



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Axel Hallén

Om narrativ beviskravslära vid domstols
prövning av komplexa orsakssamband

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Westberg

Termin för examen: Period 1 VT2018

*Judgement does not come
suddenly; the proceedings
gradually merge into the
judgement*

Franz Kafka, *Processen*

Innehåll

Sammanfattning	1
Summary	3
Förord	6
Förkortningar	7
1. Inledning	8
1.1 Problembakgrund	8
1.2 Arbetets tes	9
1.3 Syfte och frågeställningar	9
1.4 Disposition	10
1.5 Arbetets metod och material	11
1.6 Forskningsläge	15
1.7 Avgränsningar	16
Del 1 - De bevisteoretiska grunderna	17
2. Om den narrativa beviskravsläran	17
2.1 Om bakgrunden i amerikansk rätt	18
2.2 Allmänt om narrativa bevisteorier	22
2.3 Om beviskravsläran	24
2.4 Särskilt om bevisvärdering enligt narrativ beviskravslära	26
3. Om beviskravsläran i svensk rätt	29
3.1 Kort om det svenska normalbeviskravet	30

3.2 Om bevisvärderingen i svensk rätt	31
3.2.1 Bevisvärdemetoden	32
3.2.2 Bevisvärdemetoden vid orsakssamband	37
3.2.3 Utvecklingen efter bevisvärdemetoden	38
3.3 Kort om de processuella förutsättningarna i tvister avseende orsakssamband	41
4. Delanalys - metodernas praktiska tillämpning och parts fördel	43
4.1 Om metoderna i praktiken	43
4.1.1 Bevisvärdemetoden	45
4.1.2 Narrativ beviskravslära	51
4.2 Har part fördel av att domstolen nyttjar den narrativa beviskravsläran?	57
Del 2 - I praktiken	62
5. Om beviskravet	62
5.1 Hur ska överviktsprincipen förstås i svensk rätt?	63
5.2 Överviktsprincipen i praxis	64
5.3 Om beviskravet avseende orsakssamband	71
5.4 Närmare om innebörden av <i>klart mera sannolikt</i>	75
6. Om bevisvärderingen	78
6.1 Något om relevansen av referat från överrätt	79
6.2 Hur värderas bevisning avseende komplexa orsakssamband?	81
6.2.1 Omfattar <i>klart mera sannolikt</i> en konkretisering?	82

6.2.2 Om bevisvärderingen i praktiken	86
6.2.2.1 NJA 1977 s. 176	86
6.2.2.2 NJA 1981 s. 622	90
7. Några sammanfattande reflektioner	95
7.1 Är sannolikhetskravet <i>statiskt</i> eller <i>skiftande</i> ?	95
7.2 Om kravet på <i>fristående</i> sannolikhet	96
7.3 Om betydelsen av kravet på <i>komparativ</i> sannolikhet	97
7.4 Om betydelsen av helhetsbedömningen	100
KÄLLFÖRTECKNING	102
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	114

Sammanfattning

Många kommersiella avtalsförhållanden är komplexa, och då tvist avseende fel i avtalsprestationen uppstår måste käranden bevisa ett orsakssamband mellan svarandens agerande och skadan. Detta försvåras ofta av avtalsförhållandets långvarighet såväl som att det ofta finns flera möjliga alternativa orsaker till skadan.

Det finns flera olika modeller för domstols prövning av parternas bevisning, och därtill olika beviskrav av varierande styrka och innebörd. En sådan modell är den *narrativa beviskravsläran*, enligt vilken domstolen ska jämföra två fullständiga narrativ, där den framlagda bevisningen ska värderas holistiskt och där beviskravet är en *övertviktsprincip*. I svensk rätt förespråkas å andra sidan ofta en atomistisk bevisvärdering och här uppställs i regel ett högt beviskrav. Arbetet har utgått ifrån tesen att domstols nyttjande av den narrativa beviskravsläran innebär en fördel för en part då tvist är om komplexa orsakssamband. Syftet med arbetet har därför varit att jämföra den narrativa beviskravsläran med den i svensk rätt centrala *bevisvärdeметoden*, för att sedan undersöka huruvida svenska domstolar kan sägas nyttja den narrativa beviskravsläran.

I arbetets första del presenteras de bevisteoretiska utgångspunkterna, och arbetet har då utförts enligt en rent deskriptiv metod. Den narrativa beviskravsläran beskrivs utifrån doktrin, och arbetet påvisar att läran utgår ifrån att parterna ska presentera var sitt narrativ och att domstolen enligt övertviktsprincipen ska välja det som framstår som mest sannolikt. Här beskrivs även den narrativa beviskravslärans bakgrund i amerikansk bevisrätt såväl som i narrativa bevisteorier, samt närmare hur den holistiska bevisvärderingen ska utföras. Därefter genomgås bakgrunden i svensk rätt, även här utifrån doktrin. Här är utgångspunkten att parten ska *styrka* sin talan, och en central bevisvärderingsmetod är bevisvärdeметoden, enligt vilken domstolens bevisvärdering ska ske uppdelat i beviskedjor. I delanalysen visar arbetet sedan på hur bevisvärderingen enligt de bägge lärorna kan tänkas gå till i praktiken, och här har en

konkretiseringsmetod använts. Här visas att bevisvärdemetoden medför flera praktiska svårigheter vid prövningen av ett komplext orsakssamband, och att det är rimligt att anta att parten har fördel av domstols nyttjande av den narrativa beviskravsläran.

I arbetets andra del behandlas domstolars bevisprövning i praktiken. Inledningsvis visas, utifrån en rättsdogmatisk metod, att svenska domstolar inte kan sägas nyttja en överviktsprincip så som denna ska förstås i svensk rätt, nämligen som en riskfördelningsmodell utan nyttjande av bevisbördeplacering. Istället tycks *klart mera sannolikt* vara det beviskrav som bildar utgångspunkt i tvister avseende för arbetet relevanta orsakssamband, och arbetet visar även att beviskravet kan anses omfatta dels ett krav på *fristående*, dels ett krav på *komparativ* sannolikhet. Vidare visas att *klart mera sannolikt* även påverkar domstolens bevisvärdering genom ett krav på en helhetsbedömning av partens påstående, och att HD:s bevisvärdering i praxis därför i någon mån kan sägas vara prejudicerande. Även här har en rättsdogmatisk metod nyttjats. Utifrån två refererade avgöranden från HD visas att det finns anledning att anta att bevisbedömningen i för arbetet relevanta tvister sker holistiskt.

I arbetets avslutande kapitel dras slutsatsen att HD:s användning av kravet *klart mera sannolikt*, sammantaget med nyttjandet av en helhetsbedömning, innebär att det är möjligt att konkludera att domstolens bevisprövning kan sägas utföras enligt den narrativa beviskravsläran.

Summary

Many commercial partnerships are contractually complex, and when a dispute arises, the plaintiff must show causation between the actions of the defendant and the damage sustained. This is often made difficult by the longevity of the partnership, as well as the often numerous alternative causes of the damage.

There are several different methods by which the courts can try the evidence put forth by the parties, with different standards of proof which vary in strength and meaning. One such method is the relative plausibility theory, according to which the court is to compare two complete stories, where the individual pieces of evidence are to be assessed holistically, and where the standard of proof is a preponderance-of-the-evidence-test. However, legal scholars in Sweden often advocate that the evidence is to be assessed atomistically and that the standard of proof should correspond to a high degree of certainty. The theory of this paper is therefore that the parties involved in a dispute regarding complex causations would benefit from the court's use of the relative plausibility theory in its assessment of the evidence. The purpose of the paper has therefore been to compare the relative plausibility theory with one method central to the assessment of evidence in Swedish law, the value-of-the-evidence-method (sw: *Bevisvärdeметоден*). The purpose has furthermore been to investigate whether it can be said that Swedish courts use the relative plausibility theory.

In the first part of the paper, a theoretical background is presented, and the study hereby has followed a purely descriptive method. The relative plausibility theory is presented based on how it has been described in American legal doctrine, and the paper shows that the theory assumes that both parties will present a story and that the court, according to the preponderance-of-the-evidence-test, is to choose the story that appears most likely. The background of the theory, both in American law in general and in so called story-model-theories, as well as the holistic method for the assessment of evidence, is presented. Thereafter, the relevant background in Swedish

legal doctrine is presented. Here, the burden of proof corresponds to a high degree of certainty (sw: *styrkt*), and the basis of the courts assessment of the evidence is the value-of-the-evidence-method, according to which the court's assessment of the evidence is to be divided up into so called evidence chains (sw: *beviskedjor*). In the part-analysis it is then theorised how the assessment of the evidence according to both theories may be carried out in practice, whereby a so called concretization-method has been used. In the part-analysis it is also shown that the use of the value-of-the-evidence-method involves practical difficulties when assessing evidence regarding complex causation, and that it therefore is reasonable to assume that a court's use of the relative plausibility theory is beneficial to the party.

In the second part of the paper, the method by which the courts assess the evidence in practise is studied. Initially, based on a legal dogmatic method, it is found that courts in Sweden does not seem to acknowledge a preponderance-of-the-evidence-test, at least not the way the test is to be understood in Swedish law, that is, as a model for the allocation of risk without the use of a burden of proof. Instead, it seems that the standard of proof most commonly used is by a certain-preponderance-of-the-evidence (sw: *klart mera sannolikt*), and it is shown that the burden entails a requirement for the plaintiffs claim to have been made likely in itself aswell as a requirement for a relative probability. Furthermore, it is shown that also the court's assessment of the evidence will be affected by the requirement for a certain-preponderance-of-the-evidence, since the burden calls for the assessment of a party's claim in its entirety. Therefore, it is theorised that the Supreme Court's assessment of evidence in practice to some extent may be said to be precedential. Therefore, a legal dogmatic method has been used in this part. Lastly, based on two rulings by the Supreme Court, it is shown that it is reasonable to assume that the assessment of the evidence put forward in disputes relevant to the paper is holistic.

The final chapter of the paper shows that it follows the way the Supreme Court interprets the burden of certain-preponderance-of-the-evidence, together with the way

the Court carries out the overall assessment of the evidence in practise, that it is reasonable to find that the Court have followed the relative plausibility theory when trying the plaintiffs claim.

Förord

Det inledande citatet är taget från Franz Kafka, som ju skrev om både en Process (1925) och en Förvandling (1915). Min tid på juristprogrammet har medfört att dessa bägge är tätt sammankopplade, och även om min förvandling inte är den från man till skalbagge, är den inte mindre omvälvande.

Min förvandling från lekman till jurist har möjliggjorts av flera. Tack Mor och Far för ert ständigt tillgängliga och allomfattande stöd, tack Bror för dina ständigt tillgängliga kommentarer. Tack Ian för luncherna och samtalen, vilka bägge tillfört studierna kraft.

Tack till professor Peter Westberg, som var den som från början väckte mitt intresse för processrätten och vars råd under arbetet varit ovärderliga. Ett tack riktas även till professor Christian Dahlman, som bidragit med diskussioner som (förhoppningsvis) skänkt arbetet skärpa. Tack även till bibliotekarierna vid Juridiska fakultetens bibliotek, såväl som biblioteket vid Raoul Wallenberginstitutet.

Slutligen ska ett tack riktas till advokatbyrån Mannheimer Swartling i allmänhet, och där verksamme advokaten Stefan Brocker i synnerhet.

Södra Esplanaden, maj 2018

Förkortningar

RB	Rättegångsbalk (1942:740)
BrB	Brottsbalk (1962:700)
MB	Miljöbalk (1998:808)
SKL	Skadeståndslag (1972:207)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
TR	Tingsrätt
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
Rt.	Norsk Retsidende
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Problembakgrund

I dagens samhället uppkommer och upprätthålls hela tiden en stor mängd kommersiella förhållanden. Dessa kan ha samhället som part, t.ex. i form av entreprenadavtal avseende uppförandet av ny samhällskritisk infrastruktur så som vägar, kraftverk eller sjukhus. Det kan även röra sig om avtal med två helt kommersiella parter, t.ex. avseende köp och försäljning av stora volymer av varor eller tjänster, inte minst från bolag inom vår industri- och verkstadssektor. Gemensamt för dessa typer av avtalsförhållanden är att de ofta är långvariga och komplexa, genom att parternas avtalsenliga prestationer ofta sker stegvis och avtalets uppfyllelse ofta är avhängigt flera rörliga delar vilka ska samverka.

Då tvist avseende fel i avtalsprestationen i sådana förhållanden uppstår, finner käranden sig ofta i den besvärliga sitsen att behöva föra ett tillräckligt samband mellan svarandens agerande i någon del och en ersättningsgill skada i bevis. Att visa ett sådant orsakssamband är naturligtvis helt nödvändigt och grundläggande inom all ersättningsrätt. I de ovan beskrivna tvisterna försvåras detta emellertid av att parterna ofta företagit en stor mängd handlingar över lång tid, och genom att dessa sedan ofta har samspelat på ett sätt som orsakat skadan. Därtill kan det finnas en lång rad möjliga alternativa orsaker än den som käranden hävdar.¹ Därtill kan det vara svårt att finna bevisning av god kvalitet om det som hänt för flera år sedan, bevisning som dessutom endast talar för kärandens version.

Parternas lycka och fördärvelse i tvisten är ytterst avhängig domstolens behandling av bevisningen; vilket krav som riktas mot den och hur den värderas. Det kommer visas

¹ Se, avseende entreprenadrättsliga förhållanden, Haidar (2011) s. 153-154: ”When a party to a contract makes a claim to recover a loss, it is normally required to prove a connection between individual events and each item of loss. But the process of construction is a complicated interaction of activities and the overall loss might well be caused by the combination of a number of different events.”.

att det i svensk rätt ofta sägs att beviskravet är högt ställt, och att bevisvärderingen ska ske uppdelat i beviskedjor, där varje del måste vara bevisad med tillräcklig styrka för att inte hela kedjan ska falla. Ett alternativ återfinns i den *narrativa beviskravsläran*, enligt vilken domstolen utifrån en överviktsprincip ska välja det alternativa orsakssamband som sammantaget framstår som mest sannolikt, och där bevisen värderas utifrån den sammantagna bevishelheten.

1.2 Arbetets tes

Utifrån den återgivna problembakgrunden har arbetet utgått ifrån tesen att den ordning som finns för bevisprövning i Sverige idag gör det svårt att vinna framgång med en talan innehållande ett komplext orsakssamband. Tesen är vidare att den narrativa beviskravsläran är bättre lämpad för den typen av talan, såtillvida att dess tillämpning underlättar för parterna att föra bevisning.²

1.3 Syfte och frågeställningar

Syftet med detta arbete är att undersöka huruvida domstols användning av narrativ beviskravslära, så som denna utvecklats i amerikansk doktrin, i sin bevisbedömning innebär en fördel för parten i en tvist avseende ett *komplext orsakssamband*³ och därtill att undersöka huruvida svenska domstolar kan sägas nyttja läran vid sin prövning av sådana samband. Det krävs då naturligtvis att denna lära jämförs med den beviskravslära som kan anses mest relevant i svensk rätt, såtillvida att det är den lära som svenska domstolar främst ser till vid sin bevisprövning. Att avgöra vilken lära som kan ges den titeln är emellertid ett ämne för en, eller möjligen flera,

² Se, om användandet av tes, Sandgren (2015), s. 30 f.

³ Med *komplexa orsakssamband* avses i detta arbete orsakssamband med sådana egenskaper som gör dem svåra att föra bevisning kring. Sådana egenskaper är typiskt sett att sambanden sträcker sig över lång tid, att de innehåller fler än några enstaka händelser och att dessa händelser möjligen påverkar varandra.

ytterligare uppsatser. Detta arbete jämför därför den narrativa beviskravsläran med den s.k. *bevisvärde*metoden.

Eftersom bägge dessa metoder är normativa fordras att arbetet inledningsvis besvarar:

1. Hur ska metoderna användas av domstolen i en tvist innehållande ett komplext orsakssamband?

Först därefter kan undersökas huruvida domstolens användning av den narrativa beviskravsläran innebär en fördel för parten i en sådan tvist, och frågeställningen blir därför:

2. Kan domstolens användning av den narrativa beviskravsläran, så som dess praktiska användning kan teorieras, sägas innebära en fördel för parterna?

I arbetets avslutande del behandlas frågeställningen:

3. Hur bedömer domstolen partens bevisning i komplexa orsakssamband i praktiken? Kan domstolen sägas nyttja den narrativa beviskravsläran?

1.4 Disposition

Arbetet avser alltså presentera två olika metoder för domstols behandling av bevis och sedan försöka applicera dessa på praktiken. För att tydliggöra skillnaden mellan teori och praktik är arbetet indelat i två övergripande delar.

Del ett behandlar den bevisteoretiska bakgrunden. Delen består av kapitel två till fyra, där kapitel två och tre närmast är rent deskriptiva och kapitel fyra är analytiskt. I kapitel två presenteras inledningsvis den narrativa beviskravsläran. För att ge djupare förståelse om hur läran ska förstås och tillämpas i praktiken presenteras här den

bakgrund i amerikansk rätt mot vilken läran utvecklades, såväl som något om vilken roll narrativa konstruktioner i allmänhet kan sägas ha i domstolens bevisbedömning. I kapitel tre presenteras den bevisteoretiska bakgrunden i svensk rätt. Inledningsvis behandlas mycket kort det svenska normalbeviskravet för att ge en djupare förståelse och för att underlätta presentationen i den efterföljande delen. Därefter behandlas bevisvärderingen i svensk rätt, och jag har alltså valt att behandla bevisvärdemetoden. I kapitlet presenteras även kort utvecklingen efter bevisvärdemetoden. Del ett avslutas med en delanalys i kapitel fyra, där de två olika metoderna undersöks utifrån frågeställning 1 och 2, alltså hur de ska tillämpas i praktiken och vilken eventuell fördel part har av domstolens nyttjande av den narrativa beviskravsläran.

Del två behandlar hur domstolens bevisbedömning sker i praktiken. Då ändamålet är att dra slutsatser kring domstolens bevisprövning utifrån praxis dras analytiska slutsatser löpande. Delen består av kapitel fem till sju. Kapitel fem behandlar vilket beviskrav domstolen applicerar på frågan om orsakssamband. Som framgår av det följande utgår den narrativa beviskravsläran till synes ifrån en s.k. överviktsprincip, och inledningsvis behandlas således hur en sådan ska förstås i svensk rätt och huruvida den kan sägas återfinnas här. Därefter behandlas vilket beviskrav som kan sägas utgöra gällande rätt då fråga är om prövningen av ett sådant orsakssamband som behandlas i detta arbete. I kapitel sex behandlas hur domstolens bevisvärdering sker i praktiken. Inledningsvis analyseras här hur avgöranden från högsta instans ska förstås. Därefter undersöks två avgöranden från HD för att söka finna hur domstolen tänkt då parternas bevisning bedömts. Delen, tillika arbetet, avslutas i kapitel sju med att några avslutande kommentarer om det funna ges.

1.5 Arbetets metod och material

Utformningen av arbetets syfte, och i förlängningen dess frågeställningar, medför att skilda metoder har nyttjats under arbetet, både avseende *valet* av material och

avseende *behandlingen* av valt material.⁴ I detta kapitel behandlas således frågorna om hur arbetet utförts och om hur materialet valts i ett sammanhang. Löpande har en juridisk metod använts. Detta innebär bland annat att rättskällevärdet har styrts urvalet av det material som ligger till grund för min studie.⁵

Syftet i kapitel två och tre har varit att underbygga den delanalys som avslutar del ett, och arbetet har i dessa bägge inledande kapitel alltså inte varit att beskriva något som kan göra anspråk på att vara *gällande rätt*. Inte heller gör de två lärorna som presenteras anspråk på att vara sådan rätt⁶, utan bägge är istället normativa och ska därför i min mening ses som argument *de sententia ferenda*⁷. Det går således att ifrågasätta huruvida arbetet i dessa bägge kapitel utförts i enlighet med en rättsdogmatisk metod, då denna ju ofta sägs vara ämnad att utkristallisera en rättsregel enligt gällande rätt, med syfte att applicera denna skapade regel på en specifik problemställning.⁸ Istället används i dessa bägge kapitel en rent deskriptiv metod, och jag har i dessa kapitel alltså återgivit de två lärornas centrala delar utan att ta ställning till deras lämplighet eller dylikt. Materialvalet i kapitel två och tre har främst gjorts utifrån de författare⁹ som ska ses som upphovsmän till de bägge behandlade lärorna. I kapitel två har därför främst hänvisats till *Allen*¹⁰, men även sådant material som krävts för att sätta läran i ett sammanhang har använts, då främst amerikansk doktrin. I kapitel tre har främst hänvisats till *Ekelöf* och dennes arbete i Rättegång IV. Jag har här valt att arbeta utifrån boken i dess sjätte upplaga, då detta var den sista där Ekelöf själv bidrog till de delar som rör bevisvärdering, vilka är

⁴ Se Sandgrens inledande definition av betydelsen av arbetets metod, Sandgren (2015) s. 39.

⁵ Se Sandgren (2015), s. 40 f.

⁶ Detta oaktat att de i vissa delar menar sig finna stöd i t.ex. avgöranden från upphovslandets högsta domstol eller dylikt.

⁷ Dvs. rekommendationer och uppmaningar om nya eller ändrade principer för rättstillämpningen.

⁸ Se härtill Sandgren (2015) s. 43, Kleineman (2014) s. 21 och Jareborg (2004) s. 4.

⁹ Eftersom bägge lärorna är normativa finns de endast behandlade i doktrin.

¹⁰ Merparten av rättsvetenskapsmännen refererade till i detta arbete är sannolikt sedan innan kända för läsaren, och kommer således inte heller presenteras, men det kan nämnas att Ronald J. Allen (1951-) är professor vid Northwestern University i USA.

centrala för den av honom utvecklade läran.¹¹ Även här har därtill hänvisats till annat material för att sätta bevisvärdemetoden i ett sammanhang, och då särskilt till *Lindell* och *Diesen*.

I kapitel fyra analyseras alltså materialet som återgivits i kapitel två och tre. Detta görs för att finna huruvida den narrativa beviskravsläran i praktiken kan sägas innebära en fördel för parten. Vid metodvalet söktes således en metod som på bästa sätt kunde visa på hur metoderna skulle komma att nyttjas i praktiken av domstolen. En sådan ansats hade förstås kunnat utföras på flera olika sätt rent metodteoretiskt, t.ex. hade ett intervjuförfarande kunnat ske med ett antal domare för att utröna hur de uppfattade de olika lärornas handlingsdirektiv, alternativt hade en kvantitativ analys kunnat göras av ett stort antal avgöranden för att söka finna hur domstolen nyttjat lärorna i de fall där de kunde sägas ha gjort det. Arbetets knappa tidsram tillät enligt min mening emellertid inte att någon sådan metod användes på ett för den rättvist sätt, varför jag istället valt vad jag kallar en *konkretiseringsmetod*. Metoden är så kallad eftersom jag i kapitel fyra gör ett försök att konkretisera hur metodernas handlingsnormer i praktiken skulle uppfattas av domaren. Jag utgår alltså ifrån hur teorierna *borde* fungera i praktiken, om domaren vid sin bevisprövning följde lärornas innehåll *så nära som möjligt*, och det skisserade är således en hypotes.¹² I kapitlet analyseras också den presenterade hypotesen löpande på ett kritiskt sätt för att uppmärksamma de brister som, i min mening, uppstår då teorin översätts till praktiken. I denna del kan metoden alltså kallas rättsanalytisk, eftersom lärorna analyseras utifrån sin praktiska genomförbarhet genom att slutsatser dras utifrån den bedömande domarens tankesätt.¹³ Materialet i detta kapitel utgörs av det material som presenterats i kapitel två och tre.

¹¹ Se bokens förord, Ekelöf & Boman (1992), s. 5 f.

¹² Jag kan förstås inte kalla det annat än ett ödmjukt försök, och jag kan förstås inte heller hävda att mitt försök helt reflekterar sättet på vilket Ekelöf eller Allen själva föreställt sig att domarens praktiska prövning enligt lärorna skulle ske.

¹³ Se om metoden Sandgren (2015), s. 45-47. Slutsatserna kring domarens tankesätt är i delanalysen sådana att jag menar att de faller inom ramen för allmänt erkänd kunskap (jfr Sandgren (2015), s. 47).

I del två är ändamålet alltså att undersöka och beskriva domstolens bevisbedömning i praktiken. I delen dras slutsatser utifrån det presenterade materialet löpande, eftersom ett sådant arbetssätt är bättre lämpat för ett så omfattande material. Vid arbetet med kapitel fem, där beviskravet behandlas, har en rättsdogmatisk metod använts. Detta innebär, vilket läsaren säkert känner igen, att rättskällor som erkänns enligt rättskälleläran används för att fastställa innehållet i gällande rätt.¹⁴ Eftersom metoden är kvalitativ, i motsats till kvantitativ, är rättskällans auktoritet avgörande för dess betydelse i resonemanget.¹⁵ Detta har påverkat valet av material. Här har således främst använts avgöranden från HD, och då endast refererade sådana. Den upptagna praxis är rikhaltig, men domstolens avgöranden i NJA 1977 s. 176 och NJA 1981 s. 622 ska lyftas fram som särskilt centrala i arbetet. Även doktrin har löpande använts, dels för att beskriva gällande rätt, men även i någon mån för att något mer kritiskt analysera rättsläget.¹⁶ Vid valet av doktrin har, för att i någon mån avgöra rättskällans auktoritet, vikt lagts vid författarens dignitet på processrättens område såväl som argumentationens relevans.¹⁷ Därför hänvisas främst till författare som *Diesen*¹⁸, *Heuman*, *Lindell* och *Westberg*.

I kapitel sex undersöks alltså hur domstolen i praktiken värderar partens bevisning. Som framgår av det kapitlets inledande underkapitel går det att ifrågasätta huruvida referat från HD är prejudicerande avseende frågor om bevisvärdering.¹⁹ Detta skulle ju i det närmaste omöjliggöra användningen av en rättsdogmatisk metod.²⁰ För att ge slutsatserna i det kapitlet bredare tillämpning än sådana dragna av blotta fallstudier

¹⁴ Se, avseende beskrivningen av metoden, källorna anförda i not 8.

¹⁵ Se Sandgren (2015), s. 43 f.

¹⁶ Vilket alltså kan sägas vara ett uttryck för en rättsanalytisk metod, se Sandgren (2015), 45-47.

¹⁷ Se Peczenik (1995), s. 42 f.

¹⁸ Det finns här anledning att kort kommentera användningen av Louise Nelkers arbete i Cristian Diesens *Bevis 4*. Det är Nelkers examensarbete på juristprogrammet som är infört i antologin, vilket ju kan sägas i någon mån förta det sådan auktoritet som här diskuteras. Jag menar emellertid att denna källa ändå ska tillmätas större auktoritet än dylika arbeten, då det är utvalt av Christian Diesen eftersom det enligt bokens förord vid s. 5 ”håller en mycket god rättsvetenskaplig kvalitet”.

¹⁹ Se kapitel 6.1.

²⁰ Se Andersson (2014), s. 427-431.

har jag valt att undersöka huruvida det beviskrav som befunnits vara det som ska tillämpas i för arbetet relevanta tvister (*klart mera sannolikt*) medför en sådan *konkretisering* som kan sägas påverka domstolens bevisvärdering. Därefter har jag undersökt hur domstolen behandlar konkretiseringen. Eftersom jag i kapitlet menar att det i doktrinen finns stöd för att sådant innehåll kan omfattas av referatet som rättskälla, och därigenom sägas omfattas av gällande rätt, menar jag att metoden som använts i kapitlet är rättsdogmatisk.

I kapitel sju ges några sammanfattande slutsatser avseende vad materialet i kapitel fem och sex närmare innebär för arbetets frågeställning 3. I detta kapitel jämförs alltså i någon mån det funna i svensk rätt med det i amerikansk rätt för att finna likheter och skillnader och i detta kapitel kan jag alltså sägas ha nyttjat en komparativ metod.²¹

1.6 Forskningsläge

Förevarande arbete undersöker alltså vilken roll den narrativa beviskravsläran kan sägas ha vid domstols bevisprövning i tvister avseende vissa orsakssamband. Det kan inledningsvis sägas att denna beviskravslära, såvitt arbetets tidsram tillåtit mig att undersöka, överhuvudtaget inte tycks behandlad i den svenska rättsvetenskapen och att termen omnämns blott *en* gång i nordisk rättsvetenskaplig doktrin.²² Då den narrativa beviskravsläran behandlas i detta arbete ses den som normativ dels avseende beviskravet, dels avseende bevisvärderingen. Dessa bägge processuella institut har förstås behandlats i flertalet civilprocessuella standardverk, och beviskravet har då också behandlats deskriptivt.²³ Frågor om domstols bevisvärdering tycks främst ha behandlats utifrån ett normativt perspektiv, och flera sådana studier används även i

²¹ Se Valguarnera (2014), s. 141 f.

²² Se Strandberg (2012) s. 157. Termen (vilken hos Strandberg visserligen är ”narrativ beviskravslære”) tycks alltså vara dennes föreslagna översättning av den amerikanska ursprungsterminologin, ”the ’relative plausibility theory’”, se Allen & Stein (2013) s. 557.

²³ Här kan särskilt nämnas Heuman (2005), som visserligen främst behandlar frågor om bevisbördan, men där även frågor om beviskrav behandlas grundligt.

arbetet. Vad avser domstols bevisvärdering tycks emellertid i stort saknas deskriptiva studier.²⁴ Sådana narrativa konstruktioner ur vilka den narrativa beviskravsläran är sprungen har varit föremål för en uppsjö studier sedan 1980-talet, och dessa behandlas i någon mån i kapitel 2.2. Särskilt *Kolflaath* ska nämnas som en på området central författare.

Arbetets bidrag till forskningsläget är således (förhoppningsvis) att presentera, utveckla och i någon mån utvärdera den narrativa beviskravsläran som en modell för domstols prövning av bevisningen i tvister avseende komplexa orsakssamband, med avseende på domstols syn på beviskrav och bevisvärdering i sådana tvister.

1.7 Avgränsningar

Arbetet behandlar beviskravslärorna endast utifrån bevisrättsliga perspektiv, och då endast avseende beviskrav och bevisvärdering, frågor om *bevisbörda* behandlas bara i den utsträckning detta berör förståelsen av beviskravet i för arbetet relevanta tvister. Att endast bevisrättsliga perspektiv behandlas innebär vidare att arbetet inte behandlar hur andra processrättsliga eller civilrättsliga bestämmelser påverkar de olika metoderna för bevisprövningen. Endast tvister i allmän domstol behandlas, således ej skiljeförfaranden. Arbetet behandlar endast narrativ beviskravsläras tillämpning i svensk rätt, och då endast dispositiva civilprocessuella dispositioner. Arbetet behandlar frågeställningarna endast utifrån tvister där ingen av parterna är konsumenter. I den del arbetet behandlar huruvida parten skulle ha fördel av att domstolen vid sin bevisbedömning använder narrativ beviskravslära behandlas detta endast gentemot hur partens möjligheter att föra bevis skulle te sig om domstolen istället nyttjade bevisvärdemetoden. Beskrivningen av olika bakomliggande teorier är inte uttömmande, så inte heller beskrivningen av olika bevisteorier.

²⁴ Här kan dock nämnas Björk (1988) som prövat HD:s bevisvärdering i tvisten refererad i NJA 1982 s. 421. Björks arbete är emellertid i min mening snarare av filosofisk-logisk-inriktning, varför det inte behandlas vidare i förevarande arbete.

Del 1 - De bevisteoretiska grunderna

Hela bevisrätten har sin grund i behovet att hantera den osäkerhet som föreligger avseende sådana påståenden om verkligheten som är relevanta för den materiella utgången i en rättsak. Helt säker på vad som är sant kommer domaren emellertid aldrig att bli, eftersom även det mest perfekta av bevismedel lämnar visst utrymme för tvivel, och än mer så om kändanden finner en slipad motpart i svaranden. Eftersom det ofta inte går att veta om något är helt sant tillämpas i svensk rätt *beviskravsmodellen*, alltså att ett påstående ska hållas för sant om det når upp till ett av rätten uppställt *beviskrav*. Ett beviskrav är ett krav på viss sannolikhet för att det relevanta påståendet ska ses som sant. När sannolikheten för ett visst faktapåstående upp till beviskravet läggs det till grund för domen i den delen.²⁵ Olika *beviskravsläror* resonerar sedan olika avseende hur beviskravet närmare bör motiveras, förstås och uppfyllas. Beviskravslärans roll är alltså att bistå i förståelsen av beviskravet. De olika beviskravsläror påverkar i praktiken emellertid mer än endast hur kravet på bevisningen preciseras; eftersom de dikterar hur beviskravet ska uppfyllas resonerar de ofta även kring hur domstolen ska utföra sin *bevisvärdering*. Då termen beviskravslära används i detta arbete ses det således som teorier och materiella regler både avseende beviskrav och avseende bevisvärdering.

2. Om den narrativa beviskravsläran

För att närmare förstå den narrativa beviskravsläran, såväl som för att underbygga den fortsatta behandlingen av frågeställningarna, krävs att de bevisrättsliga utgångspunkterna i amerikansk rätt inledningsvis presenteras.

²⁵ Se Strandberg (2012), s. 17 f.

2.1 Om bakgrunden i amerikansk rätt

I den amerikanska processrätten återfinns en kombination av bevisbörda²⁶ och beviskrav²⁷. Bevisbördan tycks som huvudregel åläggas kändanden.²⁸ Bevisbördan enligt amerikansk rätt ålägger den bevisbördebärande två skyldigheter; *produktionsbörda* och *överbevisningsbörda*.²⁹ Den förra ska här förstås som domarens prövning av huruvida den av parten framlagda bevisningen är sådan att den möter en slags minimimängd för dess prövning av en domstol.³⁰ Först då domaren finner att bevisningen kan anses tillräckligt omfattande tillåter denne talan att gå vidare.³¹ Den senare bördan ska förstås som prövningen av huruvida partens bevisning är tillräcklig för att möta beviskravet.³²

Beviskravet i amerikansk civilprocessrätt är en *överviktsprincip*.³³ Detta innebär att en övervikt av bevisningen i målet ska tala för den bevisbördebärande partens, alltså oftast kändandens, påstående. Kravet innebär alltså att mer bevisning ska tala *för*

²⁶ Eng: *Burden of proof*, se US Courts Glossary of Legal Terms (använd 2018-03-11).

²⁷ Eng: *Standard of proof*, se US Courts Glossary of Legal Terms (använd 2018-03-11). I doktrin tycks emellertid talas om kravet som riktat mot partens skyldighet att uppfylla sin bevisbörda, se McCormick m.fl. (2006) s. 568, rubriken till § 339: "satisfying the burden of persuasion".

²⁸ Se Strandberg (2012), s. 127 f., där denne i korthet sammanfattar diskursen i amerikansk rätt. Se även McCormick m.fl. (2006), s. 564, såväl som majoritetens mening i *Schaffer v. Weast*, som härvid citerar McCormick m.fl. (1999) s. 510: "The burdens of pleading and proof with regard to most facts have and should be assigned to the plaintiff who generally seeks to change the present state of affairs and who therefore naturally should be expected to bear the risk of failure or proof or persuasion."

²⁹ Dessa bägge termer är mina översättningar från de av Strandberg (2012) på s. 128 föreslagna norska översättningarna *produktionsbyrden* och *överbevisningsbyrden*. I amerikansk doktrin tycks terminologin emellertid skifta något, se McCormick m.fl. (2006) s. 562: "One burden is that of producing evidence, satisfactory to the judge, of a particular fact in issue. The second is the burden of persuading the trier of the fact that the alleged fact is true." Hos Cross & Tapper (2010) används termerna "Evidential burden" (s. 128) och "Persuasive burden" (s. 130).

³⁰ Se det av Strandberg (2012) på s. 128 not 556 återgivna citatet från Dennis: "It is the obligation to adduce sufficient evidence to raise an issue for the court to consider."

³¹ Se McCormick m.fl. (2006), s. 562: "The burden of persuasion becomes a crucial factor only if the parties have sustained their burdens of producing evidence".

³² Se McCormick m.fl. (2006), s. 563.

³³ Se Fienberg & Schervish (1986), s. 780. Beviskravet tycks ha presenterats på olika sätt, se Strandberg (2012) s. 128; "a preponderance of the evidence", att det föreligger en "balance of probabilities", eller att parts påstående är "more probable than not".

kärandens påstående än vad som talar *emot* detta.³⁴ Det är främst partens överbevisningsbörda som behandlas i amerikansk bevisteori.³⁵

En modell som presenterats för att förklara partens överbevisningsbörda är den *Bayesianska beviskravsläran*, som sedan 1960-talet tycks varit dominerande i debatten om beviskrav.³⁶ Läran bottenar i en diskussion som uppstod i doktrin som främst handlade om viljan att uppnå nyttomaximering med beviskravsreglerna och därför menade författare att beviskravet skulle avgöras av ett slags frekvensbegrepp.³⁷ Läran är således *normativ*.³⁸ Läran bygger på Bayes teorem, vilket är en central del inom forskningsområdet statistik och hör till de teorier som beskriver *statistisk inferens*.³⁹

Som har presenterats ovan är beviskravmodellens främsta roll att behandla just osäkerheter och Bayes teorem anvisar, mycket förenklat, hur osäkerheter ska behandlas då en eller flera okända storheter, som t.ex. ett påståendes riktighet, studeras i ljuset av redan kända fakta.⁴⁰ Att den Bayesianska bevisteorin nyttjar statistiska formler för att fastställa sannolikheter vid bedömningen innebär att den är *kvantitativ*.⁴¹

³⁴ Se Kaplan (1968), s. 1072: ”This is the pre-ponderance-of-the-evidence test in civil cases, where the jury must merely be satisfied that the probability is greater than 50 percent - in other words, that it is more likely than not that the plaintiff has a right to recover.”

³⁵ Se Strandberg (2012), s. 128.

³⁶ Se Strandberg (2012), s. 130; även Fienberg & Schervish (1986), s. 771, särskilt verken refererade vid deras not 4. Allen (1986), sammanfattar på s. 402 dåtidens uppfattning i amerikansk bevisrätt med att: ”a general although not unanimous consensus appears to have emerged that a careful use of Bayesian methodologies - one that is sensitive to its requirements and limitations - should prove useful in reducing errors resulting from trials.”

³⁷ *Nytta* översätts som *expected utility*. Ett tidigt exempel på sådan argumentation återfinns hos Ball (1960), men den är tydligare hos Kaplan (1968) och Cullison (1969).

³⁸ Innebärande att den resonerar i termer av hur en domare *bör* tänka då denne prövar bevisning, se om begreppet Kolflaath (2013), s. 25 f.

³⁹ Se om begreppet Nationalencyklopedins artikel *statistisk inferens* (läst 2018-02-20).

⁴⁰ Se närmare om teoremet i juridiska situationer t.ex. Nordgaard & Rasmussen (2012), som visserligen rör dess applikation i straffrättsliga dispositioner, och mer allmänt Savchuk & Tsokos (2011).

⁴¹ Sådana teorier nyttjar sammanställd information för att kunna, med hjälp av statistiska modeller, dra slutsatser om okända faktorer. Se allmänt om kvantitativa metoder Kolflaath (2013), s. 42 f.

Förespråkare för läran menande att ett så lågt beviskrav som *sannolikhetsövervikt* kunde motiveras av att det i tvistemål ansågs vara lika nyttomaximerande att kändanden vann som att svaranden vann.⁴² Ett högre beviskrav skulle å andra sidan agera nyttominimerande, eftersom färre kändanden då skulle vinna utan att svaranden för den skull upplevde mer nytta; ett så lågt krav som *0.5 sannolikt* var således enligt teorin optimalt.⁴³ Detta innebar att Bayesiansk beviskravslära skulle kräva att kändandens gjort sitt yrkande *mer än hälften sannolikt*⁴⁴, vilket enligt författare i angloamerikansk doktrin över tid också skulle minimera antalet materiellt felaktiga domslut.⁴⁵

Modeller som stammar ur Bayes teorem är *atomistiska*, vilket innebär att de värderar bevisningen i ett mål genom att först bryta ned denna i enskilda bevisteman. Modellens användning i en bevisföringssituation kan illustreras enligt följande. Tvist råder avseende huruvida påstående X är sant eller osant. Låt G stå för situationen att X är helt sant, och låt N stå för situationen att X är helt osant. Låt vidare H stå för den kunskap som åhöraren har vid varje tillfälle. Enligt Bayesiansk beviskravslära får bedömaren i detta läget sannolikheten (S) för att G är riktigt då åhöraren vet H genom formeln $S(G/H)$. Omvänt fås sannolikheten för att G är oriktigt med samma information enligt formeln $S(N/H)$. Som ovan angett är normalbeviskravet i amerikansk rätt sannolikhetsövervikt. Detta innebär att formeln måste, för att kändanden ska vinna med sitt påstående X, kunna skrivas som $S(G/H) + S(N/H) = 0.5$. Anta att ett nytt bevisföremål förs in i tvisten, t.ex. ett avtal, och låt E stå för

⁴² Se Friedman (1997), s. 278, där denne gör en jämförelse med hur det rakt motsatta gäller i straffrätten, där det är klart mer nyttomaximerande att den tilltalade 'vinner' (alltså att denne frikänns) vid ett så lågt beviskrav.

⁴³ Se Redmayne (2008), s. 281.

⁴⁴ Se Fienberg & Schervish (1986), s. 779 f., där de talar om "the minimalist Bayesian requirement". Märk även de av författarna refererade källorna vid s. 781, särskilt noterna 50 och 51, enligt vilka ett sådant minimikrav tycks ha fått visst fäste bland tidens amerikanska jurister. Även Kaye (1999) menar vid s. 3 not 8 att bl.a. Supreme Court i sitt avgörande i *Bellow v. Georgia* använt sig av ett resonemang som liknar det som förs enligt Bayesiansk beviskravslära.

⁴⁵ Se Ball (1960), s. 812-813, även Cullison (1969), s. 570. Argumentet tycks accepterat, då det återkommer även i senare doktrin, se bl.a. Redmayne (1999), s. 169, som visserligen menar att det är svårt att se teorins genomslag i praktiken.

denna nya omständighet. Åhöraren har då inte att bedöma hur sannolik E är för sig, utan snarare hur sannolik E är i ljuset av andra omständigheter. Formeln för i vilken mån E talar för G kan skrivas som $S(G/H \ \& \ E)$, vilket även kan skrivas som $S(E/H \ \& \ G) \times S(G/H) / S(E/H \ \& \ G) \times S(G/H) + S(E/H \ \& \ N) \times S(N/H)$.⁴⁶ Sådan exercis i matematik kan förstås framstå som abstrakt, men i praktiken innebär det att åhöraren bedömer nytillkomna omständigheters sannolikhet mot antagandet att kändens påstående X stämmer respektive inte gör det. Pondera att X är ett påstående om att kändens har försträckt en summa till svaranden. Existensen av ett låneavtal är ju då väldigt sannolik om X stämmer, men väldigt osannolikt om X inte gör det.

Bayesiansk beviskravslära kom under slutet av 1970-talet att kritiseras. Kritiken kom av svårigheten att applicera en så matematiskt inställning till faktisk sannolikhet på verkligheten, främst eftersom den teoretiska grund Bayesiansk lära stod på var avsedd för sannolikheten för en viss empiriskt verifierbar handling, vilket passade dåligt in på tvistemål där påståendena ofta är unika.⁴⁷ Andra menade att den Bayesianska modellens matematiska inställning till bevisning visserligen hade fördelar, men att den riskerade leda till materiellt felaktiga domslut.⁴⁸ Som kommer att redovisas i detta kapitel utvecklades även den narrativa beviskravsläran som en reaktion mot den Bayesianska, men den kom också av framväxten av s.k. narrativa bevis teorier. För att

⁴⁶ Exempelen är hämtade från Fienberg & Schervish (1986), s. 775.

⁴⁷ Se Brillmayer & Kornhauser (1978), s. 135-148, särskilt s. 136: "An important difficulty with using statistical inference about actual past historical occurrences, particularly in the judicial setting, is that the inference is not subject to the same sort of empirical verification. Introduction of Bayes's Theorem into criminal or civil trials is then curiously unscientific because the conclusions of Bayesian inference in trials are in principle untestable." Se även s. 153, där författarna menar att tvistefrågans komplexitet gör sådana numeriska modeller dömda att misslyckas: "Furthermore, since legal problems are subtle and complex, the unquantifiable variables may well dwarf the quantifiable ones and make numerical modelling futile." Artikeln utgår ifrån hur en jury uppfattar bevis men det saknas i min mening anledning att skilja på hur en lekman domare och en lagfaren ledamot uppfattar bevisningen, då andra författare inte tycks göra sådan skillnad dem emellan (se Allen vid not 73).

⁴⁸ Se särskilt kritiken framförd av Tribe (1971), s. 1158-1168. Även Tribe anför här kritiken att domaren (även här presenterad som en lekman) rimligen har svårt att tänka i matematiska termer. Tribe menar vidare att en sådan lära riskerar att leda till att det anförda bevisföremålet till synes har bäring på den aktuella tvistefrågan, ehuru den i själva verket har bäring på *typen* av tvistefråga (se om argumentet Tribe (1971), s. 1359 ff.). Tribe påtalar även risken för att s.k. *soft variables*, alltså variabler som är svåra eller omöjliga att kvantifiera matematiskt, faller bort ur prövningen.

förstå den narrativa beviskravsläran finns det därför en poäng med att inledningsvis kort behandla dessa.

2.2 Allmänt om narrativa bevisteorier

I doktrin har menats att olika narrativa konstruktioner möjligen bör ses som en del av det mänskliga tillståndet, eftersom människan strävar efter att sätta in en enskild händelse i ett större sammanhang.⁴⁹ Under 1980-talet kom därtill sådana konstruktioner att få mer vetenskapliga ramar. Då kom de narrativa begreppens roll att studeras närmare, främst genom att deras inverkan på ett psykologiskt plan utvärderades genom användningen av fiktiva rättsprocesser. Detta innebar utvecklingen av *deskriptiva* narrativa bevisteorier, alltså teorier avseende vilken roll narrativa konstruktioner rent faktiskt spelar i bevisföring.⁵⁰ Studierna utgick främst ifrån straffrättsliga situationer⁵¹ och ifrån narrativet som ett sätt att presentera händelser som en kausalkedja.⁵² Sett genom ett psykologiskt raster fann studierna emellertid att narrativ i juridiska sammanhang kunde kategoriseras ytterligare baserat på hur åhöraren, en domare, upplevde dem. Studierna fann bl.a. att narrativet kunde ha *initierande händelser* som gav senare händelser⁵³, eller *centrala händelser* som samtliga övriga händelser var kopplade till⁵⁴. Studierna visade även att åhöraren, mer eller mindre omedvetet, inordnade en parts bevis i ett slags narrativ, till synes även då parten inte själv presenterat det som ett sådant.⁵⁵

⁴⁹ Se härom Kolflaath (2013), s. 101 ff.

⁵⁰ Se Strandberg (2012), s. 152 ff.

⁵¹ För ett tidigt exempel på narrativets betydelse i sådana situationer, se MacCormick (1978), s. 89 f., och dennes resonemang där utifrån US Supreme Court's avgörande i *Rex v. Voisin*.

⁵² Se Trabasso & Van den Broek (1985), s. 612 ff., där dåtidens diskurs i amerikansk doktrin sammanfattas.

⁵³ Se Pennington & Hastie (1991), s. 525 f., där ett exempel ges.

⁵⁴ Se Bennet & Feldman (1981), s. 47 f.

⁵⁵ Se Høyland (2003), s. 25-26: "I rettssalen vil dommeren motta bevisene som en strøm av sanseintrykk, som til dels er motstridende og usammenhengende. Han vil automatisk forsøke å organisere inntrykkene slik at de mest mulig gir en sammenhengende historie." Jfr även Pennington/Hastie (1991), s. 523: "When we hypothesize that jurors impose a narrative organization on evidence, we mean that jurors engage in an active, constructive, comprehension process in which evidence is organized, elaborated, and interpreted by them during the course of the trial."

Ett mer nutida exempel på en studie till stöd för en sådan narrativ bevisteori återfinns i norsk doktrin, där Kolflaath har undersökt hur domstols bevisprövning sker i praktiken.⁵⁶ Denne undersökte⁵⁷ hur huvudförhandlingen och därpå följande överläggning skedde i 105 fall i fem av Norges sex *lagmansretter*⁵⁸. Undersökningen tog sin utgångspunkt i norska doktrinuttalanden som menar att domarens bevisprövning är atomistisk.⁵⁹ Kolflaath fann att domaren skapade narrativ (*fortellinger*) med utgångspunkt i åtalet, men att denne därefter utvecklade det löpande under processen, då ombud och åklagare utvecklade sin talan. Det kunde då ske, menar Kolflaath, att domaren lyfte in detaljer från andra delar i bevisningen för att ge ett senare bevis ytterligare styrka. Detta kom inte alltid till uttryck i domskälen, då det saknats konkreta hållpunkter i partens bevisföring.⁶⁰ På samma sätt konstruerade, enligt Kolflaath, domaren konkurrerande narrativ för att värdera ett framlagt bevis.⁶¹

Enligt teorierna skapar alltså domaren ett narrativ, och det är detta som bedöms. Narrativets sannolikhet bestäms dels av dess kvalitet som narrativ (vilket ibland kallas dess *externa kvalitet*⁶²), dels av dess stöd i den framlagda bevisningen (vilket följaktligen kallas dess *interna kvalitet*⁶³). Narrativets kvalitet som just narrativ, dess externa kvalitet, beror mycket på dess *koherens*, alltså hur väl narrativet hänger

⁵⁶ Dennes resonemang är således i stort deskriptivt, alltså motsatsen till normativt.

⁵⁷ Se närmare om hur undersökningen gått till i Kolflaath (2013), s. 41 ff. Det ska särskilt nämnas att undersökningen endast rörde straffrättsliga mål, detta då Kolflaath fann, vid s. 41, att ”sivile saker fremsto som et mer uoversiktlig felt for en ikke-jurist.” Varför Kolflaath valt att låta icke-juristens förståelse begränsa undersökningen är för mig oklart; boken är enligt Kolflaath själv ämnad att nyttjas av domare, advokater och juriststudenter (vilka ju i vart fall *snart* är jurister...). Vidare skriver Kolflaath att både straffrättsliga och civilrättsliga tvistemål ofta rör sig om händelseförlopp, se Kolflaath (2013) s. 96 f. Jag menar därför att dennes undersökning i vart fall kan ses som indikativ på hur domaren bedömer även civilprocessuella tvister.

⁵⁸ Vilkas plats i den norska instansordningen jämställer dem med våra hovrätter.

⁵⁹ Se Kolflaath (2013), s. 65 ff. och källorna behandlade där.

⁶⁰ Se Kolflaath (2013), s. 106 f., särskilt det på s. 107 anförda exemplet.

⁶¹ Se Kolflaath (2013), s. 108 f, särskilt exemplen på s. 109.

⁶² Se Kolflaath (2004), s. 293 ff.

⁶³ Se Kolflaath (2004), s. 295 ff.

samman.⁶⁴ Denna faktor kan i sin tur bedömas utifrån flera andra punkter, så som hur konsekvent narrativet upplevs⁶⁵, graden av intäckande av de presenterade bevisfakta⁶⁶, hur komplett det tycks vara, hur okomplicerad och bred den förklaring narrativet ger ter sig⁶⁷. Även ett narrativs ställning som *unik koherent* påverkar dess chanser att bli accepterat. Om mer än ett narrativ framstår som koherent utifrån den tillgängliga bevisningen framstår enligt författare i doktrin varje enskilt narrativ som mindre övertygande.⁶⁸

2.3 Om beviskravsläran

Ur deskriptiva narrativa bevisteorier har sedan utvecklats normativa beviskravsläror för bevisvärdering, och en av dessa är den narrativa beviskravsläran.⁶⁹ Denna beviskravslära ska här utvecklas. Den klart största influensen i utvecklingen av den narrativa beviskravsläran har varit Allen. Denne är en kritiker av Bayesiansk beviskravslära och menar att det finns en risk för materiellt felaktiga domslut vid ett så matematiskt förfarande vid bestämmande av sannolikhet. Allen vänder sig således mot en så atomistisk bevisvärdering.⁷⁰ Istället har Allen argumenterat för en ny normativ⁷¹ beviskravslära, den narrativa, mot bakgrund av de narrativa bevisteorierna.

⁶⁴ Se Kolflaath (2014), s. 413.

⁶⁵ Narrativet är konsekvent så länge det inte innehåller motstridiga uppgifter, se Pennington & Hastie (1991), s. 528.

⁶⁶ Detta behandlas hos Pennington & Hastie som en separat fråga, men betydelsen här är densamma. Enligt författarna framstår narrativet som mer sannolikt ju bättre det omfattar och förklarar presenterade bevisfakta, se Pennington & Hastie (1991), s. 527 f. Utelämnas ett visst bevisfaktum från narrativets uppbyggnad framstår ju det som mindre sannolikt att det är det riktiga händelseförloppet (det kanske finns ett alternativt narrativ som förklarar även detta bevisfaktum).

⁶⁷ Se Allen & Stein (2013), s. 568.

⁶⁸ Se Pennington & Hastie (1991), s. 528, se särskilt dennes not 19.

⁶⁹ Så som arbetets syfte är formulerat är det även den enda sådana teorin som behandlas här.

⁷⁰ Se Allen (1986), s. 405 f., även Allen (1991), s. 373 ff., med där anförda exempel.

⁷¹ Även om Allen i senare publikationer till synes menar att läran är delvis deskriptiv, se Allen & Stein (2013) s. 557: "Descriptively, we argue that this understanding of the doctrine, the 'relative plausibility theory', corresponds to our courts practice."

En första skillnad mot tidigare presenterade metoder är att åhöraren i den narrativa beviskravsläran har att jämföra två fullständiga narrativ med varandra. En av Allens huvudsakliga invändningar mot Bayesiansk beviskravslära är problemet med s.k. statistisk konjunktion. Problemet uppstår då kändanden har flera bevis och deras respektive sannolikheter multipliceras för att ge sannolikheten för kändandens talan (eller omvänt, sannolikheten för svarandens uppfattning, alltså icke-kändandens). Om fråga är om utomobligatoriskt skadestånd har kändanden att visa oaktsamhet och skada samt att dessa hänger samman genom ett orsakssamband. Dessa tre omständigheter ska göras minst *0.5 sannolika*. Pondera att åhöraren finner att sannolikheten för oaktsamhet är 0.6 och att den för skada är 0.6, och att sannolikheten för att dessa hänger samman är 0,5. Bayes teorem kräver då, för att finna sannolikheten för att dessa sannolikheter existerar samtidigt, att de multipliceras, vilket ger en sannolikhet om 0.18 och kändanden tappar målet.⁷²

För att åtgärda detta menar Allen att åhöraren istället ska bedöma kändandens påstående *i dess helhet*, istället för att jämföra varje detalj av detta mot denna detaljs negativ.⁷³ För att detta ska vara möjligt menar Allen att svaranden ska avkrävas en mer konkretiserad invändning, snarare än ett blankt förnekande av att det som kändanden hävdar är sant.⁷⁴ I tidiga uttalanden menade Allen att detta inte var orimligt enligt amerikansk rätt, eftersom kändanden hade en sådan plikt, genom att denne förväntas avgränsa och konkretisera sin talan i käromål såväl som under t.ex. muntlig förberedelse, vilket alltså ska tolkas som en slags omstrukturering av tvistemålsprocessen.⁷⁵ I senare texter har Allen emellertid menat att ett sådant konkretiserande ofta uppstår av sig själv genom de många förberedande steg som

⁷² Exemplet följer ett exempel hämtat från Allen (1986), s. 405.

⁷³ Se Allen (1986), s. 427: "The jury will be comparing two fully specified versions of reality, rather than comparing discrete issues to their negations.". Det är denna del av läran som jag uppfattar gör att partens påstående ses just som ett narrativ. Det är här viktigt att påpeka att Allen inte tycks finna skäl att göra skillnad på hur en lekmannadomare och en lagfären ledamot uppfattar bevisningen, se Allen (1991), s. 383 not 32. Att Allen hänvisar till "The jury" behöver i min mening inte betyda annat än att det enligt amerikansk rätt är just en sådan som ska bedöma huruvida parten möter *the burden of persuasion*, se not 29.

⁷⁴ "The Equally Well Specified Cases Proposal", se Allen (1991), s. 406 ff.

⁷⁵ Se Allen (1986), s. 426.

föregår huvudförhandlingen.⁷⁶ Allen menar vidare att svaranden har ett egenintresse av att konkretisera sitt svaromål på så sätt, eftersom åhöraren annars tolkar svarandens torftiga invändning till kändens frodiga narrativ som att kändens har rätten på sin sida.⁷⁷

Detta ger ytterligare en central skillnad gentemot tidigare beviskravsläror, nämligen sättet på vilket Allen behandlar termen sannolikhet. Där den tidigare läran på olika sätt sökt bestämma när ett visst förhållande varit tillräckligt sannolikt, men hållit termen sannolikt som en statisk post i ekvationen, söker narrativ beviskravslära istället finna narrativets *relativa sannolikhet*⁷⁸, i förhållande till svarandens narrativ. Då en överviktsprincip råder som beviskrav ska alltså domaren välja det narrativ som *i relation till det motstående narrativet* framstår som mest sannolikt, i sin helhet.⁷⁹ Detta innebär att den narrativa beviskravsläran instruerar domaren till en annan jämförelse än den som sker enligt den Bayesianska läran, där krävs ju att åhöraren jämfört varje påstående mot dess negation, huruvida *X* är mer sannolikt än *icke-X*. Här ska åhöraren istället avgöra huruvida *X* eller *Y* är mest sannolikt som narrativ.⁸⁰

2.4 Särskilt om bevisvärdering enligt narrativ beviskravslära

Enligt den narrativa beviskravsläran, precis som enligt de deskriptiva narrativa bevisteorierna, är det alltså två narrativ som ska jämföras med varandra. Det mest sannolika narrativet 'vinner'. Det har ovan utvecklats hur interna faktorer påverkar detta⁸¹, men det beror ju även på vilket stöd narrativet finner i bevisningen (dess

⁷⁶ Se Allen & Jehl (2003), s. 936: "By the time trial occurs, the standard context involves a reasonably sharp disagreement over two stories of what occurred, and their legal implications."

⁷⁷ Se Allen & Jehl (2003), s. 937: "The parties ought to know what they think happened and the failure to identify a clear alternative to the opposition may be taken by fact finders as indicating that the opposition's story is probably true."

⁷⁸ "Relative plausibility", se Allen (1991), s. 382. Senare även "Relative Plausibility Theory", se Allen & Jehl (2003), s. 936.

⁷⁹ Se Allen (1986), s. 426-428, även Allen (1991), s. 381 vid not 30.

⁸⁰ Jfr Diesen & Strandberg (2012), s. 77.

⁸¹ Se kapitel 2.2.

interna kvalitet). Vad parterna har att bevisa är alltså narrativet, och den narrativa beviskravsläran påverkar därigenom domarens bevisvärdering. Som ovan beskrivits förordar Bayes teorem att bevisvärderingen sker atomistiskt och kvantitativt. Den narrativa beviskravsläran intar här den diametralt motsatta ställningen; den förordar att bevisvärderingen sker *holistiskt*⁸² och *kvalitativt*⁸³. Den fortsatta framställningen kräver således att detta sätt att värdera bevis beskrivs.

Att bevisvärderingen sker holistiskt innebär att domaren ser till *helheten*⁸⁴. Helheten kan sägas röra dels det samlade bevismaterialet, dels hela det presenterade händelseförloppet.⁸⁵ I den del diskussionen i doktrin härvid rört huruvida händelseförloppet ska behandlas holistiskt eller atomistiskt har den till synes rört huruvida händelseförloppet bör ses som ett narrativ eller ej⁸⁶, men eftersom detta är utgångspunkten i den narrativa beviskravsläran (där ju domaren ska se till parternas påståenden som helheter) ska detta inte behandlas vidare.⁸⁷ Att domaren ser till helheten vad avser bevismaterialet innebär att denne bestämmer varje enskilt

⁸² Vilket visserligen inte framgår med all önskvärd tydlighet, men allt tyder på det, se t.ex. Allen (1991) s. 384: "Another distinction between these two approaches is that any particular element might be quite improbable, but the episode of which that element is a part may be the most probable of the various possibilities." Även Strandberg menar att Allens lära förordar en holistisk bedömning, se Strandberg (2012) s. 158.

⁸³ Vilket ju delvis följer e contrario av Allens kritik av den kvantitativa värderingen enligt Bayes teorem (se not 70). Se även Allen (1993) s. 629 (min kursiv): "Rather than carrying around in our heads tables of relative frequencies or likelihood ratios, we carry around stories, scripts, and scenarios, all more or less robust and all subject to modification in a virtually infinite variety of ways. "Evidence in the human brain is embedded in these contexts, although fluidly in a way that permits constant cycling back and forth between the data new and old, and their stories. It is into this bubbling cauldron that the trial "evidence" must enter, and *its effect is determined by the interaction of the data with the prior knowledge stored in the related chunks constituting stories.*" Se även Allen & Stein (2013), s. 158: "We show that this doctrine is best understood as instructing factfinders to determine which of the parties' conflicting stories makes most sense in terms of coherence, consilience, causality, and evidential coverage. By applying this method, factfinders should try, and will often succeed, to establish the truth, rather than a statistical surrogate of the truth, while securing the appropriate allocation of the risk of error."

⁸⁴ Ordet holistisk stammar från det grekiska ordet *holos*, vilket betyder *hel* eller *odelad*.

⁸⁵ En uppdelning Kolflaath gör, se Kolflaath (2014) s. 410 ff.

⁸⁶ Se särskilt Kolflaath (2014), s. 412 (kursiv i orig.): "Har man derimot en holistisk tilnærning till faktum, vil man i stedet betrakte hendelseforløppet som en *fortelling*, med andre ord som en kronologi med indre sammenheng."

⁸⁷ Detta har behandlats i kapitel 2.3 ovan.

bevisfaktums värde mot bakgrund av samtliga bevisfakta föreliggande i tvisten.⁸⁸ Bedömningen sker alltså atomistiskt såtillvida att domaren bedömer varje bevisfaktum enskilt, men bevisvärdet bestäms holistiskt såtillvida att det är avhängigt hur väl bevisfaktumet interagerar med de andra tillgängliga bevisfakta.⁸⁹ Domaren söker således också i någon mån inordna nytillkomna bevisfaktum i bedömningen.⁹⁰ Detta medför i sin tur att det enskilda bevisfaktumet kan ha ett ganska svagt bevisvärde i förhållande till det slutliga bevis temat, men att det kan ha ett desto starkare värde med grund i sin plats i det sammantagna bevis materialet.⁹¹ Detta innebär också att åhöraren inte ska dela upp bevisen i enlighet med deras respektive *bevistema* då de värderas.⁹² Åhöraren ska alltså inte fråga sig huruvida bevistema 1 är bevisat i enlighet med beviskravet, och sedan om bevistema 2 är det o.s.v.⁹³

Ett narrativ består naturligtvis av en stor mängd påståenden om vad som hänt, men det är enligt uttalanden i doktrin inte alla delar i narrativet som parten måste föra bevis om för att övertyga domstolen. Sådana omständigheter som måste anses tillhöra *allmänkunskap*⁹⁴ måste inte bevisas, endast påståenden som inte tillhör ett sådant

⁸⁸ Se Pardo (2000), s. 401: "A holistic theory of evidence posits that the meaning or value of any particular atom of evidence depends on the role it plays in relation to all other evidence available to an interpreter. To put it another way, the probative value of a particular piece of evidence is, as an analytic matter, radically contingent on the value of all other evidence."

⁸⁹ Se Pardo (2000), s. 401: "A holistic theory, however, does not eliminate the need for atomistic analysis; rather, it shows that any such analysis is dependent upon the holistic theory under which it proceeds."

⁹⁰ Se Malsch & Freckelton (2009), s. 118: "Building a story from the various elements on the basis of a quick and apparent observation of the evidence is one of the first things that is done by such decision makers. This story becomes the leading element that guides the decision maker in the further processing of the case. An attempt is made to reconcile newly emerging evidence to this story."

⁹¹ Se Walton (2002), s. 45: "Each argument may only have a small weight of plausibility in relation to the ultimate probandum in the case. But it can be relevant because of its place in the whole network of evidence in the case." Detta har även behandlats av Kolflaath (2007) s. 211, varvid Kolflaath tolkar "probandum" som bevistema.

⁹² Läsaren känner förstås till att käranden i en svensk civilprocess förväntas ange sådant tema då denne inger käromål, se 42 kap. 2 § 3 p. RB. En sådan uppdelning är emellertid i sig inte ett argument emot den holistiska värderingen, främst då uppdelningen inte säger något om hur domstolen bör bedöma bevisningen (jfr dock resonemanget i kapitel 3.2.), men även sedan presentationen i detta arbete ju rör blott ett bevistema (orsakssamband).

⁹³ Se Allen (1991), s. 383 f., även Allen (2003), s. 609.

⁹⁴ "World knowledge", Pennington & Hastie (1991) s. 523.

allmänt tankegods måste bevisas.⁹⁵ Var gränsen går mellan omständigheter som omfattas av sådan allmänkunskap och omständigheter som måste bevisas är naturligtvis svårt att ange, men ett exempel från doktrin tyder enligt min mening på att det är sådana omständigheter som inte heller enligt svensk rätt måste föras i bevis⁹⁶:

P1. A person who is big and known to be a troublemaker causes people to be afraid.

P2. Caldwell was big.

P3. Caldwell was known to be a troublemaker.

C. Johnson was afraid.

In this example, the juror matches features of Caldwell from undisputed evidence (P2) and a previous inferential conclusion (P3) to world knowledge about the consequences of being confronted with such a person (P1) to infer that Johnson was afraid (C).⁹⁷

Som framgick under den korta presentationen av bevisvärdering enligt Bayes teorem och som kommer framgå av presentationen av hur bevisvärdering behandlats i svensk doktrin⁹⁸ ger de normativa bevisvärderingsmodellerna som bygger på en atomistisk värdering tämligen ingående riktlinjer till domaren. Detta saknas till synes i de modeller som bygger på en holistisk värdering; utöver de redan behandlade anvisningarna om att behandla beviset mot bakgrund av helheten tycks de praktiska anvisningarna vara få.⁹⁹

3. Om beviskravsläran i svensk rätt

Syftet med detta arbete är att undersöka vilken roll narrativ beviskravslära kan spela i en svensk domstol, men även vilket intresse en part i en tvist med komplexa

⁹⁵ Se Pennington & Hastie (1991), s. 523 f.

⁹⁶ Då det rör sig om *notoriska fakta*, se 35 kap. 2 § RB. För exempel på vad som anses omfattas av termen i svensk rätt, se Lindell (2017), s. 528.

⁹⁷ Se Pennington & Hastie (1991), s. 524.

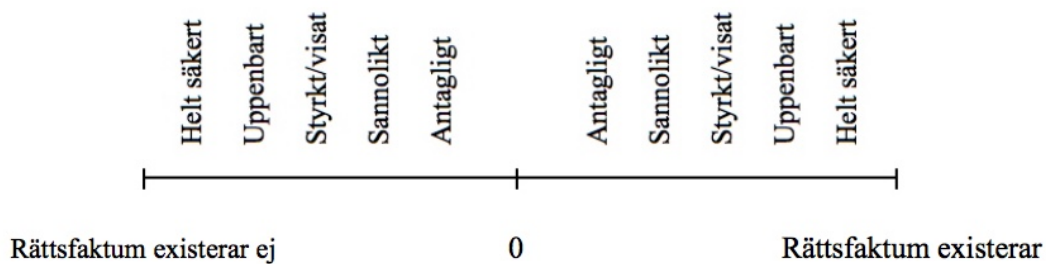
⁹⁸ Se kapitel 3.2.

⁹⁹ I kapitel 4.2 nedan gör jag emellertid ett ödmjukt försök att illustrera metoden i praktiken.

orsakssamband kan ha av att domstolen faktiskt nyttjar en sådan beviskravslära. Undersökningen av bägge dessa delar är emellertid till viss del avhängig vilka alternativa beviskravsläror som kan föresväva en svensk domstol då denna bedömer en parts bevisning, både med avseende på beviskravet och bevisvärderingen. I detta kapitel ska därför utvecklingen i svensk rätt presenteras.

3.1 Kort om det svenska normalbeviskravet

Som läsaren säkert känner till uttrycks det svenska normalbeviskravet ofta som att part ska ha *styrkt*¹⁰⁰ sitt påstående.¹⁰¹ Kravet ska uppfattas som tämligen högt ställt.¹⁰² Det är av intresse för den fortsatta presentationen att detta krav presenteras något djupare. Ekelöf illustrerar beviskravets funktion enligt nedan skala¹⁰³:



Då det hos Ekelöf menas att beviskravet som riktas mot käromålet är *styrkt* menas att käranden har bevisbördan för sitt påstående, och att den s.k. *bevisbördepunkten* ligger vid ”styrkt/visat” på axelns högra sida. Lyckas käranden genom sin bevisning göra käromålet styrkt möter denne alltså sin bevisbörda, vilket hos Ekelöf uttrycks som att

¹⁰⁰ Även om ordet *visat* ibland används, de båda ska ses som synonyma, se Westberg (2013) s. 386.

¹⁰¹ Att så är fallet finner starkt stöd i praxis, då HD i regel tycks utgå ifrån kravet, se bl.a. NJA 1975 s. 577, NJA 1986 s. 470, NJA 1990 s. 93, NJA 1993 s. 764, NJA 2001 s. 177 (avgjort av HD i dess helhet) och NJA 2013 s. 524 (särskilt p. 21). Även i doktrin finns sådant stöd, se t.ex. Heuman (2005) s. 66 f.

¹⁰² Det brukar anses innebära ungefär 80 % sannolikhet, se t.ex. Heuman (2005), s. 96, se även Diesen & Strandberg (2012), s. 310, som menar att kravet brukar läggas mellan 75 % och 90 %.

¹⁰³ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 56. Jag har emellertid infört ”Rättsfaktum existerar ej”/”Rättsfaktum existerar” istället för Ekelöfs ”icke betalning”/”betalning” för att möjliggöra ett mer allmängiltigt resonemang.

bevisvärdepunkten motsvarar eller överstiger bevisbördepunkten.¹⁰⁴ Hos Ekelöf har bevisbördepunkten alltid en fixerad plats på ovan axel, och är således helt oberoende av bevisningen i målet.¹⁰⁵ Det framgår av skalan att det som bedöms hos Ekelöf är det av käranden hävdade rättsfaktumet gentemot dess negation, *X* mot *icke-X*.¹⁰⁶

3.2 Om bevisvärderingen i svensk rätt

Som beskrivits ovan medför olika beviskravsläror ofta även regler för hur bevisvärderingen ska ske, samtliga med samma syfte, att bedöma huruvida en parts åberopade rättsfaktum har tillräckligt hög sannolikhet för att möta beviskravet. Utgångspunkten för all bevisvärdering i svensk rätt är principen om domstolens fria bevisvärdering, vilken kommer till uttryck i 35 kap. 1 § RB. Vid första anblick kan ju synas att bevisvärderingen vid landets domstolar därigenom verkligen är fri. I förarbetena återfinns emellertid flera uttalanden som till synes begränsar domarens frihet i värderingen. Här nämns att domaren inte ”får grunda sitt avgörande på en rent subjektiv uppfattning rörande de olika bevisens värde”, utan att dennes övertygelse ”måste vara objektivt grundad och sålunda stödjas på skäl, som kunna godtagas av andra förståndiga personer.”¹⁰⁷ Vidare anges uttryckligen att domaren inte får låta ”avgörandet grundas å totalintrycket av det föreliggande materialet”¹⁰⁸. Att domaren väger in egna erfarenhetssatser är visserligen godtagbart, men ”I den mån dessa erfarenhetssatser falla utom området för allmän bildning och livserfarenhet, bör domaren icke lita endast på sin egen sakkunskap.”¹⁰⁹ Principen om fri bevisprövning tycks således inskränkt i inte oväsentliga delar.¹¹⁰ Det är min mening att redan dessa inskränkningar talar för en atomistisk syn på värderingen.

¹⁰⁴ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 56-59.

¹⁰⁵ Ekelöf menar t.o.m. att detta följer ”enligt gällande rätt”, Ekelöf & Boman (1992) s. 59.

¹⁰⁶ Skalan utgår ifrån ”kontradiktoriska motsatser”, Ekelöf & Boman (1992), s. 56.

¹⁰⁷ Bägge citat är hämtade från SOU 1938:44, s. 377-378.

¹⁰⁸ SOU 1938:44, s. 378.

¹⁰⁹ SOU 1938:44, s. 378.

¹¹⁰ Se för ytterligare resonemang i den riktningen Diesen & Strandberg (2012), s. 120.

3.2.1 Bevisvärdeometoden

I doktrin har presenterats flera alternativa metoder för bevisvärderingen. Eftersom utgångspunkten alltså är att bevisvärderingen är fri är domstolen inte bunden vid någon av dessa vid sin bevisvärdering; lärorna är alltså närmast genomgående normativa. Historiskt är den metod som till synes fått störst genomslag i den svenska bevisrättsliga diskursen *bevisvärdeometoden*.¹¹¹ Det har emellertid även menats att metoden idag är överspelad och att den därmed saknar relevans.¹¹² Trots detta menar jag att den även fortsatt har sådan ställning i svenskt rättsliv att den inverkar på en domstols bevisvärdering.¹¹³ Det är därför bevisvärdeometoden som utgör utgångspunkt för jämförelsen i detta arbete.

Metodens främsta upphovsman har varit Ekelöf.¹¹⁴ Metoden utgår ifrån att parten inledningsvis har bestämt bevisetema, och det är sedan sannolikheten för bevisetemat som slutligen söks.¹¹⁵ För att bestämma denna sannolikhet söker bevisvärdeometoden inledningsvis bestämma hur sannolikt det är att det av parten angivna bevisetema är orsaken till det bevisfaktum parten har lagt framför domstolen, alltså, hur stor sannolikheten är att den omständighet som beviset avser bevisa skapade beviset¹¹⁶, eller förenklat, "har temat orsakat beviset?"¹¹⁷. Ekelöf ser bevisfaktumet som "spår av bevisetemat"¹¹⁸.

¹¹¹ Se härtill Westberg (2013), s. 364.

¹¹² Diesen (1996-97), s. 534, menar också att metoden aldrig fått praktiskt genomslag. Lindell menar å andra sidan att detta endast beror på juristens ovilja att befatta sig med matematik, och att detta inte hindrar att det praktiska rättslivet kan ha accepterat principerna bakom metoden, se Lindell (2017), s. 612.

¹¹³ Se Strandberg (2012), s. 112, med där hänvisade källor.

¹¹⁴ Som därvid samarbetat med andra, se således även Halldén (1973) och Stening (1975) s. 32 ff.

¹¹⁵ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 136.

¹¹⁶ En tanke som är tydligast hos Ekelöf (1989), s. 26 f.

¹¹⁷ Bolding (1988), s. 606.

¹¹⁸ Ekelöf & Boman (1992), s. 133.

Ett enkelt exempel kan illustrera. Käranden stämmer in svaranden med ett krav på återbetalning av en försträckning. Till styrkande av sin talan framlägger käranden ett avtal om försträckning, undertecknat av svaranden (det rör sig alltså om ett skuldebrev). Sannolikheten att bevisemat (att käranden försträckt en summa pengar) skapat bevisfaktumet (avtalet) är ju i detta exempel mycket hög.¹¹⁹ Antag istället att käranden lägger fram en samtalslista, innehållande av käranden mottagna samtal, som visar att denne mottog ett samtal från svaranden ett visst datum. Det är naturligtvis *möjligt* att detta bevisfaktum är skapat av bevisemat (alltså, att käranden försträckt pengar), men det kan ju därtill vara skapat av någon annan omständighet; eftersom det ej går att utläsa vad de båda samtalade om är sannolikheten att bevisema skapat bevisfaktumet här, i min mening, långt lägre.¹²⁰

Det övergripande målet är alltså att finna hur sannolikt bevisemat är, men detta kräver ju att bedömaren värderar bevisfaktumet. Härtill förordar metoden att värderingen sker för varje enskilt bevisfaktum separat.¹²¹ Den har därför i doktrin uppfattats som uttalat *atomistisk*.¹²² Bedömningen sker i två steg. Inledningsvis bedöms bevisfaktumet *diskursivt* i ljuset av hjälpfakta och allmänna erfarenhetsgrundsatser.¹²³ Därefter bedöms bevisfaktumet sammantaget intuitivt. Dessa två steg ska utvecklas något närmare.

¹¹⁹ Se NJA 1975 s. 577, s. 582, där HD uttalade att sådana bevisfaktum i regel är ett ”utomordentligt starkt bevis för fordringen.”.

¹²⁰ Jfr härvid vad Ekelöf anför rörande bevisemats nödvändighet för att bevisfaktumet fått de egenskaper detta har, se Ekelöf & Boman (1992), s. 133 not 44.

¹²¹ Vilket visserligen inte är så tydligt framställt hos Ekelöf, se emellertid Ekelöf & Boman (1992) s. 131: ”På detta vis går man igenom varje bevisfaktum för sig.”.

¹²² Se Strandberg (2012), s. 106.

¹²³ Ekelöf förordar att bedömningen i denna del sker separat för varje del i bevisfaktumets *beviskedja*. En sådan kedja består, förenklat, av flera skilda omständigheter, där varje sådan är bevisfaktum för det nästkommande och endast den sista omständigheten är att se som bevisema, se Ekelöf & Boman (1992), s. 124. Sådana kedjor kommer behandlas närmare i kapitel 3.2.2 nedan.

Den diskursiva bedömningen

I det diskursiva steget har bedömaren att ta ställning till hjälpfakta. Sådana fakta är sådana som inte i sig är bevisfakta, men som kan sänka (*negativa* hjälpfakta) eller höja (*positiva* hjälpfakta) värdet hos ett bevisfaktum.¹²⁴ Sådana fakta kan även helt förta ett bevisfaktum bevisvärde.¹²⁵ I det diskursiva steget ska sådana hjälpfakta undersökas med hänsyn tagen till sådana allmänna erfarenhetssatser som bedömaren besitter; det är sammantaget med sådana erfarenhetssatser hjälpfaktumet kommer att påverka bevisfaktumets bevisvärde.¹²⁶ Ovan exempel med telefonsamtalet kan således kompliceras något. Antag att svaranden dagen efter samtalet skickar ett brev till käranden där denne skriver att ”det var ett bra samtal igår, nu ska min ekonomi nog lösa sig”, på vilket käranden per brev svarar ”härligt att höra, alltid kul att kunna hjälpa till”. Brevväxlingen kan knappast självständigt utgöra bevisfaktum för bevistemat (försträckning), men den agerar positivt hjälpfaktum genom att den stärker värdet av bevisfaktumet (samtalet) då konversationen i någon mån visar vad de bägge talade om. Det är emellertid möjligen så att bedömaren, med grund i allmänna erfarenhetssatser, finner att detta hjälpfakta ändå inte tillför någon vidare styrka.¹²⁷

Genom detta diskursiva steg skapas ett inledande bevisvärde och Ekelöf menar att det utan några hjälpfakta överhuvudtaget föreligger i huvudregel ett bevisvärde om 0 % sannolikhet.¹²⁸ Detta är dock ej fallet om bevistemat kan sägas ha en *ursprungssannolikhet*, vilken både kan vara negativ och positiv.¹²⁹ Denna sannolikhet

¹²⁴ Det är till synes Ekelöf som skapat indelningen, se Ekelöf & Boman (1992) s. 127, men även Stening menar att hjälpfakta på detta sätt både kan höja och sänka bevisvärdet, se Stening (1975), s. 45 f.

¹²⁵ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 128 vid not 15.

¹²⁶ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 131 vid not 33.

¹²⁷ Betänk t.ex. situationen där det rör sig om en överföring om 1 000 000 kr; ett så stort belopp försträcker ju inte vanligen en privatperson till en annan utan att den förre kräver någon form av avtal härom.

¹²⁸ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 128.

¹²⁹ Jfr Ekelöfs exempel med personen åtalad för grov skadegörelse, Ekelöf & Boman (1992), s. 129.

stammar ofta från bedömarens egen livserfarenhet.¹³⁰ Anta att käranden hävdar att denne försträckt en summa pengar till svaranden, medan denne menar att det rört sig om en gåva. I den situation de bägge inte känner varandra sedan tidigare torde ju svarandens bevistema (gåva) ha en låg ursprungssannolikhet, eftersom majoriteten av pengaöverföringar mellan sådana rättssubjekt är att se som försträckningar. Detta kan även uttryckas som att *frekvensen* av bevistemat *gåva* i den populationen, alltså överföringar mellan två för varandra okända privatpersoner, är mycket låg.¹³¹ I bevisvärdeometoden ges ursprungssannolikheter emellertid inte särskilt mycket vikt vid bevisvärderingen.¹³² Ekelöf tycks emellertid godta att bedömaren väger in en mycket hög ursprungssannolikhet för bevistemat.¹³³

Det induktiva bedömningen

Efter att bedömaren har sett bevisfaktumet i ljuset av dess tillhörande hjälpfakta och allmänna erfarenhetssatser, ska denne bedöma ”hela iakttagelsen”¹³⁴, vilket måste ske intuitivt eftersom situationen som bedömaren har framför sig är så unikt sammansatt att denne omöjligen kan ha erfarenhet av den.¹³⁵ För att utföra en sådan intuitiv bedömning krävs att bedömaren ser till bevisfaktumet, eller bevisfakta, tillsammans med deras hjälpfakta i totalitet.¹³⁶

¹³⁰ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 130.

¹³¹ Varför Ekelöf betecknar dylika bevis som ”statistiska” sådana, Ekelöf & Boman (1992), s. 130 f.

¹³² Främst eftersom de till synes förlorar all betydelse vid minsta bevisfaktum, se Ekelöfs exempel med den förrymda kon, Ekelöf & Boman (1992) s. 131. Ekelöf tycks i och för sig avvisa tanken på att låta sådan ursprungssannolikhet påverka värderingen. Kanske skulle den omständigheten att svaranden i det närmast ovan anförda exemplet var knuten till en välgörenhetsorganisation som käranden tidigare donerat pengar till (vilket närmast är att se som ett hjälpfakta för bevistemat gåva) vara tillräckligt för att rubba ursprungssannolikheten. Se härtill även Bolding (1989), s. 64, 71 ff. och 82.

¹³³ Se diskussionen i Ekelöf (1990b), s. 58. Resonemanget, som utgår ifrån HD:s avgörande i NJA 1948 s. 554 där en köpare av en päls hävdade att denne fått en 10-årig kredit och således inte var betalningsskyldig, återfinns även hos Bolding (1989), s. 78 ff.

¹³⁴ Ekelöf & Boman (1992), s. 132.

¹³⁵ Se Stening (1975), s. 41.

¹³⁶ Se Ekelöf (1990a), s. 30.

Ekelöf medger att denna intuitiva del av bedömningen innebär att det inte går att kräva att bedömaren i detalj redogör för sin bedömning, men att en sådan bedömning är nödvändig.¹³⁷ Bevisvärdemetoden tillåter ändå en sådan bedömning eftersom bedömaren ju först har bedömt varje underliggande beståndsdel för sig, i ljuset av tillgängliga hjälpfakta, i enlighet med den diskursiva bedömningen.¹³⁸ Andra författare har menat att bedömarens intuition är ett alternativ att tillgå då det efter den diskursiva analysen kvarblir osäkerheter.¹³⁹ Ytterligare andra menar att det inte går att helt frigöra det diskursiva steget från intuitiva inslag.¹⁴⁰

Genom de ovan beskrivna bedömningarna kan så bevisfaktumet tillskrivas ett bevisvärde, som svårligen kan uttryckas i matematiska termer.¹⁴¹ Då bevisemat rör en ”konkret företeelse”¹⁴², blir ett visst bevisvärde enligt Ekelöf likställt med bevisemats vanlighet i en bestämd population av identiska bevissituationer, med exakt samma hjälpfakta, bevisfakta och samma slutliga bevisema.¹⁴³ Antag att bedömaren finner att avtalet, vilket ju var bevisfaktumet i exemplet ovan, har ett bevisvärde om 75 %. Applicerat på situationen med t.ex. 100 bevissituationer i vilka en kändan sökt visa bevisemat *försträckning* medelst bevisfaktumet *avtal* innebär detta att i 75 av fallen är det verkligen avtalet som har orsakat försträckningen. Denna syn på sannolikhet gör bevisvärdemetoden *kvantitativ*. De övriga 25 fallen kan metoden emellertid inte säga någonting om; några av dessa avtal kan vara orsakade

¹³⁷ Se Ekelöf (1989), s. 33 f.

¹³⁸ Tanken återfinns hos Von Eyben (1986), s. 36: ”intuitionen fungerer sikrere, hvis vi først gransker hvert hjælpefaktum for sig med hensyn til den erfaringssætning som gælder herfor.”

¹³⁹ Se Bolding (1989), s. 92.

¹⁴⁰ Se Stening (1975), s. 49: ”Enligt min uppfattning är det i stället rimligt att anta att bedömningen av varje enskilt bevisfaktum för sig i stor utsträckning grundar sig på intuition, och att detta inte går att undvika med anledning av att vår kunskap i regel inte baserar sig på systematiserade iakttagelser som är statistiskt acceptabla.”

¹⁴¹ Även om Ekelöf gör så av pedagogiska skäl, se Ekelöf & Boman (1992), s. 134.

¹⁴² Ekelöf & Boman (1992), s. 135. Termen måste i min mening rimligen förstås som en verklig händelse, som med anledning av hur verkligheten ter sig är att se som unik. Jfr även Strandberg (2012), s. 109.

¹⁴³ Sådana situationer går ju av uppenbara skäl inte att konstruera, vilket Ekelöf vidgår, se Ekelöf & Boman (1992) s. 135 not 53. Omöjligheten i att finna sådana situationer i verkligheten gör att en sådan applikation hos Strandberg (2012) s. 109 kallas ”fiktiva frekvenser”.

av bevistemat (försträckning), och andra inte.¹⁴⁴ Huruvida den kvarvarande osäkerheten är oacceptabelt stor får bestämmas då beviskravet sedan appliceras på bevisfaktumet.¹⁴⁵ Att bevisvärdemetoden inte beaktar denna kvarvarande osäkerhet innebär att den behandlar sannolikheten som *ensidig*.¹⁴⁶

3.2.2 Bevisvärdemetoden vid orsakssamband

I fall med bevisning av orsakssamband gjorde Ekelöfs *två tillägg*¹⁴⁷ till bevisvärdemetoden, och dessa ska behandlas här.

Det första tillägget rör kedjefall, alltså då ett bevisfaktum leder till ett annat som leder till ett annat o.s.v., för att till slut leda till bevistemat. Varje faktum är då stöd för det nästkommande.¹⁴⁸ Då bedömningen sker enligt bevisvärdemetoden sker den för varje enskilt faktum. Därigenom fås ett sannolikhetsvärde, vilket av Ekelöf ges ett matematiskt uttryck.¹⁴⁹ Sedan bedöms nästföljande bevisfaktum o.s.v. Då samtliga fakta är bedömda *multiplieras* deras enskilda värden, och härigenom fås bevistemats sannolikhet.¹⁵⁰ Orsakssamband är ofta att se som kedjefall, eftersom ett faktum sällan direkt leder till bevistemat, utan detta består i flera fakta.¹⁵¹

Det andra tillägget rör *eliminationsbevis*. Sådana är bevis som uppkommer då part lyckas motbevisa motpartens motbevisning. Detta ökar sannolikheten för partens

¹⁴⁴ Några fall, oklart hur många, ligger inom ”osäkerhetsmarginalen”, Ekelöf & Boman (1992) s. 136.

¹⁴⁵ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 136.

¹⁴⁶ Se Strandberg (1992), s. 106.

¹⁴⁷ De ska, i min mening, förstås som tillägg eller tillbyggnader, och inte som ändringar.

¹⁴⁸ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 141.

¹⁴⁹ Ekelöf medger emellertid att detta svårligen kan göras i praktiken, och att domaren då är hänvisad till mer vaga termer så som *antagligt* eller *sannolikt* o.s.v., men att multiplikationsformler med siffror motsvarande de enskilda länkarnas bevisvärde ändock kan ge (kursiv i orig.) ”*tumregler* och på så sätt ge viss vägledning”, Ekelöf & Boman (1992), s. 141. I det fortsatta kommer därför värdet uttryckas i siffror då metoden behandlas.

¹⁵⁰ Detta innebär ju förstås att bevistemat tappar i sannolikhet desto fler länkar kedjan har, se Ekelöf & Boman (1992) s. 143. Se om användandet av multiplikationsformeln även Stening (1975), s. 65 ff.

¹⁵¹ Se Ekelöf (1989), s. 35.

talans, eftersom denne ju därigenom uteslutit en annan möjlighet än den parten anfört som grund.¹⁵² Denna typ av bevisföring är vanlig i fall med bevis temat *orsakssamband*, eftersom svaranden där ofta anför ett alternativt scenario.¹⁵³ Eliminationsbevis kan även bestå av svarandens oförmåga att prestera motsatsbevis, särskilt då svaranden vidtagit en grundlig undersökning för att finna sådana.¹⁵⁴

3.2.3 Utvecklingen efter bevisvärde metoden

Efter det att Ekelöf utvecklade sin bevisvärde metod har flera andra författare kommit att kritisera denna, och istället föreslå delvis alternativa metoder för värderingen, vilka här kommer nyttjas för att underbygga den fortsatta framställningen.

Lindell menar att flera invändningar kan anföras mot användningen av kvantitativa sannolikhetsteoretiska bevisteorier, vilket bevisvärde metoden är, där invändningarna enligt Lindell kommer av de skillnader som inneboende finns mellan en rättegång och de naturvetenskapliga modeller för sannolikhet som sådana teorier använder sig av.¹⁵⁵ Lindell menar att rättegångssituationen inte kan prestera den nivå av tydlighet och exakthet som de naturvetenskapliga situationerna klarar av, vilket gör överföringen av en så exakt vetenskap till det juridiska svårt. Detta syns enligt Lindell även då sådan överföring resulterar i ofta mycket avancerade formler.¹⁵⁶ Formlerna, menar Lindell, är meningslösa både av den anledningen att domaren sällan är skolad i sannolikhetsteorier (denne har ju bara läst juridik...), och då de exakta resultaten formeln ger ändock är en chimär då de inmatade värdena ju är bestämda av en

¹⁵² Särskilt utvecklat av Halldén (1973), s. 42 ff. och 88.

¹⁵³ Jfr kapitel 3.3.

¹⁵⁴ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 152. Se härtill avgörandet i NJA 1949 s 732, som rörde ersättning för en nedbrunnen ladugård som staten hyrt av en lantbrukare. Lantbrukaren stämde och menade att en av staten utförd elinstallation orsakat branden, vilket staten förnekade under åberopande av alternativa brandorsaker (bl.a. självantändning, vilket får anses innebära en bevismässig uppförsbacke). HD dömde i enlighet med käromålet då ”någon annan antagbar förklaring till branden [inte har] framkommit.”. Staten tycks ha nedlagt betydande utredningsinsatser.

¹⁵⁵ Lindell (2017), s. 598.

¹⁵⁶ Se Lindell (2017), s. 599. Märk det av Lindell där anförda exemplet (vilket är lite underligt i sitt sammanhang, men vilket åskådliggör resonemanget väl).

människa, som i sin tur färgats av sin erfarenhet och intuition.¹⁵⁷ Lindell menar därför att ”ren’ sannolikhet och matematiska modeller”¹⁵⁸ för sannolikhet inte används i dess helhet av domstolarna, utan att domstolarnas bedömning av sannolikhet istället är blandad, då den innehåller stråk av olika normer men också ställningstaganden där det inte går att urskilja vad domstolen grundat sin bedömning på.¹⁵⁹ Lindell menar även att det finns ”bra och dålig sannolikhet”¹⁶⁰, där domstolen finner att den ena parten med sin bevisning lyckats visa på högre sannolikhet helt enkelt:

därför att den förklarar fler faktorer i det omtvistade händelseförloppet, verkar vila på mer omsorgsfulla utredningar eller därför att den ur juridisk synpunkt verkar mer trovärdig i den juridiska kontexten där den händelse som ska bedömas finns.¹⁶¹

Lindells resonemang framstår som deskriptivt, men det ska nämnas att denne inte egentligen anför något stöd för sina slutsatser. Lindell menar att det i straffprocessuella situationer finns bättre förutsättningar för användningen av bevisvärdering utifrån kvantitativa synsätt och med användning av grundtankarna bakom bevisvärdemetoden, bl.a. då det i civilprocessuella tvistemål finns en tydligare rättslig ram inom vilken parterna innan tvisten agerat.¹⁶²

Avseende beviskravet har Lindell menat att domstolarna i vissa mål nyttjar en *jämförelsemetod* då de till synes jämfört sannolikheten för kändens rättsfaktum med

¹⁵⁷ Se Lindell (2017), s. 600.

¹⁵⁸ Lindell (2017), s. 612.

¹⁵⁹ Se Lindell (2017), s. 612. Lindell menar att avgörandet i NJA 2014 s. 699 är ett exempel på hur HD tillämpat en restriktiv bevisvärdering. Avgörandet rörde en straffprocessuell tvist angående s.k. skakvåld. Lindell utvecklar inte vilken del i bevisvärderingen som är tecken på en sådan restriktiv hållning, men HD uttalade bl.a. att det då bevisningen i målet bestod i en skadebild som åklagaren menade orsakats av viss brottslig handling krävdes att denna slutsats kom av en ”vetenskaplig ståndpunkt som det finns mycket starka belägg för.” (avgörandets p. 19), vilket i min mening talar för en försiktig inställning till ett sannolikhetsresonemang baserat på en naturvetenskaplig modell. Den omständighet att det rör sig om ett straffprocessuellt avgörande spelar emellertid sannolikt stor roll.

¹⁶⁰ Lindell (2017), s. 612.

¹⁶¹ Lindell (2017), s. 612.

¹⁶² Se Lindell (2017), s. 612 f.

den för svarandens dito.¹⁶³ Andra författare har menat att detta sätt att hantera beviskravet leder till att domstolens bevisvärdering påverkas.¹⁶⁴ Enligt modellen ser domstolen bevisvärdet som en pott att fördela mellan parterna i målet. Denna mängd sannolikhet bestäms inte utifrån verkligheten, utan utifrån processmaterialet. Det innebär att den av parterna ingivna bevisningen representerar 100 % bevisvärde, som ska fördelas mellan dem i förhållande till hur rätten ser på de av parterna anförda verklighetsbeskrivningarna. Detta innebär att sannolikhetsbegreppet här är *tvåsidigt*, alltså, t.ex. i fall då rätten finner att kändens verklighetsbeskrivning har 70 % av bevisvärdet, talar de överskjutande 30 % för svarandens beskrivning.¹⁶⁵ Domstolen ska alltså göra en ren jämförelse mellan parternas bevisning; det är inte fråga om en bedömning av sannolikheten utan en bedömning av hur stark en parts påstående ter sig i förhållande till motpartens.

Domaren bör inte förlita sig på kvantitativa resonemang i jämförelsen.¹⁶⁶ Denne bör istället söka finna ett proportionerligt förhållande mellan kändens bevisning för bevistemats och svarandens motbevisning.¹⁶⁷ Å andra sidan bör domaren inte heller förlita sig på rent kvalitativa resonemang, då ett sådant ”paradigmskifte dock bara innebära ännu större risker för subjektivism och skönsräddighet i prövningen.”¹⁶⁸ Enligt metoden finner bedömningen istället en lämplig startpunkt i bevistemats ursprungssannolikhet.¹⁶⁹ Detta då det redan under målets förberedelse uppstår en uppfattning hos domaren avseende sannolikheten för de olika påståenden som

¹⁶³ Se om metoden Lindell (2003), s. 509 ff. och Lindell (2017), s. 632-635.

¹⁶⁴ Se Diesen & Strandberg (2012), s. 347-354. Diesen menar att metoden också fått visst genomslag i praktiken, men tycks inte anföra något exempel från praktiken härpå, se Diesen & Strandberg (2012), s. 342.

¹⁶⁵ Se Diesen & Strandberg (2012), s. 347.

¹⁶⁶ Utom då fråga är om bevisning som står på ”statistisk grund”, varvid Diesen särskilt nämner Bayes teorem, se Diesen & Strandberg (2012), s. 348. Diesen nämner här DNA som exempel, vilket ju rimligen är ett ovanligt bevisfaktum i civilprocessuella tvister, särskilt avseende orsakssamband.

¹⁶⁷ Se Diesen & Strandberg (2012), s. 349.

¹⁶⁸ Diesen & Strandberg (2012), s. 352. Härvid avvisar Diesen även uttryckligen ”berättelse teorin”.

¹⁶⁹ Se Diesen & Strandberg (2012), s. 350: ”För att bestämma ett bevistemats sannolikhet behövs alltid referenser till verklighetsrelaterade kunskaper och erfarenheter och det innebär att en domare inte kommer undan ursprungssannolikheten.” Ekelöf tillskrev ju ursprungssannolikheten en högst begränsad betydelse, se not 132.

parterna inkommer med. Det är därför, enligt metoden, omöjligt att undkomma ursprungssannolikhetens vikt. Det är emellertid av central betydelse att domaren är redo att ompröva sin ståndpunkt i takt med att de framlagda bevisen presenteras och utvecklas, varvid ursprungssannolikheten naturligtvis kan förtas sitt värde, men även rimligen tillskjutas ytterligare värde. Denna prövning ska ske atomistiskt, alltså för varje bevisfaktum enskilt, detta för att undvika att domaren övertygas om käromålets sannolikhet innan svarandens motbevisning hinner prövas.¹⁷⁰

3.3 Kort om de processuella förutsättningarna i tvister avseende orsakssamband

Såsom syftet med detta arbete är presenterat saknas egentligen anledning att närmare undersöka hur den materiella bevisningen typsikt sett ser ut i tvister som rör orsakssamband, men för att skapa ett bättre underlag för den undersökning och analys av praxis som den fortsatta presentationen kommer återge ska den materiella bevissituationen i sådana mål kort beskrivas här.

Inom ersättningsrätten återfinns ett krav på orsakssamband¹⁷¹, vilket ofta uttrycks som ett krav på att den ansvarsgrundande faktorn X orsakat skadan Y med *nödvändighet*, innebärande att Y inte hade inträffat utan X.¹⁷² Det ter sig emellertid naturligt att det är svårt att föra i bevis att en omständighet X orsakat en skada Y, även i fall då X och Y tycks utredas, i situationer där X och Y skiljs åt med flera år och där även omständigheterna X₁-X₁₀₀ till synes kunnat orsaka Y.¹⁷³ I fall då den skadevällande parten menar att dennes oaktsamhet inte orsakat skadan, alltså närmast ett blankt bestridande, bedöms orsakssambandet utifrån ett *hypotetiskt*

¹⁷⁰ Se Diesen & Strandberg (2012), s. 349, även Lindell (2003), s. 510.

¹⁷¹ Vilket ju är termen som används genomgående i detta arbete, se emellertid Schultz (2007), s. 27 not 1 för synonyma begrepp.

¹⁷² Se, om betydelsen, NJA 2012 s. 597 (p. 14). Se även Schulz (2007), s. 247.

¹⁷³ Sådana orsakssamband som jag valt att benämna *komplexa*.

*händelseförlopp*¹⁷⁴, alltså: *vad skulle hänt om inte X varit?*¹⁷⁵ Finner rätten då att Y *inte* inträffat är ju X en nödvändig betingelse för skadan Y, varvid den skadevållande ska hållas ersättningsskyldig. En sådan argumentation möts av samma svårigheter som historikern som sysslar med kontrafaktisk historieskrivning, nämligen de stora osäkerheterna som är inneboende i att konstruera alternativa förlopp.¹⁷⁶

I fall då den påstått skadevållande parten istället menar att det varit en annan orsak, Z, som orsakat Y sker prövningen av den skadades påstående *X orsakade Y* mot skadevållarens påstående *Z orsakade Y*. Svarandens påstående Z kan då vara sådant att det utesluter att X skulle kunna ha hänt eller sådant att både Z och X skulle kunna ha hänt. Det ovan nyttjade exemplet med en talan om försträckning illustrerar hjälpligt skillnaden; en pengaöverföring kan ju inte vara både en försträckning och en gåva. Här utesluter alltså X och Z varandra som förklaringar för Y (anledningen till att käranden skickat pengar till svaranden). Svarandens invändning är ofta, men inte alltid, emellertid av den andra sorten, alltså sådan att den inte direkt utesluter kärandens påstående.¹⁷⁷ Oavsett hur svarandens invändning kategoriseras går det att betrakta denna antingen som ett motfaktum, vilket skulle innebära att denne åläggs en bevisbörda för sitt påstående, eller som en omständighet som förtar värdet av kärandens bevisning. Ekelöf är av uppfattningen att HD i regel behandlade sådana alternativa påståenden enligt det andra sättet, alltså som ett omständighet som prövas då kärandens bevisning ska värderas, och att svaranden alltså inte skulle åläggas en bevisbörda.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Se om sådana NJA 2010 s. 8; även Hellner & Johansson (2000), s. 359 ff.

¹⁷⁵ Se Schultz (2007), s. 246 f.

¹⁷⁶ Jfr JustR Lindsöks tillägg till avgörandet i NJA 2011 s. 576.

¹⁷⁷ Denna situation måste skiljas från den då part *invänder* att dennes oaktsamhet visserligen orsakade skadan, men där även annan omständighet gjorde det (alltså att bägge var *tillräckliga*, men ingen av dem nödvändig). Se om sådana s.k. konkurrerande skadeorsaker Schultz (2007) s. 459-469, även NJA 2012 s. 597 (avseende sådana orsaker i en entreprenadrättslig kontext).

¹⁷⁸ Se Ekelöf/Boman (1992), s. 111. Ekelöf vidgår emellertid att HD i några avgöranden tycks ha följt det förstnämnda sättet, och alltså ålagt svaranden en börda för sitt påstående. Så skulle enligt Ekelöf ha skett i t.ex. NJA 1949 s. 732, särskilt s. 737 och i NJA 1952 s. 104, särskilt s. 127. Ekelöf tycks inte mena att avgörandena skulle innebära att svaranden ska lastas med bevisbördan för sitt alternativa påstående då ”utgången blivit densamma, om domstolen tillämpat den andra metoden.”

4. Delanalys - metodernas praktiska tillämpning och parts fördel

För att finna huruvida någon av de behandlade metoderna för bevisvärdering kan ge parten en fördel ska under denna rubrik det högst teoretiska materialet återgivet i kapitel två och tre ovan analyseras. Det antas här att part har störst fördel av ett så lågt beviskrav som möjligt; analysen i denna del undersöker därför endast huruvida domstolens val av den narrativa beviskravsläran som bevisvärderingsmetod innebär en fördel för parten. Med detta menas här hur domstolens val av bevisvärderingsmetod påverkar parternas möjlighet att bevisa sin talan med den bevisning de kan säkra.¹⁷⁹

För att kunna avgöra huruvida domstolens nyttjande av endera bevisvärderingsmetod ger parten en fördel krävs förstås att analysen inledningsvis behandlar hur de olika metoderna kommer användas av domstolen i praktiken. En sådan övning är förstås vanskelig, inte minst eftersom olika domare kommer tolka metodernas normativa direktiv olika och därigenom värdera bevisningen på olika sätt. Analysen i denna del blir med nödvändighet hypotetisk, och gör inte anspråk på att uttömmande behandla samtliga relevanta variabler. Analysen avser att visa på några problem som metoderna medför då de appliceras i praktiken, för att kunna underbygga den därpå följande presentationen.

4.1 Om metoderna i praktiken

Efter dessa inledande definitioner kan så analysen inledas. För att skänka denna största möjliga tydlighet utgår den ifrån omständigheter hämtade från ett nyligt meddelat tingsrättsavgörande avseende ett komplext orsakssamband.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Parterna har ju en (nästan) oinskränkt frihet att åberopa bevis, se 35 kap. 1 § och 6 § RB. Rättens möjligheter att avvisa bevisning är mycket små, se 35 kap. 7 § RB. Se allmänt om denna parternas *fria bevisföring* Westberg (2013), s. 363-370.

¹⁸⁰ Skellefteå TR:s avgörande i mål T 1012-13, dom meddelad 2018-03-08. Analysen följer alltså inte avgörandet i annat än att omständigheter från det används för att konkretisera analysen.

Omständigheterna var i huvudsak följande. Boliden Mineral AB, ett helägt dotterbolag i den svenska Boliden-koncernen, har i Sverige verksamhet för utvinning av metaller och mineraler, däribland koppar. Vid förädlingen av koppar uppstår slaggprodukten våtverksslam, till viss del bestående av arsenik. Under 1980-talet ingick Boliden ett avtal med det chilenska gruvbolaget Promel om köp av våtverksslammet. Avsikten var att förädla arseniken, och totalt levererades 20 000 ton slam till bolagets industrier i orten Arica i Chile. Ett antal av invånarna bosatta i den del av Arica där Promels verksamhet låg kom senare, kring mitten av 2000-talet, att mena att verksamheten med arsenik lätt till att de långtidsexponerats för detta och andra gifter, vilket medfört diverse hälsonefsättningar. Några av dessa invånare¹⁸¹ stämde därför Boliden AB med yrkande om skadestånd¹⁸².

Angående rättsfaktumet *orsakssamband* argumenterade kâranden utifrån att våtverksslammet otvistigt innehållit arsenik, att markstudier i området där de drabbade bodde visade på förhöjda värden av bl.a. arsenik och att invånarnas klagomål över bl.a. ledsmärtor bara kunde komma ifrån långtidsexponering för gifterna. Kârandens främsta bevisfaktum för orsakssambandet var urinprover som invånarna lämnat, vilka visade höga halter arsenik. Proverna kunde emellertid endast visa de senaste två veckornas exponering och eftersom det förflutit lång tid mellan Bolidens leverans av slammet och provtagningarna kom frågan om bevisning av orsakssamband att handla om möjligheten för arsenikpartiklar att spridas med vinden i form av damm från våtverksslammet till omgivningen, för att sedan ligga latent där i tio år innan invånarnas kroppar tog upp giftet.¹⁸³ Härvid anförde kâranden bevisning, dels i form av resultaten av urinproven och halten arsenik i våtverksslammet, dels i form av två sakkunnigvittnen, ett rörande vindförhållanden och ett rörande arseniks markegenskaper. Svaranden anförde en rad *alternativa* eller i varje fall *konkurrerande* orsaker, och ingav bevisning i form av sakkunnigvittnen, främst avseende hur övrig

¹⁸¹ Närmare bestämt 796 personer.

¹⁸² Det sammantagna beloppet uppgick till 102 375 152 jämte lagstadgad ränta.

¹⁸³ Se avgörandets s. 116.

industri påverkat värdena, dels avseende hur arsenik i föda och dricksvatten påverkat.¹⁸⁴

4.1.1 Bevisvärdeметoden

Ponera då att domstolen väljer att värdera bevisningen utifrån Ekelöfs *atomistiskt kvantitativa* bevisvärdeметod.¹⁸⁵ Den övergripande frågan här är ju *hur sannolikt är det att bevistemat skapat bevisfaktumet?*, men hur ska detta behandlas då bevistemat är *orsakssamband*? Presumeras inte orsakssambandets existens om frågan ställs som *hur sannolikt är det att orsakssambandet (bevistema) skapat arseniken i urinen (bevisfaktum)?* I min mening bör frågan istället formuleras som *hur sannolikt är det att just det av käranden hävdade orsakssambandet (bevistema) skapat arseniken i urinen (bevisfaktum)*¹⁸⁶. För att kunna bedöma bevisfaktumet *urinprov* krävs inledningsvis upprättandet av en bevisedja, då bevisfaktumets bevisvärde är beroende av omständigheter som måste bedömas separat. Redan här kommer domstolens val att påverka kärandens utsikter, då sannolikheten för bevistemat sjunker ju fler länkar som används.¹⁸⁷ Här antas att kedjan ser ut som följer:

A. Arsenik i invånarnas urin



B. Arsenik på marken och i luften (under tio år), där de drabbade invånarna bodde



C. Vind i rätt riktning och med tillräcklig styrka för att lyfta högens ytskikt kan bära med sig arsenikpartiklar

¹⁸⁴ Jfr resonemanget i kapitel 3.3.

¹⁸⁵ Resonemanget följer här naturligtvis kapitel 3.2.1-3.2.2 ovan.

¹⁸⁶ Jfr resonemanget i kapitel 3.3.

¹⁸⁷ Visserligen ska bestämmelsen i 35 kap. 14 § RB, vilken ger uttryck för *principen om bästa bevismedel*, även förstås som att domstolen ska tolka den av parten framlagda bevisningen på ett för parten så fördelaktigt sätt som möjligt. Det skulle då följa att domstolen inte ska konstruera fler länkar än nödvändigt.



D. Arsenikhaltigt slam från Boliden liggande i icke övertäckt hög

Varje kedjelänk A-C är alltså ett bevisfaktum för det nästkommande steget, och domstolen ska alltså inledningsvis bedöma stegen diskursivt. Vad som eftersöks är alltså sannolikheten för att A leder till B o.s.v.

Inledningsvis ska alltså behandlas sannolikheten för A - B. Det framgår av det ovan presenterade att svaranden har anfört olika alternativa orsaker till B (Z₁₋₂ - B). Det framstår ju som att dessa, i vart fall delvis, bör prövas i detta led. Detta gäller särskilt invändningen att arseniken inte kommit ifrån marken, utan ifrån vatten och livsmedel. Här blir kärandens framgång i målet enligt bevisvärdemetoden alltså avhängig dennes förmåga att motbevisa de av svarandens anförda alternativa sambanden, i förlängningen för att undvika ogillande av talan, men även för att undvika att bära med sig en låg sannolikhet vidare i kedjan. Så som svarandens invändningar är utformade är detta mycket svårt; inte kan väl käranden motbevisa ett påstående om att i vart fall några av invånarna skulle ha fått i sig arsenik via dricksvatten eller föda? Visserligen kan möjligen *mängden* arsenik i urinen utgöra positivt hjälpfaktum här, i den situation kroppens förmåga att ta upp ämnet skiljer sig mellan upptagning via luft och via födoämnen. Även då måste emellertid käranden anföra omfattande bevisning avseende invånarnas kostvanor, något som förstås måste anses mycket betungande då fråga är om knappt 800 personer, och därtill över lång tid. Jag menar därför att bevisvärdemetoden här resulterar i att sannolikheten för A - B måste sättas lågt. En ytterligare svårighet är då att uttrycka sannolikheten i en numerär.¹⁸⁸ Jag menar att det blir mycket svårt för domstolen att sätta en siffra på sannolikheten, inte minst då parterna har infört flera omständigheter som påverkar domstolens bedömning. Här ska ju domstolen inte bara värdera kärandens bevisning, utan även överväga hur mycket av denna sannolikhet som förtas av svarandens motbevisning, och sedan

¹⁸⁸ Det ska här åter nämnas att Ekelöf var medveten om denna svårighet, se not 149, och att han därför förordade multiplikationsregeln som en tumregel för den sammanvägda bevisstyrkan. Jag använder här siffror för att uttrycka bevisvärdet för att visa på hur små variationer i varje led sammantaget får stora verkningar. Jag menar alltså inte att t.ex. 0,3 i sannolikhet faktiskt betyder någonting annat än en för domaren upplevd styrka.

eventuellt se till hur mycket av svarandens motbevisning som förtas av kändans eliminationsbevis. Är A - B:s inledande sannolikhet 0,4 eller 0,5? Förtar svarandens motbevisning detta till 0,2 eller 0,35? Hur mycket kan kändan rädda åter med eliminationsbevis? Allt eller inget; eller kan ett sådant bevis rentav höja sannolikheten till **0,9**?¹⁸⁹

Vad avser B - C kan de av kändan anförda omständigheterna avseende vindförhållanden bedömas i ljuset av hjälpfakta (t.ex. de av kändan presenterade fakta kring hur arsenik kan kvarstanna i miljöer under lång tid) och allmänna erfarenhetssatser, såsom hur damm beter sig t.ex. på en sandstrand eller på en varm grusplan, leda domstolen till att finna denna del av kedjan tämligen sannolik. Sannolikheten vad avser B - C är därför nog ganska hög, men återigen är det omöjligt att säga om den är 0,4; 0,5 eller **0,6**.

Låt oss då se till det sista steget, C - D. Bedömningen här hade i stort kunnat likna den i steget innan, B - C. Rätten hade här kunnat bedöma de anförda omständigheterna om vindförhållanden med kunskap om högens egenskaper (hjälpfakta), som tillsammans med viss kunskap om hur dylika porösa material beter sig då de befinner sig i det öppna, t.ex. sanddyner på en sandstrand eller dammet på en fotbollsplan (allmänna erfarenhetssatser), och då enkelt finna en tämligen hög sannolikhet. Problemet är emellertid även här att uttrycka sannolikhetens storlek, är den 0,7 eller **0,8**? Här har ju svaranden vidare anfört ett alternativt orsakssamband, nämligen att arseniken skulle komma av Promels övriga verksamheter. Vidare anförde svaranden att våtverksslammet inte alls beter sig som man kanske kan tro (det är t.ex. inte särskilt poröst, utan ligger i klumpar). Detta påverkar i min mening sättet på vilket domstolen använder sig av sina allmänna erfarenhetssatser (de lägger

¹⁸⁹ Det var ju Ekelöfs uppfattning att eliminationsbevis t.o.m. kunde höja sannolikheten för den egna talan, se kapitel 3.2.2 ovan. Då detta skulle komma av kändans möjlighet att motbevisa svarandens samtliga alternativa samband måste en sådan höjning av den ursprungliga sannolikheten i min mening vara mycket svår att åstadkomma i tvister avseende komplexa orsakssamband; det blir jämförbart med åklagarens försök att bevisa en persons skuld till ett brott genom att utesluta samtliga alternativa gärningsmän.

mindre vikt vid jämförelsen med sand eller grus) och samtidigt ställer de större krav på det anförda hjälpfaktumet om vindförhållandet.¹⁹⁰ Men hur mycket förtar det sannolikheten? Blir det nya värdet 0,3 eller 0,4? Eller finner rätten att invändningen inte skadar kändens sannolikhet?

Det ovan anförda visar i min mening på bevisvärdemetodens akilleshäl; trots att det är mycket svårt för domaren att bestämma ett närmare bevisvärde i varje led är det av yttersta vikt att dessa i varje led kan preciseras i så stor mån som möjligt, då det sammantagna bevisvärdet annars kan variera stort. Detta illustreras av att låta sammanföra de i resonemanget fetstilta extremvärdena i varje del. I det fall domstolen finner att sannolikheten i varje led är det största alternativet som givits ovan blir resultatet detta:

A. Arsenik i invånarnas urin

Sannolikhet: 0,9



B. Arsenik på marken och i luften (under tio år), där de drabbade invånarna bodde

Sannolikhet: $0,9 \times 0,6 = 0,54$



C. Vind i rätt riktning och med tillräcklig styrka för att lyfta högens ytskikt kan bära med sig arsenikpartiklar

Sannolikhet: $0,9 \times 0,6 \times 0,8 = 0,432$



D. Arsenikhaltigt slam från Boliden liggande i icke övertäckt hög

Sammantagen blir sannolikheten för kändens talan alltså 0,432, men samma sammanvägning med de minsta angivna värdena i presentationen ovan, vilka

¹⁹⁰ Det ska tilläggas att de av svaranden anförda invändningarna inte endast förtog styrkan i kändens resonemang, utan även talade för det av svaranden anförda alternativa förloppet (alltså att Promels övriga verksamheter påverkade). Eftersom bevisvärdemetoden behandlar sannolikheten som *ensidig* ska domstolen emellertid inte, då metoden används, se detta som bevis till stöd för svarandens påstående utan endast som omständigheter som talar emot kändens påstående.

understrukits, ger en sammanvägd sannolikhet om 0,024 ($0,2 \times 0,4 \times 0,3$). Detta visar i min mening flera praktiska svagheter inneboende i Ekelöfs bevisvärdemetod. En inledande svårighet är att domarens bedömning av värdet i varje led får stor effekt på det sammantagna värdet, även om bedömningen i varje enskilt led kan uttryckas ganska precist. Där spelar det ju ingen större roll om värdet är 0,6 eller 0,7 eftersom dessa bägge skulle räcka för att möta beviskravet *klart mera sannolikt*¹⁹¹, och svårigheten att bestämma värdet får då i praktiken obetydliga följder. Påverkan blir emellertid tydlig då flera led sammanläggs. Detta innebär i min mening att även om multiplikationsregeln vid värderingen endast är tänkt att ge en fingervisning om det sammantagna värdet, riskerar denna att vara grovt missvisande. En ytterligare svårighet med bevisvärdemetodens praktiska användning avseende komplexa orsakssamband är att den bevisbördebärande parten måste uppvisa mycket stark bevisning för att nå ett ganska lågt krav; beviskravet på bevisningen av ett sådant orsakssamband kan alltså sägas vara *klart mera sannolikt*, vilket av presentationstekniska skäl kan sägas uttryckas som *0,6 sannolikt*¹⁹². Men för att nå upp till detta låga krav måste parten ju ha mycket starkare bevisning vid varje länk i kedjan¹⁹³, något som Ekelöf medgav.¹⁹⁴

Det är vidare min mening att resultatet av den diskursiva bedömningen i praktiken påverkar även den induktiva bedömningen. Här ska ju domstolen bedöma bevisemat i dess helhet, alltså $(A - B) \times (B - C) \times (C - D)$ sammantaget, utifrån någon slags intuition. Men hur förhåller sig den induktiva bedömningen till resultatet av den diskursiva? Denna fråga ter sig än mer relevant i analysen då författare menat att det

¹⁹¹ Vilket var kravet som rätten i det nu aktuella fallet applicerade på tvisten. Kravet behandlas mer utförligt i kapitel fem.

¹⁹² Jfr den skala som finns återgiven i kapitel 3.1.

¹⁹³ I den här behandlade fallstudien, med tre led i kedjan, hade varje led behövt göras ca 0,84 sannolikt, alltså i nivå med ”styrkt” (se not 102).

¹⁹⁴ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 142 (min kursiv): ”Ju fler led, som ingår i en beviskedja, desto svagare är bevisningen för slutledet i kedjan, såvida inte varje led i kedjan *bevisar det följande med fullständig säkerhet*.”. Jag menar att den kursiverade delen i citatet visar på metodens olämplighet vid bedömning av komplexa orsakssamband. Att bevisa något med fullständig säkerhet torde motsvara att domaren finner det bevisat med 1,0 sannolikhet, alltså utan någon kvarvarande tvivel, vilket måste anses hart när omöjligt.

redan i den diskursiva bedömningen återfinns induktiva drag.¹⁹⁵ Därtill har även senare författare menat att bestämmandet av värdena i den diskursiva, kvantitativa bedömningen sker utifrån domarens intuition.¹⁹⁶ Skulle inte det innebära att domaren då denne når den induktiva bedömningen i praktiken redan har uttömt sin intuition och därvid redan kommit till en slutsats om styrkan, såväl i delarna som i helheten? För detta talar även de uttalanden i doktrin enligt vilka domaren löpande konstruerar en bild av bevisningens styrka under det att den presenteras.¹⁹⁷ Detta talar ju för att den induktiva bedömningen i praktiken får begränsad betydelse, vilket kan illustreras genom fallstudien ovan. Som visats ovan får det stor sammantagen betydelse vilka värden domaren tillskriver bevisningen i varje del, relativt små variationer i fallstudien gav två vitt skilda resultat i sammantagen styrka (0,024 respektive 0,432).

Med det här förda resonemanget skulle domaren i sin induktiva bedömning av fallet med lågt värde knappast komma att göra en annan bedömning; denne har ju redan 'uttömt' sin intuition. I fallet med högt värde blir situationen möjligen en annan, eftersom detta värde är nära det beviskrav som anläggs på sådana situationer som i fallstudien. Jag menar att det då är möjligt att domaren lägger större ansträngning på den induktiva bedömningen, och att den bevisbördebärande parten då har möjlighet att argumentationsvis övertyga domaren om att de brister som kvarstår efter den deduktiva bedömningen så att säga läks i den induktiva. Härför talar även de doktrinuttalanden som finns gällande att den induktiva bedömningens syfte är att agera som alternativ då den deduktiva bedömningen kvarlämnar osäkerheter, då domaren rimligen uppfattar färre kvarlämnade osäkerheter som mer möjliga att läka i den induktiva bedömningen.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Se citatet av Stening vid not 140.

¹⁹⁶ Se Lindell vid not 157. Jag håller här med Lindell, för vad är i praktiken skillnaden mellan *allmänna erfarenhetssatser* och *intuition*? Jag menar att intuition förstås är en uppfattning, eller kanske oftare en känsla, om framtida händelseutvecklingar sprungen ur erfarenheter av tidigare liknande händelser.

¹⁹⁷ Se Kolflaath vid noterna 60 och 61.

¹⁹⁸ Se Bolding vid not 139.

4.1.2 Narrativ beviskravslära

Låt oss nu vända uppmärksamheten mot den narrativa beviskravsläran och dess praktiska verkningar. Det ska inledningsvis sägas att handlingsdirektiven riktade mot domaren här tycks vara mindre precist beskrivna och jag kommer därför analysera dess praktiska användning delvis utifrån vad som sagts om narrativa begrepp i bevisprövningen i allmänhet.¹⁹⁹ Jag nyttjar återigen fallstudien för att illustrera analysen. Den övergripande frågan enligt bevisvärdemetoden var ju här *hur sannolikt är det att just det av käranden hävdade orsakssambandet (bevistema) skapat arseniken i urinen (bevisfaktum)?*, där bedömningen sedan skedde atomistiskt för varje led i en beviskedja. Den övergripande frågan enligt narrativ beviskravslära torde jämförelsevis vara *vilket av kärandens och svarandens narrativ, då dessa ställs i förhållande till varandra, framstår som den mest sannolika förklaringen till förekomsten av arsenik i urinen?*

Enligt beviskravsläran ska ju domstolen bedöma två narrativ mot varandra, och även om parten i stor del kan bistå rätten genom sin argumentation, är det upp till domstolen att konstruera dessa bägge motstående narrativ.²⁰⁰ Hur kommer rätten att gå till väga då konstruktionen sker? Jag menar att konstruktionen kommer ske så att varje narrativ i varje fall bemöter samma *centrala frågor* i narrativet.²⁰¹ Den del av narrativet som krävs för att klara av detta väljer jag i det följande att kalla *narrativets stomme*. Vad avser käranden borde stommen här kunna motsvara den uppdelning som

¹⁹⁹ Se kapitel 2.2. ovan.

²⁰⁰ Se 35 kap. 1 § RB, även citerat av Høyland vid not 55.

²⁰¹ Här bygger jag analysen på fynden i de psykologiska studier av narrativ som gjordes av Pennington & Hastie (se vid not 53) som menade att narrativen hade vad de kallade initierande händelser. Här är *arseniken* förstås central, och en initierande händelse är rimligen var denna tämligen ovanliga halvmetall kommit ifrån. Denna initierande händelse måste alltså bägge narrativ förklara, så tillvida att bägge måste erbjuda en initierande händelse som introducerar arsenik i miljön kring invånarna. Men det jag kallar centrala frågor kan även röra sig om det Bennet & Feldman (se vid not 54) kallat centrala händelser, alltså sådana omständigheter som samtliga eller flertalet av de övriga omständigheterna i narrativet hade gemensamt. Här är ju frågan om hur arseniken kommit att hamna i invånarna en sådan omständighet; hade den bara funnits i miljön (vilket alltså är en initierande händelse) men inte i invånarna hade ju talan aldrig väckts.

presenterades ovan då bedömningen enligt bevisvärde-metoden analyserades, men här omvänd.²⁰² Stommen ser således ut som följer:

A. Arsenikhaltigt slam från Boliden liggande i icke övertäckt hög



B. Vind i rätt riktning och med tillräcklig styrka för att lyfta högens ytskikt kan bära med sig arsenikpartiklar



C. Arsenik på marken och i luften där de drabbade invånarna bodde



D. Samma arsenik ger tio år senare arsenik i invånarnas urin

Fig. 1

Domstolen ska alltså bedöma detta narrativ mot ett av svaranden presenterat, och domstolen måste därför konstruera en liknande stomme här.²⁰³ Hur förklarar då svaranden arsenikens närvaro i invånarnas kroppar? Dels genom Promels övriga verksamheter (med vilka Boliden inte hade något att göra), dels genom att grundvatten och födoämnen innehåller arsenik. Stommen i svarandens första narrativ borde därför kunna illustreras enligt nedan:

A. Promels processande av malm från den egna gruvan ger upphov till arsenikhaltigt avfall som lagras i en hög på samma fastighet som våtverksslammet



B. Vind i rätt riktning och med tillräcklig styrka för att lyfta den högens ytskikt kan bära med sig arsenikpartiklar

²⁰² Detta då narrativa bevis-teorier ju utgår ifrån att händelserna presenteras som en kausalkedja, se presentationen vid not 52.

²⁰³ Vilket finner stöd hos Kolflaath, som ju menar att domaren konstruerar konkurrerande narrativ för att därigenom värdera ett nyligen framlagt bevis, se not 61.



C. Arsenik på marken och i luften där de drabbade invånarna bodde



D. Samma arsenik ger tio år senare arsenik i invånarnas urin

Fig. 2

Stommen i det därpå följande narrativet borde följaktligen kunna illustreras enligt nedan:

A. Arsenik finns i mat och det grundvatten



B. Mat och vatten som invånarna äter och dricker



C. Denna arsenik orsakar att invånarnas urin innehåller arsenik

Fig. 3

Denna inledande beskrivning ger ju emellertid inte alls svar på *hur* rätten kommer värdera bevisningen, utan egentligen endast *vad* de kommer pröva, nämligen två narrativa konstruktioner. Det är alltså narrativet som parten vill bevisa då denne lägger fram olika bevisfaktum; det är alltså *narrativet som är bevisemat*.

Enligt den narrativa beviskravsläran ska bevisningen, då narrativets sannolikhet bestäms, värderas holistiskt. Jag utgår här ifrån att käranden framlagt samma bevisfaktum som då bevisvärdemetoden behandlades, alltså *arsenik i urinen*. Det framgår ju av fig. 1-2 ovan att detta faktum är framlagt av bägge parter, men till styrkande av två skilda narrativ. Värdet av bevisfaktumet *arsenik i urinen* i förhållande till narrativen är avhängigt hur väl det interagerar med dess övriga bevisfakta, eller hur väl det passar in i den väv som dessa skapar. Men borde inte

bevisfaktumet passa lika bra in i bägge sammantagna bevissituationer, och således ha samma bevisvärde? De sammantagna bevissituationerna är ju mer eller mindre identiska, med undantag för de bevisfakta som rör arsenikens ursprung.²⁰⁴ Och även om bevismaterialen hade skiljt sig mer åt hade ju bevisvärdet helt avgjorts av domarens intuition, och det blir därför mycket svårt att ens försöka illustrera.

Vid presentationen av den holistiska bevisvärderingsmodellen framgick alltså att de normativa resonemangen härvid fick anses till stor del sakna tydliga riktlinjer för bedömningen.²⁰⁵ I det följande gör jag därför en ansats att konkretisera den holistiska bedömningen något, genom att teoretisera att domstolen möjligen kommer att se även bevisvärderingen som en jämförelse.²⁰⁶ För detta talar ju också att den narrativa beviskravsläran utgår ifrån att beviskravet är sannolikhetsövertikt, i vilket det inneboende finns ett mått av jämförelse. Detta skulle innebära att domaren vid sin värdering inte har att besvara *vad är bevisfaktumets bevisvärde utifrån dess plats i den sammantagna bevissituationen hos endera part?* utan snarare *i vilken av de två alternativa bevishelheterna passar detta beviset bäst?*. Även då domstolen inte har att värdera samma bevisfaktum, som framlagts till styrkande av två skilda narrativ, utan istället två skilda bevisfakta framlagda till styrkande av samma centrala frågor borde den nu presenterade metoden kunna användas, eftersom dessa frågor ju är sådana som bägge parter har att besvara. Frågan domaren har att besvara ändras då till *vilket av de två alternativa bevisfaktumen framlagda för att bevisa händelsen X gör den mest sannolik?*. Jag menar att stöd för ett sådant synsätt finns hos Diesen, i dennes vidareutveckling av Lindells jämförelsemetod. Diesen avvisar ju både rent kvalitativa och rent kvantitativa resonemang vid bevisvärderingen, och menar istället att

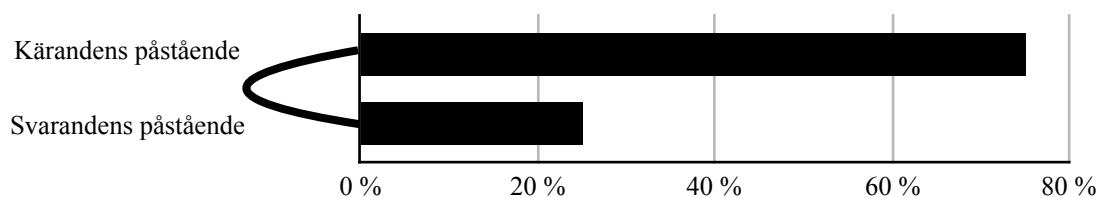
²⁰⁴ Däremot kan svaranden möjligen få ett högre bevisvärde på bevisfaktumet om denne istället argumenterar utifrån fig. 3 ovan, där mängden arsenik i urinen möjligen kan göra att bevisfaktumet passar något bättre in än i någon av de alternativa sammantagna bevismaterialen utifrån kroppens möjligheter att ta upp arsenik. Men märk att svaranden kanske inte bör välja denna väg, då denne här inte bara ska förta kändens bevisvärde, utan presentera ett sammantaget narrativ som är mer sannolikt.

²⁰⁵ Se kapitel 2.4.

²⁰⁶ Så som Allen förstår överviktsprincipen sker ju vidare en jämförelse mellan de två framställda narrativen, där rätten har att välja det som i förhållande till det andra framstår som mest sannolikt, se kapitel 2.3.

bevisvärderingen kan få viss stadga genom att styrkan bestäms utifrån en jämförelse mellan parternas påståenden, där sannolikheten är tvåsidig.²⁰⁷ Föremålet för jämförelsen skiljer sig emellertid något; det Diesen menar att rätten ska jämföra är hur starkt kändens påstående om beviset ter sig i förhållande till svarandens påstående om detsamma. Det jag menar är att domaren ska jämföra hur starkt kändens påstående om bevisfaktumets värde är i förhållande till svarandens påstående om detsamma. Jag menar att jämförelsemetoden trots detta ger stöd för mitt nu framlagda synsätt, då det är jämförelsen som är i centrum både i min och i Diesens metod för värdering.

Det finns anledning att här kort behandla hur värderingen kan komma att påverkas av att de bägge framförda påståendena är sådana som utesluter varandra.²⁰⁸ Det bevisfaktum som då presenteras till stöd för kändens påstående kommer ju med nödvändighet att tala *emot* svarandens påstående i motsvarande mån, eftersom de inte bägge kan ha hänt. Sammantaget med vad jag anfört ovan om att bevisvärderingen enligt den holistiska metoden ska ske genom en jämförelse innebär detta att ett bevis framlagt till stöd för kändens påstående i någon mån rubbar värdet av svarandens hela påstående. Därtill kommer att bevisfakta som domstolen prövar efter hand tvingar domstolen att i någon mån omvärdera styrkan i tidigare bedömda faktum, eftersom sådana senare fakta kanske gör svarandens påstående mer sannolikt och därigenom förtar kändens påstående sannolikhet. Nedan skala söker illustrera detta, där sannolikhetsstaplarna är sammanbundna med ett 'rep'; då kändens påstående ökar i sannolikhet dras sannolikheten för svarandens påstående ned.²⁰⁹



²⁰⁷ Se kapitel 3.2.3.

²⁰⁸ Se kapitel 3.3.

²⁰⁹ Sådana *uteslutande* narrativ påverkar i någon mån även förståelsen av *klart mera sannolikt*, se kapitel 7.3.

Avslutningsvis ska undersökas vilken roll det som i doktrin kallats narrativets externa kvalitet kan ha då domstolen utför sin bevisbedömning enligt en holistisk bevisvärderingsmetod. Jag menar att domaren, då denne värderar ett bevisfaktum i enlighet med en holistisk bevisbedömningsmetod, kommer se till ett så stort sammanhang som möjligt för att därigenom skapa en så god bedömningsgrund som möjligt. Detta då domarens bevisprövningsverksamhet enligt den narrativa beviskravsläran i någon mån omfattar även en prövning av den externa kvaliteten. Det framgår av presentationen ovan att denna externa kvalitet i stort är beroende av narrativets *koherens*.²¹⁰ Mot bakgrund av samma presentation framstår de ovan presenterade narrativa stommarna²¹¹ som tämligen lågkvalitativa narrativ, och de skulle därför rimligen tillskrivas en låg sannolikhetsgrad av domstolen. Vad mer specifikt innebär då kravet på koherens? Jag menar att kravet möjligen kan förstås som omständigheter som binder samman de centrala händelserna i narrativets stomme, vilka är förda i reda bevis av de bägge parterna. Sådana kringliggande omständigheter är i min mening ofta sådana som inte behöver föras i bevis, men det kan även röra sig om sådana omständigheter som enligt bevisvärdeometoden skulle ses som hjälpfakta.²¹² Det är i min mening dessa kringliggande omständigheter som skiljer narrativet från bevisvärdeometodens bevisedja. Genom att domstolen tillför dessa kringliggande omständigheter kan stommen istället presenteras som ett narrativ. Detta kan bäst illustreras genom att stommen i kärandens narrativ ovan (fig. 1) fylls ut med några hypotetiska sådana uppgifter.

A. Arsenikhaltigt slam liggande i icke övertäckt hög

Material som innehåller gifter ska inte ligga öppet i det fria, av den enda anledningen att de då riskerar att spridas. Det får anses uppenbart att ett löst sammansatt material som läggs på hög riskerar att spridas.



²¹⁰ Se kapitel 2.2.

²¹¹ Fig. 1-3 ovan.

²¹² Till stöd härför ska nämnas det resonemang som förs av Pennington & Hastie ang. world knowledge, se noterna 93-96. Det vid not 97 givna exemplet visar också i min mening användning av world knowledge på det sätt som jag här skisserar, alltså en utfyllande länk mellan omständigheter. Se även 35 kap. 2 § RB.

B. Vind i rätt riktning och med tillräcklig styrka för att lyfta högens ytskikt kan bära med sig arsenikpartiklar

Den låga luftfuktigheten i det varma Chile innehåller mer damm, det vet alla som sparkat en fotboll på en varm grusplan. När vinden når bebyggelsen där invånarna bor bromsas den upp, och arseniken faller till marken.



C. Arsenik på marken och i luften där de drabbade invånarna bodde



D. Samma arsenik ger tio år senare arsenik i invånarnas urin

Det ska avslutningsvis tilläggas att dessa kringliggande omständigheter sannolikt är sådana som domaren själv kan ta in då denne konstruerar narrativet, även om parten förstås gör bäst i att själv ange dem, eftersom det denne ska presentera är ett så sannolikt och så konkretiserat narrativ som möjligt.²¹³

4.2 Har part fördel av att domstolen nyttjar den narrativa beviskravsläran?

Syftet med denna delanalys är att undersöka huruvida domstolens val att värdera bevisfakta enligt den narrativa beviskravsläran ger part en fördel i en tvist innehållande ett komplext orsakssamband. En inledande slutsats är att de två punkter där den narrativa beviskravsläran skiljer sig ifrån den atomistiska bevisvärderingsmodellen är den *holistiska bedömningen* och att bevisemat utgörs av ett *konkretiserat narrativ*.

²¹³ Jfr 35 kap. 6 § RB.

Kravet på konkretiserat narrativ

Enligt den narrativa beviskravsläran avkrävs bägge parter ett konkretiserat narrativ. Då detta behandlades i kapitel 4.1 ovan kan det möjligen ha framstått som en börda för parten, då denne behöver inge fler förklaringar än denne behöver göra då domstolen använder sig av en atomistisk bevisvärderingsmetod. I det senare fallet behöver parten endast resonera kring de bevisfakta som krävs för att bevisemat *orsakssamband* ska vara bevisat²¹⁴, även om de beviskedjor som då används knappast upplevs som särskilt högkvalitativa narrativ. För att finna att parten har en fördel av den narrativa beviskravsläran krävs tydligen att parten befinns ha en fördel av att ha *fler* rörliga delar i sitt resonemang, något som vid första anblick kan synas osannolikt. Men innebär inte orsakssambandets inneboende karaktär att en sådan presentationsform är lämpligare än den som fordras enligt den atomistiska bevisvärderingen? Vad är ett orsakssamband om inte ett narrativ? Det framgår ju av presentationen i kapitel 3 ovan att det käranden har att bevisa är att just det av denne hävdade orsakssambandet orsakat skadan. Det måste vara enklare för denne att kunna presentera och argumentera kring detta som ett narrativ genomgående processen, utan att just då frågan om bevisvärdering uppkommer behöva dela upp händelseförloppet i sådana kedjelänkar som krävs enligt den atomistiska värderingen. För käranden menar jag därför att ett sådant konkretiserat narrativ är en fördel.

Men för svaranden är frågan om påverkan något svårare. Jämför återigen presentationen i kapitel 3. Enligt denna har ju svaranden i praktiken två val: denne kan blankt bestrida kärandens påstående om orsakssamband, eller så kan denne presentera ett eget alternativt orsakssamband. Även då domstolen nyttjar en atomistisk bevisvärderingsmetod har svaranden dessa alternativ, även om svaranden sannolikt gör bäst i att anföra omständigheter och motfaktum som förtar värdet av kärandens bevisning. Detta beror som läsaren säkert förstår delvis på att käranden åläggs bevisbördan, men det beror även på att domstolen då den nyttjar den

²¹⁴ Vilket i de ovan skisserade kedjorna inneburit fyra omständigheter.

atomistiska bevisvärderingsmetoden inte värderar bevisen enligt en jämförelse. Skulle domstolen nyttja den narrativa beviskravsläran så som den skisserats i det föregående bortfaller ju möjligheten för svaranden att blankt bestrida käromålet, eftersom denne avkrävs ett konkretiserat narrativ och eftersom det svagaste narrativet förlorar. Kvar för svaranden blir blott det andra alternativet, alltså att prestera en alternativ skadeorsak. Detta får anses vara en nackdel för svaranden. Men betänk vad som sker i fall då svaranden, i situationen då rätten nyttjar en atomistisk bevisvärderingsmetod, blankt bestrider. Käranden har då att visa att det av denne presenterade orsakssambandet stämmer överens med verkligheten, och gör så genom argumentation kring ett hypotetiskt förlopp (*vad skulle hänt om inte X varit?*). Måste inte då svaranden ändå bemöta detta hypotetiska förlopp, för att visa för rätten att skadan Y ändå inträffat? Innebär inte det i praktiken konstruktionen av ett narrativ? Jag menar därför att kravet på konkretiserat narrativ visserligen innebär en nackdel för svaranden, men att denna nackdel i praktiken blir tämligen liten.

Kvalitet vs kvantitet i bevismaterialet

Eftersom parten enligt den narrativa beviskravsläran ska konstruera ett narrativ krävs att denne presenterar fler omständigheter, och därigenom fler omständigheter som är att se som bevisfakta, än denne måste presentera då rätten värderar bevisen atomistiskt, men den holistiska bevisbedömningen innebär samtidigt att de presenterade bevisfakta inte behöver vara av samma styrka som de måste vara enligt den atomistiska värderingen. Och även om de enskilda bevisfaktumen påverkar varandras värde enligt en holistisk bedömningsmodell sker det i långt större utsträckning enligt den atomistiska modellen behandlad ovan. Är det då enklare för en part att presentera fler omständigheter med lägre bevismässig kvalitet eller att presentera färre med högre sådan kvalitet? Sett mot bakgrund av det föregående kan frågan närmast omformuleras som *passar narrativ beviskravslära bättre då det part ska bevisa är just ett orsakssamband?* Jag menar att svaret är *ja*. Detta beror delvis på hur osäkerheter ökar för varje led i en atomistisk bedömning, vilket visats i den

föregående analysen. Lägg därtill att sådana komplexa orsakssamband som här behandlas sannolikt har fler länkar än den kedja som användes i analysen.

Den främsta anledningen till att käranden har en fördel menar jag kommer av partens möjligheter till bevissäkring. I detta kapitelns inledning beskrev jag att svaret på frågan om parten har en fördel av en viss bevisvärderingsmetod delvis beror på möjligheten att möta beviskravet *med de bevismedel parterna har*²¹⁵, men vilka möjligheter finns typiskt för parten att säkra tillräckligt bra bevis *i efterhand*? Jag menar att möjligheterna många gånger är små, vilket får till effekt att den atomistiska bevisvärderingslärans krav på starka bevis kan bli en betydande nackdel för parten, inte minst då den kedjelänk som ska bevisas är så lik den som motparten ska bevisa för att gå vinnande ur tvisten. Jämför härtill kedjan återgiven i kapitel 4.1.1 ovan, där svaranden i länk D invände att övrig industri inverkat. Måste det inte då anses mycket svårt för käranden att prestera det bevisfaktum som vid sådan styrka kan visa att omständigheten D är på det ena eller det andra sättet när de gjorda invändningarna är så lika? Jag menar att så uppenbart är fallet.

Jag menar att möjligheterna är bättre att i efterhand säkra omständigheter som i vart fall kan ses som indikativa på ett visst händelseförlopp. Det bör vara enklare för parten att säkra fler omständigheter, men där varje enskild omständighet inte är lika stark som det skulle krävas att den var om domstolen nyttjade en atomistisk bedömning. Den narrativa beviskravsläran innebär därför en fördel vad avser partens möjlighet att föra sitt påstående i bevis. Jag vill här tillägga att det är min mening att parten inte bör, och i praktiken inte heller kommer att, se en sådan bevisvärderingsmetod som en chans att slippa göra alltför betungande utredningsinsatser. Eftersom domstolen, så som jag teoretiserat i det föregående, möjligen kommer att tillämpa den holistiska bevisbedömningen genom att jämföra de bägge parternas bevis för att finna det som bäst passar samma händelse krävs det att parten har utfört ett gediget arbete för att presentera den bästa möjliga förklaringen.

²¹⁵ Se not 179.

Underlåter parten detta riskerar ju denne att motparten presenterar bevis eller omständigheter som bättre förklarar den centrala händelsen, och detta förtar enligt mitt resonemang ovan värdet av partens egen bevisning.²¹⁶

²¹⁶ Märk att det här förda resonemanget måste skiljas från det rörande vad jag i det följande kallar det *komparativa beviskravet* i den narrativa beviskravsläran, av vilket framgår att styrkan i svarandens påstående i realiteten höjer det beviskrav som riktas mot käranden. Se kapitel 5.3.

Del 2 - I praktiken

I denna del ska undersökas huruvida den narrativa beviskravsläran nyttjas av landets domstolar. Det ska inledningsvis nämnas att det inte går att finna stöd för att HD *uttryckligen* hänvisat till läran, lika lite som det går att finna stöd för att sådan hänvisning skett till någon alternativ lära. De domskäl i vilka bevisvärderingen behandlas är mycket sällan så tydliga att det går att utläsa huruvida domstolen haft endast en metod för ögonen under värderingen.²¹⁷ Det blir därför en fråga om tolkning, och för att underlätta ska undersökningen i denna del inriktas på den narrativa beviskravslärens två huvuddrag; ett beviskrav i form av en *övertviktsprincip* och en *holistisk* bevisvärderingsmetod.²¹⁸

5. Om beviskravet

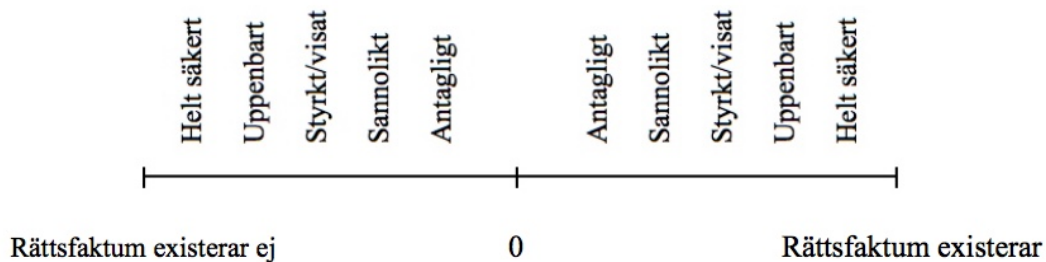
I detta inledande kapitel ska utredas vilket beviskrav domstolen nyttjar då den prövar komplexa orsakssamband. Den inledande frågan är om domstolarna tillämpar en övertviktsprincip då de ska bestämma det beviskrav som ska riktas mot parternas påståenden i en tvist innehållande ett sådant orsakssamband.

²¹⁷ Här kan dock nämnas ett fall där det tycks tydligt att en Bayesiansk lära nyttjats, vilket är refererat i SvJT (1962), s. 24-25, och som även nämns hos Tribe (1971), s. 1340. Frågan rörde huruvida ett fordon varit parkerad i strid med en parkeringsbestämmelse enligt vilken fordon endast fick stå parkerade under en timme mellan vissa tider. Åklagaren menade att så varit fallet, och anförde till stöd härför en polismans anteckningar om vid vilken vinkel två av fordonets däckventiler stod i förhållande till gatan (det s.k. *klocksystemet*), vilka hade jämförts efter en timme, varpå ventilernas läge var i stort oförändrad. Svaranden menade att han parkerat om fordonet, men då ställt sig på exakt samma plats. TR ogillade åklagarens talan, vilket fastställdes av HovR. Referenten i HovR skrev sig skiljaktig och anförde att bevismedlet fick anses ”bygga på rena sannolikhetsberäkningar”, och att sannolikheten för att ventilerna på två däck skulle hamna i samma förhållande till varandra och till gatan efter en omparkering var en på 144 möjliga utfall, vilket referenten menade inte gav bevismedlet tillräcklig styrka. Hade notering skett för samtliga däckventiler hade motsvarande beräkning gett en sannolikhet om en på drygt 20 000 möjliga utfall, vilket referenten menade hade varit tillräckligt för att noteringen skulle vara ett ”tillförlitligt bevismedel”. Noteras ska att beviskravet på talan med ett sådant resonemang hade varit att göra denna ”99,99995 % sannolik”, vilket ju får anses orimligt högt.

²¹⁸ Även kravet på konkretiserat narrativ framstår förstas som centralt, men eftersom det i den narrativa beviskravsläran är detta konkretiserade narrativ som domstolen utgår ifrån då den i sin bevisvärdering undersöker om parts bevisning når upp till beviskravet undersöks frågan om huruvida domstolen undersöker ett konkretiserat narrativ i kapitlet som behandlar bevisvärdering.

5.1 Hur ska överviktsprincipen förstås i svensk rätt?

För tydlighetens skull kan här erinras om den skala enligt vilken sannolikheten bedöms hos Ekelöf²¹⁹



Enligt överviktsprincipen vinner den av parterna som lyckas göra sitt påstående *mest sannolikt*²²⁰, och minsta sannolikhetsövertikt är avgörande.²²¹ Eftersom inget krav på viss sannolikhet då riktas mot endera part placeras bevisbördepunkten exakt i mitten på ovan axel, vid "0".²²² Detta innebär att domstolen inte riktar ett krav mot endera part att nå upp till en viss bevisbördepunkt, vilket alltså innebär att det enligt överviktsprincipen saknas bevisbörda.²²³ Övertiktprincipen kan således ses som ett alternativ till den bevisbördemodell som ofta förespråkas i svensk rätt.²²⁴

Detta innebär också att medan bevisbördemodellen ju handlar om att endera part *bär risken*²²⁵ för att en omständighet blir bevisad i enlighet med beviskravet, saknar

²¹⁹ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 56. Även här har "Rättsfaktum existerar ej"/"Rättsfaktum existerar" införts istället för Ekelöfs "icke betalning"/"betalning" för att möjliggöra ett mer allmängiltigt resonemang.

²²⁰ Se Heuman (2005), s. 45.

²²¹ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 104, se även Bolding (1951), s. 28 (kursiv i orig.): "Det karakteristiska för *övertiktprincipen* är alltså att man enligt densamma *låter varje sannolikhetsövertikt i ena eller andra riktningen bli avgörande för sakfrågans bedömning, övertikten må aldrig vara så obetydlig.*"

²²² En annan sak är att bevisvärdepunkten förstås kan placeras på endera sida av skalan. Käranden kan ju även då en överviktsprincip gäller som beviskrav göra sitt påstående *starkt*, men detta är alltså här inget krav.

²²³ Se Ekelöf & Boman (1992), s. 60.

²²⁴ Övertiktprincipen är alternativ till bevisbördemodellen såtillvida att den är ett annat sätt att hantera osäkerheter i tvisten, se Westberg (2013), s. 389 f.

²²⁵ Jfr Bolding (1989), s. 95 f., som talar om beviskravet som ett sätt att hantera risk.

överviktsprincipen sådana inslag. Det innebär att ingen av parterna bär risken för att en viss omständighet inte bevisas.²²⁶ Ett enkelt exempel kan illustrera. Käranden hävdar att denne försträckt en summa till svaranden, medan svaranden menar att det rört sig om en gåva. Skulle bevisbörda användas i denna situationen skulle svaranden ha att visa att det rört sig om en gåva och inte en försträckning.²²⁷ Detta innebär ju motsatsvis att käranden då sådan bevisbördeplacering nyttjas inte behöver visa att det *inte* rör sig om en gåva. För att denne ska gå vinnande ur tvisten räcker det att svaranden misslyckas med att visa att det är en gåva.²²⁸ Ändras exemplet genom applikation av överviktsprincipen blir resultatet att ingen av parterna bär risken av att deras respektive påståenden inte blir bevisade; eftersom den part med det mest sannolika påståendet vinner kan detta innebära att merparten av påståendena i tvisten förblir osäkra.²²⁹

Överviktsprincipen är alltså både ett beviskrav, som då inte har en fixerad plats på en sannolikhetskala, och en alternativ lösning på problemet med sådana osäkerheter som är kvarvarande efter att parterna framlagt all bevisning de förmår uppbringa. Jag menar därför att det är rimligt att betrakta överviktsprincipen som *en* modell för att hantera den osäkerhet som finns i en tvist, i kontrast till de *två* som idag återfinns i gällande rätt, nämligen beviskrav och bevisbörda. I det följande kommer jag att kalla denna konstruktion för den *äkte* överviktsprincipen.

5.2 Överviktsprincipen i praxis

Återfinns så denna överviktsprincip i svensk praxis, alltså en princip enligt vilken beviskravet är en övervikt av sannolikhet och enligt vilken ingen part bär en

²²⁶ Se Lindell (2007), s. 353: ”Överviktsprincipen är inte en bevisbörderegeln eftersom parterna bär lika stor risk för att utgången blir oriktig, varvid ingen av parterna bär någon bevisbörda.”

²²⁷ Tilläggas ska att HD också valt att placera bevisbördan på detta sätt, se NJA 2014 s. 364.

²²⁸ Det måste visserligen vara klarlagt att en summa pengar verkligen överförts, jfr NJA 2014 s. 364.

²²⁹ Jfr Westberg (2013), s. 373.

bevisbörda?²³⁰ I den fortsatta framställningen kommer visas att praxis innehåller situationer där HD funnit att ett beviskrav till synes långt lägre än Ekelöfs normalbeviskrav borde nyttjas, men här är vi alltså inledningsvis intresserade av huruvida just den specialkonstruktion som är överviktsprincipen nyttjats.

I NJA 1977 s. 176 refereras en tvist avseende skadestånd mellan ett dödsbo (käranden) och staten (svaranden). Bakgrunden var i korthet att en person framfört en bil på en riksväg, varpå bilen hamnat i sladd, kommit över i motsatt körfält och där kolliderat med ett fordon, varpå föraren i den sladdande bilen avled. Dödsboet förde talan med ett yrkande om att en skada i vägbanan orsakat olyckan, och därmed förarens bortgång, medan staten anförde att det kunde ha funnits en annan orsak till olyckan.²³¹ Fråga var alltså om utomkontraktuellt skadestånd. HD uttalade ang. beviskravet avseende vilket förlopp som skulle läggas till grund att:

Om det sålunda i betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande.²³²

Detta har av vissa författare i doktrin tolkats som att HD kan ha lagt sig mycket nära en överviktsprincip i sin bedömning²³³, och andra författare har till och med menat att

²³⁰ Det kan helt kort nämnas att principen till synes är huvudregel i norsk rätt. Allmänt kan sägas att debatten i norsk doktrin utvecklats väsentligen annorlunda än den i svensk dito, där Eckhoff (1943) får anses vara ett standardverk som argumenterade för en äkta överviktsprincip (norska: *sannsynlighetsovervekt*). Sedan Høyesteretts avgörande i Rt 1992 64 får principen anses vara otvistigt befast som huvudregeln i dispositiva tvistemål i vårt västra grannland.

²³¹ Dylika situationer, där skadeorsaker alternativa till undermåligt vägunderhåll anförts för att undgå ersättningsansvar vid trafikolycka, har behandlats flera gånger i äldre praxis. I NJA 1940 s. 166 anlade HD närmast ett strikt ansvar hos väghållaren (staten) för ett undermåligt broräcke, och tycks ha uppställt ett högt krav angående de alternativa skadeorsakerna. Jfr avgörandena i NJA 1932 s. 480, NJA 1937 s. 569 och NJA 1939 s. 478.

²³² Se NJA 1977 s. 176, s. 181.

²³³ Se Welamson (1982), s. 145. Denne finner emellertid detta ”ganska uppseendeväckande”.

så skett²³⁴. Ytterligare andra författare har menat att HD i avgörandet möjligen inte accepterat överviktsprincipen i renodlad form, men kommit mycket nära genom ett så lågt beviskrav.²³⁵ HD resonerar heller inte uttryckligen i avgörandet rörande fördelning av bevisbördan, vilket skulle kunna tala för att överviktsprincipen nyttjades. Det som i min mening talar emot att avgörandet skulle ge uttryck för en äkta överviktsprincip är att HD i andra avgöranden nyttjat beviskrav som till synes är *lägre* än det som nyttjas i 1977 års avgörande. Eftersom överviktsprincipen innebär att *minsta övervikt* räcker torde det ju inte räcka med *viss övervikt*, vilket ju alltså analogivis måste vara innebörden i kravet *klart mera sannolikt*.²³⁶ Detta gör det i min mening svårt att i bevishänseende se prejudikatet i 1977 års avgörande som avseende något annat än bevislättnad.²³⁷

Ett avgörande som möjligen talar starkare för principen är det i NJA 1976 s. 667. Målet rörde försträckning, där käranden till styrkande av sin talan framlade en handling, varpå svaranden invände att dennes underskrift på handlingen var förfalskad. Majoriteten i HD²³⁸ anförde att:

Vid en samlad bedömning av vad sålunda och i övrigt förekommit finner HD övervägande sannolikt att J undertecknat kvittot av d 7 dec. Detta får därför godtagas som ett fordringsbevis för S mot J. Vid sådant förhållande och då eljest någon omständighet inte anförts på grund varav J kan undgå betalningsskyldighet skall S:s talan bifallas.²³⁹

²³⁴ Se Nelker (1999), s. 21. Denna menar att principen framförallt är aktuell i just utomobligatoriska förhållanden, och skriver att ”Överviktsprincipen har bl.a. tillämpats av HD i NJA 1977 s. 176”, vilket ju torde innebära att det finns fler dylika avgöranden. Det ska särskilt märkas att Nelker inte alls resonerar avseende huruvida HD placerat bevisbördan hos endera part, vilket möjligen talar för att denna inte alls talar om överviktsprincipen (en kritik som framförs hos Westberg (2004), s. 739 vid not 4.).

²³⁵ Heuman (2005), s. 46, som vid not 89 kritiserar Welamsons inställning till överviktsprincipen.

²³⁶ Det är särskilt lokutionen *mera antagligt* jag menar här, vilken även Heuman uppfattar så som lägre än *klart mera sannolikt* se härtill resonemanget vid Heuman (2005) s. 82. Att det senare kravet är att se som högre framgår även av HD:s avgörande i NJA 2017 s. 642, särskilt p. 10.

²³⁷ Så tycks också HD uppfatta avgörandet, se domstolens avgörande i NJA 2017 s. 642 p. 5, där 1977 års avgörande uttryckligen sägs ge uttryck för en bevislättadsregel. Se härtill även NJA 2006 s. 721.

²³⁸ Dissidenten fann att S (käranden) inte lyckats styrka att denne försträckt den tvistiga summan. I den skiljaktiga meningen uttrycks därigenom, i vart fall något tydligare än hos majoriteten, att käranden bär en bevisbörda.

²³⁹ Se NJA 1976 s. 667, s. 671.

Då avgörandet refererades i NJA angavs visserligen i rubriken att avgörandet bl.a. rörde ”Frågor angående bevisbördan.”²⁴⁰, men HD resonerar inte uttryckligen angående detta i avgörandet.²⁴¹ I doktrin har frågan huruvida avgörandet ger uttryck för överviktsprincipen debatterats flitigt. Det har menats att domstolen visserligen inte uttryckligen tog ställning till bevisbördans placering, men att domstolen sannolikt implicit placerat denna hos käranden, men nöjt sig med ett lågt beviskrav.²⁴² En sådan slutsats finner visst stöd i senare praxis.²⁴³ Slutsatsen skulle alltså innebära att domstolen inte nyttjat en äkta överviktsprincip, men andra författare har menat att det låga beviskravet innebär att avgörandet sannolikt är det enda där HD faktiskt tillämpat denna.²⁴⁴

Det kan emellertid ifrågasättas huruvida HD alls prövat ett *rättsfaktum* i 1976 års avgörande.²⁴⁵ Det är säkert läsaren bekant att en part blott kan bära bevisbörda för sådana fakta, och aldrig för bevisfakta. Det är möjligt att HD sett kvittot som en *presumption* för att försträckningen verkligen skett. Därigenom blir kvittot ett

²⁴⁰ NJA 1976 s. 667, s. 667.

²⁴¹ Vid tiden för avgörandet var det för övrigt inte heller de deltagande justitieråden som skötte införandet av ett avgörande i NJA och således inte heller rubrikens utformning. Detta förtar, i min mening, vidare rubriksättningens prejudikatvärde; jfr Westberg (2000), s. 598 ff., om hur rubriken ska förstås vid utläsningen av prejudikatets rättsregel.

²⁴² Se Welamson (1982), s. 145: ”Möjligt – och mest troligt – är emellertid, att samtliga ledamöter ansett ett beviskrav vara riktat mot käranden men att majoriteten till skillnad mot reservanten ansett kravet inte kunna ställas högre än till övervägande sannolikhet.”

²⁴³ I NJA 1986 s. 3 lade HD uttryckligen bevisbördan för viss omständighet hos en försäkringstagare, men menade att denne skulle anses ha fullföljt denna vid ett beviskrav som i stort liknade det i NJA 1976 s. 667 (*mera antagligt*). Även Heuman tycks mena att *mera antagligt* är i stort detsamma som *övervägande skäl*, se Heuman (2005) s. 79 särskilt vid not 217. Heuman tycks dock här även mena att ett så lågt krav, *mera antagligt*, är uttryck för överviktsprincipen ”eller en snarlik grundsats”, Heuman (2005) s. 79. Denne diskuterar dock inte bevisbördeplaceringens betydelse för överviktsprincipen, varför jag menar att uttalandet inte bör läsas reservationslöst till intäkt för en sådan princip.

²⁴⁴ Se Westberg (2004), s. 737, där denne jämför avgörandet med det i NJA 1992 s. 263 och når slutsatsen att HD i 1976 års avgörande verkligen nyttjat överviktsprincipen. Westberg uppmärksammar här även bevisbördeplaceringens betydelse för en sådan slutsats: ”i 1992 års fall lades bevisbördan på svaranden, medan i 1976 års fall tillämpades överviktsprincipen.” Detta uttalande, som alltså tydligt visar på bevisbördeplaceringsmodellen och överviktsprincipen som mot varandra stående alternativ, är i min mening det tydligaste argumentet för att överviktsprincipen verkligen nyttjades i 1976 års avgörande.

²⁴⁵ Se Boman (1992). Även Westberg har uppmärksammat detta förhållande, se Westberg (2004) s. 737.

presumerande faktum (*præsumptiones iuris*), vilket är rättsfaktum i presumptionen och vilket därigenom tillskrivs en bevisbörda (det måste ju bevisas för att part ska kunna åtnjuta presumptionen). Detta presumerande faktum uppställer sedan, då det är tillfyllest bevisat, en presumption vad avser själva saken, alltså att en försträckning verkligen skett.²⁴⁶ Det skulle då vara detta presumerande faktum HD prövar och domstolen tar då aldrig ställning till vilket krav som borde riktas mot den som påstår sig ha en fordran sprungen ur en försträckning. Jag menar att det framstår som troligt att det var detta presumerande faktum HD prövade i avgörandet, och redan detta talar emot att HD i avgörandet nyttjat överviktsprincipen vad avsåg själva saken. Därtill kommer att domstolen i senare praxis löst frågan om sådana presumerande faktums äkthet med en uttrycklig bevisbördeplacering.²⁴⁷ I doktrin tilläggs även att det är möjligt att HD inte alls velat ge uttryck för att minsta sannolikhetsövervikt var tillräcklig.²⁴⁸

Något som möjligen talar för att HD i 1976 års avgörande använt sig av överviktsprincipen är att samma skrivning, *övervägande sannolikt*, återfinns som

²⁴⁶ Se Boman (1992), s. 53. Att ett fordringsbevis ger en sådan presumerande verkan för att försträckning verkligen skett finner stöd i NJA 1975 s. 577, s. 582: ”Det tilltänkta avsteget från försträckningssgivarens beviskyldighet skulle i stället innebära, att innehavet av ett skuldebrev skulle tilläggas en bevisbördeomkastande verkan.”

²⁴⁷ I avgörandet i NJA 2009 s. 244 ålade HD den som hävdade att namnteckningen var förfalskad bevisbördan härför (målet rörde visserligen en namnteckning på anmälan om ändring i vägtrafikregistret). Även i NJA 2008 s. 890 lades bördan hos svaranden att, vid s. 892, ”lägga fram åtminstone någon bevisning som stöder hans förklaring” för att namnteckningen skulle vara förfalskad (avgörandet rörde en namnteckning på ett delgivningskvitto, vilket synes vara ett särfall i praxis, se härtill NJA 2002 C 60 och NJA 2003 C 43, något som möjligen förtar avgörandets prejudikatverkan avseende det av mig här förda resonemanget). Även i ett senare avgörande, NJA 2017 s. 1105, lades bördan hos svaranden att göra *antagligt* att underskriften skulle vara förfalskad (fråga var i målet om äktheten av s.k. elektronisk underskrift). Jfr NJA 1992 s. 263, som inte rörde en namnteckning utan en invändning om att visst innehåll på notor som låg till grund för fakturering av ett kreditkort hade ändrats i efterhand. Innehavaren (gäldenären) ansågs ha bördan för sådana påståenden.

²⁴⁸ Se Boman (1992), s. 55. Till stöd för detta kan även anföras avgörandet i NJA 1975 s. 577, s. 582, där HD uttalade att svaranden hade att göra ett viss påstående för vilket denne ansågs bära bördan ”övervägande sannolikt i sådan grad som förutsattes motsvara full bevisning.” Uttalandet torde ju rimligen peka mot att HD uppfattar skrivningen *övervägande sannolikhetsövervikt* som något högre än endast övervägande, vilket den ju är i överviktsprincipen. För en sådan slutsats talar även JustR Nilssons tillägg i NJA 1991 s 481, där denne på s. 487 uttalade att ”HD även i dessa rättsfall [1981 s 622 och 1982 s 421], som avsåg miljöskador resp. produktskador, har nöjt sig med att kräva ’övervägande sannolikhetsövervikt’ för den skadelidandes påstående om skadeorsaken (under förutsättning att detta uttryck, som jag tror, innebär en inte obetydlig sannolikhetsövervikt).”

uttryck för beviskravet i avgöranden meddelade såväl före som efter²⁴⁹, såväl som den i min mening snarlika lokutionen *övervägande skäl*²⁵⁰. I doktrin har dessa bägge skrivningar också uppfattats som uttryck för överviktsprincipen.²⁵¹ Därtill har *övervägande sannolikt* tidigare nyttjats då lagstiftaren önskat uttrycka en lättnad i beviskravet i tvister om miljöskador, och detta har då tolkats som uttryck för överviktsprincipen.²⁵²

En skrivning som i min mening ytterligare pekar på att HD faktiskt nyttjat en äkta överviktsprincip återfinns i domstolens avgörande i NJA 1964 s. 177. Avgörandet refererar tvisten mellan två privatpersoner, där den ene i egenskap av bilist befanns vara ersättningskyldig för vissa skador den andre drabbades av då denne blev påkörd. HD fann att det var *mest sannolikt* att den drabbades tidigare besvär orsakat den ovanligt långvariga arbetsförmåga, och friade föraren från viss ersättningskyldighet. Det finns alltså i min mening stöd i äldre praxis för att överviktsprincipen verkligen nyttjats, men kanske ska sådana äldre uttalanden i praxis inte tas till intäkt för att HD medvetet erkänt principen, utan kanske snarare blott

²⁴⁹ I NJA 1952 s. 104 refererades en tvist mellan en privatperson och ett bolag. Personen var anställd hos bolaget, och blev under arbetet förgiftad av gengas. Flera år senare blev denne sjukskriven till följd av diverse neuropsykiska symptom, som denne menade kom av gengasförgiftningen. Bolaget anförde alternativa skadeorsaker, men HD höll att det av den anställde presenterade händelseförloppet med *övervägande sannolikhet* förelegat. I NJA 1992 s. 740 rörde tvisten beviskravet på konkurrerande skadeorsaker till en personskada. HD fann det *övervägande sannolikt* att en viss händelse i vart fall utlöste skadorna, och fann därför skadevållarens ersättningsgill. Jfr NJA 1962 s. 469 som liknade 1992 års avgörande i mycket.

²⁵⁰ I NJA 1959 s. 318 refererades en tvist mellan ett dödsbo och ett bolag, där dödsboet hävdade att en skada som den framlidne drabbats av en tid innan dödsfallet, för vilken bolaget funnits ersättningskyldig, hade orsakat även dödsfallet. HD fann att *övervägande skäl* talade för att så varit fallet, och fann bolaget ersättningskyldigt även för kostnader i samband med dödsfallet.

²⁵¹ Se Agell (1972) s. 16 f. Denne menar att 1959 års avgörande ”rätt klart” tycks peka till överviktsprincipen. Märk att Agell vid not 39 hänvisar bl.a. till Bolding (1951), vilket i min mening talar för att Agell menar att en äkta överviktsprincip nyttjats. Även Karlgren (1968), s. 50, tolkar 1959 års avgörande som uttryck för en överviktsprincip (vilken denne visserligen utan att utveckla vidare motsäger sig: ”den i allmänhet knappast rekommendabla överviktsprincipen”), eftersom HD enligt denne ”nöjde sig med övervägande skäl”.

²⁵² Enligt Miljöskadelagen (1986:225) 3 § 3 st. skulle orsakssamband anses bevisat då det förelåg ”övervägande sannolikhet för ett sådant orsakssamband”. Skrivningen har av Lindell (2012) s. 553 not 137 tolkats som uttryck för överviktsprincipen, då den skadelidande bar bevisbördan för rekvisiten miljöstörning och skada. Skrivningen återfinns även i den på Miljöskadelagen följande MB, 32 kap. 3 § 3 st.; varför Lindell väljer att kommentera regeln i den upphävda lagen är oklart, men slutsatserna torde vara applicerbara även på den i MB införda regeln då dess innebörd där är densamma, se prop. 1997/98:45 del 2 s. 341.

önskat sänka beviskravet något, och då valt en skrivning som de tyckt passat.²⁵³ Och det ska noteras att äldre prejudikats ofta kortfattade skrivningar inte alltid ger domstolens resonemang önskvärd tydlighet, och att det därigenom är svårt att med säkerhet uttala vilken rättsregel HD avsett att framställa.²⁵⁴ Lägg därtill att HD i två avgöranden avseende inomkontraktuell ersättning gjort uttalanden som möjligen talar emot att överviktsprincipen skulle återfinnas i svensk rätt.²⁵⁵ Bägge avgörandena rörde visserligen försäkringstvister avseende konsumentförsäkringar, där käranden var försäkringsgivaren, varför det är rimligt att anta att konsumenthänsyn spelade roll.²⁵⁶ Det är därför i min mening inte möjligt att fullt utsträcka prejudikaten att gälla även inomkontraktuella tvister mellan två näringsidkare.²⁵⁷

I sammanfattning måste alltså konstateras att rättsläget är något oklart. Det finns i min mening mycket som talar för att HD vid flera tillfällen lagt sig *mycket nära* en överviktsprincip, och det finns därtill flera meningar i doktrin till stöd för en sådan slutsats.²⁵⁸ Det kan ju emellertid ifrågasättas om det inte borde krävas större tydlighet

²⁵³ Vilket Heuman (2005) tycks mena, se s. 83 vid not 232: ”Äldre praxis kan knappast anses ge bestämda besked om beviskravet.”. Hur ”äldre praxis” ska förstås här är lite oklart, men sett till presentationen i Heuman (2005) s. 79-84 bör begreppet i varje fall omfatta avgöranden meddelade innan 1970-talet.

²⁵⁴ För en sådan slutsats talar resonemanget i Bomgren (1968) s. 354 not 9, där JustR Bomgren, som själv var med och avdömde tvisten som refererades i NJA 1959 s. 318, menar att HD här inte avsett ge uttryck för överviktsprincipen, utan istället för att sannolikheten för kärandens talan låg mellan 0,5 och 1. Uttalandet förtar i min mening i någon mån kraften ifrån slutsatsen att HD i senare fall, då lokutionen *överbäggande sannolikt* nyttjats, nyttjat överviktsprincipen och grumlar även i övrigt förståelsen av domstolens resonemang i bevisfrågor i samtida avgöranden. Agell har emellertid menat att Bomgrens resonemang i realiteten talar *för* en överviktsprincip, se Agell (1972) s. 16 not 42.

²⁵⁵ NJA 1986 s. 470 och NJA 1990 s. 93.

²⁵⁶ Se Nelker (1999), s. 22.

²⁵⁷ Nelker är till synes av annan mening, se Nelker (1999) s. 22: ”Det går inte att utesluta att vissa konsumenthänsyn, där hänsyn även tagits till bevismöjligheterna, har spelat in, men framförallt är det huvudregeln att den som åberopar något också skall bevisa det, som har påverkat placeringen.”. Jag menar att uttalandet går att ifrågasätta, inte minst utifrån avgörandet i NJA 1976 s. 667; varför skulle principen om att den som något anför har att bevisa det vara så lågt värderad där, om det var den huvudsakliga anledningen till bedömningen i de nu behandlade avgörandena? Jag menar därför att konsumenthänsyn, som dessutom är särskilt framträdande i försäkringstvister, spelat en helt avgörande roll.

²⁵⁸ Utöver de tidigare i detta kapitel behandlade uttalandena ska nämnas Lindell (2017) som på s. 615 menar att överviktsprincipen är alternativ till bevisbörda, och därefter uttalar att ”Överviktsprincipen används främst i förmögenhetsrättsliga mål”. Lindell anför emellertid inte något sådant avgörande, och uttalandet kan inte tas till intäkt för annat än att rättsläget får anses mycket nära principen.

(inte minst en uttrycklig hänvisning till principen²⁵⁹) för att genomföra det processrättsliga paradigmskifte²⁶⁰ som införandet av en sådan princip skulle innebära.²⁶¹ Sammantaget måste i min mening sägas att det får anses vara osäkert huruvida gällande rätt kan sägas innehålla en *äкта* överviktsprincip i dispositiva tvistemål, alltså fall där osäkerheten i dess helhet har lösts genom en sådan princip.

5.3 Om beviskravet avseende orsakssamband

Det får alltså sägas vara osäkert huruvida praxis innehåller en äkta överviktsprincip, men HD har i flera avgöranden funnit det motiverat att sänka beviskravet²⁶² på den bevisning parterna framlägger för bevistemat orsakssamband. Praxis härvid har till viss del redan behandlats under den föregående rubriken, men då med syfte att finna stöd för överviktsprincipens vara i svensk rätt. Under förevarande rubrik kommer alltså vissa avgöranden återkomma, men då med syfte att beskriva i vilka situationer part åtnjuter ett sänkt beviskrav, och vad ett sådant lägre krav innebär.

Det ska inledningsvis sägas att HD i flera avgöranden funnit skäl att ge part ett lägre beviskrav med uttrycklig hänvisning till att bevistemat består av ett komplicerat eller

²⁵⁹ Exempel finns visserligen på fall där domstolar här i landet uttryckligen nyttjat termen ”överviktsprincip” då sannolikheten för de bägge parternas motstående påståenden prövats, men termen har i min mening då använts felaktigt, eftersom dessa rättsliga instanser i samma avgöranden ofta uttryckligen diskuterat bevisbördans placering. Exempel på detta återfinns i två avgöranden som rör huruvida ett upphandlingsförfarande skötts enligt ett ramavtal eller om det rör sig om en ny upphandling, se Kammarrätten i Jönköpings avgörande av den 5 juni 2014 i mål 1871-13 och samma domstols avgörande av den 17 oktober 2016 i mål 1054-16. Dessa och dylika avgöranden bör alltså inte tas för intäkt för en äkta överviktsprincip i svensk rätt.

²⁶⁰ Det skulle ju *de facto* innebära avskaffandet av bevisbörda i civilrättsliga tvistemål.

²⁶¹ Det hade sannolikt varit grund för avgörande av HD i dess helhet, se 3 kap. 6 § 1 st. RB. Enligt ett sådant resonemang kan sägas att HD ju hade chansen att införa överviktsprincipen i avgörandet refererat i NJA 2001 s. 177 (vilket alltså avgjordes av HD i dess helhet). Istället placerade HD bevisbördan hos den som påstår viss omständighet. HD valde alltså här bevisbördemodellen istället för överviktsprincipen. I min mening ska avgörandet emellertid inte ses som ’spiken i kistan’ för överviktsprincipen, då prejudikatfrågan inte var valet mellan metoderna, och inte ens frågan om bevisbördemodellens vara eller icke vara, utan snarare vem som skulle åläggas denna. Det finns heller inget som talar för att HD skulle ha diskuterat överviktsprincipen vid avgörandet.

²⁶² Utgångspunkten är alltså normalbeviskravet *styrkt*, se kapitel 3.1.

på annat sätt svåröverskådligt orsakssamband.²⁶³ Därtill har i doktrin uttalats att det är just avseende orsakssamband som HD tycks vara mest välvilligt inställd till ett sänkt krav.²⁶⁴ När så skett har det emellertid ofta rört tvist där endera part varit konsument, ofta försäkringstagare²⁶⁵, vilket allmänt förtar sådana prejudikat värde för den situation som behandlas i detta arbete.²⁶⁶ I så långt möjligt behandlas alltså praxis där bägge parter varit näringsidkare. En uppdelning kan även göras mellan situationen då svaranden blankt bestritt, varpå käranden har att bevisa sin talan utifrån ett hypotetiskt resonemang, och situationen då svaranden presenterar ett alternativt händelseförlopp.²⁶⁷ Som visats i det föregående förutsätter narrativ beviskravslära att svaranden presenterar ett sådant alternativt förlopp.²⁶⁸ I det följande undersöks därför endast vilket krav som nyttjats då svaranden presenterar ett alternativt händelseförlopp.

I NJA 1993 s. 764 refererades tvisten mellan en näringsidkare (försäkringsbolag) och en kommun. Bolaget hade försäkrat flera privatpersoners villor, vilka drabbats av vattenskadorna. Bolaget förde således en regresstalan, och hävdade att vattenskadorna var en följd av att avloppsvatten från det kommunala avlopps- och spillvattennätet trängt upp ur golvbrunnar i villornas källare. Kommunen anförde ett alternativt

²⁶³ Se NJA 1982 s. 421: ”I mål om ersättning för produktskada kan tvisten gälla svåröverskådliga och komplicerade händelseförlopp, som berör invecklade tekniska och vetenskapliga spörsmål där sakkunniga kan ha skilda uppfattningar. (...) Som huvudregel beträffande bevisbördan gäller att det åligger den skadelidande att visa sambandet mellan skadan och produkten. Det är emellertid angeläget att beviskravet inte sätts så högt att den skadelidandes möjlighet till gottgörelse blir illusorisk. I mål av denna art liksom i jämförliga sammanhang ter sig därför en lindring av beviskravet påkallad.”

²⁶⁴ Se Heuman (2005), s. 79.

²⁶⁵ Se mitt resonemang vid not 257.

²⁶⁶ Då fråga är om bevislättnad tycks HD uppställa en strikt gräns mellan konsument och näringsidkare, utan att ta ställning till näringsidkarens ringa storlek i förhållande till sin motpart, se NJA 1992 s. 113.

²⁶⁷ Jfr kapitel 3.3.

²⁶⁸ Allen menade ju att svaranden mer eller mindre var tvungen härtill, se noterna 74 och 76. Huruvida Allen kan sägas ha rätt i sitt påstående är sannolikt föremål för en helt egen uppsats, men det kan kort nämnas att praxis tycks tillerkänna käranden ett lägre beviskrav då svaranden inte anför ett alternativt samband, se avgörandet i NJA 1992 s. 740 (*övertvägande sannolikt*), jfr även HovR för Västra Sveriges avgörande i det s.k. Prosolvía-målet, dom 15 augusti 2013 i mål T 4207-10 (*övertvägande sannolikt*).

orsakssamband, enligt vilket dagvatten trängt genom villornas fasader och orsakat vattenskador. Angående frågan om orsakssamband uttalade HD att:

Ett något lägre beviskrav än eljest har därvid uppställts i fall då särskilda svårigheter ansetts föreligga att framlägga en fullständig bevisning om att andra skadeorsaker varit uteslutna. Kravet har härvid i vissa fall formulerats så att det i betraktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken (se NJA 1991 s 481 och där anmärkta rättsfall). Även i det fall som här föreligger till bedömning finns det anledning att sätta beviskravet förhållandevis lågt. Det måste nämligen antas medföra betydande svårigheter för den skadelidande att visa vad som orsakat översvämningen, när vetskap om denna, utan att detta kan läggas den skadelidande till last, vunnits först avsevärd tid efter det att vattnet hunnit sjunka undan.²⁶⁹

Av det ovan återgivna uttalandet framgår att HD erkänner den långa tid som gått mellan skadans (översvämningens) inträffande och vetskap om denna så som skäl för ett sänkt beviskrav.²⁷⁰ Avgörandet visar även att beviskravet *klart mera sannolikt* gäller även i fall då näringsidkare övertar tvisten från privatpersoner.²⁷¹

I NJA 2001 s. 657 refererades tvisten mellan en egenföretagare och ett försäkringsbolag. Egenföretagaren hade en olycksfallsförsäkring hos försäkringsbolaget, och gjorde i stämningen gällande att denne inom ramen för sin verksamhet ådragit sig en enligt försäkringsvillkoren ersättningsgill skada. Bolaget bestred och menade att egenföretagaren redan innan olyckan haft liknande hälsoproblem, vilka kom av egenföretagarens ohälsosamma livstil.

²⁶⁹ NJA 1993 s. 764, s. 775. Hänvisningen till NJA 1991 s. 481, som rörde fråga om näringsidkares inomkontraktuella ersättningsskyldighet gentemot konsument, kan synas innebära att partsställningen inte spelar roll utan att *klart mera sannolikt* är beviskravet oavsett. HD har dock kritiserats för att ha brustit i stringens genom 1991 års avgörande, Heuman (2005), s. 81 menar att kravet här skulle ha uttryckts som *mera antagligt*, vilket ju ska förstås som lägre än *klart mera sannolikt* (se not 236).

²⁷⁰ På en sådan slutsats kan emellertid inte alltför stora växlar dras. Heuman (2005), s. 200, tycks mena att försäkringsbolaget möjligen fått ett väl lågt beviskrav riktat emot sig, då fastighetsägarna möjligen väntat litet väl länge med att undersöka sina villor. I enlighet med den i arbetet icke behandlade bevisskyldighetens betydelse för beviskravet (se allmänt härom Heuman (2005), s. 166-415) måste alltså slutsatsen anses gälla i situationer då parten utövat rimlig uppsikt över den relevanta egendomen (se särskilt Heuman (2005), s. 198-202).

²⁷¹ Det är rimligt att anta att privatpersonerna, i den situation de själva stämt kommunen, åtnjutit det lägre kravet *mera antagligt*, jfr NJA 1992 s. 113. Att näringsidkare möts av det något högre *klart mera sannolikt* kommer i regel av att deras organisationer tillåter dem större resurser i tvisten, men det går i min mening att ifrågasätta om försäkringsbolaget hade sådan fördel här, då deras möjligheter att föra sin talan i bevis väl i stort var beroende av konsumenternas beteenden.

HD uttalade sig i avgörandet inte kring vilket beviskrav som i allmänhet ska gälla i sådana situationer, men uttalade i den aktuella tvisten att:

Fastän det förefaller ovisst huruvida [käranden], om olyckan inte hade inträffat, skulle ha varit fullt arbetsför i dag, får det anses klart mer sannolikt att hans nuvarande ryggbesvär har vållats av olyckan än att det skulle vara fråga om besvär som utvecklats oberoende av olyckan.²⁷²

Då avgörandet refererades i NJA medtogs även en hänvisning till avgörandena i NJA 1977 s. 176 och NJA 1981 s. 622. Även här applicerar HD alltså kravet *klart mera sannolikt* då tvist är mellan två näringsidkare, och då svaranden presenterat ett alternativt förlopp.²⁷³

I NJA 1981 s. 622 refereras tvisten mellan en näringsidkare, en fiskodlare, som anført stämning mot en kommun. De dammar i vilka fiskarna (regnbågsforeller) odlades låg belägna nära en å, som avrann en sjö. Denna sjö hade flera tillflöden, bl.a. från industrier och jordbruk, såväl som från ett avloppsreningsverk som kommunen drev. I februari 1973 dog 40 000 av odlarens foreller. Odlaren menade att utsläpp från verket, i form av fenolföreningar, orsakat egendomsskadan. Kommunen menade å sin sida att orsaken kunde vara en av flera alternativa orsaker, bl.a. syrefattigt vatten till följd av istäcke och svavelföreningar från jordbruken. Angående vilket beviskrav som i allmänhet ska nyttjas då orsakssamband prövas uttalade HD att:

I en del skadeståndstvister, där orsakssammanhanget är omstritt mellan parterna, får det anses tillräckligt för att man skall godta den skadelidandes påstående om ett visst orsaksförlopp, att detta framstår som klart mera sannolikt än någon förklaring till skadan som lämnas från motsidan (jfr NJA 1977 s 176) och därtill även i sig är sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet. Just när det gäller så svåröverskådliga och komplicerade

²⁷² NJA 2001 s. 657, s. 666.

²⁷³ Avgörandet i NJA 1982 s. 421 grumlar emellertid betydelsen av partsställningen just i tvist om läkemedelsskada. Avgörandet liknade i stort det i NJA 2001 s. 657, då fråga var om läkemedelsskada och då svaranden anförde en alternativ orsak, med enda väsentliga skillnaden att käranden i 1981 års avgörande var konsument. HD applicerade trots detta kravet *klart mera sannolikt* på tvisten, vilket Heuman (2005) s. 82 kritiserar. Den ev. otydligheten i rättsläget gäller i min mening emellertid gentemot tvister där endera part är konsument, och förtar alltså inte slutsatserna som kan dras avseende tvist där bägge parter är näringsidkare.

händelseförlopp som föroreningar genom miljögifter och liknande ter sig en sådan lindring av beviskravet särskilt motiverad.²⁷⁴

Vid bedömningen av det aktuella fallet frångick emellertid HD beviskravet *klart mera sannolikt*, och uttalade att käranden gjort sitt orsakssamband ”betydligt troligare” än svaranden lyckats göra sitt. Hur kravet ska uppfattas i förhållande till *klart mera sannolikt* får anses oklart, men det förtar i min mening inte avgörandets prejudikatvärde vad avser vilket beviskrav som ska riktas mot svåröverskådliga orsakssamband.²⁷⁵

5.4 Närmare om innebörden av *klart mera sannolikt*

Av de i kapitel 5.3 behandlade avgörandena menar jag att det går att dra slutsatsen att det beviskrav som domstolarna har applicerat på en för arbetet relevant tvist mellan två näringsidkare, där bägge parter anfört påståenden om orsakssambandet, är *klart mera sannolikt*. Hur ska då kravet förstås?

Jag har ovan menat att beviskravet hos Ekelöf är statiskt, alltså att ett krav på t.ex. *styrkt* innebär ett krav på att bevisningen gör bevistemat ca 80 % *sannolikt*, oavsett hur bra svaranden lyckas bevisa sitt eventuella påstående.²⁷⁶ Beviskravet *klart mera sannolikt* ter sig lite annorlunda, då det rimligen kräver att kärandens påstående prövas mot någonting annat för kunna besvara huruvida det möter kravet, en slutsats som väl följer redan av ordet *mera*. I de ovan återgivna avgörandena använder HD även, i min mening, kravet på just detta sätt. Detta då domstolen här jämför sannolikheten hos kärandens påstående med sannolikheten hos svarandens påstående,

²⁷⁴ NJA 1981 s. 622, s. 632.

²⁷⁵ Diesen tycks bortse från HD:s resonemang i det specifika fallet, och anger i sitt appendix fallet som givande uttryck för beviskravet *klart mera sannolikt*, Diesen & Strandberg (2012) s. 474. För en sådan slutsats talar ju domstolens hänvisning till avgörandet i NJA 1977 s. 176, där *klart mera sannolikt* nyttjades i en tvist mellan två icke-konsumenter (visserligen måste ju styrkeförhållandena mellan parterna i 1977 års avgörande, ett dödsbo ställt mot staten, anses i stort likna de vid tvister där endera part är konsument).

²⁷⁶ I praktiken kan förstås svarandens ev. motbevisning förta värdet av kärandens bevisning.

vilket görs tydligt genom skrivningen *än*²⁷⁷. Detta innebär att kärandens påstående, genom de av denne i målet införda omständigheterna, måste vara något mer sannolikt än svarandens påstående för att käromålet ska vinna bifall, men i detta finns ju inget krav på en viss grad av sannolikhet.²⁷⁸ Innebär detta att käranden, då ett sådant krav nyttjas, kan se fram emot bifall i den situationen då dennes påstående är t.ex. 5 % sannolikt om svarandens dito samtidigt är 2 % sannolikt? Detta ter sig förstås som en ur rättssäkerhetssynpunkt något otillfredsställande rättsregel.²⁷⁹ Det finns emellertid anledning att modifiera slutsatsen något.

I sitt avgörande i NJA 1981 s. 622 tycks HD göra ett tillägg²⁸⁰ till *klart mera sannolikt* så som kravet uttrycktes i NJA 1977 s. 176; inte bara ska kärandens påstående framstå som *klart mera sannolikt* än svarandens, det ska dessutom synas *i sig sannolikt med hänsyn till omständigheterna i målet*.²⁸¹ Hur ska detta tillägg förstås? I doktrin har uttalats att det ska tolkas som att kärandens påstående framstår som *mer än 50 % sannolikt*, vilket rimligen ska förstås som att kärandens påstående framstår som *mer sannolikt än osannolikt*.²⁸² Detta lämnar ändock obesvarat hur skrivningen ”med hänsyn till omständigheterna i målet” ska förstås.

²⁷⁷ Se NJA 1977 s. 176, s. 181 (”än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken”); NJA 1981 s. 622, s. 632 (”än någon förklaring till skadan som lämnas från motsidan”); NJA 1993 s. 764, s. 775 (”än att något av de sakförhållanden som [kärändens] motpart åberopat utgjort skadeorsaken”); NJA 2001 s. 657, s. 666 (”än att det skulle vara fråga om besvär som utvecklats oberoende av olyckan.”). Jfr även ett uttalande gjort i NJA 1982 s. 421, s. 483: ”Resultatet av en vägning mellan [svarandens påstående] och [kärändens påstående] inbördes sannolikhet som skadefaktor blir alltså osäkert.”.

²⁷⁸ Hur mycket högre sannolikhet *klart mera sannolikt* kräver är oklart. Den omständigheten att det i doktrin sagts att kravet *mera antagligt* är lägre än *klart mera sannolikt* (se not 236) talar ju för att det i *klart* ligger ett krav på viss marginal mellan sannolikheten hos parternas påståenden. Samtidigt är ju *klart mera sannolikt* så lågt att det kan uppfattas som ett uttryck för en äkta överviktsprincip, vilket talar för att den marginalen inte behöver vara särskilt stor.

²⁷⁹ Jfr Westberg (2013) s. 373, där denne framför liknande kritik mot överviktsprincipen.

²⁸⁰ Att det rör sig om ett tillägg till 1977 års avgörande framgår av det i Conradi (1977) s. 77 återgivna citatet av JustR Bengtsson, vilken var referent i avgörandet: ”där kunde vi ju bygga på bl.a. den vittgående formuleringen i 1977 års fall, som utgjorde det väsentliga steget framåt.”.

²⁸¹ Det är dock möjligt att detta villkor kan anses ingå även i rättsregeln skapad i NJA 1977 s. 176, då HD vid s. 181 skriver (min kursiv): ”Ofta kan olika händelseförlopp vara fullt tänkbara och *ettvart av varandra oberoende sakförhållanden framstå som möjlig skadeorsak. I sådana fall* kan full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse knappast någonsin åstadkommas.”. Därefter finner HD kravet *klart mera sannolikt* tillämpligt. Möjligen ska ”framstå som möjlig skadeorsak” förstås som att vardera av de presenterade alternativa orsakssambanden ska framstå som *i sig sannolika*.

²⁸² Se Welamson (1982), s. 145; även Lindell (2017), s. 629.

Det har ovan behandlats att författare i doktrin uppfattat att HD vid behandlingen av parternas bevisning nyttjat en *jämförelsemetod*, enligt vilken det samlade bevisvärdet kommer av samtliga omständigheter i målet, och inte från vad bevisningen säger om verkligheten.²⁸³ Enligt ett sådant synsätt skulle skrivningen uppfattas som att *minst 50 % av omständigheterna i målet ska tala för käromålet*, men en sådan slutsats ter sig som något underlig eftersom käranden i den situation rätten prövar detta andra krav redan funnit att käromålet gjorts *klart mera sannolikt* än svarandens påstående, vilket ju rimligen innebär att käranden redan funnits ha klart mer än 50 % av omständigheterna i målet på sin sida. Med ett sådant synsätt blir ju rimligen domstolens svar detsamma på bägge de uppställda kraven i NJA 1981 s. 622, vilket ju skulle förta meningen med att uppställa ett andra krav.²⁸⁴ I ett senare avgörande har HD visserligen prövat frågan om käromålets sannolikhet i förhållande till omständigheterna i målet *innan* det prövades i förhållande till svarandens påstående, men även med en sådan ändrad ordning blir ett synsätt som enligt jämförelsemetoden underligt, eftersom det då endast fångar de fall där käromålets sannolikhet ligger mellan 50 % och den något högre procenten som kan sägas representera *klart mera sannolikt*.²⁸⁵

Kanske utgår en ordning som enligt jämförelsemetoden ifrån att uttalandet ska förstås som att rätten, då det andra kravet prövas, ska se till samtliga omständigheter *oavsett vem som åberopat dem*? Det kan ju tänkas att käranden presenterar omständigheter som i realiteten talar för svarandens påstående, men som den senare aldrig åberopar. Käranden kan då ha gjort sitt påstående klart mera sannolikt, men inte sannolikt i sig, eftersom mindre än hälften av det samlade framlagda materialet talar för detta. En

²⁸³ Se resonemangen hos Lindell och Diesen, återgivna i kapitel 3.2.3.

²⁸⁴ Invändningen görs även av Conradi (1993), s. 77. Av dennes därvid beskrivna brevväxling med JustR Bengtsson, som alltså deltog i avgörandet, tycks framgå att den senare inte delar åsikten.

²⁸⁵ Se NJA 1982 s. 421.

sådan tolkning är emellertid, med grund i doktrinen om parts *åberopsbörda*, svårsmält.²⁸⁶ Ett synsätt enligt jämförelsemetoden blir därför oriktigt.

Istället bör tillägget, i min mening, rimligen förstås som att omständigheterna i målet ska ge stöd för att kändens påstående är mer än 50 % sannolikt *i verkligheten*, och skrivningen ska då uppfattas som en nedre gräns för hur mycket osäkerhet som kan tillåtas kvarvara för käromålet, eller som ett slags utredningskrav.²⁸⁷ Därtill kommer att kändens påstående måste framstå som klart mer sannolikt än svarandens påstående endast utifrån omständigheterna i målet. Då beviskravet *klart mera sannolikt* behandlas bör därför talas om en prövning i två delar, dels prövningen av kändens påståendes inneboende sannolikhet, dels prövningen av kändens påstående i förhållande till svarandens påstående. Jag menar att man då kan tala om käromålets *fristående* och *komparativa*²⁸⁸ sannolikhet.

6. Om bevisvärderingen

I detta kapitel ska så frågan om hur domstolen går till väga då parternas bevis ska tillskrivas ett värde behandlas. Det följer av delanalysen ovan att det domstolen enligt den narrativa beviskravsläran bedömer är sannolikheten hos ett konkretiserat narrativ och bevisningen värderas *holistiskt*.

²⁸⁶ Bördan följer av 17 kap. 3 § RB. Se härom även Westberg (2013) s. 328-331. Att domstol ogillar kändens talan med grund i omständighet som denne inte kan sägas ha åberopat är att se som rättegångsfel, se NJA 1980 s. 352.

²⁸⁷ Stöd för en sådan slutsats menar jag återfinns i HD:s avgörande i NJA 1981 s. 622. Då domstolen i slutet av domskälen så att säga sammanfattar vad som är bevisat och inte i målet uttalar domstolen, vid s. 633: ”Vid en samlad bedömning av bevisningen får emellertid anses att [kändens] gjort sitt påstående så pass sannolikt som rimligen kan fordras i förhållanden av detta slag. [Kändens] förklaring till fiskdöden framstår vidare som betydligt troligare än annan skadeorsak som berörts i målet.”. Jag menar att HD i citatets inledande mening ger uttryck för påståendets sannolikhet i verkligheten, då det ger uttryck för hur sannolikheten ter sig mot de i verkligheten rådande utredningsmöjligheterna. Den därpå följande meningen är således uttryck för påståendes sannolikhet i förhållande till svarandens påstående.

²⁸⁸ Jag åsyftar troligen härvid detsamma som Westberg, då denne talar om att HD nyttjat ett ”komparativt krav” i NJA 1977 s. 176, se Westberg (2004), s. 738 vid not 4. Jfr även Allen & Stein (2013), s. 594 ff. och diskussionen där om ”comparative probability”.

6.1 Något om relevansen av referat från överrätt

Inledningsvis ska sägas något om hur rättskällor, främst referat från HD, behandlas då undersökningen i detta kapitel genomförs.²⁸⁹ Omständigheterna i sådana referat kan naturligtvis ha visst värde som fallstudie för att illustrera hur bevisvärderingen *kan* gå till, men under förevarande rubrik ska behandlas huruvida sådana referat även har ett prejudicerande värde avseende värderingen. Som framgår av presentationen ovan är bevisvärderingen här i landet *fri*²⁹⁰, vilket förenklat innebär att domstolarna har att värdera parternas bevisning helt obundet normer.²⁹¹ Detta har tolkats, såvitt här är intressant, som att meddelade avgöranden i vilka överrätt skapar regler för hur bevisning ska värderas är i strid med principen om fri bevisprövning.²⁹² Sådana avgöranden bildar således knappast prejudikat för underrätters bevisvärdering, så tillvida att de inte kan uppfattas som *bindande*²⁹³ för liknande situationer i framtiden. Det tycks alltså närmast uppenbart att avgöranden i vilka HD anvisat metoder för bevisvärdering knappast är prejudicerande.

Mot bakgrund härav kan ifrågasättas betydelsen av sådana avgöranden från HD där prejudikatfrågan uttryckligen varit frågor kring bevisvärdering. Sådana avgöranden är

²⁸⁹ Se även resonemanget vid kapitlet som behandlar arbetets metod, kapitel 1.5.

²⁹⁰ Se 35 kap. 1 § RB, även kapitel 3.2.

²⁹¹ Det ska emellertid nämnas att domstolens frihet i någon mån är begränsad av 3 kap. 2 § SKL, då en alltför oriktig bevisbedömning kan grunda skadeståndsansvar för staten gentemot den förfördelade parten. Det framgår av praxis att det för bestämmelsens tillämplighet krävs att domstolens bedömning är ”uppenbart oriktig”, eller att domstolen i sin bedömning helt bortsett från en lagregel, se NJA 1994 s. 654 och NJA 2007 s. 852. Kraven är således mycket högt ställda. Att så varit fallet antas dock i fall då resning meddelats med grund i domstols rättstillämpning i uppenbar strid med lag, se NJA 2010 s. 577.

²⁹² En uppfattning som är stark hos Westberg, se Westberg (2007), s. 173, även Westberg (2013) s. 77, se även Heuman (1986), s. 45 f.

²⁹³ Ordet används visserligen något slarvigt här, då prejudikat från HD i regel inte är bindande för underrätt; de får frångås under vissa omständigheter, se NJA 1994 s. 194. *Bindande* ska här förstås som att underrätts frångående från prejudikatets rättsregel kan grunda skadeståndsskyldighet för staten gentemot den part som hade gynnats av den negligerade rättsregelns efterlevnad, om rättsregeln är sådan att den inte kan frångås. I korthet kan sägas att prejudikatets bindande verkan kommer av hur väl HD resonerat i avgörandet, och det följer av 1994 års avgörande att underrätt måste behandla prejudikatet och motivera sitt frångående från detsamma för att det inte ska uppfattas som bindande. Se härom Westberg (2013) s. 77, även SOU 1986:1 s. 47 f.

förhållandevis få till antalet, och återfinns främst på straffrättens område.²⁹⁴ De illustrerar väl svårigheten med gränsdragningen mellan sådana *rättsfrågor* avseende vilka HD kan bilda prejudikat, till vilka bl.a. frågor om tillämpligt beviskrav hör²⁹⁵, och *sakfrågor* som bl.a. värderingen av bevisningen i fallet.²⁹⁶ Det har i doktrin framförts tanken att HD visserligen är förbjuden att prejudicera avseende bevisvärderingen, men att det i friheten att skapa prejudicerande rättsregler avseende rättsfrågan beviskrav även ingår att *konkretisera* denna rättsregels praktiska tillämpning.²⁹⁷ Konkretiseringen kan, enligt ett sådant synsätt, ske genom att HD anför en viss *bevisvärderingsmetod*.²⁹⁸ Den kan även ske genom att HD visar i det aktuella fallet vilken bevisning som ska anses tillräcklig för kravets uppfyllande, men här måste skiljas mellan fall där HD anger kriterier för hur bevisvärdet ska bestämmas och fall där HD ställer upp bedömningspunkter från vilka värderingen ska utgå, endast i det senare fallet rör det sig om sådan konkretisering.²⁹⁹

²⁹⁴ Se t.ex. NJA 1951 s. 744 (avseende bevisvärdet av blodundersökning i mål om faderskap), NJA 1991 s. 56 (bevisvärdet av åklagares bristande utredning avseende alternativ gärningsman), NJA 1992 s. 446 (bevisvärdet av viss sakkunnigs expertis i mål avseende sexualbrott), NJA 2003 s. 591 (avseende bevisvärdet hos DNA-analys i brottmål), NJA 2009 s. 447 I och II (bevisvärdering i mål avseende våldtäkt), NJA 2015 s. 702 (bevisvärdering i mål avseende försök till mord) och NJA 2017 s. 316 I och II (bevisvärdering i mål avseende sexualbrott). Avgörandet i NJA 2001 s. 657 rörde till viss del bevisvärderingen i en civilrättslig tvist (värderingen av läkarutlåtanden i tvist mellan egenföretagare och försäkringsbolag).

²⁹⁵ Se Westberg (2013), s. 77, även Lindell (1987) s. 125.

²⁹⁶ Se allmänt om begreppen Lindell (1987), s. 16-26. Se även dennes slutsats avseende gränsdragningen vid s. 125: "Sådana prejudikat [Lindell behandlar bl.a. NJA 1951 s. 744] visar bl.a. en begränsning i den fria bevisprövningens räckvidd, och att gränsen mellan bevisvärdering och rättstillämpning kan vara flytande."

²⁹⁷ Se Andersson (2014), s. 442-450.

²⁹⁸ Se Anderssons behandling av avgörandet i NJA 2009 s. 917, som han menar är uttryck för denna typ av konkretisering, Andersson (2014) s. 444. Jag menar att även avgörandet i NJA 2015 s. 702 är ett sådant exempel, då HD här tycks presentera en metod för hur bevisvärderingen ska ske, för att sedan applicera metoden på de i målet aktuella omständigheterna.

²⁹⁹ Se Anderssons behandling av avgörandet i NJA 2010 s. 671, Andersson (2014) s. 447. I avgörandet angav HD vilka bedömningspunkter som ska vägas in då ett vittnesmåls bevisvärde ska bestämmas. Andersson tycks mena att det rör sig om konkretisering om avgörandet tolkas som anvisningar om hur vittnesmål i *allmänhet* bör värderas. Se motsatsvis avgörandet i NJA 2001 s. 889, där HD fastslog att parkeringsvakts anteckning om 'icke biljett i rutan' skulle värderas högre än billistens påstående om 'biljett i rutan', i situation då det var otvistigt att bilisten löst biljett. Det får anses tveksamt om HD ägnat sig åt annat än en prövning av rena sakfrågor i avgörandet; vilken metod kan det sägas illustrera? Andersson (2014), s. 449, menar visserligen att avgörandet kan ha prejudikatvärde som en konkretisering av beviskravet i dylika fall, men värdet får anses mycket lågt, vilka liknande fall kan finnas som inte är mer eller mindre identiska? Detta prejudikat måste alltså, i min mening, anses ha ett mycket lågt värde.

Vilken betydelse får då detta för den nu behandlade frågan avseende hur domstolen värderar bevis avseende komplexa orsakssamband? Det saknas, så vitt jag kunnat finna, avgöranden från våra överrätter som uttryckligen avser bevisvärderingen i sådana situationer. Som behandlats i kapitel 5.3 finns emellertid flera avgöranden som behandlar beviskravet i sådana situationer; innebär det ovan framförda att sådana avgöranden även kan ses som en rättskälla avseende bevisvärderingen i situationer då detta beviskrav nyttjas? Jag menar att det ovan förda resonemanget ger stöd för slutsatsen att sådana avgöranden, i den mån de kan sägas innehålla en rättsregel avseende ett visst beviskrav *och* dess konkretisering avseende en viss situation, i någon mån prejudicerar även avseende bevisvärderingen i den situationen, helt enkelt eftersom bevisvärdering i någon mån är avhängig förståelsen av beviskravet. Det är vidare min mening att sådana avgöranden, avseende beviskravet, här har större vikt än sådana som uttryckligen rör bevisvärderingen eftersom dessa riskerar att behandla frågor om bevisvärdering i större mån än frågor om beviskrav.³⁰⁰ Jag menar alltså att avgöranden avseende beviskravet i tvister avseende komplexa orsakssamband har ett värde för den fortsatta presentationen som i någon mån överstiger det av rena fallstudier.³⁰¹

6.2 Hur värderas bevisning avseende komplexa orsakssamband?

I detta kapitel ska undersökas huruvida den narrativa beviskravslärans holistiska bevisvärdering har stöd i praxis. I enlighet med det ovan anförda måste inledningsvis undersökas huruvida beviskravet *klart mera sannolikt* i någon mån kan sägas innefatta en bevisvärderingsmetod.

³⁰⁰ Se Andersson (2014), s. 450.

³⁰¹ Det är förstås viktigt att märka att det som konkretiseras är beviskravet, inte situationen att det återfinns ett komplext orsakssamband i tvisten. Det innebär att slutsatserna som dras i framställningen rimligen är typiska för beviskravet och inte för just denna situation.

6.2.1 Omfattar *klart mera sannolikt* en konkretisering?

Låt oss åter se till de avgöranden i vilka HD uttalat att beviskravet är *klart mera sannolikt*. I avgörandet i NJA 1977 s. 176 uttalade HD angående kravet att (min kursiv):

I mål om utomobligatoriskt skadestånd råder inte sällan tvist om vad som orsakat den aktuella skadan. Ofta kan olika händelseförlopp vara fullt tänkbara och ettvarvt av varandra oberoende sakförhållanden framstå som möjlig skadeorsak. I sådana fall kan full bevisning i uttryckets egentliga bemärkelse knappast någonsin åstadkommas. Detta bör dock inte i och för sig utgöra hinder för bifall till skadeståndstalan. Om det sålunda i *betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter* framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat har utgjort skadeorsaken, bör den skadelidandes påstående om händelseförloppet läggas till grund för domstolens avgörande.³⁰²

Detta är, såvitt jag kunnat finna, första gången HD formulerar detta beviskrav.³⁰³ Genom avgörandet kan HD sägas ge uttryck för ett nytt synsätt på beviskravet.³⁰⁴ Den skapade rättsregeln här torde utan större betänkligheter kunna sägas vara *i mål med två eller fler alternativa händelseförlopp, där fler än ett sakförhållande framstår som möjlig skadeorsak, är beviskravet klart mera sannolikt*. Avseende det bakomliggande motivet tycks HD lägga sig nära något slags rättssäkerhetsresonemang då domstolen uttalar att de betydande bevissvårigheter som käranden typiskt sett står inför, sammantaget med att svaranden ofta kan prestera ett alternativt förlopp, inte *bör* utgöra hinder för bifall, eftersom full bevisning ”knappast någonsin kan åstadkommas”. Jag menar att HD anser att kärandens betydande bevissvårigheter

³⁰² Se NJA 1977 s. 176, s. 181.

³⁰³ Se härtill även Lindell (2012), s. 553.

³⁰⁴ JustR Nordenson, som tillhörde majoriteten i avgörandet, uttalar i Conradi (1993) s. 76, att ”Karakteristiskt för den här domen är att den inte inskränker sig att ge svar på vad som är att anse som gällande rätt utan går väsentligen längre genom att anvisa en ny lösning på beviskravsproblemet.”

innebär att denne, utan en sänkning av beviskravet, i praktiken aldrig kommer kunna ta till vara sin rätt.³⁰⁵

Men kan den skapade rättsregeln även sägas omfatta den av mig kursiverade skrivningen i citatet, att kravets uppfyllande är avhängigt *betraktande av samtliga i målet förekomna omständigheter*? Dess placering i avgörandet får anses tala i den riktningen, då det ingår i ett av HD framfört allmänt ställningstagande kring dylika tvister, och dessutom följer som HD:s lösning på problemet.³⁰⁶ För en sådan slutsats talar även tre senare avgöranden från HD, i vilka HD då fråga varit om liknande fall sett till den i tidigare praxis formulerade rättsregeln.³⁰⁷ I avgörandet i NJA 1992 s. 113, vilket rörde tvist mellan näringsidkare och försäkringsgivare, uttalade HD att:

I linje med HD:s praxis på vissa närliggande områden (jfr bl.a. NJA 1977 s 176, NJA 1981 s 622, NJA 1982 s 421 och [NJA 1991 s 481] bör kravet rimligen bestämmas så, att det vid en helhetsbedömning skall framstå som klart mera sannolikt att ett försäkringsfall inträffat än att så inte är förhållandet.³⁰⁸

I avgörandet motiverades emellertid bevislättningen på ett annat sätt än i NJA 1977 s. 176; då fråga var om tvist om ersättning enligt en försäkring kom resonemanget att handla om avvägningen mellan försäkringstagarens intresse av skydd och bolagets intresse av skydd gentemot bedrägerier.

³⁰⁵ Se om utläsandet av rättsregelns bakomliggande motiv Westberg (2000), s. 609 ff.

³⁰⁶ Westberg (2000) s. 598, menar att rättsregeln i regel ska utläsas ur de domskäl i avgörandet där HD egenhändigt resonerar och ger uttryck för värderingar.

³⁰⁷ Kravet har därutöver nyttjats i NJA 1991 s. 481. Även här beskrevs, vid s. 485, kravet som ”tillräckligt att det i betraktande av samtliga omständigheter framstod som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat hade utgjort skadeorsaken (NJA 1977 s 176, 1981 s 622 och 1982 s 421).”. Avgörandet ska emellertid inte behandlas vidare här, och ska i min mening inte heller tas till intäkt för hur kravet ska förstås i inomkontraktuella tvister mellan näringsidkare, då det i doktrin kritiserats för att sätta kravet alltför högt (se Heuman vid not 269).

³⁰⁸ NJA 1992 s. 113, s. 124. Att HD här ger uttryck för att helhetsbedömningen är en del av den skapade rättsregeln finner visst stöd i RH 1998:50 såväl som i RH 1999:21.

I sitt avgörande i NJA 1993 s. 764 uttalade HD att:

Kravet har härvid i vissa fall formulerats så att det i betraktande av samtliga omständigheter skall framstå som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken (se NJA 1991 s 481 och där anmärkta rättsfall).³⁰⁹

I likhet med avgörandet i NJA 1977 s. 176 motiverade HD det sänkta kravet med kändens bevisvärigheter. Avgörandet liknar det i NJA 2006 s. 721, i att bäge rör utomkontraktuell ersättning. 2006 års avgörande rörde tvisten mellan en privatperson och trafikskadenämnden³¹⁰ och angående beviskravet uttalade HD att:

När det i mål om utomobligatoriskt skadestånd har bedömts föreligga svårigheter att lägga fram full bevisning om skadeorsaken har i praxis ansetts att en lindring av beviskravet är påkallad (se t.ex. NJA 1977 s. 176, 1981 s. 622, 1982 s. 421 och 1991 s. 481).³¹¹

Och litet senare att:

I ovan nämnda rättsfall gällande utomobligatoriskt skadestånd där tvist råder om vad som orsakat skadan och olika händelseförlopp kan vara fullt tänkbara, har HD uttalat att det bör räcka för bifall till skadeståndstalan att det i betraktande av samtliga i målet förekommande omständigheter framstår som klart mera sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått än att något av de sakförhållanden som hans motpart åberopat utgjort skadeorsaken. På likartat sätt har beviskravet formulerats i NJA 1992 s. 113 angående företagsförsäkring.³¹²

HD motiverade i avgörandet också bevisnänkningen med ett liknande resonemang som det i NJA 1977 s. 176, nämligen kändens bevisvärigheter på grund av omständigheterna kring det inträffade, vilket sammantaget med HD:s upprepning av *samtliga i målet förekommande omständigheter* i min mening talar för att HD avsett

³⁰⁹ NJA 1993 s. 764, s. 775.

³¹⁰ Det kan för tydlighetens skull nämnas att anledningen till att kravet här bestämdes till *klart mera sannolikt*, trots att fråga var om tvist med privatperson, var att tvist var om utomkontraktuell ersättning.

³¹¹ NJA 2006 s. 721, s. 730 f.

³¹² NJA 2006 s. 721, s. 731.

att rättsregeln ska innefatta en sådan konkretisering av kravet, nämligen att det är sett till en helhet som talan ska möta beviskravet. För detta talar även de bägge återgivna citatens placering i respektive avgörande. Även i de två senare avgörandena återfinns skrivningen i de domskäl där HD självständigt redogör för rättsläget, innan detta appliceras på den aktuella tvisten, vilket ju talar för att beviskravet *klart mera sannolikt* medför en konkretisering i form av en viss bevisvärderingsmetod. För detta talar i min mening även hur HD i 2006 års avgörande hänvisar till beviskravet i 1992 års avgörande så som formulerat på ”likartat sätt”; skulle rättsregeln avseende beviskravet endast anses omfatta *klart mera sannolikt* är ju formuleringen identisk. Däremot skiljer formuleringen avseende den tänkta konkretiseringen (”helhetsbedömning” och ”samtliga i målet förekommande omständigheter”). Denna precision från HD menar jag talar för att kravet innehåller en konkretisering med innebörden att det är en slags helhetsbedömning som ska avgöra huruvida kravet är uppfyllt. Vidare är formuleringen allmänt hållen, vilket ju möjliggör att betrakta det som en konkretisering.³¹³

Det finns emellertid avgöranden där HD i sin hänvisning till *klart mera sannolikt* inte medtagit skrivningen *samtliga i målet förekommande omständigheter*. I NJA 1981 s. 622 hänvisade HD till den i 1977 års avgörande skapade rättsregeln blott som:

I en del skadeståndstvister, där orsakssammanhanget är omstritt mellan parterna, får det anses tillräckligt för att man skall godta den skadelidandes påstående om ett visst orsaksförlopp, att detta framstår som klart mera sannolikt än någon förklaring till skadan som lämnas från motsidan (jfr NJA 1977 s. 176)³¹⁴

Även i ett senare fall, i vilket *klart mera sannolikt* nyttjades, var hänvisningen snarlik, och skrivningen *samtliga i målet förekommande omständigheter* saknades.³¹⁵ Då HD i

³¹³ Se resonemanget vid not 299.

³¹⁴ NJA 1981 s. 622, s. 632.

³¹⁵ I NJA 1982 s. 421, s. 482 f., uttalar HD avseende kravet att: ”Som HD i tidigare mål uttalat (se NJA 1977 s 176 och 1981 s 622) får det anses att den skadelidande i sådana fall fullgjort sin bevisbörda beträffande ett visst påstått orsaksförlopp, om detta framstår som klart mer sannolikt än någon förklaring till skadan, som lämnas av motsidan”.

NJA 1992 s. 113 och NJA 2006 s. 721 hänvisade till tidigare praxis nämndes dock de nu behandlade avgörandena, och beviskravet formulerades som att kärandens talan efter en slags helhetsbedömning skulle framstå som *klart mera sannolikt*. Jag menar därför att det är rimligt att uppfatta *klart mera sannolikt* som innehållande en konkretisering, av innebörden att kravet bara kan anses uppfyllt efter en helhetsbedömning. Det kan avslutningsvis nämnas att beviskravet *klart mera sannolikt* inom straffprocessrätten uttryckligen kopplas till en helhetsbedömning.³¹⁶

6.2.2 Om bevisvärderingen i praktiken

Hur ska då kravet på helhetsbedömning närmare förstås? Jag menar att det är i linje med det i kapitel 5.1 behandlade att se HD:s bevisvärdering i fall där beviskravet *klart mera sannolikt* nyttjats som uttryck för hur kravet på helhetsbedömning ska förstås. I detta kapitel ska därför undersökas hur HD värderat parternas bevisning i några avgöranden avseende komplexa orsakssamband. Undersökningen i detta kapitel följer den skissering av bevisvärderingsmetoderna som presenterats i kapitel 4.

6.2.2.1 NJA 1977 s. 176

Målet rörde en bilist (O) som, då denne kört på en allmän landsväg, råkat i sladd. Fordonet färdades över vänster körfält för att sedan volta flera gånger i vänster dikesren, varpå föraren avled. Käranden påstod att bilen kom i sladd sedan ett eller bägge av högerhjulen på bilen kört ned i en grop i vägbanan, vilken var ca 1 dm djup. Det saknades varningar på platsen. Svaranden påstod att det visserligen fanns en grop på platsen, men att bilen kunde ha kommit i sladd på grund av annan, alternativ orsak. Sådan orsak kunde ha varit punktering, fjäderbrott i framvagnen eller att fordonet kört

³¹⁶ Enligt 36 kap. 1b § BrB ska egendom tillhörande den som dömts för brott för vilket är föreskrivet fängelse i minst fyra år förverkas, om det framstår som klart mera sannolikt att den utgör fång av brottslig verksamhet än att så ej är fallet. I förarbetena anges uttryckligen att en helhetsbedömning ska göras, se prop. 2007/08:68 s. 95. Även i doktrin har detta upprepats, se Berggren m.fl., Brottsbalken m.m. \ 36 kap. Om förverkande av egendom, företagsbot och annan särskild rättsverkan av brott (2017-11-10, Zeteo), kommentaren till 36 kap. 1b § under rubriken *första stycket*.

på en rad kantstenar i höjd med gropen. Käranden åberopade vittnet M, som färdats två bilar bakom den framlidne bilisten. M hade sett hur det förolyckade fordonet ”hoppat till” precis innan det råkade i sladd.

HD uttalade avseende bedömningen att³¹⁷:

Såsom TR:n anført är det i och för sig naturligt att en bilförare förlorar kontrollen över bilen i den situation som uppstår om bilen kör ned i gropen. Den långa och till synes okontrollerbara sladd som O:s bil råkade i kan, med hänsyn tagen också till att väglaget tydligen var halt, mycket väl förklaras av att O:s bil kom ned i gropen och att O därvid förlorade kontrollen över fordonet.

Ett starkt stöd för antagandet att förloppet var det nu beskrivna utgör vittnet M:s iakttagelse, att O:s bil plötsligt ”hoppade till” och började sladda. Ett sådant beteende hos bilen låter sig naturligare förklaras med att bilen fick en stöt vid passage genom gropen än med att den skulle ha råkade ut för punktering eller fjäderbrott på den släta körbanan. I målet har inte heller förekommit någon annan omständighet som ger stöd för antagande att sladden utlösts av punktering eller fjäderbrott.

Också andra tänkbara förklaringar till olyckan framstår som mindre sannolika än den dödsboet har angivit. I och för sig kan väl inte uteslutas att bilen stött emot kantstensraden väster om gropen och till följd härav ”hoppat till” så som M beskrivit. Som gropens läge var i förhållande till kantstensraden kan emellertid en påkörning av denna svårligen förklaras på annat sätt än antingen att bilen först kommit ur kontroll genom att den körts ned i gropen eller att O i ett sent skede upptäckt gropen och därvid gjort en häftig gir som omedelbart därpå lett till att bilen tornat mot kantstensraden. Men även i sådant fall måste det anses råda ett adekvat orsakssammanhang mellan vägverkets underlåtenhet att utmärka gropen och olyckan.

Efter en samlad bedömning av vad som förekommit i målet fann HD att

(...) sannolikheten för att sladdningen utlösts av att bilen kört ned i gropen eller att förefintligheten av gropen på annat avgörande sätt föranlett att bilen kommit i sladdning är så mycket större än sannolikheten för att olycksorsaken varit en annan, att det måste anses utrett i målet att olyckan orsakats på detta sätt.

Med ändring av HovR:s dom biföll således HD kärandes talan i dess helhet.

³¹⁷ De här återgivna styckena är hämtade från NJA 1977 s. 176, s. 182.

Kommentar

I bedömningens första stycke tycks ju HD nyttja bevisvärdemetoden, då domstolen de facto bedömer sannolikheten för att *sladdens egenskaper* (bevisfaktum) kommit av att *fordonet åkt ned i gropen* (bevistema). Det går även att klassificera uppgiften om det hala väglaget som ett positivt hjälpfaktum, och därtill kan sägas att domstolen nyttjat den allmänna erfarenhetsatsen *halt väglag ökar risken för sladd*. Mot en sådan slutsats önskar jag anföra två skäl. För det första har käranden inte i målet anfört sådana omständigheter till styrkande av sin talan, vilket talar emot att det stycket ger uttryck för är bevisvärdering. För det andra prövar HD inte alls huruvida de av svaranden anförda påståendena lika väl kan förklara omständigheten *sladdens egenskaper*; hade fråga varit om bevisvärdering enligt bevisvärdemetoden hade domstolen väl i samma stycke bedömt, om än inte uttryckligen, hur mycket sannolikhet hos kärandens bevistema som förtas av svarandens motbevisning.

Jag menar att det första stycket istället ger uttryck för en prövning av käromålets *fristående sannolikhet*³¹⁸, vilket jag även menar finner stöd i det inledande styckets inledande mening. HD:s prövning av denna fristående sannolikhet tycks ske *innan* det att rätten inleder bevisprövningen, vilket inte endast kommer av prövningens placering i domskälen utan även av skrivningen ”i och för sig naturligt”. Också skrivningen att sladden ”mycket väl [kan] förklaras” av att fordonet kört ned i gropen menar jag talar för en inledande prövning av sådana påståendes sannolikhet *i allmänhet*, alltså utan att behandla huruvida käranden i det aktuella målet lyckats visa påståendet.

Efter att således ha slagit fast att käromålets påstående i sig framstår som sannolikt, menar HD att påståendet vidare ”naturligare” förklarar vittnet M:s iakttagelse, än svarandens påstående om punktering eller fjäderbrott. Detta tycks, vid första anblick, ge uttryck för bevisvärdemetoden, eftersom domstolen ju undersöker hur sannolikt det är att kärandens bevistema orsakat bevisfaktumet. Men hur ska jämförelsen med

³¹⁸ Se mitt resonemang i kapitel 5.4.

svarandens påstående om punktering eller fjäderbrott förstås? Möjligen som en invändning med ett negativt hjälpfaktum, men jag menar att man då kan ifrågasätta varför bevisfaktumets dåliga inpassning i den av svaranden presenterade förklaringen får sådan stor vikt för kärandens framgång; då metoden skisserades ovan framgick ju visserligen att svaranden kunde förta käromålet sannolikhet genom invändningar, men här tycks ju svaranden avkrävd ett bevistema.³¹⁹ En så tydlig jämförelse menar jag pekar bort från bevisvärdemetoden.

Jag menar att domstolen här istället har nyttjat en *holistisk* bevisvärderingsmetod, på ett sådant jämförande sätt som beskrivits ovan. Slutsatsen kommer inledningsvis av att domstolen då svarandens alternativa förklaringar behandlas inte tycks värdera dem utifrån deras påverkan på käromålets sannolikhet. Istället tycks domstolen undersöka hur väl svarandens påstående förklarar den i målet *centrala frågan*³²⁰, nämligen att bilen råkat i sladd, självständigt ifrån bedömningen av kärandens påstående. Då domstolen inledningsvis prövar svarandens två första alternativa påståenden, *fjäderbrott* och *punktering*, undersöks hur väl vittnesmålet om hoppet passar in i påståendena. Domstolen menar att ett sådant hopp är oförenligt med svarandens påståenden, också beroende av den ”släta körbanan”. Vittnesmålet om hoppet förringar alltså i någon mån värdet av svarandens bevisning som i sig stöder dennes förklaring. Att vägbanan var slät vid tillfället för olyckan är alltså tydligen en omständighet som gör att vittnesmålet om hoppet passar bättre in i kärandens bevishelhet, och därigenom får större styrka hos denne.

Avseende svarandens tredje invändning, rörande att O skulle ha kört på kantstenen och att fordonet därför skulle hoppat till, uttalade HD att detta visserligen inte helt kunde bortses ifrån, men att O knappast kunnat köra på kantstenen på ett sätt som inte på något sätt involverade gropen. Jag menar att det av detta går att dra slutsatsen att

³¹⁹ Jag menar alltså, till skillnad från Ekelöf i kapitel 3.3, att domstolen här knappast kan sägas ha prövat svarandens invändning som en del av prövningen av kärandens påstående utan att prövningen skett enskilt. Huruvida det innebär att domstolen behandlat svarandens invändning som ett motfaktum låter jag emellertid vara osagt, men jag finner det inte helt uteslutet. Jfr de vid not 178 anförda avgörandena.

³²⁰ Jfr mitt resonemang vid not 201.

vittnesmålet passar något bättre in i svarandens helhet bestående av *kantsten* än det gör i dennes helhet bestående av *punktering* eller *fjäderbrott*, men att domstolen samtidigt uttalar att svarandens påstående inte ensamt kan förklara den centrala frågan (sladden).³²¹ Visst stöd härför finns hos de två JustR som skrev sig skiljaktiga. Dessa tycks mena att ytterligare omständigheter anförda av svaranden, vilka majoriteten inte tar ställning till, ökar sannolikheten för att sladden kunnat orsakas av kantstenen. Omständigheterna, bl.a. förarens hastiga ratt rörelser eller plötsliga inbromsning i halkan, kan ju visserligen även ses som hjälpfakta enligt bevisvärdemetoden. Jag menar emellertid att domstolens tydligt uppdelade prövning av varje påstående för sig, snarare än en bedömning centrerad kring käromålets sannolikhet, talar emot att bevisvärdemetoden använts och att dessa omständigheter snarare ska ses som utfyllnad som gör att svarandens påstående om kantstenen bättre inkorporerar bevisfaktumet *vittnesmål om hopp*, vilket i sin tur gör att påståendet bättre förklarar den centrala frågan (sladden).

6.2.2.2 NJA 1981 s. 622

Målet rörde en näringsidkare, Åke B, som odlade foreller i flera dammar. Under ett dygn i februari 1973 dog ca 40 000 av forellerna. Dammarna låg nära belägna en vattentäkt, till vilken även ett kommunalt avloppsverk hade avrinning. Käranden påstod att avloppsverket släppt ut diverse giftiga ämnen, däribland metaller och s.k. fenoler, i vattendraget. Ämnena hade sedan förgiftat fiskarna och således orsakat käranden sakskada. Svaranden påstod att fiskarnas bortfall berodde av att syrefattigt vatten skulle ha kommit in i dammarna från den sedan månader isbelagda vattentäkten, och att detta vatten därtill innehöll svavelväten från närbelägna jordbruk, vilkas närvaro ökade fiskens känslighet för syrebrist.

Till stöd för sin talan lade käranden fram sakkunnigutlåtande från en professor Erne i vilket fastslogs att varierande mängd fenol hittats på forellernas gälar. Vidare lade

³²¹ Detta gör ju även kärandens påstående till det enda i målet presenterade påståendet som kan sägas vara *unikt koherent*, se presentationen vid not 68.

käranden fram förhör med sig själv och med en sakkunnig Molander, av vilka framgick att forellerna uppvisat tecken på fenolförgiftning dagen för händelsen. Samme Molander hade vidare tagit prover på syrehalten i vattentäkten, och funnit denna tillfredställande, vilket även det lades fram av käranden. Svaranden framlade till stöd för sitt påstående om syrebrist en rad vittnesmål till styrkande av att utsläpp av diverse ämnen från kringliggande industrier orsakat sådan turbulens i vattentäkten att syrefattigt bottenvatten strömmat in i dammarna.

HD uttalade i bedömningen att (de fetstilta siffrorna är införda av mig)³²²:

Vad först angår Åke B:s påstående om orsaken till fiskdöden beror fenolers giftverkan på fisk av ett flertal faktorer, vilkas förekomst och inverkan vid skadetillfället inte kunnat helt klarläggas. Tydligt är att i varje fall **(1)** låg temperatur och **(2)** låg syrehalt i vattnet minskar fiskens motståndskraft. Ernes av TR:n omtalade **(3)** undersökningar ger väl inte något säkert belägg för förgiftningshypotesen; sålunda sägs i utlåtande d 19 sept 1974 att fenolhalterna bedöms som tecken på exposition för fenoler men inte som entydigt bevis på dödlig fenolförgiftning, och i ett nytt utlåtande d 18 dec 1974 anför Erne, att halterna antyder exposition för och möjlighet till förgiftning genom fenoler men ej är så höga att de kan godtas som bevis på dödlig fenolförgiftning, även om en sådan ej synes helt utesluten. Att märka är dock att utlåtandena tar sikte enbart på bevisvärdet av vissa fenolhalter anträffade i fisk och kräftor. Frågan om fisken under de särskilda betingelser som rådde vid skadetillfället varit känsligare för fenolpåverkan än annars behandlas däremot inte. Uttalandena får under alla förhållanden anses ge visst stöd för att skadan till väsentlig del orsakats av fenoler.

Ytterligare stöd för att fisken förgiftats utgör **(4)** Åke B:s och Molanders iakttagelser i omedelbart samband med fiskdöden. Härtill kommer att **(5)** från kommunens avloppsanläggning tidvis har släppts ut betydande halter av ämnet fenol i förening med bl.a. metaller som också medfört vissa förgiftningsrisker. Utsläppen har typiskt sett medfört fara för skada just av det slag som träffat Åke B:s fiskodling.

HD uttalade i bedömningen av svarandens påstående att:

Vad angår kommunens invändning om **(6)** syrebrist som skadeorsak kan visserligen vattnet åtminstone i [vattentäkten] antas ha varit förhållandevis syrefattigt vid

³²² De här återgivna styckena är hämtade från NJA 1981 s. 622, s. 632-633.

skadetillfället. Emellertid är det som HovR:n yttrat osannolikt att syrehalten i fiskdammarna varit så låg att redan därav kunnat följa allvarlig fara för fisken.

HD uttalade avslutningsvis att:

Visserligen råder på några punkter, bl a i fråga om transporten av föroreningar från avloppsanläggningen till fiskdammarna, ovisshet om det händelseförlopp som enligt Åke B lett till skadan. (7) Vid en samlad bedömning av bevisningen får emellertid anses att Åke B gjort sitt påstående så pass sannolikt som rimligen kan fordras i förhållanden av detta slag. Åke B:s förklaring till fiskdöden framstår vidare som betydligt troligare än annan skadeorsak som berörts i målet. Tillräcklig bevisning föreligger därför om orsakssammanhang mellan utsläpp från avloppsanläggningen och fiskdöden.

Kommentar

Av förevarande avgörande menar jag att man kan dra tre slutsatser. Den första slutsatsen är att HD här tycks, tydligare än i NJA 1977 s. 176, värdera bevisen holistiskt.³²³ Angående bevisfaktumet **3** uttalar ju HD att detta inte entydigt utpekar fenolen som forellernas bödel, men att professor Erne i sin bedömning inte beaktat de särskilda omständigheter som förelåg vid tillfället för fiskarnas frånfälle, nämligen de vid **1** och **2** omnämnda omständigheterna. Genom att **3** värderas sammantaget med dessa bägge tycks bevisvärdet stiga. Men kan då inte, som vid undersökningen avseende NJA 1977 s. 176, invändas att det snarare är bevisvärdemetoden som domstolen nyttjat, och att **1** och **2** ska ses som hjälpfakta till **3**? Jag menar att så inte kan vara fallet, då ju i vart fall **2** knappast kan ses som ett hjälpfaktum eftersom det ju självständigt kunnat leda till bevisemat *fiskarna dog av kvävning*, vilket måste anses närmast uppenbart då svaranden ju nyttjar denna omständighet på detta sätt. Jag menar vidare att domstolens värdering av **2** följer min i det ovan presenterade skissering av hur en holistisk bedömning sker i praktiken, nämligen genom en jämförelse.³²⁴ Detta då jag menar att **2** och **6** här bör ses som samma omständighet, även om den alltså åberopas till stöd för två motsatta påståenden och då motiveras

³²³ Detta alltså trots att värderingen av varje enskilt bevisfaktum sker var för sig, se citatet från Pardo (2000) vid not 89.

³²⁴ Se kapitel 4.1.2 ovan.

något annorlunda.³²⁵ Då HD värderar dessa bevisfakta gör domstolen det genom att jämföra i vilket påstående det passar bäst. Således uttalar HD ang. svarandens påstående, **6**, att syrebristen sannolikt inte kan ha varit så stor att det svaranden påstår kan stämma. Däremot finner domstolen att **2** passar bättre in i kändens påstående, genom att omständigheten här samverkar med **1** och **3**. Här blir alltså värdet hos **2** högre, än vad motsvarande bevisfaktum, **6**, blir genom svarandens påstående.³²⁶

Även i värderingen av **4** och **5** sker värderingen holistiskt. HD uttalar härvid att dessa bägge talar för kändens påstående, men vilket värde hade de haft om inte de setts mot bakgrund av **3**? Och, hårddraget, vilket värde hade **1-4** haft om det inte varit för **5**? Jag menar att **5** ska ses som den av kändens presenterade *initierande händelsen*; det av svaranden presenterade alternativet är ju **6**. Det följer av mitt tidigare resonemang att parterna har att besvara vad jag kallat *centrala frågor* i tvisten.³²⁷ En sådan fråga i den nu aktuella tvisten är rimligen hur fenolföreningar hamnat på fiskarnas gälbågar. Svarandens påstående **6** förklarar inte detta; något kändens påstående **5** emellertid gör. I sin bedömning uttalar ju HD att **5** talar för kändens påstående, men rimligen kan en sådan slutsats endast nås genom att även se till **3** och **4**. Svarandens påstående framstår motsatsvis som svagt, då **6** inte förklarar **3** och **4**, och **6** tappar således i värde.³²⁸

Den därpå följande slutsatsen jag menar man kan dra av avgörandet rör förståelsen av den helhetsbedömning som jag i det ovan teoriserat åtföljer beviskravet *klart mera sannolikt* som en konkretisering. I avgörandet uttalar ju HD att det visserligen ”på några punkter” föreligger ”ovisshet” om det händelseförlopp som Åke B gjort

³²⁵ Svaranden menade ju att syrebristen, till följd av ”turbulens” i vattentäkten, förstärktes.

³²⁶ Det kan ju allmänt tilläggas att det går att ifrågasätta svarandens val att peka ut *syrebrist* som boven i dramat; då det tycks vedertaget att sådan brist ökar fiskarnas känslighet för det av kändens hävdade skadegörande ämnet fenol kan ju tyckas att svaranden härigenom spelar kändens något i händerna.

³²⁷ Se mitt resonemang vid not 201.

³²⁸ Vid resonemanget kan jämförelsevis nämnas, utan att för den delen mena att det tillför annat än illustrativt värde, att svaranden i det i kapitel 4 behandlade tingsrättsavgörandet presenterade ett alternativt påstående som förklarade närvaron av den där aktuella centrala frågan (närvaron av arsenik). Svaranden gick också ’vinnande’ ur tvisten.

gällande, bl.a. avseende hur fenolerna hamnat i dammarna, men att det vid en samlad bedömning får anses tillräckligt bevisat. Detta menar jag innebär att helhetsbedömningen som ska göras följer två regler. Den inledande är att det är sannolikheten för hela händelseförloppet som ska värderas, sammantaget. Den därpå följande regeln är att en sådan helhetsbedömning därigenom tillåter svagheter, eller som här till och med rena brister, i bevisningen förutsatt att parten lyckas göra andra delar av förloppet mer sannolika. Det sistnämnda talar ju dessutom med avsevärd styrka emot att domstolen i det nu aktuella avgörandet skulle ha nyttjat bevisvärdeometoden, då den ju inte tillåter ovisshet i något led i beviskedjan. Även om inom den metoden återfinns en slags slutlig helhetsbedömning krävs ju att samtliga länkar bevisas.³²⁹

Avslutningsvis ska så sägas något om domstolens prövning av käromålets fristående sannolikhet. Då frågan behandlades med avseende på NJA 1977 s. 176 menade jag ju att prövningen skedde *innan* den materiella prövningen av bevisningen i avgörandet, och att prövningen utgick ifrån huruvida kärandens påstående *i allmänhet* fick anses sannolikt. Här tycks domstolen, vid 7, bedöma den fristående sannolikheten genom att pröva kärandens bevisföringsmöjligheter. Jag menar att det därför är rimligt att anta att gränsen för när käromålet kan sägas *mer sannolikt än osannolikt i sig i allmänhet* är lågt satt i tvister avseende just komplexa orsakssamband, då bevissvårigheterna där ofta är betydande. Det tycks vidare vara skillnad mellan domstolens bedömning av den fristående sannolikheten i NJA 1977 s. 176 och i förevarande avgörande. I någon mån behandlar avgörandena samma fråga, *är det i sig sannolikt med hänsyn tagen till omständigheterna?*, men bedömningen i 1981 års avgörande tycks ju mer flexibel då större hänsyn tas till svårigheten att föra talan i bevis. Därtill kommer att ett av de JustR som deltog i 1981 års avgörande menade att tillägget avseende den fristående sannolikheten var avgörandets stora nyhet, vilket talar för att det är bedömningen här som ska läggas till grund för det följande.³³⁰

³²⁹ Jag åsyftar här den induktiva bedömningen som Ekelöf menade skulle ske av samtliga bevisfaktum och hjälpfakta i totalitet, se kapitel 3.2.1.

³³⁰ Se uttalandet av JustR Bengtsson återgivet vid not 280.

7. Några sammanfattande reflektioner

I delanalysen presenterades en hypotes kring domstols praktiska användning av de bägge bevisvärderingsmetoder som behandlas i arbetet, och där visades även att det är rimligt att säga att den narrativa beviskravsläran innebär en fördel för part i en tvist innehållande ett komplext orsakssamband. I del 2 har behandlingen således varit inriktad på att undersöka huruvida beviskravsläran kan sägas återfinnas i gällande rätt, såtillvida att HD använder den vid bevisprövningen. I delen har slutsatser dragits löpande, och jag avser i detta kapitel endast ge några sammanfattande slutsatser för att tydliggöra det framlagda materialets relevans för arbetets tredje frågeställning.³³¹

7.1 Är sannolikhetskravet *statiskt* eller *skiftande*?

Jag önskar inledningsvis, till stöd för en narrativ beviskravsläras giltighet i tvist avseende komplext orsakssamband, visa på den väsentliga skillnad som föreligger mellan *klart mera sannolikt* och *styrkt*.³³² Hos Ekelöf uppfylls ju beviskravet om kändan lyckas prestera tillräcklig bevisning för att nå bevisbördepunkten, som kan ligga vid t.ex. styrkt.³³³ Punkten har en fixerad plats på sannolikhets-skalan. Detta innebär ju att beviskravet enligt Ekelöf är *statiskt*, alltså att beviskravet *styrkt* alltid är samma krav, enligt detta ska t.ex. kändan alltid göra sitt käromål ca 80 % sannolikt. Beviskravet *klart mera sannolikt* är i min mening rimligen det rakt motsatta; då jag ovan argumenterat för att det delvis uppfylls efter en komparativ bedömning måste sannolikhetskravet alltså vara *skiftande*. Detta innebär att detta beviskrav *de facto* kan understiga det som Ekelöf avser då denne anger styrkt som krav (det kan ju räcka att käromålet görs 60 % sannolikt, om svaromålet bara förmås göras 50 % sannolikt), men det kan rimligen även överstiga detta krav. I detta avseende liknar *klart mera*

³³¹ ”Hur bedömer domstolen partens bevisning i komplexa orsakssamband i praktiken? Kan domstolen sägas nyttja den narrativa beviskravsläran?”

³³² Och för den delen andra beviskrav presenterade av Ekelöf, jfr skalan vid kapitel 3.1.

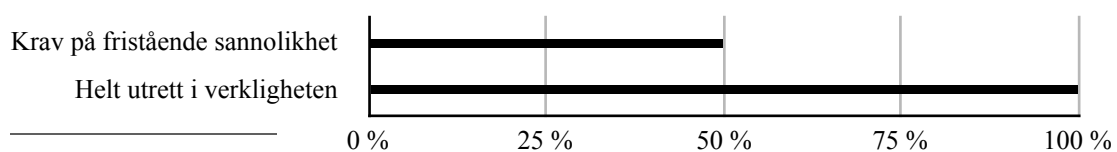
³³³ Det kan emellertid nämnas att Ekelöfs terminologi kanske inte riktigt givit den tydlighet till kravet som denne avsåg skapa, se Klami m.fl. (1988), s. 594. f. Ekelöf tycktes emellertid vara av uppfattningen att dennes terminologi fått sådant genomslag, se Ekelöf & Boman (1992), s. 107.

sannolikt istället den överviktsprincip som gäller enligt den narrativa beviskravsläran. Även här är beviskravet skiftande, eftersom principen både i svensk³³⁴ och i amerikansk rätt³³⁵ förstås som att en övervikt av bevisningen i målet ska tala för käromålet för att detta ska bifallas. Jag menar därför att den rätta förståelsen av *klart mera sannolikt* liknar förståelsen av beviskravet i den narrativa beviskravsläran mer än det liknar förståelsen enligt bevisvärdemetoden.

Kvar är då den omständigheten att *klart mera sannolikt* kräver att kändens påstående inte bara ska vara mer sannolikt än svarandens, utan att det ska vara så *med marginal*. Hur stor marginalen ska vara är ju oklart, men en språklig förståelse av *klart mera* menar jag ger vid handen att den bevisövervikt som talar för kändens ska vara *tydlig* men att den inte behöver vara *uppenbar*. Domstolen ska alltså inte behöva göra alltför ingående och komplexa vägningar av bevisningen för att finna att sannolikheten talar för kändens. Jag menar att kravet på marginal därför kan bestämmas till *10 procentenheter högre sannolikhet än svarandens påstående*.

7.2 Om kravet på *fristående sannolikhet*

Så långt är alltså beviskravet i svensk rätt och det i amerikansk rätt, och således det som nyttjas i den narrativa beviskravsläran, mycket likt. Men som visats ovan kräver *klart mera sannolikt* inte bara en komparativ sannolikhet, alltså att käromålet når viss sannolikhet i förhållande till svaromålet; det krävs också att påståendet har en *fristående sannolikhet*. Jag har i arbetet teoriserat att detta krav är riktat mot påståendets sannolikhet i verkligheten.³³⁶ Jag menar därför att detta inledande krav kan illustreras enligt nedan.



³³⁴ Se kapitel 5.1.

³³⁵ Se not 34.

³³⁶ Se mitt resonemang i kapitel 5.4.

Kravet tycks emellertid inte unikt för svensk rätt. Det tycks även återfinnas i amerikansk rätt i allmänhet, och jag menar att kravet därtill är centralt i den narrativa beviskravsläran, då domstolen enligt läran ska bedöma två konkretiserade och fullständiga narrativ. Detta sammantaget med vad som anförts ovan om hur narrativa konstruktioner i allmänhet bedöms, genom att se till grad av intäckande och konsekvens som uttryck för koherens, menar jag talar för att ett fristående krav på att det presenterade påståendet även i sig ska framstå som sannolikt återfinns i den narrativa beviskravsläran; ett narrativ kan väl aldrig ha något värde som grund för ett rättsligt avgörande om det framstår som uppdyktat?

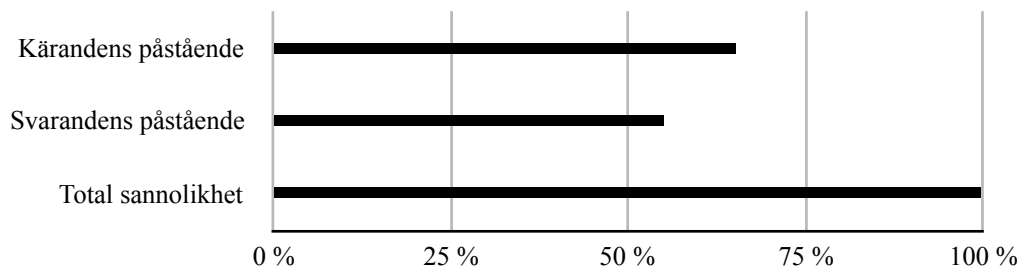
I praktiken torde kravet på fristående sannolikhet emellertid spela en begränsad roll. För det första är kravet till synes lågt ställt, eftersom det i vart fall delvis bestäms utifrån kändens möjligheter att föra sin talan i bevis, vilka ju inneboende är begränsade då tvist är om ett komplext orsakssamband. För det andra menar jag att partsställningen i sådana tvister som detta arbete behandlar, alltså två näringsidkare, i praktiken medför att tillräcklig bevisning för att möta kravet framlägges i majoriteten av fallen. I praktiken kommer kändens alltså allra oftast, enligt min mening, presentera så god bevisning att kravet på fristående sannolikhet inte medför ett reellt hinder.

7.3 Om betydelsen av kravet på *komparativ* sannolikhet

Enligt den narrativa beviskravsläran ska ju kändens talan framstå som mer sannolik än svarandens talan vid en jämförelse. Detta inslag i läran tycks vara en central kritik mot den jämförelse som ska ske enligt den Bayesianska läran, där kändens talan istället ska jämföras med dess negation (X mot $icke-X$). Även hos Ekelöf uppfattas beviskravet som riktat mot kändens möjligheter att visa att X hänt, snarare än $icke-X$. Mot vad är då kravet på komparativ sannolikheten i *klart mera sannolikt* riktat? I samtliga fall som återgivits ovan, där kravet nyttjats, har ju HD ställt kändens påstående mot svarandens dito, då domstolen slagit fast att det av kändens

presenterade påståendet framstår som *klart mera sannolikt* än andra påståenden framförda i målet³³⁷. Kan det uppfattas som att domstolen prövar huruvida X är klart mera sannolikt än *icke- X* ? Även om det är möjligt att uppfatta kändens påstående som X och svarandens påstående som *icke- X* , på så sätt att de omständigheter som svaranden gör gällande som alternativ till de av känden hävdade ju med nödvändighet innebär *icke- X* , menar jag att det ligger långt närmare till hands att se det som att kändens påstående X ställs mot svarandens påstående Y . Jag menar att denna skillnad i hur sannolikhetsprövningen sker talar för en prövning som enligt den narrativa beviskravsläran.

Mitt resonemang får den konsekvensen att sannolikhetsskalan inte längre kan konstrueras som den hos Ekelöf. Hur en sådan skala istället ska konstrueras påverkas emellertid av huruvida de motstående påståendena utesluter varandra eller om de så att säga kan ha löpt parallellt. Inledningsvis visas hur sannolikheten i det fall då påståendena *inte* utesluter varandra bör kunna illustreras.

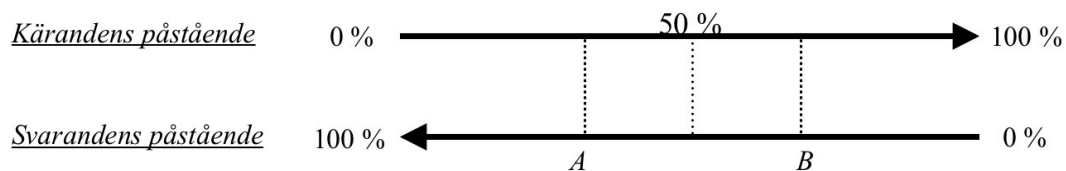


Eftersom bägge påståenden här kan ha hänt i verkligheten kan parterna, i teorin, göra dem bägge 100 % sannolika, och bägge påståenden ska alltså prövas längs med samma positiva sida av sannolikhetsskalan. För att känden ska vinna krävs att dennes påstående är något mer sannolikt än svarandens, och jag har ovan teoriserat att skillnaden ska vara 10 procentenheter. Märk dock att domstolens prövning av påståendena sker var för sig, även om värderingen av bevisningen i mitt menande alltså sker genom en jämförelse. Inledningsvis prövar alltså domstolen vilken

³³⁷ Detta är min förenklade terminologi.

sannolikhet som kan tillskrivas kändens påstående, därefter svarandens dito. Först därefter kan skalan ovan appliceras.

Är fråga istället om två påståenden som utesluter varandra måste sannolikhetsskalan anpassas något. I det ovan har jag anfört att bevisvärderingen vid sådana påståenden påverkas på så sätt att det bevisfaktum som rätten finner talar för kändens påstående med nödvändighet talar emot svarandens påstående; det blir därför en fråga om hur bevismaterialet i målet *fördelas mellan parterna*. Detta innebär att bevisbördepunkten då *klart mera sannolikt* nyttjas i sådana fall bör förstås som den punkt vid vilken kändens bevisning med viss marginal förtagit värdet av svarandens bevisning. Nedan skala kan utgöra underlag för diskussionen i denna del:



Vid 50 % talar lika mycket av bevismaterialet för kändens/svarandens påstående som talar emot desamma. Vid *A* ska kändens alltså tappa målet, då dennes påstående har kring 35 % av bevismaterialet på sin sida och svarandens dito således har kring 65 %. Vid *B* är förhållandena däremot de rakt motsatta, och käromålet ska således bifallas. Märk emellertid att skalan inte säger något om graden av sannolikhet i verkligheten, här kan ju *B* innebära att käromålet är 60 % sannolikt i verkligheten, men även att det är 85 % sannolikt. Så tillvida är beviskravet *klart mera sannolikt* alltså skiftande även här. Det som visas i skalan är endast hur beviskravet i praktiken påverkas av att de i målet införda bevisfakta talar både för och emot två påståenden. I sådana fall är beviskravet än tydligare komparativt, eftersom de två påståendena med nödvändighet måste ställas mot varandra.

Det följer alltså mitt resonemang i kapitel 7.1 att punkten vid vilken kändens talan ska bifallas är skiftande. Utöver att illustrera beviskravet menar jag därför att de ovan presenterade skalorna också ger anledning att avslutningsvis reflektera kring huruvida

det verkligen kan sägas finnas en bevisbörda då *klart mera sannolikt* nyttjas, även om jag ju har funnit att HD i och med kravet knappast kan sägas ha gett uttryck för en äkta överviktsprincip. Enligt bevisbördemodellen bär ju *endera* part risken för att dennes påstående inte bevisas erforderligt, men enligt ovan skala har väl *bägge* parter en bevisbörda? Visserligen bär käranden risken för att dennes påstående inte bevisas, då denne annars tappar målet, men även svaranden bär i någon mån risken för sitt påstående; misslyckas denne att bevisa det möts ju käranden av ett avsevärt lägre krav i att endast behöva visa på sitt påståendes fristående sannolikhet. Det är ändock i min mening riskabelt att tala om en *de facto* överviktsprincip, eftersom *klart mera sannolikt* under alla förhållanden kräver en marginal i övervikten till kärandens fördel, men resonemanget menar jag ökar styrkan i slutsatsen att *klart mera sannolikt* liknar förståelsen av beviskravet enligt den narrativa beviskravsläran; det jag kallar komparativ sannolikhet är rimligen detsamma som Allen avser med ”relative plausibility”³³⁸.

7.4 Om betydelsen av helhetsbedömningen

Jag menar att jag har visat att *klart mera sannolikt* fordrar en jämförelse mellan två påståenden för att finna det mest sannolika, vilket ju är ett av den narrativa beviskravslärens två centrala drag. Det andra är att det som jämförs är två *helheter*.

I presentationen ovan har jag visat att *klart mera sannolikt* medför en konkretisering av den innebörden att kravets uppfyllande fordrar en *bedömning av samtliga i målet förekomna omständigheter* eller en *helhetsbedömning*. Att konkretiseringen är riktad mot domarens bevisvärderande verksamhet menar jag är tydligt; alternativet skulle väl vara att innebörden istället rör *vad* domaren ska värdera, nämligen en helhet. En sådan betydelse får emellertid anses osannolik, inte minst sedan detta ju framgår direkt av lag.³³⁹ I kapitel sex har jag också visat att det finns skäl att tro att HD

³³⁸ Se presentationen vid not 78.

³³⁹ Enligt 35 kap. 1 § RB ska ju rätten värdera ”allt, som förekommit”.

uppfattar konkretiseringen som en instruktion om en holistisk bevisvärderingsmetod, även om detta möjligen är att närma sig ett sådant totalintryck som ogillades i förarbetena.³⁴⁰

Jag menar att konkretiseringen också ska förstås som ett krav på att domstolen har att pröva parternas *påståenden* som helheter. En sådan slutsats menar jag följer av HD:s prövning i NJA 1981 s. 622, där domstolen ju tillät rena brister i kändens påstående eftersom det vid en helhetsbedömning ändå framstod som *klart mera sannolikt* än svarandens påstående. Men slutsatsen följer ju egentligen även av att svensk rätt väl redan innehåller ett krav på att domstolen ska se frågan om orsakssamband som en helhet, eftersom det då rör sig om *ett* bevisstema. Jag menar att det därför är rimligt att uppfatta prövningen av parternas påståenden som en prövning av vad som enligt den narrativa beviskravslärens amerikanska originalterminologi kallas prövningen av två ”equally well specified cases”³⁴¹.

Sammantaget menar jag alltså att domstolen, vid prövningen av ett komplext orsakssamband, nyttjar beviskravet *klart mera sannolikt* och att detta krav kräver en jämförelse mellan parternas två påståenden, som bedöms som helheter, och där bevisningen bedöms holistiskt. Jag menar därför att svenska domstolar vid prövningen av sådana orsakssamband nyttjar en metod som i mycket liknar den narrativa beviskravsläran.

³⁴⁰ Se kapitel 3.2.

³⁴¹ Se Allen vid not 74.

KÄLLFÖRTECKNING

Elektroniska källor

Nationalencycledin, *Statistisk inferens*, <https://www-ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lang/statistisk-inferens>, (läst 2018-02-20).

United States Courts, *Glossary of Legal Terms*, <http://www.uscourts.gov/glossary>.
(Läst 2018-03-11)

Trycka källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

SOU 1938:44 - *Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk, del II*

SOU 1986:1 - *14 dagars fängelse, minimitid för fängelsestraff - delbetänkande från fängelsestraffkommittén*

Propositioner

Prop. 1997/98:45 (del II) - *Miljöbalk*

Prop. 2007/08:68 - *Förverkande av utbyte av brottslig verksamhet*

Litteratur

Agell, Anders (1972), "Orsaksrekvisitet och beviskrav i skadeståndsrätten", i:
Hessler, Henrik (red.), *Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Norstedts förlag, Stockholm, s
1-37.

[Agell 1972]

Allen, Ronald J. (1986), "A Reconceptualization of Civil Trials", i: *Boston University
Law Review* (vol. 66), s. 401-437.

[Allen 1986]

Allen, Ronald J. (1991), "The Nature of Juridicial Proof", i: *Cardozo Law Review*
(vol. 13), s. 373-422.

[Allen 1991]

Allen, Ronald J. (1993), "Factual ambiguity and a theory of evidence", i:
Northwestern University Law Review (vol. 88), s. 604-634.

[Allen 1993]

Allen, Ronald J. & Jehl, Sarah A. (2003), "Burdens of Persuasion in Civil Cases:
Algorithms v. Explanations", i: *Michigan State Law Review*, s. 893-944.

[Allen & Jehl 2003]

Allen, Ronald J. & Stein, Alex (2013), "Evidence, Probability and Burden of proof",
i: *Arizona Law Review* (vol. 55), s. 557-602.

[Allen & Stein 2013]

Andersson, Simon (2014), ”Rättsdogmatisk metod och bevisvärdering”, i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Norstedts Juridik, Stockholm, s. 427-450.

[Andersson 2014]

Ball, V. C. (1960); ”The moment of truth: probability theory and standards of proof”, i: *Vanderbilt Law review* (vol. 14), s. 807-830.

[Ball 1960]

Bennet, Lance W. & Feldman, Martha S. (1981), *Reconstructing reality in the courtroom*. Quid Pro Publishing, London.

[Bennet & Feldman 1981]

Berggren, Nils-Olof & Bäcklund, Agneta & Johansson, Stefan & Leijonhufvud, Madeleine & Munck, Johan & Trost, Hedvig & Träskman, Per Ole & Victor, Dag & Wennberg, Suzanne & Wärsell, Fredrik., *Brottsbalken m.m. \ 36 kap. Om förverkande av egendom, företagsbot och annan särskild rättsverkan av brott (2017-11-10, Zeteo)*, kommentaren till 36 kap. 1b § under rubriken *första stycket*.

[Berggren m.fl. 2017]

Björk, Stefan (1988), *Högsta domstolen argumenterar - bevisvärdering, bevisbörda och orsakssamband i det så kallade Kontrast U-målet som de framgår vid en analys av domskälen*. Diss., Lund universitet.

[Björk 1988]

Bolding, Per Olof (1951), *Bevisbördan och den juridiska tekniken*. Diss., Uppsala universitet.

[Bolding 1951]

Bolding, Per Olof (1988), "Osannolikhhet eller ovisshet? En fråga om behandlingen av alternativhypoteser vid bevisvärderingen", i: *SvJT*, s. 606-609.

[Bolding 1988]

Bolding, Per Olof (1989), *Går det att bevisa? - perspektiv på domstolsprocessen*. Norstedts juridik, Stockholm.

[Bolding 1989]

Boman, Robert (1992), "Ett rättsfall om bevisbördan", i: Heuman, Lars (red.), *Festskrift till Per Olof Bolding*. Juristförlaget, Stockholm, s. 49-56.

[Boman 1992]

Bomgren, Gunnar (1968), "Är adekvansproblemet ett realitets- eller ett värderingsproblem?", i: *SvJT*, s. 353-360, Stockholm.

[Bomgren 1968]

Brillmayer, Lea & Kornhauser, Lewis (1978), "Quantitative Methods and Legal Decisions" i: *Chicago University Law Review* (vol 46), s. 116-153.

[Brillmayer & Kornhauser 1978]

Conradi, Erland (1993), "Skapande dömande", i: Agell, Anders & Dufwa, Bill W., & Håstad, Torgny & Höglund, Olle & Knutsson, Anders (red.), *Festskrift till Bertil Bengtsson*. Nerenius & Santérus Förlag AB, Stockholm, s. 73-87.

[Conradi 1993]

Cullison, Alan D. (1969), "Probability analysis of judicial fact-finding: A preliminary outline of the subjective approach", i: *Toledo Law Review* (vol. 1), s. 538-598.

[Cullison 1969]

Diesen, Christian (1996-97), ”Utom rimligt tvivel - om beviskrav och bevisvärdering i brottmål”, i: *JT* (nr 2), s. 525 - 535.

[Diesen 1996-97]

Diesen, Christian & Strandberg, Magne (2012), *Bevis 9 - Bevisprövning i tvistemål teori och praktik*. Norstedt juridik, Stockholm.

[Diesen & Strandberg 2012]

Eckhoff, Torstein (1943), *Tvilsrisikoen (Bevisbyrden)*. Johan Grundt Tanum förlag, Oslo.

[Eckhoff 1943]

Ekelöf, Per Olof (1989), ”Bevisvärdemodellen kontra bevistemamodellen”, i: *SvJT*, s. 26-38.

[Ekelöf 1989]

Ekelöf, Per Olof (1990a), ”Om värdering av strukturala bevis”, i: Hannu Tapani Klami (red.), *Rätt och sanning - Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989*. Iustus förlag, Uppsala, s. 22-31.

[Ekelöf 1990a]

Ekelöf, Per Olof (1990b), ”Kommentarer till diskussionen kring bevisvärdemodellen och temametoden”, i: Hannu Tapani Klami (red.), *Rätt och sanning - Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989*. Iustus förlag, Uppsala, s. 55-66.

[Ekelöf 1990b]

Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992), *Rättegång - fjärde häftet*, sjätte uppl. Norstedts Juridik, Stockholm.

[Ekelöf & Boman 1992]

Fienberg, Stephen E. & Schervish, Mark J. (1986), "The relevance of Bayesian Inference for the Presentation of Statistical Evidence and for Legal decisionmaking", i: *Boston University Law Review* (vol. 66), s. 771-798.

[Fienberg & Schervish 1986]

Friedman, Richard D (1997), "Answering the Bayesioskeptical challange", i: *International journal of Evidence and Proof* (vol. 1), s. 276-291.

[Friedman 1997]

Haidar, Ali D. (2011), *Global Claims in construction*. Springer förlag, London.

[Haidar 2011]

Halldén, Sören (1973), *Sannolikhetens logik*. Gleerups förlag, Lund.

[Halldén 1973]

Heuman, Lars (1986), "Otillåtna inskränkningar av bevisföringen och bevisvärderingen", i: *Advokaten - tidskrift för Sveriges advokatsamfund*, s. 40-54.

[Heuman 1986]

Heuman, Lars (2005), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. Norstedts juridik, Stockholm.

[Heuman 2005]

Høyland, Jon (2003), "Hva styrer dommerens valg? - Irrelevante og ubevisste faktorerers betydning for domstolenes avgjørelser", i: *Lov og Rett* (nr 01), s. 21-40.

[Høyland 2003]

Jareborg, Nils (2004), "Rättsdogmatik som vetenskap", i: *SvJT*, s. 1-10.

[Jareborg 2004]

Kaplan, John (1968), ” Decision theory and the factfinding process”, i: *Stanford Law Review* (vol. 20), s. 1065-1092.

[Kaplan 1968]

Karlgren, Hjalmar (1968), *Skadeståndsrätt*, fjärde uppl. P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm.

[Karlgren 1968]

Kaye, D. H. (1999), ”Clarifying the burden of persuasion: what Bayesian decision rules and do not do”, i: *The international Journal of Evidence and Proof* (vol. 3), s. 1-28.

[Kaye 1999]

Klami, Hannu Tapani & Marklund, Mikael & Rahikainen, Marja & Sorveittula, Johanna (1988), ”Ett rationellt beviskrav”, i: *SvJT*, s. 589-605.

[Klami m.fl. 1988]

Kleineman, Jan (2014), ”Rättsdogmatisk metod”, i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, upplaga 1:4. Studentlitteratur, Lund, s. 21-45.

[Kleineman 2014]

Kolflaath, Eivind (2004), ”Bevisbedømmelse - Sannsynlighet eller fortellinger?”, i: *Jussens Venner* (vol. 39), s. 279-304.

[Kolflaath 2004]

Kolflaath, Eivind (2007), ”Bevisbedømmelse som slutning til beste forklaring”, i: *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (vol. 120), s. 171–219.

[Kolflaath 2007]

Kolflaath, Eivind (2013), *Bevisbedømmelse i praksis*. Fagboksförlaget, Bergen.
[Kolflaath 2013]

Kolflaath, Eivind (2014), ”Helheter og deler i bevisbedømmelsen”, i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Norstedt Juridik, Stockholm, s. 405-426.
[Kolflaath 2014]

Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor*. Iustus förlag, Uppsala.
[Lindell 1987]

Lindell, Bengt (2003), *Civilprocessen*, andra uppl. Iustus förlag, Uppsala.
[Lindell 2003]

Lindell, Bengt (2007), ”Det svåra lyftet — bevisbörda och beviskrav på skivstången”, i: *SvJT*, s. 341-366.
[Lindell 2007]

Lindell, Bengt (2017), *Civilprocessen*, fjärde uppl. Iustus förlag, Uppsala.
[Lindell 2017]

MacCormick, Neil (1978), *Legal reasoning and legal theory*. Clarendon press, Oxford.
[MacCormick 1978]

Malsch, Marijke & Freckelton, Ian (2009), ”The evaluation of evidence - Differences between legal systems”, i: Kaptein, Hendrik & Prakken, Henry & Verheij, Bart (red.), *Legal Evidence and Proof*. Ashgate Publishing Ltd, Farnham, s. 117-134.
[Malsch & Freckelton 2009]

McCormick, Charles Tilford & Strong, John W. & Broun, Kenneth S., & Dix, George E. & Imwinkelried, Edward J. & Kaye, D. H. & Mosteller, Robert P. & Roberts, E. F. (1999), *MacCormick on Evidence*, femte uppl. Thomson West förlag, St Paul.

[McCormick m.fl. 1999]

McCormick, Charles Tilford & Broun, Kenneth S., & Dix, George E. & Imwinkelried, Edward J. & Kaye, D. H. & Mosteller, Robert P. & Roberts, E. F. & Strong, John W. & Swift, Eleanor (2006), *MacCormick on Evidence*, sjätte uppl. Thomson West förlag, St Paul.

[McCormick m.fl. 2006]

Nelker, Louise (1999), ”Bevisbördans placering inom den kontraktuella skadeståndsrätten”, i: Diesen, Christian (red.), *Bevis 4 - Prövning av skadestånd*. Norstedt juridik, Stockholm, s. 14-75.

[Nelker 1999]

Nordgaard, Anders och Rasmusson, Birgitta (2012), ”The Likelihood Ratio as Value of Evidence”, i *Law Probability and Risk* (vol 11), s. 303-315.

[Nordgaard & Rasmusson 2012]

Pardo, Michael S. (2000), ”Juridical Proof, Evidence, and Pragmatic Meaning: Toward Evidentiary Holism”, i: *Northwestern University Law Review* (vol. 95), s. 399-442.

[Pardo 2000]

Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod*. Norstedts juridik, Stockholm.

[Peczenik 1995]

Pennington, Nancy & Hastie, Ried (1991), "A Cognitive Theory of Juror Decision Making - The Story Model", i: *Cardozo Law Review* (vol. 13), s. 519-558.

[Pennington & Hastie 1991]

Redmayne, Mike (1999), "Standards of Proof in Civil Litigation", i: *Modern Law Review* (vol. 62), s. 167-195.

[Redmayne 1999]

Redmayne, Mike (2008), "Exploring the proof paradoxes", i: *Legal Theory* (vol. 14), s. 281-309.

[Redmayne 2008]

Rättsfall från hovrätterna (1962), i: *SvJT*, s. 1-92.

[SvJT 1962]

Sandgren, Claes (2015), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare - ämne, material, metod och argumentation*, tredje uppl. Norstedts juridik, Stockholm.

[Sandgren 2015]

Savchuk, Vladimir & Tsokos, Chris P. (2011), *Bayesian Theory and Methods with Applications*. Springer eBooks, Atlantic Press.

[Savchuk & Tsokos 2007]

Schultz, Mårten (2007), *Kausalitet - Studier i skadeståndsrättslig argumentation*. Jure förlag, Stockholm.

[Schultz 2007]

Stening, Anders (1975), *Bevisvärde*. Diss, Uppsala universitet.

[Stening 1975]

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

[Strandberg 2012]

Trabasso, Tom & Van Den Broek, Paul (1985), "Causal Thinking and the Representation of Narrative Events", i: *Journal of Memory and Language* (vol 24), s. 612-630.

[Trabasso & Van Den Broek 1985]

Tribe, Laurence H (1971), "Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process", i: *Harvard Law Review* (vol 84), s. 1329-1393.

[Tribe 1971]

Valguarnera, Filippo (2014), "Den komparativa metoden", i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, upplaga 1:4. Studentlitteratur, Lund, s. 141-174.

[Valguarnera 2014]

Von Eyben, William Edler (1986), *Bevis*. Gads förlag, Köpenhamn.

[Von Eyben 1986]

Walton, Douglas (2002), *Legal Argumentation and Evidence*, första uppl. Penn State University Press, University Park.

[Walton 2002]

Welamson, Lars (1982), "Svensk rättspraxis", i: *SvJT*, s. 81-192.

[Welamson 1982]

Westberg, Peter (2000), ”Prejudikattolkningens ABC”, i: Numhauser-Henning, Ann (red.), *Normativa perspektiv - festskrift till Anna Christensen*. Juristförlaget, Lund, s. 583-618.

[Westberg 2000]

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

[Westberg 2004]

Westberg, Peter (2007), i: Lunds domarakademi (red.), *Rättssäkerheten i brottmål - ifrågasatt av justitiekanslern*. Utgiven av Lunds domarakademi, Lund, s. 163-176.

[Westberg 2007]

Westberg, Peter (2013), *Civilrättskipning*, andra uppl. Norstedts juridik, Stockholm.

[Westberg 2013]

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

HD

NJA 1932 s. 480

NJA 1937 s. 569

NJA 1939 s. 478

NJA 1940 s. 166

NJA 1948 s. 554

NJA 1949 s. 732

NJA 1951 s. 744

NJA 1952 s. 104

NJA 1959 s. 318

NJA 1962 s. 469

NJA 1964 s. 177

NJA 1975 s. 577

NJA 1976 s. 667

NJA 1977 s. 176

NJA 1980 s. 352.

NJA 1981 s. 622

NJA 1982 s. 421

NJA 1986 s. 3

NJA 1986 s. 470

NJA 1990 s. 93

NJA 1991 s. 56

NJA 1991 s. 481

NJA 1992 s. 113

NJA 1992 s. 263

NJA 1992 s. 446

NJA 1992 s. 740

NJA 1993 s. 764

NJA 1994 s. 194

NJA 1994 s. 654

NJA 2001 s. 177

NJA 2001 s. 657

NJA 2001 s. 889

NJA 2002 C 60

NJA 2003 C 43

NJA 2003 s. 591

NJA 2006 s. 721

NJA 2007 s. 852

NJA 2008 s. 890

NJA 2009 s. 244

NJA 2009 s. 447 I och II

NJA 2009 s. 917

NJA 2010 s. 8

NJA 2010 s. 577

NJA 2011 s. 576

NJA 2012 s. 597

NJA 2013 s. 524

NJA 2014 s. 364

NJA 2014 s. 699

NJA 2015 s. 702

NJA 2017 s. 316 I och II

NJA 2017 s. 642

NJA 2017 s. 1105

Høyesterett

Rt 1992 s. 64

US Supreme Court

Ballew v. Georgia, 435 U.S. 223 (1978)

Schaffer v. Weast, 546 U.S. 49 (2005)

Övriga domstolar

Court of Criminal Appeal

Rex v. Voisin (1918) 1 K.B., 531.

Svea HovR

RH 1998:50

Göta HovR

RH 1999:21

HovR för Västra Sverige

Dom den 15 augusti 2013 i mål T 4207-10

Kammarrätten i Jönköping

Dom den 5 juni 2014 i mål 1871-13

Dom den 17 oktober 2016 i mål 1054-16

Tingsrätter

Skellefteå tingsrätts dom den 8 mars 2018 i mål T 1012-13