

Om forståelser av bevisbyrde¹

1. Ordbruken

Ordet bevisbyrde brukes tradisjonelt om *hvem* av partene som må bevise et bestemt faktisk forhold.² Beviskrav brukes om *hvor sterkt* det må bevises, eller, som noen vil si, med hvilken grad av sannsynlighet. Torstein Eckhoff ville samle begge uttrykkene i ett begrep, som han kalte tvilsrisiko. Nå for tiden brukes tvilsrisiko ofte synonymt med bevisbyrde, men uten den doble betydningen som Eckhoff la i det. Det ligger da ingen henvisning til beviskravets styrke, bare til hvem tvilen skal gå ut over.

Beviskrav-betydningen er altså ikke med. Se eksempelvis førstvoterende i Rt 2006.1657, i avsnitt 36: ”I tillegg vil staten ha tvilsrisikoen dersom det unntaksvis ikke kan konstateres sannsynlighetsovervekt i noen retning.” Annenvoterende sluttet seg til denne betraktningen, men brukte i stedet ordet ”bevisbyrde”, se avsnitt 44. Tredjevoterende synes å bruke ”bevisbyrde” i Eckhoffs dobbeltbetydning, avsnitt 52. Førstvoterendes uttalelse i Rt 2008.1409, avsnitt 38, er treffende: ”Jeg bemerker at kravet til bevisets styrke i noen tilfelle omtales som «bevisbyrde». Men dette uttrykk benyttes også for å angi bevisføringsplikt og tvilsrisiko. Det er derfor i en del sammenhenger uklart hvilken side av bevisreglene som en uttalelse tar sikte på.” Denne dommeren bruker selv ”beviskrav” på samme måte som jeg gjør her: ”Ankesaken for Høyesterett gjelder hvilket beviskrav, dvs. hvor stor grad av sannsynlighet, som kreves ...”, avsnitt 37. – Søk i Lovdatabasen HRSIV den 11.1.11 ga 49 treff på emnet ”tvilsrisiko”. Søk samme sted og tid ga 1130 treff på ”bevisbyrde”.

Eckhoffs terminologi har vel aldri riktig slått igjennom.³ Hans (og Per Augdahls) standpunkt om at man i tvilssituasjoner i sivile saker bør bygge på det som er ”mest sannsynlig”, er derimot gjeldende rett. I nyere litteratur og rettspraksis omtales dette som ”overvektsprinsippet”, som er den norske hovedregelen for beviskravet i sivile saker.⁴

Når vi taler om hvem av partene som ”må bevise” et bestemt faktisk forhold, handler det ikke om at det er vedkommende part som må *føre* bevisene.⁵ En mer presis spørsmålsstilling ville være: Hvilken parts påstandsgrunnlag (rettsfaktum) er det som må bevises? Beviset kan i sivile saker like gjerne komme fra den andre siden: Motpartens lite troverdige forklaring kan være bevis godt nok for at motparten tar feil. Eller det kan være et av motpartens vitner som gjør at grunnlaget anses bevist. At noen ”har bevisbyrden” betyr altså ikke at dette er en byrde som vedkommende part aktivt må løfte, bare at en tvil om faktum vil ramme denne parten. Dette kan også uttrykkes som at vedkommende har bevisrisikoen⁶ eller tvilsrisikoen. I straffesaker vil for eksempel tvil om hvorvidt tiltalte har gjort handlingen føre til frifinnelse, fordi det er en rettsregel at påtalemyndigheten har bevisbyrden for dette faktum. – Spørsmålet om hvem som har bevisbyrden er i det hele godt avklart i straffesaker,⁷ mens det oftere kan volde tvil i sivile saker.

Selv om ordet bevisbyrde altså er noe misvisende, er det ikke grunn til å forlate det. Det står sterkt i vår tradisjon, både alminnelig språklig og juridisk. Det brukes også i andre land og i

¹ Jeg takker universitetsstipendiat Anders Løvlie for gode diskusjoner og påpekninger underveis i dette arbeidet.

² Dette er vanlig også i dag, se f.eks. Lindell *Civilproessen* (2003) s. 500, Graver i *TfR* 2004 på s. 466 og Skoghøy *Tvistemål* (2001) s. 676. Jfr. Strandberg *Beviskrav i sivile saker* (2010) s. 217.

³ Jeg kommer tilbake til dette nedenfor i pkt. 6.

⁴ Jfr. f.eks. Schei m. fl. *Tvisteloven II* (2007) s. 987, Rt 2006.1657 avsnitt 32 og Rt 2008.1409 avsnitt 39-41. I Sverige er det ikke slik, se Ekelöf, Edelstam og Heuman *Rättegång IV* (2009) s. 78-79.

⁵ Jfr. f.eks. O. Augdahl *Om bevisbyrden i tvistemål* 1929 s. 6 og *Hov Innføring i prosess 2* (2010) s. 806.

⁶ O. Augdahl 1929 s. 7 fremholdt at ordet bevisrisiko er mer treffende enn bevisbyrde.

⁷ Jfr. Ekelöf og Boman *Rättegång IV* (1992) s. 113-115. Det er allikevel uklarheter også i straffesaker, se nærmere Strandbakken *Uskyldspresumsjonen* (2003) s. 29-30 og kapitlene 11-14.

EU-sammenheng, som vi skal se senere. For å gjøre det enkelt og kort, taler en om at den ene eller andre parten ”må bevise” noe, selv om dette strengt tatt ikke er helt korrekt.⁸

Det faktum som i det enkelte tilfelle må bevises, kalles gjerne ”bevistema”.⁹ Bevistemaet er det faktum (”rettsfaktum”) som må foreligge for å bringe den aktuelle rettsregel til anvendelse.¹⁰ Bevistemaet kan være enkelt, som ved spørsmålet om en person har gjort en handling eller om en avtale er inngått. Eller det kan være mer komplekst, slik at det består av en rekke undertemaer. Hvorledes bevistemaet oppstilles, kan få avgjørende betydning for hvilken av partene som må sies å ha bevisbyrden. Kanskje er det nettopp bevistemaets utforming som er kjernepunktet i hele bevisbyrdeproblematikken. Hvis bevistemaet er lovbestemt, kan lovens ordlyd sies å gi direkte anvisning på hvem som har bevisbyrden. Nærmere om dette i pkt 8 nedenfor.

2. Bevisbyrde i lov og teori

Bevisbyrdeordet falt ut da tvistemålsloven ble erstattet av den nye tvisteloven, men det er sterkt til stede i diskrimineringslovgivningen. Se for eksempel overskriften på lov om likestilling mellom kjønnene (nr 45/1978) § 16: ”(Bevisbyrde)”. I diskrimineringsretten opererer man også med det dunkle begrep ”delt bevisbyrde”, som jeg kommer tilbake til.

Det er ikke skrevet så mye om bevisbyrde i norsk juridisk teori. Et tidlig arbeid er Odin Augdahls bok fra 1929, ”Om bevisbyrden i tvistemål” (154 sider). Så kom Eckhoffs ”Tvilsrisikoen (bevisbyrden)” i 1943 (145 sider), og etter den har det vært nokså stille, frem til i fjor.¹¹ Muligens fordi, som Eckhoff skrev i sitt forord til Tvilsrisikoen, ”emnet byr på store vansker”. Det er imidlertid praktisk viktig. Eckhoff skrev selv en supplerende artikkel i 1949, basert på et foredrag i Norsk Forsikringsjuridisk Forening.¹²

Fra norsk teorihistorie: Bratholm og Hov Sivil rettergang 1973 s 291-294 kommenterer Skeie, Scheel og O. Augdahl sine standpunkter. Sjur Brækhus tok et oppgjør med deres lærer i artikkelen ”Et par bemerkninger til bevislæren” i Stud. Jur. 1940 s 5-11. Brækhus hevdet her det som ble Eckhoffs standpunkt tre år senere, at bevisrisikoen *kan* fordeles i alle forhold mellom partene. Han ville derimot ikke stille opp som hovedregel det vi nå kaller overvektsprinsippet, at ”den part skal gis medhold hvis påstand er brakt til overveiende sannsynlighet” (halvering av bevisbyrden, se nedenfor i pkt 5). Brækhus sa imidlertid det samme som Eckhoff (tre år senere), at spørsmålene om beviskrav og bevisbyrde må avgjøres under ett, og reguleres av rettsregler. Jfr Nygaard ”Faktum og jus, rettskjeldelæra og bevisreglane” om dette, i Tfr 2002 på s 53.

Magne Strandbergs bevisteoretiske avhandling ”Beviskrav i sivile saker” fra 2010 gir en oversikt over norske og utenlandske beviskrav- og bevisbyrdelærer, og han bemerker (s 218) at ”spørsmål om plassering av bevisbyrden er et meget vanskelig spørsmål som har preget europeisk bevisteori nesten til enhver tid”. Det er dermed skrevet svært mye om dette spørsmålet i utlandet. Per Henrik Lindblom har kalt bevisbyrde et av prosessrettens tre ”fete” spørsmål.¹³

3. Problemets tidspunkt

I begynnelsen av Tvilsrisikoen beskriver Eckhoff hvilket tidspunkt det er tale om: Dommeren er ferdig med bevisbedømmelsen. Han er helt sikker, eller i større eller mindre tvil.¹⁴

⁸ Jfr Olivecrona Beviskyldigheten och den materiella rätten (1930) s 4-5. I Sverige brukes ”beviskyldighet” synonymt med ”bevisböda”.

⁹ Om begrepet bevistema, se nærmere Lindblom i Sena uppsatser (2006) s 165-255.

¹⁰ Kolflaath Språk og argumentasjon (2004) s 128 bruker ”bevistema” på en måte som er synonym med rettsfaktum: ”Et bevistema er knyttet til rettsvilkåret i en rettsregel, og har således direkte rettslig relevans.”

¹¹ Jeg ser her bort fra fremstillingene i lærebøker og kommentarutgaver.

¹² Eckhoff: Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrdeteorier, i Tfr 1949 s 298-320.

¹³ Lindblom Kommentarer om lagkommentarer, i Tfr 2000 på s 414.

¹⁴ Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 11.

Dommeren må bestemme seg for hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for dommen.

Vi er altså på domsskrivningsstadiet, ikke underveis i hovedforhandlingen. Allerede av den grunn er det overflødig å operere med begrepsparet objektiv og subjektiv bevisbyrde, som stammer fra tysk teori (med synonymene ekte og falsk bevisbyrde).¹⁵ Den såkalt subjektive bevisbyrden refererer seg til stadier underveis, ikke til det tidspunkt da dommeren skal bestemme sakens utfall.

I eldre norsk teori anså en at dommerens stillingtagen til faktum besto i tre trinn, som skulle tas i denne rekkefølgen: 1. bevisbedømmelse, 2. beviskrav og 3. bevisbyrde. Brækhus gjengir ”den almindelige lære” slik i 1940:¹⁶

- ”1. Avgjørelse av hvilken overbevisningskraft de foreliggende bevismomenter har.
2. Avgjørelse av hvilken grad av sannsynliggjørelse der skal kreves for at et faktum skal ansees bevist.
3. Avgjørelse av hvilket saksforhold som skal legges til grunn for dommen hvis ingen av partene har bevist sine påstander.”

Etter at vurderingen av bevisene var avsluttet (x foreligger med y grad av sikkerhet), skulle en altså først ta stilling til beviskravet i saken (hvor stor må y være), og deretter *eventuelt* til bevisbyrden. – Det er i nyere tid uklart om nr 2 og 3 bør tas under ett eller hver for seg og, i siste tilfelle, om nr 2 eller 3 skal komme først. Selv mener jeg at de bør tas hver for seg, og at nr 3 kommer før nr 2. Mer om dette nedenfor i pkt 6 og 10.

4. Når er det bruk for bevisbyrderegler? O. Augdahls historie

Vi skal nå se på spørsmålet om i hvilken situasjon bevisbyrderegler kommer til anvendelse. Når er det dommeren har bruk for slike regler? Dette har vært meget omstridt.¹⁷

Standpunktene spenner fra at en bevisbyrderegulering alltid må anvendes, til at det svært sjelden er nødvendig. Eckhoff må tas til inntekt for sistnevnte standpunkt.¹⁸ Den eldre læren jeg refererte ovenfor, tilsier at det ikke alltid er nødvendig å ta stilling til bevisbyrden. Karl Olivecrona står derimot for alltid-synspunktet.

Olivecrona sier det slik s 8 i *Beviskyldigheten och den materiella rätten* (1930): ”Detta visar att reglerna om bevisbördan måste ha en fullkomligt genomgripande betydelse.” Og s 159: ”frågan om bevisbördan [...] uppstår i själva verket beträffande varje faktum som har civilrättslig betydelse.”

Problemstillingen kan illustreres med følgende historie i en note hos O. Augdahl, hentet fra hans egen dommergjerning.¹⁹ Den gir også en illustrasjon av synet på bevisbyrde og beviskrav i den norske førkrigs litteraturen:

Det var tvist om utbetaling av arbeidslønn. En tjenestegutt nektet for å ha mottatt lønn i de to årene han hadde vært hos sin husband, mens denne hevdet at gutten regelmessig hadde fått sin lønn. Det var ingen annen bevisførsel, ”husbondens kone hadde undslått sig for å fremmøte i retten”. Augdahl skriver: ”Det voldte mig liten overveielse å nå frem til det resultat at husbonden måtte dømmes. Hadde det vært en skriftlig prosedert sak, kunde nok resultatet blitt et annet. På papiret ser undertiden løgn og sannhet likedan ut.”²⁰

¹⁵ Jfr Eckhoff *Tvilsrisikoen* s 17-20, *Rättegång IV* (1992) s 63-64 og Strandberg *Beviskrav i sivile saker* (2010) s 216-217, alle med henvisninger. Se også Lindblom *Sena uppsatser* (2006) s 415 om trapesnummeret.

¹⁶ Brækhus *Et par bemerkninger til bevislæren i Stud. Jur.* 1940 s 5 om vanlig oppfatning på den tiden. Selv mente han (s 8) at trinn 2 og 3 skulle tas under ett.

¹⁷ Alene den norske teorihistorien viser stor uenighet om dette spørsmålet, se Bratholm og Hov *Sivil rettergang* (1973) s 291-298. Mer utførlig, se Strandberg (2010) s 51-57 og 217-224.

¹⁸ Eckhoff *Tvilsrisikoen* (1943) s 65. Slik må også P. Augdahl *Norsk civilprosess* (1971) s 101-105 forstås.

¹⁹ O. Augdahl *Om bevisbyrden i tvistemål* (1929) s 121 note 1.

²⁰ Eksemplet er således også et innlegg i diskusjonen om skriftlig kontra muntlig saksbehandling.

Jeg forstår eksemplet som at dommeren i dette tilfellet ble overbevist om at tjenesteguttens forklaring var den riktige, husbonden løy. Dommeren var altså, når bevisbedømmelsen var ferdig, ikke i tvil. Augdahl innleder eksemplet i noten med å minne om at bevisbedømmelsen er fri. Ovenfor i teksten har han stilt opp som en hovedregel at den som hevder å ha oppfylt en kontrakt, for eksempel ved å betale, har bevisbyrden for dette. Fra denne hovedregel angir han en del unntak, blant annet for det tilfelle at en som er ansatt hos en annen, krever lønn av denne for et lengre tidsrom. Da må arbeidstaker ha bevisbyrden for at lønnen ikke er blitt terminvis utbetalt slik ansettelsesvilkårene tilsier.

Augdahl mente altså at i eksemplet med tjenestegutten, er regelen at gutten har bevisbyrden. Men det kan synes som om han mente at denne regelen ikke kom til anvendelse, fordi dommeren etter å ha vurdert de to forklaringene ikke var i tvil om faktum ("Det voldt mig liten overveielse ..."). Eksemplet tilsier i så fall at bevisbyrderegler bare kommer inn der tvisten ikke lar seg løse på grunnlag av den frie bevisbedømmelsen. Hvis dommeren er sikker på at én løsning er den riktige, behøves ingen regel om bevisbyrde. – En annen måte å se dette på, er at bevisbyrden lå hos gutten, men at han oppfylte den, ved at hans forklaring var den overbevisende.

Augdahl mente også at dommeren, ved den frie bevisbedømmelsen, bare kunne legge en kjensgjerning til grunn dersom det forelå en forholdsvis høy grad av sannsynlighet: å skulle godta en anførsel når den fremstiller seg som "akkurat såvidt en liten smule sannsynligere enn en annen", ville undergrave rettssikkerheten.²¹ Som kjent er det en slik regel vi har fått, ved innføringen av "overvektsprinsippet". I eksemplet ovenfor må Augdahl ha vært temmelig sikker på at gutten snakket sant, arbeidsgiveren løy. Han hadde dermed gått trinn 1 og 2 i trappen ovenfor (i pkt 3), trinn 3 ble ikke aktuelt.

Vi kan foreløpig oppsummere at bevisbyrderegler kan komme til anvendelse når dommeren er i tvil. Når dommeren er sikker, kan det synes som om det ikke er behov for dem. Men det finnes grader av tvil. Og hvilket faktum er det dommeren skal være sikker på?

5. Eckhoffs skala og halvering av tvilsrisikoen

Eckhoff stilte i Tvilsrisikoen opp skalaer for dommerens oppfatning av fakta, med 100 % sikkerhet for faktum "x" i den ene enden, og 100 % sikkerhet for "ikke-x" i den andre.²² Midt på skalaen – i "50-50"-situasjonen – anser dommeren begge muligheter for å være nøyaktig like sannsynlige. Jeg lager her en forenklet versjon av Eckhoffs skalaer, fra 0 til 100 % for faktum x:



Mellom skalaens to ytterpunkter er dommeren i større eller mindre tvil om hvilket faktum som er riktig, x eller motsatsen ikke-x. I venstre halvpart av skalaen er x mindre enn 50 % sannsynlig, i høyre halvpart er x mer enn 50 % sannsynlig. Det at x er mindre enn 50 % sannsynlig, betyr samtidig at ikke-x er mer enn 50 % sannsynlig. Midtpunktet på skalaen, der det ene alternativ er like sannsynlig som det annet, er av enkelte omtalt som at dommeren er i "absolutt" tvil.²³

²¹ O. Augdahl (1929) s 14, jfr også s 10. Dette var vanlig oppfatning tidligere, se Bratholm og Hov Sivil rettergang (1973) s 291-294 om Skeie, Scheel og O. Augdahl sine standpunkter.

²² Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 11-14. Jfr Ekelöf og Boman Rättegång IV (1992) s 60 om at man i all diskusjon om bevisbyrde må ta med rettsfaktumets motsats.

²³ Jfr P. Augdahl Norsk civilprosess (1971) s 101: "Den part som en "absolutt" uvisshet skal gå ut over, sies å ha bevisbyrden." Og videre: ved relativ uvisshet bør dommeren bygge på det alternativ som er mest sannsynlig.

Eckhoff brukte uttrykket ”delt tvilsrisiko”, som motsetning til at den ene parten bærer hele tvilsrisikoen. Delingen av risikoen kan (teoretisk) skje i et hvilket som helst punkt på skalaen. Men Eckhoff argumenterte for at man fordeler tvilsrisikoen slik at partene får *like stor del* av den.²⁴ Ved likedelt tvilsrisiko vil den anførsel som er mest sannsynlig (mer enn 50 %), bli lagt til grunn. Begrunnelsen uttrykte han slik (s 64): ”Under ellers like vilkår, vil en oftest treffe det rette, ved alltid å legge til grunn den oppfatning av faktum som er mest sannsynlig (d. v. s. halvere tvilsrisikoen).”²⁵ Han påpekte at særlige hensyn kan tilsi at det gjøres unntak fra denne regelen, slik at tvilsrisikoen fordeles ulikt, for eksempel i dødsformodningssaker, farskapssaker og ved samtykke til adopsjon.²⁶

Ut fra Eckhoffs fremstilling bør likedelt tvilsrisiko være den store hovedregel, men slik at det er grunn til å stille opp unntak i særskilte typetilfelle. Straffesaker er en praktisk viktig gruppe her.²⁷ Vi har en domstolsskapt rettsregel om at enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode, ikke påtalemyndigheten.²⁸ Påtalemyndigheten har bevisbyrden og beviskravet er strengt, det kreves langt mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt.

Jeg oppfatter Eckhoffs syn både som en hovedregel om beviskravets styrke i sivile saker (så vidt over 50 %) og en oppfatning om at vi som utgangspunkt ikke har behov for bevisbyrderegler, problemet forsvinner av seg selv når tvilsrisikoen halveres. Konsekvensen av Eckhoff syn er, som nevnt over, at det bare er behov for bevisbyrderegler i spesielle unntakstypetilfelle, som ved adopsjon. Ellers greier dommeren seg uten bevisbyrderegulering, og bygger på det som er mest sannsynlig.

Andre har oppfattet Eckhoff på samme måte. Se Svein Eng U/enighetsanalyse (1998) s 155, som tilsier at Eckhoffs mening var at hovedregelen er at ingen av partene har bevisbyrden. Ekelöf og Boman Rättegång IV (1992) s 103-104 trekker denne konsekvens av Eckhoffs standpunkt: ”Innebörden härav kan också sägas vara, att även *den svagast tänkbara bevisning* är utslagsgivande, *oavsett för vilken parts påstående denna talar.*” I noten s 104 kritiserer Boman Eckhoff for ikke å gi svar på hvordan saken skal løses i 50/50-situasjonen, der det ikke er overvekt i noen retning.

Eckhoffs oppfatning om at tvilsrisikoen som hovedregel bør halveres, kan etter min oppfatning ikke sies å være ”gjeldende rett” i Norge. Jeg kommer tilbake til dette i pkt 10.

6. Ett eller to begreper?

Bør en operere med begrepene bevisbyrde og beviskrav hver for seg, eller slå dem sammen slik Eckhoff gjorde i Tvilsrisikoen? Eckhoff har i 1949-artikkelen en formulering som både har med beviskravet og definerer bevisbyrden:²⁹

”At en part har bevisbyrden vil jo si at det må være en viss overvekt av sannsynlighet for hans anførsel forat han skal vinne.”

Ut fra denne definisjonen, er det forståelig at Eckhoff ville slå de to begrepene sammen. Beviskravet, som angis ved ”en viss overvekt av sannsynlighet”, inngår her i definisjonen av bevisbyrden. Men *er* disse to begrepene to sider av samme sak?

Hov er i Innføring i prosess 2 (2010) s 806 forbauset over at nyere fremstillinger som Hans Petter Gravers og min (og andres) bygger på ”(vrang)forestillingen” om at det må skilles mellom bevisbyrde

²⁴ Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 64 jfr s 13.

²⁵ Strandberg Beviskrav i sivile saker (2010) har påvist at denne begrunnelsen ikke er holdbar, se hans kap 8. Men selv om begrunnelsen svikter, er overvektsprinsippet utvilsomt en rettsregel i Norge i dag.

²⁶ Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 67, 112-113 og 150-151.

²⁷ Se drøftelsen i Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 108-112.

²⁸ Se Rt 1978.884, jfr Strandbakken Uskyldspresumsjonen (2003) s 352-356.

²⁹ Eckhoff i TfR 1949 på side 311. Se også Tvilsrisikoen s 16: ”Hvilken grad av sannsynlighet må det være for en faktisk anførsel som skal kunne legges til grunn?”

og beviskrav, selv om Eckhoff allerede ”i 1941 [sic] påviste [...] at dette var to sider av samme sak”. Hov overser at Eckhoffs terminologi ikke er blitt den vanlige, og at oppfatningen er diskutabel.

Det kommer jo an på hvordan en definerer bevisbyrde, så dette kan sies å være et terminologisk spørsmål. Men en kommer ikke utenom at det må foretas to ulike tankemessige operasjoner: hvem skal tvilen ramme, og hvor sterkt må beviset være? Det første spørsmålet er ”skjult” i Eckhoffs formulering, det ligger innbakt i ordene ”for hans anførsel”. Altså sannsynlighetsovervekt for den ene partens påstandsgrunnlag (x), og ikke for motpartens (ikke-x). Slik jeg ser det, er det nettopp valget mellom disse to som er bevisbyrdespørsmålet: er det x eller ikke-x som må bevises? Fordi dette ikke tydeliggjøres gjennom formuleringen, er den dårlig egnet som en definisjon av bevisbyrde.

Jeg tror at Eckhoffs terminologi ikke har slått gjennom fordi det føles mer naturlig å operere med to begreper, selv om hans oppfatning kan virke besnærende. Og Eckhoffs begrunnelse for sammenhengen mellom de to spørsmålene er overbevisende: ”Det ligger nær å anta at de hensyn som måtte tale for overhodet å kreve en overvekt av sannsynlighet for vedkommende anførsel også bør bestemme *hvor stor* denne overvekt skal være.”³⁰ Eckhoffs enkle formulering av bevisbyrdeproblemet: ”Hvor stor del av tvilsrisikoen bør hver av partene bære?”³¹ er allikevel for teoretisk avansert til å bli noen suksessoppskrift i praksis. Den sammenfatter flere momenter som det er enklere å ta stilling til hver for seg.

Selve ordet ”tvilsrisiko” har derimot vært vellykket. Språklig sett gir dette bedre uttrykk for meningen enn ordet ”bevisbyrde”, jfr foran i pkt 1. Når bevisbyrde fortsatt er den vanligste betegnelsen, kommer det antagelig av tradisjonen, både i det juridiske fagspråket, nasjonalt og internasjonalt, og i alminnelig språkbruk.³²

7. Beviskravets betydning for nødvendigheten av bevisbyrderegler

De rettslige beviskravene kan variere, de kan tilsi at det kreves ulike grader av sannsynlighet. For eksempel har høyesterettspraksis i saker om erstatning for seksuelle overgrep skapt en regel om at det kreves ”klar sannsynlighetsovervekt” for at ugjerningen ble begått, jfr Rt 1996.864 (Ringvold). Meningen er å skjerpe beviskravet ut over det som følger av overvektsprinsippet.

For å ta stilling til spørsmålet i pkt 4 ovenfor – når trenger vi bevisbyrderegler? – kan det prinsipielt ikke spille noen rolle hvor høyt beviskravet settes, til for eksempel (teoretisk) 51 eller 71 %. Når jeg her bruker prosentsetser, er det bare for å illustrere en tendens, det er selvfølgelig umulig å prosentsette bevisresultater i det praktiske rettsliv. Hverken målestaven (beviskravet) eller det den skal måle (bevisresultatet) kan angis med prosentvis nøyaktighet.

Med Eckhoffs ord i Tvilsrisikoen s 14: ”Den sannsynlighetsgrad dommeren mener det er for at et faktum foreligger, kan jo ikke angis med eksakte ord eller tall.” Å angi beviskrav gjennom prosentsetser forekommer ofte i teoretiske fremstillinger, fordi tall er en enkel måte å uttrykke mengder på. I lovtekster forekommer prosenter ikke, jfr eksemplene i pkt 8.3 nedenfor. I rettspraksis finner vi uttrykk som ”mest sannsynlig” (Rt 2007.817 avsnitt 39) og ”vanlig sannsynlighetsovervekt” (Rt 1996.864) om overvektsprinsippet.

Når dommeren ikke har den grad av sikker overbevisning som følger av det aktuelle beviskravet, kan det være behov for en bevisbyrderegulering. Vi kan kalle denne situasjonen at ”dommeren er i tvil”. I teorien kan tvilspunktet ligge hvor som helst på skalaen fra 0 til 100 % sannsynlighet for faktum x. Den som må få det til å tippe over i tvilspunktet (med 1 %), sies å ha bevisbyrden for vedkommende faktum. Hvis saken skal avgjøres ut fra en regel om at det bare kreves vanlig sannsynlighetsovervekt (51 %), vil tvilspunktet ligge midt på skalaen

³⁰ Eckhoff i TfR 1949 på side 311.

³¹ Eckhoff Tvilsrisikoen (1943) s 16. Han har en litt lengre formulering i 1949-artikkelen s 311.

³² Jfr Eng U/enighetsanalyse (1998) s 158. Eng bruker selv ”tvilsrisiko”, se s 425.

(50/50). Hvis derimot regelen om klar sannsynlighetsovervekt gjelder, vil tvilspunktet ligge et stykke til høyre for skalaens midtpunkt. Ingen kan si hvor langt til høyre, for dette beviskravet lar seg ikke prosentsette. Men beviskravets styrke vil bestemme hvor på skalaen tvilspunktet ligger.

Beviskravets styrke kan ha stor betydning for hvor ofte en bevisbyrderregel må avgjøre saken: Hvis beviskravregelen er at dommeren skal bygge på det som er ”mest sannsynlig”, det vil si ”mer enn 50 % sannsynlig” der det er to alternativer å velge mellom, innebærer dette at det blir lite behov for å bruke en bevisbyrderregel.

Jfr Bratholm og Hov Sivil rettergang (1973) s 292 i omtalen av Skeie, Scheel og O. Augdahl: ”I og med at det var nødvendig med en forholdsvis høy grad av sannsynlighetsovervekt for at et faktum skulle legges til grunn uten videre, innebærer de nevnte teorier at et forholdsvis stort antall saker vil bli avgjort på grunnlag av bevisbyrderregler.” Dette kan illustreres ved skalaen ovenfor: Hvis en krever 81 % sannsynlighet for å legge et faktum til grunn, vil det i alle tilfellene med fra 51 til 80 % sannsynlighetsovervekt ikke foreligge tilstrekkelig bevis. Dommeren er da i tvil, og må avgjøre hvem tvilen skal gå ut over. Det vil si at hun trenger en bevisbyrderregel, trinn 3 i trappen i pkt 3.

Som vi så i pkt 5, mente Eckhoff at vi som hovedregel ikke trenger bevisbyrderregler. Og som han påpekte, vil jo ofte det ene faktum fremstå som *noe* mer sannsynlig enn sin motsats.³³ I Eckhoffs tenkning vil de fleste saker derfor få sin løsning, selv om tvilsrisikoen er halvert mellom partene.

For eksempel bevistemaet: ”Han kjørte på høyre side av veien” kontra ”Han kjørte på venstre side”. Under bevisbedømmelsen er det en naturlig formodning for det første, for folk kjører vanligvis slik. Hjulspor på veien kan gjøre at det tipper over i den andre retningen, eller vitneforklaringer. Men uansett er det bare en liten overvekt i én retning som skal til for at noe skal kunne sies å være bevist. Når noe er bevist, er det ikke behov for bevisbyrderregler.

Anvendt på eksemplet ovenfor i pkt 4: Tjenesteguttens forklaring om at han ikke har fått lønn, er den mest sannsynlige, og kan derfor legges til grunn for dommen, uten at en trenger noen regel om bevisbyrde. Den alternative måten å se det på, som jeg nevnte, var at gutten oppfylte sin (tunge) bevisbyrde og vant saken, selv om bevisbyrderregelen gikk ham imot. Dette kan virke som en kunstig og overflødig konstruksjon. Eldre teori opererer med lag på lag av bevisbyrderregler og unntak fra disse, som O. Augdahls fremstilling er et eksempel på.³⁴

La oss derfor heller tenke oss at det *ikke* gjelder noen bevisbyrderregel i denne situasjonen. Bevisbyrden ligger hverken på gutten eller på husbonden, det er helt åpent om det er ikke-x (ikke fått lønn) eller x (fått lønn) som må bevises. Dommeren vurderer forklaringene og kommer til at det er mest sannsynlig at gutten ikke har fått lønn. Dette legges til grunn for dommen, uten at noen bevisbyrderregel er anvendt. Det er Eckhoffs arbeid med bevisbyrdespørsmålene som gjør at vi kan legge til side de mange eldre teorier om bevisbyrde og betrakte forholdet på denne enkle måten.

8. Betydningen av bevistemaets utforming

”Det är otänkbart att någon skulle kunna säga ”sista ordet” i detta ämne eller ens ge en tillförlitlig bild av något som skulle förtjäna namnet av – jag nämner detta anspråksfulla namn endast med största tvekan – ”gällande rätt”.”

Per Olof Bolding om ”bevisbördeproblemet” i *Bevisbörda och beviskrav* s 7, Lund 1983

8.1 Valget av bevistema

³³ Eckhoff *Tvilsrisikoen* (1943) s 67: ”Sakens opplysninger og naturlige formodninger vil som regel peke ut et av alternativene som mer sannsynlig enn det andre [...]”

³⁴ Se også note 40 om Lødrups hovedregel og unntak (unntakene var flere i 1999-utgaven).

Til resonnementet som avsluttet forrige punkt kan en innvende at slik de materielle rettsreglene om arbeidsforhold er, må gutten bevise at han ikke har fått sin lønn. For regelen er jo at bare den som ikke har fått lønn, skal ha lønn nå. Gutten har ikke kontraktmessig krav på å få samme lønn to ganger. O. Augdahl nevner ikke hva som var kravet i rettssaken, men jeg går ut fra at det var et krav på lønnsutbetaling. Vilåret kan da sies å være at lønnen ikke er utbetalt. Guttens påstandsgrunnlag vil typisk være: ”jeg har ikke fått den lønn som avtalen tilsier”. Husbondens er: ”gutten har fått sin lønn”. Bevistemaet er altså ”gutten har ikke fått lønn” (ikke-x). Bevistemaets retning angir hvilken parts anførsel om faktum som må bevises, det er den part som har interesse av å fastslå vedkommende faktum. Det er derfor gutten som må bevise at han ikke har fått lønn, ved tvil har han bevisbyrden for lønsspørsmålet. I pkt 1 formulerte jeg bevisbyrdespørsmålet som: *Hvilken parts påstandsgrunnlag er det som må bevises?* Er det faktum x eller ikke-x? Som angitt i pkt 6 ovenfor, mener jeg at det er valget mellom disse to som er bevisbyrdeproblemet. Ved å angi hva bevistemaet er, tar en stilling til dette spørsmålet. Konstruksjonen av bevistemaet innebærer at en treffer et valg, som har en viktig konsekvens.

Valget av bevistema behøver ikke være selvsagt. Utgangspunktet *kan* være helt åpent: har gutten fått lønn, eller har han ikke fått lønn? En kan da like gjerne si at bevistemaet er ”gutten har fått lønn” (x). Det er arbeidsgiveren som har størst mulighet for å sikre bevis for lønnsutbetalinger, og dermed rimelig at tvilen går ut over arbeidsgiversiden. Dagens arbeidsmiljølov (nr 62/2005) har en del bestemmelser om lønn, men ingen som direkte regulerer dette spørsmålet. I § 14-15 første ledd heter det at: ”Hvis ikke annet er avtalt skal det foretas lønnsutbetaling minst to ganger i måneden.” Skal dette forstås som at arbeidsgiveren har bevisbyrden for at lønnen er rettidig utbetalt? Hvis lovgiver ikke har tenkt over dette,³⁵ skal en være forsiktig med å trekke slutninger av selve ordlyden. Skjønt siste ledd i samme paragraf trekker i samme retning, det bestemmes at arbeidstager skal få skriftlig oppgave over lønnen straks etter utbetalingen. Et bevissikringshensyn er altså lovfestet, selv om loven ikke direkte sier at arbeidsgiveren skal sikre bevis for lønnsutbetalinger.

8.2 Skal bevistemaet alltid avgjøre bevisbyrden?

Selv om en skulle mene at bevistemaet er gitt i denne situasjonen (”ikke fått lønn”), kan det spørres om det er strengt nødvendig å la bevistemaets utforming få avgjørende betydning for hvem som har bevisbyrden.

Som et tankeeksperiment kan vi la det stå åpent hvem som har bevisbyrden i denne situasjonen, selv om bevistemaet er gitt (ikke-x). Følger det derav med logisk nødvendighet hvem som skal ha bevisbyrden i 50/50-situasjonen? Ut fra en formell betraktning er svaret ja. Formuleringen ovenfor av bevisbyrdespørsmålet (hvilken parts påstandsgrunnlag er det som må bevises) tilsier at valget av bevistema er avgjørende.³⁶

Et praktisk eksempel viser at det kan foreligge gode grunner for å avgjøre bevisbyrdespørsmålet i motsatt retning av det bevistemaet tilsier:

I erstatningssaker er bevistemaet komplekst. For at et erstatningskrav skal kunne tas til følge, må det både påvises et faktisk grunnlag for ansvar (f eks en viss handling), tap eller skade³⁷ og dessuten årsakssammenheng mellom disse begivenhetene. Hvis en sier at det er skaden som må bevises (x), og ikke det faktum at det *ikke* foreligger skade (ikke-x), er det skadelidte som har bevisbyrden for bevistemaet ”skade”.

Rent umiddelbart kan det synes opplagt at det må være den angivelig skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger skade som følge av en viss begivenhet. Da blir dette regelen.

³⁵ Jeg overlater til leseren å finne ut av dette, i lovens forarbeider.

³⁶ Sml Nygaard i TFR 2002 på s 60 og 44 om at rettsvilåret avgjør hva som er bevistema: ”Om rettsvilåret er *at* han slo, er bevistemaet *om* han slo.”

³⁷ Det siktes her til en faktisk skade, ikke til et juridisk skadebegrep.

Men vurderingen av om dette er en god løsning, kan variere, avhengig av omstendighetene i den enkelte saken. Vi kan tenke oss at det er grundig bevist at A har slått ned B, og at B har fysiske skader som kan være forenlige med As angrep. Det er allikevel tvil om hvorvidt alle Bs skader skyldes A, eller om de skyldes andre hendelser. Det ene alternativ kan fortone seg like sannsynlig som det andre. I en slik situasjon er det ikke innlysende at tvil om årsakssammenhengen skal gå ut over B. Det kan være fristende å stille opp en tilleggsregel om at ved forsettlig skadevoldelse, har skadevolder tvilsrisikoen for årsakssammenheng.³⁸

Lovteksten i skadeserstatningsloven § 3-1 uttaler seg ikke om bevisspørsmål, i likhet med de fleste andre lovregler. En kan argumentere for at siden loven angir ”skade på person” som bevistema, må det være skadelidte som har bevisbyrden for slik skade. Men kanskje har ikke lovgiver ment å ta stilling til dette problemet.³⁹ Da må en undersøke om det kan anses løst i rettspraksis. I lærebøker vil en finne uttalelser som: ”Det er sikker rett at det er den som krever erstatning – skadelidte – som har bevisbyrden (tvilsrisikoen) for at det foreligger årsakssammenheng.”⁴⁰

Hvis dommeren aksepterer dette som en rettsregel, men finner regelen urimelig i denne konkrete saken, kan det tenkes at hun formulerer resultatet av bevisvurderingen som at det *er bevist* at skadene skyldes A. Siden bevisvurderingen er fri (tv1 § 21-2), har dommere en faktisk frihet til å lande på et resultat de finner rimelig, uavhengig av hvordan bevisbyrdereglerne måtte være. Dette vil nok prege dommerstandens forhold til bevisbyrderegler. De trenger ikke bli avgjørende for utfallet i den konkrete saken, selv om de er rettsregler som dommeren er bundet av.

Eksemplet om bevisbyrden for årsakssammenheng viser at en, i noen typetilfelle, kanskje bør legge bevisbyrden for denne på skadevolderen. Dermed anses årsakssammenheng bevist, selv om det er 50/50 sannsynlighet for begge alternativer. Bevistemaets utforming trenger altså ikke alltid avgjøre hvem som har bevisbyrden, selv om det unektelig gir en sterk føring. Der hvor bevisbyrderegelen fører til motsatt resultat av det bevistemaet tilsier, er det naturlig å tale om ”omvendt bevisbyrde”.⁴¹

8.3 Lovteksten gir føring for hvem som har bevisbyrden

Eksemplene ovenfor fra arbeidsmiljøloven og skadeserstatningsloven viser at det kan være usikkert om lovens ordlyd er ment å angi bevistemaet og dermed bevisbyrden. Lovtekster kan imidlertid være helt klare på hvilken omstendighet det er som må bevises.

Som et meget tydelig eksempel kan vi ta tvangsfullbyrdelsesloven (nr 86/1992) § 7-13 første ledd. Utlegg kan tas i løsøre som er i saksøktes besittelse, ”dersom det ikke sannsynliggjøres at en annen er eier”. Skyldneren har for eksempel en verdifull kommode, som han hevder tilhører hans tante. Det er ikke tvangsmyndigheten som må bevise at kommoden tilhører saksøkte, det er han selv som må bevise at den er tantens. Bevisbyrden signaliseres allerede gjennom paragrafens overskrift: ”Formuesgoder hos saksøkte som påstås eiet av en tredjeperson” og uttrykkes helt tydelig i første punktum som jeg har sitert fra.

Like tydelig er forurensningsloven (nr 6/1981) § 59 første ledd: ”Den som volder en forurensning som [...] kan ha forårsaket forurensningsskaden, regnes for å ha voldt skaden dersom det ikke blir godtgjort at en annen årsak er mer sannsynlig.”⁴² Og forbrukerkjøpsloven (nr 34/2002) § 16 første ledd c: ”Tingen har en mangel dersom ... den ikke svarer til

³⁸ I denne retning, se f eks Lødrup Lærebok i erstatningsrett (1999) s 328 og Nygaard Skade og ansvar (2000) s 338. Jfr også Rt 2007.817 (Konkurransesklausul) avsnitt 45-46.

³⁹ Også her overlater jeg arbeidet med å sjekke forarbeidene til leseren.

⁴⁰ Lødrup Lærebok i erstatningsrett (2009) s 356, med henvisning til dommer. Deretter fremstiller han unntak s 357-358 (”bevisbyrden blir snudd”). Eckhoff har i Tvilsrisikoen (1943) et annet syn på erstatningssaker, se s 114-116 og 147-149: tvilsrisikoen bør halveres.

⁴¹ Sml Nygaard i TfR 2002 på s 56-57 om omvendt bevisbyrde og snudd bevistema.

⁴² Om denne, se Nygaard Årsakssammenheng ved forurensningsskade i JV 2004 s 19-34.

opplysninger som selgeren [...] har gitt om tingen eller dens bruk, dersom selgeren ikke viser at opplysningene [...] ikke kan ha innvirket på kjøpet”.⁴³

De tre nevnte eksemplene har uttrykkelig angivelse av at den ene parten må bevise noe, gjennom ordene ”sannsynliggjøres”, ”blir godtgjort” og ”viser”.

Eckhoff skrev at lovbestemmelsene ”som griper inn på dette felt er få og spredte”. De fleste av dem fastslår bare implisitt hvem som skal ha bevisbyrden, ”mens det de etter sin ordlyd direkte regulerer er hvilke krav som skal stilles til bevisets styrke”. Som eksempler nevnte han at loven sier at noe må være ”åpenbart”, ”utvilsomt”, ”godtgjort” eller ”sannsynliggjort”.⁴⁴

Det er nok så at en fra disse ordene kan trekke slutninger om beviskravets styrke, om enn usikre. Men det jeg vil legge størst vekt på, er at disse lovbestemmelsene angir hva som er bevistemaet, og dermed hvem som har bevisbyrden, sett ut fra ordlyden. De angir at et bestemt faktum (og ikke dets motsats) må fortjene lovens karakteristikk, som ”godtgjort” osv. Vi må imidlertid ta høyde for at lovens ord kan være lite gjennomtenkte, slik at ordlyden i seg selv ikke bør avgjøre spørsmålet om bevisbyrde.⁴⁵

8.4 Lovteksten gir ingen føring

I forrige punkt så vi på tre helt klare tilfelle der lovgiver har tilsiktet å regulere bevisbyrden. I en mellomstilling kommer lovtekster som kan sies å angi et bevistema, men der det er usikkert om lovgiver har ment at dette skal avgjøre bevisbyrden, jfr ovenfor i 8.1 og 8.2. De fleste lovtekster havner kanskje i denne gruppen.

Vi har også lovtekster som ikke kan sies å gi noen føring overhodet. Lov om barn og foreldre (nr 7/1981) § 48 første ledd sier at avgjørelser om foreldreansvar, hvor barnet skal bo og om samvær, ”skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”. Barnets beste er et åpent bevistema, der teksten ikke legger ikke føring i retning av noen av partene. Partene har like interesser i å få bevist dette temaet (til fordel for seg).⁴⁶ Hvem har da bevisbyrden?

Enda verre blir det der den materielle regelen er uskreven, da har vi ingen lovtekst å forholde oss til. Da kommer vi over i neste kategori, der rettspraksis blir avgjørende.

9. Rettspraksis som kilde til bevisbyrde

Eckhoff påviste at de mange påståtte ”regler” om bevisbyrde som er stilt opp i den juridiske litteraturen med henvisning til rettspraksis, er løst funderte og ofte motstridende. En kan ikke trekke slutninger fra uttalelser i dommer om at ”faktum x ikke er bevist” og lignende. Dommeres uttalelser om bevisbyrde kan en heller ikke legge særlig vekt på.⁴⁷ Fra nyere tid viser jeg til Rt 2007.817 (Konkurranseskulul), der en og samme dommer, med tilslutning av de fire øvrige, bruker ”bevisbyrde” i forskjellige betydninger i to påfølgende avsnitt.⁴⁸

Enkelte sikre regler kan vi allikevel trekke ut av rettspraksis. I pkt 7 nevnte jeg beviskravet ”klar sannsynlighetsovervekt” for seksuelle overgrep. Hvor strengt dette er, er umulig å si. Men det som er sikkert, er at det går ut over den (angivelig) skadelidte dersom beviskravet ikke oppfylles. Bevistemaet er ”overgrep”. Skadelidte tillegges bevisbyrden for overgrep, og med et skjerpet beviskrav. Avgjørelsen bekrefter den hovedregelen om bevisbyrden i erstatningssaker som læreboken opererer med, i likhet med en serie andre dommer.

10. To syn på nødvendigheten av bevisbyrderegler

⁴³ Jfr Hagstrøm Kjøpsrett (2005) s 71: ”Forbrukerkjøpsloven § 16 litra c pålegger selgeren bevisbyrden for at opplysningene ikke kan ha innvirket på kjøpet;”

⁴⁴ Eckhoff i TfR 1949 på side 311-312, jfr Tvilsrisikoen s 22-27.

⁴⁵ Jfr P. Augdahl Norsk civilprosess (1971) i noten på s 103-104 om slike lovregler.

⁴⁶ Løsningen er bevisst valgt fra lovgivers side, da den såkalte morspresumsjonen ble opphevet i 1981.

⁴⁷ Eckhoff i TfR 1949 på side 312-315, jfr Eckhoffs kommentarer til rettspraksis i Sivilprosess (1962) s 156-157.

⁴⁸ Rt 2007.817 avsnitt 39 og 40. Se også petitavsnittet i pkt 1 her, der gjaldt det forskjellige dommere.

Slik jeg ser det, foreligger det blant jurister i Norge i dag to syn på bevisbyrderegler. For enkelhets skyld tar jeg bare med hovedreglene og går ikke inn på unntakene det opereres med.

Det ene synet er Torstein Eckhoffs. Det går ut på at bevisbyrden (tvilsrisikoen) som hovedregel ikke bør pålegges noen av partene. Dette kalte han at tvilsrisikoen halveres. Synet innebærer at det bare er i 50/50-situasjonene dommeren trenger en bevisbyrderegulering, og de er sjeldne. En minimal overvekt av sannsynlighet vil ellers avgjøre saken, da har vi et faktum som er ”mest sannsynlig”. På forhånd trenger en ikke å ta stilling til om det er faktum ”x” eller ”ikke-x” som skal bevises, dommeren kan stille seg helt åpen til dette.

Det andre synet går ut på at det alltid må tas stilling til bevisbyrden.⁴⁹ Bevistemaet vil som hovedregel avgjøre hvem av partene som har bevisbyrden: I de fleste tilfellene vil bevistemaets retning være angitt i den materielle rettsregelen. Når en har fastlagt bevistemaet som ”faktum x”, vil en minimal overvekt av sannsynlighet i favør av ”x” avgjøre saken.

At synene er samstemte når det gjelder overvekten av sannsynlighet, skyldes at overvektsprinsippet er solid etablert som rettsregel i Norge, selv om det kan reises alvorlige innvendinger mot det.⁵⁰ Denne regelen gjør at det blir liten forskjell i praksis enten en følger det ene eller det andre synet.

Det er mitt inntrykk at de fleste norske jurister, inkludert meg selv, tenker i baner som det andre synet. Jeg kan heller ikke se at Eckhoffs syn er etablert i rettskildefaktorene på en slik måte at det kan hevdes å være ”gjeldende rett”.

Overvektsprinsippet er altså ikke hovedregelen i norsk rett i den betydning noen forfattere legger i det: at ingen av partene har bevisbyrden. Se f.eks. Lars Heuman *Bevisbyrda och beviskrav i tvistemål* (2005) s 45, som uttrykker denne forståelsen av prinsippet.

Noen ”bevisføring” rundt dette skal jeg ikke innlate meg på nå. Men jeg vil hevde at de som måtte påstå at Eckhoffs syn angir den riktige regelen, har bevisbyrden for dette (!). Men kanskje kan heller ikke det andre synet sies å være gjeldende rett, kanskje har vi ingen gjeldende rett om dette?

11. Diskrimineringslovene

Den norske lov om likestilling mellom kjønnene (nr 45/1978) § 16 første ledd lyder:⁵¹

”§ 16. (Bevisbyrde)

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.”

Paragrafen fikk sitt nåværende innhold i 2002, men gjaldt da bare ved ansettelser eller i arbeidsforhold.⁵² Ifølge proposisjonen samlet den reglene om ”delt bevisbyrde” som tidligere sto i lovens § 4 til § 6. Meningen var ikke å endre gjeldende rett, men å kodifisere håndhevingsorganenes praksis og å implementere et EU-direktiv fra 1997 (97/80/EF) om bevisbyrden i saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn.⁵³ Direktivets artikkel 4 lyder i dansk versjon, med mine understrekninger:

”Bevisbyrde

⁴⁹ Dette synet henges ut i P. Augdahl *Norsk civilprosess* (1971) s 104.

⁵⁰ Innvendingene går dels på at begrunnelsen ikke er holdbar, dels på at beviskravet bør være høyere enn minimal overvekt. Jfr Strandberg i note 25 her, *Rättegång IV* (1992) s 103-109 og *Rättegång IV* (2009) s 78-79 og 81-83.

⁵¹ Denne er ”mal” for diskrimineringsloven (nr 33/2005) § 10 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (nr 42/2008) § 13 og flere andre bestemmelser, se bl. arbeidsmiljøloven (nr 62/2005) § 13-8.

⁵² Den ble gjort generell og ordlyden noe endret i 2005. Endringene har neppe betydning i denne forbindelse.

⁵³ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 8 og 90.

1. Medlemsstatene treffer i overensstemmelse med deres nationale retssystemer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at når personer, der betrakter sig som krænket, fordi likebehandlingsprincippet ikke er anvendt over for dem, over for en domstol eller en anden kompetent myndighed fremfører faktiske omstendigheter, som giver anledning til at formode, at der har været tale om direkte eller indirekte forskelsbehandling, påhviler det indklagede at bevise, at likebehandlingsprincippet ikke er blevet krænket.
2. Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstatene indfører regler for bevisførelse, der er gunstigere for klager.
3. Medlemsstatene kan undlade at anvende stk. 1 i sager, hvor det påhviler en domstol eller den kompetente instans at undersøge sagens faktiske omstendigheder.”

Som en ser av overskriften, kalles dette en regel om bevisbyrde (engelsk versjon: *burden of proof*), men uttrykket ”delt bevisbyrde” brukes ikke i direktivet. Uttrykket synes å være et påfunn av de norske håndhevingsorganene, som så er adoptert av Barne- og familiedepartementet.⁵⁴ Det er misvisende, for bevistemaet i § 16 er ikke delt, det er hele tiden ”lovstridig forskjellsbehandling” (likebehandlingsprincippet).⁵⁵

Hvordan skal så likestillingsloven § 16 første ledd forstås, på bakgrunn av EU-direktivet? Regulerer det bevisbedømmelsen, beviskravet eller bevisbyrden, i saker om påstått ulovlig forskjellsbehandling? Ut fra ordlyden forstår jeg bestemmelsen slik:

Første del (frem til annet komma) angir at hvis det er trolig at det foreligger ulovlig forskjellsbehandling, skal dette legges til grunn av avgjørelsesorganet. Klageren har altså i utgangspunktet bevisbyrden for lovbrudd (”x”), men beviskravet er lavt (”grunn til å tro”).⁵⁶ At det er klageren som må påvise lovbruddet, harmonerer med formuleringen av forbudet mot forskjellsbehandling i § 3. Annen del av bestemmelsen snur om på dette, idet den ansvarlige (for handlingen) pålegges bevisbyrden for at forskjellsbehandling *ikke* har funnet sted (”ikke-x”). Beviskravet er her høyere (”sannsynliggjør”).⁵⁷ Bevistemaet snus til sin motsats, det er derfor rimelig å kalle dette en regel om omvendt bevisbyrde.⁵⁸

Bevisbedømmelsen er ikke omhandlet i § 16. Den er en bevisbyrderegulering for en helt bestemt situasjon, som forutsetter at det foreligger faktiske opplysninger som indikerer lovbrudd.

Likestillingsloven § 16 omhandler altså beviskrav og bevisbyrde. En kan spørre om den også innebærer en styring av bevisbedømmelsen (trinn 1 i pkt 3 ovenfor), en slags ny legal bevisregel som gjør unntak fra den alminnelige regelen om fri bevisbedømmelse. Håndhevingsorganenes praksis kan nok vise spor av en slik forståelse. Etter min mening skal det langt skarpere lut til for å etablere et slikt unntak. - En kan også lese loven som at den stiller opp en legalpresumsjon (lovsformodning) for forskjellsbehandling, når dette er indikert av påviste omstendigheter. Denne kan så motbevises av innklagede. Denne varianten er bare en annen måte å uttrykke på at innklagede har bevisbyrden, jfr Eckhoff Tvilsrisikoen om lovsformodninger s 29: de kan kalles bevisbyrderegler i eldre terminologi.

Bevisbedømmelsen må altså gjøres ferdig før § 16 tas i bruk. Alle faktiske momenter er tatt i betraktning og nøye vurdert. La oss tenke oss at denne vurderingen har tre mulige utfall:

1. Avgjørelsesorganet er i ”absolutt tvil”. Det er like sannsynlig at loven er overtrådt, som at den ikke er det.

⁵⁴ Opprinnelsen er ikke klar, se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 90 om at Likestillingsombudet og Klagenemnda ”utviklet en praksis for at bevisbyrden er delt mellom klager og innklagede”. I tidligere forarbeider ble det kalt ”omvendt bevisbyrde”, se samme sted s 91.

⁵⁵ Jfr Eckhoff Tvilsrisikoen s 13 note 4 om at delt bevisbyrde vanligvis brukes om tilfelle hvor det er flere tvistepunkter. Se derimot Heuman Bevisbörda och beviskrav i tvistemål (2005) s 117-121 om to ulike bevisbyrderegler for ett og samme rettsfaktum, med diskrimineringsloven som et av eksemplene.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 91: I praksis er det ikke blitt krevd mye. S 98: det skal stilles enda mindre krav nå. Jfr Hedlund Bevisbyrde i Hellum og Ketscher (red) Diskriminerings- og likestillingsrett (2008) s 329.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 91: Å sannsynliggjøre innebærer ”mer enn 50 prosent sannsynlighet”.

⁵⁸ Cfr Lindblom Sena uppsatser (2006) s 415 som kritiserer uttrykket. Ofte er utgangspunktet klart, som i dette tilfellet. En formulering om omvendt bevisbyrde er også brukt i innledningen til direktivet, i (18).

2. Avgjørelsesorganet finner det ikke trolig at loven er overtrådt.
3. Avgjørelsesorganet finner det trolig at loven er overtrådt. Den ansvarlige har ikke sannsynliggjort det motsatte.

Etter mitt syn kommer § 16 ikke til anvendelse i de to første tilfellene. Saken skal avgjøres ut fra at klageren har bevisbyrden for ulovlig forskjellsbehandling, og innklagede får medhold. I det siste tilfellet får klageren medhold.

Tilfelle nr 1 kan absolutt diskuteres. Var det ikke lovgivers mening at innklagede skulle ha bevisbyrden? Jo, men bare dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling. Om det foreligger slike omstendigheter, må avgjøres ut fra det totale bevisbildet, herunder innklagedes anførsler.⁵⁹ Innklagede kan ha kommet med opplysninger som tilsier at den ulike behandlingen har en saklig grunn som loven godtar. Da er det ikke grunn til å tro at behandlingen er ulovlig, og den omvendte bevisbyrden slår ikke inn.

Vi kan ta et eksempel på påstått forskjellsbehandling ved søknad om stilling i det offentlige: A hevder at hun ble forbigått ved en ansettelse i kommunen, argumentet er at likestillingsloven ble overtrådt. Den hovedregel som Eckhoff gikk inn for, er halvering av tvilsrisikoen og at det mest sannsynlige legges til grunn (forutsatt at den materielle regelen ikke gir tydelig anvisning på bevisbyrde). I denne konkrete saken er det tvil, det ene kan være like riktig som det andre, at loven er brutt eller ikke brutt. Hvis det ene er *litt* mer sannsynlig, legges dette til grunn, for eksempel at loven ikke ble brutt. Hvis det derimot foreligger særlige hensyn som gjør at det bør stilles opp en regel om bevisbyrde for kommunen, kreves at kommunen gjør det overveiende sannsynlig (over 50 %) at lovbrudd *ikke* skjedde.

Det er en slik regel vi har i § 16. Den gjelder ikke i alle saker etter likestillingsloven, kun dersom det i den konkrete saken "foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven". Beviskravet er som nevnt lavt. Men bevisbyrderegelen er begrenset til å gjelde i disse spesielle situasjonene. Klageren må overbevise avgjørelsesmyndigheten om at det, alt i alt, er grunn til å tro at det foreligger slike omstendigheter. Det gjelder ingen generell regel om at den som blir anklaget for å ha brutt loven, har bevisbyrden for at det *ikke* foreligger lovbrudd. Noe slikt ville antagelig være politisk umulig å få vedtatt. Det strider mot våre forestillinger om at anklageren har bevisbyrden, slik regelen er i straffesaker.

Noen vil sikkert mene at jeg med denne tolkningen utradierer betydningen av likestillingslovens regel om omvendt bevisbyrde. Det skal medgis at det er en bestemmelse som er vanskelig å fatte meningen i, sett ut fra tradisjonell bevisrettslig tankegang. Det er interessant at to dyktige jurister, begge med erfaring fra Klagenemnda, har uttrykt motsatte oppfatninger om bestemmelsens betydning i praksis: Gudrun Holgersen skriver at reglene "egentlig ikke har så stor betydning",⁶⁰ mens Mary-Ann Hedlund mener at: "Bestemmelsen om delt bevisbyrde er meget viktig i praksis."⁶¹ Selv tenker jeg at bestemmelsen ikke har så stor betydning hvis den forstås riktig, men at den har stor betydning hvis den anvendes feil. Det kan være grunn til å foreta en kritisk granskning av den forståelsen som Ombudet og Klagenemnda praktiserer.

Jeg har ovenfor redegjort for min forståelse av ordlyden i § 16, tolket ut fra et bevisrettslig ståsted. Ser en på forarbeidene til bestemmelsen, omtales den av og til i vendinger som tyder på at en med "bevisbyrde" mener falsk eller subjektiv bevisbyrde, altså ikke ekte (objektiv)

⁵⁹ Jfr Malmberg på Det 37. nordiske juristmøtet i Reykjavik 2005, s 251 i hovedinnlegget. Søk under Jonas Malmberg i <http://www.jurportal.dk/njm/500/>

⁶⁰ Holgersens innlegg på Det 37. nordiske juristmøtet i Reykjavik 2005, s 105 i debattreferatet. Se note 59 her.

⁶¹ Hedlund Bevisbyrde (se note 56 ovenfor) s 329.

bevisbyrde, jfr ovenfor i pkt 3.⁶² Slik er det også i litteraturen.⁶³ Først skal det føres bevis for det ene, og så skal det føres bevis for det andre. Da er det ikke tale om en egentlig bevisbyrde-regel, for, som Lindblom har uttrykt det: ”Bevisbördan rör sig inte [...]”⁶⁴

Vurdert som bevisbyrde-regel, er det derfor liten grunn til å legge vekt på uttalelser i forarbeidene til likestillingsloven og de andre diskrimineringslovene. Forvaltningspraksis har på dette området enda mindre vekt, og rettspraksis finnes nesten ikke.

Kan EU-direktivet løse problemene? Ikke ut fra ordlyden i artikkel 4 nr 1, som ligger nær opp til formuleringen av den norske bestemmelsen. Det er verdt å merke seg artikkelens nr 2, som forutsetter at regelen i nr 1 ikke er den maksimalt gunstigste for klageren. Man kunne ha bestemt at innklagede alltid har bevisbyrden, men har altså ikke gjort det. Det følger av nr 2 at direktivet bare oppstiller minimumskrav. På ett punkt har den norske lovgiver gått lengre, jfr nr 3. De norske forvaltningsorganene som håndhever reglene, har plikt til av eget tiltak å undersøke sakens fakta, jfr forvaltningsloven § 17, og nr 1 var dermed ikke påbudt. Men vår lovgiver har neppe gått lengre innholdsmessig enn bevisbyrde-regelen i nr 1. En nærmere vurdering av hvilke krav EU-direktivets nr 1 stiller, kan bare foretas etter en undersøkelse av EU-domstolens praksis på området, det faller utenfor rammen av denne artikkelen.

12. Avrundning

Jeg mener altså at det alltid må tas stilling til bevisbyrden. Jeg har ikke gått inn på spørsmålet om på hvilke felter vi har sikre bevisbyrde-regler, og hva de i tilfelle går ut på, men har gitt noen spredte eksempler. Sikre regler kan bare oppstilles der hvor loven entydig bestemmer at det gjelder en slik regel, eller der hvor rettspraksis med sikkerhet har etablert en slik regel. Kanskje blir resultatet av undersøkelsene at vi har få sikre regler om hvem som har bevisbyrden. Det ser ut til at rettspraksis har klart seg bra allikevel, sakene blir avgjort. I en note til 1949-artikkelen skrev Eckhoff:⁶⁵ ”Gjennom samtaler har jeg fått inntrykk av at det hos mange dommere gjør seg gjeldende en viss motvilje mot bevisbyrde-teorier i sin alminnelighet.” Det er forståelig, sett på bakgrunn av den norske litteraturen de siste hundre år.

Regler om bevisbyrde er et tema en bør nærme seg med stor forsiktighet. Bastante påstander om at den ene eller annen part har bevisbyrden, bør møtes med adskillig skepsis. Bevisbyrde-regler er ikke noe vi kan stille opp i fleng, basert på løse påstander i litteratur og praksis. De må belegges ved en analyse av det enkelte typetilfelle, basert på den materielle rettsregelens utforming, prejudikater (hvor intensjonsdybden vurderes kritisk) og reelle hensyn. Litteraturen er rik på slike hensyn, som Per Henrik Lindblom har kalt ”bevisbörde- och beviskravfaktorer”.⁶⁶ Eksempler er ”hvem kunne best sikre beviset”, ”hvem kan bebreides” og ”hvem er en gal dom verst for”.⁶⁷ Disse hensynene kan dels tale for å legge bevisbyrden et annet sted enn det bevistemaet tilsier, dels kan de brukes til å løse problemet der bevistemaet er nøytralt, som ved ”barnets beste”.

⁶² Se Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s 91 og 116-117.

⁶³ Holgersen (note 60 ovenfor) s 104 og Hedlund (note 56 ovenfor) s 323, hvor det heter at bevisføringsplikten går over på den andre parten. Jfr Syse og Helgeland i Festskrift Jakhelln (2009) s 586: ”Regelens hovedinnhold kan også mer presist betegnes som en lemping av klager/saksøkers bevisføringsansvar.”

⁶⁴ Lindblom Sena uppsatser (2006) s 417.

⁶⁵ Eckhoff i TfR 1949 s 316, note 24.

⁶⁶ Lindblom i Sena uppsatser (2006) s 416 jfr hans Miljöprocess II (2002) s 357 og 442.

⁶⁷ Jfr den omfattende fremstillingen av slike hensyn i Heuman Bevisbörda och beviskrav i tvistemål (2005). I Norge, se f eks Skoghøy Tvistemål (2001) s 684-689 og Hov Innføring i prosess 2 (2010) s 808-813.