



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Erik Westberg

Överviktsprincipens vara i svensk rätt?

*En studie av ett alternativ till bevisbördereglerna ur ett
rättssäkerhetsperspektiv*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sverker Jönsson

Termin: VT 2016

Innehåll

FÖRKORTNINGAR	1
SUMMARY	2
SAMMANFATTNING	4
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	7
1.5 Rättssäkerhet	9
1.6 Forskningsläge	9
1.7 Disposition	10
2 DEN SVENSKA ORDNINGEN	11
2.1 Introduktion	11
2.2 Bevisbörda	12
2.2.1 Principer för bevisbördans placering	13
2.2.2 Beviskrav	14
2.3 Rättshistorisk bakgrund	15
2.4 Artikel 6 EKMR	16
2.5 Summering	18
3 ÖVERVIKTSPRINCIPEN	19
3.1 Introduktion	19
3.2 Överviktsprincipen i norsk rätt	20
3.3 Argument för överviktsprincipen	22
3.4 Argument emot överviktsprincipen	23
3.5 Summering	25

4 ANALYS OCH SLUTSATS	26
4.1 Är överviktsprincipen förenlig med gällande svensk rätt	26
4.2 Bör överviktsprincipen ur ett rättssäkerhetsperspektiv vara huvudregeln i svensk rätt	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	31
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	38

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidsskrift
NJA	Nytt juridiska arkiv
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
RH	Rättsfall från hovrätterna
Rt	Norsk Retstidende
SOU	Statens offentliga utredningar

Summary

In many civil lawsuits, there is an uncertainty regarding it is unclear whether a fact is valid or not. For example the judge is might be unaware whether payment has been sent or not. The judge cannot, however, choose to omit to resolve the case. It is often taken for granted that the burden of proof principle should be used, even though the rule of preponderance of evidence also is an alternative. The rule of law is the main foundation of a functioning constitutional state. Should this not mean that the principle most appropriate according to the rule of law should be used as a general rule? The purpose of this paper is to critically review the Swedish system, by evaluating whether the rule of preponderance of evidence could be applied within the current legal order, and if the rule should be applied from a rule of law perspective.

The general view within the Swedish system is that, the uncertainty regarding a fact's existence should be solved by the burden of proof principle. It is not regulated in the law on a general level which of the parties should carry the burden of proof. Answers are often sought through general principles educated by doctrine. Normally a high standard of proof must be reached, even though there are exceptions to this rule. The Swedish system previously consisted of the doctrine of legal evidence, and an arrangement regarding how the burden of proof should be divided among the parties. Article 6 European Convention on Human Rights places certain demands concerning legal certainty on the Swedish rules of procedure. The most fundamental aspects of this are the principle of equal treatment, and the rule that one party should not profit at the expense of another.

The rule of preponderance of evidence means that the most believable version of the two parties will lay the foundation for the judgment. When using the the rule of preponderance of evidence, no burden of proof is inflicted on either party. The rule is used in Norway as a general rule in civil disputes. The main arguments for applying the rule of preponderance of evidence is that it leads

to materially accurate judgments, and that the parties are treated equally. Arguments against the application are that the court should not base a judgment on such a low probability that the rule might bring, and that it leads to more factually inaccurate judgments.

The investigation shows that there is no obstacle *against* the application of the rule of preponderance of evidence in the current Swedish legal order. Moreover there is *support* for the application of the rule in doctrine, law practice and the preparatory works. In conclusion, it is possible to adapt the rule of preponderance of evidence within the Swedish legal order. Within this paper, it has also been shown that the rule of preponderance of evidence is more predictable regarding equal treatment, and it leads to more materially correct judgments when compared to today's order. The final conclusion is therefore that from a rule of law perspective, the rule of preponderance of evidence should be applied instead of the current system.

Sammanfattning

I många tvistemålsrättegångar råder osäkerhet om ett rättsfaktum föreligger eller inte. Det kan exempelvis röra sig om att domaren inte vet om en betalning skett eller ej. Domaren kan inte avstå från att avgöra målet. Ofta tas förgivet att just en bevisbörderegul ska användas, även fast överviktsprincipen är ett alternativ. Rättssäkerhet är en grundbult i en fungerande rättsstat. Bör då inte den lösning som ur rättssäkerhetssynpunkt är den främsta vara huvudregel? Syftet med denna uppsats är därför att kritiskt granska den svenska ordningen, genom att utreda om överviktsprincipen kan tillämpas inom ramen för den nuvarande ordningen och om principen bör tillämpas ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Den generella uppfattningen i svensk rätt är att osäkerheten om ett rättsfaktums existens ska lösas genom en bevisbörderegul. Vilken av parterna som ska åläggas bevisbördan är inte på det generella planet reglerad i lag. Ofta söks svar i generella principer utbildande i doktrin. Normalt måste beviskravet *styrkt* uppnås, det finns dock flera undantag. Den svenska ordningen bestod tidigare av legal bevisteori och en bestämmelse om hur bevisbördan skulle fördelas mellan parterna. Artikel 6 EKMR ställer vissa rättssäkerhetskrav på den svenska processordningen. Mest centralt är att parterna ska behandlas lika och att ena parten inte ska gynnas på den andres bekostnad.

Överviktsprincipen innebär att den av parternas versioner som är mest sannolik läggs till grund för domen. Vid en tillämpning av överviktsprincipen åläggs ingen av parterna någon bevisbörda. Överviktsprincipen tillämpas i Norge som normalkrav i tvistemål. De främsta argumenten för en tillämpning av principen är att den leder till flest materiellt riktiga domar och att den likabehandlar parterna. Argument emot en tillämpning är att domstolen inte bör grunda ett avgörande på en så låg sannolikhet som principen kan medföra och att den leder till fler materiellt oriktiga domar.

Utredningen visar att det inte finns något *hinder* mot en tillämpning av överviktsprincipen i den svenska ordningen. Det finns dessutom *stöd* för tillämpningen av principen i doktrin, praxis och förarbeten. Slutsatsen är att det är möjligt att tillämpa överviktsprincipen inom ramen för gällande rätt. Av utredningen framgår även att överviktsprincipen är mer förutsägbar, likabehandlar i större uträkning och leder till fler materiellt riktiga domar i förhållande till dagens ordning. Slutsatsen är därför att överviktsprincipen ur ett rättssäkerhetsperspektiv bör tillämpas framför dagens ordning.

1 Inledning

1.1 Introduktion

I tvistemålsrättegången är det parterna som, genom sin bevisning, ska upplysa domaren om vad som hänt dem emellan. Det optimala är att parterna genom sin presentation av bevis visar upp händelseförloppet som det verkligen gick till. I många fall är detta inte möjligt. Exempelvis kan det råda osäkerhet om en betalning skett eller ej. Det råder då osäkerhet om ett faktums existens (exempelvis om betalning skett), eller med andra ord faktumet är inte tillräckligt klargjort. Domaren kan i dessa fall inte avstå från att avgöra målet.

Den förhärskande uppfattningen i svensk rätt är att domaren ska lösa problemet med hjälp av en bevisbörderegul.¹ Att lösa problemet med hjälp av en bevisbörderegul är endast en av flera möjliga lösningar. En annan möjlighet är att lösa problemet genom en tillämpning av överviktsprincipen.² Överviktsprincipen behandlas ofta som ett hypotetiskt alternativ som inte har mycket med gällande rätt att göra. Är en tillämpning av överviktsprincipen verkligen utesluten i gällande rätt och bör inte de båda alternativen kritiskt granskas? I en fungerade rättsstat har rättsordningen hög legitimitet, det vill säga accepteras av rättsstatens medborgare. Legitimitet har sin grund i rättssäkerhet.³ Bör inte det alternativ som ur rättssäkerhetssynpunkt är det främsta då vara huvudregeln i svensk rätt?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att kritiskt granska dagens ordning med bevisbörda som lösning på problemet med otillräckligt klarlagd rättsfakta⁴.

¹ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 79 och 95 samt Westberg 2013, s. 372. Vad som avses med en bevisbörderegul definieras i kapitel 2.2.

² Westberg 2004, s. 738. Överviktsprincipen definieras i kapitel 3.1.

³ Peczenik 1995, s. 47-49.

⁴ Se kap 2.1 för vad som avses med rättsfakta.

Syftet är vidare att utreda huruvida överviktsprincipen kan och bör tillämpas i svensk rätt. Om överviktsprincipen kan tillämpas i svensk rätt syftar till att utreda om det finns ett utrymme i gällande rätt för en tillämpning av principen. Det är en viktig aspekt för att inte göra framställningen allt för teoretiskt och fristående från den praktiska rättstillämpningen. Om överviktsprincipen bör tillämpas syftar till att utreda om överviktsprincipen ur ett rättssäkerhetsperspektiv är en bättre huvudregel än en ordning där bevisbörda är utgångspunkten.

Frågeställningar för uppsatsen är:

- Är det möjligt att tillämpa överviktsprincipen inom ramen för gällande svensk rätt?
- Ur ett rättssäkerhetsperspektiv, bör överviktsprincipen vara huvudregeln vid otillräckligt klarlagd rättsfakta i svensk rätt?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen tar sikte på civilrättskipning och därmed utelämnas speciella hänsyn som måste tas i straffrättskipningen. Uppsatsens ena frågeställning är om överviktsprincipen bör vara huvudregeln i svensk rätt vid otillräckligt klarlagd fakta. Det finns sällan en huvudregel utan undantag. I uppsatsen behandlas inte i vilka specifika fall undantag från principen är motiverade. Inom ramen för uppsatsen görs inte heller någon självständig prövning av om överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar i jämförelse med användningen av en ordning med bevisbörda. I detta avseende studeras endast respektive argument.

1.4 Metod och material

Då uppsatsens syfte är att utreda om överviktsprincipen kan tillämpas i dagens ordning är en naturligt utgångspunkt att först utreda vad dagens ordning innebär. För detta används den rättsdogmatiska metoden, vilket

innebär att de allmänt accepterade rättskällorna nyttjas för att finna svar på det rättsliga problemet. De allmänt accepterade rättskällorna är lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.⁵ Då lagregler saknas på området används förarbeten och praxis, men främst doktrin. Doktrinen som används är skrivna av erkända namn inom processrätten, exempelvis Per Olof Ekelöf, Peter Westberg och Lars Heuman. För att utreda om det i dagens ordning finns något hinder emot en tillämpning av överviktsprincipen läggs extra vikt på den rättshistoriska bakgrunden och de krav som ställs på svensk rätt av EKMR. För att utreda vilket stöd som finns för principen studeras alla rättskällor.

Uppsatsens syfte är vidare att utreda om överviktsprincipen bör tillämpas i svensk rätt. En naturlig start är då att beskriva vad överviktsprincipen innebär. För detta används främst processrättslig doktrin i form av Per Olof Boldings *Bevisbörda och den juridiska tekniken* och Torstein Eckoffs *Tvilsrisikoen*. I frågan om överviktsprincipen bör vara huvudregeln i svensk rätt är det intressant att studera en annan stats inställning. I uppsatsen studeras norsk rätt, som liksom svensk rätt hör till den nordiska rättsfamiljen.⁶ Här används den komparativa metoden, vilket innebär att olika staters rättsordningar jämförs med varandra.⁷ Detta för att lyfta blicken från den svenska debatten och även beakta argument i norsk rätt. De norska rättskällor som nyttjats är främst doktrin i form av Tore Scheis *Tvistemålsloven - en kommentar* och Mange Strandbergs avhandling *Beviskrav i sivile saker*, som är en kritik av den norska ordningen. För att kunna ta ställning till om överviktsprincipen bör vara huvudregeln i svensk rätt studeras de argument som anförts för respektive emot överviktsprincipens tillämpning. Främst används svensk doktrin, men även argument som framförts i den norska litteraturen studeras.

För att svara på frågan om överviktsprincipen bör vara huvudregel i svensk rätt analyseras framställningen i ett rättssäkerhetsperspektiv.

⁵ Kleineman 2013, s. 21.

⁶ Malmström 1966, s. 401-403 och 381. Uppdelning i rättsfamiljer är en gruppering som sammanför rättssystem med stora likheter i familjer.

⁷ Valguarnera 2013, s. 141.

1.5 Rättssäkerhet

I uppsatsens analys ligger rättssäkerhetsbegreppet till grund för huruvida överviktsprincipen bör vara huvudregeln i svensk rätt vid otillräckligt klarlagd rättsfakta. Vad rättssäkerhet innebär bör därför utredas närmare. Det finns två former av rättssäkerhet, formell och materiell. I *formell rättssäkerhet* ingår ett krav på förutsägbarhet, det vill säga rättskipning och myndighetsutövning ska vara förutsägbar med hänsyn till rättsreglerna.⁸ Rättssystemet ska erhålla klara och tydliga svar på frågor med rättslig karaktär.⁹ Ett nära samband med förutsägbarhet har legalitetsprincipen. Genom att makten utövas under och begränsas av lagarna kan rättskipning och myndighetsutövning förutsägas.¹⁰ Med *materiell rättssäkerhet* avses att rättskipning och myndighetsutövning är förenliga med hänsynstagande till etiska värden. Etiska värden beskrivs av Aleksander Peczenik som något gott för människor.¹¹ Det bör innefatta ett krav på rättvisa.¹² Rättvisa delas ofta i materiell rättvisa och processuell rättvisa. I denna uppsats fokuseras på den processuella rättvisan vilket exempelvis omfattar att båda parter ska behandlas lika i en rättegång.¹³ EKMR är konstruerad för att tillgodose vissa rättssäkerhetsgarantier som har nära koppling till den processuella rättvisan. Exempelvis är artikel 6 EKMR en bestämmelse som finns för att garantera rättssäkerhet.¹⁴ Materiell rättssäkerhet anses även omfatta materiellt riktiga lösningar eller domar.¹⁵

1.6 Forskningsläge

De flesta arbeten på området har en processrättslig dogmatisk karaktär eller en materiellrättslig dogmatisk karaktär. Ett arbete med processrättslig

⁸ Peczenik 1995, s. 89-90 och 95.

⁹ Frändberg 2000/01, s. 274.

¹⁰ Zila 1990, s. 296.

¹¹ Peczenik 1995, s. 94-95.

¹² Jfr Peczenik 1995, s. 45, 61-62 och 97.

¹³ Westberg 2013, s. 65.

¹⁴ Ehrenkrona 2007, s. 44.

¹⁵ Westberg 1988, s. 93, jfr även Prop. 2004/05:131 s. 184-185 och Heuman 2007/08, s. 585-586.

dogmatisk karaktär har till syfte att utreda gällande rätt i fråga om bevisbörda och beviskrav på hela processrättens område och ett arbete med materiellrättslig karaktär har ett likadant syfte men är avgränsat till ett visst materiellt område. Dessa arbeten tar ofta bevisbörda och beviskrav för givet som metod för lösning av ovissheten om ett rättsfaktum föreligger eller inte och berör endast överviktsprincipen som en parentes. Senaste arbetet på svensk rätt som granskar överviktsprincipen på ett mer ingående sätt är Boldings avhandling från 1951 *Bevisbördan och den juridiska tekniken*. Mot denna bakgrund och de krav på rättssäkerhet som ställs på svensk rätt av EKMR, vilka inte tas hänsyn till i Boldings avhandling, finns behov av studier på området. Därav finns ett behov av denna uppsats.

1.7 Disposition

Uppsatsen delas in i fyra kapitel. Efter det inledande kapitlet redogörs för den svenska ordningen. Först presenteras grundläggande begrepp och principer som är viktiga att ha kännedom om för den fortsatta framställningen. Därefter beskrivs ordningen med bevisbörda, vilket är en beskrivning av gällande rätt.

Det tredje kapitlet ägnas åt överviktsprincipen. Inledningsvis redogörs för vad överviktsprincipen innebär. För att åskådliggöra detta berörs även bevisbörda med ett komparativt beviskrav. I kapitlet studeras också synen i norsk rätt på överviktsprincipen. Kapitlet avslutas med att argument för och emot överviktsprincipen lyfts fram.

Uppsatsens avslutas med analys och slutsats. I analysen undersöks om överviktsprincipen, mot bakgrund av den genomförda utredningen, är förenlig med den svenska rättsordningen och om principen ur ett rättssäkerhetsperspektiv bör vara huvudregeln i svensk rätt. I slutsatsen presenteras svaret på de inledande frågeställningarna.

2 Den svenska ordningen

2.1 Introduktion

Domstolen kan i rättegången ställas inför en rad frågor. En viktig distinktion är mellan sakfrågor och rättsfrågor. En rättsfråga är när det råder osäkerhet om *hur en regel ska bedömas*, en lagtolkningsfråga. För att lösa rättsfrågor tar domstolen hjälp av rättskällorna och avgör frågan med den lösning som har starkast stöd i rättskällorna. En sakfråga är när det råder osäkerhet om *faktiska förhållanden*. Vid osäkerhet om de faktiska förhållandena, och inte hur en rättsregel ska bedömas, kan domstolen använda sig av en bevisbörderegul eller tillämpning av överviktsprincipen.¹⁶

Inom faktiska förhållanden görs en viktig distinktion mellan bevisfakta och rättsfakta. Med distinktionen skiljer man mellan omständigheter som är av *medelbar* respektive *omedelbar* betydelse för viss rättsföljd. Att en omständighet är av omedelbar betydelse avses att en viss rättsföljd är direkt förenad med omständigheten. Dessa omständigheter kallas rättsfakta. En omständighet som har medelbar betydelse för en viss rättsföljd kallas för bevisfakta.¹⁷ Exempelvis är omständigheten att det föreligger ett lån mellan A och B ett rättsfaktum för betalningsskyldighet medans omständigheten att C sett A lämna pengar till B ett bevisfaktum.¹⁸ Osäkerhet om ett rättsfaktum föreligger eller inte löses genom en bevisbörderegul eller överviktsprincipen. Ovissheten om ett bevisfakta föreligger eller inte löses istället genom bevisvärdering.¹⁹

Det är inte reglerat i lag hur domstolen ska lösa ett problem med otillräckligt klarlagd rättsfakta. Den förhärskande uppfattningen i svensk rätt är att

¹⁶ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 77-78.

¹⁷ Lindell 2012, s. 106.

¹⁸ Westberg 2013, s. 377.

¹⁹ Westberg 2004 s. 734-738.

ovissheten om ett rättsfaktums existens ska lösas med hjälp av en bevisbörderegeln.²⁰

För den fortsatta framställningen är även till nytta att ha en övergripande förståelse för civilprocessens ändamål och funktion i samhället. Det finns olika uppfattningar i frågan och inget enhetligt svar. En skiljelinje kan dras mellan att civilprocessen ska vara *handlingsdirigerande* eller *konfliktlösande*. Med handlingsdirigerande funktion åsyftas att civilprocessen bör verka för att medborgare ska rätta sig efter de regler som lagstiftaren ställt upp. Den konfliktlösande funktionen har ett nära samband med skolan om att civilprocessen ska sörja för den enskildes rättsskydd. Det innebär bland annat att domstolen är ett serviceorgan för parterna och ska medverka till materiellt riktiga domar.²¹ De främsta företrädarna för den handlingsdirigerande funktionen är Ekelöf²² och Roberth Nordh²³ medan Bengt Lindell²⁴ företräder den konfliktlösande funktionen.

2.2 Bevisbörda

En bevisbörderegeln innebär att en dom inte får grundas på ett rättsfaktum om inte parten som ålagts bevisbördan klarat av att bevisa rättsfaktumet.²⁵ När domstolen löser en tvist med tillämpning av en bevisbörderegeln bär ena parten *bördan* eller *riskan* för att osäkerheten om visst rättsfaktum föreligger eller inte.²⁶

En part som åläggs bevisbördan kan antingen uppfylla bevisbördan eller så kan den misslyckas med att uppfylla den. Det finns ingen möjlighet att partiellt uppfylla den. I en tvist om betalningsskyldighet utdöms inte hälften

²⁰ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 79 och 95 samt Westberg 2004, s. 737.

²¹ Andersson 1997, s. 228-230 och Westberg 2013, s. 59-63.

²² Ekelöf 1985, s. 155 och Ekelöf 1990, s. 12 och 14.

²³ Nordh 2011, s. 16.

²⁴ Lindell 1988, s. 86-88 och 94-95.

²⁵ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 79.

²⁶ Westberg 2013, s. 371.

av det yrkade beloppet om parten med bevisbördan endast lyckas uppfylla halva denna börda.²⁷

En bevisbörderegeln består av två delar. Den första delen pekar ut den av parterna som ska åläggas bevisbördan och den andra anger vilka krav på bevisningen som ska vara uppfyllda för att omständigheten ska anses vara klarlagd, vilket även benämns beviskrav.²⁸

2.2.1 Principer för bevisbördans placering

I den processrättsliga regleringen saknas generella regler om vem av parterna som ska bära bevisbördan. I vissa fall regleras bevisbördans placering i de civilrättsliga reglerna och i andra fall kan det framgå av prejudikat men oftast är frågan oreglerad.²⁹ Genom doktrin har principer för bevisbördans placering utvecklats. Dessa ska översiktligt redogöras för nedan.

En *ändamålsstyrd bevisbördeplacering* fördelar bevisbördan mellan parterna så att ändamålet med den civilrättsliga regeln förverkligas.³⁰ Ändamålet med lagstiftning kan framgå av dess förarbeten och skulle exempelvis kunna vara att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande.³¹

Vid en fördelning av bevisbördan i enlighet med *principen om bevissäkringsansvar* ska bevisbördan läggas på den part som har lättast och billigast att säkra bevisning om den omständigheten. I vissa lägen finns inte möjlighet för någon av parterna att säkra bevisning. Fördelning av bevisbörda enligt principen är då inte möjlig.³²

²⁷ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 79 och Lindell 1987, s. 20.

²⁸ Nordh 2012, s. 783.

²⁹ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 94.

³⁰ Olivecrona 1930, s. 130 och s. 140.

³¹ Heuman 2005, s. 129 och 140.

³² Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 105.

Ytterligare en princip för hur bevisbördan ska fördelas mellan parterna är *principen om standardavvikelse*. Enligt denna ska bevisbördan läggas på den part som påstår en avvikelse från det vanliga (en standard). Principen om standardavvikelse brukar sortera under en större kategori som benämns *sannolikhetsprinciperna*. Sannolikhetsprinciperna sägs motiveras av att största möjliga antal tvister ska få en materiellt riktig lösning och bevisbördan ska fördelas så detta uppnås.³³ Vissa författare behandlar även överviktsprincipen i anslutning till sannolikhetsprinciperna. Enligt överviktsprincipen ska den version som är mest sannolik läggas till grund för avgörandet, vilket utvecklas ytterligare i kapitel 3.1. Men överviktsprincipen kännetecknas av att ingen av parterna åläggs någon bevisbörda. Överviktsprincipen är således inte någon bevisbörderegler.³⁴ I denna uppsats kommer överviktsprincipen därför att behandlas skilt från bevisbördereglerna.

2.2.2 Beviskrav

Beviskravet reglerar hur stark bevisning som måste åstadkommas för att fullgöra bevisbördan. Normalbeviskravet i tvistemål är att den bevisskyldige ska *visa* sitt påstående.³⁵ I praxis har normalbeviskravet uttryckts som *styrkt*.³⁶ Det är svårt att säga vad kravet motsvarar i realiteten, det brukar anföras att kravet är högt. Dock inte så högt som beviskravet i brottmålsprocessen.³⁷ Från normalkravet finns en rad undantag, vilka många innebär en bevislättning.³⁸ För att indikera ett lägre beviskrav ansåg Lagrådet, i samband med ändringar av aktiebolagslagen, lämpligt att använda sig av *sannolikt* eller *antagligt*.³⁹ I doktrin, med stöd av praxis⁴⁰ har anförts en skala med fler alternativ, från

³³ Heuman 2005, s. 416-417.

³⁴ Bolding 1951, s. 28, Westberg 2004, s. 738 och Lindell 2007, s. 353.

³⁵ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 81-82.

³⁶ NJA 1993 s. 764.

³⁷ Jfr NJA 1986 s. 470, NJA 1990 s. 93 och NJA 1993 s. 764.

³⁸ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 82.

³⁹ Prop. 2000/01:150 s. 187.

⁴⁰ NJA 1992 s. 263; NJA 1984 s. 501; RH 2003:24; NJA 2006 s. 53; NJA 1992 s. 113; NJA 1993 s. 764.

*antagligt, mer antagligt, sannolikt, övervägande sannolikt, klart mera sannolikt till styrkt.*⁴¹

2.3 Rättshistorisk bakgrund

I nu gällande rättegångsbalk finns, som ovan nämnts, inga regler om hur domstolen ska förfara i en situation där ovisshet råder om ett rättsfaktums existens. I rättegångsbalken till 1734 års lag stadgades i 17 kap 33 § att käranden skulle styrka grunden för sin talan och svaranden sina invändningar. Den innehöll även den legala bevisteorin, vilket innebar att det i lag stadgades vilket värde ett visst bevis hade och därmed angav vad som krävdes för att nå upp till beviskravet. Exempelvis sågs två vittnen som uppgav samma sak eller ett frivilligt erkännande som full bevisning.⁴²

Regleringen om att käranden ska styrka sin talan och svaranden sina invändningar slopades samt den legala bevisteorin byttes mot fri bevisprövning genom 1942 års rättegångsbalk. Motiven bakom att regleringen av bevisbörda och dess placering togs bort angavs vara att den inte var sakligt motiverad och inte gav någon ledning i det praktiska rättslivet.⁴³ I realiteten avskaffades den legala bevisteorin tidigare än den formella förändringen genom praxis.⁴⁴

Svensk rätt utgår, som framgår ovan, från tanken att *någon* av parterna ska bära bevisbördan även om det är något oklart vem av parterna bördan ska placeras på. Denna tanke har en nära anknytning till den legala bevisteorin. Vid en tillämpning av den legala bevisteorin måste man veta vilket påstående, faktum X eller faktum inte X, som regeln ska tillämpas på. Genom en ordning

⁴¹ Westberg 2013, s. 387.

⁴² Inger 1997, s. 157.

⁴³ SOU 1926:33 s. 143, SOU 1938:44 s. 379 och Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 95.

⁴⁴ Inger 1997 s. 232 f. Jfr även att Ernst Kallenberg i anslutning till införandet av fri bevisprövning påpekade ”[d]et ger emellertid ej något positivt besked, som avviker från vad som nu gäller” i Kallenberg 1940, s. 499.

där den fria bevisprövningen tillämpas krävs inte detta, vilket gör det möjligt att tillämpa en överviktsprincip.⁴⁵

Bolding menar att det i förarbetena till nu gällande rättegångsbalk finns tecken på att man avsett att ansluta sig till Kallenbergs uppfattning om att domaren endast kan grunda domen på fakta som denne är övertygad om är sanna. Det vill säga, att allt för svag bevisning inte kan läggas till grund för domen.⁴⁶ Ordvalet som kan tyda på detta är att domaren vid bevisvärderingen ska nå *övertygelse*.⁴⁷ Bolding kritiserar dock en sådan tolkning och anser det vara en för långtgående slutsats av ordvalet i motiven.⁴⁸ Det bör även påpekas att kontexten som *övertygelse* framförs i är att domaren inte ska grunda sitt avgörande på subjektiva uppfattningar, hans *övertygelse* måste vara objektivt grundad.⁴⁹

Vid övergången till fri bevisprövning och sloandet av regeln som angav hur bevisbördan skulle fördelas mellan parterna var relativt tyst i förarbetena om rättssäkerhetsaspekter, däribland materiellt riktiga domar.⁵⁰ I propositionen till införandet av den nya rättegångsbalken nämndes kort att rättsskipningens uppgift är att nå det materiellt sanna.⁵¹ I senare förarbeten har rättssäkerhetsskäl anförts för möjligheten att rätta materiell felaktiga domar. Anförandet gjordes inte i anslutning till frågan om bevisning utan i samband med grunder för prövningstillstånd till hovrätt.⁵²

2.4 Artikel 6 EKMR

Genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna gäller EKMR som svensk lag. Samtidigt antogs 2 kap 23 § RF som stadgade ett förbud mot

⁴⁵ SOU 1938:44 s. 379 och Bolding 1951, s. 92-93.

⁴⁶ Bolding 1951, s. 100-101. Se Kallenberg 1931, s. 680 för Kallenbergs uppfattning.

⁴⁷ SOU 1938:44 s. 378.

⁴⁸ Bolding 1951, s. 100-101.

⁴⁹ SOU 1938:44 s. 378.

⁵⁰ Jmf SOU 1938:44 s. 377-379, SOU 1926:33 s. 141-152 och Prop. 1942:5 s. 219 och 275.

⁵¹ Prop. 1942:5 s. 275.

⁵² Prop. 2004/05:131 s. 184-185.

att meddela lag eller föreskrift i strid med Sveriges åligganden enligt EKMR. Regeln återfinns numera i 2 kap 19 § RF. Bakgrunden till inkorporeringen av EKMR i svensk rätt var Sveriges folkrättsliga förpliktelser som uppkom genom undertecknande och ratifikation av konventionen.⁵³ EKMR ställer således vissa krav på den svenska rättsordningen. Av störst intresse för denna uppsats är artikel 6 EKMR.

Artikel 6 EKMR stadgar rätten till en rättvis rättegång. Rätten till rättvis rättegång är mycket vid och omfattar många olika regleringar och aspekter. I denna uppsats fokuseras på den delen som benämns *equality of arms*. Principen kom till uttryck för första gången i avgörandet *Neumeister v. Austria*. *Equality of arms* innebär att parterna ska vara likställda. Båda parter ska få möjlighet att presentera sin argumentation under sådana förhållanden att den ena parten inte missgynnas i förhållande till sin motpart.⁵⁴ Centralt är även att proceduren inte gynnar ena parten på den andra partens bekostnad.⁵⁵ En bakomliggande tanke är att parterna ska likabehandlas och ha en lika stor möjlighet att nå framgång i tvisten.⁵⁶

De flesta avgörandena där ett avsteg från principen aktualiserats har rört generaladvokatens roll i processen.⁵⁷ Problemet är att en generaladvokat inte är en part men rent faktiskt kommer främja ena parten i processen genom sitt yttrande.⁵⁸ På bevisrättens område har domstolen klargjort att artikel 6 EKMR inte reglerar vad som är tillåten bevisning och hur bevisbördan ska placeras. Det är frågor för den nationella domstolen.⁵⁹ Europadomstolen uttalade dock att en part inte ska åläggas en *orimlig bevisbörda*.⁶⁰ Begreppet orimlig bevisbörda har berörts även av svenska HD i NJA 1998 s. 817. Målet handlade om verkställighet av en norsk dom som förpliktigade en norsk medborgare, som vid tidpunkten flyttat till Sverige, att utge skadestånd på

⁵³ Prop. 1993/94:117 s. 11.

⁵⁴ *Dombo Beheer v. Netherlands* par. 33.

⁵⁵ Danelius 2007, s. 218.

⁵⁶ Westberg 2013, s. 374.

⁵⁷ Se Harris, O'Boyle och Warbrick 2009-där *Borgers v. Belgium* utgör ett bra exempel.

⁵⁸ Danelius 2007, s. 218-219.

⁵⁹ *Blücher v. Czech Republic* och *Tiemann v. France and Germany*.

⁶⁰ *Thorgeirson v. Iceland*.

grund av ärekränkning. Målet i svensk domstol behandlade om det fanns något hinder mot verkställighet med hänsyn till artikel 10 EKMR eller ordre public. Vid domstolens prövning av domens förenlighet med artikel 10 EKMR anfördes att den som hade begått den påstådda ärekränkningen kunde åläggas bevisbördan för att uttalandena var sanna. Men att det inte fick ställas en *orimlig bevisbörda* på denne.

2.5 Summering

Den svenska ordningen innebär att osäkerheten om ett rättsfaktum föreligger eller inte ska lösas genom tillämpning av en bevisbörderegul eller överviktsprincipen. Den dominerade uppfattningen är att en bevisbörderegul ska användas. En bevisbörderegul pekar ut vem av parterna som bär risken för att visst rättsfaktum föreligger eller inte och anger vilket krav som ställs på bevisningen för att kunna lägga rättsfaktumet till grund för domen. Hur bevisbördan ska fördelas är osäkert och ledning söks ofta i generella principer. Normalbeviskravet är styrkt, men det finns flera undantag där en bevislättning medges.

Bakgrunden till den nuvarande ordningen är rättegångsbalken i 1734 års lag som innehöll den legala bevisteorin och även att käranden skulle styrka grunden för sin talan och svaranden sina invändningar. Den tidigare byttes mot fri bevisprövning och den senare slopades i 1942 års rättegångsbalk. Förändringarna gör det möjligt att tillämpa överviktsprincipen.

EKMR ställer krav på den svenska rättsordningen. Bland annat stadgar artikel 6 en rätt till rättvis rättegång. Artikeln omfattar principen om equality of arms där det är centralt att båda parter behandlas lika och att inte proceduren gynnar ena parten på den andre partens bekostnad. Europadomstolen har klargjort att artikel 6 EKMR inte reglerar hur bevisbördan ska fördelas mellan parterna men att ena parten inte får åläggas en orimlig bevisbörda.

3 Överviktsprincipen

3.1 Introduktion

En annan metod för att lösa problemet med otillräckligt klarlagd rättsfakta är överviktsprincipen.⁶¹ Vid en tillämpning av överviktsprincipen åläggs inte någon av parterna en bevisbörda. Man låter istället parternas versioner stå mot varandra och låter den version som är mest sannolik ligga till grund för domen. Det krävs inte att någon version når ett visst mått av sannolikhet utan det räcker att ena versionen är mer sannolik än den motstående versionen.⁶²

Överviktsprincipen berörs i den processrättsliga doktrinen som ett komplement till bevisbördereglerna. Tillämpning av principen anges inte ha något starkt stöd i den svenska rätten. I doktrin framställs att överviktsprincipen i allmänhet inte tillämpas och att föreställningen istället är att ovissheten om ett rättsfaktums existens ska lösas genom en bevisbörderegul.⁶³

Det finns exempel på avgöranden från HD där överviktsprincipen kan ha tillämpats. Sådana exempel är NJA 1976 s. 667 och NJA 1977 s. 176. Westberg menar att HD möjligtvis tillämpade överviktsprincipen i det förstnämnda fallet. Christian Diesen hävdar att HD i det senare avgörandet tillämpade överviktsprincipen, vilket avfärdas av Westberg som istället menar att domstolen tillämpade en bevisbörderegul med ett komparativt beviskrav.⁶⁴ En bevisbörderegul med ett komparativt beviskrav innebär att en bevisbörda åläggs ena parten men beviskravet sänks till att partens påstående endast behöver vara klart mer sannolikt eller mer antagligt än motpartens.⁶⁵

⁶¹ Westberg 2004, s. 737-738.

⁶² Bolding 1951, s. 28 och Eckhoff 1943, s. 64.

⁶³ Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009, s. 79 och 95, Westberg 2004, s. 737-738.

⁶⁴ Westberg 2004, s. 737-738 och Diesen 1999, s. 21.

⁶⁵ Westberg 2004, s. 738.

NJA 1976 s. 667 var ett avgörande som rörde betalningsskyldighet. Grunden till betalningsskyldigheten uppgavs vara försträckning. Till stöd för försträckningen åberopades en skriftlig handling, vilken invändes vara falsk. HD kom vid en samlad bedömning av vad som framkommit i målet fram till att *övertvägande sannolikhet* talade för att den skriftliga handlingen inte var falsk och fick därmed godtas som fordringsbevis. NJA 1977 s. 176 rörde skadestånd mot staten för en skada som påstods uppkommit på grund av en grop i vägrenen. HD menade vid en samlad bedömning att sannolikheten för att skadan tillkommit på det sätt som skadelidande anfört är mer sannolik än den som motparten anfört. Inledningsvis anförde dock domstolen att det i utomobligatoriska ersättningsanspråk kan finnas flera olika händelseförlopp som framstår som tänkbara orsaker till skadan. Även att det inte bör utesluta ett bifall av skadeståndstalan att full bevisning inte kan frambringas. Om det framstår som klart mera sannolikt att det gått till som skadelidande påstår ska hans version läggas till grund för domen.

3.2 Övertviktsprincipen i norsk rätt

Liksom i svensk rätt måste norska domstolar ställa sig frågan om vilka fakta som ska läggas till grund för domen. Norsk rätt byggde tidigare på den legala bevisteorin, det vill säga att lagen fastslog vilket värde ett bevis skulle ha.⁶⁶ Numera gäller den fria bevisprövningen, vilket stadgas i § 183 tvistemålsloven.⁶⁷

Även norska domare kan ställas inför problemet att denne inte är säker på om ett visst rättsfaktum föreligger eller inte efter att parterna har lagt fram sin bevisning. Domaren kan då inte avstå från att avgöra målet. Huvudregeln är att domstolen ska lägga det faktum som är mest sannolikt till grund för domen. Övertviktsprincipen är således normalkravet i tvistemål.⁶⁸ Det finns ingen generell bestämmelse i den norska civilprocesslagstiftningen om vilken

⁶⁶ Strandberg 2012, s. 67.

⁶⁷ Schei 1998, s. 630.

⁶⁸ Schei 1998, s. 631, Michelsen 1999, s. 211-212, Skoghøy 2001, s. 673-676.

sannolikhetsgrad som lägst accepteras. Det finns dock en rad undantag i lagstiftning, exempelvis *åpenbart* vilket kräver en stor sannolikhetsövertikt och *grunn till att anta eller tro* där det krävs en övertikt men den behöver inte vara särskilt stor.⁶⁹ Det finns även lägen där praxis uppställt ett lägsta sannolikhetskrav. Exempelvis har domstolen i Rt 1974 s. 1160 klargjort att ersättningsansvar inte kan åläggas en producent av p-piller om inte *rimelig sannsynlighetsovertikt* för att skadan beror på användningen av p-piller föreligger. Då det krävs en viss sannolikhetsövertikt för att lägga faktumet till grund för domen har ett beviskrav uppställts.⁷⁰ Undantagen på vissa områden är så omfattande att det kan ifrågasättas om det verkligen är sannolikhetsövertikt som är huvudregel.⁷¹ I de lägen där ett högre sannolikhetskrav uppställs och domstolen inte anser att kravet är uppfyllt avgörs målet till nackdel för ena parten. Denne anses då bära bevisbördan.⁷²

Att Norge valt övertiktsprincipen som normalkrav i civilprocessen motiveras på två grunder. Den första att övertiktsprincipen ger *flest materiellt riktiga domar*.⁷³ Argumentet flest materiellt riktiga domar är ett led i en vidare argumentation, vilket kan beskrivas på följande sätt. Rättssystemets målsättning är samhällsnytta, bevisrätten bidrar till samhällsnytta genom att realisera den materiella rätten, den materiella rätten realiseras genom materiellt riktiga domar, övertiktsprincipen ger flest materiellt riktiga domar och övertiktsprincipen bör därför vara normalkrav. Den andra grunden är att övertiktsprincipen är det *mest effektiva sättet att likställa parterna*.⁷⁴

⁶⁹ Michelsen 1999, s. 212-213.

⁷⁰ Strandberg 2012, s. 19-20.

⁷¹ Strandberg 2012, s. 90.

⁷² Michelsen 1999, s. 219.

⁷³ Eckhoff 1943, s. 64. Vad som avses med materiellt riktiga domar redogörs för i kapitel 3.3.

⁷⁴ Strandberg 2012, s. 461-462.

3.3 Argument för överviktsprincipen

Det finns en rad argument för en tillämpning överviktsprincipen framför en ordning med bevisbörderegeln. Här ska endast några av dessa argument beröras.

Ett argument som ofta påstås vara det mest centrala är att överviktsprincipen leder till *flest materiellt riktiga domar*.⁷⁵ Med materiellt riktiga domar avses att domen grundas på de fakta som verkligen inträffat.⁷⁶ Bolding härleder att överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar från att det ligger i *sakens natur*. Bolding menar att det mest rimliga i tvåtusen fall, där tusen av fallen rättsfaktum X förelegat och tusen fall rättsfaktum X inte förelegat, fördelar sig så att i de fall där X förelegat framstår mer sannolikt och vice versa. Det kan finnas lägen där *fel faktum* ses mer sannolikt, men att detta bör vara mindre vanligt.⁷⁷ Att överviktsprincipen skulle leda till flest materiellt riktiga domar har kritiserats.⁷⁸ Strandberg menar att det *kan* vara så, men att det inte finns några hållbara argument för ståndpunkten. Han menar att det största problemet är sammanblandning av subjektiva och objektiva sannolikhetsfrekvenser. Han menar även att det är en empirisk fråga som saknar empirisk grund.⁷⁹ Strandberg menar även att argumentationen förutsätter att bevissituationerna är sanningsindikerande, det vill säga att bevisen återspeglar vad som verkligen hänt. Vilket inte alltid är fallet.⁸⁰ Heuman menar att överviktsprincipen riskerar leda till oriktiga domar när bevismaterialet är bristfälligt.⁸¹ Detta har i sin tur kritiserats av Lindell som anser att det inte bör göra någon skillnad på resultatet om bevisningen är bristfällig eller inte.⁸² Nordh är av uppfattningen att det är av mindre vikt om

⁷⁵ Bolding 1951, s. 94, Lindell 1987, s. 287, Eckhoff 1943, s. 64, Augdahl 1961, s.101 och Skoghøy 2001, s. 673-676.

⁷⁶ Bolding 1951, s. 94.

⁷⁷ Bolding 1951, s. 95.

⁷⁸ Strandberg 2012, s. 471ff, Ekelöf 1985, s. 153 och Boman 1993 s. 66.

⁷⁹ Strandberg 2012, s. 514.

⁸⁰ Strandberg 2012, s. 485.

⁸¹ Heuman 2005, s. 458.

⁸² Lindell 2007, 345.

en dom är materiellt riktig, argumenten för överviktsprincipen saknar således betydelse.⁸³

Ett annat argument som ofta anförs till stöd för överviktsprincipen är *likabehandling*. Om ingen av parterna åläggs en bevisbörda gynnas inte ena parten på den andra partens bekostnad.⁸⁴ Likabehandlingsargumentet består av två delar, de materiellt felaktiga domarna fördelas lika mellan parterna och båda parter har lika möjlighet att vinna tvisten. Argumentet kritiseras av Strandberg som menar att argumentet förutsätter att båda parter drabbas lika illa av en materiellt felaktig dom, vilket inte alltid är fallet.⁸⁵ Heuman anser att det inte finns någon anledning att prioritera någon av parternas intressen, vilket tyder på man inte ska ta hänsyn till att parterna drabbas olika av en materiellt felaktig dom.⁸⁶ Lindell framför att om det inte finns något särskilt skäl att lägga risken för en materiellt felaktig dom på någon av parterna bör de fördelas lika, genom en tillämpning av överviktsprincipen.⁸⁷ Strandberg menar att överviktsprincipen inte ger parterna lika chans att gå vinnande ur tvisten då detta beror på flera andra aspekter än beviskravet. Det förutsätter exempelvis att parterna har lika möjlighet att säkra bevisning, vilket sällan är fallet.⁸⁸ En åsikt som även delas av Heuman.⁸⁹

3.4 Argument emot överviktsprincipen

Det finns även en rad argument emot en tillämpning av överviktsprincipen. I denna uppsats ska endast några utvalda beröras.

Det flesta argument emot överviktsprincipen är kopplade till en kritik att grunda avgöranden på så *låg sannolikhet* som skulle kunna bli fallet vid en

⁸³ Nordh 2011, s. 78.

⁸⁴ Bolding 1951, s. 98, Bolding 1989, s. 119, Bolding 1983, s. 9, Skoghøy 2001, s. 675.

⁸⁵ Strandberg 2012, s. 514.

⁸⁶ Heuman 2005, s. 59.

⁸⁷ Lindell 2012, s. 538.

⁸⁸ Strandberg 2012, s. 501-503.

⁸⁹ Heuman 2005, s. 458.

tillämpning av överviktsprincipen. Kritik på detta tema framförs av Arvid Rudling som anser att domar som avgörs på ett ofullständigt materiel inte medför några tillförlitliga slutsatser.⁹⁰ Rudlings framställning är egentligen inte en kritik av överviktsprincipen utan istället en kritik av den fria bevisprövningen som han anser kan leda till att domar grundas på ofullständigt material. Kritik mot Rudlings argument framförs av Bolding. Bolding håller med om att ju mer fullständigt bevismaterialet är desto bättre är underlaget för domaren vid bevisvärderingen. Det är således att föredra ett så fullständigt processmaterial som möjligt. Bolding menar dock att det är olämpligt att ha en processordning som kräver att alla kunskapskällor ska vara uttömda. Det finns mål där det är av större betydelse att domen är materiellt riktig, men det bör inte motivera en huvudregel.⁹¹

Ekelöf menar att en tillämpning av överviktsprincipen skulle medföra ett *ökat antal materiellt oriktiga domar*. Detta illustreras med exemplet att en trängd gäldenär frestas invända att betalning skett, fast så inte är fallet. I många fall är det svårt för borgenären att föra i bevis att betalning inte skett. En tillämpning av överviktsprincipen skulle i dessa lägen medföra materiellt oriktiga domar, vilket inte skulle vara fallet där gäldenären har bevisbörda för att betalning skett.⁹² Med liknande argumentation kan anföras att en tillämpning av överviktsprincipen skulle leda till fler stämningar på *chans*. Karl Olivecrona framhåller att det finns ett samband mellan bevisbörderegeln och handlingssätt.⁹³ Det vill säga, genom att rikta en bevisbörda mot ena parten minskar antalet stämningar på *chans*.⁹⁴ Bolding kritiserar Olivecronas ståndpunkt då han anser det endast möjligt att påverka parternas handlingssätt i vissa situationer.⁹⁵ Ekelöf håller med Bolding om att de förändringar som önskades med en lagstiftning inte alltid blir realitet men att Bolding i detta avseende underskattar den praktiska betydelsen av att även detaljerna är

⁹⁰ Rudling 1947, s. 49.

⁹¹ Bolding 1951, s. 104-105.

⁹² Ekelöf 1952, s. 226 och 228 och Ekelöf 1947, s. 16.

⁹³ Olivecrona 1930, s. 126.

⁹⁴ Jfr Bolding 1951, s. 98.

⁹⁵ Bolding 1951, s. 98.

ändamålsenligt utformade. Ekelöf menar att även en mycket liten påverkan är tillräcklig.⁹⁶

3.5 Summering

Överviktsprincipen innebär att den av parternas version som är mest sannolik ska läggas till grund för domen. Principen är ett alternativ till en ordning med bevisbörda och beviskrav men den dominerade uppfattningen är att den inte tillämpas i svensk rätt.

I norsk rätt är överviktsprincipen huvudregel i civilprocessen, det finns dock en rad undantag. Motiven till detta är att överviktsprincipen anses leda till flest materiellt riktiga domar och att den är det effektivaste sättet att likställa de tvistande parterna.

Det finns en rad argument både för och emot överviktsprincipen. De viktigaste argumenten för överviktsprincipen är att den genererar flest materiellt riktiga domar och att den likabehandlar parterna. Argumenten emot överviktsprincipen är en kritik av att grunda avgöranden på rättsfaktum som endast stöds av svag bevisning. Ett annat argument emot är att överviktsprincipen leder till fler materiellt oriktiga domar då den inbjuder till oriktiga invändningar och stämningar på chans.

⁹⁶ Ekelöf 1952, s. 227.

4 Analys och slutsats

4.1 Är överviktsprincipen förenlig med gällande svensk rätt

Det framgår av förevarande undersökning att den svenska ordningen idag är uppbyggd på fri bevisprövning och då oklarhet råder om ett rättsfaktums existens kan en bevisbörderegulering eller överviktsprincipen användas. Den dominerade uppfattningen är att en bevisbörderegulering ska användas. Hur bevisbördan ska fördelas mellan parterna är inte lagstadgat utan svar får sökas i praxis och doktrin. Tidigare gällde den legala bevisteorin och en bestämmelse om att käranden skulle styrka grunden för sin talan och svarande sina invändningar, vilket måste sätt hinder i vägen för en tillämpning av överviktsprincipen. Det fanns inte med en sådan reglering utrymme att godta så svag bevisning som en tillämpning av överviktsprincipen skulle kunna innebära. Övergången till fri bevisprövning och sloandet av 17 kapitlet 33 § rättegångsbalken i 1734 års lag avlägsnade de tidigare hinder som fanns mot en tillämpning av överviktsprincipen.

Det har framförts att förarbetena till RB ställer upp ett visst krav på bevisningens styrka. Att förarbetsuttalande skulle tolkas på detta sätt har kritiserats. Det är inte en rimlig tolkning och kritiken är befogad. Kontexten där uttalandet gjordes tyder mer på att man velat poängtera att domen fortfarande ska vara objektivt grundad, fast riktlinjerna för domarens bevisvärdering avskaffas. Lagstiftarens avsikt var inte att ställa upp ett visst krav för bevisningens styrka. Mot denna bakgrund finns inte några hinder i förarbetena att grunda avgöranden på en låg sannolikhet. Det bör i detta avseende inte finnas några hinder mot en tillämpning av överviktsprincipen.

Tvärtom anges att rättsskipningens uppgift är att nå det materiellt sanna,⁹⁷ vilket anförs som argument för en tillämpning av överviktsprincipen.

Artikel 6 EKMR består, som framgått, av principen equality of arms som innebär att parterna ska likabehandlas. Ingen av parterna ska gynnas på den andras bekostnad och båda parter ska ha lika möjlighet att nå framgång i tvisten. Överviktsprincipen ålägger inte de tvistade parterna någon bevisbörda och måste i det avseendet anses förenlig med artikel 6 EKMR. Ponera en situation där endast ena parten har möjlighet att säkra bevisning. Enligt överviktsprincipen ska parternas bevisning *tävla* mot varandra. Om endast ena parten har möjlighet att säkra bevisning, kan parterna då tävla på lika villkor och ha samma möjlighet att nå framgång i tvisten? Åläggs ena parten då en orimlig börda? Det finns dock inget i Europadomstolens praxis som tyder på ett det skulle göra att en ordning med överviktsprincipen skulle stå i strid med artikel 6 EKMR.

Utredningen visar att flera i doktrin anger överviktsprincipen som en möjlig lösning på problemet med otillräckligt klarlagd rättsfakta.⁹⁸ I praxis måste HD anses tillämpat överviktsprincipen i NJA 1976 s. 667. Domstolen väger i målet parternas versioner mot varandra och lägger den som är mest sannolik till grund. I NJA 1977 s. 176 tillämpar inte HD överviktsprincipen. HD väger parternas versioner mot varandra, men verkar genom vad som framförs inledningsvis i domen lägga en bevisbörda och ett långt beviskrav på skadelidande. Överviktsprincipen kan även anses ha stöd i förarbetena genom uttalandet att rättsskipningens uppgift är att nå det materiellt sanna.

Det finns inga *hinder* mot överviktsprincipen i lag, förarbeten eller av artikel 6 EKMR. För en tillämpning talar att principen har *stöd* i doktrin, HD:s praxis och förarbeten. *Slutsatsen* är därför att överviktsprincipen kan tillämpas inom ramen för gällande svensk rätt.

⁹⁷ Se kap 2.3 sista stycket.

⁹⁸ Se kap 2.1.

4.2 Bör överviktsprincipen ur ett rättssäkerhetsperspektiv vara huvudregeln i svensk rätt

På problemet med otillräckligt klarlagd rättsfakta kan urskiljas två olika lösningar. Den ena att en part åläggs en bevisbörda med ett relativt högt beviskrav. Den andra att parternas versioner står mot varandra och den som är mest sannolik av dessa läggs till grund för domen.

Ett skäl till de två olika lösningarna kan vara att det finns skilda uppfattningar om civilprocessens ändamål och funktion i samhället. Det verkar finnas ett samband mellan att civilprocessen ska ha en handlingsdirigerande funktion och att frågan ska lösas genom en bevisbörderegler, respektive konfliktlösande funktion och överviktsprincipen. Det är ett naturligt samband. Om processen uteslutande är ett verktyg för parterna att lösa den konkreta tvisten är det rimliga att låta den version som verkar mest sannolik ligga till grund för domen. Det är inget problem om sannolikheten för rättsfaktumets existens är låg, bara versionen är mer sannolik än det som motparten anför. Vilket ändamål och vilken funktion civilprocessen bör ha ligger utanför ramen för denna uppsats. Frågan kan exempelvis studeras inom ramen för ett examensarbete.

Formell rättssäkerhet handlar till stor del, som framgått i avsnitt 1.5, om förutsägbarhet. Vid tillämpning av dagens ordning med bevisbörderegler är bevisbördans placering i många fall osäker. I vissa fall kan ledning hämtas ur praxis men många gånger får en part förlita sig på att bevisbördan ska fördelas utifrån de principer som ställts upp i doktrin. En tvistande part har svårt att, innan domstolen avgjort tvisten, veta om denne förlorar på osäkerheten om visst rättsfaktum. Överviktsprincipen placerar inte någon bevisbörda på någon av parterna. Båda parter vet att domstolen kommer lägga den av parternas version som är mest sannolik till grund för domen. Utifrån ett

rättssäkerhetsperspektiv (formell rättssäkerhet) bör överviktsprincipen tillämpas framför en bevisbörderegul.

Om man övergår till det materiella rättssäkerhetsbegreppet är processuell rättvisa centralt. Mycket av det som inryms i begreppet kommer till uttryck i artikel 6 EKMR. Vilken av de två lösningarna stämmer bäst överens med denna bestämmelse? Överviktsprincipen lägger inte någon bevisbörda på någon av parterna, de behandlas lika. Själva syftet med en bevisbörderegul är att behandla parterna olika, *en* av parterna ska missgynnas för att oklarhet råder om ett visst rättsfaktum föreligger eller ej. Valt i artikel 6 EKMR är likabehandling. Överviktsprincipen måste därmed anses mer förenlig med artikel 6 EKMR än en bevisbörderegul.

Centralt i det materiella rättssäkerhetsbegreppet är även att domar får en materiellt riktig lösning. Ett av de främsta argumenten för en tillämpning av överviktsprincipen är just att den leder till flest materiellt riktiga domar.

Argumentet har många anhängare. Hur argumentet härleds av Bolding är svårt att följa. Det verkar förutsättas att i hälften av fallen föreligger rättsfaktum X och i andra hälften föreligger inte rättsfaktum X. Det är knappast något som kan förutsättas i en verklig rättegång. Utan stöd för detta bör härledningen inte anses särskilt starkt. Bolding verkar i sin härledning utgå och förutsätta sin slutsats, det är *mest naturligt* att överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar. Sandberg måste anses ha rätt i att materiellt riktiga domar är en fråga om verkligheten, en empirisk fråga, som därför med fördel ska besvaras med ett empiriskt svar. Det finns inte utrymme för en självständig prövning av om överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar. Frågan skulle kunna studeras inom ramen för ett tvärvetenskapligt forskningsprojekt. Mot bakgrund av de många förespråkare av argumentet, den rimlighet som måste anses föreligga för att argumentet är riktigt och att det inte finns något som tyder på att ordningen med bevisbörda skulle generera fler materiellt riktiga domar utgås ifrån att överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar.

Ett argument emot överviktsprincipen är att den skulle medföra ett ökat antal materiellt felaktiga domar. Det verkar naturligt att om överviktsprincipen leder till flest materiellt riktiga domar bör den även generera så få materiellt felaktiga domar som möjligt. Förespråkarna för detta argument verkar mena att en materiellt felaktig dom föreligger då domstolen bifaller en talan om exempelvis betalning fast kärande inte har ett verkligt betalningsanspråk. Inte vice versa. Man vill alltså inte att domstolarna ska bifalla en talan om inte domstolen är relativt säker på att betalningsanspråket föreligger. Det är därför ett högt beviskrav förespråkas, och överviktsprincipen kritiserar vilken potentiellt accepterar en tunn bevisning som grund för bifall. En sådan syn förutsätter att inte båda parter förlust av en materiellt felaktig dom värderas lika. Det kanske inte är svarandes förlust *som part* som anses värre utan vad det potentiellt skall leda till, exempelvis fler stämningar och invändningar för handlingar som inte har någon motsvarighet i verkligheten.

Norsk och svensk rätt har helt skilda huvudregler vid otillräckligt klarlagd rättsfakta. De många undantagen i båda rättsordningarna kan dock ge resultatet i ett konkret fall blir detsamma. Utredningen visar att överviktsprincipen kan vara huvudregeln i en rättsordning som har många likheter med den svenska.

Av den förevarande utredningen framgår att överviktsprincipen är mer förutsägbar än den nuvarande ordningen med bevisbörda och beviskrav. Överviktsprincipen likabehandlar de tvistande parterna och leder till flest materiellt riktiga domar i jämförelse med en ordning med bevisbörderegeln. *Slutsatsen* är därför att överviktsprincipen ur ett rättssäkerhetsperspektiv, både utifrån ett formellt och ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp, bör tillämpas framför dagens ordning. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv bör överviktsprincipen vara huvudregeln vid otillräckligt klarlagd rättsfakta i svensk rätt.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Tryckta källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1926:33 Rättegångsväsendets ombildning.

[Citeras: SOU 1926:33]

SOU 1938:44 Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.

[Citeras: SOU 1938:44]

Propositioner

Proposition 1942:5 Förslag till Rättegångsbalk.

[Citeras: Prop. 1942:5]

Proposition 1993/94:117 Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.

[Citeras: Prop. 1993/94:117]

Proposition 2000/01:150 Likvidation av aktiebolag m.m.

[Citeras: Prop. 2000/01:150]

Proposition 2004/05:131 En modernare rättegång – reformeringen av processen i allmän domstol.

[Citeras: Prop. 2004/05:131]

Litteratur

Andersson, Torbjörn: *Rättskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv* = [The protection of individual community rights] : [EC law and national law on

substantive remedies and procedural law from a Swedish civil procedural perspective]. Iustus, Diss. Uppsala : Univ.,Uppsala 1997.

[Citeras: Andersson 1997]

Augdahl, Per: *Norsk civilprosess*. 3. utg., Trondheim 1961.

[Citeras: Augdahl 1961]

Bolding, Per Olof: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*. Diss. Uppsala : Univ.,Uppsala 1951.

[Citeras: Bolding 1951]

Bolding, Per Olof: *Bevisbörda och beviskrav*. Juridiska fören., Lund 1983.

[Citeras: Bolding 1983]

Bolding, Per Olof: *Går det att bevisa?: perspektiv på domstolsprocessen*. Norstedt, Stockholm 1989.

[Citeras: Bolding 1989]

Boman, Robert: ”Bevisbörda och civilrätt (eller svärens harmoni)”, i: Bengtsson, Bertil & Agell, Anders (red.), *Festskrift till Bertil Bengtsson*. Stockholm 1993 s. 63-72.

[Citeras: Boman 1993]

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 3., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2007.

[Citeras: Danelius 2007]

Diesen, Christian (red.): *Bevis. 4, Prövning av skadestånd*. Norstedts juridik, Stockholm 1999.

[Citeras: Diesen 1999]

Eckhoff, Torstein: *Tvilsrisikoen: (bevisbyrden)*. Grundt Tanum, Oslo 1943.

[Citeras: Eckhoff 1943]

Ehrenkrona, Carl Henrik: "Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen." *SvJT* 2007 s. 38-49.

[Citeras: Ehrenkrona 2007]

Ekelöf, Per Olof: "Bevisvärde, tillräckligt bevis och bevisbörda", i: Berglund, Hadar & Lundstedt, Vilhelm (red.), *Festskrift tillägnad Vilhelm Lundstedt*, Lundequistska bokhandeln, Uppsala 1947 s. 1-17.

[Citeras: Ekelöf 1947]

Ekelöf, Per Olof: "Per Olof Bolding. Bevisbördan och den juridiska tekniken." *SvJT* 1952 s. 216-231.

[Citeras: Ekelöf 1952]

Ekelöf, Per Olof: "En rättsvetenskaplig tragedi", i: Håstad, Torgny & Hessler, Henrik (red.), *Festskrift till Henrik Hessler: rättsvetenskapliga studier i civilrätt och processrätt*. Norstedt, Stockholm 1985 s. 131-160.

[Citeras: Ekelöf 1985]

Ekelöf, Per Olof: *Rättegång. H. 1. 7.*, [rev.] uppl., Norstedt, Stockholm 1990.

[Citeras: Ekelöf 1990]

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång. H. 4. 7.*, omarb. och rev. uppl., Norstedt, Stockholm, 2009.

[Citeras: Ekelöf, Edelstam och Heuman 2009]

Frändberg, Åke: "Om rättssäkerhet." *JT* 2000/01 s. 269-280.

[Citeras: Frändberg 2000/01]

Harris, David J., O'Boyle, M. & Warbrick, C.: *Law of the European convention on human rights*, 2.ed., Oxford University Press, Oxford 2009.

[Citeras: Harris, O'Boyle och Warbrick 2009]

Heuman, Lars: *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2005.

[Citeras: Heuman 2005]

Heuman, Lars: ”Kravet på prövningstillstånd för att hovrätten ska bedöma ett tvistemål.” *JT* 2007/08 s. 585-612.

[Citeras: Heuman 2007/08]

Inger, Göran: *Svensk rättshistoria*. 4., [rev.] uppl., Liber ekonomi, Malmö 1997.

[Citeras: Inger 1997]

Jägerskiöld, Stig: ”Kring tillkomsten av 1734 års lag.” *SvJT* 1984 s. 681-699.

[Citeras: Jägerskiöld 1984]

Kallenberg, Ernst: *Svensk civilprocessrätt*. Bd 2. 4, Gleerup, Lund 1931.

[Citeras: Kallenberg 1931]

Kallenberg, Ernst: ”Bevisrätten i processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.” *SvJT* 1940 s. 497-515.

[Citeras: Kallenberg 1940]

Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”, i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 1. uppl., Studentlitteratur, Lund 2013 s. 21-45.

[Citeras: Kleineman 2013]

Lindell, Bengt: *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt = [Matters of fact and matters of*

law] : [a study of borderlines, differences and relationships between fact and law]. Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala 1987.

[Citeras: Lindell 1987]

Lindell, Bengt: *Partsautonomins gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen = [Acceptable dispositions by the parties in civil cases]*. Iustus, Uppsala 1988.

[Citeras: Lindell 1988]

Lindell, Bengt: ”Det svåra lyftet – bevisbörda och beviskrav på skivstången.” *SvJT* 2007 s. 341-366.

[Citeras: Lindell 2007]

Lindell, Bengt: *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*. 3., omarb. uppl., Iustus, Uppsala 2012.

[Citeras: Lindell 2012]

Malmström, Åke: ”Rättsordningens system – Några synpunkter på ett klassifikationsproblem inom den jämförande rättsvetenskapen.” i: Bodman, Gerd & Nial, Håkan, *Festskrift till Håkan Nial: studier i civilrätt och internationell rätt*. Norstedt, Stockholm 1966 s. 381-403.

[Citeras: Malmström 1966]

Michelsen, Hans M.: *Sivilprosess*. Ad Notam Gyldendal, Oslo 1999.

[Citeras: Michelsen 1999]

Nordh, Roberth: *Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav*. Iustus, Uppsala 2011.

[Citeras: Nordh 2011]

Nordh, Roberth: ”Bevisbörda och beviskrav i tvistemål.” i: *SvJT* 2012 s. 781-799.

[Citeras: Nordh 2012]

Olivecrona, Karl: *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, A&W, Uppsala 1930.

[Citeras: Olivecrona 1930]

Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* 1. uppl., Fritze, Stockholm 1995.

[Citeras: Peczenik 1995]

Rudling, Arvid: *Rättssäkerhet i rättegång*. Norstedt, Stockholm 1947.

[Citeras: Rudling 1947]

Schei, Tore: *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr.6. 1915 : med kommentarer*. 2. utg, Tano, Oslo 1998.

[Citeras: Schei 1998]

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*. 2.utg., Universitetsforlaget, Oslo 2001.

[Citeras: Skoghøy 2001]

Strandberg, Magne: *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*. Fagbokforlaget, Bergen 2012.

[Citeras: Strandberg 2012]

Valguarnera, Filippo: ”Den komparativa metoden”, i: Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 1. uppl., Studentlitteratur, Lund 2013 s. 141-173.

[Citeras: Valguarnera 2013]

Westberg, Peter: *Domstols officialprövning: en civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*. Juristförl., Diss. Lund : Univ.,Lund 1988.

[Citeras: Westberg 1988]

Westberg, Peter: ”Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål”, i:
Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per Henrik
Lindblom*, Iustus, Uppsala 2004 s. 731-754.

[Citeras: Westberg 2004]

Westberg, Peter: *Civilrättskipning. 2.*, rev. och utök. uppl., Norstedts
juridik, Stockholm 2013.

[Citeras: Westberg 2013]

Zila, Josef: ”Om rättssäkerhet.” *SvJT* 1990 s. 284-305.

[Citeras: Zila 1990]

Rättsfallsförteckning

Svenska avgöranden

Svea hovrätt

RH 2003:24.

Högsta domstolen

NJA 1976 s. 667.

NJA 1977 s. 176.

NJA 1984 s. 501.

NJA 1986 s. 470.

NJA 1990 s. 93.

NJA 1992 s. 263.

NJA 1992 s. 113.

NJA 1993 s. 764.

NJA 1998 s. 817.

NJA 2006 s. 53.

Norska avgöranden

Norsk Retstidende

Rt 1974 s. 1160.

Avgöranden för Europadomstolen

Blücher v. The Czech Republic no. 58580/00, 11 januari 2005.

(Citeras: Blücher v. Czech Republic)

Borgers v. Belgium [GG] no. 12005/86, 30 oktober 1991.

(Citeras: Borgers v. Belgium)

Dombo Beheer v. Netherlands no. 14448/88, 27 oktober 1993.

(Citeras: *Dombo Beheer v. Netherlands*)

Neumeister v. Austria no. 1936/63, 27 juni 1968.

(Citeras: *Neumeister v. Austria*)

Thorgeirson v. Iceland no. 13778/88, 25 juni 1992.

(Citeras: *Thorgeirson v. Iceland*)

Tiemann v. France and Germany no. 47457/99, 27 april 2000.

(Citeras: *Tiemann v. France and Germany*)