



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Julius Söderberg

Ursprungssannolikhetens betydelse för bevisvärdering, bevisbörda och beviskrav i dispositiva tvistemål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Lena Wahlberg

Termin för examen: Period 1 HT 2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Metod och material	11
1.5 Forskningsläge	16
1.6 Disposition	17
2 PROCESSRÄTTSLIG RAM FÖR BEVISVÄRDERING I DISPOSITIVA TVISTEMÅL	18
2.1 Inledning	18
2.2 Rättsfrågor och sakfrågor	19
2.3 Principen om den fria bevisprövningen	20
2.3.1 Den fria bevisföringen	20
2.3.2 Den fria bevisvärderingen	21
2.4 Rättsfakta, bevisfakta, bevistema och hjälpfakta	24
2.4.1 Abstrakta och konkreta rättsfakta	24
2.4.2 Bevisfakta	25
2.4.3 Hjälpfakta	27
2.4.4 Bevistema	28
2.5 Erfarenhetssatser och notoriska fakta	31
2.5.1 Notoriska fakta	31
2.5.2 Erfarenhetssatser	32
2.6 Bevisbörda och beviskrav	36
2.6.1 Bevisbörda	36
2.6.2 Beviskrav	38
2.7 Andra grundläggande principer av betydelse för bevisvärderingen	41

2.7.1	Dispositionsprincipen	41
2.7.2	Principen om den fria processföringen	42
2.7.3	Jura novit curia	42
2.7.4	Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration	43
2.7.5	Principerna om det bevisomedelbarhet och det bästa bevismaterialet	44
3	SANNOLIKHETSTEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER	46
3.1	Inledning	46
3.2	Klassisk sannolikhetsteori	47
3.3	Logisk sannolikhetsteori	48
3.4	Frekventistisk sannolikhetsteori	49
3.5	Subjektiv sannolikhetsteori	51
4	URSPRUNGSSANNOLIKHETEN OCH BEVISTEMAT	54
4.1	Inledning	54
4.2	Förhållandet mellan bevisema och ursprungssannolikhet	54
4.3	Slutsatser	58
5	URSPRUNGSSANNOLIKHETEN OCH BEVISVÄRDERINGSMETODERNA	60
5.1	Några terminologiska anmärkningar	60
5.1.1	Inledning	60
5.1.2	Begreppen bevisvärde och beviskraft	60
5.1.3	Notation	61
5.2	Bayesiansk metod	62
5.2.1	Grundläggande principer för bayesiansk metod	62
5.2.1.1	Syner på sannolikhet och bevisning	62
5.2.1.2	Ex ante och ex post	63
5.2.1.3	Beviskraft	64
5.2.1.4	Bayes teorem	65
5.2.1.5	Ett sammanfattande exempel	66
5.2.2	Ursprungssannolikhetens roll hos bayesiansk metod	67
5.3	Bevisvärdemetoden	70
5.3.1	Grundläggande principer för bevisvärdemetoden	70
5.3.1.1	Bevismekanismer och bevisvärde	70
5.3.1.2	Det ensidiga sannolikhetsbegreppet	74
5.3.1.3	Ett sammanfattande exempel	75
5.3.2	Ursprungssannolikhetens roll hos bevisvärdemetoden	76
5.3.2.1	Doktrinära uppfattningar om ursprungssannolikhetens betydelse	77
5.3.2.2	Ursprungssannolikhetens påverkan på bevisvärdet	79
5.3.2.3	Uppfattningen att bevisvärdemetoden alltid kräver att hänsyn tas till ursprungssannolikheten	81
5.4	Slutsatser	82

6	BEVISBÖRDANS OCH BEVISKRAVETS FÖRHÅLLANDE TILL URSPRUNGSSANNOLIKHETEN	85
6.1	Inledning	85
6.2	Ursprungssannolikheten som bestämmande för bevisbördans placering och beviskravets styrka	85
6.2.1	Ursprungssannolikheten och bevisbördans placering	85
6.2.2	Ursprungssannolikheten och beviskravets styrka	90
6.2.3	På ursprungssannolikheten grundade presumtioner	91
6.3	Om dubbelräkning och argumentkonsumtion	96
6.4	Slutsatser	100
7	URSPRUNGSSANNOLIKHET I PRAXIS	102
7.1	Inledning	102
7.2	Huruvida avtal har ingåtts	102
7.2.1	Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten	102
7.2.2	Analys	103
7.3	Fast eller löpande pris	105
7.3.1	Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten	105
7.3.2	Analys	107
7.4	Preskriptionsavbrott	109
7.4.1	Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten	109
7.4.2	Analys	111
7.5	Jämkning av trafikskadeersättning	113
7.5.1	Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten	113
7.5.2	Analys	116
7.6	Försäkringsersättning	123
7.6.1	Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten	123
7.6.2	Analys	124
7.7	Slutsatser	124
8	AVSLUTANDE SAMMANFATTNING	126
8.1	Ursprungssannolikhetens roller	126
8.2	Några ytterligare reflektioner	129
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	131
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	141

Summary

In Swedish legal literature there is an extensive discussion and varying notions regarding the significance or possible significance of the so-called base rate probability. This thesis analyses how base rate probability is determined, what function the base rate probability plays if the Bayesian method or the evidentiary value model is used for the evaluation of evidence and what differences arise if the methods are contrasted with each other. It also examines whether the burden and standard of proof and presumptions may be based on base rate probability, as well as how base rate probability is utilised in court decisions.

The base rate probability is defined as the "general commonness of the theme of proof", and accordingly means the probability of the theme of proof before any specific evidence has been brought forward. One conclusion that is drawn is that the base rate probability must be decided through a frequentist assessment consisting of a generalisation of the theme of proof and the placing of it within a reference class. The reference class may either be statistically or subjectively estimated.

Regarding the base rate probability, it is concluded that the methods for the evaluation of evidence differ in three different ways. Base rate probability is a condition *sine qua non* for use of the Bayesian method, whereas it is not necessary for the evidentiary value model, although base rate probability should be considered when it gives a more reliable evidentiary value. Another difference is the object which the base rate probability impacts. When using the Bayesian method, the base rate probability impacts the probability of the theme of proof, while the base rate probability impacts the evidentiary value of an evidentiary fact when applying the evidentiary value model. Yet another difference lies in the fact that the base rate probability when using a Bayesian method means that the strength of the specific evidence (the likelihood ratio) required to reach the standard of proof will

differ; less strong specific evidence may be required to reach a higher standard of proof in one case than what is required to reach a lower standard of proof in another case. When using the evidentiary value model, a higher standard of proof will always be harder to reach based on the specific evidence than a lower standard of proof (it will require a higher evidentiary value), even if the base rate probabilities are different between two cases.

Moreover, it is concluded that base rate probability may be used as an argument for the burden and standard of proof. However, pertaining to the presumptions, it is argued that those are not established by base rate probability, but by a probabilistic connection between the basic fact and the presumed fact.

On the basis of the analysed court decisions, it is concluded that the base rate probability in a majority of these cases affects the evaluation of evidence, albeit the fact that it in some cases is unclear whether a solution involving the use of a standard of proof or the evaluation of evidence has been used to reach the conclusion.

Finally, it is argued that one – if one accepts the argument against double counting – for pragmatic reasons only should consider base rate probability in relation to questions of fact (the weighing of evidence), not as a determinant regarding questions of law such as the burden or standard of proof.

Sammanfattning

I den svenska juridiska litteraturen finns det en omfattande diskussion och olika uppfattningar om vilken betydelse den så kallade ursprungssannolikheten kan ha eller har. I denna uppsats analyseras hur ursprungssannolikhet bedöms, vilken funktion ursprungssannolikhet får beroende på om det är bayesiansk metod eller bevisvärde-metoden som tillämpas vid bevisvärderingen och vilka skillnader som föreligger om metoderna kontrasteras i detta avseende. Vidare undersöks om och i så fall hur bevisbörla, beviskrav och presumtioner kan grunda sig på ursprungssannolikhet samt hur ursprungssannolikhet används i domstolspraxis.

Ursprungssannolikhet definieras som ”bevistemats allmänna vanlighet”, och innebär i enlighet med detta ett bevistemats sannolikhet innan någon konkret bevisning har förebragts. En slutsats som dras är att ursprungssannolikheten måste bedömas genom en frekventistisk bedömning där bevistemat generaliseras och placeras i en referensklass, som antingen kan vara statistiskt fastställd eller subjektivt uppskattad.

Beträffande ursprungssannolikheten dras slutsatsen att bevisvärderingsteorierna skiljer sig åt på tre olika sätt. Ursprungssannolikheten utgör ett villkor *sine qua non* för att tillämpa bayesiansk metod. För bevisvärde-metodens vidkommande är ursprungssannolikhetens däremot inte nödvändig, men den bör beaktas om detta ger ett mer tillförlitligt bevisvärde. En annan skillnad är föremålet som ursprungssannolikheten påverkar. Vid bayesiansk metod påverkar ursprungssannolikheten sannolikheten för bevistemat, medan den vid bevisvärde-metoden påverkar bevisvärdet hos ett bevisfaktum. Ytterligare en skillnad är att ursprungssannolikheten vid bayesiansk metod innebär att styrkan på den konkreta bevisningen (beviskraften) som krävs för att nå upp till beviskravet varierar; det kan krävas mindre stark konkret bevisning för att nå upp till ett högre ställt beviskrav i ett fall än vad som krävs för att nå upp till ett lägre ställt

beviskrav i ett annat fall. Vid bevisvärdemetoden kommer å andra sidan ett högre beviskrav alltid att vara svårare att nå än ett lägre beviskrav utifrån den konkreta bevisningen (kräva ett högre bevisvärde), även om ursprungssannolikheten skiljer sig åt mellan olika fall.

Det konstateras vidare att ursprungssannolikheten skulle kunna ligga till grund för bevisbördans placering och beviskravets styrka, genom att utgöra argument i dessa frågor. Beträffande presumptionerna anses dessa inte bygga på ursprungssannolikhet utan på sannolikhets samband mellan den presumerande och den presumerade omständigheten.

Utifrån analyserad praxis dras slutsatsen att ursprungssannolikheten i en majoritet av dessa fall spelar roll för bevisvärderingen, men att det i vissa av fallen är oklart om en bevisbördelösning eller en bevisvärderingslösning har använts för att nå slutsatsen.

Det argumenteras avslutningsvis för att man – under förutsättning att man accepterar idén om att dubbelräkning inte ska få förekomma – av pragmatiska skäl bör fränkänna ursprungssannolikheten betydelse för att bestämma utgången i rättsfrågor som bevisbördans placering och beviskravets styrka, och i stället endast beakta den i förhållande till sakfrågorna (bevisvärderingen).

Förord

”Målet är hela vägen hoprullad.” skaldade den finlandssvenske aforistikern R.R. Eklund. Nu har jag snart, efter 4,5 år bestående i en fantastisk studietid (och stundtals lite väl mycket lukubrerande), nått mitt mål. Rullar man ut vägen visar det sig snart att det finns det ett antal personer som förtjänar stora tack. Först och främst vill jag tacka min familj, släkt och vänner för all hjälp och allt stöd under dessa år.

Beträffande uppsatsen vill jag särskilt tacka min handledare, docent Lena Wahlberg, vars goda råd, värdefulla synpunkter och diskussionsvillighet verkligen har förändrat uppsatsen till det bättre. Ett stort tack förtjänar även mina föräldrar, samt Hannes Johansson, som har korrekturläst och granskat uppsatsen och härvid kommit med flera nyttiga påpekanden och kommentarer. Ett tack vill jag även ge till professor Nils-Eric Sahlin som har bistått med material avseende bevisvärdemetoden. Uppsatsens eventuella brister och tillkortakommanden svarar givetvis blott undertecknad för.

Källandsö, den 30 december 2021.

Julius Söderberg

Förkortningar

HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
M	bevismekanism
F	bevisfaktum
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1
P	sannolikheten för
prop.	proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
s.	sidan, sidorna
SvJT	Svensk Juristtidning
T	bevistema
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Bevisvärdering är ett ämne som bland annat beskrivs som kontroversiellt och omdiskuterat.¹ Samtidigt är det ett ämne med stor praktisk relevans. Vad bevisvärdering handlar om är egentligen beslutsfattande under osäkerhet.² För att kunna fatta beslut utifrån ett visst faktaunderlag måste beslutsfattaren ta ställning till vad som är bevisat; med andra ord vilken information som kan läggas till grund för beslutet.

Kahneman, Sibony och Sunstein menar att mänskligt beslutsfattande, såsom bevisvärdering, ofta är brusigt ("noisy").³ Detta innebär att det föreligger en önskad variation mellan flera beslut avseende samma problem eller situation; en variation i beslut som borde vara identiska.⁴ Önskad variation ska inte blandas ihop med partiskhet ("bias"), även om både önskad variation och partiskhet utgör felkällor vid mänskligt beslutsfattande.⁵ Partiskhet innebär en regelmässig skevhet eller avvikelser, medan brus i stället innebär att beslut är slumpmässigt spridda eller avvikande.⁶ Brus är därför inte kausalt betingat, utan ett statistiskt fenomen; det förklarar inte varför ett domslut i ett enskilt fall kan ha blivit fel.⁷ För att konstatera och mäta huruvida det existerar brus är det således inte nödvändigt att veta vad som är rätt eller det sanna svaret på en given frågeställning.⁸ Brus kan exempelvis synas genom att domare utmäter olika längd på straff för samma brott, och bero på att olika domare till sin natur tenderar att vara stränga eller överseende.⁹

¹ Se Rättegång IV (2009) s. 161 f.; Diesen & Strandberg (2012) s. 342.

² Jfr Lindell (2015) s. 182; Wahlberg (2020) s. 583; Dahlman (2018) s. 14 f.

³ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 6 f. och s. 351.

⁴ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 12 och s. 363.

⁵ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 4.

⁶ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 4 f.

⁷ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 219 och s. 369.

⁸ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 5 och s. 53.

⁹ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 71 ff.

Ett exempel från Kahneman, Sibony och Sunstein kan illustrera skillnaden mellan brus och partiskhet. Ett lag prickskjuter på en måltavla med en mittpunkt. I de fall där ett lags skott systematiskt drar sig till vänster sida av måltavlans mitt föreligger partiskhet, till exempel ett felaktigt sikte, medan fall där ett lag vars skott är spridda över hela tavlan indikerar brus.¹⁰ För att konstatera att det föreligger bias måste man veta om vad som är rätt ställe att sikta mot på tavlan, medan det är möjligt att konstatera brus endast genom att se en omålad baksida av måltavlan och betrakta spridningen av skotten på denna.¹¹

Denna sorts variation är relativt enkel att mäta eftersom det rör sig om återkommande fall som är tämligen identiska.¹² Många beslutssituationer framstår dock som så präglade av unicitet att de är att betrakta som singulära; dessa beslut fattas inte återkommande av en person eller en grupp och det finns inget på förhand givet svar.¹³ Frågan som uppstår är om det även i förhållande till singulära beslut, alltså beslut som endast fattas en gång, går att tala om oönskad variation. Enligt nämnda författare är så fallet; en oförmåga att observera variation utesluter inte att den existerar, och existensen av brus hos beslutsfattare och i beslutsprocessen tyder på att ett annat beslut (kontrafaktiskt) hade kunnat fattas i samma situation.¹⁴ Brus är problematiskt ur ett rättsligt perspektiv eftersom det innebär att lika eller liknande fall behandlas olika.¹⁵

Tillämpar vi det kontrafaktiska resonemanget på bevisvärdering tyder enligt min mening mycket på att brus även förekommer där. Ett sätt att reducera brus är att reglera beteende, exempelvis genom regler, standarder och riktlinjer.¹⁶ Det är därför inte förvånande att det inom svensk rätt har utvecklats metoder som instruerar hur bevisvärdering bör gå till. Två av de

¹⁰ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 4 f. och s. 362 f.

¹¹ Jfr Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 4 f. och s. 53.

¹² Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 34.

¹³ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 35.

¹⁴ Se Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 37 f.

¹⁵ Jfr Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 72 f.

¹⁶ Jfr Kahneman, Sibony & Sunstein (2021) s. 224, s. 279 ff. och s. 350 ff.

metoder som har föreslagits i den juridiska litteraturen är bayesiansk metod och bevisvärdemetoden.¹⁷ Inom och mellan dessa metoder finns dock olika uppfattningar beträffande vissa frågor. En sådan omdiskuterad fråga rör ursprungssannolikhetens roll.¹⁸ Lindell anser att ursprungssannolikheten är underskattad och troligtvis har stor betydelse när domstolar dömer i civilrättsliga mål.¹⁹ Dessutom finns det en diskussion om bevisbördans placering kan bero på ursprungssannolikheten, och en mängd anknytande frågeställningar till detta.²⁰ Ytterligare klarhet i frågan om ursprungssannolikhetens roller kan möjligen reducera förekomsten av brus än mer.

Mot denna bakgrund är det av intresse att undersöka ursprungssannolikhetens roll i dispositiva tvistemål närmare.

1.2 Syfte och frågeställningar

Framställningens syfte är att bidra till en större förståelse för vilka roller ursprungssannolikheten kan spela inom bevisrätten och hur dessa roller samspelar inbördes och med civilprocessrätten i övrigt. I syftet ligger dessutom att genom en normativ diskussion om hur ursprungssannolikheten bör förstås skapa större klarhet i dessa frågor.

Syftet ska uppnås genom att följande frågeställningar undersöks och besvaras:

1. Hur bör ursprungssannolikheten för ett bevistema bestämmas rättsligt och vilken betydelse får formuleringen av bevistemat vid bestämmandet av ursprungssannolikheten?
2. Vilka skillnader finns mellan funktionen hos ursprungssannolikheten vid bevisvärdering i dispositiva tvistemål enligt bevisvärdemetoden respektive bayesiansk metod?

¹⁷ Se t.ex. Dahlman (2018), som förespråkar bayesiansk metod och Rättegång IV (1982) s. 17–48, där Ekelöf förespråkar bevisvärdemetoden.

¹⁸ Jfr t.ex. Bolding (1989) s. 78 ff.; Lindell (1987) s. 168 f.; Rättegång IV (2009) s. 170 och s. 190 ff.

¹⁹ Se Lindell (2021) s. 589.

²⁰ Se Heuman (2005) s. 430–457; Rättegång IV (2009) s. 136–146.

3. Vilken roll spelar ursprungssannolikheten rättsligt i förhållande till bevisbörda och beviskrav?
4. Vilken roll eller vilka roller ges ursprungssannolikheten i praxis?

1.3 Avgränsningar

Vissa avgränsningar beträffande framställningens omfång är nödvändiga. Framställningen tar endast sikte på dispositiva tvistemål. Således lämnas brottmål, indispositiva tvistemål samt kumulerade brottmål och tvistemål därhän. Inte heller skiljeförfarandet och dess regler behandlas, även om själva bevisvärderingen i skiljeförfarande sannolikt liknar bevisvärderingen vid tvistemål i domstol i stor utsträckning.

Framställningen tar sikte på bevisvärdemetoden och bayesiansk metod. Bevistemetoden kommer däremot inte att behandlas. Eftersom den bayesianska metoden kan ses som en mer sofistikerad version av bevistemetoden är dock slutsatserna om ursprungssannolikheten beträffande bayesiansk metod i stor utsträckning även relevanta med avseende på bevistemetoden, och omvänt är resonemang beträffande bevistemetoden även relevanta för den bayesianska metoden.²¹ I bevistemetoden ligger nämligen ofta en tillämpning av Bayes teorem.²²

Beträffande bevisvärderingen ligger fokus på ursprungssannolikhetens roll. Uppsatsen gör därför inte anspråk på att till fullo förklara eller matematiskt härleda de olika metoderna. Det finns också varierande förståelser och beskrivningar av hur bevisvärdering med bevisvärdemetoden går till, vilket komplicerar saken ytterligare.²³ Det är likväl nödvändigt med en grundläggande förståelse av bevisvärderingsteorierna för att kunna förstå hur

²¹ Se Dahlman (2018) s. 26 om förhållandet mellan bevistemetoden och bayesiansk metod.

²² Se Lindell (1987) s. 146 f.

²³ Jfr till exempel skillnaden mellan Ekelöfs och Halldéns uppfattningar att bevisvärdemetoden endast är avsedd för kausala bevisfakta och bland annat Sahlin som anför att bevismekanismen inte nödvändigtvis måste vara i form av en kausal mekanism, utan att även andra mekanismer som består av sunda resonemang kan och ska beaktas, se Sahlin (2004) (senast besökt 7 september 2021). Se även Sahlin (1986) s. 92 och Lindell (2021) s. 586.

ursprungssannolikheten påverkar dem, men mer avancerade exempel, såsom bevisvärdering av samverkande, motverkande och icke-oberoende bevisfakta lämnas därhän, förutom i den mån en diskussion av kombination av bevis är relevant för analysen av ursprungssannolikhetens roll.²⁴ Robusthetskravet behandlas inte eftersom detta inte har någon större relevans i dispositiva tvistemål då utredningen i målet är parternas ansvar.²⁵

Avslutningsvis behandlas inte civilrättsliga aspekter i någon större utsträckning än vad som är nödvändigt för att förstå de bevis- och processrättsliga aspekterna av ursprungssannolikheten i dispositiva tvistemål. Ursprungssannolikheten som ett civilrättsligt rättsfaktum kommer följaktligen inte heller att behandlas i framställningen.²⁶

1.4 Metod och material

Bevisrätten hänförs systematiskt sett till processrätten.²⁷ Samtidigt finns det en väsentlig skillnad mellan typiskt positivrättsliga ämnen och (delar av) bevisrätten. Skillnaden är en konsekvens av principen om den fria bevisprövningen och består i att bevisvärderingen är frikopplad från rätts-tillämpningen, vilket enligt vissa författare får till följd att det inte finns en konventionell gällande rätt att studera i vissa avseenden.²⁸ Bevisvärderingen är en epistemologisk (kunskapsteoretisk) verksamhet, som emellertid ”måste operera under de förutsättningar som det rättsliga systemet ställer upp”.²⁹ Bevisvärderingens fria karaktär medför således att den sedvanliga rättsdogmatiska metoden inte ger alla svar och att annat (icke-juridiskt) material kan vara relevant för framställningen.³⁰

²⁴ Jfr Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 256 f. och s. 258 f. Jfr också avsnitt 5.3.2.

²⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 187; Lindell (2021) s. 597. För en ingående diskussion om robusthet i dispositiva tvistemål där flera argument för ett sådant krav förs fram, se Diesen & Strandberg (2012) s. 236–249.

²⁶ Se härom Rättegång IV (2009) s. 146; Heuman (2005) s. 425 ff.

²⁷ Se Lainpelto (2014) s. 452.

²⁸ Se Lainpelto (2014) s. 453; Diesen & Strandberg (2012) s. 254, vid not 5. Se även Andersson (2014) s. 428 ff.

²⁹ Se Lindell (2014) s. 389.

³⁰ Jfr Andersson (2014) s. 428 f., s. 442 f. och s. 450.

För att besvara den första och den tredje frågeställningen används rättsdogmatisk metod.³¹ Den rättsdogmatiska metoden syftar till att rekonstruera rättssystemet genom att tolka och systematisera gällande rätt i det avseende som är relevant för att besvara frågeställningarna.³² För att besvara den andra frågeställningen sker en deskription i syfte att beskriva bevisvärderingsteorierna och den sannolikhetsteoretiska bakgrund som finns.³³ Utöver den rent deskriptiva aspekten ges arbetet även en analytisk prägel i form av en komparation mellan de två bevisvärderingsteorierna, vilka således utgör jämförelseobjekt.³⁴ Metoden för att besvara den fjärde frågeställningen tar också sin utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden, men även rättsfall som är mindre auktoritativa ur rättskällesynpunkt, som med andra ord inte utgör prejudikat utan utgör underrättspraxis, behandlas för att illustrera och analysera den praktiska förståelsen och tillämpningen av ursprungssannolikheten. Jag återkommer nedan till om den andra och den fjärde frågeställningen faktiskt kan sägas besvaras genom den rättsdogmatiska metoden.

Det är inte uteslutet att använda sig av den rättsdogmatiska metoden på ett konstruktivt sätt genom att kritisera, diskutera och lösa potentiella problem med (uppfattningar om) den gällande rätten, något som ämnas göra löpande i uppsatsen.³⁵ Att dra en skiljelinje mellan vad som utgör gällande rätt och vad som borde utgöra gällande rätt är dock ofta en svår bestämning att göra.³⁶ Förhoppningen är i alla fall att det är tydligt när det är fråga om min egen uppfattning respektive när det är fråga om en uppfattning som grundar sig i någon vedertagen rättskälla.

³¹ Jfr Andersson (2014) s. 428 f. och s. 442 f.

³² Se Jareborg (2004) s. 4; Peczenik (1995) s. 33.

³³ Ofta beskrivs bevisvärderingsteorier i termer av att vara ”normativa” eller ”deskriptiva”, se t.ex. Dahlman (2018) s. 20 ff.; Lindell (2021) s. 593; Lainpelto (2014) s. 455.

Användningen av begreppsparet i den kontexten förklarar hur teorierna förhåller sig till den juridiska beslutsfattaren (det vill säga att teorin förespråkar att exempelvis en domare ska värdera bevisningen på ett visst sätt (normativ) respektive hur denne faktiskt går till väga vid bevisvärderingen (deskriptiv)). Detta ska inte förväxlas med att det vid beskrivningen av teorierna (som i detta fall båda är normativa) i detta arbete främst är en deskriptiv och analytisk metod som används.

³⁴ Jfr Asp (2004) s. 54 f.; Hjertstedt (2019) s. 168.

³⁵ Jfr Hjertstedt (2019) s. 167 och s. 170 ff.; Lambertz (2002) s. 265 f.; Jareborg (2004) s. 4.

³⁶ Jfr Hjertstedt (2019) s. 167.

Bevisrättens inneboende egenheter får som antytts ovan betydelse för urvalet av material. Den rättsdogmatiska metoden innebär att ett internt rättstillämparperspektiv anläggs, med följd att det föreligger bundenhet till de auktoritativa rättskällorna.³⁷ Som en konsekvens av detta blir det nödvändigt att ta ställning till vilka de auktoritativa rättskällorna är.

Enligt Peczeniks syn på rättskällorna ska lagen som rättskälla beaktas, medan prejudikat och lagförarbeten bör beaktas och övrig praxis och doktrin får beaktas.³⁸ Dahlman vänder sig mot uppfattningen att rättskällor bör eller får beaktas.³⁹ Alla rättskällor ska enligt densamme efterföljas så länge det inte finns motskäl som är starkare än den auktoritet som rättskällan besitter.⁴⁰ Vad som utgör en rättskälla är enligt Dahlman en empirisk fråga; vill man veta vad som utgör en rättskälla måste man fråga sig för vilka rättskällor det finns en erkänningsregel som ger dem rättskällestatus, och detta följer i sin tur av vad som utgör sedvanerätt för jurister att använda sig av.⁴¹ Enligt Dahlman utgör lagar, föreskrifter (inbegripet förordningar), propositioner, offentliga utredningar, EU-rättens rättskällor, viss sedvana, prejudikat (från högsta instans) samt underrättsavgöranden rättskällor (Dahlman bedömer emellertid att tingsrättsavgöranden lär ha svagare auktoritet än hovrättsavgöranden).⁴² Med avseende på den rättsvetenskapliga doktrinen måste denna för att kunna utgöra en rättskälla behandlas som en rättslig auktoritet.⁴³ Det går således enligt densamme inte att kategoriskt säga att doktrinen utgör eller inte utgör en rättskälla.⁴⁴

³⁷ Se Olsen (2004) s. 111 och s. 120.

³⁸ Se Peczenik (1995) s. 35.

³⁹ Se Dahlman (2019) s. 67.

⁴⁰ Se Dahlman (2019) s. 67.

⁴¹ Se Dahlman (2019) s. 61 ff.

⁴² Se Dahlman (2019) s. 68 ff.

⁴³ Se Dahlman (2019) s. 71.

⁴⁴ Se Dahlman (2019) s. 71.

En annan, (ännu) mer vidsträckt syn på rättskällorna gör emellertid gällande att alla argument som leder till att juridiska problem löses eller att rättsvetenskapliga ställningstaganden hittas eller rättfärdigas utgör rättskällor.⁴⁵ Om icke-juridisk litteratur – såsom sannolikheteoretisk litteratur – löser juridiska problem eller rättfärdigar rättsvetenskapliga ställningstaganden utgör denna således en rättskälla.

För uppsatsens vidkommande skulle denna mer omfattande syn på rättskällorna ha en fördel i att den löser det ovan skisserade problemet om vilken rättsvetenskaplig metod och vilket material som kan användas i förhållande till bevisvärderingsteorierna när den teoretiska argumentationen hämtas från källor utanför den juridiska doktrinen. Det är dock viktigt att märka att en rättskälla enligt denna syn fortfarande måste ge argument som är förenliga med den gällande lagen och grundläggande rättsliga principer.⁴⁶

I ljuset av principen om den fria bevisvärderingen – knäsat i 35 kap. 1 § 1 st. Rättegångsbalken (1942:740) (RB) – är det enligt mitt förmenande möjligt att betrakta den sannolikheteoretiska litteraturen som en normativ rättskälla som kan ge regler med rättslig auktoritet inom bevisvärderingens område.⁴⁷ Delas inte den vidare rättskällesynen hade det kanske ändå varit möjligt att beakta icke-juridisk litteratur vid dömandet med hänsyn till saksakal, och enligt vissa uppfattningar kan även sådana saksakal utgöra rättskälla, vilket då hade medfört att den sannolikheteoretiska litteraturen ändå hade utgjort en rättskälla.⁴⁸

Med en utvidgad förståelse där ett vidsträckt rättskällebegrepp som kan omfatta icke-juridisk litteratur och underrättspraxis används skulle man i enlighet med det ovan anförda kunna hävda att den rättsdogmatiska metoden används för att besvara samtliga fyra frågeställningar som framställningen tar sikte på, alltså även för den andra och den fjärde frågeställningen.

⁴⁵ Se Gräns (2006/07) s. 783 f. och s. 787 ff.; Jfr även Sandgren (2021) s. 47 ff.

⁴⁶ Se Gräns (2006/07) s. 784.

⁴⁷ Jfr Gräns (2006/07) s. 787 ff.

⁴⁸ Jfr Dahlman (2019) s. 65 och s. 72 f.

För att konkretisera använder sig uppsatsen av de sedvanliga rättskällorna i form av lagtext, förarbeten, prejudikat, praxis och doktrin. Även litteratur som vid första anblick förefaller rikta sig mot brottmål är relevant för framställningen i vissa delar, då främst beträffande de teoretiska resonemangen om bevisvärderingsteorierna. Eftersom bevisrätten som ovan framgått är ett tvärvetenskapligt ämne används dessutom litteratur som inte är av en rent juridisk karaktär utan även av en mer filosofisk, matematisk och sannolikhetssteoretisk karaktär, både för att ge bakgrund och för att ge argument om hur bevisvärdering i en juridisk kontext bör gå till.⁴⁹

Med avseende på den fjärde frågeställningen har urvalet av praxis skett på följande sätt. Dels har praxis sökts efter i databaserna JUNO och InfoTorg Juridik, där sökordet ”ursprungssannolikhet” har använts och allt annat än civilrättsliga rättsfall har filterats bort, dels har rättsfall som i den rättsvetenskapliga litteraturen har behandlats som exempel på fall där ursprungssannolikheten har påverkat bevisvärderingen, placeringen av bevisbördan, beviskravets styrka eller uppställandet av en presumtion valts ut. Av utrymmesmässiga skäl har det inte varit möjligt att analysera samtliga fall som nämns i litteraturen, och framför allt har jag försökt lyfta fram fall som inte tidigare har behandlats.

En intressant aspekt beträffande praxis ligger i att det inte sällan är svårt att avgöra hur HD eller andra instanser har gått till väga vid själva bevisvärderingen, och i många fall kan en rättsvetenskaplig forskare bli tvungen att försöka avgöra det själv.⁵⁰ HD:s och andra instansers avgöranden tas till intäkt för resonemang om, och som argument för, ursprungssannolikhetens betydelse i doktrinen, även i fall där ursprungssannolikheten inte explicit har nämnts i avgörandet, något som potentiellt skulle kunna vara ett

⁴⁹ Jfr Lainpelto (2014) s. 457, Zahle (1994) s. 33.

⁵⁰ Jfr Heuman (2005) s. 15.

osäkerhetsmoment men samtidigt utgör en god grund för rättsvetenskaplig analys.⁵¹

1.5 Forskningsläge

Den bevisrättsliga litteraturen är omfattande och bevisrättsliga frågor har rönt ett stort intresse inom rättsvetenskapen. Ursprungssannolikheten behandlas ofta i de olika framställningarna, men inte sällan på ett mer knapphändigt vis, och det finns inget verk som blott tar sikte på frågor kring den.

För bevisvärdemetodens vidkommande är det bland andra Ekelöf, Halldén, Edman, Sahlin och Stening som formulerat, utvecklat och preciserat metoden.⁵² Med avseende på bevisvärdemetoden kan det även poängteras att det inte finns en tydligt utmejslad teori som förstås på samma sätt av alla författare.⁵³

För den bayesianska metodens vidkommande är det avseende svensk rätt framför allt Dahlman som har redogjort för metoden, då beträffande bevisvärdering i brottmål.⁵⁴ Andersson har behandlat metoden i en straffprocessuell kontext.⁵⁵ Vidare har Zahle behandlat den bayesianska metoden för bevisvärdering i sin doktorsavhandling från år 1976.⁵⁶ Strandberg har dessutom på ett teoretiskt plan behandlat Bayes i en civilprocessuell kontext, men han har främst riktat in sig på den bayesianska beviskravsläran.⁵⁷ I övrigt är den bayesianska bevisvärderingsteorin mest utvecklad i angloamerikansk doktrin, men den har fått ett globalt genomslag.⁵⁸

⁵¹ Jfr t.ex. fallen som analyseras i Rättegång IV (2009) s. 145 och Heuman (2005) s. 416 ff. Se även RH 2017:39 för ett exempel på att hovrätten tolkade ett rättsfall från HD såsom innefattandes användning av ursprungssannolikhet vid bevisvärderingen.

⁵² Se Dahlman (2018) s. 32.

⁵³ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 53; Fitger m.fl. (2021), kommentaren till 35 kap. 1 § RB.

⁵⁴ Se Dahlman (2018), särskilt kap. 3–7,

⁵⁵ Se Andersson (2016) s. 456 ff.

⁵⁶ Se Zahle (1976), särskilt s. 172 ff. och s. 363 ff.

⁵⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 64 ff.

⁵⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 64 ff.; Dahlman (2018) s. 31 med hänvisningar.

Med avseende på ursprungssannolikhetens bestämmande funktion avseende bevisbördan och styrkan på beviskravet är det framför allt Heuman som bland annat genom en analys av praxis från Högsta domstolen har undersökt denna.⁵⁹ Heuman behandlar även ursprungssannolikhetens roll vid bevisvärderingen i samma verk.⁶⁰ Dessutom behandlar Olivecrona sannolikhetsteori som argument för bevisbördans placering i verket *Bevisskyldigheten och den materiella rätten*.⁶¹

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel (2) om vissa grundläggande processuella regler och principer med betydelse för bevisvärdering i tvistemål. Därefter följer ett kapitel (3) som introducerar vissa elementära sannolikhets-teoretiska aspekter. Kapitel 2 och 3 är delvis av värde för att ge en bakgrund till resten av framställningen, men även för analysen i övriga kapitel. I kapitel 4 undersöks hur bevistema och ursprungssannolikhet förhåller sig till varandra. Detta kapitel ämnar besvara den första frågeställningen. Kapitel 5 undersöker och analyserar hur ursprungssannolikheten förhåller sig till bayesiansk metod och bevisvärdemetoden. Följaktligen avser detta kapitel besvara den andra frågeställningen. Kapitel 6 behandlar hur ursprungssannolikheten kan fungera som ett argument för bevisbördans placering och beviskravets styrka, samt för att grunda en presumtion. Därtill behandlas frågan om ursprungssannolikheten bör kunna tillmätas en dubbel roll, det vill säga både för bevisvärderingen och bevisbördan eller beviskravet. Detta kapitel har för avsikt att besvara den tredje frågeställningen. Det sjunde (7) kapitlet innehåller en redogörelse för och analys av praxis där ursprungssannolikheten har ansetts ha betydelse enligt doktrinen eller uttryckligen har fått det enligt domskälen. Kapitlet syftar till att besvara den fjärde frågeställningen. Det avslutande kapitlet (8) sammanfattar de analyser som löpande sker i uppsatsen- Dessutom görs här några avslutande reflektioner.

⁵⁹ Se Heuman (2005) s. 416–459.

⁶⁰ Se Heuman (2005) passim, men till exempel s. 438 f.

⁶¹ Se Olivecrona (1930) s. 114–139.

2 Processrättslig ram för bevisvärdering i dispositiva tvistemål

2.1 Inledning

Juridisk bevisvärdering kan inte förstås utan den rättsliga kontext som omger den. Bevisvärderingen inom tvistemålsprocessen är omgärdad av en mängd regler och principer som utgör en grund och en ram för den att verka inom.⁶² Därför ges i detta kapitel en introduktion till ett antal processuella principer, regler, indelningar och koncept som är nödvändiga för att förstå bevisvärderingen i tvistemål. Avsnitten 2.2-6 är centrala för den fortsatta framställningen, medan avsnitt 2.7 är mindre centralt men likväl ger vissa principer av vikt för förståelsen av bevisvärderingen i tvistemål. Först dock några ord om den processrättsliga systematiken.

Den moderna rättegången är tänkt som ett kontradiktoriskt förfarande för vilket parterna i stor utsträckning är ansvariga och över vilket de har ett stort inflytande.⁶³ Som i en sorts processprincipiell dikotomi finns det två principer som beskriver rollfördelningen och maktfördelningen mellan parterna och domaren, nämligen förhandlingsprincipen (som rör parterna) respektive officialprincipen (som rör domaren).⁶⁴ Till förhandlingsprincipen hänförs dispositionsprincipen (se avsnitt 2.7.1), den fria processföringen (se avsnitt 2.7.2) och den fria bevisföringen (se avsnitt 2.3.1), medan officialprincipen omfattar principen om *jura novit curia* (se avsnitt 2.7.3) och principen om den fria bevisvärderingen (se avsnitt 2.3.2).⁶⁵ Dessutom finns det principer inriktade på förfarandet som sådant, i form av muntlighets-, omedelbarhets- och koncentrationsprinciperna (se avsnitt

⁶² Jfr Westberg (2021) s. 337.

⁶³ Se Westberg (2021) s. 147 ff.

⁶⁴ Jfr Lindell (2007a) s. 22; Westberg (2021) s. 140.

⁶⁵ Se Westberg (2021) s. 141.

2.7.4).⁶⁶ Det finns också en kontradiktorisk princip med innebörden att parterna ska få bemöta varandras argument och bevisning, vilket är en förutsättning för att parterna själva ska kunna presentera bevisning och argumentera för deras respektive sak.⁶⁷ Den kontradiktoriska principen förutsätter i sin tur att det föreligger ”equality of arms” mellan parterna och att kommunikationsprincipen tillämpas.⁶⁸ Kommunikationsprincipen innebär att samtliga parter i målet har rätt att ta del av allt material beträffande tvisten som domstolen har försetts med av part i målet eller av någon utomstående.⁶⁹

2.2 Rättsfrågor och sakfrågor

En för processrätten viktig distinktion även mellan rättsfrågor och sakfrågor. Distinktionen ansluter i stor utsträckning till de ovan nämnda och nedan beskrivna principerna om *jura novit curia* och fri bevisvärdering. Rättsfrågor är frågor om hur någonting ska bedömas rättsligt, som domstolen besvarar genom sin rättstillämpning (fastställande och subsumtion av relevanta rättsfakta), medan sakfrågor (även benämnda bevisfrågor) är frågor om verkligheten och hur den är beskaffad, det vill säga frågor som besvaras genom bevisvärderingen (vad som har hänt).⁷⁰

Lindell menar dock att man om man betraktar begreppet rättstillämpning i en mer omfattande bemärkelse även kan inkludera bevisvärderingen i rättstillämpningen, eftersom ”[...] ställningstagandet till om temat är bevisat integreras [*sic!*] och sammansmälter fakta, erfarenhetssatser, bevisvärdering, beviskrav, bevisbörda till en verksamhet, ett *slutligt ställningstagande* som handlar om att välja det *bästa alternativet*.”⁷¹

⁶⁶ Jfr SOU 1938:44 s. 22.

⁶⁷ Se Lindell (2021) s. 158; Rättegång I (2016) s. 74.

⁶⁸ Se Lindell (2021) s. 158 f.

⁶⁹ Se Lindell (2021) s. 159.

⁷⁰ Se Lindell (1987) s. 19 ff.; Westberg (2021) s. 248; Andersson (2014) s. 427; Rättegång IV (2009) s. 78.

⁷¹ Se Lindell (2021) s. 624. Lindells kursiveringar.

Frågor om tillämpligt beviskrav och placeringen av bevisbördan hänförs följaktligen till rättsfrågorna, eftersom dessa bestäms normativt utifrån rättsreglernas innehåll.⁷² Vid bevisvärderingen måste prövningen med nödvändighet relateras till ett visst beviskrav för att en slutsats om en omständighets rättsliga förhandenvaro ska kunna dras. Lindell beskriver detta som att det ligger en rättsfråga i sakfrågan.⁷³ Det kan vidare framhållas att det finns en gråzon och att gränsdragningen mellan rättsfråga och sakfråga inte alltid är lätt att göra.⁷⁴

2.3 Principen om den fria bevisprövningen

2.3.1 Den fria bevisföringen

Principen om den fria bevisföringen inordnas ofta under principen om den fria bevisprövningen.⁷⁵ Man kan även se principen om den fria bevisföringen som ett utflöde av principen om den fria processföringen (se vidare i avsnitt 2.7.2).⁷⁶ Principen om den fria bevisföringen innebär att parterna har en frihet bestående i att de får åberopa de bevismedel och använda de presentationsformer av bevisen som de vill.⁷⁷ Parterna är med andra ord fria att lägga fram den bevisning som de önskar.⁷⁸ Av 35 kap. 6 § RB framgår följaktligen att parterna svarar för bevisningen och att domstolen inte får ombesörja inhämtning av bevisning ex officio i dispositiva tvistemål.

Helt fria att föra fram all bevisning som de önskar står dock inte parterna. Exempelvis kan eller ska domstolen under vissa förutsättningar och med

⁷² Se Rättegång IV (2009) s. 164; Andersson (2014) s. 428.

⁷³ Se Lindell (1987) s. 19.

⁷⁴ Se Rättegång IV (2009) s. 78 och s. 164; Heuman (2015) s. 820 f.; Schöldström (2017) s. 11; Heuman (2021) s. 46.

⁷⁵ Principerna om den fria bevisföringen och den fria bevisvärderingen inordnas ofta tillsammans som hyponymer i förhållande hyperonymen den fria bevisprövningen, se Lindell (2021) s. 152; Westberg (2021) s. 374. En annan indelning kan måhända skymtas i NJA 2015 s. 702 p. 18–20 där man kan tolka HD som om bevisprövning och bevisvärdering skulle vara synonymer, som står i kontrast till bevisföringen. I NJA 2021 s. 286 p. 7 används dock indelningen i hyperonym och hyponymer.

⁷⁶ Se Westberg (2021) s. 148 f.

⁷⁷ Se Westberg (2021) s. 149; SOU 1938:44 s. 377.

⁷⁸ Se t.ex. NJA 2021 s. 286 p. 7 och NJA 1986 s. 489.

vissa undantag avvisa bevisning, enligt 35 kap. 7 § och 35 kap. 14 § RB. Dessutom kan åberopande av omständigheter och bevis hindras genom ett preklusionsföreläggande enligt 42 kap. 15 § RB (den hårda stupstocken). Preklusion av rättsfakta och bevisfakta kan även ske på grund av att förberedelsen i målet har ansetts vara avslutad innan rättsfakta eller bevisfakta åberopats (den mjuka stupstocken enligt 42 kap. 15 a § RB), eller under huvudförhandling om ”det kan antas att parten genom detta förfarande försöker förhala rättegången eller överrumpla motparten eller att parten annars handlar i otillbörligt syfte eller av grov vårdslöshet”, enligt 43 kap. 10 § RB.⁷⁹

2.3.2 Den fria bevisvärderingen

Antagandet av den nya rättegångsbalken år 1942 innebar att en ordning med legal bevisteori, där olika bevismedel graderades och vissa bevis var förbjudna, formellt byttes ut mot principen om fri bevisvärdering, där domaren inte ska vara bunden av några rättsregler och allt som förekommit i målet ska kunna fungera som bevis, oavsett vilken form av kunskapskälla det är fråga om.⁸⁰ 35 kap. 1 § 1 st. RB ger följaktligen vid handen att ”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat”.

Motiven till rättegångsbalken ger inte särskilt mycket ledning för hur bevisvärderingen ska gå till. Vissa grundsatser framgår emellertid, exempelvis att domaren inte får göra en subjektiv bedömning av styrkan hos bevisningen, utan måste göra en objektiv bedömning som grundar sig på skäl som skulle kunna godtas av ”andra förståndiga personer”, något Westberg benämner intersubjektiv rationalitet.⁸¹ Vidare framhålls att domaren inte får grunda domen på ett totalintryck av bevisningen.⁸² Detta innebär att domaren måste värdera betydelsen av varje bevis enskilt, för att därefter väga samman den

⁷⁹ Se Lindell (2021) s. 317 ff. För överrättsprocessens vidkommande finns motsvarande bestämmelser i 50 kap. 25 § 3 st., 55 kap. 13 § 1 st., samt 53 kap. 1 § och 57 kap. 1 § RB.

⁸⁰ Se SOU 1938:44 s. 377; prop. 2004/05:131 s. 80; NJA 1986 s. 489.

⁸¹ Se SOU 1938:44 s. 377 f.; Westberg (2021) s. 384.

⁸² Se SOU 1938:44 s. 378; NJA 2015 s. 702 p. 20.

totala bevisningen för och emot ett visst bevistema och bedöma dess totala styrka.⁸³

Principen om den fria bevisvärderingen innebär således en frihet från styrande rättsregler, men inte nödvändigtvis från andra sorters regler eller principer. Idén om att sannolikhetsstänkande skulle användas vid juridisk bevisvärdering uppstod som en konsekvens av det ovannämnda avskaffandet av den legala bevisteorin och införandet av den fria bevisvärderingen.⁸⁴ En domare som ska värdera bevisning ska därför använda sig av kunskapsteori, och främst har fråga varit om sannolikhets-teoretiska metoder, även om det finns andra föreslagna metoder för bevisvärdering också.⁸⁵

En till principen om den fria bevisvärderingen anknytande fråga är huruvida parterna kan styra över bevisvärderingen genom avtal. Ett sådant avtal skulle exempelvis kunna reglera metoden för bevisvärdering, att endast vissa bevismedel är tillåtna eller att värdet för något bevismedel bestäms på förhand.⁸⁶ Lag, förarbeten och praxis är tysta på den punkten, och doktrinen är delad.⁸⁷

Vad innebär då bevisvärderingens frihet i förhållande till bundenheten i förhållande till prejudikat? Westberg menar att Högsta domstolen inte får bilda några prejudikat beträffande bevisvärderingen.⁸⁸ Samma inställning förfäktas i av Edelstam i *Rättegång IV* och av Heuman i dennes monografi *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, där resonemanget utsträcks till att även omfatta instruktioner om bevisvärderingen i förarbeten.⁸⁹ Lindell intar dock den motsatta positionen och menar att bevisvärdering är en form av

⁸³ Se *Rättegång IV* (2009) s. 163; Westberg (2021) s. 384.

⁸⁴ Se Bolding (1960) s. 12 ff.; Bolding (1989) s. 58 ff.; Zahle (1976) s. 136.

⁸⁵ Se *Rättegång IV* (2009) s. 161.

⁸⁶ Se Westberg (2020) s. 539, vid not 692.

⁸⁷ Se Westberg (2020) s. 539 med hänvisningar.

⁸⁸ Se Westberg (2021) s. 78.

⁸⁹ Se *Rättegång IV* (2009) s. 173; Heuman (2005) s. 107 f. Se även Heuman (2018) s. 226. Edelstam har författat kapitel 26 om bevisvärdering i den senaste upplagan av *Rättegång IV*, se förordet till *Rättegång IV* (2009).

”kunskapsbaserad rättstillämpning” som därför inte är utom räckhåll för HD:s prejudikat- och normbildande verksamhet.⁹⁰ Andersson visar på att HD i flera fall *de facto* har uttalat sig i bevisvärderingsfrågor och pekar även på att HD:s prejudikat efterföljs i praktiken.⁹¹ HD kan i NJA 2015 s. 702 uttryckligen anses ha tagit ställning i frågan, genom att där anföra att principen om den fria bevisprövningen inte utesluter att metoder och principer för bedömandet av bevisning utvecklas i praxis.⁹²

Det finns ytterligare en aspekt av bevisvärderingen som är relevant att diskutera här, nämligen dess sanningssökande strävan. I samband med bevisvärderingen ställs man inför frågan om vad det egentligen är för sorts sanning som man söker efter. Diesen menar att vad domstolen i grunden har att bedöma är huruvida beviset som formulerats av part stämmer överens med sanningen.⁹³ Om inte bevisningen är tillräcklig för att beviset ska anses bevisat innebär detta dock inte att motsatsen till beviset är bevisad, något som Diesen beskriver som ett ensidigt sanningsbegrepp.⁹⁴ Domstolen ska inte försöka ta reda på vad som faktiskt har hänt, utan endast undersöka om ett rättsfaktum i juridisk mening har blivit etablerat.⁹⁵ Lindell menar att dispositionsprincipen innebär att det är ett formellt sanningsbegrepp som råder då domstolen inte undersöker om exempelvis erkända fakta stämmer överens med verkligheten.⁹⁶

⁹⁰ Se Lindell (2007b) s. 357.

⁹¹ Se Andersson (2014) s. 437 ff.

⁹² P. 21. Se här till Diesen (2015/16) s. 667; Heuman (2021) s. 23 f. Accepterar man emellertid inte HD:s förmåga att bilda bevisprejudikat accepterar man knappast heller HD:s förmåga att prejudikatvägen ta sig eller skapa sig förmågan att bilda bevisprejudikat.

⁹³ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 343.

⁹⁴ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 343. Ej att förväxla med det ensidiga sannolikhetsbegreppet, se vidare avsnitt 5.3.1.2.

⁹⁵ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 343. Strandberg påpekar bland annat att valet av sanningsbegrepp inte är värderingsfritt och i högsta grad är ett utslag av processideologiska överväganden, se Diesen & Strandberg (2012) s. 94 ff.

⁹⁶ Se Lindell (2021) s. 57.

2.4 Rättsfakta, bevisfakta, bevistema och hjälpfakta

2.4.1 Abstrakta och konkreta rättsfakta

En rättsregel är uppbyggd genom ett eller flera rekvisit eller, med andra ord ett abstrakt rättsfaktum eller flera abstrakta rättsfakta, som om det eller de uppfylls medför att en rättsföljd inträder.⁹⁷ Om en rättsregel innehåller flera rekvisit för att rättsföljden ska inträda utgör alltså varje rekvisit ett eget abstrakt rättsfaktum.⁹⁸ Av 2 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207) framgår exempelvis att en förutsättning för skadestånd är vållande genom vårdslöshet (alternativt uppsåt, vilket framöver bortses ifrån). Kravet på vårdslöshet utgör alltså ett abstrakt rättsfaktum i denna regel. Abstrakta rättsfakta beaktas av domstolen ex officio i enlighet med den nedan behandlade principen om jura novit curia.

Vad som har skett, föreligger eller kan ske på verklighetsplanet och som part anger i grunden för sin talan (enligt 42 kap. 2 § 1 st. 2 p. RB) beskrivs däremot som konkreta rättsfakta.⁹⁹ För att få läggas till grund för dom måste konkreta rättsfakta åberopas av rätt part, enligt 17 kap. 3 § 2 men. RB. Konkreta rättsfakta kan beskrivas som faktiska omständigheter med omedelbar betydelse enligt gällande rätt som åberopas i ett bestämt mål, eller som direkt relevanta omständigheter.¹⁰⁰ Vad som särskilt karakteriserar dessa rättsfakta är således att de svarar mot rekvisiten (de abstrakta rättsfakta) som finns i en rättsregel, i ett konkret fall.¹⁰¹ Konkreta rättsfaktum kan även beskrivas som faktiska omständigheter eller förhållanden av direkt eller omedelbar relevans för att rättsföljden ska inträda.¹⁰² För att återknyta till exemplet från skadeståndslagen kan det vårdslösa beteendet på verklighetsplanet bestå i att en person NN brast i uppmärksamhet när denne

⁹⁷ Se Lindell (1987) s. 26 f.; Lindblom (2003) s. 172 och s. 174.

⁹⁸ Se Heuman (2005) s. 95.

⁹⁹ Se Lindblom (2003) s. 174; Lindell (1987) s. 27.

¹⁰⁰ Se SOU 1938:44 s. 208; Heuman (2007/08) s. 910; Rättegång I (2016) s. 42.

¹⁰¹ Se Heuman (2007/08) s. 910 f.

¹⁰² Se Rättegång I (2016) s. 42; Nordh (2019c) s. 12.

öppnade en bildörr (som då slog in i en parkerad bil bredvid, och orsakade en plåtskada).

Svaranden kan bestrida den grund, det vill säga de konkreta rättsfakta som kändanden har åberopat, på flera sätt genom så kallade sakinvändningar. Svaranden kan hävda att ett visst konkret rättsfaktum inte ska kategoriseras juridiskt såsom kändanden påstår (rättsinvändning), att de konkreta rättsfakta (eller bevisfakta) som kändanden åberopat inte existerar (förnekande, eventuellt med en kopplad motförklaring, det vill säga en utsaga om ett annat händelseförlopp, något som dock inte fräntar invändningen karaktären av att vara ett förnekande) eller att det finns ytterligare, efterföljande konkreta rättsfakta som innebär att de rättsfakta som åberopats av kändanden inte får den rättsliga betydelse de annars skulle ha haft (motfaktum av första graden).¹⁰³ Därefter kan kändanden tänkas vilja åberopa ett eget motfaktum (av andra graden), och så vidare.¹⁰⁴ Prövningen av konkreta rättsfakta och motfakta måste dock ske på så vis att grunden i sig är tillräcklig för bifall till talan; med andra ord att alla relevanta konkreta rättsfakta är vid handen innan prövningen av motfakta äger rum, något som kallas för den successiva relevansens princip.¹⁰⁵

2.4.2 Bevisfakta

När domstolen prövar om ett konkret rättsfaktum ska läggas till grund för dom i målet utifrån bevisningen, bevisbördans placering och beviskravet är slutsatsen binär.¹⁰⁶ Ett konkret rättsfaktum är alltså i juridisk mening inte mer eller mindre sannolikt efter att all bevisning har lagts fram och bevisvärderingen har genomförts, utan anses rättsligt existera eller inte existera. Vad som avgör förhandenvaron av de konkreta rättsfakta som finns i målet är bevisfakta. Med bevisfakta bevisas således att rättsfakta existerar eller inte existerar.¹⁰⁷ Bevisfakta utgör faktiska omständigheter, som till skillnad

¹⁰³ Se Heuman (2007/08) s. 912 f. Westberg (2021) s. 231 ff.

¹⁰⁴ Se Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 17 kap. 3 § RB.

¹⁰⁵ Se NJA 2019 s. 802 p. 14; Hardenberger (2020) s. 548.

¹⁰⁶ Jfr Lindblom (2003) s. 189 f.

¹⁰⁷ Se Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 17 kap. 3 § RB.

från konkreta rättsfakta endast har en medelbar eller indirekt betydelse för rättsföljden.¹⁰⁸ För att återigen återknyta till exemplet med vårdslöshet skulle sålunda ett vittnes observation av att NN tittade på mobiltelefonen när denne öppnade bildörren kunna vara ett bevisfaktum.

Av exempelvis lagrummen 42 kap. 2 § 1 st. 3 p., 42 kap. 7 § 1 st. 4 p. och 2 st., samt 43 kap. 10 § RB kan man få uppfattningen att bevisfakta ska åberopas på samma sätt som rättsfakta för att få beaktas i en dom. Så är dock inte fallet. Skälet härför är att betydelsen av begreppet ”åberopa” i 17 kap. 3 § 2 men. RB är annorlunda än betydelsen av begreppet ”åberopa” i de förstnämnda lagrummen, då begreppet omständigheter i 17 kap. 3 § 2 men. RB endast syftar på rättsfakta.¹⁰⁹ Till skillnad från konkreta rättsfakta måste således inte bevisfakta åberopas särskilt, utan endast ha införts i målet.¹¹⁰ Infört innebär i detta avseende att faktumet har uppstått som en induktiv eller deduktiv slutsats hos en deltagare i det specifika målet utifrån händelser under rättegången eller utifrån processmaterialet, men det krävs inte något omnämnande eller någon annan handling från part eller domstolen.¹¹¹

Det kan vara illustrativt att relatera tillbaka till distinktionen mellan sakfrågor och rättsfrågor. När domstolen avgör rättsfrågan subsumeras konkreta rättsfakta under abstrakta rättsfakta och finner då att en yrkad rättsföljd inträder (eller inte inträder om inte erforderliga rättsfakta föreligger).¹¹² Sakfrågan avgörs när styrkan på bevisningen avseende ett visst rättsfaktum relateras till bevisbördans placering och beviskravet avseende detta rättsfaktum.¹¹³

¹⁰⁸ Se Heuman (2005) s. 95; Rättegång I (2016) s. 42; Rättegång IV (2009) s. 15.

¹⁰⁹ Se Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 42 kap. 8 § RB.

¹¹⁰ Se Boman (1964) s. 46 ff.; Westberg (2021) s. 343.

¹¹¹ Se Lindell (2021) s. 126.

¹¹² Jfr Lindblom (2003) s. 179.

¹¹³ Jfr Lindblom (2003) s. 179; Rättegång IV (2009) s. 14.

2.4.3 Hjälpfakta

Hjälpfaktas betydelse framhålls både av förespråkare för bevisvärdeometoden och för bayesiansk metod.¹¹⁴ Hjälpfakta syftar till att höja eller sänka värdet hos ett visst bevisfaktum i förhållande till ett bevisstema, men påverkar själva inte sannolikheten för bevisstemat som sådant.¹¹⁵ Hjälpfakta har med andra ord inte någon direkt relation till det slutliga bevisstemat om de står för sig själva och inte relateras till ett bevisfaktum.¹¹⁶ De måste inte åberopas på samma sätt som rättsfakta utan endast införas i målet.¹¹⁷

För att avgöra ett hjälpfaktums påverkan på styrkan hos ett visst bevisfaktum för ett visst bevisstema används ofta erfarenhetsatser^{118, 119}. Om man återvänder till bevisfaktumet att ett vittne observerat att NN tittade på mobiltelefonen när denne slog bildörren i en annan bil kan ett hjälpfaktum vara att vittnet har dålig syn, och ett annat att vittnet stod en bit i från händelsen. Dessa faktum påverkar styrkan i vittnets utsaga, men att vittnet har dålig syn och stod en bit i från händelsen påverkar inte bedömningen av sannolikheten för det slutliga bevisstemat att NN brast i uppmärksamhet när denne öppnade bildörren, om inte det mellanliggande bevisfaktumet om vittnets observation finns där.¹²⁰ Slutsatsen att vittnet har observerat sämre på grund av avståndet till händelsen dras utifrån erfarenhetsatsen att människor generellt sett ser sämre på håll.¹²¹ Det är dock inte alltid enkelt att i ett konkret fall dra gränsen mellan hjälpfaktum och bevisfaktum.¹²²

¹¹⁴ Se Ekelöf (1988) s. 4 f.; Rättegång IV (2009) s. 181 jämte Dahlman (2018) s. 72.

¹¹⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 19; Lindblom (2003) s. 176, vid not 18.; Dahlman (2018) s. 72.

¹¹⁶ Se Rättegång IV (2009) s. 19; Lindell (1987) s. 127.

¹¹⁷ Se Lindell (2007a) s. 34.

¹¹⁸ Se avsnitt 2.5.

¹¹⁹ Se Ekelöf (1988) s. 4 jämte Dahlman (2018) s. 72 f.

¹²⁰ Jfr Ekelöf (1983) s. 11; Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 1 § RB.

¹²¹ Se Ekelöf (1988) s. 4.

¹²² Se Stening (1975) s. 46; Lindell (2021) s. 123. Lindblom menar att distinktionen bevisfakta – hjälpfakta i allmänhet saknar betydelse, se Lindblom (2003) s. 176, vid not 18.

2.4.4 Bevistema

Både käranden och svaranden måste lämna en bevisuppgift till domstolen om den bevisning som de vill åberopa. I samband med detta måste båda parter ange vad som ska styrkas med varje bevis, något som kallas för bevistema (42 kap. 2 § 1 st. 3 p. respektive 42 kap. 7 § 1 st. 4 p. RB).¹²³

Bevistemat är med andra ord det som ska bevisas.¹²⁴ Strandberg pekar på den enorma innehållsliga variation som bevisteman i tvistemål kan uppvisa.¹²⁵ Bevisteman kan både avse abstrakta förhållanden och konkreta unika förhållanden.¹²⁶ De kan vidare avse förhållanden i det förflutna, som äger rum just nu, som kommer att inträffa, eller hade kunnat inträffa (kontrafaktiska förhållanden).¹²⁷ Det krävs enligt Strandberg även att bevistemat "[...] är relevant för en yrkad rättsföljd".¹²⁸

En distinktion kan inledningsvis göras mellan slutliga bevisteman och bevisteman som inte är slutliga. Ett slutligt bevistema kan endast avse *ett* konkret rättsfaktum eller delar av ett sådant.¹²⁹ Om det slutliga bevistemat avser en del av ett konkret rättsfaktum beror detta på att man brutit ned ett rättsfaktum i mindre separata delar, och dessa mindre delar utgör då underteman till det slutliga bevistemat (som då utgör en sorts sammanfattning).¹³⁰ En sådan dekonstruktion kan drivas hur långt som helst i princip, men ju längre den drivs desto suddigare blir gränsen i förhållande till bevisfaktum.¹³¹ Går man däremot för långt åt andra hållet, det vill säga att man abstraherar bevistemat alltför mycket, blir bevistemat alltför

¹²³ Se Rättegång IV (2009) s. 15; Westberg (2021) s. 235.

¹²⁴ Se Kolflaath (2008) s. 150.

¹²⁵ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 158.

¹²⁶ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 158.

¹²⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 158 och s. 169.

¹²⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 169.

¹²⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 17 f. jämte Lindblom (2003) s. 187, s. 203 och s. 207. Strandberg gör i stället en indelning mellan beviskravsteman och övriga teman. Ett beviskravstema är då ett bevistema som har ett kopplat beviskrav, och därför med nödvändighet är kopplat till ett konkret rättsfaktum. Termerna "beviskravstema" och "slutligt bevistema" förefaller således båda två syfta på bevisteman som träffar samma sorts fakta, nämligen konkreta rättsfakta. Se Diesen & Strandberg (2012) s. 169.

¹³⁰ Se Lindblom (2003) s. 207.

¹³¹ Se Lindblom (2003) s. 207 f.

närliggande till abstrakta rättsfakta.¹³² Ett bevistema som inte är slutligt kan däremot avse bevisfakta, hjälpfakta eller erfarenhetssatser.¹³³ I det i avsnitt 2.7.5 nämnda fallet med flera led i bevisningen är således ett hörsägen-vittnes utsaga bevisfakta för ett annat vittnes observation av en händelse (som då utgör ett bevistema i förhållande till hörsägenvittnets utsaga och ett bevisfaktum i förhållande till det slutliga bevistemat). Bevisvärderingen kan således avse både slutliga och icke-slutliga bevisteman.¹³⁴

Att ett slutligt bevistema måste anges noggrant står klart.¹³⁵ Inte minst är detta viktigt mot bakgrund av processens kontradiktoriska karaktär. En part måste veta vad denne ska försvara sig mot och vad denne eventuellt också ska åberopa egen bevisning mot eller göra andra typer av sakinvändningar mot.¹³⁶ Frågan är då vad ett noggrant angivande innebär i detta sammanhang. Det finns en mängd riktlinjer utarbetade i doktrinen för hur ett väl fungerande bevistema ska utformas, även om dessa snarare ger uttryck för målsättningar än absoluta krav. Det slutliga bevistemat ska enligt Lindblom, med hänvisning till Lindell, sammanfattningsvis: 1. uttrycka ett påstående som existerar på verklighetsplanet, 2. vara möjligt att verifiera eller falsifiera 3. vara deskriptivt och 4. vara möjligt att knyta till en erfarenhetssats.¹³⁷

Om vi återvänder till exemplet med personen som öppnar sin bildörr med bristande uppmärksamhet uppstår frågan varför det är detta och inte vårdslösheten som sådan som utgör det slutliga bevistemat. Varför skulle inte vårdslösheten kunna utgöra det slutliga bevistemat? Lindblom och Lindell menar att vårdslöshet inte bör betraktas som ett konkret rättsfaktum utan som ett abstrakt rättsfaktum, och att vårdslöshet således inte kan utgöra ett slutligt bevistema.¹³⁸ Eftersom vad som utgör vårdslöshet är obestämt, då

¹³² Jfr Lindblom (2003) s. 208; Lindell (1987) s. 210.

¹³³ Se Lindblom (2003) s. 205; Lindell (1987) s. 172.

¹³⁴ Se Rättegång IV (2009) s. 22.

¹³⁵ Se Lindell (2021) s. 352.

¹³⁶ Jfr Lindblom (2003) s. 208.

¹³⁷ Se Lindblom (2003) s. 210.

¹³⁸ Se Lindblom (2003) s. 222 f.; Lindell (1987) s. 387.

det rymmer en outtömlig mängd av beteenden, ageranden och dylikt, är vårdslöshet dessutom ett exempel på ett komplext rättsfaktum.¹³⁹

Vi skulle i förevarande fall kunna precisera (dekonstruera) vårdslöshet till ett konkret rättsfaktum och slutligt undertema med rubriken ”NN brast i uppmärksamhet när denne öppnade bildörren”.¹⁴⁰ (I andra fall kan man dekonstruera ett komplext rättsfaktum som vårdslöshet till flera slutliga bevisteman.¹⁴¹) Den bristande uppmärksamheten fungerar här som en sorts beståndsdel i vårdslösheten.¹⁴² Skulle vi dekonstruera ytterligare, till exempel till ett bevistema med rubriken ”NN kollade på mobiltelefonen när denne öppnade bildörren” är detta närmare ett bevistema som avser ett bevisfaktum. Att ”NN kollade på mobiltelefonen skulle när denne öppnade bildörren” skulle i det första fallet vara ett bevisfaktum (tillika icke-slutligt bevistema) för det konkreta rättsfaktumet NN brast i uppmärksamhet när denne öppnade bildörren, vilket i sin tur konstituerar vårdslöshet, och i det andra fallet själv konstituera vårdslöshet. Det är inte säkert att denna dekonstruktion har gått för långt, men om ”NN kollade på mobiltelefonen skulle när denne öppnade bildörren” anses vara ett bevistema för ett bevisfaktum kan det inte utgöra ett slutligt bevistema.

Vårdslöshet i sig anses alltså vara för abstrakt för att utgöra ett konkret rättsfaktum och således utgöra slutligt bevistema, men dekonstruktionen kan inte heller gå för långt, utan måste stanna vid en grad av oprecision, vaghet

¹³⁹ Lindell kontrasterar detta med rättsfaktumet ”äganderätt” som han menar är enklare att definiera och bestämma vilka rättsfakta som ingår, varför det är mindre komplext, se Lindell (1987) s. 27. Det verkar förhålla sig så att det är fråga om en glidande skala mellan komplext rättsfaktum och icke-komplext rättsfaktum, snarare än någonting binärt.

¹⁴⁰ Detta är varken det enda eller det givna sättet att dekonstruera vårdslöshetsbegreppet, men det ger i varje fall någonting mer konkret att relatera bevisningen till. Det ligger i grunden en avvägning i hur nära det abstrakta rättsfaktumet man kan gå. Därefter blir det en rättsfråga att avgöra hur mycket bristande uppmärksamhet som krävs för att fråga ska vara om vårdslöshet i rättslig mening.

¹⁴¹ Jfr Lindblom (2003) s. 218 f. och s. 222 f. Det synes kanske mer passande att tala om precisering än dekonstruktion om vårdslösheten endast konstitueras av ett slutligt bevistema, men det framför allt en terminologisk fråga. Jag använder termerna ”dekonstruktion” och ”precisering” synonymt.

¹⁴² Se Rättegång IV (2009) s. 18, vid not 27.

och värdering för att man inte ska snudda vid ett bevistema för ett bevisfaktum.¹⁴³ Man kommer inte ifrån att det är en sannolikhetsbedömning av det slutliga bevistemat som ska ske, med hjälp av bevisfakta, varför det inte kan bli fråga om att ha alltför rättsligt präglade bevisteman. Vad som är bristande uppmärksamhet är givetvis inte heller helt tydligt, men det är lättare att hantera och relatera bevisfakta till detta än till begreppet vårdslöshet.¹⁴⁴ Även bevistemat ”bristande uppmärksamhet” innehåller dock ett värderande moment, och måste samtidigt för att kunna vara ett bevistema kunna bevisas vara sant eller falskt.¹⁴⁵ Genom konkretiseringen ges emellertid begreppet vårdslöshet konturer mot vilka en prövning kan ske, varför denna grad av värdering enligt min mening kan accepteras, medan ett slutligt bevistema som endast formulerades i stil med att ”NN var vårdslös” svårligen hade kunnat accepteras.

2.5 Erfarenhetssatser och notoriska fakta

Tidigare har anförts att det som en konsekvens av principen om *jura novit curia* inte är nödvändigt att föra bevisning om innehållet i rätten, samtidigt som bevisning avseende verkligheten, formulerad som bevisteman, är parternas ansvar. Mellan bevistemat och bevisningen finns dock en lucka. Det finns annan kunskap som domstolen med nödvändighet måste ha för att kunna ta ställning till bevisningens förhållande till bevistemat; kunskap som inte är juridisk utan handlar om verkligheten och dess betingelser, samband och sammanhang.¹⁴⁶ För att täppa till denna lucka behöver domstolen vid sin bevisvärdering använda sig av på erfarenhet grundad kunskap och särskilda former av fakta som kallas notoriska fakta.

2.5.1 Notoriska fakta

Ett notoriskt faktum är enligt 35 kap. 2 § 1 st. RB en omständighet som är ”allmänt veterlig” och därför inte måste bevisas. En sådan omständighet

¹⁴³ Jfr Lindblom (2003) s. 222 f.; Lindell (2021) s. 613, vid not 102.

¹⁴⁴ Jfr Lindblom (2003) s. 222 f.

¹⁴⁵ Jfr Lindell (1987) s. 395.

¹⁴⁶ Jfr Westberg (2021) s. 363.

skulle kunna vara ett bevisfaktum, hjälpfaktum, konkret rättsfaktum eller en erfarenhetssats.¹⁴⁷ Detta innebär bland annat att faktumet inte måste åberopas eller ha införts i målet, utan domstolen får beakta sådana fakta och grunda en dom på dem även om de aldrig har nämnts.¹⁴⁸ Undantag gäller dock i det fall att ett konkret rättsfaktum skulle anses vara notoriskt, här måste ett åberopande enligt 17 kap. 3 § RB alltså ske.¹⁴⁹ Detta torde i sin tur innebära det inte har någon betydelse huruvida ett konkret rättsfaktum är notoriskt eller inte.¹⁵⁰

Notoriska fakta måste som nämnts ovan vara allmänt veterliga. Lindell beskriver att vad som är notoriskt därför är relativt, det växlar över tid och rum.¹⁵¹ I *Rättegång IV* beskrivs vidare hur det måste röra sig om fakta som ”verkligt alla känner till” och att det endast är grova drag av en händelse som kan vara notoriska.¹⁵²

2.5.2 Erfarenhetssatser

Uttrycket omständigheter i 35 kap. 2 § 1 st. RB omfattar som sagt även erfarenhetssatser.¹⁵³ Alla erfarenhetssatser är dock inte notoriska, utan det är endast så kallade allmänna erfarenhetssatser som domstolen ska beakta ex officio, i kontrast till särskilda erfarenhetssatser.¹⁵⁴ Erfarenhetssatserna utgör frekvenssatser, vilka ofta grundar sig på domarens livserfarenhet, men ibland även på ett statistiskt underlag.¹⁵⁵

¹⁴⁷ Se *Rättegång IV* (2009) s. 58; Nordh (2019a) s. 20; Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 2 § RB.

¹⁴⁸ Se Lindell (2007a) s. 34; *Rättegång IV* (2009) s. 58.

¹⁴⁹ Se Boman (1964) s. 67; Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 2 § RB.

¹⁵⁰ Se Hellners (1998/99) s. 571.

¹⁵¹ Se Lindell (2007a) s. 61; se även *Rättegång IV* (2009) s. 59.

¹⁵² Se *Rättegång IV* (2009) s. 59.

¹⁵³ Se SOU 1938:44 s. 379 f.; Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 2 § RB.

Dessutom finns så kallad domstolsnotorietet, vilket är vad domstolen omedelbart iakttar under sin ämbetsutövning, se SOU 1938:44 s. 379 och Lindell (2007a) s. 53. Enligt Lindell har domstolsnotorietet ingen betydelse i dispositiva tvistemål mot bakgrund av dispositionsprincipen och parternas absoluta utredningsansvar, varför begreppets innebörd inte utreds närmare, se Lindell (2007a) s. 92. Kunskap från konkreta iakttagelser som domaren gör utanför ämbetet, det vill säga som privatperson, är inte notorisk och måste föras in i målet genom att domaren vittnar, se Nordh (2019a) s. 20.

¹⁵⁴ Se *Rättegång IV* (2009) s. 30 jämte s. 281.

¹⁵⁵ Jfr *Rättegång IV* (2009) s. 19 f. Man kan dock enligt min mening fråga sig om inte domstolen borde låta parterna yttra sig över erfarenhetssatser som grundar sig på statistik.

I förarbetena betonas att erfarenhetssatser som inte är en del av allmän bildning och livserfarenhet inte bör få beaktas av domaren.¹⁵⁶ Det kan beträffande de allmänna erfarenhetssatserna exempelvis röra sig om naturlagar eller enkla generaliseringar såsom att man ser detaljer bättre på kortare avstånd än på längre avstånd.¹⁵⁷ Särskilda erfarenhetssatser förs – eftersom de inte är allmänt kända – in i målet genom att part eller domstolen föranstaltar om sakkunnigbevisning, och efter införande kan de läggas till grund för bevisvärderingen.¹⁵⁸

Om erfarenhetssatsen grundar sig på livserfarenhet förmår den typiskt sett endast att ungefärligen ange hur det brukar ligga till med ett generellt samband.¹⁵⁹ Allmänna erfarenhetssatser är således ofta vaga, icke-numeriska och förenade med osäkerhet.¹⁶⁰ Allmänna erfarenhetssatser kan dock sällan ge någon vägledning om ett enskilt falls vanlighet i en viss klass av fenomen.¹⁶¹ För att lösa detta problem används fiktiva, subjektivt uppskattade erfarenhetssatser.¹⁶²

Enligt Lindell bygger en sådan sats på någon form av erfarenhet hos bedömare, och det rör sig framför allt om ”antagna och förväntade beteenden” hos exempelvis individer i en viss situation. Enligt densamme innebär vidare det faktum att det rör sig om förväntade beteenden att den fiktiva erfarenhetssatsen inte är deskriptiv, utan normativ; den beskriver inte hur erfarenhetssatsen ”skulle ha sett ut om den fanns utan hur den borde se ut om den skulle finnas”.¹⁶³ Man kan dock enligt min mening ifrågasätta om Lindells beskrivning av fiktiva erfarenhetssatser som normativa är korrekt. Innebörden hos termen ”borde” är tvetydig, men avser i den citerade meningen en förmodan om framtiden, inte ett rättesnöre efter vilket någon

¹⁵⁶ Se SOU 1938:44 s. 378.

¹⁵⁷ Se Ekelöf (1983) s. 11.

¹⁵⁸ Se Rättegång IV (2009) s. 281 f.

¹⁵⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 20.

¹⁶⁰ Se Rättegång IV (2009) s. 20.

¹⁶¹ Se Lindell (2021) s. 614.

¹⁶² Se Lindell (2021) s. 614 f. och vidare i avsnitt 3.4. och 4.2.

¹⁶³ Se Lindell (2021) s. 616.

eller något i framtiden bör inrätta sig. Snarare än att vara normativa i bemärkelsen föreskrivande förefaller fiktiva erfarenhetssatser vara av deskriptiv karaktär men avse framtida förhållanden, de utgör alltså en beskrivning av en tänkt framtid, med andra ord en sorts prognos eller förutsägelse. Den fiktiva erfarenhetssatsen är således inte normativ; den föreskriver inte hur framtiden borde se ut, utan beskriver hur framtiden skulle kunna se ut givet vissa antaganden och förväntningar.

Erfarenhetssatser skiljer sig från fakta på så sätt att de utgör generella påståenden om sambandet mellan två olika företeelser.¹⁶⁴ Det rör sig med andra ord om utsagor av en allmän karaktär om dessa samband.¹⁶⁵ De säger hur det brukar ligga till, i motsats till utsagor om konkreta fall.¹⁶⁶ En erfarenhetssats säger alltså ingenting om det konkreta fallet, men utgör en nödvändig förutsättning för bevisvärdering genom att ett bevisfaktum subsumeras under erfarenhetssatsen.¹⁶⁷ Bevisvärderingen går alltså till på så sätt att man relaterar existensen av ett bevis till en generalisering (erfarenhetssatsen) om att vissa omständigheter (bevistemat) förekommer oftare eller mer sällan när bevisfaktumet observeras.¹⁶⁸

Om vi återknyter till fallet med bildörren är bevisfaktumet återigen att ett vittne observerat NN tittandes på mobiltelefonen när denne öppnade bildörren och skadade en annan bil. Vad är då erfarenhetssatsen? Den kan rimligen inte formuleras som att ”om någon tittar på mobiltelefonen när den öppnar en bildörr har ett vittne observerat detta”, för det gäller inte generellt att vittnen observerar sådana händelser. Om man däremot formulerar erfarenhetssatsen som att ”om någon tittar på mobiltelefonen när den öppnar en bildörr och ett vittne har observerat detta är vittnets utsaga ofta korrekt”, finns det ett samband mellan erfarenhetssatsen och bevisfaktumet, vilket gör att vi kan lägga bevisfaktumet till grund för och tillmäta det vikt i

¹⁶⁴ Se Rättegång IV (2009) s. 15 och s. 19.

¹⁶⁵ Se Wahlberg (2020) s. 589.

¹⁶⁶ Se Lindell (2007a) s. 59 f.

¹⁶⁷ Se Lindell (1987) s. 215.

¹⁶⁸ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 144.

förhållande till det konkreta rättsfaktumet (bevistemat) att NN hade bristande uppmärksamhet. Läger vi då till hjälpfakta i form av vittnets dåliga syn och avståndet mellan denne och händelsen påverkar detta också styrkan hos bevisfaktumet. När man genom bevisvärderingen bestämmer styrkan hos ett bevisfaktum påverkas denna således både av hjälpfaktum, och av erfarenhetssatser.¹⁶⁹

Att märka är att det rör sig om ett induktivt samband. De allmänna erfarenhetssatserna utgör slutsatser om generella samband eller allmänna regler utifrån observationer av ett antal enskilda fall.¹⁷⁰ Beträffande vittnesmålet hade man kunnat generalisera det ytterligare och säga att erfarenhetssatsen är att ett vittnes utsaga ofta är korrekt. Det är alltså inte fråga om en deduktion där en allmän regel leder till att man drar en slutsats om ett enskilt fall, utan en induktiv slutsats följer av en slutledning utifrån observationer av fakta; av de enskilda fallen drar man slutsatsen om en allmän regel (erfarenhetssatsen), vilket dock innebär att det finns risk för att slutsatsen är felaktig även om observationerna förefaller vara övertygande.¹⁷¹ En induktiv slutsats är alltså mer eller mindre sannolik.¹⁷²

Vid själva bevisvärderingen är det å andra sidan just fråga om en deduktiv slutledning, där man utifrån en allmän regel (erfarenhetssatsen) drar slutsatser om det enskilda fallet med hjälp av bevisfakta.¹⁷³ Viktigt att ha i åtanke är dock att erfarenhetssatsens giltighet vid bedömningen av en konkret bevissituation minskar om förhållandena som resulterat i erfarenhetssatsen skiljer sig från den konkreta bevissituationens förhållanden.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 19 f.; Stening (1975) s. 45.

¹⁷⁰ Se Rättegång IV (2009) s. 19; Lindell (1987) s. 214 f.

¹⁷¹ Jfr Hacking (2001) s. 11; Stening (1975) s. 37 f.

¹⁷² Se Lindell (1987) s. 214.

¹⁷³ Se Lindell (1987) s. 215; Rättegång IV (1992) s. 12 ff.

¹⁷⁴ Se Nordh (2019c) s. 38.

2.6 Bevisbörda och beviskrav

2.6.1 Bevisbörda

Placeringen av bevisbördan spelar endast roll där ett konkret rättsfaktums existens är omtvistad.¹⁷⁵ Bevisbörderegler ska således inte avse bevisfakta, och kan endast placeras på en av parterna.¹⁷⁶ Bevisbördan löser problem där parterna gör gällande konkurrerande faktapåståenden om ett visst konkret rättsfaktums existens.¹⁷⁷ Placeringen av bevisbördan uttrycker alltså vilken part som står risken för att denne inte lyckas bevisa ett konkret rättsfaktums existens för domaren och därför tappar målet.¹⁷⁸ Bevisbörderegler förutsätter på så vis att det även finns ett beviskrav, de utgör två element inom ett samlat kriterium.¹⁷⁹ Sedda tillsammans innebär således bevisbördan och beviskravet att det föreligger ”ett juridiskt sannolikhetskrav [som riktas] mot en bestämd parts faktapåstående”.¹⁸⁰

I många fall är rättsläget relativt klart med avseende på hur bevisbördan ska placeras, exempelvis genom att det framgår av rättsregeln själv eller av praxis.¹⁸¹ När det är oklart vem som ska bära bevisbördan är detta en rättsfråga, vars besvarande kräver någon form av argumentation.¹⁸² Det finns därför ett antal teorier som utgör icke-bindande argument för hur bevisbördan ska placeras i en situation där bevisbördans placering inte har

¹⁷⁵ Se Westberg (2021) s. 398.

¹⁷⁶ Se Heuman (2005) s. 94 ff.; Rättegång IV (2009) s. 83; Nordh (2019b) s. 24. Det finns dock exempel från praxis där HD synbarligen har tillämpat en bevisbörderegler avseende ett visst bevisfaktum, se Westberg (2004) s. 735 ff.

¹⁷⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 108; Westberg (2021) s. 398.

¹⁷⁸ Se Rättegång IV (2009) s. 79; Westberg (2021) s. 391.

¹⁷⁹ Se Westberg (2021) s. 392; Diesen & Strandberg (2012) s. 106 ff. Överviktsprincipen, som går ut på att minsta sannolikhetsövertikt för endera parts faktapåstående är tillräcklig för att uppfylla beviskravet, kan dock inte förstås som en lösning utan bevisbörda. Draget till sin spets kräver nämligen även överviktsprincipen att någon part måste förlora på att ingen parts faktaversion bedöms ha sannolikhetsövertikt, eftersom man (i varje fall i teorin) kan tänka sig att ingen av parterna förebringa någon som helst bevisning, samtidigt som domstolen i enlighet med principen om non-liquet inte kan avstå från att döma, se Diesen & Strandberg (2012) s. 105 ff.; Rättegång IV (1992) s. 103 ff., särskilt vid not 143a.

¹⁸⁰ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 108.

¹⁸¹ Se Lindell (2021) s. 628. Se härtill även sammanställningen i Diesen & Strandberg (2012) s. 422–481.

¹⁸² Se Heuman (2018) s. 226.

reglerats.¹⁸³ Exempel på dessa teorier är att ändamålet för regleringen blir styrande, att den part som har enklast att säkra bevisning bär bevisbördan eller att sannolikheteoretiska överväganden är bestämmande för beviskravets styrka eller bevisbördans placering.¹⁸⁴

Vad som ovan har beskrivits benämns ibland som den äkta bevisbördan, vilken då står i kontrast till den falska bevisbördan. Den falska bevisbördan innebär kortfattat att om den part som enligt bevisbörderegeln har bevisbördan (det vill säga den äkta bevisbördan) förmår att uppfylla denna, skiftar bevisbördan till den andra parten som då får en falsk bevisbörda att uppfylla.¹⁸⁵ Den falska bevisbördan uppfylls därefter när parten som bär denna åstadkommer så mycket tvivel att den äkta bevisbördan inte längre än uppfylls.¹⁸⁶ Ponera att beviskravet kräver en sannolikhet för bevistemat om 80 %. När parten med den äkta bevisbördan upp till 80 % sannolikhet (eller mer) är den äkta bevisbördan uppfyllt. För att den falska bevisbördan ska uppfyllas innebär det att den andra parten måste presentera så mycket bevisning att sannolikheten för bevistemat återigen hamnar under 80 %.

Problemet med detta synsätt, som förvisso har sina illustrativa poänger, är dock att bevisvärderingen inte går till på detta vis. Bevisvärderingen sker efter att huvudförhandlingen har ägt rum (förutsatt att en sådan hålls) och följaktligen har all bevisning förebragts vid beslutsfattandet.¹⁸⁷ Det blir således endast fråga om att tillämpa den äkta bevisbördan och fråga sig om denna är uppfyllt med hänsyn till all bevisning som både talar för respektive mot det faktapåstående som parten med bevisbördan gör gällande.¹⁸⁸

¹⁸³ Se Westberg (2021) s. 398 f.

¹⁸⁴ Se Rättegång IV (2009) s. 96 ff., s. 105 ff. och s. 136 ff.

¹⁸⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 88; Bolding (1951) s. 83 f.

¹⁸⁶ Se Rättegång IV (2009) s. 88; Bolding (1951) s. 83 f.

¹⁸⁷ Se Bolding (1951) s. 84.

¹⁸⁸ Se Bolding (1951) s. 84 f.; Rättegång IV (2009) s. 88; Nordh (2019b) s. 24 f.; Heuman (2021) s. 26. Bolding påpekar att det är en helt annan fråga hur domskälen med erforderlig precision ska formuleras, se Bolding (1951) s. 85. I domskälen skulle bevisvärderingen således kunna beskrivas i termer av äkta och falsk bevisbörda, jfr NJA 2018 s. 617 p. 14. En bevisvärdering som utformas i enlighet med NJA 2015 s. 702 skulle till exempel först

2.6.2 Beviskrav

Vid bevisvärderingen avgörs styrkan hos bevisningen i målet.¹⁸⁹ Genom att därefter relatera bevisvärderingens slutsatser till beviskravet – vilket är ett sorts sannolikhetskrav – prövar domstolen om det på grundval av bevisvärderingens slutsatser om bevisningen kan fastställas att återopade konkreta rättsfakta föreligger och de således kan läggas till grund för domen i målet.¹⁹⁰ Beviskravsregeln preciserar med vilken sannolikhet ett konkret rättsfaktum måste bevisas för att parten ska ha uppfyllt sin bevisbörda.¹⁹¹ Den säger dock inte vilken part som ska uppfylla bevisbördan. Frågan om beviskravets styrka är följaktligen kongenial med frågan om bevisbördans placering.

Heuman menar att bevisbördan och beviskravet mot bakgrund av bland annat förutsebarhet och rättskipningens normbundenhet som utgångspunkt inte ska påverkas av det enskilda fallets omständigheter, utan sådana omständigheter ska endast få påverka bevisvärderingen.¹⁹² Heuman pekar dock samtidigt på att det i realiteten finns flera exempel på fall där beviskravet har påverkats av det enskilda målets sakförhållanden även om det rör sig om samma rättsregel som tillämpas.¹⁹³ Det sagda utesluter givetvis inte att olika beviskrav tillämpas i förhållande till olika civilrättsliga regler eller abstrakta rättsfaktum.¹⁹⁴

Det rådande normalbeviskravet i tvistemål följer av ett uttalande från NJA 1993 s. 764, där HD uttalade att: ”I princip gäller i tvistemål att den part som har bevisbördan för ett visst sakförhållande skall styrka att detta

kunna beskriva de bevisfakta som talar för bevismaten, och därefter de bevisfakta som talar mot bevismaten, jfr p. 22–23.

¹⁸⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 160.

¹⁹⁰ Se Westberg (2021) s. 408; Diesen & Strandberg (2012) s. 130 f.

¹⁹¹ Se Rättegång IV (2009) s. 81; Heuman (2005) s. 16.

¹⁹² Se Heuman (2005) s. 64 ff. och s. 123.; Heuman (2021) s. 38 f. och s. 47. Se även samma uppfattning i Diesen & Strandberg (2012) s. 52 f.

¹⁹³ Se Heuman (2005) s. 186, s. 320 f. och s. 342. Se även Rättegång IV (2009) s. 82 f. och s. 86 f.

¹⁹⁴ Se Heuman (2005) s. 64.

förhållande föreligger.”¹⁹⁵ Synonymt med detta används formuleringen att påståendet ska ”visas”.¹⁹⁶ Beviskravet är högt ställt (dock inte så högt som i brottmål), och enligt en uppfattning i doktrinen skulle det kunna motsvara ett sannolikhetskrav på omkring 90 %.¹⁹⁷

Det finns vidare en mängd olika rättsfall där beviskravet har ställts lägre än styrkt/visat, det vill säga att den part som burit bevisbördan har givits en bevislättning i form av ett lägre sannolikhetskrav.¹⁹⁸ Ofta har detta skett på grund av bevisvårigheter med att exempelvis förutsättningarna för att bevisa orsakssamband eller säkra bevisning, men till exempel även på grund av en strävan att ge en civilrättslig regel genomslag eller på grund av sannolikhetsmässiga överväganden.¹⁹⁹ Kravet har i enlighet med detta förutom ”styrkt” formulerats som att det är tillräckligt att det är ”antagligt”, ”mera antagligt”, ”sannolikt”, ”övervägande sannolikt” respektive ”klart mera sannolikt” för att beviskravet ska vara uppfyllt.²⁰⁰

Ett omdiskuterat problem vid bevisvärderingen är om det i en rättsregel med flera abstrakta rättsfakta (rekvisit) är konjunktionen av flera konkreta rättsfakta eller varje konkret rättsfaktum för sig som ska bevisas. Ponera att ett visst beviskrav kräver att det slutliga bevistemat görs 80 % sannolikt. Behöver då i en rättsregel med två abstrakta rättsfakta, eller två rekvisit, där beviskravet tillämpas, sannolikheten för varje konkret rättsfaktum var för sig nå upp till 80 %, eller är det den sammanlagda sannolikheten, det vill säga sannolikheten för konjunktionen av två konkreta rättsfakta som ska bevisas? I det förstnämnda fallet gäller att det är tillräckligt att sannolikheten för varje rättsfaktum $\geq 0,8$. Om det i stället är konjunktionen som ska bevisas måste sannolikheten för konjunktionen innebära att $X^2 \geq 0,8$ där X blir den genomsnittliga styrkan som krävs beträffande bevisningen för varje rättsfaktum (om det är två rättsfakta som ska bevisas, ju fler

¹⁹⁵ Se Heuman (2005) s. 66 f.

¹⁹⁶ Se Heuman (2005) s. 66 f.; Westberg (2021) s. 392 och s. 408.

¹⁹⁷ Se Rättegång (2009) s. 85; NJA 1986 s. 470.

¹⁹⁸ Se Westberg (2021) s. 410.

¹⁹⁹ Se vidare Heuman (2005) s. 68 ff., s. 76 ff. och s. 88 ff.

²⁰⁰ Se Westberg (2021) s. 408 med hänvisningar till praxis.

rättsfakta desto svårare blir det att nå upp beviskravet²⁰¹).²⁰² I detta fall skulle X motsvara (kvadratroten av $0,8 \approx$) 0,8944, vilket alltså är ett högre sannolikhetskrav i genomsnitt per rättsfaktum.

Enligt Heuman bygger svensk rätt på att osäkerheten hos varje konkret rättsfaktum inte ska läggas samman.²⁰³ Det är enligt honom alltså inte konjunktionen som ska bevisas. Samma uppfattning förfäktas i Fitgers kommentar till rättegångsbalken där det uttalas att: ”Självklart ska beviskravets styrka hänföra sig till varje rättsfaktum för sig. Att beviskravet för vart och ett av flera rättsfakta uppnåts endast nätt och jämnt har alltså ingen betydelse vid fastställande av slutresultatet.”²⁰⁴ Heuman uttalar vidare att han inte funnit något belägg för domstolar i praxis från tvistemål eller brottmål har begagnat sig av bevisbörderegler där den kumulerade osäkerheten har beaktats.²⁰⁵ Dahlman och Lindell synes inta motsatt ståndpunkt, och Dahlman hävdar att han inte har funnit något fall där en domstol har dömt till straffrättsligt ansvar trots att beviskravet för konjunktionen inte har uppfyllts.²⁰⁶ Det bör dock understrykas att i varje fall Dahlman behandlar det straffrättsliga beviskravet, varför det skulle kunna vara så att han inte hyser denna åsikt även beträffande tvistemål. Lindell förefaller dock uttala sig kategoriskt.

Eftersom det kan gälla olika beviskrav beträffande de olika konkreta rättsfakta som medför att en yrkad rättsföljd inträder torde det mest rimliga – i varje fall för tvistemålens vidkommande – enligt min mening vara att beviskravet gäller för varje konkret rättsfaktum för sig och att det således inte är konjunktionen som ska bevisas.²⁰⁷ Om olika beviskrav gäller för flera

²⁰¹ Se Heuman (2005) s. 96.

²⁰² Sannolikheten för konjunktionen av flera oberoende händelser beräknas genom att sannolikheten för respektive händelse multipliceras, se Kolflaath (2008) s. 150.

²⁰³ Se Rättegång IV (2009) s. 81; Heuman (2005) s. 95 f. Heuman har författat kapitel 25 om bevisbörda och beviskrav i den senaste upplagan av *Rättegång IV*, se förordet till Rättegång IV (2009).

²⁰⁴ Se Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 1 § RB.

²⁰⁵ Heuman (2005) s. 96.

²⁰⁶ Se Dahlman (2018) s. 172 f.; Lindell (1987) s. 206 f.

²⁰⁷ Se Westberg (2004) s. 741 f. om att olika beviskrav kan gälla för olika konkreta rättsfakta. De av Westberg behandlade fallen rörde frågan om försäkringsfall hade inträffat.

konkreta rättsfakta som måste uppfyllas för att en rättsföljd ska inträda är det enligt min mening svårt att se hur en konjunktion ska kunna bevisas, eftersom det då är oklart vilket krav på sannolikhetsgraden som gäller avseende konjunktionen av rättsfakta. Det kan inte rimligen förhålla sig så i ett visst skadeståndsmål att exempelvis lokutionen ”klart mera sannolikt” utgör det tillämpliga beviskravet för orsaksfrågan medan det fortfarande krävs att konjunktionen bevisas enligt normalbeviskravet ”styrkt”.²⁰⁸ Det skulle förfela syftet med att ha ett differentierat beviskrav avseende olika konkreta rättsfakta.

2.7 Andra grundläggande principer av betydelse för bevisvärderingen

2.7.1 Dispositionsprincipen

I dispositiva tvistemål är dispositionsprincipen framträdande och innebär kortfattat att det är parterna som styr och förfogar över processmaterialet och således även över tvistens innehåll.²⁰⁹ Domstolen får enligt principen endast företa en processhandling om en eller båda parterna har yrkat detta.²¹⁰

Ett konkret uttryck för principen är exempelvis att andra omständigheter (konkreta rättsfakta) än sådana som åberopats av part inte får ligga till grund för dom enligt 17 kap. 3 § 2 men. RB, samt att medgivanden och erkännanden är bindande för domstolen enligt 17 kap. 4 § 3 men. RB jämte 42 kap.

I HD:s avgörande tillämpades inte normalbeviskravet ”styrkt” beträffande frågan om ett försäkringsfall hade inträffat. Det var tillräckligt att det gjordes mera antagligt att så hade skett än att så inte hade skett. I hovrättsfallet tillämpades dock beviskravet styrkt beträffande försäkringstagarens påstående att denne ägde egendomen, vilket också det var en förutsättning för att försäkringsersättning skulle kunna utbetalas. Se även Diesen & Strandberg (2012) s. 296 ff. om sänkt beviskrav avseende kausalitetsfrågan i skadeståndsmål.

²⁰⁸ Se exempelvis NJA 1993 s. 764 och vidare Nordh (2019b) s. 99 ff. om bevislättnader avseende frågan om orsakssamband i skadeståndsmål.

²⁰⁹ Se Rättegång I (2016) s. 63 ff.; Westberg (2021) s. 337.

²¹⁰ Se Lindell (2021) s. 136.

18 § 1 st. 3 p. respektive 35 kap. 3 § 1 st. RB.²¹¹ Ett erkännande kan både hänföra sig till rättsfakta och bevisfakta.²¹²

2.7.2 Principen om den fria processföringen

Den fria processföringen innebär att varje part som utgångspunkt är fri att föra sin talan på det sätt som denne önskar beträffande de processhandlingar som förekommer i processen, exempelvis med avseende på vad denne yrkar, vilka bevis denne åberopar, men även med avseende på vilket juridiskt ombud denne anlitar (om ett sådant över huvud taget anlitas).²¹³ Den ovan nämnda principen om den fria bevisföringen kan således förstås som utmynnandes ur principen om den fria processföringen.²¹⁴ Ytterligare en aspekt är att domaren ska förhålla sig passiv i förhållande till hur part väljer att utforma sin talan, och inte avge omdömen om eller censurera parts talan på förhand.²¹⁵

2.7.3 Jura novit curia

Principen om jura novit curia innebär att domstolen är ansvarig för rättstillämpningen, och således är ansvarig för att uttolka och tillämpa rätten ex officio.²¹⁶ Således är det inte nödvändigt för parterna att bevisa vad som utgör gällande rätt (35 kap. 2 § 2 st. 2 men. RB), även om det inte är förbjudet för parterna att förebbringa sådan bevisning.²¹⁷ Om en part använder en viss rättslig etikett beträffande ett rättsfaktum är denna inte heller bindande för domstolen.²¹⁸ Strängt taget kan part således helt eller delvis avstå från att argumentera rättsligt.²¹⁹ Med andra ord så ligger rättsreglerna vid sidan om saken (som parterna disponerar över) och

²¹¹ Se Rättegång I (2016) s. 62.

²¹² Se Rättegång IV (2009) s. 67.

²¹³ Se Westberg (2021) s. 148 ff. och s. 291.

²¹⁴ Se Westberg (2021) s. 148 f.

²¹⁵ Se Westberg (2021) s. 149.

²¹⁶ Se Westberg (2021) s. 359 ff.; Rättegång IV (2009) s. 302.

²¹⁷ Se SOU 1938:44 s. 379.

²¹⁸ Se Boman (1964) s. 46 och s. 48; Westberg (2021) s. 364.

²¹⁹ Jfr Westberg (2000) s. 219 f. om att göra en "Lindskogare". A.m. Lindell (2021) s. 348 som menar att det "starkt kan betvivlas" huruvida detta är innebörden av jura novit curia, särskilt om part har ett juridiskt skolat ombud.

parternas rättsliga argumentation är därmed inte bindande för domstolen.²²⁰ Fråga är om en fiktion bestående i att domstolen anses allvetande inom det gällande rättsliga området.²²¹ Privata normer, såsom avtalsvillkor utgör däremot sakomständigheter eller konkreta rättsfakta, det vill säga någonting som har hänt, och måste i linje med detta åberopas.²²² Trots att rättsregler inte måste åberopas och rätten ex officio får tillämpa en annan rättsregel än vad parterna har hänfört sig till anses det dock lämpligt att domstolen faktiskt pekar på en rättsregel som skulle kunna vara tillämplig och ger parterna möjlighet att yttra sig över den.²²³

2.7.4 Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration

Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration är också av stor vikt för den fria bevisvärderingen.²²⁴ Principerna innebär att mål vid domstolarna normalt sett ska avgöras efter en huvudförhandling som ska vara muntlig och koncentrerad, och att parterna omedelbart framför domstolen ska argumentera och lägga fram bevis.²²⁵

Principen om muntlighet innebär att processmaterialet måste läggas fram muntligen.²²⁶ Ett betydande undantag finns dock i 43 kap. 8 § 3 st. RB, som tillåter att bevisning läggs fram genom hänvisningar till handlingar i målet om domstolen finner detta lämpligt.

Omedelbarhetsprincipen ges en konkret betydelse genom stadgandet i 17 kap. 2 § 1 men. RB där det framgår att dom endast får grundas på vad som

²²⁰ Se Schöldström (2017) s. 15; Westberg (2021) s. 325. Håstad tycks dock mena att ett tydligt avstående av en part från att åberopa en rättsregel är bindande för domstolen (jfr uttryckssättet att domstolen ”ska beakta” ett avstående i Håstad (2016/17) s. 611.

²²¹ Se Lindblom (2003) s. 180.

²²² Se NJA 1996 s. 52; Schöldström (2017) s. 20 f.; Westberg (2021) s. 361 ff. Heuman påpekar att andra avtalsvillkor kan utgöra tolkningsdata men då inte måste åberopas av part, se Heuman (2015) s. 800 f.

²²³ Se Rättegång IV (2009) s. 303 f.; NJA 1999 s. 629; Lindell (2021) s. 365 och s. 536.

²²⁴ Se prop. 2004/05:131 s. 81.

²²⁵ Se prop. 2015/16:39 s. 25.

²²⁶ Se Lindell (2021) s. 155 f.

förekommit vid huvudförhandlingen (om en sådan har hållits).²²⁷ Den ligger även till grund för 17 kap. 2 § 2 men. RB, där det framgår att endast domare som har varit med under hela huvudförhandlingen får delta i avgörandet.²²⁸ Koncentrationsprincipen baseras i sin tur på en idé om att de bästa förutsättningarna för domstolen att meddela en korrekt dom nås om domstolen tar ställning till processmaterialet i ett koncentrerat sammanhang, vid ett eller flera rättegångstillfällen med en inte alltför lång tid mellan varje tillfälle.²²⁹ Processen ska alltså bedrivas med så få uppehåll och så liten tidsförlust som möjligt.²³⁰

I Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk poängteras att förhandlingens omedelbarhet och koncentration är särskilt betydelsefull i förhållande till bevisningen, samt att: ”Den på muntlighet, koncentration och omedelbarhet grundade förhandlingen skapar [...] väsentligt större trygghet, att den fria bevisprövningen fyller sin uppgift.”²³¹ Lindell påpekar dock att de reformer som har genomförts sedan rättegångsbalkens införande har medfört att principerna har fått en annan innebörd, och menar att principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration närmast har ersatts eller i varje fall har kompletterats med principer om flexibilitet, effektivitet och tillgänglighet.²³²

2.7.5 Principerna om det bevisomedelbarhet och det bästa bevismaterialet

Avslutningsvis kan även nämnas att principerna om det bästa bevismaterialet och om bevisomedelbarhet också syftar till att göra bevisvärderingen så tillförlitlig som möjligt.²³³ Principen om bevisomedelbarhet

²²⁷ Se Lindell (2021) s. 156. Ej att förväxla med principen om bevisomedelbarhet, även om det finns beröringspunkter, se vidare nedan och i Rättegång IV (2009) s. 44.

²²⁸ Se prop. 2004/05:131 s. 81.

²²⁹ Se Westberg (2021) s. 247.

²³⁰ Se prop. 2004/05:131 s. 81.

²³¹ Se SOU 1938:44 s. 22. Se även Rättegång IV (2009) s. 28 och s. 30.

²³² Se Lindell (2021) s. 15.

²³³ Se Rättegång IV (2009) s. 44. I *Rättegång IV* görs en distinktion mellan principerna medan Fitger m.fl. menar att principerna ibland betraktas som en enda princip, nämligen principen om bevisomedelbarhet, se Fitger m.fl. (2021) kommentaren till 35 kap. 1 § RB.

tar sikte på formen eller sättet som domstolen tar del av bevisningen, medan principen om det bästa bevismaterialet innebär att om samma kunskap eller information kan utvinnas från olika källor ska det bevismedel eller den kunskapskälla som utgör säkrast bevisning användas.²³⁴

Bevisomedelbarheten kan utläsas av 35 kap. 8 § RB där det framgår att bevis ska upptagas vid huvudförhandlingen när en sådan hålls, och ett exempel på den senare principens tillämpning är att man bör undvika hörsägenbevisning och i stället exempelvis kalla det vittne som faktiskt har observerat en händelse, snarare än en person som berättar vad personen som har observerat händelsen har sagt.²³⁵ Ser man situationen som en kedja av bevis ska denna enligt principen om det bästa bevismaterialet hållas så kort som möjligt för att minimera osäkerheten i varje led.²³⁶

²³⁴ Se Rättegång IV (2009) s. 43 f.

²³⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 43 f.

²³⁶ Jfr Rättegång IV (2009) s. 203.

3 Sannolighetsteoretiska utgångspunkter

3.1 Inledning

Det finns ingen allmänt accepterad formulering eller tolkning av vad termen ”sannolighet” innebär, utan snarare finns det flera olika teorier som illustrerar olika aspekter av sannolighet.²³⁷ Ett sätt att betrakta sannolikhetsbegreppet på är som att det har en filosofisk och en matematisk sida.²³⁸ De flesta är rörande överens om sannolikhetsbegreppets matematiska sida, det vill säga hur grader av sannolighet ökar och minskar på ett matematiskt korrekt sätt.²³⁹ En sådan aspekt som är grundläggande för de flesta teorier är exempelvis att sannolighet uttrycks med procent, decimaltal eller bråk på en skala från 0 till 1 (sannolikheten för X är $0 \leq P(X) \leq 1$).²⁴⁰

Däremot är oenigheten betydligt större beträffande den filosofiska sidan, det vill säga om vad det grundläggande sannolikhetsbegreppet betyder och hur det ska tolkas.²⁴¹ Dessutom är tillämpningen av de matematiska reglerna i ett enskilt fall i viss mån avhängig den filosofiska förståelsen av sannolighet.²⁴²

De två metoder för bevisvärdering som framställningen tar sikte på skiljer sig åt i en del avseenden, men har också flera beröringspunkter. För att skapa ett gott utgångsläge för komparationen av metoderna, men även för förståelsen av bedömningen av ursprungssannolikheten, är det motiverat att på ett mer teoretiskt plan diskutera några varierande förståelser av det

²³⁷ Se Zahle (1976) s. 138; Diesen & Strandberg (2012) s. 133.

²³⁸ Se Gillies (2000) s. 1.

²³⁹ Se Gillies (2000) s. 1; Diesen & Strandberg (2012) s. 133.

²⁴⁰ Se Hacking (2001) s. 40; Zahle (1994) s. 32. Vid Cohens induktiva sannolighet kan dock inte sannolikheten uttryckas i procent, utan sannolikheter kan endast jämföras eller rangordnas i förhållande till varandra, se Diesen & Strandberg (2012) s. 72. Detsamma framförs av Keynes, som även går längre och menar att vissa sannolikheter inte ens är jämförbara, se Gillies (2000) s. 33 ff.

²⁴¹ Se Gillies (2000) s. 1; Diesen & Strandberg (2012) s. 133.

²⁴² Se Diesen & Strandberg (2012) s. 133 f.

filosofiska sannolikhetsbegreppet, innan det i kapitel 4 och 5 på ett mer konkret sätt diskuteras hur bevisvärdering enligt metoderna går till och vad ursprungssannolikhetens roll består i.

3.2 Klassisk sannolikhets teori

Den klassiska sannolikhets teorin har sina rötter i olika problem med hasardspel som diskuterades av Pierre de Fermat och Blaise Pascal, men förknippas främst med Pierre-Simon Laplace.²⁴³ Teorin föreställer sig sannolikhet som chanslighet.²⁴⁴ Laplaces exempel utgår från att man tänker sig att det finns ett antal fall som alla har lika möjlig utgång, och att ett visst antal av dessa betraktas som gynnsamma utfall.²⁴⁵ Typexemplet är kast med en oviktad sexsidig tärning. Att man slår en etta kan i ett enskilt fall tänkas vara det gynnsamma utfallet, medan samtliga utfall är siffrorna ett till sex. Sannolikheten för en etta beräknas genom ett bråk där de gynnsamma utfallen i täljaren divideras med samtliga lika möjliga utfall i nämnaren.²⁴⁶ Sannolikheten för ett gynnsamt utfall (en etta) är således $\frac{1}{6}$.

Att fallen har lika möjlig utgång är ett uttryck för indifferensprincipen. Indifferensprincipen ger alltså vid handen att när inget tyder på att ett utfall är vanligare än något annat måste utfallen anses vara lika sannolika.²⁴⁷ Finns det ingen känd kunskap som talar för att sannolikheten för en etta skiljer sig från sannolikheten för något annat utfall, exempelvis en tvåa, utgår man från att sannolikheten är lika stor.²⁴⁸

Von Mises pekar på ett påtagligt problem med den konkreta tillämpligheten av Laplaces teori. Vad händer om en tärning är viktad så att sannolikheten för en etta är större än de andra möjliga utfallen?²⁴⁹ Utfallen är i sådant fall

²⁴³ Se Gillies (2000) s. 4 ff., s. 10 och s. 14 ff.

²⁴⁴ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 136.

²⁴⁵ Se Gillies (2000) s. 17.

²⁴⁶ Se Zahle (1976) s. 140.

²⁴⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 137; Gillies (2000) s. 17.

²⁴⁸ Se Zahle (1976) s. 140.

²⁴⁹ Se Gillies (2000) s. 18.

inte längre lika möjliga och Laplaces teori kan inte tillämpas eftersom indifferensprincipen inte kan upprätthållas. Juridisk bevisvärdering sker inte på ett sätt som ger förutsättningar för Laplaces teori att fungera.²⁵⁰

3.3 Logisk sannolikhets teori

I den logiska sannolikhets teorin följer en utsaga om sannolikhet av en logisk relation mellan två sorters utsagor, premisser och slutsatser.²⁵¹ Ett exempel från Keynes (som tillsammans med Carnap var framstående i att utveckla teorin) illustrerar det sagda. Om man låter premissen vara påståendet *h* och slutsatsen vara påståendet *a*, och kunskap om *h* rättfärdigar en rationell tro på en viss grad av *a* finns det en sannolikhetsrelation mellan *a* och *h*.²⁵² Om *h* partiellt implicerar *a* till en viss grad är det givet existensen av *h* rationellt att tro på *a* till en viss grad.²⁵³ Sannolikhet är således relationer mellan påståenden, och grader av partiell implikation är identiska med grader av rationell tro.²⁵⁴

Keynes teori förutsätter att det finns en verklig och objektivt fastställbar sannolikhetsrelation mellan premiss och slutsats.²⁵⁵ Sannolikheten är inte subjektiv, och ett påståendes sannolikhet påverkas följaktligen inte av vad vi tror om det.²⁵⁶ Med att sannolikheten kan fastställas objektivt menar dock inte Keynes att sannolikheten kan fastställas utifrån den verkliga världen, utan i en sorts hypotetisk platonisk värld av abstrakta idéer.²⁵⁷ Här ligger också svagheten i Keynes teori. De sannolikhetsrelationer han beskriver existerar ytterst sällan i verkligheten, är idealistiska och därför normalt inte tillgängliga för en juridisk beslutsfattare.²⁵⁸ För en juridisk beslutsfattare är det knappast möjligt att nå den objektiva kunskapen om den logiska sannolikhetsrelationen, och Keynes logiska teori är även problematisk

²⁵⁰ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 137.

²⁵¹ Se Zahle (1976) s. 144.

²⁵² Se Gillies (2000) s. 30 f.; Diesen & Strandberg (2012) s. 149; Zahle (1976) s. 144.

²⁵³ Se Gillies (2000) s. 30 f.; Diesen & Strandberg (2012) s. 149.

²⁵⁴ Se Gillies (2000) s. 30 f.; Diesen & Strandberg (2012) s. 149.

²⁵⁵ Se Gillies (2000) s. 33.

²⁵⁶ Se Gillies (2000) s. 32 f.

²⁵⁷ Se Gillies (2000) s. 20 jämte s. 33.

²⁵⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 151.

eftersom antalet relationer mellan bevisning och bevistema kan vara otaligt många.²⁵⁹

3.4 Frekventistisk sannolikhetssteori

De frekventistiska sannolikhetssteorierna (frekvensteorierna) utvecklades bland annat av von Mises och Reichenbach.²⁶⁰ Frekvensteorierna ser sannolikhet som en matematisk vetenskap, som behandlar observerbara massfenomen som existerar samtidigt eller återupprepningsbara fenomen.²⁶¹ Med fenomen avses bland annat en egenskap, händelse, företeelse, individ eller ett skeende; med andra ord en förekomst av något slag.²⁶² Teorierna begagnar sig däremot inte av indifferensprincipen. I stället anses två fenomen som lika sannolika när det är möjligt att observera dem lika ofta.²⁶³

Von Mises frekvensteori går ut på att bestämma hur många bestämda fenomen som förekommer i bestämda klasser av fenomen.²⁶⁴ Sannolikheten utgörs av den relativa frekvensen av fenomen.²⁶⁵ En bokhylla med 1 000 böcker skulle exempelvis kunna utgöra en bestämd klass, medan det fenomen (den egenskap) som är relevant är antalet gröna böcker. Om antalet gröna böcker är 50 stycken, är den relativa frekvensen $\frac{50}{1000}$. Sannolikheten för att en slumpvist utvald bok i bokhyllan är grön är då 5 %.

Von Mises frekvensteori har en objektiv syn på egenskaperna hos fenomenen, men inte objektiv på ett platoniskt vis utan objektiv i bemärkelsen att egenskaperna inte är beroende av vad bedömarens har för kännedom om dem.²⁶⁶ Egenskaperna är i stället inneboende hos fenomenen, och dessa ska kunna fastställas empiriskt.²⁶⁷ Objektiviteten

²⁵⁹ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 151 f.

²⁶⁰ Se Gillies (2000) s. 88; Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶¹ Se Gillies (2000) s. 88 f.

²⁶² Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶³ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶⁴ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶⁵ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶⁶ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 139. Jfr Gillies (2000) s. 20.

²⁶⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 139; Lindell (1987) s. 138.

innebär alltså att världens beskaffenhet är frikopplad från vår uppfattning om den. Om det objektivt sett hade förhållit sig på så vis att 10 av 1 000 böcker egentligen var gröna hade alltså utsagan om att 50 av 1 000 böcker var gröna varit inkorrekt.

Det finns dock ett problem med von Mises objektiva frekvenstänkande. Problemet ligger i att det objektiva frekvenstänkandet endast ger svar på den relativa förekomsten av ett visst fenomen.²⁶⁸ Frekvensteorierna kan alltså säga något om klassen böcker i bokhyllan, nämligen förekomsten av gröna böcker i klassen böcker i bokhyllan. Däremot kan inte frekvensteorierna säga någonting om sannolikheten för det konkreta fallet, det vill säga huruvida en specifik bok är grön eller någon annan färg, i större utsträckning än vad som följer av att den individuella förekomsten är en del av någon referensklass.²⁶⁹ De beviseteman som ställs upp i juridisk bevisvärdering handlar ofta, men inte alltid, om unika händelser som endast äger rum en gång.²⁷⁰ Det finns då sällan en bestämd klass att relatera förekomsten till.²⁷¹

En lösning på detta problem är användningen av fiktiva frekvenser.²⁷² Ett exempel är att man tänker sig att det finns ett bestämt antal identiska bevissituationer, och frågar i hur många av dessa som någonting bevisar någonting annat.²⁷³ Den fiktiva frekvensen måste då emellertid basera sig på erfarenhetssatser, och sannolikhetsbedömningen blir subjektiv eftersom satserna inte är statistiskt säkerställda utan grundar sig på vad beslutsfattaren tror om frekvensen av bevisetemat i den konstruerade referensklassen.²⁷⁴ Ett annat generellt problem med frekvensteorierna blir även hur

²⁶⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 138.

²⁶⁹ Se Lindell (1987) s. 138; Zahle (1976) s. 142.

²⁷⁰ Jfr Lindell (1987) s. 139 f.

²⁷¹ Jfr Lindell (1987) s. 140.

²⁷² Se Lindell (1987) s. 140.

²⁷³ Se Lindell (1987) s. 140.

²⁷⁴ Se Lindell (1987) s. 140 f.; Diesen & Strandberg (2012) s. 143. Det hade alltså även varit korrekt att hänföra de fiktiva frekvenserna till den nedan diskuterade subjektiva sannolikhets teorin.

referensklasserna ska formuleras med hänsyn till det bevisstema som är aktuellt.²⁷⁵ Detta diskuteras ytterligare i avsnitt 4.2 nedan.

Det frekvensteoretiska sannolikhettstänkandet har sin plats inom bevisvärderingen i så måtto att frekvensteoretiskt tänkande kan utgöra en startpunkt för bevisvärderingen i form av ursprungssannolikhet, exempelvis om det finns statistiskt underlag som stödjer denna, men även med hjälp av fiktiva frekvenser baserade på i livserfarenhet grundade erfarenhetsatsar.²⁷⁶

3.5 Subjektiv sannolikheteori

Ramsey och de Finetti upptäckte och utvecklade den subjektiva sannolikheteorin – självständigt i förhållande till varandra – under åren runt 1930.²⁷⁷ Den subjektiva sannolikheteorin är väsensskild i förhållande till tidigare diskuterade teorier på så vis att den inte försöker vara objektiv, utan snarare omfamnar subjektiviteten på ett pragmatiskt sätt.²⁷⁸ Teorin lämpar sig som grund för bevisvärdering eftersom den i motsats till von Mises objektiva frekvensteori framför allt syftar till att göra sannolikhetsbedömningen för unika händelser mer rationell.²⁷⁹ Subjektiviteten innebär alltså att bedömningarna är avhängiga informationen som finns tillgänglig i det enskilda fallet; eller med andra ord att beslutsfattandet sker under osäkerhet om vad den objektiva, världsliga sanningen är.²⁸⁰

Enligt de subjektiva teorierna definieras sannolikhetsgrad som en persons subjektiva grad av övertygelse ("degree of belief") om en viss utsagas sanning.²⁸¹ Två rationella beslutsfattare kan följaktligen – beträffande samma bevisituation – ha olika grader av tilltro till sanningshalten i ett

²⁷⁵ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 142 f.

²⁷⁶ Jfr Rättegång IV (2009) s. 189.

²⁷⁷ Se Gillies (2000) s. 50 f.

²⁷⁸ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 144 och Zahle (1976) s. 146 om subjektiva sannolikheteoriens förankring i pragmatismen. Med subjektivitet ska dock inte likställas godtycke. En domare måste givetvis alltid agera så rationellt som möjligt. Subjektiviteten är en konsekvens av att människor är olika och därför kan fatta olika beslut på grundval av samma material, jfr Zahle (1976) s. 145.

²⁷⁹ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 144.

²⁸⁰ Jfr Dahlman (2018) s. 15.

²⁸¹ Se Zahle (1976) s. 145; Diesen & Strandberg (2012) s. 144.

visst påstående.²⁸² I kontrast till von Mises objektiva frekvensteori är alltså inte sannolikhet något som objektivt finns i den verkliga världen, utan något som produceras av bevisbedömaren, och graden av övertygelse uttrycker dennes förhållande till en viss händelse i omvärlden.²⁸³ Detta innebär att det inte är möjligt att tala om sannolikheten för att ett visst påstående är sant, utan endast om en viss bedömares sannolikhet för att ett visst påstående är sant.²⁸⁴

En konsekvens av att subjektivismen präglar sannolikhetsbedömningen är att det blir svårare att säga att en bedömning är felaktig.²⁸⁵ Även om beviskravet och bevisbördan i sig tydligt framgår av rättsreglerna kan bevisvärderingen riskera att bli en verksamhet där vad som helst accepteras.²⁸⁶ Dessutom riskerar grundsatsen att lika fall ska bedömas lika att undermineras.²⁸⁷

Ett försök att minska subjektivismen är att ställa upp vissa normer som rationella beslutsfattare ska följa när sannolikheter integreras eller sammanvägs.²⁸⁸ Realiteten är dock att ingångsvärdena i de räkneregler och formler som används är av en subjektiv beskaffenhet.²⁸⁹ Normativa regler inom ramen för de subjektiva teorierna löser alltså inte det grundläggande problemet med subjektivt uppskattade värden i sannolikhetsbedömningarna, men leder i slutändan till en mer korrekt bedömning än om de inte används.

Det faktum att olika räkneregler används antyder att numeriska värden kan sättas på de faktorer som ingår i bedömningen. En domare använder dock typiskt sett inte siffror för att uttrycka sin övertygelse om fakta. Dahlman påpekar emellertid att siffrorna är nödvändiga, inte för att de nödvändigtvis

²⁸² Se Zahle (1976) s. 145; Lindley (2014) s. 56.

²⁸³ Jfr Lindley (2014) s. 19.

²⁸⁴ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 145.

²⁸⁵ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 146.

²⁸⁶ Jfr Diesen & Strandberg (2012) s. 146.

²⁸⁷ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 146.

²⁸⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 147. Bayes teorem och multiplikationsregeln vid oberoende bevis är exempel på sådana normer.

²⁸⁹ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 147.

alltid kan uppskattas på ett träffsäkert sätt, men för att kunna pröva de matematiska teorierna och de resultat som uppstår.²⁹⁰

Ramsey påpekar dock svårigheten i att sätta siffror på de känslor vi har om en viss övertygelse.²⁹¹ Det är emellertid alltid möjligt att utrona ett ungefärligt värde på övertygelsen genom att omsätta känslan av övertygelse till en handling utifrån övertygelse och därefter dra en parallell till vadslagning.²⁹² Mot detta invänder Strandberg bland annat att analogin till vadslagning svårligen kan tillämpas i en juridisk bevisvärderingskontext eftersom den förefaller meningslös i och med att ”en domare [aldrig får] veta vilket faktapåstående som är med sanningen överensstämmande”.²⁹³ Mot Strandbergs argument torde enligt min mening likväl kunna anföras att det faktum att något facit inte ges inte utgör ett hinder att agera efter övertygelsen, oavsett om det är meningsfullt eller meningslöst att göra så.

²⁹⁰ Se Dahlman (2018) s. 19 f.

²⁹¹ Se Gillies (2000) s. 54

²⁹² Se härtill Dahlman (2018) s. 34 ff.; Diesen & Strandberg (2012) s. 148.

²⁹³ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 148

4 Ursprungssannolikheten och bevistemat

4.1 Inledning

Då framställningen fokuserar på ursprungssannolikhetens betydelse ges detta kapitel en introduktion till den systematiska förståelsen av ursprungssannolikheten inom processrätten, det vill säga hur ursprungssannolikheten samspelar med bevistemat genom vissa av de processrättsliga och sannolikheteoretiska koncept som introducerades i kapitel 2 och 3.

4.2 Förhållandet mellan bevistema och ursprungssannolikhet

Heuman beskriver ursprungssannolikheten²⁹⁴ som "[...] en sannolikhet för bevistemat som kan fastställas utan att den konkreta bevisningen analyseras".²⁹⁵ Ursprungssannolikheten är med andra ord sannolikheten för ett visst bevistema innan någon som helst bevisning har lagts fram i målet.²⁹⁶ Ursprungssannolikheten kan även definieras som bevistemats "allmänna vanlighet" eller "vanlighet i allmänhet".²⁹⁷ Granskar man dessa lokutioner närmare finner man att bedömningen av ursprungssannolikheten är avhängig att bevistemat generaliseras ("allmänhet") så att en frekventistisk bedömning kan göras av det generaliserade bevistemats förekomst i en population eller referensklass av liknande företeelser ("vanlighet").²⁹⁸ Att

²⁹⁴ I doktrinen används ibland termen "begynnelsesannolikhet" synonymt, se Rättegång IV (2009) s. 191, vid not 181. Även "förhandssannolikhet" ("förhandssandsynlighet") och "a priori-sannolikhet" används synonymt, se Zahle (1976) s. 172 och s. 367 ff. samt Goldsmith & Andersson (1978) s. 80, vid not 29. Ekelöf samt Sahlin och Rabinowicz inkluderar dessutom ursprungssannolikheten i gruppen statistiska bevis ("statistical evidence"), se Rättegång IV (1982) s. 23 och s. 113, samt Sahlin & Rabinowicz (1998) passim, men till exempel på s. 257. På engelska används även termerna "base-rate information" ("base rate probability") och "initial probability", se exempelvis Sahlin (1986) s. 105 och Ekelöf (1983) s. 20.

²⁹⁵ Se Heuman (2005) s. 44.

²⁹⁶ Se Rättegång IV (2009) s. 136 f. och s. 189.

²⁹⁷ Se Dahlman (2018) s. 116 ff.; Rättegång IV (2009) s. 136 f. och s. 189.

²⁹⁸ Jfr Heuman (2005) s. 421 f. och s. 430.

notera här är att ursprungssannolikheten inte måste avse ett slutligt bevisstema, utan även kan avse bevisteman som utgörs av bevisfaktum.²⁹⁹

Det konkreta bevisstemat är ofta unikt, och motsvarar därför täljaren i bråket för att beräkna ursprungssannolikheten (vilken utgör kvoten). På grund av uniciteten (och för enkelhetens skull) torde täljaren normalt (men inte nödvändigtvis) anges till 1. Det generaliserade bevisstemat uppskattade förekomst utgör referensklassen, och placeras å andra sidan i nämnaren.

$$\frac{\text{Det konkreta bevisstemat}}{\text{Det generaliserade bevisstemat}} = \text{Ursprungssannolikheten}$$

Frågan är då hur generaliseringen av bevisstemat ska gå till. Heuman menar att det är svårt att etablera några riktlinjer för hur långt generaliseringen bör drivas.³⁰⁰ Det är enligt densamme lättare att göra bedömningen när ”förhållanden av mera unik karaktär” bortses ifrån, och i särskilt speciella situationer menar han att det kan saknas underlag för frekvensbedömningar.³⁰¹ För att storleken på referensklassen som ligger till grund för ursprungssannolikheten ska vara möjlig att bedöma krävs någon form av kunskap.³⁰² Det skulle dels kunna röra sig om frekvenssatser där det finns tillförlitlig statistik eller undersökningar med avseende på förekomsten av bevisstemat inom en referensklass av liknande fenomen, dels frekvenssatser grundade på domarens livserfarenhet.³⁰³ I enlighet med detta skulle det kunna bli aktuellt att införa bevisning om erfarenhetssatserna som ligger till grund för bedömningen av ursprungssannolikheten för ett visst bevisstema.³⁰⁴ Beroende på vad bevisstemat avser skulle det i vissa fall alltså bli fråga om att använda objektiva frekvenser (under förutsättning att ett statistiskt

²⁹⁹ Se Ekelöf (1983) s. 21.

³⁰⁰ Se Heuman (2005) s. 421. Heuman förefaller uttala sig generellt om ursprungssannolikheten; samma grundläggande tankesätt torde i princip gälla för att bestämma ursprungssannolikheten såväl i förhållandet till bevisstemat som i bevisbördehänseende. Se om det senare i avsnitt 6.2.

³⁰¹ Se Heuman (2005) s. 421.

³⁰² Se Rättegång IV (2009) s. 189.

³⁰³ Se Rättegång IV (2009) s. 189 och s. 191, samt avsnitt 3.3 ovan.

³⁰⁴ Jfr Lindell (2021) s. 537.

underlag existerar) eller subjektiva fiktiva frekvenser, vid referensklassens utformning. Om det slutliga bevisemat i ett konkret fall till exempel är att väglaget var dåligt skulle exempelvis statistik på antalet vägsträckor med dåligt väglag kunna vara relevant.³⁰⁵

Ett generellt problem med användandet av frekvenser för att bestämma ursprungssannolikheten är alltså det så kallade referensklassproblemet; hur storleken på den relevanta referensklassen ska bestämmas och vilka variabler eller egenskaper hos det konkreta bevisemat som är relevanta för att uppskatta storleken på den generaliserade versionen av bevisemat.³⁰⁶ En företeelse kan vara en del av ett antal olika referensklasser, och sannolikheten för företeelsen beror följaktligen på vilken referensklass som tillämpas när ursprungssannolikheten bedöms.³⁰⁷

Har man kunskap om storleken på en viss referensklass som är relevant för bevisemat, men det i bevisemat finns ytterligare potentiellt relevanta faktorer, kan man utifrån kunskapen om den existerande referensklassen samt den nya omständigheten eller de nya omständigheterna till exempel fråga sig i vilken utsträckning den eller dessa påverkar referensklassens storlek, och i förlängningen även bedömningen av ursprungssannolikheten av bevisemat. Ett problem med detta tankesätt är dock att om man skulle beakta alla variabler eller faktorer hos bevisemat för referensklassen hamnar man i en situation där referensklassen är lika stor som det enskilda fallets förekomst i denna, det vill säga $\frac{1}{1} = 1$, och en ursprungssannolikhet som alltså blir 1.³⁰⁸ Det är då knappast fråga om en generalisering av bevisemat längre.

I sammanhanget bör också påpekas att ett mer detaljerat och konkretiserat angivet bevisema inte innebär att bevisemats sannolikhet ökar. Tvärtom är

³⁰⁵ Jfr Lindblom (2003) s. 222 f. om att ”dåligt väglag” kan utgöra konkret rättsfaktum och slutligt bevisema inom ramen för en vårdslöshetsbedömning.

³⁰⁶ Jfr Dahlman (2018) s. 110 f. och s. 118; Diesen & Strandberg (2012) s. 142 f.

³⁰⁷ Se Franklin (2011) s. 557 f.

³⁰⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 143.

ett mindre konkretiserat bevistema mer sannolikt.³⁰⁹ Att säga att någon backade in i en bil är mer sannolikt än att säga att någon backade in i en bil den 25 maj 2021 eller att bilen som backades in i var grön. Såsom tidigare har konstaterats finns det å andra sidan ett processrättsligt krav på att bevisteman ska anges noggrant, som särskilt gör sig gällande mot bakgrund av tvistemålsprocessens kontradiktoriska karaktär.³¹⁰

Återgår vi till exemplet från kapitel 2 användes det slutliga bevistemat ”NN brast i uppmärksamhet när denne öppnade bildörren”. Bevistemat är i detta fall (men inte alltid) någonting *sui generis*. Eftersom det är den allmänna vanligheten vi eftersöker är det rimligt att fråga hur ofta personer i allmänhet brister i uppmärksamhet när de öppnar bildörrar. På så vis frigörs bedömningen från de attribut som är specifika för NN som individ. Uppgiften vid bedömningen av ursprungssannolikheten är alltså att finna den referensklass som ska tillämpas, men en svårighet med detta är att avgränsa den relevanta referensklassen. Vilka situationer av samma eller liknande slag ska räknas in i referensklassen och således tillåtas påverka ursprungssannolikhetens storlek?³¹¹ För det första öppnas bildörrar i en enormt stor omfattning varje dag, och bedömningen av referensklassens storlek blir därför vanskelig. För det andra är vanligheten hos det bestämda fenomenet vi undersöker, alltså frekvensen av fall där öppnandet sker med bristande uppmärksamhet också svår att avgöra. Vad som utgör bristande uppmärksamhet innehåller ett värderande moment vars förekomst är ytterst svår att statistiskt uppskatta, och all bristande uppmärksamhet är inte heller av samma slag och av samma grad. Den allmänna vanligheten hos bevistemat är därför svår att skapa sig en bild om.

En metod för att begränsa referensklassen som har föreslagits i doktrinen är att referensklassen definieras med utgångspunkt i de egenskaper som är relevanta för att förutse händelsen (bevistemat) som man undersöker

³⁰⁹ Se Jerkø (2017) s. 82 f.

³¹⁰ Se avsnitt 2.4.4.

³¹¹ Jfr Dahlman (2018) s. 118.

sannolikheten för.³¹² Metoden fungerar väl om det finns ett statistiskt underlag där det är möjligt att mäta kovariansen mellan en egenskap och en förutsägelse.³¹³ Om en egenskaps förhandenvaro samvarierar med händelsens förhandenvaro är den relevant för att uppskatta referensklassen.³¹⁴ Dahlman påpekar dock att problematiken kring referensklassen i praktiken ofta kvarstår eftersom bevisbedömaren inte sällan saknar kunskap om alla egenskapers relevans.³¹⁵

4.3 Slutsatser

När ursprungssannolikheten för ett visst bevistema ska bedömas måste en bevisbedömare ta ställning till hur långt bevistemat ska generaliseras så att det är möjligt att avgöra storleken på den relevanta referensklassen. Svaren kan nås antingen utifrån i målet införd information, såsom statistik, eller utifrån domarens livserfarenhet. Inte sällan torde dock referensklassens storlek vara svår att uppskatta på grund av det bristfälliga kunskapsunderlag som följer av uniciteten hos många bevisteman.

Det finns i linje med detta två potentiella problem när ursprungssannolikheten används vid bevisvärderingen. Det skulle kunna förhålla sig så att den erfarenhetssats som ligger till grund för ursprungssannolikheten är felaktig, till exempel genom att det statistiska underlaget faktiskt inte stämmer eller att den domarens livserfarenhet är felaktig. Denna fråga besvaras av vår kunskap om den verkliga världen, det vill säga de verklighetsbaserade data, utsagor eller antaganden som erfarenhetssatsen bygger på. Å andra sidan skulle det också kunna förhålla sig på så vis att erfarenhetssatsen i och för sig stämmer, men att den inte är jämförbar med det bevistema som föreligger i det konkreta målet. Det måste ske en bedömning om jämförbarheten mellan bevistema och referensklass; även

³¹² Se Dahlman (2018) s. 110 f. jämte s. 118.

³¹³ Se Franklin (2011) s. 559 ff.

³¹⁴ Se Dahlman (2018) s. 118.

³¹⁵ Se Dahlman (2018) s. 111.

om statistiken stämmer kanske den inte är relevant för att bedöma
ursprungssannolikheten för ett visst bevistema.

5 Ursprungssannolikheten och bevisvärderingsmetoderna

5.1 Några terminologiska anmärkningar

5.1.1 Inledning

I doktrinen har med avseende på de sannolikhetsteoretiska bevisvärderingsmetoderna olika formler utvecklats för att skapa en formell grund för bevisvärderingen. Metoderna begagnar sig också av en begrepps- och förkortningsapparat som skiljer sig åt i vissa delar, även inbördes mellan olika författare. För att underlätta förståelsen för de två bevisvärderingsmetoderna i avsnitt 5.2 och 5.3 kommer dock en gemensam terminologi med samma begrepps- och förkortningsapparat att användas i så stor utsträckning som möjligt. Den av Stening och Dahlman använda notationen relaterar till de juridiska begreppen och fungerar därför även väl för denna uppsats vidkommande.³¹⁶

5.1.2 Begreppen bevisvärde och beviskraft

Begreppet bevisvärde är tätt förknippat med bevisvärdemetoden men redan i Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk används termen flitigt; ett förslag som lades fram innan Ekelöf år 1963 introducerade sina första tankar om det som kom att utvecklas till bevisvärdemetoden.³¹⁷ Processlagberedningen använder således sannolikt begreppet bevisvärde som en beteckning för den påverkan som ett bevisfaktum har på sannolikheten för bevis temat.³¹⁸ Processlagberedningens förståelse av begreppet bevisvärde liknar i så fall begreppet beviskraft, som används inom den bayesianska metoden. Innebörden av begreppet bevisvärde enligt bevisvärdemetoden är – som kommer framgå senare i arbetet – en annan. Framställningen kommer endast att tala om bevisvärde i bevisvärdemetodens betydelse. När ingen skillnad

³¹⁶ Jfr Stening (1975) s. 34; Dahlman (2018) s. 13 f.

³¹⁷ Jfr Ekelöf (1983) s. 9.

³¹⁸ Jfr t.ex. SOU 1938:44 s. 396: ”Rätten bör, innan vittne avgiver sin berättelse, göra sig noga underrättad rörande de omständigheter, som kunna inverka på utsagans bevisvärde.”

mellan teorierna åsyftas, det vill säga där resonemangen befinner sig på en mer abstrakt nivå, används termer som ”vikt”, ”styrka” och ”påverkan” för att kunna tala om den effekt som bevisningen har eller får på bevis temat, utan att detta förknippas med någon av teorierna.

Kontentan av det sagda är att termen ”beviskraft” endast används när framställningen behandlar bayesiansk metod, medan termen ”bevisvärde” endast används beträffande bevisvärdemetoden; detta trots att jurister i realiteten ofta använder uttrycket bevisvärde med processlagberedningens innebörd.³¹⁹

5.1.3 Notation

De konventioner som är gemensamma för de två metoderna är följande. Med P avses sannolikhet, och $P(X)$ ska utläsas som ”sannolikheten för X ”. T står för bevis tema och motsvarar vad som i andra sammanhang benämns som hypotes. F står för bevis faktum och motsvarar vad som i andra sammanhang benämns som evidens. Lodstreck ($|$) används när sannolikheten för en viss händelse eller ett visst fenomen är betingad (villkorad) av en annan händelse. $P(T|F)$ utläses alltså ”sannolikheten för bevis temat givet bevis faktumet.” Dessa grundläggande begrepp är gemensamma för de flesta sannolikhetsteorier, däribland bevisvärdemetoden och bayesiansk metod.³²⁰ Ett centralt begrepp för bevisvärdemetoden är dessutom vad som kallas för bevismekanismer.³²¹ Dessa förkortas härnäst som M .

³¹⁹ Jfr Dahlman (2018) s. 66 f.; Lindell (2021) s. 586 f.

³²⁰ Jfr Sahlin (1986) s. 92 jämte Dahlman (2018) s. 13 f.

³²¹ Jfr Sahlin (1986) s. 92 f.

5.2 Bayesiansk metod

5.2.1 Grundläggande principer för bayesiansk metod

5.2.1.1 Synen på sannolikhet och bevisning

Den bayesianska metoden har en utpräglat subjektiv syn på sannolikhet.³²² Sahlin likställer till och med den bayesianska sannolikhetsteorin med den subjektiva sannolikhetsteorin.³²³ Den bayesianska metoden är vidare tydligt atomistisk.³²⁴ Detta innebär att metoden bedömer varje bevisfaktums stöd för ett visst bevistema för sig, och att dessa bevisfaktum därefter läggs samman för att avgöra det totala stödet för eller mot ett visst bevistema.³²⁵

Den fråga som den bayesianska metoden ställer är vad sannolikheten för bevistemat är givet bevisningen i målet, men det är upp till bevisbedömaren att bestämma ingångsvärdena vid bedömningen och svaret blir således ett mått på bevisbedömarens egen övertygelse om sannolikheten för bevistemat givet bevisningen.³²⁶ Sannolikheten beror alltså dels på bevistemat som ska bedömas, dels på det för bevisbedömaren rådande kunskapsläget.³²⁷ Kunskapsläget uppdateras i takt med att mer information tillkommer bevisbedömaren. Sannolikheten blir på så vis ett uttryck för bevisbedömarens förhållande till den riktiga världen, och inte någonting som endast finns i sinnet eller endast existerar i världen.³²⁸

³²² Jfr Lindley (2014) s. 56 och s. 352; Sjölander & Lindkvist (2014) s. 393, vid not 4; Andersson (2016) s. 460.

³²³ Se Sahlin (1988) s. 42.

³²⁴ Se Dahlman (2018) s. 24. Detta i kontrast till en holistisk teori som bedömer bevisningen i dess helhet. Beträffande bevistemametoden går åsikterna isär huruvida denna är atomistisk eller holistisk. Lainpelto menar att den är holistisk, se Lainpelto (2012) s. 85. Andersson förefaller hålla med Lainpelto; Andersson menar att förespråkare för bevistemametoden i ringa utsträckning förklarar hur enskilda bevis ska värderas och påverkar den totala sannolikheten för temat, se Andersson (2016) s. 446. Dahlman menar att bevistemametoden är atomistisk, se Dahlman (2018) s. 26. En tänkbar förklaring till diskrepansen är att det inte bara finns en ortodox bevistemametod utan varierande förståelser av den.

³²⁵ Se Dahlman (2018) s. 24.

³²⁶ Se Dahlman (2018) s. 15 f.

³²⁷ Se Lindley (2014) s. 64.

³²⁸ Se Lindley (2014) s. 56.

Precis som bevismetoden begagnar sig den bayesianska metoden av ett tvåsidigt sannolikhetsbegrepp, där en fastställd sannolikhet för beviset samtidigt med exakthet talar om vad sannolikheten för dess negation är.³²⁹ Detta följer av att beviset och negationen av beviset är komplementära och utesluter varandras existens, adderar man de två blir summan därför ett.³³⁰ Om sannolikheten för beviset exempelvis är 0,75 (75 %) följer av det tvåsidiga sannolikhetsbegreppet att sannolikheten för bevisets icke-existens är (0,25) 25 %.

Bayesiansk metod fungerar på alla former av relationer mellan bevisfaktum och beviset, det vill säga både sådan bevisning som utgör spår av eller har orsakats av beviset, och sådan bevisning där ett bevisfaktum har orsakat beviset, exempelvis motiv för ett visst beteende.³³¹

5.2.1.2 Ex ante och ex post

Beträffande den bayesianska metoden är begreppsparet ex ante och ex post av stor vikt. Sannolikheten ex ante innebär sannolikheten för ett beviset innan ett visst bevisfaktum har beaktats, medan sannolikheten ex post innebär sannolikheten för beviset efter ett visst bevisfaktum har beaktats.³³²

Ursprungssannolikheten utgör sannolikhet ex ante när sannolikheten för beviset bedöms innan någon som helst bevisning har beaktats, medan varje sannolikhet därefter utgör sannolikhet ex post, men samtidigt utgör sannolikhet ex ante i förhållande till bevisfakta som eventuellt tillkommer till eller beaktas vid bedömningen därefter.³³³ Man skulle kunna beskriva det som att sannolikheten ex ante är sannolikheten innan uppdatering i anledning av ett bevisfaktum har skett, medan sannolikheten ex post är den uppdaterade sannolikheten efter att ett visst bevisfaktum har beaktats,

³²⁹ Jfr Rättegång IV (1992) s. 161.

³³⁰ Se Lindley (2014) s. 58 ff.; Dahlman (2018) s. 38.

³³¹ Se Dahlman (2018) s. 41.

³³² Se Dahlman (2018) s. 82.

³³³ Se Dahlman (2018) s. 83.

samtidigt som sannolikheten ex post måhända inte är uppdaterad i förhållande till ett annat bevisfaktum och därför utgör sannolikhet ex ante i förhållande till detta.

5.2.1.3 Beviskraft

För att avgöra med vilken styrka som ett visst bevisfaktum enligt bayesiansk metod påverkar sannolikheten för ett visst bevisstema behöver en bevisbedömare först fråga sig hur ofta ett bevisfaktum observeras när bevisstemat existerar eller är sant (sann positiv), och hur ofta bevisfaktumet existerar trots att bevisstemat inte existerar eller är falskt (falsk positiv).³³⁴ Beviskraften (även likelihoodkvoten), det vill säga den kraft som bevisfaktumet påverkar bevisstemats sannolikhet med, bestäms genom att sannolikheten för att bevisfaktumet observeras givet bevisstemats existens divideras med sannolikheten för att bevisfaktumet observeras givet bevisstemats icke-existens (förekomsten av bevisstemats negation).

Med en formel kan beviskraften beräknas enligt följande³³⁵:

$$\text{Beviskraft} = \frac{P(F|T)}{P(F|\neg T)}$$

Ett konkret exempel skulle kunna vara att ett vittne påstår sig ha observerat en person som backar in sin bil i en annan bil. Vittnets utsaga utgör bevisfaktum medan att personen backar in sin bil i en annan bil utgör bevisstema. Beviskraften hos denna observation beräknas genom att bevisbedömaren först frågar sig vad sannolikheten för vittnets utsaga är givet att det faktiskt förhöll sig så att personen backade in sin bil i en annan bil. Låt oss säga att vittnet säger att denne observerar personen backa in i den andra bilen givet att detta faktiskt sker 999 gånger av 1 000.³³⁶ Om vittnet samtidigt bedöms säga att denne observerar personen backa in i den

³³⁴ Se Dahlman (2018) s. 66 ff.

³³⁵ Se Dahlman (2018) s. 69.

³³⁶ Stod vittnet på långt håll eller hade skäl att ljuga skulle denna siffra kunna vara avsevärt lägre.

andra bilen trots att detta faktiskt inte sker 1 gång av 400, beräknas beviskraften enligt följande:

$$\text{Beviskraft} = \frac{0,999}{0,0025} = 399,6$$

Beviskraften hos observationen är således 399,6.

5.2.1.4 Bayes teorem

Bayes teorem används för att integrera ursprungssannolikheten med beviskraften, och därefter kunna dra slutsatser om sannolikheten ex post.

Bayes teorem (sats, formel) kan formuleras på flera sätt:

Den enklaste formen av Bayes teorem är följande³³⁷:

$$P(T|F) = \frac{P(T) \times P(F|T)}{P(F)}$$

givet att $P(F) \neq 0$.³³⁸

Formeln säger att sannolikheten för bevisstatet givet bevisfaktumet är lika med sannolikheten för bevisstatet (sannolikheten ex ante (tillika ursprungssannolikheten vid det första bevisfaktumet)³³⁹) multiplicerad med sannolikheten för bevisfaktumet givet bevisstatet, dividerad med sannolikheten för bevisfaktumet. Allt detta under förutsättning att sannolikheten för bevisfaktumet inte är 0. Problemet med denna formel är att det ofta är hart när omöjligt att säga hur vanligt förekommande ett visst bevisfaktum är (alltså nämnarens $P(F)$).³⁴⁰

En alternativ formulering av Bayes teorem är följande³⁴¹:

$$P(T|F) = \frac{P(T) \times P(F|T)}{P(T) \times P(F|T) + P(\neg T) \times P(F|\neg T)}$$

³³⁷ Se Dahlman (2018) s. 97; Andersson (2016) s. 458; Lindley (2014) s. 123.

³³⁸ Se Lindley (2014) s. 118.

³³⁹ Se Dahlman (2018) s. 82 f.

³⁴⁰ Se Andersson (2016) s. 458; Dahlman (2018) s. 97.

³⁴¹ Se Dahlman (2018) s. 91. En liknande variant finns även hos Stening (1975) s. 43.

Formeln säger att sannolikheten för bevisemat givet bevisfaktumet är lika med sannolikheten för bevisemat multiplicerad med sannolikheten för bevisfaktumet givet bevisemat, dividerad med bevisemat multiplicerad med sannolikheten för bevisfaktumet givet bevisemat adderad med sannolikheten för negationen av bevisemat multiplicerad med sannolikheten för bevisfaktumet givet negationen av bevisemat. Har man en uppfattning om värdena för bevisemats ursprungssannolikhet ($P(T)$), sann positiv ($P(F|T)$) och falsk positiv $P(F|\neg T)$ är det således enkelt att föra in dessa på respektive plats.³⁴²

Eftersom ett bevisema antingen föreligger eller inte föreligger, det vill säga att det är förhandenvaron av bevisemat som ska bevisas, är bevisemat och bevisemats negation komplementära händelser som tillsammans är uttömmande ($P(T) + P(\neg T) = 1$).³⁴³ Sannolikheten för temats negation ($P(\neg T)$), kan följaktligen beräknas genom att man subtraherar sannolikheten för bevisemat ($P(T)$) från 1.³⁴⁴ Ergo: $1 - P(T) = P(\neg T)$.

5.2.1.5 Ett sammanfattande exempel

Om vi återknyter till exemplet från avsnitt 5.2.1.3 vet vi att sannolikheten för sann positiv är 0,999, och att sannolikheten för falsk positiv är 0,0025. För att beräkna sannolikheten för att personen backade på den andra bilen givet att vittnet säger detta används Bayes teorem. Genom Bayes teorem får bevisbedömaren alltså veta med vilken kraft bevisningen förmår öka sannolikheten för bevisemat. Innan detta är möjligt måste dock ursprungssannolikheten för bevisemat fastslås. För exemplets skull kan vi anta att ursprungssannolikheten för att en person backar in i en annan bil är 1 på 250, det vill säga 0,004.

³⁴² Ytterligare en variant kallas för oddsvarianten av Bayes teorem, se vidare Dahlman (2018) s. 85 ff. och s. 91. I denna variant står beviskraften som en egen faktor i ekvationen.

³⁴³ Här bortses då från när påståenden står i konträra förhållanden till varandra, se Rättegång IV (2009) s. 85, Heuman (2007/08) s. 912 ff.; Boman (1964) s. 85).

³⁴⁴ Se Lindley (2014) s. 58 ff.; Dahlman (2018) s. 57 f.

Om vi använder den andra formeln av Bayes teorem från avsnitt 5.2.1.4 kan vi få fram sannolikheten ex post:

$$P(T|F) = \frac{0,004 \times 0,999}{0,004 \times 0,999 + 0,996 \times 0,0025}$$

Förenklar vi högerledet i uttrycket får vi att:

$$P(T|F) = \frac{0,003996}{0,003996 + 0,00249}$$

$$P(T|F) = \frac{0,003996}{0,006486}$$

$$P(T|F) \approx 0,616$$

Sannolikheten för att personen har backat på bilen givet att vittnet säger att denne observerat detta är således ungefär 61,6 %. Relaterar man denna sannolikhet till eventuell övrig bevisning, och därefter till det tillämpliga beviskravet, kan man dra slutsatsen om huruvida beviset är bevisat och det konkreta rättsfaktumet följaktligen ska läggas till grund för domen.

5.2.2 Ursprungssannolikhetens roll hos bayesiansk metod

Oavsett vilken variant av Bayes teorem som används framgår uttryckligen att ursprungssannolikheten, $P(T)$, spelar en viktig roll vid bedömningen av sannolikheten ex post. Det är dock inte helt rättvisande att tala om $P(T)$, eftersom det, även fast ingen konkret bevisning föreligger i målet, kan ligga erfarenhetssatser och notoriska fakta till grund för bedömningen av ursprungssannolikheten. Dahlman talar därför om $P(T|A)$, där A utgör ”bedömarens bakgrundskunskaper om världen”, som ett mer korrekt sätt att beskriva ursprungssannolikheten på.³⁴⁵

Ursprungssannolikheten kan bestämmas till vilket tal som helst inom spannet mellan 0–1. Den enda regeln för en bevisbedömare som bedömer

³⁴⁵ Se Dahlman (2018) s. 114. Jfr även Lindley (2014) s. 260.

ursprungssannolikheten är således att $P(T|A)$ inte ska utgöras av 0 eller 1.³⁴⁶ Skälet härför är att om ursprungssannolikheten är 0 kommer ingen bevisning över huvud taget att förmå öka sannolikheten för bevistemat, och vice versa gäller att om ursprungssannolikheten är 1 kommer ingen bevisning att förmå minska sannolikheten för bevistemat.³⁴⁷ Sannolikheten ex ante och sannolikheten ex post kommer alltid att vara 0 respektive 1 i dessa fall, så ett visst utrymme bör uppenbarligen lämnas åt den konkreta bevisningen att påverka. Det enda undantaget från denna regel avseende ursprungssannolikheten är om ett bevisfaktum logiskt sett implicerar existensen av bevistemat, i detta fall kan ursprungssannolikheten vara 0 och 1, men detta torde inte förekomma utanför logiska system och knappast som en del av bevisvärderingen i tvistemål.³⁴⁸

För att bedöma själva ursprungssannolikheten torde det i de flesta fall bli aktuellt att bedöma ursprungssannolikheten med hjälp av frekvenser, på så vis som beskrevs i avsnitt 3.4 och 4.2. Ekelöf kritiserar bevistemametoden (vilken är en mindre sofistikerad version av bayesiansk metod) ur denna synpunkt och menar att ursprungssannolikheten i många fall är ytterst svårt att besvara; han exemplifierar detta med att fråga sig hur ofta en gäldenär i ett fordringsmål betalar respektive inte betalar sin skuld.³⁴⁹

Dahlman föreslår beträffande brottmål att en schabloniserad ursprungssannolikhet ska användas.³⁵⁰ En liknande tanke kan skönjas hos vissa av bevistemametodens förespråkare, som föreslår att en ursprungssannolikhet om 0,5 ska användas som startpunkt.³⁵¹ I ljuset av gällande rätt, med ett högt ställt normalbeviskrav (se avsnitt 2.6.2) är denna ordning dock inte lämplig om en bayesiansk metod används. Om vi ponerar att normalbeviskravet

³⁴⁶ Se Lindley (2014) s. 130. Regeln kallas för Cromwells regel, efter den engelske statsmannen Oliver Cromwell som i ett brev till den skotska kyrkan skrev: "I beseech you, in the bowels of Christ, think it possible that you may be mistaken."

³⁴⁷ Se Lindley (2014) s. 129 f.

³⁴⁸ Jfr Lindley (2014) s. 130 f.

³⁴⁹ Se Rättegång IV (1982) s. 47 f.; Rättegång IV (1992) s. 162 f.

³⁵⁰ Se Dahlman (2018) s. 127 f.

³⁵¹ Se Lindell (2014) s. 384, som härtill nämner Bolding (1951) s. 170. Lindell påstår på samma sida att beviskraven är högre om temametoden används, men hänvisar inte till någon källa för detta påstående och beskriver inte heller hur mycket högre beviskravet skulle vara om bevistemametoden används.

motsvarar en sannolikhetsgrad om 90 % (0,9) är det tillräckligt att det är 9 gånger vanligare att bevisfaktumet observeras givet bevisemat än att bevisfaktumet observeras givet att bevisemat inte existerar, alltså en beviskraft om 9, om en schabloniserad ursprungssannolikhet om 50 % används, för att beviskravet ska vara uppfyllt. Det resoneras enligt min mening knappast väl med tanken att beviskravet som utgångspunkt ska vara högt ställt. En schabloniserad ursprungssannolikhet om 0,5 i tvistemål förfelar således i allmänhet syftet med ett högt ställt normalbeviskrav. En lägre ursprungssannolikhet, exempelvis om 0,01 skulle å andra sidan kunna vara svårförenlig med den ovan nämnda (se avsnitt 2.3.2) principen om den fria bevisvärderingen, genom att en sådan schabloniserad ursprungssannolikhet medför att hänsyn till de faktiska omständigheterna tas i allt för liten utsträckning.³⁵² Slutsatsen av det sagda är därför att ursprungssannolikheten i varje konkret fall ska tillåtas variera med den uppskattade förekomsten av bevisemat i en reell eller fiktiv referensklass.

Som en konsekvens av ursprungssannolikhetens betydelse för den bayesianska metoden blir beviskraften som krävs för att nå upp till beviskravet alltid relativ till ursprungssannolikheten; beviskrav och ursprungssannolikhet blir en sorts spegelbilder av varandra. Beviskraften som krävs för att nå upp till beviskravet kommer alltså, eftersom ursprungssannolikheten ofta bestäms med hänsyn till bevisemats *sui generis*-karaktär, att kunna variera mellan mål, även om inte beviskravet varierar. Uppgår beviskravet till en sannolikhetsgrad om 90 % krävs det exempelvis en beviskraft om 891 i det fallet att ursprungssannolikheten är 0,01. Om ursprungssannolikheten däremot är 0,05 är för att nå samma beviskrav en beviskraft om 171 tillräcklig. Det skulle till och med kunna krävas mindre beviskraft för att nå upp till ett högre ställt beviskrav i ett mål än vad som krävs i ett annat mål där ett lägre beviskrav gäller, under förutsättning att ursprungssannolikheten är lägre i det senare målet.

³⁵² En avsevärd skillnad finns härmed i förhållande till brottmålen, där oskyldighetspresumtionen gör sig gällande, jfr härtill Dahlman (2018) s. 118 ff. och s. 128.

5.3 Bevisvärdemetoden

5.3.1 Grundläggande principer för bevisvärdemetoden

Bevisvärdemetoden baserar sig precis som den bayesianska metoden på subjektiva sannolikheter, och beskrivs dessutom som en frekvensteoretisk metod.³⁵³ Den är emellertid inte en bayesiansk metod eller en variant av en sådan.³⁵⁴

5.3.1.1 Bevismekanismer och bevisvärde

Bevisvärdemetoden bygger på uppfattningen att sannolikheten för att en bevismekanism har fungerat givet bevisfaktum ($P(M|F)$) är viktigare än sannolikheten för bevisstatet givet bevisfaktum ($P(T|F)$).³⁵⁵ Beskrivningen av hur metoden fungerar, alltså förhållandet eller mekanismen mellan bevisstatet och bevisfaktum, skiljer sig åt mellan olika författare. Ekelöf betonar det kausala förhållandet mellan bevisstatet och bevisfaktum; för honom är den relevanta frågan med vilken sannolikhet bevisstatet har orsakat bevisfaktumet (sannolikheten att ett bevisfaktum har orsakats av bevisstatet).³⁵⁶ Densammes betoning på det kausala sambandet innebär att han är av uppfattningen att bevisvärdemetoden inte kan användas beträffande icke-kausala (strukturella) bevisfakta, exempelvis motiv och karaktärsbevisning.³⁵⁷

Stening använder ett från Ekelöfs krav på kausalitet mellan bevisstatet och bevisfaktum frikopplat koncept för bevisvärde. Den relevanta frågan är enligt Stening ”sannolikheten för att bevisfaktum *bevisar* bevisstatet”.³⁵⁸

³⁵³ Se Sahlin (1988) s. 42 jämte Rättegång IV (2009) s. 168 f.

³⁵⁴ Jfr Gärdenfors (1983) s. 46 ff.

³⁵⁵ Se Hansson (1983) s. 76 och s. 96; Gärdenfors (1983) s. 47; Sahlin (1986) s. 93.

³⁵⁶ Se Rättegång IV (1982) s. 25 f.; Ekelöf (1988) s. 4. Se även Rättegång IV (2009) s. 170; Rättegång IV (1992) s. 132 f. och särskilt Lainpelto (2012) s. 86 ff. Halldén placerar också den kausala kopplingen mellan bevisstatet och bevisfaktum i förgrunden, men har som framgår nedan en annan syn på hur kopplingen ska beskrivas, se Hansson (1983) s. 76; Sahlin (1986) s. 92.

³⁵⁷ Se Ekelöf (1990a) s. 22 ff.; Rättegång IV (2009) s. 181; Dahlman (2018) s. 33 och s. 39 f.

³⁵⁸ Se Stening (1975) s. 35. Min kursivering.

Det man bedömer sannolikheten för är enligt densamme alltså sannolikheten att bevisfaktum och bevistema står i ett sådant förhållande att bevisfaktumet implicerar bevistemats existens (eller sanning).³⁵⁹

En mer sofistikerad variant av bevisvärdeometoden står att finna i den sannolikhetsteoretiska litteraturen. Ett centralt koncept för denna teoretiska utveckling av bevisvärdeteorin är det uttryckliga användandet av bevismekanismer, vilka introducerades av Halldén.³⁶⁰ En bevismekanism utgör en länk mellan bevistemat och bevisfaktumet, vars förhandenvaro innebär att bevistemat bevisas givet bevisfaktumet.³⁶¹ Sahlin och Rabinowicz beskriver hur bevismekanismen har tre beståndsdelar, ett bevistema, ett bevisfaktum, samt en händelse av sådant slag att om den inträffar och bevisfaktumet har erhållits utgör detta bevis för bevistemat.³⁶²

Halldén föreställde sig bevismekanismerna som kausala kopplingar mellan bevistema och bevisfaktum, men det är inte nödvändigtvis den enda sortens bevismekanism som kan länka samman bevisfaktum och bevistema.³⁶³ Goldsmith och Andersson för exempelvis fram olika former av ”formellt implikativa” mekanismer, såsom exklusion, inklusion och identitet.³⁶⁴ De menar även att kausalrelationer vid hypotetiska förhållanden där bevisfaktumet orsakat bevistemat kan vara sådana fall där bevisfaktumet bevisar bevistemat.³⁶⁵

Ett exempel som ges av Goldsmith och Andersson är ett bevisfaktum i form av ett brev, som visar att en mördare haft avsikt att mörda en annan person (bevistema tillika bevisfaktum).³⁶⁶ Avsikten utgör i detta resonemang i sin

³⁵⁹ Se Stening (1975) s. 35

³⁶⁰ Av Halldén benämnda indiciemekanismer, se Sahlin & Freeling (1983) s. 504, och av Goldsmith & Andersson benämnda bevisrelationer, se Goldsmith & Andersson (1978) s. 72 f.

³⁶¹ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 248 f.

³⁶² Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 249.

³⁶³ Se Sahlin (1986) s. 92; Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 249.

³⁶⁴ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 74 f.

³⁶⁵ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 73.

³⁶⁶ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 73 f.

tur bevisfaktum i förhållande till att personen faktiskt har mördat en annan person (slutligt bevisstema), eftersom avsikten har orsakat mordet.³⁶⁷ De beskriver det som att bevisstemat "[...] bevisas av den hypotetiskt antagna avsikten förutsatt att den i verkligheten varit en orsak till temat, d v s stått i en kausalrelation till detta."³⁶⁸ Detta tyder i så fall på att även vissa former av bevisning där kausalförhållandet går från bevisfaktum till bevisstema kan beaktas inom ramen för bevisvärdeometoden. I dessa fall är alltså den kausala relationen mellan bevisfaktum och bevisstema omvänd. Sahlin och Rabinowicz menar att alla former av sunda resonemang ("sound reasoning") kan fungera som pålitliga mekanismer.³⁶⁹

Det är bevismekanismerna som är bärare av bevisvärde, och bevisvärde kan följaktligen endast tillskrivas bevisfakta om bevismekanismerna beaktas.³⁷⁰ Sannolikheten som efterfrågas enligt bevisvärdeometoden kan därför enligt Sahlin och Rabinowicz beskrivas på samma sätt som Stening gör, nämligen att det relevanta är huruvida bevisfaktumet *bevisar* bevisstemat.³⁷¹ Ett annat sätt att beskriva saken är att det är sannolikheten för att bevismekanismen fungerar givet bevisfaktumet som ska bedömas ($P(M|F)$), det vill säga att länken mellan bevisstema och bevisfaktum har varit närvarande.³⁷² $P(M|F)$ står således för det bevisvärde ett visst bevisfaktum har för ett visst bevisstema.³⁷³ Sahlin och Rabinowicz menar att det är rimligt att anta att bevisstemat inte påverkar huruvida bevismekanismen fungerar; bevisstemat är självständigt från bevismekanismen.³⁷⁴

³⁶⁷ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 73 f.

³⁶⁸ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 73 f.

³⁶⁹ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 249.

³⁷⁰ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 248 ff.; Sahlin (1986) passim, men till exempel. s. 91, 92 och 94.

³⁷¹ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 249; Sahlin (1986) s. 93.

³⁷² Se Sahlin (1986) s. 93. Det ligger dock en förenkling i att bedömningen sker av hur ofta mekanismen fungerar. Det skulle kunna förhålla sig så att mekanismen i sig, när den fungerar, ändå inte alltid är helt pålitlig, det vill säga att den inte alltid levererar rätt svar trots att den fungerar, se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 250.

³⁷³ Se Goldsmith (1983) s. 106.

³⁷⁴ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 251. En helt annan fråga är hur bevisstemats allmänna vanlighet (ursprungssannolikheten) påverkar bevisvärdet, detta behandlas nedan under avsnitt 5.3.2.

Utgångspunkten för ett visst bevisfaktums bevisvärde är 0.³⁷⁵ För att utröna sannolikheten för att mekanismen fungerar måste därför hjälpfakta och erfarenhetssatser beaktas.³⁷⁶ Om bevisvärdet är 1 innebär detta att mekanismen mellan bevisfaktumet och bevistemat med säkerhet har fungerat, men om bevisvärdet för ett visst bevisfaktum är 0, det vill säga att sannolikheten för att mekanismen har fungerat är 0, går det inte att dra någon som helst slutsats om bevistemats förhandenvaro eller sanning på grundval av detta bevisfaktum; bevisfaktumet tillför ingen information om bevistemat, men bevistemat kan fortfarande vara sant eller falskt.³⁷⁷

Eftersom det alltjämt är bevistemat som ska bevisas uppstår frågan på vilket sätt bevisvärdemetoden säger med vilken sannolikhet bevistemat föreligger.³⁷⁸ Bevisbedömaren bedömer enligt bevisvärdemetoden sannolikheten för att bevismekanismen fungerar givet ett visst bevisfaktum, och om mekanismen föreligger och bevisfaktumet föreligger följer att bevistemat måste föreligga; bevismekanismen innebär att bevisfaktumets existens förutsätter bevistemats existens eller sanning med en viss sannolikhet.³⁷⁹ Om bevisvärdet för ett visst bevisfaktum är 0,6 vet vi att sannolikheten för bevistemat minst är 0,6, eftersom den här bevismekanismen uppskattas ha fungerat givet bevisfaktumet i minst 60 % av fallen.³⁸⁰

Ett jämförande exempel mellan bevisvärdemetoden och den bayesianska metoden kan illustrera hur bevisvärdemetoden avses fungera.³⁸¹ Anta att en bil har smitit från en bilolycka i en stad där 70 % av det totala antalet bilar är gröna och 30 % av det totala antalet bilar är blå. Ett vittne säger att det

³⁷⁵ Se Rättegång IV (1992) s. 128.

³⁷⁶ Se Rättegång IV (1992) s. 133; Rättegång IV (2009) s. 181 och s. 193. Man kan genom att resonera om bevismekanismen även göra en distinktion mellan bevisfaktum och hjälpfaktum; ett hjälpfaktum har inte någon bevismekanism med bevistemat och följaktligen inget eget bevisvärde utan används för att bedöma bevisvärdet hos ett bevisfaktum, se Goldsmith (1983) s. 107.

³⁷⁷ Se Rättegång IV (2009) s. 195; Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 250; Sahlin (1988) s. 41.

³⁷⁸ Jfr Dahlman (2018) s. 32.

³⁷⁹ Jfr Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 149 f.; Goldsmith & Andersson (1978) s. 73; Rättegång IV (2009) s. 196 f.

³⁸⁰ Jfr Sahlin (1988) s. 41; Rättegång IV (1992) s. 135 f.

³⁸¹ Exemplet är inspirerat av Gärdenfors (1983) s. 44 ff. och Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 256 ff., vilka i sin tur har hämtat det från Kahneman och Tversky.

var en blå bil som smet från olycksplatsen. Det finns vidare statistik som ger vid handen att vittnet korrekt säger att det var en blå bil när det faktiskt var så i 90 % av fallen. Samtidigt visar statistik också att vittnet felaktigt säger att det var en blå bil när det faktiskt inte var så i 20 % av fallen.

Den bayesianska metodens första steg är att avgöra ursprungssannolikheten för att det var en blå bil på olycksplatsen. I detta fall är ursprungssannolikheten för en blå bil 30 %. Om den bayesianska metoden används (exempelvis den alternativa formuleringen av Bayes teorem i avsnitt 5.2.1.4) är sannolikheten för att det var en blå bil på platsen givet vittnets utsaga om detta $\approx 66\%$.

Enligt bevisvärdemetoden skulle fokus i stället hamna på sannolikheten att bevismekanismen mellan vittnet och den blå bilen fungerade, eftersom det endast är här som det existerar en länk mellan vittnets utsaga och den blå bilen.³⁸² Denna fråga besvaras inte av den statistik som finns i målet.

(Möjligen skulle vetskapen om den relativt de blå bilarna högre frekvensen av gröna bilar påverka bevisvärdet av vittnets utsaga (se vidare avsnitt 5.3.2.2).)³⁸³

5.3.1.2 Det ensidiga sannolikhetsbegreppet

En egenskap hos bevisvärdemetoden som ofta lyfts fram är att den begagnar sig av ett ensidigt sannolikhetsbegrepp. Innebörden av den ensidiga sannolikheten är att den av bevisvärdemetoden givna minsta sannolikheten för ett bevisstema inte samtidigt ger vid handen exakt vad sannolikheten för negationen av temat är.³⁸⁴ Anledningen till att bevisvärdemetoden begagnar sig av ett sådant sannolikhetsbegrepp är eftersom i de fall där mekanismen fungerar givet bevisfaktumet existerar bevisstemat med säkerhet, men om inte mekanismen fungerar kan temat fortfarande vara sant.³⁸⁵ Av detta följer att sannolikheten för att bevismekanismen fungerar givet bevisfaktumet,

³⁸² Jfr Gärdenfors (1983) s. 47.

³⁸³ Jfr Freeling & Sahlin (1983) s. 70 f.

³⁸⁴ Se Sahlin & Freeling (1983) s. 506 f.

³⁸⁵ Se Sahlin (1986) s. 93.

med andra ord bevisvärdet, är lägre eller lika med sannolikheten för bevisemat givet bevisfaktumet ($P(M|F) \leq P(T|F)$), vilket gör det omöjligt att exakt säga vad negationen av T är.³⁸⁶

Däremot är det möjligt att uttala sig om något beträffande bevisemats negation, nämligen om vilket intervall sannolikheten för negationen av T befinner sig i.³⁸⁷ Om bevisvärdet är 0,6 måste negationen av bevisemat befinna sig någonstans inom intervallet 0 till 0,4.³⁸⁸ Bevisvärdet hos mekanismen mellan bevisfaktum och bevisema adderad med sannolikheten för bevisemats negation givet bevisfaktumet blir inte alltid 1; med andra ord råder det subadditivitet mellan bevisvärdet för bevisemat givet bevisfaktumet och bevisvärdet för bevisemats negation givet bevisfaktumet.³⁸⁹ En följd av detta är att det finns en sorts inneboende försiktighet hos bevisvärdemetoden som beaktar bevisbedömarens bristande kunskap, jämfört med metoder där en exakt uppskattning av sannolikheten för temat erhålls.³⁹⁰ Att säga att sannolikheten för bevisemat är exakt 0,6 skulle enligt en uppfattning vara besvärligare än att säga att sannolikheten för bevisemat minst är 0,6.³⁹¹

5.3.1.3 Ett sammanfattande exempel

Utgår man från exemplet i avsnitt 5.2.1.5 igen blir i anledning av vad som ovan diskuterats inte frågan vad sannolikheten för att personen har backat in sin bil i en annan bil givet vittnets observation av detta, utan sannolikheten för att bevismekanismen mellan bevisema och bevisfaktum och bevisema fungerar givet bevisfaktumet. Eftersom det i det ifrågavarande fallet är fråga om ett kausalt samband skulle man med Ekelöfs sätt att se på saken även

³⁸⁶ Se Sahlin (1986) s. 93; Sahlin (1988) s. 41.

³⁸⁷ Se Sahlin (1988) s. 41.

³⁸⁸ Se Sahlin (1988) s. 41.

³⁸⁹ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 255. En reflektion är om det verkligen är rätt att tala om bevisvärde hos en mekanism som bevisar negationen. Egentligen är det kanske mer rättvisande att tala om att det råder subadditivitet mellan bevisvärdet för bevisemat givet bevisfaktumet och *sannolikheten* för bevisemats negation givet bevisfaktumet, eftersom vi vet att bevisvärdet, sannolikheten för att mekanismen har fungerat, implicerar den minsta sannolikheten för bevisemats existens eller sanning, men att det inte går att räkna fram exakt vad negationens sannolikhet är.

³⁹⁰ Se Sahlin & Freeling (1983) s. 507.

³⁹¹ Se Sahlin & Freeling (1983) s. 507.

kunna fråga vad sannolikheten är att backandet av bilen in i en annan bil har orsakat vittnets observation av detta. Vid bedömningen av detta förhållande måste den konkreta händelsen relateras till en fiktiv referensklass med ett antal (exempelvis 100 stycken) likadana bevissituationer, och utifrån detta samt existerande hjälpfakta får man uppskatta antalet situationer där bevismekanismen fungerar.³⁹² Kan antalet situationer där mekanismen fungerar uppskattas till 60 stycken är bevisvärdet följaktligen 60 %, och sannolikheten för bevisemat givet vittnets observation är minst 60 %. Här blir det alltså fråga om en sorts frekventistisk bedömning (jfr avsnitt 3.4).

5.3.2 Ursprungssannolikhetens roll hos bevisvärdemetoden

Frågan om ursprungssannolikhetens roll vid bevisvärdemetoden har varit föremål för en omfattande diskussion och analys i den juridiska och sannolikheteoretiska litteraturen. Innan det i det följande redogörs för detta kan det emellertid finnas anledning att hypotetiskt diskutera de potentiella sätt som ursprungssannolikheten skulle kunna påverka bevisvärdet. Ett problem med de uttalanden som finns i den juridiska litteraturen är som kommer framgå nedan nämligen att man uttalar sig alltför kategoriskt om ursprungssannolikhetens roll vid bevisvärdemetoden.

Ett tänkbart sätt är att bevisvärdet och ursprungssannolikheten kan kombineras med varandra och på så vis producera ett gemensamt, nytt bevisvärde.³⁹³ Ett annat sätt att betrakta frågan är att undersöka vilken roll ursprungssannolikheten för bevisemat spelar för att avgöra ett enskilt bevisfaktums bevisvärde.³⁹⁴ Ett tredje sätt är att analysera ursprungssannolikhetens roll vid flera samverkande bevisfaktas totala bevisvärde, alltså dess roll vid samverkan av flera bevismekanismer.³⁹⁵ Ett fjärde sätt är att undersöka dess roll vid motverkande bevisfakta.³⁹⁶ Med anledning av

³⁹² Se Rättegång IV (2009) s. 195 f.

³⁹³ Jfr Sahlin (1986) s. 104 ff.; Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 255 ff.

³⁹⁴ Jfr Stening (1975) s. 86.

³⁹⁵ Jfr Stening (1975) s. 86.

³⁹⁶ Jfr Stening (1975) s. 109 ff.

uppsatsens avgränsningar kommer inte det tredje och fjärde sättet att behandlas, utan endast frågorna om ursprungssannolikheten kan kombineras med bevisvärdet samt om och i så fall hur ursprungssannolikheten påverkar bevisvärdet behandlas i avsnitt 5.3.2.1-2.

5.3.2.1 Doktrinära uppfattningar om ursprungssannolikhetens betydelse

Ekelöfs uppfattning är att ursprungssannolikheten för ett konkret rättsfaktum vid bevisvärdemetoden inte ska ges betydelse i förhållande till ”det konkreta bevismaterialet”.³⁹⁷ I stället för den statistiska vanligheten hos bevisemat anser Ekelöf att det är föreliggande hjälpfakta som har en påverkan i detta avseende.³⁹⁸ I en annan framställning synes Ekelöf mena att ursprungssannolikheten för kausal bevisning är irrelevant, och i en tredje uttalar han det inte finns någon ”anledning att beakta temats begynnelse-sannolikhet, när man tillämpar värdemodellen”.³⁹⁹ Likaså menar Stening att betydelsen av ursprungssannolikheten endast är marginell vid användning av bevisvärdemetoden.⁴⁰⁰ Även Edelstam menar, med hänvisning till Ekelöf, att ursprungssannolikheten inte ska beaktas när bevisvärdet för att en utsaga har orsakats av att någonting har hänt bedöms.⁴⁰¹

Lindells uppfattning är att ursprungssannolikheten ungefär har lika stor betydelse enligt både bevisematmetoden och bevisvärdemetoden.⁴⁰² Han menar vidare att skillnaden mellan ursprungssannolikhetens roll för metoderna är att ursprungssannolikheten vid bevisvärdemetoden inte påverkar sannolikheten för bevisemat, utan bevisvärdet för bevisemat hos ett visst bevisfaktum.⁴⁰³

³⁹⁷ Se Ekelöf (1989) s. 30.

³⁹⁸ Se Ekelöf (1989) s. 30.

³⁹⁹ Se Ekelöf (1990a) s. 22, respektive Ekelöf (1990b) s. 57.

⁴⁰⁰ Se Stening (1975) s. 43.

⁴⁰¹ Se Rättegång IV (2009) s. 190.

⁴⁰² Se Lindell (1987) s. 168.

⁴⁰³ Se Lindell (1987) s. 168; Lindell (2021) s. 587 f.

Goldsmith och Andersson menar att svårigheter kring ursprungssannolikheten undviks när bevisvärdeometoden används.⁴⁰⁴ De exemplifierar med att en domare kan känna sig säker på att beviset är sant, samtidigt som denne känner sig säker på att de bevisfakta som finns i målet inte bevisar detta beviset.⁴⁰⁵ I sådana fall föreligger det med andra ord en låg sannolikhet för att bevismekanismen fungerar (bevisvärdet hos bevisfaktumet är lågt) samtidigt som ursprungssannolikheten är hög. Det för bevisvärdeometoden relevanta är bevisvärdet (sannolikheten för att mekanismen fungerar); om en domare inte finner att det finns någon fungerande bevismekanism finns inte något bevisvärde över huvud taget, och följaktligen inte heller någon påverkan av ursprungssannolikheten på domarens bedömning.⁴⁰⁶ De menar dock inte att ursprungssannolikheten saknar all betydelse för bedömningen av bevisvärdet, se vidare avsnitt 5.3.2.2.⁴⁰⁷

Sahlin och Rabinowicz menar att ursprungssannolikhet inte kan tolkas som bärandes ett bevisvärde.⁴⁰⁸ Statistiska sannolikheter såsom ursprungssannolikhet härleds inte från bevismekanismer och säger således inte någonting av stor vikt för det konkreta fallet.⁴⁰⁹ Det finns alltså ingenting som direkt kopplar samman beviset med information om ursprungssannolikheten.⁴¹⁰ Ett annat sätt att uttrycka det på är att ursprungssannolikheten inte utgör ett bevisfaktum, eftersom det inte finns en bevismekanism som länkar samman ursprungssannolikheten med beviset.⁴¹¹ Bevisvärdet som ges av ursprungssannolikheten är följaktligen noll.⁴¹²

Dessutom är enligt Sahlin och Rabinowicz statistiska sannolikheter såsom ursprungssannolikhet inte möjliga att kombinera med bevisvärdet då de har

⁴⁰⁴ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 80 f.

⁴⁰⁵ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 81.

⁴⁰⁶ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 81 f.

⁴⁰⁷ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 81 f.

⁴⁰⁸ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 258 f.; Sahlin (1986) s. 105.

⁴⁰⁹ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 258 f.

⁴¹⁰ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 258.

⁴¹¹ Se Gärdenfors (1983) s. 47.

⁴¹² Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 259; Sahlin (1986) s. 105.

olika epistemisk (kunskapsmässig) status.⁴¹³ Bevisvärdet utgör en ”ren” (”pure”) sannolikhet som endast ger stöd för bevistemat, för bevistemats negation eller är neutralt i förhållande till bevistemat och dess negation, medan ursprungssannolikheten utgör en blandad (”mixed”) sannolikhet som både ger stöd för bevistemat och dess negation.⁴¹⁴ Dessa är enligt Sahlin & Rabinowicz inte möjliga att kombinera.⁴¹⁵ Detta är i grund och botten skälet för den ovan diskuterade ensidigheten hos bevisvärdemetoden, eftersom bevisvärdet beter sig som en ren sannolikhet som inte nödvändigtvis summerar till ett med dess negation adderad, medan ursprungssannolikheten för bevistemat utgör en form av blandad sannolikhet som därför summerar till ett med dess negation adderad.⁴¹⁶ Vad för sorts värde man får fram om man på något vis ändå kombinerar dessa två sorters sannolikhet är enligt Sahlin och Rabinowicz inte bevisvärde.⁴¹⁷

5.3.2.2 Ursprungssannolikhetens påverkan på bevisvärdet

Enligt de under avsnitt 5.3.2.1 redovisade uppfattningarna förefaller ursprungssannolikheten ges en mindre central roll vid bevisvärdemetoden än vad ursprungssannolikheten har vid den bayesianska metoden. Varken Ekelöf, Stening, Sahlin och Rabinowicz eller Goldsmith och Andersson förkastar dock ursprungssannolikhetens betydelse fullständigt, utan menar att den kan spela roll.⁴¹⁸ Ekelöf skriver exempelvis att: ”The influence on the evidentiary value of the initial probability is estimated in the same manner as that of auxiliary facts. However, most themes of evidence have no such probability at all”.⁴¹⁹ Ekelöf menar således att bevisvärdet kan påverkas av ursprungssannolikheten på samma sätt som hjälpfakta påverkar bevisvärdet, men att det sällan förhåller sig så att bevisteman har någon

⁴¹³ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 258 f.

⁴¹⁴ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 254 ff.; Ekelöf (1988) s. 16 f.

⁴¹⁵ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 258 f.

⁴¹⁶ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 255; Goldsmith & Andersson (1978) s. 83 f.; Sahlin & Freeling (1983) s. 506.

⁴¹⁷ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 259.

⁴¹⁸ Se Stening (1975) s. 43 f. och s. 84 ff.; Stening (1979) s. 286 ff.; Ekelöf (1983) s. 20 f.; Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 259 f.

⁴¹⁹ Se Ekelöf (1983) s. 20.

ursprungssannolikhet.⁴²⁰ Uppfattningen att bevisvärdet kan påverkas förefaller delas av Stening, som uttalar att:

Om vi antar att temat utgörs av någonting utomordentligt sällsynt, blir vår bedömning av ett föreliggande bevisfaktums bevisvärde med nödvändighet påverkat härav. Ju mer osannolikt temat är, desto mer tvivlande ställer vi oss till beviset. Om ett vittne berättar någonting otroligt, misstänker vi naturligtvis att vittnet är otillförlitligt av den ena eller andra orsaken.⁴²¹

På ett annat ställe i samma verk framhåller Stening följaktligen att bevisstemats ursprungssannolikhet kan ha stor betydelse för ett enskilt bevisfaktums bevisvärde, särskilt i det fall att ursprungssannolikheten är väldigt låg eller hög.⁴²² Denna uppfattning delas av Goldsmith och Andersson. De menar att en vittnesutsaga om något mycket osannolikt (med låg ursprungssannolikhet) normalt ges ett lägre bevisvärde än en vittnesutsaga om en vanligare händelse (med högre ursprungssannolikhet).⁴²³

Sahlin och Rabinowicz uttrycker liknande tankar. Såsom har framgått ovan är det inte möjligt att kombinera bevisvärdet med ursprungssannolikheten och nå ett nytt bevisvärde på detta vis. Likväl framför de att statistisk information måste beaktas då den faktiskt spelar roll i det vardagliga livet.⁴²⁴ Ursprungssannolikheten, varandes statistisk information, ska alltså beaktas utan att kombineras med bevisvärdet hos ett visst bevisfaktum. Sahlin och Rabinowicz menar att detta ska ske genom att bevisvärdet, med andra ord sannolikheten för att en bevismekanism har fungerat, i stället bedöms i ljuset av ursprungssannolikheten.⁴²⁵

Ett konkret exempel kan illustrera kontentan av detta avsnitt. Är bevis temat att en person befann sig på en viss plats, och ursprungssannolikheten för detta är låg eftersom det rör sig om en mycket ovanlig plats att befinna sig

⁴²⁰ Se Ekelöf (1989) s. 30, särskilt vid not 18.

⁴²¹ Se Stening (1975) s. 43 f.

⁴²² Se Stening (1975) s. 86.

⁴²³ Se Goldsmith & Andersson (1978) s. 82.

⁴²⁴ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 259.

⁴²⁵ Se Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 260. Se även Sahlin (1986) s. 108 f.

på, skulle ett vittnesmål härom tillskrivas lägre bevisvärde än ett motsvarande vittnesmål av i övrigt samma kvalitet om att en person befunnit sig på en mycket vanlig plats, för vilken ursprungssannolikheten är högre.⁴²⁶

5.3.2.3 Uppfattningen att bevisvärdemetoden alltid kräver att hänsyn tas till ursprungssannolikheten

Sjölander och Lindkvist har framfört uppfattningen att ursprungssannolikheten spelar exakt samma roll vid användning av bevistemametoden (närmast den bayesianska metoden) som bevisvärdemetoden.⁴²⁷

I grunden för deras resonemang ligger en syn på bevisvärdemetoden där de definierar bevisvärde som sannolikheten för att bevistemat har orsakat bevisfaktumet.⁴²⁸ De omformulerar därefter denna definition av bevisvärde till att kräva att ett kontrafaktiskt resonemang också gäller.⁴²⁹ Förutom att till exempel kräva att ett vittnes observation av en person i en bil som backar in i en annan bil har orsakats av att detta har hänt (bevistemat) krävs även att vittnet inte hade observerat personen i bilen backa in i den andra bilen om detta inte hade hänt.⁴³⁰

Med den notation som har använts ovan blir deras formel för bevisvärdet $P(T=1, F_0=0|F=1)$, där F_0 är ett hypotetiskt värde för bevisfaktumet om bilen inte hade backat in i den andra bilen.⁴³¹ Formeln (som Sjölander och Lindkvist menar utgör en definition av bevisvärde) säger att bevisvärdet utgör sannolikheten för att bevistemat föreligger och det hypotetiska värdet

⁴²⁶ Jfr Sahlin (1986) s. 109; Stening (1975) s. 84 ff.

⁴²⁷ Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 401 f. Cohen menar också att bevisvärdemetoden inte undslipper ett ställningstagande i frågan om ursprungssannolikheten vid sammanvägning av flera bevisfakta, se Cohen (1977) s. 99 f. Götlind visar dock att Cohen dels har missuppfattat bevisvärdeteorins ensidiga sannolikhetsbegrepp, dels faktiskt har räknat fel, se Götlind (1996/97) s. 1055 ff. Av denna anledning (och eftersom framställningen är avgränsad till att inte behandla samverkansfallen) lämnas Cohens kritik mot bevisvärdemetoden därhän.

⁴²⁸ Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 396 och s. 399.

⁴²⁹ Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 398 f.

⁴³⁰ Jfr Sjölander & Lindkvist (2014) s. 399

⁴³¹ Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 399.

inte föreligger, givet att bevisfaktumet föreligger.⁴³² De använder därefter Bayes teorem för att visa att ursprungssannolikheten ”tillmäts likvärdig betydelse vid bevisvärdemetoden som bevismetoden”.⁴³³

5.4 Slutsatser

Ursprungssannolikheten för bevisemat kan spela en roll oavsett vilken metod för bevisvärdering som används. En skillnad ligger i att bevisvärdering enligt bayesiansk metod med nödvändighet kräver en bedömning av ursprungssannolikheten; ursprungssannolikheten utgör ett villkor *sine qua non* för bevisvärdering med bayesiansk metod. För bevisvärdemetodens vidkommande går åsikterna isär om vilken betydelse ursprungssannolikheten har, och ett problem i sig är att uttalanden i litteraturen om ursprungssannolikhetens roll inom bevisvärdemetoden i vissa fall är alltför kategoriska. Den åsikt som verkar ha starkast stöd är dock enligt min uppfattning att ursprungssannolikhetens roll är sådan att den när den beaktas påverkar bedömningen av sannolikheten för att bevismekanismen har fungerat; med andra ord påverkar ursprungssannolikheten för bevisemat bedömningen av bevisvärdet, även om ursprungssannolikheten i sig inte är bärare av något bevisvärde och således inte kan kombineras med bevisvärdet från ett bevisfaktum till ett nytt bevisvärde. Ursprungssannolikheten är därför inte nödvändig för att bevisvärdet ska kunna bedömas.

Det är samma ursprungssannolikhet som används i båda fallen, men i det ena fallet (bayesiansk metod) används den som en utgångspunkt i sannolikhetsbedömningen och i det andra fallet (bevisvärdemetoden) används den på samma sätt som ett hjälpfaktum. Bayesiansk metod integrerar ursprungssannolikheten i bedömningen och ursprungssannolikheten påverkar härmed alla bevisfakta, medan bevisvärdemetoden behandlar ursprungssannolikheten som en extern komponent som kan påverka bedömningen av bevisvärdet hos ett eller flera enskilda bevisfakta, eftersom bevisvärde inte kan kombineras med ursprungssannolikhet till ett nytt

⁴³² Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 399.

⁴³³ Se Sjölander & Lindkvist (2014) s. 399 ff.

bevisvärde. Exempelvis kan en observation som ett vittne gör av en person på en viss plats i ljuset av ursprungssannolikheten framstå som otroligt osannolik varvid ursprungssannolikheten minskar bevisvärdet av vittnets observation, medan ett DNA-spår som indikerar att samma person har varit på platsen nog inte påverkas av den låga ursprungssannolikheten för att personen var på denna plats. Med bayesiansk metod skulle å andra sidan ursprungssannolikheten vara en komponent som påverkar den totala sannolikheten givet båda bevisfakta.

Sjölander och Lindkvists definition av bevisvärde får enligt min mening något märkliga konsekvenser i förhållande till vad man egentligen frågar efter när bevisvärdemetoden används, varför jag inte är beredd att acceptera deras slutsats. Strängt taget kan, enligt bevisvärdemetoden, ursprungssannolikheten för beviset vara 1, samtidigt som bevismekanismen inte fungerar i alla fall och bevisvärdet således inte är 1.⁴³⁴ Man kan exempelvis tänka sig att det i och för sig står helt klart att en händelse (beviset) alltid inträffar (ursprungssannolikheten är 1), men att vittnesmålet om detta inte är helt övertygande och att sannolikheten för att bevismekanismen har fungerat följaktligen är 0,7. Bevisvärdet är då 0,7, och sannolikheten för beviset enligt bevisvärdemetoden är minst 0,7, givet bevisvärdet hos bevisfaktumet. Om man å andra sidan ser till den bayesianska metoden (eller bevisetametoden) innebär en ursprungssannolikhet om 1 att sannolikheten givet ett visst bevisfaktum också kommer att bli 1, oavsett hur mycket bevisfaktumet talar för eller emot beviset. Då förstår man att det helt enkelt inte kan förhålla sig på så vis som Sjölander och Lindkvist konkluderar; ursprungssannolikheten kan inte "[tillmätas] likvärdig betydelse vid bevisvärdemetoden som bevisetametoden."⁴³⁵ I så fall skulle en ursprungssannolikhet om 1 innebära att bevismekanismen alltid fungerar, att bevisfaktumet alltid bevisar beviset, men så är inte fallet enligt bevisvärdemetoden.

⁴³⁴ Jfr Stening (1975) s. 85, vid not 112. Jfr även Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 250, som skriver att: "For those states where the mechanism does not work, however, we know that [T] may still hold." Jfr även Goldsmith & Andersson (1978) s. 81 och Sahlin (1988) s. 41.

⁴³⁵ Jfr Sjölander & Lindkvist (2014) s. 402. I mitt resonemang förutsätter och påstår jag att den bayesianska metoden och bevisetametoden går att likställa beträffande ursprungssannolikhetens betydelse.

Min kritik är emellertid begränsad till påståendet att ursprungssannolikheten har likvärdig betydelse enligt de båda metoderna, inte huruvida det annars är möjligt att implementera Bayes teorem eller definiera bevisvärdet på det sätt som de har gjort.⁴³⁶

⁴³⁶ Bayes teorem har sin plats även inom bevisvärdemetoden, se t.ex. Sahlin & Rabinowicz (1998) s. 259 f.

6 Bevisbördans och beviskravets förhållande till ursprungssannolikheten

6.1 Inledning

Av kapitel fem framgår att ursprungssannolikheten måste respektive kan tillmätas betydelse vid bevisvärderingen, oavsett vilken av de två metoderna som används. Ytterligare tre sätt som ursprungssannolikheten kan aktualiseras är som argument eller motivering för placeringen av bevisbördan och bestämmandet av beviskravets styrka, samt för etablerandet av en presumtion.⁴³⁷ Dessa olika verkningar av ursprungssannolikheten kommer att diskuteras i det följande. Dessutom kommer frågan om det ska vara tillåtet att beakta ursprungssannolikheten i flera avseenden i samma mål att behandlas.

6.2 Ursprungssannolikheten som bestämmande för bevisbördans placering och beviskravets styrka

6.2.1 Ursprungssannolikheten och bevisbördans placering

Tanken att ursprungssannolikheten kan användas som ett argument för bevisbördans placering motiveras av en uppfattning om att detta leder till att tvister blir korrekt bedömda, det vill säga att tvisten får ett materiellt korrekt slut genom dom.⁴³⁸ Heuman anser att det inte finns något absolut hinder för att en hög ursprungssannolikhet används för att bestämma bevisbördans placering, under förutsättning att bevisvärderingen i huvudsak endast grundar sig på sannolikhet given av omständigheterna i det enskilda fallet och att det inte är sannolikheten i det enskilda fallet som bestämmer

⁴³⁷ Se Bolding (1951) s. 78 ff.; Rättegång IV (2009) s. 142; Heuman (2021) s. 27.

⁴³⁸ Se Heuman (2005) s. 44; Rättegång IV (2009) s. 136.

placeringen av bevisbördan.⁴³⁹ Vidare menar han att ursprungssannolikheten endast ska få tillmätas bevisbördegrundande betydelse när ursprungssannolikheten kan bestämmas på ett sätt som är tillförlitligt.⁴⁴⁰ Han lyfter även fram att ursprungssannolikheten som bevisbördegrundande faktor innebär att ursprungssannolikheten till fullo placeras hos en av parterna.⁴⁴¹ Heuman menar att detta kan medföra att rättstillämpningen blir allt mer ”stelbent”, vilket dock kan mitigeras genom att beviskravet justeras.⁴⁴² Om ursprungssannolikheten däremot endast beaktas vid bevisvärderingen kan den i varje enskilt fall tillåtas variera i förhållande till styrkan hos den konkreta bevisningen och på så vis leda till en mer nyanserad bevisvärdering.⁴⁴³ Lindell menar att teorin om ursprungssannolikheten som bevisbördegrundande i princip är övergiven på grund av det nedan behandlade dubbelräkningsargumentet.⁴⁴⁴

Ursprungssannolikhetens funktion som argument för bevisbördans placering är följande. Den part som påstår något i strid med det sedvanliga, med andra ord den part som påstår något i strid med en hög ursprungssannolikhet, är den part som bär bevisbördan för detta påstående.⁴⁴⁵ Heuman menar vidare att en låg ursprungssannolikhet däremot inte bör vara bevisbördegrundande.⁴⁴⁶ Westberg förefaller vara försiktig i sin syn på användningen av en allmänt bedömd ursprungssannolikhet som argument för bevisbördans placering. Han uttalar att: ”Om ”vanan” [...] varken är handelsbruk, branschbruk eller partsbruk utan bara vanligt förekommande, finns det goda skäl att vara ytterligt försiktigt med att göra ”det vanliga” till en standard.”⁴⁴⁷ Diesen menar att den som hävdar en avvikelse från en

⁴³⁹ Se Heuman (2005) s. 44.

⁴⁴⁰ Se Rättegång IV (2009) s. 138.

⁴⁴¹ Se Heuman (2005) s. 423.

⁴⁴² Se Heuman (2005) s. 423.

⁴⁴³ Se Heuman (2005) s. 423 och s. 438.

⁴⁴⁴ Se Lindell (2021) s. 630.

⁴⁴⁵ Se Rättegång IV (1982) s. 113 f.; Heuman (2005) s. 44, s. 416 f. och s. 434 f.; Lindell (2021) s. 630; Westberg (2004) s. 749 ff. Westberg använder dock inte explicit termen ”ursprungssannolikhet”, han benämner bevisbördeteorin som ”osedvanlighetsdoktrinen” och diskuterar även andra sätt än en konkret sannolikhetsberäkning för att få reda på det sedvanliga, såsom handelsbruk och rutiner.

⁴⁴⁶ Se Heuman (2005) s. 436.

⁴⁴⁷ Se Westberg (2004) s. 750.

standard, såsom i en rättslig relation för vilken det finns en fastslagen norm eller praxis, kan få bära bevisbördan; han låter dock förstå att detta inte är ett sannolikhetsbaserat argument.⁴⁴⁸ Diesen menar också, i likhet med Heuman, att det enskilda fallet inte får motivera bevisbördans placering.⁴⁴⁹

Ekelöf vänder sig mot att ursprungssannolikheten används för att avgöra bevisbördans placering. Ekelöf anser att bevisbörderegler behöver användas i avvikande ("atypiska") fall, såsom när en gäldenär påstår sig ha betalt fastän det inte finns något kvitto.⁴⁵⁰ Problemet är då enligt Ekelöf att det är en större andel av gäldenärerna som påstår att de har betalt fastän de saknar kvitto som faktiskt har betalt, än andelen gäldenärer som saknar kvitto.⁴⁵¹ Att grunda domen på hur det generellt förhåller sig med gäldenärer skulle då enligt Ekelöf inte leda till fler materiellt korrekta domar.⁴⁵² Mot detta resonemang invänder Heuman i sin tur att det är upp till domstolen att kontrollera att den erfarenhetssats som används inte endast gäller för ostridiga fall utan även för stridiga diton.⁴⁵³

Heuman menar följaktligen att det finns anledning att kräva att ursprungssannolikheten är bevisad av part för att den ska få utgöra ett argument för bevisbördans placering.⁴⁵⁴ En intressant aspekt på om ursprungssannolikheten utgör ett argument för bevisbördans placering (och följaktligen utgör ett argument i en rättsfråga) är dock att detta torde innebära att principen om *jura novit curia* gäller (se avsnitt 2.7.3). Enligt min mening borde därför frågan om vilka rättsliga argument för och emot bevisbördans placering eller beviskravets styrka som är relevanta anses falla inom ramen för principen om *jura novit curia*. I linje med detta vill jag påstå att det kan bli aktuellt för domstolen att *ex officio* tillämpa sannolikheteoretiska – exempelvis frekventistiska (jfr avsnitt 3.4) – resonemang när ursprungssannolikheten

⁴⁴⁸ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 350 f.

⁴⁴⁹ Se Diesen & Strandberg (2012) s. 350.

⁴⁵⁰ Se Rättegång IV (1982) s. 113.

⁴⁵¹ Se Rättegång IV (1982) s. 113.

⁴⁵² Se Rättegång IV (1982) s. 113.

⁴⁵³ Se Heuman (2005) s. 90.

⁴⁵⁴ Se Heuman (2005) s. 431. Jfr Heuman (2005) s. 127 f.

används i en bevisbördekontext. Parterna behöver alltså enligt min uppfattning inte bevisa ursprungssannolikheten när denna är relevant för en rättsfråga.

En fråga som aktualiseras när ursprungssannolikheten ska vara bevisbördegrundande är i enlighet med detta hur ursprungssannolikheten ska bedömas. Bedömningen av ursprungssannolikheten i denna kontext kan inte – till skillnad från ursprungssannolikheten i bevisvärderingskontexten – ta sin utgångspunkt i hur ett visst bevistema formuleras i ett konkret mål och att detta sedan generaliseras. Med Heumans ord måste "[d]et normala handlingssättet [...] bestämmas genom att sannolikhetsbedömningen frigörs från målet."⁴⁵⁵ I den senaste upplagan av *Rättegång IV* beskriver Heuman det dock alltså som att ursprungssannolikheten "grundas på bevistemats vanlighet i allmänhet" även i avsnittet om bevisbördegrundande ursprungssannolikhet.⁴⁵⁶

Det hade enligt min uppfattning möjligen varit mer precist att säga att bevisbördegrundande ursprungssannolikhet grundar sig på det konkreta rättsfaktumets vanlighet i allmänhet, inte bevistemats vanlighet i allmänhet. Detta uttrycksätt illustrerar tydligare att denna bedömning av ursprungssannolikheten är frikopplad från parternas dispositionsrätt (jfr avsnitt 2.7.1), och i stället kan göras av domstolen generellt för tillämpningen av en viss rättsregel, det vill säga på ett mer abstrakt plan än i det konkreta målet.⁴⁵⁷ Uttrycksättet markerar även på ett tydligare sätt att bevisvärderingen inte har betydelse för placeringen av bevisbördan.⁴⁵⁸ Samtidigt kommer man inte ifrån att det måste röra sig om ett handlande som bedöms och att detta måste relateras till en referensklass. Handlandet torde enligt min mening inte behöva vara så konkretiserat som ett bevistema i ett konkret mål, men samtidigt mer konkretiserat än ett abstrakt rättsfaktum. Referensklassproblemet aktualiseras dock oavsett.

⁴⁵⁵ Se Heuman (2005) s. 418. Jfr även Bolding (1951) s. 82 med hänvisning till Augdahl.

⁴⁵⁶ Se *Rättegång IV* (2009) s. 137.

⁴⁵⁷ Jfr Heuman (2005) s. 418.

⁴⁵⁸ Jfr *Rättegång IV* (2009) s. 137.

Heuman skriver emellertid i sin framställning från 2005 att: ”Ett abstrakt rättsfaktum kan någon gång vara av sådan art att en domstol kan göra mer eller mindre säkra uttalanden om ursprungssannolikheten”.⁴⁵⁹ Läser man vad Heuman skriver i den senaste upplagan av *Rättegång IV* finner man dock inte uppfattningen att en domstol skulle kunna uttala sig om ursprungssannolikheten för ett abstrakt rättsfaktum. Heuman skriver att: ”De rättsfakta som svarar mot ett eller flera rekvisit i en civilrättslig regel kan ibland vara sådana att domstolen kan göra uttalanden om ursprungssannolikheten.”⁴⁶⁰ I den senare framställningen är det alltså konkreta rättsfakta som avses när Heuman skriver ”rättsfakta”, och kanske har Heuman reviderat sin tidigare uppfattning.

Enligt min mening synes i varje fall det senare synsättet vara det korrekta. Det torde knappast vara möjligt att uttala sig om ursprungssannolikheten för ett abstrakt rättsfaktum (ett rekvisit i en rättsregel) utan att koppla detta till något mer konkret än själva rekvisitet. Ursprungssannolikheten för exempelvis vårdslöshet är knappast möjlig att bedöma (vårdslöshet är som tidigare konstaterats (se avsnitt 2.4.4.) är ett abstrakt rättsfaktum), och en eventuell ursprungssannolikhet bör således inte kunna vara ett argument för en generell placering av bevisbördan för vårdslöshet. Om det å andra sidan exempelvis hade varit möjligt att konstatera att det föreligger en hög ursprungssannolikhet för att en bank och en privatperson som har ingått ett muntligt försträckningsavtal har avtalat om att ränta ska utgå och detta är tvistigt (vad som i och för sig utgör skälig ränta kanske är ostridigt), skulle den part som påstår att det inte finns en sådan klausul kunna få bära bevisbördan för detta, eftersom handlandet i detta fall utgör ett konkret rättsfaktum.

För de grundläggande tankarna om hur ursprungssannolikheten bedöms i förhållande till konkreta rättsfakta torde under alla omständigheter – *mutatis*

⁴⁵⁹ Se Heuman (2005) s. 416.

⁴⁶⁰ Se *Rättegång IV* (2009) s. 137.

mutandis – gälla samma sak som anfördes med avseende på förhållandet till bevisemat i avsnitt 4.2.⁴⁶¹ I korthet handlar det om att generalisera handlande så att det är möjligt att dra slutsatser om den allmänna vanligheten av det, men utgångspunkten kan, när det handlar om bevisbördegrundande ursprungssannolikhet, enligt mitt förmenande inte tas i ett i det enskilda fallet formulerat bevisema utan i ett konkret rättsfaktum.⁴⁶²

6.2.2 Ursprungssannolikheten och beviskravets styrka

Heuman anser att det – när ursprungssannolikheten är bevisbördegrundande – vid en låg ursprungssannolikhet finns anledning att tillämpa ett lågt beviskrav.⁴⁶³ Är däremot ursprungssannolikheten hög menar han att det kan finnas skäl att tillämpa ett högt ställt beviskrav mot en av parterna.⁴⁶⁴ Om inte ursprungssannolikheten är bevisbördegrundande men talar för den part som har bevisbördan får ursprungssannolikheten i stället beaktas vid bevisvärderingen.⁴⁶⁵ Heuman anger att det är oklart om ursprungssannolikheten kan innebära en sänkning av beviskravet i fall där det inte är ursprungssannolikheten som bestämmer bevisbördans placering.⁴⁶⁶ Bolding anser å sin sida att man inte kan låta sannolikheten utgöra ett argument för beviskravets styrka.⁴⁶⁷

Vidare kan det erinras om att det ovan har konstaterats att den bayesianska bevisvärderingsmetoden innebär att även ett sannolikhetsmässigt fastställt beviskrav varierar *in concreto*, om man inte begagnar sig av en schabloniserad ursprungssannolikhet vid bevisvärderingen.⁴⁶⁸ Ursprungssannolikheten kan således även påverka beviskravets styrka ”bakvägen” genom att det krävs olika mycket beviskraft även om beviskravet formellt sett är

⁴⁶¹ Se även Heuman (2005) s. 430 ff.

⁴⁶² Jfr Heuman (2005) s. 418 och s. 421; Bolding (1951) s. 82.

⁴⁶³ Se Heuman (2005) s. 88 f.

⁴⁶⁴ Se Heuman (2005) s. 89 och s. 442.

⁴⁶⁵ Se Heuman (2005) s. 89.

⁴⁶⁶ Se Heuman (2005) s. 90.

⁴⁶⁷ Se Bolding (1951) s. 81.

⁴⁶⁸ Se avsnitt 5.2.2.

detsamma. Genom att låta beviskravet variera skulle man kunna åstadkomma att samma krav på beviskraften gäller i alla fall där samma beviskrav tillämpas, även om ursprungssannolikheten varierar mellan dessa fall. Det skulle då vara fråga om ett beviskraftskrav snarare än ett vanligt sannolikhetskrav. Man kan dock göra en distinktion mellan att ursprungssannolikheten utgör ett argument för beviskravets styrka och att den påverkar beviskravets sannolikhetsmässiga innebörd i det konkreta fallet. I detta avsnitt är det fråga om den första funktionen.

6.2.3 På ursprungssannolikheten grundade presumtioner

Den juridiska diskussionen kring presumtioner präglas av en terminologisk variation, oklarhet och olika uppfattningar.⁴⁶⁹ I grund och botten handlar presumtioner om att den bevisade förhandenvaron av en viss omständighet (den presumtionsgrundande omständigheten) grundar ett antagande om ett annat förhållandes eller en annan omständighets förefintlighet (det presumerade förhållandet eller den presumerade omständigheten).⁴⁷⁰ Om en part lyckas bevisa den presumerande omständigheten blir det upp till den andra parten att bevisa icke-existensen av den presumerade omständigheten.⁴⁷¹

Ofta delas presumtionerna in i tre olika grupper: 1. presumtioner om fakta/bevismässiga presumtioner (*praesumptiones hominis* eller *facti*), 2. rättsliga eller legala presumtioner som kan motbevisas (*praesumptiones juris*) och 3. icke motbevisbara presumtioner/rättspresumtioner (*praesumptiones juris et de jure*).⁴⁷² Bolding menar att icke motbevisbara presumtioner egentligen inte utgör presumtioner i ordets rätta mening, eftersom det egentligen är fråga om materiella regler som inte kan motbevisas.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Se särskilt Rättegång IV (1982) s. 89 ff.; Bolding (1951) s. 132; Lindell (1987) s. 301 och s. 312; Heuman (2021) s. 21. Jfr exempelvis de olika uppfattningarna och uttryckssätten i Zahle (1976) s. 280 ff.; Rättegång IV (2009) s. 88 ff.; Rättegång IV (1982) s. 91 ff.; Lindell (2021) s. 633.

⁴⁷⁰ Se NJA 2006 s. 170; Rättegång IV (2009) s. 88 ff.; Lindell (2021) s. 633.

⁴⁷¹ Se Heuman (2005) s. 113.

⁴⁷² Se Rättegång IV (1982) s. 90 ff.; Zahle (1976) s. 280.; Bolding (1951) s. 133 ff.; Lindell (2021) s. 633.

⁴⁷³ Se Bolding (1951) s. 133.

Uppfattningen att denna form av presumption utgör materiella regler delas exempelvis av Ekelöf och Lindell.⁴⁷⁴ Det finns i enlighet med detta ingen mening att närmare redogöra för det närmare innehållet hos denna typ av presumption (om det nu ens är fråga om en presumption).

Gränsdragningen mellan praesumptiones hominis eller facti och praesumptiones juris är mer intressant. Bolding beskriver det som att den förstnämnda typen av presumptioner går ut på att en bevisbedömare utifrån erfarenheten kan dra slutsatser om förhandenvaron av ett visst annat faktum.⁴⁷⁵ Han menar att de bevismässiga presumptionerna (praesumptiones hominis eller facti) därför i realiteten inte är en sorts presumptioner, utan ett exempel på att man genom ett bevisfaktum och en erfarenhetssats drar vissa slutsatser.⁴⁷⁶ Man torde kunna tolka Bolding som att det alltså endast är fråga om sedvanlig bevisvärdering.⁴⁷⁷ Lindell menar att en praesumptio hominis eller facti ”utgör samma sak som ett bevisfaktum med ett påtagligt bevisvärde”.⁴⁷⁸ Zahle menar att karakteristiskt för en presumption om fakta är att den baserar sig på en erfarenhetssats och att den presumerande omständigheten inte ges större betydelse än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat.⁴⁷⁹

Boldings uppfattning är sålunda att begreppet presumption endast bör avse rättsliga presumptioner.⁴⁸⁰ Denna uppfattning delas också av Lindell.⁴⁸¹ Med begreppet rättsliga presumptioner avser Bolding både presumptioner som existerar i lag och okodifierade diton.⁴⁸² Dessa presumptioner innebär att ett visst bevisfaktum ges en större betydelse än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat; man drar längre gående slutsatser om sannolikheten för den presumerade omständigheten än vad som är motiverat av den bevisade

⁴⁷⁴ Se Rättegång IV (1982) s. 91; Lindell (2021) s. 633.

⁴⁷⁵ Se Bolding (1951) s. 134.

⁴⁷⁶ Se Bolding (1951) s. 134 f.

⁴⁷⁷ Jfr Rättegång IV (2009) s. 93.

⁴⁷⁸ Se Lindell (2021) s. 633.

⁴⁷⁹ Se Zahle (1976) s. 281.

⁴⁸⁰ Se Bolding (1951) s. 136 och s. 147.

⁴⁸¹ Se Lindell (2021) s. 633.

⁴⁸² Se Bolding (1951) s. 134, vid not 13; Lindell (1987) s. 305.

presumerande omständigheten.⁴⁸³ På så vis spelar den rättsliga presumptionen samma roll som en bevisbörderegul, den tvingar en part att förebringa bevisning mot en viss omständighet av en viss styrka.⁴⁸⁴ Skillnaden mellan en bevisbörderegul och en presumtionsregul av detta slag är enligt Bolding endast en fråga om bevistemats omfattning, där beviskravet knyts till mer avgränsade bevisteman vid presumptioner och mer omfattande bevisteman vid en bevisbörderegul.⁴⁸⁵ Zahle och Lindell menar dock att det indirekt av Boldings definition följer att en legal presumption vilar på någon grad av sannolikhet, annars skulle den inte kunna sägas ges större betydelse än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat.⁴⁸⁶

Heuman beskriver att det antingen kan röra sig om ett bevismässigt samband mellan den presumerande omständigheten och det presumerade förhållandet, eller ett rättsligt samband, samt att presumptionerna därför antingen tar sikte på rättsliga frågor eller bevisfrågor.⁴⁸⁷ Heuman begagnar sig således av en annan indelning än den ovan skisserade tredelningen; han skiljer mellan bevispresumtioner och rättspresumtioner.⁴⁸⁸ Han menar att *praesumptiones hominis* eller *facti* kan bortses ifrån på grund av att det rör sig om vanlig bevisvärdering i dessa fall.⁴⁸⁹ Samtidigt framhåller han i en annan framställning att det är fråga om en sorts konstruktion som liknar presumptioner i fall där standardbevisning ges avsevärd relevans.⁴⁹⁰

Vad Heuman avser med bevismässiga presumptioner eller bevispresumtioner är att den presumtionsgrundande omständigheten ges en större betydelse för den presumerade omständigheten än vad som är motiverat av en sedvanlig bevisvärdering; de motsvarar således vad som ovan har betecknats som rättsliga eller legala presumptioner (*praesumptiones juris*), men inte vad

⁴⁸³ Se Bolding (1951) s. 134, vid not 13 och s. 136.

⁴⁸⁴ Jfr Bolding (1951) s. 140 f. Heuman (2005) s. 113.

⁴⁸⁵ Se Bolding (1951) s. 137 f.

⁴⁸⁶ Se Zahle (1976) s. 282, vid not 86; Lindell (1987) s. 303, vid not 11.

⁴⁸⁷ Se Rättegång IV (2009) s. 89.

⁴⁸⁸ Se Heuman (2021) s. 27; Nordklint (2019) s. 247 f.

⁴⁸⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 93.

⁴⁹⁰ Se Heuman (2021) s. 39.

exempelvis Bolding avser med bevismässiga presumtioner.⁴⁹¹ Enligt Nordklint är ett typiskt kännetecken för bevispresumtionerna med Heumans terminologi att de behandlar de fakta som föreligger i ett enskilt mål.⁴⁹² Heuman förefaller dela den uppfattningen och menar att bevispresumtioner avser faktiska omständigheter, men inte rättsliga bedömningar.⁴⁹³ Bevispresumtioner fungerar som bevisbörderegler genom att en part får bevisbördan för det presumerade förhållandet eller den presumerade omständigheten när den andra parten har bevisat den presumerande (presumtionsgrundande) omständigheten.⁴⁹⁴

Med rättsliga eller rättspresumtioner avser han civilrättspresumtioner, däribland praesumptiones juris et de jure.⁴⁹⁵ I dessa fall fungerar presumptionen som en civilrättslig regel, inte som en bevisbörderegler.⁴⁹⁶ Även i det fall en sådan presumtion inte är motbevisbar menar Heuman att det ändå kan vara möjligt att tolkningsvis argumentera mot dess tillämpning; i vissa fall kan dock detta också vara uteslutet.⁴⁹⁷ De icke-motbevisbara presumptionerna kan enligt densamme motiveras av ursprungssannolikhet.⁴⁹⁸

Ursprungssannolikheten kan enligt Heuman även vara relevant för att motivera de bevismässiga presumptionerna (praesumptiones juris).⁴⁹⁹ Ursprungssannolikheten utgör då ett sorts rättspolitiskt argument för att ställa upp presumptionen.⁵⁰⁰ Ett stöd i ursprungssannolikheten för en viss presumtion grundar sig enligt Heuman i att "[...] den presumerade omständigheten vanligtvis föreligger om den presumtionsgrundande omständigheten bevisas."⁵⁰¹ Man skulle enligt Heuman även kunna uttrycka det som presumptionen är grundad på en erfarenhetsats.⁵⁰²

⁴⁹¹ Se Rättegång IV (2009) s. 90 f.; Heuman (2005) s. 113.

⁴⁹² Se Nordklint (2019) s. 250.

⁴⁹³ Se Heuman (2021) s. 43.

⁴⁹⁴ Se Heuman (2021) s. 34.

⁴⁹⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 90.

⁴⁹⁶ Se Heuman (2021) s. 30.

⁴⁹⁷ Se Heuman (2021) s. 30 f.

⁴⁹⁸ Se Heuman (2021) s. 33.

⁴⁹⁹ Se Rättegång IV (2009) s. 89.

⁵⁰⁰ Se Heuman (2021) s. 34 f.

⁵⁰¹ Se Heuman (2005) s. 113 f.; Rättegång IV (2009) s. 89.

⁵⁰² Se Heuman (2005) s. 113.

För egen del har jag vissa invändningar mot Heumans uppfattning att detta skulle vara ursprungssannolikhetens roll i att motivera en bevismässig presumtion (med Heumans terminologi; en praesumptio juris eller legal presumtion med den tredelade terminologin som bl.a. Bolding använder). För att en presumtionsgrundande omständighet ska ges större betydelse än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat krävs rimligtvis andra argument än sannolikhetsbaserade sådana. Såsom jag ser det finns det dock normalt ett sett sannolikhets samband mellan den presumerande och presumerade omständigheten för att motivera en praesumptio juris, men därtill också ett annat eller flera andra argument som medför att det är motiverat att ge den presumerande omständigheten större betydelse än bara en bedömning av sannolikheten ger vid handen.⁵⁰³ Lindell talar i dessa fall om att blandade skäl motiverar den legala presumtionen, och i andra fall menar han att det helt kan saknas sannolikhetsmässiga samband mellan den presumerande och den presumerade omständigheten.⁵⁰⁴ Han menar därför att det är viktigt att göra skillnad på bevisbörderegler (presumtioner) som grundar sig på sannolikhets samband och bevisbörderegler som grundar sig på andra överväganden såsom ändamål.⁵⁰⁵ Finns det endast ett sannolikhets samband skulle jag dock vilja påstå att det rör sig om en praesumptio hominis eller facti, låt vara att HD kan etablera, formalisera och uttryckligen tillämpa en sådan bevisvärderingsregel generellt.

Därför skulle jag vilja påstå att det som Heuman beskriver i citatet ovan är ett exempel på en praesumptio hominis eller facti. Som ovan angivits består dessa enligt Bolding av ett bevisfaktum och en erfarenhetssats. Bevisfaktumet är då den presumerande omständigheten, och erfarenhetssatsen säger att det finns ett sannolikhets samband mellan förhandenvaron av den presumerande och den presumerade omständigheten. Men varken

⁵⁰³ Jfr Lindell (1987) s. 302 ff., särskilt s. 305 f.

⁵⁰⁴ Se Lindell (1987) s. 306 f. Jfr även Olivecrona (1930) s. 114.

⁵⁰⁵ Se Lindell (1987) s. 307 f.

ursprungssannolikheten för den presumerande omständigheten eller den presumerade omständigheten är relevant för etablerandet av sambandet.

Sambandet grundar sig i stället på erfarenhetssatsen som ger vid handen att det existerar ett sannolikhets samband mellan den presumerande omständigheten och den presumerade omständigheten. I realiteten är det i dessa fall alltså fråga om sedvanlig bevisvärdering, men det är inte ursprungssannolikhet som spelar roll för etablerandet av sambandet, utan en erfarenhetssats. Skillnaden mellan en presumption som grundar sig på ett sannolikhets samband (inte ursprungssannolikhet) och en vanlig bevisbörderegeln grundad på ursprungssannolikhet ligger således i att den senare inte har ett sannolikhetsmässigt samband med en bevisad omständighet. Om en part får bevisbördan för att det har avtalats fast pris på grund av en låg ursprungssannolikhet för detta är detta inte avhängigt några andra bevisade omständigheter, utan beror endast på att det föreligger en låg ursprungssannolikhet för att fast pris har avtalats.⁵⁰⁶

Den presumerande omständigheten måste dock bevisas, och härvid kan ursprungssannolikheten vara relevant eftersom sannolikheten för omständigheten måste avgöras genom bevisvärdering. När den presumerande omständigheten sedermera har bevisats föreligga med erforderlig grad av sannolikhet presumeras den presumerade omständigheten föreligga. Ursprungssannolikheten är således endast relevant i bevisvärderingshänseende avseende den presumerande omständigheten för en praesumptio juris.

6.3 Om dubbelräkning och argumentkonsumtion

Ursprungssannolikheten kan, så som har framgått av kapitel 5 och tidigare avsnitt i kapitel 6 få betydelse vid såväl bevisvärderingen som i formen av ett argument för placeringen av bevisbördan, beviskravets styrka eller etablerandet av en presumption (vilka i detta avsnitt inkluderas i begreppet

⁵⁰⁶ Exemplet är hypotetiskt, jfr dock avsnitt 7.3.

bevisbörda). Det är motiverat att betrakta betydelsen för bevisvärderingen å ena sidan, och betydelsen för bevisbördan och beviskravet å andra sidan, eftersom bevisbörderegler normalt sett förutsätter att beviskravet också fastställs.⁵⁰⁷ Frågan i detta avsnitt är om det bör vara möjligt att tillmäta ursprungssannolikheten en dubbel roll, det vill säga att ursprungssannolikheten i ett och samma mål, beträffande samma konkreta rättsfaktum påverkar både bevisvärderingen och bevisbördan samt beviskravet, eller om ursprungssannolikheten i stället antingen får spela roll för bevisvärderingen eller för placeringen av bevisbördan och beviskravets styrka.

Den potentiella problematiken kring dubbelräkning⁵⁰⁸ har bland annat uppmärksamats av Eckhoff år 1943 och av Bolding år 1951. Eckhoff gör detta i samband med att han *de lege ferenda* diskuterar frågan om bevisbördans placering vid rättigheters uppkomst eller utslocknande på annan grund än vid avtal, i norsk rätt.⁵⁰⁹ Bolding – som behandlar svensk rätt – menar att generella och speciella sannolikhetsfaktorer (eventuellt ursprungssannolikheten respektive bevisfakta) endast ska få tillmätas betydelse vid bevisvärderingen, och således inte ska kunna grunda en regel om bevisbördans placering.⁵¹⁰ Skälet härför är att ursprungssannolikheten när den ligger till grund för bevisbördans placering tillmäts större vikt än vad som kan motiveras rent sannolikheteoretiskt.⁵¹¹

Heuman ser också dubbelräkning som ett potentiellt problem. Enligt honom får inte "[...] bevisbördan [läggas] på den part vars påstående strider mot det sedvanliga, varefter bevisvärderingen i målet i allt väsentligen bygger på att

⁵⁰⁷ Se härom avsnitt 2.6.

⁵⁰⁸ Heuman använder termen "dubbelberäkning", se Heuman (2005) s. 424, vid not 1307. Enligt min mening är dock termen "dubbelräkning" mer rättvisande och jag har därför valt att använda den. Det problematiska är som kommer att framgå i det följande nämligen att ursprungssannolikheten räknas (beaktas) två gånger, inte att den beräknas två gånger, även om den troligen måste beräknas två gånger för att kunna beaktas två gånger. Denna formulering torde också överensstämma bättre med Eckhoffs syn. Eckhoff skriver "[...] tatt i betraktning dobbelt opp", se Eckhoff (1943) s. 146.

⁵⁰⁹ Se Eckhoff (1943) s. 145 f.

⁵¹⁰ Se Bolding (1951) s. 80 f.

⁵¹¹ Se Bolding (1951) s. 80

partens påstående är oförenligt med det sedvanliga.”⁵¹² Ursprungssannolikhetsargumentet konsumeras därför enligt honom när det antingen används i bevisvärderingen eller för att placera bevisbördan och/eller bestämma beviskravet, och får inte användas för båda ändamålen i samma mål.⁵¹³ Om ursprungssannolikheten gavs den dubbla rollen skulle detta enligt Heuman innebära att den av parterna som inte bär bevisbördan gynnas av ursprungssannolikheten dubbelt, på ett sätt som är oberättigat.⁵¹⁴

Om vi åter betraktar det hypotetiska exemplet med en försträckning från avsnitt 6.2.1 kan idén om att dubbelräkning inte ska förekomma åskådliggöras. Om den höga ursprungssannolikheten för avtalad ränta har medfört att påståenden om att ränta inte har avtalats åläggs bevisbördan, skulle idén om dubbelräkning innebära att det vid bevisvärderingen inte får bedömas föreligga en låg ursprungssannolikhets för påståendet att ränta inte har avtalats. I så fall har ursprungssannolikheten beaktats två gånger, dels i och med att den höga ursprungssannolikheten för att ränta har avtalats placerar bevisbördan, dels genom att konsekvensen av en hög ursprungssannolikhets för avtalad ränta innebär en låg ursprungssannolikhets för någonting annat (i detta fall påståendet om icke avtalad ränta).

Man kan enligt min mening ifrågasätta om det verkligen är problematiskt att beakta ursprungssannolikheten vid bevisvärderingen och vid placeringen av bevisbördan för ett rättsfaktum. Att det är problematiskt med dubbelräkning inom ramen för bevisvärderingen har exempelvis uppmärksammats av Dahlman, som pekar på att det leder till att styrkan hos bevisningen överskattas.⁵¹⁵ En annan sak är att det skulle vara problematiskt att låta ursprungssannolikheten fylla två olika funktioner i samma mål, en mer abstrakt (ursprungssannolikhets relevans som argument för bevisbördans placering), och en konkret, avhängig omständigheterna i det enskilda målet (ursprungssannolikhets relevans för bevisvärderingen). Med andra ord är

⁵¹² Se Heuman (2005) s. 423 f.

⁵¹³ Se Heuman (2005) s. 424.; Rättegång IV (2009) s. 145 f.

⁵¹⁴ Se Heuman (2005) s. 439. På ett liknande vis talar Lindell om att ursprungssannolikhetsen får ett ”dubbelt genomslag”, se Lindell (2021) s. 630. (

⁵¹⁵ Se Dahlman (2018) s. 287.

frågan om ursprungssannolikheten kan ges relevans både för sakfrågor och rättsfrågor i samma mål. Så länge det är avseende samma konkreta rättsfaktum som ursprungssannolikheten både påverkar bevisbördans placering och bevisvärderingen för menar Heuman att det är problematiskt.⁵¹⁶ Ett argument som har betydelse för olika rättsfakta eller olika resultat blir däremot inte konsumerat enligt hans synsätt.⁵¹⁷

Studerar man Boldings och Heumans uppfattningar närmare finner man att de motiverar konsumtion av ursprungssannolikheten av olika skäl. Boldings argument går ut på att bördan att både frambringa bevisning och att denna bevisning ska vara av en viss styrka blir oriktig utifrån sannolikhetsynpunkt. Huruvida en part bär bevisbördan är dock något binärt, antingen bär man den eller så bär man den inte. Ursprungssannolikhetens roll i dessa fall är alltså endast som argument för en normativ regel om bevisbördans placering. Vid bevisvärdering blir rollen däremot varierande i det enskilda målet; den kan spela en stor roll, eller en mindre roll, något som dessutom kan bero på den metod för bevisvärdering som nyttjas. Ur sannolikhetsynpunkt torde detta inte vara problematiskt; sannolikheten räknas inte två gånger inom ramen för bevisvärderingen även om den tillmäts betydelse som argument för bevisbördans placering eller beviskravets styrka.

Heumans argument har möjligtvis en annan utgångspunkt. Att en part gynnas av ursprungssannolikheten två gånger anser han vara ”oberättigat”.⁵¹⁸ Man kunna tolka hans argument som härrörandes ur processideologi; med andra ord som ett sorts argument utifrån av rättsordningen erkända rättviseföreställningar. Det rör sig då om ett argument som grundar sig i värderingar, varför man svårligen kan säga att argumentet som sådant är sant eller falskt.⁵¹⁹ Däremot kan idén om argumentkonsumtion vara mer eller mindre i överensstämmelse med de värderingar som ligger till grund för den rådande processuella ordningen.

⁵¹⁶ Se Rättegång IV (2009) s. 145, vid not 235.

⁵¹⁷ Se Rättegång IV (2009) s. 145, vid not 235.

⁵¹⁸ Se Heuman (2005) s. 439.

⁵¹⁹ Jfr Heuman (2018) s. 253.

Heumans uppfattning skulle således kunna accepteras som ett argument för en inskränkning av den potentiellt dubbla betydelse ursprungssannolikheten kan ges inom ramen för civilprocessen, under förutsättning att det finns av rättsordningen erkända värderingar som talar för att argumentkonsumtion bör ske. Ett potentiellt argument skulle kunna följa av tanken att parterna så långt som möjligt ska behandlas lika.⁵²⁰ Å andra sidan innebär bevisbörderegler till deras natur ett avsteg från principen om rättvis rättegång och den därtill sammanhängande tanken om likabehandling av parterna.⁵²¹ Utan någon praxis att söka ledning i är det svårt att ge något säkert svar på denna fråga.

6.4 Slutsatser

Ursprungssannolikhet kan motivera en bevisbörderegler och vara ett argument för vilket beviskrav som tillämpas. Beträffande presumtioner blir saken mer komplicerad. Skillnaden mellan en vanlig bevisbörderegler och en rättslig presumtion (*praesumptio juris*; bevismässig presumtion med Heumans terminologi) – vilken också utgör en sorts bevisbörderegler – är att tillämpningen av en presumtion av detta slag att i varje fall kräver en omständighet bevisas. Enligt min mening kan inte sannolikhetssambandet mellan den presumerande omständigheten och den presumerade omständigheten förklaras med hjälp av ursprungssannolikhet. Det är nämligen missvisande att tala om ursprungssannolikhet när det existerar ett bevisfaktum (den presumerande omständigheten) som talar för sannolikheten för den presumerade omständigheten, det rör sig därför snarare om ett sannolikhetsmässigt samband baserat på en erfarenhetssats.

Vidare är det svårt att säga att en presumtion där den presumerande omständigheten ges större betydelse än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat endast är grundad på (ursprungs-) sannolikhet. Man kan inte på grundval av sannolikhet komma fram till att en presumerande omständighet

⁵²⁰ Jfr Westberg (2021) s. 394.

⁵²¹ Se Westberg (2021) s. 395.

ska ges större vikt för en presumerad omständighet än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat. För detta krävs (ytterligare) annorlunda argument från att det finns ett sannolikhetsmässigt samband mellan den presumerande och presumerade omständigheten. En presumption där den presumerande omständigheten tvärtom inte ges större sannolikhetsmässig vikt för den presumerade omständigheten än vad som är sannolikhetsmässigt motiverat innebär att å andra sidan att fråga är om samma bedömning som vid en sedvanlig bevisvärdering.

Att ursprungssannolikheten inte ska få utgöra ett argument för bevisbördans placering och beviskravets styrka samtidigt som den tillmäts betydelse vid bevisvärderingen följer inte av sannolikheteori. Däremot kan en sådan ordning möjligtvis vara oförenlig med de värderingar och principer som ligger till grund för och är en del av civilprocessrätten, men det är svårt att vara säker på denna slutsats.

7 Ursprungssannolikhet i praxis

7.1 Inledning

I detta kapitel sker en analys av praxis där ursprungssannolikheten uttryckligen har givits betydelse av domstolarna eller där ursprungssannolikheten enligt doktrinen har fått betydelse. Indelningen av rättsfallen sker utifrån det ämne de behandlar. Först redogörs för omständigheterna i det relevanta målet eller de relevanta målen, och domstolens uppfattning om ursprungssannolikhetens betydelse enligt domskälen. Därefter genomförs en analys, vilken måste förstås mot bakgrund av de slutsatser om ursprungssannolikhetens olika roller som nåtts i kapitel 4, 5 och 6. Syftet med analysen är att pröva huruvida domstolarna har använt sig av ursprungssannolikheten vid bevisvärderingen, eller som argument för bevisbördans placering, beviskravets styrka eller uppställandet av en presumtion, eller om ursprungssannolikheten har givits en dubbel roll.

7.2 Huruvida avtal har ingåtts

7.2.1 Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten

Två domar från Linköpings tingsrätt, T 1666-12 respektive T 1169-19, handlar om huruvida avtal har ingåtts mellan två fastighetsägare och ett entreprenadföretag som utfört markarbeten respektive en fastighetsägare och ett elinstallationsföretag.

I det förstnämnda fallet var det tvistigt huruvida ett avtal om markarbete och stenläggning hade ingåtts mellan entreprenadföretaget (kärande) och fastighetsägarna (svarandena). Domstolen konstaterade inledningsvis att det var klarlagt att visst markarbete faktiskt hade utförts på fastigheten.

Domstolen ansåg vidare att:

Ursprungssannolikheten att arbete som utförs på en fastighet har sin grund i ett avtal mellan fastighetsägaren och utföraren får anses vara så pass hög att det får anses åvila fastighetsägaren att i vart fall sätta detta förhållande i tvivelsmål. [Svarandena] har genom de av dem åberopade omständigheterna och den därtill hörande bevisningen inte förmått göra så.”.

Svarandena ansågs följaktligen vara betalningsskyldig.

I det senare fallet var det tvistigt huruvida ett avtal hade ingåtts mellan fastighetsägaren (svarande) och elinstallationsbolaget (kärande) avseende vissa utförda arbeten på fastigheten. Käranden påstod att ett avtal hade ingåtts, medan svaranden förnekade att så var fallet. Tingsrätten inledde med att konstatera att arbete *de facto* hade utförts på fastigheten. Därefter uttalade tingsrätten att det genom den bevisning som förebragts i målet – vittnen och skriftlig bevisning – hade visats att parterna ingått avtalet med det innehåll som käranden påstod. Domstolen tillade därefter att:

Ursprungssannolikheten att arbete som utförs på en fastighet har sin grund i ett avtal mellan fastighetsägaren och utföraren får *vidare* [min kursivering] anses vara så pass hög att det åligger fastighetsägaren att i vart fall sätta detta förhållande i tvivelsmål. [Svaranden] har genom de av henne åberopade omständigheterna och den därtill hörande bevisningen inte förmått göra så.

Svaranden ansågs följaktligen vara betalningsskyldig.

7.2.2 Analys

Domstolen tillämpar nästan exakt samma resonemang i de båda fallen. Den konstaterar att arbete faktiskt har utförts och menar att det är upp till fastighetsägaren/fastighetsägarna att göra det ovisst om avtalet förelegat, eftersom ursprungssannolikheten är hög för att det i grunden finns ett avtal. Det kan tänkas att ursprungssannolikheten i fallet används som en bevisbördegrundande faktor. Den höga ursprungssannolikheten för att det i grund och botten finns ett avtal mellan fastighetsägaren och utföraren innebär att det är fastighetsägaren som måste bevisa avtalets icke-existens. Domstolen uttalar sig däremot inte om vilket beviskrav som tillämpas. En

delvis annorlunda läsning av fallet skulle kunna innebära att det bevisligen utförda arbetet presumerar att ett avtal i grunden finns, vilket innebär att det är upp till den part som påstår att ett avtal inte har ingåtts att bevisa detta. En sådan presumtion skulle kunna grunda sig i sannolikhetsmässiga argument men också i ytterligare argument av icke-sannolikhetskaraktär, vilket då avgör om fråga är om en *praesumptio hominis* eller *facti*, eller en *praesumptio juris*.

Det andra fallet väcker frågor kring om det rör sig om ett bevisbörde-
resonemang. Där konstaterade domstolen – efter att den fastslagit att arbete faktiskt hade utförts – att det av käranden hade visats att avtalet hade ingåtts. Därefter anförde domstolen att det ”vidare” på grund av ursprungssannolikheten åvilade fastighetsägaren att ”sätta detta förhållande i tvivelsmål”. I ljuset av detta är det inte otänkbart att det i realiteten rör sig om ett bevisvärderingsresonemang. Eftersom domstolen först konstaterar att käranden genom den bevisning som denne förebragt har visat att avtalet har ingåtts, och sedan *vidare* konstaterar att ursprungssannolikheten för att det existerar ett avtal mellan parterna innebär att svaranden måste sätta detta förhållande i tvivelsmål, förhåller det sig kanske så att domstolen anser att bevisbördan åligger den som påstår att avtal har ingåtts (utföraren), men det faktum att arbete har utförts innebär en hög ursprungssannolikhet för att ett avtal förelegat. Genom den återopade bevisningen, samt ursprungssannolikheten för att ett avtal har existerat, är alltså beviskravet för bevismat att parterna har ingått ett avtal uppfyllt. Det skulle då vara den ”falska bevisbördan” som åläggs fastighetsägaren. Formuleringarna i det förstnämnda fallet utesluter i och för sig inte heller att fråga är om ett bevisvärderingsresonemang. Det kan dock ifrågasättas om det verkligen är fråga om ursprungssannolikhet när det beaktas att arbete har utförts. Att arbete faktiskt har utförts skulle, eftersom det inte ligger inom ramen för bevismat att avtal har ingåtts, kunna ses som ett bevisfaktum till stöd för bevismat att avtal har ingåtts.

Sammanfattningsvis är det enligt mitt förmenande oklart ifall domstolens resonemang ska tolkas som ett i ursprungssannolikheten grundat bevisvärderingsresonemang eller bevisbörderesonemang i dessa två fall. Denna oklarhet kan i sig vara problematisk eftersom det inte går att kontrollera att ursprungssannolikheten inte har givits en alltför stor betydelse eller att en part har givits en alltför tung börda att bära.⁵²²

7.3 Fast eller löpande pris

7.3.1 Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten

Två fall, T 1262-15 från Göta hovrätt och T 674-15 från Växjö tingsrätt, behandlar frågan om det har avtalats fast pris mellan en jurist och dennes klient, respektive frågan om det har avtalats att en advokatbyrå endast erhåller arvode under förutsättning att ett visst resultat uppnås för klientens räkning.

I hovrättsfallet var omständigheterna i korthet följande. Företrädare för svaranden (klient) kontaktade käranden (ett juristföretag) i anledning av en uppkommen tvist. Käranden åtog sig uppdraget och arbetade ett antal timmar som ombud för svaranden. Ostridigt i målet är att svaranden har betalat en faktura om 7 500 kr. Frågan i målet är framför allt huruvida det var avtalat att 7 500 kr var ett fast pris för kärandens juridiska rådgivning till svaranden (vilket svaranden påstod), eller en delbetalning (a conto) till käranden men att avtalat var att käranden skulle debitera för de timmar som denne hade lagt ned i ärendet (vilket käranden påstod).

I domskälen konstaterade hovrätten att det av HD:s praxis framgick att det var parten som påstod fast pris som hade bevisbördan för detta, och att någon bevislättning inte var aktuell. Följaktligen var det svaranden som hade bevisbördan för påståendet att fast pris hade avtalats. Domstolen värderade

⁵²² Jfr Bolding (1951) s. 79 ff.; Heuman (2005) s. 439; Rättegång IV (2009) s. 145 f., samt avsnitt 6.3 ovan.

bevisningen i målet och konstaterade att företrädare för respektive part båda gett utsagor till stöd för respektive bolags talan. Kärandens talan fick dessutom stöd av att det på fakturan om 7 500 kr stod ”a conto”, vilket enligt domstolen tydde på att det var fråga om en delbetalning och inte en slutlig faktura. Vidare ansåg domstolen att det:

[...] trots att det inte förts någon annan bevisning om detta än [kärandens] uppgifter, [är] klart att det är svårt att i förväg bedöma hur mycket arbete ett juridiskt ombud kommer att behöva lägga ner på ett dispositivt tvistemål mellan två näringsidkare, och att det bl.a. därför inte är vanligt med ett i förväg avtalat fast pris för sådant arbete. Slutsatsen av detta kan formuleras som att ursprungssannolikheten för att ett juridiskt ombud i ett dispositivt tvistemål skulle avtala om ett fast pris i varje fall inte är hög.

Domstolen ställde därefter detta mot svarandens uppgifter, vilka fick stöd av två vittnen som angav att fast pris hade avtalats. Domstolens slutsats landade dock i att svaranden (klienten) vid en samlad bedömning inte hade uppfyllt bevisbördan för att fast pris hade avtalats, och käranden fick därför bifall till sin talan.

I fallet från Växjö tingsrätt anlidade svaranden käranden (en advokatbyrå) för att genom en ansökan återfå sin läkarlegitimation. I målet var ostridigt att den debiterade tiden faktiskt hade lagts ned i målet. Det var däremot stridigt huruvida käranden och svaranden hade avtalat att arvode endast skulle utgå till advokatbyrån om svaranden vann framgång med sin ansökan om att få tillbaka läkarlegitimationen, eller om ersättning skulle utgå på löpande räkning för allt arbete som utfördes. Svaranden ansåg i första hand att ersättning endast skulle utgå om han återfått sin läkarlegitimation, och i andra hand (om domstolen kom fram till att ersättningen inte var avhängig återfående av läkarlegitimationen) att det inte avtalats om ersättning på löpande räkning utan fast pris, medan käranden ansåg att det var avtalat att debitering skulle ske på löpande räkning. I domskälen konstaterade domstolen att:

Det står klart, trots att det inte förts någon annan bevisning om det än [kärandens] uppgifter, att det är svårt att i förväg bedöma hur mycket arbete ett juridiskt ombud kommer att behöva lägga ner på ett ärende och att det bl.a. därför inte är vanligt med ett i förväg avtalat fast pris för sådant arbete. I praxis har detta lett till slutsatsen att ursprungssannolikheten för att ett juridiskt ombud skulle avtala om ett fast pris i varje fall inte är hög. Detsamma gäller påståendet att ett visst resultat är en förutsättning för att arvode ska utgå.

Domstolen uttalade dock vidare att detta endast var en utgångspunkt.

Domstolen värderade därefter svarandens uppgifter om att det hade avtalats om fast pris, samt uppgifter från ett vittne som också gav visst stöd åt detta. Vidare värderade domstolen även företrädaren för kärandens uppgifter om att det endast hade diskuterats uppskattningar av kostnaden för tjänsten och ett vittne som gav stöd för denna version. Domstolens slutsats efter en samlad bedömning var att det var utrett att parterna avtalat om att arbetet skulle utföras på löpande räkning.

7.3.2 Analys

I både tingsrättsfallet och hovrättsfallet förefaller det vara fråga om resonemang där domstolen använder ursprungssannolikheten vid bevisvärderingen, eftersom domstolarna direkt efter att ha konstaterat ursprungssannolikheten ställer denna mot uppgifter från de två svarandena. I hovrättsfallet föranleder detta sedermera slutsatsen att uppgifterna ändå är tillräckliga för att löpande pris ska anses vara avtalat, och att svaranden därför inte har uppfyllt sin bevisbörda. Att detta inte är ett bevisbörderesonemang stöds även av det faktum att hovrätten slår fast bevisbördans placering innan den uttryckligen konstaterar ursprungssannolikheten.

Den praxis från HD som hovrätten hänvisar till, bland annat NJA 1989 s. 215, NJA 2001 s. 177 och NJA 2005 s. 205, för att motivera bevisbördans placering på den part som påstår fast pris skulle kunna grunda sig på ursprungssannolikhet, och det skulle därigenom kunna vara fråga om dubbelräkning i hovrättsfallet. I NJA 1989 s. 215 utformade nämligen HD ett undantag från den i NJA 1951 s. 1 knäsatta huvudregeln att bevisbördan åvilade den part som påstod att fast pris inte hade avtalats. 1989 års fall

handlade om bevisbördan vid bokföringsuppdrag. HD uttalade att det vid sådana uppdrag ofta saknades möjligheter att på förhand bedöma storleken och komplexiteten hos arbetet, samt att det därför var svårt att avtala om ett fast pris. Efter att Kommerskollegium yttrat sig i målet och därvid sagt att det endast i undantagsfall förekom fast pris vid bokföringsuppdrag och Föreningen Auktoriserade Revisorer anfört att avtal om fast pris i den utsträckning de förekommer endast gör så i skriftlig form konstaterade HD vidare att:

Avtal om tjänster av här angivet slag skiljer sig [...] från många andra typer av avtal om köp eller arbetsprestationer såtillvida som ett fast pris *normalt inte avtalas* [min kursivering]. På detta område bör det därför - åtminstone när inte särskilda konsumenthänsyn framträder - ankomma på den beställare som gör gällande att ett fast pris har avtalats att styrka riktigheten härav.

Westberg anser att detta är ett exempel på en tillämpning av osedvanlighetsdoktrinen.⁵²³ Han menar dock att standarden som grundade bevisbördan, det vill säga det sedvanliga, kan tolkas som antingen varandes handelsbruk, sedvana eller branschpraxis.⁵²⁴ Heuman menar att 1989 års fall är ett exempel på ett fall där ursprungssannolikheten har utgjort ett argument för bevisbördans placering.⁵²⁵ Både Westberg och Heuman menar att det dessutom skulle kunna röra sig om en tillämpning av ett argument om vad som är förnuftigt eller rationellt; enligt Heuman kan detta argument existera jämte argumentet med grund i ursprungssannolikheten.⁵²⁶ Heuman menar således att det vid förnuftsbaseade resonemang inte är fråga om en sannolikhetsmässig bedömning utan en normativ sådan.⁵²⁷

Genom NJA 2001 s. 177 och NJA 2005 s. 205 ändrade emellertid HD huvudregeln från att den som påstår att fast pris inte har ingåtts har bevisbördan (härstammandes från det ovan nämnda NJA 1951 s. 1) till att

⁵²³ Se Westberg (2004) s. 750 f.

⁵²⁴ Se Westberg (2004) s. 751.

⁵²⁵ Se Heuman (2005) s. 431.

⁵²⁶ Se Westberg (2004) s. 751; Heuman (2005) s. 431 jämte s. 453 f.

⁵²⁷ Se Heuman (2005) s. 423.

det är parten som påstår att fast pris har ingåtts som har bevisbördan.⁵²⁸ I dessa två fall motiverade HD dock inte bevisbördans placering med utgångspunkt i ursprungssannolikheten; med hänsyn till bevissäkringskäl (samt möjligen andra – icke sannolikhetsbaserade – argument som lagts samman eller vägts mot varandra) ansågs det lättare att säkra bevisning om att fast pris hade avtalats än att så inte hade skett.⁵²⁹

Det finns således knappast risk för att hovrätten i fallet har tillmätt ursprungssannolikheten för stor vikt genom att beakta den dels vid bevisvärderingen, dels som ett argument för bevisbördans placering, i ljuset av de senare två avgörandena från HD, där sannolikhetsbaserade argument inte ligger till grund för bevisbördans placering. Hovrätten har beaktat ursprungssannolikheten vid bevisvärderingen, samtidigt som ursprungssannolikheten inte har spelat roll för bevisbördans placering. Domskälen i fallet från Växjö tingsrätt är emellertid problematiska på denna punkt. Detta eftersom domstolen aldrig uttryckligen konstaterar vilken part som ska bära bevisbördan för påståendet om löpande räkning och vilket beviskrav som gäller, vilket omöjliggör kontrollen av argumenten för bevisbördans placering.

7.4 Preskriptionsavbrott

7.4.1 Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten

I NJA 2007 s. 157 var frågan om en borgenär hade avbrutit preskriptionen av en fordran med tre års preskriptionstid genom att skicka brev till gäldenären om fordran (se preskriptionslag (1981:130) 5 § 2 p.). HD konstaterade inledningsvis att borgenären stod risken för att brevet inte hade nått gäldenären, och att borgenären skulle styrka att gäldenären hade nåtts av brevet. Det var enligt domstolen dock inte nödvändigt att gäldenären *de facto* tog del av innehållet i brevet.

⁵²⁸ Se Heuman (2005) s. 432; Rättegång IV (2009) s. 110 f.

⁵²⁹ Se Heuman (2005) s. 432, s. 497 f., s. 468, vid not 1429 och s. 503 f.; Rättegång IV (2009) s. 100.

Domstolen ansåg att uppgifterna i borgenärens datasystem om att det totalt hade skickats fem stycken brev inom preskriptionstiden fick godtas. Det hade vidare inte påståtts att gäldenären hade bött någon annanstans än folkbokföringsadressen dit breven hade skickats. Följaktligen ställdes domstolen inför frågan om det var tillräckligt att brev otvivelaktigt skickats till gäldenärens adress för att beviskravet att brevet nått gäldenären skulle vara uppfyllt. Domstolen konstaterade att beviskravet är högt ställt. Vidare anfördes att:

Den omständigheten att det är utrett eller ostridigt att ett enskilt brev avsänts till gäldenären har sålunda i detta sammanhang normalt inte godtagits som tillräcklig bevisning om att gäldenären också mottagit brevet, trots att avsändandet i sig är ett starkt belägg för att försändelsen också nått adressaten [...]. När det emellertid som här är fråga om ett flertal försändelser får möjligheten att inte åtminstone någon nått gäldenären anses vara närmast försumbar, om ingen särskild omständighet till stöd för detta föreligger [...].

Då gäldenären inte hade gett någon annan potentiell förklaring till att breven tappats bort ansågs preskriptionsavbrott av fordran ha skett.

Målet refererat i NJA 2016 s. 332 rörde ett utsökningsärende. Frågan som HD hade att ta ställning till var huruvida tre till gäldenärens folkbokföringsadress skickade brev var tillräckliga för att avbryta preskriptionstiden. Inledningsvis konstaterade domstolen att bevisbördan för att preskriptionsavbrott hade skett låg på borgenären (sökanden) när gäldenären invände att preskription hade skett, samt att det som skulle bevisas var att "[...] gäldenären tagit emot brevet eller åtminstone att brevet kommit fram till en adress, där gäldenären [hade] anledning att bevaka sin post."⁵³⁰ Domstolen angav därefter att: "HD:s rättstillämpning i fråga om preskriptionsavbrott innebär att en bevisverkan knyts till det förhållandet att borgenären har sänt brev med krav eller påminnelse till gäldenären, även om det inte har kunnat klarläggas att gäldenären rent faktiskt har nåtts av brevet."⁵³¹

⁵³⁰ P. 3 och 5.

⁵³¹ P. 7.

Domstolen angav därefter att hänsyn borde tas till det faktum att en postförsändelse skulle kunna tappas bort, men att denna risk var försumbar när flera brev hade skickats av borgenären.⁵³² HD:s slutsats var därför att i de fall där borgenären (sökanden) kunde visa att denne hade skickat två brev till en postadress som gäldenären borde bevaka, var detta tillräckligt för att preskriptionsavbrott skulle anses ha skett. Om gäldenären kunde ge en tänkbar förklaring till varför breven hade förkommit innebar detta dock att ”avsändande av två brev inte [kunde] anses tillräckligt som bevis för preskriptionsavbrott”.⁵³³ Eftersom det var bevisat att två brev hade skickats, och gäldenären inte hade en tänkbar invändning hade preskriptionstiden avbrutits.⁵³⁴

7.4.2 Analys

Heumans uttalanden gjordes innan 2016 års fall avgjordes. Heuman anser att 2007 års fall utgör ett exempel på att HD har tillmätt ursprungssannolikheten avgörande betydelse vid ett bevisvärderingsresonemang.⁵³⁵

Ursprungssannolikheten för att något brev har nått gäldenären ökar enligt Heuman i takt med att fler brev skickas till denne.⁵³⁶ När enstaka brev har skickats innebär detta enligt densamme att ursprungssannolikheten kan ges en varierande betydelse och att övrig utredning också kan beaktas när det avgörs huruvida minst ett brev har kommit fram.⁵³⁷

Jag anser att den mest rimliga tolkningen av fallen är att sändandet av ett brev utgör ett bevisfaktum för det slutliga bevistemat att ett brev har kommit fram. Ett bevisligen skickat brev anses inte vara tillräckligt för att beviskravet avseende det slutliga bevistemat att ett brev har kommit fram ska vara uppfyllt.⁵³⁸ När det är bevisat att ett brev och två brev har skickats

⁵³² P. 7.

⁵³³ P. 9.

⁵³⁴ P. 10.

⁵³⁵ Se Rättegång IV (2009) s. 145.

⁵³⁶ Se Rättegång IV (2009) s. 145.

⁵³⁷ Se Rättegång IV (2009) s. 145.

⁵³⁸ Se härtill även RH 2018:13.

innebär detta att sannolikheten för att något brev har kommit fram är så pass hög att beviskravet är uppfyllt, och gäldenären måste därför förebära bevisning som visar att denne inte har mottagit något brev (jfr HD:s uttalande i NJA 2016 s. 332 p.7 att risken är försumbar att något av breven inte har nått gäldenären; detta är synbarligen ett resonemang utifrån sannolikhet). Enligt detta synsätt är det den samverkande sannolikheten för två bevisfakta, alltså skickandet av brev ett och brev två i förening, som enligt HD innebär att det föreligger tillräckligt hög sannolikhet för bevis-temat att ett brev har kommit fram för att beviskravet ska vara uppfyllt.

Ursprungssannolikheten för det slutliga bevistemat, att ett brev i allmänhet har kommit fram till någon, är väldigt svår att konstatera om det inte är känt huruvida brevet har skickats eller inte. Sannolikheten för bevistemat är dock enklare att uppskatta om bevisfaktumet att något brev har skickats är bevisat. Bevisfaktumet att brev har skickats utgör alltså även ett icke-slutligt bevistema. När det är bevisat att två brev har skickats talar detta för att det slutliga bevistemat är sant med så hög grad av sannolikhet att beviskravet är uppfyllt. Ursprungssannolikheten för bevisfaktumet (tillika bevistema) att ett brev har skickats är härvid relevant, att brevet har skickats måste ju bevisas (till exempel genom registerutdrag, jfr 2007 års fall), varför det blir fråga om bevisvärdering här.

Den bevisade förhandenvaron av två bevisfakta, tillika bevistema, talar därefter i så stark grad för det slutliga bevistemat att ett brev har kommit fram till gäldenären att det blir upp till denne att bevisa motsatsen. Sannolikheten för att ett brev har kommit fram med beaktande av att två brev har skickats anses följaktligen av HD vara så hög att det är tillräckligt för att beviskravet ska uppfyllas. Denna läsning av fallet harmonierar väl med det faktum att HD uttalat att bevisverkan knyts till sändandet av breven, samt att sändandet måste bevisas.⁵³⁹ Det förefaller således röra sig om ett sorts resonemang grundat i sannolikhet där HD genom att tillämpa

⁵³⁹ Jfr p. 7 i NJA 2016 s. 332.

bevisrättsliga principer har schabloniserat bevisvärderingen för denna typ av fall.

Min tolkning är sammanfattningsvis att det även i 2016 års fall är fråga om ett bevisvärderingsresonemang, men jag vänder mig mot att ursprungssannolikheten för att något brev kommit fram till gäldenären kan sägas öka i takt med att fler brev skickas. I själva verket menar jag att ursprungssannolikheten inte spelar särskilt stor roll för resonemanget utan att skickandet av breven utgör bevisfakta som ökar sannolikheten för det slutliga bevistemat att ett brev har nått gäldenären. Fråga är alltså om en sedvanlig bevisvärdering där ursprungssannolikheten förvisso kan få betydelse, men den är inte av vikt för att etablera sannolikhets sambandet. Denna tolkning kan ses som ett exempel på vad Bolding kallar för *praesumptio hominis* eller *facti*.⁵⁴⁰ Skillnaden mellan Heumans och min tolkning är främst en fråga om perspektiv och hur man begreppsligt förstår ursprungssannolikheten och vad den innefattar.

Avslutningsvis skulle man kunna tänka sig att det rör sig om en bevismässig presumtion (med Heumans terminologi, även rättslig presumtion eller *praesumptio juris*). Det finns dock inte någonting i fallet som tyder på att HD har tillmätt den presumerande omständigheten större betydelse än vad som har varit motiverat utifrån sannolikhets synpunkt.

7.5 Jämkning av trafikskadeersättning

7.5.1 Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten

I NJA 2000 s. 150 stämde en bilförare sitt försäkringsbolag och ville erhålla ojämkad trafikskadeersättning för skador som denne ådragit sig i en bilolycka. Bilföraren dömdes i samband med olyckan för grovt rattfylleri. Försäkringsbolaget ansåg att trafikskadeersättningen skulle jämkas enligt 12

⁵⁴⁰ Jfr Bolding (1951) s. 134 f.

§ 1 st. 2 men. trafikskadelagen (1975:1410) eftersom bilföraren genom vårdslöshet hade medverkat till sina skador från olyckan.

Huvudfrågan i HD var huruvida bilföraren genom vårdslöshet hade medverkat till olyckan, och det därför fanns förutsättningar för att jämka ersättningen. HD konstaterade inledningsvis att bevisbördan för att förutsättningarna för jämkning förelåg åvilade försäkringsbolaget. Beviskravet skulle dock anpassas till det faktum att utredningen inte var av sådant slag att det var möjligt att nå kunskap om olycksorsaken. HD anförde – efter att först ha konstaterat att det är väl känt, samt av en läkare omvittnat, att alkoholkonsumtion har negativa effekter på bland annat reaktionsförmåga och omdöme – att:

När en bil kör av vägen och föraren därvid har en hög alkohol-koncentration i blodet kan man därför ofta utgå från att föraren har varit vårdslös. Det förutsätter dock att de närmare omständigheterna inte tyder på att det finns någon annan förklaring till olyckan.

Ett antal omständigheter i målet talade dock enligt HD för att en älg funnits på olycksplatsen vid olyckstillfället. Det kunde därför inte uteslutas att bilföraren varit tvungen att väja och köra av vägen utan att detta berodde på vårdslöshet. HD ansåg därför att det fanns en tänkbar förklaring som inte förutsatte vårdslöshet hos föraren och det var således inte visat att bilföraren genom vårdslöshet hade medverkat till olyckan.

I RH 2017:39 ställdes hovrätten inför frågan hur NJA 2000 s. 150 skulle förstås. Omständigheterna i målet var följande. En förare av en snöskoter var inblandad i en olycka under påverkan av alkohol och dömdes sedermera för rattfylleri. Skoterföraren begärde trafikskadeersättning och väckte talan mot sitt försäkringsbolag eftersom försäkringsbolaget ansåg att ersättningen skulle jämkas på grund av skoterförarens vårdslöshet, i enlighet med 12 § 1 st. 2 men. trafikskadelagen. Hovrätten konstaterade inledningsvis att det för att jämkning enligt trafikskadelagen skulle vara möjlig var tvunget att ett trafiknykterhetsbrott hade begåtts, samt att det inte var nödvändigt att

vårdslösheten hade varit brottslig (vårdslöshet i trafik krävdes ej), utan att ringa oaktsamhet var erforderlig för att jämkning skulle kunna ske.

Hovrätten konstaterade därefter att vårdslöshet är ett abstrakt komplext rättsfaktum, varför konkreta objektiva rättsfaktummoment måste åberopas. Hovrätten ansåg dock att det när det existerar en presumtion för vållande, och vårdslöshet således kan presumeras, inte krävs att något åberopande sker av konkreta rättsfakta som konstituerar vårdslöshet. Frågan blev således huruvida NJA 2000 s. 150 skulle tolkas som att det förelåg en presumtion för vårdslöshet när det bevisats att föraren haft en hög koncentration av alkohol i blodet, eller som ett bevisvärderingsresonemang med utgångspunkt i ursprungssannolikheten. Hovrätten ansåg att:

Det mesta tyder på att Högsta domstolen inte uppställt någon sådan presumtion, utan i stället tillämpat ett sänkt beviskrav och beaktat den s.k. ursprungssannolikheten för vårdslöshet vid onykterhet. En följd av detta är att försäkringsgivaren för framgång med en jämkningsinvändning även vid hög alkoholkoncentration måste åberopa de omständigheter som leder till slutsatsen att det föreligger ett medvållande, det vill säga såväl det konkreta sätt på vilket föraren varit vårdslös som på vilket sätt detta har lett till skadan.

Försäkringsbolaget hade enligt hovrätten inte åberopat det konkreta sätt som föraren hade varit vårdslös på och hur detta hade medfört skadan. Ingen jämkning skedde därför.

T 1813-19 från Solna tingsrätt rörde en i grunden annorlunda men ändock liknande situation. I målet krävde ett försäkringsbolag skadestånd från en bilförare som skadat en garagelänga och två bilar genom att köra in i dessa. Enligt 20 § 1 st. 2 men trafikskadelagen gäller nämligen att försäkringsanstalten inträder i skadelidandes rätt till ersättning när trafikskadeersättning har betalats ut till skadelidande (alltså en form av återkravs rätt för försäkringsanstalten), under förutsättning att skadan har vållats genom vårdslöshet av en person som har begått ett trafiknykterhetsbrott.

Tingsrätten fann det utrett att föraren gjort sig skyldig till trafiknykterhetsbrott, genom ett i målet åberopat analysbesked (det aktuella målet handlade dock endast om civilrättsligt ansvar). Bevisbördan ansågs åvila försäkringsbolaget och beviskravet ”styrkt” tillämpades beträffande frågan om föraren varit vårdslös. Domstolen ansåg inte att det med säkerhet var möjligt att säga hur påverkad föraren varit, endast att han varit påverkad, samt att det i och för sig gick att säga att föraren kört snabbare än lagstadgad hastighet (50 km/tim), men inte hur mycket snabbare föraren körde. Följaktligen ansåg domstolen att utredningen i målet:

[...] visar [...] att [föraren] i någon mån har varit påverkad av narkotika under färden och att han har kört fortare än lagstadgad hastighet. Både hög grad av narkotikapåverkan och hög hastighet i samband med att en olycka inträffar är sådana omständigheter som skulle kunna medföra en ursprungssannolikhet för att olyckan vållats av föraren. I det förevarande fallet är såväl påverkansgraden som hastigheten så pass oklara att ursprungssannolikheten inte är särskilt stor.

Domstolen ansåg därefter att: ”Den ursprungssannolikhet som ändå har konstaterats räcker inte för att det ska vara visat i målet att [föraren] har varit vårdslös.”. Därefter diskuterade dock domstolen huruvida det skulle kunna vara motiverat med en bevislättning för försäkringsbolaget.

Tingsrätten menade att hovrätten i RH 2017:39 hade tolkat NJA 2000 s. 150 som att det fanns en bevislättning för försäkringsbolaget när orsaken till olyckan är oklar, men nådde slutsatsen att det inte är rimligt att sänka beviskravet eftersom föraren i detta fall har drabbats av minnesförlust av olyckan och det därför vore ”[...] stötande om hans oförmåga att minnas eventuella andra orsaker till olyckan [...] skulle hållas emot honom.”.

Käromålet vann därför inte bifall.

7.5.2 Analys

I hovrättens domskäl beskrivs det hur uppfattningarna i doktrinen går isär beträffande huruvida NJA 2000 s. 150 är ett exempel på bevisvärdering, eller på en uppställd presumtion för vållande. Heuman är av uppfattningen

att fråga är om ett bevisvärderingsresonemang baserat på ursprungssannolikhet, medan Trafikskadenämnden och en departementspromemoria författad av Bertil Bengtsson menar att HD har uppställt en presumtion för vållande (det vill säga orsakande (medverkande) genom vårdslöshet).⁵⁴¹ En skillnad mellan hovrättens eget påstående att det rör sig om ett bevisvärderingsresonemang och ett sänkt beviskrav och Heuman, vars uppfattning hovrätten i övrigt förefaller instämma med, är att Heuman påstår att det var ett strängt beviskrav, nära det som uppställs i brottmål, som tillämpades gentemot försäkringsbolaget i NJA 2000 s. 150.⁵⁴²

De tolkningar som görs i praxis och doktrin av NJA 2000 s. 150 kan alltså sammanfattas enligt följande: 1. ursprungssannolikheten för vårdslöshet vid rattonykterhet med hög alkoholkoncentration är normalt sett tillräcklig för att nå upp till beviskravet för vårdslöshet, men eftersom det i NJA 2000 s. 150 fanns en tänkbar förklaring är inte det höga beviskravet uppfyllt (Heumans uppfattning), 2. ursprungssannolikheten för vårdslöshet vid onykterhet har beaktats och ett lågt ställt beviskrav har tillämpats i NJA 2000 s. 150 (hovrättens uppfattning i RH 2017:39), 3. NJA 2000 s. 150 innebär en bevislättning (tingsrättens uppfattning) och 4. fråga är om en presumtion för vållande där bevisat rattfylleri med hög alkoholkoncentration medför att medverkande genom vårdslöshet föreligger om det inte finns någon annan tänkbar förklaring (Trafikskadenämnden och Bengtssons uppfattning).

Ser vi till Heumans resonemang gör han gällande att HD genom att uttala att man kan utgå från vårdslöshet vid hög alkoholkoncentration har begagnat sig av ett bevisvärderingsresonemang med utgångspunkt i ursprungssannolikheten.⁵⁴³ Vad Heuman tycks påstå är då att ursprungssannolikheten för vårdslöshet är hög givet existensen av rattfylleri med hög alkoholkoncentration. För egen del ställer jag mig dels frågan om man kan tala om

⁵⁴¹ Se Heuman (2005) s. 341 f. jämte Trafikskadenämnden (2014) och Ds 2006:12 s. 116 f. och s. 122.

⁵⁴² Se Heuman (2005) s. 341 f.

⁵⁴³ Se Heuman (2005) s. 341 f.

ursprungssannolikhet – eller över huvud taget om sannolikhet – för ett abstrakt komplext rättsfaktum (vårdslöshet), dels – under förutsättning att man kan tala om sannolikhet i förhållande till vårdslöshet – om det i så fall endast är fråga om ursprungssannolikhet. Eftersom vårdslöshet förutsätter att en rättslig bedömning görs av de att konstituerande elementen (rattfylleriet) i rättslig mening utgör vårdslöshet borde man inte tala om sannolikheten för vårdslöshet utan om sannolikheten för att de konstituerande elementen existerar. I detta fall var rattfylleriet det konkreta rättsfaktum för vårdslöshet som hade åberopats. Om det anses att man kan tala om sannolikhet för vårdslöshet borde man å andra sidan enligt mitt förmenande se rattfylleriet som ett bevisfaktum som talar för sannolikheten för vårdslöshet (som då utgör ett konkret rättsfaktum). Då är det inte endast fråga om bevisvärderingsresonemang med utgångspunkt i ursprungssannolikhet längre, eftersom ett bevisfaktum har beaktats.

I kravet på att personen som varit med om olyckan genom vårdslöshet ska ha medverkat till olyckan (skadan) ligger dels ett krav på vårdslöshet, dels ett krav på kausalitet bestående i att föraren genom vårdslösheten ska ha medverkat till (att orsaka) skadan.⁵⁴⁴ I kausalitetskravet ligger alltså att vissa omständigheter, som i rättslig mening utgör vårdslöshet, har orsakat en viss effekt (vårdslöshet i sig är ju någonting abstrakt som inte kan orsaka någonting annat). HD säger som ovan angivits att utgångspunkten vid rattfylleri vid hög alkoholkoncentration är att detta utgör vårdslöshet. HD menar vidare på ett ställe att det faktum att det fanns en del som talade för att det hade funnits en älg på platsen medförde att fråga inte var om vårdslöshet.⁵⁴⁵ HD säger senare i domskälen att uppgifterna om älgen utgör en tänkbar förklaring som inte förutsätter att föraren varit vårdslös och att det därmed inte är fråga om medverkan genom vårdslöshet.⁵⁴⁶ Rattfylleri

⁵⁴⁴ Se Holmqvist (2021) kommentaren till 12 § trafikskadelagen; Nordenson (1977) s. 171.

⁵⁴⁵ Citat från HD:s domskäl: ”Det kan [...] ha varit så att älgen plötsligt dök upp på vägen på sådant sätt att [föraren] tvingades till en hastig undanmanöver som inte kan läggas honom till last som vårdslöshet.”

⁵⁴⁶ Citat från HD:s domskäl: ”Omständigheterna är alltså sådana att det finns en tänkbar förklaring till olyckan som inte förutsätter att [föraren] varit vårdslös. Därmed kan det inte anses vara visat att [föraren] har medverkat till sina skador genom vårdslöshet och trafikskadeersättningen skall inte jämkas.”

med hög alkoholkoncentration kan således antingen förstås som en utgångspunkt för vårdslöshet, eller som en utgångspunkt för orsakande genom vårdslöshet. Antingen är – beroende på hur HD:s formuleringar beträffande den tänkbara förklaringens förhållande till vårdslöshet eller orsakande tolkas – uppgifterna om älgens ett motfaktum eller ett bevisfaktum som talar för att det inte längre är fråga om vårdslöshet (beroende på om man ser vårdslösheten som ett abstrakt rättsfaktum eller ett konkret sådant), eller så är uppgifterna om älgens bevisfakta som talar för att det inte är vårdslöshet som har orsakat olyckan.

Enligt mitt förmenande borde NJA 2000 s. 150 förstås på så vis att fråga är om två presumtioner. En presumtion gäller vårdslösheten som sådan (vad som utgör vårdslöshet), medan en annan gäller vållande (orsakande genom vårdslöshet). Fallet bör alltså tolkas som att HD i förstone begagnar sig av en särskild sorts presumtion där vårdslöshet i juridisk mening presumeras om föraren bevisas ha en hög alkoholkoncentration i blodet vid framförandet av fordonet. Bevisat rattfylleri med hög alkoholkoncentration är ensamt tillräckligt för att som konkret rättsfaktum uppfylla rekvisitetet vårdslöshet. Skälet till detta är att HD uttryckligen säger att utgångspunkten vid rattfylleri med hög alkoholkoncentration är att det utgör vårdslöshet.

Därefter innebär den presumerade omständigheten vårdslöshet att en annan presumtion aktualiseras, nämligen att utgångspunkten när vårdslöshet är bevisad är att vårdslösheten är det som har orsakat (medverkat till) skadan. Samtidigt innebär denna läsning av fallet att svårigheter uppstår i förhållande till vissa av de andra formuleringarna i domskälen.⁵⁴⁷ Det är emellertid rimligare att hänföra uppgifter om en älg till orsakssambandet mellan vårdslöshet och skada än vårdslöshetsbedömningen som sådan. Uppgifterna om en älg bör alltså inte förstås som information som påverkar klassifikationen av rattfylleri med hög alkoholkoncentration som vårdslöst, utan som information som påverkar bedömningen av orsakssambandet mellan

⁵⁴⁷ Främst delar av de två citaten i de två fotnoterna direkt ovan.

vårdslösheten (som faktiskt presumeras föreligga genom rattfylleriet med hög alkoholkoncentration) och skadan.

Om det finns någon annan tänkbar förklaring som talar mot att vårdslösheten orsakat olyckan, exempelvis uppgifter om en älg, sänker detta således inte sannolikheten för rattfylleri med hög alkoholkoncentration i sig, och påverkar inte heller den rättsliga bedömningen av att rattfylleri med hög alkoholkoncentration utgör vårdslöshet. Däremot påverkas sannolikhetsbedömningen av att beteendet som konstituerar vårdslösheten (rattfylleri med hög alkoholkoncentration) varit det som orsakat skadan. När man då enligt HD i NJA 2000 s. 150 kan utgå i fråga om föraren vid hög alkoholkoncentration har varit vårdslös utgör detta inte ett bevisvärderingsresonemang utan en förklaring av hur en rättslig bedömning av vårdslöshet kan göras.

En hög alkoholkoncentration hos föraren är således i och för sig tillräcklig för att konstituera vårdslöshet, men det kan finnas andra förklaringar till olyckan som innebär att olyckan inte har orsakats av vårdslösheten, vilket får till följd att jämkning ändå inte ska ske då alla rekvisit som krävs enligt lagregeln för att rättsföljden ska inträda inte är uppfyllda. Presumtionen för vållande verkar i detta sammanhang så att det måste bevisas att medverkande till skadan inte har skett genom det konkreta rättsfaktum som konstituerar vårdslöshet. Finns det en annan tänkbar förklaring är detta således inte en invändning som ändrar den rättsliga kvalificeringen av rattfylleriet som vårdslöst eller påverkar sannolikheten för rattfylleri med hög alkoholkoncentration, utan ett bevisfaktum som påverkar sannolikhetsbedömningen av kausalitetsfrågan.

Det är svårt att passa in den av NJA 2000 s. 150 etablerade presumtionen för vårdslöshet vid bevisat rattfylleri med hög alkoholkoncentration inom ramen för den tredelade distinktionen av presumtioner. Klart är att det – om man som jag inte anser att sannolikhet kan tillskrivas ett abstrakt komplext rättsfaktum som vårdslöshet – inte rör sig om en praesumptio hominis eller

facti, eller en praesumptio juris et de jure (eftersom presumptionen verkar vara motbevisbar då HD säger att det är en utgångspunkt). Jag har av samma skäl som beträffande praesumptiones hominis eller facti också svårt att se att det skulle röra sig om en praesumptio juris i Boldings bemärkelse. Den presumerande omständigheten (den höga alkoholkoncentrationen) tillmäts nämligen inte större sannolikhetsbetydelse än vad som är motiverat, utan ligger till grund för en rättslig kvalifikation av händelseförloppet såsom utgörandes vårdslöshet i juridisk mening. Distinktionen mellan sak- och rättsfråga är viktig för att förstå HD på vad jag anser är det korrekta sättet, och presumptionen innebär att en sorts länk mellan en sakfråga (omständigheten rattfylleri med hög alkoholkoncentration) och en rättsfråga (huruvida vårdslöshet föreligger) etableras.

Den andra presumptionen, som innebär en presumption för att beteendet som utgör vårdslöshet (rattfylleri med hög alkoholkoncentration) har orsakat skadan torde å andra sidan vara motiverad av sannolikhet. Det är oklart vilka argument som har legat bakom presumptionen för vållande, säkerligen är det ett sannolikhets samband, men möjligen även andra argument. Det rör sig således antingen om en praesumptio facti eller hominis, eller en praesumptio juris.

Sammanfattningsvis bör alltså NJA 2000 s. 150 förstås som fråga är om två olika presumtioner. För det första presumeras vårdslöshet i juridisk mening om föraren bevisas ha en hög alkoholkoncentration i blodet vid framförandet av fordonet. Att avgöra om rattfylleriet är vårdslöst sker genom en rättslig bedömning, varvid presumptionen för vårdslöshet är till hjälp, medan den presumerade vårdslösheten i sin tur innebär att en presumption för vållande aktualiseras, där kausaliteten mellan beteendet som vårdslösheten består i, det vill säga rattfylleri med hög alkoholkoncentration, och skadan presumeras. Rattfylleriet med hög alkoholkoncentration utgör ett konkret rättsfaktum som konstituerar vårdslöshet, men det är en annan uppgift att avgöra om vårdslösheten (bestående i rattfylleriet) har orsakat skadan. I detta sammanhang kan uppgifterna om en älg utgöra ett bevisfaktum som

talat mot att skadan orsakats genom vårdslöshet, med andra ord en omständighet som talar mot det presumerade kausalförhållandet, inte mot att rattfylleri med hög alkoholkoncentration utgör vårdslöshet.

Något kan här även sägas om tingsrättens resonemang i andra delar än tolkningen av NJA 2000 s. 150. Tingsrättens domskäl är oklara i så måtto att den verkar betrakta vållande och vårdslöshet som samma sak, eller i varje fall att de med nödvändighet är förenade med varandra. Tidigare har det konstaterats att vållande i och för sig förutsätter att vårdslöshet existerar, men att vårdslöshet som sådan inte förutsätter vållande.

Tingsrätten säger att den konstaterade ”ursprungssannolikheten” inte är tillräcklig för att vårdslöshet ska vara visad. Mot detta invänder jag eftersom jag menar att vårdslöshet är ett abstrakt rättsfaktum och således inte bör kunna tillskrivas någon ursprungssannolikhet eller sannolikhet över huvud taget. Möjligen menar tingsrätten att det är sannolikt att man vid den rättsliga bedömningen kommer att komma fram till att narkotikaförekomsten och fortkörningen utgör vårdslöshet. Vårdslöshetsbegreppet är dock en rättslig konstruktion (vars innehåll bestäms utifrån rättskällorna), inte någonting som existerar i verkligheten, och huruvida vårdslöshet föreligger avgörs således inte genom bevisvärdering utan rättstillämpning. Domstolars rättstillämpning artar sig inte i sannolikheter, utan principen om *jura novit curia* innebär att domstolen anses känna lagens rätta innebörd till fullo. Förekomst av narkotika i blodet och fortkörningen borde således ses som konkreta rättsfakta som konstituerar vårdslöshet.

Tingsrättens resonemang visar dock på svårigheten i att bevisvärdera innehållet i abstrakta komplexa rättsfaktum, eftersom det sedvanliga sannolikhetsbegreppet sammansmälter med innebörden hos det abstrakta konceptet vårdslöshet.⁵⁴⁸ Det går inte att ange en viss sannolikhetsgrad för vårdslöshet, men däremot för att någon körde rattfull eller för fort, eller för att detta orsakade eller medverkade till skadan. Utan att relatera rattfylleriet

⁵⁴⁸ Jfr Lindell (1987) s. 194 ff.

eller fortkörningen till vårdslöshetsbegreppet har de samtidigt inte relevans för rättsföljden. Men hur rattfull man måste vara eller hur fort man måste köra för att vara vårdslös avgörs i grund och botten genom en rättslig bedömning, inte en sannolikhetsbedömning. Frågan om kausalitet är en fråga som besvaras utifrån bevisvärderingen, men samtidigt utgör vårdslöshet ett moment i prövningen om det föreligger kausalitet mellan orsak och skada.

7.6 Försäkringsersättning

7.6.1 Omständigheter och domstolens syn på ursprungssannolikheten

Ett fall från Svea hovrätt, T 6624-17, handlar om en person som väckte talan mot sitt försäkringsbolag.⁵⁴⁹ Käranden påstod sig ha blivit rånad på sin bil och egendom som fanns inuti denna. Käranden ansågs ha bevisbördan för dessa påståenden, och hovrätten tillämpade beviskravet ”klart mera sannolikt” för kärandens påstående om att det förelåg ett försäkringsfall. Hovrättens slutsats var att det förelåg ett försäkringsfall, med hänsyn till en trovärdig utsaga från käranden, samt utsagor från två vittnen och annan stödbevisning.

Kärandens ersättningsanspråk vitsordades delvis av försäkringsbolaget. Frågan om värdet på bilen och huruvida egendomen som påstods ha funnits i bilen faktiskt hade gjort det var dock tvistig. I förhållande till värdet på bilen och en väska med egendom som fanns i bilen tillämpade hovrätten beviskravet ”styrkt” och placerade återigen bevisbördan på käranden. Hovrätten konstaterade sedan att: ”Ersättningsanspråket från [käranden] avser i vissa delar egendom vilken kan uppfattas som ovanlig i sammanhanget och för vilken det föreligger en låg ursprungssannolikhet att den fanns i bilen vid det aktuella tillfället.”. Enligt hovrätten innebar detta att det

⁵⁴⁹ Fallet finns även refererat i NJA 2019 s. 1001. Frågan som prövades i HD hade dock inte något med ursprungssannolikhet att göra.

utöver kändans utsaga krävdes stödbevisning för att beviskravet skulle nås.

Beträffande bilen ansåg hovrätten att det visats att den var värd vad den införskaffats för. Hovrätten ansåg dessutom att det genom kändans utsaga under sanningsförsäkran samt ett kvitto på köp var styrkt att väskan funnits i bilen vid rånet. Däremot ansåg hovrätten att det inte var styrkt att det funnits en sminkväska med smink värt 3 000 kr, glasögon värda 6 900 kr, presentkort med ett totalt värde om 4 500 kr samt 4 800 kr i kontanter i bilen. Skälet härför var att det förelåg oklarheter och brister i utredningen avseende dessa ersättningsposter. Hovrätten biföll därför endast yrkandet avseende egendom i bilen med 1 500 kr för väskan.

7.6.2 Analys

Hovrätten yttrar sig om ursprungssannolikheten efter att den slagit fast det tillämpliga beviskravet och bevisbördans placering. Det är således för bevisvärderingen som ursprungssannolikheten tillmäts betydelse i detta fall. Hovrättens uttalande om ursprungssannolikheten är dock påfallande oklart. Det framgår inte vilken egendom som hovrätten menar har låg ursprungssannolikhet, utan bara att det är viss egendom som har låg ursprungssannolikhet. Vidare kan det noteras att bedömningen av ursprungssannolikheten förefaller grunda sig på en fiktiv erfarenhetssats baserad på domarens livserfarenhet.

7.7 Slutsatser

Det är inte möjligt att dra slutsatsen att domstolarna endast använder sig av ursprungssannolikheten i resonemang om bevisvärdering eller som en grund för bevisbördans placering, eller för att ställa upp en presumtion. Det framstår dock inte som att domstolen i något av de analyserade fallen har låtit ursprungssannolikheten utgöra ett argument för att ställa upp ett beviskrav av en hög eller låg styrka. De behandlade fallen tillåter inte heller att någon slutsats dras beträffande vilken metod för bevisvärdering som används.

I en majoritet av fallen är det troligt att ursprungssannolikheten endast tillmäts betydelse vid bevisvärderingen, medan det i vissa fall är mer oklart hur domstolen har resonerat utifrån ursprungssannolikheten. Om en domstol exempelvis säger att det föreligger en hög ursprungssannolikhet för en viss omständighet och att det därför är upp till en viss part att förebringa bevisning som sätter detta i tvivelsmål kan man tolka det som att det antingen är fråga om ett resonemang som tar sikte på bevisvärderingen, eller som utgör ett argument för bevisbördans placering.

I flera fall kan man också se diskutabla uppfattningar om vad ursprungssannolikhet faktiskt innebär. Domstolar och doktrin talar ibland om ursprungssannolikhet, även fast denna förmenta ursprungssannolikhet bedöms givet information som inte är en del av bevistemat, vilket snarare innebär att bevisfakta har beaktats.

8 Avslutande sammanfattning

8.1 Ursprungssannolikhetens roller

Framställningen har behandlat de olika sätt på vilka ursprungssannolikheten kan få betydelse vid bevisprövning i dispositiva tvistemål. Den första frågeställningen frågade hur ursprungssannolikheten bestäms rättsligt och vilken betydelse formuleringen av bevistemat får vid bestämmandet av ursprungssannolikheten. En slutsats i detta avseende är att ursprungssannolikheten i sig bedöms genom en frekventistisk uppskattning av förekomsten av en generaliserad variant av bevistemat i en referensklass. Denna uppskattning kan antingen grunda sig på statistiska förhållanden, eller på en subjektivt uppskattad förekomst av bevistemat i en referensklass som bedöms av bevisbedömaren på grundval av dennes livserfarenhet. Avfattningen av bevistemat är viktig, eftersom den dels väcker frågor kring hur mycket bevistemat måste generaliseras, dels påverkar vilken erfarenhetssats som är eller kan vara relevant när referensklassen bestäms.

Ursprungssannolikheten kan ha betydelse både för sakfrågor och för rättsfrågor; man skulle därför kunna tala om ursprungssannolikhetens sakfrågerelevans och dess rättsfrågerelevans. Vid bevisvärderingen är det fråga om sakfrågerelevans, medan det vid frågor om bevisbörda, beviskrav och presumtioner är rättsfrågerelevansen som potentiellt aktualiseras.

Den andra frågeställningen syftade till att undersöka de skillnader som finns beträffande ursprungssannolikhetens funktion mellan de två bevisvärderingsmetoderna. En skillnad mellan metoderna är att sakfrågerelevansen är definitiv om bayesiansk metod används, och potentiell om bevisvärdemetoden används. Skillnaden består alltså i huruvida en användning av ursprungssannolikheten är nödvändig för bedömningen eller inte. Ursprungssannolikheten utgör en nödvändig betingelse för användning av bayesiansk metod. Att användning av ursprungssannolikheten inte är nödvändig enligt bevisvärdemetoden innebär dock inte att den inte kan

beaktas. Om bevistemats ursprungssannolikhet ger upphov till ett mer tillförlitligt bevisvärde bör det få en påverkan på bevisvärdet i det konkreta fallet.

Även om sannolikheten har olika föremål i de olika bevisvärderingsmetoderna, är det samma ursprungssannolikhet, nämligen ursprungssannolikheten för temat, som påverkar. Konsekvensen av att sannolikheten har olika föremål blir dock att ursprungssannolikheten för bevistemat påverkar olika sannolikhetsbedömningar. Där ursprungssannolikheten i det ena fallet är integrerad i bedömningen av bevistemats sannolikhet, blir den i det andra fallet en extern komponent för bedömningen av bevisvärdet av ett visst bevisfaktum (sannolikheten för att bevismekanismen fungerar). En annan skillnad mellan metoderna ligger således i föremålet som påverkas av ursprungssannolikheten.

Ytterligare en skillnad är en konsekvens av att ursprungssannolikheten vid bayesiansk metod påverkar sannolikheten för bevistemat, vilket får till följd att beviskraften som krävs för att nå upp till beviskravet kan variera från fall till fall. Beviskravet styrkt kommer i enlighet med detta i realiteten att kunna vara enklare nå upp till utifrån den konkreta bevisningen i vissa fall än vad till exempel beviskravet klart mera sannolikt utifrån bevisning med samma styrka men en lägre ursprungssannolikhet är i andra fall. Ursprungssannolikheten blir med andra ord lika viktig som bevisbördan och beviskravet för att kunna bedöma förefintligheten av ett konkret rättsfaktum. Vid bevisvärdemetoden måste å andra sidan ursprungssannolikheten relateras till varje bevisfaktum för sig. Ursprungssannolikhet som påverkar ett bevisfaktums bevisvärde påverkar således inte med nödvändighet ett annat bevisfaktums bevisvärde. Sammanfattningsvis är ett i flera fall identiskt beviskrav relativt ursprungssannolikheten om man använder bayesiansk metod, medan det är fast och kräver samma bevisvärde om bevisvärdemetoden används.

Man kan även tänka en situation där ingen bevisning presenteras från någon part. En ursprungssannolikhet skulle kunna vara tillräcklig för att nå upp till ett beviskrav, men det rör sig då om ett strikt frekvensteoretiskt resonemang, eftersom ingen av bevisvärderingsmetoderna egentligen är nödvändig att tillämpa. Finns det inget bevisfaktum att förhålla bevis temat till blir det således inte aktuellt med bevisvärdering utöver att bedöma den allmänna vanligheten för bevis temat.

Den tredje frågeställningen undersökte ursprungssannolikhetens rättsliga roll i förhållande till bevisbörda och beviskrav? Ursprungssannolikheten tar då formen av ett argument för hur bevisbördan ska placeras, eller vilket beviskrav som ska tillämpas. I uppsatsen förfäktas dock uppfattningen att presumtioner inte kan basera sig på ursprungssannolikhet; fråga är beträffande presumtionerna i stället om ett genom en erfarenhetsats etablerat sannolikhetssamband mellan två omständigheter, samt i förekommande fall dessutom icke-sannolikhetsbaserade argument.

Den fjärde frågeställningen frågade vilken eller vilka roller som ursprungssannolikheten ges i praxis. Beträffande praxis är en slutsats att ursprungssannolikheten oftast tillmäts betydelse för bevisvärderingen, men att domskälen stundtals är oklara beträffande vilken roll som ursprungssannolikheten spelar. I vissa fall kan man alltså antingen tolka domskälen som att fråga skulle kunna vara om ett fall där ursprungssannolikheten har fått betydelse för bevisvärderingen men också för bevisbördans placering. Vidare visar genomgången av praxis att man ibland kan ifrågasätta om det som domstolen benämner ursprungssannolikhet faktiskt utgör ursprungssannolikhet i ordets rätta mening. Stundom talas det nämligen om ursprungssannolikhet samtidigt som bevisfaktum beaktas. Ett enhetlig förståelse och användning av ursprungssannolikheten borde utesluta att bevisfakta i ett konkret mål beaktas vid bedömningen av ursprungssannolikheten.

8.2 Några ytterligare reflektioner

Om dubbelräkningsargumentet accepteras, borde detta enligt min mening utesluta att ursprungssannolikheten ges rättsfrågerelevans. Framställningen har nämligen visat att bayesiansk metod förutsätter att ursprungssannolikheten kan uppskattas. Även om det är möjligt att undvika ursprungssannolikheten i bevisvärderingen genom att tillämpa bevisvärdemetoden och inte tillmäta ursprungssannolikheten betydelse för bedömningen av bevisvärdet skulle detta, betraktat utifrån ett processystematiskt perspektiv, innebära att vissa i praxis fastlagda bevisbörderegler endast skulle kunna användas om en viss bevisvärderingsmetod (bevisvärdemetoden) också används. Denna lösning framstår inte som rimlig i ljuset av att HD inte har tagit ställning till vilken metod för bevisvärdering som bör användas. En pragmatisk lösning är i stället att helt enkelt aldrig tillmäta ursprungssannolikheten betydelse för rättsfrågor. I stället får andra argument för bevisbördans placering och beviskravets styrka tillämpas. Det sagda utesluter dock inte att presumtioner används, eftersom dessa ska förstås som (i varje fall delvis) grundade på sannolikhetssamband – inte ursprungssannolikheten – och ändå kräver att en bevisvärdering genomförs där ett bevisfaktums (den presumerande omständighetens) vikt för ett bevis (den presumerade omständigheten) avgörs (beträffande *praesumptiones hominis* eller *facti*) eller i varje fall att den presumerande omständigheten bevisas (beträffande *praesumptiones juris*).

Genom att bortse från ursprungssannolikhetsmässiga överväganden och i stället använda sig av andra principer vid placeringen av bevisbördan blir det även enklare att dra gränsen mellan sakfrågor och rättsfrågor, eftersom det blir en tydligare åtskillnad mellan bedömningen av bevis (där ursprungssannolikheten beaktas) och tillämpningen av rättsreglerna (där ursprungssannolikheten inte beaktas). Ursprungssannolikhetens bevisrättsliga ubikvitet bör alltså inskränkas genom att dess relevans begränsas till att endast avse sakfrågan.

Det faktum att många fall framstår som unika talar också, enligt mitt förmenande, till fördel för bevisvärderingslösningen. Samtidigt skulle det kunna argumenteras för att förutsebarhetskrav talar till fördel för en lösning av en mer fast karaktär, så som en bevisbördelösning (även om en sådan självklart inte är mekanisk fullt ut eftersom de konkreta omständigheterna i ett konkret fall måste subsumeras under en regel uppställd i lag eller prejudikat). De i sammanhanget motstridiga strävandena blir rättens målsättning att öka förutsebarheten genom att tillämpa en mer regelbunden och regelstyrd lösning, samtidigt som den potentiella uniciteten hos varje enskilt fall som domstolen har att ta ställning till talar för att domstolen ska ha ett utrymme att göra varierande bedömningar även om fall är snarlika.

Avslutningsvis vill jag inskjuta att den existerande synen på erfarenhetssatserna som antingen notoriska eller grundade på expertkunskap nog bör eller behöver kompletteras med en syn där domarens egen kunskap och intuition anses godtagbara för bedömningar av fiktiva frekvenssatser som ligger till grund för ursprungssannolikhetens uppskattning. Detta för att uppnå en rättslig systematik som stämmer överens med hur bevisvärderingen sker enligt de olika bevisvärderingsmetoderna. Det skulle annars kunna ifrågasättas hur förenligt tänkandet i fiktiva frekvenser är med idén om vad allmänna och särskilda erfarenhetssatser ska bestå i.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkanden

SOU 1938:44 Processlagberedningens förslag till ny rättegångsbalk.

Ds 2006:12 Trafikförsäkringsfrågor m.m.

Propositioner

Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol.

Prop. 2015/16:39 En modernare rättegång II.

Elektroniska källor

Fitger, Peter, Sörbom, Monika, Eriksson, Tobias, Hall, Peter, Palmkvist, Ragnar och Renfors, Cecilia, Rättegångsbalken m.m., JUNO (uppdaterad 1 november 2021). [Cit. Fitger m.fl. (2021)]

Holmqvist, Mats, Trafikskadelagen: En kommentar, JUNO (uppdaterad 1 augusti 2021). [Cit. Holmqvist (2021)]

Sahlin, Nils-Eric (2004), "The Evidentiary Value Model: Too Short an Introduction", tillgänglig på <<https://www.nilsericsahlin.net/evidentiary-value/>> [Cit. Sahlin (2004)]

Övriga källor

Trafikskadenämnden, cirkulärreferat 1-2014, dnr 1652-2013. [Cit. Trafikskadenämnden (2014)]

LITTERATUR

- Andersson, Simon (2014), 'Rättsdogmatisk metod och bevisvärdering', i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Stockholm: Norstedts Juridik s. 427-450. [Cit. Andersson (2014)]
- Andersson, Simon (2016), *Skälig misstanke*. Ak. Avh. Stockholm: Wolters Kluwer. [Cit. Andersson (2016)]
- Asp, Petter (2004), 'Om relationistisk metod: eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap', i: Asp, Petter & Nuotio, Kimmo (red.), *Konsten att rättsvetenskap: den tysta kunskapen i juridisk forskning*. Uppsala: Iustus förlag s. 47–67. [Cit. Asp (2004)]
- Bolding, Per Olof (1951), *Bevisbördan och den juridiska tekniken*. Ak. Avh. Uppsala: Uppsala universitet. [Cit. Bolding (1951)]
- Bolding, Per Olof (1960), 'Aspects of the Burden of Proof', i: Schmidt, Folke (red.), *Scandinavian studies in Law*. Vol. 4. Stockholm: Almqvist & Wiksell s. 9–27. [Cit. Bolding (1960)]
- Bolding, Per Olof (1989), *Går det att bevisa?: Perspektiv på domstolsprocessen*. Stockholm: Norstedts Förlag. [Cit. Bolding (1989)]
- Boman, Robert (1964), *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*. Ak. Avh. Stockholm: Norstedts Förlag. [Cit. Boman (1964)]
- Cohen, L. Jonathan (1977) *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press. [Cit. Cohen (1977)]
- Dahlman, Christian (2018), *Beviskraft: Metod för bevisvärdering i brottmål*. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Dahlman (2018)]
- Dahlman, Christian (2019), 'Juridiska grundbegrepp', i: Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav*. Lund: Studentlitteratur s. 57–74. [Cit. Dahlman (2019)]

Diesen, Christian & Strandberg, Magne (2012), *Bevisprövning i tvistemål: Teori och praktik. BEVIS 9*. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Diesen & Strandberg (2012)]

Diesen, Christian (2015/16), 'Balkongfallet – ett riktigt bevisprejudikat'. *JT* s. 666–678. [Cit. Diesen (2015/16)]

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

Ekelöf, Per Olof (1982), *Rättegång IV*. Femte upplagan. Stockholm: Norstedts Förlag. [Cit. Rättegång IV (1982)]

Ekelöf, Per Olof (1983), 'My thoughts on evidentiary value', i: Gärdénfors, Peter, Hansson, Bengt & Sahlin, Nils-Eric (red.), *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory: essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Lund: Gleerups förlag s. 9–26. [Cit. Ekelöf (1983)]

Ekelöf, Per Olof (1988), 'Bevisvärde'. *Filosofisk tidskrift* s. 1–19. [Cit. Ekelöf (1988)]

Ekelöf, Per Olof (1989), 'Bevisvärdemetoden kontra bevistemamodellen'. *SwJT* s. 26–38. [Cit. Ekelöf (1989)]

Ekelöf, Per Olof (1990), 'Om värdering av strukturala bevis', i: Klami, Hannu Tapani (red.), *Rätt och sanning: ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989*. Uppsala: Iustus förlag s. 22–30. [Cit. Ekelöf (1990a)]

Ekelöf, Per Olof (1990), 'Kommentarer till diskussionen kring bevisvärdemetoden och temamodellen', i: Klami, Hannu Tapani (red.), *Rätt och sanning: ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989*. Uppsala: Iustus förlag s. 55–66. [Cit. Ekelöf (1990b)]

- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992), *Rättegång IV*. Sjätte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Rättegång IV (1992)]
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009), *Rättegång IV*. Sjunde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Rättegång IV (2009)]
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael (2016), *Rättegång I*. Nionde upplagan Stockholm: Wolters Kluwer. [Cit. Rättegång I (2016)]
- Franklin, James (2011), 'The Objective Bayesian Conceptualisation of Proof and Reference Class Problems'. *Sydney Law Review* s. 545–561. [Cit. Franklin (2011)]
- Freeling, Anthony N.S. & Sahlin, Nils-Eric (1983), 'Combining evidence', i: Gärdenfors, Peter, Hansson, Bengt & Sahlin, Nils-Eric (red.), *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory: essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Lund: Gleerups förlag s. 58–74. [Cit. Freeling & Sahlin (1983)]
- Gillies, Donald (2000), *Philosophical theories of probability*. London: Routledge. [Cit. Gillies (2000)]
- Goldsmith, Robert W. & Andersson, Sven Ingmar (1978), 'Bevisvärdeometoden versus temametoden vid juridisk bevisvärdering'. *TfR* s. 68–102. [Cit. Goldsmith & Andersson (1978)]
- Goldsmith, Robert W. (1983), 'Evaluating evidence in criminal cases by means of the evidentiary value model', i: Gärdenfors, Peter, Hansson, Bengt & Sahlin, Nils-Eric (red.), *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory: essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Lund: Gleerups förlag s. 104–113. [Cit. Goldsmith (1983)]
- Gräns, Minna (2006/07), 'Om hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen'. *JT* s. 782-792. [Cit. Gräns (2006/07)]

Gärdenfors, Peter (1983), 'Probabilistic reasoning and evidentiary value' i: Gärdenfors, Peter, Hansson, Bengt & Sahlin, Nils-Eric (red.), *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory: essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Lund: Gleerups förlag s. 44–57. [Cit. Gärdenfors (1983)]

Götlind, Gustav (1996/97), 'Liten lektion i räkning'. *JT* s. 1050–1057. [Cit. Götlind (1996/97)]

Hacking, Ian (2001), *An introduction to probability and inductive logic*. Cambridge: Cambridge University Press. [Cit. Hacking (2001)]

Hansson, Bengt (1983), 'Epistemology and evidence', i: Gärdenfors, Peter, Hansson, Bengt & Sahlin, Nils-Eric (red.), *Evidentiary value: philosophical, judicial and psychological aspects of a theory: essays dedicated to Sören Halldén on his sixtieth birthday*. Lund: Gleerups förlag s. 75–97. [Cit. Hansson (1983)]

Hardenberger, Alexander (2020), 'Den successiva relevansens princip – några reflektioner med anledning av Högsta domstolens domvillobeslut i NJA 2019 s. 802'. *SvJT* s. 546–570. [Cit. Hardenberger (2020)]

Hellners, Trygve (1998/99), 'Några ord om omedelbarhetsprincipen och domstolsnotoritet'. *JT* s. 567–573. [Cit. Hellners (1998/99)]

Heuman, Lars (2005), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Heuman (2005)]

Heuman, Lars (2007/08), 'Skyldigheten enligt RB 17:3 att göra förnekanden och kontradiktoriska och konträra åberopanden'. *JT* s. 909–919. [Cit. Heuman (2007/08)]

Heuman, Lars (2015), 'Är avtalsstolkning endast en rättslig verksamhet eller kräver den också bevisbedömningar?'. *SvJT* s. 793–825. [Cit. Heuman (2015)]

Heuman, Lars (2018), *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning: generaliseringar, logik och argumentation*. Stockholm: Jure Förlag. [Cit. Heuman (2018)]

Heuman, Lars (2021), 'Bristande rättsliga kunskaper som hinder för prejudikatinstansernas samverkande rättsbildning i belysning av presumtionsläran'. *SvJT* s. 18–47. [Cit. Heuman (2021)]

Hjertstedt, Mattias (2019), 'Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt', i: Mannelqvist, Ruth, Ingmanson, Staffan & Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet s. 165–173. [Cit. Hjertstedt (2019)]

Håstad, Torgny (2016/17), 'Emissionsgarantimålet NJA 2016 s. 107; nu fråga om domvilla och resning samt lämplig domstol för vissa extraordinära ärenden'. *JT* s. 605–624. [Cit. Håstad (2016/17)]

Jareborg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap'. *SvJT* s. 1–10. [Cit. Jareborg (2004)]

Jerkø, Markus (2017), *Bevisvurderingens rettslige rammer: bevistema, bevisbyrde, beviskrav*. Oslo: Universitetsforlaget. [Cit. Jerkø (2017)]

Kahneman, Daniel, Sibony, Olivier & Sunstein, Cass R. (2021), *Noise: a flaw in human judgment*. London: William Collins. [Cit. Kahneman, Sibony & Sunstein (2021)]

Kolflaath, Eivind (2008), 'Sannsynlighetsovervekt og kumulation av tvil'. *Lov og rett* s. 149–165. [Cit. Kolflaath (2008)]

Lainpelto, Katrin (2012), *Stödbevisning i brottmål*. Ak. Avh. Stockholm: Jure Förlag. [Cit. Lainpelto (2012)]

- Lainpelto, Katrin (2014), 'Några reflektioner kring ämnet bevisrätt', i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Stockholm: Norstedts Juridik s. 451–465. [Cit. Lainpelto (2014)]
- Lambertz, Göran (2002), 'Nyttig och onyttig rättsvetenskap'. *SvJT* s. 261-278. [Cit. Lambertz (2002)]
- Lindblom, Per Henrik (2003), 'Processens arkitektur: Jakten på det slutliga bevisemat i ett funkishus med flera våningar', i: Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Vänbok till Torleif Bylund*. Uppsala: Iustus förlag s. 171–260. [Cit. Lindblom (2003)]
- Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Ak. Avh. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Lindell (1987)]
- Lindell, Bengt (2007), *Notorietet och kontradiktion*. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Lindell (2007a)]
- Lindell, Bengt (2007), 'Det svåra lyftet – beviskrav och bevisbörda på skivstången'. *SvJT* s. 341–366. [Cit. Lindell (2007b)]
- Lindell, Bengt (2014), 'Visste bilföraren att bilen var lastad med narkotika? Om ursprungssannolikhetens bevisbetydelse', i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Stockholm: Norstedts Juridik s. 381–389. [Cit. Lindell (2014)]
- Lindell, Bengt (2015), *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar: en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext*. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Lindell (2015)]
- Lindell, Bengt (2021), *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Femte upplagan. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Lindell (2021)]
- Lindley, Dennis V. (2014), *Understanding Uncertainty*. Reviderade upplagan. New Jersey: Wiley. [Cit. Lindley (2014)]

- Nordenson, Ulf K. (1977), *Trafikskadeersättning: kommentar till trafikskadelagstiftningen*. Stockholm: LiberFörlag. [Cit. Nordenson (1977)]
- Nordh, Roberth (2019), *Bevisrätt A: allmänna bevisfrågor: om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m.* Andra upplagan. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Nordh (2019a)]
- Nordh, Roberth (2019), *Bevisrätt B: bevisbörda och beviskrav*. Andra upplagan. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Nordh (2019b)]
- Nordh, Roberth (2019), *Bevisrätt C: bevisvärdering*. Andra upplagan. Uppsala: Iustus förlag. [Cit. Nordh (2019c)]
- Nordklint, Caroline (2019), *Bevisrättens tillämpning i skatteprocessen*. Ak. Avh. Stockholm: Jure Förlag. [Cit. Nordklint (2019)]
- Olivecrona, Karl (1930), *Beviskyldigheten och den materiella rätten*. Uppsala: Almqvist & Wiksells Boktryckeri. [Cit. Olivecrona (1930)]
- Olsen, Lena (2004), 'Rättsvetenskapliga perspektiv'. *SwJT* s. 105–145. [Cit. Olsen (2004)]
- Peczenik, Aleksander (1995), *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Peczenik (1995)]
- Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod, argumentation och språk*. Femte upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Sandgren (2021)]
- Sahlin, Nils-Eric & Freeling, Anthony N.S. (1983), 'Samverkan, motverkan och Dempsters regel – En jämförelse mellan två bevisvärdeteorier'. *TfR* s. 503–528. [Cit. Sahlin & Freeling (1983)]
- Sahlin, Nils-Eric (1986), 'How to be 100% certain 99.5% of the time'. *The Journal of Philosophy*, vol. 83, nr. 2, s. 91–111. [Cit. Sahlin (1986)]

Sahlin, Nils-Eric (1988), 'Anm. av Bengt Lindell. Sakfrågor och rättsfrågor, Uppsala 1987.'. *SvJT* s. 39–43. [Cit. Sahlin (1988)]

Sahlin, Nils-Eric & Rabinowicz, Wlodek (1998), 'The evidentiary value model', i: Gabbay, Dov M. & Smets, Philippe (red.), *Handbook of Defeasible Reasoning and Uncertainty Management Systems Volume 1: Quantified Representation of Uncertainty and Imprecision*. Dordrecht: Kluwer. [Cit. Sahlin & Rabinowicz (1998)]

Schöldström, Patrik (2017), *Tvistemålsanalys för praktiskt bruk*. Stockholm: Jure Förlag. [Cit. Schöldström (2017)]

Sjölander, Arvid & Gustav, Lindkvist (2014), 'Betydelsen av ursprungssannolikhet vid bevisvärde', i: Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift till Christian Diesen*. Stockholm: Norstedts Juridik s. 391–403. [Cit. Sjölander & Lindkvist (2014)]

Stening, Anders (1975), *Bevisvärde*. Ak. Avh. Uppsala: Uppsala universitet. [Cit. Stening (1975)]

Stening, Anders (1979), 'Konflikt mellan två bevismodeller'. *SvJT* s. 283–297. [Cit. Stening (1979)]

Wahlberg, Lena (2020), 'Fri bevisprövning och evidensbaserad medicin: En jämförelse av två modeller för evidens och beslut'. *Statsvetenskaplig tidskrift*, vol. 122, nr. 4, s. 581–599. [Cit. Wahlberg (2020)]

Westberg, Peter (2000), 'Taktisk rättegångsdribbling i tvistemål – en s.k. "Lindskogare"', i: Olle Ekstedt (red.), *Från grundlag till vardagsjuridik: en vänbok till Bo Broomé*. Malmö: Hovrätten över Skåne och Blekinge s. 219–232. [Cit. Westberg (2000)]

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

Westberg, Peter (2020), *Konflikt och kontrakt*. Stockholm: Jure Förlag. [Cit. Westberg (2020)]

Westberg, Peter (2021), *Civilrättskipning I Tvistemål*. Tredje upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik. [Cit. Westberg (2021)]

Zahle, Henrik (1976), *Om det juridiske bevis*. Ak. Avh. Köpenhamn: Juristforbundets forlag. [Cit. Zahle (1976)]

Zahle, Henrik (1994), *Bevisret: oversigt*. Köpenhamn: Jurist og økonomforbundets Forlag. [Cit. Zahle (1994)]

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1951 s. 1.

NJA 1986 s. 470.

NJA 1986 s. 489.

NJA 1989 s. 215.

NJA 1993 s. 764.

NJA 1996 s. 52.

NJA 1999 s. 629.

NJA 2000 s. 150.

NJA 2001 s. 177.

NJA 2005 s. 205.

NJA 2006 s. 170.

NJA 2007 s. 157

NJA 2015 s. 702.

NJA 2016 s. 332.

NJA 2018 s. 617.

NJA 2019 s. 802.

NJA 2019 s. 1001.

NJA 2021 s. 286.

Hovrätterna

Göta hovrätt, dom 2015-09-16 i mål T 1262-15.

Hovrätten för Övre Norrland, RH 2017:39.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, RH 2018:13.

Svea hovrätt, dom 2018-05-24 i mål T 6624-17.

Tingsrätterna

Linköpings tingsrätt, dom 2013-10-30 i mål T 1666-12.

Linköpings tingsrätt, dom 2020-09-16 i mål T 1169-19.

Växjö tingsrätt, dom 2016-12-22 i mål T 674-15.

Solna tingsrätt, dom 2020-12-03 i mål T 1813-19.