

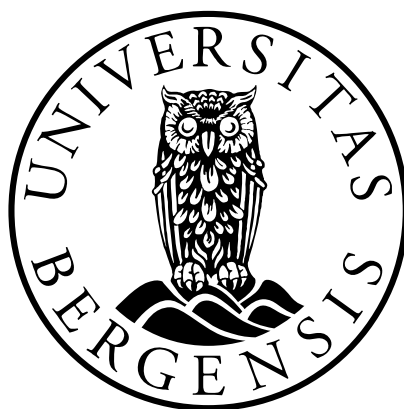
Den historiske utviklingen til
beviskravet i sivile saker
— *i lys av kritisk rettspositivisme*

Kandidatnummer:

103

Antall ord: 37304

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS397 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 21. juni 2019

Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 5 |
| 1.1 | Overvektsprinsippet som et eksempel på rettslig utvikling | 5 |
| 1.1.1 | Problemstilling..... | 5 |
| 1.1.2 | Overvektsprinsippet..... | 5 |
| 1.1.3 | Hvorfor overvektsprinsippet? | 7 |
| 1.2 | Rammer for oppgaven..... | 10 |
| 1.2.1 | Begreper i bevisretten..... | 10 |
| 1.2.2 | Problemet med å fastsette definisjoner på forhånd..... | 10 |
| 1.2.3 | Grunnbegreper i bevisretten | 11 |
| 1.2.4 | Avgrensninger | 12 |
| 1.3 | Metode og teoretisk rammeverk | 13 |
| 1.3.1 | Hvordan analysere beviskravets utvikling? | 13 |
| 1.3.2 | Valget av kritisk rettspositivisme og teoriens rolle i oppgaven..... | 14 |
| 1.4 | Oppgavens oppbygning..... | 16 |
| 2 | KRITISK RETTSPOSITIVISME..... | 17 |
| 2.1 | Kaarlo Tuori og kritisk rettspositivisme | 17 |
| 2.1.1 | Om fremleggelsen..... | 17 |
| 2.1.2 | Det positivistiske elementet..... | 17 |
| 2.1.3 | Det kritiske elementet og Tuoris bakgrunn | 19 |
| 2.2 | Innholdet i kritisk rettspositivisme..... | 20 |
| 2.2.1 | Problemstillingene CLP vil besvare | 20 |
| 2.2.2 | Deskriptiv eller normativ teori | 21 |
| 2.2.3 | Hva er retten?..... | 22 |
| 2.2.4 | Rettens utvikling | 29 |
| 2.3 | Oppsummering | 32 |
| 3 | OPERASJONALISERING AV KRITISK RETTSPOSITIVISME OG TEORIENS BETYDNING FOR DEN HISTORISKE ANALYSEN..... | 34 |
| 3.1 | Anvendelsen av kritisk rettspositivisme | 34 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.1.1 | Problemet med relasjonene som årsaksforklaringer | 34 |
| 3.1.2 | Hva er en forklaring? | 35 |
| 3.1.3 | Fagfeltets tradisjon — operasjonalisering av kritisk rettspositivisme | 36 |
| 4 | BEVISKRAVET I SIVILE SAKER..... | 38 |
| 4.1 | Presentasjon av analysen..... | 38 |
| 4.2 | Mangfold og teoretisk diskusjon, 1907—1940..... | 38 |
| 4.2.1 | Presentasjon av analysen | 38 |
| 4.2.2 | Tvistemålsloven som bakteppe for senere diskusjon | 39 |
| 4.2.3 | Beviskravet i tekster med liten intensjonsdybde | 41 |
| 4.2.4 | Odin Augdahl, Jon Skeie og Herman Scheels beviskrav | 42 |
| 4.2.5 | Oppsummering før Eckhoff..... | 47 |
| 4.3 | Eckhoffs bevisrett, 1940—1950 | 48 |
| 4.3.1 | Presentasjon av analysen | 48 |
| 4.3.2 | Beviskravet i <i>Tvilsrisikoen</i> | 48 |
| 4.3.3 | Sammenligning av de ulike teoriernes syn på beviskravet | 51 |
| 4.3.4 | Kan forskjellene forklares?..... | 52 |
| 4.3.5 | Eckhoffs bruk av rettspraksis | 56 |
| 4.3.6 | Rettspraksis..... | 59 |
| 4.3.7 | Konklusjon..... | 63 |
| 4.3.8 | Nyanseringer i 1949..... | 64 |
| 4.3.9 | Oppsummering | 64 |
| 4.4 | Konsolideringen av en felles bevisrettslig forståelse, 1950—1974..... | 65 |
| 4.4.1 | Presentasjon av analysen | 65 |
| 4.4.2 | Per Augdahl som Eckhoffs opposisjon..... | 65 |
| 4.4.3 | Hvorfor er Eckhoff og Augdahl så enige?..... | 67 |
| 4.4.4 | Videreføring av det tidligere — Anders Bratholm og Jo Hov | 68 |
| 4.4.5 | Beviskravdiskusjon i enkelte materielle rettsområder | 70 |
| 4.4.6 | En kort oppsummering før <i>P-pilledom I</i> | 78 |
| 4.4.7 | Bekrefter eller misforstår <i>P-pilledom I</i> utviklingen?..... | 79 |
| 4.5 | Konformitet og overvektsprinsippets gjennomslag, 1974—2001 | 80 |
| 4.5.1 | Presentasjon av analysen | 80 |
| 4.5.2 | P-pilledommens betydning og særpreg | 80 |
| 4.5.3 | Det sivilprosessuelle miljøets påvirkning på erstatningsretten..... | 81 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.5.4 | Lovgiveruttalelser før <i>P-pilledom II</i> | 83 |
| 4.5.5 | Overvektsprinsippets gjennomslag i <i>P-pilledom II</i> ? | 85 |
| 4.5.6 | Jo Hov og Jens Edvin A. Skoghøy — overvektsprinsippets endelige gjennomslag | 87 |
| 4.5.7 | Tvistelovutvalgets bekreftelse av overvektsprinsippet..... | 92 |
| 4.6 | Årsaker til overvektsprinsippets fremvekst..... | 93 |
| 5 | KONKLUSJON | 96 |
| 5.1 | Utdypning av forklaringer på overvektsprinsippets fremvekst..... | 96 |
| 5.1.1 | Presentasjon av analysen | 96 |
| 5.1.2 | «General doctrines» | 96 |
| 5.1.3 | Begrepsbygging før Eckhoff | 97 |
| 5.1.4 | Etablering og utvikling av den bevisrettslige tradisjonen | 99 |
| 5.1.5 | Bevis for årsakskravet i erstatningsaker som rettskildegrunnlag | 103 |
| 5.1.6 | Tvistelovsutvalgets standpunkter | 106 |
| 5.1.7 | Samspillet mellom teori og praksis | 107 |
| 5.2 | Avsluttende bemerkninger | 108 |
| 6 | KILDELISTE | 110 |

1 Innledning

1.1 Overvektsprinsippet som et eksempel på rettslig utvikling

1.1.1 Problemstilling

Formålet med denne oppgaven er å bidra til forståelsen av rettslig utvikling.¹ Dette formålet skal oppnås ved å foreta en analyse av en konkret rettsregel sin historiske utvikling. Denne regelen er overvektsprinsippet, som nå er hovedregelen for beviskravet i sivile saker.²

Problemstillingen kan formuleres som *når* overvektsprinsippet fikk gjennomslag i norsk rett, og *hva* som var årsakene til dette.

I denne innledningen vil jeg først presentere overvektsprinsippet og skissere den sivilprosessuelle litteraturens beskrivelse av regelens utvikling (1.1.2). Deretter vil jeg begrunne hvorfor overvektsprinsippet er valgt som studieobjekt (1.1.3). Oppgaven kommer til å anvende Kaarlo Tuoris kritiske rettspositivisme, som gjør det nødvendig å presentere noen utgangspunkter om hvordan og hvorfor dette er gjort (1.3). Jeg vil også presentere sentral terminologi, og det oppgaven avgrenser mot (1.2).

1.1.2 Overvektsprinsippet

Spørsmålet i dette avsnittet er hva overvektsprinsippet er, hvilket rettskildegrunnlag det har, og hvordan moderne sivilprosessuell litteratur presenterer prinsippets utvikling.

Overvektsprinsippet er utgangspunktet for beviskravet i sivile saker.³ Et beviskrav er en betingelse for at en påstand om faktum skal legges til grunn.⁴ Overvektsprinsippet stiller som betingelse at påstanden må bevises med mer enn femti prosent sannsynlighet.⁵

Anvendelsesområdet er sivile saker, det vil si alle saker utenfor straffeprosesslovens

¹ Watson 1983 s. 1121: «The most important general legal questions, it seems to me, both in theory and practice, concern ... the forces that cause law to change.»

² Se neste punkt for innholdet i dette prinsippet.

³ Referanser for begrepsbruk i 1.2.3. Når jeg i det følgende snakker om beviskravet mener jeg spesifikt betingelsen alene, uten å inkludere den egentlig nødvendige koblingen til bevistemaet som gjør kravet til en anvendelig beviskravsregel, nærmere Strandberg 2012 s. 408.

⁴ Jf. pkt. 1.2.3.

⁵ Å analysere og problematisere denne formuleringen av beviskravet er naturlig nok en substansiell del av oppgaven, men se for eksempel Strandberg 2012 s. 461 og 4.3.2.

anvendelsesområde.⁶ Prinsippet er bare et utgangspunkt, og rettskildene så vel som reelle hensyn kan medføre at et annet beviskrav legges til grunn.⁷

Rettskildegrunnlaget til overvektsprinsippet er solid, og den sivilprosessuelle litteraturen uttrykker gjerne at prinsippet vokste frem i et samspill mellom praksis og teori.⁸

Hjemmelsgrunnlaget er dermed ulovfestet rett, og referansepunktet er ofte Rt. 1992 s. 64 (*P-pilledom II*).⁹ I dag er overvektsprinsippet uten tvil gjeldende rett. Det har støtte fra mange lovutvalg, departementsuttalelser, Høyesterettsdommer og forfattere.¹⁰ Prinsippets begrunnelse er at det på sikt vil medføre flest sanne domspremisser (sannhetsmålsetningen).¹¹

Torstein Eckhoff blir vanligvis omtalt som overvektsprinsippets opphavsmann, ved hans avhandling *Tvilsrisikoen* fra 1943. I verket argumenterte han både *de lege lata* og *de lege ferenda* for overvektsprinsippet som utgangspunktet i norsk rett.¹² Tilsvarende synspunkter ble fremsatt allerede i læreboken *Sivilprosessen* fra 1941.¹³ Slik utviklingen blir presentert i dagens litteratur vant Eckhoff nok så raskt frem med sine argumenter. Praksis fulgte etter, og det skjedde en gradvis oppmykning av beviskravet, særlig i Rt. 1974 s. 1164 (*P-pilledom I*).¹⁴ Overvektsprinsippet ble så endelig slått fast av Høyesterett med *P-pilledom II*. Normalt fremstilles utviklingen på slik måte, med noen variasjoner.¹⁵ Hovedretningen i

⁶ Robberstad 2018 s. 6, Backer 2015 s. 21, Strandberg 2012 s. 462.

⁷ Se f. eks. Rt. 1992 s. 64 på side 70, HR-2016-2579-A (*Selv mord*) avsnitt 33 og 34, Backer 2015 s. 307, Robberstad 2018 s. 300—305, Mæland 2013 s. 197, Skoghøy 2014 s. 878 flg. Hov 2017 s. 251—252.

⁸ Jf. note 25.

⁹ NOU 2001: 32 s. 459 bruker formuleringen «... en sentral avgjørelse hvor [overvektsprinsippet] er kommet til uttrykk er ...» *P-pilledom II*. Jeg vil først behandle dommen i 4.5.5.

¹⁰ Se punkt 1.2.3 punkt 4.5.6 med noter, og note og 430.

¹¹ Synspunktet tilskrives ofte Eckhoff, men ble også fremmet av Augdahl 1942 s. 216. Hans synspunkt blir fremmet i sammenheng med kritikk av tidligere litteraturs syn på sannhetsmålsetningen, som både Skeie, Scheel og Odin Augdahl diskuterte. Dette kommer jeg tilbake til, se 4.3.3. Tilsvarende Eckhoff 1943 s. 64 og HR-2016-2579-A avsnitt 33. Se Strandberg 2012 s. 463 flg. for en redegjørelse av utbredelsen til denne begrunnelsen. Flere andre hensyn blir vektlagt, men se avgrensningene i 1.2.4.

¹² Eckhoff 1943 s. 22—51 *de lege lata* (men om han mente overvektsprinsippet var gjeldende rett kan problematiseres, se 4.3.5), s. 51—137, *de lege ferenda*.

¹³ Eckhoff 1962 (innholdet er det samme som utgaven fra 1941 s. 230 flg.) s. 153-162.

¹⁴ Dommen omtales i 4.4.7.

¹⁵ Se bla. Strandberg 2012 s. 167, Robberstad 2011 s. 67, Robberstad 2018 s. 300—301, Hov 1999 s. 263—265, Hov 2017 s. 249 og 251—252, Skoghøy 1998 s. 656 petit, Skoghøy 2014 s. 877—878 petit, Skoghøy 2016 s. 67—68, Nygaard 1986 s. 480, Nygaard 2002 s. 53, Hjort 2015 s. 342.

sivilprosesslitteraturen legger dermed til grunn at Torstein Eckhoffs innflytelse, sammen med Høyesterett, er hovedårsaken til fremveksten av overvektsprinsippet.¹⁶

Det eksisterer noen alternative, eller supplerende oppfatninger av prinsippets utvikling.¹⁷ Magne Strandberg og Eivind Kolflaath hevder at konformitet til Eckhoff, og manglende problematisering av overvektsprinsippets premisser, er en sentral årsak.¹⁸ Markus Jerkø hevder derimot at prinsippet har en så intuitivt korrekt begrunnelse at det har vært lite behov for å problematisere det.¹⁹ Strandberg mener også, på bakgrunn av komparative studier, å se en generell tendens der beviskravet bestemmes ved at en enkeltforfatter dominerer diskusjonen i de enkelte land.²⁰

Det er likevel behov for å undersøke spørsmålet nærmere. Spesielt utelater tidligere arbeid en nærmere analyse av hvordan bevisrettslige forfattere forholdt seg til lovgivning og rettspraksis, samt litteraturen som befinner seg utenfor sivilprosessens og bevisrettens kjerne. Denne oppgaven vil forsøke å uttømme flere kilder enn det andre forfattere har gjort, men uten å nærme seg å uttømme alt. Det ville i så fall vært en analyse av alle rettskilder i sivile saker, og er en uoverkommelig oppgave. Jeg vil i 1.3.1 redegjøre for hvordan jeg har valgt ut materialet.

1.1.3 Hvorfor overvektsprinsippet?

¹⁶ Helt generelle analyser av sivilprosessens historie i norsk rett finnes i Sunde 2011, som kobler Savignys innflytelse til norsk sivilprosessuell utvikling og Fredriksen 2011, som fremhever innvirkningen til tysk sivilprosess, se også note 26 og 167

¹⁷ Zahle er nok den som avviker mest fra normen, og mener det først og fremst er sannsynlighetens, og det han kaller «... bevisbedømmelsen ...» sitt inntog som det sentrale element i bevisretten som medførte at overvektsprinsippet fikk gjennomslag. «I overvægtsprinsippet er denne gradvise 'erobring' af terræn fra bevisbyrdereglerne ført til ende.», Zahle, 1976 s. 296.

¹⁸ Kolflaath/Strandberg 2013 s. 320-324.

¹⁹ Jerkø 2017: «... begrunnelse[n] fremstår som så intuitivt korrekt at det er vanskelig å se noen svakheter ved den.» s. 298. Jerkø mener videre på s. 94 flg. at utviklingen har sammenheng med utvikling vekk fra 'moralsk visshet' som grunnbegrep for beviset. Ligner Zahle, se note 17.

²⁰ Strandberg 2012 s. 84 flg. spesielt s. 167-168.

Spørsmålet i dette avsnittet er hvorfor overvektsprinsippet er et egnet studieobjekt. For det første blir beviskravet debattert i moderne litteratur.²¹ En konsekvens av å studere overvektsprinsippet vil derfor være å bidra til diskusjonen av prinsippets rolle i dag. Til dette poenget vil jeg fremheve Høyesteretts dom i HR-2016-2579-A (*Selvordssaken*). Spørsmålet var om en familie som krevde utbetalt erstatning for tap av forsørger hadde en slik rett, eller om utbetalingen var avskåret fordi den avdøde hadde tatt selvmord. Slik avskjæring var en del av avtalen med forsikringssselskapet, som hadde hjemmel i forsikringsavtaleloven § 13-8 første ledd. Et av de avgjørende spørsmålene i saken var hvilket beviskrav som skulle anvendes for å avgjøre om den avdøde faktisk tok selvmord. Saksøkerne hevdet retten måtte anvende et strengere beviskrav, fordi faktum var belastende for de gjenlevende.²² Høyesterett avviste et slikt strengt beviskrav, og uttrykte avslutningsvis følgende:

«Avgjørende for mitt standpunkt er imidlertid at gjennomgangen av rettspraksis viser at det vil innebære en endring av beviskravsreglene å oppstille et skjerpet beviskrav i dette tilfellet. Det vil utvide området for unntak fra hovedregelen om sannsynlighetsovervekt – noe jeg ikke kan se at det er tilstrekkelig tungtveiende grunner til.»²³

Slik jeg forstår dommen generelt og dette utsagnet spesielt, mener Høyesterett at overvektsprinsippet er så sterkt forankret i norsk rett, at det kreves tungtveiende grunner til å fravike hovedregelen om femti prosent sannsynlighet. Utsagnet kan tolkes som at prinsippets begrunnelse, både rettslig og normativt, er såpass velfundert at unntak ikke bør skje.²⁴ I så fall vil en analyse av prinsippets (rettslige) historie, som viser at utviklingen ikke har vært så rasjonell og gjennomtenkt som det man synes å anta, kunne påvirke prinsippets status også i dag.

²¹ Se spesielt Strandberg 2012 og Jerkø 2017, men også for eksempel Kolflaath 2008 og 2004a.

Kolflaath/Strandberg 2013 s. 324—330 karakteriserer perioden etter 2000-tallet som en periode der diskusjonen ble gjenåpnet etter en lang periode med konformitet.

²² HR-2016-2579-A, faktum i avsnitt 2, anførselen i avsnitt 17 og 18.

²³ HR-2016-2579-A, avsnitt 45.

²⁴ Tilsvarende Strandberg 2017 s. 72, som omtaler rettskildebruken som konservativ.

I et mer teoretisk og generelt perspektiv er det flere gode grunner til å undersøke overvektsprinsippet. Først og fremst er prinsippet fremhevet av Skoghøy i en artikkel om domstolsskapt prosessrett, og i Nygaards metodebok, som et godt eksempel på rett som blir skapt i et samspill mellom praksis og teori.²⁵ Denne frasen, med variasjoner, er vanlig å benytte om ulovfestet rett mer generelt, og det har stor interesse å undersøke hvordan et slikt samspill har foregått i et konkret tilfelle.

At domstolene og rettsvitenskapen har skapt prinsippet, må ses i sammenheng med at lovgiver har overlatt denne oppgaven til disse institusjonene.²⁶ Det kan derfor hevdes at det er spesielt viktig at rettsvitenskapen i nåtiden undersøker resultatet rettspraksis og teori tidligere har kommet frem til.²⁷ At overvektsprinsippet (i hvert fall som utgangspunkt) kommer til anvendelse i alle sivile saker, styrker også behovet for å vie det oppmerksomhet.

I tillegg er overvektsprinsippet i et komparativt perspektiv ganske unikt. Både Sverige og Danmark har andre beviskrav enn oss, til tross for at Norge og de to andre landene har hentet mye inspirasjon fra hverandre i bevisretten.²⁸ Stort sett er beviskravene strengere eller tillater en større grad av variasjon i resten av Europa.²⁹ Ellers i Europa er det så vidt jeg kan se bare common-law-landene (England, Skottland, Wales og Irland) som anvender overvektsprinsippet som utgangspunkt i sivile saker.³⁰ Den store variasjonen gjør det spesielt interessant å undersøke utviklingen nærmere.

²⁵ Skoghøy 2016 s. 67—68 og Nygaard 2004 s. 124, s. 319. På sistnevnte skriver Nygaard at for beviskravet skjedd det «ei rettsdanning i vekselverknad mellom teori og praksis.» Han utdyper med at «[t]eorien tolkar, analyserer og legg vekt på rettspraksis, medan domstolane i sin tur legg vekt på teorien.» Et annet eksempel som bruker tilsvarende frase er Monsen 2014 s. 88.

²⁶ Se blant annet drøftelsene om Høyesterett som rettsavklarende domstol i prosessretten i NOU 2001:13 A s. 127, nærmere s. 263 flg. og 363 flg.

²⁷ Med unntak av produktansvar, finner jeg bare ett eksempel på politisk diskusjon om beviskrav. Dette er i forarbeidene til diskrimineringsloven av 2005, Ot.prp. nr. 33 (2004—2005) s. 128—131. Symptomatisk nok tar ingen av partene, i den utstrekning de er dekkende sitert av departementet, til orde for å ha et høyt *beviskrav*. De diskuterer utelukkende bevisbyrden. Ettersom beviskravet er en svært vesentlig del av hvordan regelen kommer til å virke i praksis, er fraværet av slike diskusjoner påfallende.

²⁸ Se f. eks. Lindell 2017 s. 629 og s. 632 flg. og Bang-Pedersen og Christensen 2010 s. 467—469.

²⁹ Strandberg 2012 s. 160 flg. deler i tre beviskravmodeller (i) milde normalkrav og strenge unntak, (ii) strenge normalkrav med mildere som unntak og (iii) variasjoner basert på de konkrete forhold i hvert rettsområde eller lignende. Norsk og britisk rett er i første kategori, svensk og tysk rett i andre, og dansk i tredje.

³⁰ Se Schweizer 2016 s. 218—219 med videre henvisninger.

1.2 Rammer for oppgaven

1.2.1 Begreper i bevisretten

Store deler av den bevisrettslige debatten er og har vært enten eksplisitt eller implisitt knyttet til hvilke termer og begreper man bør benytte.³¹ Dermed er definisjonene jeg bruker bare gitt i den grad det er hensiktsmessig for min egen fremstilling, og ikke med sikte på hva som er god begrepsbruk i den rettslige debatten om bevis.³² Jeg vil ta utgangspunkt i de uttrykk jeg oppfatter at den moderne litteraturen anvender. Definisjonene anvendes bare så langt noe annet ikke fremgår av sammenhengen, og deler av den historiske analysen vil være en analyse av hva de forskjellige forfattere mente med sin bruk av de samme uttrykkene.

1.2.2 Problemet med å fastsette definisjoner på forhånd

Samtidig som tydelig begrepsbruk er sentralt for å kunne diskutere bevisrett, er presis begrepsbruk et problem for å korrekt gjengi en historisk utvikling. Jeg vil fremheve to grunner til dette. Beviskravet i dag, er nemlig ikke beviskravet slik det var før.³³ Det er heller ikke korrekt å konstatere (i alle fall uten å foreta den konkrete analysen) at dagens beviskrav er en mer utviklet form av det tidligere begrepet. For å forsøke å forstå hva en forfatter mente, som er formålet i analysen av rettshistoriske kilder, vil jeg måtte lese det vedkommende skrev i lys av det jeg allerede kjenner.³⁴ Jeg klassifiserer eldre begreper i relasjon til mine begreper.³⁵ Dette er problematisk, men nødvendig i en viss utstrekning.

Det andre problemet oppstår dersom man leser beviskravets historie på en måte som gjør at den enkelte forfatter blir «... blamed according to how far they may seem to have aspired to

³¹ For eksempel er *Eckhoff 1943* et forsøk på å lansere en ny term, med nye tilhørende begreper. I moderne tid se *Strandberg 2012* s. 17 og 49—54, og 226—255 som diskuterer sannhetsbegrepet, og hele kapittel seks utlegger forskjellige begrep om sannsynlighet. Tilsvarende *Jerkø 2017*, se f. eks. s. 28 flg. og 42 flg., og mer generelt er formålet med avhandlingen å eksplisere allerede eksisterende begreper se s. 31 flg. Se også *Zahle 1976* s. 568 for en generell oversikt over det store mangfoldet termer som benyttes i debatten.

³² Se *Kolflaath 2004b* s. 18 om skillet mellom term/uttrykk, begrep/betydning og referent/omfang.

³³ Se for eksempel 4.2.2. Se mer generelt *Heivoll 2019* s. 73 om anakronismen som rettshistorisk metodeproblem og *Tuseth 2019* s. 100—102 om problemene som oppstår ved at termer endrer betydning.

³⁴ Tilsvarende *Hjort 2019* s. 31 og 45.

³⁵ Nærmere *Skinner 1969* s. 6 flg. og *Michalsen 2006* s. 135 flg.

the condition of being ourselves.»³⁶ For å forhindre dette vil jeg unngå en idé om at forfattere som ligger ‘nær’ den moderne forståelsen, hadde ‘rett’, og at dette er årsaken til deres gjennomslag. Forsøksvis vil disse metodiske utfordringene være usynlig for leseren.³⁷

1.2.3 Grunnbegreper i bevisretten

Med *bevis* mener jeg et fenomen som sier noe om verden ut over seg selv. I juridisk sammenheng benyttes uttrykket normalt med et implisitt krav om relevans, slik at definisjonen kan modifiseres til at et bevis er et fenomen som sier noe ut over seg selv, og dette er relevant for vurderingen av påstandene om faktum.³⁸

Med *bevistema* mener jeg det som faktum må indikere for at et rettslig vilkår skal innfris.³⁹

Med *faktum* forstås beskrivelsen av et hendelsesforløp eller en nåværende faktisk tilstand, som legges til grunn for en domsslutning eller midlertidig beslutning, etter at de nødvendige bevisene er vurdert.⁴⁰ Med *faktumspåstand* menes påstander om hvordan dette faktumet er.

Et *beviskrav* er en betingelse for at en faktumspåstand skal legges til grunn som faktum i en dom.⁴¹ Man kan gi betingelser på mange forskjellige måter, men *sannsynlighetskrav* er det sentrale i oppgaven, og forstås som et beviskrav formulert som et krav til en viss sannsynlighet.⁴² Disse uttrykkes vanligvis med procenter, eller med bruk av ord som «godtgjort», «overveiende sannsynlig», «mulig» eller lignende.⁴³ Hvilke ord som brukes for å betegne spesifikke intervaller på sannsynlighetsskalaen varierer imidlertid så mye at det ikke

³⁶ Skinner 1969 s. 11.

³⁷ Se samtidig 5.2.

³⁸ Strandberg 2012 s. 49, Robberstad 2018 s. 272, Backer 2015 s. 279.

³⁹ Strandberg 2012 s. 411, Backer 2015 s. 279, Robberstad 2018 s. 272, Jerkø 2017 s. 49. Sistnevnte bruker ordet «rettslig bevistema» om både de nødvendige og tilstrekkelige betingelsene for en rettsvirkning.

⁴⁰ Dette blir brukt på lignende måter av f. eks. Robberstad 2018 s. 294 og 300, Backer 2015 s. 306, Hov 2017 s. 237 mens Jerkø 2017 s. 56 og 77 kritiserer bruken av ordet. Se også Kolflaath 2008 s. 159.

⁴¹ Strandberg 2012 s. 18—19, Robberstad 2018 s. 300, Backer 2015 s. 306, Mæland 2013 s. 197. Hov omtaler dette som objektiv bevisbyrde, Hov 2017 s. 249.

⁴² Dette er det vanlige i norsk rett, se for eksempel Robberstad 2018 s. 301, Hov 2017 s. 242 Mæland 2013 s. 197 og Backer s. 307. Jeg kommer nærmere tilbake til innholdet i sannsynlighetsbegrepet i punkt 4.3.2. Om andre tilnærminger, se spesielt Kolflaath 2004a og Strandberg 2012 s. 152—160 og 315 flg.

⁴³ Se f. eks. Skoghøy 2014 s. 876.

er mulig å si noe generelt om betydningen av dem. Betydningen vil dermed fremgå av sammenhengen.

Termen *bevisbyrde* vil brukes som en samlebetegnelse for to andre begreper. Den ene er byrden, eller oppfordringen, som den ene parten har til å føre bevis underveis i saksgangen.⁴⁴ Dette vil jeg omtale som *bevisføringbyrde*, og er bare relevant før bevisførselen er avsluttet.⁴⁵ Den andre siden er at den som har bevisbyrden, etter bevisførselen er ferdig, vil være den som ikke får medhold for sin faktumspåstand, med mindre beviskravet er innfridd.⁴⁶ Dette vil jeg omtale som den *objektive bevisbyrden*.⁴⁷

1.2.4 Avgrensninger

Oppgaven vil avgrense mot flere elementer som er relevante for å si hva innholdet i beviskravet er.⁴⁸ Spørsmålene om kumulering av tvil,⁴⁹ og valget mellom bevistema- og bevisverdimetodene, er spesielt sentrale.⁵⁰ Disse og flere spørsmål har stor betydning for hvor gode bevis en part praktisk sett må bringe frem for å få sin påstand lagt til grunn, men må avgrenses mot for å gjøre oppgaven overkommelig innenfor ordgrensen. Avgrensingen kan

⁴⁴ Robberstad 2018 s. 293—294, Strandberg 2012 s. 297, Hov 2017 s. 248.

⁴⁵ Robberstad 2018 s. 293, Hov 2017 s. 248, Mæland 2013 s. 198, Backer 2015 s. 306, Strandberg 2012 s. 297. Jeg har valgt å benytte ordet bevisføringsbyrde da jeg oppfatter dette som et mer forklarende ord, men kunne også valgt *subjektiv bevisbyrde*.

⁴⁶ Robberstad 2018 s. 293—294, Mæland 2013 s. 198, Backer 2015 s. 306, Jerkø 2017 s. 100. Det bør i denne sammenhengen nevnes at ordet bevisbyrde av enkelte er ansett som overflødig, se Robberstad 2011 s. 80—81 og spesielt Kolflaath 2018 s. 240. Gjennomgående i denne oppgaven kommer jeg til å unngå spørsmålet om bevisbyrden faktisk er en nødvendig del av rettsanvendelsen. For å kort forklare argumentet: Bevisbyrden (hvem skal bevise) er et overflødig spørsmål såfremt bevistemaet allerede er fastlagt. I så fall er spørsmålet om faktum er bevist i den grad beviskravet krever. Rettsvirkningen vil i så fall inntre. Dermed er det unødvendig å snakke om at den ene eller andre parten har plikt til å føre bevis, eller har 'risikoen' for at beviskravet ikke er innfridd, se Kolflaath 2018 s. 240—241 som argumenterer for at bevisbyrden er overflødig. Strandberg 2012 s. 304—305 hevder beviskravmodellen i norsk rett nødvendigvis gir beviskravet en retning, som gjør selvstendige bevisbyrderegler overflødige. Jerkø 2017 s. 109 flg. og 116 flg. kritiserer kritikken og ekspliserer et eget begrep om rettslig bevisbyrde.

⁴⁷ Strandberg 2012 s. 296—297 og referansene i forrige note.

⁴⁸ Se diskusjonen i Strandberg 2012 s. 165—166 om hvordan ulike beviskrav kan være strengere eller mildere (og at det er vanskelig å bruke slike termer) avhengig av andre spørsmål, som om bevistvil skal kumuleres for forskjellige bevistema.

⁴⁹ Strandberg 2012 kap. 7, Jerkø 2017 kap. 3 og Kolflaath 2008 behandler spørsmålet.

⁵⁰ Eckhoff 1988 og 1992 deltar i denne debatten, se Strandberg 2012 s. 91 flg. om temametoden og 103 flg. om bevisverdimetoden.

først og fremst forsvares ved at selv om spørsmålene tas opp i den norske litteraturen, er det først fra 80-tallet at det behandles i dybden, og da uten at jeg har kunne se noen tydelig innvirkning på selve beviskravet. Jeg vil også avgrense mot en generell behandling av de hensyn som motiverer unntak fra overvektsprinsippet i konkrete tilfeller.⁵¹

Videre vil oppgaven avgrense ganske strengt mot å ta opp andre lands innflytelse på norsk rett.⁵²

Til sist må oppgaven avgrense mot å behandle bevisretten mer generelt lengre tilbake enn rundt 1900-tallet. Nedenfor vil jeg gå noe inn på spørsmålet om systemet før 1900-tallet, og i sammenheng med det vil avgrensningen forsvares.⁵³ Videre avgrenser oppgaven mot å behandle overvektsprinsippet etter tidspunktet da jeg oppfatter det som sikker rett.⁵⁴

1.3 Metode og teoretisk rammeverk

1.3.1 Hvordan analysere beviskravets utvikling?

Spørsmålet i dette avsnittet er *hvordan* undersøkelsen av overvektsprinsippet skal skje. Jeg vil nøye meg med å presentere noen utgangspunkter. Ettersom studieobjektet for denne oppgaven er relativt moderne og et lite abstrakt spørsmål, er det færre problemer knyttet til hvordan kildematerialet skal innhentes og fortolkes.⁵⁵ Kildematerialet er primært samtlige sivilprosessbøker, inkludert forskjellige utgaver av disse, som har blitt utgitt etter 1900-tallet.⁵⁶ Henvisningene i disse verkene er undersøkt, deretter har jeg undersøkt videre henvisninger, og så videre. Jeg har også gjennomført søk i Nasjonalbiblioteket og Lovdata sine databaser på sentrale termer som «overvektsprinsippet», «beviskrav» og «bevisbyrde»,

⁵¹ Se f. eks. en grundig gjennomgang av ett av disse hensynene, bevissikringshensynet, Bye 2018 (masteroppgave).

⁵² Et unntak i 4.3, fordi innflytelsen er svært fremtredende.

⁵³ Se 4.2.2.

⁵⁴ Jeg vil likevel bemerke noe om senere rettspraksis i 5.1.7.

⁵⁵ Se bla. Sunde 2019 s. 7 flg. Jeg vil også fremheve at beviskravet er et lite abstrakt spørsmål, som gjør behovet for generalisering mindre, se som motsetning de abstrakte spørsmål som diskuteres i Michalsen 2013 s. 395.

⁵⁶ Det tidligste verket jeg har undersøkt er Nellemann 1892, og har ellers basert meg på andres sammenstillinger av eldre bevisrett, særlig Zahle 1976 og Strandberg 2012.

og «sannsynlighetsovervekt». Rettspraksis og lovgivning er primært innhentet basert på hvilke henvisninger som er gjort i de forskjellige verkene, og søk på de nevnte uttrykk.

Bevisretten har metodiske særpreg som vil drøftes senere.⁵⁷ I tillegg vil den juridiske metoden endres over tid. Analyse av de enkelte forfatters metodiske tilnærminger vil samtidig være en substansiell del av oppgaven, og bidrar til å gi en forståelse for metodiske forskjeller mellom tidsepokene.⁵⁸

1.3.2 Valget av kritisk rettspositivisme og teoriens rolle i oppgaven

Som nevnt har jeg ansett det som nødvendig å anvende et teoretisk rammeverk. Ett av spørsmålene jeg forsøker å besvare er hva *årsakene* til overvektsprinsippets fremvekst faktisk har vært.⁵⁹ For dette formål vil jeg anvende Kaarlo Tuoris kritiske rettspositivisme.⁶⁰

Kaarlo Tuoris kritiske rettspositivisme er, for å sitere Jørn Øyrehagen Sunde, «... den rettsfilosofiske innfallsvinkelen som vert mest studert i Norden i dag». ⁶¹ Dette nok en overdreven påstand, men det er klart at Tuori har hatt en relativt stor innflytelse på norsk rettsvitenskap.⁶² Han er sitert i lærebøker så vel som doktoravhandlinger som begrunnelse for metodiske standpunkter.⁶³ Sunde har tatt i bruk Tuoris teori for å forklare rettslig utvikling.⁶⁴ Denne innflytelsen har vært utgangspunktet for min interesse i Tuoris teori.

⁵⁷ Se punkt 4.3.6.

⁵⁸ Se for eksempel Bjørne 2007 generelt om realismen, og spesielt s. 408—409 om norsk bruk av rettspraksis. Videre Bjørne 2002 s. 216 flg. for en gjennomgang av debattene rundt konstruktivismen i Norge, som tas opp senere.

⁵⁹ Årsak/virkning er sentralt i rettshistorisk forskning, se Sunde 2019 s. 7 flg, Watson 1983 s. 1122 flg., men særlig ordet «årsak» har uheldige konnotasjoner som jeg vil drøfte i 3.1.2.

⁶⁰ Innfallsvinkelen til det historiske materialet defineres av hva som menes med «retten», som utdypes i 2.2.3. Hva en årsaksforklaring er, utdypes i 3.1.2.

⁶¹ Sunde 2009 s. 22. Brukes også f. eks. i Bernt 2004 s. 72, Fredriksen 2010 s. 261 og 267.

⁶² Sara Stendahl har mer aktivt benyttet Tuori, i Stendahl 2015 s. 300 flg. En lagdelt rett er anvendt i Gustafsson 2002, se Tuori 2003, på side 348. Askeland 2002 s. 52 flg. forsøker å operasjonalisere Tuori. Se også Mæhle 2005 s. 61—64 og Jacobsen 2009 s. 204 flg.

⁶³ Se for eksempel Østenstad 2009 s. 92, Marthiniussen 2017 s. 221, petit. Ved søk på «Tuori» i nasjonalbibliotekets database fra 2000 til nå er det 126 treff i bøker, stort sett juridiske avhandlinger eller lærebøker.

⁶⁴ Det «rettslige hav» som metafor for den lagdelte rett benyttes av Sunde 2017 s. 16—17, og Sunde 2005 s. 27—31, se note 28 på s. 27.

I kapittel 2 skal jeg forklare Tuoris teori i den utstrekning det er relevant for oppgaven. Teorien vil, i tillegg til å definere en innfallsvinkel til det historiske materialet, besvare to metodiske problemer.

Det første problemet er hva som skaper rettslig utvikling. Enkelte svar på dette spørsmålet er selvvinnlysende, for eksempel at lovgiver vedtar en ny lov. Vanskeligere er det i tilfeller av «samspill mellom praksis og teori». Et spørsmål som går igjen i hele oppgaven er for eksempel hvorfor noen løsningsforslag, argumenter og begreper blir akseptert av andre teoretikere eller rettspraksis, og noen forslag ikke.⁶⁵ I generell form kan det formuleres som et spørsmål om hvilke betingelser, nødvendige og tilstrekkelige, som gjør at retten velger en løsning og ikke en annen.⁶⁶

Dette henger sammen med det neste problemet, som er at den enkelte forfatter, ikke alltid uttrykker nøyaktig hvorfor en viss løsning eller et visst argument var overbevisende. Og videre kan man alltid spørre hvorfor akkurat dette argumentet var overbevisende, på dette tidspunktet, for denne personen. Problemet er at valgene som tas noen ganger er basert på forfatterens *tause kunnskap*.⁶⁷ Naturlig nok er denne tause kunnskapen utilgjengelig for meg. Av den grunn er det nødvendig å foreta antagelser om hva denne tause kunnskapen besto i, og hvordan denne påvirket den rettslige utviklingen.

Enhver antagelse er imidlertid ikke like rimelig. Derfor er det nødvendig å kvalifisere antagelsene. Tuoris teori vil gi oppgaven et begrepsapparat og en abstrakt beskrivelse av rettslig utvikling som gjør det mulig å foreta rimelige(re) antagelser om hva som påvirket den rettslige utviklingen.⁶⁸

⁶⁵ Oppgaven inntar derfor også en relativistisk holdning til de enkelte løsningsforslag, dels for å unngå problemet nevnt i 1.2.2, og dels på grunn av det teoretiske rammeverket se 2.2.4.

⁶⁶ Se 2.2.4.2.

⁶⁷ Se 2.2.3.2.

⁶⁸ Under forutsetning om at man er enig i teorien. Jeg skal ikke evaluere hvor godt eller riktig Tuoris rammeverk er i denne oppgaven, men legger til grunn at den i utgangspunktet gir nyttige perspektiver på rettslig utvikling som kan belyse overvektsprinsippets utvikling.

Innholdet i kritisk rettspositivisme presenteres i kapittel to, og operasjonaliseres i kapittel tre. Tuoris begreper vil imidlertid holdes utenfor selve analysen av beviskravet. Først i kapittel fem vil kritisk rettspositivisme anvendes for å forsterke og utdype forklaringene som den 'rene' analysen har gitt. Samtidig vil min kjennskap til Tuori både direkte og indirekte ha påvirket lesingen og systematiseringen av de historiske kildene. Kritisk rettspositivisme har vært innfallsvinkelen, og derfor også formet innholdet.⁶⁹ Av denne grunn er det også nødvendig å presentere teorien før den historiske analysen.

1.4 Oppgavens oppbygning

Kapittel to vil forklare Tuoris teori i den utstrekning det er relevant for oppgaven. Kapittel tre vil utdype de sentrale aspektene av Tuoris teori som jeg ønsker å anvende, nemlig teoriens årsaksforklaringer og begrep om rettslige fagtradisjoner. Der vil jeg også si noe om hvordan disse påvirker fremstillingen av det historiske materialet. Kapittel fire vil gjennomgå og forklare beviskravets utvikling i norsk rett fra rundt 1900-tallet til rundt 2000-tallet. Kapittel fem vil være syntesen mellom Tuoris teori og det historiske materialet, der jeg konkluderer så langt som mulig på hva årsakene til overvektsprinsippets fremvekst var. Jeg vil også gi noen avsluttende bemerkninger om analysens problemer, funn, og hvorvidt den gir et generaliserbart bidrag til spørsmålet om hvordan retten utvikler seg.

⁶⁹ Se f. eks. Mæhle 2015 s. 142 flg. som fremhever at rettsvitenskapen behøver en innfallsvinkel for å forstå rettslig kompleksitet, og som hun fremhever på s. 154 er diversitet ofte hensiktsmessig. Å begrense teoretiseringen til Tuori alene har imidlertid vært nødvendig av tids- og plasshensyn.

2 Kritisk rettspositivisme

2.1 Kaarlo Tuori og kritisk rettspositivisme

2.1.1 Om fremleggelsen

Kaarlo Tuori presenterer i boken fra 2002 med samme tittel, teorien *Critical Legal Positivism*, som blir oversatt til kritisk rettspositivisme (forkortelse CLP). Teorien vil bli presentert i den grad det er nødvendig for bruk i oppgaven. I praksis vil dette bety en nedtoning av Tuoris relasjon til andre forfattere, samt diskusjonene i boken om juridisk-metodiske problemstillinger og diskursteori. Jeg er først og fremst interessert i den forståelsen av rettssystemet og rettslig utvikling som teorien baserer seg på.

Jeg vil begynne med å si litt om bakgrunnen for teorien (2.1.2 og 2.1.3), før jeg presenterer problemstillingene teorien vil svare på (2.2.1) og hvorvidt teorien er normativ eller deskriptiv (2.2.2). Deretter er spørsmålet hva Tuori mener retten *er* (2.2.3). Til det formål vil jeg presentere enkelte grunnbegreper teorien bygger på (2.2.3.1 og 2.2.3.2). Sentralt står juristenes særskilte normativitet som Tuori kaller den lagdelte retten (2.2.3.3). Deretter blir spørsmålet hvordan retten utvikler seg gjennom relasjonene mellom lagene (2.2.4). Til slutt vil jeg oppsummere (2.3).

2.1.2 Det positivistiske elementet

Det første spørsmålet er hva det vil si at Tuoris teori er en *positivistisk* teori. Den tradisjonelle positivismen påstår at retten alene er skapt av menneskelige handlinger, først og fremst språklige utsagn. Rettskildelæren gir (normalt) rammen for hvilke handlinger som er relevante, kort sagt uttalelser fra lovgiver og domstoler, eventuelt andre kilder som sedvane og avtaler.⁷⁰ Fordi mennesket skaper retten, bestemmer også mennesket over rettens gyldighet.⁷¹

⁷⁰ Kelsen 2005 s. 30—31 omtaler loven som en orden av menneskelig handling, hvor en orden er et normsystem med samme gyldighetsvilkår.

⁷¹ Tebbit 2005 s. 10—11.

Rettspositivismen er assosiert med flere skikkelser, som gjerne begynner fra forskjellige utgangspunkter.⁷² Det som svært grovt kan kalles den kontinentale rettspositivismen har sitt utspring i Kantiansk filosofi, og Hans Kelsen er dens mest kjente teoretiker.⁷³ Motsetningen er den anglosaksiske positivismen, med John Austin og Jeremy Bentham som de mest kjente.⁷⁴ Distinksjonen kan problematiseres, men det sentrale her er at Tuori er en del av den kontinentale tradisjonen.⁷⁵

Et problem er imidlertid felles for alle de positivistiske retningene, ifølge Tuori.⁷⁶ Han omtaler det som rettsstatsparadokset.⁷⁷ Ethvert system som bygger på tvang, må rettferdiggjøre sin egen autoritet. I den positivistiske rettsstaten skjer dette ved at autoriteten begrenser seg selv og forsikrer sine subjekter om at autoriteten er nødvendig for deres velvære eller lignende. Den eneste begrensningen er at de på forhånd bestemte regler for utøvelse av makten er fulgt. Motsetningsvis vil en naturrettslig stat være bygget på allmenngyldige grunnsetninger som legger absolutte skranker for maktutøvelse. Naturretten er *substansielt* begrenset, positivismen bare *formelt*. Rettsstatsparadokset er dermed at den positivistiske staten har en autoritet som bestemmer over sine begrensninger, frikoblet fra ideer om moral og etikk.⁷⁸ Paradokset har ifølge Tuori ikke blitt løst tilfredsstillende av tidligere positivistiske

⁷² Se Marmor 2006 s. 684 flg. for en oversikt over hovedstandpunktene.

⁷³ Tebbit 2005 s. 38—39, se f. eks. Kelsen 2005 s. 202 for den kantianske inspirasjonen.

⁷⁴ Tebbit 2005 s. 18—20.

⁷⁵ Videre kan man også skille mellom positivismen som *metode* og som *teori*. Kritisk rettspositivisme er først og fremst teori, se Tuori 2002 s. 30. Se om skillet i f. eks. Jabloner 1998 s. 372.

⁷⁶ Fremstillingen av positivismens problem som følger, antageligvis er litt for enkel. Positivister vil argumentere for at retten som *institusjon i samfunnet* har substansielle virkemidler for å forhindre autoritære styresett o.l., men at dette ikke er rettsvitenskapens oppgave å avgjøre. Ifølge Bergo er Tuoris fremstilling derfor en stråmann og kritiserer han for dette, se Bergo 2004 på side 243—244 og 253—254. Samtidig leser nok Bergo Tuori vanskelig, for eksempel uttrykker Tuori på s. 237 at hans forståelse av rettsstaten «differs from ... the interpretation of the German early constitutionalist school in not attaching these substantive elements to a supra-positive normative order.» Med andre ord aksepterer Tuori at Kelsen mfl. mener substansielle elementer påvirker retten.

⁷⁷ Tuori 2002 s. 24 og 27.

⁷⁸ Se for eksempel Kelsen 2005 s. 201: «In presupposing the basic norm referring to a specific constitution, the contents of this constitution and of the national legal order created according to it is irrelevant—it may be a just or unjust order; it may or may not guarantee a relative condition of peace within the community established by it. The presupposition of the basic norm does not approve any value transcending positive law.»

teoretikere.⁷⁹ I CLP forsøker han å gjøre det, ved å introdusere en tredje vei mellom naturretten og positivismen som opprettholder både formelle og substansielle krav.

2.1.3 Det kritiske elementet og Tuoris bakgrunn

Bakgrunnen til Tuori gir en forklaring på teoriens kritiske element, og vil i tillegg brukes til å kaste lys over min fortolkning av Tuori. Når Tuori omtaler sin positivisme som kritisk, er dette i noen grad egnet til å villedes, fordi det gir et inntrykk av at annen positivisme ikke er kritisk. Likevel var og er positivismen generelt en *kritisk* teori, en teori som har blitt utviklet som en kritikk av tidligere teorier, og forsøker å gi en kritisk innfallsvinkel til rettsvitenskap.⁸⁰ Ved å 'rense' retten for etisk-politiske betraktninger nærmer man seg, i alle fall pretenderer man å nærme seg, et mer objektivt ståsted.⁸¹ Kritisk rettspositivisme er likevel det Tuori omtaler sin teori som, og når jeg senere bruker uttrykket sikter det spesifikt til Tuoris teori og ikke andre former for (kritisk) positivisme.

Tuori er finsk professor i forvaltningsrett, men skrev sin doktorgrad basert på marxistisk og kritisk teori.⁸² Frankfurterskolens kritiske teori, spesielt Jürgen Habermas, var ifølge Tuori den største og viktigste innflytelsen på han.⁸³ Frankfurterskolens prosjekt besto i å danne grunnlaget for en *intern kritikk* av samfunnet, ved å analysere de underliggende kriteriene som samfunnet evaluerte seg selv etter, for så å anvende disse kriteriene i konstruktiv kritikk.⁸⁴ Ifølge Tuori er det kritiske elementet i CLP at det eksisterer en mulighet for intern kritikk, selv innenfor positivismens rammer.⁸⁵ Kelsens «rene» rettsteori, for eksempel, argumenterer

⁷⁹ Tuori 2002 s. 15 flg.

⁸⁰ Spesielt da naturrettslige tilnærminger, se Tebbit 2005 s. 9—10, men også tidligere positivistiske tilnærminger, se diskusjonen om den historiske skolen i Tuori 2011 s. 76 flg. og s. 136.

⁸¹ Se allerede side 1 i Kelsen 2005 der formålet presenteres som å «... avoid the uncritical mixture of methodologically different disciplines ...».

⁸² Tuori 2002 s. 11 (forord), tilsv. Tuori 1999 s. 6—8.

⁸³ Tuori 2002 kap. 4 og Tuori 1999. Habermas blir ofte omtalt som den andre generasjonen av frankfurterskolens akademikere, se Dybedahl 2015.

⁸⁴ Kim 2014 side 367—369 forklarer noe av utviklingen vekk fra den tidlige marxistiske fasen i Frankfurterskolen. Tilsvarende Dybedahl 2015 s. 297—299 og Krogh 1991 s. 7—8, 34 flg. om den hegelianske fasen, og 48 flg. om bevegelsen mot kritisk teori. Se også Horkheimer 2002 s. 198—207, spesielt s. 207 om formålet med kritisk teori.

⁸⁵ Se spesielt Tuori 2002 s. 29 og s. 318—319 der han diskuterer forholdet til Roberto Ungers mer radikale «deviationist doctrine», se spesielt Unger 2015 s. 176 flg., som ifølge Tuori «... does not feel bound to the limits set or the possibilities permitted by the prevailing legal institutions and practices.»

for at rettsvitenskapen ikke kan kritisere *innholdet* i retten på rettsvitenskapelige premisser, bare dens gyldighet. Tuori mener derimot at hans teori åpner muligheten for *immanent* kritikk, en kritikk fra innsiden.⁸⁶

Tuori også er inspirert av en del poststrukturalistisk teori, spesielt Michel Foucault og hans assistent Francois Ewald.⁸⁷ De mer radikale forutsetningene i Tuoris rammeverk stammer herfra. I tillegg er Tuori påvirket av det som kan omtales som den rettssosiologiske debatten på 80-tallet, der teoretikere som Niclas Luhmann og Gunther Teubner sto sentralt.⁸⁸ Deres teorier er til forveksling like Tuoris, men avviker på sentrale punkter.⁸⁹ Jeg kommer ikke til å behandle forskjeller eller ulikheter, men ønsker å fremheve at Tuori skrev sitt arbeid i en periode der rettssosiologisk teori var et svært aktivt miljø.

2.2 Innholdet i kritisk rettspositivisme

2.2.1 Problemstillingene CLP vil besvare

Den positivistiske og den kritiske bakgrunnen til Tuori danner utgangspunktet for de to problemstillingene Tuori forsøker å besvare. På den ene siden ønsker han å gi en substansiell målestokk for rettens legitimitet og dermed løse rettsstatsparadokset.⁹⁰ For å gjøre dette vil han bryte ned og nyansere skillet mellom *er* og *bør* som eksisterer i positivismen. På den andre siden ønsker han å skape et rom for å kritisere rettens innhold innenfor et positivistisk rammeverk.⁹¹ Tuori mener nemlig at den positive retten inneholder visse gyldighetskriterier

⁸⁶ Tilsvarende note 130.

⁸⁷ Foucault bla. Tuori 2002 s. 59, 67—68. 185—191, Ewald i kapittel 3.

⁸⁸ En oppsummering av de forskjellige deltakerne i denne debatten finnes i Berg 1996 s. 70—86 om Luhmanns systemteoretiske syn på retten, s. 86—94 om Teubners refleksive rett mfl.

⁸⁹ Berg 1996 s. 89 presenterer Nonet/Selznick som interessert i rettens interne relasjoner, Luhmann som interessert i forholdet mellom retten og samfunnet og Habermas som interessert i forholdet mellom retten og kapitalistiske rasjonalitetsstrukturer. Alle disse spørsmålene tas opp i Tuoris teori.

⁹⁰ Tuori 2002 s. 24 flg.

⁹¹ Tuori 2002 s. 11 (forord) omtaler dette som «the problem of the critical legal scholar». Den presentasjonen jeg under gir er ikke helt dekkende for problemstillingen. I tillegg til å mer generelt ønske muligheten for intern kritikk, består problemet i at en *kritisk* rettsviter forutsetningsvis er kritisk til rettssystemet. Problemet er at man som kritisk rettsviter fortsatt bidrar til rettssystemet. Tuori uttrykker det som at man gir makrolegitimasjon gjennom mikrokritikk. Problemet i denne formen er ikke presentert, fordi Tuori i noen grad går bort fra å diskutere det, og aksepterer rettssystemet i større grad. Se Tuori 1999 s. 15 for beskrivelsen av problemet, og s. 18 for at han i større grad aksepterer rettssystemet, tilsvarende Tuori 2002 s. 29—30. Tuori 2002 s. 172—173 nyanserer problemet noe.

som ikke kommer til uttrykk i det konkrete rettslige materialet, men som likevel utgjør forutsetninger for hva som er gyldig rett.

For oppgavens formål er ikke disse problemstillingene av direkte interesse. Det er arbeidet Tuori må gjøre for å besvare problemene, som er det oppgaven har nytte av. Tuori forsøker å lokalisere mekanismer i den positive retten som går dypere enn hva lovsamlingen eller rettspraksis kan uttrykke. Dette innebærer en utvidelse av begrepet «positiv rett», som blir en sentral forutsetning for min senere analyse. Først er det nødvendig å si noe kort om kritisk rettspositivisme er en normativ eller deskriptiv teori.

2.2.2 Deskriptiv eller normativ teori

Det eksisterer varierende tolkninger av om Tuoris teori er *deskriptiv* eller *normativ*. Det er derfor nødvendig å klargjøre hvordan jeg tolker Tuori. Etter mitt syn forsøker Tuori først og fremst å beskrive retten, akkurat som andre positivister har gjort.⁹² Det er begrepet om selve systemet som er kjernen i kritisk rettspositivisme, nemlig at det er skapt av menneskelig handling. Kort sagt er Tuori bare uenig i omfanget av hvilke menneskelige handlinger som er relevante for retten. Til støtte for en slik tolkning vil jeg peke på at Tuori omtaler teorien sin som en idealtypisk beskrivelse av det moderne rettssystem i 2011.⁹³ Ordet idealtipe brukes for å beskrive hvordan noe i sin ideelle form er, for eksempel hvordan en 'ideell' (i en betydning nærmere 'normal' enn normativt god) byråkrat oppfører seg. Poenget er dermed at Tuori ikke nødvendigvis mener retten *bør* være på en viss måte, men bare at den faktisk er slik.⁹⁴

Jeg er interessert i Tuoris syn på rettslig utvikling. For å besvare det spørsmålet må jeg først forklare hva Tuori mener med «retten», hva retten er.

⁹² Kelsen 2005 s. 1 og Hart 1994 s. 185 flg.

⁹³ Tuori 2011 s. ix (forord), i Tuori 2002 nevnes ordet «ideal type» i registeret to ganger, s. 10 og 80, men da i omtalen av Weber og s. 80 sier ingenting om «ideal type». Ordet «typical» går imidlertid igjen, men om det skal forstås som «ideal typical» er uklart. Se Se Kim 2017, Punkt 5.2. om idealtipe, et av Webers begreper.

⁹⁴ Det er naturligvis sterke normative elementer i Tuoris teori, og han fremhever selv at handlingen han foretar når han skriver boka, er en normativ handling. Denne normativiteten er imidlertid bare implisitt: Et forsøk på å beskrive blir nødvendigvis en normativ handling, se f. eks. Tuori 2002 s. 143 og 292. Poenget i denne sammenheng er at beskrivelsen av systemet ikke handler om å si hvordan det *bør* være.

2.2.3 Hva er retten?

2.2.3.1 Retten som institusjon og instans

Tuori ser retten som *institusjonell fakta*.⁹⁵ Dermed kan den deles i *institusjon* og *instans*.⁹⁶ Skillet kan illustreres med et eksempel der noen gifter seg. Selve handlingen (løftene, talene, å si ja, og så videre) vil da være en *instans*. Instansen vil imidlertid bare ha mening i en sosial kontekst der *institusjonen* ekteskap eksisterer. Handlingene har dermed mening ut over å bare være individuelle handlinger. De er nødvendigvis sosiale fakta, det vil si handlinger som får mening i tilknytning til et sosialt fellesskap.⁹⁷

Som *institusjon* forstår Tuori retten som en *symbolsk-normativ rettsorden*. Retten er symbolsk i den forstand at den kommer til uttrykk i språk, bilder, og så videre.⁹⁸ Retten er normativ i den forstand at symbolene gir mennesker (andre) grunner til å handle.⁹⁹ Retten er en orden fordi symbolene er (eller forsøker å bli gjort) systematiske. Tuori forklarer retten som institusjon ved å vise til måten jurister ser retten: Som et sett med normer, systematisert i lover, dommer, litteratur, og så videre.

På den andre siden er retten også *instans*, altså et eller flere enkelttilfeller av at institusjonen praktiseres. Dommeren må avsi dommer, advokaten gi råd og saksbehandleren må vurdere sin habilitet. Folk flest inngår kontrakter, kastes i fengsel og gifter seg. I den kritiske rettspositivismen er instansene *rettslig praksis* – handlinger basert på fortolkninger av retten.¹⁰⁰

⁹⁵ Se her Frøberg 2014 s. 102 flg. for en nærmere redegjørelse.

⁹⁶ Tuori 2002 s. 127 flg. Denne delingen forutsetter et visst nivå av samfunnsutvikling, se s. 122. Jeg kommer til å benytte uttrykket «rettslig praksis» eller lignende formuleringer om det Tuori kaller «legal practices». Uttrykket «rettspraksis» brukes som normalt om dommer.

⁹⁷ Frøberg 2014 s. 107

⁹⁸ Symboler innen lingvistikken er det som kobler vår kommunikasjon til den virkelige verden. Ordet «ord» er et symbol for ideen man har om et ord. Se Speaks 2017, punkt 1.1. Merk også Tuori 2002 s. 159 og 117 jf. s. 251—252 som aktivt tar i bruk det diskursteoretiske begrepet om talehandlinger, og gjør dette sentralt for å forstå hvorfor retten kontinuerlig må skapes og gjenskapes, altså aldri er en statisk størrelse. Min fremstilling av Tuori er spesielt forenklet ved at jeg hopper over det diskursteoretiske fundamentet i teorien.

⁹⁹ Tuori 2002 s. 244. Normativiteten er her koblet direkte til legitimiteten.

¹⁰⁰ Tuori 2002 s. 129

Sidene henger ifølge Tuori uløselig sammen. Rettslig praksis er praksis basert på rettsordenen, og rettsordenen eksisterer bare så lenge den blir praktisert.¹⁰¹

2.2.3.2 *Rettslig praksis i snever forstand*

Tuori fremhever videre at den moderne samfunnsform forutsetter en arbeidsdeling, der funksjoner tildeles spesifikke yrkesgrupper.¹⁰² En gruppe får i oppgave å kontinuerlig skape og gjenskape rettsordenen, ved å diskutere hva den er til enhver tid.¹⁰³ Lovgiveren gir lover, men lovene må fortolkes eller skjønn utøves, og andre må derfor alltid være 'siste instans' i å formulere rettens innhold.¹⁰⁴ Å foreta transformasjonen fra lovtekst eller andre rettskilder til en ferdigtolket rettsregel i de konkrete tilfellene, er juristenes oppgave. Det inkluderer dommere, advokater, (jurister som) byråkrater og ikke minst akademisk ansatte rettsvitere. Deres oppgave er å være siste tolkningsinstans, de som i hvert enkelt tilfelle skaper ny rett, og gjenskaper det gamle i retten ved å tolke rettsordenens symboler på ny.¹⁰⁵ Utsagn om rettsordenens innhold som jurister retter spesifikt til hverandre som fagfeller, omtaler Tuori som rettslig praksis i snever forstand.¹⁰⁶

Mens hele samfunnet kan delta i diskusjonen om hva en regel kan eller bør være (rettslig praksis i vid forstand), er det en helt særegen oppgave å diskutere hva retten faktisk er her og nå. Særegenheten kommer av at utsagnene retter seg helt spesifikt mot andre jurister, og har som mål å overbevise disse. Juristene ser og diskuterer retten fra innsiden, samfunnet rundt står utenfor, og dette perspektivet er avgjørende for hvilken type institusjonell praksis man har med å gjøre.¹⁰⁷

¹⁰¹ Tuori 2002 s. 256 flg. for diskusjonen om «efficacy» som forutsetning for rett.

¹⁰² Tuori 2002 s. 122.

¹⁰³ Tuori 2002 s. 131 flg.

¹⁰⁴ Dette er ikke en uvanlig rettsteoretisk posisjon, se for eksempel Smits 2017 s. 217—219.

¹⁰⁵ Tuori 2002 s. 137.

¹⁰⁶ Tuori 2002 s. 131 flg.

¹⁰⁷ Tuori 2002 s. 143 flg. og kapittel 10 om forholdet mellom rettsvitenskap og andre vitenskaper. Tuori 1999 s. 10 bruker synet til samfunnsviteren og rettsviteren på retten som omdreiningspunkt.

Spørsmålet blir hva som gjør juristenes diskusjon spesiell: Hvorfor kan akkurat denne gruppen være 'siste instans' i tolkningen av rettsordenens innhold? Svaret ligger ifølge Tuori i at juristene skaper en måte å vurdere gyldigheten i et utsagn på, som er helt særegen for kommunikasjon mellom jurister.¹⁰⁸ Dersom et bidrag til diskusjonen ikke etterlever kravene vil utsagnet bli ansett som ugyldig rettslig praksis.¹⁰⁹ Kravet er ikke bare formelt — det holder ikke å sitere lovteksten. Det er substansielle elementer, implisitte forutsetninger om hva som er korrekt og god juridisk argumentasjon. Ved at alle jurister praktiserer basert på sin egen oppfatning av hva andre jurister forventer, dannes det et mønster som Tuori omtaler som en særskilt normativitet.¹¹⁰

I dagligtale omtaler jurister disse normative kravene som «juridisk metode», «godt judisium», eller lignende. Det nærmere innholdet skal redegjøres for under. Først er det nødvendig å fremheve at det normalt er unødvendig å nevne kravene eksplisitt. Dommeren behøver sjelden forklare hvorfor hun legger vekt på Høyesterettspraksis, anvender culpanormen eller lar være å tolke utvidende på strafferettens område. Kunnskapen fungerer vanligvis som *taus kunnskap*, og kan bare i prinsippet uttrykkes som *diskursiv kunnskap*.¹¹¹ Å gjøre det tause eksplisitt er nødvendig når rettsanvenderen støter på metodiske problemer, som å begrunne kontroversielle kildevalg, skriver metodebøker, eller når dommere må avgjøre et vanskelig tvilstilfelle.

Det er likevel et større spenn av kunnskap enn det som står i metodebøker Tuori sikter til. Med den særskilte normativiteten mener Tuori *alle* de elementene som er nødvendig for rettslig praksis i snever forstand. Et begrep om rettskulturen ligger nærmere, men tilsvarer

¹⁰⁸ Se Tuori 2002 s. 131: «When understanding legal norms as instances of institutions defining the conditions for the issuance of valid norms ... legal validity includes a substantive aspect, which is equivalent to the demand for normative legitimacy and which cannot be accounted for without surpassing the uni-level view of the legal order.» Som nevnt er diskursteoretiske elementer avgrenset mot, men se s. 247 flg.

¹⁰⁹ Se Tuori 2002 s. 262 flg. om forholdet mellom legitimitet og gyldighet, og s. 276 for gyldighetskriteriene for moderne rett, hvor formell gyldighet forutsetter at korrekt lovgivningsprosedyre etter konstitusjonen er fulgt og logisk konsistens opprettholdes, og det substansielle gyldighetskrav er «justifiability in the light of the morally- and ethically-laden principles of the law's sub-surface layers.».

¹¹⁰ Tilsvarende om det «juridisk-kommunikative fellesskap» i Bernt og Doublet 1998 s. 249 flg. og 293 flg.

¹¹¹ Tuori 2002 s. 163, 165, 194—196.

ikke, det Tuori sikter til her.¹¹² Innholdet i den særskilte normativiteten mener Tuori bestemmes av og kan uttrykkes gjennom den *lagdelte retten*.

2.2.3.3 Den lagdelte retten

De elementene som danner grunnlaget for rettslig praksis i snever forstand deler Tuori inn i tre.¹¹³ Han nevner overflaten, mellomnivået og dypstrukturen.¹¹⁴ Når rettsvitere fremmer sin argumentasjon, og når fagfeller evaluerer denne argumentasjonen, så skjer det på bakgrunn av deres individuelle forståelse av den lagdelte retten. Den individuelle argumentasjonen må da samsvare med de kollektivt bestemte kravene i den lagdelte retten.¹¹⁵ Samsvar oppnår man ved å være logisk konsistent og verdimeslig koherent med disse lagene. Lykkes man med dette, vil man ha deltatt i diskusjonen om rettsreglenes innhold på en måte som gjør at det kan omtales som rettslig, og (tale)handlingen er dermed en instans av rettsordenen som institusjon.¹¹⁶

Det er verdt å fremheve kravet er mindre absolutt enn det kan virke som: En dom som blir avsagt med svak juridisk metode vil sjelden bli avvist som sådan, men det rettslige fellesskap vil forsøke å påvirke senere rettspraksis eller lovgivning i retning av å avvise dommen.¹¹⁷ Tuoris teori forlater de faste holdepunktene som tradisjonelle rettskilder gir, men oppnår til gjengjeld en nyansering av de gyldighetskrav som jurister praktiserer i tråd med. Gyldighetskravene springer ut av de forskjellige lagene. Spørsmålet blir derfor hva lagene inneholder.

¹¹² Nelken 2004 s. 1 definerer rettskultur som en «...way of describing relatively stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes ...», og fremhever at man kan vektlegge forskjellige elementer. En side av rettskulturbegrepet er «...more nebulous aspects of ideas, values, aspirations and mentalities ...» som antageligvis ligger nærmere Tuoris begrep om rettskulturen.

¹¹³ Grensene mellom lagene, og antallet lag man stiller opp er ifølge Tuori ikke så nøye, og heller et spørsmål som kan diskuteres konkret avhengig av hvilket spørsmål man ønsker å analysere se Tuori 2002 s. 154.

¹¹⁴ Tuori. 2002 s. 147.

¹¹⁵ Se note 109 og Tuori 2002 s. 304 flg. og 316 flg.

¹¹⁶ Om forskjellen på koherens og konsekvens, se Tuori 2002 s. 179—180. Dette vil tas opp nærmere i 3.1.3.

¹¹⁷ Tuori 2002 s. 162 forklarer for eksempel at gjennomgående vil lovgiverviljen stride mot rettsystemets systematikk fordi lovgiver har en målrasjonell, mens juristene har en juridisk-rasjonell tilnærming. Motsetningen er derfor bare absolutt i de spesielle tilfellene, normalt vil motsetningen bare være en basert på gradsforskjeller.

2.2.3.4 *Rettskildene som overflate*

På overflaten eksisterer alle de konkrete utsagnene som jurister mener gir uttrykk for gjeldende rett. Her er blant annet lover, dommer, traktater, men også tolkningsforslag i lærebøker eller artikler. Kort sagt vil innholdet i overflaten komme til uttrykk i rettssystemets egen rettskildelære.¹¹⁸

Etter en tolkningsprosess gir overflaten i utgangspunktet «gjeldende rett». Når en rettsviter skriver sin avhandling vil gjerne en sentral oppgave være å «tømme rettskildebildet», altså å undersøke samtlige diskursive utsagn, og på den måten si noe om hva retten er. Som Tuori uttrykker det:

«At its surface, the law can be conceived of as the constantly changing outcome of an evolving debate to which the legislator, the judges and the legal scholars all make their contribution».¹¹⁹

2.2.3.5 *Rettskulturen som mellomnivået*

Samtidig er ikke juridiske avhandlinger en oppramsing av de utsagn som har blitt gitt om et rettsspørsmål. Den enkelte jurist må systematisere, kritisk evaluere og selv bidra med egne tanker om hvordan det rettslige problemet bør løses. Dette skjer blant annet på bakgrunn av juridisk metode, og metoden er det som gjør oppgaven rettsvitenskapelig, samtidig som den legger begrensninger på hva som er gyldige argumenter.¹²⁰ Rettskildelære, vektings- og tolkningsprinsipper ved motstrid, adgangen til induksjon og analogisk argumentasjon, med mer, er deler av det metodiske elementet i mellomnivået. Særlig hvilke begreper man bruker for å forstå en problemstilling, vil være en sentral del av mellomnivået, som oppgaven vil fokusere på.¹²¹

¹¹⁸ Tuori 2002 s. 157.

¹¹⁹ Tuori 2002 s. 155.

¹²⁰ Tuori 2002 s. 162—163, se også s. 320.

¹²¹ Jeg har oversatt «concept» til «begrep».

Det er likevel langt flere forutsetninger enn de rent metodiske som er nødvendig for rettslig praksis i snever forstand. For eksempel vil en avhandling gjerne ta opp flere enn ett juridisk spørsmål, og en sentral oppgave er derfor å systematisere disse spørsmålene på en skjønnsom måte. Systematiseringen av spørsmål må også forholde seg til de normative kravene, og kan senere bli gjenstand for kritikk fra andre jurister, og ha store effekter på rettssystemet.¹²² Ettersom hvert fagfelt har sine rettskulturelle sætrekk med prinsipper, metodiske regler og begreper, avgjør nemlig systematiseringen implisitt hvilke særlige prinsipper, metodiske regler og begreper som skal anvendes i hvert enkelt tilfelle.¹²³ Ser man for eksempel forvaltningens avtalekompetanse fra et privatrettslig autonomiperspektiv, i stedet for et offentligrettslig rettssikkerhetsperspektiv, så vil reglene som gjelder bli påvirket.¹²⁴

Det eksisterer et stort omfang av underliggende forutsetninger for juridisk kommunikasjon i mellomnivået. En sentral forutsetning Tuori fokuserer på er forståelsen av det virkelige liv, hvordan jurister implisitt forstår samfunnet rundt seg. Når man i erstatningsretten argumenterer for hva som er «aktsomt», eller i kontraktsretten stiller spørsmål om hva som «kan forventes» av en selger, så anvender man det Tuori kaller en «hidden social theory» — et implisitt syn på hvordan mennesker vil og bør handle.¹²⁵

2.2.3.6 Bærebjelkene i dypstrukturen

De nevnte delene av rettsanvenderens arbeid springer ut av enda mer grunnleggende forutsetninger.¹²⁶ Dypstrukturen er det som er felles på tvers av flere rettssystemer.¹²⁷ Dypstrukturen danner mer fundamentale bærebjelker for rettssystemet som sådan, de prinsipper, verdier og begreper som jussen ikke, eller bare i vesentlig forandret form, kunne

¹²² Tuori 2002 s. 169 flg. og Tuori 2011 kapittel 5, særlig s. 149 om formålene med systematisering. Han uttrykker på s. 152 at «... schemes for systematising the law ...» nødvendigvis bidrar til «... development of the legal order.»

¹²³ Dette utdypes i 3.1.3.

¹²⁴ Se Woxholth og Boe 2013 s. 82 flg.

¹²⁵ Tuori 2002 s. 297—304.

¹²⁶ Tuori 2002 s. 186 og 192.

¹²⁷ Tuori 2002 s. 183.

eksistert uten.¹²⁸ Tuori nevner blant annet prinsipper og verdier som menneskerettighetene, demokratiet som styringsform og begreper som kontrakten.¹²⁹

Mens overflaten og mellomnivået bestemmes av de positive rettskildene, av rettslig praksis i snever forstand, er dypstrukturen der skillet mellom *er* og *bør* bryter sammen.¹³⁰ Det er når man anvender og problematiserer rettens dypstrukturer at retten i vid forstand, altså samfunnet rundt retten sine mer helhetlige oppfatninger om det gode samfunn, de idéhistoriske strømningene (og så videre), påvirker retten.¹³¹ *Pacta sunt servanda* har vært et sentralt prinsipp i norsk rett over lengre tid, men det kan for eksempel hevdes at innholdet i prinsippet ble endret ved at velferdsstaten påvirket den generelle samfunnsoppfatningen av autonomi.¹³² Disse endringene kommer til uttrykk via den enkelte rettsviter, fordi denne besitter et ‘dobbel statsborgerskap’.¹³³ Vedkommende er jurist, men også vitenskapsperson i et samfunn, og endringer i det ene statsborgerskapet påvirker det andre.

Det er likevel ikke helt enkelt å få fatt på hva som er dypstrukturen og hva som er mellomnivå, eller betydningen kategoriseringen i så fall har.¹³⁴ Tuori omtaler dypstrukturen som rettens *longue durée* noen steder. Andre steder sammenligner han den med den freudianske underbevisstheten.¹³⁵ Dypstrukturen er det som «... defines modern law as a historical type of law.»¹³⁶ På den ene siden omtales dermed dypstrukturen som nærmest utilgjengelig for oss som lever med en slik dypstruktur, og på den andre eksemplifiserer Tuori

¹²⁸ Tuori 2002 s. 184. Tuori anerkjenner at han kanskje generaliserer for mye, og mener hans teori er «... consciously ethnocentric ...», Tuori 2002 s. 5.

¹²⁹ Tuori 2002 s. 192—193, og 210.

¹³⁰ Tuori 2002 s. 186—187. Tuori nevner også Kelsen her, og forklarer at hans teori avviker fra denne ved at den avviser de transcendent *a priori*-forutsetningene. Avviket er stort på dette punkt, ikke fordi Kelsen er uenig i at det eksisterer historiske forutsetninger for en grunnnorm (vert om), men fordi Kelsen mener det ikke er en del av rettsvitenskapens oppgave å stille spørsmål ved normenes tilblivelsesgrunn og eksistensgrunnlag, da rettsvitenskapen analyserer normers *gyldighet* (Kelsen 2005 s. 201—205).

¹³¹ Tuori 2002 s. 185 og 311—312, tilsvarende bla. Jerkø 2014 s. 464 om det faktiske rolle i rettsanvendelsen.

¹³² Tilsvarende, i så fall, Tuori 2002 s. 318 flg.

¹³³ Tuori 2002 s. 285 flg.

¹³⁴ Tilsvarende Bergo 2004 s. 256 som kritiserer den «... noe ulne ontologien med rettskulturer og dypstrukturer der svarene forutsettes å finnes.» Måten jeg anvender Tuori på, aksepterer den ulne ontologien. Hvorvidt dette egentlig ‘er riktig’ vil være et spørsmål som ikke skal behandles generelt her, men jeg vil avslutningsvis bemerke en svakhet ved dypstrukturen slik den anvendes her.

¹³⁵ Tuori 2002 s. 184.

¹³⁶ Tuori 2002 s. 196.

dypstrukturen med høyst tilgjengelige eksempler, som menneskerettighetene. Dette gjør det vanskelig å si med klare ord hva dypstrukturen består av.

For denne oppgavens formål er ikke dypstrukturens nærmere innhold nødvendig å presentere i sin helhet. Det er tilstrekkelig å konstatere at den moderne retten forutsetter det empiriske premisset i rettsanvendelsessyllogismen.¹³⁷ Hvis spørsmålet er om A skal straffes for drap, er for eksempel syllogismen slik:

1. Den som dreper en annen skal straffes.
2. A har drept B.
3. A skal straffes.

Punkt 1 er det normative premisset og punkt 2 er det empiriske premisset. Gitt 1 og 2 blir slutningen alltid 3. Punkt 2 vil være faktum som bevissituasjonen må belyse i den grad beviskravet krever.¹³⁸ Dette forutsetter et grunnbegrep for å vurdere bevissituasjonen opp mot bevistemaet. Grunnbegrepet kan forstås som det uttrykket man velger til å formulere betingelsen til om bevistemaet er bevist av bevissituasjonen. For eksempel vil man med et sannsynlighetsgrunnbegrep spørre hvor sannsynlig en bevissituasjon indikerer et påstått faktum som belyser bevistemaet er. Beviskravet formuleres dermed som et krav til en viss sannsynlighet. Hva dette grunnbegrepet har vært, er en sentral del av beviskravets utvikling, som jeg kommer til å behandle senere i oppgaven.¹³⁹

2.2.4 Rettens utvikling

2.2.4.1 *Relasjonene mellom lagene*

Spørsmålet blir deretter hva som gjør at retten, slik den er beskrevet, endrer seg. Svaret ligger i relasjonene mellom lagene. Tuori presenterer seks forskjellige relasjoner, som forklarer interaksjonen mellom overflaten, mellomnivået og dypstrukturen. Det er gjennom relasjonene at den statiske beskrivelsen av den lagdelte retten, settes i bevegelse. Mens dypstrukturen

¹³⁷ Syllogismen er ingen tilstrekkelig beskrivelse av juridiske resonnementer, men man kan si at syllogismen utgjør et minstekrav til alle juridiske resonnementer, tilsvarende i Tuori 2002 s. 140 flg.

¹³⁸ Dette er ikke en uttømmende beskrivelse av de nødvendige forutsetningene for at syllogismen skal være sann, se bla. Strandberg 2012 s. 340 som presenterer de spørsmålene grunnbegrepet ikke svarer på.

¹³⁹ Se punkt 4.3.2 og 5.1.3.

endres over lang tid, skjer endringene raskt på overflaten.¹⁴⁰ Det er viktig å fremheve at årsaken til forskjellene i endringshastigheten ikke er *lagene per se* men hvilke relasjoner som virker mellom dem. Den juridiske metoden endrer seg ikke raskt eller tregt fordi den befinner seg på mellomnivået, men fordi metoden vil stå i relasjon til resten av systemet på andre måter enn en konkret regel ville gjort.

Jeg kommer bare til å presentere tre av relasjonene, da de andre ikke er sentrale for hvordan jeg ønsker å anvende Tuori.¹⁴¹ De tre er sedimentasjons-, konstitusjons- og konkretiseringsrelasjonene. Hver gang en rettslig aktør evaluerer sine egne eller andres utsagn basert på den lagdelte rettens særskilte normativitet, er dette et tilfelle der relasjonen 'aktiveres'. Gyldighetskriteriene Tuori har beskrevet som forankret i den lagdelte retten, praktiseres gjennom relasjonene.¹⁴² Jeg kommer til å utdype om relasjonenes virkemåte i kapittel 3.

2.2.4.2 *Sedimentasjonsrelasjonen*

Den første er sedimentasjonsrelasjonen.¹⁴³ Overflaten består av de kontinuerlige diskursive utsagn fra lovgiver, dommere, rettsvitere og så videre, men det er gjennom sedimentasjonsrelasjonen at utsagn på overflaten får en fastere plass. Dette skjer for eksempel når normer anvendes konsekvent over tid på flere lignende tilfeller, som så blir generalisert og allmenngjort. Et godt eksempel på sedimentasjonsrelasjonens virkemåte er fremveksten av det objektive erstatningsansvar. Høyesterett begynner med å gi det subjektive ansvaret, culpanormen, et utvidet anvendelsesområde. Etter hvert strekker man prejudikatet, før retten til sist slår fast ansvaret for farlig bedrift som en kvalitativt ny ansvarsform.¹⁴⁴

Sedimentasjonsprosessen foregår dermed over lengre tid, men resulterer i at man skaper

¹⁴⁰ Tuori 2002 s. 147—149 for «tidsforståelsen» av lagene, og Tuori s. 197 flg. for relasjonene mellom lagene. Tilsvarende Sunde 2017 s. 17.

¹⁴¹ Tuori 2002 s. 199. De andre relasjonene er kritikk-, legitimasjons-, og begrensingsrelasjonene. Disse er i realiteten spesifiseringer av de allerede etablerte relasjonene. Derfor velger jeg ikke å presentere Tuoris egne spesifiseringer, noe han også selv mener er greit, s. 200.

¹⁴² Tuori 2002 s. 235 flg.

¹⁴³ Tuori 2002 s. 200 flg.

¹⁴⁴ Nygaard 2007 s. 253—254

regelen om farlig bedrift. Gjennom sedimentasjon blir regelen en ulovfestet norm på mellomnivået, som kan anvendes (på overflatenivået), i konkrete saker.

Sedimentasjonsrelasjonen åpner muligheten for Tuori til å hevde at de underliggende oppfatningene i rettens mellomnivå, det være juridisk metode eller en «hidden social theory», har et positivistisk fundament.¹⁴⁵ Når lover tolkes, prejudikater evalueres og forarbeider kritiseres, praktiserer man metoden på en måte som sedimenterer den. Når dommere antar at å sykle uten sykkelhjelm er uaktsomt, sedimenteres en juridisk virkelighetsforståelse om hvordan folk flest bør sykle. Tuori forutsetter dermed at alle elementene i retten stammer fra at de på ett eller flere tidspunkter har blitt praktisert. Det er likevel nødvendig å vente til kapittel 3 før *hva som sedimenteres* i de enkelte tilfeller, kan bli besvart nærmere.¹⁴⁶

2.2.4.3 Konstitusjonsrelasjonen

Når noe er sedimentert til mellomnivået, påvirker dette på flere måter enn at bare en ny regel er skapt. Nye ansvarsgrunnlag kan bygges på den objektive ansvarsformen, og alt annet erstatningsrettslig ansvar kan bli evaluert, forstått og begrunnet i lys av denne nye ansvarsformen. Sedimentasjonsrelasjonen skaper nye begreper, verdier og forestillinger som påvirker rettslig praksis på overflaten, og da er det konstitusjonsrelasjonen som virker.¹⁴⁷ Begrepene i mellomnivået gjør det mulig å kommunisere rettslig, samtidig som mulighetene begrenses ved at en begrepsbruk utelukker annen begrepsbruk.¹⁴⁸ Gjennom konstitusjonsrelasjonen åpnes noen dører for rettslig kommunikasjon, men lukker andre i samme åndedrag.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Han uttrykker at sedimentasjonen gjør det mulig for «... the legal culture and the law's deep structure [to] partake in the fundamental positivity of modern law ...» Tuori 2002 s. 203.

¹⁴⁶ Se også note 155.

¹⁴⁷ Tuori 2002 s. 209 flg. Tuori deler strengt tatt denne relasjonen opp i to: Konstitusjonsrelasjonen og begrensingsrelasjonen, som er «... the obverse side of constitution» se s. 217 flg. Som nevnt ser jeg liten grunn til å skille mellom disse, men vil heller skille mellom at konstitusjonsrelasjonen gjør mulig, og at den ved å gjøre mulig, også binder.

¹⁴⁸ Tuori 2002 s. 210—211.

¹⁴⁹ Tuori 2002 s. 218. Jeg har valgt å fokusere på det begrepsmessige fordi dette er sentralt i oppgaven, men de konkrete samfunnsinteressene som retten regulerer er vel så viktig for Tuori. Når man velger en regel som skal ivareta visse interesser, lukkes døren samtidig for de andre interessene som forsøkte å vinne frem.

Konstitusjonsrelasjonen og sedimentasjonsrelasjonen står i en konstant vekselvirkning med hverandre. For å anvende konkrete rettslige normer, som så kan sedimenteres, må det eksistere begreper for å uttrykke normene, en metode for å velge blant dem, og et verdimeslig grunnlag for å veie dem mot hverandre. Konstitusjon forutsetter sedimentasjon, og vice versa.

2.2.4.4 Konkretiseringsrelasjonen

Konkretiseringsrelasjonen er måten de underliggende lagene *konkretiseres* på.¹⁵⁰ Rettsordenen har grunnleggende begreper, verdier og prinsipper i rettens dyp- og mellomnivå, men Tuori poengterer at disse kommer til uttrykk i overflatenivået som overflate på mange forskjellige måter. Mange forskjellige rettssystemer opererer med *pacta sunt servanda* som startpunkt for avtaleretten, men avtaleretten deres er fortsatt forskjellig. Prinsippet er dermed *konkretisert* på forskjellige vis.¹⁵¹ I tilfeller der rettslige prinsipper anvendes som konkrete regler, er dette eksempler på konkretiseringsrelasjonen.¹⁵²

Spørsmålet blir hva som konkretiseres, ettersom det underliggende prinsippet er det samme. Tuori forklarer at han ikke ønsker å gi noen uttømmende forklaring på rettssystemets utvikling, fordi det eksisterer utenforliggende faktorer — politikk, økonomiske begrensninger, teknologisk utvikling og så videre — som medfører at retten konkretiseres på forskjellig vis. Konsekvensen er at det eksisterer et rom som Tuori mener hans egen teori ikke kan forklare.¹⁵³

2.3 Oppsummering

Retten er et institusjonelt faktum, som opprettholdes av at en symbolsk-normativ rettsorden tar form som instanser av rettslig praksis. Denne rettslige praksisen kan deles i snever og vid

¹⁵⁰ Tuori 2002 s. 212 flg.

¹⁵¹ Tuori 2002 s. 213. For eksempel diskusjonen av den autonomistiske avtaleretten og den paternalistiske avtaleretten i Unger 2014 s. 143 flg.

¹⁵² Tuori 2002 s. 215. Frøberg 2017 gjennomgår forskjellige måter 'prinsipper' brukes på, og særlig den første, «'Prinsipp' om utgangspunkter/hovedregler» på s. 127 flg. er nærliggende å karakterisere som et utslag av konkretiseringsrelasjonen.

¹⁵³ Se også Tuori 2011 s. 154 flg. om diskusjonen om interne og eksterne determinerende faktorer for rettslig utvikling, der Tuori tydelig fremmer et anti-reduksjonistisk syn der ingen enkeltfaktor forklarer rettslig utvikling. Hovedpoenget er likevel at «... due attention should be paid to the continuity of the legal tradition.»

forstand. Den snevre rettslige praksisen baserer seg på en særskilt normativitet, ved at praksisens gyldighet evalueres på bakgrunn av kriterier i den lagdelte retten.

Sedimentasjonsrelasjonen skaper den lagdelte retten i utgangspunktet, og endrer den kontinuerlig. Konstitusjonsrelasjonen gjør at nytt rettslig materiale forstås og tolkes i lys av det som allerede er sedimentert som mellom- og dypnivå, og både åpner og lukker rommet for mulig rettslig praksis. Konkretiseringsrelasjonen gjør at underliggende elementer kan konkretiseres på ulikt vis.

Tuori mener teorien kan operasjonaliseres som et analyseverktøy, og skriver avslutningsvis følgende:

«I have tried to elaborate and to justify critical legal positivism as a programme for legal science which can be adhered to both in legal dogmatic, legal theoretical and legal philosophical studies. Exposing and vindicating a programme is not, however, the same as carrying it out. As regards for example the reconstruction of the deep structure of modern law, I have only made some rather tentative remarks ... It [CLP] can only show its strength in future research.»¹⁵⁴

¹⁵⁴ Tuori 2002 s. 322.

3 Operasjonalisering av kritisk rettspositivisme og teoriens betydning for den historiske analysen

3.1 Anvendelsen av kritisk rettspositivisme

3.1.1 Problemet med relasjonene som årsaksforklaringer

I kapittel fem kommer jeg til å anvende kritisk rettspositivisme som et bidrag til å forklare overvektsprinsippet. Det er imidlertid hensiktsmessig å gi et bilde på hvordan dette skal skje allerede nå. Jeg vil begynne med å eksemplifisere hvordan teorien ville forklart overvektsprinsippet slik den moderne sivilprosessuelle litteraturen gjør det:

Torstein Eckhoffs *Tvilsrisikoen* var et verk som var så konsistent og koherent med rettens mellomnivå at hans regelforslag begynte en sedimentasjonsprosess. Over tid fikk regelen tilslutning av flere rettslige aktører, og overvektsprinsippet ble en del av mellomnivået. Dette skapte gradvis en enighet på mellomnivået som gjennom konstitusjonsrelasjonen kom til uttrykk i den konkrete bevisrettslige diskusjon. Dette mellomnivået ble til slutt konkretisert som regel på overflaten.

Alle relasjonene jeg har tatt opp er i spill ved en slik forklaring. Samtidig er mye usagt. Forklaringen sier nemlig lite om *hvorfor* Eckhoff lykkes i sedimentasjonsprosessen, og *hvordan* konstitusjonsrelasjonen virket.¹⁵⁵ Tuori uttrykker enkelte steder at rettsvitenskapelige verk henter sin normative verdi fra argumentasjonens *overbevisningskraft*.¹⁵⁶ Men hva vil overbevisningskraft si? Er det samsvar med mellomnivået og dypstrukturen, eller noe annet Tuori snakker om? Problemet er at hvordan taus kunnskap om den lagdelte retten påvirker den enkelte rettsviter, er uklart. Dermed blir også relasjonenes virkemåte ubestemt.

¹⁵⁵ For eksempel Tuori 2002 s. 201: «[o]nly when her proposal recieves support from other scholars and when it is resorted to in adjudication, possibly even in law-making, can we speak of sedimentation, which lead to the inclusion of the new doctrines in the legal culture». Dette blir imidlertid lite forklarende fordi spørsmålet jeg forsøker å besvare, og som jeg oppfatter at Tuori selv er interessert i, er *under hvilke betingelser* noen får «... support from other scholars».

¹⁵⁶ Tuori 2002 s. 144.

3.1.2 Hva er en forklaring?

Relasjonene gir forklaringer ved at de er årsak til rettslig utvikling. For å kunne presisere hvordan de utgjør forklaringer, er det først nødvendig å si noe om hva en forklaring er.

En forklaring forstås i oppgavens sammenheng som et svar på spørsmålet «*hvorfor x heller enn y?*», hvor x er det som faktisk skjedde, og y er et annet mulig utfall.¹⁵⁷ Hvis forklaringen på x er god nok, vil den utelukke mange (eventuelt nærliggende/trolige) hypotetiske utfall y. For eksempel vil en god forklaring svare på spørsmålet om hvorfor norsk rett fikk overvektsprinsippet og ikke kvalifisert sannsynlighetsovervekt som beviskrav.

For å kunne utelukke hypotetiske utfall forutsetter man at noe *kan* forklares, altså at det eksisterer en objektiv relasjon mellom x (fenomenet som skal forklares) og noe annet A (forklaringen). Fenomen x kan forklares av forklaring A hvis og bare hvis A er en nødvendig forutsetning for x. Dette er kontrafaktisk årsakssammenheng, det samme som betingelseslæren i erstatningsretten baserer seg på.¹⁵⁸ Man kan si at x forklares av A dersom x ikke ville inntruffet om A tenkes borte. Problemet for en rettshistorisk analyse, er uklarheten om hva «x» og «A» faktisk er. Hva er overvektsprinsippet som x i en slik kausal sammenheng? Er det regelen som uttrykt av Høyesterett, eller Tuoris mindre spesifikke idé et historisk-eksisterende mellomnivå?

Enkelt sagt er det både vanskelig å si hva som skal forklares, og hva man mener med det som påstås å være en forklaring. En mer omtrentlig form av denne grunnsetningen som gjenspeiler usikkerhetsmomentene er derfor følgende: X forklares av A dersom x sin spesifikke fremtredelsesform ville vært annerledes om A tenkes borte. Oppgaven vil gjenspeile dette ved å bruke «påvirket» eller lignende uttrykksmåter heller enn «var årsak til» i de fleste sammenhenger, og påstår ikke på noe punkt å si noe om kausalrelasjoner i den mer naturvitenskapelige forstand.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ylikoski, Kuorikoski, 2010 s. 204.

¹⁵⁸ Se f. eks. Nygaard 2007 s. 323 flg.

¹⁵⁹ En annen 'feilkilde' er konkretiseringsrelasjonen i Tuoris teori, se 2.2.4.4.

3.1.3 Fagfeltets tradisjon — operasjonalisering av kritisk rettspositivisme

En tradisjonell historisk analyse begynner med spørsmålet om *hva* og *når*. Spørsmålet er hvilke hendelser som påvirket utviklingen til det historiske studieobjektet, og når disse inntraff. Deretter stiller man spørsmålet om *hvorfor* disse hendelsene inntraff, og hvorfor de inntraff *når de gjorde*. Såfremt og i den grad Tuoris teori er korrekt vil forklaringene springe ut av den positive retten. Ved å identifisere det som påvirket overvektsprinsippets fremvekst, altså bakenforliggende hendelser og det som påvirket disse, kan jeg forhåpentligvis forklare hvorfor utviklingen resulterte i overvektsprinsippet, og ikke andre beviskrav.

Spørsmålet om hvordan relasjonene virker, kan derfor spisses: *Hvilke hypotetiske resultater på overflaten utelukkes av at en viss relasjon er årsak til det nåværende resultatet på overflaten?* Jeg ønsker å besvare dette spørsmålet ved å operasjonalisere Tuoris begrep om «*general doctrines*», som i *Ratio and Voluntas* fra 2011 blir utdypet og nyansert.

Rettsystemet er lagdelt, men Tuori fremhever at innenfor rettsystemet eksisterer det en rekke forskjellige enkeltsystemer som avgrenser seg selv.¹⁶⁰ Dette er kort sagt de forskjellige fagfeltene. Hvert fagfelt har sine egne termer, begreper, prinsipper og teorier som gir en systematikk innenfor akkurat dette området.¹⁶¹ Dette skaper en egen — men ikke uavhengig — lagdelt rett.¹⁶² Alle som ønsker å operere innenfor fagfeltet må basere seg på tradisjonens premisser. Dette gir deltakere i tradisjonen autoritet innenfor sitt eget felt, og legitimitet i møte med andre felt, fordi deltakere per definisjon er dem som kjenner gyldighetskriteriene for rettslig argumentasjon innenfor dette feltet.

En slik forståelse reiser to spørsmål. Det første er hvordan etableringen av tradisjonen skjer. Det andre er hvordan tradisjonen virker på retten, når den først er etablert. Ingen av disse

¹⁶⁰ Tuori 2002 skriver om general doctrines på s. 169 flg. At jeg omtaler det som fagfelt og ikke for eksempel generelle lærer, har sammenheng med at generelle lærer vanligvis betegner noe mer spesifikt i norsk rett, som 'culpalæren'.

¹⁶¹ Se også drøftelsene om rettsvitenskapens egenskaper som en særskilt del av rettslig praksis i snever forstand i Tuori 2002 kapittel 10.

¹⁶² Tuori 2011 s. 173, hvor Tuori uttrykker at «The diverse branches of the law gain their identity from their general doctrines rather than from surface-level normative material». Dette spesifiseres ytterligere gjennom tre deler av en «general doctrine», som er rettslige begreper (s. 174—188), rettslige prinsipper (s. 188—196) og rettslige teorier (s. 196—204), som kombinerer begge.

spørsmålene kan besvares abstrakt. Svarene blir heller gitt ved en analyse av det historiske materialet.¹⁶³

I kapittel fem vil jeg dermed kunne anta at de valg som var bestemmende for beviskravets utvikling er informert av taus kunnskap, en kunnskap som baserer seg på tradisjonens egen lagdelte rett. Innholdet er ikke tilfeldig, men i utgangspunktet bestemt av det positive rettskildematerialet. Unntaket fra dette er de dypstrukturelle fenomenene. Disse vil bli påvirket av større sosiale endringer, idéhistoriske strømninger, via det doble statsborgerskapet til rettsvitere. Dette gir oss et abstrakt svar på de to metodiske problemene: Ved at den bevisrettslige tradisjonen bestemmer taus kunnskap og krav til gyldig argumentasjon, vil den gjennom relasjonene være årsak til det nå- eller daværende resultatet på overflaten, og slik kan andre hypotetiske resultater utelukkes.

I neste kapittel vil historien undersøkes og jeg vil kontinuerlig lete etter årsaker til overvektsprinsippets fremvekst, men da uten å ta i bruk Tuoris begreper. Det er først i kapittel fem at de forklaringer som den rene historiske analysen har avdekket skal evalueres og forstås i lys av kritisk rettspositivisme. Foreløpig gir kritisk rettspositivisme bare en hypotese om at underliggende forutsetninger, rettens mellomnivå, vil være et sentralt element for å forstå den rettslige utviklingen. Dermed vil analysen også ta utgangspunkt i en slik utvidet forståelse av hva retten er.

¹⁶³ Tuori 2011 s. 160 uttrykker at hvordan tradisjonen blir etablert er «... ultimately determined by *what transpires within the legal field* and depends on the respective legal actors' ability to exploit their legal capital and competence», min utheving.

4 Beviskravet i sivile saker

4.1 Presentasjon av analysen

Denne delen av oppgaven skal analysere beviskravet i sivile saker sin historiske utvikling. Den moderne sivilprosessuelle litteraturen anser Torstein Eckhoffs *Tvilsrisikoen* fra 1943 som den mest sentrale årsaken til at beviskravet ble sannsynlighetsovervekt, i et samspill med praksis. Jeg vil gjennomgående behandle rettspraksis, og noen steder behandle lovgivers uttalelser, men det er naturlig å ta utgangspunkt i litteraturen.¹⁶⁴ Dette er fordi litteraturen presumptivt speiler den øvrige rettskildesituasjonen. Årstallene som nevnes under er ikke absolutte avgrensinger av tidsrommet de enkelte underavsnitt behandler.

Først vil jeg behandle litteraturen som kom før Eckhoff (4.2, 1907—1940). Deretter vil jeg behandle Eckhoffs bevisrettslige arbeider (4.3, 1940—1950). Eckhoffs standpunkter ble langt på vei videreført i den neste perioden, og det skjedde en konsolidering av den teoretiske forståelsen av bevisretten frem mot *P-pilledom I* (4.4, 1950—1974). På grunnlag av den felles forståelsen dreide diskusjonen etter *P-pilledom I* seg først og fremst om hva gjeldende rett for beviskravet er, og man kan få inntrykk av at det nesten går en rett linje mellom de to p-pilledommene. Jeg vil beskrive denne linjen, men også forsøke å problematisere om den egentlig var så rett (4.5, 1974—2001). Til slutt vil jeg oppsummere med fem hovedårsaker (4.6). Disse underpunktene innhold vil også presenteres underveis.

Problemstillingene analysen forsøker å besvare kan oppsummeres som disse tre: Hvilke hendelser var avgjørende for fremveksten av overvektsprinsippet, og hvilke fikk liten eller ingen betydning? Når fant disse hendelsene sted? Hva påvirket og/eller var forutsetninger for disse hendelsene? En eller flere av disse vil, i spisset form, være spørsmålet hvert punkt forsøker å besvare.

4.2 Mangfold og teoretisk diskusjon, 1907—1940

4.2.1 Presentasjon av analysen

¹⁶⁴ Lovgivers uttalelser i forarbeider og enkelte utredninger vil behandles i 4.5.4 og 4.5.7, men konkret lovgivning har jeg ikke kunnet se har noen betydning for overvektsprinsippets utvikling.

Oppgaven avgrensner i utgangspunktet mot bevisretten før 1900-tallet. Likevel behøver jeg å begynne med å si noe om utviklingen før og like etter tvistemålsloven ble vedtatt i 1915 på bakgrunn av et forslag fra 1907 (4.2.2), som gir et bakteppe til den senere litteraturen. Deretter vil jeg presentere enkelte teksters (fraværende) syn på beviskravet (4.2.3). De tre sentrale forfattere før Eckhoff vil jeg gå gjennom i noe detalj (4.2.4), for så å oppsummere beviskravets tilstand før *Tvilsrisikoen* (4.2.5).

4.2.2 Tvistemålsloven som bakteppe for senere diskusjon

Spørsmålet i dette avsnittet er hvilke premisser diskusjonen før Eckhoff tok utgangspunkt i. Disse premissene kom fra eldre rett, og tvistemålsloven. Den legale- og førmoderne bevisretten var omfangsrik, men jeg avgrensner mot å behandle denne i detalj.¹⁶⁵ Avgrensningen er forsvarlig fordi betydningen for selve overvektsprinsippets fremvekst er liten.¹⁶⁶

Den største endringen fra det tidligere system, var tvistemålsloven av 1915. Selv om den ikke trådte i kraft før 1927, hadde den vært utredet allerede fra 1891.¹⁶⁷ Med loven fikk man avklart en rekke spørsmål med relevans for reguleringen av bevis, som muntlighets- og

¹⁶⁵ Se nærmere om dette, Strandberg/Kolflaath 2013, Strandberg 2012 s. 57—81, Zahle 1976 s. 69—135.

¹⁶⁶ Årsaken til den begrensede relevansen er kort sagt at systemene er ganske forskjellige, slik at uttrykksmåter og begreper i det tidlige system ikke lar seg overføre til det senere. Se mer generelt Strandberg 2012 s. 57—80, og Robberstad 2018 s. 290—291 om forskjellene. Primært er det snakk om at man ikke gir noen abstrakt betingelse (altså et beviskrav) for dommerens vurdering. Man diskuterte på sett og vis beviskravet, men det er ikke egentlig riktig å bruke uttrykket. Som et eksempel kan man se til hvor annerledes bevisvurdering er i det Nellesmann 1892 skriver om 'hovedbevis' og 'motbevis'. Et motbevis tilbakefører virkningen av et allerede ført hovedbevis. Samtidig må motbeviset være av «... ulige og ringere styrke ...» enn hovedbeviset (s. 707), og Nellesmann skriver at hovedbeviset er et bevis som egentlig oppfyller kravet til juridisk visshet, men som kan bli tilbakevist dersom det er direkte konflikt mellom bevisene (s. 702). Dette kunne vært omformulert til et begrepsapparat om bevisbyrde/beviskrav. Hovedbeviset oppfyller beviskravet og legger bevisføringsbyrden på motparten, som så må oppfylle beviskravet for å ikke tape saken på den rettslige bevisbyrde. Jeg finner imidlertid ikke at den senere teori er særlig påvirket av slik terminologi, og denne omformuleringen gir et inntrykk av systemet, som ikke egentlig stemmer. Det sentrale unntaket er dommerens rolle. Nellesmann uttrykker for eksempel at det «... alltid beroe[r] paa en Act af Dommerens egen Reflection at afgjøre om der ved Parternes Bevishandling er tilveiebragt juridisk Vished eller ikke.» s. 383.

¹⁶⁷ Se lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven), 13. august 1915 nr. 6 og lov om rettergangsordningens ikrafttræden 14. august 1918 nr. 4 §1. NOU 2001:32 A s. 111 flg. gjennomgår arbeidet med loven.

middelbarhetsprinsippene, og at man skulle ha jury.¹⁶⁸ Man kodifiserte også den frie bevisvurdering, men dette var gjeldende rett lenge før.¹⁶⁹

Etter tvistemålsloven fulgte den frie bevisvurdering av tvml. § 183, og denne paragrafen dannet utgangspunktet for den påfølgende debatten. Loven lyder:

«Naar ikke andet er bestemt ved lov, avgjør retten efter en samvittighetsfuld prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen, hvilket saksforhold den skal legge til grund for dommen».

Loven gir dermed ingen klar indikasjon på et beviskrav. Det er fordi beviskravet ikke var rettslig bestemt. Termen beviskrav etableres først på 1970- til 80-tallet, selv om begrepet eksisterte før.¹⁷⁰ Noe begrep om en abstrakt betingelse for at dommeren skal legge en påstand til grunn kommer ikke til uttrykk, hverken i loven eller forarbeidene.¹⁷¹ Selve tanken om at noe må bevises med en viss styrke, og hvor mye dette i så fall skulle være, er noe som først blir en viktig del av bevisretten på et senere tidspunkt.¹⁷² Den rettslige reguleringen av bevisvurderingen skjedde først og fremst ved *bevisbyrden*. Denne stammet fra teoretiske diskusjoner under det legale system, og tvistemålslovskommisjonen forutsetter at disse bevisbyrdereglene kan videreføres.¹⁷³

¹⁶⁸ Nærmere, Kolflaath/Strandberg 2013 s. 320—322.

¹⁶⁹ Se Kommisjon 1907 s. 95, som også refererer til Hagerup: *Civilproces I* §95 (tilsv. Hagerup 1918 s. 20).

¹⁷⁰ Se allerede for eksempel note 172. Det finnes sporadisk bruk av ordet beviskrav i perioden før. Skeie og Augdahl er de eneste sivilprosessforfattere som bruker ordet, og begge bare en gang. Se Skeie 1940 s. 55 og Augdahl 1929 s. 55 (som bruker det synonymt med bevisføringsbyrde). Jeg finner tre andre eksempler i nasjonalbibliotekets digitale database, Knoph 1929 s. 135, Andenæs 1943 s. 23, og Hjort 1941 s. 8. Derimot bruker Tybjerg ordet, se f. eks. Tybjerg 1904 s. 33.

¹⁷¹ Kommisjon 1907 s. 194 uttrykker at «Bevisførselens øiemed er at fremkalde en overbevisning hos retten ...», se også alternativ formulering om spørsmålet om skadens størrelse i erstatningssaker på s. 201, «... hvilke midler retten finder det nødvendigt at kræve ... maa ogsaa bero paa den selv.»

¹⁷² Det er unntak fra dette, som i Ot.prp nr. 1 (1910) s. 96 der det uttrykkes at en av de egenskaper (den gode) dommeren må ha, er evnen til forstå «... hvilke krav der efter forholdets art kan stilles til et fuldt bevis.» Man snakker også om muligheten for at hovedbeviset er av en slik «... art og styrke ...» at motbevis må anses utelukket, s. 172.

¹⁷³ Kommisjon 1907 s. 195—196. I samme retning Strandberg 2012 s. 301. Hagerup 1915 s. 47—48 baserer seg også på en forståelse av beviskravet som bygger på bevisbyrde, bevis og motbevis, tilsvarende den tidligere oppbygning.

I forlengelsen av dette skulle rettens bevisvurdering være fri og samvittighetsfull. Da var den også fri til å vurdere beviskravet. Tvistemålslovsutvalget uttrykte at man «... naturligvis ikke ... er prisgivet dommerens rent subjektive vilkaarlighed.»¹⁷⁴ En slik subjektivitet mente man retten ville unngå, på grunn av disposisjonsprinsippet og de øvrige prosessreglene. Poenget må likevel bli at et beviskrav, slik det defineres i dag, ikke er en meningsfull betegnelse på de spørsmål som ble besvart i tidlig 1900-talls bevisrett.

4.2.3 Beviskravet i tekster med liten intensjonsdybde¹⁷⁵

Spørsmålet blir deretter hva litteraturen gjør med dette utgangspunktet, hvilket beviskrav de foreslår. Det første sentrale verket på 1900-tallet er Hagerups verk. Hagerup var professor i en rekke fag, justisminister, statsminister og metodisk konstruktivist.¹⁷⁶ Han kommer ikke med noen klar uttalelse om hvilken betingelse som må være oppfylt for at dommeren skal legge noe til grunn som sant. Hagerup skriver for eksempel:

«At bevisbedømmelsen er overladt dommerens overbevisning, er ikke ensbetydende med, at det skal bero paa den dømmendes rent individuelle meninger og forestillinger. De bevisgrunde, hvorpaa overbevisningen skal kunne bygges, maa altid have en saadan almengydlig karakter, at de kan meddeles andre.»¹⁷⁷

En mulig fortolkning er at beviskravet blir det dommeren selv oppfatter at andre vil akseptere — et intersubjektivt beviskrav. Samtidig, og denne fortolkningen er mer nærliggende, virker det mer som om Hagerup sikter til at bevisbedømmelsen som helhet må være forsvarlig.

Hagerup la også noen ganger til grunn at «bevis» var nødvendig, som kan forstås som en betingelse om stor sikkerhet.¹⁷⁸ Likevel må dette nyanseres. Hagerup bygget som tvistemålsloven på at bevisspørsmål i sin helhet var dommerens domene. Om spesifikk

¹⁷⁴ Kommisjonen 1891 s. 95.

¹⁷⁵ Med intensjonsdybde mener jeg hvor gjennomtenkt et utsagn fremstår, eller mer presist, hvor mange mulige og rimelige tolkninger av eget utsagn det virker som forfatteren er klar over. Se Tranøy 2017.

¹⁷⁶ Björne 2002 s. 88.

¹⁷⁷ Hagerup 1918 s. 24—25.

¹⁷⁸ Se f. eks. Hagerup 1918 s. 14—15.

lovgivning som bruker uttrykket sannsynlighet skriver for eksempel Hagerup at hvilken «... styrkegrad et saadant sandsynlighedsbevis maa have, er helt overladt rettens bedømmelse ...». ¹⁷⁹ Dette er den eneste gangen Hagerup eksplisitt skriver om bevisets styrke.

Det er derfor vanskelig å si hva Hagerup mente om beviskravet. Hans begrepsapparat baserer seg ikke på at beviskravet er en sentral del av bevisvurderingen. Derfor blir det misvisende å si at han hadde allmenne synspunkter på beviskravet, fordi bevisets styrke hang ikke sammen med kjernen i teoriene hans, som var nært knyttet opp mot bevisbyrderegler. ¹⁸⁰ Senere teori mente selv Hagerups bevisbyrdelære var underteoretisert, som medfører at Skeie og Scheel avskriver Hagerup i sine verker fra 1931 og 1938. De uttrykker at Hagerup har gitt opp «... enhver fast ordning.» ¹⁸¹

I tillegg til Hagerup er det også tre mindre bøker som tar for seg sivilprosessen. Disse er kort sagt håndbøker til tvistemålsloven, men ingen av dem behandler bevisvurderingen med noen særlig intensjonsdybde og er derfor ikke av særlig stor interesse. ¹⁸² I stor grad gjentas bare utgangspunktene hos Hagerup og tvistemålsloven.

4.2.4 Odin Augdahl, Jon Skeie og Herman Scheels beviskrav

4.2.4.1 *Generell sannsynlighet — O. Augdahl*

¹⁷⁹ Hagerup 1918 s. 26.

¹⁸⁰ Hagerup 1918 s. 18—19 behandler for eksempel enkelte steder spørsmålet om bevisets styrke som en implisitt del av bevisbyrden.

¹⁸¹ Se Skeie 1931 s. 347 som siteres av Scheel 1938 s. 34.

¹⁸² Gjerdrum 1942 s. 82 inneholder det lille han uttrykker om bevisvurderingen. Erik Solem skrev boken *Praktisk rettergang* finansiert av justisdepartementet (Bjørne 2007 s. 135), men heller ikke han går inn i bevisvurderingen. Han uttrykker likevel at oftest vil vitnenes egen forklaring være tilstrekkelig for å avgjøre saken, noe som kan implisere et svakt beviskrav (Solem 1927 s. 111). Men merk motsatt, og et tidlig eksempel på vitnepsykologi, i Solem 1935 s. 42—49. Edvin Altens kommentarutgave til tvistemålsloven behandler spørsmålet mest inngående av de tre, men uttrykker også bare at «Når den part som har *bevisbyrden* for en faktisk anførsel, ikke har kunnet overbevise retten om anførselens riktighet, må avgjørelsen for så vidt gå ham imot.», utheving i original, Alten 1940 s. 214. Se imidlertid note 290. I tillegg finnes en lengre artikkel skrevet av landsdommer H.H Holm i 1941. Denne artikkelen følger i noen grad i sporene til Skeie og Scheel, og utvikler deres synspunkter. Fordi jeg oppdaget denne artikkelen sent i arbeidet med oppgaven vil jeg dessverre ikke kunne behandle den i detalj, men kommer til å nevne den enkelte steder.

Spørsmålet blir deretter hva Odin Augdahl, Jon Skeie og Herman Scheels beviskrav var. Disse tre behandlet bevisspørsmål med størst grad av intensjonsdybde før Eckhoff. For å forstå beviskravene deres er det noen ganger nødvendig å utdype mer generelle aspekter av teoriene deres. I punkt 4.3.3 og 4.3.4 utdypes disse aspektene videre.

Odin Augdahl presenterte sin teori i boken *Om bevisbyrden i tvistemål*. Augdahl var dommer, og skrev bare denne boken.¹⁸³ Augdahl benytter termen «bevisbyrde» om flere begreper, primært på samme måte som det jeg kaller objektiv bevisbyrde.¹⁸⁴ Men implisitt i bevisbyrden ligger også et begrep om beviskravet.¹⁸⁵ Dette kommer tydeligst til uttrykk i hans kritikk av Skeie fra 1932:

«*Enten* maa dommeren spørre sig selv: 1. Er jeg *nu* [...] overbevist om hvordan den faktiske sakssammenheng med hensyn til det omtvistede punkt [...] har vært? Og — saafremt dette spørsmåal besvares med nei —: 2. Hvilket saksforhold skal jeg *da* bygge på?»¹⁸⁶

Det første spørsmålet forutsetter en betingelse for hva som er uklart, noe Augdahl også gir retningslinjer for å oppstille, men da som legislative anbefalinger til lovgiver. Han hevder innledningsvis at beviskravet ikke normalt kan være 50 prosent, fordi dette vil medføre for stor vilkårlighet.¹⁸⁷

Retningslinjene Augdahl gir er at man må ta i betraktning:

«... den erfaringsmessige erkjennelse av hvad der i slike situasjoner er det sedvanlige, og den erfaringsmessige erkjennelse av at adgangen til å få bevist momentets eksistens og adgangen til å få bevist dets ikke-eksistens, ikke har vært like lett».

¹⁸³ Björne 2007 s. 574.

¹⁸⁴ Augdahl 1929 s. 82—83, se Robberstad 2011 s. 67 flg. for en nærmere redegjørelse av Augdahls synspunkter om tidspunktet for bevisbyrdefordelingen.

¹⁸⁵ Augdahl 1929 s. 60.

¹⁸⁶ Augdahl 1932 s. 804.

¹⁸⁷ Augdahl 1929 s. 10.

Han fortsetter lengre ned på siden: «Hvorvidt sannsynligheten - alt i alt - taler for eller mot momentets tilstedeværelse, *beror på en avveien av de nevnte to betraktninger.*»¹⁸⁸ For eksempel kan man si at personer som har betalt, normalt vil ha en kvittering, og normalt vil det være enkelt å legge denne frem som bevis. I et slikt tilfelle må beviskravet være strengt.

Augdahls system varierer dermed beviskravet for det enkelte bevisspørsmål basert på *generelle* betraktninger om hva som normalt forekommer.¹⁸⁹ Det er viktig å poengtere at det ikke er snakk om sannsynligheten i den konkrete saken, men et rent abstrakt spørsmål om hvor sannsynlig det aktuelle bevistema *vanligvis* vil være.¹⁹⁰

4.2.4.2 *Formuleringen av det tilstrækkelige bevis — Skeie 1931*

Jon Skeie var professor fra 1907, og skrev det sentrale verket i sivilprosess etter Hagerup.¹⁹¹ Læreboken hans fra 1931 inneholder ikke noe entydig begrep om beviskravet. Skeie beskriver prosessen fra sakens start og frem til dommeren må fatte en (tvilsom) beslutning.¹⁹² Selve spørsmålet om bevisets styrke behandler han eksplisitt:

«... bevisgrunden maa være saavidt sterk, at dommeren under de givne omstændigheter finder det retfærdigst at gi saksøkeren medhold trods tvilen. Nærmere kan det tilstrækkelige bevis ikke generelt angives.»¹⁹³

Det generelle beviskravet (det 'tilstrækkelige bevis'), må dermed avgjøres konkret og i sammenheng med hva dommeren finner rettferdig.¹⁹⁴ Bevisbyrden står fortsatt i sentrum for teorien hans, men spørsmålet om bevisets styrke får mer oppmerksomhet her enn tidligere litteratur.

¹⁸⁸ Augdahl 1929 s. 64, uthevet i original.

¹⁸⁹ Se s. 102 flg. for noen eksempler.

¹⁹⁰ Samtidig kan Augdahl 1932 s. 806 tolkes som at han mener en konkret vurdering kan være avgjørende der dette er hensiktsmessig.

¹⁹¹ Björne 2002 s. 498.

¹⁹² Skeie 1931 s. 302—316.

¹⁹³ Skeie 1931 s. 308.

¹⁹⁴ Se også Skeie 1931 s. 307, der Skeie drøfter hva som skal til for å kreve at forholdet ikke er «... uomtvistelig ...».

Skeie påpeker videre at *formodninger* kan lempe på kravet. Dette må ikke forstås som at bevisbyrden avgjøres av presumsjoner/formodninger. Her henviser Skeie til sin senere drøftelse av *indisiebeviset*.¹⁹⁵ I særlige tilfeller mener Skeie at man, der bevissituasjonen er vanskelig, kan legge vekt på indisier om faktum x til faktum y. For meg virker det som at Skeie åpner for et *mildere* beviskrav enn normalt der man har få direkte bevis, og bevistemaet har formodningen for seg.¹⁹⁶

4.2.4.3 Utvikling og intern motstrid — Skeie 1940

I Skeies lærebok fra 1940 har standpunktene hans endret seg. Spørsmålet blir dermed hvordan, og hvorfor disse endringene har skjedd. For det første har sidetallet gått fra 70 til 42 sider.¹⁹⁷ Den innledende delen der Skeie beskriver bevisvurderingsprosessen er i det vesentlige den samme, og det han sier om det 'tilstrekkelige bevis', er det samme.¹⁹⁸

Den tydeligste endringen er når Skeie skriver om reglene om fri bevisvurdering (tvistemålsloven § 183 og straffeprosessloven av 1887, § 349) at de medfører at «... intet bevis er utelukket, at dommeren vurderer bevisenes vekt, og at han *tillike avgjør hvilken bevisstyrke (overbevisningsgrad) der skal kreves til godtagelse av en anførsel*». ¹⁹⁹ Dommeren står friere etter denne uttalelsen enn Skeie hevdet i 1931. Det er spesielt tydelig fordi Skeie enkelte steder har bevart formuleringer fra 1931, og skriver for eksempel: «Dommeren kan ikke engang dømme B i alle tilfelle hvor det er overveiende sannsynlig at B har voldt skaden eller sluttet kontrakten ...». ²⁰⁰ Det hevdes dermed både at dommeren generelt vurderer beviskravet selv, og at han noen ganger er bundet.

Om det er en motsetning her, avhenger av om Skeie tolkes som at utsagnet om tvistemåls – og straffeprosessloven er en generell regel, eller et utgangspunkt. Dette er ikke klart, men

¹⁹⁵ Skeie 1931 s. 317—318.

¹⁹⁶ Se også note 182 og 227 om H.H. Holm som bygger videre på slike betraktninger med sin 'kvalitative bevisvurdering'.

¹⁹⁷ Skeie 1940 s. 49—91 og Skeie 1931 s. 302—372.

¹⁹⁸ Skeie 1940 s. 49—56. Forskjellen forklares ved at studentene henvises til Scheel for komparative- og teoretiske undersøkelser, som tidligere var en del av Scheies beviskapittel, se s. 74.

¹⁹⁹ Skeie 1940 s. 74, min utheving.

²⁰⁰ Skeie 1940 s. 54.

antageligvis er han inspirert av Scheels verk fra 1938, som også hevder dommeren bestemmer kravene til bevisets styrke selv. I tillegg er det mulig at Skeie i større grad forholder seg til rettspraksis, som jo også bestemmer beviskravet selv.²⁰¹

For eksempel fremhever han Rt. 1931 s. 137, der spørsmålet er om et verksted er ansvarlig for at skipet de hadde til reparasjon brant ned.²⁰² Skeie konkluderer med at saksøkte går fri «... når han godtgjør at det er like sannsynlig at skaden skriver sig fra en ham uvedkommende årsak som at den er voldt ham». Skeie sier dermed at retten har stilt opp et konkret beviskrav for et enkelt bevistema. Denne variasjonen gjør det samtidig vanskelig å si hva Skeie mente beviskravet faktisk var.

4.2.4.4 *Bevisrettslige utgangspunkter i klartekst — Scheel*

Herman Scheel, som blant annet hadde vært professor og justitiarius i ni år, skrev en studie av bevisbyrden i 1938.²⁰³ Scheel skriver at det etter tvml. § 183 og straffeprosessloven av 1887 § 349 er «... dommeren [som] efter en samvittighetsfull prøvelse av forhandlingen og bevisførselen [har] den fri avgjørelse av hvilket saksforhold han skal legge til grunn for dommen.»²⁰⁴ Scheel uttrykker også at den frie bevisvurderingen omfatter «... den skjønsmessige bedømmelse av den grad av sannsynlighet som kan kreves for at det faktiske forhold skal kunne legges til grunn for dommen som bevist.»²⁰⁵ Dette er nok den mest eksplisitte formuleringen av at dommeren bestemmer beviskravet selv.

Scheel uttrykker likevel avslutningsvis om kravet til bevisstyrken i sin alminnelighet at «... når ikke særlige grunner taler for noe annet, må [det] forlanges adskillig mere enn overveiende sannsynlighet.»²⁰⁶ Dette kommer i et avsnitt etter han drøfter Skeies uttalelse om det tilstrekkelige bevis, slik at det er nærliggende at Scheels beviskrav var ment å være

²⁰¹ Se Skeie 1940 460—486 (tillegg D).

²⁰² Skeie 1940 s. 82. Han fremhever eksplisitt at dommen ikke er prejudikat for «... bevisbyrden angående den subjektive skyld», men altså beviskravet. Et annet eksempel finnes også på s. 87.

²⁰³ Björne 2002 s. 496.

²⁰⁴ Scheel 1938 s. 14.

²⁰⁵ Scheel 1938 s. 12.

²⁰⁶ Scheel 1938 s. 15.

strengere enn det Skeie ga uttrykk for.²⁰⁷ Om de forhold som kan endre på kravet, er konsekvensene av en gal dom, og muligheten den enkelte har til å fremskaffe bevisene selv.²⁰⁸ Disse uttalelsene peker hen mot et strengt beviskrav generelt, men med konkrete variasjoner etter forskjellige hensyn. Scheel nevner også muligheten for prejudikater.

Uttalelser andre steder i boken sår imidlertid noe tvil om hvordan «... adskillig mere enn overveiende sannsynlighet» bør tolkes. Scheel drøfter spørsmålet om kumulering av tvil ved å bruke et eksempel om erstatningsansvar, med vilkår om skade, ansvar og årsakssammenheng. Han kommer der med betraktningen at dersom sjansen for alle de tre betingelsene er 4/5 blir $(4/5)^3 = 64/125$, altså 0.512 sannsynlighet for ansvarsbetingende faktum. Til dette uttrykker han at «... en så stor chance for skyldfrihet kan der være god grunn til å tillegge den vekt, at beviset for at samtlige ansvarsbetingelser er til stede, ikke anses ført».²⁰⁹

Det Scheel her sier er at selv tre enkeltfaktorer med 4/5 sannsynlighet for seg, kan settes til side på grunn av kumuleringen av bevisene. Det interessante er imidlertid hvor tilbakeholden han er med å konkludere. Hvis beviskravet hans var svært strengt (som de tidligere uttalelsene tilsa), ville det neppe vært et problem å legge til grunn at en sannsynlighet for faktum X på 51.2 prosent er utilstrekkelig. Når han likevel tviler, tyder det på at ikke så mye mer vil være tilstrekkelig. Videre vil beviskravet klart være oppfylt ved 80 prosent sannsynlighet.

Som med de andre forfatterne er det derfor noe tvilsomt om Scheels beviskrav er så strengt. Det er definitivt strengere enn 50 prosent, men Scheels tvil ved 51.2 prosent sår usikkerhet om hvor mye strengere.

4.2.5 Oppsummering før Eckhoff

På slutten av denne perioden var det fortsatt uklarhet om beviskravet. Det forelå substansiell uenighet mellom de forskjellige forfattere. Utgangspunktet som fulgte av tvistemålsloven, at dommeren selv vurderte beviskravet i den enkelte sak, ble opprettholdt i noen grad. Det viktigste trekket i denne epoken er at begrepsbruken blir mer gjennomtenkt, særlig i

²⁰⁷ Se Scheel 1938 s. 14—15 note 9.

²⁰⁸ Scheel 1938 s. 16.

²⁰⁹ Scheel 1938 s 17.

tilknytning til spørsmålet om bevisets styrke, som fikk stadig mer oppmerksomhet. I motsetning til før gir det etter denne perioden mening å snakke om beviskravet som et sentralt spørsmål. I den grad alminnelige synspunkter om beviskravet kom til uttrykk var innholdet i beviskravet noe strengt, men samtlige nyanserte disse strenge utgangspunktene.

4.3 Eckhoffs bevisrett, 1940—1950

4.3.1 Presentasjon av analysen

Eckhoff er som nevnt en sentral skikkelse i utviklingen, og hovedproblemstillingen er dermed hva hans teori gikk ut på, men også hvorfor den fikk gjennomslag vis a vis tidligere teorier. Jeg kommer til å forklare Eckhoffs synspunkter (4.3.2). Deretter vil jeg sammenligne Eckhoffs beviskrav og de tre viktigste forfatterne fra forrige periode (4.3.3). Dette er et ledd i å gi noen forslag til forklaringer på hvorfor det er Eckhoff som vinner frem (4.3.4). En tilsynelatende god forklaring er bruken av rettspraksis, som jeg vil gjennomgå i detalj (4.3.5 til 4.3.7). Til slutt vil jeg se på en tekst fra 1949 som nyanserer Eckhoffs standpunkter (4.3.8), og så oppsummere (4.3.9).

4.3.2 Beviskravet i *Tvilsrisikoen*

Spørsmålet her er hva beviskravet til Eckhoff var. Eckhoff benytter ikke uttrykket «beviskrav». Han snakker heller om «... kravet til bevisets styrke ...».²¹⁰ Som vist ovenfor er det nok ikke *helt* riktig når Eckhoff kritiserer tidligere teori for at det «... overalt drøftes om en person skal ha bevisbyrden, uten at det sies noe om *hvor sterkt* bevis han må bringe til veie for å vinne.»²¹¹ Kritikken gir likevel Eckhoff anledning til å rydde i terminologien.²¹² Uttrykksmåten Eckhoff foreslår er *tvilsrisiko*. I praksis slår han sammen spørsmålet om bevisbyrden og beviskravet til ett, og spør hvem av partene som skal 'bære tvilsrisikoen'.²¹³ Eckhoff illustrerer dette med en linje fra 0 til 100 prosent sannsynlighet for faktumspåstanden,

²¹⁰ Eckhoff 1943 s. 15. Side 16 uttrykker at «[s]ondringen mellom bevisbyrdeproblemet og spørsmålet om bevisets styrke er ikke heldig.»

²¹¹ Eckhoff 1943 s. 16, uthevet i original.

²¹² Eckhoff 1943 s. 16—21. Eckhoff snakket også om tvilsrisikoen i læreboken fra 1941, se Eckhoff 1941 s. 230.

²¹³ Eckhoff 1943 s. 12—15, se note 8 som viser til at sammenslåingen først er presentert av Brækhus 1940 s. 5. Se også tidligere i dansk teori av Tybjerg 1904 s. 31, som Eckhoff regelmessig henviser til, se f. eks. Eckhoff 1941 s. 232 og 1943 s. 41.

hvor hver av partene bærer tvilsrisikoen for en del av linjen. Konsekvensen blir at det eneste spørsmålet dommeren må stille er hvor sannsynlig faktumspåstanden må være for å kunne bli lagt til grunn, og deretter om bevisene i saken innfrir dette kravet.

Utgangspunktet er velkjent: Den påstand som er mest sannsynlig skal legges til grunn.²¹⁴ Beviskravet er dermed på femti prosent sannsynlighet. Eckhoff mener beviskravet ikke skal avgjøres av dommeren selv, og forlater helt utgangspunktet i tvistemålslovsutvalget og det tidligere teori har hevdet.²¹⁵ Begrunnelsen hans er at når bevisbyrden og beviskravet ses som to sider av samme sak, slik Eckhoff gjør, er det inkonsekvent å bare foreta rettslig regulering av hvem som må bevise (bevisbyrden), men ikke hvor godt påstanden må bevises (beviskravet).²¹⁶

Overvektsprinsippet er bare et utgangspunkt, og Eckhoff benytter mye plass i både læreboken fra 1941 og *Tvilsrisikoen* på å argumentere for og mot unntak.²¹⁷ Gjennomgående er han opptatt av konsekvensene beviskravet har for hvordan den materielle retten virker på samfunnet, og som en konsekvens av dette, målsettingen om å få flest mulige riktige dommer.²¹⁸

Eckhoffs beviskrav er basert på et sannsynlighetsbegrep, men han drøfter aldri hva han mener med dette begrepet.²¹⁹ Det kan virke som om det er snakk om et frekvensteoretisk sannsynlighetsbegrep, som skal forklares under.²²⁰ Etter Eckhoff baserer alle beviskravene i

²¹⁴ Eckhoff 1943 s. 64, tilsvarende i Eckhoff 1941 s. 238.

²¹⁵ Se Eckhoff 1941 s. 232 og Eckhoff 1943 s. 14: «Rettsordenen bør foreskrive hvor stor del av tvilsrisikoen hver av partene skal bære.»

²¹⁶ Omtalt av Zahle 1976 s. 129, se imidlertid Kommisjon 1907 s. 196 som går langt i retning av at *også* bevisbyrdereglene bestemmes av dommeren selv.

²¹⁷ Eckhoff 1943 s. 67 og § 7, samt Eckhoff 1941 s. 238 flg.

²¹⁸ Jerkø 2017 s. 299—301 fremhever at premisset for frasen er at *alt annet holdes likt* (se Eckhoff 1943 s. 64). Men sml. Eckhoff 1943 s. 68 og 1949 s. 178. Strandberg 2012 s. 466 flg. drøfter frasens innhold.

²¹⁹ Koflaath, Strandberg 2013 uttrykker at det foreligger «... manglende intensjonsdybde ...» som gjør at «... det er uklart hva som må være mer sannsynlig enn hva, noe som nærmere bestemt betyr at det er uklart hvordan beviskravet skal kobles til de faktiske påstander som partene har fremsatt. At sannsynlighetsbegrepet er uklart innebærer at selve den begrepsmessige bærebjelken både i beviskravet og bevisbedømmelsen ikke er en avklart størrelse.» side 323—324. Tilsv. Zahle 1976 s. 135.

²²⁰ Eckhoff 1943 benytter flere ganger regneregler og forutsetninger om at noe skjer x av 100 ganger, se for eksempel s. 106.

norsk litteratur seg på et slikt begrep, med noen unntak.²²¹ Gjerne illustreres det med en linje fra 0 til 100 prosent, og hva beviskravet er, handler om å velge et punkt på skalaen.

Overgangen til et sannsynlighetsbegrep er helt sentralt for overvektsprinsippets utvikling.²²² Jeg skal derfor si noe nærmere om hva det vil si at beviskravet er basert på et frekvensteoretisk sannsynlighetsbegrep.

Sannsynlighet som begrep kan bety flere ting.²²³ Grunnleggende sett er begrepet ment å gradere sannhetsverdien noe har. Den frekvensteoretiske sannsynligheten Eckhoff (implisitt) legger til grunn baserer seg på at gitt et visst antall målte tilfeller vil x inntreffe y antall ganger, noe som gir en viss sannsynlighet for x , altså påstanden i saken. I juridisk sammenheng måler man ikke frekvensen, slik at begrepet refererer til dommerens subjektive oppfatning av hvor ofte x vil inntreffe, en 'tenkt' frekvens.²²⁴

Sannsynlighetsbegrepet blir ikke problematisert på lang tid, selv om man enkelte steder legger til grunn andre sannsynlighetsbegrep.²²⁵ Andre begreper kunne imidlertid vært valgt som grunnbegrep, eventuelt som et supplement, for eksempel et begrep om *robusthet*. Et beviskrav basert i et slikt begrep vil ikke bare kreve en viss grad av sannsynlighet for et faktum, men også stille krav til mengden eller kvaliteten på de bevis som danner grunnlaget for sannsynlighetsslutningen.²²⁶ Skeie hadde for eksempel et krav om at dommeren *måtte* benytte seg av de midler han hadde tilgjengelig, som for eksempel sakkyndige og oversettere. Det blir feil å si at dette er et robusthetskrav, men det viser at Skeie så det som et problem dersom grunnlaget for en dom var bygget på få bevis, et hensyn som robusthetskravet kunne ivarett.²²⁷ Eckhoffs verk blir den foreløpige spikeren i kista for alternative krav, eller tilleggskrav.

²²¹ Se note 225.

²²² Det er også sannsynlighetsbegrepet som skiller Brækhus og Eckhoff, se Nygaard 1988 s. 402.

²²³ Strandberg 2012 s. 344 flg. utdyper dette.

²²⁴ Strandberg 2012 s. 354—355.

²²⁵ Andre mulige sannsynlighetsbegreper er for eksempel subjektiv og logisk sannsynlighet, se Strandberg 2012 s. 355—356 og 361—362, som Strandberg mener hhv. Nygaard og Skoghøy legger til grunn.

²²⁶ Se Strandberg 2012 kap. 9 som argumenterer for et slikt krav i norsk rett, og Jerkø 2017 s. 373—405 som kritiserer dette.

²²⁷ Skeie 1931 s. 306—307 hvor det heter at dommeren skal hente inn vitner, sakkyndige, og til og med oversettere. Der det finnes tilgjengelige, og ikke urimelig dyre, måter å underbygge bevisførselen er det «... dommerens plikt at søke den opnaelige retledning ...». Se også 1931 s. 41 der Skeie skriver at dommeren er

4.3.3 Sammenligning av de ulike teoriens syn på beviskravet

Dette avsnittet vil sammenligne Eckhoffs beviskrav med de andre forfatterne. Dette gjør det mulig å si noe om hvorfor Eckhoffs standpunkter ble som de ble, og hvorfor de fikk gjennomslag i neste avsnitt.

Samtlige forfattere benytter sannsynlighetsbegrepet. Augdahl og Eckhoff er mest tydelige på at det er snakk om et frekvensteoretisk sannsynlighetsbegrep, mens Skeie og Scheel kun bruker uttrykket sannsynlighet uten noe tydelig innhold.²²⁸ Det største avviket på dette punkt er Skeies uttalelser i retning av et robusthetskrav.

I moderne bevislitteratur fremstiller man gjerne forskjellen i styrken på beviskravene som stor, men forskjellen bør ikke overdrives.²²⁹ Selv om Scheel i utgangspunktet virker å ha et svært strengt beviskrav, modifiseres dette når han skal anvende kravet konkret. Også Skeie åpner for at beviskravet kan være en del lavere ved indisier, selv om utgangspunktet er noe strengt der også. O. Augdahls beviskrav varierer etter bevistema, selv om han kanskje tenderer til strengere krav.²³⁰ Når man i moderne litteratur omtaler tidligere teori sine beviskrav som svært strenge, er nok dette fordi man ser på deres utgangspunkt (som er strenge), og sammenligner dette med Eckhoffs utgangspunkt. En annen tilnærming er å sammenligne de konkrete reglene som oppstilles, og da ser man at Eckhoff ikke rent sjelden mente man hadde strengere beviskrav enn 50 prosent, mens de andre mente man ikke alltid

bundet av den grunnsetning at «... han skal kræve det bedste oplysningsmiddel, dersom dette kan skaffes uten større ofre (av nogen art) end de andre.» Se også Holm 1941 s. 156 som begrunner sin lære om den kvalitative bevisbedømmelse med at man «... ved å bedømme en Række Punkter i deres Sammenhæng søger man saa mange Smaanuancer inddraget i Bedømmelsen ...», som vil gi et sikrere resultat.

²²⁸ Augdahl 1929 s. 9—10. Hans begrep er imidlertid eksplisitt subjektivt og han polemiserer mot en intersubjektiv eller tenkt 'objektiv' vurdering; F. eks. Scheel 1938 s. 22, Skeie 1940 s. 54 og 83.

²²⁹ F. eks. Jerkø 2017 s. 95—96 og Hov 1999 s. 262, note 63.

²³⁰ Se for eksempel Augdahl 1929 s. 61 og 64. Det er verdt å merke at Hov 1994 s. 434 og Hov 1999 s. 262, samt Jerkø 2017 s. 96 omtaler Augdahl som en som krever et strengt beviskrav, men da basert på et sitat fra s. 84 som antageligvis må forstås noe annerledes. Augdahl snakker der spesifikt om indisiebeviser, ikke om bevisvurdering i sin alminnelighet, slik jeg oppfatter han.

måtte kreve så mye mer enn sannsynlighetsovervekt.²³¹ Eckhoffs beviskrav var generelt svakere, men forskjellen bør heller ikke overdrives.²³²

En sentral forskjell mellom samtlige er deres syn på beviskravet *som regel*. Eckhoff mener regelen må avgjøres på forhånd. O. Augdahl fremmer sine synspunkter som legislative anbefalinger.²³³ Skeie mener (kanskje) i 1931 at det foreligger et mer allment beviskrav som gjelder generelt, men modifierer dette i 1940. Scheel mener det foreligger et allment beviskrav, men også at beviskravet må avgjøres konkret som en del av bevisvurderingen, og at det på dette feltet kan skje en regeldanning. Kjernen i synspunktene til Skeie og Scheel er nok at beviskravet er en del av bevisvurderingen, og noe dommeren bestemmer selv.

4.3.4 Kan forskjellene forklares?

Disse tre forskjellene er relativt grunnleggende elementer i teoriene, og spørsmålet blir i dette avsnittet om det er mulig å forklare hvorfor Eckhoff er den som får gjennomslag, og grunnlaget for forskjellene. Det er tre tilsynelatende gode forklaringer. Den første er rettskildene, den andre sannsynlighetsbegrepet og den tredje rettsrealismen som metodisk tyngdepunkt.

Jeg ser så langt bort fra rettspraksis, som tas opp i 4.3.5. Ettersom rettskildene er de samme for alle forfatterne, er det påfallende hvor store forskjellene er.²³⁴ Det er heller ingen nærliggende forklaring at den enkelte følger i tradisjonen fra tidligere litteratur. Det er relativt få referanser til litteraturen fra Nellesmann, Schweigaard og Lasson.²³⁵ Det kan dermed virke

²³¹ Se for eksempel Eckhoff 1943 s. 146—147 hvor den som påstår har «... størsteparten av tvilsrisikoen ...» for betaling og for at skade er voldt.

²³² Merk samtidig Zahle 1976 s. 133 som uttrykker at han «... finner det dog uhistorisk, når man her [i *Sivil rettergang*] ... konfronterer den traditionelle strukturering med en sannsynlighetsskala.»; Holm 1941 s. 159, som baserer seg på en mer tradisjonell bevisrettslig tilnærming med hoved- og motbevis, legger også til grunn en slags variant av overvektsprinsippet.

²³³ Se Augdahl 1929 s. 65. Dommeren skal bare «... dømme efter den *regel* som han vilde opstille hvis han hadde vært lovgiver», utheving i original, i tilfeller av rettslig *lacunae*.

²³⁴ I samme retning Strandberg 2012 s. 38.

²³⁵ Det er flere unntak her, men da som kritikk, f. eks. ved at Eckhoff diskuterer Schweigaards lære (Eckhoff 1943 s. 70 og 132). Scheel diskuterer også Schweigaard, men avviser han i stor grad pga. sin egen konstruktivisme (Scheel 1938 s. 27.) Ellers drøfter Scheel først og fremst tysk litteratur, herunder Leonhard som hans synspunkter samsvarer med (s. 9). Om Schweigaard og Lasson se Michalsen 1997 s. 384 flg.

som om tidligere rettslig materiale har lite å si for teorien etter 1900-tallet.²³⁶ Perioden var en brytningstid med prosessreform ved ny tvistemålslov, og det er nok rimelig å anta at dette er årsaken til at det kom så mange forskjellige løsninger.

Det eneste unntaket er Tybjerg, som Eckhoff klart nok er inspirert av. Akkurat som Tybjerg presenterer Eckhoff tvilen i saken på en linje fra 0 til 100, og gjentatte ganger refererer Eckhoff til Tybjerg til støtte for sin tolkning av praksis.²³⁷ Isolert sett gir imidlertid ikke dette en god forklaring, fordi alle de andre forfatterne kjente Tybjerg, uten å komme til samme konklusjoner.²³⁸

Konsekvensen for problemstillingen blir dermed at rettskildene (så langt unntatt praksis) og tidligere litteratur gir en lite tilfredsstillende forklaring på Eckhoffs synspunkter og gjennomslag. Av denne grunn er det nødvendig å utvide perspektivet ved å se på andre mulige grunner til at Eckhoffs teori avvek fra tidligere forfattere, og at akkurat hans teori fikk gjennomslag.

Det første særpreget ved Eckhoffs teori er bruken av sannsynlighetsbegrepet. Henrik Zahle mener det faktum at sannsynlighetsbegrepet blir dominerende i samfunnet for øvrig, kan forklare hvorfor Eckhoffs lære får gjennomslag.²³⁹ Han nevner påvirkningen til militær- og beslutningsøkonomisk statistikk på vitenskapen generelt, og dermed rettsvitenskapen spesielt.²⁴⁰ I domstolene påvirket de sakkyndige ved at disse benyttet seg av sannsynlighetsteori om for eksempel medisinske bevisetema.²⁴¹ Sannsynlighetsforsettet i strafferetten og culpavurderingen hadde også benyttet seg av sannsynlighetsbegrepet en

²³⁶ Zahle 1976 s. 94—95 fremhever også dette.

²³⁷ Se note 213 og 275.

²³⁸ Se Scheel 1938 s. 14 note 8 og 36, Augdahl 1929 s. 12—13, og 59, Skeie 1931 s. 344.

²³⁹ Jf. note 17, se også Zahle 1976 s. 136 der Zahle uttrykker om den vesentlige endringen fra førmoderne til det moderne system at: «Opløsningen af de legale bestemmelser om den juridiske vished indebar ikke blot en lempelse af nogle legale krav til beviset men indebar samtidig en introduktion af et nyt bevisretligt grundbegreb, nemlig sandsynligheds-begrebet.». Jerkø 2017 kanskje i samme retning, særlig på side 94 flg. der han mener overgangen er en endring vekk fra «moralsk visshet.»; Se Strandberg 2012 s. 336 flg. for bruken av termen «grunnbegrep», og 2.2.3.6.

²⁴⁰ Zahle 1976 s. 211.

²⁴¹ Zahle 1976 s. 212.; Merk at sakkyndiges vurdering skulle legges uprøvd til grunn med grunnlag i det eldre syn- og skjønsmannssystemet, men at dette ble opphevet med tvistemålsloven, se Hagerup 1915 s. 50—51.

stund.²⁴² I tillegg var nasjonaløkonomi og statistikk emner som ble behandlet av de juridiske professorer ved Universitetet i Kristiania.²⁴³ En mulighet er derfor at disse generelle tendenser ble materialisert i Eckhoffs bevislære.

Sannhetsmålsetningen i bevisretten omtaler Eckhoff som «sannsynlighetsgrunnsetningen», og generelt kan man si at sannsynlighetsbegrepet er sentralt for Eckhoffs teori.²⁴⁴ Både sammenslåingen av beviskravet og bevisbyrden, samt konkrete regler for vurdering av bevissituasjoner, utledes fra dette begrepet. Dermed virker det som en plausibel forklaring på Eckhoffs synspunkter at samfunnet mer generelt brukte sannsynlighetsbegrepet.

Samtidig er det slik at alle andre teoretikere også benyttet seg av sannsynlighetsbegreper, spesielt Odin Augdahls «... sannsynlighetsbetraktning ...».²⁴⁵ Sannsynligheten var heller ikke noe nytt, Nellemann snakker om bevis som «... sandsynlig ...» flere ganger og tvistemålsloven har regler basert på sannsynlighet.²⁴⁶ Dette indikerer at bruken av uttrykket sannsynlighet i alle fall ikke er en tilstrekkelig forklaring på Eckhoffs gjennomslag.

Forklaringen må derfor forstås i lys av det spesifikke sannsynlighetsbegrepet Eckhoff (implisitt) la til grunn, et begrep basert på tenkte frekvenser. Forklaringen i denne formen forsterkes ved at de utviklingstrekk jeg nevnte ovenfor, også vil basere seg på en statistisk eller frekvensteoretisk sannsynlighet. At det var Eckhoff og ikke andre som fikk gjennomslag, kan i så fall forstås i lys av hans samsvar med dette (mer) spesifikke sannsynlighetsbegrepet. Det er i tillegg et slikt frekvensteoretisk begrep som blir videreført av senere litteratur.

Forklaringen er noe flyktig, men et sitat fra Zahle forklarer godt. Sitatet fra Zahle omtaler Ekelöf, men han kunne like godt skrevet om Eckhoff:

²⁴² Zahle 1976 s. 137 og Rt. 1902 s. 260 hvor Høyesterett formulerer sannsynlighetsforsettet for første gang som «... at den Handlende har forudseet Virkningens Indtræden som overveiende sandsynlig» på s. 261.

²⁴³ Björne 2002 s. 257.

²⁴⁴ Eckhoff 1943 s. 64.

²⁴⁵ Se 4.2.4.1.

²⁴⁶ Jf. Nellemann 1892 s. 310 , 365, 653.

«... [hans] fortjeneste var at flytte bevisretten *fra* den særegne juridiske begrepsverden, hvor der tales om tilstrækkeligheden av bevis, legalt eller frit bedømt, og bevisbyrde som ikke engang jurister kan forklare meningen med, *til* en diskurs, hvor der tales om bestemmelse af en sandsynlighetsgrad og en vurdering af dens tilstrækkelighed. Denne flytning bragte juristen ind i en begrepsverden, som svarede til, hvad der anvendtes i en hvilken som helst anden empirisk sammenhæng ...»²⁴⁷

Problemet med forklaringen er at hverken Eckhoff eller senere forfattere drøfter sannsynlighetsbegrepets rolle i egen teori, og i lesningen av tekstene får jeg ikke inntrykk av at teoriene 'utledes' fra sannsynlighetsbegrepet som grunnstein, slik forklaringen forutsetter. At teoriens gjennomslag skal være betinget av noe fagfellesskapet ikke har rettet sin oppmerksomhet mot, virker i det minste som en intuitivt lite god forklaring.

De to andre forskjellene er forfatterens syn på beviskravet som regel, og hva som var innholdet i denne regelen. Rettskildene var de samme, men må fortsatt fortolkes. Dermed kan kanskje forskjellene forklares av overgangen fra konstruktivismen til realismen som metodisk tyngdepunkt i norsk rettsvitenskap.²⁴⁸ At denne dimensjonen var i spill er det ingen tvil om, for i 1949 karikerer Eckhoff sine motstandere som mener å «... ha 'funnet' visse regler som 'gjelder' i kraft av et eller annet gyldighetspostulat», en typisk polemisk kritikk av 'konstruktivistene'.²⁴⁹

Uten å gå inn i debatten om forskjellene på konstruktivismen og realismen, kan man konstatere at Eckhoff la større vekt på praksis som rettskilde.²⁵⁰ De tidligere forfattere var nok

²⁴⁷ Zahle 2007 s. 271—272, utheving i original.

²⁴⁸ En slik forklaring er kanskje hevdet i Kolflaath/Strandberg 2013 s. 321, se note 7. Se Bjørne 2002 s. 216 flg. for en gjennomgang av debattene rundt konstruktivismen i Norge, basert rundt Hagerups artikkel i TfR 1888, s. 1. Se Bjørne 2007 s. 391 flg. om realismen, spesielt 423—424.

²⁴⁹ Eckhoff 1949 s. 184. Også § 4 i *Tvilsrisikoen* er en noe polemisk kritikk av konstruktivistiske bevisbyrdelærere, se Eckhoff 1943 s. 42. Slik polemikk var vanlig i bevisdebatten, se for eksempel Munch-Pettersen 1930 imøtegå slik kritikk av Tybjerg fra Oliviecrona. Mer generelt, Bjørne 2007 s. 283 flg.

²⁵⁰ Dette henger nok sammen med at forskjellen på realismen og konstruktivismen er lett å overdrive. Bjørne skriver for eksempel om synet på rettsvitenskapens rolle at «T.ex. de norske realisterna Stang och Knoph, danska jurister som Henry Ussing och Illum, för att inte tala om Vinding Kruse, men även en naturrättslig 'idealist' som Castberg, betonade kraftigt rättsvetenskapsmännens uppgift att vägleda domarna ...» og videre på neste side at «Till och med lösningsförslagen gick hos både den konstruktiva metodens och den skandinaviska realismens anhängare i samma riktning». (Bjørne 2007 s. 365—366).

i større grad konstruktivistiske i sin tilnærming, spesielt Augdahl og Scheel.²⁵¹ Forskjellene må likevel ikke overdrives, ettersom samtlige forfattere anvender praksis, spesielt Skeie i 1940.²⁵² Det blir dermed det samme problemet som ovenfor: En praksisnær tilnærming er ikke i seg selv et særpreg ved Eckhoffs teori.

I tillegg er det ikke åpenbart hva som er en «konstruktivistisk» tilnærming til spørsmålet om dommeren står fritt til å bestemme beviskravet selv. Eckhoff var den som hevdet rettsordenen måtte foreskrive beviskravet, ikke konstruktivistene. Sistnevnte var dem som vanligvis kritiseres for å skulle styre dommeren fra skrivebordet.²⁵³ Realiteten er nok at alle ville styre dommeren, noen med bevisbyrden, noen med beviskravet.

Realismen som bakenforliggende årsak gir dermed bare en forklaring ved å se dette generelle trekket i sammenheng med hvordan Eckhoff konkret anvender praksis. Dette gir i alle fall tilsynelatende en god forklaring på både gjennomslagskraften og innholdet i argumentasjonen hans. Derfor skal deler av denne praksisen undersøkes.

4.3.5 Eckhoffs bruk av rettspraksis

Min gjennomgang av Eckhoffs bruk av rettspraksis vil tjene et dobbelt formål. På den ene siden vil det gi svar på om *Tvilsrisikoen* hentet sine standpunkter fra praksis. Samtidig vil det gi en indikasjon på hvordan rettspraksis forholdt seg til beviskravet, og dermed si noe om hva «gjeldende rett» var. Presumptivt kan dette gi svar på hvorfor Eckhoff fikk gjennomslag. Spørsmålet er først *hva* Eckhoff mente med sin bruk av praksis.

Ifølge Eckhoff er det slik at retten ofte bygger på det som er mest sannsynlig.²⁵⁴ Det er noe tvilsomt hva Eckhoff mener med dette. Domstolen kan nemlig legge til grunn det som er «mest sannsynlig», uten at beviskravet er overvektsprinsippet. Dette gir to nærliggende tolkningsalternativer. Enten mener Eckhoff enkelt nok at domstolene i flertallet av saker bygger på overvektsprinsippet. Det andre alternativet er at Eckhoff ikke egentlig mener

²⁵¹ Augdahl 1929 s. 61.

²⁵² Se 4.2.4.3. Augdahl 1929 s. 121 note 1 bruker også egen dommererfaring aktivt.

²⁵³ Per Augdahl 1942 s. 216, kritiserer også tidligere litteratur for en «... mistillit til dommerens vurderingsevne» samtidig som han som Eckhoff ønsket å foreskrive beviskravet.

²⁵⁴ Jf. note 262.

rettspraksis setter beviskravet til 50 prosent i flertallet av saker, men bare at de setter beviskravet et sted mellom 50 og 99 prosent. Det vil fortsatt være det «mest sannsynlige». Spørsmålet blir da hvilken tolkning som bør legges til grunn.

Den første tolkningen har støtte i læreboken fra 1941, hvor standpunktet er mer bastant formulert. Her skriver han eksplisitt at det vanligste er et beviskrav på 50 prosent:

«Mitt annet hovedinntrykk er at de ovenfor nevnte tilfellene hvor den mest sannsynlige anførsel blir lagt til grunn - hvor altså grensen går i 50 % punktet - er meget hyppige.».²⁵⁵

Tolkningen støttes videre av uttalelsen i *Tvilsrisikoen* om at rettspraksis normalt foretar en «... halvering av tvilsrisikoen ...».²⁵⁶

I motsatt retning var det slik at Eckhoffs motstandere argumenterte for at bevisbyrdereglene var det avgjørende, og på flere punkter fremstår det som Eckhoff først og fremst argumenterer mot bevisbyrdereglens relevans.²⁵⁷ I så fall kan vi se uttalelsen om at domstolene legger til grunn det «mest sannsynlige» som et argument for at *bevisvurderingen*, og ikke bevisbyrden, er det sentrale.

Uttalelsen kommer også i kapitlene i *de lege ferenda*-delen av boken. Jeg tror derfor ikke at Eckhoff mener overvektsprinsippet var gjeldende rett allerede i 1943. For å forskuttere gjennomgangen av rettspraksis noe, virker det også helt usannsynlig at noen kunne trukket en slik konklusjon ut av det rettskildematerialet Eckhoff baserer seg på. Praksis tjener dermed bare som et implisitt grunnlag for hans *de lege ferenda*-vurderinger.²⁵⁸

²⁵⁵ Eckhoff 1941 s. 267.

²⁵⁶ Eckhoff 1943 s. 40.

²⁵⁷ Eckhoff 1943 s. 41.

²⁵⁸ Eckhoffs svenske kolleger, Ekelöf og Bolding skrev *de lege ferenda*, noe også Eckhoff gjør, men som Zahle 1976 s. 216 fremhever om disses 'rekommendative' syn, så «... sammenblandes [de] med deskriptive elementer, og det rekommendative utgangspunkt fastholdes således ikke konsekvent ...».

Derimot uttrykker Eckhoff seg direkte om gjeldende rett mot slutten av boken, og av grunner som vil bli klart senere, velger jeg å se på hans utlegging av gjeldende rett i erstatningssaker. Eckhoff uttrykker om årsakssammenheng-vurderingen at dommeren «... bør bygge på det han finner mest sannsynlig [...] Og rettspraksis går nærmest i samme retning.».²⁵⁹ Eckhoff mente dermed at overvektsprinsippet (nærmest) ble brukt. I tillegg mener han dommene i tillegg D til *Skeie 1940* stort sett støtter overvektsprinsippet.²⁶⁰

Dette gir bakgrunnen for utvalget dommer jeg skal undersøke. Totalt har Eckhoff lest cirka 440 dommer fra 1937 til 1940 i arbeidet med *Tvilsrisikoen*.²⁶¹ Av disse henviser han til 14 dommer som støtter overvektsprinsippet generelle gyldighet.²⁶² For erstatningssaker mener han at overvektsprinsippet legges til grunn, og støtter dette med 22 dommer.²⁶³ Totalt er dette 36 dommer i et utvalg på 440, og 38 dommer fra Skeie. Jeg har gjennomgått samtlige, men for oppgavens formål er det tilstrekkelig å fremheve eksempler fra de forskjellige kategoriene jeg har plassert dommene i.²⁶⁴

Spørsmålet jeg har stilt ved lesningen av hver dom er hvilke betingelser Høyesterett har stilt for å legge en faktumspåstand til grunn, enten påstanden retter seg mot et enkelt eller beviset som helhet. Som vil bli klart nedenfor er flertallet tilfeller der det er uklart hvilken betingelse man har stilt.²⁶⁵ Dette er primært fordi betingelsen som legges til grunn ikke nødvendigvis samsvarer med hvor gode bevisene i saken er. Ved frifinnelse av motparten der påstanden var 60 prosent sannsynlig kunne man ha stilt som betingelse at alt fra 61 til 100 prosent sikkerhet var tilstrekkelig. Motsatt vil en betingelse på 50 prosent sannsynlighet kunne være brukt i tilfeller der bevisene ga alt fra 51 til 100 prosent sikkerhet. Dette er tatt i betraktning ved kategoriseringen av dommene.

²⁵⁹ Jf. note 263.

²⁶⁰ Skeie 1940 s. 459 flg.

²⁶¹ Eckhoff 1943 s. 34 note 1 og 2.

²⁶² Eckhoff 1943 s. 41 note 12. Jeg ser bort fra Rt. 1919 s. 329 fordi denne er utilgjengelig på lovdata.

²⁶³ Eckhoff 1943 s. 149 note 15

²⁶⁴ Først og fremst er dette gjort på grunn av ordgrensen. Å fremstille alle dommene har også vist seg å være lite leservennlig.

²⁶⁵ Se om disse uklarhetene Eckhoff 1943 s. 34 flg. og 1949 s. 185 flg.

4.3.6 Rettspraksis

Den første kategorien er de sakene der man så godt som eksplisitt uttrykker at beviskravet tilsvarer overvektsprinsippet.²⁶⁶ Tre eksempler befinner seg i denne kategorien. Jeg velger dommen med størst intensjonsdybde, som er Rt. 1940 s. 561 (*Grunnmur*, dissens 3-2, men ikke om beviskravet). Spørsmålet var om skade på grunnmur skyldtes en landevei der mye bilkjøring medførte ristninger i grunnen. Hvis så var tilfelle ville staten være erstatningsansvarlig for manglende vederlag ved ekspropriasjonsulempe. Høyesterett uttrykker at «... jeg finner det overveiende sannsynlig at det er den store og tunge biltrafikk på veien som har rystet grunnen slik at murens stabilitet er rokket.» (s. 562.) Dommer Alten tok ut dissens om bevisvurderingen, men er ikke uenig i selve beviskravet. Han uttrykker at av de sakkyndige er «... professor Hejes den som på meg virker mest overbevisende», og i Hejes forklaring er «...den mest sannsynlige årsak til likevektsforstyrrelsene den at muren har vært utsatt for eksentrisk belastning ...». (s. 563) Dermed må nok også uttrykksmåten «overveiende sannsynlig» forstås som at man legger til grunn den mest sannsynlige påstand.

Slik jeg leser dommen legger derfor både mindretallet og flertallet til grunn at man bygger på det mest sannsynlige, de er bare uenige om selve vurderingen. Denne og de to andre dommene, gir direkte støtte til overvektsprinsippet.

Den andre kategorien er der bevissituasjonen gir grunn til å tro at man legger til grunn det mest sannsynlige.²⁶⁷ Dette blir bare min egen vurdering basert på Høyesteretts gjengivelse av faktum i saken, holdt opp mot slutningen. Fraværet av mer prinsipielle synspunkter gjør at støtten til overvektsprinsippet i alle tilfeller blir liten. Det er totalt seks dommer i denne kategorien.

Et godt eksempel er Rt. 1937 s. 113. Her var spørsmålet om ansvaret for en påkjørsel, og et avgjørende spørsmål var hvor fort bilen hadde kjørt. Herredsrettens vurdering får tilslutning fra Høyesterett (s. 114). Forklaringene til partene er delvis motstridende, men etter å ha vurdert omstendighetene rundt i lys av forklaringene uttrykker retten at «... når saksøkeren allikevel blev påkjørt, må grunnen antas å være den at bilen kom for hurtig inn på ham.» (s.

²⁶⁶ Rt. 1936 s. 454, Rt. 1940 s. 293, Rt. 1940 s. 561.

²⁶⁷ Rt. 1918 s. 352, Rt. 1930 s. 656, Rt. 1937 s. 113, Rt. 1938 s. 300, Rt. 1940 s. 352, Rt. 1940 s. 542.

116). Måten man bygger opp argumentasjonen på tolker jeg som at man i noen utstrekning ser momenter i begge retninger, men finner ikke noen bedre forklaring enn at hastigheten har vært for stor og legger dette til grunn, altså det mest sannsynlige.

Den tredje kategorien er saker der det kanskje kan være slik at man anvender overvektsprinsippet, enten eksplisitt eller på grunn av bevissituasjonen, men der uklarheter gjør at det virker som om vurderingen først og fremst dreier seg om en vurdering av de ikke-bevisrettslige vilkårene, som om noe er uaktsomt.²⁶⁸ To saker er i denne kategorien.²⁶⁹

Et typisk eksempel er Rt. 1939 s. 753 hvor to personbiler hadde kollidert. Høyesterett deler ansvaret likt, ettersom det «... står for mig som helt uantagelig at en kollisjon under de gunstige omstendigheter for forbipassering som forelå her skulde være uundgåelig for rutebilen ...» (s. 754—755). Når Høyesterett på den ene siden uttrykker at det er «helt uantagelig», samtidig som de deler ansvaret, finner dette sin mest naturlige forklaring i at det de reelt sett gjør er å avgjøre saken på den rettslige aktsomhetsvurderingen og deler ansvaret for en slik kollisjon.

De to sakene i denne kategorien er derfor saker som i ganske liten grad kan trekkes til inntekt for overvektsprinsippet. For det første er intensjonsdybden lav, og for det andre er bevisvurderingen tett knyttet til andre rettslige spørsmål.

Den fjerde kategorien er sakene der man mer eller mindre uttrykkelig benytter strengere beviskrav enn overvektsprinsippet. Det er tre eksempler i denne kategorien.²⁷⁰ Rt. 1936 s. 659 (*Glomma*) er spesielt tydelig. I korte trekk handler saken om at staten endret på reguleringen av vannutslippet fra Aursunden til Glomma, noe saksøkerne påsto medførte store skader på bebyggelsen ved elven. Spørsmålet var om det var reguleringen eller andre årsaker som medførte at Glomma flommet. Høyesterett uttrykker som følger:

²⁶⁸ Denne kategorien og kategorien hvor vurderingen er rent rettslig under, baserer utelukkende skillet mellom juss og faktum på den epistemiske dimensjonen. Det er vanskelig å forstå hva som er juss og hva som er faktum, og dette skaper uklarhet for min evaluering av hva Høyesterett har anvendt som beviskrav, se om juss/virkelighet i Jerkø 2014 s. 447.

²⁶⁹ Rt. 1905 s. 829 og Rt. 1939 s. 753.

²⁷⁰ Rt. 1908 s. 424 og Rt. 1936 s. 659, Rt. 1937 s. 465.

«Man kan her ikke kreve et eksakt bevis for at de isganger og opvatninger som er skadens umiddelbare aarsak, ... [men] Det maa ialfall være tilstrekkelig at det efter bevisets stilling maa ansees for *ganske uantagelig og i høieste grad usannsynlig* at skadene vilde inntruffet uten den menneskelige inngripen ...» (s. 661, min utheving og tilføyelse.)

Dette er nok dommen med den klareste uttalelsen i hele perioden, og den er direkte i strid med overvektsprinsippet som beviskrav.

En annen er Rt. 1908 s. 424, som handler om ansvar for at en bolig brant ned, og Høyesterett uttrykker seg utførlig om bevisene. Spesielt uttrykker man at leietakeren «... maa føre et saa godt Bevis for Sammenhængen, som der er Grund til at antage, at han efter Omstændighederne overhovedet kan ...» (s. 426). Beviskravet er relativt til situasjonen, men tilsynelatende ganske strengt.

Den femte kategorien er som den andre, men motsatt. Her gir måten bevisvurderingen fremlegges på indikasjoner på et strengere beviskrav enn overvektsprinsippet. Det er 19 saker i denne kategorien, men som ovenfor er vekten av disse relativt liten.²⁷¹

Et eksempel er Rt. 1937 s. 49 hvor spørsmålet var om testator hadde en god nok sinnstilstand til å opprette testament. Her uttrykker retten at de sakkyndige har uttalt seg «... motstridende.» om testators sinnstilstand. Retten fremmer imidlertid ganske mange gode grunner til at testamentet ble som det ble, herunder at det var gode grunner til å tro at testator ville gi til sin mann og pleiedatter, et motiv som understøttes av både hennes daværende verge samt de to testamentsvitnene (s. 51). Det store antallet bevis i den samme retning tilsier at man anså faktum som ganske sannsynlig, mens tvilen tross dette tilsier et strengt beviskrav.

Et annet er Rt. 1937 s. 661 som handlet om erstatning etter at en trapp falt sammen på grunn av manglende vedlikehold. De byggesakkyndige hadde uttrykt at den påståtte årsaken var sannsynlig. Når Høyesterett likevel uttrykker at de ikke ser det «... sannsynliggjort ...» (s.

²⁷¹ Rt. 1917 s. 841, Rt. 1919 s. 785 (utilgjengelig på lovdata, se Skeie 1940 s. 465), Rt. 1920 s. 786, Rt. 1923 s. 569, Rt. 1931 s. 137, Rt. 1935 s. 96, Rt. 1937 s. 38, Rt. 1937 s. 49, Rt. 1937 s. 116, Rt. 1937 s. 158, Rt. 1937 s. 219, Rt. 1937 s. 470, Rt. 1937 s. 661, Rt. 1938 s. 106, Rt. 1938 s. 129, Rt. 1938 s. 403, Rt. 1938 s. 689, Rt. 1940 s. 407, Rt. 1940 s. 503.

662) uten å si noe mer, tolker jeg dette som at de krevde en høyere grad av sannsynliggjøring, og dermed la til grunn et strengere beviskrav.

Den sjette kategorien er de tilfellene der uttalelser og selve vurderingen er så uklar at det ikke er mulig å si noe særlig om beviskravet. Det bør nevnes at mange av de forskjellige bevisstema som tas opp i andre saker kunne vært plassert i denne kategorien. Ofte er uttalelsene om beviskrav knyttet til en helt konkret faktumspåstand, mens Høyesterett er veldig uklare om alle andre påstander i saken. Denne kategorien er imidlertid sakene der alle slike spørsmål er uklare, og det er 18 saker i denne kategorien.²⁷²

Et typisk eksempel er Rt. 1914 s. 291, der en matros ble skadet etter en wire løsnet, og spørsmålet var hva som var årsaken til dette. Retten uttrykker at «... det ... ikke er paavist, hvilket aarsaksforhold der i tilfælde skulde foreligge mellem de nævnte mangler ved wiren ...» og skaden (s. 291). Avslutningsvis uttrykker retten at «... naar man henser til samtlige sakens oplysninger under ett, maa [man] gaa ut fra, at her foreligger et ulykkestilfælde ...». Det er dermed få indikasjoner på hva beviskravet var.

Et annet eksempel er Rt. 1939 s. 142 der Høyesterett, henviser til byrettens dom (s. 143). Byretten beskriver imidlertid bare faktum og sier at «[d]ette er det faktiske stoff som retten finner bør legges til grunn for dommen.» (s. 145).

Den syvende kategorien er de tilfellene hvor domstolen behandler det rettslige spørsmålet uten noen vurdering av bevisene.²⁷³ Kategorien har 23 saker.²⁷⁴

Saken i Rt. 1940 s. 394 handler om tolkning av statutter, hvor dommer Eriksen som Høyesterett tilslutter seg (s. 395) uttrykker at det «... er etter min mening ikke synderlig tvilsomt at det her beror på generalforsamlingens samtykke hvorvidt et andragende om

²⁷² Rt. 1901 s. 481 (gjengitt fra Skeie 1940 s. 459), Rt. 1902 s. 886, Rt. 1907 s. 179, Rt. 1914 s. 291, Rt. 1914 s. 913, Rt. 1918 s. 543, Rt. 1925 s. 679, Rt. 1935 s. 951, Rt. 1937 s. 129, Rt. 1937 s. 215, Rt. 1937 s. 303, Rt. 1938 s. 129, Rt. 1938 s. 841, Rt. 1939 s. 24, Rt. 1939 s. 142, Rt. 1939 s. 264, Rt. 1939 s. 825, Rt. 1940 s. 7.

²⁷³ Dette kan også forstås som at retten lar normative betraktninger sette tvilen om det faktiske til side.

²⁷⁴ Rt. 1912 s. 993, Rt. 1915 s. 580, Rt. 1916 s. 844, Rt. 1918 s. 113, Rt. 1918 s. 125, Rt. 1924 s. 919, Rt. 1936 s. 385, Rt. 1937 s. 193, Rt. 1937 s. 256, Rt. 1937 s. 263, Rt. 1937 s. 330, Rt. 1937 s. 698, Rt. 1937 s. 899, Rt. 1937 s. 974, Rt. 1938 s. 69, Rt. 1938 s. 233, Rt. 1939 s. 40, Rt. 1939 s. 394, Rt. 1939 s. 760, Rt. 1940 s. 210, Rt. 1940 s. 253, Rt. 1940 s. 394, Rt. 1940 s. 469

uttredelse skal imøtekommes.» (s. 399), basert på en redegjørelse av intensjonen bak og systemet i statuttene.

Et annet typisk eksempel er vurderinger basert på hvem som er nærmest til å bære risikoen, for eksempel Rt. 1936 s. 385. Her hadde en ku angrepet en gammel dame. Det avgjørende ble uttrykt som at atferden ikke kunne «... betegnes som et typisk utslag av kjørs natur.» (s. 387), og dermed ikke tillegges bonden som hans ansvar.

Disse sakene har for stor sammenblanding av juss og faktum til at de kan si særlig mye om beviskravet.

4.3.7 Konklusjon

Det man med sikkerhet kan si, basert på denne redegjørelsen av praksis, er at beviskravene varierer. Flertallet av de sakene Eckhoff viste ga ikke klar støtte til overvektsprinsippet. Inkluderes henvisningen til Skeies tillegg D er det bare tre av 74 saker man med ganske stor sikkerhet kan si at bruker overvektsprinsippet. I tillegg var det åtte saker som *kan* tolkes som overvektsprinsippet. I motsatt retning var det tre saker der beviskravet ganske eksplisitt ligger over sannsynlighetsovervekt, og 19 saker av varianten med mindre vekt. Stort sett er dommene rett og slett for uklare.

Dersom utvalget mitt hadde vært representativt for hele perioden ville antageligvis ikke slike resultater vært oppsiktsvekkende, men utvalget er ikke representativt. Det er basert på de beste eksemplene Eckhoff har for at overvektsprinsippet brukes. Slik jeg ser det er *Glomma* den viktigste dommen i perioden, og indikerer den mest generelle, men svake, tendensen. Også Peter Lødrups analyse av praksis for årsakskravet i erstatningssaker, som jeg kommer tilbake til i 4.4.5.1, støtter denne konklusjonen. Den tolkning Eckhoff gjør av praksis, må nok ses i sammenheng med at Tybjerg tolket tidligere dansk og norsk praksis på samme måte.²⁷⁵

Konsekvensen er likevel at Eckhoffs bruk av praksis ikke utgjør noen tydelig forklaring på hans standpunkter eller hans gjennomslag når det gjaldt innholdet i beviskravet. Det er

²⁷⁵ Eckhoff 1943 s. 41 henviser eksplisitt til Tybjerg 1904 s. 37—38. Men som også Eckhoff fremhever, var Tybjerg kritisk til dette.

imidlertid ett unntak, nemlig at bevisbyrderegler relativt sjelden anvendes i praksis. På dette punktet var Eckhoffs kritikk berettiget.

4.3.8 Nyanseringer i 1949

At praksis ikke var hovedårsaken til Eckhoffs standpunkter bekreftes når han i 1949 omtaler beviskravet på ny. Her trekker han delvis tilbake standpunktet om at dommeren ikke bør kunne bestemme beviskravet selv.²⁷⁶ Videre mener Eckhoff at dersom man skal stille opp regler i teorien, så burde disse være «... mindre generelle enn de setninger som det har vært vanlig å stille opp ...».²⁷⁷ Eckhoff mener også at praksis «... stort sett tar mer hensyn til det enkelte tilfelles egenart enn det er vanlig i litteraturen ...». Eventuelle generelle regler viser seg bare som «... tendenser ...» i praksis.²⁷⁸ I tillegg nevner han *bare* pretendenttvister (dobbeltsalg i formueretten) som eksempel på at overvektsprinsippet brukes, men (nesten) uten å referere eksempler hverken i 1943 eller 1949.²⁷⁹ Tvilsrisikoens standpunkter *de lege lata* var problematiske, og Eckhoff innså antageligvis dette selv.²⁸⁰ Denne artikkelen gir samtidig støtte til en tolkning om at Eckhoffs primære anliggende er å avskrive bevisbyrdeteoriene.²⁸¹

4.3.9 Oppsummering

Perioden kan på samme måte som praksis oppsummeres med *variasjon*. Teoriene de forskjellige forfattere hevdet, var like sprikende som rettspraksis var. Eckhoffs teori blir likevel den som får gjennomslag. Det har vært vanskelig å forklare hvorfor dette er tilfelle. Det er ingen tydelige elementer i Eckhoffs teori som skulle tilsi at akkurat hans teori ble den dominerende. De to unntakene er sannsynlighetsbegrepet og hans syn om at bevisbyrderegler var unødvendige. Sistnevnte syn samsvarte med praksis, men kan samtidig ikke forstås

²⁷⁶ Eckhoff 1949 s. 187 note 23.

²⁷⁷ Eckhoff 1949 s. 187, kan imidlertid forstås i lys av uttalelsene i 1943 s. 139—140 der han uttrykker at noe allment prinsipp ikke lar seg stille opp, og i så fall at 1949-uttalelsen er myntet på andre teoretikere enn ham selv.

²⁷⁸ Eckhoff 1949 s. 186.

²⁷⁹ Eckhoff 1949 s. 186 og Eckhoff 1943 s. 149, note 16 nevner ett eksempel.

²⁸⁰ Se likevel motsatt *de lege ferenda* Eckhoff 1992 s. 85.

²⁸¹ Eckhoff 1949 s. 184 flg. og 188 flg.

uavhengig av at litteraturen før Eckhoff hadde utviklet begrepsapparatet på en måte som gjorde det til en nærliggende løsning å skille beviskrav fra bevisbyrden.

4.4 Konsolideringen av en felles bevisrettslig forståelse, 1950—1974

4.4.1 Presentasjon av analysen

I retrospektiv kan man se at perioden før *P-pilledom I* la grunnlag for en felles bevisrettslig forståelse. De sentrale forfatterne som gjør dette er Per Augdahl (4.4.2 og 4.4.3), Anders Bratholm og Jo Hov (4.4.4). Deretter vil jeg presentere to forfattere utenfor denne felles forståelsen (4.4.5) samt noen bidrag fra spredte felter. Jeg vil oppsummere hovedtrekkene (4.4.6), for så å presentere *P-pilledom I* (4.4.7).

4.4.2 Per Augdahl som Eckhoffs opposisjon

Per Augdahl er en spesielt interessant person fordi han tar ut dissens mot Eckhoffs professorat på bakgrunn av en omfattende kritikk av *Tvilsrisikoen*.²⁸² Augdahl mener Eckhoffs standpunkter er «... uforståelige ...» for han, og at Eckhoff har «... forbigå[tt] nettopp de vanskeligste spørsmål i bevisbyrdematerien ...».²⁸³ Jeg skal se nærmere på uenigheten i 4.4.3, men først er spørsmålet hvilken bevisteori Augdahl hevdet, og hvordan denne skilte seg fra Eckhoff.

Norsk Civilprosess fra 1947 er Augdahls lærebok i sivilprosess. Her deler han opp bevisvurderingen i tilfeller av *absolutt* og *relativ* tvil.²⁸⁴ Absolutt tvil har man når to påstander er like sannsynlige. Relativ tvil har man når en påstand er mer sannsynlig enn en annen. Den absolutte tvil må ifølge Augdahl avgjøres av bevisbyrderegler. Ved relativ tvil må man velge et punkt på sannsynlighetsskalaen, et beviskrav. Dersom dette ikke innfris vil bevisbyrden slå inn, og avgjøre saken.²⁸⁵ Forskjellen mellom Augdahl og Eckhoff er dermed ganske liten, fordi tilfellene av «relativ uvisshet» er tilfeller der Eckhoff ville «fordelt tvilsrisikoen».

²⁸² UiO 1956—1957 s. 96—97.

²⁸³ UiO 1956—1957 s. 98.

²⁸⁴ Augdahl 1947 s. 93. Jeg har for øvrig ikke sett noen vesentlige endringer i 3. utgave, Augdahl 1961.

²⁸⁵ Augdahl 1947 s. 102.

På samme vis som Eckhoff mener Augdahl dommeren ikke bør bestemme beviskravet selv. Augdahl mener at «... overveiende sannsynlighet er nok ...», men at dette ikke «... kan oppstilles *helt* uten reservasjoner». ²⁸⁶ Overveiende brukes her i betydningen ‘overvekt av’. Augdahl kobler så beviskravet *tilbake* til bevisbyrdereglene, ved å si at «... hvor sannsynlighetsovervekten er svak og man står overfor en bevisbyrderegel som har sterke legislative grunner for sig» så bør man ikke anse påstanden som bevist. Det blir med andre ord en helhetsvurdering hvor bevisrettslige hensyn vektet mot hverandre. Augdahl formulerer det slik:

«Avgjørende [...] må bli: hvad en samvittighetsfull dommer finder forsvarlig efter å ha veiet mot hinannen: på den ene side den forringelse av chansen for et riktig domsresultat som vil bli følgen av at den overveiende sannsynlighet settes ut av betraktning. Og på den annen side: styrken av de bevisbyrdehensyn som måtte tale til gunst for det alternativ der in casu har sannsynligheten *mot sig*». ²⁸⁷

Augdahl foretar på sett og vis en *omtolkning* av bevisbyrdereglene, der de hensyn bevisbyrden tidligere ivaretok, nå også blir ivaretatt gjennom beviskravet.

I likhet med Eckhoff er Augdahl en motstander av tidligere teori. Han skriver for eksempel at det blir «... bare rent undtagelsesvis sagt med *rene ord* i dommene at retten bygger på det og det fordi det ansees overveiende sannsynlig. Som en beskjeden tributt til foreldet teori bruker man nesten alltid andre ord.» ²⁸⁸ Samtidig er det noe uklart om Augdahl mente overvektsprinsippet faktisk var gjeldende rett.

Augdahs syn samsvarte også langt på vei med Eckhoffs før *Tvilsrisikoen* i 1943. Augdahl skriver for eksempel følgende i 1942 om dansken Hurwitz sivilprosessverk:

«Forf. oppstiller som hovedregel at der må foreligge en ‘bestemt overbevisning’ hos dommeren, men innrømmer riktignok at der i mange tilfelle kan være praktisk trang til å bygge på den ‘nærmest liggende mulighet’. Såvidt anmelder [Augdahl selv, min anm.] forstår er det nettopp det urimelige i

²⁸⁶ Ibid., utheving i original.

²⁸⁷ Augdahl 1947 s. 103, utheving i original.

²⁸⁸ Augdahl 1947 s. 101, utheving i original.

utgangspunktet – at dommeren bare kan bygge på det sikre som bevist – der har ført teorien til – for å avverge de mest urimelige konsekvenser – å oppstille bevisbyrderegler siktende til å skape størst mulig sannsynlighet for et riktig resultat – bevisbyrderegler som riktignok skyter over målet ved å legge vekten på den gjennomsnittssannsynlige istedenfor det konkret sannsynlige.»²⁸⁹

Augdahl og Eckhoff var dermed enige i det vesentlige. Dermed blir det også vanskelig å forstå hvorfor Augdahls dissens var så sterk. Spørsmålet blir dermed om enigheten er mulig å forklare.²⁹⁰

4.4.3 Hvorfor er Eckhoff og Augdahl så enige?

Spørsmålet er dessverre vanskelig å besvare, fordi Eckhoffs standpunkter har vært vanskelig å forklare. Augdahl må antas å være påvirket av sannsynligheten på samme måte som Eckhoff, men forklaringen er begrenset på samme måte som ovenfor. I tillegg legger ikke Augdahl til grunn et frekvensteoretisk sannsynlighetsbegrep. Et fellestrekk er at de begge har en praktisk innstilling til retten, men Augdahl siterer ikke praksis til støtte for mer overordnede synspunkter, og Eckhoffs standpunkter var ikke bestemt av praksis heller.²⁹¹

Per Augdahl virker heller motivert av motstand mot sin far, Odin Augdahl. Han refererer sjeldent til farens verk, men det er gode grunner til å tro at kritikken var rettet den veien. Han kritiserer bruk av generell sannsynlighet, og O. Augdahl er den eneste som inntar et slikt standpunkt.²⁹² Et eget kapittel i *Norsk Civilprosess* kritiserer de «... såkalte formodninger», som er kjernen i O. Augdahls bevisteori.²⁹³ Han latterliggjør en «... mistillit til dommerens vurderingsevne ...», som antageligvis peker hen mot O. Augdahls motstand mot vilkårlighet.²⁹⁴

²⁸⁹ Augdahl 1942 s. 215—216.

²⁹⁰ Også i Altens kommentarutgave foregår en slik 'utvikling' i retning av den samme forståelsen som Eckhoff og Augdahl, se Alten 1924 s. 162 sml. Alten 1954 s. 202.

²⁹¹ F. eks. Sunde 2015 s. 251—252. Om P. Augdahls rettskildebruk, se Augdahl 1973. Augdahl lener nok lengre unna realismen enn Eckhoff, han skiller for eksempel mellom lov og «retsofatning, sedvane og domspraksis» se s. 55 flg. og s. 182 flg..

²⁹² Se spesielt Augdahl 1947 s. 109 note 1; Tilsvarende Strandberg 2012 s. 85.

²⁹³ Augdahl 1947 s. 105 flg.

²⁹⁴ Augdahl 1942 s. 216.

Dermed kom Eckhoff og Augdahl til samme standpunkt, men av ganske forskjellige grunner. Dette kompliseres ytterligere av at det først og fremst er spørsmålet om bevisbyrderegler er nødvendige eller ikke, som skiller dem.²⁹⁵ Forskjellen beror på at Augdahl i motsetning til Eckhoff ikke mente man kunne se bort fra at dommeren ville havne i absolutt tvil.

Enda vanskeligere blir det om man spør hvorfor Eckhoff og ikke Augdahl fikk gjennomslag. Augdahls lærebok i prosess var den som overtok for Skeie som pensum,²⁹⁶ noe som vedvarte frem til Bratholm og Hovs verk i 1973.²⁹⁷ Eckhoff forble tilleggslitteratur i sivilprosessen, selv om han antageligvis hadde stor påvirkning på studentene mer generelt.²⁹⁸ Det har formodningen for seg at den som var pensum vil ha størst innflytelse. Antageligvis må man se det som at begge fikk gjennomslag, en konklusjon som neste avsnitt vil støtte.

4.4.4 Videreføring av det tidligere — Anders Bratholm og Jo Hov

I 1973 kommer nemlig Jo Hov og Anders Bratholm sin lærebok *Sivil rettergang*. Boken er spesielt sentral fordi den blir brukt som referanse for overvektsprinsippet *de lege lata* av mange andre forfattere.²⁹⁹ Spørsmålet blir hvilket beviskrav boken la til grunn, og h.

Bratholm og Hovs begrepsapparat er basert på bevisbyrden med tvilsrisikoen i parentes.³⁰⁰ De skiller mellom objektiv og subjektiv bevisbyrde, hvor objektiv bevisbyrde tilsvare beviskravet. Den subjektive bevisbyrde tilsvare bevisføringsbyrden. Deres syn er videre at den objektive bevisbyrde (altså beviskravet) er alt man trenger, og man «fordeler» ingen bevisbyrde dersom betingelsen ikke innfris.³⁰¹ De opererer med bevisbyrden som uttrykk, men ikke som regel.

²⁹⁵ Augdahl 1947 s. 103—104, tilsv. Kolflaath/Strandberg 2013 s. 323.

²⁹⁶ Bratholm 1949 s. 25, se også Det juridiske fakultet 1968, s. 34.

²⁹⁷ Sandvik 1961 s. 28 og Sandvik 1974 s. 34—35.

²⁹⁸ Sunde 2015 s. 255.

²⁹⁹ Se i tillegg til de som fremgår nedenfor for eksempel Kjønstad 1982 s. 497 note 3, Smith 1980 s. 372 note 19, Eskeland 1989 s. 302 note 10 og Wilhelmssen 1989 s. 93 note 29. Aasland inntok standpunktet med henvisning til Eckhoff allerede i 1967, se Aasland 1967 s. 191—192, note 62.

³⁰⁰ Bratholm og Hov 1973 s. 287—288.

³⁰¹ Bratholm og Hov 1973 skriver eksplisitt at dette er en forskjell mellom deres syn og Per Augdahl på s. 294.

Bratholm og Hov kommer med en lengre redegjørelse av de tidligere forfatteres synspunkter.³⁰² Disse avskrives, primært fordi de hadde så strenge beviskrav. Noe rettspraksis har forfatterne også med, men her er de først og fremst opptatt av hvem som skal bære «... bevisbyrden ...».³⁰³ Problemet er at for Bratholm og Hov betyr 'hvem som skal bære (den objektive) bevisbyrden' det samme som 'hvem som skal bære beviskravet'. Men beviskravet skal ikke fordeles, det er noe som begge parter må forholde seg likt til, ifølge dem. Dermed er det vanskelig å være helt sikker på hva de mente med eksemplene sine fra rettspraksis. Noen ganger snakker de om at tvilsrisikoen må halveres, andre ganger om at bevisbyrden er «tung». Dette ville gitt mening dersom de brukte ordet bevisbyrden i den tradisjonelle forstand, altså som at den parten som ikke innfrir beviskravet har bevisbyrden og taper saken. Men det er ikke slik de bruker ordet ellers.

Overordnet er likevel beviskravet klart: «Antakelig er det riktige å hevde at som utgangspunkt skal dommeren bygge på det alternativ som fremstiller seg mest sannsynlig». Det er ingen rettsavgjørelser hvor dette er sagt, skriver de, for så å vise til at «... de fleste moderne teoretikere ...» som har berørt bevisbyrdeproblemer er enige.³⁰⁴ Jeg tolker dette som et *lege ferenda*-standpunkt. De fastholder at utgangspunktet kan fravikes, med eksempler stort sett hentet fra Eckhoff.³⁰⁵

Boken blir veldig viktig for beviskravets utvikling. Samtidig henvises det nesten utelukkende til debatter i tidligere teori, hvorpå forfatterne siterer Eckhoff for de fleste av sine løsninger. Boken bidro for bevisrettens del med lite nytt, men likevel ble den et referanseverk for alle andre forfattere som den siste sivilprosessboken av nyere dato. Bratholm og Hov videreførte en blanding av det Eckhoff og Augdahl allerede hadde fremmet, og det er dette som bestemmer utgangspunktet for resten av utviklingen.

³⁰² Bratholm og Hov 1973 s. 291 flg.

³⁰³ Bratholm og Hov 1973 s. 306, for eksempel uttrykker de at «Den som påstår å ha lidt skaden, må normalt ha bevisbyrden for dette ... Men er først skade sannsynliggjort, vil det bero på de nærmere omstendigheter hvem som har bevisbyrden for at andre vilkår for erstatning foreligger ...».

³⁰⁴ Bratholm og Hov 1973 s. 298—299.

³⁰⁵ Bratholm og Hov 1973 s. 299—305.

4.4.5 Beviskravdiskusjon i enkelte materielle rettsområder

4.4.5.1 Peter Lødrup om erstatningsretten

To verk som sammenstiller praksis blir oversett i den norske bevislitteraturen. Dette er i seg selv interessant, fordi det viser at det bare er utvalgte deler av bevislitteraturen som får betydning for beviskravets utvikling.³⁰⁶ Den ene er Peter Lødrups betenkning til lagmanns- og Høyesterett i anledning *P-pilledom I*.³⁰⁷ Lødrup var oppnevnt i lagmannsretten av p-pilleprodusenten Schering, og han omarbeidet betenkningen i anledning anken til Høyesterett.³⁰⁸ Jeg kommer tilbake til selve dommen nedenfor. Spørsmålet her er hva Lødrup mente om beviskravet i erstatningsretten, og hvorfor han mente dette.

Lødrups utgangspunkt er det samme som Augdahls. Dersom beviskravet ikke er oppfylt, eller med hans og Augdahls ord, ved tilfeller av absolutt tvil — benytter man bevisbyrden. Han slår deretter fast at utgangspunktet er overvektsprinsippet såfremt «... ingen spesielle hensyn gjør seg gjeldende ...». Her viser han til Eckhoffs lærebok i sivilprosess og Bratholm og Hov, som om de var uttalelser om gjeldende rett.³⁰⁹ Han uttrykker så at problemstillingen «... som det er grunn til å rette oppmerksomheten mot, er i hvilken utstrekning regelen om sannsynlighetsovervekten gjelder i erstatningsretten ...».³¹⁰

Det er nødvendig å fremheve en uklarhet, for Lødrup stiller nemlig først spørsmålet om *mulighet* for årsakssammenheng er nok.³¹¹ Derfor må Lødrups uttalelser kanskje leses i lys av at «streng» betyr «strengere enn mulighet», heller enn «strengere enn sannsynlighetsovervekt». Uttrykksmåten varierer imidlertid så mye at jeg ikke er helt sikker. Konklusjonen til Lødrup er imidlertid klar på dette punkt, som jeg kommer tilbake til.

³⁰⁶ Mer om dette i kapittel 5, særlig 5.1.5.

³⁰⁷ Den eneste som nevner teksten er Nygaard. Carl August Fleischer skrev også en betenkning, men denne gjaldt «... *kun* de juridiske spørsmål om erstatningsansvar for produktsskade ...», og kilden er bare tilgjengelig hos justisdepartementet. Jeg har derfor valgt å stole på at Fleischer ikke uttrykker noe om beviskravet i denne betenkningen (Fleischer 1977 s. 173).

³⁰⁸ Lødrup 1975 s. 1.

³⁰⁹ Alt i Lødrup 1975 s. 102, og note 1.

³¹⁰ Lødrup 1975 s. 103.

³¹¹ Lødrup 1975 s. 103.

Først kritiserer han Eckhoffs bruk av rettspraksis, og skriver for eksempel om Eckhoffs bruk av *Glomma* at dommen:

«... ikke gir dekning for uttalelsen om bevisets styrke - det må istedet kunne hevdes at dommen gir grunnlag for å hevde at det stilles strenge krav til bevisets styrke for årsakssammenheng.»³¹²

Deretter viser han til to andre teoretikere, Dagfinn Dahl og Kristen Andersen, som begge skriver om årsakssammenheng. Dahls artikkel «Årsak og følge» konkluderer nemlig med at «... årsaksforbindelsen må være overveiende eller særlig sannsynlig ...».³¹³ Dette er Andersen enig i, som skriver at:

«... det [er] ganske gode holdepunkter for å fastslå at det i almindelighet må foreligge en forholdsvis kvalifisert grad av sannsynlighet for å anta at det består årsakssammenheng mellom en påstått skadevoldende handling eller begivenhet og en inntrådt skade.»³¹⁴

Dahl sikter bare til forsikringstilfeller, mens Andersen mener dette gjelder generelt for årsaksvurderinger. Det er verdt å stanse opp for å understreke viktigheten av poenget. To sentrale tekster som skriver om beviskravet i erstatnings- og forsikringsretten, basert på en analyse av rettspraksis, konkluderer med *strenge beviskrav*.³¹⁵

Lødrup selv analyserer dommer om årsakssammenheng for personskade, fra 1907 til 1970. Det er derfor hensiktsmessig å fremstille noen eksempler, for så å fremlegge Lødrups konklusjon. Jeg har ikke selv lest alle dommene Lødrup nevner for å 'etterprøve' på samme måte som jeg gjorde for Eckhoff. Dette er fordi Lødrup begrunner sine tolkninger. Derimot har jeg lest og vil gi referanser i eksemplene som følger.

³¹² Lødrup 1975 s. 105. Lødrup påpeker også at Eckhoffs påstander om gjeldende rett mer generelt i erstatningsretten er problematiske, s. 106 note 1.

³¹³ Dahl 1958 på side 235, sitert av Lødrup s. 107.

³¹⁴ Andersen 1959 s. 19, sitert av Lødrup s. 107. Lignende standpunkter i Andersen 1970 s. 45—53, han mener også *de lege ferenda* at kravet bør variere, se s. 56.

³¹⁵ Lødrup 1975 s. 107 note 2 nevner også at Vinding-Kruse omtaler beviskravet som strengt.

Lødrup legger ofte vekt på hvordan de sakkyndige har uttalt seg. For eksempel mener han at det er et strengere krav enn overvektsprinsippet til påstanden i Rt. 1936 s. 329, der spørsmålet var om en påkjørsel var årsak til ryggskade. Her var de sakkyndige delte og to av de fire mente det var «overveiende sannsynlig» at faktumspåstanden var sann (s. 333). Når Høyesterett likevel frifant på grunn av manglende bevis (s. 330), mener Lødrup dette indikerer et strengere beviskrav.

I andre tilfeller er uttalelsene klarere, som i Rt. 1938 s. 435, der spørsmålet var om fukt i et klasserom hadde medført varig skade som ga rett på erstatning fra Statens pensjonskasse. Her uttrykker Høyesterett generelt at det kreves å være «... ført bevis for, eller i det minste bragt til overveiende sannsynlighet ...» (s. 436) at skaden skyldtes forhold ved arbeidet. Uttalelsen må leses i lys av formuleringen fra Statens pensjonskasse, som var at man bare ga pensjon «... hvor man enten har full sikkerhet for eller der i ethvert fall er overveiende sannsynlighet for at der er årsakssammenheng ...» (samme side). Når Høyesterett så benytter det samme kravet som Statens pensjonskasse, må kravet tolkes som strengt.³¹⁶

I tillegg nevnes saker fra senere tid, som Rt. 1961 s. 973 (*Fjellvann*). Saken handler om en mann som døde da en flåte kvelvet på et vann, og kona hans hevdet dette hadde sammenheng med en hjerneskade oppstått seks uker tidligere ved en kollisjon. Høyesterett frifant motparten, og som i mange av sakene i denne perioden, veksler de mellom mange forskjellige uttrykk for beviskravet. Det er to spørsmål, det første om det var skjedd en hjerneskade. Til dette uttaler Høyesterett at det «... er grunn til å anta ...» at enkelte vitneopplysninger om hjerneskaden er overdrevet, og derfor er det ikke «... tilstrekkelig sannsynliggjort ...» at hjerneskaden inntraff (s. 976). Den sakkyndige har imidlertid blitt instruert til å legge det til grunn som «... overveiende sannsynlig ...» at hjerneskaden inntraff for sin vurdering av det andre spørsmålet – om hjerneskaden i så fall medførte drukningsulykken. Høyesterett uttrykker om ulykken at «... uansett om det kunne sies godtgjort eller sannsynliggjort ...» så kan man ikke «... anta ...» årsakssammenheng fordi «... dødsfallet skyldes flere andre like sannsynlige årsaker.» Deretter slutter man seg til en sakkyndig som har uttalt at det ikke er noen «... overbevisende sammenheng ...». Det er nesten forbløffende hvor mange mulige beviskrav man nevner.

³¹⁶ Se også Gustavsen 1977 s. 22 som nevner dette som en generell arbeidsrettslig regel.

En slik inkonsistens var vanlig. Andre ganger ønsker ikke retten å avklare. Et eksempel på dette er Rt. 1969 s. 1053, hvor spørsmålet var om en mann var arbeidsufør som følge av fangenskap under okkupasjonen. Man uttrykker med henvisning til Torpedodommen at parten «... må i *det minste* godtgjøre at en slik årsakssammenheng er den mest nærliggende uten at jeg behøver å avgjøre om dette vil være tilstrekkelig i en sak som det foreliggende» (s. 1055, min utheving). Man postulerer et minimumskrav, men holder muligheten for strengere krav åpent.

Lødrups overordnede konklusjon er:

«Det hovedinntrykket man sitter igjen med etter en gjennomgåelse av teori og rettspraksis er at det som hovedregel må kreves noe mer enn sannsynlighetsovervekt for at skadelidte kan sies å ha oppfylt sin bevisbyrde.»

Og videre at «... norske dommere er ... strenge i sine krav til beviset for årsakssammenheng.»³¹⁷ Oppfatningen samsvarer kanskje mest med Dahl og Andersen.³¹⁸ Samtidig skal det nevnes at det er en svak utvikling mot mildere beviskrav blant dommene Lødrup analyserer fra de senere år. Spesielt i perioden 1950-1970 vurderer Høyesterett beviskravet noe mildere enn før.³¹⁹ De samme standpunkter gjentas av Lødrup i hans første lærebok i erstatningsretten.³²⁰

4.4.5.2 Trygve Lange-Nielsen om årsakssammenheng ved erstatningskrav mot det offentlige

³¹⁷ Lødrup 1975 s. 116, begge sitatene. Han mener dette bør gjelde for produktansvar også, se s. 123a og 123b [sic].

³¹⁸ Se Selmer 1977 s. 116—117 i motsatt retning. Boken legger til grunn overvektsprinsippet, men begrunner ikke nærmere.

³¹⁹ Se også NOU 1980: 29 s. 138—139 som kommer til lignende konklusjoner som Lødrup om gjeldende rett etter rettspraksis, men merk departementets standpunkt i 4.5.4 på bakgrunn av utvalget.

³²⁰ Se Lødrup 1985 s. 252, med den modifikasjon at han *de lege ferenda* uttrykker enighet med overvektsprinsippet, uten noen stor endring *de lege lata* (s. 256).

Det andre eksempelet på utelatte verk i beviskravets utvikling er høyesterettsadvokat Trygve Lange-Nielsens artikkel fra 1968. Spørsmålet er som over, hva han mente om beviskravet, og hvorfor han mente dette.

Tema for artikkelen er hva som skal til for medhold i et erstatningskrav der det offentlige saksbehandling er feil.³²¹ Dette forutsetter årsakssammenheng mellom feilen og innholdet i vedtaket. Et av de sentrale spørsmålene blir da om det kreves «... sannsynlighet eller overveiende sannsynlighet for at feilen har vært utslagsgivende».³²² De to interessante spørsmålene i artikkelen handler om beviskravet for at en ugyldighetsgrunn har virket inn på et vedtak om inngrep, og på et vedtak om avslag på søknad.

For det første tilfellet, inngrep, uttrykker Lange-Nielsen at han ikke har oversikt, og kommer derfor bare med antydninger. Han henviser til Rt. 1965 s. 1215 hvor det var nedlagt forbud mot å bygge et hønseri. Lange-Nielsen mener dommen må tas til inntekt for at «... det ved inngrep må være sannsynlig at feilen har vært avgjørende ...», men hevder så at mindretallsvotumet som krever *mulighet* «... som hovedregel må være riktig».³²³ Bildet er likevel ikke helt klart, og derfor konkluderer han med at som et minimum vil sannsynlighet være nok.³²⁴

For det andre spørsmålet, avslag på søknad, er rettstilstanden annerledes. Ifølge Lange-Nielsen er Rt. 1933 s. 548 (*Rådhusospits*) den saken som «... tar opp spørsmålet med størst grundighet ...».³²⁵ Saken handlet om at en restaurant ikke fikk skjenkebevilling på grunn av tidligere konflikter med fagforeningen. Spørsmålet av interesse her var om bevillingen ville blitt gitt dersom slike hensyn ikke hadde blitt tatt. Her siterer Lange-Nielsen retten på at den

³²¹ Lange-Nielsen 1968 s. 1.

³²² Lange-Nielsen 1968 s. 2.

³²³ Lange-Nielsen 1968 s. 4—5, Rt. 1965 s. 1215, flertallsuttalelsen s. 1218, mindretallsuttalelsen s. 1221.

³²⁴ Lange-Nielsen 1968 s. 6, tilsvarende forvaltningslovskomiteen NUT 1958:3 s. 299. Delvis likelydende drøftelser om beviskravet i Bernt 1978 s. 318—320.

³²⁵ Lange-Nielsen 1968 s. 6.

anser det «... menneskelig talt sikkert ...», og tar dette til inntekt for at det kreves en overveiende (altså ganske stor) grad av sannsynlighet.³²⁶

Lange-Nielsen mener dommen gir en prinsipiell uttalelse om at beviskravet er strengt for årsakssammenheng. Han gir deretter sin tilslutning til uttalelsen, basert på en maktfordelingsbetraktning. Ifølge han bør ikke domstolene gripe inn i administrasjonens vurderinger og konstatere hva som er mest sannsynlig at administrasjonen ville lagt til grunn.³²⁷ Lange-Nielsen mener man burde være svært sikker på hva administrasjonen ville gjort, for å ikke undergrave rollefordelingen.

Bildet nyanseres noe av senere praksis, som ifølge Lange-Nielsen har en mindre prinsipiell tilnærming. Fraværet av prinsipielle uttalelser gjør at han selv vurderer hva beviskravene må ha vært basert på bevisene i saken. Først viser han en sak som kanskje krever sannsynlighet, og to med «... stor sannsynlighetsovervekt ...».³²⁸ Han konkluderer med at disse er innenfor rammen av Rådhusospitssakens uttalelse.

Derimot er det tre saker som problematiserer denne rammen, også disse uten prinsipielle betraktninger. Lange-Nielsen fremhever at det kan ses som et uttrykk for at Høyesterett «... i dag interesserer seg mindre for årsaksproblemet enn tidligere».³²⁹ Den mest oppsiktsvekkende dommen er Rt. 1965 s. 712 (*Georges*). Spørsmålet var nesten likelydende som Rådhusospits, nemlig hvorvidt bystyrets avslag på bevilling til å drive nattåpent var motivert av at restauranten sto i konflikt med fagforeningen. Prejudikatet var dermed *Rådhusospits*.³³⁰ Til tross for dette fikk saksøkerne erstatning «... uten at det var godtgjort eller sannsynliggjort ...» at nektelsen ville blitt gitt uavhengig av de usaklige hensyn.³³¹ Beviskravet var dermed

³²⁶ Rt. 1933 s. 548 s. 552. Lange-Nielsen 1968 s. 7—8 smh. s. 2. Han polemiserer også mot de som anlegger et synspunkt basert på at det mest sannsynlige skal legges til grunn, med henvisning til Frihagen, se s. 8 og artikkelens note 7.

³²⁷ Lange-Nielsen 1968 s. 9.

³²⁸ Lange-Nielsen 1968 s. 10—12, likelydende sitat s. 10 og 13. Dommen med det mildere beviskrav var noe uklar, se s. 11.

³²⁹ Lange-Nielsen 1968 s. 14—16.

³³⁰ Rt. 1965 s. 712 s. 715.

³³¹ Lange-Nielsen 1968 s. 18.

lavere enn overvektsprinsippet. Forklaringen på dette var rett og slett at Høyesterett ikke tok opp spørsmålet om bevis for årsakssammenheng.

Konklusjonen til Lange-Nielsen blir dermed at man ser en «... tendens til å stille mindre strenge krav til beviset ...» men likevel uten at man finner «... et prinsipielt syn som fjerner seg fra Rådhusospits-dommens.»³³²

Lange-Nielsen fremhever så at man *bør* fastholde utgangspunktene i *Rådhusospits*, og han gir også dette utgangspunktet anvendelse for andre saksforhold.³³³ Det mest interessante med denne artikkelen er kanskje hvor selvstendig den er fra den øvrige bevislitteraturen.

Beviskravene varierer både mellom spørsmål og over tid, og standpunktene begrunnes med betraktninger som er helt særegne for forvaltningsretten, som maktfordeling.³³⁴ Samtidig befestes den tendensen som viste seg i Lødrups gjennomgang av praksis — Høyesterett legger til grunn nye beviskrav, tilsynelatende uten å vite det selv.

4.4.5.3 *Spredte felter*

Det er også hensiktsmessig å spørre hvilke betraktninger som ble gjort om beviskravene i andre bøker i perioden rundt *P-pilledom I*. Spørsmålet kan formuleres som om de hovedsynspunkter som presenteres i den sivilprosessuelle litteraturen virker å ha fått gjennomslag andre steder allerede i denne perioden.

Av andre prosessrettslige fremstillinger er det to eksempler. I Knophs oversikt over norsk rett fra 1966 er det bevisbyrden og tvilsrisikoen som omtales, men man uttrykker at det ikke er noen klar regel om hvor sterkt beviset må være.³³⁵ En annen forfatter er Olav Lid, som skrev boken *Kort prosess*, fra 1968, en innføringsbok i prosessretten til landbruksstudentene på

³³² Lange-Nielsen 1968 s. 19.

³³³ Lange-Nielsen 1968 s. 22, 25 og 29.

³³⁴ Dette må nok ses i sammenheng med at verket kom før *Sivil rettergang*.

³³⁵ Aasland 1966 s. 608—609.

Ås.³³⁶ Han legger til grunn overvektsprinsippet som gjeldende rett med henvisning til Eckhoff.³³⁷

Lærebøker fra 70- og 80-tallet illustrerer imidlertid stor variasjon. I forvaltningsretten uttrykker Arvid Frihagen at forvaltningsorganet selv avgjør bevisets styrke, litt avhengig av hvor store konsekvenser avgjørelsen har.³³⁸ Eckhoff uttrykker i sin egen forvaltningsrettsbok at «... praksis varierer nokså meget ...», og at hensynet til å oppnå gode avgjørelser er avgjørende.³³⁹

I avtaleretten uttrykker Jo Hov at avtaleinngåelse krever sannsynlighet «... endel høyere enn 50 %...».³⁴⁰ Det samme uttrykkes av Carl Jacob Arnholm (riktignok i 1949), som går gjennom en del dommer og viser at vurderingen er nokså konkret.³⁴¹ For svik er kravet sannsynlighetsovervekt.³⁴² For urimelighet er kravet nå, ifølge Hov, sannsynlighetsovervekt, mens det tidligere var strengere.³⁴³

For injuriesøksmål hevder Henry John Mæland at kravet må være nærmere det strafferettslige beviskrav.³⁴⁴ I arbeidsretten er beviskravet for sykemelding strengt.³⁴⁵ For konkursåpning kreves vesentlig mer enn sannsynlighetsovervekt.³⁴⁶ Ellers er det vanligste å skrive om bevisbyrden, som Karsten Gaarder om kjøpsrett³⁴⁷, Peter J. Bernhardt om skipsrett,³⁴⁸ og Arne Kobbe om husleierett.³⁴⁹

³³⁶ Lid 1968, forord.

³³⁷ Lid 1968 s. 125.

³³⁸ Frihagen 1975 s. 165. Merk motsatt note 326 jf. Frihagen 1966 s. 54 note 38.

³³⁹ Eckhoff 1978 s. 323. For forvaltningsrett i dag se Graver 2004 s. 487.

³⁴⁰ Hov 1980 s. 49.

³⁴¹ Arnholm 1949 s. 132—136.

³⁴² Hov 1980 s. 223.

³⁴³ Hov 1980 s. 234—235, se Arnholm 1949 s. 307 i motsatt retning.

³⁴⁴ Mæland 1986 s. 179.

³⁴⁵ Bernhardt 1978 s. 137 og Gustavsen 1977 s. 22

³⁴⁶ Huser 1988 s. 39—41 og Brækhus 1987 s. 131—132.

³⁴⁷ Gaarder 1980 s. 16—18 og 103.

³⁴⁸ Bernhardt 1976 bl.a. s. 49, 67, 85.

³⁴⁹ Kobbe 1969 f. eks. s. 33, 42, 86 og 148.

Hvis jeg kan tillate meg å forskuttere litt, finnes det også to forvaltningsrettslige verk som går noe i dybden på 90-tallet. I barnevernssaker presenterer Knut Linboe «overveiende sannsynlig» som beviskravet for de mest inngripende tiltak, og *minimum* 50 prosent for de mindre inngripende, basert på rettspraksis.³⁵⁰ Lignende betraktninger anvendes om inngrep overfor gravide rusmiddelbrukere av Karl Harald Søvig, som foreslår et «relativt sannsynlighetsvilkår».³⁵¹

Det finnes flere eksempler på som blir referert av senere bevisrettslig litteratur, noe disse verkene ikke blir, og jeg kommer derfor tilbake til disse da.³⁵² I tillegg var det som nevnt flere forfattere som anvender overvektsprinsippet med en enkel henvisning til *Sivil rettergang*.³⁵³ Det er størst konsensus rundt begrepsbruk og hvilke spørsmål som vies oppmerksomhet, mens variasjonen er relativt stor for *de lege lata*-vurderinger.³⁵⁴ Et fellestrekk er at så godt som samtlige vurderer beviskravene i lys av hensyn som særskilt gjør seg gjeldende innenfor sitt eget felt, og ikke de mer allmenne bevisrettslige betraktninger som det sivilprosessuelle miljøet anvender.

4.4.6 En kort oppsummering før *P-pilledom I*

Til tross for at både Lødrup og Lange-Nielsens tekster er interessante, får de liten betydning for den senere utviklingen. De siteres nemlig ikke av noen når sivilprosesslitteraturen senere drøfter hva gjeldende rett for beviskravet i sivile saker er. Bare et fåtall bevisrettslige kilder har betydning for overvektsprinsippets utvikling.

Det som derimot har stor betydning, er konsolideringen av en felles bevisrettslig forståelse i Bratholm og Hovs verk, som tar utgangspunkt i både Eckhoff og Augdahl. Debatten dreies deretter over til å handle om gjeldende rett, en dreining denne oppgaven har tatt, og vil ta fremover. Et viktig poeng blir som i forrige avsnitt, å undersøke rettskilder eller bevisrettslige arbeider som *ikke* får noen relevans for overvektsprinsippet. I neste avsnitt skal jeg behandle *P-pilledom I*, utgangspunktet for debatten om beviskravet *de lege lata*.

³⁵⁰ Lindboe 1997 s. 54—55.

³⁵¹ Søvig 1999 s. 62 flg.

³⁵² Se første petit i 4.5.6.

³⁵³ Jf. note 299.

³⁵⁴ Se også, men i motsatt retning av min påstand her, note 299.

4.4.7 Bekrefter eller misforstår *P-pilledom I* utviklingen?

I 1974 kommer *P-pilledom I*. Saksforholdet var i korte trekk at en kvinne hadde omkommet som følge av hjertesykdom etter bruk av p-pillen Anlovar, produsert av selskapet Schering. Spørsmålet for Høyesterett var om p-pillen var årsak til hjertesykdommen. Retten uttrykker at «... enten kravet bygges på uaktsom informasjonssvikt eller på objektivt grunnlag», så har ikke dette noe å si, fordi bevisene er for svake.³⁵⁵ Dermed unngår retten å ta stilling til de (mer) kontroversielle ansvarsspørsmålene. Det forelå forskning som tilsa en viss mulighet for årsakssammenheng, men det var tvil om hvor mange piller hun hadde tatt, og hvor lenge siden sist hun hadde tatt pillene.³⁵⁶ Kumuleringen av alle tvilsmomentene gjorde at Høyesterett frifant Schering. Spørsmålet blir for det første hva dommen sier om beviskravet, og om det er noen klare grunner til at den gjør det.

Uten å henvide til tidligere rettspraksis, uttrykker Høyesterett at det må være «rimelig sannsynlighet» for at p-pillen var årsak til hjerteinfarkt.³⁵⁷ Nøyaktig hva uttrykket «rimelig sannsynlighet» betegner, er ikke enkelt å si, men det er strengere enn overvektsprinsippet. Mot slutten av dommen benytter retten uttrykket «rimelig sannsynlighetsovervekt».³⁵⁸ Beviskravet endrer seg derfor iløpet av dommen.

Fleischer kritiserer dette: «... *det helt avgjørende skjønnstema har blitt endret underveis*, uten at det foreligger noen som helst redegjørelse for hvorfor dette har skjedd ...».³⁵⁹ Som han også påpeker, foretar heller ikke Høyesterett noen vurdering av *alternative* årsaker. Dette er forutsetningen for å operere med *overvekt* som beviskrav, fordi noe bare kan ha overvekt i relasjon til noe annet.³⁶⁰

³⁵⁵ Rt. 1974 s. 1160 på s. 1174.

³⁵⁶ Rt. 1974 s. 1160 på s. 1174.

³⁵⁷ Rt. 1974 s. 1160 på s. 1166.

³⁵⁸ Rt. 1974 s. 1160 på s. 1174.

³⁵⁹ Fleischer 1977 s. 181—182, utheving i original.

³⁶⁰ Jf. Kolflaath 2008 s. 156 flg.

Som en del tidligere praksis fremstår *P-pilledom I* lite gjennomtenkt, og Lødrups analyse blir tilsynelatende ikke brukt på noen måte. Den svake tendensen mot mildere beviskrav fortsetter i *P-pilledom I*, men det er ikke klart hvorfor dommen gir grunnlag for generalisering, noe jeg kommer tilbake til i 4.5.2. Formuleringen «rimelig sannsynlighetsovervekt» blir ikke begrunnet, men retten kommer til å benytte denne formuleringen i flere dommer fremover.³⁶¹

4.5 Konformitet og overvektsprinsippets gjennomslag, 1974—2001

4.5.1 Presentasjon av analysen

Denne delen vil ta for seg utviklingen etter *P-pilledom I*. Jeg begynner med å si noe om hvilken betydning *P-pilledom I* fikk for overvektsprinsippets fremvekst (4.5.2). Jeg vil deretter se på Nils Nygaards erstatningsrettslige verk (4.5.3). Før *P-pilledom II* kommer det to interessante lovgiverarbeid innenfor erstatningsretten, og spredte uttalelser om beviskravet ellers (4.5.4). Deretter vil jeg omtale *P-pilledom II* (4.5.5), som strengt tatt kom etter Hovs første lærebok i sivilprosess. Det er imidlertid hensiktsmessig å behandle Hov og Jens Edvin A. Skoghøy samlet, og i sammenheng med *P-pilledom II* (4.5.6). Deretter vil jeg behandle tvistelovsutvalget som innstilte til ny tvistelov (4.5.7).

4.5.2 P-pilledommens betydning og særpreg

P-pilledommens betydning er ikke først og fremst beviskravet den la til grunn. Dette gikk man senere bort fra. Det interessante er virkningen dommen har på debatten, og hvorvidt denne virkningen var en selvfølge.

I seg selv avklarer dommen ganske lite, og den sier ingenting om beviskravet i erstatningsretten generelt, eller sivile saker generelt. Fleischers kritikk av dommen er allerede nevnt, men dommen er også utgangspunktet for Nils Nygaard, Ole Hagen og Siri Nome sin bok *Årsak og Bevis* som kommer i 1986. Den primære virkningen av dommen er nok dermed at den åpner muligheter for debatt. Deretter dreier diskusjonen om beviskravet *de lege lata* seg over i et spor der *årsakskravet i erstatningsretten* blir rettskildegrunnlaget for beviskravet i alle sivile saker.³⁶²

³⁶¹ Se tabellen nedenfor i 4.5.6.

³⁶² Se gjennomgangen av praksis som siteres til støtte for overvektsprinsippet i 4.5.6.

Selv innenfor erstatningsretten ville det vært oppsiktsvekkende å generalisere *P-pilledom I*. Ser man på *Torpedodommen*, så fremstilles denne i et helt annet lys av den eldre erstatningsrettslige litteraturen. Kristen Andersen skriver i 1959 at dommen er «... utpreget konkret forankret ...» og at det var «... spesielle omstendigheter ...» som gjorde at Høyesterett kom til den konklusjonen de gjorde, nemlig at kravet var rimelig sannsynlighetsovervekt.³⁶³

P-pilledom I kunne også blitt fortolket i et slikt lys, som blir gjort når departementet i proposisjonen til produktansvarsloven tar opp sakstypen (produktansvar ved masseproduksjon). De uttrykker at beviskravet ikke må være så strengt at det medfører at forbrukeren mister sine rettigheter som bruker av p-piller. En lignende problemstilling hadde nemlig oppstått i flere land,³⁶⁴ og departementet uttrykker at i:

«... mange land har domstolene i produktansvarssaker reagert mot beviskravene i den tradisjonelle erstatningsrett. Departementet antar at domstolene har runnet [sic!] det ubehagelig å skulle nekte erstatning i tilfelle hvor den typiske produktskadesituasjon ikke gir skadelidende noen mulighet for å føre det tilstrekkelige bevis for ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng».³⁶⁵

Det er derfor mulig å si at selve dommen med sitt (på det tidspunktet) milde beviskrav var et spesielt tilfelle. At disse betraktningene ikke ble tatt med i generaliseringen av *P-pilledom I*, er en sentral årsak til at overvektsprinsippet vant frem. Dette må forstås på bakgrunn av det sivilprosessuelle miljøet sin sterke innflytelse, noe neste avsnitt skal gi et eksempel på.

4.5.3 Det sivilprosessuelle miljøets påvirkning på erstatningsretten

³⁶³ Andersen 1959 s. 18—19.

³⁶⁴ Dette blir også tatt opp i en populærvitenskapelig bok om p-pillen, se Kjærsgård 1982 s. 133 flg.

³⁶⁵ Se punkt 4.5.4 og Ot.prp. nr. 48 (1987-1988) s. 75 Lignende begrunnelse for lavt beviskrav i Lødrup 1987 s. 233.

Nils Nygaards lærebok, *Skade og ansvar*, blir utgitt i flere utgaver i det aktuelle tidsrommet. Problemstillingen her er om det kan spores en utvikling i de tre utgavene i perioden, fra 1975, 1980 og 1984. Deretter vil jeg se på det bevisrettslige verket *Årsak og bevis* fra 1986.

I den første og andre utgaven av *Skade og ansvar* er det «... generelle og prinsipielle kravet [...] rimelig overvekt i høve til alternativ som ingen hefter for ...». ³⁶⁶ Formuleringen til Nygaard er svært presis, og utformet på bakgrunn av *P-pilledom I*. Et krav til rimelig overvekt gjelder spesifikt i de tilfeller der spørsmålet er årsakssammenheng i erstatningssaker, det finnes alternative årsaksforklaringer, og de alternative faktorene som kan være årsak, er årsaker ingen person hefter for. ³⁶⁷ Nygaard konkluderer med at ved to alternativ er overvekt nok, mens det ved flere alternativer kan det være rimelig «...å krevja litt meir.» ³⁶⁸

Først i 1980-utgaven har uttrykket «... beviskrav ...» kommet med, men ellers ikke noe nytt. ³⁶⁹ I 1984-utgaven konstaterer Nygaard derimot at i «... utgangspunktet gjeld vanlege beviskrav.» Med henvisning til *Sivil rettergang* skriver Nygaard at kravet for sivile saker generelt må påstanden være «... godtgjort eller sannsynleggjort.» ³⁷⁰ Dette er et av de tydeligste eksemplene på Bratholm og Hov sin innflytelse.

Nygaards bevisrettslige arbeider går mest i dybden med boka *Årsak og bevis* fra 1986. Boka er skrevet sammen med statistiker Ole Hagen og medisiner Siri Nome. Jeg kommer ikke til å behandle de inngående bevisteoretiske innspillene. Spørsmålet er hva Nygaard mener om beviskravet i erstatningssaker, og generelt i sivilprosessen.

Beviskravet generelt presenteres innledningsvis som vanlig overvekt. Nygaard peker for årsakskravet på *P-pilledom I* som en stadfesting av at gjeldende rett krever «... rimelig

³⁶⁶ Nygaard 1975 s. 183 tilsvarende uttalelser i Nygaard 1980 s. 292. Også liknende utgangspunkter i Engstrøm 1981 s. 124.

³⁶⁷ For alternative årsaker noen hefter for mener Nygaard kravet *bare* er overvekt, Nygaard 1975 s. 185—186.

³⁶⁸ Nygaard 1975 s. 185—186. Det er ikke helt klart hvordan han bruker overvekt-ordet på dette tidspunktet.

³⁶⁹ Nygaard 1980 s. 291.

³⁷⁰ Nygaard 1984 s. 305, merk at «godtgjort» ikke vanligvis benyttes synonymt med «sannsynlighetsovervekt».

sannsynlighetsovervekt ...». ³⁷¹ Han viser også til Rt. 1979 s. 1224 (*Kjele*) og Rt. 1980 s. 1299 (*Ulnarisnerve*), ³⁷² som begge konstaterer et krav til rimelig sannsynlighetsovervekt med henvisning til p-pillesaken. ³⁷³ Han begrenser samtidig regelens anvendelsesområde til «... bevis for faktisk årsakssammenheng ...». ³⁷⁴

Han kommer senere tilbake til sivilprosessen, og her skriver han at overvektsprinsippet bare er «... tilrådd å vera *hovudregelen*». ³⁷⁵ Senere uttrykker han også at bevisteorien ikke mener det foreligger noe generelt utgangspunkt, men at det avgjøres mer konkret «... ut fra aksepterte bevisrettslege omsyn ...». ³⁷⁶

De gangene Nygaard uttrykker noe om beviskravet er det knyttet opp til helt konkrete bevistema. ³⁷⁷ Tross bokens kompleksitet og høye intensjonsdybde bidrar den dermed i liten grad til avklaring av gjeldende rett i sivilprosessen generelt. Noen steder er slutningene boken trekker fra praksis utpreget presise, mens andre ganger generaliseres det uten nærmere redegjørelse for hvorfor.

4.5.4 Lovgiveruttalelser før *P-pilledom II*

I løpet av 80-tallet kommer noen proposisjoner som kunne hatt, men ikke får, betydning for beviskravet, og spesielt bevis om årsakskravet. Spørsmålet er om det er noen veiledning om beviskravet fra lovgivers hold. Jeg ser her bort fra utvalgsuttalelser, med mindre de er relevante for å forstå uttalelser i proposisjonene.

³⁷¹ Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 15 og 41. Uttalelsene er noen ganger motstridende, som at han mener beviskravet for årsakssammenheng gjelder for *sivilprosessen generelt* noen steder, mens f. eks. s. 133—134 bare for erstatningsretten, se også note 375.

³⁷² Han bruker disse på mange forskjellige måter. Se særlig Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 136—142 for generelle redegjørelser av dommene, mens de er mer konkret anvendt på sidene 151—175.

³⁷³ Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 41 nærmere s. 133 flg.

³⁷⁴ Bidraget i festskriftet til Torstein Eckhoff, Nygaard 1986 s. 480, jf. s. 492 note 2, er noe mindre tydelig på akkurat dette.

³⁷⁵ Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 92, hans utheving.

³⁷⁶ Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 170 smh. s. 169.

³⁷⁷ For eksempel s. 153 der Nygaard skriver at «Og beviskravet i magnetittdommen var her: 'klart sannsynleg'. ... Konklusjonen må bli at det for *slutninga om årsaksevne* [min uthv.] blir stilt – og bør vel bli stilt – *same beviskrav* [hans uthv.] som for bevis for dei faktiske føresetnadene som ligg til grunn for *slutninga* ...».

Det første er departementets lovutkast til ny forurensingslov, som særskilt tar opp spørsmålet om bevis. Departementet viser til Lødrups bok om erstatningsrett, som støtter overvektsprinsippet.³⁷⁸ De viser også til NOUen, som henviser til Nygaard og Lødrup.³⁷⁹ Det vesentlige poenget er at det er *rimelig overvekt* som får departementets tilslutning. Dersom de potensielle årsakene er flere enn én, skal man legge til grunn noe mer enn sannsynlighet, mens det motsatt er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt der det bare er to potensielle forklaringer.³⁸⁰ Hvorvidt overvektsprinsippet gjelder generelt, sier man ikke noe om.

Det mest interessante er det nevnte utkastet til produktansvarslov. Her tar departementet stilling til beviskravet. Departementet mener nemlig *P-pilledom I* ikke bør gi uttrykk for gjeldende rett. Tvert imot skriver de at «... kravene til bevisets styrke må avhenge av partenes bevisposisjoner og av sannsynligheten for at skaden i vesentlig grad kan skyldes andre omstendigheter enn produktet». Man mener videre at «... utgangspunktet for fastsettelsen av beviskravene i slike saker må være at de ikke gjøres strengere enn at en vesentlig del av de skadelidte vil kunne oppfylle dem ...».³⁸¹ Departementet er direkte uenig i utvalget, som la til grunn at Høyesteretts vurdering var riktig.³⁸² Fra lovgivers side blir det derfor lagt til grunn at man ønsker et annet og mer konkret beviskrav enn litteraturen og Høyesterett gjør for produktansvaret. Lovgivers uttalelser er imidlertid mangfoldige.

Spesielt er det mangfold der man ikke drøfter spørsmålet, og standpunktene forblir implisitte eller ubegrunnede.³⁸³ Jeg legger derfor heller ikke spesielt mye i disse uttalelsene. I skatteretten legger man til grunn et krav om godtgjørelse som utgangspunkt.³⁸⁴ Forarbeidene

³⁷⁸ Henvisning s. 60, Lødrup 1987 s. 233.

³⁷⁹ NOU 1982: 19 s. 108 flg.

³⁸⁰ Ot.prp. nr.33 (1988—1989) s. 61.

³⁸¹ Ot.prp. nr. 48 (1987—1988) s. 75—76.

³⁸² NOU 1980:29 s. 141, smh. med uttalelsen i Ot.prp.nr.48 (1987—1988) s. 76 om senskader spesielt, at det er mange forskjellige hensyn og at spørsmålet må løses etter «... overveielse av denne art og ikke ut fra et formelt prinsipp om overveiende sannsynlighet.»

³⁸³ Et unntak til er Ot.prp. nr. 72 (1982—1983) til petroleumsvirksomhetsloven, s. 128 hvor det uttrykkes at «... de vanlige prinsipper i sivilprosessen» skal brukes, uten å si noe mer om hva disse er. I lovutkastet der man tilføyer erstatning for fiskere i den samme petroleumslø, Ot.prp. nr. 25 (1988—1989), uttrykker man også at vanlige prinsipper skal brukes, men mener med dette at man *ikke* kan si at kravet er «... at det bør være nok at tapet er sannsynliggjort.», på s. 37. Utvalget som forberedte loven, og som departementet uttrykker enighet med legger til grunn rimelig overvekt som beviskrav, se NOU 1986:6 s. 82.

³⁸⁴ Ot.prp. nr. 26 (1980-1981) s. 56.

til lov om verdipapirhandel fra 1991 siterer Bratholms bok om straffeprosess og mener man må falle tilbake på overvektsprinsippet.³⁸⁵ Forarbeidene til lov om yrkesskadeforsikring og lov om vern mot smittsomme sykdommer krever rimelig sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng.³⁸⁶

Lovgivers uttalelser er dermed ikke entydige i denne perioden, og på forskjellige felter uttrykker man forskjellige beviskrav. De gir dermed relativt lite veiledning. Det mest interessante er nok likevel proposisjonen til produktansvarsloven, som eksplisitt tar opp spørsmålet som senere skal drøftes i *P-pilledom II*.

4.5.5 Overvektsprinsippets gjennomslag i *P-pilledom II*?

P-pilledom II er dommen som blir tatt til inntekt for at overvektsprinsippet gjelder generelt i alle sivile saker.³⁸⁷ At den blir tatt til inntekt for dette, er en vel så viktig hendelse som dommen i seg selv, men jeg kommer tilbake til hvordan dette skjer. Spørsmålet er først hva dommen avklarer.

Som i *P-pilledom I* er spørsmålet om bruk av p-piller var årsak til hjertesykdom. I motsetning til den tidligere saken var det imidlertid sikkerhet rundt selve bruken av pillene. En av de sakkyndige fremhevet alkohol- og sigarettkonsum som mulige alternative årsaker, eventuelt også et traume eller en infeksjon. Høyesterett la likevel til grunn at p-pillen var en nødvendig årsak til skaden. Ansvarsgrunnlaget i saken var det ulovfestede objektive ansvaret, ettersom produktansvarsloven på skadetidspunktet ikke hadde trådt i kraft.³⁸⁸ Førstvoterende uttrykker følgende om bevisspørsmålet:

«Høyesterett har i saken i Rt-1974-1160 [*P-pilledom I*, min anm.] antatt at produsenten ikke kan pålegges erstatningsansvar med mindre det kan sies å være en

³⁸⁵ NOU 1990:23 s. 145, note 45 og Ot.prp. nr. 72 (1990—1991) s. 35, handler egentlig om strafferettslig regulering, men man uttrykker seg om sivile saker som bakgrunn, men dette er antageligvis en følge av at referansepunktet er Bratholms bok om straffeprosess.

³⁸⁶ Ot.prp. nr. 44 (1988—1989) s. 25 og Ot.prp. nr. 91 (1992—1993) s. 177.

³⁸⁷ Se Hov, 1994 s. 438 og Skoghøy 1998 s. 656 note 22 og mine noter 9 og 15.

³⁸⁸ Rt. 1992 s. 64, på side 79—80.

‘rimelig sannsynlighet’ eller en ‘rimelig sannsynlighetsovervekt’ for at skaden er forårsaket ved bruken av p-piller. Dette vil etter min mening, her som ellers i erstatningsretten, innebære at det må være mer sannsynlig at bruken av p-piller har vært en nødvendig årsak til trombosen enn at den ikke har vært det». ³⁸⁹

Denne uttalelsen er både avklarende og interessant på flere måter. Man presiserer for det første vurderingstemaet i *P-pilledom I* til å bety «sannsynlighetsovervekt». ³⁹⁰ Samtidig sier man ikke mer enn at dette gjelder ved årsaksvurderingen i erstatningsretten. ³⁹¹ Deretter kommer følgende uttalelse:

«Det betyr at dersom skaden kan være forårsaket av bare en av flere mulige – men hver for seg uavhengige – årsaksfaktorer, må p-pillen være mer sannsynlig som årsak til trombosen enn de øvrige alternativer samlet. I denne saken hvor de beste grunner taler for at det foreligger samvirkende skadeårsaker, vil det imidlertid være tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt for at p-pillebruken har vært en nødvendig medvirkende årsak til skaden». ³⁹²

Høyesterett uttrykker dermed at årsaken må være mer sannsynlig enn *de øvrige alternativer samlet*. Dette i motsetning til de øvrige alternativer overhodet. Dette er det første tydelige standpunktet til innholdet i *overvekt*-delen av overvektsprinsippet, nemlig at Høyesterett mener at x må være større enn ikke-x, og ikke at x bare må være større enn andre mulige årsaker hver for seg. Fleischers kritikk var at Høyesterett ikke presiserte dette i *P-pilledom I*. ³⁹³

³⁸⁹ Rt. 1992 s. 64, på side 70. Dommen er en dissens, men annenvoterende slutter seg til førstvoterende i spørsmål om bevis generelt, se s. 83.

³⁹⁰ Hans M. Michelsen sin lærebok i sivilprosess legger motsatt til grunn at Høyesterett ikke foretar en tilbakeskuende fortolkning av tidligere dommer, men at retten må tolkes som at beviskravet i *P-pilledom II* var rimelig sannsynlighetsovervekt. Se Michelsen 1999 s. 214.

³⁹¹ Ingen av partene hadde heller anført at beviskravet gjaldt i hele sivilprosessen. Begge hadde tvert imot anført «rimelig sannsynlighetsovervekt» som beviskrav, se dommens s. 66—68.

³⁹² Rt. 1992 s. 64, på side 70.

³⁹³ Ovenfor i 4.5.2

Men dette gjelder ikke der årsakene er *samvirkende*, altså ikke gjensidig utelukkende. I det tilfellet vil det være tilstrekkelig med *overvekt i forhold til de andre årsakene*. Dette er egentlig det nyeste i *P-pilledom II*.

Rettsens standpunkt påvirkes også tydelig av Nygaard. De skriver nemlig at de må vurdere: «... om denne risikoen har *realisert seg* i dette tilfellet.».³⁹⁴ Realiseringslæren til Nygaard får dermed et slags gjennomslag.³⁹⁵ Denne ble utviklet i *Årsak og bevis*, og indikerer at Høyesterett trolig bygde på boken i *P-pilledom II*, også for andre standpunkter.

Det sentrale er likevel at dommen ikke handler om beviskravet i sivile saker.³⁹⁶ Noen prinsippavgjørelse for hele sivilprosessen er det vanskelig å se at den var. Bevistema er spesifikt de tilfeller Nygaard mente skulle behandles med overvektsprinsippet, nemlig årsaksspørsmålet ved samvirkende årsaksfaktorer.

4.5.6 Jo Hov og Jens Edvin A. Skoghøy — overvektsprinsippets endelige gjennomslag

To større verk konkluderer med at overvektsprinsippet er gjeldende rett etter *P-pilledom II*. Dette er de sivilprosessuelle lærebøkene til Hov og Skoghøy. Spørsmålet her er hva Hov og Skoghøy mener er gjeldende rett på 90-tallet, og hvordan dette begrunnes i rettskildene. Deretter vil jeg problematisere rettskildegrunnlaget de baserte seg på.

I Hovs første utgave av *Rettergang i sivile saker* fra 1991, før *P-pilledom II*, mener Hov man har til gode den «[s]tore og grunnleggende prinsippavgjørelse vedrørende bevisbyrdespørsmål.»³⁹⁷ Han er sterkt kritisk til beviskrav over 50 prosent, da han mener dette vil skape situasjoner der man legger til grunn det minst sannsynlige. Blant andre grunner vil derfor dommene med rimelig overvekt som beviskrav være «... logisk umulig å operere med

³⁹⁴ Rt. 1992 s. 64, på side 71, min utheving.

³⁹⁵ Se også side 75 der det uttales at «Spørsmålet blir så om p-pillens *årsaksevne* har *realisert seg* i dette tilfellet.», min utheving.

³⁹⁶ Tilsv. Kolflaath 2008, side 162, og Strandberg 2005 s. 83.

³⁹⁷ Hov 1991 s. 430, når han skriver bevisbyrde mener han beviskrav, se ovenfor under 4.4.4.

...» som utgangspunkt.³⁹⁸ Hov problematiserer også særskilt hvor gjennomtenkt de erstatningsrettslige sakene med strengere beviskrav egentlig er.

P-pilledom II endrer på dette når andre utgave av *Sivil rettergang* kommer i 1994. Dommen «... innebærer [...] en betydelig avklaring av beviskravsspørsmålet de lege lata.»³⁹⁹ Ifølge Hov er dommen «... et prinsipielt gjennombrudd for ...» overvektsprinsippet, og man foretar en «... etterfølgende fortolkning ...» av det tidligere beviskravet rimelig sannsynlighetsovervekt. Den som venter på noe godt, venter altså ikke forgjeves.

En liten digresjon er at Lødrups lærebok i erstatningsrett fra 1995, henviser til Hov for å begrunne at overvektsprinsippet gjelder generelt. Hovs standpunkt, som bygger på *P-pilledom II*, brukes så av Lødrup som argument for at overvektsprinsippet gjelder i erstatningsretten.⁴⁰⁰

Hov formulerer lignende tanker i sitt trebindsverk om prosess fra 1999, men er nå enda klarere på *P-pilledom II* sin betydning. Her skriver han at dommen er «... et signal om at en vil bygge på et tilsvarende prinsipp der en ikke har særlige holdepunkter — f. eks reelle hensyn — for å velge et annet bevisbyrdeprinsipp ...».⁴⁰¹ Først i denne utgaven nevner Hov at dommen bare gjaldt erstatningssaker.

Skoghøys verk *Tvistemål* fra 1998 mener at overvektsprinsippet «... gradvis ...» har «... slått igjennom i rettspraksis ...».⁴⁰² Det «... endelige gjennombruddet ...» kom med *P-pilledom II*, men heller ikke han nevner at saken kun gjelder årsaksspørsmålet i erstatningsretten.⁴⁰³ I tillegg til prosesslitteraturen som allerede er omtalt i oppgaven viser han til Scheis

³⁹⁸ Hov 1991 s. 429.

³⁹⁹ Hov 1994 s. 438.

⁴⁰⁰ Lødrup 1995 s. 279.

⁴⁰¹ Hov 1999 s. 265.

⁴⁰² Skoghøy 1998 s. 656, mens i en domssamling fra sivilprosessen i 2001 uttrykker også Skoghøy og Hauge at *P-pilledom II* bare «illustrerer» utgangspunktet om overvektsprinsippet, og sier altså ikke at selve dommen var den som etablerte prinsippet, se Skoghøy og Hauge 2001 s. 263.

⁴⁰³ Skoghøy nevner i note 27 Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 275, som handler om krav til sannsynliggjørelse av vilkårene for arrest etter tvangfullbyrdelsesloven. Departementet gir ikke tilslutning til noen generelle regler her. Referansen til s. 340 kan derimot kanskje støtte en slik tolkning. Departementet foreslår å lovfeste et krav om godtgjørelse, og sier at det er «... et strengere krav til sannsynliggjøring enn det som følger av det alminnelige krav om sannsynlighetsovervekt.»

kommentarutgave til tvistemålsloven fra 1990, som uten noen henvisninger slår fast at «... hovedregelen må være ...» overvektsprinsippet.⁴⁰⁴ I tillegg refereres Eckhoffs artikkel om tema- og bevisverdimetode fra 1992 som heller ikke sier noe om overvektsprinsippet *de lege lata*.⁴⁰⁵

Skoghøy refererer også til noe litteratur utenfor sivilprosessen, som en kommentarutgave til tvangsfullbyrdelsesloven der tvfbl. § 15-6 omtales. Her uttrykkes det at dommeren må legge til grunn det mest sannsynlige. Formuleringen de bruker indikerer at forfatterne mener overvektsprinsippet gjelder generelt.⁴⁰⁶ Asbjørn Kjønstad om yrkesskadetrygd fra 1979 siteres, og han uttrykker *de lege ferenda* at man bør bruke det mest sannsynlige innenfor trygderetten, men legger til grunn *de lege lata* at kravet er strengere.⁴⁰⁷ Skoghøy refererer også til Gudrun Holgersens avhandling om trygderett fra 1992, som anvender overvektsprinsippet, med referanse til *Sivil rettergang*.⁴⁰⁸ Hun viser også til at særdomstolen trygderetten (nesten) har lagt til grunn overvektsprinsippet. Disse henvisningene er dermed noe delte, men støtter Skoghøys overordnede poeng.⁴⁰⁹

Det mest interessante er hvilken praksis de henviser til. Hov og Skoghøy siterer de samme dommene, men Skoghøy siterer noen flere. De siterer begge *Torpedo*, *Fjellvann*, *P-pilledom I*, *Kjele*, *Ulnarisnerve*, Rt. 1985 s. 362 (*Nornesbrukene*) og *P-pilledom II*. Skoghøy legger til Rt. 1975 s. 82 (*Kraniebrudd*), Rt. 1976 s. 239 (*Motorhavari*, mindretallets votum), Rt. 1991 s. 697 (*Hjerneslag*), Rt. 1996 s. 864 (*Oppreisning for overgrep*), Rt. 1997 s. 1 (*Nakkesleng*) og Rt. 1997 s. 1608 (*Riast/Hylling*).⁴¹⁰

Ettersom Høyesterett formulerer seg relativt tydelig i alle disse sakene, lar de seg lett stille opp på denne måten:⁴¹¹

| Referanse (dom, side) | Saksfelt | Beviskrav |
|-------------------------|-----------------------|------------------|
| Rt. 1955. s 919, s. 923 | Personskadeerstatning | Mest nærliggende |

⁴⁰⁴ Schei 1990 s. 12.

⁴⁰⁵ Eckhoff 1992 s. 85—86.

⁴⁰⁶ Falkanger, Flock, Waaler 1995 s. 904

⁴⁰⁷ Kjønstad 1979 hhv. s. 59 og 57. Begrunnelsen *de lege ferenda* er mer eller mindre at det er «... alt for komplisert ...» å gi beviskravet på bakgrunn av hensynene som gjør seg gjeldende i saken.

⁴⁰⁸ Holgersen 1992 s. 248 note 152.

⁴⁰⁹ Se også Øie 1994 s. 517—541 som gjennomgår praksis fra trygderetten (altså den spesifikke domstolen), og konkluderer med en tendens mot mildere beviskrav.

⁴¹⁰ Skoghøy 2014 s. 878 note 64 siterer de samme dommene før 1992 som eksempel på overvektsprinsippet før *P-pilledom II*.

⁴¹¹ Jeg må her og under begrense gjengivelsen av faktum på grunn av ordgrensen.

| | | |
|-----------------------------------|-------------------------------|---|
| Rt. 1961 s. 973, s. 976 | Personskadeerstatning | «... godtgjort eller sannsynliggjort ...». |
| Rt. 1974 s. 1160, s. 1166 og 1174 | Personskadeerstatning | Rimelig sannsynlighet og rimelig sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1975 s. 82, s. 87 | Personskadeerstatning | Rimelig sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1976 s. 239, s. 240 | Erstatning i kontraktsforhold | Godtgjort |
| Rt. 1979 s. 1224, s. 1229 | Personskadeerstatning | Rimelig sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1980 s. 1299, s. 1305 | Personskadeerstatning | Rimelig sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1985 s. 362, s. 369 | Tingsrett | De beste grunner |
| Rt. 1991 s. 697, s. 702 | Personskadeerstatning | Sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1992 s. 64, s. 70 | Personskadeerstatning | Sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1996 s. 864, s. 869—870 | Oppreisningserstatning | Klar sannsynlighetsovervekt men uttalt at det alminnelige krav i erstatningsretten er sannsynlighetsovervekt. |
| Rt. 1997 s. 1, s. 12 | Personskadeerstatning | Sannsynlighetsovervekt |
| Rt. 1997 s. 1608, s. 1616 | Tingsrett | Sannsynliggjort |

Tendensen er åpenbar: I personskadeerstatningssaker beveger beviskravet seg fra «rimelig sannsynlighetsovervekt» til «sannsynlighetsovervekt». I andre saker varierer måten beviskravet formuleres på. De tingsrettslige sakene er heller ikke så gode eksempler på overvektsprinsippet som et generelt utgangspunkt. Dommen fra 1997 behandler vilkåret i reindriftsloven av 1978 § 2.⁴¹² Her er det klart at lovgiver er den som har stilt opp kravet til sannsynliggjøring for alders tids bruk.⁴¹³ Den andre tingsrettslige saken bruker uttrykket «de beste grunner», og jeg er enig med Hov som mener dette ikke tilsvarer overvektsprinsippet.⁴¹⁴

Til støtte for Hov og Skoghøys tolkning kan man legge til at Høyesterett for erstatning ved illojalitet anvender overvektsprinsippet på vurderingen av tapets størrelse.⁴¹⁵ I en annen sak brukes overvektsprinsippet på påregnelighetskravet i årsaksvurderingen etter vederlagsloven (ekspropriasjon).⁴¹⁶ I en sak om inndragning av skjenkebevilling uttrykker man et krav om

⁴¹² Rt. 1997 s. 1608 på side 1616.

⁴¹³ Dette går bla. frem av en senere dom, Rt. 2001 s. 769 på side 787—788. Dommen siteres også i Skoghøys andre utgave til støtte for overvektsprinsippet, se Skoghøy 2001 s. 675 note 25.

⁴¹⁴ Hov 1994 s. 438.

⁴¹⁵ Rt. 1990 s. 607 på side 616—617.

⁴¹⁶ Rt. 1992 s. 217 på side 225.

«... rimelig sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng.», og generaliserer dermed på bakgrunn av at begge spørsmål er årsaksspørsmål.⁴¹⁷ Det andre feltet hvor overvektsprinsippet synes å være utgangspunktet er forsikringsretten, der flere saker rundt 90-tallet viser at Høyesterett mener det strengere beviskravet ved påstand om klanderverdig atferd er et unntak.⁴¹⁸

Det må likevel kunne slås fast med ganske stor sikkerhet at det ‘alminnelige’ overvektsprinsippet ikke hadde tilslutning fra Høyesterett. Beviskravet gjaldt spesifikt erstatningssakene og kanskje spørsmålet om årsakssammenheng. Uten å legge for mye i det, er overvektsprinsippet faktisk anført som et *alminnelig* prinsipp i Rt. 1996 s. 864, men Høyesterett nøyer seg med å si at prinsippet gjelder i erstatningsretten.⁴¹⁹

I tillegg finnes det eksempler, selv innenfor årsakskravet på personskadefeltet, hvor Høyesterett benytter strengere krav. Dette er ikke et avgjørende argument mot overvektsprinsippet som utgangspunkt, men det illustrerer likevel at tendensen ikke var entydig. I Rt. 1988 s. 244 er kravet godtgjørelse.⁴²⁰ I Rt. 1989 s. 674 er utgangspunktet rimelig sannsynlighetsovervekt, men det uttales at styrken avhenger av «... omstendighetene i den enkelte sak ...».⁴²¹ Utenfor personskadefeltet er mitt inntrykk at beviskravene varierer, men tenderer mot mildere krav jo senere de er fra. Rt. 1980 s. 1558 om skifte krever godtgjørelse med overbevisende styrke for å fravike en særeieavtales form og innhold, men rimelig sannsynlighetsovervekt for spørsmålet om overføringen var en gave.⁴²² I Rt. 1988 s. 349 uttrykkes det at det *ikke* er «... tilstrekkelig at det er overveiende sannsynlig at det eksisterer sameie.»⁴²³ Rt. 1981 s. 581 handler om ansvar for tapt last etter yrkestransportloven, og her brukes uttrykket «godtgjørelse».⁴²⁴ Rt. 1989 s. 1392 omhandler eksistensen av et motkrav, og beviskravet er «...

⁴¹⁷ Rt. 1995 s. 781 s. 792, følges opp i Rt. 2002 s. 683 s. 695. Dette vil antageligvis være et mellomstøtt mellom tillatelse og inndragning, om vi sammenligner med Lange-Nielsens synspunkter.

⁴¹⁸ Se for eksempel Rt. 1991 s. 520 på side 522, Rt. 1990 s. 1082 på side 1086, Rt. 1985 s. 211 på side 214 og Rt. 1990 s. 607 på side 616—617. Se også utviklingen i beviskravet for forsett ved forsikringssvindel med strengt beviskrav, redegjort for i Nygaard 2002 s. 43—44.

⁴¹⁹ Se tabellen.

⁴²⁰ Rt. 1988 s. 244 på side 250, det er nærliggende å tolke godtgjørelse noe strengere enn overvektsprinsippet se Skoghøy 1998 s. 655, i tillegg til at man avviser at kommunen må «sannsynliggjøre» sin påstand.

⁴²¹ Rt. 1989 s. 674 på side 679, jeg tolker dette som mer varierende enn utgangspunkt/unntak-modellen i Hov/Skoghøy.

⁴²² Rt. 1980 s. 1558 på side 1561 (som fremhever eksplisitt at det er snakk om et bevisspørsmål) og 1562.

⁴²³ Rt. 1988 s. 349 på side 350. Lagmannsrettens uttalelse, men får støtte av ankeutvalget.

⁴²⁴ Rt. 1981 s. 581 på side 584.

betydelig sannsynlighetsovervekt ...».⁴²⁵ Rt. 1988 s. 20 handler om diskriminering i ansettelsessammenheng, og kravet er «godtgjort».⁴²⁶

En oppsiktsvekkende uttalelse kommer også i Rt. 1996 s. 572 om beviskrav ved fritak fra militær tjeneste. Staten hadde prosedert på at det var tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, og mente dette var det generelle kravet i sivile saker (s. 582). Høyesterett mener det strafferettslige beviskrav måtte legges til grunn, på bakgrunn av en omfattende redegjørelse fra forarbeidene. Avslutningsvis uttrykker likevel Høyesterett at enten man bruker et «... alminnelig sivilrettslig overvektsprinsipp ...» eller om man bruker «... det strafferettslige bevisbyrdeprinsipp ...» så vil dette «... neppe gi seg så store utslag ...» (s. 586). På den ene siden virker det dermed som om de gir tilslutning til overvektsprinsippet gjelder generelt i sivile saker, samtidig som de uttrykker at prinsippet i praksis vil gi resultater tilsvarende et prinsipp om at all rimelig tvil skal komme tiltalte til gode. Denne dommen er så spesiell at jeg ikke legger særlig vekt på uttalelsene.

Som jeg også tidligere har uttrykt er det en tendens mot mildere krav. Å påstå at det var en slik tendens er diskutabelt, men ikke særlig problematisk. Mitt inntrykk er at praksis varierte og la til grunn forskjellige og noen ganger milde krav, men uten å si noe om at overvektsprinsippet var utgangspunktet. Men selv om en slik tendens skulle eksistere på andre felter enn innenfor erstatningsretten, så er dette ikke noe Hov eller Skoghøy har referert til. Dermed blir slutningene deres kritikkverdige og et svakt grunnlag å danne et prinsipp for hele sivilprosessen på.

4.5.7 Tvistelovutvalgets bekreftelse av overvektsprinsippet

På 2000-tallet kommer utredningen til den nye tvisteloven, *NOU 2001: 32 Rett på sak*, hvor Tore Schei er utvalgsleder. Her legges det til grunn at overvektsprinsippet er gjeldende rett, med henvisning til Skoghøy, Hov, Scheis egen kommentarutgave, samt *P-pilledom II*.⁴²⁷

Selve drøftelsen av beviskravet i kapittel 16.4 får imidlertid ikke tilslutning fra departementet, bare utvalgets korte(re) bemerkning om spørsmålet i kapittel 16.3.⁴²⁸ Det mest konkrete departementet uttrykker om beviskravet er at det kan være vanskelig «... å formulere det

⁴²⁵ Rt. 1989 s. 1392 på side 1393. Skifterettens uttrykk, men det var bevisvurderingsspørsmålet som var anket, og Høyesterett aksepterer formuleringen av beviskravet.

⁴²⁶ Rt. 1988 s. 20 på side 29.

⁴²⁷ NOU 2001: 32 A s. 459.

⁴²⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004—2005) s. 453.

riktige rettslige kravet til bevis uten at det skjer sammen med en konkret bevisbedømmelse ...». ⁴²⁹ Ellers uttrykker ikke departementet noe om hva utgangspunktet skal være, og nevner for eksempel ikke *P-pilledom II* i proposisjonen. Dette får imidlertid lite betydning.

Tvistelovutvalgets standpunkt blir nemlig gjentatt en rekke ganger i andre forarbeider og utvalg, og det er i denne perioden at overvektsprinsippet virkelig får gjennomslag i norsk rett. ⁴³⁰ Praksis er også entydig rundt 2000-tallet, med få unntak. ⁴³¹ Rt. 1999 s. 14, kunne vært sentral, fordi den uttrykker at overvektsprinsippet gjelder i sivile saker, og begrunner det med sannhetsmålsetningen. ⁴³² Dommen blir imidlertid ikke henviset til av noen i tiden like etter, så vidt jeg har kunnet se.

Det endelige gjennombruddet for overvektsprinsippet kan nok ikke tallfestes, men en gang på tidlig 2000-tall var oppfatningen delt av så mange at det er rimelig å kalle prinsippet for sikker rett.

4.6 Årsaker til overvektsprinsippets fremvekst

I dette punktet skal linjene trekkes sammen, fra tvistemålsutvalgets forslag i 1907 til tvistelovsutvalget i 2001. Jeg presenterer på den måten det jeg oppfatter som fem hovedårsaker til at overvektsprinsippet ble gjeldende rett i Norge.

Den første forklaringen er at før Eckhoff var rettskildetilstanden mer eller mindre åpen. Dette hang sammen med tvistemålslovens åpne utgangspunkt, og at variasjonen i praksis var stor. Samtidig er denne epoken perioden der en felles forståelse av bevisrettens problemer utvikles.

⁴²⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004—2005) s. 312.

⁴³⁰ Se for eksempel: Ot.prp. nr. 44 (2001—2002) s. 94, Ot.prp. nr. 5 (2002—2003) s. 12, Ot.prp. nr. 33 (2004—2005) s. 125, Ot.prp. nr. 35 (2004—2005) s. 52, Ot.prp. nr. 103 (2004—2005) s. 24—25, NOU 2000:16 s. 272, NOU 2000: 33, s. 136, NOU 2002:12 s. 253, NOU 2004:3 s. 223, NOU 2004: 23, s. 206 (vedlegg av Asbjørn Kjørstad). I Skoghøy 2016 s. 67—68, fremheves heller ingen rettspraksis før *P-pilledom II*, og ingen forarbeider før 2001.

⁴³¹ Jeg finner tre tydelige eksempler der loven ikke stiller opp noen unntak, men Høyesterett likevel legger til grunn strengere krav: Rt. 2004 s. 1695 avsnitt 30 uttrykker at overvektsprinsippet er å stille for små krav til odelsmisbruk. Rt. 1997 s. 1879 på s. 1884 krever klar sannsynlighetsovervekt for å ikke tilbakeføre barn til forelder på grunn av hensynet til barnets beste. Rt. 2004 s. 118 avsnitt 16 krever betydelig sannsynlighetsovervekt for konkurs.

⁴³² Rt. 1999 s. 14 s. 21—22.

Alle forfatterne så etter hvert spørsmålet om bevisets styrke som et viktig element som bevisteorien burde behandle.

Spørsmålet om hvorfor akkurat Eckhoff fikk gjennomslag, har imidlertid vært vanskeligere å besvare med annet enn tilfeldigheter. Denne tilfeldigheten, og den andre hovedforklaringen, er at Bratholm og Hov bygde videre på Eckhoff og Augdahls teorier. *Sivil rettergang* ble deretter det mest innflytelsesrike verket både før og i tiden like etter *P-pilledom I*. Bratholm og Hov markerer begynnelsen på den teoretiske konformiteten, og dreide diskusjonen over i *de lege lata*-sporet.

Den tredje forklaringen er at rettskildegrunnlaget til overvektsprinsippet ble basert på rettspraksis fra årsakskravet i erstatningssaker alene. Dette var delvis på grunn av *P-pilledom I*. Samtidig ignorerte man den tidligere omtalen av praksis på feltet, og at produktansvarslovens forarbeider la opp til en konkret vurdering av beviskravet fra sak til sak.⁴³³ Selv innenfor erstatningsretten sto overvektsprinsippet dermed på usikker grunn, spesielt forvaltningsrettslig erstatning. I andre fagfelter var det teoretikere som brukte overvektsprinsippet, men ofte uten å begrunne med mer enn en henvisning til Hov, Skoghøy eller Bratholm og Hov. Overvektsprinsippet fikk først allmenn støtte *de lege lata* en stund etter *P-pilledom II*.

Resultatet, og den fjerde forklaringen, tar form av at tvistelovsutvalget la til grunn overvektsprinsippet som utgangspunkt. Selv om departementet ikke støttet dette direkte, så ble det etter hvert gjeldende rett, og vanlig å si at utgangspunktet er overvektsprinsippet. Andre rettslige aktører snevret så inn rommet for unntak fra overvektsprinsippet mer enn Hov, Skoghøy, utvalget og trolig rettspraksis hadde gjort. I forarbeidene til en endring i folketrygdloven uttrykte man for eksempel at det kreves lovhjemmel for å fravike overvektsprinsippet.⁴³⁴

⁴³³ Merk også Nyheim 1993, om sannsynlighetsteori og bevisvurderingen som mener beviskravet bør variere mer, se f. eks. s. 29—32 s. 43.

⁴³⁴ Ot.prp. nr. 5 (2002—2003) s. 12: «Når loven ikke har stilt spesielle krav til bevisbedømmelsen, skal det såkalte overvektsprinsippet i sivilprosessen legges til grunn».

Mitt hovedanliggende i denne fremstillingen har vært å få frem hvor *sprikende* historien har vært. Det tydeligste eksempelet er praksis, som litteraturen fremstilte som mer i tråd med eget syn enn det egentlig var grunnlag for. Som en gjennomgående forklaring på ulike tidspunkter, er praksis og den problematiske fremstillingen av denne, den femte årsaken. Dersom noen hadde «tømt rettskildebildet» ville også annen litteratur og lovgivers uttalelser gitt et mer varierende beviskrav. Noen sikker konklusjon om beviskravet på de forskjellige tidspunkter i historien har jeg ikke forsøkt å gi, men det kan slås fast at ulike kilder på diverse tidspunkter peker i forskjellige retninger. Utviklingen har kort sagt ikke vært entydig.

Spørsmålet blir heretter om det er mulig å utdype og presisere disse forklaringene gjennom Tuoris teoretiske rammeverk.

5 Konklusjon

5.1 Utdypning av forklaringer på overvektsprinsippets fremvekst

5.1.1 Presentasjon av analysen

De fem hovedforklaringene som har blitt beskrevet ovenfor, skal utdypes i dette kapittelet. Først vil jeg gjenta begrepet om den bevisrettslige tradisjonen som en operasjonalisering av kritisk rettspositivisme (5.1.2). Alle de fem årsaksforklaringene vil deretter forstås i relasjon til denne tradisjonen. Den første årsaken er begrepsbyggingen før Eckhoff, som er mulig på grunn av fraværet til en tradisjon (5.1.3). Den andre årsaken er etableringen av selve tradisjonen gjennom Eckhoffs *Tvilsrisikoen* (5.1.4.1), som forsterkes av Per Augdahl og Bratholm og Hov (5.1.4.2). Når tradisjonen først er etablert blir det mulig for den selv å bestemme normer for bruk av rettskilder. Dette er den tredje årsaken som skal utdypes (5.1.5). Deretter vil jeg se på selve gjennomslaget til overvektsprinsippet, og konsekvensene dette fikk (5.1.6). Til slutt vil forholdet mellom tradisjonen og praksis tas opp som et trekk ved hele perioden (5.1.7).

5.1.2 «General doctrines»

Særlig i perioden etter Eckhoff etableres det en felles konsensus i bevisrettslige fremstillinger. Det forekommer variasjoner, men man opererer alle sammen innenfor det samme paradigmet. Noen av premissene blir gjort eksplisitt, mens andre er taus kunnskap. Det dannes et system innad i rettssystemet, som Tuori kunne omtalt som en «general doctrine». Systemet vil i en viss grad ha sitt eget overflate- og mellomnivå, og er konstituert av en dypstruktur det deler med resten av rettssystemet. Som i alle andre deler av rettssystemet må tradisjonen etableres på bakgrunn av den positive retten, primært gjennom sedimentasjonsrelasjonen, og få utslag i den materielle retten gjennom konstitusjonsrelasjonen. Tradisjonen er ingen statisk størrelse, men endrer form og innhold løpende gjennom sine relasjoner til andre rettslige uttrykk.

Begrepet om «den norske bevisrettslige tradisjonen» er min operasjonalisering av Tuoris teori.⁴³⁵ Begrepets nærmere innhold vil fremgå av hvordan tradisjonen ble etablert, som er de

⁴³⁵ Det bør nevnes eksplisitt at jeg ikke er enig med Strandberg 2012 s. 167 som uttrykker at «... *nedarvete tradisjoner* [hans uthv.]» er årsak til beviskravet. Påstanden kan nok heller ikke tolkes som et forsøk på å

to neste punktene. Tuori gir begrepet form, mens det empiriske materialet må fylle det med substans. Ved at tradisjonen danner grunnlaget for den tause kunnskapen rettslig praksis forutsetter, *påvirkes* den rettslige praksisen som skapte overvektsprinsippet, og da utelukkes samtidig (noen) andre hypotetiske utfall.⁴³⁶

Jeg vil også minne om avgrensningene. Tradisjonen er først og fremst analysert og forstått i relasjon til beviskravet i sivile saker. Andre innfallsvinkler kunne gitt et annet bilde, for eksempel ved å i større grad se på de bevisrettslige elementene som en del av en den helhetlige sivilprosessuelle tradisjonen, eventuelt også inkludert bevisretten fra strafferettens område.

5.1.3 Begrepsbygging før Eckhoff

Problemstillingen i dette avsnittet er for det første hvorfor det er så stor variasjon i bevisrettslitteraturen før Eckhoff, og deretter hvordan denne variasjonen påvirket den neste forklaringen, altså at Eckhoff etablerte bevisrettstradisjonen. Svaret kan overordnet formuleres slik: Det ville ikke vært mulig for Eckhoff å få gjennomslag, dersom man forut for *Tvilsrisikoen* hadde hatt en sterkere fagtradisjon. Denne forklaringen er dermed en forklaring via negativa.

Samtlige forfattere opererte innenfor det samme rettskildebildet, men dette var såpass fragmentert at retningen ikke var gitt. Perioden var en brytningstid med ny prosessordning, og

uttømmende forklare overvektsprinsippet. Jeg er enig i at «... Norge følger Eckhoff ...» om man også inkluderer Per Augdahl, men mener samtidig at tradisjonen hverken kan reduseres til Eckhoffs synspunkter, eller for den del et sett med synspunkter fra flere bidragsyttere. Tradisjonen slik jeg bruker begrepet er en dynamisk størrelse som opprettholdes og endres av ulike aktører, på forskjellige måter gjennom historien. Se også neste note.

⁴³⁶ I utgangspunktet kan dette fremstå som en lite informerende, eventuelt sirkulær forklaring: «Tradisjonen hevdet overvektsprinsippet, og fordi den gjorde det, ble overvektsprinsippet gjeldende rett». Som det vil fremgå nedenfor, er imidlertid det å misforstå argumentet. Begrepet om en bevisrettslig tradisjon viser til noe som eksisterer på forskjellige måter i løpet av utviklingen. Med andre ord er ikke «tradisjonen» det samme i 1940, 1970 og 1990. Derfor er heller ikke argumentet sirkulært. For eksempel er elementer av tradisjonen konstant, som at det er en sivilprosessuell tradisjon. Denne egenskapen ved tradisjonen danner rammen for hvilke regler den har autoritet over, gjennom hele perioden. Men samtidig får egenskapen ulike utslag på forskjellige tidspunkter, fordi andre elementer — for eksempel sannsynlighetsbegrepet — var endret. I analysen som følger vil de spesifikke egenskapene nevnes på en måte som forhåpentligvis gjør dette klart.

usikkerheten tilknyttet denne gjør at man får fire forskjellige forfattere med fire relativt særegne synspunkter.

En annen måte å si dette på er at et fast mellomnivå ikke var sedimentert ennå. Sedimentasjonen som skjedde i perioden viser seg først gjennom at det dannes et mer enhetlig begrepsapparat. Uttrykk som «bevisets styrke» og en erkjennelse av at dette er et spørsmål man måtte ta stilling til, vokste gradvis frem.⁴³⁷ Det kom tydelig til uttrykk i O. Augdahls kritikk av Skeie fra 1932, Scheels verk fra 1938 og Skeies oppdaterte verk i 1940, og så mest tydelig av Sjur Brækhus.⁴³⁸ Man kan anta at disse diskusjonene sedimenterte nye begreper som dannet et mellomnivå. Samtidig kvittet man seg med deler av mellomnivået fra det legale system, for eksempel ved at «hovedbevis og motbevis» forsvant som uttrykksmåter.⁴³⁹ «Bevisbyrden» som uttrykksmåte (og da ikke primært som regel) fortsetter likevel å dominere frem til i dag, som antageligvis er en konsekvens av at dette uttrykket (med sitt varierende innhold) har en dyp rettslig forankring.⁴⁴⁰

En annen arv fra den tidlige litteraturen er de hensyn som motiverer unntak fra overvektsprinsippet. Det som tidligere begrunnet bevisbyrderegler, blir dermed senere brukt til å begrunne konkrete beviskrav.⁴⁴¹

Uklarheten i mellomnivået, fraværet av en tradisjon, var dermed en forutsetning for at forskjellene mellom forfatterne var så store. Åpenheten (eller usikkerheten) i rettens mellomnivå gjorde det mulig for Eckhoff å senere bestemme retningen tradisjonen tok.

⁴³⁷ Se 4.2.4 og note 192.

⁴³⁸ Se 4.3.4.

⁴³⁹ Se 4.2.2 og note 173 og 166.

⁴⁴⁰ Søk i rettsavgjørelser med synonymer på lovdata.no/pro «bevisbyrde», gir f. eks. ca. 15000 treff, mens «beviskrav» ca. 7300. Søk i Atekst Retriever på «bevisbyrde», «bevisbyrden» og «beviskrav» alle datoer, norsk papir, gir hhv. 1716, 4455 og 1317 treff. Saker bare fra 2018 snakker om bevisbyrden: HR-2018-2133-A (avsnitt 44), HR-2018-1189-A (avsnitt 46), HR-2018-1056-A (avsnitt 46) og HR-2018-872-A (avsnitt 119).

⁴⁴¹ Se særlig om Augdahl i 4.4.2, og Eckhoff 1943 s. 16 som hevder beviskravet og bevisbyrden ivaretar de samme hensyn, se også note 479.

5.1.4 Etablering og utvikling av den bevisrettslige tradisjonen

5.1.4.1 Etableringen av den bevisrettslige tradisjon

Problemstillingen her er hvorfor og hvordan bevisrettstradisjonen ble etablert. Problemet angår både innholdet i det Eckhoff la til grunn, og hvorfor innholdet var overbevisende for det rettslige fellesskap. Svaret er delvis gitt i forrige avsnitt. Eckhoff valgte ut deler av overflatematerialet fra den tidligere diskusjonen, og sedimenterte dette som innholdet til den bevisrettslige tradisjonen i norsk rett. Valgene kan deles i tre: Beviskrav heller enn bevisbyrde, sannsynlighet som grunnbegrep og at rettspraksis var dem man skulle veilede, og hente rettskildegrunnlaget fra.

Eckhoff valgte å fokusere på bevisets styrke (med termen tvilsrisikoen), heller enn spørsmålet om bevisbyrden. Den beste forklaringen på dette er at praksis sjeldent brukte slike regler. Denne observasjonen hadde også Skeie gjort, og senere Per Augdahl.⁴⁴² Rettspraksis ble sedimentert og endret dermed mellomnivået. Eckhoffs argumentasjon kan dermed forstås som konstituert av en generell utvikling i praksis. Sedimentasjonsrelasjonen gir derfor et ganske tilstrekkelig svar på hvorfor beviskravet og ikke bevisbyrden får sentral plass i norsk rett.⁴⁴³

Videre valgte Eckhoff sannsynlighetsbegrepet som grunnbegrep. Dette valget var ikke opplagt.⁴⁴⁴ Det var flere eksempler på alternative formuleringer, og i alle fall standpunkter som ville forutsatt et annet grunnbegrep.⁴⁴⁵ Skeies uttalelser i retning av et robusthetskrav, er et eksempel.⁴⁴⁶ Odin Augdahl hadde på sin side et eksplisitt rent subjektivt grunnbegrep, der spørsmålet alltid ville vært om dommeren subjektivt sett anså faktum som (generelt sett) sannsynlig.⁴⁴⁷

⁴⁴² For eksempel er flere av dommene i Skeies tillegg D avgjort etter ren bevisvurdering, se særlig Skeie 1940 s. 476 og 483. Om Augdahl se 4.4.2.

⁴⁴³ Merk likevel at bevisbyrden ikke utelukkes, bare får en mindre viktig plass. Dersom man for eksempel legger til grunn Per Augdahls synspunkt (se 4.4.2.) om at dommeren bare anvender bevisbyrden når hun er i absolutt tvil, vil bevisbyrderegler bli anvendt sjeldent.

⁴⁴⁴ Se 4.3.2 og 4.3.3.

⁴⁴⁵ I samme retning Strandberg 2012 s. 344—345, fra praksis se f. eks. Rt. 1908 s. 424 omtalt i 4.3.6.

⁴⁴⁶ Nærmere i 4.3.2, spesielt note 227.

⁴⁴⁷ 4.3.3. og note 228.

Når Eckhoff valgte sannsynlighetsbegrepet, fremsto det i utgangspunktet som tilfeldig. Sannsynlighetsbegrepets mer generelle gjennomslag ga tidligere en forklaring, men det heftet to problemer ved denne forklaringen.⁴⁴⁸ CLP støtter forklaringen ved å forutsette som at endringer i resten av samfunnet kan påvirke dypstrukturen. Selv om Eckhoff ikke nevnte slike utviklingstrekk som begrunnelse, kan man derfor anta at de konstituerte det Eckhoff faktisk foreslo. Med kritisk rettspositivisme kunne man formulert dette som at hans ‘doble statsborgerskap’, som både rettsviter og samfunnsborger, inspirerte løsningen.⁴⁴⁹

Samtidig må forklaringen nyanseres. I kapittel fire var det første problemet at tidligere forfattere brukte sannsynlighetsbegrepet, og at termen hadde en lang historie med bruk i både lovgivning og praksis.⁴⁵⁰ Det var derfor først når det frekvensteoretiske sannsynlighetsbegrepet kunne konkretiseres (plasseres) innenfor en teori basert på beviskravet som det sentrale spørsmålet, at sannsynlighetsbegrepet gir en god forklaring på etableringen av den bevisrettslige tradisjonen. Kritisk rettspositivisme kan styrke denne forklaringen, ved å se på den tidligere bruken av sannsynlighet som tilfeller av rettslig praksis som sedimenterte begrepet i rettens mellomnivå. At tidligere forfattere også brukte begrepet, riktignok med varierende innhold, står dermed ikke i motsetning til forklaringen.

Det andre problemet jeg fremhevet i kapittel fire var at ingen forfattere så ut til å utlede sine teorier fra dette begrepet. Kritisk rettspositivisme forutsetter imidlertid at teoribygging på delvis taust grunnlag er normen. Dermed er også forklaringen mindre problematisk.⁴⁵¹

Det siste valget Eckhoff gjorde, er tilsynelatende selvsagt. Eckhoff mente at bevisretten skulle gi regler som praksis måtte forholde seg til. Teorien måtte selv undersøke praksis for å nå dette målet. Standpunktet var likevel ikke opplagt. Konsensusen før Eckhoff var tross alt at dommeren selv skulle bestemme beviskravet. Dette inkluderte tvistemålslovkommissjonen, (delvis) Odin Augdahl, Scheel og Skeie.⁴⁵² At praksis dannet rettskildegrunnlag var derimot mer selvsagt, ettersom Scheel og særlig Skeie allerede hadde bygd sin argumentasjon på et

⁴⁴⁸ Se punkt 4.3.4.

⁴⁴⁹ Se 2.2.3.6.

⁴⁵⁰ Se også ytterligere Strandberg 2012 s. 343, som plasserer den første bruken av sannsynlighetsbegrepet så tidlig som Magnus Lagabøtes landslov av 1274.

⁴⁵¹ Se imidlertid 5.2.

⁴⁵² Se særlig 4.3.3.

slikt grunnlag. De generelle endringene i rettslige argumentasjonsmønstre — overfladisk sagt fra konstruktivismen til realismen — spiller kanskje en rolle i å forklare at mellomnivået konstituerte denne utviklingen.

Disse tre byggestenene dannet grunnlaget for kravet om 50 prosent sannsynlighet som beviskrav i sivile saker. De var dermed kjernen i den bevisrettslige substansen til tradisjonen, men det er nødvendig å presisere at dette ikke er en uttømmende beskrivelse av tradisjonens innhold. Særlig de metodiske elementene i mellomnivået kommer jeg til, nå og senere.

Det metodiske særpreget begynte med Eckhoff. Som nevnt samsvarte *Tvilsrisikoen* med det rettspraksis la til grunn når boken ga bevisbyrden lite plass, men hadde ikke samsvar med *innholdet* i beviskravet.⁴⁵³ Spørsmålet blir derfor hvorfor overvektsprinsippet ble utgangspunktet for beviskravet. Her kommer kritisk rettspositivisme til kort: Hvorfor sedimenterte et mellomnivå der bevisbyrden har lite relevans, men ikke at beviskravets styrke skulle variere, slik høyesterett praktiserte det?⁴⁵⁴ Dette har jeg ikke lyktes å gi noe klart svar på, men det *kan* ha vært et noe tilfeldig ledd i at Eckhoff ønsket å argumentere mot bevisbyrdeteoriene, og at det først er senere teori som gjør overvektsprinsippet til et sentralt element.⁴⁵⁵ I så fall kan Eckhoffs påstand om at det mest sannsynlige legges til grunn, forstås som at han ønsket å fremheve hvor ofte selve bevisvurderingen var avgjørende. En annen forklaring er simpelthen at Eckhoff fulgte Tybjerg, men mente løsningen var god, i motsetning til det Tybjerg gjorde.⁴⁵⁶

Eckhoffs selektive bruk av praksis er imidlertid et mer generelt problem. Uttrykksmåten fra *Tuori 2011* om at aktørene bruker «rettslig kapital» for å få gjennomslag, passer nok bedre enn en beskrivelse basert på den lagdelte retten.⁴⁵⁷ Henvisningene til praksis i *Tvilsrisikoen* ga et skinn av normativ legitimitet til argumentasjonen, som ikke egentlig hadde støtte i

⁴⁵³ Se punkt 4.3.7.

⁴⁵⁴ Se problematiseringen i 3.1.1.

⁴⁵⁵ Uklarhetene omtalt i 4.3.5 kan støtte en slik tolkning. Det er heller ingen selvfølgelighet at Eckhoffs tilnærming, i motsetning til den tidligere, forklarer beviskravets styrke ettersom Holm 1940 også foreslår en versjon av overvektsprinsippet, men innenfor det eldre rammeverk, se note 232.

⁴⁵⁶ Se note 237.

⁴⁵⁷ Se 3.1.3.

dommenes meningsinnhold. Gjennomslaget til Eckhoffs teori var derfor ikke bestemt av hans samsvar med praksis, men heller et inntrykk av at standpunktene gjorde det.

5.1.4.2 Tradisjonen frakobles enkeltpersonene

Problemstillingen her er hvordan den bevisrettslige tradisjonen får sedimentert sitt fotfeste, og hvorfor tradisjonen utviklet slik den gjorde. Svaret kan skisseres slik: Elementer i tradisjonen ble videreført og styrket i noe endret form av Augdahl. Bratholm og Hov videreførte tradisjonen basert på det som var sedimentert via Eckhoff og Augdahls tidligere arbeid. Etter dette ble tradisjonens standpunkter mer allment kjente i juristfellesskapet, og andre aktørers tolkninger av tradisjonen påvirket dens innhold.

Augdahls forståelse av bevisretten var langt på vei samsvarende med Eckhoff sin. Mange av de elementene jeg har sagt at Eckhoff valgte på vegne av tradisjonen, ble også lagt til grunn av Per Augdahl. Enigheten mellom de to gir god mening innenfor et kritisk-positivistisk rammeverk, ved at det samme mellomnivået konstituerte begge teoriene.

Den sentrale uenigheten mellom de to var at Per Augdahl opprettholdt bevisbyrden som et sentralt element i tilfellene av absolutt tvil, mens Eckhoff så bort fra disse. Senere teori aksepterte Eckhoffs empiriske premisser om at slike tilfeller sjeldent ville inntreffe. Augdahls innflytelse må imidlertid ikke underdrives, spesielt fordi han var foreleser og pensum var læreboken hans.⁴⁵⁸ Det klareste eksempelet på Eckhoff og Augdahls samvirkende påvirkning er at *Sivil rettergang* brukte uttrykket bevisbyrde, slik Augdahl gjorde, men med et begrepsinnhold som tilsvarer bevisets styrke, slik som Eckhoff.⁴⁵⁹

Sivil rettergang er arketypisk for det Tuori mener at skaper rettens mellomnivå: Lærebøker som systematiserer det som tidligere har blitt skrevet, men (ukritisk) legger til grunn en enkelt retning. Som også Zahle fremhever er de standpunktene Bratholm og Hov inntok til tidligere forfattere, Scheel, Skeie, O. Augdahl, preget av at de la til grunn premissene til den moderne

⁴⁵⁸ Tilsvarende Tuori 2011 s. 173: «... general doctrines fulfil their *heuristic* task. Future legal actors internalise the basics of the prevailing legal culture during their university studies ... This is the *pedagogical* task of general doctrines.» Uthevinger i original.

⁴⁵⁹ Se 4.4.4.

bevisrettslige tradisjonen.⁴⁶⁰ Og basert på slike premisser var de tidligere forfatteres synspunkter lette å avvise. På denne måten ble alternativer til tradisjonen luket vekk og avskrevet som mulige løsninger. Ved å tilbakevise alternativene, ble tradisjonens forankring sterkere.⁴⁶¹

Resultatet ble at tradisjonen sedimenterte som den eneste gyldige bevisrettslige tilnærming. En spesifikk konsekvens var at forfattere utenfor tradisjonen, refererte til utsagnet om overvektsprinsippets gyldighet *de lege ferenda*, som støtte for overvektsprinsippet *de lege lata*.⁴⁶² Påvirkningen er også tydelig i Nygaards lærebøker.⁴⁶³ Den (diskutable) tendensen mot mildere krav i rettspraksis, kan muligens ha sin forklaring i en slik (feil)tolkning av *Sivil rettergang*.

Samtidig er utviklingen nesten paradoksal, fordi Eckhoff selv hadde uttrykt at man burde ha en mer nyansert tilnærming i 1949.⁴⁶⁴ Når Eckhoff skrev om forvaltningsrett i 1978, mente han at vurderingen skulle skje konkret, og nevnte ikke overvektsprinsippet som utgangspunkt.⁴⁶⁵ Bevisrettstradisjonen ble dermed ikke bare sedimentert i rettens mellomnivå, men også frikoblet fra Eckhoff og Augdahl som grunnla den.

5.1.5 Bevis for årsakskravet i erstatningssaker som rettskildegrunnlag

I en 'normal' situasjon, er mitt syn at det rettslige fellesskap ikke ville akseptert et metodisk standpunkt om at erstatningsretten ga grunnlag for å generalisere til hele sivilprosessen. Et slikt metodisk standpunkt ble likevel en del av den bevisrettslige tradisjonens mellomnivå. Det reiser to spørsmål. For det første hvorfor man valgte akkurat erstatningssaker, og for det andre hvorfor det rettslige fellesskapet ikke avviste rettskildegrunnlaget som for spinkelt.

⁴⁶⁰ Se 4.4.4, videre note 232, og Strandberg 2012 s. 165 flg. om sammenligning av samme beviskrav innenfor beviskravslærer som er strukturert forskjellig.

⁴⁶¹ Som Tuori 2011 s. 174 noe dramatisk uttrykker det: «The law's history is written in the victor's terms; lost causes are legion.»

⁴⁶² Se bla. punkt 4.4.5 og 4.5.3 og note 353.

⁴⁶³ Se punkt 4.5.3.

⁴⁶⁴ Se 4.3.8.

⁴⁶⁵ Se punkt 4.4.5.3.

Den ganske selvsagte forklaringen på at man valgte erstatningssaker, er at man fikk en avgjørelse på erstatningsrettens felt som nærmer seg overvektsprinsippet, og dermed støttet tradisjonens standpunkter. Tidligere forfattere som Eckhoff eller Bratholm og Hov hadde ikke særlig pekt ut dette feltet. I erstatningsrettslitteraturen og i forarbeidene til produktansvarsloven ble dommens lave beviskrav forklart med at det sikret forbrukerens mulighet til å kreve sin rett. Tar man slike elementer i betraktning, fremsto dommen som et mindre trygt grunnlag å generalisere fra.⁴⁶⁶

Samtidig har erstatningsretten egenskaper som gjorde rettsfeltet egnet til å gi støtte til den bevisrettslige tradisjonen. Erstatningsretten forutsetter risikovurderinger, bruker sakkyndige aktivt og må gradere årsakens skyld til skadens størrelse. Dette skjer ved at sakkyndige kommer med sine konklusjoner, gjerne formulert som svar basert på sannsynlighetsbegrepet.⁴⁶⁷ Da var det nok naturlig for retten å formulere seg på lignende måter, og siden tradisjonen også baserte seg på en slik tilnærming, var det nærliggende å bygge på denne. Videre var det en tendens til at saker med vanskelige bevissspørsmål medførte at Høyesterett kommer med utsagn om bevisretten med større intensjonsdybde, som *Glomma*, *Grunnmur* og *Rådhusospits*.⁴⁶⁸ At Nygaard skrev den første boken som spesifikt handlet om bevis på lang tid innenfor dette feltet, styrket nok også oppfatningen om at bevisretten ble avgjort av erstatningsretten. Disse elementene la et grunnlag på rettens overflate som kunne brukes for å støtte tradisjonens mellomnivå.

Men dette forklarer bare hvorfor grunnlaget eksisterte, ikke hvorfor sedimentasjonen var vellykket og det rettslige fellesskap aksepterte tilnærmingen. For det første er det nok rimelig å anta at den faglige autoriteten spilte en rolle. For det andre, og mer spesifikt, må tradisjonens dominans forstås i lys av at terminologi og begrepsbruk normalt ikke er spørsmål som etter norsk juridisk metode krever sterk rettskildemessig dekning.⁴⁶⁹ Dette er også fremtredende i bevisretten: Lærebøkene begynte med å forklare begrepsapparatet og diskusjoner i teorien, for så å gå videre til egne deler med «kasuistikk» eller lignende når

⁴⁶⁶ Se punkt 4.5.2 og note 371.

⁴⁶⁷ Tilsvarende Zahle 1976 s. 136—137 og 211 flg. og Zahle 1992 s. s. 454 og s. 458 som fremhever hvordan ulike bevisrettssystemer har fordeler og ulemper avhengig av bevisetemaet som skal vurderes.

⁴⁶⁸ Se 4.3.6 kategori 4 og 4.4.5.2.

⁴⁶⁹ Selv om det utvilsomt er et argument for en uttrykksmåte at rettskildene bruker uttrykket.

konkrete bevisrettslige normer skal begrunnes. Lærebøkene begynte med å definere mellomnivået, og bevegde seg derfra til overflaten.

Slik bevisretten ble presentert i lærebøkene fra 70-tallet og utover var det tilsynelatende bare to eller tre mulige løsninger på beviskravsspørsmålet. Enten valgte man overvektsprinsippet, eller så valgte man «rimelig», eventuelt «kvalifisert» sannsynlighetsovervekt.⁴⁷⁰ Ett punkt på skalaen måtte man i alle fall velge. Begrepene i mellomnivået konstituerte dermed mulige løsninger på en måte som gjorde at løsningsforslagene på overflatenivået ble sterkt begrenset.

For eksempel er det rimelig å anta at Hovs analyse av rettspraksis i *Rettergang i sivile saker* fra 1991 var sterkt preget av et slikt mellomnivå.⁴⁷¹ Hov hevdet til og med at andre beviskrav enn overvektsprinsippet som utgangspunkt var en logisk umulighet.

Og i en slik situasjon var begrunnelsen om at overvektsprinsippet ville gi flest riktige saker avgjørende, selv for forfattere som tidligere hadde vært noe kritisk.⁴⁷² Ettersom ingen egentlig hadde begrunnet nærmere hvorfor dette stemte, kan begrunnelsen forstås som en del av tradisjonens «hidden social theory».⁴⁷³

Fordi tradisjonen var en spesifikt bevisrettslig (eller sivilprosessuell) tradisjon, ble også andre forfattere ekskludert, spesielt Andersen, Dahl og Lødrups synspunkter, som sjelden ble nevnt.⁴⁷⁴ Av samme grunn fikk produktansvarslovens forarbeider ingen relevans. Samtidig påvirket også den bevisrettslige tradisjonen erstatningsrettsmiljøet, tydelig eksemplifisert med

⁴⁷⁰ Man drøfter i realiteten aldri hvorfor man behøver et «utgangspunkt», og eksemplene på forslag om et varierende beviskrav er få, men se 4.5.4.

⁴⁷¹ Referanser i 4.5.6.

⁴⁷² Dette var også begrunnelsen hos Hov 1994 s. 437 og Skoghøy 1998 s. 656. Med kritisk mener jeg kritisk til prinsippets rettskildemessige dekning, Se Lødrup 1995 s. 279 sml. Lødrup 1974 s. 116. Merk at flere land har den samme eller lignende målsetninger, uten at dette automatisk betyr at de legger til grunn overvektsprinsippet. Se Brinkmann 2005 s. 89, referert i Strandberg 2012 s. 167 og Clermont/Sherwin 2002 s. 269—274, men se kritikken av disse i Taruffo 2003 s. 662 flg.

⁴⁷³ Se 2.2.3.5. Muligens i samme retning, Jerkø 2017 s. 300 som sier at antageligvis var alle «... enige i den samme underforståtte tanken ...» og uttalelsen i min note 19. Merk at *om* begrunnelsen stemmer eller ikke, har lite å si for denne forklaringen, fordi poenget nettopp er at ingen begrunnet hvorfor dette i så fall var tilfellet.

⁴⁷⁴ Derimot ble andre forfattere, som gjerne refererte til forfatterne innenfor den sivilprosessuelle tradisjon tatt til inntekt for overvektsprinsippet. Se punkt 4.5.6 første petit.

måten Nygaard og Lødrup refererte tilbake til den bevisrettslige tradisjonen.⁴⁷⁵ Det forvaltningsrettslige miljøet håndterte derimot bevisretten nesten uavhengig av det sivilprosessuelle.⁴⁷⁶

Alle disse elementene skapte en situasjon der Hov og Skoghøy fikk muligheten til å bestemme gyldighetskriteriene for rettslig argumentasjon. Dette gjorde det mulig å gi overvektsprinsippet gjennomslag med en avgjørelse som uttrykte at den bare angikk erstatningsretten, nemlig *P-pilledom II*. Dommens store gjennomslagskraft kan forstås som rettslig praksis på overflaten med massiv støtte i den bevisrettslige tradisjonens mellomnivå.

5.1.6 Tvistelovsutvalgets standpunkter

Tore Schei som utvalgsleder var den som endelig gjennomførte overvektsprinsippet, ved å legge det til grunn for utkastet til ny tvistelov. Etter dette gikk utviklingen i retning av at overvektsprinsippet ble anvendt andre steder, både i praksis og forarbeider.⁴⁷⁷ Den bevisrettslige tradisjonen konstituerte disse utsagnene, samtidig som hvert enkelt utsagn bidro til å sedimentere overvektsprinsippet.

Virkningen av at overvektsprinsippet hadde blitt sedimentert, ble tydelig i denne perioden. Prinsippet ble «utgangspunktet» over alt og dermed måtte unntak begrunnes særskilt. Slik gikk utviklingen gradvis i retning av at de unntak som tradisjonen tidligere hadde holdt fast på, ble mindre og mindre viktige. Hverken Hov eller Skoghøy tilnærmet seg beviskravet som en absolutt regel, men noen ganger tilnærmet andre rettslige aktører seg spørsmålet slik.⁴⁷⁸ Jeg har ikke analysert hele utviklingen i praksis etter 2000-tallet, men det er klart at rommet for å gjøre unntak var vesentlig smalere i *Selvordssaken* enn for bare noen tiår siden.⁴⁷⁹ Som

⁴⁷⁵ Se om Lødrup i 4.5.6 og Nygaard i 4.5.3.

⁴⁷⁶ Se 4.4.5.2, 4.4.5.3 og note 339.

⁴⁷⁷ Når jeg i stor grad ser bort fra Rt. 1999 s. 14, omtalt i 4.5.7, er det fordi dommen ikke blir nevnt av noen som begrunnelse for overvektsprinsippet.

⁴⁷⁸ Se spesielt uttalelsen i forarbeidene til en endring i folketrygdloven, note 434 sml. Skoghøy 1998 som uttrykker at i en rekke situasjoner må man «... uten [...] lovhjemmel ...» legge til grunn strengere beviskrav.

⁴⁷⁹ Omtalt i 1.1.3. Se til sammenligning oppsummeringen av de forskjellige generelle regler om bevisbyrden (som kunne vært omtalt som beviskravsregler) i Aasland 1966 s. 608, Nygaard, Hagen, Nome 1986 s. 169 (bruker termen beviskrav), Hov 1994 s. 438 flg. og spesielt uttalelsen i Hov 1999 s. 275, sitert under 4.5.6, samt Skoghøy 1998 s. 661.

tidligere er det tydelig at bevisrettsstradisjonen som fenomen på mellomnivået ble selvstendigjort fra standpunktene til forfatterne som representerte tradisjonen i utgangspunktet.

5.1.7 Samspillet mellom teori og praksis

Beviskravets utvikling karakteriseres av at samspillet mellom teori og praksis, i den grad det eksisterte, sviktet. Praksis misforsto teori, og teori trakk kritikkverdige slutninger fra praksis. Det første er tydelig i den tidlige epoken, der bevisbyrdeteoriene knapt ble anvendt i konkrete saker. Senere kommer *P-pilledom I* som misforsto «overvekt»-delen av sannsynlighetsovervekt.⁴⁸⁰ I Lange-Nielsens artikkel kan man få inntrykk av at Høyesterett hadde behov for en mer aktiv bevisrettslig litteratur ettersom man, uten å drøfte spørsmålet, fravek sine tidligere prinsipielle uttalelser.⁴⁸¹ Dette skjedde også i erstatningsretten, ved at dommer som *Glomma* glemmes, og den store variasjonen i beviskravene før *P-pilledom I*.⁴⁸² Det andre er tydelig i Eckhoffs bruk av praksis, og senere generaliseringen fra (nesten) bare erstatningssaker. Spørsmålet blir hvordan dette samspillet mellom teori og praksis kan forstås.

Dette trekket ved utviklingen kan best forstås i lys av at den bevisrettslige tradisjonen dannet sitt eget system, med et eget overflate- og mellomnivå. Tradisjonen bestemte selv hvilke rettskilder som var relevante, og den viktigste kilden var det teorien selv sa. I tillegg opererte de med et begrepsapparat som praksis misforsto, som i *P-pilledom I*. Dette betyr at de konseptuelle og metodiske elementene i rettens mellomnivå ikke samsvarte med hverandre, og man fikk parallelt utviklede mellomnivåer.

Denne parallelle utviklingen fortsetter i dag, ettersom Høyesterett virker fastlåst i en enda strengere versjon av den tradisjonelle bevisrettslige tilnærmingen, samtidig som litteraturen for lengst har utvidet diskusjonen til langt flere spørsmål enn tradisjonen tidligere har gjort.⁴⁸³ Å samordne bevisrettens mellomnivå og å forhindre kommunikasjonssvikt bør fortsette å

⁴⁸⁰ Se punkt 4.4.7.

⁴⁸¹ Se punkt 4.4.5.2.

⁴⁸² Se særlig 4.4.5.1.

⁴⁸³ Se 1.1.3 og note 24.

være en sentral oppgave, for begge parter. Samspillet mellom praksis og teori er spinkelt, men det behøver ikke være slik.⁴⁸⁴

5.2 Avsluttende bemerkninger

I dette avsluttende avsnittet vil jeg trekke frem ett problem med analysen. Deretter vil jeg fremheve noen av de sentrale funnene i oppgaven, og spørre om innsiktene denne studien har gitt kan generaliseres.

Problemet jeg vil fremheve er knyttet til slutningene om sannsynlighetsbegrepets rolle i utviklingen. Sannsynlighetsbegrepet er helt sentralt i dagens bevisteoretiske debatt, noe som gjør det naturlig å se dette som et viktig element også i historisk sammenheng. Som jeg har nevnt er imidlertid ikke tidligere forfattere like opptatt av innholdet i begrepet. For ganske mange forfattere på 1900-tallet var sannsynlighet et ord uten noen tydelig definert betydning, og noe man diskuterte i liten grad.

Poenget er ikke at det mangler gode grunner til å tro at sannsynlighetsbegrepet er sentralt for å forstå overvektsprinsippets utvikling. Beviskravet er tross alt formulert med et slikt begrep. Kritisk rettspositivisme kan også gi teoretisk støtte til en oppfatning om at sannsynlighetsbegrepet ble en del av dypstrukturen fordi det samsvarte med hva som ble brukt i en «... hvilken som helst anden empirisk sammenhæng», for å igjen sitere Zahle. Poenget er derimot at i forståelsen av historien bør man være spesielt varsom med å tolke historien som et resultat av dagens situasjon.⁴⁸⁵ Tuoris teori kan kanskje kritiseres for å i for stor grad konstruere en historisk dypstruktur basert på hva rettens dypstruktur er i dag.⁴⁸⁶ Og det er i et slikt lys jeg er skeptisk til mine tidligere slutninger rundt sannsynlighetsbegrepets rolle. Begrepets betydning for utviklingen er derfor noe som kan og bør undersøkes i senere studier.

⁴⁸⁴ Som det eneste unntaket viser Nils Nygaard hvordan dette kan gjøres: Han var stort sett konsekvent i å fremstille praksis presist, og fikk uttelling for dette når Høyesterett bygger på hans verk i *P-pilledom II*. Problemet var bare at hans og Høyesteretts presisjon fikk lite betydning for utviklingen for øvrig. Se punkt 4.5.5.

⁴⁸⁵ Se 1.2.2.

⁴⁸⁶ I samme retning, Bergo jf. note 134.

Jeg vil så fremheve de mest interessante funnene i oppgaven. Forklaringene jeg har gitt står ikke i direkte motstrid med det tidligere litteratur har hevdet. Samtidig bidrar min analyse forhåpentligvis til en mer nyansert forståelse av overvektsprinsippets utvikling. For eksempel er påstanden om at det er et «samspill mellom teori og praksis» som var årsak til overvektsprinsippet, i utgangspunktet korrekt. Påstanden underkommunerer likevel hvor ulike og konkrete beviskravene til tider har vært, og i hvilken grad den bevisrettslige tradisjonens problematiske rettskildebruk og systematisering av rettspraksis var avgjørende for utviklingens retning. Som jeg har argumentert for er det flere grunner til å mene at både *P-pilledom II* og den andre praksisen som ble henvist til, var et for tynt generaliseringsgrunnlag.

Også på andre måter var samspillet mellom praksis og teori (og mellom den bevisrettslige teorien og annen teori) mer komplisert. Jeg vil fremheve to eksempler. Det første er måten den bevisrettslige tradisjonen definerte begrepsapparatet som resten av litteraturen og praksis baserte seg på, særlig etter 70-tallet. Som Tuori poengterer betyr dette samtidig at hvilke løsningsforslag som var mulig å hevde, ble begrenset. Denne formen for samspill er nok viktigere om man skal forstå den historiske utviklingen, enn at Høyesterett legger vekt på enkeltforfatteres standpunkter.

Den andre er de tilfellene der tradisjonens standpunkter ble videreført av andre rettslige aktører, men på en helt annen måte enn de opprinnelige forfatterne selv argumenterte for. Flere ganger skjer dette på måter som direkte stred med det de bevisrettslige forfatterne mente, og illustrerer at den bevisrettslige tradisjonen ikke kan reduseres til enkeltpersoner.

Eksempelene i disse to siste avsnittene viser også at Tuoris teori bidrar til forståelsen av rettslig utvikling, spesielt hvordan underliggende forutsetninger påvirker konkret rettslig praksis.

Avslutningsvis vil jeg si at overvektsprinsippets utvikling er et spesielt tilfelle. Både kildetilfanget og den iboende kompleksiteten i bevisretten har antageligvis gjort det vanskeligere for praksis og teori å kommunisere seg imellom. Av den grunn kan innsiktene analysen har bidratt med i liten grad generaliseres til annen rettslig utvikling. Oppgaven bidrar likevel til forståelsen av rettslig utvikling ved å illustrere et slikt spesielt tilfelle.

6 Kildeliste

Litteratur

- Aasland 1966 Aasland, Gunnar: *Rettergangen i tvistemål* i Lassen, Birger Stuevold og Selmer, Knut S. (red.): *Knophs oversikt over Norges rett*, 4. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1966, s. 602—610.
- Aasland 1967 Aasland, Gunnar: «Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål», *TfR* 1967 s. 157—200.
- Askeland 2002 Askeland, Bjarte: «Gjeldsordningsloven i tre kinesiske esker: Om operasjonalisering av rettsteoretiske modeller», *Kritisk Juss* 1—3, 2002, s. 45—58.
- Alten 1924 Alten, Edvin: *Loven om rettergangsmaaten for tvistemaal*, første utgave, Aschehoug, Oslo 1924.
- Alten 1940 Alten, Edvin: *Tvistemålsloven*, andre utgave, Aschehoug, Oslo 1940.
- Alten 1954 Alten, Edvin, *Tvistemålsloven*, tredje utgave, Aschehoug, Oslo 1954.
- Andersen 1959 Andersen, Kristen: *Erstatningsrett*, Tanum—Norli, Oslo 1959.
- Andersen 1970 Andersen, Kristen: *Skadeforvoldelse og erstatning*, Tanum, Oslo 1970.
- Andenæs 1943 Andenæs, Johs: *Fortid og fremtid i erstatningsretten*, Norsk forsikringsjuridisk forening, Oslo 1943.
- Arnholm 1949 Arnholm, Carl Jacob: *Alminnelig avtalerett*, Tanum, Oslo 1949.
- Augdahl 1929 Augdahl, Odin: *Om bevisbyrden i tvistemål*, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 1929.

- Augdahl 1932 Augdahl, Odin: «Noen bemerkninger om bevisbyrdelæren — foranlediget ved professor Skeies process» i *Norsk rettstidende*, 1932 s. 801-808.
- Augdahl 1942 Augdahl, Per: «Anm. Av Stephan Hurwitz: Tvistemaal. Hovedpunkter af dansk Civilprocesret I Domssager», *TfR* 1942 s. 211—224.
- Augdahl 1947 Augdahl, Per: *Norsk civilprosess*, 1. utgave, Holbæk Eriksen, Trondheim 1947.
- Augdahl 1961 Augdahl, Per: *Norsk civilprosess*, 3. utgave, Holbæk Eriksen, Trondheim 1961.
- Augdahl 1973 Augdahl, Per: *Rettskildelære*, Aschehoug, Oslo 1973.
- Backer 2015 Backer, Inge Lorange: *Norsk Sivilprosess*, Universitetsforlaget, Oslo 2015.
- Bang-Pedersen og Christensen 2010 Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow og Christensen, Lasse Højlund: *Den civile retspleje*, 2. utgave, Pejus, Århus 2010.
- Berg 1996 Berg, Inger-Johanne: *Styring av kompleksitet*, Fagbokforlaget, Oslo 1996.
- Bergo 2004 Bergo, Knut: «Kaarlo Tuori: Critical Legal Positivism (anmeldelse)», *TfR*, 01—02/2004, s. 241—256.
- Bernt 1978 Bernt, Jan Fridtjof: «Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn — Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse», *TfR* 1978, s. 241—348.
- Bernt 2004 Bernt, Jan Fridtjof: «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen», *JV* 39/2004, s. 61—73.
- Bernhardt 1976 Bernhardt, Peter J.: *Sjørett*, Universitetsforlaget, Oslo 1976.

- Bernhardt 1978 Bernhardt, Peter J.: *Arbeidsrett*, Bedriftsøkonomenes forlag, Oslo 1978.
- Björne 2002 Björne, Lars: *Den konstruktiva riktningen: Den nordiska rättsvetenskapens historia del III*, Bloms i Lund tryckeri, Lund 2002.
- Björne 2007 Björne, Lars: *Realism och skandinavisk realism, Den nordiska rättsvetenskapens historia del IV*, EO grafiska, Stockholm 2007.
- Boe og Woxholth 2013 Boe, Erik og Woxholth, Geir: «Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridtjof Bernt*, Fagbokforlaget, Bergen 2013, s. 81—97.
- Bratholm 1949 Bratholm, Anders: *Det juridiske studium*, Universitetets studentkontor, Oslo 1949.
- Bratholm og Hov 1973 Bratholm, Anders og Hov, Jo: *Sivil Rettergang*, Universitetsforlaget, 1. opplag, Oslo 1973.
- Bratholm og Hov 1981 Bratholm, Anders og Hov, Jo: *Sivil Rettergang*, Universitetsforlaget, 3. opplag, Oslo 1981.
- Brækhus 1940 Brækhus, Sjur: «Et par bemerkninger til bevislæren», *Stud. Jur* nr. 3, 1940 s. 5—11.
- Brækhus 1987 Brækhus, Sjur: *Omsetning og kreditt*, Universitetsforlaget, Oslo 1987.
- Bye 2018 Bye, Martin: *Unnlatt bevissikring og beviskravreglene*. (ikke-publisert masteroppgave avlagt ved UiB, 07-07-2018).
- Clermont og Sherwin 2002 Clermont, Kevin M. og Sherwin, Emily: «A Comparative View of Standards of Proof», *The American Journal of Comparative Law* Vol. 50, No. 2, 2002, s. 243—275.

- Dahl 1958 Dahl, Dagfinn: «Årsak og følge», *Nordisk forsikringstidsskrift* 1958 s. 223—235.
- Det juridiske fakultet 1968 Det juridiske fakultet, Universitetet I Oslo: *Plan for rettsstudiet*, Universitetsforlaget, Oslo 1968.
- Doublet og Bernt 1998 Doublet, David og Bernt, Jan Fridtjof: *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Fagbokforlaget, Bergen 1998.
- Dybedahl 2015 Dybedahl, Oscar: «Fra Marx til Honneth – og tilbake (anmeldelse av Werner Bonefeld: *Critical Theory and the Critique of Political Economy. On Subversion and Negative Reason*) i *Agora* nr. 2—3, 15 s. 297—308.
- Eckhoff 1941 Eckhoff, Torstein: *Sivilprosess bind II*, Universitetets studentkontor, Oslo 1941.
- Eckhoff 1943 Eckhoff, Torstein: *Tvilsrisikoen*, Forlagt av Johan Grundt Tanum, Oslo 1943.
- Eckhoff 1962 Eckhoff, Torstein: *Sivilprosess 2. utgave ved Bjørn Haug*, Universitetsforlaget, Oslo 1962.
- Eckhoff 1949 Referert som Eckhoff 1949: Eckhoff, Torstein: «Noen ord om bevisbyrde og bevisteorier» i Smørgrav, Bjørn (red): *Rettferdighet og rettsikkerhet*, Tanum, Oslo 1966, s. 170—191.
- Eckhoff 1978 Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, Tanum—Norli, Oslo 1978.
- Eckhoff 1988 Eckhoff, Torstein: «Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen», *SvJT* 1988 s. 321—339.
- Eckhoff 1992 Eckhoff, Torstein: «Temametode og bevisverdimetode på ny» i Heuman, Lars (red): *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s. 85—103.

- Engstrøm 1981 Engstrøm, Bjørn: Noen ord om det erstatningsrettslige krav til årsakssammenheng, *Jussens Venner* 1981, s. 122—143.
- Eskeland 1989 Eskeland, Ståle: *Fangerett*, TANO, Oslo 1989.
- Falkanger, Flock og Waaler 1995 Falkanger, Thor, Flock, Hans og Waaler, Thorleif: *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 2. utgave, TANO, Oslo 1995.
- Fleischer 1977 Fleischer, Carl August: «Høyesteretts dom i den såkalte «P-pillesaken» (Rt. 1974 s. 1160) – En dom over rettssikkerheten?» i Jakhelln, Lassen, Lødrup, Selmer (red): *Rett og humanisme*, Tanum Norli, Oslo 1977, s. 169—186.
- Fredriksen 2010 Fredriksen, Halvard Haukeland: «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen», *TfR*, vol. 123, 2/2010, s. 247–287.
- Fredriksen 2011 Fredriksen, Halvard Haukeland: «German Influence on the Development of Norwegian Civil Procedural Law» i Lipp, Volker og Fredriksen, Halvard Haukeland: *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s. 19—25.
- Frihagen 1966 Frihagen, Arvid: *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten*, Universitetsforlaget, 1966.
- Frihagen 1975 Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett del 2*, Universitetsforlaget, Oslo 1975.
- Frøberg 2014 Frøberg, Thomas: *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendahl, Oslo 2014.
- Gaarder 1980 Gaarder, Karsten: *Forelesninger over kjøp*, Aschehoug, Oslo 1980.
- Gjerdrum 1927 Gjerdrum, Anders: *Utsikt over den nye civilprosess*, Cammermeyers boghandel, Oslo 1927.
- Gustafsson 2002 Gustafsson, Håkan: *Rättens polyvalens: En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lund 2002.

- Gustavsen 1977 Gustavsen, Bjørn: *Innføring i arbeidsmiljøloven*, Tiden, Oslo 1977.
- Graver 2004 Graver, Hans Petter: «Bevisbyrde og beviskrav i norsk forvaltningsrett», *TfR* 04—05/2004 s. 465—498.
- Hagerup 1915 Hagerup, Francis: *Civilprocessen paa grundlag av de nye love av 13. august 1915*, Aschehoug, Kristiania 1915.
- Hagerup 1918 Hagerup, Francis: *Den norske civilproces II*, tredje utgave, H. Aschehoug & Co, Kristiania 1918.
- Hart 1994 Hart, H.L.A: *The Concept of Law*, 2. utgave, Oxford University Press, Oxford 1994.
- Heivoll 2019 Heivoll, Geir: «Å ikke se skogen for bare trær» i Sunde, Jørn Øyrehagen (red.): *Fordom og forventning, ei handbook i rettshistorisk metode*, Akademisk publisering, Oslo 2019, s. 72—89.
- Hjort 1941 Hjort, J.B: *Om saksbehandlingen ved tysk krigsrett*, Den Norske sakførerforening, Oslo 1941.
- Hjort 2015 Hjort, Maria Astrup: *Tilgang til bevis i sivile saker*, Det juridiske fakultet, Oslo 2015.
- Hjort 2019 Hjort, Maria Astrup: «Rettshistorisk metode og tolkning av historiske tekster» i Sunde, Jørn Øyrehagen (red.): *Fordom og forventning, ei handbook i rettshistorisk metode*, Akademisk publisering, Oslo 2019 s. 16—48.
- Holgensen 1992 Holgensen, Gudrun: *Tilbake til arbeid? Folketrygdens regler om ytelser under attføring med hovedvekt på de sentrale vilkår*, Alma Mater, Bergen 1992.
- Holm 1941 Holm, H.H.: «Bevisbedømmelse — bevisbyrde», *TfR* 1941 s. 135—176.

- Hov 1980 Hov, Jo: *Avtalerett*, Universitetsforlaget, Oslo 1980.
- Hov 1991 Hov, Jo: *Rettergang i sivile saker*, 1. utgave, Papinian, Oslo 1991.
- Hov 1994 Hov, Jo: *Rettergang i sivile saker*, 2. utgave, Papinian, Oslo 1994.
- Hov 1999 Hov, Jo: *Rettergang I, Sivil og straffeprosess*, Papinian, Oslo 1999.
- Hov 2017 Hov, Jo: *Rettergang i sivile saker*, 3. utgave, Papinian, Oslo 2017.
- Horkheimer 2002 Horkheimer, Max: «Traditional and Critical Theory» i Horkheimer, Max: *Critical Theory*, Continuum, New York 2002, s. 188—243, oversatt av Matthew J. O. Connell.
- Huser 1988 Huser, Kristian: *Gjeldsforhandling og konkurs*, Juristinformasjon, Bergen 1988.
- Jabloner 1998 Jabloner, Clemens: «Kelsen and his Circle: The Viennese Years», *European Journal of International Law*, 9, 1998 s. 368—385.
- Jerkø 2014 Jerkø, Markus: «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *LoR* 8/2014 s. 445-464.
- Jerkø 2017 Jerkø, Markus: *Bevisvurderingens rettslige rammer, bevistema, bevsibynde, beviskrav*, Universitetsforlaget, Oslo 2017.
- Jacobsen 2009 Jacobsen, Jørn: *Fragment til forståing av den rettsstatslege strafferetten*, Fagbokforlaget, Bergen 2009.
- Kelsen 2005 Kelsen, Hans: *Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange ltd. Clark, New Jersey 2005.
- Kim 2014 Kim, Amy: «The Vicissitudes of Critique: The Decline and Reemergence of the Problem of Capitalism», *Constellations* 21:3, 2014, s. 366—381.
- Kjærsgård 1982 Kjærsgård, Helge Holst: *P-pillen*, Schibsted, Oslo 1982.

- Kjønstad 1979 Kjønstad, Asbjørn: *Yrkesskadetrygden*, Universitetsforlaget, Oslo 1979.
- Kjønstad 1982 Kjønstad, Asbjørn: «Erstatning ved yrkesvalgshemminger», *LoR*, 1982 s. 487-502.
- Knoph 1929 Knoph, Ragnar: *Norsk arverett*, Aschehoug, Oslo 1929.
- Kobbe 1969 Kobbe, Arne: *Husleieloven*, Grøndahl, Oslo 1969.
- Kolflaath 2004a Kolflaath, Eivind: «Bevisbedømmelse — Sannsynlighet eller fortellinger?» *Jussens Venner*, 05—06/2004 s. 279—304.
- Kolflaath 2004b Kolflaath, Eivind: *Språk og argumentasjon*, Fagbokforlaget, 2004.
- Kolflaath 2008 Kolflaath, Eivind: «Sannsynlighetsovervekt og kumulering av tvil», *LoR* 2008/03, s. 149—165.
- Kolflaath og Strandberg 2013 Kolflaath, Eivind og Strandberg, Magne: «Norsk bevisteori før og etter årtusenskiftet» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget, Bergen 2013, s. 319—330.
- Kolflaath 2018 Kolflaath, Eivind: «Anmeldelse: Markus Jerkø: Bevisvurderingens rettslige rammer. Bevistema, bevisbyrde, beviskrav», *Tidsskrift for strafferett* 03/2018 s. 238—245.
- Krogh 1991 Krogh, Thomas: *Fra Frankfurt til Hollywood: Frankfurterskolen 1930—1945*, Aschehoug, Oslo 1991.
- Lange-Nielsen 1968 Lange-Nielsen, Trygve: «Fra Rådhuspitsdommen til Georgesdommen — årsaksproblemet i erstatningssaker mot det offentlige», *Lov og Rett*, 1968, s. 1—30.
- Lid 1968 Lid, Olav: *Kort prosess*, Det norske samlaget, Oslo 1968.
- Lindboe 1997 Lindboe, Knut: *Barnevernrett*, Tano Aschehoug, Oslo 1997.

- Lindell 2017 Lindell, Bengt: *Civilprocessen*, 4. utgave, Iustus forlag, Uppsala 2017.
- Lødrup 1975 Lødrup, Peder: «En del spørsmål vedrørende produktansvaret. Betenkning avgitt i 'P-pillesaken'», *Institutt for privatretts stensilserie*, nr. 4, Universitetet I Oslo, 1975.
- Lødrup 1985 Lødrup, Peter: *Lærebok I erstatningsretten*, 1. utgave, TANO, Oslo 1985.
- Lødrup 1987 Lødrup; Peter: *Lærebok i erstatningsretten*, 2. utgave, P. Lødrup, Oslo 1987.
- Lødrup 1995 Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, 3. utgave, P. Lødrup, Oslo 1995.
- Marmor 2006 Marmor, Andrei: «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 4, 2006 s. 683—704.
- Marthiniussen 2017 Marthiniussen, Hans Fredrik: *Tredjemannsproblemene*, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2017.
- Michalsen 1997 Michalsen, Dag: «Schweigaard og Lasson som straffe- og prosessrettslige forfattere – en sammenligning», *TfR*, 1997 s. 365—388.
- Michalsen 2006 Michalsen, Dag: «The Nominalistic Argument in Interpreting Past Legal Texts» i *Reading past legal texts*, Oslo Studies in Legal History no. 1, 2006 s. 134—157.
- Michalsen 2013 Michalsen, Dag: «Rett og historie: Historiske og metodiske synspunkter» i *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad*, Gyldendahl, 2013, s. 389—398.
- Michelsen 1999 Michelsen, Hans M.: *Sivilprosess*, Ad notam Gyldendahl, Oslo 1999.

- Monsen 2014 Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk, Oslo 2012.
- Munch—Pettersen 1930 Munch—Pettersen, Hans: «En teori om bevisbyrden», *SvTJ* 1930 s. 441.
- Mæland 1986 Mæland, Henry John: *Ærekrenkelser*, Universitetsforlaget, Bergen 1986.
- Mæland 2013 Mæland, Henry John: *Kort prosess*, Justitian, Bergen 2013.
- Mæhle 2005 Mæhle, Synne Sæther: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Gyldendahl, Oslo 2005.
- Mæhle 2015 Mæhle, Synne Sæther: «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk — i lys av grunnleggende forskningsverdier», *TfR* 2/2015, s. 125–157.
- Nelken 2004 Nelken, David: «Using the Concept of Legal Culture», *Australian Journal of Legal Philosophy*, nr. 1 2004, s 1-27.
- Nellemann 1892 Nellemann, Johannes: *Den ordinaire civile Procesmaade, fjerde utgave*, H. Hagerups forlag, København 1892.
PS: Ettersom det kan være variasjoner mellom utgaver, har jeg for det endelige utkastet brukt den elektroniske versjonen tilgjengelig via den danske biblioteksdatabase Rex: https://rex.kb.dk/primos-explore/fulldisplay?docid=KGL01008565444&context=L&vid=NU I&lang=da_DK&search_scope=KGL&adaptor=Local%20Search%20Engine&isFrbr=true&tab=default_tab&query=any.contains,Den%20ordinaire%20civile%20Procesmaade&sortby=rank&facet=frbrgroupid,include,1017614648&offset=0
- Nygaard 1976 Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 1976.
- Nygaard 1980 Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 1980.

- Nygaard 1985 Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 1985.
- Nygaard, Hagen, Nome 1986 Nygaard, Hagen, Nome: *Årsak og Bevis ved ansvar for skade*, Universitetsforlaget, Bergen 1986.
- Nygaard 1986 Nygaard, Nils: «Overvektsprinsippet som bevis for faktisk årsakssammenheng», i Bratholm, Opsahl og Aarbakke (red): *Samfunn, Rett, Rettferdighet, festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, TANO, Oslo 1986, s. 480—494.
- Nygaard 1988 Nygaard, Nils: «Frekvens-omgrep som juridiske normer» i *Lov, dom og bok: festskrift til Sjur Brækhus*, Universitetsforlaget 1988, s. 399—409
- Nygaard 2002 Nygaard, Nils: «Faktum og jus, rettskildelæra og bevisreglane», *TfR* 01—02/2002 s. 33—61.
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Bergen 2004.
- Nygaard 2007 Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Bergen, 2007.
- Nyheim 1993 Nyheim, Per: *Sannsynlighetsteori og rettslig bevisvurdering*, Institutt for rettsvitenskap Universitetet i Tromsø, 1993.
- Robberstad 2011 Robberstad, Anne: «Om forståelser av bevisbyrde», *Jussens Venner* 02/2011, s. 65—86.
- Robberstad 2018 Robberstad, Anne: *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2018.
- Sandvik 1961 Sandvik, Tore: *Det juridiske studiet*, Universitetsforlaget, Oslo 1961.

- Sandvik 1974 Sandvik, Tore: *Det juridiske studiet*, Universitetsforlaget, Bergen 1974.
- Scheel 1938 Scheel, Herman: «Grunntrekk i læren om bevisbyrden», Bilag til *TfR* 5. hefte for 1938, Aschehoug, Oslo 1938.
- Schei 1990 Schei, Tore: *Tvistemålsloven II*, TANO, Oslo 1990.
- Scweizer 2016 Scweizer, Mark: «The civil standard of proof — what is it, actually?», *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol 20 (3) 2016, s. 217-234.
- Selmer 1977 Selmer, Knut: *Lærebok i forsikringsrett*, Universitetsforlaget, 1977.
- Skeie 1931 Skeie, Jon: *Den norske civilproces II*, Olaf Norlis forlag, Oslo 1931.
- Skeie 1940 Skeie, Jon: *Den norske civilproces II*, Olaf Norlis forlag, 2. utgave, Oslo 1940.
- Skinner 1969 Skinner, Quentin: «Meaning and understanding in the History of Ideas», *History and theory* vol. 8 no. 1, 1969 s. 3—53.
- Skoghøy 1998 Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*, Universitetsforlaget, Oslo 1998.
- Skoghøy 2001 Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001.
- Skoghøy og Hauge 2001 Skoghøy, Jens Edvin A. og Hauge, Christian: *Avgjørelser i sivilprosess*, Fagbokforlaget, Bergen 2001.
- Skoghøy 2014 Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvisteløsning*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014
- Skoghøy 2016 Skoghøy, Jens Edvin A.: «Domstolsskapt prosessrett» i Matningsdal, Skoghøy, Øie (red): *Rettsavklaring og rettsutvikling*, Universitetsforlaget, Oslo 2016, s. 60—87.

- Smith 1980 Smith, Lucy: *Foreldremyndighet og barnerett*, Universitetsforlaget, Oslo 1980.
- Smits 2017 Smits, Jan: «What is Legal Doctrine? On the Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research» i Gestel, Micklitz, Rubin (red), *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*, New York, Cambridge University Press, 2017, s. 207—228.
- Solem 1927 Solem, Erik: *Praktisk rettergang*, J.M. Stenersens forlag, Oslo 1927.
- Solem 1935 Solem, Erik: *Domstoler og rettergang*, I kommisjon hos Stenersen, Oslo 1935.
- Stendahl 2015 Stendahl, Sara: «Social otrygghet som värde – Den nya incitamentbaserade sjukförsäkringen — Om inkomstbortfall, skyddad position, normativa grundmönster och rättens nivåer», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 03—04, 2015 s. 296—332.
- Strandberg 2005 Strandberg, Magne: *Skadelidtes hypotetiske inntekt*, Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Strandberg 2012 Strandberg, Magne: *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget, Bergen 2012.
- Strandberg 2017 Strandberg, Magne: «Beviskrav i sivile saker — kommentarer til HR-2016-2579-A om beviskrav for selvmord», *Tidsskrift for forretningsjus*, 01/2017 s. 50—73.
- Sunde 2005 Sunde, Jørn Øyrehagen: *Speculum legale – rettspegele*, Fagbokforlaget, Bergen 2005.
- Sunde 2009 Sunde, Jørn Øyrehagen: «Frå læring til rettsbruk», *JV* 01/2009 s. 1—24.
- Sunde 2011 Sunde, Jørn Øyrehagen: ««Der organische Zusammenhang des Rechts»: How the reception of Savigny came to influence legal

- reception in Norwegian law in the 19th and first part of the 20th century», i Lipp, Volker og Fredriksen, Halvard Haukeland (red.): *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s. 7—18.
- Sunde 2015 Sunde, Jørn Øyrehagen: *Høgsteretts historie*, Fagbokforlaget, Bergen 2015.
- Sunde 2017 Sunde, Jørn Øyrehagen: «Managing the Unmanageable – An Essay Concerning Legal Culture as an Analytical Tool i Koch», Skodvin, Sunde (eds) *Comparing Legal Cultures*, Fagbokforlaget 2017, s. 13—25.
- Sunde 2019 Sunde, Jørn, Øyrehagen: «Fordom og forventning» i Sunde, Jørn Øyrehagen (red.): *Fordom og forventning, ei handbook i rettshistorisk metode*, Akademisk publisering, Oslo 2019, s. 7—15.
- Søvig 1999 Søvig, Karl Harald: *Tvang overfor gravide rusmiddelmissbrukere*, Kommuneforlaget, Oslo 1999.
- Taruffo 2003 Taruffo, Michele: «Rethinking the Standards of Proof», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, s. 659—678.
- Tebbit 2005 Tebbit, Mark: *Philosophy of Law, an introduction*, andre utgave, Routledge, New York 2005.
- Tuori 1999 Tuori, Kaarlo: «Från ideologikritik til kritisk positivism», *Retfærd* nr. 85, 1999, s. 5—18.
- Tuori 2002 Tuori, Kaarlo: *Critical Legal Positivism*, Routledge, New York 2016, først publisert av Ashgate, 2002.
- Tuori 2003 Tuori, Kaarlo: «Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket anna)», *TfR* 03/2003 s. 341—365.
- Tuori 2011 Tuori, Kaarlo: *Ratio and Voluntas*, Routledge New York 2016, først publisert av Ashgate 2011.

- Tuseth 2019 Tuseth, Bård Sverre: «Termer over tid» i Sunde, Jørn Øyrehagen (red.): *Fordom og forventning, ei handbook i rettshistorisk metode*, Akademisk publisering, Oslo 2019, s. 90—104.
- Tybjerg 1904 Tybjerg, Erland: *Om bevisbyrden*, Jacob Lunds boghandel, Universitetsbogtrykkeriet, 1904.
- Unger 2014 Unger, Roberto Mangabeira: *The Critical Legal Studies Movement*, Verso, 2014.
- Watson 1983 Watson, Alan: «Legal Change: Sources of Law and Legal Culture», *University of Pennsylvania Law Review* no. 5, 1983, s. 1121-1159.
- Wilhelmsen 1989 Wilhelmsen, Trine-Lise: *Egenrisiko i skadeforsikring*, Sjørettsfondet, Oslo 1989.
- Ylikoski og Kuorikoski 2010 Ylikoski, Petri og Kuorikoski, Jaakko: «Dissecting explanatory power», *Journal of Philosophical Studies*, 2010, 148, s. 201—219.
- Zahle 1976 Zahle, Henrik: *Om det juridiske bevis*, Juristforbundets forlag, København 1976.
- Zahle 1992 Zahle, Henrik: «Findes der kun én bevisret?» i Heuman, Lars (red): *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s. 447—459.
- Zahle 2007 Zahle, Henrik: *At forske ret*, Gyldendahl, Danmark 2007.
- Øie 1994 Øie, Ole-Erik: *Trygderetten og dens rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, Oslo 1994.
- Østenstad 2011 Østenstad, Bjørn Henning: *Heimelsspørsmål i behandling og omsorg overfor psykisk utviklingshemma og aldersdemente*, Fagbokforlaget, Bergen 2011.

Andre kilder:

- Kim 2018 Kim, Sung Ho: «Max Weber», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2017 Edition, Edward N. Zalta (red.), URL:<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/weber/>, hentet 01.10.2018.
- Speaks 2017 Speaks, Jeff: «Theories of Meaning», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2017 Edition, Edward N. Zalta (red.), <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/meaning/>
- Tranøy 2017 Tranøy, Knut Erik: «Intensjonsdybde», *Store norske leksikon*, 2017, 12. Juli, hentet 28. mai 2019 fra <https://snl.no/intensjonsdybde>
- UiO 1956—1957 U.f.: «Professorat i rettsvitenskap» s. 87—123 i protokoll fra det juridiske fakultet Universitetet i Oslo 1956 den 13. november 1956.

Lover

- Lov 01. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager.
- Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.
- Lov 14. august 1918 nr. 4 om rettergangsordningens ikrafttræden.
- Lov 09. juni 1978 nr. 49 om reindrift.
- Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.
- Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
- Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar.
- Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler.
- Lov 01. januar 1993 nr. 13 om tvangsfullbyrdelse.
- Lov 03. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Proposisjoner:

- Ot. prp. nr. 1 (1910) Om utferdigelse av love om domstolene og rettergangsmaaten i tvistemaal.

Ot.prp. nr. 26 (1980–1981) Om lov om endringer i lov nr. 8 av 18. august 1911 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) m.v.

Ot.prp. nr. 72 (1982—1983): Lov om petroleumsvirksomhet .

Ot.prp. nr. 48 (1987—1988): Om lov om produktansvar.

Ot.prp. nr. 25 (1988—1989): Om lov om endringer i lov 22. mars 1985 nr. 11 om petroleumsvirksomhet (tilføyelse av regler om erstatning til fiskere).

Ot.prp. nr. 33 (1988—1989) Om lov om endringer i lov 13 mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall.

Ot.prp.nr.44 (1988–1989) Om lov om yrkesskadeforsikring.

Ot.prp.nr.65 (1990–1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring.

Ot.prp.nr.72 (1990–1991) Om lov om endringer i lov 14. juni 1985 nr. 61 om verdipapirhandel samt endringer i enkelte andre lover.

Ot.prp.nr.44 (2001–2002) Om lov om forbrukerkjøp.

Ot.prp.nr.5 (2002–2003) Om lov om endringer i folketrygdloven og i enkelte andre lover.

Ot.prp.nr.33 (2004–2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v.

Ot.prp.nr.35 (2004–2005) Om lov om endringer i likestillingsloven m.v.

Ot.prp.nr.51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister.

Ot.prp.nr.103 (2004–2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag m.v.).

Norske offentlige utredninger:

Referert som Kommisjon 1907: Kommisjon nedsatt af den kgl. Resolution 3dje januar 1891: *Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal med motiver*, Steen'ske bogtrykkeri, Kristiania 1908.

NUT 1958:3 Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.

NOU 1980: 29 Produktansvaret.

NOU 1982: 19 Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade.

NOU 1986: 6 Erstatning til fiskere for ulemper ved petroleumsvirksomheten.

NOU 1990: 23 Sykelønnsordningen

NOU 2000: 16 Tobakksindustriens erstatningsansvar.

NOU 2000: 33 Erstatning til ofrene hvor tiltalte frifinnes for straff.

NOU 2001: 32 Rett på sak, bind A.

NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering.

NOU 2004: 3 Arbeidsskedeforsikring.

NOU 2004: 23 Barnehjem og spesialskoler under lupen. Nasjonal kartlegging av omsorgssvikt og overgrep i barnevernsinstitusjoner 1945–1980.

Rettspraksis:

| | | |
|--------------------------------|-----------------|----------------------------------|
| Rt. 1901 s. 481 | Rt. 1937 s. 256 | Rt. 1965 s. 712 (Georges) |
| Rt. 1902 s. 260 | Rt. 1937 s. 263 | Rt. 1965 s. 1215 |
| Rt. 1902 s. 886 | Rt. 1937 s. 303 | Rt. 1969 s. 1053 |
| Rt. 1905 s. 829 | Rt. 1937 s. 330 | Rt. 1974 s. 1160 (P-pilledom I) |
| Rt. 1907 s. 179 | Rt. 1937 s. 465 | Rt. 1975 s. 82 (Kraniebrudd) |
| Rt. 1908 s. 424 | Rt. 1937 s. 470 | Rt. 1976 s. 239 (Motorhavari) |
| Rt. 1912 s. 993 | Rt. 1937 s. 661 | Rt. 1979 s. 1224 (Kjele) |
| Rt. 1914 s. 291 | Rt. 1937 s. 698 | Rt. 1980 s. 1299 (Ulnarisnerve) |
| Rt. 1914 s. 913 | Rt. 1937 s. 899 | Rt. 1980 s. 1558 |
| Rt. 1915 s. 580 | Rt. 1937 s. 974 | Rt. 1981 s. 581 |
| Rt. 1916 s. 844 | Rt. 1938 s. 69 | Rt. 1985 s. 211 |
| Rt. 1917 s. 841 | Rt. 1938 s. 106 | Rt. 1985 s. 362 (Nornesbrukene) |
| Rt. 1918 s. 113 | Rt. 1938 s. 129 | Rt. 1988 s. 20 |
| Rt. 1918 s. 125 | Rt. 1938 s. 233 | Rt. 1988 s. 244 |
| Rt. 1918 s. 352 | Rt. 1938 s. 300 | Rt. 1988 s. 349 |
| Rt. 1918 s. 543 | Rt. 1938 s. 403 | Rt. 1989 s. 674 |
| Rt. 1919 s. 329 | Rt. 1938 s. 435 | Rt. 1989 s. 1392 |
| Rt. 1919 s. 785 | Rt. 1938 s. 689 | Rt. 1990 s. 607 |
| Rt. 1920 s. 786 | Rt. 1938 s. 841 | Rt. 1990 s. 1082 |
| Rt. 1923 s. 569 | Rt. 1939 s. 24 | Rt. 1991 s. 520 |
| Rt. 1924 s. 919 | Rt. 1939 s. 40 | Rt. 1991 s. 697 (Hjerneslag) |
| Rt. 1925 s. 679 | Rt. 1939 s. 142 | Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) |
| Rt. 1930 s. 656 | Rt. 1939 s. 264 | Rt. 1992 s. 217 |
| Rt. 1931 s. 137 | Rt. 1939 s. 394 | Rt. 1995 s. 781 |
| Rt. 1933 s. 548 (Rådhusospits) | Rt. 1939 s. 753 | Rt. 1996 s. 572 |
| Rt. 1935 s. 96 | Rt. 1939 s. 760 | Rt. 1996 s. 864 (Oppreisning) |
| Rt. 1935 s. 951 | Rt. 1939 s. 825 | Rt. 1997 s. 1 (Nakkesleng) |
| Rt. 1936 s. 329 | Rt. 1940 s. 7 | Rt. 1997 s. 1608 (Riast/Hylling) |
| Rt. 1936 s. 385 | Rt. 1940 s. 210 | Rt. 1997 s. 1879 |
| Rt. 1936 s. 454 | Rt. 1940 s. 253 | Rt. 1999 s. 14 |
| Rt. 1936 s. 659 (Glomma) | Rt. 1940 s. 293 | Rt. 2001 s. 769 |
| Rt. 1937 s. 38 | Rt. 1940 s. 352 | Rt. 2002 s. 683 |
| Rt. 1937 s. 49 | Rt. 1940 s. 394 | Rt. 2004 s. 118 |

| | | |
|-----------------|-----------------------------|---------------------------|
| Rt. 1937 s. 113 | Rt. 1940 s. 407 | Rt. 2004 s. 1695 |
| Rt. 1937 s. 116 | Rt. 1940 s. 469 | HR-2016-2579-A (Selvmord) |
| Rt. 1937 s. 129 | Rt. 1940 s. 503 | HR-2018-872-A |
| Rt. 1937 s. 158 | Rt. 1940 s. 542 | HR-2018-1056-A |
| Rt. 1937 s. 193 | Rt. 1940 s. 561 (Grunnmur) | HR-2018-1189-A |
| Rt. 1937 s. 215 | Rt. 1955 s. 919 (Torpedo) | HR-2018-2133-A |
| Rt. 1937 s. 219 | Rt. 1961 s. 973 (Fjellvann) | |