idet processen kan føre til et af to udfald. Reguleringen af denne dikotomisering kan være total i den forstand, at den ikke efterlader nogen bevissituation udkkket, eller den kan være partiel i den forstand, at den kun regulerer visse bevissituationer, men ikke alle. I sidste tilfælde er der altså visse sæt af bevisdata, for hvilke det står åbent, om de er konnekse med den ene eller den anden antagelse.

Det praktiske problem vil ofte være, om en regel, der fastslår, at visse bevisdata er tilstrækkeligt grundlag for en bestemt antagelse, tillige er en regel, hvorfra kan sluttes, at de pågældende bevisdata tillige er nødvendige. Ensbetydende hermed: Det kan være spørgsmålet, om regler der fastslår at visse bevisdata er nødvendige - hvorefter kan sluttes at ikke-tilstedeværelsen af disse bevisdata er

konnekse med ikke-antagelsen af det pågældende faktum - kan danne grundlag for den slutning, at de pågældende bevisdata er tilstrækkelige for at antage det pågældende faktum.

(d) Det judicielle beredskab, der rummer såvel bevisbyrde-regler som almene erfaringer, kan forekomme at dække over usammenstillelige størrelser. Imidlertid forekommer der en påfaldende sammenhæng mellem et tilsyneladende normativt synspunkt: At noget kun undtagelsesvis bør antages, f.eks. at en person er skyldig, at et gældsbrev er betalt, at en aftale er ugyldig, og det deskriptive at personer er kun undtagelsesvis skyldige i forbrydelser, at betaling af skriftlige gældsbreve uden kvittering hører til undtagelserne, at aftaler som regel indgås uden svig, vildfarelse m.v. Det normative og deskriptive glider således sammen i en normeret normalitet, der vil indgå i bedømmelsen af sagens faktum. På denne baggrund kan man udskille tilfælde, hvor reguleringen er i hvert fald i hovedsagen diskriminerende uden at bidrage til opfattelsen af sags-sammenhængen, og på den anden side tilfælde, hvor reguleringen er blandet ved at indeholde elementer af en relevant virkelighedsopfattelse. - Diskussionen, hvorvidt bevisbyrde-regler kan være begrundet i erfaringssætninger, er et udtryk for at sandsynlighedsteorien på den ene side erkender, at sådan begrundelse faktisk har været virksom i regeltilblivelsen, men på den anden side ikke betragter denne konstruktion som forenelig med den sandsynlighedsteoretiske models forudsætninger.

Hvis udgangspunktet alene var det judicielle synspunkt: Under hvilke betingelser kan/skal et bestemt faktum antages/forkastes, havde det været nærliggende at formulere en problemstilling, der svarede til den almindelige erkendelsesteori, eftersom det drejer sig om vilkårene for etablering af gyldig erkendelse. Men bevisretten er ikke blot regulering af erkendelse. Under den judicielle sagsbehandling optræder parter og evt. andre, og disses indflydelse på foreliggende bevisdata må medtages i analysen. Netop fordi dommeren ikke danner sin erkendelse uden et bevismæssigt grundlag i den foreliggende proces, er det

rimeligt at fokusere på sammenhængen mellem dette grundlag og den judicielle antagelse.

(4) Judiciel konneksitet og personlig opfattelse.

I konneksitetsreguleringen stipuleres bestemte sammenhænge mellem procesdata og antagelser, hvadenten man under procesdata finder en guddommelig åbenbaring eller en empirisk analyse. Reguleringen bidrager til, at bestemte opfattelser af faktiske forhold etableres. Et spørgsmål er, hvilket subjekt der formidler denne erkendelse. Hvem er det der på grundlag af processens begivenheder tager stilling til, hvordan det faktiske hænger sammen?

Umiddelbart forekommer det indlysende, at svaret er, at det er dommeren, der danner sig sin opfattelse af sagens sammenhæng. Det er denne opfattelse, der er bestemmende for dommens konklusion og dommeren træffer beslutning såvel om faktum som om de retlige forhold. Bevisretten bliver derfor bestemt som et sæt af regler om dommerens stillingtagen til, hvilket faktum der skal lægges til grund i retssager. (Der er ikke i denne forbindelse grund til et gå ind på de komplicerede strukturer, der ligger i udtrykket "dommer" som omfattende enkeltdomstole, kollegiale domstole, juridiske dommere - nævninger, ankeinstanser o.s.v.).

Men denne judicielle stillingtagen er ikke en "personlig" sag. Beslutningen om faktum kan ikke blot sidestilles med de andre opfattelser om vores omverden, som vi gør dagen igennem. Dommerens beslutning er et udslag af en embedshandling, en handling i det offentliges sfære. Det er ikke dommerens personlige opfattelse af sagen, men det er den juridisk gældende opfattelse, der integreres som et konkret element i det samlede retssystem.

Der skelnes derfor mellem dommerens personlige (private) opfattelse og dommerens embedsmæssige (offentlige) opfattelse. Den juridiske regulering vedrører naturligvis dommerens offentlige opfattelse. Det er den erkendelse, som dommeren praktiserer som led i sin statslige funktion, der er emne for regulering og - i denne forbindelse - undersøgelse og analyse. Konneksitet som begreb i beskrivelsen af den

judicielle erkendelse befinder sig således på det offentlige plan. Bevisretten er regler om dommerens stillingtagen i sin egenskab af dommer til faktum.

Den judicielle beslutning om faktum har betydning udover den konkrete sag. Ja det ville så at sige være meningsløst at organisere en judiciel beslutning, som ikke havde rækkevidde ud over sig selv: Beslutningen er bindende i forbindelse med eksekution og er bindende eller i hvert fald "bevisende" i en række andre offentlige og private sammenhænge. Dette afledes af reglerne om retskraft såvel som af almindelige synspunkter på det retlige systems social-psykologiske betydning. Denne sociale funktion understreges, når man bestemmer et bevisdatum som en mekanisme, der er bestemt til at skabe en overbevisning på et uvist punkt, og at denne overbevisning er social: Et bevisdatum har ikke blot en intellektuel funktion men også en social funktion som består i at gøre ens antagelse acceptabel. "Prouver, c'est faire approuver". Det beviste indgår i de officielle sandheder. Beviset har som mål at opnå kollektivets godkendelse ⁴⁾.

Såvel udtrykket konneksitet som udtrykket bevis holder spørgsmålet om subjektivitet, altså hvem der erkender, åbent. Reguleringen af konneksiteten indgår i etableringen af en almen social opfattelse. Det sociale er med sikkerhed en følge af den judicielle afgørelses sociale funktion. Om den judicielle antagelse er alment accepteret, er et andet spørgsmål.

Konflikten mellem den judicielle antagelse og dommerens personlige opfattelse viser, at ikke engang den, der er nærmest til det, altid accepterer den judicielle antagelse:

4) Levy-Bruhl s. 15, 22, 29.

"Efter mine erfaringer er det i en kollegial ret forholdsvis sjældent, at der er uenighed om, hvad der som bevist skal lægges til grund, men hvis man kommer ind på at drøfte, hvad hver enkelt dommer tror er den virkelige sammenhæng i sagen, viser der sig gerne større divergencer" 5).

Denne konflikt var medvirkende til juristers kritik af den legale bevisteori. Lovens krav tvang til antagelser, der ikke stemte med personlig overbevisning. Men der er grund til ikke at overbetone disse konflikter. Dommerens lydhed overfor loven vil tendere mod at han accepterer de legale konneksitetsbetingelser som sine egne erkendelsesvilkår 6).

(5) Det vil ses, at modsætningen mellem den juridiske sandsynlighedsteori og den normative adfærdsvurdering udspringer af, at de to bevisteorier bygger på forskellige konneksitetskriterier, d.v.s at de lægger fundamentalt forskellige synspunkter til grund ved vurderingen og reguleringen af, hvilke bevisdata der er relevante og hvorfor de er relevante. Da min redegørelse for den normative teori i forrige kapitel i hovedsagen belyste de synspunkter, der ligger bag kritikken af en procespart for forsømmelighed, er det nærliggende at fortsætte undersøgelsen ved at behandle manifeste bevisdata. Dette vil ske nedenfor kapitel VIII.2. Begrebet manifest er allerede benyttet. Til nærmere forståelse skal følgende anføres:

Lad os begynde med en umiddelbar opfattelse af en nutidig proces: Undertiden træffer domstolen sin afgørelse om det faktiske på grundlag af et par vidneforklaringer. A, B og C har forklaret samstemmende om et fænomen og dommeren lægger deres forklaring til grund. Eller faktum er oplyst ved nogle breve, et dokument eller lignende. I andre tilfælde

5) Spleth i Juristen 1959 s. 339 - 340 (Understregning tilføjet).

6) Sml. Ørsted: Haandbog I s. 118 - 120 om præjudikater og dommerens overbevisning.

er vidneforklaringerne ikke dækkende for det relevante problem, og dommeren må fra dem og fra øvrige oplysninger danne sig en opfattelse af sagens sammenhæng. Det kan endda være, at der ikke er nogen, der afgiver forklaring i sagen fra den ene side.

Disse forskellige bevissituationer er kun umiddelbart forskellige ud fra en sandsynlighedsopfattelse, således som beskrevet ovenfor, navnlig kapitel VII.2 og 3. De lader sig nemlig efter denne indpasse i et fælles vurderingssystem, udformet på grundlag af en sandsynligheds-kalkule. Men der kan være grund til at hæfte sig ved den umiddelbare opfattelse, fordi den efter nærmere analyse måske afspejler en væsentlig udvikling af bevisretten.

Til belysning heraf begynder jeg med begreberne. Visse beviser er karakteriserede ved at være umiddelbart iagttagelige, at udgøre en aktivitet eller en præstation der fremføres for domstolen, en genstand, et dokument eller en forklaring om sagens sammenhæng. Sådanne bevisdata betegnes manifesterede. Andre "beviser" er ikke-manifesterede i den forstand at de ikke er indeholdt i procesfænomenerne, i de begivenheder der er forløbet under processen for domstolen. De er "ingenting" i denne sammenhæng, men konstitueres i kraft af slutninger.

Jeg har beskrevet det manifesterede bevis som dominerende bevis, det oprindelige emne for reglen om juridisk vished og bevisbyrde.

Det ikke-manifesterede bevis finder man for det første i formodningerne. Formodningerne etablerer en, erfaringsmæssigt begrundet, sammenhæng mellem forskellige faktiske elementer, en sammenhæng som ikke er etableret gennem fremlagte beviser. Formodningen modificerer præstationskravet. Eller formodningen træder i stedet for et manifest bevis.

Indiciebeviset er (undertiden) et eksempel på et ikke-manifest bevis. Det er nødvendigt at slutte fra de forskellige "indicier" til det relevante faktum (undertiden er et indiciebevis blot en modifikation af den legale regulering, f.

eks. en anerkendelse af, at et vidne er tilstrækkelig bevis. I så fald er indiciebeviset ikke en undtagelse fra præstationskravet men lempelse af dette).

Den væsentligste slutning fra et ikke-manifest bevis er antagelsen af indforståelse bygget på udeblivelse eller passivitet. Dette tages op i det følgende kapitel X.

Det manifeste bevis har et indhold. Vidnet afgiver en forklaring om noget. Dokumentet beskriver et forhold eller erkender en pligt. Bevisindholdet kan stemme med temaet. Vidnerne fortæller, at der blev indgået en aftale, hvor aftalespørgsmålet er relevant, og hermed er sagen afgjort. Eller bevisindholdet svarer ikke til temaet. Undertiden vil man herefter drage den konsekvens, at "beviset er ikke ført". Dette må være korrekt, når det nødvendige bevis skal være manifest. Men anerkendelsen af det ikke-manifeste bevis kan indebære et andet resultat, idet der kan sluttes fra det manifeste indhold til temaet.

Dette ikke-manifeste - eller artificielle, der består af en slutning og psykologisk betragtes som en reflektion, går udover det manifeste bevisindhold. Men slutningen bygger (i hvert fald oprindeligt) på noget manifest. Man kan derfor sige at indiciebeviset ikke er et særligt bevismiddel ⁷⁾. Men heraf at slutte, at indiciebeviset er i overensstemmelse med Chr. V's Danske Lov, selvom det ikke nævnes blandt lovens bevismidler, er imidlertid et prokuratorkneb ⁸⁾.

Tiltroen til de forskellige bevistyper er forskellig. Det er ikke nogen tilfældighed at "indiciebevis" betragtes som mere usikkert end et manifest bevis som en vidnefor-

7) Nellenmann 1892 s. 391.

8) s. 691 f.

klaring. "Dømt på indicier", "der var ingen vidner", og lignende udtryk afspejler en mistillid til de immaterielle reflekterede slutninger, og en tiltro til de manifesterede beviser hvis indhold svarer til temaet. Den nærmere udredning af dette fører ind i socialpsykologiske spørgsmål. Her skal jeg kun beskæftige mig med den judicielt orienterede analyse.

Det er karakteristisk for bevisretten i dens manifesterede form, at den sammenknytter en tingslig orientering omkring procespræstationen med antagelsen af et faktum. Om et faktum antages eller ikke antages er bestemt af et konkret hændelsesforløb for domstolen. I denne sætning er en væsentlig del af procesrettens udvikling indeholdt. I jo højere grad antagelsen/ikke antagelsen af faktum er bestemt af procesfænomenerne, jo mindre betydning har dommeren (hvis man overhovedet vil tale om en dommer). Antagelsen eller forkastelsen udtales muligvis af en person, men er determineret af et procesforløb, som denne person ikke har nogen indflydelse på.

Det ikke-manifeste bevis betegner en bevægelse i forhold hertil. Først ved at gøre procesudfaldet uafhængigt af præstationen (formodningsregler). Senere ved at bygge mere på dommerens opfattelse ("overbevisning") end på forhånd definerede procesbegivenheder ("det fuldstændige bevis").

"Intet bevis er også bevis". - I denne sætning udtrykkes forholdet mellem det (snævrere) begreb om det manifesterede bevis og det videre begreb om bevis i almindelighed. Når bevisbyrden ikke er "løftet", fører det ikke blot til, at "der ikke er ført bevis", men bevisets fravær legitimerer i sig selv som oplysningsmiddel den trufne afgørelse.

2. Nogle typer af bevisregler

I fortsættelse af den historiske oversigt (kapitel III og IV) har jeg i det foregående præsenteret 2 typer af modeller for bevisretlig vurdering og bevisretlig regulering. For det første har jeg omtalt, hvad jeg har betegnet som den juridiske sandsynlighedsteori eller, med andre ord, en empiristisk opfattelse af den judicielle bevisvurdering (kapitel

V - VII). Den anden model er den normative adfærdsvurdering (kapitel VIII). Hovedvægten er her lagt på en præsentation af de normative vurderinger, som under den judicielle overvejelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund, retter sig mod parternes førprocessuelle adfærd. "Bevisbyrde"-regler kan ikke opfattes som begrænset til processuel aktivitet.

De to modeller repræsenterer 2 forskellige typer af konneksitetskriterier: De arbejder med et grundlæggende forskelligt udgangspunkt ved bedømmelsen af, hvilket faktum der skal antages i den enkelte retssag. Mens den normative vurdering indeholder en normativ/moralsk bedømmelse af den pågældende persons forhold til bestemte handlingskrav, tilsigter den empiriske model at rense den judicielle bedømmelse for sådanne normative elementer og begrænser sig til en a-retlig bedømmelse af sagens bevisdata, som så - sammenfattet i en vis konstateret sandsynlighedsgrad - sammenholdes med det gældende sandsynlighedskrav.

Opgaven i dette afsnit er at uddybe den differentiering af de forskellige måder, hvorpå den bevisretlige vurdering kan foregå. Jeg opstiller en række typer af bevisregler. De repræsenterer ikke endnu flere konneksitetskriterier end de allerede præsenterede, men de udgør forskellige nærmere udformninger i praksis af de forskellige kriterier.

Bevisreglerne placeres efter et skema, som hæfter sig ved forskellige formelle træk i bevisreglernes indhold. Intentionen med denne præsentation af en række typer af bevisregler er, at de foregående mere abstrakte beskrivelser af forskellige typer af bevisregler og bevisvurderinger nu bør eksemplificeres i mere konkrete analyser. De abstrakte begreber illustreres gennem gældende enkeltregler. Og i forbindelse med en sådan illustration udvikler der sig naturligt en uddybning og specifikation af de mere almene begreber. Det siger sig selv, at de enkelte regler må præsenteres relativt summarisk.

Idet den processuelle situation behandles i kapitel X, er opgaven for undersøgelsen af enkelte bevisregler

1) at undersøge tilfælde, hvor domstolen har vanskeligheder ved at foretage en selvstændig vurdering af faktum, fordi domstolen ikke har særlig viden om faktum i forbindelse med, at særligt sagkyndige afgiver erklæringer om deres opfattelse af faktum. Sådanne situationer vil muliggøre en mere differentieret opfattelse af de videnskabelige bidrag til det judicielle bevis,

2) at eksemplificere den opdeling af faktum-undersøgelse og -erkendelse, som må følge af interorganisatoriske kompetenceregler,

3) at undersøge, hvorledes bevisregulering og -vurdering foregår, når et betydeligt antal sager skal bedømmes, hvilket ofte forbindes med ønsket om, at bevisvurderingen let kan foregribes udenretligt, således at proces undgås.

Disse emner er relevante for diskussionen af de to bevis-teoretiske modeller: De vil uddybe forståelsen af forholdet mellem den distancerede, empiriske sandsynlighedskalkule, og den normative adfærdsstyring formidlet gennem (bl.a.) regler for antagelse/forkastelse af faktum.

3. Standardbevis

Ved standardbevis forstår jeg et bevisdatum, der - i lov eller judiciel praksis - betragtes som normalt tilstrækkeligt til at antage et faktum. Det pågældende bevisdatum sætter en standard - et normalkrav - for den judicielle bevisvurdering.

Der kan skelnes mellem to typer: Den ene type refererer til et veldefineret manifest bevisdatum, f.eks. en lægeerklæring, selvangivelse. I disse tilfælde er standardbeviset et bevisdatum, som ofte anvendes eller rettere er dominerende for den bevisretlige problemstilling på det pågældende område. I andre tilfælde står det pågældende standardbevis som en grundlæggende målestok, en "teoretisk standard", som undertiden realiseres, men som ofte blot er grundlag for bedømmelsen af en herfra afvigende type af bevis. Et eksempel er beskrivelsen af standardbeviset i forbindelse med konfiskation. At tale om et standardbevis i denne forbindelse, beror ikke på at det normale eller standardbeviset forekommer oftere end andre bevisdata. Men standardbeviset eksisterer, udtrykt i lovens beskrivelse af bevismulighederne, som baggrund for bedømmelsen af de andre beviser.

Denne forskel vil blive uddybet. Sådanne regler er ikke bortfaldet med indførelsen af den frie bevisbedømmelse. Dels findes visse ældre legale regler stadig, omend lovrevisionen lidt efter lidt fjerner dem ¹⁾. Endvidere er sådanne regler udviklet eller fastholdt i praksis. Dette hænger sammen med, at det er praktisk at fastholde eller udvikle visse standardiseringer af de beviser eller det materiale, der som nødvendigt eller tilstrækkeligt skal foreligge for at et bestemt faktum kan lægges til grund.

Disse regler er typisk regler om et bestemt bevisdatum, som stipuleres som et standardbevisdatum. Det er et normalt tilgængeligt og som regel afgørende bevisdatum.

1) F.eks. retsplejelovens bevisregler vedrørende forkyndelse: §§ 158, stk. 4, 160 stk. 2 og 163 d stk. 2 om forskellige offentlige påtegninger som tilstrækkeligt bevis og med mulighed for modbevis, der ophævedes ved lov nr. 66 af 8/3. 1972.

Det er et manifest bevisdatum, et dokument eller en personlig forklaring. Det vil således udtrykke sig i regler, der vedrører bevisførelsen, idet der vil være regler om den ene eller anden parts "pligt" til at fremskaffe standardbeviset. Fra disse handleregler kan der drages slutninger med hensyn til den judicielle beslutning. Man kan slutte, at såfremt det pågældende bevisdatum er fremlagt, og såfremt der ikke iøvrigt foreligger noget relevant, skal sagen falde ud i overensstemmelse med det pågældende bevisdatum. Dette er reglernes hensigt, og det er en tilstrækkelig hensigt, eftersom det pågældende bevisdatum har stor praktisk betydning. Hvis bevisbyrden påhviler den, der fremlægger beviset, er bevisbyrden hermed "løftet".

Et standardbevis vil oftest være et verbalt bevis, dvs. det indeholder en eksplicit verbal formulering af en disposition eller en opfattelse, og dette verbalindhold er identisk med - eller i hvert fald relevant for - det tema, der skal tages stilling til.

"Modbevis" kan naturligvis forekomme. Dettets betydning kan ikke entydigt afledes af bevisværdireglen. Der kan næppe overhovedet siges noget almindeligt herom. Nogle typetilfælde kan opstilles:

Af stor betydning vil det være, hvilken vægt standardbeviset ønskes at have. Processerne vedrørende det pågældende emne vil naturligvis forenkles, hvis en modbevisførelse vanskeliggøres. Det kan være at det pågældende bevisdatum tillægges stor betydning. Det understøttes da ved at fastholde det som løsningsgrundlag. Modbeviset bedømmes som modbevis mod standardbeviset. Det kan enten være en påvisning af fejl ved tilvejebringelsen af standardbeviset (utilstrækkelig undersøgelse, uklarhed i erklæringen o.lign.). Eller - sjældnere - en generel kritik af standardbevisets almene baggrund (dets almene videnskabelige grundlag, signifikansniveau o.lign.). Men modbeviset tillægges kun betydning, når det umiddelbart angår faktum, såfremt det er meget stærkt.

Hvis standardbeviset ikke ønskes som dominerende bevistype,

og der føres andet bevis, foretages der en selvstændig bedømmelse heraf, hvori det oprindelige bevisdatum er integreret. Udgangspunktet for bedømmelsen vil da være den grad af sikkerhed, som det pågældende bevisdatum normalt bibringer. Der er med andre ord ikke sket nogen forskydning af sikkerhedsgraden.

Det er endelig muligt, at der kan diskrimineres efter forskellige typer af modbevis. Visse typer kan være uden betænkelighed, andre af stor betydning. Fælles er dette, at standardbeviset indtager en dominerende plads i overvejelsen af beviskravet. Muligheden for en fælles, almen formel for et sikkerhedskrav er afskåret.

Denne opfattelse kan konfronteres med et resumé af en sandsynlighedsteoretisk argumentation over sådanne regler:

Som eksempel på en bevisregel, der angiver et bestemt manifest bevisdatum som tilstrækkeligt til at antage det faktum, som vedkommende bevisdatum indeholder kan tages de nordiske loves bestemmelse om fortegnelse over ægtefællers ejendele. Efter den svenske regel gælder:

"Hava makar upprättat förteckning över egendom, som tillhör vardera maken eller en av dem, och är förteckningen med deras underskrift bekräftad på heder og samvete samt med intyg af vittnen om underskriften och dagen därför, skall vid tvist, vilkendera maken egendomen tillhör, förteckningen äga vitsord, såframt ej visas eller må på grund av särskilda omständigheter antagas att den är oriktig" Giftermålsbk 6:9.

Den tilsvarende danske bestemmelse er svagere:

"En ægtefælle kan forlange, at den anden ægtefælle deltager i oprettelsen af en fortegnelse over, hvilke dele af fællesboet enhver af dem råder over, og hvad der måtte høre til enhvers særeje. Retten afgør efter samtlige foreliggende omständigheder, hvilken beviskraft der i givet fald bør tillægges fortegnelser" Retsvirkningslovens § 22 ²⁾.

2) Sm¹. norsk lov 20/5.1927 § 21, jfr. § 29. § 22-fortegnelser bruges ikke i praksis, Munch: Formueforholdet mellem ægtefæller, 1955, s.226 jfr. s. 74 og 78. Dette hindrer ikke, at undladelse af at have oprettet en sådan fortegnelse - hvormed kan sidestilles utinglyst påtegning på ægtepagt - anføres som bevisdatum for rekvisiti ejendomsret, Gomard: Fogedret, 1966, s. 50 og Munch s. 79 om UFR 1952 s. 226 Ø.

(1) En regel som GB 6:9 ser ud som en bevisværdiregel. Dette indebærer at reglen udgør en undtagelse fra den fri bevisvurderings princip.

(2) Bevisvurderingen er imidlertid - eller bør være - en sandsynlighedsvurdering. Det gælder derfor om at bortfortolke sådanne afvigelser ³⁾.

(3) Hovedsynspunktet under (2) betyder for det første, at når man går ind på en egentlig bevisbedømmelse, kan der kun tages hensyn til det pågældende bevis "naturlige bevisværdi", altså - med andre ord - den empiriske sandsynlighed som det pågældende bevis understøtter det relevante faktum med. Endvidere indebærer det almindelige udgangspunkt, som en konsekvens, at de normative synspunkter må henføres til bevisbyrderegler, som atter opfattes som bestemte krav om en vis sandsynlighed.

(4) Herefter er det klart, at omfortolkningen må gå ud på, at en regel som den citerede under en eller anden form må omfortolkes til en bevisbyrderegel. Reglen indeholder nemlig oplagt et normativt moment, og dette kan kun finde udtryk i en bevisbyrderegel ⁴⁾. Denne omfortolkning har imidlertid nogle vanskelige konsekvenser, som vedrører temaet. Bevisbyrdereglen vedrører nemlig det pågældende bevismiddels "rigtighed". Den, der påstår at bevismidlet er urigtigt, har bevisbyrden. Denne bevisbyrdefordeling afviger som regel fra udgangspunktet ⁵⁾.

(5) Ved bedømmelsen af et eventuelt bevis vedrørende bevismidlets rigtighed kan bevismidlets naturlige værdi tages i betragtning - men ikke mere. Dette bevismiddel må sammenholdes med de øvrige beviser. - Bevisbyrderegler er regler om bestemte sandsynlighedskrav, og omfortolkningen af bevisreglen indebærer, at bevisbyrdepunktet er flyttet til den anden ende af skalaen. Men ofte er temaet det samme: Spørgsmå-

3) Dette udsagn finder man ikke hos forfatterne, men det er formentlig en berettiget implikation af deres udgangspunkt.

4) Denne fortolkning finder man f.eks. hos Bolding 1951 s. 136 f, Ekelöf 1973 s. 78, anderledes Ekelöf 1947 s. 4.

5) Jfr. nærmere ovenfor kap. VI.5.3.

let om bevismidlet er "rigtigt", er som regel ensbetydende med spørgsmålet om det oprindelige tema.

(6) Standardbevisets fremlæggelse indebærer altså en fuldstændig forskydning af den nødvendige og tilstrækkelige sandsynlighed.

3.1. Lægeerklæring

Ved funktionæraftalen påtager funktionæren sig at udføre et bestemt arbejde, der defineres nøjere forsåvidt angår dets karakter, den tidsmæssige udstrækning af arbejdet og arbejdsstedet. En undladelse af at udføre det således aftalte - eller i henhold til almindelige grundsætninger karakteriserede - arbejde vil i reglen konstituere en misligholdelse, der berettiger arbejdsgiveren til at undlade at betale løn og evt. ophæve aftalen ⁶⁾. En undtagelse i denne funktionærens arbejdsforpligtelse udgør en gruppe af tilfælde, hvor funktionæren ikke udfører sit arbejde, men hvor arbejdsgiverens forpligtelser i henhold til funktionæraftalen fortsat er gældende. Det væsentligste eksempel herpå er funktionærens ret til løn under sygdom.

Udgangspunktet er funktionærlovens § 5 stk. 1, hvorefter den tjenesteforsømmelse, som følger af at funktionæren på grund af sygdom bliver ude af stand til at udføre sit arbejde, betragtes som lovligt forfald for funktionæren ⁷⁾.

6) Sml. f.eks. Gomard: Obligationsret. Almene emner 2, s. 101.

7) Det følgende kan sammenholdes med de almindelige regler om dagpenge ved sygdom, jfr. lov 262 af 7/6.1972 om dagpenge ved sygdom eller fødsel, jfr. K. Bitsch og N. Frederiksen: Opslagsbog om dagpenge (1974) s. 58 f, 222 f. Se især § 6, hvorefter sygdomstilfælde uden ugrundet ophold skal anmeldes til arbejdsgiveren, således at undladelse heraf medfører bortfald af krav på dagpenge fra arbejdsgiveren, medmindre særlige omstændigheder foreligger. Arbejdsgiveren kan forlange, at lønmodtageren dokumenterer, at fraværet skyldes sygdom, § 7, stk. 1. En til funktionærlovens § 5 stk. 4 svarende bestemmelse findes i dagpengelovens § 7, stk. 2. Om det sociale udvalgs krav på lægeerklæring, se § 20.

Fra et bevisretligt synspunkt er problemet om oplysningen af forfaldsgrunden af interesse, fordi reguleringen i praksis belyser, hvordan et enkelt bevisdatum, nemlig lægeerklæringen, kommer til at indtage en særstilling, og hvordan tanken om en abstrakt sandsynlighedsmæssig analyse af sygdomsspørgsmålet forholder sig til de praktiske vilkår, hvorunder dette bevismæssige spørgsmål løses.

Ved bedømmelsen af lægeerklæringens bevisretlige betydning kan man først tænke sig, at funktionærloven blot indeholdt bestemmelse om, at funktionæren var berettiget til løn under sygdom, medens fravær, der ikke skyldtes sygdom eller anden god grund, kunne begrunde ophævelse af tjenesteforholdet. Når en funktionær blev borte, måtte arbejdsgiveren tage stilling til, om udeblivelsen beroede på sygdom. Hvis dette antoges, ville en bortvisning være uberettiget, medens bortvisningen ville være berettiget, såfremt funktionæren ikke var syg.

Den uoplyste situation vedrørende sygdommen ville stille arbejdsgiveren i en vanskelig situation. Spørgsmålet om sygdommen er nemlig ikke blot et økonomisk spørgsmål om betaling for den periode, der hævdes at være en sygeperiode. Sygdommen har endvidere den betydning, at en bortvisning er uberettiget, hvilket må sammenholdes med, at en arbejdsgiver, der antager at en funktionær er udeblevet uden at være syg, er indstillet på, at vedkommende skal afskediges. En anden mulighed end afskedigelse vil naturligvis være, at vedkommende kunne genoptage sit arbejde, når han eller hun vendte tilbage, således at striden kun drejede sig om, hvorvidt der skulle udbetales løn for udeblivelsesperioden. For denne problematik har lægeerklæringen en stilling, der kan sammenlignes med en kvittering, medens bortvisningsmuligheden gør grundlaget for den udenretlige afgørelse af stor betydning.

Arbejdsgiveren skal nemlig tage stilling til, om arbejdsforholdet skal afbrydes. Er afbrydelsen af arbejdsforholdet uberettiget, medfører det ikke blot, at der skal betales for sygdomsperioden, men ofte tillige, at der skal betales for en længere opsigelsesperiode, uden at arbejdsgiveren får nogen modydelse herfor.

Set fra funktionærens synspunkt er problemet prekært, fordi interessen ofte ikke blot er at få betaling for en sygdomsperiode, men tillige at bevare en ansættelse. Spørgsmålet er, hvorledes funktionæren kan dokumentere, at en ophævelse fra arbejdsgiverens side vil være uberettiget.

Når der herefter tages hensyn til, at sygdom bevises ved lægeerklæring, ses det, at lægeerklæringen er af central betydning for parternes stilling førprocessuelt. Hermed menes, at lægeerklæringen har betydning ved at influere på parternes stilling på en måde, som tilsyneladende ikke blot afspejler en eventuel senere judiciel bedømmelse.

I forbindelse med funktionærens ret til løn under sygdom er udviklet et omfattende sæt af regler om underretning og dokumentation. Efter at disse regler er ridset kort op, skal deres bevisretlige karakter analyseres.

Funktionæren må i tilfælde af fravær på grund af sygdom uden ugrundet ophold underrette arbejdsgiveren om sin udeblivelse.

Efter udtrykkeligt påkrav fra arbejdsgiveren kan funktionæren være nødt til at afgive en skriftlig erklæring om sygdommen (en tro og love erklæring).

Arbejdsgiveren kan forlange lægeerklæring som dokumentation af sygdommen. Hvis arbejdsgiveren ikke fremsætter forlangende om lægeattest, kan funktionærens undladelse af dokumentation ved lægeattest ikke begrunde misligholdelse (antagelse af ikke-sygdom).

Jfr. Juristen 1954, s. 45: Funktionæren meddelte, at udeblivelse skyldtes sygdom. Herefter arbejdsgiverens sag at forlange lægeattest, såfremt han ville bestride, at der forelå sygdom. Da arbejdsgiveren havde undladt dette, gik man ud fra, at funktionærens forsamelse skyldtes sygdom. Og UFR 1961.319: Funktionær underrettede første sygedag om sygdom. Lægeerklæring fremsendtes 3.dagen. Arbejdsgiveren havde ikke udtrykkeligt krævet lægeerklæring. Bortvisning uberettiget.

De lægeerklæringer, som fremkommer i sådanne sammenhænge, er som regel ganske summariske ("kryds og bolle-erklæringer"). Arbejdsgiveren kan ikke forlange nøjere dokumentation for

sygdommen end sådanne standarderklæringer ⁸⁾.

Jfr. UFR 1970.590 H: En sædvanlig lægeerklæring om, at en kontordame angav at have været uarbejdsdygtig formentlig i længere tid, var fremsendt til arbejdsgiveren. Denne hævdede, at kontordamen i virkeligheden måtte være i stand til at passe lettere kontorarbejde, og at lægen ikke havde foretaget nogen selvstændig undersøgelse af kontordamen. Landsretten udtalte, at retten "efter det oplyste (må) lægge til grund, at der er tilstrækkeligt bevis for at (kontordamen) har været syg i den pågældende periode". Højesteret stadfæstede med denne begrundelse: "Det for Højesteret oplyste giver ikke grundlag for at tilsidesætte læge (NN's) erklæring af 14. november 1968, hvorefter (kontordamen) på dette tidspunkt var uarbejdsdygtig på grund af sygdom". - For Højesteret forelå en udtalelse fra en overlæge ved Mødrehjælpen, hvor kontordamen havde søgt behandling, hvorefter Mødrehjælpen "ikke (har) anset patienten for arbejdsudygtig".

Varer sygdommen mere end 14 dage har arbejdsgiveren ret til at kræve nærmere oplysninger om varigheden af sygdommen. Opfylder funktionæren ikke denne pligt, uden at der foreligger fyldestgørende begrundelse herfor, er arbejdsgiveren berettiget til at hæve tjenesteforholdet uden varsel, jfr. funktionærlovens § 5 stk. 4. Erklæringen kan forlanges enten af funktionærens læge eller af en specialist. Kravet om de i en sådan erklæring indeholdte oplysninger kan ikke opfyldes på anden måde. Som ved den summariske lægeerklæring indeholder erklæringen oplysning ikke blot om den foreliggende sygdomstilstand, men også en prognose om det forventede forløb, i den summariske erklæring indskrænket til en angivelse af sygdommens kortere eller længere varighed.

Efter dette overblik over reguleringen af underretnings- og dokumentationsforpligtelserne skal jeg vende tilbage til de principielle bevisretlige spørgsmål.

Udgangspunktet er det materielle tema: Er funktionæren på grund af sygdom ude af stand til at udføre sit arbejde. Hvis dette er tilfældet, er arbejdsgiveren forpligtet til at betale løn - hvis dette ikke er tilfældet, er udeblivelsen ulovlig og kan begrunde ophævelse af arbejdsaftalen (bortvisning) eller i hvert fald undladelse af lønbetaling. Hvis man ud fra en sandsynlighedsteoretisk opfattelse skulle beskrive beviskravet, måtte det formuleres som en dikotomisering, der entydigt fulgte af, om sandsynligheden for sygdom lå over eller under bevisbyrdepunktet. Men det vil vise sig,

8) Jfr. Carlsen, 1974 s. 108-09.

at dette synspunkt i praksis må vige for nogle mere specifikke adfærdsnormer i forholdet mellem funktionæren og arbejdsgiveren med henblik på klarlæggelse af de faktiske forhold.

En funktionær udebliver. Det skyldes sygdom eller måske noget andet. Funktionæren er forpligtet til at underrette arbejdsgiveren om sin udeblivelse, og funktionæren opgiver at udeblivelsen skyldes sygdom. Hermed har arbejdsgiveren mulighed for at gøre op, hvilken arbejdskraft han råder over i hvert fald indenfor den nærmeste fremtid. Hvis arbejdsgiveren har mistillid til funktionærens grund til udeblivelse, må arbejdsgiveren anfægte den udtrykkeligt, dvs. forlange enten en skriftlig erklæring fra den ansatte eller en dokumentation gennem en lægeerklæring. Fremsendes en lægeerklæring, kan man ikke komme sygdommen nærmere. Det kunne naturligvis tænkes, at en nøjere undersøgelse kunne foretages ved en umiddelbart påfølgende fornyet undersøgelse eller ved en undersøgelse hos en anden læge. Men dette kan arbejdsgiveren ikke forlange. På den anden side er funktionæren nødt til at lade sig undersøge af en læge. Denne pligt bliver først aktuel, når arbejdsgiveren fremsætter begæring om lægeerklæring. Mens udspillet - opfordringen - således skal komme fra arbejdsgiveren, er det på grund af det materielle faktums karakter - funktionærens eventuelle sygdom - funktionæren der må lade sig underkaste en undersøgelse. Undersøgelsens resultat, lægeerklæringen, er tilstrækkelig, uanset hvor overfladisk den er. Er sygdommen af længere varighed, kan arbejdsgiveren forlange en specialistundersøgelse. Dette beror ikke så meget på, at beviskravene skærpes, men på sygdommens mere indgribende betydning for omfanget af den arbejdskraft, som arbejdsgiveren disponerer over.

I forholdet mellem funktionæren og arbejdsgiveren er det nødvendigt at standardisere de oplysningsmidler, som kan kræves anvendt. Ikke alle tilfælde af funktionærers sygdom kan forelægges domstolene. I tilknytning til det grundlæggende materielle tema må der udvikles nogle handlingsregler, der relativt entydigt bestemmer parternes respektive forpligtelser og rettigheder. Dette gælder ikke blot de materielle underretningsforpligtelser - dvs. i denne forbindelse de

forpligtelser der går på at underrette arbejdsgiveren om sygdommens fremtidige varighed - men også på de forpligtelser, der vedrører dokumentationen overfor medkontrahenten af, at de materielle forudsætninger for arbejdsgiverens forpligtelse til lønudbetaling er tilstede.

Disse "handlingsregler" for forholdet mellem arbejdsgiveren og funktionæren vil blive sat ganske til side, såfremt en sag om en funktionærs sygdom ved domstolene bliver undergivet en bedømmelse, som var uafhængig af disse handlingsregler. Dette ville bl.a. være tilfældet, såfremt spørgsmålet om en afskedigelse var berettiget eller ej, i en situation som den i UfR 1970.590 H omtalte, gik ind på en indgående undersøgelse af, om funktionæren virkelig var syg, som det fremgik af den normale lægeerklæring, eller om denne lægeerklæring - som noget kunne tyde på - beroede på en utilstrækkelig undersøgelse. I fremtiden måtte man i så fald forvente, at når en arbejdsgiver fremsatte anmodning om en lægeerklæring, var en sådan lægeerklæring ikke tilstrækkelig, medmindre det tillige kunne dokumenteres, at den beroede på en undersøgelse af en vis type, at den bekræftedes på anden måde osv. Standardiseringen ville gå tabt.

Sygdomsspørgsmålet kan praktisk ikke tænkes belyst på nogen bedre måde end gennem en lægeerklæring. Det kan vel antages, at ikke så få lægeerklæringer udstedes uden ordentlig undersøgelse af patienten, men der synes ikke at være noget praktisk alternativ til denne oplysningsmetode. I et betydeligt antal tilfælde vil de eneste oplysninger, der kan indhentes om en sygdom, være den foreliggende lægeerklæring. Under en eventuel senere retssag vil det ofte være vanskeligt eller umuligt at skaffe andre oplysninger end lægens erklæring, evt. suppleret med en (som regel værdiløs) mundtlig bekræftelse af denne. Spørgsmålet om grundighed i lægens undersøgelse er et alment "læge-etisk" spørgsmål, som den enkelte patient ingen indflydelse har på.

De underretnings- og dokumentationsforpligtelser, som er udviklet i retspraksis i tilknytning til funktionærlovens § 5 - og som tildels er udtrykkeligt hjemlet i § 5 stk. 4 - pålægger parterne i arbejdsaftalen en række akcessoriske forpligtelser. Heri er intet usædvanligt. For den bevisretlige analyse må der skelnes mellem de elementer af disse forplig-

telser, som har relation til det bevismæssige, og de elementer, der har en anden funktion.

I denne henseende kan to funktionstyper udskilles: (a) Underretningen og dokumentationen som grundlag for oplysning af årsagen til fraværet (sygdommen) - det er naturligvis denne funktion, som har relation til arbejdsgiverens - og senere domstolens - bedømmelse af, hvorvidt fraværet beror på sygdom. (b) Arbejdsgiverens bedømmelse af den fremtidige arbejdskraft - lægeerklæringens oplysning om sygdommens varighed og den i § 5 stk. 4 omtalte lægeerklæring kan ikke ses alene som grundlag for oplysning af årsagen til det hidtidige forfald, men må tillige ses som et bidrag til arbejdsgiverens bedømmelse af, på hvilket tidspunkt funktionæren atter forventes at arbejde. En sådan prognose om sygdom kan ikke erstatte en senere lægeerklæring, som bagudrettet dokumenterer sygdommen.

Disse akcessoriske forpligtelser indebærer i et vist omfang en selvstændig forpligtelse i den forstand, at såfremt parten i arbejdsaftalen ikke opfylder denne forpligtelse, giver denne undladelse et grundlag for en selvstændig beføjelse i parternes retsforhold. Eksempelvis kan den funktionær, som undlader at aflevere en i medfør af § 5 stk. 4 udkrævet erklæring, bortvises af denne grund - uanset om funktionæren er syg eller ej ⁹⁾. Andre af disse akcessoriske forpligtelser - og det er dem der interesserer i denne forbindelse - står som undernormer i forhold til bedømmelsen af sygdomsspørgsmålet.

Dette kommer til udtryk i eksempelvis dommen Juristen 1954 s. 45: En funktionær, som udeblev 5. - 15. februar meddelte sin arbejdsgiver, at forsømmelsen berod på sygdom. Da det herefter måtte være arbejdsgiverens sag at forlange lægeattest såfremt denne ville bestride, at der forelå sygdom, og da arbejdsgiveren havde undladt dette, "vil der være at gå ud fra, at (funktionærens) forsømmelse skyldtes sygdom, og selvom denne for en del har haft sin årsag i hendes svangerskab, findes hun efter § 5, stk. 1, at være berettiget til løn under sygdommen".

9) Sygdommen vil dog være et moment der kan gøre undladelsen undskyldelig, sml. SHT 1966 s. 221 og utrykt VLD 24/4. 1963 (nævnt Kufahl i Juristen 1964 s. 229).

I den indbyrdes mekanik i forholdet mellem arbejdsgiveren og funktionæren undlod arbejdsgiveren sin del af initiativet, nemlig anmodningen om en lægeerklæring, og derfor kan retten lægge til grund, at der forelå sygdom. Den praktiske konsekvens af dette sæt af undernormer er, at spørgsmålet under funktionærsager ofte vedrører parternes overholdelse/tilsidesættelse af disse undernormer. Spørgsmålet hvorvidt funktionæren har været syg eller ej, kommer til at bero på en bedømmelse af, om parterne har fulgt eller ikke fulgt disse undernormer.

Det foreliggende retsområde eksemplificerer derfor, at de vurderingsstrukturer, som tidligere omtalt som en normativ adfærdsvurdering, kan gøre sig gældende i forholdet umiddelbart mellem parterne. Reguleringen af parternes indbyrdes bevismæssige forhold, som hidtil er betegnet en bevissikring, tager ikke blot sigte på den fremtidige proces, men er tillige styrende for det indbyrdes forhold forud for og uafhængig af processen. Det er den praktiske tilrettelæggelse af dette førprocessuelle forhold, som bliver bestemmende for de normer, som kommer til at gælde for den processuelle, judicielle bevisbedømmelse.

Et andet træk kan fremhæves. Lægeerklæringen som afgørende bevismiddel sætter sig igennem overfor domstolens selvstændige bedømmelse af sygdomsspørgsmålet. Man kan sige, at lægen kommer til at fungere som en autoritet i forhold til domstolen med hensyn til sygdomsspørgsmålet. Dette svarer i og for sig også til den retsmedicinske opfattelse af sådanne erklæringer. Den læge, der anmodes om en sådan lægeerklæring, betragtes som en opmand i forholdet mellem arbejdsgiveren og den ansatte.

"Lægeerklæringer er dokumenter, der kan få afgørende betydning såvel i offentlige som i private retsforhold. Som attestudsteder er lægen neutral opmand mellem den person, attesten drejer sig om, og den offentlige eller private institution eller den person, som begærer attesten, og som eventuelt skal træffe vigtige afgørelser i tillid til rigtigheden og objektiviteten af lægeerklæringen" 10).

10) H. Gormsen: Retsmedicin, 1967 s. 41-42 (Fremhævelse tilføjet).

Denne opfattelse kan konfronteres med den almindelige bevisretlige dogmatik, som navnlig benytter sig af bevisbyrde- og formodningsbegreber ved beskrivelse af retstilstanden. Udgangspunkt tages i et spørgsmål om, hvilken af parterne der bærer bevisbyrden for sygdom.

Med udgangspunkt i den almindelige kontraktsrets termer udgør sygdommen en tidsmæssig begrænsning af funktionærens arbejdsydelse, som ikke indebærer en tilsvarende begrænsning i arbejdsgiverens forpligtelse til udbetaling af løn mv. Hvor funktionæren ikke møder og udfører arbejdet, kan udeblivelsen bero på sygdom (hvormed sidestilles graviditet, militærtjeneste mv.) eller misligholdelse. Spørgsmålet er altså, om arbejdsgiveren kan påberåbe sig udeblivelsen som en form for misligholdelse, som kan begrunde at kontrakten ophæves (bortvisning), en slags "delvis ophævelse" i form af undladelse af udbetaling af løn i sygdomsperioden, eller eventuelt et erstatningskrav, jfr. funktionærlovens § 4, og det er derfor nærliggende med dette udgangspunkt at antage, at det er arbejdsgiveren, som bærer bevisbyrden for, at funktionæren ikke er syg ¹¹⁾. På den anden side må det erkendes, at netop sygdommen som lovlig forfaldsgrund stiller betydelige krav til funktionærens aktivitet, og det kan derfor forekomme mere nærliggende at tage udgangspunkt i dette og hævde, at "det naturlige udgangspunkt er, at lønmodtageren har bevisbyrden for rigtigheden af sit udsagn om, at der foreligger lovligt forfald ¹²⁾".

Sådanne modstridende udsagn belyser blot den kolossale ubestemthed, som udsagn om, hvilken af parterne der bærer bevisbyrden, er forbundet med. Sådanne udsagn nærmer sig det meningsløse. Det almene udsagn om, hvilken af parterne der bærer bevisbyrden, søges da også præciseret, navnlig under hensyntagen til den tidsmæssige udvikling i sygdommen.

11) Jfr. Tybjerg s. 156 f, Dige s. 165-66, Carlsen 1974 s. 106 ved note 52.

12) Hasselbalch s. 336.

Teorien har således forsøgt at opstille 3 faser i tilfælde af en funktionærs udeblivelse ¹³⁾:

(1) Ved sygdom af ganske kort varighed vil funktionærens forklaring om at have været syg normalt blive lagt til grund og yderligere bevis i form af lægeerklæring er uforholdsmæssigt. Hvis arbejdsgiveren betvivler funktionærens anbringende, må han anstille nærmere undersøgelser. (Det oplyses ikke, hvilke undersøgelser arbejdsgiveren skal "anstille"). Hvor mange dage denne bevisstilling består, må, ifølge Carlsen, afhænge af omstændighederne, men meget mere end 4 dage vil der næppe kunne være tale om. Denne tidsgrænse hænger naturligvis sammen med, at funktionæren først efter 3.dagen i almindelighed kan få en lægeerklæring, hvilket Carlsen også nævner. Tidsforløbet indebærer således en ændring i funktionærens mulighed for at oplyse om fraværsårsagen.

(2) Er sygdommen af noget længere varighed, men dog ikke udover 14 dage, må funktionæren på anfordring dokumentere tilstanden gennem lægeerklæring. "Den formodning, der ved kortere tilfælde foreligger med hensyn til rigtigheden af funktionærens anbringende, gælder altså ikke længere".

(3) Varer sygdommen mere end 14 dage, skærpes beviskravet, idet arbejdsgiveren nu kan forlange nærmere oplysninger om varigheden af sygdommen, jfr. funktionærlovens § 5, stk. 4.

Jeg mener ikke, at de forskellige krav, som arbejdsgiveren kan gøre gældende, kan sættes i forbindelse med, i hvilket omfang man har tiltro til sygdommen - tværtom er der vel grund til at have mistillid til de kortvarige fravær. Den tidsmæssige udvikling svækker ikke nogen formodning for funktionærens anbringende, men gør fraværet mere alvorligt for arbejdsgiveren og er - derfor - forbundet med øgede bevismuligheder - som skal udnyttes. I de første dage er det ikke muligt at skaffe nogen synderlig værdifuld oplysning om spørgsmålet, senere gives arbejdsgiveren et krav på lægeerklæring efter anmodning ¹⁴⁾.

13) Jvf. Carlsen 1974 s. 106-07.

14) At en dokumentationspligt muligvis kan blive aktuel i den anden fase uden anmodning, er formentlig ukorrekt, jfr. ovf. VII.2., UFR 1973. s. 75 H viser, at funktionæren må være forberedt på at skulle bevise sygdommen og f.eks. må gå til læge, hvilket ikke er ensbetydende med at skulle fremsende lægeerklæring.

3.2. Tilståelse i mindre straffesager

Et andet eksempel er formentlig tilståelser i mindre straffesager. Såfremt tiltalte tilstår, bliver tiltalte dømt, uden at der gøres noget videre ud af vurderingen af sandsynligheden for skyld ¹⁾.

Ofte vil en tilståelse være af uhyre tvivlsom bevisværdi. Der kan være mange grunde til, at en tiltalt afgiver urigtig tilståelse (nogle af dem nævnes af Ekelöf IV s. 24-25). Hvad er da forklaringen på, at man trods princippet om anklagemyndighedens bevisbyrde anerkender tilståelsen som et normalt tilstrækkeligt bevis i mindre straffesager? Ved besvarelsen heraf kan man fremhæve dels at en urigtig domfældelse ikke har så betydelige uheldige virkninger som i alvorlige straffesager, hvor langvarig frihedsberøvelse kan komme på tale ²⁾. Et andet synspunkt går ud på, at tilståelsen udtrykker den tiltaltes disposition over bevisgrundlaget: Den tiltalte skal "genom sitt erkännande kunde åstadkomma att åtalet bifalles på en mindre grundig utredning och dermed också på en svagare bevisning end då gärningen förnekas" ³⁾.

Men det er domstolen der træffer beslutningen om skyldspørgsmålet, og det må derfor også være domstolen, der foretager de relevante dispositioner. At domstolen følger tilståelsen, beror ikke primært på, at den tiltalte ved tilståelsen godkender en mindre grundig undersøgelse af skyldspørgsmålet, men på at domstolen på grund af tilståelsen godkender en mindre undersøgelse end i tilfælde af benægtelse. Det er domstolen, som på grundlag af den tiltaltes forhold - tilståelsen - tillader sig at drage en slutning med hensyn til skyldspørgsmålet, som ikke er forbundet med den samme sikkerhed, som i almindelighed kræves. Som en refleks af denne judici-

1) Sml. om politisager rpl. § 935 (jfr. 934 om udeblivelse)

2) Sml. Bolding SvJT 1953 s. 314.

3) Ekelöf s. 108.

cielle bedømmelsesregel kan man opfatte den tilstående som disponerende, nemlig i den forstand at den tiltalte kan forudse, at en tilståelse uden videre fører til domfældelse.

Når tilståelsen i denne forbindelse omtales som et eksempel på et standardbevis, beror det på, at den i lighed med de andre erklæringer og udtalelser, som er omtalt tidligere, uden nærmere analyse er et tilstrækkeligt grundlag for en judiciel antagelse vedrørende det relevante faktum, nemlig en antagelse om tiltaltes skyld. Det bevismæssige problem i forbindelse med en tilståelse er nok så meget et spørgsmål om den pågældendes forståelse af tiltalen og andre præliminære problemer, mens selve skyldsspørgsmålet entydigt bedømmes på grundlag af tilståelsen.

Den af Ekelöf omtalte privatautonome dispositionsret, som her dukker op som et element i det bevismæssige grundlag for bedømmelsen af skyldsspørgsmålet, harmonerer godt med de almindelige antagelser vedrørende normativ bevisvurdering, som er beskrevet alment tidligere. Den private forholder sig til et sæt af normer for bedømmelsen af de relevante fakta, som er udviklet judicielt. Den private kan forholde sig forskelligt i forhold til disse normer med forskellige konsekvenser til følge for, hvorledes sagen behandles og senere afgøres. Hvis den judicielle antagelse er urigtig, er der ingen nærmere at bebrejde dette, end den tiltalte selv, som tilstår. Det straffemæssige indgreb, som er den judicielle konklusions indhold, er legitimeret gennem den privates eget forhold ⁴⁾.

4) Ekelöf s. 108 vil opfatte tilståelsen som en presumption, som medfører at bevisbyrdepunktet flyttes nærmere midten på skalaen. Tilståelsen indebærer med andre ord en forandring af beviskravet. Som regel vil der ikke være nogen praktisk forskel mellem Ekelöfs opfattelse og den opfattelse, som er beskrevet ovenfor, hvorefter tilståelsen anses som et tilstrækkeligt bevis, jfr. Bolding 1953 s. 313. Jeg savner imidlertid hos Ekelöf en samlet fremstilling af, hvornår disse presumptioner skal dukke op, ligesom jeg finder det teoretisk utilfredsstillende, at bestemte bevisdata - tilståelsen - ændrer beviskravs reglen, uden at en samlet forståelse af såvel bevisdata som beviskrav opnås.

3.3. Standardbevis med surrogatbevis: Konfiskation

En særegen type af bevisregulering, som ikke alene har betydning for den judicielle bevisvurdering, men tillige - måske især - for den administrative, og som er et godt grundlag for forståelse af væsentlige bevisretlige problemer, er den type, som her skal betegnes standardbevis med surrogatbevis.

Det karakteristiske for denne type af bevisregulering er, at loven (eller domspraksis) tager sit udgangspunkt i et standardbevis, dvs. et bevisdatum som i almindelighed præsteres i de sager, hvor det relevante faktum hævdes, og som i disse sager betragtes som et tiltrækkeligt bevis. Men det er ikke et nødvendigt bevis, idet det kan erstattes af en anden type af bevis, her betegnet et surrogatbevis.

Reguleringen af surrogatbeviset kan blot bestå i, at det angives, at et sådant kan forekomme, uden at det nærmere angives, hvilke krav der stilles til et sådant, eller der kan gives en mere præcis regulering af kravene til surrogatbeviset. Et eksempel på en sådan regulering finder man i Straffelovens § 75 stk. 1:

"Udbyttet ved en strafbar handling eller et hertil svarende beløb kan helt eller delvis konfiskeres. Savnes der fornødent grundlag for at fastslå beløbets størrelse, kan der konfiskeres et beløb, som skønnes at svare til det indvundne udbytte" 1).

Lad os først se på bestemmelsens materielle opbygning. Første punktum indeholder den materielle betingelse for domstolens kompetence til at beslutte konfiskation. Det, som efter denne bestemmelse kan konfiskeres, er angivet

1) Som affattet ved lov 212/1965. I straffelovens oprindelige formulering (15. april 1930) var den materielle regel og bevisreglen integreret: "Det ved en strafbar handling indvundne udbytte ... eller et beløb, der skønnes at svare dertil", §77, stk. 1, 3). Da den erstatningsberettigede havde fortrinsret til udbyttekonfiskationsbeløbet, kunne konfiskationsbestemmelsen og den almindelige erstatningsfastsættelsesregel i rpl. § 292 sammenholdes.

som enten "udbyttet" eller "et hertil svarende beløb". Loven sidestiller altså i samme bestemmelse den egentlige udbyttekonfiskation med en værdikonfiskation, bestemt værdimæssigt af udbyttets værdi ²⁾. Udbytte forudsætter økonomisk værdi ³⁾. Udbyttet vil ofte være penge eller, hvor dette ikke oprindeligt har været tilfældet, være omsat i penge. Udbyttekonfiskationen vil derfor ofte angå en konfiskation af et bestemt pengebeløb.

Spørgsmålet er nu, hvorledes dette beløb fastsættes. Bestemmelsens andet punktum skelner her mellem to situationer: (1) Der foreligger "fornødent grundlag for at fastslå beløbets størrelse" og (2) dette er ikke tilfældet, men der kan fastsættes "et beløb, som skønnes at svare til det indvundne udbytte". For en umiddelbar betragtning er det svært at se, hvilken mening der er i at opstille disse to situationer ved siden af hinanden. Hvorfor ikke blot fastslå, at der kan konfiskeres et beløb, som antages at svare til det indbundne udbytte? Og derpå følger det næste spørgsmål, om en særlig bevisregel overhovedet er nødvendig?

Selvom denne bevisregel næppe har stor praktisk betydning, kan den bruges som udgangspunkt for forståelsen af nogle centrale bevisretlige problemer.

Det kan uden videre af bestemmelsen sluttes, at den under (1) anførte situation giver en vis sikkerhed med hensyn til konfiskationsbeslutningens beløbsmæssige indhold. Der foreligger et eller andet "grundlag", som er tilstrækkeligt til at man kan "fastslå" et bestemt beløb til konfiskation. I den anden situation (2) er man henvist til et skøn, men skønresultatet svarer til resultatet i den første situation, nemlig at der stipuleres et bestemt be-

2) Sml. herved opdelingen mellem § 75 stk. 2 og § 75 stk. 3 for så vidt angår andre typer af konfiskation end udbyttekonfiskation.

3) Jfr. Hurwitz ved Waaben (1971) s. 417.

løb til konfiskation.

Af denne modstilling af de to tilfælde kan man slutte, at der foreligger tilfælde, hvor domstolen kan konstatere en umiddelbar forbindelse mellem det foreliggende bevismæssige grundlag og det pengebeløb, der konfiskeres, og andre tilfælde, hvor det foreliggende materiale ikke etablerer en sådan forbindelse. Forståelsen af disse to grupper kan uddybes, når bestemmelsen sammenholdes med dens motiver.

Det under (2) hjemlede skøn omfatter "tilfælde hvor der er bevis for, at den pågældende har indfundet et udbytte, men hvor der ikke foreligger bevismateriale, som er tilstrækkeligt til en nøjagtig fastlæggelse af udbyttets størrelse ... (I) nogle tilfælde savnes der næsten ethvert grundlag for en nærmere opgørelse af udbyttets størrelse. Årsagen hertil vil som regel være, at der i forbindelse med lovovertrædelsen foreligger uordentlig eller bevidst urigtigt regnskabsførelse, urigtige eller falske dokumenter. Ud fra almindelige strafferetlige synspunkter måtte det foretrækkes at fastholde det synspunkt, at konfiskation krævede sædvanligt bevis såvel for, at udbyttet er indbundet, som for udbyttets størrelse... (Den foreslåede bestemmelse) giver domstolene en vis skønsmæssig beføjelse med hensyn til fastsættelse af det udbytte der skal konfiskeres ... Rådet har lagt vægt på at understrege de begrænsninger, der bør gælde med hensyn til den omtalte skønsmæssige beføjelse. For det første må beføjelsen forudsætte, at det på sædvanlig måde bevismæssigt er lagt fast, at tiltalte har indfundet et udbytte... For det andet er det ved bestemmelsens affattelse pålagt domstolene at søge at nå frem til det beløb, som efter samtlige foreliggende omstændigheder er den mest sandsynlige udbyttestørrelse. Rådet ønsker at understrege, at dette skøn bør udøves med varsomhed" 4).

Dette bekræfter rigtigheden af den ovenfor skitserede fortolkning. Gerningsmanden kan ligge inde med regnskaber, som blot er nogenlunde pålidelige, og som giver grundlag for en bestemt udbytteberegning. Et konfiskationsbeløb kan da uden videre fastsættes i overensstemmelse med dette

4) Straffelovrådets betænkning om konfiskation nr. 355 1964, s. 26 - 27, jfr. Hurwitz ved Waaben s. 419 - 20.

regnskabs resultat. Men hvor regnskabet ikke er i orden eller slet ikke foreligger, foreligger der dermed ikke noget bevismateriale, som kan fritage dommeren for en beløbsmæssig fiksering af konfiskationsbeløbet. Dommeren må skønne.

Reglen kan opfattes som en "bevislettelse i forhold til de krav om bevis, som ellers ville følge af straffeprocessuelle grundsætninger" ⁵⁾. Ved præciseringen af denne bevislettelse skelnes der - som i betænkningen - mellem beviset for at et udbytte faktisk er indvundet, og beviset for "beløbets størrelse" ⁶⁾.

Efter min fortolkning af § 75 stk. 1 er det imidlertid ikke nødvendigt at introducere en sådan sontring. Fravigelsen fra de sædvanlige beviskrav indebærer ikke så meget en formindskning af det sikkerhedskrav, som er gældende, som en forandring af dets indhold, nemlig en forandring fra det normale beløbsdirigerende bevisdatum, f.eks. et regnskab, til et andet grundlag. Dette andet grundlag må give en sikkerhed, som i almindelighed svarer til den sikkerhed, som er forbundet med standardbevisets eksistens. Ofte vil surrogatbeviset imidlertid give en større sikkerhed. Ved bedømmelsen af udbyttets størrelse tages hensyn til lovovertrædelsens art, varigheden af en ulovlig forretningsvirksomhed, den gennemsnitlige avance ved det enkelte salg ⁷⁾.

Det er klart at sådanne bevisdata ofte vil give en større sikkerhed end et lemfældigt regnskab.

Brugen af udtrykket skøn i denne forbindelse afspejler

5) Hurwitz ved Waaben s. 419 - 20.

6) S. 420, denne sontring kan sammenlignes med sontringen mellem beviset for at gerningsindholdet er realiseret, og beviset med hensyn til udmålingsgrunde, jfr. om hensyntagen til ubeviste kendsgerninger, von Eyben, Strafdømming s. 290f, 292f.

7) Hurwitz s. 420.

det forhold, at de foreliggende bevisdata ikke indholdsmæssigt angiver, hvilket resultat dommeren skal fastslå med hensyn til faktum - som man eksempelvis finder det i det legale bevis to vidners samstemmende forklaring, eller i regnskabet. Dommeren er nødsaget til at foretage en friere induktion på grundlag af de foreliggende spredte oplysninger og almindelige erfaringssynspunkter. Denne terminologi har præget også skatteretten, hvorfra et tilsvarende bevisproblem skal behandles.

3.4. Selvangivelsen

Selvangivelsen af indkomst til personbeskatning udgør et bevisdatum, der forekommer i overvældende kvantitativt omfang. Det forekommer mig derfor rimeligt at inddrage denne bevistype, selvom den primært er relevant for den administrative proces, som ikke behandles i almindelighed. Selvangivelsen skal i det følgende analyseres som et praktisk eksempel på et standardbevis med surrogatbevis.

I sjældne tilfælde kan selvangivelsens indhold være retligt bindende, idet de for skatteberegningen relevante dispositioner ikke uden videre kan omgøres, efter selvangivelsen er indsendt ⁸⁾. Her skal denne dispositive side af selvangivelsen ikke behandles, men derimod spørgsmålet hvilken betydning for ansættelsen af den skattepligtiges indkomst selvangivelsen har.

Der kan tænkes 3 situationer: (1) Selvangivelse er rettidigt indsendt, og den lægges til grund for skatteansættelsen. (2) Selvangivelsen er rettidigt indsendt, men den lægges ikke til grund for skatteansættelsen. (3) Selvangivelse er ikke rettidigt indsendt. Jeg koncentrerer mig i det følgende om de to første situationer (1) og (2) og afslutter med en bemærkning om den sidste.

Lad os tage udgangspunktet i den situation, at der foreligger en selvangivelse fra skatteyderen. Det ligningsmæssige problem er da, om den pågældende selvangivelse skal "tilsidesættes" eller benyttes som grundlag for ligningen.

8) Herom nærmere f.eks. Thøger Nielsen I, s. 87 f.

Allerede i selve denne formulering af problemstillingen viser selvangivelsens centrale position som ligningsgrundlag sig. Den bevisretlige "retsvirkning" af selvangivelsen som normalt ligningsgrundlag præciseres derhen,

"at det påhviler ligningsmyndighederne at godtgøre, at de enkelte informationer i selvangivelsen er uoverensstemmende med faktiske forhold" 9). Eller "skatteyderen kan siges at have flyttet bevisbyrden for selvangivelsens uegnethed som hovedbestanddel af ligningsgrundlaget og dermed for ansættelsen af den skattepligtige indtægt over på ligningsmyndighederne" 10).

På den anden side findes udtalelser, der går imod denne omlægning af "bevisbyrden":

"Situationen er ikke den ... at skattemyndighederne har bevisbyrden overfor en selvangivelse og det med denne fulgte regnskab, således at man må lægge den til grund, medmindre man kan modbevise den. Noget sådant ville stille skattemyndighederne overfor en uløselig opgave, thi mange - og også ordentlig førte - regnskaber beviser ikke i sig selv, at der ikke kan være indgået og udgået kontante beløb, som ikke er med i regnskabet" 11)

Trolles opfattelse er dog ikke fjern fra den tidligere citerede "omlægning", da han straks efter antager, at skattemyndighedens "tilsidesættelse af et regnskab opretholdes, når (og kun når) det findes "antageligt, at det ikke er fyldestgørende", og at ved kritik af en selvangivelse udfra en tilsidesættelse af privatforbruget må ligningsmyndigheden "fremkomme med oplysninger ... af en sådan art, at de skaber en ret stærk formodning for, at skatteyderens opgivelse har været væsentlig for lav", s. 281 (Trolles fremhævelser).

Den generelle begrundelse for skattemyndighedernes binding til selvangivelsen udtrykkes undertiden på en vel generel måde: "De i selvangivelsen indeholdte detailoplysninger kan ikke forkastes af ligningsmyndighederne og uden videre erstattes med disses skønsmæssige bedømmelse. Dette re-

9) Thøgers Nielsen I, s. 89.

10) Koch-Nielsen: Indkomstskatten, 1970 s. 46.

11) Trolle i U 1967 B s. 280, jfr U 1967 635 H.

sultat må kunne udledes af den kendsgerning, at der ikke i skattelovgivningen findes nogen hjemmel for ligningsmyndighederne til vilkårligt at gøre brug af selvangivelsen som informationskilde eller vilkårligt undlade dette¹²⁾. Det er klart, at det er en "kendsgerning", at ligningsmyndighederne ikke kan behandle skatteyderen "vilkårligt". Men dette udgangspunkt giver ingen oplysning om selvangivelsens betydning i forhold til de reflekterede overvejelser, som myndighederne kan gøre sig over skatteyderens indkomst.

I de tre situationer, som er nævnt ovenfor, forholder skattemyndighederne sig således: Såfremt skatteyderen ikke fremsender selvangivelse med behørigt bilagsmateriale, ansetter skattemyndighederne indkomsten "skønsmæssigt" eller som det undertiden udtrykkes "rent skønsmæssigt" i henhold til kontrolloven.

Såfremt selvangivelse med bilag er fremsendt, lægges det til grund, medmindre der kan rettes en eller anden kritik mod det pågældende materiale. Et vigtigt eksempel på en sådan tilsidesættelse af en selvangivelse - selvom den fremtræder formelt korrekt - er bedømmelsen af skatteyderens og hans families privatforbrug. Det er denne situation, som allerede statsskatteloven 1903¹³⁾ tog sigte på, byggende på ligningsmyndighedens lokalkendskab til skatteyderens indkomsts afhængighed af "hans bedrifts omfang" og "udbytte". Hvis skatteyderens selvangivelses resultat tilsidesættes, vender man tilbage til den skønsmæssige ansættelse, jfr. statsskattelovens § 24.

Det ses, at det skønsmæssige bliver aktuelt i de tilfælde, hvor skatteyderens selvangivelse ikke udgør grundlaget for indkomstansættelsen. Det karakteristiske for det skønsmæssige er altså, at afgørelsen - den administrative/judicielle antagelse vedrørende skatteyderens indkomst - ikke entydigt er i overensstemmelse med oplysninger fra skatteyderen selv.

12) Thøger Nielsen I, s. 89

13) § 24, stk. 4.

Såvel den skønsmæssige ansættelse som udgangspunktet i formodninger om privatforbrug mv. er altså karakteriserende for en bevisbedømmelse, som går udover de normale bevisdata. Terminologien er en genspejling af den traditionelle: En bevisbedømmelse, som gik udover de legale bevismidler, byggede på indicier og formodninger.

I forbindelse hermed kan det fremhæves, at de "skønsmæssige" ansættelser ikke - som det i almindelighed antages - nødvendigvis er mindre sikre end de ansættelser, som følger selvangivelse.

Et andet moment af betydning for forståelsen af indkomstansættelsen er afgørelsens karakter med hensyn til udmåling. Den kan sammenlignes med erstatningsfastsættelse bestemt af et tabs størrelse, en konfiskationsbeslutning bestemt af et udbyttes størrelse (jfr. ovenfor), eller med en strafudmåling bestemt af en skyldgrad eller lign. Det som er karakteristisk for sådanne beslutninger er, at tematiseringen er variabel: Bedømmelsen tager nok sigte på om et vist bestemt angivet beløb, f.eks. 10.000 kr. svarer til henholdsvis vedkommendes indkomst, tab, udbytte, men dette tema indgår som et enkelt af en række af andre mulige temaer. Dette giver bedømmelsen en yderligere indholdsmæssig variabilitet, der kan begrunde anvendelse af skønstudtrykket.

Selvangivelsen kan opstilles som et standardbevis, som eventuelt kan erstattes af et skøn - et skøn som altså bliver aktuelt, dels hvor selvangivelsen slet ikke kommer - dels hvor en selvangivelse er indkommet, men er kritisabel. Skønnet bygger på andet end det sædvanlige, på surrogatbeviset.

Endelig må man nærmere undersøge kriterierne for at anse en selvangivelse for korrekt. Afgørelsen heraf beror på, om skatteyderen har leveret de oplysninger - og leveret dem i den form, som er nærmere foreskrevet i skattelovgivningen, som i denne henseende i vidt omfang bygger på almen bogføringslovgivning¹⁴⁾. Materialet som udgør grundlaget for skattemyndighedernes ansættelse, tilvejebringes af skatteyderen. Skatteyderens forpligtelser i denne henseende er fast-

¹⁴⁾ Jfr. kontrollovens § 2, stk. 2, jfr. stk. 1 og for bogføringspligtige, bogføringslov 178, 5/6.1959. Hertil Thøgers Nielsen I s. 90 f.

sat ved loven. Sanktioner ved undladelse af at meddele disse oplysninger er ikke i så høj grad en pønalt ansættelse af indkomsten som tidligere, men mere selvstændige sanktioner især i form af tvangsbøder. Ved bedømmelsen af, om en selvangivelse kan tilsidesættes spiller disse hensyn en stor rolle. Tilsidesættelsen indebærer jo en kritik af det fremsendte materiale. Når dette er i overensstemmelse med lovens krav, kan det vanskeligt tilsidesættes.

Forholdet mellem bevisbyrde som bevisførelsespligt og sandsynlighedskrav fremtræder da således: Skatteyderen er forpligtet til at levere et betydeligt materiale. Dette materiales konklusion - den selvangivne indkomst - lægges til grund, medmindre der er en ganske betydelig sikkerhed for, at en afgørelse i overensstemmelse hermed ville være forkert. I de tilfælde, hvor en indkomst således ansættes skønsmæssigt, f.eks. fordi privatforbruget ikke kan rummes indenfor det selvangivne, er der en betydelig større sikkerhed for, at skattemyndighedens ansættelse er korrekt fremfor den selvangivne.

Hermed er det sagt, at skatteyderens bevisbyrde med hensyn til sin indkomst ikke så meget består i at tilvejebringe betydelig sikkerhed som i at levere et materiale i overensstemmelse med lovens krav. Og omvendt, når det siges at skattemyndighederne har bevisbyrden, når dette materiale er fremlagt, sigter dette i højere grad til, at forudsætningen for at tilsidesætte det fremsendte er, at en antagelse vedrørende indkomsten, der byggede på dette, ville være usandsynlig, snarere end spørgsmålet om skattemyndighederne skal fremlægge fuldstændige oplysninger.

Om den ovenfor under (3) nævnte situation, at selvangivelsen ikke er indsendt, skal kort bemærkes, at selvangivelsens centrale betydning naturligvis har måttet understøttes af pønale reaktioner på en sådan passivitet, men disse reaktioner har gennemgået en udvikling, hvor forhøjet ansættelse af indkomsten var den oprindeligt eneste reaktion, dvs. en antagelse om indkomst som var intenderet forkert ¹⁵⁾. Sene-

15) Statsskattelov 1903 § 41, jfr. 1922 § 40, jr. § 23, stk. 4.

re introduceres dagbøder, først for formue, siden for indkomst ¹⁶⁾. I forbindelse hermed er forhøjelsen ændret, således at den angår skattebeløbet, ikke indkomsten der fastsættes skønsmæssigt ¹⁷⁾.

4. Autoritativt bevis

Under den fri bevisbedømmelse er der ingen - eller få - legale begrænsninger for den judicielle vurdering af en sags bevisdata. Dette enkle udgangspunkt må sammenholdes med en række bevistyper, som på afgørende måde modificerer det.

Under betegnelsen autoritativt bevis sammenfatter jeg en række tilfælde, hvor der af andre tilkendes gives en opfattelse vedrørende faktum, som begrænser den netop nævnte judicielle frihed.

4.1. Sagkyndigt bevis

Ved oplysningen af faktum gør domstolene ofte brug af særlig sagkundskab. Endvidere foreligger der ofte som grundlag for rettens bedømmelse opfattelser, som er udtrykt af andre myndigheder.

I den almindelige juridiske beskrivelse af den betydning, som sagkyndiges eller andre myndigheders opfattelse af et vist faktum har, understreger man i reglen domstolenes selvstændighed overfor sådanne udtalelser. Dette standpunkt må følge af princippet om fri bevisbedømmelse: Domstolenes bedømmelse af det faktum, som efter den materielle regel er afgørende, er ikke bundet af en udtalelse fra en eller flere sagkyndige. Ligesom domstolenes bedømmelse på grundlag af andre bevisdata (2 vidner, offentlige dokumenter) er fri i den forstand, at loven ikke skaber en entydig forbindelse (konneksitet) mellem de pågældende bevisdata og den judicielle antagelse af det pågældende faktum, således er domstolen også frit stillet i forhold til den sagkyndiges bidrag til sa-

16) Kontrollov 1946 § 1, stk. 3, ændringslov 23 af 30/1.1964 til kontrollov, nu lbk. 513 af 20/3.1973 § 4.

17) Kontrollovbkg. 1973 § 2, stk. 2, cirk. nr. 33 af 12/3.1964.

gens oplysning ¹⁸⁾.

På den anden side erkendes det naturligvis, at den sagkyndige indtager en særstilling i forhold til andre oplysningsmidler. Dette viser sig bl.a. i processuelle regler om, at domstolen i et vist omfang kan indkalde sagkyndig bistand uden parternes begæring herom ¹⁹⁾.

Hovedsynspunktet for dette afsnit er, at der er givet ophævelsen af de legale bindinger af den judicielle bedømmelse af faktum for vidtrækkende betydning, når det gælder forholdet mellem domstol og sagkyndig. Dette er særligt fremtrædende, når indførelsen af fri bevisbedømmelse antages at indebære en indførelse af en sandsynlighedsbedømmelse, og når sandsynlighedsbedømmelsen nærmere specificeres i overensstemmelse med den juridiske sandsynlighedsteori. Resultatet af denne omtolkning må være, at den sagkyndige erklæring indgår i domstolens bedømmelse af sandsynligheden for det relevante faktum. Skal der i en straffesag tages stilling til et utilregnelighedsspørgsmål, straffelovens § 16, og er det relevant for denne bedømmelse at tage stilling til, om den tiltalte kan anses som sindssyg, beror domstolens bedømmelse - efter denne opfattelse - på en sammenstilling af den række af oplysninger vedrørende tiltaltes personlighed, som foreligger for retten, og blandt disse oplysninger indgår lægelige udtalelser, herunder lægelige konklusioner vedrørende spørgsmålet om sindssygdom.

I denne opfattelse sætter man sig udover de ret uomgængelige begrænsninger i dommerens muligheder for at bedømme det relevante tema, som følger af, at dommeren ikke har nogen viden om adskillige af de forhold, som er relevante for sagers afgørelse, og at han derfor i et vidt omfang kommer til at

18) Sml. Eckhoff 1962 s. 135 og Ekelöf 1973 IV s. 164: "Av sakkunnigutlåtandets karaktär av bevis följer, att rätten skal fritt pröva dess sanningshalt. Den er lika obunden därav som av en vittnesutsaga". hvortil føjes, at retten ofte har små muligheder for på egen hånd at afgøre om udtalelsen er rigtig.

19) Jfr. retsplejelovens § 284, stk. 1 ("eller til, at der indhentes syn eller skøn"). For straffesager findes ikke en tilsvarende sontring mellem syn og skøn og andre bevismidler, retsplejelovens § 880, stk. 3.

bygge på andres bedømmelser af sådanne forhold. Den judicielle bedømmelse af et faktum, som dommeren ikke har nogen hverken generel eller (væsentlig) konkret viden om, og som kan belyses i en sagkyndig erklæring, vil i første række rette sig mod følgende problemer:

(1) Sagkundskab nødvendig: Dommeren må tage stilling til, om fremskaffelse af en sagkyndig erklæring er nødvendig. Hvis dette antages, kan det komme en af parterne til skade at den ikke er fremskaffet. Dette vender jeg tilbage til i kapitel X.

Der er en række af materielretlige temaer, som aldrig eller kun undtagelsesvis bedømmes, uden at en sagkyndig erklæring er fremskaffet.

En tiltalt anses ikke som strafferetligt utilregnelig på grund af sindssygdom, uden at en psykiaters erklæring er indhentet ²⁰⁾. Dette kan sammenstilles med retstilstanden forsåvidt angår testationsinhabilitet, hvor man ikke i samme grad er tvunget til at indhente psykiatrisk erklæring.

En invaliditetsgrad under en privat erstatningssag fastsættes ikke eller kun sjældent uden en udtalelse fra Ulykkesforsikringsdirektoratet/Sikringsstyrelsen. En erstatningsudmåling i en ekspropriationssag under prøvelse for domstolene pådømmes næppe uden, at der er indhentet et syn og skøn vedrørende den pågældende ejendom ²¹⁾.

I patentsager og andre sager indenfor immaterialretten er syn og skøn som regel nødvendig ²²⁾.

I disse tilfælde er den judicielle bedømmelse af det relevante tema knyttet til den informative retningslinie, at sagen ikke er ordentligt oplyst, medmindre sådanne erklæringer foreligger. Behovet for dem vil blive gjort klart under forberedelsen, og derfor vil der sjældent skulle træffes en afgørelse uden sådanne erklæringer. Det er væ-

20) Hermed er ikke sagt, at erklæringen altid følges .

21) Jfr. Friis-Jensen Taksationsproces, 1975 s. 374. I de s. 374 note 27 nævnte domme forelå der også syn og skøn, foruden judicial besigtigelse.

22) Se f.eks. K.Holm-Nielsen i Proceduren 1969, s. 277 og s. 288 f.

sentligt at fremhæve, at det ikke drejer sig om selvstændige procedureregler, men om elementer i den judicielle bedømmelse af det relevante faktum: Hvis undtagelsesvis en af de ovennævnte sager bedømmes uden en sådan erklæring - og uden at en særegen grund hertil foreligger -, har dette betydning for, hvilket faktum der antages.

(2) Beviskompetence: Herunder hører de problemer, som vedrører, om den pågældende sagkyndige/myndighed har sådan kundskab om det pågældende emne, at udtalelsen kan tillægges betydning.

Dette kan undertiden spaltes op i et absolut spørgsmål, om den pågældende myndighed overhovedet har kundskab, dels et relativt spørgsmål, om denne kundskab er så meget mere omfattende end domstolens, at den pågældende udtalelse må have særlig vægt for domstolen.

I visse tilfælde vil beviskompetencen være legalt fastslået. En bestemt persongruppe - ofte med en bestemt uddannelse - eller en myndighed, der besættes af særligt sagkyndige indenfor et vist område, er legalt stipuleret som rådgivende med hensyn til det pågældende emne.

Beviskompetencen bedømmes efter en struktur, der kan sammenlignes med den retlige ("retsskabende") kompetence: Erklæringen må komme fra den rette person eller myndighed (personel kompetence), den må være tilvejebragt efter en undersøgelse og sagsbehandling, der svarer til de herfor gældende krav (processuel kompetence)²³, og den må efter sit indhold falde indenfor vedkommendes sagkundskab (materiel kompetence).

(3) Sagkundskaben som autoritet: Den sagkyndige udtalelser indhold virker som regel bestemmende for domstolens opfattelse. Heri ytrer den bevismæssige betydning af den sagkyndige udtalelse sig.

Når den sagkyndige på denne måde dominerer den judicielle opfattelse af det pågældende faktum, opstår et spørgsmål

23) Se mht. forholdet til parterne, Tjur i Proceduren s. 145 f.

om, under hvilke betingelser en sagkyndig erklæring kan tilsidesættes eller negligeres, selvom domstolene i almindelighed følger den pågældende sagkyndige.

Nogle eksempler kan nævnes: Den pågældende instans bygger på antagelser, som instansen ikke har særlig sagkundskab med hensyn til, og som domstolen anser for forkerte²⁴⁾. - Den sagkyndige går udover det emne, som er defineret som vedkommendes særlige område. - Det materielle tema, som den sagkyndige erklæring bygger på er ikke ubetinget afgørende, eksempelvis judiciel antagelse af tilregnelighed i tilfælde, hvor sagkyndige havde anset vedkommende som sindssyg.

Bortset fra sådanne specielle situationer vil en sagkyndig erklæring - indenfor visse typer af sager, som det ikke er opgaven at definere her - være bestemmende for den judicielle antagelse. En ingeniørs udtalelse om en vejs friktionskvotient, en retsmedicinsk erklæring om relative blodtypefrekvenser osv., kan en domstol sjældent gøre andet med end at lægge til grund.

At en erklæring lægges til grund for den judicielle antagelse, betyder, at de relevante bevisdata, som domstolen kender eller kunne have fået kendskab til, vedrørende faktum ikke vurderes med henblik på faktum, men den sagkyndige erklæring, der bygger på sådanne bevisdata, skyder sig ind mellem dommer og data, og determinerer indholdet af den judicielle antagelse.

Domstolens kontrol retter sig mod de "kompetenceregler", jeg har nævnt, ikke mod faktum.

Under hensyn til den betydning sagkyndige erklæringer har, kan der være grund til at fastholde denne terminologiske analogi og definere en sagkyndig beviskompetence som en kompetence til at udtale sig om et faktum med den virkning at dommerens bedømmelse af pågældende faktum bygger på erklæringen, ikke på de til grund for denne liggende bevisdata.

24)) Eksempelvis U 1950 s. 248 H om en forudsætning som retslagerådet byggede på med hensyn til tiltaltes forhold, hertil Waaben 1965 s. 262 f.

At sagkyndige og officielle erklæringer således er bestemmede for den judicielle opfattelse, og er det uden selvstændig judicial kontrol af erklæringens indhold, er ikke nogen overraskelse, medmindre man har taget sit udgangspunkt i de ovenfor gengivne forestillinger om den selvstændige dommers frie bedømmelse. Princippet om fri bevisbedømmelse har ophævet de legale bindinger af den judicielle bedømmelse, hvorefter dommeren var bundet af skønnet, i det omfang skøn var nødvendigt, nemlig når bedømmelsen af faktum kræver en særlig kundskab, eller det forhold der skal iagttages ikke kan følge sagens akter ²⁵⁾. Men princippet om fri bevisbedømmelse giver ikke dommeren viden om alt mellem himmel og jord.

Mod denne modstilling af en autoritativ beviskompetence og den frie judicielle bedømmelse kan man tænke sig følgende synspunkter anført:

(a) De eksempler på autoritære beviser som er givet, er simpelthen eksempler på beviser af meget betydelig bevisværdi. Disse beviser lægges naturligvis til grund, såfremt der ikke føres et modbevis eller af anden grund sker en anfægtelse af det pågældende bevis.

(b) I tvivlstilfælde kan man indkalde en anden sagkyndig. Hver af parterne kan have indkaldt sin sagkyndige. De sagkyndige forhøres af modpartens advokat. På denne måde tilvejebringes et omfattende materiale for domstolens bedømmelse af det forhold, som den sagkyndige har udtalt sig om.

Ingen af disse synspunkter forekommer afgørende.

Ad (a): Hvorfor er det pågældende bevis af så stor bevisværdi? Dette beror på, at domstolen har betydelig tillid til den pågældende instans' (sagkyndig eller myndighed) udtalelse om vedkommende emne. Dette hænger naturligvis sammen med det objektive forhold, at der også er en objektiv sammenhæng mellem indholdet af sådanne erklæringer og de forhold, som de beskriver - mellem vejningeniørens beskrivelse af friktions-

25) Jfr. Nellesmann 1892 s. 590, s. 602 f.

kvotienten og den faktiske/objektive friktionskvotient. Men denne sammenhæng er ikke genstand for bedømmelse for domstolens side i den enkelte retssag. Den lægges til grund i kraft af en formel bedømmelse af den pågældende sagkyndige. Dette kan bero på en legal stipulering af den pågældende instans' kompetence, eller det kan bero på en formel bedømmelse af den pågældende persons kvalifikationer. Det beror derimod ikke på en egentlig bedømmelse af den sandsynlighed, hvormed en given friktionskvotient forekommer, når en vejinspektør fremkommer med en udtalelse om, at vejen har den pågældende friktionskvotient.

Ad (b): Det omfattende materiale påpeges, fordi det tyder på, at domstolen foretager en selvstændig og samlet bedømmelse, som derfor også kan være aktuel, når en sådan modbevisførelse ikke foreligger. Men også her forekommer der modsigelser: I og med at den sagkyndige indkaldes, erkendes det at domstolene ikke har begreb om det pågældende forhold. Den sagkyndige udtalelse supplerer dommerens viden. At der indhentes flere sagkyndige, eller at der påpeges forskellige mangler hos den ene eller den anden dementierer ikke dette almindelige udgangspunkt. Med modstridende sagkyndige erklæringer er domstolen simpelthen i vildrede. Dette beror jo netop på, at domstolen savner forudsætninger for selv at bedømme det pågældende forhold. - Flere sagkyndige kan derimod afhjælpe en ensidighed. Men dette er et andet problem.

Hvor domstolen skal tage stilling til et faktum, som belyses gennem bevisdata, som domstolen ikke har tilstrækkelig viden om, indhentes en sagkyndig udtalelse, og domstolen følger i reglen dennes indhold. Dette indebærer ikke, at jeg anser den legale bevisteori for gældende. Det afgørende er, at dens ophævelse ikke indebar en total selvstændighed i den judicielle bedømmelse, men blot en fjernelse af legale bindinger. Domstolens informationsmæssige afhængighed af sagkyndig bistand bliver ved at bestå.

4.2. Eksempler

Grundtrækkene i den sagkyndige bedømmelse, hvor denne følger nyere empiriske videnskabelige metoder, er strengt taget præsenteret i forbindelse med den omfattende præsentation af sandsynlighedsteorien, jfr. kap. V - VII. Pointen

i denne forbindelse er naturligvis ikke at gentage den strukturering af virkelighedsopfattelsen, som den empiriske sandsynlighedsteori udtrykker, men at påpege, at denne virkelighedsopfattelse først og fremmest sætter sig igennem i den sagkyndige erklæring. Dette kan i denne forbindelse kun blive et postulat. Men unægtelig et postulat der har en del for sig: Det bygger på den erkendelse, at der i alle de videnskaber, der som tekniske videnskaber indgår i den judicielle sagsbehandling - retsmedicin, retspsykologi, retssociologi osv. - benyttes empirisk orienterede arbejdsmetoder. Det er ikke min opgave at foretage en nærmere analyse af, hvorledes disse metoder praktiseres, hvilke konsekvenser de har for de sagkyndiges bidrag til retsplejen, hvilke samfundsmæssige interesser disse tekniske videnskaber stabiliserer osv.

Problemstillingen i denne sammenhæng er orienteret omkring dommerens situation, og jeg skal her blot give et par eksempler til supplement af den foregående almene redegørelse.

(1) Retslægerådet

Efter loven om retslægerådet (60 af 25/3.1961) er det retslægerådets opgave at

"afgive lægevidenskabelige og farmaceutiske skøn til offentlige myndigheder i sager om enkeltpersoners retsforhold" 26).

Bestemmelsen går tilbage til loven om sundhedsvæsenets centralstyrelse 111 af 30/5. 1909 § 10 om "... sådanne lægevidenskabelige og farmaceutiske skøn, som ere bestemmende for enkelte personers retsforhold". Med denne tilbageføring er vi nået tilbage til tiden før den fri bevisbedømmelses indførelse. Det lægelige skøn fungerede som sagkyndigt determinerende for den judicielle opfattelse. For opfattelsen af gældende

26) Lov nr. 60 af 25/3. 1961 § 1.

ret er dette naturligvis ikke afgørende. Men spørgsmålet er, om der ved bedømmelsen af retslægerådets funktion i forhold til domstolene er sket en afgørende forandring ved indførelsen af et princip om fri bevisvurdering.

Med den da gængse forståelse af begrebet skøn refereres der ved den citerede lovbestemmelse til, at retslægerådet skulle foretage en bedømmelse af en lægelig konstateret kendsgernings indflydelse på eller betydning for omverdenen, bedømt efter lægelige erfaringssynspunkter. Skønnet adskilte sig således fra synet, som vedrørte en iagttagelse af en bestemt kendsgernings eksistens. Skønnet som bevismiddel blev aktuelt, når det drejede sig om et skøn om forhold, hvor dommeren ikke var i stand til selv at skønne. Dette kunne skyldes, at skønnet krævede særlige fagkundskaber, eller at skønnet forudsatte en iagttagelse af en genstand, som ikke kunne forelægges dommeren. Hvor skønnet beroede på, at retten ikke selv havde evne til at foretage skønnet, kunne skønnet naturligvis ikke kritiseres af dommeren selv, men eventuelt ved et nyt skøn²⁷⁾. Denne sidste mulighed er naturligvis ikke relevant for retslægerådets vedkommende.

De sagkyndige opgaver, som således pålægges retslægerådet (i fortsættelse af sundhedskollegiet) indebar således en inddragelse af lægelige almene erfaringer anvendt på konkrete situationer i den judicielle bedømmelse af, hvilket faktum der skulle lægges til grund. Det element i denne judicielle afgørelse, som hidrørte fra retslægerådet, kunne ikke indholdsmæssigt kontrolleres af dommeren, men måtte uden videre lægges til grund. (Der ses naturligvis herved bort fra, at skønnet kan tilsidesættes, såfremt det ikke hidrører fra den rette instans, ikke er afgivet i korrekt form, eller vedrører et forhold, som ikke er relevant for sagens afgørelse).

27) Se hertil Deuntzer 1901 s. 291-94, 204, jfr. Nellesmann ovf.

Denne kort skitserede baggrund for det sagkyndige skøn i den ældre retspleje er ikke forandret af indførelsen af et princip om fri bevisbedømmelse. Retslægerådet er stadig overvældende sagkyndig i forhold til den juridisk uddannede dommer. Domstolene har nu som hidtil ikke nogen særlig viden om de lægelige forhold, som retslægerådet tager stilling til. Dommeren har ingen forudsætninger for at foretage en analyse af en psykiatrisk diagnose, af en statistisk bedømmelse af en blodtypes relative frekvens og den konkrete udtalelsses signifikansniveau, eller af en statistisk bedømmelse af analyseusikkerheden i forbindelse med alkoholanalyser.

At der stadig tales om et skøn, kan i dag friste til at sætte det lægelige skøn i sammenhæng med det forvaltningsretlige skøn, en anden afgørelses type, som domstolene ikke kan kontrollere eller gribe ind i. Men denne lighed er overfladisk. At retslægerådets "skøn" ikke kan tilsidesættes, beror ikke på, at retslægerådet - som forvaltningsmyndigheden - har truffet en afgørelse indenfor et område, hvor loven kun med ringe grad af bestemthed har defineret betingelser eller indhold for forvaltningsafgørelsen. Retslægerådet afgiver også skøn i tilfælde, hvor de anvendte erfaringssynspunkter er præcise, og hvor deres relevans for bedømmelsen af den konkrete sag er klar. Ligheden med det forvaltningsretlige skøn bliver da blot den, at en skønsmæssig erklæring er en sådan, som domstolene ikke kan kontrollere ²⁸⁾.

(2) Fingeraftryk

Et eksempel på, hvilke overvejelser domstolene gør sig, når en ny type af et sagkyndigt bevisdatum indføres, finder man i Højesterets bedømmelse af fingeraftryk. Allerede fra slutningen af forrige århundrede var daktyloskopien således udviklet, at den anvendtes i den politimæssige efterforskning og noget senere også ved domstolenes bedømmelse af identiteten mellem gerningsmand og tiltalte. Ved det danske politi oprettedes et Centralbureau for identifikation, som centralt

28) Jfr. Krarup s. 5 f, der henviser til Haakan Strömberg i Festskrift til Halvard Sundberg 1959 s. 374.

behandlede disse identifikationssspørgsmål ²⁹⁾. Højesterets bedømmelse af fingeraftrykkenes betydning undergik en forandring i perioden 1913-14, hvilket illustreres af to centrale sager fra denne periode:

UFR 1913.898 H: T var tiltalt for 3 tilfælde af tyveri. Der forelå fingeraftryk for alle tre forhold. På grundlag af disse identificerede Centralbureauet for identifikation tiltalte med gerningsmanden. Bureauets forstander og en assistent afgav forklaring - under hensyn til bevismidlets nyhed - om bureauets virksomhed: De havde gjort tjeneste i henholdsvis 10 og 5 år ved identifikationsvirksomheden ved hjælp af fingeraftryk, og de erklærede, at "de ved udfindelsen af deres resultater ... have nøje fulgt det ved identifikationsvirksomheden anvendte videnskabelige system, og at de er overbeviste om resultaternes rigtighed" (s. 900). Højesteret anså imidlertid kun tiltalte skyldig i et af de tre forhold. Frifindelsen med hensyn til de to andre forhold begrundedes med, at beviset ikke var "aldeles tilstrækkeligt". Da der forelå fingeraftryk for alle tre forhold, kunne identifikationen for de to øvrige altså ikke have været afgørende. Dette bekræftes af voteringerne. Disse afspejler betydelig skepsis overfor det pågældende bevismiddel og viser også forståelse for Højesterets stilling i forhold til identifikationsbureauet, såfremt bureauets identifikation følges. Det fremhæves, at retten ikke før har dømt på grundlag af fingeraftryk som hovedbevis, og at det er heldigt, at det kan slås fast, at hvad der kommer fra disse to videnskabsmænd fra daktyloskopiens område, ikke er fuldt bevis (5. voterende). Eller som en anden udtrykker det, hvis retten "dømte på dette bevis alene, ... solgte vi os med hud og hår" (8. voterende). Fingeraftrykkene anerkendes kun som et bevisdatum, når det suppleres af andet bevis, som ved det forhold, for hvilket der dømfældtes.

Denne skepsis overfor fingeraftrykkene holdt sig imidlertid ikke længe. Mindre end et år efter forelå en tilsvarende sag, hvor en identifikation af en tiltalt i hovedsagen beroede på fingeraftryk på glasskår mv. fra indbrudssteder.

UFR 1914.669 H: De samme to personer fra Centralbureauet forklarede her, at "det ved den daktyloskopiske videnskab er godtgjort at der ikke forekommer to ikke fra samme fingre hidrørende aftryk, som i alle detaljer er ens" (s. 671). Under henvisning bl.a. hertil stadfæstede landsover-samt Hof- og stadsretten underrettens dømfældelse, og denne dom stadfæstedes igen af Højesteret i henhold til de "anførte grunde, som i det væsentlige tiltrædes". Under voteringen er der en del tilslutning til det tidligere hævdede synspunkt, at identifikationen på grundlag af fingeraftryk ikke kan være afgørende uden supplerende bevis. Der fremkommer også kritik af den måde, hvorpå de sagkyndige har forelagt det daktyloskopiske bevis, og det foreslås, at der indhentes nærmere oplysninger om de sagkyndiges skønserklæring (3. voterende). Dette forslag finder imidlertid ikke almindelig tilslutning, og afgørende for sagens udfald bliver, at en større gruppe af dommere - de senest voterende - bryder med de betænkeligheder, som man havde et år tidligere. Selvom retten i sagen fra 1913 forkastede et daktyloskopisk bevis, behøver en dom fra i fjor ikke at binde i år (7. voterende). Denne ændrede holdning begrundes med henvisning til den udbredte anvendelse af beviset i retlige sammenhænge, og til den daktyloskopiske videnskabs senere

29) C.H. Vogeliuss Andersen: Personidentificering, 1966 s. 49

udvikling. Og mens afvisningen i 1913 af det daktyloskopiske bevis tildels beroede på dets "autoritative karakter", idet det ville binde retten, accepteres også denne stilling for domstolen: Dette kommer frem, når et flertal af dommere tager afstand fra forslaget om yderligere oplysninger om grundlaget for den sagkyndige erklæring. Dette findes nemlig overflødigt: En dommer udtaler, at han "er ikke sagkyndig på det her omhandlede område; der må jeg stole på den der ved adskillige års arbejde har erhvervet sig dygtighed; jeg må holde mig til den teknisk sagkyndige". "Jeg kan næppe skaffe mig en overbevisning, men må stole på de sagkyndige, som efter deres stilling og lange erfaring må nyde tiltro". (9. voterende). Og mens en dommer i 1913 havde henvist til, at en lægmand jo slet ikke ville synes, at fingeraftrykene lignede (8. voterende), så sammenlignes nu identifikationen på grundlag af fingeraftrykene med den identifikation, der kunne ske ved, at to sagkyndige/vidner havde forklaret, at de havde iagttaget "gerningsmanden i færd med at bryde kirkevinduet, og at de genkendte ham i tiltalte. På grundlag af det sidste bevis ville man dømme, den genkendelse der ligger i fingeraftrykene er kun bedre" (6. voterende).

4.3. Retskraft

Det kan forekomme overraskende, at begrebet retskraft introduceres i forbindelse med en undersøgelse af bevisretlige enkeltregler. Baggrunden herfor er, at et væsentligt element i forbindelse med spørgsmål om dommes retskraft må vedrøre en stillingtagen til den opfattelse af "virkeligheden", som den muligt retskraftige dom indeholder. Når retskraft på denne måde er sat i forbindelse med den bevismæssige problemstilling, må det samtidig fremhæves, at den naturligvis også rækker udover bevisproblemet. En fuldstændig analyse af retskraftsreglerne kan der naturligvis ikke blive tale om, kun nogle generelle bemærkninger, som indeholder de procesretlige konsekvenser for retskraften, som følger af det bevisretlige udgangspunkt.

Når den retskraftige dom betragtes som et eksempel på en "autoritativ vurdering", fremhæves det karakteristiske for sådanne, nemlig at den konkrete judicielle bedømmelse af virkeligheden er determineret på forhånd af en anden instans bedømmelse.

Der er lukket af for en selvstændig judiciel bedømmelse, i kraft af at det pågældende faktum er bedømt fra anden side. Sådanne reguleringer er ikke i harmoni med det alment gældende princip om en fri bevisbedømmelse.

Domme er retskraftige. Domme er, vil det sige, i et vist omfang definitive. Dette har betydning for såvel parterne som for retten. Den retskraftige dom udelukker, at en ret i en senere proces tager det tidligere pådømte forhold under selvstændig bedømmelse. Denne udelukkelse kan ytre sig i en afvisning af en proces (den negative retskraft) eller i at den ældre dom lægges til grund (den positive retskraft). I begge tilfælde er den judicielle bedømmelse af det pågældende forhold nødsaget til at stoppe op ved den tidligere dom. Hvis denne dom statuerer et bestemt ejendomsforhold mellem parterne, kan retten ikke i den senere proces træffe en anden afgørelse vedrørende dette ejendomsforhold.

Ser vi på den positive retskraft, fungerer dommen som grundlag for den antagelse vedrørende det relevante faktum som domstolen i den senere proces lægger til grund. Domstolen lægger et faktum til grund, som er determineret i den tidligere proces. Den retskraftige dom fungerer som et eksempel på en bunden bevisvurdering. Samtidig må det selvfølgelig fremhæves, at også den retlige bedømmelse af det pågældende faktum er bindende. Men denne omstændighed adskiller ikke principielt denne type af bunden bevisregulering fra andre typer. Under den legale bevisteori vil den retlige opfattelse, som er udtrykt i de legale bevismidler, ofte komme til at være bindende for domstolen.

Det er hævdet, at dommens retskraft indebærer, at dommen for fremtiden bliver relevant i stedet for de civilretlige fakta, til hvilke den refererer ³⁰⁾. Med hensyn til bestemmelsen af de faktiske omstændigheder, forekommer denne karakteristik ikke træffende. Hvor det drejer sig om en præjudiciel vurdering (den positive retskraft) er det karakteristisk, at det ikke er den oprindelige dom som materielt faktum, der lægges til grund, men at den i den oprindelige dom indeholdte opfattelse af det materielle faktum gentages. Når A, der i en tidligere proces har fået anerkendt sin ejendomsret til en løsøregenstand, under en senere proces kræver denne udleveret, betyder den tidligere doms eksistens ikke, at dommen i udleveringssøgsmålet er begrundet i det materielle faktum, at der foreligger en dom om ejendomsret, men

30) Olivecrona: *Domar* s.148, 214 f, jfr. s. 60 f, citeres med tilslutning af Ekelöf III, s. 69.

i A's ejendomsret, som er bindende afgjort i den tidligere dom.

Olivecronas teori om retskraften indgår som et led i hans brede felttog mod teorien om dommen som et "omdöme", hvorefter en dom indeholder en påstand om retsforholdet mellem parterne, afledt af parternes forhold og de materielle regler. Baggrunden for den kritik af hans opfattelse, som her er gjort gældende, er ikke en tilslutning til denne omdömes-teori, men en følge af kritikens begrænsning: Det er korrekt at en dom indeholder mere end blot og bar registrering af parternes retsforhold, at dommen indeholder nogle konstitutive elementer, som ytrer sig i regler, som tillægger selve bedømmelsen som sådan en særlig betydning ved siden af de materielle fakta. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at dommen ikke indeholder en bedømmelse af parternes forhold mv. Tværtom: En dom vil som et blandt flere elementer altid indeholde en begrundelse, som vedrører opfattelsen af de virkelige/materielle forhold, som legitimerer den pågældende afgørelse. Det er disse begrundelseselementer, som jeg tidligere har betegnet som antagelser vedrørende fakta. Mens omdömes-teorien var for enkel ved kun at betragte dommen som en bagudrettet registrering af disse fakta, er Olivecronas kritik for enkel ved kun at betone dommens imperative fremadrettede karakter. En nøjere analyse af forholdet mellem disse sider af dommen falder naturligvis udenfor, hvad der kan tages op her.

Kun ved at fremhæve det autoritative element i dommen påpeges, at en dom efter det processuelle systems karakter i visse tilfælde må determinere en senere judiciel bedømmelse på en sådan måde, at den ældre dom uden videre lægges til grund for de antagelser, som den senere domstol lægger til grund uden at denne går ind på en selvstændig bedømmelse af forholdene.

Med dette udgangspunkt kan to sider af retskraftslæren underkastes en fornyet belysning.

Den tidligere dom er retskraftig i forbindelse med bedømmelsen af temaer, som ikke er identiske med, hvad der tidligere er bedømt. Der sker i et vist omfang "præklauson af

ikke påberåbte retsfakta" ³¹⁾. Dommens retskraft omfatter alle de omstændigheder, som parten kunne have påberåbt til støtte for sit standpunkt ³²⁾. Den ældre afgørelse afskærer altså en fornyet bedømmelse ikke blot for de anbringender og beviser som forelå eller som var gjort gældende, men også af sådanne anbringender og beviser, som burde være fremført ³³⁾.

Afgrænsningen af, hvilken rækkevidde den ældre doms determinerende betydning har for den senere bedømmelse, beror altså ikke blot på en erkendelse af, hvad der faktisk foregik under den ældre sag, men tillige på en normativ bedømmelse, nemlig en bedømmelse af den konkrete parts muligheder for at varetage sine interesser under den ældre proces. Retskraftslæren tillader ikke, at en forsømmelig procesbehandling rettes op under en senere sag.

I det omfang sådanne normative synspunkter er gældende - og det er de i civilprocessen men ikke i kriminalprocessen - udtrykkes der hermed en tilnærmelse til den normative vurderingsmåde, som jeg har beskrevet tidligere ³⁴⁾.

Det andet træk i retskraftslæren er sondringen mellem det egentlige retskraftsproblem og dommens "bevisende betydning". Denne sondring afgrænser retskraftsproblemet i de traditionelle fremstillinger. Afgørende er, om den tidligere dom opfylder betingelserne for at være "bindende" i forhold til den efterfølgende bedømmelse, eller om den tidligere dom blot indgår som et bevisdatum for det pågældende forhold ³⁵⁾.

Når retskraftsreglerne ses som et element i den organisatoriske-funktionelle kompetencefordeling mister denne sondring sin betydning. At den ældre dom er bindende i den forstand, at den har afgørende betydning for den senere bedømmelse, udelukker ikke at der føres modbevis ³⁶⁾.

31) Ekelöf III s. 76.

32) Ekelöf s. 80 (min understregning)

33) Sml. Hurwitz & Gomard s. 267-68, 372, Eckhoff 1947 s. 95 f, s. 101 note 19, Sindballe 1918 s. 21-22.

34) Sml. om ikke påberåbte retsfakta Ekelöf s. 77.

35) Eckhoff 1947 s. 26 f, jfr. s. 15.

36) Sml. herved Hurwitz 1959, s. 562 note 20.

Ejheller under den legale bevisteori fornægtes de enkelte legale bevismidlers "beviskraft" af det forhold, at der kunne føres modbevis.

Mit udgangspunkt har altså ledt frem til følgende problemstilling i forbindelse med "retskraftsproblemet": I hvilket omfang indebærer en judiciel bedømmelse af et retsforhold, at en domstol, som senere skal tage stilling til et faktum, lader sin antagelse vedrørende dette faktum være bestemt af den tidligere judicielle afgørelses antagelser, således at den senere domstol ikke foretager nogen selvstændig bevisvurdering. I dette spørgsmål indgår ikke blot retskraftige domme, men tillige "bevisende" domme.

4.4. Den dublerede bevisprøvelse: Judiciel bedømmelse af forvaltningsakter

I reglerne om judiciel retskraft udtrykkes en bekræftelse af den judicielle bedømmelse af de primære bevisdata som led i en stabilisering af den en gang truffe judicielle afgørelse og en intern judiciel arbejdstilrettelæggelse. Et sammenligneligt indgreb i den judicielle vurdering af de efter den materielle ret relevante fakta kan følge af, at bedømmelsen sker som led i en judiciel kontrol af forvaltningen. Domstolen skal ikke blot gøre sig en opfattelse af faktum, men denne opfattelse skal underordnes de generelle synspunkter, som bestemmer forholdet mellem den administrative og den judicielle sektor. En judiciel tilbageholdenhed kan gennemføres ved bevisbyrderegler eller formodningsregler, som vanskeliggør den private kritik, eller administrationen kan hævde sig som sagkyndig i forhold til domstolene.

Da sådanne kontrolproblemer spiller en stor - og stigende - rolle i judiciel praksis, finder jeg det rimeligt at omtale nogle bevisretlige problemer fra dette område, for derved at supplere den traditionelle bevisrets relativt enkle typer af "fakta".

Ved domstolenes prøvelse af forvaltningsakter foretager domstolen en undersøgelse ikke alene af forvaltningens behand-

ling af den pågældende sag, men også af det faktum, som forvaltningen tog stilling til. Domstolene beskæftiger sig således ikke blot med - som i almindelige retssager - et simpelt sagforhold, men et sagforhold som omfatter en tidligere truffen beslutning og dennes grundlag.

På dette sted kan naturligvis ikke foretages en indholdsmæssig bestemmelse af de bevisregler, som gælder indenfor forskellige områder. En problemstilling kan ridses op, således som den må tegne sig efter de hidtidige principielle synspunkter.

Ved domstolens kontrol af forvaltningsmyndighedens afgørelse kan domstolen koncentrere sig om en bedømmelse af, hvilket bevisgrundlag der var for den af forvaltningsmyndigheden trufne afgørelse. Ved siden af denne problemstilling, som orienterer sig om en "sætten sig i forvaltningens sted", kan opstilles et selvstændigt judicielt undersøgelsestema, nemlig om der (iøvrigt) kan rettes kritik mod den af forvaltningsmyndigheden foretagne sagsbehandling eller trufne afgørelse.

Den systematik, som her er antydnet, er imidlertid ikke gængs. Hos Ole Krarup³⁷⁾ tages udgangspunkt i domstolenes problem, nemlig hvorledes domstolene skal forholde sig til den private, som påklager en forvaltningsmyndigheds afgørelse: Hvem af parterne bærer bevisbyrden? Med denne problemstilling lægges der op til en almindelig bevisbyrderegel, som skal være gældende under den judicielle kontrol med forvaltningen. Faktisk er spørgsmål omkring bevisbyrde og formodningsregler af dominerende betydning i store dele af Krarups behandling af prøvelsesspørgsmålet. Krarup lægger ud med spørgsmålet: "Hvem påhviler det at dokumentere den indklagede afgørelses objektive præmisser? Er det således, at den adressat, der påstår afgørelsen tilsidesat, må påvise, at afgørelsen ikke bæres af gyldige præmisser (konkret eller generelt bedømt) eller omvendt, således at forvaltningen må dokumentere

37) Øvrighedsmyndighedens Grænser 1969

sådanne præmisser?" Og svaret herpå er klart: "Der kan ikke være tvivl om, at udgangspunktet for dommeren er den første løsning: Den, der f.eks. påstår forvaltningen tilpligtet at udstede en bevilling, eller kræver et påbud annulleret, må påvise, at bevillingen med urette er nægtet ham eller påbudet ikke bæres af lovlige præmisser", Krarup s. 114. Når bevisspørgsmålet her begrænses til spørgsmålet om afgørelsens "objektive præmisser", menes herved afgørelsens "faktiske baggrund" (s. 101) i modsætning til de subjektive præmisser, som refererer til forvaltningsmyndighedens psykologiske hensigter.

Dette udgør et klart forsøg på at opstille en almindelig bevisbyrdesætning for domstolskontrollen med forvaltningen. Imidlertid beror den tildels på, at også andre spørgsmål end de faktiske er inddraget: Straks efter præsentationen af det ovenfor citerede hovedsynspunkt fremdrager Krarup afgørelsen i UfR 1949.675 Ø, hvor en stabsofficiant, som var afskediget under 2. verdenskrig, krævede sig forfremmet til korpsofficiant. Forfremmelsen havde hjemmel i en ekstraordinær lov (lov af 29. juni 1945), for så vidt som forsvarsministeren var kompetent til at foretage en sådan udnævnelse, men loven pålagde ikke ministeren nogen pligt hertil. Herefter ville retten ikke tilsidesætte det af administrationen udøvede skøn. Krarup ser dommen som et udtryk for, at manglen på oplysninger om de mulige (ulovlige) præmisser for nægtelse af forfremmelse går ud over den private - "han har bevisbyrden" s. 114. Ministeriets motivation for at nægte forfremmelse - bl.a. at sagsøgeren havde passeret den tjenestedygtige alder - var imidlertid fuldt klarlagt. Det kan naturligvis ikke udelukkes at andre motiver tillige har foreligget, og at sagsøgeren taber sagen kan derfor føres tilbage til, at han ikke har kunnet fremdrage sådanne ulovlige motiver. At slutte heraf, at sagsøgeren bærer bevisbyrden i overensstemmelse med den almindelige hævdede sætning, er imidlertid ensbetydende med, at identificere bevisbyrde med en "risiko for at tabe sagen" - i en hvilken som helst sag kunne den tabende have inddraget et anbringende, der kunne have ændret udfaldet - hvis det bevistes ³⁸⁾.

38) Sml. Krarup s. 115 note 67, hvor fremhæves at bevisbyrdeudtrykket anvendes "i en betydning der er nuanceforskellig fra den sædvanlige".

Selvom man forsøger at indskrænke det af Krarup hævdede synspunkt til det - meningsfulde - problem, som vedrører det faktiske grundlag for forvaltningens afgørelse, er hans almindelige grundsætning ikke holdbar.

En række særlige forhold kan - fremhæver Krarup - indebære en overflytning af "bevisbyrden". Sådanne forrykninger sker ved dokumentation for ulovlig subjektiv hensigt hos den pågældende forvaltningsmyndighed. En sådan dokumentation "etablerer en formodning, som det påhviler forvaltningen at afkræfte, således at uvished med hensyn til tilstedeværelsen af holdbare objektive præmisser går ud over forvaltningen", s. 115. En tilsvarende forrykning af bevisbyrden kan ske, ved at det vises at forvaltningsakten er i strid med hidtidig praksis. Hvor der foreligger en administrativ praksis, og den påklagede afgørelse ikke er i overensstemmelse med denne, gælder der - såfremt de motiverende præmisser for denne afvigelse ikke er oplyst - en "formodning for at afgørelsen i sag nr. 2 ikke er motiveret og ikke kan motiveres med gyldige præmisser", s. 141. Til støtte for denne formodningsregel henvises til et par afgørelser:

UfR 1954.571 angår et boligudvalgs anvisning af egne lejere i tilfælde, hvor husejeren havde indstillet lejere, der opfyldte de almindelige betingelser. Det problem, som proceduren synes at have drejet sig om, var om kommunens kandidater var mere boligløse end husejerens. Da dette viser sig ikke at være tilfældet, fremstår boligudvalgets afslag som ubegrundet (eller urigtigt begrundet). Ifølge Krarups fortolkning går dommen "tydeligvis ud fra, at den foreliggende lighed mellem sagerne indgår i bevissituationen; ligheden tilvejebringer en formodning for, at den seneste afgørelse ikke er motiveret med gyldige præmisser", s. 142. Spørgsmålet om boligløshed kan imidlertid vurderes og bliver i sagen vurderet efter de foreliggende oplysninger, som er entydige. Landsretten underkender udvalgets nægtelse af godkendelse, eftersom de af den pågældende udlejer indstillede personer opfylder de betingelser, som i almindelighed stilles, og da "udvalget ikke har anført, hvilke mere almindelige hensyn der i de foreliggende tilfælde har været afgørende". Tilstedeværelsen af ulovlige motiver, f.eks. politiske, er ikke på tale i sagen, og en regel om, at sådanne motiver formodes at være tilstede, medmindre det modsatte bevises, kan ikke forklare den her trufne afgørelse.

I sagen UfR 1960.33 H om udelukkelse af partiet De Uafhængige fra Danmarks Radio indebærer, ifølge Krarup, den forskelsbehandling, som partiet blev udsat for ved at blive nægtet valgudsendelse på lige fod med de øvrige i valget deltagende partier, en formodning for tilstedeværelsen af ugyldige præmisser. Danmarks Radio gjorde

gældende, at der var forbundet praktiske vanskeligheder ved partiets deltagelse, men hertil bemærker landsretten - tiltrådt af Højesteret -, at "der ikke i sagens oplysninger er grundlag for at fastslå, at afgørende praktiske vanskeligheder for (partiets) deltagelse ... har foreligget". Denne udtryksmåde kan ikke danne grundlag for nogen formodningsregel på grundlag af ligheden mellem de forskellige partier.

Ej heller UFR 1957.311 H giver grundlag for den hævdede formodningsregel. Højesteret fandt det ikke godtgjort, at betryggende kontrol med salg og udlevering af visse vitaminpræparater ikke kunne gennemføres uden at salget forbeholdtes apotekerne. Spørgsmålet var, om forbudet gik videre end nødvendigt, mens spørgsmålet om en ligelig eller forskelsvis behandling af apotekere og andre forhandlere ikke blev inddraget.

På denne baggrund kan der være grund til at forsøge at rekonstruere en problemstilling. Begyndelsen må være en undersøgelse af den beslutningssituation, som forvaltningsakten udspringer af: hvilken grad af sikkerhed kræves med hensyn til det relevante faktum, når forvaltningsmyndigheden skal træffe sin afgørelse? Dette udgangspunkt er taget op af eksempelvis Bent Christensen³⁹⁾, hvis behandling af emnet for de administrative retter jeg vender tilbage til på et senere tidspunkt. Men i almindelighed er den forvaltningsretlige opfattelse af dette beslutningsproblem endnu knyttet til ugyldighedslærens "vildfarelse" og til henvisninger til officialmaksimen. Men ingen af disse regelsæt tager problemet op i denne generelle form. Dette udgangspunkt må så kombineres med den judicielle kontrolopgave. Adskillige af de af Krarup omtalte domme forstås bedre med dette udgangspunkt.

(1) Det forekommer, at bevisbyrden påhviler administrationen i den forstand, at et faktum må kunne antages med en høj grad af sandsynlighed eller sikkerhed, for at en forvaltningsakt skal kunne udstedes.

UFR 1951.778 H. Landbrugsministeriet havde som betingelse for optagelse af en kartoffelhandler i et eksportørregister stillet visse betingelser, og da den pågældende eksportør havde tilsidesat disse betingelser, havde ministeriet slettet vedkommende eksportør. Højesteret opretholder afgørelsen, idet loven gav hjemmel for at stille de pågældende betingelser, og idet "appellanten findes groft at have tilsidesat sine forpligtelser overfor kartoffelavlerne, og da det endvidere er godtgjort, at han i et stort antal tilfælde, bl.a. ved anvendelse af falske og urigtige kvitteringer, har overtrådt ... gældende regler, ... findes der ikke grundlag for at fastslå, at ministeriet ved den trufne afgørelse har overskredet sine beføjelser". Højesteret har anset tilsidesættelserne af landbrugsministeriets betingelser for bevist med betydelig sikkerhed.

39) Nævn og Råd, 1958 s. 337 f

UFR 1934.505 H: Et slagteri havde overtrådt landbrugsministeriets bestemmelser om bacon-behandling. Ministeriet antoges at have haft hjemmel til at fastsætte regler om betaling af en slags konventionalbod til nedbringelse af kontroludgifterne i tilfælde af overtrædelse af reglerne. Højesteret opretholdt ministeriets pålæg af bod i den konkrete sag med den bemærkning, "at det efter det foreliggende måtte anses for godtgjort, at slagteriet havde gjort sig skyldigt i de i dommen omhandlede overtrædelser af regulativet". Dommen med dens her fremhævede bevisvurdering søges forklaret på anden måde end her hos Krarup s. 202.

Disse afgørelser omhandler administrative indgreb, der enten består i ophævelse af en vis erhvervsrettighed, sml. straffelovens § 79, eller en bødelignende reaktion. Der er derfor grund til at antage, at ministeriets afgørelse i sager af denne type er betinget af, at de faktiske betingelser med hensyn til de privates tilsidesættelse af gældende bestemmelser må kunne antages med en relativt høj grad af sandsynlighed, for at de pågældende forvaltningsakter kan udstedes.

Hvis forvaltningsmyndigheden således har bevisbyrden, og denne ikke opfyldes, tilsidesættes afgørelsen. Dette er formentlig også baggrunden for UfR 1941.634 Ø, der vedrører afskedigelse af en kommunal tjenestemand, der skete i medfør af lønningsvedtægtens bestemmelse om grov forsømmelse. Afskedigelsen blev omstødt, da en sådan grov forsømmelse ikke godtgjordes.

"Da det af sagsøgeren (bevisligt) udviste forhold ikke findes at omfattes af lønningsvedtægtens § 8, og da det ikke ved det oplyste findes godtgjort, at sagsøgte ved tidligere lejligheder har gjort sig skyldig i forhold, der kan berettigge til anvendelse af denne paragraf, findes den skete henvisning hertil ikke at være berettiget ... Det må antages, at byrådet ved at begrunde afskedigelsen med henvisning til § 8 har været af den opfattelse, at der forelå grundlag for afskedigelse af de i § 8 anførte grunde. ... Da der ikke kan ses bort fra, at denne opfattelse kan have været bestemmende for beslutningen om afskedigelsen, findes den uberettigede henvisning til § 8 at måtte gøre opsigelsen ugyldig". Det fremgår af dommen, at en anvendelse af § 8 vil kræve, at det for retten kan findes godtgjort, at den afskedigede har begået forhold, der kan henføres under denne bestemmelse. Bevisbyrden for retten påhviler den afskedigende myndighed, hvilket er en afspejling af reglen om stillingen ved byrådets beslutning om afskedigelse: Også byrådet må have betydelig sikkerhed for forhold, der kan betegnes som forsømmelse. Dommen behandles som et eksempel på "vildfarelse" hos Ole Krarup 226, jfr. 159, P. Andersen 1965, s. 357 note 4.

(2) Den private har bevisbyrden. Her kommer den judicielle bevisbyrde-regel til at svare til den af Krarup hævdede. Et eksempel:

UFR 1966.341 Ø: S fradrog ved opgørelsen af skattepligtig indkomst 25.000 kr. som overskudsandel til sin søn. Retten fandt det ikke bevist, at der for den pågældende periode var indgået bindende aftale om et ansvarligt interessentskab mellem S og sønnen, og finansministeriet fik derfor medhold i, at overskudsandelen ikke kunne fradrages. Bevisbyrden for, at der er afholdt udgifter under sådanne betingelser, at udgifterne er fradragsberettigede, påhviler som hovedregel skatteyderen. Når ligningsmyndigheden nægter at anerkende et sådant fradrag, og spørgsmålet forelægges domstolene, gælder den analoge bevisbyrde-regel for domstolene.

(3) Herefter er spørgsmålet, om bevisbyrde-reglen for domstolene altid vil være identisk med bevisbyrde-reglen for forvaltningsmyndigheden.

Indledningsvis må det fremhæves, at bevissituationen kan være en anden for domstolen, end den var for forvaltningsmyndigheden. (Et amtsråd tog i december 1945 stilling til, om en strækning af Buddingevej (København) var "bymæssigt bebygget". Berettigelsen af denne beslutning bedømtes af Højesteret i januar 1951, jfr. UFR 1951.258).

Den administrative afgørelse fremtæder undertiden som udtryk for en ekspertise på det område, som er det faktiske grundlag for afgørelsen. I forvaltningsretlig teori har man navnlig beskæftiget sig med toldvæsenets tarifierings-afgørelser⁴⁰⁾. Hvor forvaltningsmyndighedens afgørelse på denne måde udtrykker en anvendelse af en forvaltningsmæssig/-teknisk speciel sagkundskab, er domstolenes kontrol med afgørelsens faktiske grundlag begrænset⁴¹⁾. Under disse betingelser bliver den administrative afgørelse i sig selv et moment for den judicielle bedømmelse, et moment som naturligvis ikke har foreligget som grundlag for den administrative bedømmelse.

En tredje modifikation i ligheden mellem den administrative og den judicielle bedømmelsessituation følger af, at domstolene undertiden tager stilling til et andet tema end det, som forelå for forvaltningsmyndigheden. Spørgs-

40) Krarup s. 250 f

41) Jfr. Poul Andersen s. 598 f, jfr. ovf. 4.1.

målet for domstolene kan være ikke blot, om det faktiske grundlag for den administrative afgørelse var tilstede (med tilstrækkelig sikkerhed), men også om der kan rettes nogen speciel kritik mod den administrative sagsbehandling, navnlig hvorvidt den pågældende administrative myndighed psykologisk varetog et ulovligt formål med den trufne afgørelse. Med en sådan problemstilling er et andet tema introduceret end det tema, som den pågældende forvaltningsmyndighed har taget stilling til.

En påvisning af et sådant subjektivt ulovligt formål indebærer - ifølge Krarup - først og fremmest at der etableres en formodning om, at den pågældende afgørelse savner holdbare objektive præmisser, og det påhviler forvaltningen af afkræfte denne formodning, s. 115, selvom det vist ikke kategorisk udelukkes, at det subjektive ulovlige formål i sig selv udgør et selvstændigt tema som en selvtilstrækkelig ugyldighedsgrund, s. 75 f.

En ændret tematisering vil altid være en følge af selve kontrolsituationen: Om domstolen skal tage stilling til forvaltningens beslutningsgrundlag, bliver domstolens problem, om der er tilstrækkeligt bevis for, at der var/ikke var tilstrækkeligt bevis for forvaltningens beslutning.

Det er iøjnefaldende, at de af Krarup antagne skift i bevisbyrdereglerne svarer til de begreber om en ægte og falsk bevisbyrde, som omtalt i tilknytning til den svenske bevistoeri. Fra sagens start bærer den private bevisbyrden, en ændret bevissituation - f.eks. bevis for fravigelse af hidtidig praksis eller for en subjektiv ulovlig hensigt - ændrer bevisbyrden, således at denne påhviler forvaltningen, og forvaltningsmyndigheden kan modbevise fravigelsen eller den subjektivt ulovlige hensigt, hvorefter igen den private bærer bevisbyrden o.s.v. Bag denne terminologi, som hos Krarup er ganske uafklaret, ligger imidlertid formentlig nogle synspunter, som svarer til dem, som er beskrevet under den normative vurde-

ringsmåde: Under prøvelsen af en forvaltningsakts materielle lovlighed er en række oplysninger nødvendige for domstolens fuldstændige bedømmelse af forvaltningens afgørelsesgrundlag. Hver af parterne - den private klager og forvaltningsmyndigheden - har bestemte opgaver med hensyn til tilvejebringelsen af dette materiale.

Som et klart eksempel på en sådan bevisorienteret normering kan nævnes UfR 1959.59, jfr. 1957.644: En instrumentmager I blev i 1947 afskediget uden varsel fra (det statslige) Orlogsværft. I forbindelse med afskedigelsen fik han udbetalt sine feriepenge. I regnede med, at han havde bevaret sin pensionsret, men da han i 1955 rettede henvendelse til forsvarsministeriet om pensionen, svarede forsvarsministeriet at hans pensionsret var fortabt, fordi afskedigelsen beroede på en tjenesteforseelse. Højesteret fandt, at I havde "haft føje" til at antage, at han havde bevaret sin pensionsret og til ikke at foretage sig videre overfor orlogsværftet. "Under disse omstændigheder - fortsætter Højesteret - må der gives (I) medhold i, at det bør komme (forsvarsministeriet) til skade, at det så længe efter ikke har været muligt at skaffe sagen fuldstændigt oplyst. Herefter findes det, bl.a. under hensyn til, at udbetaling af feriepenge fandt sted umiddelbart før den 14. juli 1947, ikke godtgjort, at (I) har udvist et forhold, som kan henføres under tjenestemandsslovens § 61". Forsvarsministeriet tilpligtedes herefter at anerkende, at I var pensionsberettiget.

Denne dom skal ifølge Krarup s. 115 være et blandt flere eksempler, hvor den privates bevisbyrde overflyttes på forvaltningsmyndigheden. I tråd med de synspunkter, som er gjort gældende ovenfor under (1) må bevisbyrden for en afskedigelsesgrund - forsømmelse - påhvile forvaltningsmyndigheden. Dette bekræftes af det af Højesteret anvendte udtryk "ikke godtgjort.....". Det nærmere indhold af denne "bevisbyrde" fås, hvis den udfyldes i overensstem-

melse med de normative synspunkter som er skitseret tidligere. En sådan præcisering kan naturligvis kun foretages med henblik på bestemte materielle områder, her de forhold den afskedigede har udvist som skal udgøre grundlaget for en antagelse om forsømmelse⁴²⁾.

Med disse bemærkninger som baggrund kan det konkluderes, at det savner fornuftig mening at søge opstillet en almen grundsætning for bevisbyrdens fordeling for domstolene for sager vedrørende efterprøvelse af forvaltningsakter. Grundlaget for en sådan hypotese måtte være, at der for forvaltningsmyndigheder gælder en almindelig bevisbyrde-regel⁴³⁾. Men dette er ikke tilfældet. Såvel den private som forvaltningsmyndigheden kan bære bevisbyrden⁴⁴⁾.

4.5. Den dublerede bevisprøvelse: Anklagemyndighedens beslutning om tiltale

Anklagemyndighedens beslutning, om tiltale skal rejses er et eksempel på en beslutning, kan teoretisk betragtes som en antecipation af en anden myndigheds afgørelse, nemlig domstolens beslutning om domfældelse. Anklagemyndigheden, som er en administrativ myndighed, foretager en forhåndsbedømmelse af et faktum, som senere skal definitivt bedømmes ved en domstol. I tilknytning til domstolenes kontrol med forvaltningsafgørelser kan der derfor være grund til at tage denne beslutningstype op, hvor to myndigheders respektive bedømmelser af faktiske forhold her ses fra den anden side. Situationen ved

42) Reelt er bevisproblemet i den omtalte sag iøvrigt nok så meget indholdet af forvaltningsakten: Er det en normal afsked eller en afsked uden pensionsret? Dette kan ikke klart besvares på grundlag af afskedigelsesbrevets indhold.

43) Tendensen i en sådan bevisbyrderregel måtte gå i retning af, at bevisbyrden påhviler forvaltningsmyndigheden. Men det nærmere indhold af en sådan bevisbyrderregel står ganske åbent, når man holder sig til sådanne generelle udsagn, sml. eksempelvis K.C. Davis: Administrative law. 1972 s. 287 f.

44) Herlitz 1946 s. 83 f, C.H.Ule: Verwaltungsprozessrecht 1975 s. 212 f. Om det herved anvendte bevisbyrdebegreb nedenfor kap. X

domstolskontrollen er den omvendte, nemlig den at den administrative myndighed principielt definitivt tager stilling til det faktum, som så i ekstraordinære tilfælde forelægges en domstol.

Et første problem er en beskrivelse af det tema, som anklagemyndigheden bedømmer ved beslutningen om tiltale. Her kan man tage udgangspunkt i to muligheder:

(1) Anklagemyndigheden skal tage stilling til, med hvilken sandsynlighed, det kan forventes, at den tiltalte bliver domfældt. Når denne sandsynlighed for en domfældelse overstiger en vis grænse, skal tiltale rejses.

(2) Anklagemyndigheden tager stilling til, hvilken sandsynlighed der er for, at tiltalte er skyldig. Såfremt denne sandsynlighed overstiger en vis grænse - der defineres af bevisbyrdereglen - rejses tiltale.

Disse to temaer adskiller sig fra hinanden ved, at det andet umiddelbart indeholder en bedømmelse af skyldspørgsmålet, mens det første kun indirekte indeholder en sådan bedømmelse, men direkte en bedømmelse af domstolens opfattelse. Men også for den første temabeskrivelses vedkommende bliver der naturligvis tale om en bedømmelse af tiltaltes skyld, idet denne udgør tema for domstolens bedømmelse. Hvad er da forskellen mellem de to temabeskrivelser?

Anklagemyndighedens bedømmelse af, hvorledes domstolen vil afgøre sagen rummer i sig som delelement den af domstolen anvendte bevisbyrderegel, dvs. reglen om hvilke krav der stilles til beviset. Når dette krav antages at være stort - "anklagemyndighedens bevisbyrde" - , så kan den sandsynlighed, hvormed det kan

forventes at domstolen vil domfælde, være væsentlig mindre end den sandsynlighed, hvormed anklagemyndigheden antager at tiltalte er skyldig⁴⁵.

Anklagemyndigheden tager stilling til, om tiltale skal rejses. Hvad indebærer en sådan beslutning? Når tiltalen betragtes som en administrativ myndigheds beslutning - en forvaltningsakt - er tiltalen rigtig nok karakteriseret ved - i traditionel forvaltningsretlig terminologi - at være "en konkret udtalelse fra en administrativ myndighed", men det er vanskeligt at fastslå at udtalelsen "går ud på at bestemme, hvad der er eller skal være ret i det foreliggende tilfælde" (Poul Andersen s. 250), da tiltalen jo ikke indeholder en definitiv bedømmelse af retstilfældet, men tværtom er optakten til den judicielle undersøgelse og afgørelse af dette retsspørgsmål.

Det er påfaldende, at anklagemyndighedens tiltalebeslutten ikke er blevet undersøgt ud fra et forvaltningsretligt synspunkt.⁴⁶⁾ Denne opgave kan naturligvis ikke tages op her. Tilstrækkeligt er at fastslå, at tiltalen under den accusatoriske straffeprocess udgør en processuel nødvendig forudsætning for en straf-

45) Sml. Ekelöf V s. 118 ved note 69a. Ekelöf opfatter, note 69a, bedømmelsen af sandsynligheden for domstolens bedømmelse således: At grundene for en fældende dom er stærkere end grundene for en antagelse af det modsatte, er tilfældet "om 51 af 100 dommere er beredte på at domfælde på vedkommende bevis, mens de tilbageværende 49 vil frifinde". Dette kan godtages som en pædagogisk forklaring af sandsynlighedsbedømmelsen, men er naturligvis ikke strengt korrekt: En bedømmelse af sandsynlighedsspørgsmålet er aktuel også i tilfælde, hvor det f.eks. er kendt, hvilken dommer der skal træffe afgørelse i sagen, hvilket ofte vil være tilfældet. Der kan foreligge konkrete oplysninger om denne dommers holdning. Ligesåvel som sådanne konkrete personlige træk ikke tolereres, må der gives en beskrivelse af rammerne for anklagemyndighedens beslutning, der udelukker hensyntagen til disse. Dette problem er et argument imod opfattelsen af tiltalebeslutningen som en sandsynlighedsmæssig antecipation af domstolens beslutning. Ekelöf s. 117-18 er uklar men henstår til valget mellem (1) og (2).

46) Hurwitz 1949 § 304 forekommer ikke klar mht. de to temaer (1) og (2) Sml. Elwing s. 39 f. og om Bolding s. 68 - 69.

fesag. Endvidere må som hovedregel antages, at tiltalen (den administrative akt) er baseret på den administrative opfattelse, at den, som er tiltalt, er skyldig i et bestemt gerningsforhold. Beskrevet psykologisk, må anklagemyndigheden være af den overbevisning, at den tiltalte er skyldig i den forbrydelse, som tiltalen angør.

Den administrative opfattelse af det relevante faktum - at tiltalte har begået en forbrydelse - er naturligvis styret af de krav, som stilles judicielt. Således må anklagemyndighedens bedømmelse af skyldsspørgsmålet reflektere det forhold, at der stilles forskellige beviskrav til forskellige strafferetligt relevante omstændigheder ⁴⁷⁾.

Yderligere må det kræves, at det kan forventes, at den tiltalte vil blive domfældt. Den administrative overbevisning må kunne reproducere som en judicial overbevisning. De beviser, som anklagemyndigheden bygger sin opfattelse på, må kunne reproducere som beviser under straffesagen. Med dette krav er det udelukket, at anklagemyndighedens overbevisning - som forudsætning for tiltalebeslutningen - skulle bygge på omstændigheder, som ikke kunne reproducere som beviser under straffesagen. I det omfang anklagemyndigheden har indblik i sådanne forhold, som ikke kan indgå i bevisførelsen for domstolen, er de pågældende forhold uden betydning for dannelsen af anklagemyndighedens opfattelse af skyldsspørgsmålet.

Anklagemyndigheden kan i et vist omfang reproducere de administrative beviser, som de foreligger. Dette indebærer en fravigelse fra det judicielle umiddelbarhedsprincip, jfr. rpl. §§ 806, stk. 3 og 818 jfr. § 877, stk. 2, 3) om bevisførelse med henblik på domsforhandling under efterforskning og forundersøgelse.

47) Sml. Ekelöf V s. 117 note 66, IV s 104, Bolding SwJT 1953, s.313 f Andenæs 1972, s. 158

Med de hidtil formulerede krav kunne anklagemyndigheden evt. blot kalkulere med den overbevisningskraft, som den antager de mulige bevisdata vil have på domstolen. Men anklagemyndighedens bedømmelse af skyldspørgsmålet må ikke udelukkende bero på en antecipation af den judicielle bevisførelse. Såfremt anklagemyndigheden antager, at bestemte personer har relevant viden, må de afhøres af politiet. I hovedsagen må der inden anklagemyndighedens beslutning om tiltale gennemføres en så fuldstændig undersøgelse af det strafferetlige relevante faktum som muligt. Kravene til denne politimæssige undersøgelse er en refleks af judicielle krav, nemlig kravene til det tilstrækkelige bevis. På den anden side, i det omfang de polititekniske midler udvikler sig, indebærer dette også en skærpelse af de judicielle beviskrav.

Den forvaltningsretlige terminologi er introduceret for at opnå en præcisere beskrivelse af det bevismæssige grundlag for tiltalebeslutningen. Dette synspunkt kan videreføres til problemstillingen om forholdet mellem legalitets- og opportunitetsprincippet. Tiltalen er en udøvelse af en offentligretlig kompetence. Legalitetsprincippet's legale krav og opportunitetsprincippet's hensigtsmæssighedsbedømmelse rummer kvantitativt forskellige - men kvalitativt ensartede - grader af præcision eller entydighed med henblik på den administrative beslutnings præmisser og indhold ⁴⁸⁾.

I visse særlige tilfælde rejses tiltale, selvom de almindelige beviskrav for anklagemyndigheden ikke er opfyldt, fx. fordi en straffeprocess imødekommer krav om en offentlig undersøgelse af en opsigtsvækkende stor forbrydelse eller et muligt embedsmisbrug. Disse grunde for en sænkning af det alminde-

48) Sml. Bent Christensen, Højesteret s. 310.

lige beviskrav svarer komplementært til de grunde, som anføres til støtte for det administrative tiltalefrafald (i modsætning til tiltaleopgivelse). Den offentlige proces er en belastning, visse bagatelforbrydelser behøver ikke fremdrages og straffes ⁴⁹⁾.

Dette taler for en koordineret forståelse af disse hidtil så skarpt opdelte typer af tiltaleundladelser: Det administrative beviskrav kan i et vist omfang reguleres afhængig af de funktioner som straffeprocessen konkret vil have.

Når tiltale - undtagelsesvis - rejses, selvom den administrative overbevisning ikke svarer til de krav, der sæl-der som umiddelbar refleks af de judicielle krav, opstår spørgsmål om, hvordan anklagemyndigheden skal optræde processuelt for domstolen. På den ene side kunne anklagemyndighedens tvivl tænkes fremlagt som efterlevelse af objektivitetskravet. På den anden side er det anklagemyndighedens opgave at føre straffekravet frem processuelt, hvilket - hvad angår erkendelse af faktum - indebærer, at anklagemyndigheden må arbejde bundet til den hypotese, at tiltalte er skyldig. Denne sidste opgave er afgørende. Objektivitetskravet sætter visse grænser for graden af bundethed/ensidighed, men dette sæl-der ikke blot i denne situation.

5. Afslutning

Ved analysen af begreberne om bevisbyrde og bevisbedømmelse på grundlag af den normative adfærdsvurdering opløste den kvalitative forskel imellem disse to regelsæt sig (kap. VIII. 7), og begrebskritikken fortsatte (kap. IX.1.) Som et resultat af denne kritik blev det påkrævet at påpege nogle håndgribelige elementer i den bevisretlige regulering, som nok ikke entydigt kunne udtrykkes i de kritiserede termer, men som kunne bekræfte, at bevisretten ikke blot er et forum for vilkårlig subjektivitet, men at der er væsentlige interesser forbundet med en systematisk judicial (og administrativ) bedømmelse af, hvilke fakta der skal lægges til grund.

49) Hurwitz 1949 s. 310 f, Kockvedgaard 1968 s. 74 f.

Standardbeviserne er ikke blot et eksempel herpå, men harmonerer tillige med den normative teoris betoning af bevismanifestationen. I den tidligere fremstilling var det nok så meget den forsømmelige adfærd, der fremstilledes.

Den enkelte judicielle bevisvurdering foregår ikke i et socialt vakuum, men er bl.a. knyttet til en kompleks statslig organisation, der præger rammerne for den judicielle "frihed". Interne organisatoriske kompetencefordelinger kan tage form af bevisregler. Dette gælder i forholdet mellem forvaltningsmyndigheder indbyrdes.

Herlitz omtaler, at lovbestemmelser ofte begrænser en forvaltningsmyndigheds fri bevisbedømmelse ved at tilskrive afgørende betydning til "Uttalande - särskilt intyg o.d. - om faktiska förhållanden, om dömen om åtgärders ändamålsenlighet osv.", og han anfører som begrundelse for at videreudvikle denne regeltype, at man undertiden kan "åstadkomma en rationell funktions- og ansvarsfordelning inom förvaltningsapparaten, om man på detta sätt fördelar ett ärendes prövning mellan olika myndigheter som var för sig äro kompetenta att slutgiltigt pröva en del av de frågor som inlå däri" 50).

Tilsvarende gælder i forholdet mellem domstol og forvaltning. Ofte vil disse reguleringer være bestemmende for det tematiske, idet en anden instans' foreliggende eller fremtidige bedømmelse af faktum indskyder særlige grænser for emnet for bedømmelse.

Opgaven må nu være at videreføre den generelle problemstilling fra vurderingen af før-processuel adfærd og fra bevismanifestationer, hvor forholdet mellem bevis og dommer betragtes isoleret, til en undersøgelse af de empiriske og normative træk i den judicielle proces' regulering, for så vidt denne (umiddelbart) er relevant for den judicielle afgørelse vedrørende faktum.

50) Herlitz 1946 s. 82.

Kapitel X

Beviset og den processuelle struktur

1. Orientering

Dommeren oplever kun undtagelsesvis umiddelbart de forhold, som er relevante efter de materielle regler. Som eksempler kan nævnes rettergangspoliti overfor fornærmelser mod retten eller forstyrrende uorden under sagsbehandlingen, jfr. retsplejelovens § 151, stk. 2. I andre tilfælde indgår vel elementer af de materielle fakta i en umiddelbart iagttagelig processuel hændelse, men bedømmelsen af det samlede faktiske tema rækker ud over retssalen. Som eksempel herpå kan nævnes bedømmelsen af falsk forklaring for domstolen (jeg ser bort fra de problemer, som følger af, at behandling evt. sker for forskellige dommere), hvor selve forklaringen naturligvis påhøres af dommeren, mens bedømmelsen af dens urigtighed vil bero på antagelser vedrørende fakta, som ikke er foregået under sagsbehandlingen.

Den judicielle erkendelse af materielle fakta er derfor som hovedregel en erkendelse af "ekstra-processuelle" fakta. Erkendelsen af disse formidles gennem de intraprocessuelle hændelser, som parternes sagsfremstilling, bevisførelsen m.v. konstituerer, i forbindelse med den judicielle "forhåndsviden", d.v.s. det beredskab af almene erfaringer og kendskab til notoriske kendsgerninger, som ikke nødvendigvis fremføres under sagsbehandlingen.

Bevisretten sammenknytter de handlinger, som udspiller sig processuelt i retssalen, med en opfattelse af den virkelighed, som er relevant efter den materielle regel. Det er netop fordi bevisretten praktisk ytrer sig under den processuelle sagsbehandling, og fordi dommerens bedømmelse af faktum beror på bevisførelsen, at bevisretten opfattes som et element i procesretten.

I kapitel VIII var synspunktet rettet den modsatte vej: Det var en pointe, at det drejede sig om en analyse af

den normative vurdering af førprocessuel adfærd, således som denne hjemledes og udtryktes i bevisbyrderegler og regler om bevisbedømmelse. At en analyse med dette synspunkt kunne gennemføres, beror på, at bevisretten ikke kun er procesorienteret, men sender "adfærdsdirigerende pile" ud ad retssalen på en sådan måde, at den bevisretlige regulering bliver styrende for den ekstra-processuelle adfærd på en måde, som er sammenlignelig med den umiddelbart adfærdsdirigerende regulering, som eksempelvis udtrykkes i kriminalretten og i erstatningsretten. I kapitel IX behandlede forskellige bevismanifestationer, hvor reguleringer af ikke-processuelle forhold blev bestemmende for de judicielle erkendelsesvilkår.

Fra den foregående analyse skal følgende hovedpunkter fastholdes:

- (1) Bevisbyrderegler og andre bevisregler angår tilsyneladende udelukkende den processuelle adfærd og den judicielle votering, men viser sig ved nøjere analyse at være rettet mod parternes før-processuelle adfærd.
- (2) Der består en intim forbindelse mellem regler om partsaktivitet med hensyn til bevisdata og regler om dommerens votering. Denne forbindelse etableres - under den normative vurdering - som en forening af a) kravet om bevisaktivitet rettet mod parten og b) dommerens bedømmelse af partens forsømmelse/opfyldelse af dette krav.

Eftersom hidtidig bevisteori ikke på tilstrækkelig klar måde har udskilt de problemer, som knytter sig til den før-processuelle bevisorienterede adfærd, er den problemstilling, som her er ridset op, ikke kommet frem. Spørgsmål om førprocessuel adfærd er udelukkende opfattet som elementer i en "begrundelse for" bestemte bevisbyrderegler eller lignende. Denne begrænsning er ukorrekt. Det, som anføres som begrundelse for en bevisbyrderegel, må ofte opfattes som et element i den pågældende bevisbyrderegels indhold.

I dette kapitel skal den bevisretlige regulering i forbindelse med den judicielle proces analyseres. Et vigtigt udgangspunkt er den opfattelse, at de procesretlige i almin-

delighed må være centrale for forståelsen af de bevisretlige regler. Dette lyder selvfølgelig. Ikke destomindre er denne forbindelse i almindelighed overset: Den processuelle regulering, som den udtrykker sig i eksempelvis forhandlingsmaksimen og i den kriminalprocessuelle opfattelse af forholdet mellem påtale og dom, er ikke sammenholdt med en principiel opfattelse af bevisbyrdereglerne og deres funktion. Endvidere har man ikke taget tilstrækkeligt hensyn til, hvilken betydning for opfattelsen af bevisreguleringen de praktiske advokatoriske anvisninger har. Disse anvisninger kan ikke blot reduceres til tekniske, opportunistiske vejledninger, men er integreret i den samlede procesretlige regulering.

Formålet med dette kapitel er at videreføre analysen af den normative vurdering med henblik på den processuelle aktivitet, og resultatet sammenholdes med den sandsynlighedsteoretiske model.

Imidlertid må tendenser mod en objektivering af den judicielle proces tages i betragtning, når den sandsynlighedsteoretiske model skal forstås. Dette danner baggrund for en udvidelse af problemstillingen, hvor også administrative beslutningsemner inddrages, eftersom de er bedre udforsket på en måde, som gør dem umiddelbart sammenlignelige med den judicielle situation i almindelighed. Dette gør det muligt at nå frem til en principiel opfattelse af forholdet mellem den normative adfærdsvurdering som regulerende princip for den førprocessuelle og intraprocessuelle adfærd overfor den sandsynlighedsteoretiske opfattelse, som gyldig indenfor bestemte, afgrænsede områder.

2. Bevisførelse, bevisbyrde og oplysningspligt

Grundlaget for dommerens beslutning om at antage eller forkaste et faktum er de under sagen foreliggende bevisdata. Disse er som regel tilvejebragt af parterne, eller hvor manifeste bevisdata savnes, kan det føres tilbage til (en af) parterne. Dette gælder som udgangspunkt i såvel civil- som i kriminalprocessen. (Såvel udgangspunkt som modifikationer præciseres senere).

Den processuelle regulering, som er relevant for den judicielle dikotomisering, er derfor regler om sammenhængen (konneksiteten) mellem parternes processuelle aktivitet og den judicielle bedømmelse af faktum. Inden for denne afgrænsning falder regler om bevisbyrde, bevisførelse og oplysningspligt. Udenfor falder de processuelle regler for bevispåberåbelse og bevisførelse, da de ikke umiddelbart er forbundet med den judicielle dikotomisering, og de behandles derfor ikke.

Først afklares forholdet mellem bevisbyrde-regler, for så vidt de umiddelbart angår processen, og bevisførelsen som manifestation af bevisdata (1). Dernæst forholdet mellem bevisbyrde og regler om processuel oplysningspligt (2) og i fortsættelse heraf særligt partspassiviteten og dennes betydning for den judicielle dikotomisering (3). Disse forskellige regelsæt søges derefter sammenfattet som forskellige koordinerede regeltyper indenfor bevisretten (4).

(1) Bevisbyrde - og bevisførelsesbyrde

Et gennemgående træk i den nyere bevislitteratur er opstillingen af et begrebspar som de i overskriften indeholdte: For det første et alment, partsuafhængigt begreb, som refererer til den sikkerhed, hvormed det pågældende faktum skal kunne antages af dommeren under voteringen, for at dette faktum skal kunne lægges til grund. Sådanne sikkerhedskrav kan betegnes voteringsregler. Når jeg her taler om sikkerhed sigter jeg ikke til den sandsynlighedsteoretiske opfattelse af sikkerhedsbegrebet, men benytter begrebet i en bredere betydning, hvori indgår dels den sandsynlighedsteoretiske, dels andre opfattelser af, hvorledes et judicielt grundlag for en stillingtagen til et faktisk spørgsmål kan tilvejebringes.

Det andet led i begrebsparret refererer til et krav om en bestemt processuel aktivitet, en aktivitet, der som regel går ud på fremlæggelse af manifesterede bevisdata, og som jeg her sammenfatter i betegnelsen manifestationskrav. Sådanne krav retter sig umiddelbart mod parterne, eftersom det er dem der fremlægger sagens bevisdata.

Et indtryk af, hvorledes terminologien tilsyneladende varierer, men forbundet med en konsistent fastholden af dette begrebspar kan følgende oversigt give:

I	II	III
Objektiv bevisbyrde	Subjektiv bevisbyrde	Bratholm & Hov s. 288 (Sml. Rosenberg 1965, s. 11 f, Blomeyer 1963 s. 341f)
Absolut bevisbyrde	Relativ bevisbyrde	
Bevisbyrde	Bevisførlingspligt (- interesse)	Skeie II 74
Bevisbyrde	Beviskyldighed	O. Augdahl s. 6 - 7
Ægte bevisbyrde	Falsk bevisbyrde	P. Augdahl Ekelöf IV s. 67f, 105.
Tvivlsrisiko	Bevisførlingsbyrde	Eckhoff 17
Bevisbyrde	Oplysningspligt	Munch-Petersen II 292-93, 312
Beviskyldighed	Bevisningsskyldighed	Kallenberg 2:IV s. 681 f.
Feststellungslast	Beweisführungslast	Rosenberg 1965 s. 16 f.
Legal burden of proof	Evidential burden of proof	Cross 1974 s. 73 f.
Burden of persuasion	Burden of producing evidence	Wigmore vol. IX s. 284, James: Civil Proc. 248.

Der består ikke fuld betydningsmæssig identitet mellem de enkelte begreber i hver af søjlerne, og en nøjere undersøgelse af de forskellige betydningsforskelle kunne udgøre et omfattende emne for undersøgelse. En sådan teoretisk, komparativ analyse af bevisbyrdebegrebet går jeg imidlertid ikke ind på ¹⁾.

Den ville kræve en omfattende litteratur-sammenligning, som også måtte tage stilling til sådanne komplikationer, at den ene forfatter beskylder den anden for at have misforstået den tredje, o.s.v. Jeg tvivler på, at en sådan begrebsmæssig undersøgelse ville bringe væsentlige ting for dagen.

1) Det må dog bemærkes, at bevisførelsen i de engelsk-amerikanske begreber refererer til dommerens beslutning, om sagen overhovedet skal for jury.

Det væsentlige problem er, hvilke processuelle realiteter, der ligger bag disse begreber. Dette spørgsmål er der mening i at stille, eftersom det jo faktisk er påfaldende, at sådanne begrebspar optræder i den litterære behandling af bevisretten på en så gennemgående måde.

Som nævnt er et element i analysen af bevisbyrdebegrebet allerede overstået: Det er påvist, at elementer af bevisbyrderegler refererer til førprocessuelle hændelser, idet bevisbyrderegler kræver bestemte adfærdsforløb af parterne forud for processen, således at partens undladelse at efterleve disse krav har konsekvenser for, hvilket faktum der antages i processen.

Inden jeg går nærmere ind på forholdet mellem sikkerhedskrav og manifestationskrav, er der grund til at fremdrage det princip, som ligger til grund for, at et sådant begrebspar overhovedet er gældende: princippet om parternes autonomi. Udgangspunktet for den judicielle bedømmelse af faktum er, at tematiseringen hidrører fra parterne, og at de bevisdata, som udgør det judicielle grundlag for afgørelsen er inddraget af parterne. I sådanne formuleringer modstilles dommeren og parterne, mens der ikke differentieres mellem parterne.

Når jeg taler om princippet om partsautonomien, sigter jeg til følgende forhold: Såvel i civile som i kriminelle sager er en præliminær betingelse for et judicielt spørgsmål om faktum, at en part har taget initiativ til sagen, at i hvert fald en af parterne har tematiseret bestemte fakta (gennem anbringender, gerningsbeskrivelsen i anklageskriftet). Disse partsdispositioner determinerer rammen for det judicielle problem, hvilket faktum der skal tages stilling til. Det er parterne, som manifesterer (fremlægger) de bevisdata, som er grundlaget for den judicielle antagelse vedrørende faktum.

Juridisk modificeres dette udgangspunkt i et vist omfang: En dommer kan stille spørgsmål vedrørende uklarheder i anbringenderne, jfr. for civilprocessen retsplejeloven § 282, kan stille spørgsmål til afhørte vidner og parter, og kan i straffeprocessen inddrage yderligere bevismateriale, såfremt det anses for nødvendigt til fuldstændig oplysning af sagen, jfr. § 88o stk. 3. Disse og enkelte andre tilsvarende regler udgør modifikationer i det juridiske princip om partsautonomien.

Disse modifikationer har imidlertid for det første efter deres indhold begrænset rækkevidde. De udgør først og fremmest ikke noget grundlag for en selvstændig judiciel definering af det bevismæssige tema og selvstændig efterforskning med henblik på stillingtagen til yderligere bevismateriale. For det andet kan man - sammenhængende hermed - gå ud fra,

at disse regler i praksis vel nok anvendes, men kun som korrektioner af den iøvrigt dominerende partsaktivitet på disse områder.

For en bevisretlig analyse, som skal beskæftige sig med de procesuelle aktiviteter, må det derfor være rimeligt at hævde partsautonomien som det grundlæggende princip for tematisering og tilvejebringelse af bevisdata. At dette princip hævdes som grundlæggende, betyder ikke en fornægtelse af de ovenfor anførte modifikationer, men netop en placering af dem som sådanne. Senere tages denne tråd, som begrænser partsautonomien, op til videre udvikling i forbindelse med mere grundlæggende ændringer i den retlige regulering, der bl.a. berører parternes autonomi under processen.

Jeg vender tilbage til problemet, hvorledes der differentieres mellem parterne. En udbredt opfattelse af forholdet mellem de to sæt af regler herom er, at det ene sæt kan betragtes som en afledning af det andet: Reglerne om parternes aktivitet afledes af den "objektive bevisbyrde". Mest markant udtrykkes dette, når man direkte taler om, at manifestationskravet opfattes som en "falsk" bevisbyrde, som blot er en afledning af den "ægte" bevisbyrde.

Jeg har tidligere beskrevet, hvorledes den "falske bevisbyrde" søges afledet af den "ægte bevisbyrde" ²⁾. Pointen på dette sted er at påpege, at afledningen ikke udtrykker manifestationskravets underordnethed i forhold til sikkerhedskravet, men udtrykker det forhold, at den pågældende sikkerhedsregel, dvs. voteringsreglen, for en dels vedkommende er ækvivalent med en manifestationsregel: Bestemmen-
de for, om et bestemt faktum skal antages eller ej under
voteringsreglen, er, hvorvidt parterne har udfoldet en aktivitet (bevisførelse) under retssagen. Kun under denne forudsætning er det muligt at aflede et manifestationskrav af voteringsreglen.

Ved overvejelsen af, hvilket indhold en bestemt voteringsregel bør gives, tages hensyn til hvilke resultater af en bevisførelse under processen, der kan tænkes (bevissituationer), og når bestemte situationer sættes som dikotomiserende, må dette være betinget af, at der for parten er mulighed for den pågældende bevisaktivitet. Ligeså vel som bevisbyrdereglen i almindelighed bedømmes ud fra dens evne til at påvirke parternes adfærd på en sådan måde, at usikkerhed undgås, således må voteringsreglen med henblik

2) Kap. VI.4.3.

på procesaktiviteten tillige indeholde denne vurdering. Procesaktiviteten er tidsmæssigt det sidste stadium af den serie af handlinger, som den judicielle dikotomisering beror på.

Herefter kan det antages, at i det omfang litteraturen anerkender bevisførelsesbyrdens afhængighed af bevisbyrden (manifestationskravets afhængighed af sikkerhedskravet), kan denne afhængighed i stedet opfattes som et ækvivalensforhold, og de synspunkter som er karakteristiske for bevisbyrden, således som jeg har beskrevet den i tilknytning til den normative adfærdsvurdering, gør sig gældende også for så vidt angår den processuelle aktivitet.

Voteringsreglen kan ækvivaleres med forskellige bevissituationer, som karakteriseres ved en vis bevisførelse, et vist sæt af manifesterede bevisdata: "Hvis part 1 har ført ... bevisdata, og hvis parten 2 har ført ... (men ikke ... bevisdata), så antages F. Hvis osv. med hensyn til andre kombinationer af bevisdata.

Dikotomiseringsreglen, som er voteringsreglens indhold, omskrives således til en dikotomisering mellem forskellige resultater af parternes virksomhed.

Ved overvejelsen af, hvilket indhold en voteringsregel skal have, og hvilket resultat en anvendelse af en given voteringsregel skal have, indgår en samlet bedømmelse af, hvilken aktivitet parterne har udfoldet med henblik på tilvejebringelse af et sikkert grundlag for bedømmelsen af faktum, i forbindelse med en overvejelse af, hvilke praktiske muligheder de har i denne henseende, og hvilke krav det er rimeligt at stille til hver af parterne i denne henseende. Det er herefter nærliggende at sammenfatte den processuelle bedømmelsesstruktur med den før-processuelles bedømmelsesstruktur.

Den her beskrevne teori for den judicielle afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund, forklarer den teoretiske udvikling, som tidligere er beskrevet, omkring procesreformerne i Skandinavien. Ophævelsen af de legale

rammer for bevisbedømmelsen afficerede hurtigt den teoretiske opfattelse af bevisbyrdereglerne, og en overordentlig uklar litterær udvikling begyndte. Denne udvikling må netop forklares ved, at det ikke er muligt at fastholde bestemte bevisbyrdeprincipper, som er knyttet til i hvert fald principielt entydige bestemmelser af manifestationskrav, når disse manifestationskrav opløses.

Med indførelsen af en fri bevisbedømmelse ophævedes de legale kriterier for bedømmelsen af et tilstrækkeligt bevis, og dermed kom opfattelsen af bevisbyrdereglerne "ud at svømme" i den bogstavelige forstand, at grænserne til de sikre områder for henholdsvis faktum og dets negation opløstes. En samlet normativ bedømmelse af, hvorvidt hver af parterne har gjort, hvad parten kunne og burde for at undgå tvivlsituation, giver et godt udgangspunkt for den judicielle bedømmelse og for parternes processuelle og før-processuelle virksomhed.

Det er ikke en "tom" aktivitet, som forventes af parterne. Aktiviteten er naturligvis rettet mod bevisfremlæggelsen. I de tilfælde, hvor der er fremlagt bevisdata, som giver sikkerhed for antagelsen af det pågældende faktum er spørgsmålet om en normativ adfærdsvurdering ikke aktuelt: Der er ikke grundlag for en stillingtagen til, hvorvidt en af parterne har gjort sig skyldig i en forsømmelse med hensyn til fremlæggelsen af bevismateriale. Hvor bevisdata giver sikkerhed, er den normative vurdering ikke relevant. Hvem der har fremlagt det pågældende bevisdatum, er ikke relevant. Analogt hermed er et spørgsmål om erstatningsansvar ikke aktuelt, såfremt der ikke er lidt nogen skade.

Jeg mener, at teorien om en normativ adfærdsvurdering giver en mere konsistent strukturering af overvejelserne over, hvilke konsekvenser der knyttes til en mangelfuld bevisførelse. Det må fremhæves, at det drejer sig om en almen strukturering eller ramme for overvejelsen af spørgsmålet. En indholdsmæssig angivelse af, hvilke krav der stilles, kan kun ske med henblik på bestemte materielt definerede retsområder og med henvisning til bestemte be-

vismæssigt definerede bevissituationer. Konkrete eksempler på sådanne vurderinger giver det uital af afgørelser, hvor der refereres til "den falske bevisbyrde". I sådanne domme angives, at en af parterne "har ikke ført noget bevis for ...", uden at der herved er taget stilling til, eller i hvert fald givet udtryk for en stillingtagen til det almene sikkerhedskrav.

Den her præsenterede teori er også et rimeligt grundlag til forklaring af det forhold, at sådanne vurderingssæt viser sig så ofte. Når bevisbyrden (sikkerhedskravet) skulle være central, måtte man forvente, at det var den som der i reglen henvises til som grundlag for en afgørelse i et bevismæssigt problem. Udgangspunktet forklarer også, at der findes legale regler om bevisførelsen. Samtidig med at jeg til støtte for min opfattelse henviser til det forhold, at sondringen mellem sikkerhedsorienterede og manifestationsorienterede bevisregler er et gennemgående træk i nyere bevisteori, må det erkendes, at min opfattelse ikke finder støtte i almindelig bevisteori. Til uddybning og konfrontation tages følgende:

Ved bevisbyrde forstår Munch-Petersen en regel om, hvilken af parterne, som må bære skaden ved at et punkt ikke er tilstrækkeligt oplyst, II, s. 284. Om denne byrde hedder det, at "om nogen egentlig pligt i subjektiv Forstand er der i hvert Fald ikke Tale, idet Reglen om Bevisbyrden ikke forandres, fordi en Part ved ham ganske utilregnelige Omstændigheder bliver ude af Stand til at skaffe Bevis" II s. 285.

Efter en normativ adfærdsvurdering er det et strukturelt åbent spørgsmål, hvilke omstændigheder, der kan "forandre bevisbyrden" eller rettere indebære, at en bevismangel ikke kommer den pågældende til skade. Spørgsmålet kan ikke besvares generelt, men må bedømmes forskelligt fra retsområde til retsområde. Hvis eksempelvis debitor efter sin egen fremstilling har anmodet om og fået en kvittering ved betalingen, men senere har mistet den på grund af brand, kan spørges, om denne forklaring på, at en kvittering ikke kan fremlægges som bevis for betaling, kan afskære den normale bevismæssige slutning heraf, at debitor ikke har betalt. Det forekommer mig her klart, at spørgsmålet ikke er om det kategorisk skal antages, at "utilregnelige omstændigheder", som forhindrer et sådant bevisdatums fremlæggelse

skal eller ikke skal afskære en sådan slutning. Jeg finder det ikke misvisende at sige, at en debitor er "pligtig at fremlægge kvittering", men vil ikke heraf drage den samme slutning, som Munch-Petersen knytter til antagelsen af en "pligt i subjektiv forstand".

"Men det er heller ikke naturligt - fortsætter Munch-Petersen II s.285 - at tale om Pligt i mere objektiv Betydning. Det er jo kun til Fyldestgørelse af Partens egen Interesse i, at et Punkt foreligger tilstrækkeligt oplyst for Dommeren, at Bevisførelsen finder Sted, og naar det blot er bevist, er det ganske ligegyldigt, om det er sket ved Partens egen Virksomhed, eller Beviset bygger paa Materiale, som Modparten har fremført, eller ..." følger af sagens omstændigheder.

Her påpeges som forklaring på bevisførelse, at denne er i partens egen interesse. En debitor fremlægger kun en kvittering, fordi dette er et nyttigt skridt, hvis man ønsker at undgå at blive dømt til betaling. At en vis adfærd udføres i "egen interesse", er imidlertid ikke ensbetydende med, at den pågældende adfærd ikke tillige kan betragtes som "pligtsmæssig", eller at partens undladelse af at gøre, hvad der normalt skulle være i partens interesse, kan betragtes som en "forsømmelse". Og Munch-Petersen sætter sig i sådanne synspunkter udover de sider af retssystemet, som netop knytter retssystemets "præventive" virkning til, at den enkelte ser sin "interesse" i at handle i overensstemmelse med retssystemet for derved at undgå de til tilsidesættelse af retssystemet knyttede sanktioner. Når en vis adfærd er belagt med sanktion, er en undgåelse af den sanktionerede adfærd altid en handlemåde i "egen interesse", nemlig i den interesse at undgå sanktionen.

Ækvivalensforholdet mellem regler om bevisbyrde (som sikkerhedskrav) og regler om bevisførelse (som manifestation) beror på, at disse regler er umiddelbart relevante såvel for den judicielle dikotomisering, idet de kan omskrives til voteringsregler, som for parternes procesvirksomhed (og førprocessuelle virksomhed), idet de kan omskrives til partsaktivitetsregler.

Dette ækvivalensforhold er relevant, fordi der faktisk forekommer regler af disse forskellige typer, hvor "oversættelsen" er nødvendig for at reglens umiddelbare indhold

kan etableres. Dette kan illustreres skematisk:

	Manifestations- regel	Sikkerheds- regel
Voteringsregel	1)	2)
Partsaktivitets- regel	3)	4)

1) Et patentindgreb kan (kun) antages, såfremt der tilvejebringes en sagkyndig bedømmelse.

2) Faderskab antages på grundlag af samleje, medmindre faderskabet er lidet sandsynligt.

3) Anklagemyndigheden bærer bevisbyrden for de objektive og subjektive elementer i gerningsindholdet.

4) Ved erstatningsudmåling ansættes tabet til, hvad der sædvanligt følger af skaden, medmindre særlige oplysninger tilvejebringes.

(2) Bevisbyrde - oplysningspligt.

Der skelnes mellem de to tydninger af bevisbyrdebegrebet, som går på henholdsvis sikkerhedskrav og bevisførelse, jfr. ovenfor (1). Hertil kommer imidlertid yderligere et begreb, nemlig partens oplysningspligt. Hvad sigtes til med dette begreb? Og hvorledes forholder det sig til de to allerede omtalte begreber?

Oplysningspligten må adskilles fra bevisbyrden ³⁾.

Det er nyttigt at udskille forskellige typer af oplysningspligter:

(a) Judicielt pålæg om fremlæggelse af dokument, § 298.

3) Sm. Munch-Petersen II, s. 285, Hurwitz & Gomard s. 230.

- (b) Spørgsmål til parten.
- (c) Ikke-formaliserede forventninger til partens personlige aktivitet.

I de to første tilfælde fremkaldes en oplysningspligt af expliciterede opfordringer til den pågældende part. Disse tilfælde er tildels legalt regulerede og er naturligvis konkret lette at påvise. Problemet er at afgøre, under hvilke betingelser sådanne pålæg kan udstedes. Vanskeligere definerbar er den under (c) anførte gruppe, som i praksis formentlig i vidt omfang dækker tilfælde, som ligeså vel kunne være henført under (a) og (b), men hvor en sådan anvendelse af et explicit judicielt pålæg/spørgsmål ikke bliver fornødent.

Oplysningspligten adskilles fra bevisbyrden. En part kan bære bevisbyrden i en sag, hvor der samtidig pålægges (påhviler) modparten en vis oplysningspligt. Hvad menes hermed? Oplysningspligten er ikke forbundet med at bære bevisbyrden ⁴⁾. Oplysningspligten skulle i så fald hverken i den ene eller den anden forståelse af begrebet bevisbyrde kunne afledes af bevisbyrdebegrebet, enten som den opportunistiske afledning af sikkerhedskravet eller som identisk med en konkret bevisførelsesbyrde.

Dette må være uholdbart. Det må være udtryk for en utilstrækkelig opfattelse af den judicielle regulering af, hvilket faktum der skal lægges til grund. For en total opfattelse af dette reguleringssæt må indeholde en samlet forståelse af de regler, der er umiddelbart relevante for dikotomiseringen. Konsekvensen af tilsidesættelse af oplysningspligten er identisk med de almindelige konklusioner, der er knyttet til bevisbyrderegler, nemlig at visse fakta lægges til grund henholdsvis forkastes. En bevisbyrdeteori som blot placerer de konkrete oplysningspligter udenfor bevisbyrdebegrebet og uden nogen systematisk relation hertil, er utilstrækkelig.

Lad os se nærmere på, hvilke situationer disse regler angår.

4) Jfr. Hurwitz & Gomard s. 230-31 (Hurwitz 1941 s. 141-42).

Hvor et judicielt pålæg om fremlæggelse af et dokument udstedes, er det forudsat, at parten er i besiddelse af dette dokument, og at dokumentets indhold (eller måske blot dets fremlæggelse) er relevant for bedømmelsen af det pågældende tema. Forudsætningen for det judicielle pålæg er med andre ord, at modparten sidder inde med et bevisdatum, som modparten ikke har fremlagt, men som er relevant for sagens afgørelse. Udgangspunktet under partsautonomien er, at det er parterne selv der afgør, hvilke bevisdata der skal fremlægges. Denne "frihed" er ikke uden konsekvenser: Udnyttes friheden på en sådan måde, at relevant bevismateriale tilbageholdes, står den pågældende part mindre gunstigt og risikerer, at et for parten ugunstigt faktum lægges til grund. Debitor kan "frit bestemme", om han vil fremlægge en kvittering. Men til friheden er knyttet den sanktion, at såfremt kvitteringen ikke fremlægges, antages betaling ikke at have fundet sted, og debitor dømmes til betaling (endnu en gang).

Det judicielle pålæg om dokumentedition kommer ind i billedet, når det bevisdatum, som parten ligger inde med, må antages at støtte modpartens synspunkt.

Udgangspunktet er nemlig, at hver af parterne antages at varetage deres egne interesser og derfor fremlægger de bevisdata, som støtter deres sag. Denne selektivitet udelukker naturligvis fremlæggelse af sådanne bevisdata, som primært støtter modpartens standpunkt. Editionspligten er en begrænsning af denne ensidighed: Det kommer parten til skade, at det pågældende bevisdatum ikke fremlægges, og den "skade" som modparten lider, svarer til den, som ville være en følge af, at det pågældende bevisdatum faktisk var ugunstigt for den pågældende part, og derfor ville støtte modparten såfremt det ville blive fremlagt. Sanktionen knyttet til undladelsen af editionspålæg er således identisk med den afgørelse, som i værste fald ville blive truffet på grundlag af det pågældende bevisdatum. Partens forsømmelse træder i stedet for dokumentets indhold.

Regler om editionspligt er således modifikationer i den ensidighed, som ellers tillades i partens selektivitet med hensyn til bevismaterialet.

Hvor går grænserne for denne ensidighed? Dette er klart et normativt spørgsmål. Udgangspunktet kunne naturligvis være, at det må gælde for dommeren at tilvejebringe et så fuldstændigt bevismateriale som muligt, og editionspålæg skulle da pålægges overalt, hvor der var grund til at antage, at det kunne fremme fremlæggelsen af bevisdata. Men den judicielle regulering af tilvejebringelsen af bevismaterialet er netop underkastet andre principper. Partsautonomien kræver, at editionspålæg begrænses. Det er ikke acceptabelt, at parterne skulle fremlægge hvad som helst, som kunne indeholde den mindste oplysning af relevans. Dette ville være ensbetydende med at invitere dommeren til at gennemgå samtlige partens arkiver, arbejdslokaler, hjem osv., og knytte til afvisningen heraf sådanne sanktioner, at et for parten ugunstigt faktum kunne lægges til grund. Der må derfor indføres begrænsninger, der går ud over kravet om relevans, hvilket eksempelvis afspejler sig i følgende udsagn:

"Ved afgørelsen af, om et dokument i modpartens besiddelse kan kræves fremlagt, må et vist hensyn også tages til, om modparten derved pålægges et betydeligt eftersøgningsarbejde ... og om parten har et rimeligt krav på at opnå den lettelse i sin bevisbyrde som editionen eventuelt vil kunne give ham" 5).

En nærmere forståelse af sådanne normative afgrænsninger kan tage to retninger. Man kan gå ind på det specielle retlige emne for derved at nå til en erkendelse af de pågældendes oplysnings- og dokumentationsmuligheder. En anden retning, som følges her, undersøger de almene træk i sådanne reguleringer. Jeg vil i det følgende fortsætte analysen, idet jeg koncentrerer mig om partens personlige passivitet.

(3) Partspassivitet

Betydningen af partens aktive oplysningsvirksomhed kan belyses ved en analyse af de regler, som gælder vedrørende det modsatte af oplysningsvirksomheden, nemlig partens passivitet. Retsplejelovens § 304 indeholder herom for civilprocessen en bestemmelse, hvis paralleller i svensk og norsk ret senere skal fremdrages:

"Når en part, der er tilsagt til personligt møde uden oplyst lovligt forfald udebliver, eller når parten hvad enten han er tilsagt eller

5) Hurwitz & Gomard s. 260, hvorved henvises til afgørelser om injuri-sager og patentsager.

har mødt frivilligt, ikke svarer på de ifølge §§ 302-3 stillede spørgsmål, (dvs. spørgsmål sigtende til sagens oplysning), eller svaret ikke har tilstrækkelig bestemthed, kan retten fortolke udeblivelsen, tavsheden eller ubestemtheden på den for modparten gunstigste måde og navnlig lægge dennes fremstilling til grund for påkendelsen".

Denne regel har aktualitet efter sit umiddelbare indhold i 3 situationer: For det første når en part udebliver efter tilsigelse til personligt møde uden oplyst lovligt forfald. En sådan tilsigelse forudsætter, at der er hjemmel til at tilsige parten til personligt møde ⁶⁾. § 304 er endvidere anvendelig, når en fremmødt part ikke besvarer spørgsmål sigtende til sagens oplysning. Denne bestemmelse sigter såvel til den indkaldte part, § 302, som til den frivilligt mødte, § 303. For den sidste situation indeholdes stadig den udtrykkelige reference til pligtbegrebet, den frivilligt fremstillede er nemlig "pligtig at besvare de yderligere spørgsmål", som stilles ham, efter at han frivilligt har afgivet forklaring. Endelig gælder § 304, når den fremmødte part ikke besvarer spørgsmålene med tilstrækkelig bestemthed.

Selvom loven således ikke udtrykkelig taler om en møde- og forklaringspligt for parten, er der dog legal støtte for at hævde, at parten, under de anførte betingelser, er pligtig at afgive en præcis forklaring ⁷⁾.

Partens forklaringspligt kan betragtes som et selvstændigt reguleringssæt, som gælder ved siden af bevisbyrdereglen. Der er ikke nogen nødvendig sammenhæng mellem at bære en bevisbyrde og at parten har en forklaringspligt ⁸⁾. En anden

6) Mens den tidligere formulering af § 302 indeholdt udførlige bestemmelser om "partens mødepligt", er formuleringen efter ændringen i 1965 ændret til en angivelse af rettens kompetence, nemlig en angivelse af, hvad retten "kan".

7) Hos Hurwitz & Gomard, s. 244 tales om partens pligt til at besvare spørgsmål, men en forklaringspligt er ikke et centralt begreb, s. 199 f, s. 243 f.

8) Jfr. eksempelvis Munch-Petersen II, s. 292-93.

fortolkning af sådanne oplysningspligtsregler er den, som præsenteres af Bolding i tilknytning til Rättegångsbalk 35:4, hvorefter retten, når en part undlader at møde efter lovlig indkaldelse eller at besvare et til sagens oplysning sigtende spørgsmål, "pröva ... med hensyn til alt, som forekommit, vilken verkan som bevis må tilkomme partens förhållande". Ifølge Bolding skal denne bestemmelse forstås således, at partens undladelse af at besvare spørgsmål mv. udgør grundlag for en præsumtion, dvs. et særligt beviskrav, som rettes mod parten på den måde, "at den bevisning som talar för hans påstående måste vara i motsvarande mån starkare för at kompensera den nedvärdering som knytes til hans vägran" ⁹⁾. Ved en sådan præsumptionsregel animeres til, at parten forholder sig aktiv under bevisførelsen.

Ingen af de to fortolkninger af sådanne partsregler forekommer mig tilfredsstillende. Den første giver ikke nogen konsistens imellem oplysningspligten og bevisbyrdereglen (hvad enten bevisbyrdereglen opfattes som et sikkerheds- eller et manifestationskrav), den sidste gør vold på bestemmelsens indhold, som klart går i retning af den bevismæssige vurdering af partens passivitet, og som ikke indeholder en egentlig bevisbyrderegel. (Denne kritik uddybes straks nedenfor).

Udgangspunktet for forståelse af sådanne bestemmelser må være, at de angår spørgsmålet, hvilken betydning det skal tillægges, at en part ikke gennem sin forklaring mv. bidrager med et sådant sæt af bevisdata, som ville være relevante for den judicielle bedømmelse af faktum. De pågældende bevisdata er ikke nødvendigvis relevante for hele det relevante tema eller hele det sæt af temaer, som konstituerer de faktiske spørgsmål, som der skal tages stilling til. Passiviteten kan i lighed med den "kvalificerede tilståelse" dække - og kun dække - en del af det relevante tema. Er dette tilfældet, må passiviteten også kun tillægges konsekvens for den judicielle antagelse vedrørende denne del. (Dette lyder selvfølgelig. Men det fremhæves her, fordi en sådan differentiering såvidt jeg kan se ikke er mulig indenfor den svenske sandsynlighedsteori, hvis præsumtioner må knyttes til det materielle tema (se herom ovenfor VI.5.).

9) Bolding 1951 s. 123.

Efter den citerede svenske bestemmelse skal retten "prøve" hvilken betydning partens passivitet skal have. I den danske bestemmelse er det ugunstige udfald af denne prøvelse fremhævet: Prøvelsen kan gå så vidt, at modpartens fremstilling af det pågældende forhold lægges til grund. Reglerne om partspassivitet diskuteres derfor ofte under synspunktet, hvorvidt partens passivitet skal tillægges en "større vægt" end den naturlige bevisværdi berettiger til ¹⁰⁾.

Overfor sådanne fremstillinger forekommer det mig nødvendigt at anfægte den grundlæggende problemstilling: Er det korrekt at foretage en sammenligning mellem to forskellige sæt af "vægtninger" af sådanne bevisdata? Efter min opfattelse beror sådanne sammenligninger på en sammenstilling af fundamentalt forskellige vurderingsstrukturer, som jeg i denne afhandling har betegnet henholdsvis sandsynligheds-teoretisk og normativ. En umiddelbar sammenligning er ikke mulig. Indholdet af bestemmelser som de citerede er ikke at tilsikre, at dommeren tillægger det pågældende forhold (passiviteten), en større bevisværdi, end den bevisværdi, som måtte tilkomme det pågældende bevisdatum ud fra visse andre synspunkter. Tværtimod har man betragtet de anførte regler som relativt selvfølgelige udtryk for dels indførelsen af princippet om fri bevisbedømmelse, dels introduktionen af partsforklaringen eller partens forhold i øvrigt som en type af bevisdata der kunne tillægges betydning. Princippet om fri bevisbedømmelse appliceres på partens forhold ¹¹⁾.

10) Jfr. Cohn i Juridisk Tidsskrift 1916 s. 382, Bolding 1951 s. 142, Bratholm og Hov s. 280, Ekelöf 1973 IV s. 78 og om 35:4 s. 99, hvor det nævnes, at passiviteten dels kan påvirke bevisbyrden (som Bolding antog), dels at man i praksis kan tillægge den præsumtionskabende omstændighed en "ett högre bevisvärde än som kan grundas på erfarenheten".

11) RÅ 35:4 "indebærer i første hand en tillämpning af reglen om fri bevisprövning", Proceslagberedningen NJA 1943 II s. 448. At den norske tvistemålslov § 184 stk. 2 skulle indeholde en afvigelse fra princippet i § 183, forekommer usandsynligt. Bestemmelsen er om trent enslydende med den senere svenske. Bratholm & Hov's fortolkning s. 280 harmonerer ikke med deres opfattelse af § 258, som med hensyn til partens fremlæggelse af skriftligt bevis er enslydende, og som forfatterne s. 275 antager ikke siger mere end, hvad der følger af de almindelige regler om fri bevisbedømmelse, jfr. s. 276 om "tavshed" som et "bevismoment" mod pågældende part.

Når disse love i tilknytning til regler om den fri bevisbedømmelse specielt fremhæver den bevismæssige betydning af partens passivitet, er det ikke for derved at "skrive den sandsynlighed op" som denne passivitet skal tillægges mod parten. Foruden det tidligere nævnte forhold, at bestemmelserne inddrager en type af bevisdata, som tidligere ikke legalt tillagdes betydning, vil sådanne bestemmelser incitere parten til at medvirke til sagens oplysning ved at give forklaring. Den indeholder et grundlag for at kritisere den pågældende part for undladelsen af at give en forklaring. (Disse to sætninger er ikke ækvivalente: Det er muligt at incitere til en vis adfærd uden at benytte en normativ kritik som incitationsmiddel). Kritikken for undladelsen af at medvirke ved tilvejebringelsen af relevante bevisdata rammer den pågældende part, ikke som selvstændig sanktion, men ved at de antagelser vedrørende fakta (eller dele af de relevante fakta) som parten kunne have værget sig mod, hvis hans opfattelse var korrekt, og hvis han havde ført de bevisdata frem, som han havde rådighed over, i stedet baseres på modpartens opfattelse - eller i hvert fald tendentielt på modpartens opfattelse.

Den bedømmelse af partens passivitet, som der hermed er lagt op til, falder i god tråd med den normative adfærdsvurdering.

Med denne fortolkning placeres bedømmelsen af en parts passivitet på linie med de synspunkter, som er bestemmende efter en bevisbyrde-regel. Dette er ikke ensbetydende med, at bedømmelse af partens oplysningspligt og bevisbyrde-glider ud i et: Oplysningspligten adskiller sig fra bevisbyrde-reguleringen på flere punkter: Den er for det første knyttet til den processuelle adfærd, nemlig partens opgaver med hensyn til bevismaterialet, for så vidt de er aktuelle efter processens start. De processuelle regler om oplysningspligt angår udelukkende sådan adfærd, som er mulig efter processen er startet. Når en debitor bliver dømt til betaling, eftersom han ikke kan fremlægge kvittering, idet han ikke har anmodet om en kvittering ved betalingen, er det ikke fordi han tilsidesætter nogen oplysningspligt, men på grund af hans førprocessuelle forhold, og det er disse, som er

bestemmende for, hvilke adfærdsmuligheder der står ham åbne under processen. Hvis han derimod erklærer, at han har et dokument i sin besiddelse, men ikke ønsker at fremlægge det, er de sanktioner, som er knyttet til de processuelle oplysningspligter, relevante.

For det andet adskiller oplysningspligten sig fra bevisbyrdereglen ved at være konkretiseret: Mens bevisbyrde-regler er relativt almene, idet de er knyttet til bestemte materielle temaer eller eventuelt til sådanne materielle temaer kombineret med en bestemt bevismæssig situation, er reglerne om oplysningspligt knyttet til mere konkretiserede bevissituationer.

Endelig vedrører oplysningspligten - og den normative vurdering der udtrykkes heri - enkelte typer af bevisdata f.eks. parteres undladelse af at udtale sig, undladelse af at fremlægge relevante dokumenter, osv. Det er karakteristisk for oplysningspligten, at den ikke umiddelbart har relation til det relevante materielle tema, men til et bestemt bevisdatum eller en gruppe af sådanne. Forsåvidt kan den normative vurdering, således som den udtrykkes i oplysningspligten betegnes atomiseret, idet overvejelserne over hvilke oplysningskrav der kan stilles, hvilken betydning der skal tillægges forsømmelse i denne henseende, afvejet efter de forskellige situationer og fakta, tager sigte på bestemte typer af bevisdata. De normative overvejelser med henblik på disse kan i et vist omfang krydse de almindelige synspunkter, som gøres gældende i forbindelse med bevisbyrde-regler, knyttet til almene materielle temaer eller relativt alment definerede bevissituationer i forhold til disse.

At bevisbyrdereguleringen og reguleringen af den processuelle oplysningspligt indgår i et samlet regelsæt betyder, at reglerne om oplysningspligt reelt indebærer en modifikation af bevisbyrdereguleringen. Dette er en følge af, at de almene synspunkter med hensyn til tilvejebringelsen af bevismaterialet, som ligger til grund for bevisbyrdereglerne, ikke tager højde for sådanne specielle situationer, som opstår under processen.

Det er herefter heller ikke rigtigt at adskille den normative vurdering af partens passivitet fra bevisbyrdereglen. Begge regelsæt udtrykker krav med hensyn til parternes forhold i forbindelse med bevismaterialets fremskaffelse, og begge regelsæt knytter sanktioner til disse reglers tilsidesættelse, som vedrører den samme antagelse om faktum. De to vurderingssæt må derfor integreres. På linie med de synspunkter, som anførtes i VIII.7. om integrationen af en afgørelse i henhold til bevisbyrde og bevisbedømmelse, må man her antage, at den normative vurdering af partens processuelle passivitet må forstås i forbindelse med de almindelige bevisbyrdesynspunkter. Dvs. at de principielle typer af argumenter, som er relevante i forbindelse med fastlæggelsen af en bevisbyrde, også er relevante i forbindelse med fastlæggelsen af en oplysningspligt, men at de i sidste tilfælde kan tage hensyn til andre - mere konkrete - forhold end dem, der er tilgængelige for den almene bevisbyrde.

Med disse bemærkninger har jeg udelukkende beskrevet den almene struktur af den bevisretlige regulering. I hvilke tilfælde passiviteten skal tillægges betydning, hvilken betydning den i så fald skal tillægges, og for hvilke fakta den mere præcist skal tillægges betydning, må bero på en undersøgelse af den specifikke normative vurdering. Det er indenfor specielle materielt definerede retsområder, at det er muligt at diskutere, hvilke krav der kan stilles til parten med hensyn til tilvejebringelse af procesmateriale. Denne åbenhed afspejler sig også i de citerede lovbestemmelser. RB 35:4 og Tvistemålslovens § 184 er efter en nutidig opfattelse nærmest selvfølgelige, idet de blot foreskriver, at retten kan prøve, hvilken betydning partens forhold skal tillægges. Denne selvfølgelige karakter af disse bestemmelser kan udgøre grundlaget for at foreslå, at bestemmelserne ophæves¹²⁾. Det er blot angivet, at det pågældende partsforhold er relevant.

12) Sml. Bratholm og Hov om § 185 s. 282 og s. 275 om de særlige regler om skriftligt bevis.

Den her hævdede opfattelse af partspassiviteten følger nøje de i retsplejelovens § 304 anvendte udtryk. Rettens reaktionsmulighed er angivet som en adgang til at "fortolke" partens adfærd på en bestemt måde. Herved udtrykkes at retten kan opfatte den processuelle adfærd som et udtryk for "noget". Og dette "noget" omfatter muligheden for at lægge modpartens "fremstilling" til grund. Af partens processuelle adfærd kan altså under de angivne betingelser sluttes til en bestemt antagelse med hensyn til sagens sammenhæng.

Til illustration skal omtales UfR 1929.1080 H: En sæbefabrikant lod nedlægge føøedforbud overfor en detailhandler mod at han solgte sæbe med udpressede kontrolnumre. Kontrolnumrene skulle modvirke vareforfalskning og tilsikre ensartede priser. Detailhandleren havde ikke tilsluttet sig nogen prisaf tale, men solgte til en lavere pris end den af fabrikanten fastsatte. Detailhandleren nægtede at opgive navnet på sin leverandør. Højesteret fandt salget af sæben retstridigt og føøedforbudet berettiget med følgende begrundelse: "efter alt foreliggende, derunder at appellanten (detailhandleren) har været sig ved under sin partsforklaring at opgive navnet på sin leverandør, er det berettiget ved aføørelsen at gå ud fra, at han har været bekendt med, at emballagen om den af ham forhandlede fra indstævnte (fabrikanten) stammende sæbe oprindelig var forsynet med et nummer, for at man derigennem kunne kontrollere, bl.a. om de prisaf taler, der var afsluttet med indstævnte overholdtes, og har været bekendt med, at disse kontrolnumre senere er fjernet".

Som retlig betingelse for at antage salgets retstridighed er her sat temaet, at detailhandleren var bekendt med at fabrikantens kontrolnumre var fjernet. (Man benytter sig altså ikke af en mulig uagtsonhed som tilstrækkelig for ond tro). Ved bedømmelsen af, om detailhandleren havde denne viden, henviser man til "alt foreliggende, derunder" detailhandlerens undladelse af at besvare et bestemt spørgsmål. Slutningerne vedrørende temaet vedrører andet end spørgsmålet om, hvem der har været leverandør. Det angår nemlig detailhandlerens viden om kontrolnumrene og deres funktion.

En anvendelse af passivitetsreglen i § 304 må i almindelighed forudsætte, at den påøøldende part er anmodet om at afgive partsforklaring, og at de påøøldende spørgsmål er forelagt parten, jfr. UfR 1937 s. 1159 ø.

I forbindelse hermed kan anføres, at en parts (herunder en tiltaltes) passivitet kan have forskellig bevismæssig virkning efter, om der foreligøøer en relativt entydig beskrivelse af de relevante hændelser fra modpartens side, eller de påøøldende relevante fakta overhovedet ikke kan klarlægges uden den påøøldende parts medvirken. I førstnævnte tilfælde

er der mening i at bygge den judicielle antagelse på modpartens beskrivelse af de relevante fakta. I sidstnævnte tilfælde indebærer partens passivitet, at det ikke er muligt at strukturere noget entydigt materielt faktum som grundlag for den judicielle afgørelse. I sådanne tilfælde vil passiviteten i straffesager kunne forhindre gennemførelsen af en efterforskning til tilvejebringelsen af et tilstrækkeligt bestemt anklageskrift.

Passivitetsens "indhold" bliver således "defineret" af de alternativer, som kan tages i betragtning judicielt - det vil primært sige modpartens opfattelse. Kan denne ikke defineres tilstrækkeligt bestemt uden den passives medvirken, bevirker passiviteten, uanset hvor lyssky den må virke, at passiviteten ikke kan få nogen selvstændig ugunstig betydning for den passive.

Retsplejelovens § 304 angår dispositive borgerlige sager. En tilsvarende almen bestemmelse findes ikke for så vidt angår straffesager. Idet jeg begrænser undersøgelsen til bedømmelsen af skyldsspørgsmålet, kan det almindelige spørgsmål stilles, hvorvidt det er berettiget at tage hensyn til den tiltaltes passivitet ved bedømmelsen af, om der er tilstrækkeligt bevis for at antage, at tiltalte er skyldig.

Udgangspunkt er, at den sigtede/tiltalte ikke er forpligtet til at udtale sig, selvom dette ikke er udtrykkeligt fastslået.

Ifølge § 766 stk. 2 må "ingen tvang anvendes mod en sigtet, der vægrer sig ved at svare i det hele eller på enkelte spørgsmål", men denne bestemmelse sigter naturligvis primært mod den under de inkvisitoriske processer anvendte tvangsmidler og tager ikke stilling til det her rejste spørgsmål.

Efter § 765 stk. 2 skal dommeren gøre sigtede bekendt med, at han ikke er forpligtet til at udtale sig. Hertil knytter Udkastet af 1899 motiverne sp. 99 den begrundelse, at det er et "Hovedprincip i Anklageprocessen, at ingen Tvang maa anvendes overfor Sigtede til Fremskaffelse af Tilstaaelse; Sigtede har med andre Ord ingen Pligt til at udtale sig, og hans Tavshed kan - bortset fra visse Politisager (nu rpl. § 934) ikke i og for sig betragtes som Bevis mod ham".

At den tiltalte ikke er pligtig at udtale sig, eller at hans tavshed ikke er bevis mod ham, kan imidlertid forstås derhen, at den omstændighed alene, at den sigtede holder sig tavs overfor den rejste anklage, ikke udgør et tilstrækkeligt bevis mod den tiltalte. Med denne forståelse har udtalelsen begrænset rækkevidde.

Munch-Petersen fastslår med henvisning til de citerede motiver, at "i mangel af ... Hjemmel kan Tiltaltes Passivitet ikke i og for sig betragtes som Bevis imod ham". På den anden side vil Munch-Petersen ikke "nægte Muligheden af, at der ved de Omstændigheder, hvorunder hans Vægning fremkommer, kan findes et positivt Datum imod ham". Hvis eksempelvis sigtede har givet en udførlig forklaring, men bliver forbeholden overfor et enkelt spørgsmål, vil der derved kunne vækkes en "stærk Formodning imod ham", og Munch-Petersen vil da kræve "en ganske klar Hjemmel" for at se bort herfra trods princippet om frihed i bevisbedømmelsen ¹³⁾. I denne forbindelse må der naturligvis ses bort fra Munch-Petersens

13) Munch-Petersen V s.118,119. I Retsreformen s. 113 f gik Munch Petersen videre i retning af at frakende den sigtedes tavshed bevismæssig betydning.

jongleren med spørgsmålet om nødvendigheden af hjemmel - først kræves hjemmel for at tillægge passivitet betydning, siden må en særlig hjemmel til for at passivitet ikke skulle tillægges betydning. Væsentligere er, at Munch-Petersen knytter den særlige hensyntagen til den tiltaltes tavshed til en specielt defineret situation, nemlig den, at "den sigtede ikke helt nægter Forklaring, men maaske, efter villig at have udtalt sig om Sagens øvrige Punkter, pludselig overfor et enkelt Spørgsmaal, som han maa antages at have fuldt Kendskab til, bliver forbeholden". (119).

Hos Hurwitz er anvendelsen af tiltaltes passivitet udstrakt noget, men problemet drøftes ikke nøjere:

"Hvor hovedreglen om anklagerens bevisbyrde (for tiltaltes skyld) gælder, vil princippet om den frie bevisbedømmelse ofte motivere en lige så kraftig interesse hos sigtede i aktiv medvirken til sagens oplysning, f.eks. gennem alibi-bevis, som hvis der påhvilede ham en bevisbyrde. I kraft af det nævnte princip vil sigtedes nægtelse af at udtale sig således kunne virke som et bevisdatum imod ham" 14).

I en sådan karakteristisk udtalelse sidestilles den anklageren påhvilende bevisbyrde med tiltaltes oplysningspligt under visse, angivne omstændigheder. Der fremtræder ikke nogen væsentlig forskel mellem de oplysningsopgaver, som bevisbyrdereglen pålægger anklagemyndigheden, og de oplysningsopgaver, som under visse bestemte betingelser (en specificeret beskrivelse af anklagerens opfattelse af tiltaltes forhold, som understøttes af visse bevisdata, men som ikke belyses af nogen forklaring fra tiltaltes side) påhviler den tiltalte. Udtalelsen bekræfter derfor, at mens det på den ene side nok er muligt at fastholde en forestilling om en "bevisbyrde" som den grundlæggende regel for oplysningsvirksomhedens fordeling mellem parterne, er denne regel dog i den enkelte proces ikke umiddelbart anvendelig som bestemmelsesgrundlag for, hvilke opgaver hver af parterne skal løse, men må i denne henseende suppleres af mere specifikke regler, altså regler om oplysningspligter påhvillende hver af parterne under visse nærmere betingelser.

Retsplejelovens bestemmelser udtrykker en tendens i retning

14) Hurwitz 1959 s. 327, jfr. Koktvedgaard 1968 s. 97.

af, at tiltaltes passivitet ikke kan benyttes som bevisdatum mod tiltalte. Men det er samtidig klart, at i den givne sammenhæng tog bestemmelsen sigte på langt mere principielle spørgsmål omkring straffeprocessen end det her drøftede spørgsmål. Om tiltalte vil udtale sig, er en frivillig sag - dette ses som udtryk for at "ingen tvang må anvendes", dvs. en afvisning af de umiddelbare tvangsmidler overfor den modvillige tiltalte, som var karakteristiske for den inkvisitoriske proces. Den hertil knyttede bemærkning om tavshedens bevismæssige betydning drejer sig - som henvisningen til den særlige regel om udeblivelse i bødesager viser - om den anvendelse af passiviteten som bevisdatum, som tager passiviteten som tilstrækkeligt bevis. Retsplejelovens forudsætning, at tiltaltes forklaring er frivillig, angår altså umiddelbart kun dette, at der dels ikke kan anvendes særlige tvangsmidler overfor den tavse (passive), dels at passiviteten ikke i og for sig udgør et fuldt tilstrækkeligt bevis for tiltaltes skyld, sidestillet med tilståelsen.

Lad os herefter vende tilbage til den svenske regel om partspassivitet, RB 35:4. Denne bestemmelse ælder - i modsætning til den danske retsplejelov § 304 - såvel civile som kriminelle sager. Efter bestemmelsens ordlyd angår den, hvilken bevismæssig betydning partens passivitet skal tillægges. Bestemmelsens ordlyd tager altså ikke sigte på en korrektion af den almindelige bevisbyrderegel, en præsumtion som hævdet af Bolding og Ekelöf: "Bevisverkan av partens underlåtenhet att ställa sig föreläggandet till efterrättelse är beroende på omständigheterna i det föreläggande fallet" ¹⁵⁾. I motiverne overvejes, hvorvidt reglen skal finde anvendelse i straffesager. Det hedder om disse drøftelser, som førte til et andet forslag end den tidligere proceskommission, følgende (449):

"I dessa mål åligger bevisskyldigheten i allmänhet helt åklagaren ..., och den tilltalades underlåtenhet att medverka till utredningen bör icke läggas honom till last. Processkommissionen hade icke heller i sitt förslag upptagit någon bestämmelse av detta innehåll för straffprocessens del. Emellertid kan man icke bortse från att den tilltalades förhållande i rättegången, särskilt hans underlåtenhet att besvara framställda

15) Processlärberedningen, NJA II 1943 s. 448, förhållande tilføjet.

frågor, måste tillmätas betydelse i bevishänseende. Detta följer redan av den i 1 § uttalade principen om fri bevisprövning. Med hänsyn härtill har något undantag icke ansetts erforderligt för brottmålen. I dessa mål måste emellertid bestämmelsen erhålla en i viss mån annan tillämpning och rätten endast med stor varsamhet tolka den tilltalades tredska som bevis mot honom. Sålunda kan i mål om grövre brott hans utevaro icke i och för sig tillläggas någon egentlig bevisverkan 16).

Bolding kommenterar motiverens bemärkningar om, at man kun med stor forsigtighed må fortolke tiltaltes "tredska som bevis" som fejlaetia, idet det ifølge Bolding er ved bedømmelsen af beviskravet - ikke ved bevisvurderingen - at særlig forsigtighed er nødvendig 17). Af en sådan kommentar kan vel kun sluttes, at Bolding ikke er indstillet på at fortolke lovbestemmelsen i overensstemmelse med dens i motiverne støttede indhold. Bolding gør en bevisretlig teori gældende, som ikke harmonerer med lovens tekst, endnu mindre med lovens motiver, men teorien kan naturligvis være god nok som rekommendation og burde ikke understøttes med ubegrundet "korrigeringen" af den gældende regel.

Den citerede begrundelse for anvendelse af tavsheden som eventuelt bevisdatum forekommer mig at falde harmonisk i overensstemmelse med de synspunkter som jeg tidligere har præsenteret. Dette kan vises ved en mere udførlig gennemgang af de overvejelser, som må antages at ligge i det citerede stykke:

Man starter med at anføre, at der kan være tvivl om, hvorvidt reglen bør gælde i straffesager. Hvorfor er man i tvivl herom? Jo, i straffesager påligger bevisbyrden anklagemyndigheden. Dvs. at spørgsmålet om den bevismæssige betydning af tiltaltes passivitet umiddelbart konfronteres med den omstændighed, at anklageren bærer bevisbyrden. Denne konfrontation beror naturligvis på, at i samme omfang der tillægges den tiltaltes passivitet bevismæssig betydning, modificeres det udgangspunkt, som følger af den almindelige regel om anklagemyndighedens bevisbyrde. At anklagemyndigheden bærer bevisbyrden, er nemlig ækvivalent med, at tiltalte ikke har nogen primær opgave med hensyn til tilvejebringelse af bevismateriale, og at undladelse af at medvirke hertil altså ikke kan lægges ham til last. Overvejelsen af, om der kan tillægges den tiltaltes passivitet bevisbetydning, har umiddel-

16) NJA II 1943, s.449, fremhævelse tilføjet.

17) Bolding 1951 s. 124

bar relation til de synspunkter, som er bestemmende for, at en tiltalt i en straffesag ikke bærer bevisbyrden. Den bevismæssige betydning, som kan tænkes tillagt tiltaltes passivitet, må respektere det grundsynspunkt, at det er anklagemyndigheden, som må tilvejebringe det materiale, som danner grundlag for det statslige indgrib overfor den enkelte person. Når det siges udtrykkeligt, at tiltaltes undladelse af at medvirke ikke "bør lægges ham til last", beror dette ikke på, at den tiltalte konkret ikke har gjort sig skyldig i nogen forsømmelse, men på det generelle synspunkt, at der ikke bør opstilles nogen norm for at tiltalte skal være aktiv ved bevismaterialets fremskaffelse.

De følgende bemærkninger udspringer af, at den tiltaltes passivitet i specielle tilfælde har bevisbetydning. Denne bevismæssige betydning kræver ikke en særlig stipulering, men antages at følge af det almindelige princip om fri bevisbedømmelse. Da dette princip hjemler hensyntagen til partens forhold, skulle en ubetinget judiciel indifferens overfor en tiltaltes passivitet kræve en særlig hjemmel. Men en sådan undtagelse går man altså ikke ind for. Af den fri bevisbedømmelse kan imidlertid kun sluttes dette, at partens forhold ikke generelt kan være ligegyldigt. Hvilken betydning der nærmere skal tillægges tiltaltes forhold, kan ikke afgøres generelt. Motiverne skelner herved mellem straffesager om alvorligere forbrydelse, hvor tiltaltes udelivelse ikke i og for sig skal tillægges bevisvirkning, og andre sager hvor det i et vist omend forsløstigt omfang kan ske. Hensynet til tiltalens alvor harmonerer ikke med elementære sandsynlighedssynspunkter. Her måtte man vel forvente, at jo alvorligere tiltalen er, desto mere ansporet ville tiltalte være til at forsvare sig, hvis han kunne forsvare sig, mens det i mindre alvorlige sager kunne forekomme den tiltalte mindre væsentligt, hvilket udfald sagen fik, således Bolding s. 123 f.

Denne omstændighed viser, at det ikke er empiriske sandsynlighedssynspunkter, som afspejles i en regulering som den foreliggende. Det aførende er, at ved bedømmelsen af, hvilken bevismæssig betydning der skal tilskrives det forhold, at en tiltalt forholder sig passiv, er det ikke muligt

at se bort fra, hvilke faktiske antagelser den pågældende passivitet kommer til at understøtte, for så vidt den tillægges bevismæssig betydning. Lad os tænke os en tiltale, der omfattes af proceslagberedningens "mål om grov brodd", og forudsætte, at tiltalte er tavs om et forhold, som han kunne give relevant oplysning om. Forsømmelsen er nok relevant for så vidt som det må antages, at den tiltalte faktisk kunne bidrage med relevante oplysninger om skyldspørgsmålet, men forholdet mellem undladelsen under processen og den antagelse som denne undladelse tages til indtægt for er inadækvat. At forsømmelsen er inadækvat betyder, at den tiltaltes passivitet ikke kan erstatte andet bevismateriale tilvejebragt af anklagemyndigheden. Grænsen for sådan inadækvans er derfor et element i beskrivelsen af de krav, som rettes mod anklagemyndigheden. I grovere straffesager kan tiltaltes passivitet ikke indgå som bevisdatum til opfyldelse af anklagemyndighedens bevisbyrde. I mindre alvorlige straffesager, såvel som i civile sager, kan partens oplysningspligt modificere de opgaver, som i almindelighed er en følge af at bære bevisbyrden.

Denne forklaring rækker naturligvis ikke længere end til grænsen for det bevismæssige. Spørgsmålet må være, hvorfor man anser en processuel forsømmelse som inadækvat i forhold til alvorligere forbrydelser. Dette spørgsmål kan ikke besvares uden en nøjere analyse af de grunde, som ligger bag den almindelige regel om anklagemyndighedens bevisbyrde. Med denne analyse går der en kvantitativ stigning fra de egentlige politisager, til andre mindre straffesager (og passivitet indenfor politisager, hvor tiltalte ikke generelt forholder sig passiv) til de alvorlige straffesager. Det er utvivlsomt, at tiltaltes passivitet tillægges forskellig betydning i disse grupper af sager. Det kan ikke heraf sluttes, at det generelle beviskrav er stigende, jo alvorligere den pågældende tiltale er. Jfr. herved de ovenfor citerede bemærkninger vedrørende tiltaltes passivitet, som åbenbart ikke vedrører spørgsmålet, om denne passivitet tilfredsstiller et stadigt stigende krav til bevismæssig sikkerhed.

Det normative synspunkt er ikke Bolding fremmed. Som begrund-

delse for den principielle forskel, som passiviteten har i civile sager og kriminelle sager, anfører Bolding, at man i straffesager "ikke rimeligtvis (kan) ha en sådan ordning att den tiltalade får med en felaktig fällande dom sona något så jämförelsevis obetydligt som passivitet i rättegången"¹⁸⁾. Dette udtrykker den ovenfor anførte inadækvans. Men dette begreb får naturligvis kun systematisk mening, når det indføres i den totale teori for en normativ vurdering, som jeg har præsenteret, mens en anførelse af dette synspunkt som en begrundelse for en særlig præsumptionsregel, som går ret imod lovregel og motiver, naturligvis ikke er en teoretisk tilfredsstillende forståelse af den gældende regel.

Hertil kommer, at Bolding naturligvis må komme i vanskeligheder, når han skal præcisere, under hvilke betingelser inadækvansen foreligger: Præsumptionsreglen retter et beviskrav mod den passive på en sådan måde, at "den bevisning som talar för hans påstand måste vara i motsvarande mål starkare för att kompensera den nedvärdering som knyttes till hans vägren" s. 123 ved note 95. Soningen af det strafbare forhold erstattes af en soning af passiviteten. Dette formidles ifølge Bolding af en sænkning af beviskravet til anklagemyndigheden. Men med hvor mange sandsynlighedsorader skal en sådan bevisbyrde regel reduceres for at der er ækvivalens mellem den tiltaltes processuelle brøde og det skridt han er kommet nærmere at blive anset for skyldig? Dette spørgsmål kan naturligvis ikke besvares. Men kan ikke afvise spørgsmålet med henvisning til, at jeg kræver større præcision end teorien af praktiske grunde kan leve op til. Man søger at introducere normative synspunkter (soning), som utvivlsomt spiller en rolle, men introducerer dem ikke på den integrerede måde i bevisretten, som faktisk er gældende. De indskrænkes til begrundelse for beviskrav.

Forholdet mellem den rene sandsynlighedsvurdering og en normativ vurdering orienteret mod det manifesterede bevis indenfor strafferetten kan belyses ved en fremstilling af den bevismæssige problemstilling indenfor et emne, der er karakteriseret ved at høre under tiltaltes domæne, og af en forfatter, der har taget sit udgangspunkt i den sandsynlighedsmæssige opfattelse. Knud Waabens behandling af tiltaltes passivitet ved bevis for forsæt kan illustrere problemet:

Knud Waaben behandler indgående, "hvorledes får man overhovedet bevis for de subjektive forhold, som kendetegner forsættet?", 1957 s. 56. Målet for bedømmelsen af den enkelte sags beviser, dvs. bevisbedømmelsens mål "... er en slutning om bevisets styrke, dvs. om den grad af sandsynlighed med hvilken de foreliggende oplysninger taler for et subjektivt

¹⁸⁾ Bolding s. 124.

forhold som kan kaldes forsæt", s. 64. Med hensyn til bevisbyrden fremhæves: "Når man ser bort fra anklagemyndighedens pligt til at medvirke ved fremskaffelsen af oplysninger er bevisbyrden formentlig identisk med den krævede grad af sandsynlighed", s. 64 note 14.

Hermed har Waaben i hovedsagen sluttet sig til den juridiske sandsynlighedsteori: I den enkelte sag gælder det om at konstatere, hvilken grad af sandsynlighed der er for det relevante faktum, og den almene regel, bevisbyrdereglen, angiver, hvilken grad af sandsynlighed der kræves, for at det pågældende faktum kan lægges til grund ¹⁹⁾.

Nu ses det at Waaben i gengivelsen af bevisbyrdebegrebet skelner mellem to elementer, nemlig dels "anklagemyndighedens pligt til at medvirke ved fremskaffelsen af oplysninger", dels "den krævede grad af sandsynlighed". Det centrale bevisteoretiske problem er netop, hvordan disse to elementer af bevisbyrden forholder sig til hinanden.

Waaben omtaler domme, der "lægger vægt på at tiltalte ikke har oplyst eller godtgjort et vist faktum". (Det drejer sig om tilfælde, som man udfra det svenske synspunkt vil opfatte som en sammenblanding af den ægte og falske bevisbyrde, sml. Ekelöf IV s. 105 f). I de tilfælde, hvor henvisningen til tiltaltes undladelse har haft betydning for domsresultatet, har retten set "således på det iøvrigt oplyste, at det har efterladt et bevismæssigt "tomrum" og i og for sig lader sig omstøde, f.eks. hvis der fremkommer en modstående hypotese af nogen rimelighed... Forholdet er da det, at enten (a) har tiltaltes manglende oplysninger skabt fuldt bevis, hvor sådant bevis ikke fandtes i forvejen ..., eller også (b) har tiltaltes tavshed i hvert fald bevirket, at man føler sig overbevist om forsvarligheden at acceptere den foreliggende tvivlsmargin", 1957 s. 65, 66-67.

Jeg forstår denne opdeling således, at i den første situation (a) etablerer tiltaltes manglende oplysninger et fuldt

19) Jfr. Waaben 1965 s. 246-47

bevis, i den anden situation (b) indebærer tiltaltes tavshed vel ikke fuldt bevis, men gør det forsvarligt at acceptere den foreliggende tvivlsmargin. Men disse to tilfælde adskilles næppe skarpt, og en skarp sondring har måske heller ikke stor betydning. Waaben repræsenterer således en kombination af de to tidligere omtalte synspunkter: Passiviteten er et bevisdatum, som medvirker ved tilvejebringelse af det nødvendige bevis (M-P), og er et motiv for en reduktion af beviskravet til anklagemyndigheden (svensk teori).

Udgangspunktet for forståelsen af tiltaltes "oplysningspligt" i forhold til anklagemyndighedens almindelige bevisbyrde må snarere være den erkendelse, at bevisbyrde- og oplysningsreglerne indeholder en (temmelig ensidig) fordeling af opgaverne med hensyn til tilvejebringelse af materiale som grundlag for en antagelse om det relevante faktum (her: forsæt). Denne fordelingsopgave er først og fremmest udformet med henblik på de typer af beviser (manifeste beviser), som praktisk kan forekomme ²⁰⁾. Det er klart at disse bevisførelsesregler ikke er uden forbindelse med en bedømmelse af, hvilken sikkerhed sådanne beviser giver. Det er en nødvendig forudsætning for overhovedet at interessere sig for en bevisførelses fordeling med hensyn til et vist materiale, at det pågældende materiale - hvis det foreligger - giver en tilstrækkelig sikkerhed for det relevante faktum.

I grundsætningen om anklagemyndighedens bevisbyrde ligger derfor først og fremmest, at en fra domstolen forskellig offentlig myndighed har til opgave at tilvejebringe det materiale, som er nødvendigt for at kunne antage, at den tiltalte har begået et strafbart forhold. Målestokken for denne opgave fås ikke så meget ved en overvejelse af, hvilken sikkerhed dette materiale giver, når det foreligger i dets bedste form, men snarere i en undersøgelse af, hvilket materiale der faktisk er tilgængeligt, hvilken indsats det offentlige er indstillet på at gøre i henseende til at tilvejebringe dette materiale, osv. Beviskravene afpasses efter, hvad der kan praktiseres. Det er en forudsætning for at straffereg-

20) Trolle 1951 s. 90 f, s. 94 taler om "fordeling af bevisbyrden", ikke om tiltaltes oplysningspligt.

len får praktisk betydning, at det er praktisk muligt at gennemføre en straffesag til domfældelse. Af dette synspunkt kan så afledes et vist sandsynligheds- eller sikkerhedskrav.

Undladelse af at tilvejebringe beviser, som det er pålagt parten at tilvejebringe efter opgavefordelingen, indebærer et grundlag for at slutte mod den pågældende part for det pågældende faktums vedkommende. Men dette grundlag er ikke en "naturlig bevisværdi" eller en sandsynlighed i empirisk forstand. Når man kan slutte noget fra en passivitet, er det fordi parten er pålagt en oplysningspligt - ikke omvendt.

Hvordan det iøvrigt forholder sig med hensyn til beviset for forsæt, kan ikke tages op her. Disse problemer er alt for nuancerede til, at de lader sig sammenfatte i et bestemt sandsynlighedskrav, gældende for det pågældende materielle faktum.

De bevisretlige konsekvenser af, at en part undlader at udtale sig, og af at en tiltalt undlader at udtale sig, er baseret på samme principielle udgangspunkt, nemlig en normativ overvejelse af, i hvilket omfang den pågældende part skal anses som forpligtet til at bidrage til det bevismateriale, som skulle nærme dommeren til en afklaring om det faktiske spørgsmål. For den specifikke udformning af disse krav er der den forskel, at kravene til den tiltalte som udgangspunkt må være mere beskedne, end de er for så vidt angår den civile procespart. Men forskellen er dog næppe større end at det må erkendes som en tilsløring af den retlige regulering, når man, som det sker, skarpt skelner mellem den tiltaltes frihed til at (nægte) at udtale sig overfor den civile parts "forpligtelse" til at udtale sig.

Partspassivitet og andres passivitet. Reguleringen af parternes processuelle passivitet kan sammenholdes med de regler, som gælder for andre personers bidrag til det processuelle bevismateriale. For andre end parter gælder de almindelige vidneregler, som er fælles for den civile og kriminelle proces, jfr. retsplejelovens kap. 18. Afgrænsningen af vidners forklaringspligt er overført til også at gælde for

trediemands editionspligt med hensyn til skriftligt bevis i borgerlige sager, jfr. retsplejeloven § 299. De herved definerede forpligtelser sanktioneres med pønale sanktioner, således som de er opregnet i § 178. (Der findes naturligvis andre regler end de her nævnte om ikke-parters forpligtelse til at bidrage til bevismaterialet, men en fuldstændig opregning af disse regler er ikke nødvendig for mit formål).

For parters vedkommende er der kun undtagelsesvis opsat pønale sanktioner for passivitet, jfr. § 450 stk. 2, 2. pkt., om retligt pålæg om forklaring med henblik på aførelser om forældremyndigheden i ægteskabssager, § 456 i, om forklaring om samleje i avlingstiden, jfr. § 456. 1. Forsåvidt angår rettens adgang til efter § 450, stk. 1, i ægteskabssager at opfordre en part til at afgive forklaring, gælder de almindelige regler i modsætning til efter stk. 2, jfr. tillige § 452, stk. 1, om passivitet uden særlig opfordring fra rettens side.

Når der tales om at en part i en civilproces har forklaringspligt er denne pligt således udelukkende sanktioneret ved den mulighed for bevismæssige slutninger, som er angivet i § 304.

I forbindelse med afgrænsningen af de tilfælde, hvor parten er forpligtet til at udtale sig, er opstået en yderligere udtrykkelig regulering af den normative vurdering af partens passivitet. Jeg sigter herved til den modifikation i den civilprocessuelle forklaringspligt, som følger af reglen om vidnefritagelse.

I Udkast til borgerlig retspleje 1899 § 193, jfr. § 147 introduceredes en begrænsning i partens forklaringspligt, således at parten ikke var forpligtet til at afgive forklaring i de tilfælde, som var omfattet af vidnefritagelsesreglerne. Denne modifikation i partens forklaringspligt var ikke så meget begrundet i bevisretlige synspunkter som i et hensyn til den strafferetlige regulering af falsk partsforklaring. Udkastet 1899 afveg nemlig fra det tidligere Udkast 1877 ved at indeholde en udtrykkelig henvisning til straffereglerne i straffeloven 1866 §§ 146-148 om falsk partsforklaring, og det var denne kriminalisering af den falske partsforklaring, som modificeredes ved, at partens forklaringspligt undergives samme begrænsning, som gælder med

hensyn til vidner ..." (Udkast 1899, Bemærkninger s. 78.).

Såfremt en part afgav forklaring i et tilfælde, hvor forklaringen ikke var pligtig, var den kriminalretlige bedømmelse lempeligere, jfr. straffeloven 1866, § 147, jfr. straffeloven 1930, § 159, stk. 2.

Men i den endelige udformning af retsplejeloven 1916 § 302, sidste stykke, findes ikke henvisning til vidnefritagelsesreglen i § 170, og i henvisningen til den strafferetlige regulering er ikke henvist til § 147, jfr. retsplejeloven 1916 § 305, stk. 2. Selv hvor et vidne ville være fritaget for at forklare og undergivet en lempeligere strafferegulering for falsk forklaring, ansås parten for "pligtig" at forklare under almindeligt strafansvar ²¹⁾.

Denne retstilstand ændres ved lov 149 af 21/4. 1965, hvorved partens forklaringspligt - og dermed den bevismæssige regulering i § 304 - udelukkede i forbindelse med fritagelsestilfælde. Den bevisretlige virkning af denne lovændring blev beskrevet således i Vidnebetænkningen s. 87:

"... muligheden for skadevirkning efter § 305 (udkastets § 304) afskæres ved vægring i disse situationer, således at skadevirkningen af den manglende forklaring begrænses til, hvad der til kunne følge af en anvendelse af almindelige bevisbyrderegler. Efter udvalgets mening bør en part kunne vægre sig ved at udtale sig i samme tilfælde som et vidne, når besvarelsen ville medføre en af § 170 omfattet skade, der rækker videre end til et ugunstigt udfald af sagen". Om den foreslåede ændrings praktiske betydning udtales, at den "næppe antages at betyde noget større brud med den hidtidige retstilstand som følge af rettens frie stilling efter gældende § 305".

På baggrund af den foregående analyse er det uheldigt, når betænkningen refererer til de almindelige "bevisbyrderegler", eftersom bedømmelsen af partens passivitet primært må vurderes ud fra de mere specielle oplysningsregler. Den konsekvens, som en partspassivitet kan tillægges i medfør af § 304, er netop en konsekvens, som kan gå på tværs af det almindelige udgangspunkt, som bevisbyrdereglen sætter. Men den terminologiske uklarhed kan tages som et støtte til den af mig hævdede sammenfatning af de almindelige bevisbyrdereg-

21) Sml. Hurwitz: Kriminalret. Speciel del, 1955, s. 95-96, og Vidnebetænkning s. 87 note 7.

ler og de specifikke oplysningspligter ²²⁾.

I forbindelse med bedømmelsen af partens passivitet og dens bevismæssige betydning kan også andre personers passivitet tages op. Det er ganske vist korrekt, at sanktionen i almindelighed er pønalt, jfr. § 178. Men dette gælder ikke, såfremt den pågældende person er omfattet af fritagelsesreglerne. Og dette vil være tilfældet i en række situationer, som er relevante for forståelsen af den principielle civilretlige betydning af processuel passivitet: I kap.VIII.3. omtales en række tilfælde, hvor adfærd udvist af andre end parten blev tilskrevet parten som led i en normativ vurdering af hans forhold. Når det gælder den processuelle adfærd er reglen, at disse personers bidrag til bevismaterialet er omfattet af de egentlige forklaringspligter. Men i særlige tilfælde kan vidnefritagelsesreglerne være anvendelige: En funktionær vil ofte være i en sådan situation, at han/hun ikke kan afgive forklaring uden at risikere at lide væsentlig skade, jfr. § 171, stk. 2. Det må herved bemærkes, at mens det for partens eget vedkommende ikke er en relevant fritagelsesgrund, at parten kan lide den skade, at tabe sagen som følge af, at et ugunstigt faktum lægges til grund (tværtom er det jo netop denne virkning, af partens forhold, som passivitetsreglerne i § 304 søger at reetablere som følge af partens tavshed), gælder det for vidner, at den skadevirkning, som kan være en fritagelsesgrund, kan formidles af det forhold, at parten taber sagen: Såfremt funktionæren afgiver en forklaring og denne forklaring er et nødvendigt bevisdatum for en ugunstig antagelse for partens arbejdsgiver, og denne ugunstige antagelse indebærer, at parten taber sagen, er forklaringen umiddelbart til skade for parten, og middelbart eventuelt til skade for vidnet. Denne formidling via den ugunstige judicielle antagelse afskærer ikke vidnefritagelsesreglerne fra at blive anvendt.

Dette forhold giver anledning til et hidtil, såvidt jeg kan se, i dansk teori upåagtet problem, nemlig i hvilket omfang det er berettiget at drage bevismæssige slutninger af påberåbelsen af en fritagelsesregel. I visse tilfælde er

22) Sml. Retsrådet i Ufr 1920 B s. 235 og Ufr 1927.209.

sådanne slutninger udelukket som følge af sagens sammenhæng, jfr. eksempelvis UfR 1965 s. 223 H K, hvor nogle ledende funktionærer begærede sig fritaget for vidneforklaring i en sag mellem selskabets to direktører, og hvor det (efter dommen) var udelukket at forudsige, hvilken af parterne der vil blive favoriseret ved den pågældende forklaring. Som regel vil de slutninger, som kan tænkes draget, være af en større præcision, eksempelvis hvor et vidne begærer sig fritaget for at afgive forklaring om utroskab. At man i sådanne tilfælde næppe kan bygge utroskabsbeviset alene på fritagelsesbegæringen, viser ikke, at der ikke kan tages hensyn til denne begæring, men kun at den i så fald har en relativt beskeden betydning. - Jeg er ikke bekendt med nogen praksis, som viser domstolenes stillingtagen til spørgsmålet. Det kan ikke hævdes som et generelt princip, at der ikke kan drages slutninger af en begæring om vidnefritagelse, men på den anden side er der heller ikke grundlag for at fastslå, at en fritagelsesbegæring i almindelighed har bevismæssig betydning. Hvor det pågældende spørgsmål er relativt veldefineret i vidneindkaldelsen, og det ene ud af to mulige svar vil være uskadeligt for vidnet, mens det andet af de to mulige svar vil have de virkninger, som gør vidnefritagelsesreglen aktuel, må en begæring om fritagelse naturligvis gøre indtryk judicielt. Men begæringen om fritagelse (og dens imødekommelse) kan ikke tillægges samme betydning, som var den pågældende forklaring afgivet.

(4) Konneksitetsreguleringen

Jeg skal herefter sammenfatte min opfattelse af forholdet mellem den almene bevisbyrderegulering, oplysningspligtsregler, og bedømmelsen af partspassivitet/aktivitet. Den her foretagne sammenføring af de forskellige regelsæt kan umiddelbart forekomme kaotisk. Den ene regelgruppe glider over i den anden gruppe af regler, og en samlet systematisk strukturering forekommer umulig. Er det nødvendigt, at den bevisretlige regulering opfattes så kompliceret? Var det ikke enklere at adskille bevisbyrderegler fra de processuelle oplysningspligter? At indføje passivitetsreglerne i den ene eller den anden sammenhæng? Selvom det kan være fristende at forsøge en bekræftende besvarelse på sådanne spørgsmål, mener jeg at det må fastholdes, at en

korrekt forståelse af den bevisretlige regulering ikke nås ved, at man for at opnå en terminologisk simplificering skyder forskellige bevisretlige regulerings-sæt sammen i fælles begreber for på dette grundlag at opbygge en mere eller mindre rimelig rekommendation eller "beskrivelse".

Det fælles udgangspunkt for de bevisretlige reguleringer, som hidtil er omtalt, er deres relation til den judicielle antagelse vedrørende faktum. Den antagelse eller judicielle opfattelse af virkeligheden, som er genstanden for den bevisretlige regulering, er nødvendiggjort af den materielle regel, som lægger op til en judicial dikotomisering af antagelsens indhold i overensstemmelse med det materielle tema. Som irrelevante for den bevisretlige analyse må anses sådanne "antagelser" eller forudsætninger, som ikke beror på en bestemt opfattelse af virkeligheden, men som er en følge af, at der ikke er tilvejebragt processuelle forudsætninger for den judicielle bedømmelse af det pågældende forhold, eller at de materielle forudsætninger for relevansen af et bestemt materielt tema ikke er tilstede.

Som et eksempel på en processuelt begrundet forudsætning kan nævnes, at under civilprocessen et bestemt anbringende ikke er gjort gældende af den, som det påhvilede at gøre det gældende i henhold til reglerne om påberåbelsesbyrden. I så fald tages det pågældende forhold ikke under bedømmelse, men det kan naturligvis hævdes, at den judicielle afbørelse er bestemt af en vis forudsætning med hensyn til det pågældende forhold 23). Hvis sælgeren ikke gør gældende, at køberen ikke har reklameret, tages mangelsspørgsmålet under bedømmelse under den ikke udtalte (og ej heller judicialt bedømte) forudsætning, at køberen reklamerede rettidigt, eller at sælgeren har givet afkald på reklamation. Når man i denne forbindelse taler om en vis forudsætning med hensyn til reklamationen, beror det udelukkende på, at reklamation er sat som en (mulig) materiel betingelse for, at en mangel kan gøres gældende. Under en civil proces, hvor reklamationsspørgsmålet ikke er bragt frem, sker der heller ikke en judicial bedømmelse af bevisdata for og mod antagelsen af reklamationen. Spørgsmålet er processuelt irrelevant, og det indgår ikke i mit begreb om en judicial antagelse. - Et eksempel på, at et vist materielt faktum ikke kommer under bedømmelse på grund af manglende materielle forudsætninger herfor, kan være den situation, at en sælger - modsat i det foregående eksempel - gør gældende, at køberen ikke reklamerede, og at det judicialt antages, at reklamation ikke har foreligget. Anses reklamationen under de foreliggende omstændigheder som en betingelse for, at en mangelsindsigelse kan fremføres, er det en konsekvens af den judicielle antagelse af ikke-reklamation, at mangelsspørgsmålet ikke er relevant og derfor heller ikke er genstand for en judicial antagelse. Dette modificeres naturligvis af de undtagelsestilfælde, hvor en dom udtrykker en opfattelse vedrørende

23) Jfr. *Ekelöf V* 1975 s. 20-21.

faktiske forhold, der som følge af dommens antagelser om andre materielle fakta ikke er relevant. En sådan opfattelse er ikke relevant udfra noget dikotomiseringshensyn, altså udfra et hensyn til anvendelsen af den materielle regel i den konkrete situation, og en judiciel præmis om sådanne forhold tjener derfor andre formål, som ikke indgår i en bevisretligt orienteret undersøgelse.

De omtalte regelsæt regulerer forskellige sider af betingelserne for den judicielle antagelse: Bevisbyrderegler sammenknyttes i almindelighed med bestemte materielt definerede temaer, f.eks. bevisbyrde for culpa, bevisbyrde for utilregnelighed i straffesager osv. Undtagelsesvis finder man endnu eksempler på bevisbyrderegler knyttet til processuelt definerede situationer, "udgangspunktet er at sager bærer bevisbyrden", eller lignende. Af stor praktisk betydning er modifikationer af den materielle tilknytning, som består i, at bestemte partielle materielle fakta opstilles, f.eks. ved vindikation mellem forskellige overgangsmåder ²⁴⁾. Der kan endvidere ske en specifikation ved angivelse af alment definerede bevissituationer ²⁵⁾. Men karakteristisk er stadig, at bevisbyrdereglen defineres i forhold til sådanne situationer, som lader sig beskrive relativt alment og uafhængigt af den konkrete proces' forløb.

Regler om oplysningspligt er aktuelle, såvel førprocessuelt som processuelt. Undertiden fremhæves en oplysningspligt påhvilende en part overfor en bevisbyrde, påhvilende anden part ²⁶⁾. Det karakteristiske for oplysningsplikten er i begge tilfælde, at den definerer nogle relativt specielle oplysningsopgaver for den pågældende part, men at disse oplysningsopgaver er relevante i et væsentligt antal af sager vedrørende det pågældende materielle tema.

Endelig har man de rent processuelle aktivitetspligter, som enten kan bero på et judicielt pålæg, ("opfordring") eller på en efterfølgende judiciel bedømmelse af partens adfærd under processen. Når det betegnes "processuelle", beror det på det negative, at de ikke er knyttet til bestemte materielle fakta, og at de ikke forudsætter før-processuel virksomhed.

24) von Eyben: Formuerettigheder 1972 s. 108 f, Tybjerg s. 112 f.

25) De "falske" bevisbyrderegler.

26) Jfr. eksempelvis Munch-Petersen II s. 292-93 om depositum.

Selvom disse tre sæt af regler kan adskilles, forsåvidt som de indskrives sig i forskellige planer vedrørende forholdet mellem parten, processen og det materielle tema, så kan de dog ikke forstås uden i indbyrdes sammenhæng, eftersom de gensidigt modificerer hinanden som en samlet regulering af dommerens valg mellem at antage og forkaste et bestemt faktum. Uanset hvorledes en bevisbyrderregel teoretisk forstås, må den koordineres med forståelsen af de specielle oplysningspligter. Det er her ikke tilstrækkeligt at påpege, at bevisbyrdereglens praktiske betydning kan modificeres af en oplysningspligt eller lignende. Koordinationen af de tre grupper af regler beror ikke på, at den ene regels praktiske betydning er betinget af eller modificerer den anden, men at de systematisk indholdsmæssigt indgår som integrerede betingelser for en og samme beslutning, nemlig antagelsen/forkastelsen af faktum. En forståelse af en vis bevisbyrderregel er derfor ikke blot mindre praktisk relevant, men indholdsmæssigt utilstrækkelig, såfremt den ikke tager de oplysningspligter, som gælder ved siden af bevisbyrdereglen i betragtning.

Et forsøg på en sådan samlet forståelse er udtrykt i min teori om den normative adfærdsvurdering. Selvom denne teori er præget af indholdsmæssig ubestemthed, må det erkendes, at de emner, som dette udgangspunkt tilsigter at forstå og forklare, er så omfattende, at et mere præcist udgangspunkt formentlig ikke lader sig etablere.

Med dette samlende udgangspunkt vender jeg tilbage til modsætningen mellem bevisbyrde som sikkerhedskrav og som manifestationskrav.

Den fri bevisbedømmelse ophævede de legale bindinger af bevisvurderingen. I praksis betød det, at bindingen til bestemte manifesterede bevisdata ophævedes. Når bevisbyrderegler opfattes som manifestationsbyrder, betød princippet om fri bevisbedømmelse derfor eo ipso en forandring i den bevisbyrderetlige regulering.

Hvis man fastholder en modsætning mellem bevisførelse i betydningen bevisdata-manifestation og sandsynlighed i betydningen sikkerhedskrav, kan det stadig hævdes, at bevisbyrdereglen som et sikkerhedskrav ikke påvirkedes af den fri bevisbedømmelse. Efter min opfattelse overser denne tolkning af udviklingen det centrale forhold, at bevismanifestation og sikkerhedskrav glider sammen som indbyrdes ækvivalente.

En bevismanifestation (bevisførelse) har ikke nogen mening, uden at de pågældende bevisdata rummer et sikkerhedsmoment: De pågældende bevisdata indeholder en understøttelse af en bestemt opfattelse af det pågældende faktum. Hvis dette ikke er tilfældet, er det naturligvis (begrebsmæssigt) ikke en bevisdatamanifestation. Ikke alene rummer bevisdata-manifestationen en tilvejebringelse af sikkerhed, men fraværet af bevisdata-manifestationen rummer et bevismæssigt moment, som vel ikke er identisk med den sikkerhed, som grunder sig på manifesterede bevisdata, men som dog kan legitimere en afgørelse baseret på en form for sikkerhed. "Det fraværende bevis er også bevis".

Forskellige træk i den bevisretlige regulering lader sig enkelt forklare med dette udgangspunkt:

For det første er bevisretlige problemstillinger ofte knyttet til bestemte typer af bevisdata. En diskussion af den bevisretlige regulering for et bestemt emne kan ikke meningsfuldt gennemføres uden en indgående analyse af de forskellige bevissituationer, som den pågældende regel kan give anledning til. Dette indebærer bl.a., at en bedømmelse af et enkelt bevisdatum, som "tilstrækkeligt" eller "utilstrækkeligt" undertiden vil ske, uden at resultatet af denne diskussion kan hævdes generelt for det pågældende materielle tema. Man kan herved tale om at den bevisretlige analyse indebærer en atomisering, idet sikkerhedsgraden bedømmes med henblik på de enkelte mulige bevissituationer indenfor det pågældende materielle tema, men ikke nødvendigvis for det pågældende materielle tema generelt. At dette forklares udfra den normative adfærdsvurdering ses på følgende måde:

Bevisretlig argumentation vil ofte bevæge sig i følgende retning: Udgangspunkt tages i en forudsætning om det pågældende materielle faktum, og spørgsmålet stilles, hvilke bevissituationer dette faktums forekomst kan give anledning til. Efter en opregning af de forskellige bevissituationer følger en undersøgelse af, i hvilket omfang disse forskellige bevissituationer, såfremt de foreligger, kan tænkes forbundet med negationen af det pågældende faktum. Overvejelser af denne art vil afspejle sig eksempelvis i de Tybjergske udtryk, hvilke bevissituationer er der praktisk adgang til -

og hvilke af disse rummer fare for misbrug? Bedømmelsen af, om en konkret foreliggende bevissituation accepteres som et tilstrækkeligt bevis, kan herefter bero på en konkret bedømmelse af de risici, som det pågældende bevisdatum er forbundet med, og denne bedømmelse behøver ikke at føre til et krav, som ækvivalent med det krav, der stilles i andre sammenhænge. Den bevisretlige dikotomisering er således ikke generel eller entydig, men kan være varierende afhængig af bevissituationen.

Denne opfattelse er naturligvis i skarp modsætning til den opfattelse, at al bedømmelse af bevisdata er en empirisk sandsynlighedsbedømmelse, og at denne sandsynlighedsbedømmelse i den enkelte sag sammenholdes med et sandsynlighedskrav, som gælder for "hele det materielle faktum". (At sandsynlighedsteorien så ikke kan fastholde dette udgangspunkt, er en anden sag).

Indførelsen af "fri bevisbedømmelse" kan herefter forstås som noget mere end det historisk-negative, der som tidligere omtalt dominerer de gængse definitioner: Med fri bevisbedømmelse afløses relativt alment definerede manifestationskrav af (legal mulighed for) et langt mere differentieret sæt af bevisorienterede adfærdskrav fra domstolene.

Et andet karakteristisk træk, som det normative synspunkt bringer til udtryk: Bevisretlig regulering indeholder ofte en bedømmelse af, hvorvidt visse angivne manifesterede bevisdata er tilstrækkelige eller ej. Heri ligger, at reguleringen ikke primært tager sigte på at fastslå et bestemt alment krav for det pågældende materielle faktum, men indfører i reguleringen forudsætningen om bestemte foreliggende bevisdata, som således står som betingelser for den pågældende bevisbyrderegel. Hvis man betegner sådanne regler, som angiver at der til bestemte manifesterede bevisdata skal knyttes en bestemt antagelse vedrørende faktum som konneksitetsregler, kan det hævdes, at adskillige bevisretlige regler, netop er sådanne konneksitetsregler. Sådanne regler har en umiddelbar praktisk funktion, idet de nemlig angiver de krav til det manifesterede bevis, som en dommer skal stille. Spørgsmålet

om, hvilken sandsynlighed for faktum disse manifeste bevisdata tilvejebringer, er ikke umiddelbart judicielt relevant, men indgår som en bestemmende forudsætning for udformningen af den pågældende lovgivning. Et eksempel på en sådan reguleringstype er toldlovens strafferegler, jfr. nedenfor.

En sådan reguleringstype indeholder en delvis bedømmelse af de betingende "bevisdata", nemlig en angivelse af, hvilke yderligere manifeste bevisdata, der skal foreligge, når de for bevisbyrdereglens aktualitet betingende kendsgerninger foreligger. I steder for en total bedømmelse af bevisgrundlaget og det pågældende materielle tema (defineret uafhængigt af de betingende "bevisdata") er der således sket en opdeling efter forskellige bevissituationer. Eftersom loven nu angiver, hvilke supplerende manifeste bevisdata, der skal kræves, kan der tales om, at sådanne konneksitetsreguleringer indeholder en partiel legal bevisvurdering. Bevisvurderingen er nemlig ikke fri i den forstand, at dommeren frit afgør, hvilken sandsynlighed der er for det relevante faktum, men dommeren afgør, hvorvidt der i den enkelte sag er manifesteret sådanne bevisdata, at de har den vægt, som loven definerer som nødvendige i forbindelse med de bevisdata, som er forudsat for den pågældende bevisregels anvendelse. Sådan regulering er begrundet i to funktioner: (a) Styring af den judicielle antagelse, som nemlig knyttes - i lighed med den legale bevisteori - til de processuelle hændelser, som den pågældende bevismanifestation udgør. Den judicielle opgave styres, eftersom elementer af faktumerkendelsen glider ud af den judicielle afgørelse og foregribes legalt. (b) Reguleringen er rettet mod parternes aktivitet, eftersom den gælder i en judicial proces under partsautonomien.

Til underbygning skal anføres et eksempel, nemlig toldlovens strafferegler.

Toldloven (519 af 13/12. 1972) indeholder en almindelig straffebestemmelse for smugleri og knytter til denne straffebestemmelse nogle bevisregler. Efter toldlovens § 117, stk. 1, straffes med bøde bl.a. den, der undlader at angive varer, der indføres i toldområdet, når sådan angivelse er

foreskrevet i toldloven mv. Efter § 117, stk. 2, straffes for indsmugling med fængsel indtil 2 år, såfremt handlingen er foretaget med forsæt til at undgå betaling af told. Til denne sidste bestemmelse, som indeholder den materielle strafferegel, knytter sig 3 bevisregler, som er anvendelige under forskellige betingelser:

(a) Den første lyder således:

"Forefindes i befordringsmidler, der er ankommet til toldområdet, told- eller afgiftspligtige varer, som ikke er optaget i ladningsdokumenterne, og som ikke behørigt er angivet for toldvæsenet, anses varerne som forsøgt indsmuglet af disses ejer, medmindre denne sandsynliggør, at der ikke har foreligget forsøg på indsmugling", § 118, stk. 1.

Bringes varer således uoplyst ind i toldområdet i befordringsmidler, antages indsmugling at foreligge, medmindre ejeren sandsynliggør det modsatte ²⁷⁾.

Denne bestemmelse opfattes ikke som en fravigelse fra domstolens fri bevisbedømmelse. Men "bevisbyrden flyttes over på tiltalte, der ved sine handlinger - indførsel i toldområdet af told- og afgiftspligtige varer uden angivelse for toldvæsenet - har fremkaldt en stærk og berettiget mistanke. Denne omvendte bevisbyrde må anses for nødvendig af hensyn til straffereglens effekt" ²⁸⁾.

(b) En anden bevisregel findes for tilfælde, som er i mindre grad mistænkelige:

"Træffes et fartøj på under 120 tons netto indenfor toldområdet med højt beskattede varer ombord til et told- og afgiftsbeløb af mindst 500 kr., anses forsøg på indsmugling at foreligge, medmindre der skabes overvejende sandsynlighed for, at fartøjet ikke sejler i smuglerøjemed", § 118, stk. 2.

27) Denne regel svarer til de tidligere toldlove 1959 § 189, stk. 4 og 1970 § 124, stk. 1. 1959-loven indeholdt dog ikke adgang til at føre modbevis, og denne adgang var heller ikke indeholdt i det oprindelige forslag til loven i 1970, jfr. Fkt. 1970-71 tillæg A sp. 454 (§ 123), men blev foreslået under udvalgsbehandlingen. Denne ændring begrundedes bl.a. med, at den oprindelige affattelse indebar "en afvigelse fra princippet om domstolens fri bevisbedømmelse", Fkt. 1970-71 tillæg B sp. 431.

28) Fkt. 1970-71 tillæg B sp. 431.

Bevisreglen er - i lighed med foregående bestemmelse - anvendelig, når de afgiftspligtige varer er bragt indenfor toldområdet. Bevisreglen er begrænset til skibe, og forudsætter yderligere at der (endnu) ikke er tilsidesat nogen pligt til angivelse overfor toldvæsenet. Selvom importmåden er mistænkelig, kan det dog ikke udelukkes, at der foreligger en begyndelse til en import med korrekt toldbehandling ²⁹⁾.

Hvor denne bevisregel er aktuel, kræves for at undgå straf, at "det skabes overvejende sandsynlighed for", at indsmugling ikke er tilsigtet.

(c) Endelig findes en bestemmelse om overlosning udenfor toldområdet:

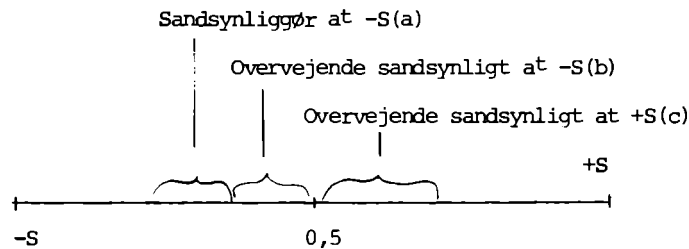
"Anvendelse af dansk fartøj til erhvervs~~sm~~småsiget smugleri af alkoholholdige varer til de fremmede stater, som har ratificeret ... (Helsingfors-konventionen 19. august 1925) medfører straf efter § 117 ... for såvidt (pågældende) vidste eller burde vide, at fartøjet blev anvendt til smugleri. Som smugleri anses også overlosning af varer udenfor de pågældende staters toldområder under omstændigheder, som gør det overvejende sandsynligt, at varerne agtes indsmuglet til et af disse", § 119.

Her kriminaliseret bl.a. som smugleri overlosning af varer udenfor staternes toldområder. Men antagelsen af smugleri er yderligere betinget af, at overlosningen foregår under sådanne omstændigheder, at det er "overvejende sandsynligt" at indsmuglingshensigt foreligger. Smugleri kan altså ikke uden videre antages under de betingende omstændigheder, men det mål for beviset - overvejende sandsynlighed - som stilles op, svarer dog ikke til det gængse beviskrav i straffesager ³⁰⁾.

29) Også efter toldloven af 1959 var der - i modsætning til den foregående bestemmelse - adgang til at bevise, at der ikke var sejlet i smuglerøjemed. Nærværende bestemmelse går tilbage til lov 208 af 21/5. 1922 § 19, stk. 4, hvilken lov gav anledning til den såkaldte Hilda-sag UfR 1923 s. 995 H, hvorefter bl.a. Ross: Dansk Statsforfatningsret I 1966 s. 346 og Juridisk Grundbog I 1975 s. 58 m.henvisn.

30) Selvom bestemmelsen ikke har foretaget en opdeling under hensyn til forsætligt og uagtsomt forhold, svarende til § 117, ser jeg i denne forbindelse kun på forsætligt forhold.

De tre bestemmelser angiver tilsyneladende forskellige krav til den sikkerhed, hvormed indsmuglingsforsæt skal kunne antages.



Figur

Under visse omstændigheder skal indsmugling antages, medmindre det ligefrem gøres sandsynligt, at der ikke foreligger indsmugling. Dikotomiseringspunktet ligger på den venstre side af en sandsynlighedsskala fra 0-1, jfr. (a) i figuren. Under andre betingelser er det tilstrækkeligt, at der blot er skabt "overvejende sandsynlighed" for at der ikke foreligger indsmugling. Men beviskravet er altså stadig på den venstre side af skalaen, jfr. (b) i figuren. Og endelig har vi det krav, som kommer nærmest til - men ikke svarer til - det gængse beviskrav: Det skal gøres "overvejende sandsynligt", at der positivt foreligger smugleri, jfr. (c) i figuren.

En sådan fortolkning vil imidlertid være en fundamental misforståelse af intentionen med de citerede bestemmelser. Der stilles ikke forskellige krav til den sikkerhed, hvormed indsmugling skal være bevist for at antages ³¹⁾. De forskellige bevisregler er, som omtalt, relevante under forskellige vilkår, og det er forskelligheden i disse vilkår som beting-

31) Et eksempel på en anvendelse af den for straffesager almindelige bevisbyrde er UFR 1974.235 Ø, hvor forhold 1 ansås "godtgjort" (hvilket dog ikke entydigt indeholder en afspejling af et beviskrav), og hvor (ad forhold 2) tiltalte ansås skyldig på grundlag af et forsætsbevis, hvorefter den tiltalte "må have været vidende om ...", mens tiltalte frifandtes for den del af forholdet, som ikke dækkedes af et sådant bevis, jfr. om udtrykket "må have indset" el. lign., Waaben 1957 s. 73 f.

er forskelligheden i beskrivelsen af beviskravet. Når man eksempelvis i § 118, stk. 1, har rettet et beviskrav mod den tiltalte, opfattes det således, at "bevisbyrden flyttes over på tiltalte, der ved sine handlinger ... har fremkaldt en stærk og berettiget mistanke". I de betingelser, som skal foreligge for at bevisreglerne kan anvendes, er bevismæssigt relevante for bedømmelsen af skyldspørgsmålet. De regler, som tilsyneladende indeholder et dikotomiseringspunkt på venstre side af skalaen, jfr. figuren ovenfor, er knyttet til sådanne betingende forhold, at der foreligger et vigtigt bevismateriale mod den tiltalte. Det er dette bevismateriale, som den tiltalte må "modbevise". Den legale bevisregel er for så vidt en regel om "den falske bevisbyrde". Det er nemlig en regel om, hvilket bevismateriale i form af manifesterede bevisdata, som den tiltalte må fremføre til afvejning af de bevisdata, som ligger i situationen, og som taler mod ham. Forskellene i beviskravene hænger sammen med forskellene i de situationer, hvorunder beviskravene finder anvendelse. Jo mere mistænkelig situationen er, desto større krav stilles til tiltalte med hensyn til dennes bevis for, at der ikke foreligger en smuglingshensigt. Forskellen i den betingende faktiske situation motiverer forskellen i omfanget af de manifesterede bevisdata, som den tiltalte må fremføre. Loven indeholder en vurdering af de af de relevante bevisdata, en partiel legislativ informationsvurdering.

Udfra denne fortolkning indeholder de citerede bestemmelser ikke en umiddelbar beskrivelse af, hvilket krav der stilles til sandsynligheden for smugleri. Det kan altså eksempelvis ikke af § 118, stk. 2, sluttes, at personer der tiltaltes for smugleri, dømmes for smugleri, medmindre det er overvejende sandsynligt, at der ikke foreligger smugleriforsøg³²⁾. En sådan opfattelse af bestemmelsen beror på isolation af dens bevisorienterede udtryk, og tager ikke hensyn til de omstændigheder, hvorunder den skal anvendes.

32) Anderledes f.eks. Hurwitz 1959 s. 326-27, der betragter denne bestemmelse (da lbkg. 171 af 11/5. 1928 § 48 stk. 4) som en "legal præsumtion for et strafbart forhold", der bevirker "en omlægning af bevisbyrden".

Spørgsmålet er herefter, om de pågældende bestemmelser overhovedet indeholder noget om de definitive beviskrav, som skal være afgørende ved dommerens beslutning om antagelsen eller ikke-antagelsen af smugleri. Dette spørgsmål må besvares bekræftende. De pågældende bestemmelser udtrykker dette indirekte, idet de angiver målestokken for tiltaltes "modbevis" bedømt i forhold til det bevis, som ligger i den betingende situation.

Den generelle konsekvens af denne analyse er, at det ikke uden videre af en såkaldt "omvendt bevisbyrde" kan sluttes, at sandsynlighedskravet også er "omvendt". (På den anden side er det naturligvis ikke en konklusion, at dette aldrig er tilfældet).

3. Den advokatoriske taktik og bevisførelsen

3.1. Ret og taktik

Det er et grundlæggende træk i procesretten, at parternes autonomi bevares og udnyttes ved tilvejebringelse af grundlaget for den judicielle afgørelse. I den del af den judicielle proces, hvor partsautonomien gælder, er en betydelig handlefrihed overladt til parterne. Det er "resultaterne" af denne "handlefrihed", nemlig de af parterne producerede bevisdata, der er grundlag for den differenterede "frie" bevisbedømmelse. Parternes handlefrihed udnyttes ikke tilfældigt, men systematisk. De synspunkter, som bestemmer den fremgangsmåde, som parterne følger under en processuel bevisførelse, er ikke i sig selv bestanddele af den almene bevisretlige regulering. Men bevisretten virker bestemmende for de taktiske synspunkter, og disse har på den anden side betydning for forståelsen af bevisretten ¹⁾. Ja, måske bør det udtrykkes således, at først med inddragningen af disse til toparts-autonomien knyttede taktiske hensyn opnås den fuldt udfoldede beskrivelse af et bevisretligt system indenfor et retssystem, som er bestemt af en liberalistisk statsopfattelse.

Først en almen bemærkning om forholdet mellem retsregel (herunder bevisret) og taktiske synspunkter.

Ross introducerede forståelsen af "rettens natur" gennem en analyse af skakspillet. Vi begynder med den tilskuer, der er uden ethvert kendskab til skak. Han vil ikke have nogen forståelse for de handlinger, som han iagttager. "Han vil ikke være i stand til at forstå de enkelte træk eller

1) Sml. D. Napley: The Technique of Persuasion, 1970 s. 78 - 79.

se nogen sammenhæng mellem disse. End mindre vil han have nogen anelse om de problemer, en situation på brættet frembyder" ²⁾. Med kendskab til skakreglerne kan han forstå noget. Spillernes handlinger konstitueres som "træk", det forstås af parterne skiftes til at trække, og der kan skelnes mellem de tilladte og de ikke-tilladte træk. Endelig vil man være i stand til at definere en vindersituation. - Men denne forståelse af skakspillet er naturligvis stærkt begrænset.

"I hvert fald hvis spillerne er ude over et begynderstadium, (vil) meget forekomme ham gådefuldt. Han forstår ikke spillernes strategi, har ikke øje for situationens taktiske problemer ... For tilfulde at forstå, hvad der foregår, må man kende ikke blot skakreglerne, men også en del af spillets teori" (s. 22).

Man må kende spillets teori, den enkelte spillers indsigt heri, og den hensigt, der leder den enkelte spiller, normalt den hensigt at vinde.

Vi kan da med Ross konstatere, at for at opnå en forståelse af skakspillet er kendskab til såvel skakreglerne som skakspillets teori nødvendig. Dette sidste interesserer her. Ud fra antagelser om, hvilke interesser der virker dirigerende på spillets forløb, kan kendskabet til de konstituerende regler suppleres med en forståelse af de almene strategiske eller taktiske synspunkter, som er bestemmende for spillernes handlinger. Det er faktisk først i kraft af kendskab hertil at spillet får mening som et spil. Uden forståelse for en elementær teori bliver et skakspil til et tomt ritual, og resultatet en tilfældighed.

Imidlertid tillægger Ross denne sondring mellem regel og teori/taktik afgørende betydning og udskiller netop i denne forbindelse skakteorien som irrelevant for den fortsatte

2) Ross 1953 s. 22.

analyse af skakspillets regler - og dermed for forståelsen af "gældende ret". Ross bemærker, at skakteoriens regler har karakter af hypotetiske teoretiske udsagn, som angiver de spillemæssige konsekvenser af forskellige spille-måder, bedømt i forhold til chancen for at vinde. "Som andre teknologiske regler er deres dirigerende kraft betinget af en interesse, interessen i at vinde spillet. For den spiller, der ikke nærer denne interesse er teorien uden al betydning". Derimod, de egentlige skakregler er direktiver, idet de ubetinget af noget forudsat formål tilsigter at motivere spilleren, og spillereglerne opleves af hver af spillerne som "socialt forbindende". Den, der bryder en spilleregler, vil fremkalde protest fra modspillerens side, mens den der foretager et dumt træk kan fremkalde forundring (s. 24).

I dette retsbegreb indgår den forudsætning, at retsbegrebet knyttes til adressatens internalisering af normen, adressatens oplevelse af normen som forbindende. Den ydre effektivitet betragtes som et tegn på retsnormens gælden ³⁾. Den interessebestemte bestræbelse på at vinde i skak og den for denne interesse udviklede skakteori er ikke element i den Ross'ske "forståelse" af skakspillet. Men i hvert fald i den form, hvori denne indre oplevelse beskrives hos Ross, kan det kritiseres, at rettens gælden knyttes til, at adressaten oplever reglen som forbindende.

Det er ikke nødvendigt at optage en dybtgående retsteoretisk undersøgelse af denne problem ⁴⁾. De synspunkter, som bestemmer parternes taktiske optræden under en proces, må nemlig integreres med de bevisretlige retsregler. Af to grunde.

3) Jfr. Ross 1953 s. 47 f, smh. Sundby 1974 s. 16.

4) Se hertil endvidere Ross: Directives and Norms 1968 s. 53 f, jfr. s. 44 f. Se tillige kritikken hos Preben Stuer Lauridsen i Tfr 1972 s. 109 - 110, der dog miskender, at ifølge Ross er det domstolens tilslutning, ikke befolkningens tilslutning, der er den nødvendige og tilstrækkelige betingelse for en retsregels gyldighed.

For det første må man sætte sig ud over den adskillelse, som Ross foretager, mellem adfærd, der er bestemt af en interesse eller et formål, og adfærd, der ikke er formålsbestemt. Efterlevelsen af en retsregel er naturligvis formålsbestemt i praktiske tilfælde, nemlig påvirket af de sanktioner, som reglerne er forbundet med ⁵⁾.

Denne integration må på den anden side også være nødvendig, når det gælder en "forståelse" af spillet: Det er spekulativt at fremhæve den mulighed, at spilleren (procedøren) kan være bestemt af andet formål end at vinde spillet (sagen). Det er altid en spillers (procedørs) hensigt at vinde. Det, som kan variere, er, hvad der nærmere er sat som mål i denne henseende. Som regel er det vel indholdet af domskonklusionen, men også principielle præmisser eller trænering af en sag kan være det mål, der skal vindes. Spillets "teori" - procedørens taktik - vil variere herefter. Men uden en forståelse af et sådant mål i forbindelse med den opportunistiske taktik, hvormed målet søges nået, er en forståelse af såvel spillet som retssagen udelukket.

Den anden grund til at inddrage parternes processuelle taktik til forståelse af bevisretten er, at den taktiske varetagelse af klientens interesser under en proces ikke blot er et interessebestemt fænomen, men er integreret i den retlige regulering af processen. I de kollegiale regler og i det retsforhold, som består mellem klient og advokat, er der hjemmel for kravet om, at advokaten, når klientens "mål" er sat, følger dette op så godt som muligt, jfr.

5) Senere i sin fremstilling foretager Ross da også uden videre en integration: I konfrontationen mellem positivistiske og friretlige retsteorier fremhæver Ross om de positivistiske teorier, at de "tilslører dommerens aktive, retspolitiske virksomhed". Herefter fortsættes: "Ligesom skakspilleren motiveres ikke blot af skaknormerne, men også af målsætninger og indsigt i spillets teori, således motiveres også dommeren af sociale målsætninger og operative opfattelser af retssociologiske sammenhæng ... Den rolle de fri hensyn spiller (kan) variere i nogen grad med fortolkningsstilen, men udelukkes kan de aldrig ... Den i retsreglen selv liggende "retsgrund" kan ikke adskilles fra de udenfor reglen liggende praktiske formål ...". Ross 1953 s. 185 - 186.

herved også rpl. § 133. Reaktionen overfor den advokat, der forsømmer at varetage sin klients interesser, består ikke blot i "forundring", men også i retlig "protest". Advokatens forsømmelse viser sig ganske vist ikke nødvendigvis i bevisvurderingen, men advokatens forsømmelse indebærer, at klienten taber sin sag. Mens rettens bevisvurdering er bestemt af en bevissituation, som må vurderes uden hensyn til forsømmelsen, bliver advokatens forsømmelse ramt af retlige sanktioner.

Den ensidige varetagelse af parternes interesse under en proces er ikke blot tilladelig efter "god advokatskik", hertil A. H. Pedersen I s. 49 f, Retsplejelovens 50 år s. 35 f. Undladelse af at gennemføre klientens interesser i det omfang, det er tilladeligt, indebærer en tilsidesættelse af de krav, som kan stilles til advokatens arbejdsindsats. Sanktionen overfor sådan undladelse kan vise sig i disciplinære sanktioner fastsat indenfor advokatsamfundet, d.v.s. af Advokatnævnet, som straf i medfør af rpl. § 325, jfr. § 327 og i forbindelse med salærberegningen, jfr. eksempelvis UFR 1958.543 H og UFR 1966 s. 61o V.

Jeg finder hermed at have godtgjort, at der er god grund til at introducere grundlæggende træk af de mønstre, som følges ved tilrettelæggelsen og førelsen af en retssag, og som det - på grund af advokatmonopolet - først og fremmest er advokaternes opgave at udvikle og varetage. Hermed bryder jeg den tradition, at den bevisretlige teori udvikles som en teoretisk abstraktion, der ikke forstås i dens forbindelse med den "praktiske hverdag". Denne konfrontation må indebære en uddybet forståelse af den almene bevisteori.

Hvordan undersøger man den taktik, som parterne og deres advokater følger under forberedelsen og proceduren af en retssag?

En undersøgelse af denne taktik kan naturligvis tage sit udgangspunkt i de retssager, som faktisk føres. Gennem registrering af forløbet af en række retssager vil det være muligt at konstatere et vist mønster for procesførelsen. Taktikken aflæses og afledes af det, som faktisk foregår i retssalene.

En sådan undersøgelse er meget krævende. Et betydeligt antal sager må undersøges, og det vil være vanskeligt at drage slutninger fra det, der foregår i det offentlige fo-

rum, til de nære eller fjerne mål, som den konkrete proces står i forhold til. De beviser, som muligvis kunne være ført, de spørgsmål som kunne være stillet men ikke blev stillet, o.s.v. vil ikke være øjensynlige, men vil kun kunne erkendes efter et nøje studium af hver enkelt sag.

En mere tilgængelig fremgangsmåde er at undersøge den taktiske teori, som er udviklet af og for advokater. Jeg sigter herved til fremstillinger om "procedureteknik", "advokatgerning", "procestaktik", o.lign., idet man i sådanne fremstillinger finder anvisninger, som indeholder explicitte formuleringer af de former, som advokatens (partens) formålsbestemte virksomhed under processen tager. Det er dette materiale, som jeg har benyttet i det følgende.

Man kan evt. indvende mod denne litteratur som genstand for undersøgelse, at det ikke er sikkert, at disse anvisninger faktisk praktiseres. Men der er grund til at tro det, i hvert fald når det drejer sig om hovedlinierne.

Iøvrigt viser det sig, at der er forskel på den procesopfattelse, som ytres af dommere, der skriver om dette emne, sammenlignet med den procesopfattelse, som advokater gør gældende. Til forståelse af den taktiske opportuniste, som er bestemmende for advokaten som partens repræsentant er naturligvis advokatens fremstilling den mest pålidelige. Men denne spænding mellem de involveredes almene opfattelse af procesforløbet afspejler en grundlæggende modsætning mellem den advokatoriske ensidighed og den judicielle objektivitet. Dette vender jeg tilbage til.

3.2. Advokattaktik

1. Initiativ og ramme. Den praktisk orienterede litteratur, som jeg i det følgende skal uddrage enkelte udtalelser fra, som bidrag til en forståelse af de retningslinier, som følges under den advokatoriske sagsbehandling, tager naturligvis sigte på alle en retssags stadier og alle de opgaver, som en advokat kan eller skal løse i forbindelse med disse stadier i retssagen. I det følgende må det først og fremmest være behandlingen af bevismaterialet og advokatens

fremstilling af sagens faktum, som skal belyses. Det er den del af advokatvirksomheden under retssagen, som umiddelbart har relation til den bevisretlige regulering, eftersom det er det praktiske resultat af sådanne praktiske anvisninger - nemlig bevismaterialet - som udgør genstanden for den bevisretlige regulering, nemlig reguleringen af, hvilket faktum en dommer skal antage på grundlag af et givet bevismateriale.

Inden det direkte bevisorienterede arbejde optages til undersøgelse, gør jeg enkelte bemærkninger om initiativet til processen og de processuelle rammer for det faktum, som er under bedømmelse.

Det er en af parterne, som tager initiativet til processen. Dette er et grundlæggende træk ved den judicielle proces, hvorved denne fundamentalt adskiller sig fra den inkvisitoriske proces og fra den klassiske administrative sagsbehandling. Bestemmende for, om en part beslutter sig for at anlægge sag, er en rationel kalkule over de mulige resultater, som sagsanlægget kan indebære, sammenholdt med partens interesse i disse resultater, og sandsynligheden for hvert af disse resultater ⁶⁾.

De problemer, som er knyttet til afgrænsningen af emnet for processen (rammen) og til tilvejebringelsen af de manifesterede bevisdata (bevismaterialet) og dets præsentation for retten, udgør delelementer i denne overvejelse over, om proces skal anlægges og føres. Parten må nemlig overveje, hvilke muligheder der er for på disse punkter at nå frem til et gunstigt resultat, d.v.s. at definere sådanne temaer, som materielt udgør grundlaget for en

6) Denne rationelle kalkule er nærmere omtalt hos Aubert: *Retssociologi* 1968 s. 109 f og 230 f, sv.udg. 1972 s. 159 f, hvor den også er sammenholdt med såkaldt irrationelle motiver til sagsanlæg.

gunstig afgørelse, og for at underbygge antagelsen af de pågældende fakta på en sådan måde, at dommeren lægger dem til grund.

Ved ramme forstår jeg i denne forbindelse såvel parternes påstande - der indeholder parternes forslag til domskonklusion - som de anbringender der gøres gældende. Det taktiske hovedsynspunkt er, at rammen lægges således, at den omfatter et eller flere standpunkter (konklusioner og begrundelser herfor), som hver antages at være rimeligt holdbare. Bedømmelsen af dette spørgsmål om holdbarhed beror på en prognose om procesforløbet.

Dette kan lyde temmelig intetsigende eller selvfølgelig. Men praktisk indebærer det, at enkelte alternative standpunkter afskæres, idet man derved styrker det enkelte eller de få standpunkt(er) som hævdes.

At nedlægge subsidiære påstande kan svække det principale standpunkt, Spleth i Proceduren s. 40, sml. Rønnev i Proceduren s. 162 om anbringender og A. Victor Hansen om at "skære sagen til" i Proceduren s. 180.

Denne tilskæring af sagen indebærer, at sådanne emner, som ikke nogen af parterne anser det for i partens interesse at få underlagt judiciel bedømmelse, ikke bliver taget med under de temaer, som kan bedømmes judicielt. Forudsætningen for, at et vist tema underkastes judiciel bedømmelse, er således, at mindst en af parterne anser det for i hvert fald muligt, at der kommer et for parten gunstigt resultat ud af den judicielle bedømmelse af det pågældende tema. Dette indebærer naturligvis, at domstolen kan komme til at bedømme visse faktiske spørgsmål ud fra forudsætninger, som hver af parterne i og for sig anser som ukorrekte.

I forbindelse med spørgsmålet om procesinitiativet og afgrænsningen af processens emne kan der være grund til at nævne, at der i en retssags indledende stadier ofte sker en vis påvirkning af selve det "faktum", som underlægges bedømmelse:

"Den naturlige arbejdsopgave, at skaffe oplysninger om et givet faktisk handlingsforløb, får en drejning, fordi det afgørende i en proces ikke er, om man har ret, men om man kan bevise, at man har ret, og dette be-

vislige faktum er i en del tilfælde ikke absolut fikseret på dette stadium" (understregning tilføjet) Tjur i Proceduren s. 22. Eksempelvis kan man med et brev til modparten "præcisere" sin klients opfattelse af en funktionærs bortvisning eller af en ufuldstændig slutsæddel, Tjur s. 22 - 25. Brevet om funktionæren kan skrives på klientens eget brevpapir (s. 23). Denne skriftlige fiksering, som undertiden indeholder en præcisering af en uklarhed, undertiden en bestemt drejning af en uklarhed, har særlig betydning, fordi "umådelig mange retssager vindes og tabes, ikke på, hvad der faktisk er sket mellem parterne, men på hvad der er fikseret skriftligt. Det er ikke så forbavsende, at dommeren efter at have hørt de modstridende parts- og vidneforklaringer falder tilbage til dokumenterne ... Klientens position styrkes naturligvis betydeligt, hvis modparten ikke inden en passende tid reagerer overfor tilkendegivelser i korrespondance" (s. 24 - 25).

Med det "præciserende" førprocessuelle brev leverer advokaten det manifeste verbale bevisdatum, som dommeren kan falde tilbage på efter de modstridende forklaringer.

(2) Tilvejebringelse af manifeste bevisdata

Beslutning om tilvejebringelse af manifeste bevisdata omfatter flere spørgsmål: Hvilke bevisdata der skal/bør tilvejebringes, d.v.s. hvilke vidner der skal indkaldes, hvilke spørgsmål der skal stilles dem, hvorledes der skal reageres på modpartens afhøring, hvorledes sagkyndige skal udvælges blandt flere eventuelle kandidater, hvorledes skønsetemaet mest hensigtsmæssigt opstilles, o.s.v. Et andet problem, som jeg senere vender tilbage til, vedrører spørgsmålet, hvorledes advokaten skal forholde sig i sin fremstilling af sagen, specielt hvilken betydning forskellige bevisdata - tilgængelige eller utilgængelige, kendte eller ukendte - skal have på, hvilken opfattelse advokaten kan tillade sig at gøre gældende. For tilvejebringelsen af det manifeste bevisdata gælder to komplementære hovedsynspunkter.

(a) Materialet bestemmes positivt: Alt hvad der kan fremskaffes af for klienten gunstigt indhold, skal fremskaffes. Dette indebærer, at advokaten af det tilgængelige bevismateriale udvælger det, som taler til klientens gunst. Den partsautonome selektion af bevismaterialet er entydigt bestemt af, om det pågældende bevisdatum er til gavn eller til skade for klienten, når det hypotetisk tænkes at være et datum i den judicielle overvejelse af, hvilket faktum

der skal antages. Denne bedømmelse må af praktiske grunde foretages for hvert enkelt bevisdatum, men det enkelte bevisdatum må naturligvis anskues i den sammenhæng med de øvrige bevisdata, hvori det efter en eventuel fremførelse vil indgå for dommeren.

Som en speciel udformning af dette synspunkt kan hævdes, at det gælder om at få alt, som er negativt for modparten, frem.

(b) Materialet kan endvidere bestemmes negativt: Alt for klienten ugunstigt materiale holdes tilbage. Det må ikke alene frarådes, men er utilstedeligt, at advokaten fremlægger ugunstigt bevismateriale i tilfælde, hvor dette ikke er retligt fornødent (hvad der nærmere ligger i dette sidste forbehold, vender jeg tilbage til).

Disse hovedsynspunkter skal nu nærmere illustreres og underbygges med citater og referater fra vejledninger for advokatarbejdet.

Selektionen af bevismaterialet efter, om dette er gunstigt eller ugunstigt, forudsætter naturligvis, at det er muligt at foretage en sådan bedømmelse. Men dette er oplagt tilfældet.

Også dommeren er klar over, at advokaterne har bestemte, ensidige forventninger til vidnernes forklaringer, at bestemte forklaringer er "værdifulde for en part", og at de ellers kan være skadelige, Vollmond i Proceduren s. 95, 99, 101. Sagkyndige erklæringer, der er indhentet ensidigt, vil "praktisk taget altid" være gunstige, og modparten kan næppe forlange ugunstige fremlagt, Tjur i Proceduren s. 35 - 36.

Hvor selektionen ikke kan foregå udenretligt, kan bedømmelsen af, om det bevisdatum som fremkommer, vil være gunstigt eller ugunstigt, være vanskelig at foretage. Denne vanskelighed danner baggrund for følgende taktiske hovedsynspunkt:

"En sagfører (bør) vide, hvad han vil opnå gennem en afhøring, og hans optræden i retten bør være helt afhængig heraf. Det afgørende er, hvad der kan være til fordel for klienten, og hvad der kan være belastende for denne". "Der bør (derfor) aldrig stilles et spørgsmål, hvis et for klienten ugunstigt svar må påregnes", Christrup i Proceduren s. 111, s. 108. Fra forberedelsen af sagen må advokaten være klar over,

hvorvidt vidnets besvarelse af spørgsmålet vil være gunstig eller ugunstig, og han må indrette sig herefter.

En afhøring bør således afbrydes, såfremt der på et relevant spørgsmål kan forventes et ugunstigt svar. En udbygning af denne taktik ses gennem en sondring mellem de "gode spørgsmål" og de "dårlige spørgsmål", som Hartwig opstiller og illustrerer:

De såkaldt gode spørgsmål, som drejer sig om, hvordan parten ville have forholdt sig i en hypotetisk situation eller om hvorledes parten vurderer en opførsel svarende til hans egen, kan nok være fremmende for klientens sag, men de er faktisk utilstedelige i en vidne- eller partsafhøring, eftersom de angår en hypotetisk situation eller en vurdering.

Som et eksempel på et dårligt spørgsmål giver Hartwig følgende eksempel: En bartenderske hævdede under en straffesag at have genkendt den tiltalte. Adspurgt, hvor mange gæster der besøgte baren den pågældende aften svarede hun: "100 - 200". Med dette svar er vidnets genkendelse af meget ringe sandsynlighed. Forsvareren burde derfor have stoppet afhøringen på dette sted. Men i stedet fortsætter forsvareren med spørgsmålet (det ikke gode spørgsmål), hvordan hun da kan genkende den tiltalte, og vidnet giver en usædvanlig plausibel forklaring på genkendelsen. Hermed er vidnets genkendelse af den tiltalte steget i bevisværdi ⁷⁾

Når en advokat således betegner et spørgsmål som "dårligt" eller fraråder et sådant spørgsmål, er det ikke fordi spørgsmålet er irrelevant eller af anden grund er uden interesse for den judicielle afgørelse, men det beror på, at det pågældende spørgsmål rummer muligheden for en besvarelse fra vidnets side, som er ugunstig for klientens standpunkt. Og komplementært er det klart, at vidnets besvarelse af "gode spørgsmål" ikke bør tages i betragtning af dommeren.

Skridtet fra det for klienten ugunstige til det for klienten gunstige er ofte avanceret:

7) Hartwig i Proceduren s. 112, Hjort s. 129. Eksemplet stammer fra en engelsk afhøring.

"Det er ofte nødvendigt at søge at finde ud af, om man har nogen mulighed for at rokke et vidnes forklaring til fordel for klienten. Mener man ikke, at en sådan mulighed foreligger, er der dog nu og da en mulighed for at få vidnet til at forklare i den grad til ugunst for klienten, at det vil stå helt klart for retten, at vidnets forklaring ikke kan være rigtig, og så er formålet med afhøringen opnået", Christrup i Proceduren s. 113.

Spørgsmålet om et bevisdatum er gunstigt eller ugunstigt, bedømmes ofte udenretligt og er da bestemmende for eventuelle videre undersøgelser. Det kan eksempelvis konstateres, at sagkyndige ofte er uenige. Dette benyttes i den ensidige strategi på den måde, at "man ikke på forhånd anerkender rigtigheden af en oplysning, der er til ugunst for klienten ..." ⁸⁾. De fortsatte kritiske undersøgelser betinges altså af, at den pågældende oplysning er ugunstig.

Skal man herefter sammenfatte den strategi, som de her anførte synspunkter indgår i, må den først og fremmest indeholde en påpegning af, at det er advokatens opgave at sørge for, at sådant bevismateriale tilvejebringes og forelægges for domstolen, som er gunstigt for klientens standpunkt. Dette gælder naturligvis for begge parter advokater. Heri ligger negativt, at det anbefales advokaten ikke at forelægge sådanne bevisdata, som er ugunstige for advokatens klient. Jeg vender senere tilbage til, hvorledes denne ensidighed både taktisk og retligt er modificeret. Disse modifikationer må ikke overskygge betydningen af hovedsynspunktet. For hvert enkelt bevisdatum foretages en vurdering af, hvorvidt det er favorabelt eller ej for klienten. Denne tilrettelæggelse af det materiale, som dommen skal bygge på, sætter ind under sagens forberedelse, ved tilrettelæggelsen af de undersøgelser, som advokaten foretager eller lader foretage, ved afgrænsningen af, hvilke vidner og

8) Christrup s. 109.

skriftlige beviser der indkaldes eller forelægges for domstolen, og hvilke spørgsmål der stilles. Forsåvidt angår den processuelle reproduktion af det pågældende bevis, f.eks. en vidneafhøring, kan usikkerheden om, hvorvidt det pågældende bevisdatum vil vise sig gunstigt eller ej, influere på, om spørgsmål stilles.

Gælder der de samme taktiske synspunkter i kriminalprocessen som i civilprocessen?

Forsåvidt angår forsvarerens stilling kræves ikke nøjere dokumentation. Forsvarerens adgang til at være ensidig i tilvejebringelsen af bevismaterialet og præsentationen af sagen er almindeligt erkendt. Det "dårlige" spørgsmål ovenfor blev stillet af en forsvarer. Forsåvidt angår anklagemyndighedens funktion er spørgsmålet vanskeligere. Anklagemyndighedens opgave er dels at tage stilling til, om tiltale kan rejses, dels som processuel part at gennemføre tiltalen for domstolen. Jeg har tidligere beskæftiget mig med indholdet af tiltalebeslutningen, forsåvidt angår vurderingen af dens faktiske grundlag. I denne forbindelse må beslutningen om, at tiltale skal rejses, betragtes som forudsat, og bedømmelsen af anklagemyndighedens opgave og taktik under sagsbehandlingen må vurderes ud fra den forudsætning, at når anklagemyndigheden har fundet, at tiltale i den pågældende retssag bør rejses, anser anklagemyndigheden den tiltalte for skyldig og forventer, at et tilstrækkeligt bevis for skyld kan reproducere for domstolen⁹⁾. Denne forudsætning må erindres ved den følgende analyse af den advokatoriske taktik, som der i hvert fald findes enkelte udtryk for, og som efter min opfattelse ikke adskiller sig principielt fra den taktik, som følges i civilprocessen.

Et første spørgsmål er, om det er korrekt i forbindelse

9) Jfr. ovenfor IX.4.5.

med anklagemyndighedens funktion at forudsætte, at anklagemyndigheden er indifferent overfor procesresultatet, eller om anklagemyndigheden - som den civile procespart - kan "vinde eller tabe" sagen.

"Indenfor grænserne for anklagerens pligter er det hans opgave at skabe en overbevisning hos retten om, at tiltalte har begået det i anklageskriftet beskrevne forhold" ¹⁰⁾.

Hermed er opsat to hovedsynspunkter: (1) Anklagerens opgave er at nå frem til en domfældelse. Dette beror på, at "der ved tiltalerejsningen er taget stilling til spørgsmålet om tilstrækkelig oplysning i den forstand, at det er fundet forsvarligt og rigtigt at rejse tiltalen" ¹¹⁾. Hermed sammenkædes den procestaktiske rolle med den af mig ovenfor anførte forudsætning. (2) Gennemførelsen af straffepåstanden må naturligvis respektere visse objektivitetskrav - sådanne krav gælder principielt såvel i civil- som i kriminalprocessen, men deres indhold kan være forskelligt i de to sagsgrupper og varierende indenfor disse.

Med den hermed stillede opgave gælder det om at tilvejebringe tilstrækkelig bevismæssig dækning for en skyldantagelse:

Anklageren må under sagsforberedelsen efterprøve bl.a., "om der skulle være direkte huller i beviset, der må søges lukket, eller om momenter til tiltaltes gunst skal uddybes eller efterprøves". Udtryk som "huller i beviset" refererer til en afhjælpelig mangel indenfor beviset for tiltaltes skyld, hvilket beskrives neutralt, mens "gunst" refererer til en favorisering af den iøvrigt skyldige. Begge udtryk får god - og juridisk korrekt - mening, når den pågældende processuelle virksomhed baseres på den forudsatte opfattelse, at tiltalte er skyldig. "Der er ingen der skal være mere bange for, at beviset ikke er i orden, end en anklager" - denne interesse for den bevismæssige dækning for tiltalen videreføres i gentagelsen af det velkendte slogan: "Sager vindes på tre ting: Oplysninger, oplysninger og oplysninger", hvortil dog føjes "den modifikation, at anklagemyndigheden hverken vinder eller taber sager" ¹²⁾. Med denne sidste tilføjelse bliver den pågældende

10) Hertz (Statsadvokat) i Proceduren s. 391.

11) Hertz s. 383.

12) s. 388 - 389, 391.

anvisning relativt meningsløs.

Det er ikke anklagemyndighedens opgave at tilvejebringe samtlige oplysninger under en straffeprocess - i så fald ville forsvareren være overflødig, men opgaven er at tilvejebringe sådanne oplysninger, at der er bevismæssig dækning for antagelsen for skyld, og således at eventuelle muligheder for, at skyldmodificerende forhold foreligger er undersøgt tilstrækkeligt. Kun ud fra en sådan opfattelse tildeles der anklageren og forsvareren selvstændige funktioner under tilvejebringelsen af straffesagens bevisdata, og denne fordeling af opgaverne er baggrunden for at "anklagerens og forsvarerens bedømmelse af beviset må være forskellig" (s. 419).

Den ensidighed, som præger den civile parts og dennes advokats udvælgelse af det bevismateriale, som forelægges for domstolen, finder ikke samme udtryk under straffeprocessen, forsåvidt angår anklagemyndigheden. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at anklagemyndighedens opgave ikke er ensidig. Selvom afgrænsningen af, hvilke opgaver i retning af objektivitet en part har, kan være forskellig i den civile og den kriminelle proces, har de det fælles udgangspunkt, at parternes opgaver er ensidige: For anklagemyndighedens vedkommende beror dette på, at der inden den judicielle proces begynder, er truffet en administrativ beslutning, nemlig tiltalebeslutningen, og til denne stilles der bestemte krav, som er ganske afgørende for forståelsen af retningslinierne for anklagemyndighedens fremførelse under den judicielle straffeprocess. Det er i denne administrative beslutning, at den procesuelle ensidighed finder sit legitimerende grundlag.

Anklagemyndighedens ensidighed forekommer mig umiddelbart anskuelig, såfremt man opstiller det alternativ, som måtte være rimeligt ud fra et sandsynlighedsteoretisk synspunkt, nemlig at anklagemyndigheden repræsenterer de forskellige mulige hypoteser med hensyn til tiltaltes forhold, som der kan være grund til at tage i betragtning, og som der skal vælges mellem på grundlag af de bevisdata, som manifesteres under den judicielle proces: Dette har intet med den kriminalproces at gøre, som praktiseres. Anklagemyndig-

heden har truffet en beslutning og fastholder naturligvis rigtigheden af denne beslutning under sagsbehandlingen. Tiltalen og den til grund for tiltalen liggende beskrivelse af tiltaltes forhold i anklageskriftet er ikke et udtryk for en "teoretisk mulighed" til forklaring af sagens bevisdata, men er et udtryk for anklagemyndighedens opfattelse af sagens sammenhæng.

(3) Præsentation for domstolene

Under præsentationen af klientens (den tiltaltes) standpunkt fastholdes den ensidighed, som beherskede selektionen af bevismaterialet. Klientens interesser har fået juridisk udtryk i den nedlagte påstand, i de anførte anbringender, og i de til støtte herfor førte bevisdata. I såvel påstand som anbringender gøres en bestemt argumentation gældende, - og den gøres netop gældende, d.v.s. den hævdes af en person nemlig advokaten som repræsentant for klienten. I og med at det er advokatens opgave at repræsentere klienten, samtidig med at advokaten ikke i almindelighed kan have nogen bestemt mening om de forhold, som sagen drejer sig om, opstår imidlertid et problem om forholdet mellem det på klientens vegne nedlagte krav med tilhørende begrundelse og bevisførelse og på den anden side advokatens opfattelse, således som den processuelt gøres gældende.

Jeg finder, at forholdet mellem advokaten og det af parten indtagne standpunkt bedst kan beskrives derhen, at advokaten skal identificere sig med klientens (den tiltaltes) standpunkt. Denne opfattelse harmonerer ikke med de synspunkter, som i almindelighed gøres gældende, og divergenzen beror i et vist omfang på en bestemmelse af begrebet identifikation og af genstanden for denne identifikation.

En advokat præsenterer ikke distanceret et muligt standpunkt, en mulig hypotese til efterprøvelse, sideordnet med en række andre muligheder, som præsenteres af en anden (andre) advokat(-er). En advokat gør derimod et standpunkt gældende, idet han repræsenterer og hævder klientens standpunkt. Når det bevismæssige resultat af dommerens overvejelse formuleres psykologisk, nemlig som et spørgsmål om,

hvilken overbevisning dommeren har om sagens faktum, er det klart, at en gunstig judiciel overbevisning om faktum ikke kan nås, såfremt den ikke har en forudsætning i, at bl.a. advokaten har en tilsvarende overbevisning. Hvis advokaten ikke selv kan gøre en overbevisning gældende, som er i overensstemmelse med den overbevisning, som advokaten plæderer for at dommeren skal tilegne sig, er der en diskrepans mellem advokatens processuelle optræden og hans varetagelse af sin klients tarv.

Det må fremhæves, at når jeg taler om identifikation, siger jeg ikke til, at advokaten skal kende til de forhold, som ligger til grund for partens opfattelse af faktum. Ej heller til, at advokaten under sin argumentation for en bestemt bevisvurdering skal støtte sig på sine egne erfaringer eller iagttagelser. Advokaten skal ikke engang nødvendigvis gå ind for, at "faktum forholder sig på en bestemt måde", altså se bort fra, at der kan foreligge tvivl vedrørende faktum, men såfremt det erkendes, at der foreligger en vis usikkerhed vedrørende faktum, må denne erkendelse kombineres med en bevisretlig argumentation, som fører til et for klienten gunstigt resultat.

Advokatens personlige viden om sagens rette sammenhæng eller personlige støtte til klientens standpunkt er unødvendig og tildels utilstedelig ¹³⁾.

Dette forhold er netop baggrunden for, at en "advokatorisk substitution" overhovedet er mulig: Den advokat, som forsvarer et standpunkt i en proces den ene dag, kan uden vanskelighed forsvare det modsatte standpunkt under en proces den næste dag:

13) Smk. Victor Hansen s. 101, Aksel H. Pedersen I s. 117 f, A. Victor Hansen i Proceduren s. 176.

"I de fleste sager kunne man ligeså godt have repræsenteret sin kollegas mandant. Den stillede opgave har nu, takket været den ensidighedens nådegave, som hører med til en god sagførers egenskaber, gennemtrængt en således, at man ønsker at lægge hele sin person i sagen, men man må aldrig glemme, at man er sagfører, og at den opgave, som nu engang er stillet en, er begrænset", Karsten Meyer i Sagførerbladet 1922 s. 52 - 58, citeret efter Aksel H. Pedersen I s. 118 - 119.

Det er et væsentligt element i den teknik, hvormed judicielle processer under partsautonomi føres, at de to parter standpunkter repræsenteres af advokaterne. Ligesom advokaten i sin selektion af bevismaterialet er bundet til overvejelser af, hvilket bevis der vil tælle i klientens favør, må det antages, at det er gennem den åbenlyse ensidighed, at dommerens erkendelse nås. Men den advokatoriske ensidighed må ikke være vilkårlig. Advokaten udkaster ikke blot en mulighed, en tentativ hypotese, der kan finde en vis støtte i de beviser, der er tilstede. Advokaten fremfører et standpunkt, idet han som repræsentant for klienten fremfører dennes standpunkt. Bemærk, at identifikationen ikke gælder klienten som person, men gælder det standpunkt, som består af den nedlagte påstand, anbringender og sagens bevisdata.

Man kan sammenligne den tilslutning eller overbevisning, som advokatens repræsentation af klientens standpunkt indebærer, med den judicielle overbevisning, som ligger til grund for den judicielle antagelse om sagens faktum i dommen. En judicial overbevisning behøver ikke at være udtryk for dommerens personlige overbevisning. Den judicielle overbevisning er embedsmæssig følge af procesførelsen og gældende regler. Jfr. herom nærmere ovenfor kap. IX.1.

Det analoge gælder for advokaten: Advokatens funktion i den processuelle sagsbehandling er at gå ind for sin klients standpunkt, d.v.s. hævde det som det juridisk korrekte, herunder det bevismæssigt tilstrækkeligt underbyggede. Denne processuelle repræsentation af et standpunkt hindrer ikke, at advokaten personligt har en anden opfattelse af sagens retlige og faktiske sammenhæng.

(4) Ensidighedens modifikationer

Den ensidighed i selektion af bevisdata, som fremføres for

retten, og i fremstillingen af sagens faktiske sammenhæng, som jeg har redegjort for, gælder ikke uden modifikation. Ensidigheden modificeres af dels et retligt, dels et taktsk krav om hensyn til modpartens interesser og dermed til en alsidig belysning af sagen.

Det retlige krav bygger på, at advokatens varetagelse af sin klients interesser ikke er uden begrænsning. Udgangspunktet er naturligvis, at advokaten "alene og udelukkende (skal) handle i klientens interesse" (Kollegiale regler afsn. VI.1), men når dette udgangspunkt specificeres med henblik på eksempelvis procesførelse, dukker modificerende forhold op: "Ved udførelsen af en sag må en advokat ikke gå videre end berettigede hensyn til varetagelse af klientens interesse siger, og navnlig er det utilstedeligt at foretage unødige retsskridt eller søge klientens interesser fremmet på utilbørlig måde" (Kollegiale regler afsn. IX. pkt. 3). Af sådanne formuleringer fremgår, at der gælder visse modifikationer i ensidigheden, men hvilke fortæller reguleringen ikke noget om. Nogen vejledning kan sådanne standarder som "god advokatskik" eller "advokated" heller ikke give ¹⁴⁾.

Af særlig betydning er spørgsmålet, i hvilke tilfælde en advokat er forpligtet til at fremlægge sådanne oplysninger, som han er i besiddelse af, men som ikke er gunstige for klienten. En ubetinget pligt i denne henseende gælder ikke ¹⁵⁾. En generel undersøgelse af modifikationer vil omfatte en række spørgsmål: Advokatens - og partens - forpligtelse til at foretage undersøgelser, som er af almen interesse for sagens afklaring, til at fremlægge sådanne bevisdata, som han er kommet i besiddelse af, til at indforskaffe bevisdata, som han ved eksisterer, og som han ved er ugunstige for klienten, og til at undlade at udtale sig

14) Jfr. herved Aksel H. Pedersen I s. 39 f, Wiklund, 1973 s. 458 f, s. 519 f.

15) Jfr. herved Aksel H. Pedersen I s. 103 f, Ekelöf 1973 IV s. 140 - 141 om partens kriminalretligt sanktionerede forklaringspligt.

under sagsbehandlingen i strid med sådanne bevisdata, som ikke er fremlagt, men som han kender og som han ved er ugunstige for klienten. Her skal påpeges, at der i et vist omfang kan stilles krav til advokaten om at modificere sin ensidige varetagelse af klientens interesser, idet advokaten må medvirke til, at der fremskaffes sådanne bevisdata, som isoleret betragtet er ugunstige for klienten, og at advokaten ikke ubetinget kan udtale sig på en sådan måde, at han negligerer sådanne ugunstige bevisdata, som han ikke er forpligtet til at fremlægge, men som han altså ej heller kan bestride i sin procedure.

En relativt vidtgående oplysningspligt er antaget i den eneste (trykte) afgørelse, nemlig UfR 1942 s. 363 HK. Landsretten udtalte her en misbilligelse, som stadfæstedes af højesteret, af, at en part og dennes advokat havde forholdt modparten nogle oplysninger, som advokaten havde indhentet hos partens arbejdsgiver i anledning af sagen, og som advokaten havde modtaget en måned før domsforhandlingen.

I begrundelsen for stadfæstelsen udtaler højesteret: "Selvom den kærendes (advokatens) anbringende om, at han har ment at kunne afkræfte de i skrivelsen indeholdte oplysninger vedrørende det ommeldte søndagsarbejde, ikke måtte kunne forkastes, tiltrædes det, at han, da hans herhenhørende fremstilling var afvigende fra modpartens, ikke i forbindelse med sin fremstilling burde have tilbageholdt skrivelsens oplysninger om hvis processuelle betydning i modpartens favør han ikke kunne være uvidende". Denne afgørelse kan tages til indtægt for, at en advokat i relativt vidt omfang er forpligtet til at fremlægge sådanne ugunstige oplysninger, som han måtte være i besiddelse af ¹⁶⁾. Imidlertid må det fremhæves, at den pågældende skrivelse ikke blot er et bevisdatum af ugunstigt indhold, men er et bevisdatum, som advokaten selv har provokeret ved sin forespørgsel i anledning af sagen. De i skrivelsen indeholdte oplysninger var relevante for bedømmelsen af, i hvilket omfang advokatens klient havde været afskåret fra at opnå almindelig arbejdsfortjeneste på grund af byrådsarbejde.

Retten udtrykte misbilligelse af såvel part som advokat, jfr. retsplejelovens § 325 jfr. § 327 om "opdigtede udsæt-

16) Jfr. i denne retning Aksel H. Pedersen I s. 103 med note 71.

telsesgrunde eller andre udflugter til at forhale sagen eller at skille modparten fra sin ret".

Da jeg først og fremmest beskæftiger mig med de taktiske synspunkter, som bestemmer det advokatoriske arbejde, vil jeg ikke gå i dybden med en analyse af de retlige krav til advokatens alsidighed under sagens oplysning. Dette må kunne udgøre en genstand for en selvstændig undersøgelse.

Om loyalitet under ekstrahering, se Sonne-Holm i Proceduren s. 78, jfr. 76, om loyalitet under forelæggelse og dokumentation, Ricard s. 182 og 186 jfr. s. 175, hvor fremhæves, at proceduren nok er et partsindlæg, ikke et responsum, men at den dog ikke derfor må blive illoyal. Jfr. Tjur s. 143 f om syns- og skønsforretning.

Ved siden af det retligt begrundede krav om alsidighed eller "loyalitet" gælder et taktisk begrundet krav i denne samme retning: Det kan udtrykkes på den måde, at ensidigheden i visse tilfælde er "gennemskuelig", således at den bliver ugunstig for den pågældende part. Denne ensidighedens gennemskuelighed må ikke forveksles med den retligt begrundede loyalitet.

Når Christrup fraråder en udenretlig samtale med et vidne - et standpunkt hvorom der ikke er fuldstændighed enighed - er det ikke blot fordi man "bør undgå på nogen måde at påvirke vidnerne", men tillige fordi "hvis vidner møder velforberedte op under sagen og det lykkes modparten gennem afhøringerne at vise, at vidnernes forklaringer ikke er af en sådan beskaffenhed, at de bør lægges til grund, kan det gøre forklaringerne helt værdiløse", Christrup s. 108.

Med samme dobbelte begrundelse afvises kapitløse spørgsmål: "Ledende spørgsmål bør ikke stilles, dels fordi de kan give et falsk billede af sagen, dels fordi det kan være til skade for klienten", s. 111, jfr. Vollmond: "Ledende spørgsmål kan imidlertid give bagslag for spørgeren og svække hans position ... Vidnets besvarelse af de stillede spørgsmål kan måske være påvirket af spørgsmålenes suggestive virkning. En advokat, som stiller ledende spørgsmål løber derfor fare for, at retten ikke tør stole på en forklaring, fremkommet på denne måde", Proceduren s. 88.

I forbindelse med udvælgelsen af bevisdata betyder ensidighedens gennemskuelighed, at en advokat i et vist omfang må være interesseret i at fremdrage sådanne bevisdata, som nok isoleret betragtet er til ugunst for advokatens klient,

men som på den anden side må forventes fremdraget af modparten, hvis de ikke fremdrages af advokaten selv. Hvis udgangspunktet er den ensidige selektivitet, må dette for den enkelte part suppleres med en hensyntagen til den tilsvarende ensidighed fra modpartens side, og den mulighed, at en modpart fremdrager netop det bevismateriale, som advokaten har udelukket på grund af dets ugunstige indhold, modificerer princippet om ensidig selektion, men modificerer det altså ikke som et udtryk for en principiel alsidighed, men blot som en mere nuanceret ensidig taktik.

Om straffesager: "Proceduren (anklagerens procedure) skal være udtømmende ... Svage punkter i sagen for anklagemyndigheden må man ikke vige udenom, men tværtimod angribe dem direkte. Tilsyneladende svage punkter er ofte i virkeligheden ikke så svage, når de tages frem, og der argumenteres om dem. Anklagerens procedure skal være udtømmende, også i den forstand, at forsvareren i sin procedure ikke skal kunne anføre forbigåede oplysninger eller anføre væsentlige betragtninger over sagen, som anklageren ikke har berørt", Hertz s. 419 - 420. Denne foregriben af forswarets kritik af anklagemyndighedens materiale stilles udtrykkeligt op med henblik på afhøring af tiltalte: Afhøringen "skal være gennemgribende og udtømmende, herunder selvfølgelig med fremdragelse af, hvad der taler til tiltaltes fordel i sagen. Anklageren har pligt dertil, og desuden er det taktisk uklogt at gå udenom eller undlade at uddybe det, der kan være et svagt punkt for anklagemyndigheden. Målet for afhøringen er, at der ikke er noget for retten - og nævningerne - nyt relevant moment i sagen, som forsvareren kan fremdrage under sin afhøring af tiltalte" s. 408.

Jfr. om citering af litteratur: "Man taber tempo ved at vente til modparten har fremhævet det", Ricard s. 175.

3.3. Parternes ensidighed og dommerens objektive bedømmelse

Jeg har redegjort for den advokatoriske, taktiske ensidighed, og jeg har påpeget, at denne modificeres af en både retligt påkrævet og taktisk begrundet bestræbelse for en vis "alsidighed". Spørgsmålet er herefter, om denne kombination af ensidighed og modifikation af denne - udvist af begge parter - ikke tilvejebringer et alment grundlag for den judicielle afgørelse. Parternes ensidighed modificerer og supplerer gensidigt hinanden på en sådan måde, at dommeren opnår et alment grundlag for sin afgørelse. En sådan konklusion ville have betydning for en bedømmelse af, i hvilket omfang en sandsynlighedsteoretisk bevisteori er korrekt.

Den tentativt angivne konklusion forekommer mig imidlertid at være en forenkling. Dette skal nærmere underbygges.

Undertiden gives beskrivelser af procesførelsens dramatik på en måde, som vanskelig kan forliges med den tanke, at resultatet skulle være objektivt og alment:

"Proceduren er en kamp, og hvadenten man selv eller den anden skal lægge for, kan man ikke lave en ordentlig procedure uden at gøre sig klart, hvordan modpartens angreb vil tage sig ud, og det må man altså prøve at danne sig den bedst mulige forestilling om ... Derfra går tanken umiddelbart til eget forsvar mod det forventede angreb. I nogle tilfælde må det blive knald eller fald, i andre tilfælde er en række forskellige positioner man kan indtage, og gælder da om at vælge rigtigt, så man ikke senere kommer til at flygte fra en fremskudt position, så er det ikke sikkert, det kan lade sig gøre at gøre holdt ved den næste og holde den", Tjur s. 195 - 196.

"Når anklageren grundigt og samvittighedsfuldt har prøvet sin sag, skal han efter sagens karakter og omstændigheder med styrke og kraft gøre anklagemyndighedens synspunkter gældende og være beredt til at møde modstand eller aggressivitet med fasthed i passende form. Forsvareren må ikke tage magten. Der skal være balance til stede i retssalen mellem sagens parter, hvilket også må være ønskeligt fra rettens synspunkt", Hertz s. 384.

At ensidigheden har realitet kan demonstreres gennem enkelte eksempler. Den ensidige selektion vil for det første indebære, at der er visse spørgsmål, som ikke vil blive stillet. Om et spørgsmål vil blive stillet beror nemlig - efter de taktiske synspunkter, som er refereret ovenfor - på om den spørgende forventer, at vidnets besvarelse med en rimelig sandsynlighed er positiv for den pågældende klient. Denne bedømmelse kan falde negativt ud for begge parter: Såvel den ene som den anden part må frygte, at det pågældende bevisdatum vil vise sig negativt, og vedkommende bevisdatum vil derfor ikke blive fremdraget. Det pågældende vidne vil ikke blive indkaldt, eller det pågældende spørgsmål vil ikke blive stillet til vidnet, o.s.v.

"En forsvarer bør aldri gå til eksaminasjon av et vitne, nær sagt hvor ubetydelig vitnets forklaring måtte være, uten på forhånd å ha gjennomtenkt hva det skal spørres om ...taktikk og tema må være lagt opp, og under eksaminasjonen kan vitnets reaksjoner gi verdifull hjelp for de videre spørsmål.

Under eksaminasjon kan man komme i den situasjon at man må vurdere om et bestemt spørsmål skal stilles. Man står overfor det såkalte farlige spørsmål. Svarer vitnet ja på spørsmålet er tiltalte ferdig. Svaret vitnet nei, kan svaret snu saken til fordel for tiltalte. Skal man da stille det farlige spørsmål? Det kan være et tiendedels sekund å bestemme seg på. Noen vil mene at spørsmålet selvsagt må stilles, for derved vil sannheten komme frem....

Det har også hendt at jeg har unnlatt å spørre, og så etter rettsmøtet

spurt min kollega på motsatt side om han var oppmerksom på spørsmålet. Jeg har fått svaret: "Selvsagt var jeg det, men jeg turde ikke å stille det". Så var vi altså to om den sak. Dommeren kan selvsagt være oppmerksom på punktet, men han kan også overse det og rettsmøtet slutter da uten at det farlige spørsmål er stillet" 17).

Endvidere vil ensidigheten vise sig ved, at den ikke alltid vil blive kompensert af modpartens ensidighed. Dette indebærer, at de bevisdata, som en advokat ikke fremlægger, fordi de er ugunstige for vedkommende advokat, ikke alltid vil blive fremlagt af modpartens advokat. Den ensidige udvælgelse bliver en realitet, fordi den ikke alltid kan eller vil blive kompensert af modpartens advokat.

Man må gøre sig taktiske overvejelser ved udformningen af et proces-skrift. Det gælder om "ikke at levere modparten en vejledning", Tjur s. 35. Men man skal dog heller ikke "lege skjul med hinanden", Rønne s. 60.

Den totale strategi, som bestemmes ud fra ønsket om at fremdrage først og fremmest de for klienten gunstige omstendigheder, kan kun få betydning, når det forudsættes, at modparten ikke fuldt ud kompenserer denne ensidige udvælgelse.

Ensidigheten mister simpelthen funktion, såfremt det generelt kan forventes, at modparten alltid vil kompensere denne.

Hvis anklageren i eksemplet ovenfor hadde stillet det supplerende spørsmål til bartendersken, hvorfor hun kunne genkende den tiltalte, ville meningen med eksemplet naturligvis forsvinde. Den advokatoriske anvisning om en afbrutt afhøring forudsætter, at modparten ikke forstår at reagere adekvat på den taktiske tilrettelæggelse.

Som "grundprincip for sagens opplysning" oppstilles følgende maxime: "Et spadestik dybere end modparten" 18).

Det er derfor ikke mærkeligt, at advokaterne er fuldt oppmerksomme på konflikten mellom på den ene side at gavne klientens sag, på den anden side at tilveiebringe opplysning af saken:

17) Alf Nordhus: Jeg tar saken, 1967 s. 79 - 80.

18) Tjur s. 29.

"Der er et forhold, der nu og da kan volde vanskelighed. Det er det forhold, at formålet med en sagførers arbejde i skranken er at søge sagen bedst muligt belyst til brug for retten, men formålet er også at varetage klientens interesser bedst muligt. Disse to formål lader sig ikke altid fuldtud forene. Der er meget snævre grænser for, hvilke faktiske oplysninger der taler til gunst for en klients modpart, en sagfører er berettiget til at tilbageholde. Der er imidlertid ingen, der med rette kan forlange, at en sagfører, der har særlig viden, skal stille denne viden til rådighed for modparten, og der er ej heller nogen, der kan forlange, at en sagfører skal søge at skaffe sig en viden, som han muligt befrygter, vil være belastende for klientens sag". Christrup s. 113 - 114.

Dette almene synspunkt afspejler sig specielt med hensyn til afhøringerne: "Formålet med afhøringerne er selvsagt at søge sagen oplyst bedst muligt. Det må imidlertid hertil føjes, at en sagfører under sagen møder for en klient, og at formålet med hans afhøring er at få tegnet det billede af sagen, der tjener hans klients interesser bedst", Christrup s. 107, jfr. Tjur s. 22, citeret ovenfor.

Christrup håber på, at der kommer "balance i forholdet mellem parterne derved, at begge er repræsenteret af en sagfører". Hertil må bemærkes, at der naturligvis kan komme balance i forholdet ved en (lige god?) repræsentation af de to parter, men at dette ikke kan ophæve den af Christrup påpegede modsætning imellem den ensidige advokatvirksomhed og dommerens bedømmelse. For de tilfælde hvor en balance ikke opnås, tilføjer Christrup det trøstens ord:

"Skulle dette i enkelte sager ikke blive tilfældet, er der ikke andet at sige hertil, end at det er en følge af et system, der ikke kan være anderledes. Parterne vælger også selv deres sagførere og må bære de fordele og ulemper, der måtte følge af valget" ¹⁹⁾.

Dette ekstremt liberale synspunkt bidrager ikke til en forståelse af bevisrettens grundproblem. I stedet vil jeg forsøge at sammenføje den partsorienterede advokatvirksomhed og dommerens virksomhed gennem en analyse af den ovenfor omtalte dom, som tog stilling til et grænseproblem vedrørende de advokatens ensidighed:

19) Christrup i Proceduren s. 114.

Sagen i UfR 1942 s. 363 H K udsprang af en injuriersag, som et byrådsmedlem havde anlagt mod kommunale revisorer, som havde anfægtet byrådsmedlemmets (sagsøgerens) ret til erstatning for tabt arbejdsindtægt som maskinarbejder. Landsretten anså det for "godtgjort, at sagsøgeren såvel for flere af de enkelte tidsrum for hvilke kvitteringer er udstedt som for hele det pågældende regnskabsår" havde hævet mere i erstatning end berettiget. Sagsøgerens advokat havde som besvarelse af en forespørgsel af 19.11.1941 modtaget en skrivelse af 20.11.1941 fra sagsøgerens arbejdsgiver, hvorfra fremgik, at i hvert fald en del af sagsøgerens fravær om søndagen fra arbejdspladsen beroede på mangel på arbejde, og således ikke reducerede sagsøgerens arbejdsindtægt. Det var denne skrivelse, som først fremlagdes under domsforhandlingen efter bevisførelsen efter forespørgsel fra sagsøgtes advokat, som så benyttede den som bevisdatum for, at sagsøgeren ikke havde bedt sig fri for de pågældende dage, mens sagsøgerens advokat bestred skrivelsens rigtighed. Under højesterets votering vedrørende landsrettens misbilligelse af, at advokaten havde forholdt modparten den i skrivelsen indeholdte oplysning, var der stærkt delte meninger om en advokats pligt til at fremskaffe og fremlægge for klienten ugunstige oplysninger. Blandt mindretallet blev den opfattelse gjort gældende, at en sagfører ikke har nogen pligt til af egen drift at fremkomme med oplysninger, som han ved sit arbejde med sagen har skaffet sig, men at alt hvad der kan forlanges af en advokat er, at han ikke positivt hævder det modsatte om sagens sammenhæng end, hvad der følger af hans viden om for klienten ugunstige omstændigheder. Flertallet af de voterende fandt, at såfremt det pågældende materiale var relevant, og såfremt den pågældende advokat ikke har føje til at antage, at det pågældende materiale er uden betydning, bør han fremlægge det.

Når voteringen fremdrages her, er det ikke for at give et præciserende bidrag til afklaringen af advokatens oplysningspligter i forhold til modpart og domstol, men fordi de argumenter, som indgår i rettens bedømmelse af spørgsmål, har principielt interesse. Såvel flertal som mindretal af dommere refererer nemlig primært til almene bevisretlige synspunkter. Blandt dem, som vil ophæve misbilligelsen,

refereres til, at modpartens advokat havde "anledning - og opfordring - til" at skaffe oplysninger om de pågældende forhold, altså synspunkter af central relevans for den almindelige bevisretlige regulering. Og blandt flertallet giver en af de voterende en udførlig redegørelse for forholdet mellem bevisbyrde og fremlæggelsespligt:

Med hensyn til sagens særlige karakter som injuriersag bemærkes, at det selvfølgelig er rigtigt, at den fornærmede ikke har nogen pligt til at forsyne injurianten med materiale til at bevise sine sigtelser, men denne situation foreligger ikke her, idet forholdet - i følge dommerne - var det, at de sagsøgte, dvs. revisorerne havde godtgjort, at sagsøgeren kun havde anvendt 135,5 time i kommunens interesse, og det var sagsøgeren der på et sent tidspunkt fremkom med den ikke særligt sandsynlige påstand om, at de oprindeligt af ham selv opgivne 178 (175,5) timer skulle forhøjes med søndagstimerne. At de særlige regler om bevis i injuriersager skulle føre til, at de sagsøgte d.v.s. revisorerne skulle have bevisbyrden for, at sagsøgerens påstand på dette punkt var urigtig, synes ikke antageligt .

Spørgsmålet om advokatens ensidighed i denne situation skal misbilliges, sættes i forbindelse med de almindelige bevisretlige (bevisbyrde- og oplysningspligt-)regler, der gælder for det pågældende emne. Det påpeges i det ovenfor citerede, at de særlige regler om bevisbyrden for en sigtelses rigtighed ikke indirekte modificeres ved, at der i en situation som den foreliggende pålægges den fornærmede en oplysningspligt (eftersom oplysningen angår forhold som ikke ligger til grund for injurien).

Jeg mener hermed at have vist, at der er grund til at antage, at grænserne for det advokatorisk tilladelige - "god advokatskik" under procesførelsen - ikke kan besvares uafhængigt af en undersøgelse af, hvilket sagsområde det angår, og den hertilhørende bevisretlige regulering i dens enkeltheder.

En anden af de voterende i flertallet henviser til, at påstanden om straf for bagvaskelse gør processen sammenlignelig med en straffeprocess, og at det derfor følger af "naturretten", at der gælder en fremlæggelsespligt. Selvom det bevisretlige udgangspunkt er et andet end det ovenfor citerede, er sammenhæng mellem bevisret og oplysningspligt den samme.

Denne sammenhæng mellem grænserne for den tilladelige ensidige taktik og de bevisretlige vurderingsregler kan søges forklaret således: Forudsætningen for, at partens (og dennes

advokats) undladelse af at fremlægge et bestemt bevisdatum kan tillægges bevismæssig betydning judicielt, er at dommeren er bekendt med, at det pågældende bevisdatum foreligger og er tilgængeligt for den pågældende part. Hvis disse betingelser er opfyldt, kan partens undladelse af at fremlægge det pågældende bevisdatum betragtes som tilsidesættelse af en "oplysningspligt", og denne forsømmelse kan derfor indgå i grundlaget for, hvilket faktum der antages. Hvor denne forudsætning ikke er opfyldt, indgår det pågældende bevisdatum hverken positivt eller negativt i den judicielle bedømmelse af faktum.

Den ensidighed, som indebærer at parten tilbageholder materiale, men som samtidig kan indgå i grundlaget for den judicielle bedømmelse, behøver ikke at blive "kriminaliseret" gennem en judiciel misbilligelse eller stærkere sanktion. Denne ensidighed kan sammenlignes med den "gennemskuelige ensidighed", som jeg omtalte i forhold til modparten ovenfor.

Misbilligelsen er aktuel, når det pågældende bevisdatum ikke indgår i bevisvurderingen. Misbilligelsen bliver et surrogat for den bevismæssige hensyntagen: Hvis det havde været retten bekendt, at den pågældende part lå inde med et vigtigt dokument vedrørende faktum, ville undladelser af at fremlægge dette dokument blive tillagt bevismæssig betydning.

Der er potentielle bevisdata, som klart ikke er relevante: Der er kun ganske specielle tilfælde, hvor det kan forlanges af en advokat, at denne foretager selvstændige undersøgelser indenfor områder, hvor det må forventes at resultatet af undersøgelsen vil være negativt for klienten. Det forhold er imidlertid gennemskueligt for retten: Retten kan uden hindring bedømme, hvorvidt advokaten bør foretage eller ikke bør foretage en sådan undersøgelse. Hvis undersøgelsen ikke kan kræves, kan der ikke tillægges det skadelig bevismæssig konsekvens, at han ikke har foretaget undersøgelsen. Men er undersøgelsen foretaget, forvrides grundlaget for den judicielle bedømmelse, såfremt advokaten tilbageholder resultatet af undersøgelsen. Ligesom

en advokat ikke kan udslette et ugunstigt svar under en vidneafhøring, således kan der være tilfælde, hvor en advokat ikke kan tilbageholde resultatet af en undersøgelse som advokaten har foretaget på egen hånd, selvom advokaten ikke er forpligtet til - og parten derfor ikke bevismæssigt kunne bebrejdes at man havde undladt - at foretage undersøgelsen.

4. Den juridiske sandsynlighedsteori og partsautonomi

Med analysen i de 2 foregående afsnit (X.2 og 3) er dels udviklet en mere nuanceret forståelse af den bevisretlige vurdering under partsautonomien, dels tilvejebragt et grundlag for en konfrontation med den juridiske sandsynlighedsteori, for så vidt angår den processuelle regulering af den judicielle dikotomisering.

Det er påvist at den procesretlige regulering af parternes adfærd, for så vidt som denne er relevant for, hvorvidt en dommer antager eller ikke antager et faktum, harmonerer med de grundsynspunkter, som jeg karakteriserer som normativ adfærdsvurdering. Analysen af den procesretlige regulering understøtter altså den antagelse, at den judicielle proces og den hertil knyttede bevisret må opfattes ud fra et ikke-sandsynlighedsteoretisk synspunkt, og at dette synspunkt formentlig finder godt udtryk i teorien om den normative adfærdsvurdering.

Den kritik af den empirisk orienterede sandsynlighedsteori som fortolkning af den judicielle proces og dens bevisret, som hermed er gennemført, skal jeg kort sammenfatte i et par hovedpunkter i dette afsnit. I de følgende afsnit vil jeg derefter undersøge, i hvilket omfang der kan påvises elementer i den procesretlige regulering, som overskrider disse egenskaber, som begrunder afvisningen af sandsynlighedsteorien, og derved er der tilvejebragt et videnskabeligt grundlag for bedømmelse af, i hvilket omfang der kan tænkes en såvel materiel- som procesretlige udvikling, som nærmer i hvert fald dele af de bevisretlige problemer til en sandsynlighedsteoretisk opfattelse.

(1) Selektivitet. I analysen af den advokatoriske taktik er parternes selektivitet med henblik på den processuelle aktivitet fremdraget. En tilsvarende selektivitet gør sig naturligvis gældende førprocessuelt: Spørgsmålet er, om det er kreditor der skal sikre sig bevis for, at der ikke er betalt, eller om det er debitor, der skal sikre sig bevis for, at der er betalt. Den bevissikrende virksomhed er kun tænkelig for så vidt den sigter til et faktum, som den pågældende part har fordel af at hævde.

Denne erkendelse har været baggrunden for, at der har været bevisbyrde-teorier, hvorefter bevisbyrden skulle pålægges den part, som havde interesse i at hævde det pågældende forhold. En regel af dette indhold er efter det netop anførte indholdsløs. Er den ene part interesseret i at hævde faktum, er den anden part interesseret i at hævde dets negation ¹⁾.

Selektiviteten gælder dels med hensyn til de bevisdata, som manifesteres under den judicielle proces, dels med hensyn til den tematisering, som introduceres gennem parternes anbringender.

Advokaters explicitte overvejelser over det "gunstige" contra det "ugunstige" bevis er knyttet - ikke logisk, men praktisk - til de manifesterede verbale beviser, og dette harmonerer med sådannes særlige funktion som såvel standard- som sagkyndige beviser.

(2) Kalkulation. Det er almindeligt erkendt, at de bevisdata, som fremføres under en proces, dels kan være "tilfældige", dels kan være kalkulerede, dvs. førprocessuelt sikrede med henblik på bevisførelse under processen ²⁾.

Ser man først på de efter denne begrebsdannelse "kalkulerede" bevisdata, harmonerer disses tilblivelseshistorie ikke med de forudsætninger, som en stokastisk sandsynlighedsvurdering forudsætter. De udgør som manifesterede bevisdata under den judicielle proces ikke "tilfældige hændelser", som kan betragtes som repræsentative for en vurdering af sandsynligheden for det relevante tema. Tværtom er det netop tilvejebragt med henblik på at skabe en judicial overbevisning om et relevant tema.

Dette gælder imidlertid ikke alene de egentlige kalkulerede bevisdata, men i det hele ethvert bevisdatum, som tilveje-

1) Jfr. Ekelöf 1973 IV s. 84 f.

2) Ekelöf IV 1973 s. 11.

bringes ved parternes foranstaltning. Intet bevisdatum er "tilfældigt" i den forstand, at det kan iagttages af dommeren som en begivenhed, som er uafhængig af de relevante temaer som er under bedømmelse. Dette er ikke en følge af, at parterne forsøger at forvride det grundlag, som de tilvejebringer for den judicielle afgørelse, men er en følge af partsautonomien med henblik på tilvejebringelsen af de manifeste bevisdata.

Denne sammenhæng mellem parternes dispositioner vedrørende bevisdata og den judicielle bevisvurdering kan uddybes: Til parternes kalkulation med hensyn til den judicielle bevisvurdering svarer en judicial kalkulation, idet domstolen udvikler normer for bedømmelsen af parternes forhold, som virker adfærdsdirigerende. Dette gælder naturligvis primært den egentlige adfærdsregulering. Men der er tillige udviklet en adfærdsregulering som er umiddelbart relevant for dommerens valg mellem at antage og forkaste et relevant faktum. Denne adfærdsdirigering sigter på tilvejebringelsen af et sæt af manifeste bevisdata, som udgør et sikkert grundlag for antagelsen eller forkastelsen af faktum.

På baggrund af såvel parternes (advokaters) som domstolens gensidige kalkulation og normeringen er det for en række bevisdata ikke muligt at tale om "naturlig" eller empirisk bevisværdi. Der er eksempelvis intet "naturligt" eller i sig selv empirisk grundlag for, at det skulle antages, at en person som ikke giver møde i en retssag til et bestemt tidspunkt, indgår i et bestemt nærmere defineret retsforhold. Men dette er ikke desto mindre, hvad en dommer må antage, såfremt den pågældende person er tilsagt som part under en retssag, hvor modparten har defineret et bestemt faktum som tema for bedømmelse, og hvor partens undladelse af at give møde tages til indtægt som en "passivitet" for det pågældende af modparten definerede faktum. Dette kan sidestilles med den kalkulation, som en part foretager med henblik på tilvejebringelse af en judicial overbevisning, eftersom den adfærdsdirigerende regel så at sige selv konstituerer de bevisdata, som udgør grundlaget for den judicielle vurdering: Den judicielle regel konstituerer en betemt adfærd fra den pågældende parts side - som i sig selv er irrelevant for det pågældende faktum - som et grundlag for den judici-

elle vurdering. Dommeren gør med andre ord den pågældende i sig selv irrelevante adfærd relevant for sin vurdering af det pågældende faktum. I parternes passivitet iøvrigt, såvel i civil- som i kriminalprocessen, viser det sig, at den vægt som passivitet tilskrives er vilkårlig i den forstand, at den bestemmes af en normering af de oplysningskrav, som stilles til parten.

Selektiviteten, som primært tilskrives parterne, og kalkulationen, som netop er omtalt, kan sammenfattes derhen, at den judicielle stillingtagen til, hvilket faktum der skal lægges til grund, beror på en interaktion mellem sagens parter og dommeren. Det er ikke muligt, som en sandsynlighedsteori forudsætter, at opfatte parternes adfærd som et "tilfældigt" grundlag for den judicielle vurdering, at opfatte parternes adfærd som uafhængig af den forestående judicielle bedømmelse af faktum, eller den judicielle bedømmelse som uafhængig af parternes bevidste tilrettelæggelse med henblik på denne bedømmelse. Denne "interaktion" er ikke gensidig: Selvom såvel parter som domstol tager hensyn til hver deres krav og interesser, er det domstolens beslutningskriterier der i sidste instans er bestemmende. Pointen er, at parten indretter sig efter disse kriterier - og at domstolen tager hensyn til dette.

(3) Bevis-atomisering. Den judicielle bedømmelse af parternes forhold atomiseres i en vurdering af enkelte mulige bevisdata. Forholdet mellem det relevante faktum, dets eventuelle senere reflekser eller reproduktionsmuligheder og dommerens bedømmelse af disse er tidligere omtalt. En konsekvens af dette synspunkt er bl.a., at det ikke er muligt at hævde et alment grundlag for den judicielle dikotomisering: Der kan ikke altid for et bestemt materielt faktum opstilles en almindelig dikotomiseringsregel f.eks. at der stilles et vist sandsynlighedskrav af et bestemt kvantitativt angivet indhold. Dikotomiseringsreguleringen er mere kompliceret. Forsåvidt der er tale om sandsynlighedsgrader, kan de være forskellige afhængig af de forskellige bevismidler, som søges anvendt. Og navnlig kan andre kriterier end et rent empirisk, sandsynlighedskriterium indgå i bedømmelsen. Bevisregler udformes med henblik på såvel sikkerheds-

kriterium (som ikke er krav om en vis sandsynlighedsgrad) som manifestationskrav.

(4) Differentieret bevisopgavetilskrivning. Dette synspunkt videreføres i teorien om den normative adfærdsvurdering, som tilskriver hver af parterne et differentieret sæt af opgaver med hensyn til bevissikring. Som et mål for den judicielle regulering af parternes adfærd med hensyn til bevismaterialet kan sættes, at dette afværger judicielle tvivlssituationer. For at adfærdsdirigeringen med dette formål skal have nogen effekt, må det være en forudsætning, at det er den pågældende part muligt at efterleve den pågældende norm. Incitamenter til at bidrage til bevismaterialet ligger såvel i de almene bevisregler som i de specielle, processuelle oplysningspligter.

Forholdet mellem parternes selektivitet og sandsynlighedsteorien kan belyses af følgende fortsættelse af "historien om de to krukker", nemlig krukker med kugler, hvor der i krukken K_1 er flest røde, i krukken K_2 er flest hvide. Ovenfor i VI.3.4. ved formel (29) omtaltes en vurdering af med hvilken sandsynlighed en prøve, taget fra en af de to krukker af en bestemt sammensætning, talte for at være taget fra den ene eller den anden af de to krukker. Bedømmelsen af, om de udvalgte kugler var taget fra den ene eller den anden krukke indpassedes efter en sandsynlighedsvurdering. Dette skete naturligvis som baggrund for en diskussion af, hvorvidt en bevisbedømmelse følger et sådant skema.

Lad os fortsætte historien således: Spørgsmålet drejer sig nu kun, om en bestemt krukke har kugler af den ene eller den anden sammensætning. En af krukkerne er altså så at sige forsvundet ud af historien, og den tilbageværende indeholder altså enten overvejende røde eller overvejende hvide kugler.

Først kan man tænke sig den situation, at vi står med en bestemt stikprøve fra den pågældende krukke. Bedømmelsen af, om krukkenes sammensætning er overvejende af røde eller hvide kugler, følger almindelig sandsynlighedsbedømmelse. Sand-

synligheden for, at kuglerne stammer fra en overvejende rødt sammensat krukke vil naturligvis være størst, hvis de røde kugler dominerer i stikprøven, og denne sandsynlighed vil relativt være større, jo større en sådan dominans er tilstede. Generelt kan dette udtrykkes således:

$$(1) \quad p(K_1|r) = \frac{p(r|K_1) \cdot p(K_1)}{p(r|K_1) \cdot p(K_1) + p(r|K_2) \cdot p(K_2)}$$

Jeg foretager nu en yderligere forandring i historien, og dette er den afgørende forandring: Bedømmelsen af hvilken krukke - eller rettere hvilken sammensætning en bestemt krukke har haft - sker nu ikke på grundlag af en tilfældigt udvalgt stikprøve, men under andre omstændigheder: Den pågældende krukke er gået i stykker på en strandkant. Kuglerne er spredt ud over stranden, tildels trådt ned i sandet. Det er afgørende for den økonomiske stilling for personerne Robert og Hans, om krukken har den ene eller den anden sammensætning. Var krukken rødt domineret, opnår Robert (og ikke Hans) en fordel - er den hvidt domineret, opnår Hans (og ikke Robert) en fordel.

Til afklaring af dette spørgsmål er det naturligvis nærliggende at forsøge at indsamle så mange kugler som muligt. Dette er - forudsætter jeg - den eneste måde, hvorpå en afklaring af spørgsmålet kan opnås.

Den der skal træffe afgørelsen i striden mellem Robert og Hans, sender disse to personer ud for at undersøge stranden, og disse to personer graver så godt de kan. Det accepteres, at de pågældende personer kun søger efter de kugler, der taler i deres egen favør. Vi kan forvente, at Robert fortrinsvis vil søge efter de røde - Hans efter de hvide. Vi tillader med andre ord, at de to personer er ensidige. Er farven ikke umiddelbart bestemmelig, bliver kuglen ikke fremlået, fordi begge frygter for resultatet af en nøjere undersøgelse.

Grænserne for den ensidighed, som parterne kan tillade sig, er ikke ganske præcise. Der påhviler ikke de to personer nogen forpligtelse til at gøre den anden part opmærksom på kugler, som denne er interesseret i. Men det er ikke tilladt, at en part maler en kugle om i sin egen farve, eller

træder en kugle ned i sandet, hvis han ikke er interesseret i at den fremlægges.

På et vist tidspunkt er undersøgelsen afsluttet og de to personer fremlægger deres kugler for den, der skal træffe afgørelsen. De to personer kommer altså hver med en bunke kugler af en vis farvesammensætning, og på dette grundlag skal afgørelsen af krukkens sammensætning træffes.

Kan dommeren nu foretage en empirisk bedømmelse efter den formel, som bliver anført ovenfor? Forudsætningen for at anvende denne formel var, at kuglerne var udtaget "stikprøvevis", dvs. tilfældigt, eller med andre ord, at sandsynligheden for, at en vis kugle blev udvalgt, ikke var større end for en hvilken som helst anden kugle. Specielt var der ikke nogen forskel på sandsynligheden for, at en rød kugle blev udvalgt fremfor at en hvid kugle blev udvalgt. Sandsynligheden for at en vis kugle blev udvalgt er uafhængig af denne kugles farve.

Dette kan unægtelig ikke påstås om den situation, som dommeren står i i vores nuværende situation. Den ene part har fortrinsvis holdt sig til én farve, den anden til en anden farve. Dette har naturligvis påvirket resultatet af deres indsamling. Den er nemlig blevet bestemt af de pågældende parter personlige muligheder for at gennemføre et arbejde, som er nødvendigt for indsamlingen af det relevante materiale. Robert har måske haft en medhjælper, mens Hans humper rundt med et brækket ben. Disse praktiske vilkår for gennemførelsen af undersøgelsen er forskellige for de to parter.

Der består imidlertid den mulighed, at dommeren også tager hensyn til disse forskelle. Resultatet bliver altså, at dommeren ved bedømmelsen af de to parter indsamlingsresultater tager hensyn til, om de to parter er lige egnede til at foretage en sådan indsamling. Er den ene af parterne svækket, regnes det ham til fordel, ved at "bevisværdien" for hans indsamlingsresultat forøges ³⁾.

3) I en baysiansk vurdering indgår sandsynligheden for at få en bestemt farve, betinget af en bestemt krukke. Denne sandsynlighed må da afstemmes efter finderens "dygtighed". Selvom sandsynligheden er lille bedømt efter den relative andel af vedkommende kugletype (beviser), kan sandsynligheden blive stor som følge af finderens muligheder for indsats (advokat).

Men dette er naturligvis ikke i overensstemmelse med de processuelle forudsætninger, som vi skal tilpasse bedømmelsen efter. Dette ville nemlig indebære, at en dommer ved bedømmelsen af de to parter bevisførelse skulle tage hensyn til, hvilken kvalitet de to parter og navnlig deres advokater havde. Er den ene parts advokat meget dygtig, medfører dette en modifikation af den vægt, som denne parts materiale indebærer. En sådan bedømmelse vil naturligvis direkte modarbejde en effektiv procesindsats. Endvidere må det blive rene ætterier, hvilken betydning en sådan "dygtighed" har haft. Endelig betyder denne udvej blot, at "parternes praktiske vilkår for bevisførelse" gøres til præliminært bevistema, og fremskaffelsen af beviser vedrørende dette tema rejser samme problemer, altså en uendelig kæde af præliminære temata.

5. Tendenser mod objektivering

5.1. Objektivering

Den juridiske sandsynlighedsteori er nu blevet konfronteret med en alternativ teori for såvel den før-processuelle partsvirksomhed som den processuelle virksomhed. Diskussionen kan imidlertid ikke afsluttes på dette stadium. I analysen af beviset i den judicielle proces' struktur (ovf. 1-4) har jeg forudsat partsautonomien som ældende for processen. Denne forudsætning kan heller ikke anfægtes, når det gælder private parter i den ordinære civilproces og tiltalte/forsvareren i kriminalprocessen. Men for andre processuelle forhold er forudsætningens berettigelse ikke umiddelbart indlysende. Det må derfor undersøges, om der indenfor ældende civil- og kriminalproces findes processuelle reguleringer, der betinger en principielt anden vurdering af en juridisk sandsynlighedsteori end den, som hidtil er hævdet. En sådan undersøgelse må altså omfatte kriminalprocessen, specielt anklagemyndighedens funktion, og andre (civile) procesforhold, hvor en offentlig myndighed er procespart (5.2 og 5.3).

Partsautonomiens betydning kan modificeres eller ophæves på anden måde end ved, at procesparten er undergivet særlige

offentligretlige regler. Domstolen kan overtage en selvstændig undersøgelsesopgave, således at parternes funktion fundamentalt forandres, hvilket får betydning ikke blot for en af parterne, men for begge parter. Spørgsmålet er da, hvilken betydning en judiciel undersøgelsesvirksomhed har for den judicielle dikotomisering og reguleringen af denne. En besvarelse af dette spørgsmål har ikke alene betydning for de sager, som er domineret af en sådan undersøgelsesvirksomhed, men tillige for vurderingen af de elementer af undersøgelsesvirksomhed, som gælder i den ordinære proces.

Undersøgelsen af en judiciel undersøgelsesvirksomhed er et emne, hvor det - som antydnet i kap. I.1. - kan være nyttigt at inddrage den administrative proces, fordi administrativ undersøgelsesvirksomhed er mere udviklet og bedre udforsket end den judicielle.

Under begrebet objektivering henfører jeg såvel de mulige begrænsninger i partsautonomien, som kan følge af partens offentligretlige status, som den tilnærmelse mod en empirisk teori, som kan følge af judiciel undersøgelsesvirksomhed.

Analysen af judiciel undersøgelsesvirksomhed har interesse for vurderingen af sandsynlighedsteorien som beskrivelse af gældende procesret. Men den har også en videregående interesse: Afgrænsningen af sager uden partsautonomi kan sættes i forbindelse med materielretlige forskelle, og derved kan rammerne for en fremtidig udvikling beskrives og sandsynlighedsteoriens værdi som rekommendation vurderes.

5.2. Kriminalproces

I hvilket omfang gør der sig for straffeprocessens vedkommende sådanne særlige synspunkter gældende, at der kan være grund til at forvente, at de bevisretlige synspunkter afviger fra bevisretten i almindelighed?

Undersøgelsen af dette spørgsmål må begrænses i overensstemmelsen med problemstillingen: Det skal ikke tages op, i

hvilket omfang der for straffeprocessens vedkommende gælder særlige bevisretlige regler, og hvorledes disse bevisretlige regler nærmere er udformet med henblik på bestemte kriminalretlige og kriminalprocessuelle emner. Sådanne spørgsmål som, for hvilke emner anklagemyndigheden bærer bevisbyrden, hvorvidt der gælder forskellige bevisbyrderegler for forskellige materielle temata, hvilke specifikke opgaver der påhviler den tiltalte med henblik på opklaring af utilregnelighedsgrunde, osv., henregner jeg til en positiv beskrivelse af bevisretten indenfor kriminalretten, og dette skal ikke tages op her.

Det er ej heller min opgave at foretage en almindelig undersøgelse af kriminalprocessen sammenlignet med civilprocessen. Den processuelle undersøgelse er begrænset til de processuelle emner, som er umiddelbart relevante for en forståelse af den almene struktur i bevisretten.

Problemstillingen er umiddelbart forståelig, når man præsenteres for det hovedsynspunkt for forholdet mellem civilproces og kriminalproces, hvormed Hurwitz åbner behandlingen af strafferetsplejen:

"Fra den borgerlige retspleje adskiller kriminalprocessen sig ved sin genstand. Reelt beror sondringen først og fremmest på, at kriminalprocessen opbygges på den materielle sandheds princip, det vil sige at den søger at nå frem til konstatering af objektiv sandhed, uden at retten bindes af procesparternes erklæringer eller dispositioner, medens den borgerlige procesret principielt tillægger parterne en vid adgang til at bestemme dømsresultatet i overensstemmelse med deres formelle procedure, derunder deres dispositioner under sagen og hele deres tilrettelæggelse og udførelse af denne (dispositions- og forhandlingsmaxime)" 4).

Hermed stilles "den materielle sandheds princip" i kriminalprocessen i modsætning til den civile af parterne bestemte tvist. Når forskellen mellem kriminalprocessen og civilprocessen knyttes til tilstedeværelsen af henholdsvis fraværet af et princip om en "materiel sandhed" som styrende for processen, må det være begrundet at forvente, at der virkelig i straffeprocessen praktiseres bevisretlige synspunkter, som principielt adskiller sig fra de synspunkter som praktiseres i civilprocessen. Opgaven er derfor at un-

4) Hurwitz 1959 s. 11.

dersøge, om de forskelle mellem civil- og kriminalproces, som utvivlsomt findes, er relevante i denne henseende.

Når Hurwitz henviser til, at den kriminelle proces er opbygget på "den materielle sandheds princip", kan dette processuelle princip i dets almindelighed ikke antages at adskille kriminalprocessen fra civilprocessen. En hvilken som helst judiciel proces har hævdet dette princip. I enhver judiciel proces forsvares de judicielle antagelser vedrørende faktum ved deres overensstemmelse med den materielle sandhed. De forskelle, som findes mellem forskellige processuelle systemer, vedrører de normative vilkår, hvorunder den judicielle erkendelse opnås. Det må derfor være de processuelle midler, hvormed straffedommeren opnår en opfattelse af straffesagens faktum, som skal adskille sig fra de civilprocessuelle midler. Hurwitz' udtalelse må således forstås derhen, at den aførende forskel er angivet i citatets afslutning, nemlig beroende på forskellen mellem civildommeren, som er bundet af procesparternes erklæringer og dispositioner, overfor straffedommeren, som er uafhængig af sådanne.

(1) For den bevisretlige regulering og den judicielle antagelse vedrørende faktum kan problemet opløses i to spørgsmål, nemlig om den judicielle stilling til dels tematiseringen, dels sagens bevisdata.

Med hensyn til tematiseringen er udgangspunktet det velkendte akkusatoriske princip, at "ingen dom uden anklage". Med dette princip som konstituerer straffeprocessen som en to-partsproces, og som i dansk ret har fundet udtryk i reglerne i retsplejeloven § 908, er udgangspunktet, at tematiseringens ydre grænse (i relation til andre forhold) er bundet til anklagemyndighedens tematisering, d.v.s. anklageskriftet. I et vist omfang kan domstolen afvige fra anklageskriftets beskrivelse af tiltaltes forhold, jfr. nærmere § 908 ⁵⁾. I praksis vil dette formentlig altid bero på, at der fra forswarets side er gjort sådanne synspunkter gældende, som begrundet denne afvigelse fra anklageskriftet, men dette er ikke retligt nødvendigt.

5) Hurwitz 1959 s. 232 f.

Med hensyn til tilvejebringelsen af manifeste bevisdata er udgangspunktet, at denne påhviler parterne. Men også dette udgangspunkt er modificeret, jfr. § 830, der giver dommeren en vis adgang til at foretage selvstændig tilvejebringelse af bevismateriale ⁶⁾.

Når man i denne forbindelse påpeger domstolens "ansvar for bevisførelsens fuldstændighed" ⁷⁾, er dette korrekt, men vil i praksis formentlig ytre sig på den måde, at domstolen opfordrer sagens parter, formentlig først og fremmest anklagemyndigheden, til at tilvejebringe det efter rettens opfattelse fraværende, men relevante bevismateriale.

Analogt hermed må det antages, at såfremt domstolen finder grund til at overveje et tema, som ikke er inddraget af parterne, er spørgsmålet i praksis ikke, om retten er beføjet til at inddrage det pågældende tema i sin overvejelse uden anbringende herom fra en af parterne, men domstolen kan opfordre en af parterne til at inddrage det pågældende tema.

På denne måde realiseres et grundtræk i den akkusatoriske kriminalproces, nemlig denne proces' karakter af en topartsproces, hvor retten er befriet for sin efterforskende virksomhed ⁸⁾.

Som et karakteristisk træk ved straffeprocessen fremhæves ofte, at domstolen ikke er "bundet" af tiltaltes tilståelse. Selvom tiltalte har tilstået, skal der foretages en selvstændig judiciel bedømmelse af, om der er tilstrækkeligt bevis til at antage skyld. ⁹⁾ Er dette forhold relevant som principiel forskel mellem straffe- og civilproces?

6) Sml. i civilprocessen rpl. §§ 282, 284, stk. 1, og om vidner i almindelighed § 183, stk. 2.

7) Jfr. Ekelöf V s. 140, som er tilbøjelig til at antage, at rettens supplerende bevisførelse må indskrænkes til tiltaltes fordel og kun bør finde sted, såfremt forsvareren ikke tilfredsstillende kan udføre sit hverv.

8) Jfr. Ekelöf I s. 42.

9) Sml. Ekelöf I s. 48, Hurwitz 1959 s. 11 (citeret ovf.) jfr. om § 925-sager s. 299.

Som udgangspunkt må fremhæves, at ej heller i civilprocessen er bestemte bevisdata "bindende". Dette er en følge af princippet om "fri bevisbedømmelse", dvs. ophævelse af de legale bånd på den judicielle vurdering af, hvilke fakta der skulle antages på grundlag af sagens bevisdata (§ 935 om tilståelse i politisager må netop opfattes som en undtagelse fra dette princip).

Ved vurderingen af dette spørgsmål må den civilprocessuelle "tilståelse" opløses i sine bestanddele, nemlig den materielretlige disposition, som bindende afskærer det pågældende forhold fra judiciel bedømmelse, og den bevismæssige udtalelse, som udgør et grundlag for den judicielle bedømmelse af faktum. I førstnævnte henseende er civilprocessen karakteriseret ved parternes almindelige adgang til at foretage sådanne processuelle dispositioner. Temaer, som ingen af parterne indbringer under judiciel bedømmelse, bliver ikke underkastet bedømmelse, og såfremt den ene part har gjort et anbringende gældende, som den anden part tiltræder, er det pågældende forhold udenfor judiciel bedømmelse. Dette er en følge af forhandlingsmaximen, dvs. parternes adgang til processuelt at afgrænse det tema, som underlægges judiciel bedømmelse. Det herfra forskellige bevismæssige spørgsmål udskiller sig netop i sådanne sager, hvor parterne ikke har denne adgang, eksempelvis ætteskabs-sager, jfr. herom den tidligere formulering af § 452, stk. 1: "Indrømmende proceserklæringer fra sagsøgte side har ikke virkning som bindende grundlag for stridsspørgsmålets indhold og omfang, men der kan alene tillægges dem betydning som bevismidler"¹⁰⁾.

10) Denne bestemmelse udgik ved revisionen ved lov nr. 260 af 4. juni 1969, som ikke tilsigtede nogen realitetsændring på dette punkt, men som tværtimod tilsigtede at udvide rettens adgang til at opfordre til og selvstændigt foranstalte bevisførelse, jfr. § 450. Det forudsattes som det almindelige, at rettens selvstændige bevisførelse kun blev aktuel, når retten forgæves havde opfordret parterne til bevisførelse vedrørende punktet, jfr. herved Danielsen i Juristen 1970 s. 84-85. Jfr. også § 456 m om faderskabssager.

Denne afgrænsning kan sættes i forbindelse med begrebet om judiciel antagelse. Jeg har til dette knyttet det moment, at dommeren havde en vis virkelighedsopfattelse - i modsætning til sådanne forudsætninger som ikke påkendes på grund af manglende påberåbelse. Men grænsen er ikke skarp: Dette følger uden videre af bevisvurderingens normative karakter.

Som konklusion vedrørende disse to punkter må kunne fastslås, at reglerne om tematisering og tilvejebringelse af manifeste bevisdata ikke principielt adskiller sig fra civilprocessens regler. Retten har en videre selvstændig adgang til - og forpligtelse til - at introducere temaer, som ingen af parterne har påpeget, og til at inddrage yderligere bevisdata. Men i begge henseender vil rettens selvstændige aktivitet i reglen være begrænset af, at retten opfordrer en af parterne til at foretage de pågældende revisioner af det af parterne selv oprindeligt tilvejebragte oplæg, og kun når en sådan opfordring ikke fører frem, vil retten træde i selvstændig aktion.

Rettens opfordringer under en straffesag vil i reglen være rettet til anklagemyndigheden. Dette er naturligvis en følge af, at det er anklagemyndigheden, der bærer bevisbyrden under straffesagen. Forsåvidt angår de centrale emner indenfor "gerningsindholdet" gælder dette ubetinget. Forsåvidt angår visse særlige straffrihedsgrunde modificeres dette derhen, at tiltalte i det mindste må gøre disse temaer gældende, såfremt der ikke ud fra sagens foreliggende data er grund til at tage dem i betragtning, og at den tiltalte i hvert fald efter omstændighederne kan være forpligtet til at bidrage til oplysning af de pågældende punkter. Når jeg herved fremhæver, at rettens opfordring retter sig til anklagemyndigheden, fordi anklagemyndigheden bærer bevisbyrden, underlægges den judicielle aktivitet med henblik på tilvejebringelse af bevisdata så at sige den anklagemyndigheden påhvilende bevisbyrde. Dette må ikke forstås således, at domstolen opfordrer og kun opfordrer anklagemyndigheden til at tilvejebringe et bevisdatum, såfremt det er dette bevisdatum, som vil være afgørende for, hvilket faktum retten vil antage. En domstol kan opfordre anklagemyndigheden til at tilvejebringe en manglende oplysning om den tiltaltes skoleforhold, uanset at dette muligt ikke ville være relevant i den konkrete sag, men blot

under henvisning til, at oplysning vedrørende dette forhold er af en sådan type, som i sager, hvor der er spørgsmål om anvendelse af betinget straf, efter omstændighederne kan være relevante. Den judicielle opfordring er altså begrundet i det forhold, at det pågældende bevisdatum er af en sådan type, at det, afhængigt af den nærmere bestemte bevis-situation, kan være afgørende for den judicielle dikotomisering, men opfordringen beror ikke på, at indholdet af det pågældende bevisdatum vil være afgørende for dikotomiseringen i den konkrete sag.

Denne sammenhæng mellem eventuelle opfordringer fra dommerens side og den anklageren påhvilende bevisbyrde er naturligvis en speciel side af det forhold, at en domstol vil frifinde den tiltalte, såfremt anklagemyndigheden ikke har udført de opgaver, som bevisbyrden indebærer. Bevisbyrdereglen indebærer, at anklagemyndigheden må udføre et omfattende efterforsknings- og bevisførelsesarbejde, mens forsvaret i hovedsagen kan indskrænke sig til, at forholde sig kritisk til det af anklagemyndigheden tilvejebragte¹¹⁾. Såvel forsvarets som anklagemyndighedens opgaver må afledes af bevisbyrdereglen.

I dansk straffeprocessuel litteratur er der tradition for at begrunde bevisbyrdereglen som en favorisering af den tiltalte på grund af anklagemyndighedens uhyre store bevismuligheder:

(1) Først påpeger man, at til den akkusatoriske proces hører et partsforhold, der som udgangspunkt er præget af ligestilling mellem den tiltalte og anklagemyndigheden. (2) Dernæst erkendes, at anklagemyndigheden råder over politiet og i det hele taget økonomisk og teknisk er den tiltalte langt overlegen, hvilket sættes i forbindelse med anklagemyndighedens opgave at virke for at skyldige straffes, men også for at undgå strafforfølgning af uskyldige, jfr. retsplejelovens § 711. (3) Da ligestillingen mellem parterne jo herved er forrykket temmelig afgørende, introduceres "favor defensionis", som bl.a. indeholder reglen om anklagemyndighedens bevisbyrde.

Bevisbyrdereglen bliver således til en favorisering af den tiltalte, som skal genoprette den skævhed, som anklagemyndighedens overmægtighed har introduceret i straffeprocessen.

11) Små. eksempelvis om betydningen af anklagemyndighedens undersøgelsesmuligheder J.P. Buhl i Proceduren s. 425, hvor det påpeges at den tiltalte står alene overfor "politi og anklagemyndighed, der kan sætte hele den uhyre organisation, de råder over, og en meget betydelig økonomisk investering ind på at tilvejebringe bevis for hans skyld".

Jfr. herved Hammerich 1910 s. 208-09, H. Munch-Petersen V 1926 s. 12-13, noget afsvækket Hurwitz 1959 s. 28 f, s. 31-32 (hvor opstilles den alternative begrundelse for bevisbyrdereglen, at den "udspringer af det liberale, individualistiske princip, som hellere ser en skyldig gå fri for straf, end at en uskyldig dømmes", s. 32) og Koltvedgaard 1968 s.25f.

Ingen af de anførte forfattere erkender sammenhængen mellem bevisbyrde-reglen og anklagemyndighedens efterforsknings- og bevisførelsesressourcer, som historisk går den modsatte vej. Udgangspunktet for såvel den inkvisitoriske som den akkusatoriske proces var det synspunkt, at for at kunne gennemføre et straffekrav måtte antagelsen af den tiltaltes skyld kunne begrundes på et betydeligt bevismateriale. Kravene til beviset har naturligvis varieret, og de to kriminalprocessuelle systemer adskiller sig fundamentalt forsåvidt angår tilvejebringelsen af det nødvendige bevismateriale. Men begge kriminalprocessuelle systemer beror på den samfundsmæssige erkendelse, at den private forurettede ikke er i stand til at imødekomme de beviskrav, som stilledes for at gennemføre en straffesag. Netop denne erkendelse nødvendiggjorde en ændret proces-suel organisation, hvor man fraveg det af de civile parter dominerede processuelle system, og introducerede den offentlige indsats, enten gennem dommeren (inkvisition) eller gennem en særlig forvaltningsmyndighed, som skulle optræde som part overfor den tiltalte og underlagt dommeren (akkusatorisk princip).

Med andre ord: Anklagemyndighedens efterforsknings- og bevisførelsesressourcer er opbygget for at imødekomme det krav, som bevisbyrdereglen stiller.

(2) Mens der således ikke i domstolens almindelige stilling til procesmaterialet er nogen principiel forskel mellem civil- og kriminalproces, har anklagemyndighedens stilling som forvaltningsmyndighed interesse. I den kriminalprocessuelle litteratur analyseres anklagemyndigheden primært som en part under kriminalprocessen. Selvom denne umiddelbart procesrelevante funktion er hovedsagen, behandles naturligvis også det hierarkiske administrative system, som anklagemyndigheden er opbygget efter, men også dette har umiddelbare procesretlige tilknytningsspunkter. Der er derimod ikke tradition for at anskue anklagemyndigheden og dens centrale tiltalebeslutning under et alment forvaltningsretligt synspunkt. Det er min opfattelse, at man kun med dette udgangspunkt vil være i stand til at forstå den fulde betydning af dels modsætningen mellem legalitets- og opportunitetsprincip forsåvidt angår tiltalebeslutningen, og objektivitetsprincippet, forsåvidt angår den processuelle optræden. Det ligger naturligvis udenfor denne afhandlings emne at gennemføre en analyse af disse punkter. Men for bedømmelsen af kriminalprocessens almene karakter er det relevant at fremdrage, at de særlige opgaver, som påhviler anklagemyndigheden under kriminalprocessen, kan føres tilbage til, at anklagemyndigheden er en forvaltningsmyndighed, hvis ad-

færd - indenretligt og udenretligt - er underlagt både lov- og ulovbestemte krav, som adskiller anklagemyndighedens optræden som procespart fra den ikke på tilsvarende måde bundne civile private part.

En forudsætning for, at en kriminalproces overhovedet kommer i gang er, at anklagemyndigheden har besluttet at rejse tiltale. Jeg har tidligere omtalt den bevismæssige side af tiltalebeslutningen. Under kriminalprocessens gang må det stadig fastholdes som et krav til anklagemyndigheden, at tiltalen kun bevares, forsåvidt forudsætningerne for tiltalebeslutning er tilstede. Heraf følger, at såfremt anklagemyndigheden efter uforudsete bevisdata under bevisførelsen må erkende, at den til grund for tiltalebeslutningen liggende bedømmelse af sandsynligheden for skyld, muligheden for at reproducere sagens bevisdata for dommeren, og forventningerne med hensyn til dommerens bedømmelse af skyldspørgsmålet, ikke længere er holdbar, kan tiltalen ikke opretholdes. Den administrative undersøgelsespligt, som ligger bag tiltalebeslutningen, kræver under retssagen at aktuelle muligheder for uskyld følges op af anklagemyndigheden. De må ikke negligeres som af den frit ensidige part.

Herved må dog inddrages den modifikation, at eventuelle manglende bevisdata kan erstattes af andre supplerende bevisdata, og at en vis usikkerhed, som kan være opstået under processen, og som ville være afgørende i retning af at undlade tiltale, såfremt de havde foreligget forud for processen, kan negligeres, når sagen er oprullet for retten.

Disse krav til anklagemyndighedens adfærd må opfattes som umiddelbart analoge med de krav, som i almindelighed stilles til en forvaltningsmyndigheds optræden. For en nøjere analyse af anklagemyndigheden måtte de naturligvis beskrives langt mere detaljeret end her.

(3) Normativ vurdering: Den normative adfærdsvurdering adskiller ikke civilproces fra kriminalproces. Også som element i en bedømmelse af et kriminalretligt ansvar indgår

eventuelt normative adfærdsvurderinger. Et grundlæggende udtryk for denne sammenhæng er den netop omtalte sammenhæng mellem bevisbyrderegel og anklagemyndighedens organisation. Det af ideologiske (liberale) grunde antagne almindelige beviskrav med hensyn til skyldspørgsmålet er medvirkende baggrund for etableringen af en offentlig myndighed, hvis ressourcer udnyttes til tilvejebringelse af et tilstrækkeligt sikkert grundlag for en judiciel skyldantagelse. Dette "skaber" bevismuligheder for anklagemyndigheden. At anklagemyndigheden bærer bevisbyrden, og at anklagemyndigheden har omfattende tekniske bevismuligheder, er gjort til ækvi-valente udsagn.

Ved bedømmelsen af beviset for specielle emner vil denne sammenhæng specificeres: Afgørende for om eksempelvis en identifikation anses for tilstrækkeligt bevist, vil bl.a. være, om anklagemyndigheden har udnyttet de bevismæssige ressourcer, som udviklingen af fingeraftryksidentifikation eller andre tekniske undersøgelsesmetoder giver anklagemyndigheden. Udviklingen af nye bevismuligheder kan derved indebære en skærpelse af det almene sikkerhedskrav.

Det er ikke kun mod anklagemyndigheden, at den normative adfærdsvurdering retter sig. Også den tiltalte pålægges bestemte bevismæssige opgaver. Som et eksempel herpå er tidligere omtalt den tiltaltes bidrag med hensyn til afklaringen af, om den tiltalte havde forset.

Den normative adfærdsvurdering har ikke samme indhold i civil- og kriminalproces. For den tiltalte kan formentlig generelt hævdes, at krav om før-processuel bevissikring spiller en mindre rolle end i civile forhold.

5.3. Forvaltningsmyndighed som part

Det synspunkt på anklagemyndigheden, som fremlagdes i det foregående afsnit, kan generaliseres. I de tilfælde, hvor en offentlig myndighed optræder som procespart, vil de krav, som i almindelighed stilles til den pågældende forvaltningsmyndighed, nødvendigvis præge den pågældende pro-

ces. Dette gælder også i den civile proces. Udgangspunktet er vel, at de almindelige civilprocessuelle regler gælder også hvor en offentlig myndighed er procespart ¹²⁾. Poul Andersen påpeger, at det kan være utilfredsstillende, at retsplejelovens bestemmelser om betydningen af parternes dispositioner og om tilvejebringelse af processtoffet "efter ordene" også finder anvendelse på retssager af forvaltningsretlig karakter, men det forekommer mig dog uhjemlet, når Poul Andersen vil indfortolke i § 293, stk. 2 (om søgsmålsgrunde eller indsigelser som parten ikke er "berettiget til at frafalde"), at domstolene skulle kunne tage hensyn til anbringender, som en offentlig myndighed kunne fremsætte, men ikke har fremsat ¹³⁾. Noget andet er, at hvor den judicielle kontrol med administrationen er henlagt til særlige forvaltningsdomstole, er disse beføjet til en omfattende officialvirksomhed ¹⁴⁾.

Processen mellem den private person og den offentlige myndighed, hvis afgørelse eller adfærd er påklaget til domstolene, er altså som regel underkastet den almindelige civilprocessuelle regulering. Selvom det processuelle udgangspunkt således er identisk med den almindelige civile proces mellem to private, vil en proces om påklage af en forvaltningsakt være præget af, at der til forvaltningsmyndigheden kan stilles særlige krav med hensyn til tilvejebringelse af relevant materiale for bedømmelsen af den påklagede forvaltningsakt og med hensyn til forvaltningsmyndighedens inddragelse af relevante temaer til bedømmelse af det pågældende forhold.

Men dette er ikke ensbetydende med, at den judicielle bedømmelse af det pågældende faktum er rent empirisk. Dette viser sig bl.a. i, at også de særlige regler om partspassivitet kan tænkes anvendt under en sådan sag. Der findes således eksempler på udtrykkelig diskussion af anvendelsen af reglerne i § 298, jfr. § 304. Spørgsmålets betydning begræn-

12) Jfr. Poul Andersen 1963 s. 645 f.

13) P. Andersen s. 650.

14) Jfr. Poul Andersen s. 590 f.

ses naturligvis i det omfang, hvori offentlighed i forvaltningen gennemføres ¹⁵⁾. Men den gældende offentlighedslov er ikke uden undtagelser, hvoraf navnlig bestemmelsen om "internt arbejdsmateriale", jfr. offentlighedslovens § 5, stk. 1, nr. 3, har haft betydning ¹⁶⁾.

Det kan pålægges en offentlig myndighed at fremlægge dokumenter i medfør af § 299, uanset at de pågældende dokumenter er omfattet af undtagelsesreglerne i offentlighedsloven, jfr. UFR 1969 s. 301 H, hvor en begæring herom ikke toges til følge, da den pågældende part ikke havde "antageliggjort en" tilstrækkelig "retlig interesse i fremlæggelse" af pågældende dokumenter.

I denne forbindelse er det centrale spørgsmål, i hvilket omfang bestemmelserne om partens egen fremlæggelsespligt, jfr. § 298, finder anvendelse. At der kan gives et pålæg er forudsat i UFR 1970, s. 47 H, hvor Højesterets flertal fandt, at den private, der havde påklaget en ejendomsvurdering med henblik på lejeværdien, ikke havde antageliggjort, at fremlæggelse af de af vurderingsankenævnet anvendte interne arbejds-skemaer havde en sådan afgørende betydning for sagens oplysning, at begæringen om pålæg burde imødekommes. Når et mindretal blot vil stadfæste landsretskendelsen, som afviser begæringen udelukkende under henvisning til partsoffentlighedslovens bestemmelser om internt arbejdsmateriale, må dette formentlig forstås derhen, at mindretallet ikke fandt grundlag for at give fremlæggelsespålæg i medfør af § 298 i tilfælde, som omfattes af undtagelsesreglerne fra partsoffentligheden. Men dette standpunkt fandt altså ikke tilslutning hos Højesterets flertal.

UFR 1968 s. 278 H: En privat påklagede en af landsskatteretten foretaget formueansættelse til domstolene. Sådan påklage sker ved sag anlagt mod finansministeriet. Under sagen begærede den private Landskatterettens voteringsark fremlagt. Dette materiale ansås som "internt arbejdsmateriale". Landsretten fandt, at spørgsmålet om finansministeriets pligt til at fremlægge disse dokumenter ikke skulle bedømmes efter § 299 om trediemands editionspligt, men efter § 298, men "denne bestemmelse medfører ingen pligt for en part til at udlevere eller forevise modparten materiale. Undladelse af at efterkomme modpartens begæring kan efter retsplejelovens § 304 i det højeste fortolkes på den for modparten gunstigste måde". Hertil må bemærkes, at det nok er korrekt, at en undladelse må indgå i den afsluttende bedømmelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund, men at det ikke er korrekt, når man tilsyneladende går ud fra, at der ikke i medfør af § 298 kan udstedes et egentligt pålæg. Højesteret ændrede begrundelsen med hensyn til editionspligten til det ikke videre indholdsrige, at "§ 299 ikke findes at give grundlag for kærendes krav". Den kryptiske begrundelse uddybes i Trolles kommentar UFR 1968 s. 340. Om forholdet til begrænsningerne i forvaltningens offentlighed bemærkes, at "beskyttelsesprivilegiet" for bl.a. internt arbejdsmateriale (partsoffent-

15) Jfr. Vidnebetænkningen nr. 316 1962, s. 88.

16) J. Mathiassen i Juristen 1975 s. 502-03.

lighedslovens § 6 nr. 1) "også indenfor § 299's område må føre til, at udlevering kan nægtes". Hvis denne bemærkning forstås derhen, at retten har adgang til at nægte at give pålæg, er udsagnet en selvfølge. Hvis bemærkningen forstås derhen, at udlevering altid kan og skal nægtes, er fortolkningen ikke i overensstemmelse med den tilsvarende fortolkning af § 298, som er udtrykt i den senere afgørelse UFR 1970 s. 47 H, jfr. ovf. Selvom hovedsynspunktet vel bør være, at der ikke gennem retssag kan opnås væsentlig større offentlighed, end offentlighedsloven indebærer, må det formentlig såvel for så vidt angår forvaltningsmyndigheden som part som forvaltningsmyndigheden som trediemand antages, at anvendelsen af retsplejelovens regler kræver en selvstændig bedømmelse.

Om Landsskatteretten skal bedømmes som part, nemlig som underlagt finansministeriet, eller som et selvstændigt retssubjekt, jfr. § 299, har Højesteret ikke taget stilling til. Det må formentlig antages, at en forudsætning for at anvende partsreglen i § 298 er, at finansministeriet, som er part i den judicielle proces, er kompetent til at pålægge den underordnede administrative myndighed at fremlægge det pågældende dokument. Dette må være en nødvendig betingelse for partssynspunktet, eftersom dette er en nødvendig forudsætning for, at det judicielle pålags virkninger - fremlæggelse eller ikke-fremlæggelse - kan tilskrives parten. Men denne kompetence er ikke nødvendigvis en tilstrækkelig betingelse for partssynspunktet, jfr. Trolle a.st.

Når der således forekommer tilfælde, hvor det pålægges en forvaltningsmyndighed som part under en judicial proces at fremlægge dokumenter i medfør af § 298, er det en forudsætning for denne problemstilling, at den pågældende forvaltningsmyndighed ikke efter de for denne gældende regler fremlægger det pågældende dokument. Dette er ensbetydende med, at der ikke gælder et ubetinget krav om, at en forvaltningsmyndighed under en judicial proces er forpligtet til - i kraft af de for denne gældende forvaltningsretlige regler - at fremlægge alt relevant materiale, som den pågældende myndighed er berettiget til at offentliggøre under processen. Problemstillingen, som belyses af de ovenfor omtalte domme, forudsætter således, at den pågældende forvaltningsmyndighed som part er berettiget til at manifestere en ensidighed med hensyn til det bevismateriale, som fremlægges under processen. Hvilke grænser der sælger for denne ensidighed, i hvilket omfang for valtningsmyndigheden ugunstigt materiale skal fremlægges, i hvilket omfang den pågældende forvaltningsmyndighed er forpligtet til at inddrage temaer, som ikke nødvendigvis er gunstige for forvaltningsmyndighedens stilling, kan ikke belyses i en almen fremstilling. Disse spørgsmål må belyses gennem specielle undersøgelser af de forskellige forvaltningsmyndigheder, og resultaterne af sådanne specielle undersøgelser

kan muligvis danne grundlag for mere generelle udsagn. En sådan undersøgelse falder naturligvis uden for denne afhandlings rammer.

Den normative vurdering i disse sager, som eksemplificeres i anvendeligheden af § 298 overfor en forvaltningsmyndighed, indebærer, at der ikke er nogen empirisk dækning for en bedømmelse af, hvilken bevisværdi der skal tilskrives, at en forvaltningsmyndighed som part undlader at fremlægge relevant materiale. Overvejelserne over den betydning, der skal tilskrives en sådan forsømmelse, må bero på almene overvejelser over de interesser, som er involveret i en offentliggørelse af et sådant materiale, i den forbedrede opklaring af processen, af fremlæggelsens betydning for forvaltningens interne arbejdsforhold, osv. En revision af den almene bevisbyrde-teori i sager om påklage af forvaltningsakter er givet ovenfor kap. IX.4.4.

Såvel i den civile proces, hvor en forvaltningsmyndighed er part, som i kriminalprocessen påvirkes procesforløbet af det forhold, at en af parterne er underlagt særlige regler. Men disse særlige regler indebærer kun en indholdsmæssig skærpelse af de "hæderligheds"-krav, som gælder for den private part. Eller der kan, med andre ord, ikke opstilles et alment indhold for parters oplysningsforpligtelser i forhold til domstol og modpart.

Disse forskelligheder ændrer ikke det grundlæggende fællesskab, at tematisering og tilvejebringelse af bevisdata i hovedsagen beror på parterne, og at en vis (forskellig) ensidighed er tilladelig, ja er et element i funktionsfordelingen mellem parterne.

Hermed er det vist, at det principielle grundlag for kritikken af den juridiske sandsynlighedsteori ikke forsvinder ved, at det er en offentlig myndighed, der står som den ene part i processen.

6. Administrativ undersøgelsespligt

Påpegningen af, at en række forudsætninger for den juridiske sandsynlighedsteori ikke er opfyldt i den judicielle proces, har begrundet en analyse af, i hvilket omfang særlige processuelle ordninger med henblik på bevisdata kunne begrunde en anden konklusion: Om der altså i særlige processuelle organisationer kunne findes tilfælde, hvor forudsætningerne for den juridiske sandsynlighedsteoris relevans var tilstede. Dette udgangspunkt begrundede undersøgelsen af, om der under straffesager gjorde sig særlige forhold gældende, om der i det hele, hvor en offentlig myndighed optrådte som part, gjorde sig særlige forhold gældende. I begge henseender var konklusionen negativ, nemlig at den offentlige myndighed - hvadenten det er anklagemyndigheden eller anden offentlig myndighed - principielt er styret af den samme ensidighed i dens processuelle rolle, som er karakteristisk for den private part, men at der naturligvis er andre - snævrere - grænser for den pågældende myndigheds ensidighed som følge af de objektivitetskrav, som den pågældende myndighed i almindelighed skal efterleve. Men disse krav må opstå som en modifikation i den processuelle situation, hvor rollerne som udgangspunkt er fordelt med henblik på en ensidig varetagelse af to modstående standpunkter, defineret ved påstande, juridisk argumentation, tematisering, og bevismanifestation.

Næste skridt må derfor være en undersøgelse af, i hvilket omfang en egentlig af en myndighed styret sagsoplysning tilvejebringer de nødvendige forudsætninger for, at den juridiske sandsynlighedsteori opnår en relevans. Dette er begrundelsen for denne analyse. Når analysen sigter mod den administrative officialvirksomhed, begrundes det i, at der for dennes vedkommende findes en omfattende litteratur og praksis, og fordi forståelsen af de bevismæssige problemer derfor kan blive mere omfattende.

For den almindelige forvaltningsret er udgangspunktet, at tematisering af faktum og manifestation af bevisdata påhviler forvaltningsmyndighederne:

"For forvaltningsmyndighederne gælder en officialmaxime. Det påhviler dem selv, eventuelt ved indbyrdes samvirken, undtagelsesvis med bistand fra domstolene, ..., at fremskaffe fornødne oplysninger om de foreliggende sager eller dog at foranledige, at private, navnlig parterne, yder medvirken til sagens oplysning". Poul Andersen 1963 s. 336, jfr. s. 503, som fremhæver det som et "udslag af en værdifuld administrativ tradition og kultur ... (at) sagens faktum skal være fuldt oplyst", men som dernæst tilføjer som en modifikation i dette, at "den gyldne middelvej er her som overalt at foretrække", s. 336 - 337.

I disse citater, som i hovedsagen er Poul Andersens bidrag til den forvaltningsretlige bevisret, er antydnet 4 regeltyper:

1) Angivelsen af en undersøgelses- eller officialmaxime, der påpeger, at det er forvaltningsmyndighedens opgave at tilvejebringe de fornødne manifesterede bevisdata som grundlag for forvaltningens afgørelser, 2) bevisbyrde-regler, som angiver specificeret, at det er myndigheden eller en part der skal tilvejebringe sagens oplysninger, 3) en oplysningspligt for den private, som kan gælde til trods for officialprincippet eller forvaltningens bevisbyrde, 4) en bevisbyrde-regel forstået som et sikkerheds- eller sandsynlighedskrav.

6.1. Bevisbyrde og privat oplysningspligt

Først vil jeg se på forholdet mellem bevisbyrde og den private oplysningspligt. Som grundlag for karakteristik af disse begreber i forvaltningsretlig sammenhæng tager jeg Folketingets Ombudsmands behandling af en klage over benzinselskabernes manglende bidrag til statens skatteindtægter¹⁾. Udgangspunktet for kritikken var selskabsskattelovens § 12, stk. 1, der bestemmer følgende:

Såfremt et her hjemmehørende selskab ... der kontrolleres af en uden-

1) Folketingets Ombudsmands Beretning 1973 s. 215 f.

landsk virksomhed, i sine handelsmæssige eller økonomiske forbindelser med denne er underkastet andre vilkår end dem, som ville gælde for et uafhængigt foretagende, skal til selskabets ... skattepligtige indkomst henføres den fortjeneste som selskabet ... må antages at ville have opnået, hvis selskabet ... havde været et uafhængigt foretagende, der under frie vilkår afsluttede forretninger med vedkommende udenlandske virksomhed ²⁾.

Når et dansk selskab er domineret af et udenlandsk selskab, skal indkomsten ansættes som om selskabet var et uafhængigt foretagende. Selvom reglen er en regel for beregningen af selskabets indkomst, som det påhviler selskaberne at følge ved opgørelsen af deres skattepligtige indkomst, har reglen naturligvis primært betydning som grundlag for skattemyndighedernes eventuelle kritik af selskabernes selvangivne indkomst. En kritik af et sådant selskabs regnskabsopgørelse forudsætter, at betingelserne efter selskabsskatte-loven er opfyldt. Der består herved to tematiske problemer, nemlig dels en påvisning af det danske selskabs uafhængighed (almindelig dominans) dels en påvisning af denne afhængigheds konkrete udslag (kausalitet). Hvad angår det bevismæssige grundlag for en sådan, er der enighed om, at betingelserne for denne korrigerende ansættelse må være godtgjort ³⁾:

Når der i denne forbindelse tales om en bevisbyrderegel, kan der, som det er fremgået af min hidtidige behandling af dette begreb, sigtes til to forskellige forhold: Dels til et spørgsmål, fra hvilken af de involverede - skattemyndighederne eller den skattepligtige - manifesterede data vedrørende det relevante tema skal tilvejebringes, dels et spørgsmål, hvilken sikkerhed/grad af sandsynlighed der skal være for de relevante fakta.

2) § 12, stk. 1, gælder tillige foreninger m.v. og stk. 2 indeholder en tilsvarende bestemmelse for udenlandske virksomheders filialer med fast driftssted her.

3) Thøgers Nielsen I s. 198, jfr. også UfR 1963 s. 880.

Denne uklarhed slår klart igennem i ombudsmandens behandling af spørgsmålet. Med hensyn til bevisbyrden fremhæves, at "bevisbyrden ... påhviler ... principielt ligningsmyndighederne", betingelserne for anvendelsen af selskabsskattelovens § 12 stk. 1 må "positivt godtgøres" (s. 224). Hertil føjes imidlertid, at selskaberne i et vist omfang må bidrage med oplysninger, og at undladelse heraf kan få konsekvenser for, hvorvidt skattemyndighederne kan antage, at betingelserne er opfyldte:

"Uafhængigt af bevisbyrdereglerne gælder imidlertid en oplysningspligt for selskaberne bl.a. i henhold til skattelovgivningens almindelige regler, jfr. herved skattekontrollovens bestemmelser, særlig § 6. ... Oplysningspligten omfatter vel næppe en egentlig pligt til at fremlægge koncernregnskabet, men skattemyndighederne er formentlig ... berettigede til at opfordre selskabet til at fremkomme med koncernregnskabet til bedømmelse af, om betingelserne i § 12, stk. 1, i selskabsskatteloven er opfyldt, således at undladelse af et efterkomme skattemyndighedernes opfordring i et vist omfang gennem bevislættelser kan virke i disfavør for selskabet, ved at kravet til beviserne iøvrigt slækkes. - Grundlaget for beviset vil navnlig være de således af selskabet tilvejebragte oplysninger om de handelsmæssige og økonomiske forbindelser, og skattemyndighederne må på grundlag af disse oplysninger føre bevis for, at de kommercielle forbindelser er væsentligt anderledes end mellem uafhængige virksomheder" s. 225.

Den af ombudsmanden antagne oplysningspligt opfattes ikke som en "egentlig pligt", altså en gennemtvungen forpligtelse til at fremlægge bestemte oplysninger, men er en refleks af det forhold, at skattevæsenet efter at have "opfordret" selskabet til at fremkomme med bestemte oplysninger kan drage konsekvenser m.h.t. ansættelsen, hvis selskabet forholder sig passivt ⁴⁾.

Undlader selskabet at følge opfordringen, antager ombudsmanden, at "kravet til beviserne iøvrigt slækkes". Med denne formulering sigtes formentlig til det forhold, at skattemyn-

4) Jfr. herved om selvangivelse kap. IX.3.4 og om oplysningspligt i juridisk proces kap. X.2.

dighederne i så fald ikke behøver (meget) mere bevismateriale (manifeste bevisdata) end det materiale, som har været grundlag for opfordringen til selskabet. Baggrunden for opfordringen er jo netop, at myndighederne ikke har kunnet komme videre i oplysningen af sagen uden dette bidrag fra selskabets side.

En anden fortolkning er denne: "Kravet til beviserne" skal opfattes som det sandsynlighedskrav, som gælder for de pågældende fakta. Selskabets forsværrelse indebærer en præsumtion mod selskabet, der her efter må føre modbevis mod den af skattemyndighederne på grundlag af præsumtionen gjorte antagelse. Som jeg har begrundet i kritikken af den svenske teori, finder jeg at talen om en "præsumtion" i denne forbindelse er illusorisk i den forstand, at selskabets undladelse som regel - i forbindelse med det iøvrigt foreliggende materiale - vil udgøre grundlaget for skattemyndighedernes antagelser vedrørende dominans og kausalitet. Der er ikke nogen praktisk mening i at fremhæve selskabets mulighed for at modbevise præsumtionen, eftersom selskabet netop har forholdt sig og vil forholde sig passivt.

I sådanne sammenhænge, hvor der anerkendes en vis forpligtelse for den private til at medvirke ved en administrativ sags oplysning, anvendes altså dels et begreb om bevisbyrde, dels et begreb om en (privat) oplysningspligt. Oplysningspligten opfattes endda, som hos ombudsmanden i det ovenfor citerede, som "uafhængig af bevisbyrdereglerne" ⁵⁾.

Indenfor de traditionelle begreber forekommer det ikke muligt at nå til en forståelse af disse tilsyneladende modstridende regler. At bevisbyrden for betingelserne for anvendelse af selskabsskattelovens § 12 påhviler ligningsmyndigheden, kunne tolkes som et udtryk for, at ligningsmyndigheden måtte fremlægge beviser (manifeste bevisdata) for betingelsernes opfyldelse. Men dette er ikke korrekt, eftersom de to betingelser - som vi har set - kan lægges til grund,

5) Dette er naturligvis paradoksalt, da ombudsmanden netop kritiserer skattevæsenet for deres ensidige fremhævelse af bevisbyrdereglerne, og da dette var det retlige grundlag for den eneste kritik, som rettes mod skattemyndighederne, se s. 226, hvor skattemyndighedernes opfattelse af bevisbyrdeproblemet - skattevæsenet bærer bevisbyrden - karakteriseres som "forholdsvis unuanceret og giver udtryk for større vanskeligheder med hensyn til skattemyndighedernes administration af selskabsskattelovens § 12, end der må antages at være". Den nuancering, som ombudsmanden tilføjer, er netop fremhævelsen af selskabernes oplysningspligt.

selvom ligningsmyndigheden ikke har fremlagt noget materiale i den henseende. Ligningsmyndigheden kan nøjes med på et vist mere beskedent grundlag at udsende opfordringer til selskabet. Det hjælper heller ikke, at bevisbyrdebegrebet løsnes fra tilknytningen til ligningsmyndigheden, således at bevisbyrdereglen mere generelt går på, at der fra den ene eller den anden, myndighed eller selskab, må fremkomme et materiale, som godtgør betingelsernes opfyldelse. For betingelserne kan lægges til grund, også hvor hverken ligningsmyndighed eller selskab har fremlagt noget materiale. En tredje mulighed er at løsne bevisbyrdebegrebet fra dets tilknytning til de manifeste bevisdata og hævde, at det refererer til en betydelig grad af sikkerhed: En korrektion af et selskabs selvangivelse kan kun foretages, såfremt det med betydelig sikkerhed kan lægges til grund, at selskabet er udenlandsk domineret, og at denne dominans har bevirket regnskabsmæssige afvigelser sammenlignet med forholdene i uafhængige virksomheder. Denne regel kan være tilfredsstillende som tolkningsgrundlag og vejledning i de tilfælde, hvor der fra alle sider fremskaffes et omfattende materiale vedrørende spørgsmålene. Men i det tilfælde, at selskabet modtager en opfordring, men ikke efterkommer den, kan det ikke hævdes, at der på grundlag af denne "forsømmelse" foreligger en empirisk sikkerhed for, at selskabet er domineret m.v. Den nødvendige og tilstrækkelige slutning, der kan drages af selskabets forsømmelse, er, at selskabet har fået mulighed for at bringe sagens sammenhæng på det rene, men ikke har udnyttet denne mulighed, og derfor har gjort sig skyldig i en forsømmelse, som (kan og skal) benyttes som grundlag for den administrative myndigheds antagelse vedrørende de relevante fakta. Hvis bevisbyrden skal opfattes som et krav om en sikkerhed for betingelserne, må dette sikkerhedsbegreb fortolkes i overensstemmelse hermed.

Det er netop dette forhold, at den private "forsømmelse" med hensyn til at medvirke til en sags oplysning udgør et selvstændigt bevisdatum mod den pågældende private, der kan være baggrunden for, at det overhovedet er muligt at antage, at den private oplysningspligt fungerer "uafhængigt af bevisbyrdereglerne": Den private oplysningsvirksomhed

er et bidrag til afklaring af sagens fakta, en afklaring der skal måles i medfør af de generelle bevisbyrderegler, og en oplysningspligt med hertil knyttet eventuel forsømmelse er et i forhold til bevisbyrdereglen underordnet element, der bidrager til den afklaring, som bevisbyrdereglen forudsætter, men som ikke modificerer bevisbyrdereglen.

6.2. Bevisbyrde og forvaltningens undersøgelsespligt

En systematisk analyse af forholdet mellem den forvaltningsretlige undersøgelsesmaxime og bevisbyrderegler indenfor forvaltningsretten er, så vidt jeg ved, ikke foretaget. Selvom mit formål er relativt begrænset, må jeg fortsætte ekskursen ind i den administrative ret, idet det er i dette materiale, at en forståelse af en judiciel undersøgelsespligt i forhold til bevisbyrdereglerne vil kunne udvikles.

Som udgangspunkt for analysen har jeg taget fremstillingen hos Herlitz 1946, som med retspolitisk sigte udvikler de grundlæggende forvaltningsretlige principper for sagsbehandling, principper som ikke er påvirket af de senere svenske reformer. Selvom fremstillingen således er ældet, forekommer den stadig at indeholde en relevant redegørelse orienteret mod praktiske lovgivningsproblemer ⁶⁾.

Herlitz behandler følgende problemer, som er relevante for bevisretten: Undersøgelsesprincippet, bevisprøvelse, bevisbyrde, undersøgelsespligtens omfang. Den enkeltes medvirken - ret og pligt ⁷⁾.

6) Herlitz fremstilling er hyppigt benyttet, eksempelvis Bent Christensen 1958 kap. 13 - 15.

7) Herlitz s. 73 f, 79 f, 83 f, 87 f, 95 f, 109 f.

I det følgende skal jeg først påvise, hvorledes der i Hertlitz' omtale om undersøgelsesprincippet og bevisbyrdereglerne indgår synspunkter og reguleringer af tilsyneladende sideløbende indhold, hvilket giver anledning til et spørgsmål om, hvorledes disse regelsæt koordineres. Et tredje regelsæt er reglerne om bevisbedømmelse i forbindelse med angivelse af den enkeltes pligt til medvirken i sagens oplysning. - Efter at disse tre regelsæt er kort præsenteret, forsøger jeg at udvikle en selvstændig forståelse af, hvorfor sådanne regelsæt eksisterer side om side med tilsyneladende parallelt indhold, og hvilken forskellige funktion disse regelsæt har.

På denne baggrund er det muligt ikke alene at opnå en selvstændig mening med henholdsvis undersøgelsespligten og bevisbyrden, men tillige at udvikle forståelsen af den judicielle forhandlingsmaxime.

(a) "Den grundtanke som behärskar utredningen i förvaltningsärenden är, att det fremför allt kommer an på den beslutande myndighetens aktivitet". Det er "principiellt (myndighedens) uppgift att sörja för att materialet blir så fullständigt som erfordras för beslut i den väckta frågan" (s. 73). Myndigheden må ikke nøjes med et utilstrækkeligt materiale, men må på den anden side ikke tynde sagsbehandlingen med tilvejebringelse af overflødigt materiale (s. 74). Det volder vanskeligheder at nå en præcis forståelse af, hvilke grænser der gælder for denne undersøgelsespligt. Hvad er målet for den forvaltningsretlige undersøgelsesvirksomhed? For visse tilfælde kan det hævdes, at målet er givet med de krav, som reglerne om bevisbedømmelse stiller til juridisk vished (s. 88), men dels kan dette mål ikke nås i visse tilfælde, dels må der gælde langt snævrere grænser for den forvaltningsprocessuelle undersøgelsespligt (s. 88 f). Betydningen af, om der foreligger juridisk vished, er da, at såfremt visheden ikke foreligger, skal sagen afgøres efter bevisbyrdereglen (s. 88). Undersøgelsen kan være rettet såvel mod parten (s. 87), hvilket indebærer en støtte for parten, såfremt dennes bevisførelse har været utilstrækkelig (s. 88 f). I visse tilfælde kan forvaltningen opfordre den enkelte til medvirken: "Meningen med sådana stadganden kan vara den, att

myndigheten, gennem att en dylik hänvändelse blir resultatlös, befrias från en utredningsplikt, som eljest skulle ålegat den: Gör ej den enskilde vad man begär av honom, får han skylla sig själv" (s. 90). Også uden særlig lovhjemmel kan en myndighed befri sig for sin undersøgelsespligt gennem opfordring til parten (s. 93). Iøvrigt må undersøgelsespligtens omfang være bestemt af den offentlige interesse knyttet til det pågældende spørgsmål (s. 91 f), og må særligt være begrænset i mellemværende af mere privatretligt orienteret art (s. 92).

(b) Bevisbyrdereglerne er et andet sæt af regler. De bliver aktuelle, når den nødvendige vished ikke foreligger (s. 83 f). Når begrebet anvendes med henblik på forvaltningsmyndigheden, betyder dette, at "myndigheten er "skyldig" at skaffa fram erforderliga bevis, om den vill åstadkomma ett beslut av avsett innehåll" (s. 84 - 85). Men hvor bevisbyrden påhviler den private, kan undersøgelsesprincippet gribe ind i den betydning, at myndigheden kan være forpligtet til i større eller mindre omfang at være virksom i den private interesse: "Bevisbördan åvilar honom visserligen, men skyldigheten att bevisa delar han med myndigheten". Bevisbyrderereguleringen kompliceres ved at den ikke kan fastsættes generelt for forvaltningssager men tværtom må bero på hvad der kommer frem under sagsbehandlingen (s. 85 - 86 - "falske bevisbyrdereregler").

(c) Under bevisprøvelsen (bevisbedømmelsen), som er fri - og også var fri før den legale bevisregulering ophævedes i retsplejen - fremhæves som et relevant bevisdatum, at den private undladelse af efter opfordring at give oplysninger kan have stor betydning (s. 71). Et problem for bevisprøvelsen er først og fremmest, hvad der kræves for juridisk vished, men kravene hertil varierer. De er eksempelvis større ved indgreb i den personlige frihed (s. 83).

Den omstændighed, at en parts medvirken kan være relevant for sagsbehandlings udfald, kan danne grundlag for at opfatte medvirken som en pligt: Det er en pligt eller en skyldighed, hvis "enda sanktion består däri, att, om de icke fullgöras, prövningen gestaltar sig oförmånligare för

den förpliktade än den eljest skulla ha gjort" (s. 110), blandt andet på den måde, at forvaltningen lægger et for parten ugunstigere faktum til grund end den ville have gjort, såfremt parten havde medvirket positivt under sagens oplysning.

Hvordan er forholdet mellem disse tre regelsæt? Som i forbindelse med behandlingen af ombudsmandssagen forekommer der mig her at være tale om en række sidestillede regelsæt, som betragtet hver for sig giver en meningsfuld regulering af betingelserne for antagelsen af et vist faktum, men som betragtet sammenstillet forekommer at gribe ind i hinanden på en måde, som er ganske ukoordineret og usystematisk.

Ved beskrivelsen af en forvaltningsmyndigheds undersøgelsesopgaver kan man tage udgangspunkt i forvaltningens undersøgelsespligt. Dette udgangspunkt hindrer ikke, at det hævdes, at det er parten, der bærer bevisbyrden med henblik på det pågældende forhold. Når bevisbyrdereglen - som hos Herlitz - indebærer en skyldighed at fremlægge bevismateriale, forekommer udsagnet om undersøgelsespligten så at sige at blive negeret af den påfølgende bevisbyrderegel. Og omvendt hvor forvaltningsmyndigheden har en undersøgelsespligt, men kan befri sig for denne ved at opfordre parten til at medvirke - undersøgelsespligten mister da realitet og erstattes af et normativt hensyn til partens adfærd. (I diskussionen af Herlitz fremstilling har det ingen interesse at diskutere hans opfattelse af forholdet mellem bevisbyrde og bevisbedømmelse, som er præget af den tids bevisteori).

I beskrivelsen af forholdet mellem den judicielle proces¹ bevisbyrde og oplysningspligt ophævedes modsætningen gennem introduktionen af den normative adfærdsvurdering som grundlæggende princip, som specificeredes forskelligt henholdsvis med henblik på materielle temaer og processuelle situationer. Nærværende problem adskiller sig fra den judicielle proces (i almindelighed) ved det forvaltningsretlige undersøgelsesprincip. Hovedopgaven her er derfor, at give en forklaring på dette principps funktion i forhold til de sædvanlige bevisretlige regler (bevisbyrde og bevisbedømmelse). En sådan funktion - som ligger bag såvel

Herlitz som senere fremstillinger - er formentlig følgende:

Det forvaltningsretlige undersøgelsesprincip indeholder en regulering af den forvaltningsretlige sagsbehandling, idet det stiller bestemte krav til den forvaltningsretlige tematisering, udstedelse af opfordringer til bevisfremskaffelse, egen bevisfremskaffelse, henvendelse til andre myndigheder, m.v. Princippet - der naturligvis specificeres for enkelte forvaltningsområder - indeholder en normativ adfærdsregulering, som imidlertid ikke er knyttet til antagelsen eller forkastelsen af de relevante temaer, men sanktioneres disciplinært, d.v.s. gennem reglerne om tjensteforsømmelse m.v.⁸⁾.

Reglerne om bevisbyrde og bevisbedømmelse er umiddelbart relevante for, hvilket faktum der antages eller forkastes, d.v.s. er konneksitetsregler.

Med den af Herlitz - i overensstemmelse med traditionen - anvendte bevisretlige terminologi er en bevisbyrderegulering ikke tilstrækkelig: Det er ikke en forvaltningsmyndigheds opgave blot at dikotomisere i overensstemmelse med konneksitetsreglerne, afhængig af om en juridisk vished foreligger eller ikke foreligger, i sidste fald afhængig af hvorvidt den private eller forvaltningsmyndigheden bærer bevisbyrden. Dette er ganske vist en af forvaltningsmyndighedens opgaver. Men det er tillige forvaltningsmyndighedens opgave i et vist omfang at deltage i tilvejebringelsen af de manifeste bevisdata, der - senere - udgør grundlaget for forvaltningsmyndighedens dikotomisering. Reglerne om

8) Sml. J. Mathiassen Juristen 1975 s. 327 f.

undersøgelsespligten fastsætter forvaltningsmyndighedens opgaver i denne henseende. Reglerne om bevisbyrde (og bevisbedømmelse) er umiddelbart relevante for dikotomiseringen.

Forsåvidt udgør på den ene side undersøgelsesprincippet, på den anden side bevisbyrde og bevisbedømmelsesreglerne to selvstændige sæt af regler. Dette betyder ikke, at disse regelsæt ikke står i indbyrdes forbindelse. Forbindelsen er følgende: I de tilfælde, hvor en undersøgelsespligt er konkret aktuel - det vil sige, at en forvaltningsmyndighed er forpligtet til at fremskaffe en bestemt oplysning, men ikke har gjort dette - kan forvaltningsmyndigheden ikke træffe nogen afgørelse. Undersøgelsespligten forhindrer - som et krav til sagsbehandlingen - at sagsbehandlingen afsluttes på det pågældende tidspunkt. Samme virkning har naturligvis en række andre sagsbehandlingsregler, f.eks. høringskrav, afventning af frister m.v.

Anderledes med hensyn til bevisbyrderegler: Disse er nok relevante for sagens afgørelse, men er tillige relevante for den pågældende parts (parternes) adfærd: Parten er naturligvis interesseret i at tilvejebringe sådanne bevisdata, at sagens udfald er gunstigt for parten. For såvidt er bevisbyrdereglen adfærdsdirigerende. Det er denne adfærdsdirektion, som udgør et centralt - men ikke det eneste - element i teorien om den normative adfærdsvurdering. Bevisbyrderegler er ikke udelukkende regler om en sags afgørelse, altså voteringsregler ⁹⁾. Men forsåvidt bevisbyrderegler eller andre bevisregler, er adfærdsdirigerende, er de det i kraft af, at efterlevelse/tilsidesættelse af bevisreglernes adfærdsdirektion sanktioneres gennem antagelse/forkastelse af det pågældende faktum. Adfærdsdirek-

9) Jfr. bl.a. ovenfor X.2.

tionen formidles af, at bevisreglerne er konneksitetsregler: De knytter antagelsen af bestemte fakta til en bestemt adfærd.

Forsåvidt angår forvaltningsmyndigheden er den private parts opportunistiske bedømmelse af, hvad parten vil gøre for at undgå, at et ugunstigt faktum lægges til grund af forvaltningsmyndigheden (eller dommeren), erstattet af et begreb om en undersøgelsespligt, en angivelse af hvilke opgaver den pågældende forvaltningsmyndighed har med hensyn til tilvejebringelsen af bevisdata for det pågældende faktum. Denne undersøgelsespligt går på tværs af den opportunistiske afvejning i henhold til en bevisbyrde-regel: Forvaltningsmyndigheden er undertiden forpligtet til at fremskaffe oplysninger, som entydigt er i den pågældende private parts interesse - og denne undersøgelsespligt kan gælde, uanset at den private selv bærer bevisbyrden. Og på den anden side sætter undersøgelsespligten grænser for, i hvilket omfang en forvaltningsmyndighed skal forsøge at tilvejebringe sådanne oplysninger, at forvaltningsmyndigheden opfylder det bevismæssige krav, som kan afledes af den forvaltningen påhvilende bevisbyrde.

Den private medvirken til tilvejebringelse af oplysninger indgår dels som et moment, som kan fritage den pågældende forvaltningsmyndighed for en del af dens undersøgelsespligt, dels som et moment i forbindelse med en bevisbedømmelse, jfr. ovenfor. Dette er ikke to udsagn med samme indhold: Det første udsagn afgrænser de disciplinære krav der kan stilles til den pågældende forvaltningsmyndigheds sagsbehandling, det sidste udtrykker bevisretlige synspunkter, som kan stilles på linie med de parts-oplysningspligter som er omtalt i forbindelse med den judicielle proces. Mens jeg således finder, at det forvaltningsretlige undersøgelsesprincip har en selvstændig betydning ved siden af bevisbyrde og bevisbedømmelsessynspunkter, er bevisbyrde-regler og partsoplysningspligter af kvalitativt samme karakter.

Den omstændighed, at et undersøgelseskrav, som indgår i den pågældende forvaltningsmyndigheds undersøgelsespligt,

forhindrer, at myndigheden træffer en afgørelse uden at have gennemført en undersøgelse, har principiel betydning. Det følger nemlig af denne iagttagelse, at undladelsen af at foretage denne undersøgelse ikke kan indgå i en normativ adfærdsvurdering. Det vil være meningsløst, at en myndighed bebrejder sig selv, at der er undladt at foretage en bestemt undersøgelse, og af denne undladelse drager en bestemt bevismæssig slutning, som er "ugunstig" for den pågældende myndighed. De krav med henblik på den pågældende myndigheds egne undersøgelser, som følger af reglerne om undersøgelsespligt, må efterleves. Dette gælder kategorisk og kan ikke erstattes af en ugunstig bevismæssig slutning.

Heraf følger den principielle regel, at i det omfang, den normative adfærdsvurdering ikke er en konneksitetsregulering, men indgår i en selvstændigt sanktioneret undersøgelsespligt for den besluttende myndighed, begrænses den normative adfærdsvurdering med henblik på antagelse/forkastelse af faktum. Betydningen af den normative adfærdsvurdering indenfor bevisretten begrænses. Dette har principiel betydning, eftersom min kritik af den juridiske sandsynlighedsteori bl.a. gik på, at den normative adfærdsvurdering indeholder principper i fundamental strid med den juridiske sandsynlighedsteori. Forsåvidt en undersøgelsespligt således fortrænger den normative adfærdsvurdering fra bevisretten, idet den knytter selvstændige sanktioner til tilvejebringelsen af bevismaterialet, opfyldes en nødvendig (men ikke tilstrækkelig) betingelse for, at bevisretten kan opfattes empirisk.

Målet for undersøgelsespligt kan ikke angives blot ved bevisbyrdereglens kriterier, f.eks. opnåelse af juridisk visshed - for det kan måske ikke nås. Dermed er ikke sagt, at bevisbyrdereglerne ikke er relevante. Eksempelvis kan tænkes, at der under en sagsbehandling er en bevissituation, som ligger på kanten af en bevisbyrderegel. Dette vil animerer til tilvejebringelse af yderligere bevisdata, som gør sagen klarere i forhold til det gældende beviskrav. På den anden side, såfremt bevissituationen ligger fjernt fra et beviskrav, er sagen klar, og der kan være en tendens til,

at bevisførelsen afsluttes ¹⁰⁾. Særligt i forbindelse med sanktionen ugyldighed kan det tillægges betydning, om den pågældende manglende undersøgelse har betydning for afgørelsens indhold.

I almindelighed omtales undersøgelsespligt og bevisbyrde isoleret, se eksempelvis Carl Aage Nørgaard: Forvaltningsret, Sagsbehandling, 1972 s. 81 f, s. 128 f, Krarup og Mathiassen: Elementær Forvaltningsret, 1975, s. 90 f, s. 111 f, som henholdsvis behandlings- og beslutningsregel. Se nærmere om undersøgelsespligt A. Frihagen: Villfarelse og ugyldighed i forvaltningretten, 1966, s. 104 f og H. Sundberg: Allmän Förvaltningsrätt, 1955, s. 120 f.

6.3. Undersøgelsespligt - sandsynlighedsteori

Hensigten med denne ekskurs i forvaltningsprocessen er at se, hvordan en undersøgelsespligt for forvaltningen virker i forhold til en mulig sandsynlighedsteoretisk tolkning. Det er derfor nærliggende at undersøge et forsøg på at anvende den (svenske) juridiske sandsynlighedsteori på et forvaltningsretligt område, hvor undersøgelsespligten gælder. Et sådant forsøg er Bent Christensens fremstilling af sagens oplysning i nævnsprocessen ¹¹⁾, der har særlig interesse for en dansk bevisretlig fremstilling, fordi man her for første gang, så vidt ses, finder en introduktion i den danske juridiske litteratur af den svenske, juridiske sandsynlighedsteoris terminologi, anvendt på et specielt bevisretligt emne ¹²⁾.

Bent Christensen foretrækker Boldings "formulering af bevisbyrdeproblemet", fordi man i nævnsprocessen - såvel som i den almindelige forvaltningsproces - kun undtagelsesvis kan betragte en "bevisbyrde" som en risiko for en part for et ugunstigt udfald som følge af manglende bevis. Der

10) Bent Christensen s. 367, 372.

11) Bent Christensen 1958 kap. XIV.

12) Boldings teori omtales af J. Trolle i UfR 1952 s. 279 - 88. Af senere anvendelser af den svenske teori kan eksempelvis nævnes Knud Waaben, 1965.

vil ofte kun være en part, og i en klageinstans vil den anden part være en offentlig myndighed. For det andet foretrækkes Boldings formulering, fordi opfattelsen af bevisbyrden som en risiko for en part bliver ganske misvisende, når den pågældende forvaltningsmyndighed i kraft af officialmaximen har inddraget et retsfaktum, som ingen part har påberåbt ¹³⁾. Denne frigørelse af bevisbyrdebegrebet fra såvel partsbegrebet som oplysningspligten kunne tale for at anvende et alternativt begreb, f.eks. beviskrav eller bevishøjde, men Bent Christensen fastholder det sædvanlige bevisbyrdeudtryk, som er "fast indgroet i proceslitteraturen" ¹⁴⁾.

Dette oplæg giver anledning til 2 principielle spørgsmål, som har betydning for opfattelsen af forholdet mellem den juridiske sandsynlighedsteori, den normative adfærdsvurdering, og en forvaltningsmyndigheds undersøgelsespligt:

1) Hvorledes forholder undersøgelsespligten sig efter Bent Christensen til den juridiske sandsynlighedsteoris bevisbyrdebegreb, d.v.s. hvorledes er forholdet mellem en administrativ undersøgelsespligt og opfattelsen af bevisregler som regler om sandsynlighedskrav.

2) Er det med Bent Christensens omstrukturering af de grundlæggende bevisretlige begreber lykkedes at gennemføre en rent empirisk bevisteoretisk opfattelse af nævnsprocessen, eller indgår der/kan der indgå normative elementer i en nævnsproces underlagt undersøgelsesmaximen?

Med hensyn til tilvejebringelse af oplysninger under nævnsprocessen er udgangspunktet undersøgelsesprincippet ¹⁵⁾. Et

13) 1958 s. 344, jfr. s. 338, 345.

14) S. 345 note 22, jfr. ovenfor kapitel IX.1.

15) S. 358, jfr. s. 354 - 355.

nævn skal ikke alene fastlægge eller påpege sådanne bevisfakta, som skal gøres til genstand for bevisførelse "for at nå tilstrækkelig overbevisning om retsfaktum", men skal tillige "i vidt omfang selv foretage de forskellige skridt, hvoraf bevisoptagelsen (bevisførelsen) vedrørende de fastlagte bevisfakta består" ¹⁶⁾.

Dette - bevidst vage - udgangspunkt præciseres i en påfølgende redegørelse for, efter hvilke hensyn det skal afgøres, om et bestemt bevisdatum skal fremskaffes af nævnet eller af parten (s. 367 - 373). Efter denne redegørelse følger at afsnit om "sanktioner", som behandler de "forskellige ugunstige følger", som det kan have, "hvor en part ikke yder sin del til sagens oplysning" (s. 373 - 378). Blandt disse "sanktioner" omtales bl.a. bevisbyrde-regler og processuel skadevirkning.

Ved afgørelsen af, hvorvidt et bestemt bevisdatum efter de nævnretslige undersøgelsespligter skal fremskaffes af nævnet eller af parten, påpeges følgende momenter: (a) "Et bevisskridt skal foretages af den, for hvem det er lettest ... Afgørelsen af hvem et vist bevisskridt falder lettest, er naturligvis relativ. For kravene til nævnets indsats betyder det, at dennes omfang afhænger af det apparat som står til nævnets disposition ..." (s. 369). Til dette hensyn kan bemærkes, at det svarer ganske til de synspunkter, som jeg tidligere har fremhævet som elementer i en normativ adfærdsvurdering. Men her indgår de i afgrænsningen af nævnets undersøgelsespligt. (b) Graden af den offentlige interesse i sagens udfald. (c) For partens indsats i bevisførelsen har det betydning, om den kendsgerning,

16) S. 358 (i det følgende ser jeg bort fra den del af undersøgelsesprincippet, som vedrører fastlæggelsen af bevisfaktum. For den sammenlignende analyse af undersøgelsesprincippet og forhandlingsprincippet er bevisførelsen eller manifestationen af bevisdata tilstrækkelig.

der søges godtgjort, er til partens fordel eller skade (s. 371 f). Dette synspunkt er velkendt fra den bevisbyrdeteoretiske diskussion ¹⁷⁾.

(d) Endelig har "den grad af sandsynlighed, der kræves eller findes vedrørende et vist faktum", betydning for partens eller nævnets indsats under bevisførelsen (s. 372). Herved sker der tilsyneladende en sammenkædning af undersøgelsespligt og bevisbyrderegel. Hvis eksempelvis sandsynlighedskravet er stort, faktum i den konkrete sag tvivlsomt, er der "grund til at vente sig en ret ringe indsats fra nævnet, som vil gå ud fra, at der ikke er store chancer for at opfylde bevisbyrdekravet". Som det vil fremgå, finder jeg det tvivlsomt, om denne sammenkædning af undersøgelsespligt og bevisbyrderegel er korrekt. Om nævnet vil gøre en indsats eller ej, og hvor stor den skal være, kan ikke afledes af beviskravet, men må bero på en konkret bedømmelse af, hvilke bevismuligheder der er til stede, hvilke heldige/uheldige konsekvenser der er knyttet til alternative afgørelser, på hvilket grundlag en undersøgelsespligt kan defineres nøjere.

Med hensyn til forholdet mellem undersøgelsespligt og bevisbyrde tager Bent Christensen afstand fra den tankegang, at undersøgelsesprincippet skulle gøre bevisbyrderegler overflødige. Der vil - fremhæver Bent Christensen - "ligeegyldigt hvem der tilvejebringer oplysningerne, blive brug for regler om, hvor stærkt bevis der kræves for at lægge faktum til grund" (s. 343). Hermed har Bent Christensen nærmet forståelsen af forholdet mellem undersøgelsesprincipper og bevisbyrde til en efter min opfattelse korrekt empirisk teori. Reglerne udgør simpelthen to selvstændige regelsæt. Bevisbyrderegler eller regler om sandsynlighedskrav er nødvendige for en hvilken som

17) Hertil Ekelöf IV s. 84.

helst juridisk afgørelse. Regler om undersøgelsespligt er et selvstændigt regelsæt, som karakteriserer nævnsprocessen.

Dette klare standpunkt fastholdes imidlertid ikke konsekvent. For efter at have redegjort for, hvilke opgaver undersøgelsesprincippet pålægger nævnet, og hvilke der pålægges parterne, omtales blandt "sanktionerne" blandt andet, som nævnt, regler om bevisbyrde og processuel skadevirkning. Dette må forstås derhen, at ved bedømmelsen af, hvilket faktum der skal lægges til grund, skal der tages hensyn til, i hvilket omfang parten har ydet det bidrag til sagens oplysning, som modifikationerne i nævnets undersøgelsespligt oplægger parten. Men når disse sanktioner udtrykkes i bevisbyrderegler og regler om processuel skadevirkning, har man fundet tilbage til de velkendte reguleringstyper fra den judicielle proces. I bevisbyrdereglerne og de til bevisbedømmelsen knyttede regler udtrykkes bestemte bevismæssige adfærdskrav, som sanktioneres gennem den judicielle dikotomisering over, hvilket faktum der skal lægges til grund.

Som en "sanktion", som dog kun kan anvendes hvor der er klar hjemmel herfor, nævnes bevisbyrdereglerne. Dette kan bl.a. ske på denne måde:

"Hvis eksistensen af et faktum er til parts fordel, men han ikke udfører sin del af bevisoptagelsen, anses faktum som ikke bevist. Eller omvendt, hvis ikke eksistensen af et vist faktum er til parts fordel, anses eksistensen bevist. Her er altså tale om en slags mekanisk processuel skadevirkning, som indtræder uden bevisbedømmelse, blot som følge af ikke-udførelsen af visse bevishandlinger" (s. 374, jfr. tilsvarende om påberåbelse af bevisfakta til partens "fordel" s. 364).

I dette citat ser man for det første en tilslutning til den traditionelle terminologi: Bevisbyrdereglen anvendes overfor den part, som ikke "udfører sin del af" bevismanifstationen, uden at der foregår en egentlig bevisbedømmelse, hvilket må forstås som en bedømmelse af sandsynligheden for sagens sammenhæng. Denne anvendelse af bevisbyrderegler forudsætter, at den pågældende bevishandling er tilskrevet parten. Fremskaffelsen af det pågældende bevisdatum kan ikke indgå i nævnets undersøgelsespligt.

Som en mellemform mellem anvendelse af bevisbyrderregel og processuel skadevirkning nævnes skatterettens skønsmæssige ansættelser i tilfælde, hvor skatteyderens manglende oplysninger kan berettigede til en ansættelse under tilsidesættelse af eksempelvis et driftsregnskab ¹⁸⁾.

Endelig er der den processuelle skadevirkning der "består i, at sagens afgørelse bliver ugunstigere for parten, end den ville være blevet, hvis han havde udført sin del af bevisførelsen" (s. 375). Dette er den "vigtigste og oftest anvendte sanktion". Mens anvendelsen af bevisbyrderreglen sker uden bevisbedømmelse, jfr. ovenfor, må den processuelle skadevirkning antages at indgå i bevisbedømmelsen. Som tilfælde hvor den processuelle skadevirkning fungerer som en sanktion som led i bevisbedømmelsen nævnes tilfælde,

"hvor parten ikke udfører sin del af bevisoptagelsen eller ikke udfylder og individualiserer nævnets påpegning af bevisfakta, og dette for nævnet at se skyldes manglende vilje ... Det manglende bevis tillægges altså større vægt end, hvis det skulle være skaffet af nævnet selv" (s. 376).

Anderledes i tilfælde, hvor en part ikke "trods al anstrengelse formår at udføre sin del af bevisoptagelsen, og nævnet ikke kan eller vil tilvejebringe beviset selv" - i sådanne tilfælde må sagen afgøres efter bevisbyrderreglen (s. 376).

Den normative vurdering er knyttet til, at den pågældende part gør sig skyldig i en "forsømmelse" med henblik på opfyldelsen af sine forpligtelser til bevisdata-manifestation, og når det fremhæves, at fraværet af det pågældende bevisdatum tillægges større betydning, end hvis nævnet selv skulle have skaffet det pågældende bevisdatum, ligger heri, at der ikke blot foretages en "empirisk" bedømmelse af,

18) Der henvises herved til UfR 1957 s. 496 H, hvor skattemyndighederne fandtes at have hjemmel til at afkræve en sagfører for nærmere oplysninger om hovedposterne på omkostningskontoen, og til når disse oplysninger nægtes givet, at ansætte indkomsten skønsmæssigt under delvis tilsidesættelse af det opgivne regnskabstal. Det er karakteristisk, at dette tilfælde indgår såvel i omtalen af "sanktionerne" mod parten for manglende medvirken som i afgrænsningen af nævnsprocessens undersøgelsespligt, jfr. s. 375 med note 72 og 369 med note 45.

med hvilken sandsynlighedsgrad det pågældende fravær støtter antagelsen af det relevante tema, men at der i den pågældende bevisbedømmelse udtrykkes en sanktion overfor den forsømmelige part.

Det er herved påvist, at der i Bent Christensens beskrivelse af undersøgelsespligten i forbindelse med bevisbyrde og bevisbedømmelse indgår normative elementer, som ganske harmonerer med de almindelige synspunkter for den judicielle proces vedrørende normativ adfærdsvurdering. Dette er ikke overraskende. Det er ikke overraskende, fordi man netop må forvente, at den judicielle og administrative bevisret har væsentlige lighedspunkter, men det er vigtigt at påpege det, fordi det viser, at en eksistens af en undersøgelsespligt for den myndighed der træffer afgørelse vedrørende faktum ikke er en tilstrækkelig betingelse for, at bevisretten kan opfattes som empirisk, altså som stemmende med en matematisk sandsynlighedsteori i praktisk regie.

Det andet spørgsmål vedrørte forholdet mellem undersøgelsespligt og bevisbyrde. De "sanktioner" som Bent Christensen omtaler i forbindelse med beskrivelsen af undersøgelsesprincippet i nævnsprocessen, er udelukkende sanktioner vendt mod den pågældende part. Forsåvidt angår bevisbyrde og bevisbedømmelse - som netop er omtalt - knytter de pågældende sanktioner sig til de oplysningspligter, som modificerer nævnets undersøgelsespligt. Tilsyneladende er undersøgelsespligt således sammenkædet med de centrale bevisretlige regler om bevisbyrde og bevisbedømmelse. Er undersøgelsespligten kun "sanktioneret" i disse regler?

Men når man fastholder, at sanktionerne ikke tager sigte på pågældende nævns forsømmelser, og at en nævnsretlig undersøgelsespligt godt kan gælde ved siden af forpligtelser for parten til at medvirke ved sagens oplysning, er det ikke umuligt at videreføre Bent Christensens systematik hen mod det standpunkt, som afsluttede min analyse af Herlitz fremstilling.

Bent Christensens "sanktioner" er udelukkende rettet mod parten, eftersom det ikke for et sagsbehandlende nævn er et problem at tage stilling til, hvilke sanktioner der skal

rettes mod nævnet selv. Dette beror naturligvis ikke på en antagelse af, at et navn er fejlfrit, men følger af nævnets egen problemstilling. Denne rummer dels et spørgsmål om, hvilke bevisdata det pågældende navn selv skal fremskaffe, dels et spørgsmål om, hvilke slutninger der kan drages af, at en part (parter) ikke bidrager med de oplysninger, som det påhviler parten at tilvejebringe. Og det er disse problemer, som Bent Christensen behandler. De opgaver med henblik på bevisfremskaffelse, som efter reglerne om undersøgelsespligt påhviler nævnene, kan ikke indgå som elementer i reglerne for nævnets afgørelse af, hvilket faktum der skal lægges til grund - til forskel fra reglerne om partens forpligtelse til bevisfremskaffelse.

I enkelte eksempler på bevisbyrderegler viser sig klart et traditionelt manifestationskrav: Man har "svækket beviskravet for årsagsforbindelse mellem ulykke og betændelser, epidemiske sygdomme og lignende, hvis skadelidte tilhører visse erhverv", s. 351. Dette hænger naturligvis sammen med, at erhvervstilhøret underbygger antagelsen af en årsagsforbindelse og derfor bevirker, at kravet til det manifesterede bevismateriale, som er en betingelse for en gunstig afgørelse, er mindre end, hvor antagelsen af en årsagsforbindelse ikke støttes af et erhvervstilhør. Sandsynlighedskravet er ikke mindre, men manifestationskravet er mindre. Det samme gælder i forbindelse med "bevisbyrdereglerne" i ligningsdirektoratets vejledninger. Sml., at "undersøgelsesmaximen bryder ... den selvfølgeligste forbindelse mellem bevisbyrde og parts bestræbelser for i egen interesse at skaffe bevis" (s. 345).

7. Judiciel undersøgelsespligt og judicielle konneksitets-kriterier

Hensigten med den foregående behandling af en række bevisretlige reguleringer, som er knyttet til en offentlig myndigheds ansvar for sagens oplysning, har været at afklare i hvilket omfang sådanne forvaltningsretlige pligter med hensyn til sagens oplysning påvirker det principielle bevisretlige grundlag.

Som resultater fra denne analyse kan hævdes følgende:

(1) I såvel kriminelle som civile sager, hvor en forvaltningsmyndighed optræder som part under processen, gælder principielt partsautonomien, dvs. (forsåvidt angår det bevismæssige) at parterne tematiserer de faktiske emner, som skal underkastes judiciel afgørelse, og det påhviler parterne at føre de manifeste bevisdata frem, som skal udgøre grundlaget for den judicielle dikotomisering. Den omstændighed, at den ene af parterne er en offentlig myndighed, ændrer ikke partsautonomien som processuelt princip.

Da der imidlertid forsåvidt angår straffesager gælder væsentlige modifikationer i partsautonomien, og da der også i den civile proces er tendenser mod domstolens selvstændighed, særligt forsåvidt angår bevisførelsen, var der grund til at optage til særskilt analyse den situation, at den offentlige myndighed, som skal træffe afgørelsen vedrørende faktum principielt står som ansvarlig for både tematisering og manifeste bevisdata. Resultatet af undersøgelsen af det administrative undersøgelsesprincip har været, at såvel indenfor den almindelige forvaltning (Herlitz) som under nævnsprocessen (Bent Christensen) er nok et almindeligt undersøgelsesprincip gældende, men dette udelukker på ingen måde, at der indgår normative synspunkter på bedømmelsen af partens medvirken ved sagens oplysning. At dette er tilfældet, beror på, at denne normative vurdering er et virksomt element i myndighedens animering af parten til at tilvejebringe bevismaterialet. Parts"pligt" til at medvirke ved sagens oplysning beror således ikke blot på, at der er indført særskilte sanktioner (bøde mv.), men finder ud-

tryk i den administrative myndigheds kriterier for, om et vist faktum skal antages eller ej. Eftersom den "sikkerhed", som tilvejebringes gennem bl.a. erkendelse af en partspassivitet, må integreres i opfattelsen af den gældende bevisbyrde-regel, bliver resultatet - som ved den judicielle proces - at et sikkerhedskrav til dels må opfattes i overensstemmelse med den normative adfærdsvurderings kriterier.

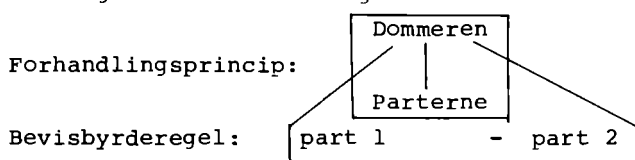
Den styring af oplysningsprocessen, som et undersøgelsesprincip indeholder, etablerer derfor ikke de tilstrækkelige forudsætninger for, at bedømmelsen af, hvilken sikkerhed der er for det relevante faktum, er rent empirisk, altså er en bedømmelse af, hvilken sandsynlighed de foreliggende bevisdata er forbundet med det relevante faktum. Men det er klart, at et undersøgelsesprincip udelukker en del af de "forstyrrelser" af den empiriske bedømmelse, som karakteriserer den normale judicielle proces.

I forbindelse med analysen af forholdet mellem undersøgelsesprincip og konneksitetskriterier afklaredes et centralt forhold mellem bevisbyrde-regler og undersøgelsespligt, som efter min opfattelse ikke hidtil er bragt frem. Det karakteristiske ved undersøgelsesprincippet er, at det overflytter adfærdsdirigeringen med hensyn til bevistilvejebringelse fra konneksitetskriterierne til selvstændigt sanktionerede regler, gældende for den pågældende myndighed, som både skal skaffe beviser og afgøre sagen. Heraf følger, at såfremt et undersøgelsesprincip gennemføres fuldt ud, skulle de normative elementer i afgørelsen om faktum forsvinde ud af konneksitetskriterierne, og bedømmelsen af faktum blive rent empirisk. Dette skal jeg straks vende tilbage til.

Inden da må en anden konsekvens af det anførte synspunkt fremdrages: Forholdet mellem et undersøgelsesprincip og et forhandlingsprincip kan belyses på baggrund af den foregående analyse af forholdet mellem undersøgelsesprincip og bevisbyrde. Forsåvidt angår forhandlingsprincippet hævdede jeg tidligere - i overensstemmelse med gængs opfattelse - at det karakteristiske for forhandlingsprincippet med hensyn til tilvejebringelse af bevisdata var, at dette uspecificeret med hensyn til partsforholdet angav parterne

som ansvarlige for tilvejebringelsen af de bevisdata, som skulle udgøre grundlaget for den judicielle afgørelse.

Mens det er almindelig erkendt, at spørgsmålet om bevisbyrde ikke er knyttet til forhandlingsmaksime, men også er et spørgsmål, som er aktuelt i sager, som behandles under et undersøgelsesprincip¹⁾, er det, såvidt jeg har kunnet se, et upåagtet spørgsmål, hvilken selvstændig betydning forhandlingsprincippet har, når bevisbyrdereglen er fastlagt. Problemstillingen kan illustreres således:



En oplysningsopgave, som forhandlingsprincippet pålægger parterne - og fritager domstolen for -, specificeres i den pågældende bevisregel (bevisbyrderegel) med henblik på en af sagens to parter. I og med at det er sagt, at det er en af parterne, f.eks. part 1, er det sagt ikke alene, at det ikke er part 2 der skal skaffe bevis for negationen af det pågældende forhold, men også at det ikke er domstolen, der skal skaffe det pågældende bevis. Dette udsagn er imidlertid upræcist. For når vi ved bevisregler forstår konneksitetsregler, dvs. regler der umiddelbart er bestemmende for, hvilket faktum der skal antages, så er regler om domstolens oplysningsvirksomhed ikke konneksitetsregler, og de to implikationer for henholdsvis part 2 og domstol i den foregående sætning har forskellig status, svarende til den forskellige karakter, som en oplysningspligt under nævnsprocessen har, afhængig af om det er en partsoplysningspligt eller det er nævnets oplysningspligt.

Heraf drager jeg den principielle slutning, at forhandlingsmaksimen har selvstændig betydning ved siden af bevisbyrdereglerne i og med, at forhandlingsprincippet er en regel om, at der ikke gælder et undersøgelsesprincip for domstolen. Forhandlingsprincippet er først og fremmest en negation af et undersøgelsesprincip. Dette kan også bekræftes fra et praktisk litterært synspunkt. Fremstillingerne af forhandlingsprincippet er koncentreret om dels beskrivelse af de

1) Jfr. Tybjerg s. 54 om instruktionsmaksime, Hammerich 1910 s. 206 f, Kaltenberg 2, IV s. 682 anderledes Munch-Petersen 1924 II s. 284-85.

mere almindelige samfundsmæssige begrundelser for forhandlingsprincippet, dels optakt til en beskrivelse af en række af undtagelser, som forhandlingsprincippet er forbundet med ²⁾.

Tilsvarende gælder iøvrigt med hensyn til forholdet mellem forhandlingsprincip og tematisering (påberåbelse). Forhandlingsprincippet indebærer, at domstolen som regel ikke kan tage sådanne temaer under betragtning, som ikke er påberåbt af en af parterne. Reglerne om påberåbelsesbyrden angiver specificeret, hvilken af parterne der skal påberåbe det pågældende forhold. Ikke destomindre er fremstillingen af de to regelsæt skarpt opdelt, sammenlign eksempelvis Bomann 1964, som i hovedsagen betragter påberåbelsesbyrden, dvs. forholdet mellem sagens to parter, mens Hammerich 1910 behandler forhandlingsprincippet, men ikke beskæftiger sig med forholdet mellem sagens to parter.

(2) Ved bedømmelsen af, under hvilke betingelser en empirisk bevisteori kan tænkes, må udgangspunkt tages i de karakteristiske træk ved den gældende bevisret, som tidligere er fremhævet som afgørende indvendinger mod den juridiske sandsynlighedsteori. Man må forestille sig et bevisretligt system, som indeholder et konsekvent sæt af negationer af disse karaktertræk.

Heraf følger, at en empirisk bevisteori må stille krav til 1) tematiseringen, hvor den pågældende myndighed må kunne foretage en selvstændig tematisering, dvs. en selvstændig formulering af det problem, som myndigheden vil underkaste undersøgelse og bedømmelse, 2) selektionen af manifesterede bevisdata, der må være under myndighedens fulde kontrol, dvs. at det ikke er overladt nogen privat at disponere over, hvilke bevisdata der skal fremlægges, afhængigt af om fremlæggelsen er i den pågældendes interesse eller ej, 3) kalkulation: Det kalkulerede bevisdatum, dvs. det bevis, som på forhånd er tilvejebragt med henblik på at påvirke en senere myndighedsbedømmelse, erstattes af en iagttagelse af tilfældige bevisdata, og 4) den materielle regulering, som er grundlaget for tematiseringen, må afpasses efter de

2) Jfr. eksempelvis Hurwitz & Gomard 1965 s. 189 f, Munch-Petersen II, s. 248 f

krav som stilles til en empirisk bedømmelse, dvs. at de juridiske bedømmelseskriterier må tilnærmes sådanne beskrivelsesmetoder, som er umiddelbart grundlag for en empirisk efterforskning.

Bevisregler er regler om bestemte sandsynlighedskrav, og bevisbedømmelsen er en bedømmelse af, med hvilken sandsynlighed de iagttagede tilfældige og repræsentative bevisdata støtter en hypotese om det pågældende faktum ³⁾.

Med hensyn til selektionen af bevisdata er det klart, at et undersøgelsesprincip er en nødvendig forudsætning for, at bevisretten kan opfattes empirisk. Men et modificeret undersøgelsesprincip - som vi finder i bl.a. forvaltningsprocessen og nævnsprocessen - er ikke et tilstrækkeligt processuelt grundlag for en juridisk sandsynlighedsteori.

En judiciel organisation, der svarer til disse krav, finder man kun indenfor specielle emner. Det nærmeste den gældende proces kommer en sådan organisering, er faderskabssager:

- 1) Retten kan inddrage enhver der "kan have besvangret moderen", som sagsøgt, retsplejeloven § 456 h, stk. 1, og træffer afgørelse uden hensyn til parternes påstande, § 456 m.
- 2) Retten træffer bestemmelse om sagens oplysning, dvs. parternes selektion er begrænset, retsplejeloven § 456 h - § 456 k.
- 3) En væsentlig type af bevisdata er blodserologiske erklæringer. Ved at faderskabet bedømmes efter sådanne, er væsentlige strategiske selektionsmuligheder udelukket. 4) Faderskab er i første række biologisk defineret, dvs. beror på et faktum, der oplyses af de arvebiologiske bevisdata ⁴⁾.

Normative bevismæssige slutninger fra parternes adfærd er udelukket, eftersom parternes forpligtelse til at forklare om samleje og til at lade sig blodtypeundersøge sanktioneres af vidnereglernes sanktioner, retsplejelovens § 456 l.

3) Se ovenfor VII.4.1.

4) Om modifikation heraf se Ernst Andersen 1971 s. 45-46.

Jeg skal ikke behandle faderskabsreglerne nøjere her ⁵⁾. Det må allerede på dette grundlag kunne hævdes, at disse procesregler fremtræder som den undtagelse, der bekræfter reglen, nemlig princippet om partsautonomi: I ingen anden sagstype er parternes funktion i den grad reduceret og deres bag den processuelle autonomi liggende integritet brudt af gennemtvungelige undersøgelseskrav.

En juridisk organisation, hvor den empiriske undersøgelse af et konkret faktum kan tænkes, finder man i særlige undersøgelseskommisioner, hvis kommissorium (tematisering) ikke udelukker nogen antagelse om det pågældende forhold, og hvis materialeindsamling ikke er bundet til aktive parter med dertil hørende ensidighed og normativitet ⁶⁾.

Da sådanne undersøgelser ikke er judicielle, nøjes jeg med et eksempel, nemlig undersøgelse over luftfartøjers havari, jfr. luftfartlovens §§ 134 f. Om undersøgelsesrapporten hedder det, at den skal redegøre for "årsagen eller den sandsynlige årsag til ulykken eller risikoen for ulykke", at den om muligt skal indeholde "forslag til foranstaltninger der vil være egnede til at forebygge ulykke eller ulykkesrisiko af samme eller lignende art", og at den kan indeholde "udtalelse om, hvorvidt der bør gøres ansvar gældende mod nogen, og hvilke skridt der i så fald bør foretages", jfr. § 137 og § 142.

Undersøgelsen af ulykkesårsag er udskilt i forhold til ansvarsspørgsmålet. Årsagen defineres formentlig teknisk.

Men de pønale/økonomiske konsekvenser griber naturligvis ind også i en sådan undersøgelse. Dette formidles gennem "parter" bestræbelser på at omdanne undersøgelsen. Problemet er for engelsk ret beskrevet således: "... the main purpose of investigating accidents is to determine causes to avoid accidents in future rather than to ascribe blame". Men der er "...difficulties of combining an inquisitorial process with judicial safeguards. The criticism is either that the individual has not been fairly treated or that judicial procedures have converted the inquiry into a trial. This is not really surprising in that the two procedures have quite different aims in view. The inquisitorial process discussed above have been concerned mainly with the establishment of facts whereas the judicial safeguards are concerned with protecting the individual" ⁷⁾.

Det terminologiske skift fra "årsag" til "skyld" betoner tematiseringens afhængighed af undersøgelsesorganiseringen.

5) Se herom kap. XI.2. hvor navnlig betydningen af moderens selektive udlægning behandles.

6) Ensidedighed og normative slutninger hænger sammen: I og med at partens aktivitet er ensidig, kan dens passivitet støtte en for parten ugunstig antagelse.

7) Ganz s. 25, 26.

De administrative eksempler på empirisk undersøgelse får indirekte betydning for den judicielle bevisteori. De viser sig nemlig som ekstern empiri: Herved forstås erklæringer vedrørende faktiske forhold, som bygger på empirisk organiserede undersøgelser, men som indgår i den judicielle vurdering som autoritative bevisdata. Denne "empirisering" spiller en betydelig praktisk rolle⁸⁾. I denne forbindelse skal fremhæves, at visse fakta er overgået fra primær judiciel vurdering til ekstern empirisk vurdering. I stedet for den judicielle vurdering af sædvanlige bevisdata som vidner, indicier, osv. er det pågældende faktum underlagt en sagkyndig vurdering, som forelægges domstolen. Dette gælder indenfor strafferetsplejen, for så vidt angår sådanne fakta, som betinger sanktionsvalg (i mindre grad strafudmåling). Denne fundamentale ændring i den judicielle bevisvurderings vilkår ytrer sig procesretligt ved, at det anerkendes, at almindelige procesprincipper som umiddelbarhed, princippet om det bedste bevis, mv., fraviges: Den sagkyndige instans foretager undersøgelsen efter de for den sagkyndige i almindelighed gældende regler og metoder⁹⁾.

Men denne eksterne empiri indebærer ikke, at den judicielle bevisvurdering kan opfattes som empirisk. Som påvist tidligere, er den sagkyndige erklæring indenfor visse grænser autoritativ i forhold til dommeren, som må tage den som et manifest, verbalt bevis.

Endelig skal nævnes muligheden for at styrke dommerens procesledelse¹⁰⁾. Idet jeg ikke forsøger en almen definition af dette begreb, fremhæver jeg de procesledende metoder, som forekommer relevante:

8) Herom ovenfor kap. IX.4.

9) Hertil Ekelöf V 1975 s. 141 smh. s. 9, 12. Om personundersøgelse smh. rpl. § 800 a der munder ud i en på en udenforstående (socialrådgivers) undersøgelse baseret udtalelse, med § 877, stk. 3, jfr. stk. 2, 5)

10) Hurwitz & Gomard s. 193 med note 30, Abitz i Retsplejeloven 50 år, s. 133 f.

- (a) Korrektion af den tematiske afgrænsning.
- (b) Inddragelse af manifeste bevisdata.
- (c) Påpegning af mulige manifeste bevisdata.

Udgangspunkt for denne bestemmelse af problemet i relation til bevisretten er, at partsautonomien bevares - men modificeres.

Når dommeren derfor må udgå fra parternes initiativ til proces og må bedømme behovet for korrektion, supplement og anbefaling med udgangspunkt i det af parterne bestemte materiale, kan en materiel procesledelse vel hindre åbenbare modsætninger mellem det af parterne determinerede og det for dommeren på dette grundlag iagttagelige, men det forbliver dog en modifikation.

Den materielle procesledelse er en modifikation af parternes determinationer, ikke en modifikation af det princip, at parterne determinerer processen.

I vist omfang er den materielle procesledelse blot en udbygning af de normative synspunkter, idet de processuelle anvisninger er grundlag for, såfremt de ikke følges, slutninger fra domstolens side med hensyn til partens forhold. Man kan bygge på passivitet ¹¹⁾.

(3) Konklusion: De processuelle principper for tematisering og for tilvejebringelse af bevisdata bygger på parternes autonomi - processuelt som partsautonomi, i almindelighed som privatautonomi. Den frihed, som gælder for såvel parternes processuelle aktivitet som for dommerens bedømmelse, udmøntes i et differentieret regelsæt om gensidige forventninger, og partsfriheden udnyttes taktisk.

Denne procesform kan ikke forenes med en sandsynligheds-teoretisk fortolkning eller rekommendation.

Afvigelserne fra denne autonomi ændrer ikke denne konklusion. Straffeprocessen er efter sin intention en partspro-

11) Procesledelsens betydning vurderes her principielt. En nærmere analyse må naturligvis gå ind på en nøjere undersøgelse af de forskellige reformforslag og gældende regler.

proces. Procesledning modificerer visse partsdeterminationer af tema eller bevisdata, men bryder ikke autonomien. Selv i den administrative undersøgelse under undersøgelsesprincippet findes de for partsautonomien karakteristiske normative vurderinger.

Empirien kommer centralt ind i den judicielle beslutningsproces som ekstern og i hovedsagen ukontrolabel empiri. Det er ikke dommeren, der beregner signifikansniveau, faderskabsindex, mv., men den sagkyndige.

En empirisk bevisteori bryder totalt med de principper, som behersker den judicielle proces.

Empirien viser sig som brud med den judicielle proces, som den er nu, nemlig som ekstern vurdering eller ved direkte overførelse af kompetence fra domstole til administrative organer.

Kapitel XI.

Enkelte bevisemner

Konfrontationen af teorien om den normative adfærdsvurdering og den juridiske sandsynlighedsteori er sket i deres almene form, dvs. at disse bevisteorier er analyseret som almene teorier for beviset i den judicielle proces. Analysen af enkelte bevisemner må begynde med en sådan almen teori. På den anden side har det været rimeligt og nødvendigt at inddrage enkelte specielle bevisretlige emner til illustration eller udbygning af de almene synspunkter.

En mindre teoretisk, mere praktisk grund til at behandle bevisteorien alment er, at de specielle emner fører videre ind i den materielle ret, og at hvad man sparer i processuel bredde, må betales i materiel dybde.

De to bevisretlige emner, som jeg har taget op, vil illustrere dette. De vil vise, hvor kompliceret specielle bevisretlige emner er, og dermed hvilket uoverskueligt reguleringsområde der er tale om. Med andre ord - de følgende analyser prætenderer ikke at være udtømmende ¹⁾. Men de vil vise, hvordan den generelle problemstilling viser sig i et specielt emne.

1) Dette gælder XI.2. i sådan grad, at den bør opfattes som en skitse.

1. Forstraf som bevisdatum for skyld

At den tiltalte i en straffesag tidligere er straffet, er et forhold, som ofte oplyses under sagsbehandlingen, og som har betydning i forskellige relationer. Forstraf kan indgå som et relevant datum ved beslutning om varetægtsfængsling, navnlig ved bedømmelsen af mistanken¹⁾. Forstraf har endvidere betydning for sanktionsvalg og strafudmåling²⁾.

Det hensyn til forstraf, som skal behandles i det følgende, er afgrænset til forstraffens betydning som bevisdatum for, at tiltalte er skyldig i det påtalte forhold. Analysen af dette spørgsmål har konsekvenser for opfattelsen af de øvrige anvendelser af forstraffen, men dette skal ikke uddybes.

At forstraffen som bevis for skyld er taget op, skyldes at dette bevis forekommer velegnet til at illustrere og underbygge centrale elementer i min kritik af den juridiske sandsynlighedsteori. Anvendelsen af forstraffen som bevis bryder nemlig med nødvendige forudsætninger for en sandsynlighedsteoretisk tolkning af den judicielle proces.

Analysen er tilrettelagt kritisk, d.v.s. den starter med at antage de forudsætninger, som sandsynlighedsteorien må arbejde med, for gradvis at konfrontere disse forudsætninger og deres nødvendige konsekvenser med den reelle judicielle beslutningssituation.

Jeg indskyder nogle terminologiske bemærkninger: Kriminelle kan kategoriseres på forskellig måde. Der kan skelnes mellem dem, der begår en forbrydelse for første gang - be-

1) Bratholm s. 169, tilsvarende Gammeltoft-Hansen s. 65. Om gentagelsesrisiko UfR 1969.209 V. Om fravær af tidligere sigtelse, UfR 1972 s. 780 H (diss. s. 782).

2) Jfr. straffelovens § 80, von Eyben 1950 s. 210 f (§ 80 i ældre formulering).

gyndere , og dem, der tidligere har begået en forbrydelse - residivister. I denne sammenhæng hæfter jeg mig ubetinget ved, om personen tidligere har handlet kriminelt eller ej ³⁾.

- Kun en del af samtlige forbrydelser bliver opdaget af politiet og pådømt ved domstolene. Man kan skelne mellem officielle og skjulte forbrydelser. Ved officielle forbrydelser sigter jeg til forbrydelser, der er registreret som sådanne og som eventuelt har været genstand for sigtelse, påtale eller domfældelse. En nærmere præcisering af denne grænse er ikke nødvendig på dette sted. - At det ved en dom antages, at den tiltalte har begået en forbrydelse, er ikke ensbetydende med, at det med sikkerhed kan antages, at en forbrydelse er begået af den domfældte, idet de gældende beviskrav ikke kræver fuldstændig sikkerhed. En vis sandsynlighed for objektivt urigtige - i modsætning til rigtige - domfældelser tolereres.

Sondringen mellem officiel og skjult kriminalitet er væsentlig, fordi forstraffen som bevisdatum naturligvis er knyttet til den officielle (registrerede) forbrydelse, mens nyere kriminologisk forskning har vist, at den skjulte kriminalitet er meget omfattende, og at den officielle kriminalitet ikke er repræsentativ for den totale kriminalitet ⁴⁾.

(1) Under politiets efterforskning anvendes registrerede data om tidligere, officielle kriminelle.

Den judicielle skyldvurdering kan ikke isoleres fra det forarbejde, hvorved dommerens materiale er tilvejebragt. I denne sammenhæng er tilrettelæggelsen af politiets efterforskning af særlig betydning. Jeg begynder derfor med en

3) Anderledes kriminalstatistikken, se f.eks. Kriminalstatistikken 1967 i Statistiske Meddelelser 1970:3 (1970) s. 64 f.

4) Se f.eks. Niels Christie, Johs. Andenæs og Sigurd Skirbek: A Study of self-reported Crime i Scandnavian Studies in Criminology, vol. 1 (1965) s. 86 f, og yderligere henvisninger hos Stephan Hurwitz og K. O. Christiansen: Kriminologi I (1968) s. 67 f. Se endvidere Vagn Greve: Kriminalitet som normalitet (1971), Birgit Werner i N.T.f.K 1971 s. 106 f, 191 f, Røstad i N.T.f.K. 1974 s. 1 f.

undersøgelse af den tidligere kriminalitets rolle i politiets efterforskningsarbejde.

Lidt om politiets registrering og begrundelsen for registreringen. Staten efterforsker ved politiet kriminel adfærd med henblik på straffeforfølgning. Ved denne politimæssige efterforskning benytter politiet sig af en række registre, der indeholder data om personer, der tidligere har begået noget kriminelt.

Den, der har begået kriminalitet af en vis alvor, bliver fotograferet, og fotografiet opbevares i et centralt fototek, og eventuelt i et lokalt fototek. Rigsregistraturens fototek er systematiseret efter alder og højde, men ikke efter forbrydelsens art. Der findes ikke faste regler for, hvor længe et fotografi opbevares, udover at det fjernes, når pågældende dør. Endvidere tages fingeraftryk.

Såvel fotografi som fingeraftryk kan anvendes under opklaringen af den forbrydelse, der giver anledning til optagelsen. En anden anvendelse - som er den, der har interesse i denne forbindelse - består i opbevaringen af optagelsen til brug under efterforskning af fremtidig kriminalitet.

Regler om optagelse af foto og fingeraftryk findes i cirkulærer fra justitsministeriet og rigspolitietschefen ⁵⁾. Hvor optagelsen ikke har betydning for behandlingen af en sigtelse, indeholder retsplejeloven ikke hjemmel for optagelse eller fortsat opbevaring uden pågældendes samtykke. I de tilfælde, hvor udlevering er pålagt, er pågældende imidlertid blevet frifundet eller tiltale er frafaldet ⁶⁾. Om opbevaring af optagelsen efter en domfældelse kan ske uden samtykke eller trods protest er således ikke pådømt.

Der er opbygget registre over "modus operandi", d.v.s.

5) Kommenteret Retsplejelov (1964) s. 779 og Efterforskningslæren (Rigspolitietschefen) (1968) bd. 1, kapitel X, s. 12 - 13.

6) UfR 1956.538 Ø (der dog antyder tilbøjelighed til at acceptere optagelse efter domfældelse), UfR 1962.231 Ø, F.O.B. 1957.157, sml. Hurwitz (1959) s. 431 f.

udførelsesmåde og andre omstændigheder ved en forbrydelse, som man forventer vil gentage sig, hvis den pågældende igen handler kriminelt. Man bygger på sådanne karakteristika som tidspunktet for forbrydelser, ugedag, transportmiddel, adgangsvej (vindue, dør), indbrudssted (villa, forretning, kontor).

Politiet råder naturligvis over oplysninger, der er tilvejebragt på anden måde end ved registrering af en kriminels forhold, f.eks. kartotek over forsvundne, over renseri- og vaskerimærker, ligesom politiet benytter andre myndigheders registreringer.

Hvad er begrundelsen for denne registrering af tidligere kriminelles forhold? Hvilke virkninger har den for de registrerede personer? Sådanne spørgsmål kan forekomme unødige. Politiet samler oplysninger fra de forbrydere, det har haft kontakt med, og benytter disse oplysninger ved opklaringen af fremtidige forbrydelser ⁷⁾.

Det er ikke historisk interesse, der betinger denne omhyggelige registrering af de kriminelles forhold. Det er fremtiden, der tænkes på. De registrerede data skal benyttes under fremtidig efterforskning. Politiets registre over tidligere kriminelles forhold kan betragtes som indledende efterforskningsskridt mod de registrerede personer.

Karakteristisk for registrerede data som fingeraftryk, fotografi af ansigt, beskrivelse af arbejdsmetode, er en vis grad af individualitet og konstans ⁸⁾. Begås en ny forbrydelse, kan spor som fingeraftryk på gerningsstedet, et vid-

7) I Politiskolens lærebog i efterforskning hedder det: "Det er en selvfølge, at politiet registrerer personer og forbrydelser, det har med at gøre. Registreringen er et uundværligt hjælpemiddel i efterforskningen, særlig når denne drejer sig om identificering og eftersøgning af gerningsmanden". Efterforskningslæren I (Rigspolitichefen) (1968), kapitel 4, s. 3.

8) Sml. C. H. Vogelius Andersen. Personidentificering (1966) s. 49.

neds iagttagelse af gerningsmanden, den anvendte arbejds-
metode, sammenholdes med de registrerede data. Registrere-
ringen har en kriminalteknisk forklaring ⁹⁾.

Dette kriminaltekniske synspunkt kan suppleres med en af
to antagelser om den tidligere kriminelles recidivsandsyn-
lighed.

Den politimæssige efterforskning kan være baseret på en an-
tagelse om, at tilhørsforholdet til bestemte grupper forø-
ger sandsynligheden for, at vedkommende begår en forbry-
delse. Således antager politiet formentlig, at sandsynlig-
heden for, at en person, der tidligere har begået en for-
brydelse, begår yderligere en forbrydelse, er større end
sandsynligheden for, at en hvilken som helst person begår
en forbrydelse. Dette er det kriminologiske svar, der har-
monerer med traditionelle kriminologiske synspunkter. Den
kriminelle handling udspringer af specielle psykologiske
eller sociale betingelser, som ofte er varige og derfor
vil ytre sig i gentagen kriminalitet. Kriminalitetshyppig-
heden for den person, der hører til en kriminel psykolo-
gisk eller fysiologisk type, eller som lever under krimi-
nalitetsskabende sociale omstændigheder, er større end for
personer, hvis forhold ikke er karakteriseret på denne må-
de. Begået kriminalitet er et stærkt bevis for personens
tilhørsforhold. Går man samtidig ud fra, at den officielle
kriminalitet er dækkende for den totale kriminalitet, er

9) "Registreringen bygger på to meget store muligheder: For det første,
at en en gang straffet person kan gøre sig skyldig i nye forbrydel-
ser, for det andet, at han i så fald ofte vil benytte samme frem-
gangsmåde som tidligere", Efterforskningslæren I (Rigspolitichefen)
(1968), kap. 4, s. 3 - "Informational files are maintained by police
departments to assist the investigator in his efforts to trace the
fugitive from justice. The primary purpose of these records is to
indicate the source of evidence material discovered in connection
with a crime", Investigation in Encyclopaedia Britannica, vol. 12
(1964) s. 560 - 561. D.v.s. informative registre hjælper ved at
angive oprindelsen til de spor, der findes efter en forbrydelse.
Harry Södermann & John J. O'Connell: Modern Criminal Investigation
(1952) s. 331: "of great aid is the perseverance of the criminal,
i.e. his unbelievable adherence to a certain method or technique.
The ingenious and wise criminal is rarer than he is believed to be"
(- han bliver nemlig ikke opdaget?).

registreringens værdi oplagt ¹⁰⁾.

Hvis man ikke vil tilslutte sig dette kriminologiske synspunkt, må registreringen ses som en selektion: Politiets arbejde er et led i statens strafforfølgning. Retssystemets funktionsdygtighed kræver, at i hvert fald nogle straffes, når forbrydelser begås. Opklaringen støder imidlertid på store vanskeligheder. Registreringen af tidligere kriminelle forøger opklaringschancen og reducerer politiets arbejde forholdsmæssigt. Politiets produktivitet stiger. Det er ud fra dette synspunkt ikke afgørende, om kriminalitetshyppigheden er større for tidligere kriminelle.

Såvel det kriminologiske som det selektive synspunkt indebærer en højere opdagelsesrisiko for de registrerede. Dette kræver omtale af efterforskningstilrettelæggelsens indflydelse på opdagelsesrisikoen.

Efterforskningstilrettelæggelsens betydning for opdagelsesrisikoen kan bedst overvejes, når man begynder med en række temmelig urealistiske forudsætninger, og fra dette hypotetiske stadium nærmer sig de faktiske forhold. Efterforskningen kan hypotetisk tænkes tilrettelagt ud fra den forudsætning, at kriminalitetsrisikoen er den samme for alle befolkningsgrupper. D.v.s. at politiet går ud fra, at det ikke om visse grupper af befolkningen - bestemt ved f.eks. alder, nationalitet, klasse - kan antages, at sandsynligheden for, at et medlem af en sådan gruppe begår en forbrydelse (indenfor et vist tidsrum), er større end sandsynligheden for, at en hvilken som helst person begår en forbry-

10) At sandsynligheden for, at en person, der tidligere har begået en forbrydelse, recidiverer, er større end sandsynligheden for, at en hvilken som helst person begår en forbrydelse, finder (tilsyneladende) støtte også i nyere kriminologiske fremstillinger. Hos Stephan Hurwitz og K. O. Christiansen (1968) s. 66, oplyses, at "(f)or de forstraffede har sandsynligheden for at blive straffet igen ... i det meste af perioden (d.v.s. 1933 - 1960) været 10 - 15 gange så stor som sandsynligheden for at indlede en kriminel løbebane". Interessen for at sammenligne sandsynligheden for at blive straffet med sandsynligheden for at indlede en kriminel løbebane beror på, at sandsynligheden for at indlede en kriminel løbebane kan bestemmes efter officiel statistik, og at forholdet mellem officielle og skjulte forbrydelser er uafhængigt af, om det drejer sig om recidivister eller begyndere.

delse. Politiet antager, at kriminalitetsrisikoen er uafhængig af gruppetilhør. - Ikke alle forbrydelser opklares. Dette beror på forhold, som - forudsætter jeg - ikke er relevante i særlig grad for en bestemt gruppe. Det beror f.eks. på, at politiets ressourcer er begrænsede, at spor af forbrydelser forsvinder, at mennesker glemmer, at den skyldige modarbejder efterforskningen før, under og efter forbrydelsen.

Af disse forudsætninger følger, at sandsynligheden for, at en begået forbrydelse opklares, er den samme for hver enkelt person i den pågældende befolkning uanset pågældendes gruppeforhold. Opdagelsesrisikoen er uafhængig af gruppetilhør ¹¹⁾. Gruppetilhøret, som jeg her anvender begrebet, beror på en egenskab, der kan konstateres, inden den egentlige efterforskning af den enkelte forbrydelse begynder. Gruppetilhøret kunne derfor danne grundlag for en forhåndsregistrering. En efterforskning følger visse erfarings-synspunkter, f.eks. om identiteten af fingeraftryk, pålideligheden af vidneudsagn. Logisk kan dette eventuelt betragtes som en gruppering, men dette bortses der foreløbig fra.

Et eksempel kan illustrere tankegangen: På en isoleret ø befinder sig 100 mennesker samt 10 politibetjente. Det konstateres med sikkerhed, at en forbrydelse er begået af en af de 100, og det vides, at en efterforskning skal foregå med en sådan hurtighed, at hver af de 10 betjente kun kan nå at undersøge en enkelt persons forhold. Hvis - og kun hvis - politiet undersøger den rette persons forhold, vil forbrydelsen være opklaret med sikkerhed. Hvis der ikke findes nogen-
somhelst konkret viden om gerningsmanden, kan den forudsætning, at et gruppetilhør ikke forøger sandsynligheden for forbryderisk adfærd, indebære, at politibetjentene f.eks. trækker lod om, hvilke 10 personer ud af de 100 personer der skal undersøges.

Sandsynligheden for, at en person, der har begået en forbrydelse, vil blive opdaget, er da 10/100, og denne sandsynlighed er den samme, uanset hvilken gruppe den pågældende person igevrigt tilhører.

11) Sml. om opdagelsesrisikoen, Stephan Hurwitz og K. O. Christiansen (1968) s. 27 f.

Det kan tænkes, at politiet interesserer sig for en speciel gruppe af befolkningen, uden at denne interesse beror på andet end rent praktiske hensyn. Ved en politimæssig undersøgelse begynder man med de nærmestboende, man går frem efter telefonbogen eller benytter et andet kriterium for udvælgelse til eller prioritering af undersøgelse, hvor dette kriterium ikke begrundes med nogen relevant viden om de udvalgte personer. Det pågældende kriterium sætter blot en ramme for politiets efterforskning.

Hvilken betydning har et sådant kriterium for udvælgelse til undersøgelse? For det første kan det tænkes, at undersøgelseskriteriet kun følges under visse betingelser, f.eks. at undersøgelse af gerningssted og omgivelser ikke har ført til opklaring. Jo videre betingelser, desto større betydning for opklaringen. På den anden side synes rammen at have større betydning, jo mindre en andel de personer, der omfattes af rammens kriterium, udgør af den samlede persongruppe, som politiet kan betragte som mulige gerningsmænd - nemlig diskriminerende betydning.

Eksemplet ovenfor ændres lidt: For at begrænse transportomkostningerne undersøger politiet de 10 personer, der bor nærmest ved politistationen. Jeg går fortsat ud fra, at forbrydelsen vil være opklaret med sikkerhed, hvis man ved denne undersøgelse får fat i den rette. Er forbrydelsen begået af en af de 10 nærmestboende, er opdagelsesrisikoen derfor 1.

Hvis politiet går ud fra en fortegnelse over ikke de 10 nærmestboende, men over beboerne i den by, hvor politistationen befinder sig, og denne liste omfatter f.eks. 40 personer, vil fortegnelsen som ramme for efterforskningen kun forøge opdagelsesrisikoen til 10/40, hvis politiet tilfældigt udvalgte 10 blandt de 40 til undersøgelse.

Jeg tager endnu et skridt hen mod virkelighedens verden. Politiet baserer nu dets efterforskning på den iagttagelse, at den, der begår flere forbrydelser, undertiden anvender samme fremgangsmåde med hensyn til redskab, klokkeslet, ugedag, transportmiddel o.s.v. Når A har begået en forbrydelse, der teknisk er karakteriseret ved egenskaben c, vil politiet interessere sig for A's forhold, hvis der senere begås en forbrydelse, karakteriseret ved c. Denne registrering får betydning som ramme for efterforskningen i overensstemmelse med det, der er anført ovenfor. Betinget af, at registret anvendes, og at man ved denne anvendelse når

frem til A, kan der eventuelt hos A findes andre spor af forbrydelsen, der fører til opklaring.

Men det registrerede moment selv kan tillige blive tillagt betydning ved bedømmelsen af, om forbrydelsen er opklaret.

Registreringen medfører, at politiet har bedre held med sig - eller rettere: står bedre udrustet - ved opklaringen af de forbrydelser, der er begået af de registrerede personer ¹²⁾. Opklaringshyppigheden bliver derfor større for forbrydelser, der er begåede af de registrerede, d.v.s. tidligere gerningsmænd, end for befolkningen iøvrigt. Denne forskydning er for det første en følge af, at registret fungerer som ramme, idet politiet anvender dets begrænsede ressourcer på undersøgelsen af den kreds af personer, der er registreret. Registreringen afgrænser en personkreds til nærmere undersøgelse. For det andet kan registret indeholde værdifulde oplysninger. Den, hvis fingeraftryk er registreret, vil altid blive afsløret, hvis han efterlader sig fingeraftryk, der findes af politiet. Den, hvis fotografi findes i politiets fototek, må regne med at blive genkendt i situationer, hvor han - hvis han ikke var fotograferet - ville passere som ukendt. Den, der bruger en sjælden kombination af brækjern og skærebrænder, efter at metoden er registreret under hans navn, lever livet farligt. Et registreringsdatum er værdifuldt, når en efterforskning, der råder over dette datum, leder til en anden sandsynlighed for en persons skyld, end man opnår under en efterforskning uden dette datum. Registreringens værdi kan modvirkes af, at recidivister er snedigere end andre til at modvirke opklaringen.

¹²⁾ Jfr. Vagn Greve (1971) s. 22 f.

Opklaringsrisikoen for en forbrydelse er større, når den er begået af en registreret person, end når den er begået af en ikke-registreret. Den officielle kriminalitetshyppighed må derfor forventes at være større for registrerede, d.v.s. tidligere straffede, end for befolkningen iøvrigt. Denne forskel i den officielle kriminalitetshyppighed er ikke afhængig af, at den totale (officielle + skjulte) kriminalitetshyppighed er forskellig fra de to grupper. Og den er ikke betinget af, at det registrerede datum i og for sig er af værdi.

Med andre ord: politiets efterforskningsmuligheder er begrænsede af personale, undersøgelsesvilkår m.v. Ikke alle forbrydelser opklares. Registreringen er en selektiv faktor. En registrering udpeger, under visse efterforskningsbetingelser, en personkreds til særlig undersøgelse og medfører forbedrede muligheder for opklaring gennem konfrontation, kontrol af alibier o.s.v. Som følge heraf må opklaringshyppigheden være større for forbrydelser, begåede af registrerede - uanset om det kriterium, der er lagt til grund for registreringen, er relevant for kriminalitetshyppigheden, eller om den oplysning, som registret indeholder, er relevant for kriminalitetssandsynligheden.

Eksemplet ovenfor kan ændres i overensstemmelse med de ændrede forudsætninger. Politiet anser en bestemt kategori af befolkningen, kaldet R (registrerede, rødhårede) for særligt kriminalitetshyppige, og har derfor registreret øens R-befolkning. Af øens befolkning på 100 mennesker er 20 registreret. Når man som i eksemplet "står på bar bund", opsøger politiet primært de registrerede. Under denne betingelse stiger opdagelsesrisikoen for de registrerede fra 10/100 til 10/20.

Eller politiet benytter, da forbrydelsen er begået med skæreblander, et register over de 10, der tidligere har anvendt skæreblander. Ved undersøgelse af disses forhold kan findes udbytte eller andre spor, et forhørs-pres kan lede til tilståelse eller lignende.

Der kan være grund til at fremhæve, at det ikke hævdes, at hele stigningen i den officielle kriminalitetshyppighed blandt tidligere kriminelle beror på tilrettelæggelsen af politiets efterforskning. Men kun at efterforskningstilrettelæggelsen - i forbindelse med andre faktorer, der bestemmer udvælgelsen af officielle forbrydelser - er af væsentlig til dominerende betydning.

At en person registreres, indebærer en diskrimination i den forstand, at en forbrydelse begået af den registrerede med større sandsynlighed bliver opklaret end en forbrydelse begået af en ikke-registreret. Det er et politisk spørgsmål hvilke omstændigheder der kan begrunde en sådan diskrimination. Forskellige modeller for registrering kan tænkes - og eventuelt gøre gavn som baggrund for forståelse og diskussion af forekommende registrering.

(a) Ekstrem ikke-diskrimination: Der forekommer ikke nogen registrering, eller alt registreres. En tilnærmelse til det første ville f.eks. afskaffelse af fototeker være. Det sidste ville man nærme sig ved at registrere alle personers fingeraftryk. Ved disse foranstaltninger reduceres forskellen i efterforskningsmateriale. Politiet starter på samme grundlag - begrænset eller omfattende. Den totale registrering kan naturligvis ikke nås. Med de arkivliggende registre må sidestilles politiets opfattelser med hensyn til vidnepsykologi, forbryderfysiologi og andre almene erfaringer. Ophævelse af registre i denne vide forstand gør efterforskning umulig.

(b) Prediktiv diskrimination: Man registrerer data vedrørende personer, som med større sandsynlighed forventes at begå kriminalitet, til brug ved undersøgelse af denne forventede kriminalitet. Uden registrering ville opdagelsesrisikoen være den samme for den kriminalitetshyppige befolkning som for den øvrige befolkning - modificeret af den snedighed, som erfaringen giver.

(c) Registrering på grund af kriminalitet i almindelighed: Dette kriterium for opklaringsselektion fører til, at der opbevares (undertiden værdifulde) data til brug i sager, hvor end ikke officielle kriminalitetshyppigheder begrundes nogen forskel mellem registrerede og ikke-registrerede.

Et anskueligt eksempel på virkningen af sådan registrering er politiets behandling af sagen UFR 1971.49 H. Manden A var tiltalt for overtrædelse af straffelovens § 224, jfr. § 217. Ifølge tiltalen var A kravlet ind i et soveværelse til kvinden B og havde tvunget B til at lægge sig ned i sengen og tåle, at han lagde sig oven på hende og førte en finger op i hendes kønsdel. A nægtede sig skyldig og forklarede, at han aldrig havde været i B's hjem. B forklarede, at hun ikke på forhånd kendte den mand, som ifølge hendes forklaring var trængt ind til

hende. På grundlag af B's oplysninger om mandens alder og højde lod politiet hende se i rigsregistraturens fototek; senere konfronteredes hun med A. Det hedder herom i underrettsdommen: "Et par dage senere havde vidnet (B) lejlighed til på Politigården i København at gennemgå politiets billedkartotek. Hun gennemgik et stort antal billeder og lagde et par stykker til side til nærmere iagttagelse, men havde på ny lagt disse fotografier tilbage i kassen, da hun nåede til billederne af tiltalte. Af disse var i hvert fald ét brystbillede og i hvert fald ét i hel figur. På sidstnævnte billede var tiltaltes tatoveringer synlige. Vidnet sagde til den tilstedeværende politimand, at hvis tatoveringerne ikke havde været, ville hun være sikker på, at den pågældende var identisk med gerningsmanden. Den følgende dag bad hun politiet i Hillerød om nærmere at undersøge den pågældendes forhold. Den 14. oktober havde vidnet lejlighed til at iagttage tiltalte gennem en døråbning på politistationen i Hillerød og vidnet var da og har siden været sikker på, at tiltalte er identisk med gerningsmanden". Underrettens flertal fandt, at "det ved B's sikre genkendelse af tiltalte og hendes øvrige forklaring" var bevist, at A var skyldig, mens en dommer fandt det "overvejende betænkeligt at bortse fra den mulighed", at B havde forvekslet tiltalte med en anden.

Ved landsretten frifandtes tiltalte, da 3 dommere fulgte dissensen, mens 3 holdt fast ved domfældelsen. Man var enige om, at A "efter de i sagen tilvejebragte bevisligheder" ikke havde krav på erstatning for uforskyldt varetægtsfængsling. Dette spørgsmål ville Højesteret ikke tage under påkendelse.

Hvorfor fandtes A's billede i fototeket? Dette skyldes, at A, der er født i 1941, i 1960 idømtes ungdomsfængsel for tyveri og brugstyveri.

(2) Forstraffen indgår i den judicielle vurdering af, om tiltalte er skyldig.

Forstraffen tillægges bevismæssig betydning ved domstolenes stillingtagen til, om tiltalte er skyldig. I dette afsnit skal denne bevisfunktion nærmere analyseres. Jeg vil navnlig, som nævnt ovenfor, se på muligheden for at tolke denne bevisfunktion i overensstemmelse med en sandsynlighedsmæssig opfattelse. Kan forstraffens anvendelse som bevisdatum udtrykkes i en sandsynlighedsmodel?

Man kan indlede med at betragte oplysningen om tiltaltes tidligere kriminalitet som en relevant oplysning, der først kommer frem ved dommerens stillingtagen til skyldsspørgsmålet, men som ikke har haft betydning for tilrettelæggelsen af politiets efterforskning. Jeg ser altså bort fra de registrerings- og efterforskningsforhold, der er omtalt under (1) overfor. Man kan forestille sig, at oplysningen om forstraf kommer fra et for politiet utilgængeligt arkiv. Hvilken værdi har da dette bevisdatum?

Man kan forudsætte, at der er sikkerhed for, om tiltalte tidligere har begået et kriminelt forhold eller ej. Der er her tre muligheder: 1) Tiltalte har begået et officielt kriminelt forhold. 2) Tiltalte har begået et uofficielt kriminelt forhold. 3) Tiltalte har ikke begået noget kriminelt forhold. Jeg ser bort fra muligheden for flere kriminelle forhold, ligesom jeg ser bort fra muligheden for urigtig domfældelse. Endvidere forudsættes, at man har kendskab til kriminalitetshyppigheden indenfor disse tre grupper. Det kan tænkes, at kriminalitetshyppigheden i grupperne 1) og 2) er større end kriminalitetshyppigheden i gruppe 3), og det kan endvidere tænkes, at kriminalitetshyppigheden i 1) er større end kriminalitetshyppigheden i 2) på grund af sanktionsfuldbyrdelsens betydning for den dømtes forhold.

Udvælges en person tilfældigt af den pågældende befolkning, giver kendskabet til de forskellige kriminalitetshyppigheder sammenholdt med den udvalgte gruppetilhør grundlag for at sige noget om sandsynligheden for, at den udvalgte har begået et kriminelt forhold - hvilket jeg straks skal uddybe.

Men hensynet til dette bevisdatum vanskeliggøres eller umuliggøres ved, at man ikke har tilfredsstillende viden om de forudsætninger, der er gjort: man har ingen sikkerhed for, om tiltalte er recidivist eller begynder, navnlig ikke hvis han officielt er begynder. Og sikkert kendskab til den totale kriminalitet har man ikke. Den officielle kriminalitet giver ikke noget godt indtryk af den totale kriminalitet og dennes fordeling.

Kriminalitetshyppigheden er et mål for antallet af kriminelle i relation til den befolkningsgruppe, hvorfra de er rekrutteret ¹³⁾. Antallet af straffede eller antallet af forbrydelser sættes i relation til en befolkningsgruppe, der udgør det befolkningsmæssige underlag

13) Stephan Hurwitz & K. O. Christiansen (1968) s. 32.

for kriminaliteten, er mulige gerningsmænd. Kriminalitetshyppigheden danner grundlag for beregning af en kriminalitetsrisiko, der udtrykker sandsynligheden for at blive registreret som kriminel ¹⁴⁾. Jeg foretrækker - for at undgå at identificere registreret (officiel) kriminalitet og total kriminalitet - at sætte kriminalitetsrisikoen som sandsynligheden for, at en bestemt person begår et kriminelt forhold indenfor en given periode ¹⁵⁾. En påstand om kriminalitetsrisikoen er herefter en påstand om en bestemt person - en påstand, der angiver sandsynligheden for, at denne person indenfor den pågældende periode begår kriminelt forhold. Kriminalitetsrisikoen angives ofte ved et tal, nemlig sandsynligheden for at begå kriminelt forhold mindst én gang ¹⁶⁾. Men kriminalitetsrisikoen kan mere explicit angives som en sandsynlighedsfordeling, der oplyser om sandsynligheden for at begå 0, 1, 2 ... kriminelle forhold indenfor den pågældende periode. Denne fordeling kan sammenfattes i den forventede kriminalitet. Er sandsynligheden for 0 forbrydelser 0.9, sandsynligheden for 1 forbrydelse 0.06, sandsynligheden for 2 forbrydelser 0.04, og sandsynligheden for 3 eller flere 0, er den forventede værdi $1 \times 0.06 + 2 \times 0.04 = 0.14$. Ved sammenligning af kriminalitetsrisici for personer, tilhørende forskellige kategorier er det derfor strengt taget mest korrekt at anvende den forventede kriminalitet.

Når oplysning om kriminalitetsrisici indgår i en skyldvurdering, må det ske ved en sammenligning. Man må sammenligne den vægt, hvormed sagens bevisdata taler for, at den tiltalte er skyldig, med den vægt, hvormed de kunne tale for, at ingen forbrydelse er begået, eller at en anden person er skyldig. Sammenligner man muligheden for at A eller B er skyldig (og kun én af dem kan være skyldig), og tilhører de med hensyn til kriminalitetsrisiko samme gruppe, er deres kriminalitetsrisiko den samme og derfor uden betydning. Hvad enten kriminalitetsrisikoen er stor eller lille, giver den ikke bedre grundlag for antagelsen af A som skyldig end for antagelsen af B som skyldig. Hører A og B til hver sin gruppe, sammenligner man de forskellige kriminalitetsrisici. Hvad er da meningen med en sådan sammenligning, når de anvendes ved skyldbedømmelsen? Jeg forenkler besvarelsen ved at forudsætte, at der kun kan begås 0 eller 1 forbrydelse (ikke 2 eller flere) af hver

14) Sm.st. s. 62.

15) Sm.l. sm.st. s. 54.

16) Sm.st. s. 62 f.

person indenfor perioden. Kriminalitetsrisikoen for en person er da sandsynligheden for, at pågældende begår ét kriminelt forhold indenfor perioden. Ved beregningen af kriminalitetsrisikoen er det forudsat, at sandsynligheden for kriminalitet er den samme for hvert medlem af den pågældende gruppe, idet det antal forbrydelser, der forventes begået af hele gruppen, divideres med antallet af medlemmer af gruppen. Falder befolkningen i to grupper G_1 og G_2 med forskellig kriminalitetsrisiko, K_1 og K_2 kan opstilles et "prognose-index" ($K_1 : K_2$), der angiver forholdet mellem sandsynligheden for, at et tilfældigt medlem af G_1 handler kriminelt, og sandsynligheden for, at et tilfældigt medlem af G_2 handler kriminelt. Jo mere indexet afviger fra 1 : 1, desto vægtigere er kriminalitetsrisikoen som bevis.

Hvis det kan forudsættes som sikkert, at en forbrydelse er begået, og at den er begået af et medlem af enten G_1 eller G_2 , kan sandsynligheden for, at et tilfældigt udvalgt medlem af G_1 eller G_2 er skyldig, beregnes, når det yderligere forudsættes, at enhver indenfor hver gruppe er lige sandsynlig. Sandsynligheden for, at forbrydelsen er begået af et eller andet medlem af den ene gruppe, multipliceres med den betingede sandsynlighed for, at forbrydelsen - hvis et medlem fra gruppen er ansvarlig - er begået af netop den pågældende.

Denne sandsynlighed kan udtrykkes således:

$$(1) p(G_1) p(A | G_1),$$

hvor $p(G_1)$ angiver sandsynligheden for, at et medlem af G_1 er ansvarligt, og $p(A | G_1)$ angiver en betinget sandsynlighed, nemlig sandsynligheden for, at den tilfældigt udvalgte A (tiltalte) er skyldig, betinget af, at ét medlem (A eller en anden) af G_1 er ansvarligt. $p(G_1)$ kan omskrives til $F_1 : (F_1 + F_2)$, hvor F_1 og F_2 betyder det forventede antal forbrydelser, begåede af henholdsvis medlemmer af G_1 og G_2 . $p(A | G_1)$ kan omskrives til $1 : (\text{antallet af medlemmer af } G_1)$, da det forudsættes, at ethvert medlem inden for hver af grupperne er lige sandsynlige som gerningsmand. (1) kan da omskrives til:

$$(2) \frac{F_1}{F_1 + F_2} \cdot \frac{1}{G_1} =$$

$$(3) \frac{F_1}{G_1} \cdot \frac{1}{F_1 + F_2}, \text{ hvor } \frac{F_1}{G_1}$$

definerer kriminalitetsrisikoen K_1 , således at (3) kan omskrives til:

$$(4) \quad \frac{K_1}{F_1 + F_2} \quad .$$

Sandsynligheden for, at en vilkårligt udvalgt person af G_1 er skyldig, er således beregnet til kriminalitetsrisikoen for den pågældende person divideret med det totale antal forbrydelser. Sammenligner man dette med den tilsvarende sandsynlighed for et medlem af G_2 , ses at forholdet mellem disse to sandsynligheder

$$(5) \quad \frac{K_1}{F_1 + F_2} : \frac{K_2}{F_1 + F_2} = \frac{K_1}{K_2} \text{ er identisk med}$$

"prognose-index'et".

Selvom dette forhold kan være væsentlig mindre/større end 1¹⁷⁾, er den forhåndssandsynlighed for skyld, der kan opstilles på grundlag af kriminalitetsrisici, ganske lille. Kriminalitetsrisikoen for den udvalgte person er divideret med det totale antal forbrydelser. Dette afspejler, at kendskab til en kriminalitetsrisiko ikke gør sandsynligheden for skyld i den ene forbrydelse større end sandsynligheden for skyld i en hvilken som helst anden forbrydelse. Dette er en følge af den forudsætning, at sandsynligheden for skyld i den pågældende forbrydelse er lige stor for hvert medlem af gruppen.

Ved en enkel beregning, der reelt ikke er mere end en udskrivning af vurderingen af kriminalitetsrisikoen, er det

17) Iflg. citatet ovenfor under (1) note 10, er forholdet mellem 1 : 10 og 1 : 5 for begyndere og recidivister.

påvist, at kriminalitetsrisikoen som sådan har en forsvindende bevisværdi. Hertil kommer, at man mangler oplysninger om den skjulte kriminalitets omfang og fordeling. Hvordan tiltalte skal rubriceres, vil også være usikkert, navnlig hvis han officielt er begynder.

Jeg går herefter over til de tilfælde, hvor der foreligger metodelighed. Man skal da bedømme sandsynligheden for, at A har begået forbrydelsen, efter at man har iagttaget en metodelighed. Sandsynligheden for, at A har begået forbrydelsen, når metodelighed er iagttaget, angives ved forholdet mellem to størrelser: på den ene side sandsynligheden for, at A, hvis han har begået forbrydelsen, ville anvende den pågældende metode, multipliceret med sandsynligheden for, at A har begået forbrydelsen. På den anden side sandsynligheden for andre forklaringer på anvendelsen af den pågældende metode, d.v.s. summen af sandsynlighederne for, at hver af de mulige gerningsmænd, herunder A, har begået forbrydelsen, multipliceret med sandsynligheden for, at hver af dem i så fald anvendte den pågældende metode ¹⁸⁾. Hvis metodeligheden skal have nogen praktisk betydning, må man gå ud fra, at sandsynligheden for, at A vil anvende den pågældende metode er større, når der tages hensyn til, at han tidligere har anvendt metoden.

I formel (6) er udtrykt formelen for vurdering af et hvilket som helst bevisdatum, hvor man har kendte forhåndssandsynligheder og ønsker at merinddrage et yderligere datum i vurderingen. Det for metodeligheden særegne kommer frem ved en analyse af sidste sætning i forrige afsnit: Metodelighedens betydning beror på, at $p(c|A)$, $p(c|B)$, ..., ikke er af samme størrelse. Hvilke betragtninger ligger bag antagelsen af forskelle mellem disse sandsynligheder? Man fremhæver ofte forbryderens vedholdenhed - forbryderens "metodiske konservatisme". Når A har begået en bestemt forbrydelse under anvendelse af en bestemt metode (eller

18) Denne sandsynlighed udtrykkes i Bayes' reorem (jfr. kapitel V.3.4. og VII.3.2.).

$$(6) \quad p(A|c) = \frac{p(c|A) p(A)}{p(c|A) p(A) + p(c|B) p(B) + \dots}$$

karakteriseret ved andre omstændigheder) (c), vil A, hvis/når A igen handler kriminelt, atter anvende metoden (c).

Analogt med begrebet kriminalitetsrisiko kan der tales om metodesandsynlighed, d.v.s. sandsynligheden for at en person begår et kriminelt forhold med en vis metode. Denne sandsynlighed er betinget af, at personen begår et kriminelt forhold - sandsynligheden herfor er udtrykt i kriminalitetsrisikoen. Metodesandsynligheden, defineret med hensyn til metode og person, er større, når det vides, at personen tidligere har anvendt metoden, end når man ikke har sådan viden, ja, er lig 1, hvis den metodiske konservatisme er fuldstændig.

Selvom antagelsen af denne konservatisme skulle være korrekt - og politiets "erfaringer" i denne henseende er jo ikke afgørende - er den imidlertid ikke tilstrækkelig til at tillægge metodeligheden bevisværdi. Metoden (c) anvendes jo også af andre, under påvirkning af A's anvendelse eller uafhængigt heraf. Dette reducerer metodelighedens betydning med hensyn til A ved at nævneren i (6) øges med hensyn til andre mulige anvendere af metoden, B, C, ...

Jeg har her, som i (1), forudsat, at metodeligheden var uden betydning for politiets efterforskning. Jeg må også forudsætte - ligeså urealistisk -, at den politimæssige (og judicielle) anvendelse af dette tegn er uden betydning for kriminaliteten.

Ved bedømmelsen af, om en metodelighed har bevismæssig betydning, må dommeren gøre sig en forestilling ikke alene om sandsynligheden for en sådan "lighed", men også om udbredelsen af den anvendte metode. Herom ved man sjældent noget. Og adskillelsen mellem den politimæssige efterforskning og den judicielle bedømmelse afskærer dommeren fra blot at vide så meget som politiet.

Jeg har her analyseret den betydning, der sandsynlighedsteoretisk kan tillægges en oplysning om tidligere kriminalitet, ud fra den forudsætning, at denne oplysning fremkom ved den judicielle bedømmelse uden at have haft betydning ved tilrettelæggelsen af efterforskningen. Denne forudsætning er, som beskrevet under (1), urigtig. Den tidligere kriminalitet har - hvis den er officiel - betydning for efterforskningens tilrettelæggelse.

Jeg er ikke bekendt med systematisk undersøgelse af, i hvilket omfang den politimæssige efterforskning anvender registrerede oplysninger. Man kunne f.eks. undersøge, i hvilket omfang oplysninger fra Rigsregistraturens kartoteker over modus operandi var brugt i den politimæssige efterforskning. I denne sammenhæng er det formentlig tilstrækkeligt at kunne slå fast, at det efterforskende politi til stadighed er

i kontakt med registrene, således at disse har betydning, hvad enten oplysninger fra registrene er negative eller positive ¹⁹⁾.

Tilrettelæggelsen af den politimæssige efterforskning forøger sandsynligheden for officielt recidiv: Er en forbrydelse begået, er sandsynligheden for opklaring større, hvis gerningsmanden er registreret som tidligere kriminel, end hvis han er uregistreret. Denne skævhed i den officielle kriminalitet vil være større, jo mere afhængigt politiet er af de registrerede oplysninger. Med andre ord: kun et udvalg af samtlige begåede forbrydelser opklares. Jo mere dette udvalg er bestemt af registreringen, jo mere belastende vil den officielle recidivsandsynlighed være for de registrerede. Når bevisværdien af en forstraf bedømmes på grundlag af den officielle kriminalstatistik, opnår den kriminologiske opfattelse, der ligger til grund for politiets tilrettelæggelse af efterforskningen, en bekræftelse, som ikke er realistisk. Forskellene i den officielle kriminalitetshyppighed tages til indtægt for den til grund for efterforskningsteknikken liggende kriminologiske antagelse. Man negligerer da, at forskellen kan være - i hvert fald delvis - forklaret af det beskrevne efterforskningstekniske moment og andre faktorer, der bestemmer udvælgelse til straf.

Den judicielle bedømmelse foregår ikke som en uafhængig iagttagelse af afsluttede statiske begivenheder, men er integreret med det politimæssige arbejde, omend denne integration er tilsløret.

19) Dette kan støttes på den vejledende litteratur om politiefterforskning. Se L. J. Bruhn, P. Christiansen og K. G. Hansen: Forbrydelsers Efterforskning (1943) s. 100 om oplysning i Rigsregistraturen i forbindelse med afhøring af sigtede eller mistænkte, s. 102 om metodelighedens betydning, hvor der ikke kan rejses mistanke mod en bestemt person, s. 106 om observation af tidligere kriminelle, og s. 223 særligt om brandstiftelse. Jfr. Efterforskningslære (Rigspolitichefen) (1968) bl.a. kap. IV s. 15 f om identificering af ukendt gerningsmand, kap. V s. 7 om registeroplysning inden afhøring af sigtede, og Kriminalteknisk Håndbog, redigeret af Jørgen Smith (1972) s. 501 f, 380, 247 f.

(3) Om forholdet mellem rigtig og urigtig domfældelse af en registreret befolkningsgruppe.

Domfældelse sker, selvom der ikke er fuld sikkerhed for, at den, der dømmes, har begået den pågældende forbrydelse. Det må derfor forventes, at en vis andel af de personer, der dømmes, ikke har begået den forbrydelse, som de dømmes for. Sådanne forbrydelser betegner jeg (objektivt) urigtige, selvom de kan følge af en juridisk korrekt bevisvurdering og regelanvendelse. Er kravet til beviset for skyld det samme for begyndere og recidivister, må forholdet mellem rigtige og urigtige domfældelser forventes at være det samme for de to kategorier. Alle, der dømmes, er med en vis (høj) grad af sandsynlighed skyldige i den pågældende forbrydelse.

Dette modificeres i det omfang, der med urette ved bevisbedømmelsen tages hensyn til, om den tiltalte tidligere har begået en forbrydelse. En sådan hensyntagen vil føre til, at dommeren tillægger de foreliggende beviser en for høj sandsynlighedsgrad, og dermed dømmer på et grundlag, der sandsynlighedsmæssigt er svagere end det almindelige. Det må da forventes, at en større andel af domfældelser af personer, der tidligere har begået en forbrydelse, er urigtige end den forventede andel af urigtige domfældelser for befolkningen iøvrigt. Dette er naturligvis modstykket til det i afsnit 3 anførte: Bevisværdien sættes for højt. Dette betyder, at der må forventes flere urigtige domfældelser.

Jeg vender tilbage til eksemplet ovenfor. En til befolkningsgruppen R hørende person er tiltalt for en forbrydelse. Dommeren tillægger den pågældende gruppe en større kriminalitetshyppighed end befolkningen i almindelighed, hvilket han støtter på den officielle kriminalstatistik. I det omfang, den officielle kriminalstatistik er præget af, at den relative opklaringsandel er større for den registrerede befolkningsgruppe som følge af efterforskningens tilrettelæggelse, tages der hensyn til en urigtig sandsynlighedssammenhæng i R-gruppens disfavør. R-mennesker vil (sandsynligvis) oftere blive dømt med urette.

Den registrerede gruppe er imidlertid belastet, selvom de foreliggende bevisdata bedømmes korrekt. Opklaringshyppigheden er større for personer, der tidligere har begået en forbrydelse. Den usikkerhed, der følger af, at der kun kræ-

ves (høj) sandsynlighed for at kunne domfælde, får en mere intensiv virkning for den gruppe, hvorom efterforskningen samler sig, og hvis opklaringshyppighed, bestemt i forhold til gruppens størrelse, derfor er størst. En relativt større del af tidligere gerningsmænd vil blive dømt med urette end befolkningen iøvrigt. Dette ville kun modvirkes, såfremt registreringen kunne indeholde en beskyttelse mod urigtig domfældelse, men dette er næppe tilfældet. Sandsynligheden for, at en person bliver dømt med urette, er større for en person, der tilhører en registreret persongruppe, end for befolkningen iøvrigt.

Dommeren kræver f.eks. 95% sandsynlighed for at domfælde. Udtrykt frekvensteoretisk, vil i det lange løb 5% af domme i sager, hvor der er 95% sandsynlighed for skyld, og hvor der altså domfældes, være urigtige. Når faktum bedømmes korrekt, gælder dette såvel den registrerede gruppe som andre. Men relativt mange af de registrerede bliver tiltalt. Forholdet mellem antallet af domfældelser af registrerede og antallet af alle registrerede er derfor relativt stort. Forholdet mellem urigtige domfældelser og antallet af registrerede er derfor også relativt stort. Også forholdet mellem rigtige domfældelser og antallet af registrerede er relativt stort. - Jeg skriver, at 5% af dommene vil være urigtige. Dette gælder naturligvis kun den kategori, hvor sandsynligheden for skyld er 95%. I sager, der hører til kategorier med større sandsynlighed for skyld vil sandsynligheden for urigtige domfældelse være tilsvarende mindre.

(4) Nogle synspunkter på forstraffen som bevis

Det er sjældent, at den juridiske litteratur drøfter bevisvurderingens problemer indenfor specielle emner, ligesom udførlig begrundelse af bevisvurderingen sjældent findes i domme. Denne tilbageholdenhed hænger sammen med princippet om fri bevisbedømmelse, der overlader det til dommerens afgørelse, hvilke beviser der skal føres og indgå i bevisvurderingen, og hvilket faktum der skal lægges til grund. Friheden betyder, at der ikke er nogen regel. Og når der ikke er nogen regel, vil man nødig give argumenter, for de argumenter, der i dag kan gøre mit resultat tvingende, kan imorgen tvinge mig til samme resultat. Og så er bevisbedømmelsen ikke længere fri.

Forstraffen som bevisdatum indtager en særstilling, fordi retsplejeloven indeholder nogle regler, der begrænser - eller i hvert fald kunne være set som en begrænsning af -

friheden til at føre bevis vedrørende forstraffe. Disse regler har medført en litterær omtale, en administrativ regulering og en juridisk bedømmelse af adgangen til at informere domstolene om tiltaltes forstraffe.

Behandlingen af det formelle spørgsmål om adgangen til bevisførelse afspejler synspunkter, som vedrører vurderingen af beviset. Den begrundelse, der gives for at der består en adgang til at informere retten om en forstraf, og de retningslinier, der gøres gældende til afgrænsning af adgangen til dokumentation, kan danne grundlag for en beskrivelse af, hvilke synspunkter der er bestemmende for vurderingen af forstraffen som led i beviset for tiltaltes skyld.

Skriftlige bevismidler kan - uden domstolens særlige tilladelse - kun anvendes i de i loven angivne tilfælde, retsplejeloven § 877. Forstraffe såvel som frifindelser og administrativt sluttede sager bevises oftest ved forelæggelse af den ældre afgørelse, der naturligvis er skriftlig. Adgangen til dokumentation af forstraffe støttes på retsplejelovens § 877, stk. 2,5), der tillader, at man under domsforhandlingen benytter som bevismidler "erklæringer og vidnesbyrd, udstedt i medfør af et offentligt hverv, derunder udskrifter af tiltalte tidligere overgaaede straffedomme". Dokumentationen (oplæsningen) af forstraffe finder sted ved domsforhandlingens indledning, hvilket støttes på § 765, stk. 1, jfr. § 865, om spørgsmål til tiltalte "til oplysning om hans identitet". Disse bestemmelser gælder også ved underretssager, jfr. § 928, stk. 2 og 3, og § 939. Nævningsager adskiller sig fra underretssager ved, at processen er opdelt, således at der først tages stilling til, om tiltalte er skyldig, og dernæst, såfremt tiltalte findes skyldig, til sanktionsvalget, jfr. § 906 og § 883. Undertiden bliver forstraffen domstolen bekendt uden dokumentation ²⁰⁾.

Efter den norske straffeprocenlovs § 337 kan bevis for tidligere domfældelse ikke nægtes ført, medens bevis for tiltaltes "slette værd" iøvrigt beror på rettens afgørelse. Den svenske rättegångsbalk 46:9, jfr. 51:15 bestemmer, at oplysning om straf, som tiltalte tidligere er idømt, gives, når anden følge end bøde kan komme på tale, eller når der ellers er særlig anledning dertil.

20) Jfr. herom f.eks. Erik Mikkelsen i Juristen 1965, s. 500, der omtaler, at den juridiske dommer drøfter med domsmændene om dokumentationen skal tillades, og derved forudsætter, at alle kender forstraffen - spørgsmålet er alene, om forstraffen skal læses højt. Jfr. også Justitsministeriets cirkulære af 08.10.1952 stk. 4 og 5. von Eyben i Juristen 1950 s. 295 omtaler en sag, hvor det først under voteringen viste sig, at tiltalte havde en sluttet sag, der lignede tiltalen.

Den mest gængse afgrænsning af adgangen til at dokumentere forstraffe og andre forakter går ud på, at forakten kan dokumenteres, såfremt den har betydning for den foreliggende sag. Dette princip er udtalt adskillige gange. Ifølge Justitsministeriets cirkulære nr. 177 af 08.10.1952 skal forakterne have "direkte betydning for den sag, som foreligger til afgørelse". Dette svarer til Dommerforeningens udtalelse, at forstraffen skulle have "betydning for den foreliggende sag", og Højesterets udtalelse, hvorefter den skulle have "direkte betydning for afgørelsen af den foreliggende sag" ²¹⁾. En angivelse af dette kriterium er faktisk det eneste, som domstolene udtalte under forberedelsen af Justitsministeriets cirkulære.

Dette princip udtrykker imidlertid kun en selvfølgelighed. Der findes vel næppe noget processystem, der anerkender adgang til bevisførelse, som opfattes som uden betydning ²²⁾. Accepterer man en formodning mod tautologier, viser princippet, at der gælder en begrænsning, for så vidt som man ikke kan citere forstraffe i flæng. Men hvad der herved udelukkes ses kun, hvis det almene princip suppleres med mere specielle anvisninger. Problemet er, hvad der menes med bevisdatums betydning, og under hvilke betingelser forstraffen antages at have betydning ²³⁾. Justitsministeriets cirkulære skelner mellem forstraffe og frifindelser, men ikke mellem foraktens betydning for sanktionsvalg og for skyldbedømmelse.

Det er blot en variant af dette princip, når det fremhæves, at afgørelsen af spørgsmålet er konkret: "Det må bero på et skøn i det enkelte tilfælde, om og hvornår forakter,

21) Jfr. Dommerforeningens beretning 1949-50, s. 59 f. Justitsministeriets cirkulære er gengivet i Kommenteret Retsplejelov (1964) s. 787-88, jfr. Justitsministeriets cirkulære af 15.11.1932, sm.st. s. 919. Se endvidere Trolle (1951) s. 101, Erik Mikkelsen i Juristen 1965, s. 497, og Mogens Kockvedgaard (1968) s. 36 f.

22) Trolle s. 101 nævner dog, at man som anklager kan "komme til at berøre en Forstraf, som er uden Betydning for den foreliggende Sag", men da "sker det altid med Fremhævelse af, at Nævningene ikke skal interessere sig for det". - Hvorfor så berøre den?

23) Jfr. Trolle s. 101.

herunder også sluttede sager og frifindelser, bør fremdrages under hensyn til deres konkrete relevans ..." 24). Afgørelsen af dette spørgsmål er vel ikke mere konkret end andre juridiske afgørelser.

At man begrænser adgangen til dokumentation til, hvad der har "betydning", kan betragtes som et eksempel på en regel, der foreskriver en banalitet: Hvem ville gå ind for, at også det betydningsløse skulle dokumenteres? - I begrebet ligger en tvetydighed, der kan belyse et principielt problem ved forskrifter om bevisadgang. Når det foreskrives, at "tidligere straffedomme kun (bør) citeres, når de har betydning for den foreliggende sag", kan meningen være, at dokumentationen skal begrænses til, hvad der psykologisk er virksomt ved at påvirke domstolenes afgørelse (bedømmelse af skyldspørgsmålet). Således forstået skal reglen udelukke det overflødige, ligegyldige. At sige, at kun forstraffe af betydning bør dokumenteres, er ensbetydende med at sige, at man ikke bør spille tiden. En anden tolkning gør begrebet normativt: At en forstraf har betydning vil sige, at forstraffen bør influere på domstolenes bedømmelse, forstraffen er en sådan, som efter gældende vurderingsregler bør indgå i grundlaget for afgørelsen.

Hvis cirkulæret skal have nogen virkning på domsresultater, må det tvinge til, at visse psykologisk betydningsfulde data udelukkes som normativt betydningsløse. Nogen tvang i denne retning ses ikke. Cirkulæret er hovedsagelig affattet positivt ved at angive tilfælde, hvor dokumentation kan ske, uden at udelukke dokumentation i andre tilfælde 25). Anklagemyndighedens synsvinkel er strategisk og må derfor bygge på den retningslinje, som domstolene har tilkendegivet. Det psykologiske og normative opfattes som sammenfaldende. En reel begrænsning i adgangen til bevisførelse foreligger, hvis der er data der influerer på domsudfaldet, men som ikke bør have denne betydning, og som derfor udelukkes.

Jeg går nu over til en omtale af en række mere specielle anvisninger om anvendelsen af forstraffe og andre forakter. Først omtales en opfattelse, der søger at adskille forstraffen som bevis fra det øvrige bevis (a). Dernæst omtales forakten som led i en række mere specielle beslutninger (b). Endelig behandler jeg særskilt nogle problemer vedrørende frifindelser (c) og opfattelsen af forstraffen som advarsel (d), selvom en del af disse spørgsmål allerede vil bli-

24) Stephan Hurwitz (1949) s. 460, note 6. Senere har Hurwitz ytret et mere præcist og mindre selvfølgeligt synspunkt de sententia ferenda, jfr. nedenfor under (5).

25) Om frifindende domme og sluttede sager hedder det, at de ikke bør begæres dokumenteret, medmindre det "skønnes at kunne være af afgørende betydning". Kun det emphatiske "afgørende" skiller undtagelsen fra hovedreglen, hvilket muligt hænger sammen med, at afsnittet navnlig angår foraktens betydning for skyldbedømmelsen. Henvisningen til reglerne om betinget tiltalefrafald viser dog, at der også tænkes på sanktionsfastsættelsen.

ve berørt i afsnit (b).

(a) At tiltalte tidligere er straffet viser, at han er en person, der har sat sig uden for samfundets normer. Han er ikke som os andre, hans forklaring skal vi lytte til med skepsis, og en straf vil ikke ramme den hærdede med samme hårdhed som en begynder, så beviskravene er måske ikke så store. Forstraffen viser, kort sagt at tiltalte hører til den kriminelle type, uden at der hermed er søgt sagt noget om, at tiltalte er skyldig i en forbrydelse, som tiltalen angår.

Enkelte udtalelser i litteraturen viser, at tanken om at anvende forstraffen som bevis for tiltaltes kriminelle type, løsrevet fra den konkrete sag iøvrigt, ikke er uden betydning.

"Nødvendigheden af ... (bortset fra strafudmåling) at dokumentere forakter må bero på et skøn, der bør udøves med tilbageholdenhed. Også benyttelse af forakter som bevis, hvilket selvfølgelig efter omstændighederne kan være nødvendigt, bør ske med tilbageholdenhed, navnlig i tilfælde, hvor det med forakterne alene drejer sig om at godtgøre, at tiltalte er en person, at hvem man kan forvente sig, at han vil foretage en handling som den, tiltalen nu angår. I disse tilfælde kan anklageren anføre, at alene dette er formålet, og at en domfældelse må afhænge af bedømmelsen af beviset iøvrigt. Det er at under-vurdere lægdommerne (nævningerne) at antage, at de ikke kan forstå denne distinktion" 26).

Forfatteren vil gennemføre en distinktion mellem 1) forstraffen som bevis for, at tiltalte er en person, af hvem man kan forvente sig, at han vil foretage en handling som den, tiltalen nu angår, og 2) beviset iøvrigt for domfældelse. Forstraffens primære betydning er dens belysning af

26) J. M. Hertz i *Proceduren* 1969 s. 413. En frifindelsesdom må ikke fremdrages for at vise, "at tiltalte er en misliebig person, som meget vel kan tænkes at begå kriminelle handlinger", men man kan fremdrage konkrete oplysninger i den ældre frifindelsessag, da man i så fald ikke drager frifindelsesdommens resultat i tvivl, Erik Mikkelsen i *Juristen* 1965, s. 498. Med denne begrundelse synes en domfældelse at kunne accepteres som dokumentation for, at tiltalte er misliebig (?).

tiltaltes personlighed. Det bevis, der skal begrunde en domfældelse, er noget andet, nemlig forklaringer m.m. Fremhævelsen af denne distinktion medfører, at interessen for tilfældets personlighed ikke kan være begrundet i den betragtning, at tiltaltes forstraf beviser en større kriminalitetsrisiko, og dermed indirekte en større sandsynlighed for skyld i det påtalte forhold.

Det siges undertiden, at forstraffen ikke må anvendes til alene at sætte tiltalte i et ugunstigt lys ²⁷⁾. Det citerede stykke, der indgår i en ledende anklagers vejledning for "den unge anklager", tyder på, at denne begrænsning ikke hører til fagets kodex.

(b) Forakterne tjener som egentligt bevis for tiltaltes skyld, d.v.s. at den omstændighed, at tiltalte tidligere er straffet - eller hvad der kan sidestilles hermed - indebærer en bestyrkelse af, at tiltalte har begået den kriminelle handling, som tiltalen angår. Dette synspunkt kan let omformuleres i en sandsynlighedsvurderings ord, idet man kan hævde, at den omstændighed, at tiltalte tidligere er straffet, forøger sandsynligheden for, at tiltalte er skyldig i det forhold, som tiltalen nu angår. Forstraffen som bevis får naturligvis særlig betydning, såfremt den er nødvendig for at bringe sandsynlighedsgraden op over den krævede minimumsværdi. Hvis tiltalte ikke tidligere var straffet, ville tiltalte være blevet frifundet, men forstraffen indebærer en sådan forøgelse af sandsynligheden for skyld, at tiltalte kan dømmes.

Ved vurdering af den litteratur, der findes herom, skal to synspunkter særlig fremhæves: 1) Påpegning af en sandsynlighedsværdi sker samtidig med, at man negligerer elementære betingelser for, at det mere eksakte sandsynlighedssystem kan påberåbes. 2) Litteraturen fremhæver situationer, hvor forstraffen har værdi, men angiver ikke nogen reel begrænsning i adgangen til at anvende forstraf som grundlag for domfældelse.

27) Hurwitz (1949) s. 460, note 6.

Metodelighed: Når der foreligger en forstraf, hvor tiltalte har anvendt samme metode som den, der er anvendt i det forhold, som tiltalen angår, er det legitimt at fremdrage den ældre sag. I almindelighed er metodelighed kun et eksempel, en gruppe, hvor dokumentation er legitimeret ²⁸⁾. Kun undtagelsesvis - og da som kritisk synspunkt - begrænses adgangen til dokumentation til denne gruppe ²⁹⁾. Intetsteds omtales den efterforskningsmæssige betydning, der tillægges forstraffen, der indebærer, at metodeligheden ikke er et "tilfældigt" sammenfald, der kun kan forklares ved tiltaltes skyld ³⁰⁾.

Ligeartet kriminalitet: Forstraffen tillægges særlig interesse, når den tidligere kriminalitet er af samme art som den, tiltalen nu angår. Også denne begrænsning er underordnet i betragtning af de synspunkter på bevisværdien, der er udviklet under (2) ovenfor.

Kriminalitet i almindelighed: At tiltalte tidligere er straffet, indebærer en større kriminalitetsrisiko, og interessen for forstraffen udspringer derfor af den relativt højere kriminalitetsrisikos betydning som indicium for tiltaltes skyld ³¹⁾. Interessen for en kriminalitet i almindelighed ytrer sig med modsat fortegn, når man godkender, at det anføres, at tiltalte har en blank straffeattest ³²⁾. Da kritikken af den omfattende dokumentation gerne kommer fra forsvarsadvokater, er henvisningen til den blanke attest lidt af et "baghold": Vil I nævne det positive, må det accepteres, at det negative (i andre sager) bliver nævnt.

28) Jfr. Trolle s. 105, Hertz s. 414, Andersen s. 333, Niels Dillén: Straffprocessrätt (1947) s. 296 f.

29) Stephan Hurwitz i Nordisk Kriminalistisk Årsbok 1952-53 (1954) s. 235-36 og J. B. Hjort i Norsk Sakførerblad 1959, s. 36.

30) Om dette synspunkt iøvrigt, ovenfor kapitel VII.3.1.

31) Gunnar Frederiksson: Kriminalistikken och Kriminologien (1962) s. 325, note 10, der omtaler, at domstolenes bedømmelse af tidligere asocialitet som regel er intuitiv, men at "vissa hållpunkter för en sannolikhetsbedömning ger givetvis återfallsstatistiken".

32) Se f.eks. Andersen: Straffeprocessen (1971) s. 334, Lucas i Nordisk Kriminalistisk Årsbok 1952-53 (1954) s. 244.

Jeg har flere gange henvist til Jørgen Trolles redegørelse for dokumentation af forstraffe ³³⁾. Denne fremstilling er den mest udførlige i nordisk litteratur, og den har formentlig haft betydning for praksis ³⁴⁾. Der kan derfor være grund til nøjere at gennemgå nogle af de tilfældegrupper, som Trolle omtaler.

Med hensyn til dokumentation af domfældelser skelnes mellem tilfælde, hvor der af domfældelsen skal sluttes til forsæt, og tilfælde, hvor såvel forsæt som det objektive forhold er under bedømmelse. Om den første gruppe, hvor tiltalte "vedkender sig Gerningen, men påstår sig frifundet af subjektive Grunde" eller, som det senere udtrykkes, "forskanser sig bag subjektive Straffritagelsesgrunde", er det "uomtvisteligt at tidligere Sager, ofte vil være af meget stor bevisende Værdi" ³⁵⁾. Forstraffen har betydning for spørgsmålet "om man kan fæste Lid til tiltaltes Forklaring om hans gode Tro", når han tidligere er dømt. En forstraf kan indgå i beviset for forsæt ved hæleri, sædelighedsforbrydelse mod mindreårig, alfonseri og bedrageri ³⁶⁾.

Anderledes hvor "selve Gerningsmandskabet til Handlingen benægtes". Her indleder Trolle med det synspunkt, at forstraffen i mange tilfælde vil være uden relevans ³⁷⁾, men dette hovedsynspunkt modificeres af to synspunkter: For det første kan forbrydelsen "være udøvet på en ganske bestemt Måde, som man fra tidligere Sager ved er så karakteristisk for en Person, at den kyndige Politimand ikke er i Tvivl om, hvem Gerningsmanden er" ³⁸⁾. Der foreligger, hvad jeg har betegnet metodelighed. For det andet kan det, trods tiltaltes benægtelse være bevist, at tiltalte har

33) Jørgen Trolle. Procedure i Straffesager (1951) kap. VI. s. 100-110.

34) Sm. tilslutning til Trolle hos Theodor Petersen UfR 1951 B.173 (bortset fra frifindelser) og Erik Mikkelsen i Juristen 1965.497.

35) Trolle, s. 102, s. 103 glider tankegangen vist over på tilfælde, hvor der tidligere er frifundet.

36) Trolle, s. 102 - 103.

37) Trolle, s. 104.

38) Trolle, s. 105.

begået handlingen, hvorfor man skal bedømme subjektive momenter. Da kan dokumentation af forstraffe for lignende forhold ske ³⁹⁾. "I Praksis vil dette betyde, at disse Sager hyppigt kan dokumenteres straks, når man skønner, at Besiddelsen (eller objektive betingelser iøvrigt) selv mod Benægtelse kan bevises" ⁴⁰⁾. Denne gruppe er imidlertid mere end en uskyldig undtagelse: En betingelser for, at anklagemyndigheden rejser tiltale er, at anklagemyndigheden anser sigtede for skyldig ⁴¹⁾. Kun undtagelsesvis rejses tiltale, hvor anklagemyndigheden ikke tillige mener at kunne bevise tiltaltes skyld, selvom denne begrænsning næppe følger af objektivitetsprincippet ⁴²⁾. Ved domsforhandlingens begyndelse vil det være kendt, om tiltalte benægter eller tilstår, og anklageren mener - hvis benægtelsen forventes - at tiltaltes skyld kan bevises. Domsforhandlingen vil således kun undtagelsesvis starte på andet grundlag, hvoraf følger at anklagemyndigheden - ifølge Trolles synspunkt - kan dokumentere forstraffene for at supplere det forventede bevis fra vidner m.m. Dokumentationens begrænsning skal kun ligge i, at forstraffene medvirker ved beviset for forsæt, men ikke for de objektive momenter. Men der er grund til at tillægge det praktiske resultat, at forstraffene dokumenteres, større betydning end denne begrænsning af deres relevans ⁴³⁾.

Af Trolles fremstilling fremgår en ikke udtalt begrænsning af adgangen til dokumentation til ligeartet kriminalitet, defineret ved vedkommende straffehjemmel. De tilfælde, hvor forbrydelsens udførelsesmåde omtales, er enten af

39) Trolle, s. 104 - 105.

40) Trolle, s. 105.

41) Sml. Hurwitz (1959) s. 140 f og ovenfor IX.4.5.

42) Sml. Betænkning nr. 622 om efterforskning i straffesager m.v. (1971) s. 7, Hertz i W. E. von Eyben: *Proceduren* (1969) s. 388 f, s. 395 - 396.

43) I forbindelse med frifindelser accepterer Trolle fortilfælde som led i beviset for objektivt forhold.

underordnet betydning i sammenhængen eller ikke særlig karakteristisk ⁴⁴⁾. Denne begrænsning fraviges, hvor det gælder bevis for subjektive momenter i forbindelse med skyldspørgsmålet.

Selvom denne gruppe tildels fører ind på sanktionsvalget skal et eksempel dog citeres: "Ophidselse som strafnedsættende Omstændighed" er blevet belyst ved anvendelsen af en forstraf. En mand var tiltalt for at have dræbt sin kæreste. "Den Tiltalte var ... for et Par Aar siden dømt for Brandstiftelse, idet han efter at have lidt nogen Modgang på en Gaard, hvor han tjente, havde sat Ild på den. Det er klart, at dette Moment var af Betydning ... for Spørgsmaalet, om han måtte antages at have kvækket Kæresten i Ophidselse ...". Her går man vidt: Tiltalte var for et par år siden ophidset på grund af sit ansættelsesforhold - dette bestyrker, at tiltalte var ophidset, da han nylig dræbte sin kæreste. Derfor må nævningerne kende brandstiftelsesdommen. "I sager af denne Art vil Forstraffe af den forskellige Art kunne være af Betydning" ⁴⁵⁾.

(c) Særligt om frifindelser og sluttede sager.

Sager, der administrativt sluttet uden tiltale eller juridicielt afsluttet med frifindelse, er ikke "forstraffe", idet der netop ikke er konstateret et strafbart forhold. Sådanne sager omtales imidlertid i litteraturen og anvendes undertiden i praksis på linie med forstraffe.

Den ældre afgørelse kan betragtes som en advarsel ⁴⁶⁾. Dette normative synspunkt kan kun vanskeligt skelnes fra bevissynspunktet hvor den ældre frifindelses rigtighed anfægtes. Mens jeg nedenfor vender tilbage til advarsels-synspunktet, behandles her de tilfælde, hvor den tidlige- re afgørelses primære betydning er den adfærd, som tiltalte udviste.

44) Det første er tilfældet for domfældelser, hvor anklagemyndighedens forventning om beviset bliver afgørende, det sidste er tilfældet med hensyn til frifindelser, hvor voldtægtseksemplet s. 108 - 109 ikke indeholder nogen særlig ensartethed i udførelsen.

45) Trolle, s. 103 - 104.

46) Trolle, s. 107, Erik Mikkelsen, s. 498, Andersen, s. 335.

Hvordan kan en frifindelsesdom have bevisbetydning? Er det ikke netop herved fastslået, at der ikke er handlet kriminelt?

Nogle omstændigheder har begrundet en mistanke, som imidlertid ikke kunne bestyrkes tilstrækkeligt. At lignende omstændigheder atter foreligger, kan føre til en ændret bedømmelse.

Tanken er den, at den tiltalte kan have været uheldig at komme til at stå under mistænkelige omstændigheder en gang, men sker det igen, er sandsynligheden for, at han har handlet kriminelt, større.

"En gang kan en mann være utsatt for den ulykke at hans kone får ett illebefinnende i badekarret og drukner mens han er ute. At det samme skal hende to gange, er særdeles usannsynlig. Og at ulykken skal gjenta sig tre ganger for samme mann, er en mulighet man trygt kan se bort fra" ⁴⁷⁾.

Man kan forestille sig, at der med udgangspunkt i frifindelsesdommen eller den administrative henlæggelse sker en bevisførelse, der etablerer en tilstrækkelig sikkerhed for, at tiltalte var skyldig i det tidligere forhold til, og at han, hvis forholdet nu forelå til pådømmelse, ville kunne dømmes. Problemet er i så fald ikke et bevismæssigt, men et processuelt, nemlig om en sådan bevisførelse kan forenes med de begrænsninger, der gælder i adgangen til at genoptage frifindende domme og rejse tiltale for forhold, der er henlagte, eventuelt forældede, jfr. herved navnlig retsplejelovens § 975 og § 976. I denne forbindelse er det ikke de processuelle betingelser for genoptagelse, men det bevismæssige, der interesserer, idet bedømmelsen af den tidligere afgørelse sammenkædes med bedømmelsen af det forhold, hvorefter tiltalen nu drejer sig. Det er ved at se sagerne i sammenhæng, at man føler sig overbevist om, at tiltalte er skyldig.

47) Andenæs (1962) s. 335, jfr. Trolle s. 105 f.

Går man for enkelhedens skyld ud fra, at de to situationer er identiske, bortset fra tidspunktet, skal der i de to sager være tilstrækkelig sandsynlighed for kriminelt forhold, medens sandsynligheden ikke er tilstrækkelig, hvis sagerne betragtes isoleret.

En binomisk forklaring eller udbygning af denne tankegang kan gives: Når den tidligere sag tillægges betydning, kan det ses ud fra den model, der angår en række eksperimenter, hvor man med en vis sandsynlighed forventer et bestemt udfald. Sandsynligheden for udfaldet er den samme i hvert enkelt eksperiment og er uafhængig af tidligere eksperimenters udfald. Et eksempel er formentlig lettere forståeligt end almindelige formler: Der foretages to eksperimenter. Hvert eksperiment kan enten få udfaldet +A eller -A. Sandsynligheden for udfaldet +A er 0.8 i hvert eksperiment, og denne sandsynlighed er uafhængig af udfaldet af de øvrige eksperimenter. Alligevel kan det første eksperiment godt interessere den, der begynder med at bestemme det andet eksperiment. Man kan nemlig spørge, hvad er sandsynligheden for +A i enten et af eller begge eksperimenterne. Sandsynligheden for udfaldet +A i begge eksperimenter er $0.8 \times 0.8 = 0.64$. Sandsynligheden for +A i det første eksperiment og -A i det andet eksperiment er $0.8 \times 0.2 = 0.16$, og sandsynligheden for disse udfald i modsat rækkefølge er også 0.16. Sandsynligheden for +A i første, i andet eller i begge eksperimenter er derfor 0.96. Denne sandsynlighed er større end sandsynligheden for +A i andet eksperiment betragtet isoleret, 0.8.

T spørger mig, om jeg vil spille terning med ham. T vinder, hvis sekseren vender op, ellers vinder jeg. Ved første kast vender sekseren op, og T vinder. Jeg accepterer, at jeg har været uheldig - der er en chance på $1/6$ eller ca. 0.170 for dette udfald. Andet kast får samme udfald. Betragtet isoleret er dette udfald ikke mere påfaldende end det forrige. Men set under et, er sandsynligheden for to seksere i to kast $1/6 \times 1/6 = 1/36 = 0.028$. Kan jeg stadig gå ud fra, at terningen er ægte, og at kastet er korrekt? Hypotesen, at T snyder - med varierende sikkerhed for en sekser - må sammenholdes med hypotesen, at udfaldet er "tilfældigt".

Den mere explicitte formulering bringer tankegangens forudsætninger frem. Der kræves kendskab til sandsynligheden for, at de "mistænkelige omstændigheder" iagttages, hvis T har handlet kriminelt, og sandsynligheden for at deres forekomst kan skyldes andre eller andet. Herom ved man naturligvis intet eksakt. Endvidere må kunne forudsættes, at disse sandsynligheder er uafhængige af de enkelte tilfælde, eksperimenter - hvad der er klart urealistisk.

Det ses, at det ældre forhold må indgå som (delvis) grundlag for en domfældelse, og for så vidt rummer denne dokumentation en omgåelse af dels genoptagelsesbetingelserne,

dels det normalt antagne krav om en individualisering af tiltaleforholdet, bl.a. med hensyn til tidspunktet sammenholdt med et beviskrav ⁴⁸⁾.

(d) En tiltaltes forakter tilskrives undertiden funktion som advarsel, en påmindelse om lovens og situationens krav, som har betydning for bedømmelsen af en senere tiltale. Det er navnlig de frifindende domme og henlagte sager, der aktualiserer dette synspunkt. Undertiden går man så vidt, at man nærmer sig en sidestilling af en frifindelsesdom og en henlagt sag med en domfældende dom ⁴⁹⁾.

Det karakteristiske for advarselssynspunktet er, at foraktens betydning beror på, at der har været en administrativ eller juridisk behandling af en sag på et tidligere tidspunkt. Det er de påvirkninger, som den tiltalte har været udsat for under den tidligere sagsbehandling, som nu drages frem. Synspunktet adskiller sig herved fra almindelig hensyntagen til kriminalitetsrisikoen: Det er ikke den omstændighed, at tiltalte tidligere har handlet kriminelt, der kan begrunde antagelser om betydelig risiko for recidiv, men den omstændighed, at tiltalte tidligere er blevet behandlet som kriminel, der begrunder antagelser om tiltaltes kendskab til de vurderinger, som straffemyndighederne anlægger på menneskenes adfærd.

Hvilke advarende påvirkninger udsættes man for under en retssag? Den sigtede eller tiltalte får i hvert fald kendskab til den strafferegel, som sagen føres efter. Det bliver den pågældende kendt, at der er straf for køb af stjalne ting, for samleje med mennesker, der ikke er fyldt 15 år o.s.v. Men den heri liggende advarsel er af beskeden betydning. For det første er de strafferegler, der omtales

48) Frifindelsesdommens bevisbedømmelse må være endelig, mener Erik Mikkelsen i Juristen 1965 s. 499. Dette harmonerer ikke med, at en frifindelsesdom i en analog situation antages at kunne indgå i en "sandsynlighedsvurdering" s. 498 - 499.

49) Trolle s. 108.

i litteraturen, velkendte regler, som de nævnte eksempler. For det andet vil ukendskab til disse regler ikke begrunde en frifindelse. En ældre sag kan udelukke strafbortfald eller strafnedsættelse på grund af retsvildfarelse, jfr. straffelovens § 84, stk. 1,3).

Dette hovedsynspunkt må dog modificeres. For det første kan et manglende regelkendskab medføre, at den sigtede eller tiltalte ikke har forsæt til de kriminelle faktiske momenter. Endvidere kan en vis retlig forståelse af de begivenheder, hvori man er involveret, være nødvendig for, at et kriminelt forsæt kan antages (eller at i hvert fald en disculperende retsvildfarelse ikke antages).

At have forsæt med hensyn til en tings herkomst kræver visse forestillinger om, hvorledes ting kan erhverves. Kendskab til enkle civilretlige erhvervelsesmåder må være nødvendigt for forsæt til hæleri 50).

Under en straffesag kan den tiltalte få erfaringer. Man erfarer, hvornår et barn er født, at en person man har købt noget af har stjålet, o.s.v. Disse erfaringer vil sjældent være umiddelbart relevante under en senere sag. Tiltalte er sammen med andre unge mennesker, køber ting af andre mennesker eller andre ting af samme mennesker o.s.v. Forsåvidt må den advarsel, der ligger i den tidligere sag, betegnes som irrelevant for den senere sag.

Denne begrænsning kommer man imidlertid ud over, når man præciserer kriminaliseringen. Det er strafbart at købe ting, om hvilke man ved, at de er stjålne. Sandsynligheden for at ting, der købes af ubekendte, er stjålne, er under-

50) Sml. Knud Waaben (1957) s. 164: "En retlig vildfarelse som udelukker forsæt kan bestå i at tiltalte vel kender hovedmandens faktiske handling, men ikke mener at den udgør en berigelsesforbrydelse".

tiden - ikke altid - større end, hvor man kender sælgeren. En tidligere hælerisag vil vise "at tiltalte tidligere gennem en rejst sigtelse - der ganske vist kan være sluttet forskelligt - har fået sin opmærksomhed henledt på det mislige i at købe af ubekendte personer" ⁵¹⁾. "Det synes noget nær en Selvfølge, at der må være Grænser for, hvor mange Gange, man i god Tro kan købe stjalne Koster af ubekendte Mænd" ⁵²⁾. - Hvad menes der egentlig hermed? Jeg kan lade være med at købe brugte ting - hvis jeg har råd. Jeg kan lade være med at købe ting, som jeg ved er stjalne - og det har jeg hele tiden været forpligtet til. Jeg kan lade være med at købe ting af personer, som jeg ikke kender - men det er jeg kun forpligtet til, når jeg har forsæt til sælgerens tyveri. Der er en tendens til at lade forstraffen præcisere en strafferegel, at hævde en materiel indsnævring af den tidligere sigtedes eller straffedes handlefrihed.

Jfr. UFR 1920. 688 (nævnt hos Knud Waaben, s. 62, note 13): En marskandiser (M) erkendte at have købt et nyt sæt tøj og et par næsten ubrugte støvler af S. (M) forklarede, at han var uvidende om, at S nylig var løsladt efter straf for tyveri, og at han antog at tøjet og støvlerne var udleveret S af fængselshjælpen (hvilket dog i hvert fald har forudsat en straf). Retten fandt tilstrækkeligt bevis for forsæt: "(E)fter det foreliggende findes det dog ubetænkeligt at statuere, at tiltalte - der har vedgået, at han i anledning af tidligere tilfælde i retten er blevet advaret mod at handle med løse eksistenser - har måttet gå ud fra, at de effekter, han tilforhandlede sig hos S, var stjålet af denne". M var ikke tidligere tiltalt eller straffet.

Var det forbudt for marskandiseren at handle med "løse eksistenser", og hvad forstod man i så fald herved?

Hermed nærmer man sig, hvad der kan betegnes advarslens betydning for tiltaltes interessefelt. Efter den tidligere

51) Trolle, s. 108, jfr. Erik Mikkelsen i Juristen 1965, s. 498: "Han var blevet advaret mod den slags handler".

52) Trolle, s. 103.

sag må tiltaltes opmærksomhed være vendt mod de omstændigheder, som man under den tidligere sag interesserede sig for. Tiltaltes opmærksomhed må være skærpet. Dette har naturligvis navnlig betydning med hensyn til forsætsbedømmelsen. Flere udtalelser i denne retning findes hos Knud Waaben ⁵³⁾. Samtidig erkendes i forbindelse med de mere velkendte strafferegler om seksuelt forhold til unge mennesker (og vel tillige hæleri), at de afgørende momenter uundgåeligt må beskæftige den pågældende ⁵⁴⁾. - Man kan spørge, hvad der antages at motivere en tidligere tiltalt eller sigtet til at være opmærksom med hensyn til disse momenter. Svaret må vel være, at den sigtede eller tiltalte må forudse, at disse momenter vil være afgørende for bedømmelsen af hans/hendes forhold, at han/hun efter den tidligere sag er i søgelyset og derfor "må passe på".

Man antager altså, at tiltalte har interesseret sig for, om det kriminelle moment x, d.v.s. om tingen stammede fra tyveri eller om barnet var fyldt 15 år. Dette resultat af den tidligere sag betyder, at det emne, som efter kriminaliseringen er et nødvendigt moment i gerningsindholdet, ikke er bevidsthedsmæssigt tomt: Jeg tænkte ikke på tingens herkomst, barnets alder o.s.v. ⁵⁵⁾. Men at tiltaltes bevidsthed har været orienteret i retning af emnet, er ikke ensbetydende med et forsæt til kriminelt forhold.

Når den tidligere sag indeholder en belæring ⁵⁶⁾, når den skærper tiltaltes opmærksomhed og forståelse overfor bestemte kendsgerninger i bestemte situationer ⁵⁷⁾, hvordan kan man da komme på den tanke, at den tidligere sag er en

53) Jfr. Knud Waaben (1957) s. 62, s. 160, s. 162, s. 169.

54) Smst. s. 160.

55) Jeg ser bort fra længere bekendtskaber, der kan rejse særlige problemer, Knud Waaben, s. 154.

56) Trolle, s. 108.

57) Waaben, s. 62 og s. 169.

belastning for den tiltalte, et bidrag til beviset for kriminelt forsæt? Er det ikke i højere grad eller i hvert fald i samme grad et bevis for tiltaltes forklaring om manglende forsæt? Som udgangspunkt forekommer en skærpelse af opmærksomheden og et kendskab til visse mulige sammenhænge at kunne forbindes med såvel et kriminelt forsæt eller en objektivt kriminel handling uden kriminelt forsæt. Den tiltalte kan med samme ret sige, 1) at jeg var opmærksom på, om situationen var kriminel og ville derfor ikke have handlet, hvis jeg havde vidst, at den var kriminel, eller 2) at jeg var godt klar over, at det var kriminelt, hvad jeg gjorde, jeg er jo på vagt efter disse omstændigheder efter den seneste sag. Den omstændighed, at der foreligger en tidligere sag kan ikke gøre den ene af disse tolkninger mere underbygget end den anden. Forstraffen er simpelthen indifferent overfor spørgsmålet, om der på et senere tidspunkt er handlet med kriminelt forsæt eller ej ⁵⁸⁾.

Kun hvis advarselssynspunktet kombineres med antagelse om kriminalitetshyppighed (navnlig med hensyn til tidligere domfældelser) eller med antagelser om det mistænkelige i gentagne, tilsyneladende uskyldige og tilfældige, sammenfald (navnlig med hensyn til frifindelser og sluttede sager), får den ældre sag bevismæssig sammenhæng med den foreliggende sag.

Den af den tidligere afgørelse følgende opmærksomhedsskærpelse er relevant for beskrivelsen af det kriminelle forsæts tilblivelse. Det kan endvidere være relevant ved taksering af forholdets grovhed med hensyn til sanktionsvalg og strafudmåln. Den tidligere afgørelse virker her som en "rigtig"

58) Forstraffens betydning som bevis for forsæt omtales hos Knud Waaben, 1957, jfr. ovf. note 53. Selv om udtalelserne er mere forsigtige end hos Trolle, er der næppe tvivl om, at forstraffen betragtes som et bidrag til beviset for forsæt. En række tilsyneladende uskyldigt udseende handlinger kan være udslag af en tilbøjelighed eller metode, s. 62, note 13, s. 107 om blufærdighedsskrænkelse. Men navnlig kan forstraffe skærpe tiltaltes opmærksomhed. Selvom det fremhæves, at tiltalte jo kan komme til forskellige resultater med hensyn til det kriminelle forhold i forskellige situationer, s. 162, og at forstraffen ikke er bevis i sig selv eller selvstændigt bevis, s. 160 og s. 169, erkendes og godkendes tiltaltes forstraffe som bevismiddel på grundlag af opmærksomhedsskærpelsen, s. 62 og s. 169.

advarsel i henhold til retsplejelovens § 931.

(5) Nogle domme om adgang til dokumentation

UFR 1957.257 H: Tiltale for forsøg på voldtægt. Forstraffe: Dom fra 1946 om straffelovens § 276, § 293, stk. 1, § 279, § 284 og § 124, stk. 1, til ungdomsfængsel, dom fra 1951 om strfl. § 276, § 293, stk. 1, § 252 og lov 398 af 12.07.1946 til fængsel i 3 år, og dom fra 1954 om strfl. § 293, stk. 1, § 119, stk. 1, motorlovens § 21 og færdselslovens § 2, stk. 1, til fængsel i 4 måneder. Endvidere havde tiltalte i to tilfælde i 1954 og 1955 været sigtet henholdsvis for voldtægt og forsøg herpå, hvilke sager i 1954 og 1956 blev sluttet på grund af bevistets stilling. Under forberedelsen af domsforhandlingen i landsretssagen begærede forsvareren "rettens kendelse for, at det ikke tillades anklagemyndigheden" at dokumentere forakterne. Anklagemyndigheden "protesterede" herimod og henviste til, at de sluttede sager havde "så mange lighedspunkter med den nu verserende sag, at de i høj grad tjener til belysning af tiltaltes indstilling, hvorfor det må være af afgørende betydning, at nævningerne gøres bekendt med disse sager". Landsretten bestemte med henvisning til denne begrundelse, at forsvarerens begæring ikke kunne tages til følge ⁵⁹⁾. Højesteret fandt i overensstemmelse hermed, at den ved landsrettens kendelse tilladte dokumentation havde hjemmel i retsplejelovens § 877 og havde fornøden begrundelse i de i kendelsen anførte omstændigheder ⁶⁰⁾. Det blev ikke præciseret, om dokumentationen omfattedes af § 877, stk. 2, 5), der uden videre giver adgang til at dokumentere "erklæringer og vidnesbyrd, udstedte i medfør af offentligt hverv", eller af § 877, stk. 3, der giver adgang til dokumentation med domstolens tilladelse. Da problemet bedømtes som følge af forsvarers initiativ, er det første alternativ nærmestliggende.

Det fremgår ikke udtrykkeligt, at de 3 domme om tyveri, brugstyveri m.v. er blevet dokumenteret. Forelæggelsen af de sluttede sager skete ved afhøring af tiltalte og tildels ved vidneførsel.

UFR 1965.434 H: Tiltale for voldtægt. Dokumentation af dom fra 1952 om straffelovens § 244, stk. 4, til betinget hæfte i 20 dage, af dom fra 1953 om § 276 til fællesstraf af fængsel i 40 dage, af dom fra 1954 om § 244, stk. 1, jfr. stk. 3, og § 276 til fængsel i 6 måneder, og dom fra 1956 om § 216 og § 138, stk. 2 til fængsel i 6 år. Højesteret fandt dokumentationen hjemlet i § 877, stk. 2, 5), og fandt endvidere, at dokumentationen ikke var "gået ud over, hvad der kunne anses at være af betydning for den til pådømmelse foreliggende sag". Højesteret har således godkendt dokumentation af domme, der er meget gamle (ca. 12 år), domme vedrørende anden kriminalitet end den, tiltalen angår (sammen-

59) Landsrettens beslutning er trykt UFR 1956.955.

60) Sml. NRT 1956.155.

lign voldtægt og tyveri) samt domme om kriminalitet af beskeden betydning (dommen fra 1952).

UFR 1966.596 H: Tiltale i 1965 for en overtrædelse af straffelovens § 232 i 1960, for 3 overtrædelser af § 232 i 1963, for 2 overtrædelser af § 232 i 1964, for overtrædelse af § 276 i 1963, samt endelig for et samlet forhold i 1964, bestående af voldtægt, samleje med mindre-årig og manddrab. Der skete dokumentation af dom fra 1947 om strfl. § 276 til fængsel i 7 måneder. Dokumentationen angik kun et ligeartet forhold, såfremt man tager tiltalen for tyveri i betragtning. Denne tyveritiltale angik ifølge anklageskriftet tyveri fra tiltaltes daværende arbejdsgiver af ca. 100 l farvet benzin af værdi 35 kroner og en graveske af værdi kr. 4.00. Højesteret fandt, uden at anføre nogen begrundelse, at dokumentationen var hjemlet i § 877, stk. 2, nr. 5.

Sagens hovedproblem var naturligvis tiltalen for voldtægt m.v. I forhold til dette spørgsmål fungerede de øvrige tiltaler som forakter om sluttede sager. Efter at nævningerne havde taget stilling til alle tiltaleforhold, fandt landsrettens juridiske dommere, at straffansvaret for eventuel overtrædelse af § 232 i 1960 var forældet, og at statsadvokaten ikke havde påtaleret for to andre af blufærdighedskrænkelserne, idet det om disse tidligere var resolveret, at påtale skulle undlades, og idet der ikke var fremkommet nye beviser af vægt. Højesteret fandt, at det ikke var en rettergangsfejl, at de to sluttede sager var inddraget under tiltalen.

UFR 1975.950 H: Tiltale for to tilfælde af røveri, § 288, stk. 1, nr. 1), og for overtrædelse af udvisningstilhold. Dokumentation af berigelsesforbrydelser efter finsk straffeattest, herunder af "ran". Det er ikke klart oplyst - hverken i landsrets- eller højesteretsdommen, hvilke forhold der er dokumenteret. Højesteret fandt dokumentationen hjemlet.

De fire sager er, såvidt jeg kan se, de eneste trykte afgørelser siden justitsministeriets cirkulære af 08.10.1952. De vedrører alle nævningsager, hvor bevisførelsen med henblik på skyld og sanktion er adskilt. Anvendelsen af forstraffe har derfor henblik på skyldafgørelsen. Højesteret har ikke antydnet nogen begrænsning af adgangen til dokumentationen, da retten godkender den stedfundne dokumentation, og da dette sker uden nærmere begrundelse. Det kræves ikke, at kriminaliteten er ensartet (i en nærmere defineret forstand), endnu mindre at der foreligger metodelighed. Den behøver ikke være meget alvorlig eller tidsmæssigt ligge nær tiltalens forhold. Administrativt sluttede sager kan dokumenteres (hvis ny tiltale ikke rejses). Dog må fremhæves, at dokumentation af sluttede sager kun har foreligget ved bedømmelse af ligeartet kriminalitet. Frifindelsesdomme er ikke bedømt, men adgangen til dokumentation kan næppe være snævrere end ved sluttede sager.

(6) Anvendelsen af forstraffe som bevisdatum kan ikke i almindelighed forsvares på grundlag af en sandsynligheds-teoretisk analyse ⁶¹⁾. På sandsynlighedsteoriens grundlag kan man konstatere, at betydningen for sandsynligheden for faktum er forsvindende. Væsentligere er at anvendelsen af dette datum slet ikke harmonerer med sandsynlighedsbedømmelsens forudsætninger.

Selvom litteratur og praksis ikke hviler på en systematisk udviklet empirisk teori, har den det fællesskab med sandsynlighedsteorien, at det for dommeren forelagte bevis i forstraf ikke anskues i forbindelse med dets betydning for efterforskning og tiltalebeslutning: Der er ikke en af de omtalte forfattere, der beskæftiger sig med forstraffens efterforskningsstyrende funktion ⁶²⁾.

En positiv forklaring af, at forstraf indgår i bevisvurderingen, er vanskelig. Kun få tør endnu hævde de klassiske fysiologiske og biologiske kriminalitetsteorier, men disse har formentlig tidligere medvirket til interessen for fortiden ⁶³⁾. Problemstillingen vendes om, når man ikke tager udgangspunkt i skyldspørgsmålet, men på grundlag af de tidligere nævnte kriminologiske undersøgelser af skjult kriminalitet hævder:

"Nyere forskning har til fulde godtgjort, at vi alle er kriminelle ... Spørgsmålet er derfor ikke længere det velkendte: Hvorfor er disse mennesker blevet forbrydere? Nu spørger man i stedet: Hvorfor er det netop denne gruppe mennesker, der bliver straffet?" ⁶⁴⁾.

Den citerede opfattelse går nok for vidt. Den klassiske

61) Forbeholdet 'i almindelighed' skyldes, at jeg ikke kan tage stilling til alle tænkelige, evt. meget særprægede situationer. Det er den brede tilslutning til forstraffen som bevismiddel i litteratur og praksis, jeg tager stilling til.

62) Kritik af praksis finder man hos Henning Krog i *Proceduren* (1969) s. 445 og 446 - 447, Stephan Hurwitz i *Nordisk Kriminalistisk Årsbok 1952-53* (1954) s. 235 - 36, jfr. s. 248 og s. 250, og E. Hartwig: *Har De været straffet før?* UfR 1947 B. 313-19. Sml. Alf Nordhus i *TfR 1947.565 f* og I. B. Hjort i *Norsk Sakførerblad* 1959 s. 36. Ekelöf i *Sv.J.T.* 1954 s. 67 om overvurdering af forstraf.

63) Om ændringen af straffelovens § 80 i 1973, se *Bet. 650 af 1972* (om nedkriminalisering) s. 40 - 41.

64) Vagn Greve: Om anmeldelse af forbrydelser i *Festskrift til Stephan Hurwitz* (1971) s. 297.

problemstilling har ikke mistet betydning: Selvom "alle er kriminelle", er det kriminelle forhold en tidsmæssigt afgrænset begivenhed, og kriminel som prædikat dækker over en omfattende subjunktion af forskellige kriminalitetstyper. Undersøgelse af, under hvilke sociale og psykiske betingelser kriminalitet af forskellig type forekommer, synes derfor stadig af interesse. Men et studium af de faktorer, der bestemmer udvælgelsen til straf, er et forsømt emne af stor relevans.

Forstraffen fungerer såvel i den politimæssige efterforskning som i den judicielle bevisvurdering, uden at en koordineret forståelse er udviklet. Denne opspaltning, som følger af den akkusatoriske proces, afspejler en dobbeltthed i forstraffens funktion:

For det første er recidiviteten omfattende. De sociale og psykologiske betingelser for kriminaliteten forbedres ikke, men forringes af den pønale sanktion. Heraf følger, at forstraffede relativt ofte er "skyldige" (om de er skyldige i det påtalte forhold, er et andet spørgsmål). Der er derfor en realitet i det judicielle hensyn til forstraf. For det andet må kriminalitetsforfølgelsens mål tages i betragtning: Der skal efterforskes og påtales i et sådant omfang, som præventive hensyn kræver. Politiets interesse for de "kendte"- de tidligere straffede - er praktisk og kan legitimeres ved antagelser om metodisk konservatisme og øget kriminalitetshyppighed (antagelser som isoleret betragtet er rigtige).

Sammeholdes den judicielle og politimæssige bedømmelse, bliver effekten selvforstærkende og - selvbekræftende. Straffehandhævelsens udvælgelsesmekanismer "gir et visst objektivt grundlag for opfattningen af lovovertrædere som en liten og vesensforskjellig utgruppe"⁶⁵⁾.

65) Aubert: Om straffens sosiale funksjon, 1954, s. 209.

2. Faderskab

At foretage en gennemført behandling af faderskabsbeviset vil ganske sprænge rammerne for denne afhandling. Jeg tager faderskabsbeviset op til analyse i fortsættelse af de almene synspunkter i denne afhandling: Jeg behandler det ældre faderskabsbevis, der byggede på parternes ed, og som illustrerer en udvikling indenfor et legalt bevis. Forholdet mellem edsbevis og arvebiologisk bevis kan belyse en overgang mellem fundamentalt forskellige bevisopfattelser, nærmere bestemt forskellige almene, kriterier for konneksitet. Endelig undersøger jeg en speciel sandsynlighedsteoretisk problemstilling vedr. det blodserologiske bevis ⁶⁶⁾.

(1) Ed

Den bevismæssige undersøgelse af forholdet mellem en mand og et barn som udgangspunkt for en karakteristik af relationen mellem dem (de til faderskabet knyttede retsvirkninger) går i dansk ret tilbage til midten af det 18. århundrede. På dette tidspunkt bliver faderens underholdspligt overfor barnet stadfæstet i almindelige regler og praktiseret i konkrete afgørelser.

Det betyder ikke, at afstamningsspørgsmålet ikke tidligere var behandlet retligt. Men rammerne for denne behandling var andre: dels toges spørgsmålet op i forbindelse med straf for lejemål (eller hor), dels behandledes besvangersen i forbindelse med pligt til ægteskab. Reglerne herom var da udgangspunktet for den bevisretlige bedømmelse af forudsætningen for underholdspligten.

66) For en bredere orientering henvises til Ernst Andersen 1971 s. 37 f, s. 240 f, Ægteskabsret I, 1954, s. 66 f, 241 f, Arnholm s. 215 f, 227 f, Lind 1975.

Der var nemlig ikke i Chr. V's D.L. nogen regel om, hvorledes et faderskab konstateredes, eller om faderens forpligtelse til at underholde et barn udenfor ægteskab.

Udgangspunktet blev taget i reglerne om forpligtelsen til ægteskab, som fulgte af samleje, evt. forbundet med løfte om ægteskab, jfr. 6-13-4 og 6-13-5, sidstnævnte indskrænket ved forordningen af 1734. Om beviset for samlejet gjaldt efter den almindelige regel i 6-13-5: "Siger han nej for gerningen, og hun kan hannem det ej overbevise, da værge han sig derfor med sin ed". Da ægteskabskravet ved forordning angående besvangrelse og det deraf påstående ægteskab 5. marts 1734 betingedes af løfte om ægteskab, bestemtes det om beviset for dette løfte, at det bl.a. kunne føres ved to vidner om ægteskabsløftet, § 3.

Dette svarer til lovens "overbevise". Men vidnebeviset havde ikke betydning for selve samlejet. Den almindelige regel var derfor, at kvindens sigtelse førte til, at sagens afgørelse beroede på mandens benægtelsesed.

Dette var i overensstemmelse med den struktur, som anvendtes i sager om lejemål. Samleje udenfor ægteskab var forbudt, 6-13-1 og 8 og 9, endda mellem forlovede, 3-16-12. Men straffen betingedes i praksis af, at kvinden var blevet besvangret. Dette er udgangspunktet for reskript af 30. november 1759 om det tilfælde, at kvinden har haft samleje med flere i den relevante periode. Samtidig med at besvangrelsen står som en slags betingelse, kan flere blive straffet for forbrydelsen, fordi den formelt består i samlejet alene.

Det typiske afgørelsesmiddel i sager om faderskab var eden. Det er ikke hensigten med dette afsnit at behandle edens udvikling indenfor dette område i fuldstændighed. Tanken er blot at karakterisere denne afgørelsesstruktur i enkelte hovedtræk, for derefter at behandle overgangen til den "videnskabelige" afgørelsesmåde, som findes i de retsmedicinske erklæringer om blodtyper m.v.

Edens indhold. De to forskellige udgangspunkter for underholdspligten var, som nævnt, lejemålsstraffen og ægteskabs-

kravet. Begge hæftede sig formelt ved samlejet alene, men reelt var besvangrelsen afgørende. Men mens lejermålsstraffen kunne ramme flere, jfr. reskriptet af 30.11.1759, kunne ægteskabskravet naturligvis kun rettes mod en enkelt.

Eden kunne gå ud på, at manden "aldrig har haft nogen legemlig og kjødelig omgængelse med ..., hvoraf (det uægte barn) muligen kan være avlet" ⁶⁷⁾. Men selvom forordningen af 1763 angik den, der var fader, blev det hurtigt et spørgsmål, om flere mænd kunne pålægges bidragspligt. Dette antoges af Ørsted ⁶⁸⁾, og hans opfattelse genfindes i senere litteratur, omend hans umiddelbart proratariske hæftelse erstattes af en solidarisk hæftelse ⁶⁹⁾. Til støtte for resultatet henvises til lejermålsstraffen efter reskriptet af 30.11.1759, men som anført kunne man til støtte for det modsatte resultat blot have henvist til lovens 6-13-5:

I det "tilfælde, at det besvangrede fruentimmer ej kan angive nogen bestemt barnefader, fordi hun, ved undfangelsestiden, har haft omgang med flere, da, ligesom reskript af 30. november 1759 udtrykkelig indeholder, at enhver af disse, som ej med sikkerhed ved sig fri for paterniteten, og altså ej kan fralægge sig samme med ed, bør udrede lejermålsbøder, så bør og alle disse svare til opforstringshjælpen, dog naturligvis til-sammentagne ej til mere end hvad der ellers kunne pålægges én barnefader, hvilket de have at tilsvare en for alle og alle for en" ⁷⁰⁾.

Opfattelsen problematiseres af Deuntzer: Forpligtelsesgrunden er faderskabet. Samlejet er "i virkeligheden kun ... et datum, hvorfra en slutning kan drages til" faderskabet ⁷¹⁾.

Denne forskel betyder ikke blot en forskel i bevisets styrke: Kun den, hvis paternitet må anses for bevist, er

67) Jfr. Hedegaard II s. 280 - 281.

68) Håndbogen II s. 330. Anderledes Nørregaard I s. 220 - 221.

69) Herom nærmere Sv. Bentzon s. 48 f.

70) Ørsted Hdbog II s. 330

71) Deuntzer 1882 s. 313 - 314 .

alimentationspligtig, men derimod ikke den, der blot muligvis kan være fader til et uægte barn. Men den må indebære, at hvor flere mænd er mulige, frifindes de. Dette kritiseres i en anmeldelse som var i overensstemmelse med praksis: Reglen er, at vedkommende mand "anses for at være fader til barnet, når han ikke ... har bevist eller med ed bekræftet rigtigheden af en benægtelse - ikke af at være, men - af at kunne være fader. Om vedkommende ifølge denne mulighed i virkeligheden er faderen eller ikke, spørges der intetsteds om". Anmelderen analogiserer fra, at pater est-reglen "bygger just til gunst for barnet på muligheden af, at ægtemanden kan være faderen, uagtet en anden også kan være det". Endvidere er det umuligt, at et barn har flere fædre, er det også umuligt, at det ingen far har ⁷²⁾.

Fra kontinuiteten mellem den pønale lejemålsbøde og bidraget til opforstringshjælpen markerer Deuntzers problematisering et stadium i udviklingen hen mod faderskabso-rienteringen. Kun "den hvis paternitet må anses for bevist, skal yde sådant bidrag", mens dette ikke kan pålægges "den, der muligvis er fader til et uægte barn" (s. 323).

Hvem aflægges ed? Udgangspunktet er, at det er en benægtelsesed, der derfor aflægges af den sigtede mand. Endnu hos Ørsted omtales eden kun som en benægtelsesed: "... den der af moderen angives at være fader til et uægte barn, skal supponeres at være det, indtil han sig samme på lovlig måde fralægges ⁷³⁾.

Benægtelseseden kan aflægges også i tilfælde, hvor der ikke er ført noget utilstrækkeligt bevis, hvor altså sigtelsen fremtræder som ubegrundet af andre beviser. Det erkendes, at sigtelseseden er fordelagtigere end benægtelseseden ⁷⁴⁾.

72) UFR 1883 s. 1254 - 1255 (anonym).

73) Håndbogen s. 329 - 330 i tilslutning til cancelliskrivelse af 29. oktober 1768, jfr. Nørregaard bd. 6 s. 91.

74) Jfr. *Eunomia* I (1815), s. 234 - 235, 164 - 165.

Hos Scheel (1860) er det stadig hovedreglen, at den udlagte mand må fralægge sig faderskabet ved benægtelsesed. Men det tilstedes moderen at bekræfte sigtelsen med ed, når indklagede er fundet skyldig i mened efter forordningen 15. april 1840 § 14, og når "særegne omstændigheder og navnlig hans forhold under sagen må betage ham ret til at bekræfte sin benægtelse med ed" ⁷⁵⁾.

Disse regler kan betragtes som en videreudvikling af almindelige regler om benægtelsesed. Når en part, der efter den almindelige regel i lovens 1-14-6 skulle have aflagt benægtelsesed, "under proceduren har gjort sig skyldig i bevislige usandheder eller i modsigelser ..., og når der derhos er fremkomne vigtige data, skønt ej tilstrækkeligt bevis for det faktum, som han skulle fralægge sig ved benægtelseseden" ⁷⁶⁾. Der må kræves en "åbenbar uredelighed i proceduren".

I midten af århundredet var det praksis i kriminal- og politiretten i alimentationsager, at kvinden aflagde sigtelsesed, "såsnart der er oplyst data der i nogen væsentlig grad vække sandsynlighed for, at hendes sigtelse er rigtig". Mens ankeinstanserne fulgte en mere restriktiv praksis, begrænset til tilfælde, hvor den udlagte "under proceduren har gjort sig skyldig i sådanne bevislige usandheder, at det synes betænkeligt at stede ham til edsaflæggelse" ⁷⁷⁾. Mod slutningen af århundredet har fordelingen af edsaflæggelsen helt ændret sig: "Kvinden aflægger sigtelsesed ikke blot, hvor manden bevisligt har gjort sig skyldig i usandfærdig procedure, men også hvor der ved et vidne eller på anden måde er tilvejebragt stærk formodning for rigtigheden af moderens påstand" ⁷⁸⁾.

75) Scheel s. 435 jfr. Gram 1868 s. 248.

76) Bang & Larsen, II, s. 174, jfr. om den særlige benægtelsesed efter 6-13-5 s. 161 - 162.

77) Jfr. Anm. i UFR 1869 s. 373.

78) Deuntzer 1899 s. 322 f.

Dette spørgsmål kan kædes sammen med spørgsmålet om eds-temaet. I tilfælde, hvor kvinden tilstedes sigtelsesed, anvendte man ofte den form at hun skulle beedige, at manden "er fader" til barnet. Dette var naturligvis ikke konsekvent, når det accepteredes, at den udlagte ikke kunne befries for underholdspligten derved, at barnemoderen omtrent på samme tid havde haft samleje med andre.

Vi befinder os i en periode, hvor den kristne opfattelse af ægteskabet har slået igennem. Ægteskabet er eksklusiv ramme for seksuelle forhold (officielt), og indenfor disse rammer defineres ægteskabets formål med henblik på avling af børn.

Lejermålet var strafbart. De første "betalinger", som fulgte af ikke-ægteskabelige samlejer, var lejermålsbøder, reskript af 30. november 1759 ⁷⁹⁾. Dette var Ørstedes udgangspunkt for den eller de pågældende mænds bidrag til opfostringshjælpen.

Underholdsforpligtelsen, som var praktiseret i enkelte domme i århundredets første halvdel, blev udtrykkeligt hjemlet ved forordningen af 1763. Den fremtræder i en periode, hvor de tidligere, feudale underholdsstrukturer var i opløsning som følge af ændringer i produktionsmåden. Landsbyfællesskaberne opsamlede ikke som tidligere det uægte barn. Og i byerne måtte det offentlige træde til ⁸⁰⁾.

Forældrene er "den nærmeste årsag til, at de ere komne til verden", og "de er deraf forpligtede til at ernære børnene ... og at opføde dem således at de ei alene kunne blive det

79) Jfr. om Sverige, Nehrmann: *Ärfda-Balken* 1752 s. 120, hvorefter flere, der dømmes for lejermål, må dele omkostningerne, citeret efter Sv. Bentzon s. 38. Om ændring i straffens begrundelse, Juul, i *Kampen mod Forbrydelsen I* s. 267 f, 290.

80) Jfr. Forordn. 24.09.1708 om Betleri i København § 9, 7) om "umyndige faderløse borgerbørn og deslige ... under 14 år" som hører til "rette Almisse-Lemmer".

de ere fødte til at være nemlig mennesker og lemmer af det menneskelige selskab, men at de og i fremtiden kunne ernære sig selv, og derved kunne blive nyttige lemmer af det borgerlige selskab, i hvilket de er fødte, og ikke blive samme til byrde", Stampes erklæring af 7. august 1763.

Forsørgelsen centredes omkring den ægteskabelige familie. De uægte børn faldt udenfor denne. Det offentlige træder til. Men det offentliges tilskud må finansieres. Dette er i korte træk baggrunden for interessen for at konstatere faderskaber med henblik på fastslåen af underholdspligt. Muligheden for at fastholde en egentlig ægteskabspligt har sikkert været rent teoretisk. Den finansielle interesse forklarer, at man var villig til at acceptere flere mænd som underholdspligtige, til trods for den erkendte fysiologiske umulighed af faderskab. I andre retsforhold er det centralt, at kun én person indgår i det: en forbrydelse er kun begået af en, en kontrakt berettiger kun en, o.s.v. Står to lige, falder retsforholdet som regel bort.

Eftersom familiestrukturen understøttedes af den religiøse fordømmelse af usædelighed, faldt underholdspligten i fortsættelse af den tidligere straf for lejemål.

Mod slutningen af det 19. århundrede er der en forandring. Edsaflæggelsens betydning reduceres, eftersom den gennem kvindens sigtelseseed blot bliver en bekræftelse af andet bevis.

Den nævnte udvikling i praksis omkring sigtelses- eller benægtelseseed viser, hvordan en legal bevisregulering opløses gennem en differentiering af kriterierne for, at det i loven angivne bevismiddel skal anvendes ⁸¹⁾. Jeg vil derfor underbygge beskrivelsen med en nærmere omtale af praksis ⁸²⁾.

81) Sml. Patermann s. 33 f, i almindelighed s. 45 f.

82) Paternitetssager behandledes som private politiretssager, plakat 28.05.1825, Bang & Larsen, 3. Del, s. 61.

Udgangspunktet er bedømmelsen i de normale tilfælde: Den mand der er udlagt, nægter samleje i avlingstiden. Sagen afgøres da ved benægtelsesed (HRD 22.11.1843, Schlegel 1834 - 1845 s. 632).

Benægtelseseden anvendes, selvom der er stærk formodning for sigtelsen (HRD 05.02.1844, Schlegel 1834 - 1845 s. 659. Og KO 06.10.1851, JU 1851.803. Underretten havde pålagt moderen sigtelsesed). Når samleje indrømmes, domfældes uden videre, JU 1855.158, JU 1858.323, JU 1863.407. Benægtelsesed anvendes også, selvom mandens procedure er noget vaklende, KO 05.12.1845, JU VII s. 257. At kvinden har haft samleje med andre, udelukker ikke benægtelsesed, JU 1866.14. To mænd kan således pålægges bidragspligt, U 1870.657.

Men efterhånden slår tendensen til at indrømme sigtelsesed igennem. Det sker i de strengere tilfælde, hvor manden er dømt for tyveri og tidligere har aflagt benægtelsesed, KO 02.02.1852, JU 1852 s. 170. Men også i mindre graverende tilfælde, hvor manden indrømmer en forbindelse mellem parterne, JU 1854.152, 1861.902. Endvidere blot manden ændrer forklaring, KO 03.11.1851, JU 1851 s. 889.

Den upålidelige optræden glider hen mod at der føres et egentligt bevis mod manden, JU 1862.595 (vidneførsel).

Med denne udvikling er problemstillingen stillet således op:

(a) Skal sagen afgøres uden ed - enten til domfældelse eller frifindelse?

(b) Hvis ed skal aflægges, er det så en sigtelsesed eller en benægtelsesed?

Betingelserne for at tilstede moderen at aflægge sigtelsesed afviger næppe fra de almindelige betingelser i 1.14. 5. og 6. således som de var udviklet i fortolkningen.

Først og fremmest findes en række sager, hvor der pålægges sigtelsesed. Man henviser til den formodning, som beviserne har skabt for faderskabet, U 1867.303, vidneforklaring mod mandens forklaring U 1868.32, og navnlig til et langvarigt samliv eller en seksuel tilnærmelse mellem parterne, U 1868.36, 1868.34, 1869.372.

I U 1870.157 H gik højesteret ind for sigtelsesed på grundlag af en formodning skabt af et varigt forhold (se gengivelse i advokatindlægget om praksis). Det var ved denne dom, at højesteret godkendte ud-

viklingen.

Hvor det ~~indrømmede~~ samleje ligger i periferien af avlingstiden, kan der tilstedes benægtelseseed, JU 1868.62o og JU 1871.6oo, eller sigtelseseed U 1869 s. 1o37.

Tendensen til afgørelse uden ed:

Manden kan ikke huske, om han havde forhold i perioden, sigtelseseed i U 1872.629 og U 1872.721. Eventuel domfældelse, U 1873.37.

Benægte fuldbyrdet samleje, domfældelse uden ed, U 1869.331 og U 1888.333.

Sundhedskollegiets udtalelse om samleje i udkanten af avlingstiden. Hvor faderskabet ikke er muligt, men dog lidet sandsynlig domfældes uden videre, U 1873.68o, 1875.13, 1875.181, 1875.828, 1876.846.

Og omvendt frifindelse: En sigtelse havde ikke den i 6-13-5 forudsatte styrke, den var begrundet i et 1o år ældre flygtigt bekendtskab, frifindelse U 1897.1o49.

Til illustration af de indgående overvejelser omkring sigtelses/benægtelseseed: U 1895.312 H, jfr. U 19o4B, s. 21oH, hvor der tilstedes sigtelseseed efter formodning på grundlag af bl.a. vidneforklaring - overfor U 1896.1o19H - benægtelseseed trods et nærmere forhold.

Natligt samvær "betog" ikke manden benægtelseseed U 1899.676, jfr. U 19o7A s. 36 H.

Denne retstilstand lovfæstes ved lov om børn udenfor ægteskab og disses forældre 13o 27.o5.19o8 § 13: Ed blev kun aktuel, hvis "fornødent bevis" ikke forelå.

"Vedgår denne (den af hende som fader sigtede) for retten at være fader, eller skønner retten, at fornødent bevis foreligger, eller fra-lægger indklagede sig ikke ved ed at have haft samleje med klageinden i et af retten efter sagens omstændigheder nøjagtigt bestemt tidsrum, eller aflægger klagerinden, hvor dette efter de i sager om underholdsbidrag hidtil fulgte grundsætninger, findes at burde tilstedes hende, ed på i et af retten nøjagtigt bestemt tidsrum at have haft samleje med den som fader sigtede og ikke indenfor det således bestemte tidsrum med andre, fastsætter overøvrigheden på dette grundlag ... (bl.a.) underholdsbidraget til barnet fra dets fødsel".

Ved spørgsmålet om edsaflæggelse formuleres problemet ofte som et spørgsmål, om der er tilstrækkelig føje til at betage den manden tilkommende ret til at afgøre sagen ved benægtelseseed. Til belysning af dette spørgsmål foregår en egentlig bevisvurdering inden edsafgørelse. Bevisvurderingens uafhængighed af edsafgørelsen viser sig i tre typer af sager: (a) Benægtelseseed trods kritik af sigtede.

(b) Sigtelsesed til trods for at sigtede ikke kan kritiseres. (c) Sagen afgøres uden ed.

Ad (a): Benægtelsesed er tilstedt i et tilfælde hvor sigtede var straffet for falsk forklaring uden ed, og for bedrageri, U 1910.586 H, jfr. 1919.311 H. En anden gruppe er sager, hvor der er vægtige indici imod sigtede, men hvor han til trods herfor får benægtelsesed, U 1910.481, 1911.509 H. Ofte er denne afgørelse udtrykkeligt begrundet i kvindens utroværdighed, U 1911.357 H, 1911.950 H, 1916.986.

Ad (b): Adgangen til sigtelsesed kan begrundes udelukkende i mandens senere forhold til barnet, U 1914. 861. Sagen kan også bedømmes således, at der gives sigtelsesed, hvor et seksuelt forhold var erkendt, men hvor der altså ikke iøvrigt var nogen kritik af sigtede, U 1916. 1068 H. Betingelse for sigtelsesed var i U 1919.144 H udvandet til at det fandtes "betænkeligt at tilstede benægtelsesed".

Ad (c): Der findes for det første en gruppe af temmelig usædvanlige sager, hvor afgørelsen træffes uden ed. Den sigtede er åndeligt svækket, U 1911.379, kvinden var allerede besvangret og sigtede frifandt trods vedkendt samleje i avlingstiden, U 1919.924, kvinden prostitueret, JT 1922.206 og 1923.79. I U 1914.366 H forsøgte kvinden uden held at opnå en pure domfældelse på grundlag af vidneforklaring.

I denne forbindelse må navnlig omtales de mange sager, som blev bedømt med udgangspunkt i erklæringer fra retslægerådet (tidligere sundhedsskollegiet og statskontoret for sundhedsvæsenet). Erklæringerne angår avlingsperioden og evt. et konkret samlejes placering indenfor denne og de er bestemmende for om sagen følger en af følgende to veje: Enten er manden overensstemmende om, at et samleje har fundet sted indenfor avlingsperioden, og i så fald domfældes uden videre, eller det af kvinden påståede samleje ligger udenfor, i så fald frifindes (som regel), eller det af kvinden påståede samleje ligger indenfor avlingstiden, mens manden benægter dette: I så fald afgøres sagen som regel ved ed, og erklæringens afgrænsning af avlingsperioden er bestemmende for edstemaet. Edstemaet formuleres med benyttelse af bestemte datoer, og de af lægerne anvendte vage udtryk omformuleres derfor til præcise dateringer. Dette medfører naturligvis en forskydning i forhold til de beregninger, som ligger til grund for de lægelige udtalelser.

Ved at strække avlingstiden kan ed undgås: U 1915.780 H: Kvinden forklarede at det sidste samleje fandt sted 4. - 5. november. Manden forklarede, at seneste samleje var 16. eller 17. oktober. Retslægerådet erklærede oprindeligt,

at barnet kunne være avlet i tiden fra noget efter midten af oktober til noget efter midten af december, men udtalte senere, at muligheden af, at barnet kunne være avlet den 16. eller 17. oktober ikke helt kunne benægtes. Dette gav en svangerskabstid på 314 - 315 dage. Manden dømtes "pure". At kvindens forklaring gik ud på, at de to sidste samlejer fandt sted 6. - 7. oktober og 4. - 5. november, og at hun således bestred, at hun havde haft samleje med manden på nogen de af ham nævnte nætter, fandtes ikke at kunne føre til et andet resultat.

I U 1910.987 formulerede underretten sigtelseseeden således, at kvinden skulle bekræfte, at den udlagte mand var fader til barnet, med den tilføjelse, at hun ikke havde haft samleje med nogen anden indenfor avlingstiden. Dette tema ændredes ved anken til, at kvinden indenfor avlingstiden (angivet ved datoer) har haft samleje med manden.

(2) Introduktion af arvebiologiske bevismidler

De arvebiologiske bevismidler introduceredes i paternitets-sager i slutningen af 1920-erne i dansk retspraksis ¹⁾.

De arvebiologiske bevismidler beror på, at faderskabets mulighed bedømmes på grundlag af arvelige egenskaber hos sagens parter. De egenskaber, som indgår i undersøgelserne, er dels blodtype mv. dels andre morfologiske egenskaber. I almindelighed taler man om en blodtypebestemmelse, der enten kan være rutinemæssig eller udvidet, dels om en antropologisk undersøgelse, som ikke alene omfatter andre morfologiske egenskaber end blodtypen, men også en udvidet blodtypeundersøgelse ²⁾.

Retslægerådets årsberetning for 1926 ³⁾ indeholder omtale af den første sag, hvorunder en blodtypeundersøgelse blev inddraget i bevisbedømmelsen. Blodtypeundersøgelsen var privat foranstaltet, og Østre Landsret anmodede om retslægerådets udtalelse om den lægelige erklæring. Undersøgelsesresultatet gav ikke vejledning for faderskabsspørgsmålet. Næste år angives at rådet har behandlet "nogle sager, hvori paterniteten er søgt bestemt gennem blodtypeundersøgelse" ⁴⁾.

På foranledning af retslægerådet systematiseredes de rets-medicinske undersøgelser ved justitsministeriets cirkulære af 6/9. 1927 (til domstolene og anklagemyndigheden) ⁵⁾. Retslægerådet henviste til, at "i de senere år har forskningen indenfor biologien og retsmedicinen klarlagt forskellige forhold vedrørende blodegenskaberne, der kan anvendes til at typebestemme mennesker. ... I et ikke ringe antal tilfælde vil (man) være i stand til at afgøre, at en given

1) De blodserologiske love havde været kendt siden 1900, Bartholomew, i MLR vol. 24, 1961, s. 313 note 1.

2) Gormsen s. 207 f.

3) (1928) s. 196 f.

4) Beretning 1927 (1929) s. 218.

5) Ber. 1927 (1929) s. 220 f.

blodprøve ikke kan stamme fra et givet menneske, eller at et givet menneske ikke kan være afkom af et andet givet menneske - mens man dog ikke omvendt er i stand til positivt at fastslå en identitet eller et afstammingsforhold på grundlag af sådanne undersøgelser".

Introduktionen af de retsmedicinske blodtypebestemmelser skete i kontinuitet af retslægerådets tidligere erklæringer vedrørende avlingsperiode ⁶⁾. Endvidere lå undersøgelserne af blod i fortsættelse af undersøgelse af blodpletter i kriminelle sager, jfr. justitsministeriets cirkulære nr. 72 af 3/4. 1912.

I forbindelse med HRD 28/6. 1928 (jfr. ndf.) udtalte rådet: "Den videnskabelige basis for blodtypebestemmelser hos mennesker må nu siges at være så omfattende og sikker, at de resultater, der af øvede undersøgere fås ved den praktiske anvendelse, ikke i sikkerhed står tilbage for mange andre medicinske bevismidler, der anvendes i rettens tjeneste, og de må anses for at være så utvivlsomme, at de - set fra et retslægeligt standpunkt - må siges at egne sig til at danne grundlag for retslige afgørelser i paternitetssager" ⁷⁾.

Domstolenes anvendelse af blodtypebestemmelserne. For reguleringen af beviset kunne blodtypebestemmelserne have betydning i forhold til den hidtidige bevispraksis på to punkter: For det første kunne blodtypebestemmelserne være afgørende for, hvem det blev pålagt at aflægge ed. For det andet kunne blodtypebestemmelserne begrunde en afgørelse uden ed.

Med dette udgangspunkt kunne det forekomme nærliggende, at man indledte med at fastholde eden, idet man inkorporerede blodtypen blandt de forhold, som havde betydning for sigtedes pålidelighed. Men afgørelser af denne art findes imidlertid næppe.

6) Iflg. ber. for 1924 (1925) var der 1102 paternitetssager, der udelukkende omhandlede dette spørgsmål, s. 193. Ber. for 1925 (1926 paternitetssager med samme spørgsmål, s. 412.

7) Ber. for 1928 (1930).

UfR. 1928.840 Ø: Tillagde den gifte moder sigtelsesed mod ugift mand. Blodtypen udelukkede gift mand, hvilket altså accepteredes som bevis mod dennes faderskab.

UfR. 1928.509 H: Tillagde ugift mand benægtelsesed, en anden ugift mand var udelukket ved blodtypebestemmelse.

I begge sager anvendtes ganske vist eden, men blodtypen havde kun indirekte betydning for denne. Ed var ikke anvendt i forholdet mellem ægtefæller, og muligheden for at en anden var far til et barn udenfor ægteskab havde ikke betydning for bedømmelsen af spørgsmålet.

Blodtypebestemmelserne placeres altså hurtigt som et bevismiddel, der overflødiggør eden, for så vidt blodtypebestemmelsen indeholder en mere eller mindre sikker udelukkelse. Blodtypebestemmelsen kan enten 1) udelukke faderskabet eller 2) være irrelevant. Jo større den teoretiske udelukkesprocent er, jo større betydning har blodtypebestemmelsen dels ved at 1) muligheden for udelukkelse vokser, dels ved at 2) de tilfælde hvor udelukkelse ikke kan ske reelt bliver en støtte for faderskab. I begyndelsen var den teoretiske udelukkesprocent lille (40%?). Dette har betydning for forståelsen af forholdet mellem blodtypebestemmelsen og partsed.

Hvor blodtypebestemmelsen udelukker faderskabet, kunne man have praktiseret udelukkelsen som grundlag for en benægtelsesed. Men dette er, som anført, ikke praksis. I forholdet til den ugifte mand, hvor dette var en mulighed, kunne eden fremtræde som et overflødigt supplement. Nok så vigtigt er det, at eden og blodtypebestemmelsen er beviser af ganske forskellig type. Der er formentlig en tendens til at undgå, at man kombinerer bevisdata (konneksitetsfaktorer) baseret på forskellige kriterier.

Omvendt, er blodtypebestemmelsen irrelevant, fortsætter man den hidtidige praksis. Der er ikke i kraft af udelukkelsen grundlag for generelt at tillægge moderen sigtelsesed.

I hvilke tilfælde bliver blodtypebestemmelsen da afgørende uden ed?

Udelukkelse af gift mand.

(a) Tilfælde, hvor den gifte mand og gifte kvinde er enige om ikke at have haft samleje i avlingstiden, og en ugift mand er inddraget eller konkret angivet, jfr. U 1928.706 H, 1928.1101 v, 1932.734 H, 1933.138 note 1 Ø, eller ikke omtalt, U 1933.138 Ø.

I disse tilfælde giver ægtefællerne en overensstemmende forklaring om ikke at have haft samleje i den relevante periode. Udpegelsen af en eventuel fader er bragt så vidt, at der i hvert fald er påpeget en bestemt person. I forholdet mellem ægtefællerne svarer de overensstemmende forklaringer til en disposition: Det er i overensstemmelse med ægtefællernes ønske at barnet ikke betragtes som et ægtebarn, men tilskrives en anden mand. Såvel moderens erkendelse som angivelsen af den anden mand indebærer, at der ikke vil opstå finansielle problemer.

(b) Tilfælde, hvor kvinden hævder at have haft samleje, men hvor den gifte mand benægter dette. I U 1929.940 H var en alternativ mand konkret angivet, mens dette ikke var tilfældet i U 1934.401 note 1 Ø. Man kan sige, at i disse sager vil ægtemanden "fralægge sig faderskabet" til kvindens barn.

(c) Tilfælde hvor ægtefællerne har haft samleje efter begges forklaring, eller blot efter mandens forklaring. Her foreligger udelukkelse af ægtefællen i tilfælde, hvor en alternativ mand var inddraget eller konkret angivet, U 1928.840 Ø, 1933.824 Ø. Denne udelukkelse er naturligvis mere radikal i forhold til hidtidig praksis end udelukkelse efter (a). Ægtefællen udelukkes som fader til trods for samleje. Men det sker altså stadig kun i tilfælde, hvor en alternativ far er i hvert fald påpeget.

(d) Derimod ser det ikke ud til, at en ægtefælle er udelukket som fader i tilfælde, hvor der ikke er inddraget konkret angivet mand, eller der i hvert fald er konkrete holdpunkter for den mulighed, at en anden mand er far til barnet.

Jeg behandler ikke bedømmelsen, hvor samlivet er ophævet eller separation eller skilsmisse foreligger.

Udelukkelse af ugift mand.

(e) Det er så selvfølgelig, at spørgsmålet ikke er belyst af trykte afgørelser fra denne periode, at hvor den gifte mand ikke er udelukket - og hvor samleje altså heller ikke kan udelukkes - frifindes den ugifte mand uden videre.

(f) Vedkender den ugifte mand sig samleje, var det udgangspunktet efter hidtidig praksis at han uden videre blev dømt. Hvis blodtypebestemmelsen udelukker manden som fader, frifindes han nu i tilfælde, hvor en anden mand er inddraget eller konkret angivet, jfr. U 1930.115 H, U 1930.768 Ø (om ophævelse af et forlig), U 1934.401 Ø (MN), 1936.91 H, 1936.1144 Ø, 1933.1127 Ø. (Anderledes U 1929.777 V, der dømmer trods udelukkelse).

Muligheden for en andens faderskab var tilstrækkelig i U 1929.1079 H (kvinden kunne ikke aflægge sigtelseseed), U 1933.1107 Ø.

(g) Også uden dette alternativ kan en ugift mand frifindes: U 1930.296 H: Såvel underret som landsret havde tillagt moderen sigtelseseed om samleje i avlingstiden trods blodtypeudelukkelsen. Modsætningen mellem ed og blodtype var således bragt på spidsen. Bemærk at den aflagte ed ikke strider mod faderskabsudelukkelsen idet de forskellige bevismuligheder har bestemt den forskellige tematisering (samleje - faderskab). Endvidere U 1930.421 H, U 1931.1043 H, U 1935.404 Ø.

(h) Spørgsmål om et samleje er forekommet, kan besvares i forbindelse med en udelukkelse, U 1933.558 Ø, U 1934.656 H.

Blodtypebestemmelserne fungerer i hovedsagen som et beskyttelsesmiddel for de udlagte mænd (ægtemænd). Blodtypebestemmelsen udelukker en mand. I ægteskabssagerne virker udelukkelsen først og fremmest til bekræftelse af ægtefællernes forklaringer om ikke at have haft samleje i avlings-

tiden. Udelukkelsen medfører altså en vis modifikation af de vanskeligheder, som ægtefæller havde i forbindelse med etableringen af et faderskab på trods af ægteskabet, men i overensstemmelse med sandheden.

Det var dette træk som blev fremhævet i de første indlæg om blodtypebestemmelserne. Der kan i visse af ægteskabs-sagerne "gives den for vedkommende mand meget værdifulde oplysning at han ikke kan være faderen" (den første kursivering tilføjet). Dernæst påpeges ægtefællernes ret til selv at bestemme over barnets og deres egen skæbne. Endelig at det ikke vil være "ualmindeligt, at moderen og barnets fader efter moderens skilsmisse gifter sig igen" ⁸⁾.

Et andet forhold der spiller en betydelig rolle, er hvorvidt et faderskab kan fastslås. Udelukkelsen beror ikke alene på den arvebiologiske sikkerhed, men tillige på dens betydning for barnets faderskab. Denne betragtning er undertiden integreret i selve den sagkyndige bedømmelse af den arvebiologiske sikkerhed: I U 1933.1107 Ø udtalte retslægerådet om en ekstraordinær blodtypekombination; at "muligheden for et sådant faderskab må anses for ~~en~~ fjerntliggende, at der efter retslægerådets skøn kan ses bort fra den, i hvert fald i tilfælde, hvor der må regnes med den eventualitet, at en anden end sagsøgte kan være fader til vedkommende barn". Muligheden for et ikke-udelukket faderskab anførtes i f.eks. U 1933.1127 Ø (om MN). - Denne hensyntagen fremgår også af systematiseringen af retspraksis ovf.

Den strenge praksis med hensyn til afvigelse fra pater est bekræftedes i U 1928.489 H, hvor ægtefællerne forklarede at de i flere år havde afbrudt ægteskabeligt samliv, men hvor ægtemanden dog i modsætning til en udlagt trediemand blev anset som far. Denne dom forsvares af T.G.Jørgensen U 1928 B s. 209 f (udgivet 19/5.1928). Men i U 1938.706 H (20/6.1928)

8) E. Schaffer i UFR 1928 s. 169 f, 173.

tog HR i tilsvarende sag hensyn til at også blodtypebestemmelsen bestyrkede, at ikke ægtemanden kunne være barnets fader ⁹⁾.

Vægring mod blodtypebestemmelse.

Når moderen ikke ønsker at medvirke ved en blodtypebestemmelse, bortfalder spørgsmålet om en sådan, og sagen afgøres efter de hidtidige retningslinier. Dette var den tidligere praksis, jfr. U 1927.373 Ø, 1929.198 Ø. Efterhånden som blodtypebestemmelserne var blevet udbredt uden at være gjort legalt obligatoriske, måtte spørgsmålet opstå igen. I U 1931.247 H blev en udlagt mand, der havde givet forskellige forklaringer om samlejetidspunkter, dømt uden lejlighed til benægtelsesed om samleje. Et anbringende om, at "barnmoderen ved at afslå at underkaste sig og barnet blodprøve må finde sig i at blive stillet som om en sådan prøve havde afgivet bevis mod hans faderskab", fik ikke medhold. (Om adskillelse mellem samleje (ed) og faderskab (blodtypebestemmelse) se (b) ovenfor).

Denne bedømmelse bekræftedes i U 1931.584 H, hvor en gift mand ønskede en sag rejst, U 1932.984 Ø om en supplerende blodundersøgelse, og U 1935.631 Ø om ægtebarn.

Man argumenterede ganske vist for, at moderens vægring skulle kunne medføre afvisning eller anvendelse af vidnetvangsmidler ¹⁰⁾. Afvisning var praksis i Københavns Byret, når moderen nægtede blodtypebestemmelse ¹¹⁾. Den udfra et bevismæssigt synspunkt relevante problemstilling måtte være,

9) Se også J.L. Cohen om pater est reglen, U 1928. s. 281 - 96.

10) Borum U 1932 B. s. 127 f, herimod Sv. Lund-Andersen i U 1932 B s. 207 f.

11) Øtsche i U 1935 B s. 167-68, der i "Byrettens paternitetsafdeling" havde erfaret denne praksis "gavnlige Virkninger, idet den næsten altid får modvillige Mødre til at opgive deres Modstand", hvortil Cohen smst. s. 199-200 om U 1935.631 Ø.

om det bevismæssigt, dvs. for bedømmelsen af faderskabs-spørgsmålet, kan tillægges betydning, at moderen ikke medvirker ved fremskaffelsen af et relevant materiale. En bekræftende besvarelse af dette spørgsmål kunne være støttet på retsplejelovens § 283, jfr. § 301, eller blot § 292 stk. 1, sml. Cohen i U 1935 B s. 200 note 4, mens man i diskussionen kun beskæftigede sig med § 282 der giver det modsatte resultat.

At en udlagt mand nægter blodtypebestemmelse, kan naturligvis ikke udelukke domfældelse, U 1934.358 V.

De sondringer, som bevismæssigt lægges af en mulighed for at udelukke, således at en eller flere står tilbage som mulige fædre, udbygges materielretligt af sondringen mellem faderskab og bidragspligt, som indførtes ved børnelovene af 7/5. 1937 ¹²⁾. Men denne sondring kan imidlertid ikke forklares alene på grundlag af det bevismæssige. I lovgivningen fra det 19. århundredes slutning sammenkædes stadig det offentliges bidrag til det uægte barn med intensiveret interesse for faderskabet. Ved lov af 20/4.1888 indførtes det offentliges pligt til udbetaling af ikke-inddrivelige bidrag. Man ville ikke foreslå en fuldstændig ligestilling mellem ægte og uægte børn med hensyn til arve- og navneret, da dette ville "udslette adskillelsen mellem lovlige og ulovlige kønsforbindelser" ¹³⁾. Forslag herom fremkom dog kort efter ¹⁴⁾ men blev ikke gennemført.

1906/07 tages spørgsmålet op igen. Der indføres videregående bistand til børn udenfor ægteskab, men ikke pligt for moderen til at opgive faderen. I forslaget § 3 B foresloges arveret. Faderskabet skulle fastslås ved en særlig sag efter alimentationssagens afgørelse, og moderen skulle tillægges sigtelseseed om ikke at have haft samleje med andre i avlingstiden.

12) Kommenteret udgave ved Colov & Herfelt 1937.

13) Fkt. 1886/87 tillæg A sp. 2055 f.

14) Fkt. 1888/89 A 2209, B. 276.

I bemærkningerne (forslaget s.12): Dansk ret anerkender ikke exceptio plurium. "Under denne ordning må det erkendes, at grundlaget er for svagt til, at man derpå kan bygge en arveret ... men når der tilvejebringes den efter forholdets beskaffenhed mulige sikkerhed for, at moderen i undfangelsestiden kun har stået i forhold til den pågældende mand, en sikkerhed der kan bestå i at dommeren efter nøjagtig prøvelse af samtlige oplysninger tilstår den kvinde, der ikke kan anses for ved løgsagtighed at have gjort sin troværdighed ... mistænkelig, at aflægge ed på, at hun ikke i undfangelsestiden har haft samleje med nogen anden end den udlagte fader - skønnes det, at man uden betænkelighed kan skride til at statuere et stærkere familieband ...".

Samtidig stilles forslag om regler om bidrag til ægte børn efter skilsmisse mv.

Forslaget om arveret til det uægte barn opfattes som enestående. Men der stilledes ikke forslag om navneret efter faderen, hvilket diskuteredes kraftigt ¹⁵⁾.

Forslaget mødte modstand i landstinget, hvor navnlig bevismødsighederne fremdroges, og i loven af 27/5.1908 var kapitlet om arveret strøget.

Sondringen mellem faderskab og bidragspligt indførtes kort efter i Norge ¹⁶⁾. Og først efter de arvebiologiske beviser gennemføres tilsvarende ordning i Danmark.

Forslag om samlede love for børn i og udenfor ægteskab fremsættes 1934. Grundsynspunktet var ønsket om ligestilling ¹⁷⁾. Der skal rejses sag om faderskabet, §§ 4-5. "Retsordenen bør ikke støtte bestræbelser hos forældrene for at unddrage sig det ansvar som deres forhold naturligt pådrager dem", sp. 2597. Men den reelle begrundelse for den obligatoriske faderskabssag er foruden det offentlige finansielle interesse (der forklarer at hvis barnet er dødfødt, skal der kun rejses sag, hvis det offentlige har udgifter, § 5, § 10), den almindelige navne- og arveret.

Udvidelsen af retsvirkningerne af faderskabet beror på en forudsætning om "et virkeligt slægtskab". Bevis for samleje er ikke tilstrækkeligt. "Det er navnlig klart, at der ikke

15) Arveretten begrundes af justitsministeren (Alberti) med "blodets krav" 06/07 2138. Sabroe henviser til "den fri kønsforbindelsesret", 2251, men herimod justitsministeren: der er "stor forskel på kvindens og mandens kønsære" 2272-73, jfr. 2257-58.

16) Arnholm s. 207 f

17) Justitsministeren 1934/35 sp. 737 f.

kan være tale om, at flere ... kan anses som fædre. Men der kan knyttes retsvirkninger til selve samlejet, sp. 2603. Med hensyn til faderskabsbeviset omtales muligheden af videnskabelig udelukkelse. Manden bør ... ikke dømmes som fader, hvis det godtgøres, at han ikke kan være fader til barnet, f.eks. fordi blodtypeundersøgelsen udelukker ham ..." (2604).

Bidragspligten omtales imidlertid også som afhængig af faderskab, nemlig muligheden for faderskab. Mens der må fuldt bevis til de fulde retsvirkninger af et slægtskab, er der i og for sig intet ulogisk (hvilken logik?) i at knytte visse retlige konsekvenser til den blotte mulighed for et faderskab. For bidragspligten gør der sig det særlige hensyn gældende, at underholdsbyrden ellers ville komme til at påhvile moderen alene eller det offentlige. "Muligheden for et afstammingsforhold ... er den egentlige grund til pålæggelsen af bidragspligten" (2605). Der er udtalt tilbøjelighed for at bidragspligt kun pålægges en men det er vanskeligt at vise, hvordan denne enkelte skulle udpeges (2605-09).

Justitsministeren anså det "for ønskeligt i nogen grad at komme bort fra den udstrakte anvendelse af partsed", sp.2667. Konsekvensen heraf vil være at man kun fulgte den almindelige edsregel i retsplejelovens § 306. Det er hændt, omend sjældent, at moderen har nægtet blodtypebestemmelse, hvorfor den gøres obligatorisk, sp. 2671.

Betragtes den bevisretlige udvikling i forbindelse med den materiel-retlige udvikling i familiestrukturen, ser man, at ændringerne af reglerne om uægte børn sker med den målsætning at ligestille ægte og uægte børn. Samtidig med denne udvikling sker der en underbygning af stillingen for andre "faderløse" børn, nemlig regler om bidrag til børn af fraskilte og enker. Endvidere sker denne udvikling i forbindelse med ændring af de ægteskabelige regler, hvor kvinden i stigende grad stilles formelt på linie med manden.

Dette kan begrunde at ligestillingen af ægte og uægte børn snarere betragtes som en kønslig ligestilling, dvs. at der skal gælde samme regler for forholdet mellem et barn og dets fader som i forholdet til dets moder.

Denne ligestilling fremtræder som en indskrænkning af de faderlige (mandlige) privilegier. Den indebærer derfor, at betingelsen for et sådant ligestillet faderskabsforhold må skærpes i forhold til den hidtidige praksis. Samtidig har staten (moderen) naturligvis økonomiske interesser i at få fastslået en bidragspligt. Konsekvensen er nærliggende at skelne mellem bidragspligt og faderskab. Denne sondring er baseret på bevismæssige kriterier. Den er ikke, som man kunne tro efter danske forhold, betinget af, at blodtypebestemmelser anvendes. Opløseligheden af ægteskabet og den friere seksualitet har betydning for disse problemer: Disse to udviklinger glider sammen i "havn til havn"-tilfældene, hvor 2 ægteskabelige samliv glider ind over hinanden. Det er denne gruppe som der i første række tænkes på ved faderskabsanerkendelse efter 1937, sml. Borum, Familieretten II s. 315-16 jfr. s. 306 note 4 med citat af Vejledningen for behandling af faderskabs-sager, Københavns Byret.

Edsaflæggelsen erstattes af de biologiske bevismidler. Dette er naturligvis den helt centrale bevismæssige udvikling. Arvebiologien begynder med at kunne udelukke. Rammen for denne udelukkelse er, som hidtil, moderens angivelser af de mulige fædre. Hvis man ser bort fra den kvindelige sigtelsesed, er mandens benægtelsesed erstattet af den arvebiologiske udelukkelseserklæring.

Sammenholder man den udelukkelse, som beror på arvebiologien med den, som følger af eden, står man overfor et problem som er knyttet til en sammenblanding af forskellige bevistyper. Man kan forsøge sig med at sige, at sikkerhedsgraden er forskellig. Men det ses let, at sikkerhedsgraden i virkeligheden ikke kan sammenlignes. Arvebiologien giver sine præcise signifikansniveauer. Om eden kan der ikke siges noget tilsvarende præcist, især ikke efter at det religiøse element er blevet mindre virksomt. Det karakteristiske er, at beviserne befinder sig indenfor forskellige kriterier for konneksitet. Dette vil udtrykke sig konkret, når dommeren frifinder de to mænd: Til grundlag for den ene udelukkelse ligger et omfattende biologisk bevismateriale (som dommeren ganske vist ikke selv kender). Som grundlag for den anden en traditionel bevistype, som slet ikke

kan vurderes præcist udfra de kriterier som er anvendt ved den første. Man må derfor forvente, at indførelsen af arvebiologiske bevismidler medfører, at man søger at begrænse anvendelsen af ed.

Faderskabsmulighed som selvstændigt tema (grundlaget for bidragspligten) fremstår som en specificering af den tvetydighed, der lige siden 18. århundrede var forbundet med den pønale betalingspligt for uægteskabeligt samleje og den forsørgelsesmæssige betaling for et barn

Udviklingen kan skematisk deles i tre stadier:

- (a) Faderskab er i realiteten identisk med bidragspligt (1763-1937).
- (b) Der sondres mellem faderskab, der indebærer barnets ret til navn og arv efter faderen, og den blotte bidragspligt (1937-1960).
- (c) Kun faderskab med navn- og arveret anerkendes (1960 -).

I takt med denne udvikling sker der en udvikling af muligheden for en eller flere personer (mænd) som indgående i en relation til det pågældende barn (eller moderen).

- (a) Flere mænd kan være bidragspligtige = fædre.
- (b) En mand er enten fader eller der er en eller flere som er bidragspligtige.
- (c) Der er kun en som er fader.

Endelig kan bevisudviklingen tilkøbes:

- (a) Relativt beskedne krav til beviset for, at en mand bliver dømt som far/bidragspligtig.
- (b) Der differentieres efter om der foreligger stærke beviser, hvilket fører til faderskab, eller svage beviser, hvilket kun fører til bidragspligt.
- (c) Stærke beviser er nødvendigt - men i kraft af udviklingen af blodserologien også tilstrækkeligt (ofte forekommende) til faderskab.

Udviklingen indenfor ægtebørnreguleringen rummer komplemen-

tære træk: Oprindelig hørte ægtebarnet under faderens (forældre)myndighed. Det var praktisk ikke muligt at afbevise ægtemandens faderskab (pater est ...). I 1925 ligestilledes mand og hustru i ægteskabet i deres forhold på dette punkt. Omend ikke samtidig så dog ikke fjernt herfra skete udviklingen af afbevisningsmuligheden. Med den fortsatte udvikling af udelukkelse og positiv bestemmelse af faderskab, jfr. 1960-lovens § 2, stk. 1 vil sandsynlighedskravet med hensyn til ægtemandens faderskab formentlig kunne nærme sig det uægteskabelige, § 6, stk. 2.

Et interessant eksempel på en explicit, almen "erfaringssætning", udtrykt judicielt finder man i "Behandling af faderskabssager ved Københavns Byret", 1939, s. 19, hvor det om valget mellem faderskab og bidragspligt hedder: "For at fastslaa Faderskab kræves normalt et nogenlunde fast Forhold mellem Parterne, sædvanligvis mindst strækende sig over nogle Maaneder, og med hyppige Samlejer. Piger, der stifter Bekendtskaber paa Bakken eller paa obscure Danserestaurantioner og har Samleje samme Aften, faar sædvanligvis ikke Dom for Faderskab. Er det oplyst, at Sagsøgerinden har haft Samleje med to i Avlingstiden, og den ene udelukkes ved Blodprøve, gives normalt ikke Dom for Faderskab for den anden. Dom for Faderskab gives heller ikke, hvor det oplyses, at Sagsøgerinden har haft løse kønslige Forhold, selvom Samleje med flere i Avlingstiden ikke er oplyst".

Disse krav tenderer mod at begrænse faderskabet - modsat bidragspligten - til længere, faste forhold 18). Dette fulgte ikke af Uægtebørnelovens § 14.

(3) Det arvebiologiske bevis er blevet optaget i den judicielle praksis på en sådan måde, at det - ved siden af moderens udlægning - er det dominerende bevisdatum. Det udtrykkes i en sagkyndig retsmedicinsk erklæring, der fungerer som autoritativt bevis i forhold til dommeren. Dette forklarer, at det undertiden opleves som en "tvang" for dommeren, f.eks. fordi det i en sag om falsk forklaring vises, at den af moderen som den eneste udlagte mand ikke kan være barnets far. Er beviset da tilstrækkeligt til domfældelse eller i hvert fald til at antage de objektive betingelser for falsk?

18) Problemet drøftedes allerede i Juridisk Forening (Borum) 1931-32, s. 46 f.

Jeg skal ikke gå ind på den diskussion, der førtes med dette udgangspunkt ¹⁹⁾, udover at bemærke, at besvarelsen ikke i første række beror på bevisets styrke eller værdi, men på dets karakter - nemlig på dets autoritative, empiriske karakter. Et enkelt indlæg af mere principielt indhold vil jeg dog tage op, da det går ind på nogle synspunkter omkring selektion, som kan sættes i forbindelse med den betydning, som jeg har tillagt selektive faktorer ved vurderingen af den juridiske sandsynlighedsteori.

Alf Ross har skrevet et par artikler om bevisværdien af arvebiologiske erklæringer vedrørende blodtyper ²⁰⁾. Disse afhandlinger indholder en systematisk analyse af et enkelt bevis på grundlag af sandsynlighedsteoretiske overvejelser i dansk litteratur, og har gennem den amerikanske udgave derfor fået en vis international betydning.²¹⁾ Som udgangspunkt for analysen har jeg valgt den amerikanske udgave.

Ross skelner mellem biologisk sikkerhed og juridisk sikkerhed. Med biologisk sikkerhed refereres øjensynligt uden videre til de procentangivelser, som anvendes i forbindelse med de biologiske erklæringer, og det forudsættes uden nærmere omtale, at blodtypebeviset kun angår det negative at udelukke en udlagt mand (s. 467), hvilket allerede dengang var forkert ²¹⁾. Men denne indsnævring til det negative udelukkesbevis forenkler problemstillingen, for eksklusionen er altid - mindst? - lige så sikker som den biologiske lov. Eksklusionen ville derfor, efter Ross, være helt sikker, hvis den biologiske lov var sikker, jfr. forudsætningen herom s. 468-469. At den biologiske sikkerhed for en lov f.eks. er 99,9%, er ensbetydende med, at ud af f.eks. 10.000 fødsler i den pågældende befolkning vil der statistisk forekomme kun 1 tilfælde som er en undtagelse fra den generelle arve-

19) Se J. Søndergaard VIII E.5 f.

20) UfR 1955.75-88, Juristen 1955.33-40, H.L.R. 1958 s. 466 f.

21) Små McCormick 1972 s. 517, Bartholomew s. 314 f

22) Se herved UfR 1954 B, s. 173 f, 175 om statistisk vurdering.

lov, dvs. kun en sag i hvilken en udlagt fader hvis blodtype er uforenelig med moderens og barnets ikke desto mindre er fader til barnet. - Det er denne sikkerhed, som Ross betegner den biologiske sikkerhed ved systemet (s. 471). Det mærkes, at begrebet altså opfattes som en karakteristisk af blodtypesystemets sikkerhed, ikke udtrykkeligt som tillige den sikkerhed, som er forbundet med visse biologiske erklæringer om enkelttilfælde. Men Ross forudsætter øjensynlig, at ihvertfald under visse betingelser - nemlig hvis retssagerne udvalgte tilfældigt - ville den konkrete erklærings sikkerhed være identisk med blodtypesystemets biologiske sikkerhed.

Den retlige sikkerhed betyder den sandsynlighed, hvormed en retsafgørelse, som er baseret på det biologiske bevis, vil være korrekt i den forstand at den udelukkede far faktisk ikke er far til barnet (s. 471). Eller som det senere hedder, den statistiske sandsynlighed, at sagen er blevet afgjort i overensstemmelse med de sande kendsgerninger (s. 472).

Ross vender sig nu mod en almindelig antagelse om forholdet mellem den biologiske og retlige sikkerhed. Det er den almindelige opfattelse, at den bevismæssige pålidelighed eller den retlige sikkerhed af blodprøverne er identisk med den biologiske sikkerhed (s. 469). Med andre ord antages det, at den sikkerhed hvormed en konkret mand kan udelukkes som fader er (i det mindste) lige så stor, som den sikkerhed hvormed det pågældende blodtypesystem hævdes. For de blodtypesystemer som har en relativt høj sikkerhed (f.eks. 99,99% eller mere) indebærer dette, at usikkerheden ikke har nogen praktisk betydning (s. 469 ved note 7).

Ross hovedsynspunkt er at vise, at denne almindelige antagelse er usand, fordi den retlige sikkerhed er afhængig ikke blot af den biologiske sikkerhed, men også af andre faktorer (s. 469).

Ross skelner mellem prospektiv og retrospektiv sandsynlighed. Denne sondring er baseret på en misforståelse af de arvebiologiske forhold og er iøvrigt irrelevant for Ross analyse.

De prospektive sandsynlighedslove forudsætter, at forældrenes egenskaber er kendte og angiver på dette grundlag regler for, hvilke egenskaber afkommet vil have (s. 469). De retrospektive sandsynlighedslove defineres ikke udtrykkeligt af Ross, men må opfattes som de love, der angiver den sandsynlighed, hvorved man med kendskab til moderens og barnets blodtypeegenskaber kan hævde, at en udlagt mand er/ikke er fader til barnet.

Det er de retrospektive sandsynlighedslove, som ifølge Ross er relevante i retssager. Situationen er jo netop den, at man ikke ved hvem faderen er, og derfor heller ikke beskæftiger sig med sandsynligheden for barnets egenskaber, men skal tage stilling til bestemte mænds mulige faderskab. De retrospektive sandsynlighedskrav adskiller sig fra de prospektive ved, at der ikke blot indgår en hensynstagen til faste arvelove, som har den samme gyldighed verden over, men deres gyldighed forudsætter en given befolkningsmasse med en given statistisk fordeling af de relevante arvelige egenskaber (s. 470). Jeg tænker herved ikke så meget på, at selve etableringen af arvegangslovene må være baseret på iagttagelse af visse blodtypefordelinger i "familier", defineret med de involveredes egne udsagn, eller socialt. Alle udsagn er for så vidt populatoriske. Ross fejltagelse springer i øjnene når man ser på eksemplifikationen. Hvor det drejer sig om at bestemme barnets blodtype - med kendte forældre - er det ikke opgaven at definere sandsynligheden for, at et givet barn er barn af visse - ikke givne - forældre (denne problemstilling kræver lidt fantasi: nogle børn er kommet væk fra deres forældre (mødre) på Rigshospitalet - hvilke børn hører til hvilke forældre?). Men opgaven er at bestemme sandsynligheden for, at barnet har visse egenskaber. Det er misvisende, når det hævdes, at det dommeren benytter er den retrospektive erklæring, og at de retrospektive love er afhængige af blodtypefordelingen i befolkningen i det pågældende land (s. 470). En udelukkelse af en fader

(M), hvor moderen og barnet har visse blodtyper (f.eks. M, N), er lige sikker for et hvilket som helst land.

Baggrunden for denne misforståelse (s. 469-470) er formentlig netop, at de blodtypestatistiske vurderinger er holdt ude. For de blodtypestatistiske vurderinger er det afgørende at kende blodtypefordelingen i det pågældende samfund - eller rettere i den gruppe inden for hvilke kvindens kon-taktmuligheder befinder sig (sml. s. 471). Det er en misforståelse at opfatte de sikkerheder, hvormed blodtypesyste-merne hævdes, som identiske med blodtypestatistiske forde-linger. Jeg nævnte, at denne sondring ikke benyttes i det følgende. Der lægges ud med en analyse af den primære selek-tion (s. 471 f.), hvor udgangspunktet uden videre tages i de sikkerheder, som tidligere er hævdet for blodtypesyste-merne i almindelighed. Fejltagelsen får derfor ikke konse-kvenser for den følgende argumentation hos Ross.

Udfra den almindelige sandsynlighedsteori - især som den er fremstillet i svensk teori - er det elementært at skelne mel-lem et enkelt bevisdatums bevisværdi, og den sandsynlighed, hvormed det relevante faktum kan hævdes. De enkelte bevis-data bidrager til denne sandsynlighed - positivt eller nega-tivt. Men de to størrelser kan ikke identificeres.

Hos Ross træder denne forskel ikke klart frem. Han spørger, hvilken vægt skal tilskrives dette bevis (blodtypen), spe-cielt når det er i strid med det andet bevis, især med moderens forklaring? (s. 467). Der spørges hvilken vægt der skal tilskrives beviset. Dette kan identificeres med et spørgsmål om blodtypeerklæringens relevans eller bevis-værdi. Dette spørgsmål har betydning i relation til etable-ringen af udsagnet om den større eller mindre sandsynlighed for den pågældende mands faderskab. Dette spørgsmål sættes i forbindelse med den mulighed, at beviset (blodtypeerklæ-ringen) - nemlig i det tilfælde at den udelukker mandens faderskab - strider med moderens forklaring (der går ud på, at hun ikke har haft samleje med andre i avlingstiden). Den omstændighed, at der foreligger modstridende bevis skal alt-så i sig selv indebære en forandring af den vægt (værdi, relevans) der tilskrives blodtypeerklæringen.

Et andet centralt sted er angivelsen af Ross' hovedsynspunkt, som er citeret ovenfor: Han vil vise, at den retlige sikkerhed er afhængig ikke blot af den biologiske sikkerhed, men også af andre faktorer (s. 469). Taget bogstaveligt indeholder denne hypotese vel kun en selvfølgelighed: Naturligvis må andre faktorer end blodtypeerklæringer have betydning i faderskabssager. Den præcise problemstilling kommer først frem, når den retlige sikkerhed og den biologiske sikkerhed sættes på samme fod, nemlig som forskellige størrelser i den sandsynlighedsmæssige bedømmelse.

Ross skelner mellem den primære og den sekundære selektion. Ved den første selektion sigtes til en selektion i kraft af moderens udlægning af en bestemt mand som fader til barnet. Ved den sekundære selektion sigtes til den selektion, der sker i kraft af, at der skal tages initiativ til blodtypeundersøgelse.

Problemet var som anført, om der ved udvælgelsen af de sager, som bedømmes judicielt, virker nogle udvælgelsesfaktorer, som får betydning for den sikkerhed, hvormed den retlige afgørelse afsiges, sammenlignet med den sikkerhed, hvormed det biologiske system kan hævdes. Den udvælgelsesfaktor, der følger af moderens udlægning af en bestemt mand er relevant, fordi der deri indgår faktorer af betydning for faderskabet. Det drejer sig om moderens forklaring (s. 474). Troværdigheden af moderens forklaring om, hvem der er fader til barnet, indebærer en overrepræsentation af afvigelser (mutationer etc.). Størrelsen af denne overrepræsentation i retssagerne er afhængig af dels antallet af sager, dels mødrenes gennemsnitlige pålidelighed (s. 475).

Ross indleder med at forestille sig, at der rejses faderskabssag ved alle fødsler (s. 472-473). I så fald ville der ikke ske nogen udvælgelse. Den retlige sikkerhed ville derfor være den samme som den biologiske sikkerhed (s. 473). Ross ser bort fra spørgsmålet om moderens forklaringer, der naturligvis må kunne gå på tværs af blodtyperne også i denne situation. Man kan sige, at mødrenes forklaringer (udlægninger) ikke tillægges nogen vægt. Dette må betegnes som påfaldende i betragtning af den vægt, som senere tilskri-

ves disse forklaringer. Noget må være galt.

Næste led i tankegangen er, at man indskrænker sig til at betragte de tilfælde hvor der foreligger udelukkelseserklæringer (s. 473). Alle sager - og kun disse sager - hvor der foreligger konflikt mellem moderens udlægning og blodtypeerklæringer, kommer for retten. - Sker der i denne situation en forskydning? Besvarelsen af dette spørgsmål afhænger ifølge Ross af, om de faktorer der bestemmer selektionen er bestemmende for faderskabet. Det er på dette sted, at moderens forklaring inddrages.

Fordelingen af afvigelserne fra blodtypesystemet mellem de judicielle og ikke-judicielle faderskabssager afhænger af, i hvilket omfang disse kvinder for retten fortæller sandheden (s. 474). Senere henvises til betydningen af antallet af retssager (s. 475).

Som grundlag for en forståelse af denne påstand må man skelne mellem

1) Udvælgelse af sager, dvs. judicialering af faderskabsproblemet. Et faderskabsproblem kan siges at eksistere for ethvert barn. Kun en del af disse faderskabsproblemer kommer for domstolene.

2) Kvindens udlægning af en mand som fader. I og med at en faderskabssag er rejst, er en mand blevet udpeget som mulig far til barnet. Denne udlægning beror (forudsætter vi) på moderens forklaring.

På baggrund af denne sontring kan vi se, at der består en inkonsekvens i Ross ophævelse af selektionen: Når Ross forestiller sig at "alle sager kom for domstolene", realiseres det ved at selektionen under 1) ophæves. Men den selektion der følger af 2) er ikke til at undgå.

Den retlige sikkerhed ville være den samme som den biologiske, såfremt afvigelserne fordelte sig "tilfældigt" mellem de sager, der pådømmes, og de sager, der ikke pådømmes. Men dette er kun tilfældet, såfremt moderens forklaring ikke har nogen relation til faktum (s. 475).

Selvom jeg har sympati for påpegning af selektive faktorer som kritik af sandsynlighedssynspunktet, mener jeg, at det er uberettiget i denne forbindelse. Dette beror på, at Ross' begreb om "uafhængighed" er utilfredsstillende. Hvorfor skulle der være flere mutationer i de af moderen judicialiserede sager end i almindelighed? Dette følger ikke af, at moderens forklaring er "troværdig". Den vidnepsykologiske troværdighed berøres ikke af en forsvindende mulighed for mutation. Afgørende er at "favoriseringen" af (forøgelsen af sandsynligheden) for mutationer mv. ikke kan bero på moderens troværdighed mht. faderskabet, men må bero på sammenhæng mellem moderens udlægning på trods af arvelovene og mutation mv. Det er kun i kraft af en sådan selektivitet, at mutationerne koncentrerer sig i de judicialiserede sager. Men hvorfor er sandsynligheden for mutation større i et tilfælde, hvor moderen udlægger en mand, end i almindelighed?

Forklaringen på den forskydning i tanken hos Ross er formentlig udgangspunktet: Kan en kvinde straffes for falsk på grundlag af en udelukkelseserklæring? Dette udgangspunkt fører Ross til at hævde, at man som forhåndsantagelse mht. fordelingen af afvigende tilfælde må gå ud fra den for moderen gunstigste fordeling. Dette begrundes i, at der ikke er noget grundlag for på forhånd at tilsidesætte hendes forklaring (s.480). Jeg har tidligere omtalt problemer ved ansættelsen af en forhåndssandsynlighed (kap. VII.3.2. og 4.1.). I bedre harmoni med en juridisk sandsynlighedsteori end Ross' forslag vil det være at sammenregne det biologiske og vidnebeviset.

Til trods for at det netop var Ross' intention at udskille de psykologiske vurderinger omkring dette særlige bevismiddel fra den empiriske bestemmelse af dets bevisværdi, ser vi, hvorledes de normative synspunkter sætter sig igennem på anden måde.

Med disse bemærkninger om Ross' analyse er kun antydning af de specifikke problemer ved de arvebiologiske bevismidler. En fuldt dækkende analyse af disse kan ikke foretages her.

Kapitel XII

Afslutning

(som kan læses først)

En judiciel afgørelse, en dom bygger på en opfattelse af sagens faktum. Afgørelsen bygger på en erkendelse af en konkret virkelighed.

Denne erkendelse eller opfattelse er udviklet i løbet af processen, for en sags faktum er aldrig i dets helhed notorisk. Det er reglerne for tilvejebringelsen af denne erkendelse af et konkret faktum, som er behandlet i denne afhandling. Den judicielle opfattelse er konkret, fordi dommen afsluttes med en konkret, direktivisk konklusion om retsforholdet mellem sagens parter. Det er dette direktiv med dets praktiske konsekvenser, der kræver en indsigt i partens og andre relevante forhold.

Den judicielle erkendelse formidles i den judicielle proces af domstolens og parternes handlinger. Hvad dommeren og parterne gør, beror på de almene kriterier for, hvad der anses relevant. Sådanne kriterier, som jeg har defineret nærmere som konneksitetskriterier, kan historisk sammenfattes i nogle typer:

I de middelalderlige bevisreguleringer finder man først og fremmest religionen som et aktivt erkendelsesmiddel, der udtrykkes i åbenbaringen. Religionen var ikke blot et juridisk hjælpemiddel, men var først og fremmest den verdens- og samfundsopfattelse, som beherskede og legitimerede det feudale samfund. For et senere synspunkt - for den der ikke tror på åbenbaringen - kan den middelalderlige proces' afgørelsesmåde forekomme formel, fordi der ikke er nogen reel forbindelse mellem beviset, d.v.s. den processuelle hændelse, og det faktum, der antages på grundlag heraf. Men denne opfattelse viser kun, at man strækker sine egne vilkår for, hvad der er "reelt" ind i et samfund, hvor andre forestillinger i almindelighed var dominerende, og den indeholder derfor ikke nogen speciel karakteristisk af

en bevisregulering.

Fra den nyere bevisret har jeg omtalt den legale bevisret, den fri bevisbedømmelse, og den juridiske sandsynlighedsteori. Disse tre grupperinger har man opstillet som faser i bevisretten. Således opstiller Garraud efter den religiøse fase 1) den legale fase, hvor loven på forhånd har bestemt det nødvendige bevis, 2) den sentimentale fase, hvor bedømmelsen af beviset helt overlades til dommerens eller jury'ens overbevisning, og 3) den videnskabelige fase, som karakteriseres ved at "expertisen" er det centrale bevis ¹⁾.

For forholdet mellem den legale bevisteori og den fri bevisbedømmelse er det karakteristisk, at den judicielle frihed ikke i første række skulle muliggøre, at nye typer af bevisdata blev introduceret i processen, men at de legalt anerkendte kunne bedømmes uafhængigt af almene bestemmelser af fuld eller delvis tilstrækkelighed.

De legale eller almene bestemmelser ophævedes gradvis gennem judicial praksis, inden princippet om fri bevisbedømmelse blev stadfæstet legalt.

Fælles for den legale bevisteori såvel som for (i hvert fald den ældre) fri bevisret er, at den judicielle opfattelse i høj grad bygger på andre menneskers skriftlige eller mundtlige udsagn, d.v.s. hvad jeg har betegnet som manifeste, verbale bevisdata. Friheden betød for dommeren, at dommeren ikke var bundet til disse beviser i samme grad, men i videre omfang kunne "reflektere" ud over det i kraft af, hvad

1) F. Garraud i Esmein s. 617 f, jfr. E. Ferri: Criminal Sociology, 1917, der til ekspertens vidnesbyrd føjer "the methodic collection and weighing of experimental conclusions from the material circumstances of the crime" (s. 465).

man i den legale periode betegnede det artificielle bevis.

For parten i den kriminelle proces var den judicielle frihed forbundet med ophævelsen af tvangsmidler: Den fremtvungne tilståelse var det fulde bevis i den ældre legale periode, men hverken nødvendig eller tilstrækkelig under en fri bedømmelse. De friere judicielle slutningsmuligheder betød, at en judiciel overbevisning ikke blot etableredes ved et fuldt, manifest bevis, men tillige kunne bero på antagelser bygget på, at bevis ikke blev ført. Denne slutningsmulighed er knyttet til partsautonomien, som i kraft af det akkusatoriske princip indførtes også i kriminalprocessen, samtidig med at den inkvisitoriske tvang ophævedes.

Denne sammenhæng mellem bevisret og partsautonomi har jeg sammenfattet i en teori om normativ adfærdsvurdering. Denne teori tilsigter at sammenfatte en systematisk bevisteori for en proces mellem to autonome parter for en uafhængig og neutral dommer. Teorien indeholder en 'adfærdsvurdering', fordi den kæder dommerens opfattelse af parternes adfærd sammen med den antagelse vedrørende faktum, som dommeren gør sig. Denne adfærd omfatter såvel aktivitet som passivitet, såvel partens egen person som partens manifestation af (andre) bevisdata, og såvel førprocessuel adfærd som processuel adfærd.

Betydningen af den førprocessuelle adfærd skal fremhæves, fordi bevisretten derved viser sig som en "ekstra-processuel" adfældsregulering, der sammenstilles med den materielle (primære)ret. Det almindeligt anerkendte synspunkt, at bevisretten må forstås i forbindelse med den materielle ret, gennemføres som en indholdsmæssig lighed. Adfærdsvurderingen er normativ i den forstand, at den udtrykker normative krav til parternes handlemåde, ikke blot en neutral dikotomisering efter forskellige bevissituationer. Disse krav skal efter deres intention påvirke parternes adfærd, og de skal legitimere den judicielle kritik, når parterne ikke har efterlevet kravene.

Processuelt sammenholdes bevisretten med de taktiske syns-

punkter for parternes og navnlig disses advokaters optræden. Denne taktik forekommer central for forståelsen af den bevisretlige regulering og vilkårene for den judicielle bevisvurdering, men den er ikke integreret i nordisk bevisteori. Anderledes i England og U.S.A., hvor "the adversary system" beskrives som et grundlæggende træk i procesretten ²⁾. Selvom den passive jury i forbindelse med de særlige bevisregler (om admissibility) kan fremme den advokatoriske ensidighed, findes principielt samme træk i dansk proces.

For dommerens vedkommende udnyttes parters ensidighed til fremskaffelse af bevisdata. Man kan tale om en antagonistisk erkendelsesmetode.

I den tidligere nævnte fase-inddeling afsluttedes med en videnskabelig fase. Hermed er denne afhandlings problemstilling skematisk antydnet: Er en normativ teori som netop skitseret eller en empirisk, sandsynlighedsteoretisk orienteret bevisteori den adækvate model for gældende bevisret?

Forståelsen af den videnskabelige fase eller sandsynlighedsteoretiske orientering må først uddybes. For det første må man i overensstemmelse med den norsk-svenske bevisteori begynde med at se på den sandsynlighedsteoretiske opfattelse som en teori for processen i dens helhed, ikke blot som en judicial anvendelse af en videnskabelig ekspertise som bevisdata.

Teorier herom er udviklet i navnlig U.S.A. og i Sverige. For nordisk bevisret må den sandsynlighedsteoretiske op-

2) Se eksempelvis Lon L. Fuller: The Adversary System i Berman, H.J. (ed.): Talks on american law, 1971, s. 34 f, hvor advokatens ensidighed konfronteres med den inkvisitoriske proces og analogiseres med samfundsmæssige interessekonflikter.

fattelse betegnes som den herskende, omend den ikke har slået igennem indenfor alle materielle discipliner. Under diskussionen af denne teori har min kritik en dobbelt tendens: På den ene side kan påvises elementer i den matematiske formulering, som må føres tilbage til den traditionelle bevisteoris problemstilling, og som ikke - efter min opfattelse - er i overensstemmelse med det empiriske udgangspunkt. På den anden side kan disse træk netop betragtes som en tilnærmelse i forhold til den normative teori. To eksempler skal nævnes her:

Bevisbyrderegler opfattes som regler om sandsynlighedskrav, idet de lader den judicielle dikotomisering afhænge af, om den i en sag foreliggende sandsynlighed (for faktum eller for at bevisdata er forårsaget af faktum) er større eller mindre end den påkrævede sandsynlighed. Hermed gøres bevisbyrdereglerne efter deres indhold uafhængige af bevisførelsen (bevisdata-manifestationen). Men de kan være begrundet i et hensyn til muligheden for og anledningen til at sikre og fremføre bestemte bevisdata. Dette hensyn er i den normative teori et element i reglens indhold som skade-forebyggelse er et element i en culpa- eller uforvarslighedsregel.

Det andet eksempel tages fra den ene af de to retninger, som den svenske sandsynlighedsteori er opspaltet i, idet det stammer fra teorien om den såkaldte indiciemekanisme. Også denne teoris interesse for de manifesterede, verbale bevisdata og disses kausale tilbageføring til det relevante faktum betragter jeg som et udslag af en juridisk traditions binding af den empiriske teori.

Men dermed tages ikke stilling til hovedproblemet. Og dette vedrører en modstilling af to fundamentalt forskellige konneksitetskriterier. Forskellen mellem de to teorier griber ind i den materielretlige vurdering: Med en empirisk opfattelse må der være en tendens mod at omtolke regler og retlige begreber til begreber, der umiddelbart

lader sig indføje i en sandsynlighedsmodel ³⁾. Også en sags bevisdata opfattes forskelligt dels direkte i kraft af bevisteorien, dels indirekte i kraft af ændringer i den materielle ret ⁴⁾.

Ved vurderingen af de to teorier kan man tage udgangspunkt i den judicielle situation, som naturligvis ikke er en enkelt persons (dommerens) situation, men er en situation etableret af nogle samfundsmæssige behov (som ikke skal defineres her). I denne situation skal tages stilling til et faktum. Har A og B indgået en aftale? Var C på gerningsstedet? Kørte D mere end 100 km/t? Disse hændelser ligger som regel i tid og sted fjernt fra bedømmelsestidspunkt og retssal.

Inden jeg går ind på en mere teknisk diskussion, vil jeg påpege to træk ved den judicielle beslutning, som forekommer selvfølgelige, fordi de er tilvante, grænsende til det naturbestemte - men alligevel påfaldende:

Dommeren ved - som jeg indledte med at nævne - ikke noget konkret om faktum. Når sagsbehandlingen er slut, ved dommeren noget, for så vidt som han lægger en antagelse om aftalen, den tiltaltes identitet med gerningsmanden, hastigheden, til grund. Det påfaldende er at dommeren når frem til denne antagelse 1) uden selv at foretage sig noget aktivt, og 2) uden at der er pålagt nogen af parterne nogen med straf eller tvang forbunden pligt til at bidrage til "sagens oplysning". Såvel den civile sags to parter som den tiltalte afgør "frivilligt", i hvilket omfang de vil medvirke ved egen forklaring eller ved inddragelse af andet bevis til det

3) Hertil f.eks. diskussion af "empiriske" begreber i utilregnelighedslæren, K. Waaben: Utilregnelighed og Særbehandling, 1968, s. 56, jfr. s. 40 f.

4) I denne formulering ses sagen fra bevisrettens synspunkt, se herom nedenfor.

materiale, som dommen hviler på. At tyde den i bevisreglerne indeholdte erkendelsesstruktur under hensyn til dens frivillighed eller autonomi forekommer at være bevis-teoriens hovedproblem.

Teorien om en normativ vurdering af parternes adfærd er et forsøg på at løse dette problem. Den indeholder det normative udtryk for parternes ansporing til at være aktive under processen. Og ansporingen er normativ, fordi kravene udformes under hensyn til partens tilregnelige mulighed for at bidrage med beviser i forbindelse med overvejelse af, hvilket sikkerhedsniveau der er rimeligt.

Parterne er interesseret i en proces' udfald og er derfor af egoistiske grunde interesseret i at bidrage med for hver af parterne gunstige bevisdata. Den opportunistiske interesse reguleres systematisk i reglerne for den normative adfærdsvurdering, fordi der også fra parternes synspunkt må være afvejede grænser for, hvilke bevissikringer der skal foretages, og hvilken aktivitet der skal udfoldes under processen.

Regler om bevisbyrde, bevisbedømmelse og processuel oplysningspligt fortolkes som differentierede udtryk på forskellige planer af samme grundlæggende princip. Disse regler sætter normerne for, hvad parterne skal gøre, og hvilke slutninger der kan drages af deres passivitet. Den relevante passivitet defineres af disse normer. Om f.eks. det forhold, at en tiltalt undlader at besvare spørgsmål, kan betragtes som et bevis mod ham eller ikke, beror på den præcisere opfattelse af anklagemyndighedens bevisbyrde og dennes forhold til tiltaltes oplysningspligt.

De beviser, som anvendes, er stadig ofte af samme type som under den legale teori: manifeste, verbale. Det er med andre ord andre personer, som skriftligt eller mundtligt kommunikerer deres opfattelse af (en del af) sagforholdet til domstolen. "Naar Ordet (Vidne) tages i sin vidtløftige Betydning, saa hviler al historisk Vished paa Vidnesbyrd" ⁵⁾.

5) Ørsted: Vidnebeviset 1822 s. 171.

Med den her beskrevne stillingtagen til denne afhandlings centrale problem har jeg ikke afvist, at den juridiske sandsynlighedsteori er relevant i specielle sammenhæng. Den ytrer sig i den videnskabelighed, som består i sagkyndige erklæringer. For den judicielle proces kræver disse ikke nødvendigvis nogen omstrukturering: De skaffes af parterne, besvarer de af parterne stillede spørgsmål, o.s.v. Men som element i en judiciel bevisvurdering fungerer de autoritativt, fordi de reelt ikke kan kontrolleres indholdsmæssigt af dommeren. Dette kan give judicielle anfægtelser - bevisbedømmelsen er vel fri? - og kritiske analyser påviser nogle få procents usikkerhed i et blodserologisk bevis for (objektivt) falsk forklaring, hvis sikkerhed ellers overstiger, hvad man i almindelighed kan forlange.

Vurderes den juridiske sandsynlighedsteori som en rekommendation, må dens forudsætninger tages i betragtning. Den forudsætter nemlig en total omstrukturering af den judicielle proces, fordi den - kort sagt - kræver en styret partsafhængig undersøgelse vedrørende faktum, ikke en fri, ensidig selektion.

Denne forudsætning er ikke fremdraget af den svenske teori, som øjensynlig ikke ser nogen konflikt mellem den partsautonome ensidighed og den videnskabelige empiri. (Bemærk, at der ikke i min påpegning af denne modsætning indeholdes nogen moraliserende kritik af autonomi, advokattaktik m.v.). Men der kan påvises tendenser til, at den tilvejebringes, og at dette influerer på den bevisretlige regulering. I behandlingen af faderskabssager er sket en tydelig udvikling fra en partsdomineret proces til en undersøgelse, hvor parterne - der frit inddrages af dommeren - er pligtige at underkaste sig undersøgelse, og hvor resultatet i vidt omfang følger af den retsmedicinske analyse.

I nærmere tilknytning til den normative vurdering er udviklingen i erstatningsretten: I det omfang de individualistiske erstatningsbetingelser erstattes af objektive betingelser, som sættes i forbindelse med produktivkræfter-

nes udvikling ⁶⁾, knyttet til teknologisk forhold, må også den processuelle regulering, hvorved erstatningsbetingelserne afklares, forventes at ændre sig.

Tendenser i denne retning viser sig i visse træk i kriminalprocessen, hvor den individuelle -"terapeutiske" sanktion, der ikke kan bygges på normative slutninger, kræver personlige, pligtsmæssige undersøgelser.

En anden måde problemet kan tages op på, er den sagkyndiges integration i domstolen ⁷⁾. I denne forbindelse må det praktiske, legislative alternativ, at en kompetence henlægges til et særligt forvaltningsorgan, betragtes.

Som en særlig form for ekspertise må den statistiske vurdering betragtes, hvilket prægede den amerikanske diskussion om "trial by mathematics" ("formelbevis").

I alle disse tendenser mod en empirisk, juridisk faktumbedømmelse reduceres på forskellig måde den læge eller juridiske dommers selvstændige vurdering vedrørende faktum.

Hvad er da det centrale i den bevisretlige regulering der udtrykkes i princippet om fri bevisbedømmelse? Betydningen af partspassivitet er tidligere omtalt. Men hvad er det for en "aktivitet", der ønskes? Ved besvarelsen af dette spørgsmål må integreres såvel parternes autonome, strategiske synspunkter som dommerens almene eller neutrale erkendelse. Jeg mener her, at begrebet om den judicielle overbevisning, d.v.s. i en overbevisning, der "må kunne indlyse enhver, der med tilstrækkelig kundskab om loven,

6) "Det var først og fremst Dampmaskinen, som kom til at virke revolutionerende paa Erstatningsretten", F. Stang: Erstatningsansvar, 1919, s. 44. Sml. W. Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, I, 1910, s. 81 f.

7) Se f.eks. om patentsager Gomard i Retsplejeloven 50 år, s. 237 f, smh. ovf. IX.4.

samt til sagens omstændigheder forener sund dømmekraft" ⁸⁾).

Partsautonom taktik og judiciel overbevisning forenes i de bevisdata, som en part kan sikre sig og manifestere, og som giver en rimelig sikkerhed for faktum. At dommeren bygger på sådanne bevisdata, kan betragtes som dommerens "strategi" i forhold til de ensidige parter, men det er en strategi, der er i harmoni med de krav til den statslige beslutningsproces, som privatautonomi stiller ⁹⁾. Sådanne "sikre bevisdata", som i praksis udvikler sig til standardbeviser, sætter relativt faste målestokke for, hvad der kan forlanges - og forventes - af parterne. Og de harmonerer med de førprocessuelle relationer mellem parterne, hvor der også er behov for en entydig (foregriben af den judicielle) vurdering af faktum (f.eks. lægeerklæring om sygdom).

Partsautonomi er derfor ikke ensbetydende med vilkårlighed, og at modstille en "fight theory" og en "truth theory" er misvisende ¹⁰⁾. Sandheden afdækkes på forskellig måde, eller rettere betingelserne for hvad der anses som relevant for erkendelse af virkeligheden, er forskellige. Det er denne forskel, der udtrykkes, når den normative teori og sandsynlighedsteorien betragtes som to forskellige konneksitetskriterier. I den normative teori forenes den almene "tvivlsforebyggende" påvirkning af parterne til bevissikring og den konkrete afgørelses beroen på det manifeste bevis eller kritikken af dets fravær ¹¹⁾. At partsaktiviteten og det manifeste bevis spiller denne rolle, afspejler sig i bevisreglernes formulering, der veksler mellem at referere til partsaktivitet, manifeste bevisdata (der teoretisk kunne skaffes

8) Ørsted 1831 s. 219.

9) Eckhoff: Rettfærdighed om modtagerens muligheder for at øve indflydelse på fordelingsprocesserne, bl.a. gennem information evt. som resultat af en kalkulation, s. 329, jfr. s. 20 om strategisk, jfr. ovenfor kapitel V.3.8.

10) J. Frank 1949 s. 80 f. Sml. Griffiths i Yale L. J. vol. 79, 1970, s. 367 f, der modstiller en "battle model" og en "family model" for kriminalprocessen.

11) Man kan sige, at "bevisbyrdereglerne har to forskellige formål", Bent Christensen 1958 s. 338. Men det kompliceres af, at "formålene" er integreret i reglernes indhold.

af andre end parterne), og sikkerhed/sandsynlighed for faktum.

Forsåvidt empiriske erkendelseskriterier gælder, begrænses partens indflydelse, undersøgelser bliver obligatoriske, og partspassivitet giver anledning til "konneksitetsforbud", idet der ikke i samme omfang kan baseres en judiciel antagelse på grundlag af passiviteten. Dette kan bl.a. vises ved at sammenstille de forvaltningsretlige regler om undersøgelsespligt og om bevisbyrde.

Den judicielle overbevisning i striden mellem de to kæmpende parter indgår som et blandt flere udtryk for en entydig, rationel dømmekraft, der ytrer sig i forhold til stridende synspunkter. Det borgerlige parlaments partier, i forhold til vælgerne ¹²⁾, de reklamerende enkeltkapitaler i forhold til forbrugerne ¹³⁾, er andre udtryk. Disse udtryk forklarer generaliseringer, hvor konflikten er blevet almen og nødvendig ¹⁴⁾.

For den judicielle erkendelses vedkommende betyder en empirisk teori et brud med denne konflikt-teori.

Selvom den i sin gennemførelse ikke kan identificeres med den inkvisitoriske proces, må dens interventionistiske karakter naturligvis erkendes. Men denne bevisretlige inter-

12) En jurist ser på politik: "Det politiske liv kan sammenlignes med en procedure: standpunkterne tilspidnes, og af brydningen mellem dem må så resultatet fremgaa". B. Hjejle: Dagspressen og Samfundet, 1951, s. 31.

13) P. Germer: Ytringsfrihedens Væsen, 1973, drøfter, om reklame er omfattet af (Germers) materielle ytringsfrihed og henviser herved til svenske betænkninger, hvor reklamen ikke tillægges et informativt sigte, men tjener til udvidelse af den reklamerendes markedsandel, s. 197 og 236 (SOU 1966:71 s. 87, SOU 1972:49). Reklame kan sammenstilles med procedure, fordi de to egenskaber (information og afsætningsmaksimering) netop er forenede i reklamen.

14) "We are coming to know that conflict is not something to be 'stopped', for that is only wishful thinking of the blindest sort. Rather, society and individuals should be equipped to deal with it and profit from it. - Conflict is useful. In fact, society is impossible without conflict". Paul Bohannon i Law and Warfare, 1967, s. XII.

vention må ses i forbindelse med den materielretlige intervention, som i denne forbindelse består i reguleringer uden referens til individuelle skyldbegreber, og som er nævnt. Hermed er spørgsmålet om en empirisk bevisteori sat i forbindelse med almene, retlige tendenser. En mere systematisk beskrivelse af disse tendenser kan ikke tages op her, endnu mindre en forklaring af disse i deres samfundsmæssige sammenhæng. For bevisrettens vedkommende skal blot peges på videnskabeligheden som en tendens mod en entydig virkelighedsopfattelse, der kun kan forenes med en bevisretlig frihed, når denne bliver en frihed til at fremlægge (hele) sandheden.

Bibliografi

- Afzelius, Ivar : Grunddragen av Rättegångsförfarandet i Tvistemaal. 1882.
- Allen, E. & Caldwell, M.E. (ed.s.) : Communications and Law. 1965. Inholder Ball, V.C.: The Trial Court: Probability and Jury Issues, s.177, og Kaplan, J.: Decision Theory and Reasonable Doubt.
- Andenæs, J. : Straffeprocessen i første instans. 1971.
- Andersen, E. : Familjeret. 1971.
- Andersen, P. : Dansk Forvaltningsret. 1963.
- Arnholm, C.J. : Privatrecht IV: Familjerett. 1969.
- Augdahl, O. : Om Bevisbyrden i Tvistemål. 1929.
- Augdahl, P. : Civilprocess. Forelesninger 2. sem. 1941. Bd. 1-2, 1942.
- " : Norsk Civilprocess. 1961.
- Ball, V.C. : The Moment of Truth: Probability and Standards of Proof, i Roady, T.G. & Covington, R.N. (ed.s.) Essays on Procedure and Evidence. 1961.
- Bang, P.G. & Larsen, J.E.: Systematisk Fremstilling af den danske Procesmaade. Bd. 1-2, 1837-38.
- von Bar, L. : Recht und Beweis im Zivilprozess. 1867.
- Bentham, J. : The Rationale of Judicial evidence. The works of Jeremy Bentham, published by John Bowring, vol. VI + VII. 1843.
- Bentzon, S. : Uægte børn. 1906.
- Blom, G. : Om Spelteori og Beslutsteori. 1961.
- Blomeyer, A. : Zivilprozessrecht. 1963.
- Bolding, P.O. : Bevisbördan och den juridiska tekniken. 1951.
- " : Har försäkringsfallet inträffat? (Försäkringsjuridiska Föreningens Publikation nr. 8). 1952.

- Bolding, P.O. : Bevisbördan i straffesaker. Sv.J.T. 1953.
- " : Aspects of the Burden of Proof. (Scandinavian Studies in Law, 4.) 1960.
- " : i Trankell, 1965, s. 226 f & 273.
- " : Bevisvärdering och domsskäl. TJF, 1966, s. 63.
- Boman, R. : Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. 1964.
- Borum, O.A. : Familjeret I-II. 1936-41.
- Bratholm, A. : Pågripelse og varetegtssængsel. 1957.
- " & Hov, J. : Sivil Rettergang. 1973.
- Brorson, C. : Forsøg til den Første Bogs Fortolkning, bd. 2., 1797.
- Bross, I.D.J. : Design for Decision. 1961.
- Bruhn, Christiansen & Hansen : Læren om Forbrydelsers Efterforskning. 1943.
- Bruun, H.C. : Om Tvekampen i oldgermansk Rettergang. 1930.
- Brækhus, S. : Et par bemærkninger til bevislæren. Stud.jur., 1940, nr. 3 s. 5 f. (Oslo).
- van Caenegem, R.C. : History of European Civil Procedure, in International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI, ch. 2. 1973.
- Carlquist, E. : Studier i den ældre svenska bevisrättens utveckling. 1918.
- Carlsen, H.G. : Dansk Funktionærret. 1974.
- Carnap, R. : Logical Foundations of Probability. 1950.
- Chernoff, H. & Moses, L.E. : Elementary Decision Theory. 1959.
- Christensen, B. : Nævn og Råd. 1958.
- Cohn, N. : Vidnepsykologi. Juridisk Tidskrift 1915, s. 176 f.
- " : Den frie Bevisbedømmelse efter Retsplejeloven. Juridisk Tidskrift, 1916, s. 377 f.

- Cohn, N. : Indiciebeviset i Nævningesager.
Juridisk Tidsskrift, 1922, s. 145 f.
- Colson, J-P. : L'Office du juge et la Preuve dans
le Contentieux Administratif. 1970.
- Conrad, H. : Deutsche Rechtsgeschichte I-II.
1962-66.
- Cross, R. : Evidence. 1974.
- Cross, R. & Wilkins, N. : An Outline of the Law of Evidence.
1968.
- Davis, K.C. : An Approach to Problems of Evidence
in the Administrative Process.
Harv.L.R., 1942, vol.55, s.364-425.
- Dawson, J.P. : A History of Lay Judges. 1960.
- Deuntzer, J.H. : Den danske Familjeret. 1882,1899.
" : Den danske Civilproces. 1901.
- Dige, P.H. : Bevis i Kontraktsforhold. 1945.
- Dons, J.B. : Akademiske Forelæsninger ..., bd.
4: Om Processen, 1781.
- Döhring, E. : Die Erforschung des Sachverhalts
in Prozess. Beweiserhebung und Be-
weiswürdigung. 1964.
- Eckhoff, T. : Tvilsrisikoen. 1943.
" : Rettskraft. 1947.
" : Farskapet ..., TfR. 1947, s.361-408.
" : Noen ord om bevisbyrde og bevisbyr-
deteorier. (Norsk forsikringsjuri-
disk Forenings publikationer, 29).
1949.
" : Rettsvesen och Rettsvetenskap i
USA. 1953.
" : Sivilprocess. 2. udg. 1962.
" : Rettferdighet og Rettsikkerhet.
1966.
" : Rettskildelære. 1971.
- Edwards, W. & Tversky
(ed.s.) : Decision Making. 1967.

- Ekelöf, P.O. : Kompendium över Civilprocessen. Del II. 1948.
- " : Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951.
- " : Anmeldelse af Bolding: Bevisbörden, i Sv.J.T.1952, s. 216-31.
- " : Processuella Grunnbegrepp. 1956.
- " : Beweiswürdigung, Beweislast und Beweiswürdigung des erstens Anscheins. (Zeitschrift für Zivilprozess, vol. 75, s. 289-301).1962.
- " : Topik und Jura. Skr.Uppsala Univ. C. bd.17, 1968, s. 207-24.
- " : Rättegång. I-V. (I og II, 1974, III, 1970, IV 1968 og 1973, V 1975).
- " : Festschrift til ..., udg. Hessler. 1972.
- Elwing, C. : Tillräckliga Skäl. 1960.
- Engelmann, A. (ed.) : A History of Continental Civil Procedure. 1928.
- Engisch, K. : Einführung in das juristische Denken. 1971.
- Erenius, G. : Oaktamhet. 1971.
- Esmein, A. (ed.) : A History of Continental Criminal Procedure. 1913/14.
- von Eyben, W.E. : Strafadmåling. 1950.
- Finkelstein, M.O. & Fairley, W.B. : A Bayesian Approach to Identification Evidence. Harv. L.R. vol. 83, 1970, s. 489 f. 1971. s. 1801 f.
- Fitting, : Die Grundlagen des Beweisrechts. (Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess). 1889. s. 1 f.
- Frank, J. : Law and the Modern Mind. 1930.
- " : Courts on Trial. 1949, citeret efter udgave fra 1962.
- Fryer, W.T. : Selected Writings on the Law of Evidence and Trial. 1957.
- Gammeltoft-Hansen, H. : Fængslingsforudsætninger. 1973.
- Ganz, G. : Administrative Procedures. 1974.

- Gomard, B. : Mere om oljeforurening af havet. UfR 1956, s. 209 f.
- " : Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold. 1958.
- " : Fogedret. 1966.
- " : se Hurwitz, S & Gomard, B.
- Goos, C. : Strafferetsplejens Almindelige Grundsætninger i Indbydelsesskrift til Københavns Universitets Aarsfest 1878.
- " : Den danske Strafferet. Almindelig Del. 1878.
- " : Den Danske Kriminalproces. 1888.
- Gormsen, H. : Retsmedicin. 1967.
- Gorphe, F. : L'appréciation des Preuves en Justice. 1947.
- Gram, F. : Den danske Familjeret. 1868.
- Green, M.D. : Basic Civil Procedure. 1972.
- Greve, V. : Kriminalitet som normalitet. 1971, 1972
- Hacking, I. : The Emergence of Probability. 1975.
- Hage, H. : Udkast til Lov om Domsmagten mm. 1857.
- Hagerup, F. : Den norske Civilprocess. Bd. 1-5. 3. udg.
- Hall, C.C. : Indiciebeviset i kriminelle sager. (På latin). 1840.
- Halldén, S. : Sannolikhetens Logik. 1973.
- " : Indiciemekanismer. TfR 1973 s. 55-65.
- Hammerich, K.F. : Forhandlingsmaximen som Grundsætning ... 1910.
- Hansen, V. : Retsplejen ved Højesteret. 1959.
- Hartmann, J. : Jura og Måleteknik. 1946.
- Hasselbalch, O. : Ansættelsesret. 1975.
- Hassler, A. : Svensk Civilprocessrätt. 1963.
- Hedegård, C.D. : Juridisk-Practiske Anmærkninger til Danske og Norske Lov I-IV, 1764-67.
- " : Een philodani Veyviisning for alle og eenhver til at kunde gaee selv i Rette ... 1771.

- Hedegaard, C.D. : Ordquæder. 1776.
- Hesselberg, E. : Juridisk Collegium, 4. part. Om processens Maade ... 1755.
- Hjort, J.B. : Prosedureteknik, herunder parts- og vitneafhøring. 1956.
- Hoel, G.A. : Risiko og Ansvar. 1929.
- Holdsworth, W. : A History of English Law, vol I: The Judicial System. 1938.
- Holtzendorff, F. : Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, III. 1913.
- Hurwitz, S. : Tvistemål. 1. udg. 1941.
- " : Om Bevisbedømmelse i Straffesager. De nordiska Kriminalistföreningars Aarsbok. 1952-53.
- " : Den danske Strafferetspleje. 2. udg. 1949; 3. udg. 1959.
- " & Christiansen, K.O. : Kriminologi I-II. 1968-1971.
- " & Gomard, B. : Tvistemål. 4. udg. 1965.
- " ved Waaben, K. : Strafferet. Alm. del. 1967-1971.
- Høyer, A. : Juridisk Collegium ... Proces. Udg. af Hagerup, 1742, af Hedegaard 1769.
- Iuul, S. : Indledning, i Danmarks gamle love, ved Kromann, E. & Iuul, S. 1945.
- James, F. : Civil Procedure. 1965.
- Jørgensen, P.J. : Dansk Retshistorie, 1947.
- Kallenberg, E. : Svensk Civilprocessrätt. Bd. II. 4 og 5. 1931-33.
- Kaplan, J. : Decision Theory and the Fact Finding Process. i Stanford Law Review, vol. 20, s. 1065-92. 1968.
- Keynes, J.M. : A Treatise on Probability. 1921 (Reprint 1963).
- Kingston, C.R. : Probability and Legal Proceedings. i Journal of Criminal Law, Criminol. and Pol.Sc., vol. 57, s. 93, 1966.
- " : The Law of Probabilities and the Credibility of Witnesses and Evidence. i J.Forensic Sc., vol. 15, s. 18, 1970.

- Koktvedgaard, M. : Lærebog i den danske strafferetspleje. 1968.
- Krarup, O. : Øvrighedsmyndighedens Grænser. 1969.
- Kruse, A.V. : Erstatningsretten. 1972 (1. udg. 1964-65).
- Kyburg, H.E. & Smokler, H.E. (ed.s.). : Studies in Subjective Probability. 1964.
- Laplace, P. : Essai Philosophique sur les Probabilités. 1814. 2. udg. 1825.
- Larsen, J.E. : Samlede Skrifter - Civilprocess. 3. afd., 2-3. bd. 1857-60.
- Lassen, J. : Obligationsret. Alm. Del. 1917-20.
- Lauridsen, P.S. : Studier i retspolitisk argumentation. 1974.
- Lea, : Superstition and Force.
- Levy, J.Ph. : La Hierarchie des Preuves dans le Droit savant au Moyen-Age. (ann. Univ.Lyon, 3.serie, Droit, fasc. 5) 1939.
- Lévy-Bruhl, H. : La Preuve Judiciaire. 1964.
- Lind, J. : Faderskap och Arvsrätt. 1970, 2. udg. 1975.
- Louisell, D.W. : Principles of Evidence and Proof. 1968.
- Luce, R.D. & Raiffa, H. : Games and decisions. 1958.
- Maquire, J.M. : Evidence - Common Sense and Common Law. 1947.
- " : Cases and Materials on Evidence. 1965.
- Matzen, H. : Om Bevisreglerne i den ældste danske Proces. Universitetsprogram. 1893.
- " : Dansk Retshistorie, Forelæsninger over. Proces. 1894.
- McCormick, : Handbook of the Law of Evidence. 2. udg. ved Cleary, E.W., 1972. 1. udg. 1954.
- McNaughton, & Hart, H.M. : i Lerner, D. (ed.): Evidence and Inference. 1959.
- Millar, R.W. : The Formative Principles of Civil Procedure, i Engelmann 1928.
- Minneskrift : Ägnad 1734 - års Lag. 1934.

- Mises, R. von : Probability, Statistics and Truth. 1928. Ld.NY. 1961.
- Moenssens, A.A., Moses, R.E. & Inbau, F.E. : Scientific Evidence in Criminal Cases. 1973.
- Morgan, E.M. : Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation. 1956.
- Mosteller, Rourke & Thomas : Probability with statistical Applications 1970.
- Mourier, C.F. : Lovforslag til Gennemførelse af Bestemmelserne i Grundloven ... Strafferetsplejen. 1857.
- Munch-Petersen, H. : Retsreformen med Hensyn til Strafferetspleje. 1902.
- " : Den danske Retspleje, I-V.1923-26.
- " : En Teori om Bevisbyrden. Sv.J.T., 1930, s. 439.
- Nagel, E. : Principles of the Theory of Probability. International Encyclopedia of Unified Science, vol. 1, no. 6. 1939.
- Nagel, H. : Die Grundzüge des Beweisrechts in europäisch Zivilprocess. 1967.
- Napley, D. : The Technique of Persuasion. 1970.
- Nehrman, D. : Indledning til den svenska Jurisprudentian civilem. 1729.
- " : Indledning til den svenska processum civilem. 1732.
- Nellemann, J. : Foreløbigt Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Borgerlige Domssager. 1868-77.
- " m.fl. : Anders Sandøe Ørsted's Betydning. Bd. I. 1885.
- " : Civilprocessens almindelige Del, 1887.
- " : Forelæsninger over den ordinaire civile Procesmaade. 1892.
- Nielsen, Th. : Indkomstbeskatning I-II, 1965-72.
- Nordhus, A. : Jeg tar saken. 1967.
- Nørregaard, L. : Forelæsninger ... Private Ret, Bd. 5-6 (om processen), 1790-97.

- Olivecrona, K. : En Teori om Bevisbördan. Minneskrift utgiven af Juridiska Fakulteten i Uppsala. Uppsala Univ. Årsskrift bd. 1. 1929.
- " : Bevisskyldigheten och den materiella Rätten. 1930.
- " : Domen i Tvistemål. 1943.
- " : Rätt och Dom. 1966.
- " : Rättegång Brottmål. 1968.
- Oversigt, Retspleje-reformen. Udarbejdet af Sekretæren ved den iflg. Resolution af 11/5. 1892 nedsatte Proceskommission. 1899.
- Patermann, C. : Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen Zivilprozess in Gesetzgebung und Lehre. 1969.
- Pollock, F. & Maitland, F.W.: A History of English Law before the Time of Edward I, I-II. 1898.
- La Preuve : Recuils de la Società Jean Bodin, vol. 16-19. 1963-65.
- Proceduren, : red. von Eyben, W.E., 1969.
- Raiffa, H. : Decision Analysis. 1968.
- Rapoport, A. : Two Person Game Theory - the Essential Ideas. 1966.
- " : Fights, Games and Debates. 1967.
- " : N - Person Game Theory. 1970.
- Reichenbach, H. : Theory of Probability. 1959.
- Reitzel-Nielsen, E. : Med Lov skal Land bygges. 1941. (Indeholder P.J. Jørgensen om Vidnebeviset).
- Retsplejeloven 50  r : red. af Borum, Graff & von Eyben. 1969.
- Rosenberg, L : Die Beweislast. 1965.
- " & Schwab, K.H.: Zivilprozessrecht. 1974.
- Ross, A. : Anmeldelse af Olivecrona, K.: Bevisskyldighet ... i UfR 1930, s. 349-58.
- " : Virkelighed og Gyldighed. 1934.
- " : Om Ret og Retfærdighed. 1953.

- Ross, A. : The Value of Blood Tests as Evidence in Paternity Cases, i Harv. L.R., vol. 49, ss. 466-84. 1955.
- " : Skyld, ansvar og straf. 1970.
- Rumble, W.E. : American Legal Realism. 1968.
- Savage, L.J. : The Foundations of Statistics. 1954.
- Scheel, A.W. : Familieretten. 1860.
- Scheel, H. : Grunntrekk af læren om bevisbyrden. 1938.
- Schmidt, E. : Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. 1965.
- Schreiber, R. : Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozess. 1968.
- Schweigaard, A. : Den norske Process, bd. 1-3, 4. utg. 1879-85.
- Solomon, H. : Jurimetrics, i Festschrift for Neyman, J.: Research Papers in Statistics. Ed. by David, F.N. 1966, s. 319-509.
- Skeie, J. : Den norske Civilprocess, bd. 1-3, 2. utg. 1939-40.
- Stein, F. : Das private Wissen des Richters. Untersuchung z. Beweisrecht beider Prozess. 1893.
- Stening, A. : Om sammenstålning av bevisfakta och deras bevisvärde, i TfR 1973, s. 64-85.
- Stone, J. : Burden of Proof and the Judicial Process. i Law Quarterly Review, vol. 60, s. 262-84, 1944.
- Sundby, N.K. : Om Normer. 1974.
- Sylow, H. : Den materielle Bevisteoris Udviklingshistorie i dansk Ret. 1878.
- Thayer, J.B. : A preliminary Treatise on Evidence of the Common Law, 2. bd. 1896-1898.
- Trafiknykterhetsbrott : Statens offentliga Utredningar nr. 61. 1970.
- Trankell, A. : Vittnepsykologiens arbetsmetoder, Sth. 1963.
- Trankell, A. (red.) : Vittnepsykologien som hjälpmedel i svensk rättegång. Sth. 1965.

- Tribe, L.H. : Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the legal Process. Vol. 84, HLR. 1971 s. 1329,s.1810
- Trolle, J : Procedure i Straffesager, 1951.
- Tybjerg, E. : Om bevisbyrden. 1904.
- Udkast til Lov om Strafferetsplejen, : Udarbejdet af den 1868 nedsatte kommission med Motiver. 1875.
- Udkast til Lov om Doms-
magtens, den offentlige
anklagemyndigheds : Udarbejdet af den 1868 nedsatte Kommission med Motiver.1876.
- Udkast til Lov om den Borgerlige Retspleje, : Udarbejdet af den 1868 nedsatte Kommission med Motiver. 1877.
- Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje : Med bemærkninger. 1899.
- Udkast til Lov om Strafferetsplejen : Med bemærkninger. 1899.
- Ussing, H. : Erstatningsret. 1937.
- Ussing, H. : Retsstridighed. 1949.
- Waaben, K. : Det kriminelle Forsæt, 1957.
- " : Criminal Responsibility and the Quantum of Proof i Scand. St.Law. 1965 a. 245-79.
- " : Emotioner i retssproget i Festskrift til S. Hurwitz 1971 s. 565-90.
- " : Se Hurwitz ved Waaben.
- Wade, : The concept of legal certainty, i Modern Law Review, s. 183-99, 1941
- Weber, A.D. : Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Zivilprozess. 1805.
- Wigmore, J.H. : The Principles of Judicial Proof. 2. ed. 1931.
- " : The Science of Judicial Proof. 1937.
- " : A Treatise on the Anglo-American System of Evidence. 3. ed. vol 1-10 1940. (Enkelt vol. i nyere udgave).
- Wiklund, H. : God Advokatsed, 1973.
- Williams, G. : The Proof of guilt. 1955.

- Wright, C.A. : The Law of Federal Courts. 1963.
- Wroblewski, J. : Facts in Law, i Arch. f. Rechts- und Sozialphil. vol. 59, 1973 s. 161-78.
- " : The problem of the so-called judicial truth, i T.J.F., Finland. 1975. s. 19-33.
- Ørsted, A.S. : Forsøg til en rigtig Fortolkning over Forordningen om Trykkefrihedens Grænser. 1801.
- " : Bemærkning over Juridisk Visheds Natur og Væsen, i Juridisk Arkiv bd. 13 s. 180 f, 1807. Optrykt i Arkiv for Retsvidenskaben bd. 6, s. 211 f, 1831, og i Process Skr. 1932, s. 428 f.
- " : Systematisk Udvikling af Begrebet om Tyveri. 1809. (Optrykt i Straffetretl. Skr. II s. 2-291)
- " : Om forholdet mellem Religion og Stat, Eunomia bd. 1. 1815 s. 39 f. (Første gang trykt i Det skand. Selsk. Skrifter 1807 l. bd. s. 52 f optrykt i Blandede Skr. 1933 s.1-36)
- " : Udførlig Fremstilling af Læren om Vidnebeviset ..., Eunomia 4. bd. 1822 s. 165. (Optrykt i Process.Skr. 1932 s. 158-351)
- " : Af mit Livs og min Tids Historie, bd. 1. 1851.

Summary

This book deals With some general problems of evidence.

Ch. I: The basic problems concern the relationship between two conflicting approaches to the law of evidence. One approach connects the judicial fact-finding to scientific methods and tries to introduce the calculus of probability in the judicial assessment of the probative value of the evidence. The other approach is based on the normative evaluation of the activity or passivity of the parties as decisive for the judicial assumptions of the relevant facts.

Ch. II. Evidential problems presuppose a substantial rule. In relation to this problem the distinction between law and fact can only be found as far as the substantial rule poses the factual problem. The substantial law is itself based on general social assumptions of varying certainty.

Ch. III: Trial by battle, trial by ordeal and trial by jury are described as different methods of obtaining knowledge in the middle-ages. Similarities between the new regulations and the old ones are superficial and irrelevant because they neglect the connection with the feudal system and especially the dominating religion.

Ch. IV: The Danish jurisprudence of the theory of the legal proof in the 18th and 19th century reflected the continental concepts. Around 1800 the theory was criticized because it impeded the criminal prosecution and led to judicial assumptions which did not conform with the judges' actual convictions. The free evaluation of the proof was enacted in the nordic countries around 1900 (from 1887: the Norwegian law on criminal procedure, to 1948: the Swedish law on procedure). The free evaluation gave rise to theories of evidence in which the basic rules and concepts were interpreted as concepts of probability.

Ch.V: Different philosophical and statistical interpretations of the concept of probability are introduced and related to

the concrete, practical decision as e.g. a judgment. Some formulas from the calculus of probability are described to be used in the following discussion as are elements from the decision theory and game theory.

Ch. VI: The theoretical concepts of probability have been applied in the theories of Ekelöf, Eckhoff and Bolding. These theories are introduced and criticized.

Ch. VII: The concept of probative value in the Swedish theory (Ekelöf, Hallden) is confronted with the American discussion of "trial by mathematics" following the Collins-case. - In general, theories recommending the use of the calculus of probability or statistical methods as the framework for the judicial decision (by judge or jury) on the facts neglect some basic conditions for the judicial fact-finding. The adversary process allows one-sided selection and presentation of evidential material and thereby conflicts with any concept of representativity.

Ch. VIII: Rules on the burden of persuasion (a.o.) do concern the trial, but often they can only be understood as regulations of pre-trial activity, similar to substantial rules. They demand ensurance of the evidence so that a relevant fact may be reproduced in court if necessary. Such obligations are placed upon the parties according to what is thought a rational way of avoiding judicial uncertainty. They are sanctioned by the unfavorable assumptions which the judge makes if (one of) the parties do not conform with the rules.

Ch. IX: Examples of pre-trial ensurance of evidence and other preparations for the trial which do not conform with the concepts of "free" evaluation or concrete probability assessment are described, especially the standardized evidence and the authoritative expertise.

Ch. X: The rules on the burden of producing evidence and on the burden of persuasion are interrelated with regard to the judicial assumption. The trial tactics are integrated in the theory of the normative evaluation. Trends towards a less autonomous procedure are found when a public authority acts as one of the parties. But it is shown that although there are differences, they do not fundamentally change the adversary element in the trial. This result should not be surprising since this element was substituted for the inquisitorial procedure. When the objective or empirical elements are introduced it is mostly done in a way which limits the judicial function.

Ch. XI: For illustrative purposes, two problems of evidence are taken up: The criminal conviction as evidence in a new criminal trial. And the question of paternity.

Ch. XII: The theory of normative evaluation of the parties do conform with general liberal ideology as well as with the adversary system in the procedure. The empirical theory of fact-finding does not, although its proponents do not seem to be aware of this problem.

EMNEREGISTER

- Adfærdskrav
 - i normativ adfærdsvurdering 412f
 - og retsstridighed 438f
- Advokattaktik 617f
 - identifikation med parten 627f
- Anbefalet brev 315f
- Anklagemyndigheden
 - tiltalebeslutning 557f
 - procesadfærd 624f, 656f
- Antagelse, judiciel 28f, 60lf, 654
- Autoritativt bevis 533f

- Bayes' teorem 172f
 - bayesiansk bevisvurdering 175, 274, 363f
- Betaling 304, 457f, 483f
- Betinget sandsynlighed 169f, 372f
- Bevisbyrde 493f, 566f
 - og bevisbedømmelse 313f, 488f
 - og bevisførelse 567f
 - som bevisret 87f
 - under legal bevisteori 107, 129
 - som sandsynlighedskrav 209f, 248f
 - og undersøgelsespligt 669f
 - ægte/falsk bevisbyrde 258f, 265, 570
- Bevisfakta 233f, 241f
 - og bevisbyrde 310f
 - samvirkende 241f, 332f
- Bevisforberedelse 413f
- Bevisførelse 104f, 258f, 304f, 566f
 - advokatorisk tilrettelæggelse 620f
- Bevismulighed 298f, 304f, 420f, 453f
 - og anklagemyndighedens bevisbyrde 655f
- Bevisopbevaring 415f
- Bevisret som judiciel erkendelsesteori 6f, 10f, 767f
- Bevissikring og judiciel refleks 432f
- Bevisværdi 164, 240, 324f
 - kritik 345f
- Blodtype 747f

Cannabis 52f

Deskriptiv/emotiv tematisering 35f

Determinisme og sandsynlighed 155f

Dommerens personlige opfattelse 106f, 500f, 619

Duel 70f

- fight theory/truth theory 70

Ed 107, 736f

Erfaringssætninger 234, 300f

- og bevisbyrde 274f

Faderskab 736f

Faktum/jus 15f, 26f

- afgrænsning af bevisretten 19f

- vekselvirkningsmodel 32f

- (se tillige tema)

Fingeraftryk 542f, 697

Forhandlingsprincip 686f

Forhåndssandsynlighed 173f, 339f, 367f

- og bevisdatum 374f

Formel bevisret 90f

Formodning, se presumption

Forsinkelse med levering 307f

Forstraf 695f

Forsæt 593f, 727f

Forvaltning

- sretligt bevis 2, 528f

- judiciel prøvelse af, 548f

- myndighed som part 658f

- undersøgelsespligt 663

- (se tillige anklagemyndigheden)

Frekvensteori 141f

Fri bevisbedømmelse 127f, 230f, 313f, 572f, 605

- traditionalister 130f

- bevisbedømmelsens dominans 131f

- sagkyndigt bevis 534

Før-processuelle data

- i normativ adfærdsvurdering 409, 412f

- ved funktionærssygdom 419

Gudsdom 74f, 767
 - forholdet til legal bevisteori 97
 Gunstige/ugunstige bevisdata 620f

Hjælpefakta 236
 Hypoteseprøvning
 - statistisk 186f
 - juridisk 239f

Identitet 351f
 Indiciebevis 117f, 125f
 Indiciemekanisme, teori om 164, 238f, 271f, 330f

Juridisk sandsynlighedsteori 8, 12, 133f, 210f
 - sammenfatning af kritik 396f, 641f
 - og normativ adfærdsvurdering 481f, 506, 770f
 Juridisk vished 99f, 108f, 121, 266f, 448
 Jury 76f
 - og matematiske metoder 361, 383
 - (se tillige nævninger)

Kausalitetsteori, se indiciemekanisme, teori om
 Konfiskation af udbytte 524f
 Konneksitet 496f
 - kriterium 10, 497

Legal bevisteori
 - i fransk ret 80f
 - i dansk ret 96f, 120f
 Legalitet og opportunitet ved anklagemyndighedens
 tiltalebeslutning 561f
 Legislativ informationsvurdering 47f, 99
 Lægeerklæring 512f

Manifeste bevisdata 126f, 265, 278, 299f, 349, 493f, 502f
 Materiel ret 3
 - og bevisret 63f, 304f, 405, 445f, 465f
 - (se tillige tema)
 Minimax-princip (spil) 204
 Modbevis 106, 241
 - ved standardbevis 509f

798

Naturligt/kunstigt bevis 102f

Normativ adfærdsvurdering 12, 402f, 572f

Nævninger 76f

- og vidner 91f

Odds 380

Opfordring

- til bevissikring 459f, 477

- som cirkulær 470f, 479f

- til bevisførelse 459, 651f

Oplysningspligt 575f

- og forvaltningsoffentlighed 659f

- over for forvaltningsmyndighed 664f

Overbevisning 113

- (se tillige juridisk vished)

Overvægtsprincip 131, 134, 292f

Partsautonomi 8f, 569f, 641f, 776

Passivitet

- parter 427f, 578f

- ikke-parter 429, 596, 599f

- tiltaltes 255f, 587f

Politiefterforskning og bevisværdi 696f

Pornografi 50f

Presumption 124, 280f, 312f, 482f

- faktiske 280f

- retlige 282f

- uden modbevis 47f, 289f

Racediskrimination ved udvælgelse til jury 183f

Rekommendationsteori 216, 318f

Retsfaktum 217f

- og bevisbyrde 309f

Sagkyndigt bevis 387, 533f

- som ekstern empiri 533f, 691f, 775

- forvaltningen som sagkyndig 554, 563

Sandsynlighed

- i materielle regler 45f, 136f

- filosofisk 138f

- i bevisretten 149f

- (se tillige juridisk sandsynlighedsteori)

Selvangivelse 528f

Signifikans 186f
- og bevisbyrde 191
Skøn 527f, 529f, 540f
Smugleri 606f
Spirituskørsel 56f, 289f
Standardbevis 508f
Stikprøve 178f
Strategi
- advokaters 617f
- og sandsynlighed 156f, 336f
- og spil 201f
Subjektivt sandsynlighedsbegreb 144f, 153f

Tema
- og materiel regel 29f, 217f 274
- for sandsynlighedsvurdering 162f
- advokatorisk afgrænsning 617f
Testationshabilitet 261f, 306f
Tilståelse 522f, 652f
Tiltaltes passivitet 255f
Tortur 85, 118
Tvivlsrisiko 135, 253f, 568
Tærskelvurdering 311

Undernormer 42f
- ved funktionærssygdom 518
Undersøgelsespligt 685f
- i forvaltningssager 669f

Vaghed 34f
Vidnebevis 88f, 104f

Ægtefælle bodel/særeje 510f