

Skjerpet beviskrav for belastende faktum i sivile saker

Kandidatnummer: 601

Leveringsfrist: 25. november 2008 kl 1200

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17767 ord

23.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDENDE DEL</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema	1
1.2	Avgrensning og videre opplegg	2
1.3	Bevisbedømmelse og beviskrav	3
1.3.1	Fri bevisbedømmelse	3
1.3.2	Beviskrav	3
1.3.3	Metode	5
1.4	Kvalifisert sannsynlighetsovervekt	5
1.5	Kort om EMK artikkel 6	9
<u>2</u>	<u>UNNTAK FRA OVERVEKTSPRINSIPPET</u>	<u>13</u>
2.1	Kort om overvektsprinsippet	13
2.2	Hensyn som kan tale for å fravike overvektsprinsippet	14
2.3	I hvilken grad må beviskravet skjerpes fordi domsresultatet har større betydning for den ene enn for den andre parten?	17
2.4	Grensedragning mellom belastende faktum og konsekvenser av domsresultatet	20
<u>3</u>	<u>I HVILKEN GRAD MÅ BEVISKRAVET SKJERPES FORDI FAKTUM VIL STILLE DEN ENE PARTEN I ET DÅRLIG LYS? PRINSIPPET OM ET SKJERPET BEVISKRAV FOR BELASTENDE FAKTUM</u>	<u>22</u>
3.1	Saker om forsikringssvik, oppreisning der saksøkte er frifunnet for straff og visse typer forvaltningsvedtak	22

3.2	Kan beviskravet måtte skjerpes i andre saker enn de nevnte?	23
3.2.1	Innledning	23
3.2.2	Opptakt: Rt-1990-688	23
3.2.3	Den grunnleggende dommen: Rt-1996-864	24
3.2.4	Etterspill: Rt-1999-1363, Rt-2005-1322 og Rt-2007-1217	25
3.2.5	Konklusjon: Prinsippet om et skjerpet beviskrav for belastende faktum	26
3.3	Domstolenes beskrivelse av rettssetningen	26
3.3.1	Beviskravet må skjerpes når det dreier seg om straffbare eller sterkt klanderverdige handlinger, eller når faktum er belastende eller infamerende	26
3.3.2	Nærmere om begrepene	27
3.3.3	Kan man oppstille et avgjørende vurderingskriterium?	32
3.4	Hovedtrekk ved vurderingstemaet	34
3.4.1	Skal man se på rettsreglenes innhold eller det konkrete faktumet?	34
3.4.2	Objektiv eller subjektiv vurdering?	36
3.4.3	Vurderingstemaet – en rettslig standard	38
3.5	Hvilke momenter kan tilsi at det må oppstilles et skjerpet beviskrav?	39
3.5.1	Den rettslige beskrivelse	39
3.5.2	Har det selvstendig betydning om forholdet er straffbart?	39
3.5.3	Eventuell strafferamme	40
3.5.4	Har skillet mellom forbrytelser og forseelser betydning?	40
3.5.5	Skyldgradens betydning	40
3.5.6	Handlingens karakter	43
3.5.7	Handlingens konsekvenser	45
3.6	Hvilke bevistema må bevises med klar sannsynlighetsovervekt?	47
3.6.1	Innledning	47
3.6.2	Handlingen	48
3.6.3	Skylden	49
3.6.4	Om det er inntrådt realskade og om denne står i årsakssammenheng med handlingen	50
3.6.5	Andre omstendigheter	52
3.7	Mothensyn som reduserer betydningen av at faktum vil være belastende for en part	53

LITTERATURLISTE	55
------------------------	-----------

1 Innledende del

1.1 Avhandlingens tema

Temaet for avhandlingen er hvilket beviskrav som må oppstilles i sivile saker der det er spørsmål om å bygge på et faktum som stiller den ene parten i et svært uheldig lys.

Hovedregelen om beviskravet i sivile saker er at retten skal bygge på det saksforholdet den finner mest sannsynlig (overvektsprinsippet). Dette skal ivareta målsettingen om å sikre flest mulig materielt riktige avgjørelser. Spørsmålet er om overvektsprinsippet etter gjeldende rett må fravikes for å beskytte den som kan få sitt gode navn og rykte ødelagt som følge av avgjørelsen. Må med andre ord hensynet til parten få forrang foran hensynet til et materielt riktig resultat?

Høyesterett har i en rekke saker uttalt at det stilles strengere krav til bevisene enn det som følger av overvektsprinsippet for å bygge på et belastende faktum. Avhandlingen tar for seg rekkevidden av dette prinsippet. Det vil fremgå at prinsippet ikke er begrenset til de sakstypene eller rettsspørsmålene som har vært oppe for Høyesterett, men at beviskravet må skjerpes i alle saker hvor dommen forutsetter forhold som vil være belastende for en part.

Høyesterett har ikke bare brukt det at forholdet vil være ”belastende” som begrunnelse for å skjerpe beviskravet, men også at det dreier seg om ”straffbare”, ”sterkt klanderverdige” eller ”infamerende” forhold. Avhandlingen redegjør for forholdet mellom disse begrepene. Den kommer også frem til at det avgjørende vurderingstemaet for om beviskravet må skjerpes er om faktum vil virke belastende og ikke for eksempel om det dreier seg om en straffbar handling.

Avhandlingen går nærmere inn på spørsmålet om når det dreier seg om et belastende faktum slik at beviskravet må skjerpes. Må vi se på den aktuelle regelens utforming, eller på de konkrete omstendighetene i saken? Og hvilken betydning har skyldgraden, karakteren av den handlingen som er foretatt og konsekvensene av handlingen?

Avhandlingen ser også på spørsmålet om det skjerpede beviskravet omfatter alle bevistemaene i saken, eller bare noen. Gjelder det for eksempel et skjerpet beviskrav ved spørsmål om det foreligger årsakssammenheng mellom handlingen og skaden? Og hvilket beviskrav gjelder for omstendigheter som bare har betydning for utmåling av et eventuelt tap?

1.2 Avgrensning og videre opplegg

Avhandlingen handler om *beviskrav*, jf kapittel 1.3. For en redegjørelse av bevisretten for øvrig viser jeg til den generelle prosessteorien.¹ Avhandlingen tar for seg en side av beviskravet i *sivile saker*. Beviskravet i straffesaker faller utenfor, og vil kun bli berørt der det kan ha betydning for avhandlingens tema. Spørsmålet er om det må oppstilles et *skjerpet beviskrav*. Overvektsprinsippet blir derfor bare kort behandlet i kapittel 2.1 Andre grunner til å fravike overvektsprinsippet enn at det dreier seg om et *belastende faktum* faller utenfor avhandlingen, men nevnes likevel i de lege ferenda-drøftelsen i kapittel 2.2. Jeg går imidlertid i kapittel 2.3 litt mer inn på spørsmålet om domsresultatets betydning for partene kan ha innvirkning på beviskravet. Dette er nødvendig for å foreta en grensdragning mellom tilfeller hvor det er selve faktumet og ikke domsresultatet som tilsier et skjerpet beviskrav. Kapittel 3 er hoveddelen hvor jeg drøfter om beviskravet de lege lata må skjerpes fordi faktumet vil være belastende for en part, i hvilke saker beviskravet må skjerpes og hvilke bevistema som må bevises med klar sannsynlighetsovervekt.

Avhandlingen avgrenses mot en behandling av hva som ligger i det skjerpede beviskravet. En kort gjennomgang hører dog med og vil bli gitt i kapittel 1.4. Det avgrenses videre mot

¹ Se bl.a. Skoghøy 2001 og Hov 2007 I

spørsmål som kan oppstå i forhold til EMK. Enkelte slike spørsmål tas likevel opp i kapittel 1.5 for å gi det komplette bildet.

1.3 Bevisbedømmelse og beviskrav

1.3.1 Fri bevisbedømmelse

Etter tvl § 21-2 (1) fastsetter retten ved en ”fri bevisvurdering” det saksforhold avgjørelsen skal bygges på. At bevisvurderingen er fri betyr at den ikke er bundet eller styrt av *regler*. Retten må etter eget skjønn vurdere hvilken vekt det skal legges på de forskjellige bevisene, og gjøre seg opp en mening om hva som er foregått når en ser bevisene i sammenheng.²

Høyesterett har i flere dommer understreket betydningen av begivenhetsnære bevis.³ Men noen bindende regeldannelse kan det ikke bli snakk om, det ville være i strid med prinsippet om at bevisbedømmelsen skal være fri.⁴ Det er kun snakk om alminnelige erfaringssetninger eller betraktninger som vil kunne være retningsgivende dersom det ikke er holdepunkter for noe annet.

1.3.2 Beviskrav

Dersom bevisvurderingen ender med at retten er sikker på hva som er skjedd må den selvsagt bygge på det. Hvis ikke ville det ikke vært noe igjen av prinsippet om fri bevisbedømmelse. Er retten derimot i tvil om hendelsesforløpet, kommer beviskravsreglene inn. Reglene om beviskrav angir sannsynlighetsgraden som må foreligge for et bevistema for at retten skal kunne bygge på det.⁵ Retten må holde sluttresultatet av bevisvurderingen opp mot beviskravet for å se om det er oppfylt.

² Eckhoff 1943 s 10-11.

³ Jf bl.a. Rt-1998-1565.

⁴ Strandbakken 2003 s 62.

⁵ Skoghøy 2001 s 673-674, Hov 2007 I s 349 og Eckhoff 1962 s 154.

I alminnelighet er det i sivile saker tilstrekkelig med bare en liten grad av sannsynlighetsovervekt (51 %) for et faktum for at det skal legges til grunn (overvektsprinsippet). I noen tilfeller gjelder det imidlertid et skjerpet beviskrav. Det stilles da strengere krav til bevisene for at beviskravet skal være oppfylt, for eksempel slik at sannsynlighetsovervekten må være klar. Sannsynligheten som kreves for å legge til grunn at faktumet ikke er tilstede blir tilsvarende mindre. I straffesaker gjelder det et veldig strengt beviskrav. Bevistemaet må være bevist utenfor rimelig tvil for at det skal kunne legges til grunn for dommen.

Andre ord som er brukt om ”beviskravet” er ”bevisbyrde” og ”tvilsrisiko”.⁶ De sistnevnte begrepene er imidlertid flertydige, og jeg vil av den grunn prøve å unngå dem i avhandlingen. Bevisbyrde kan i tillegg til beviskrav bety ”bevisføringsbyrde”.⁷ Bevisføringsbyrden påhviler den part som på et hvilket som helst tidspunkt må føre bevis for ikke å tape saken. Har for eksempel saksøker ført bevis slik at beviskravet for bevistemaet er oppfylt, må saksøkte føre bevis som tilsier at det ikke lenger er oppfylt o.s.v. Uttrykket ”bevisbyrde” kan dessuten rette seg mot den av partene som vil tape saken dersom det er tvil om beviskravet er oppfylt eller ikke, og slik brukes også ordet tvilsrisiko.⁸ Dersom overvektsprinsippet gjelder vil altså den parten som vil tape saken dersom begge partenes versjoner fremstår som like sannsynlige sies å ha bevisbyrden eller tvilsrisikoen. Noen ganger brukes også ordet ”bevisbyrde” om den situasjonen at det gjelder et skjerpet beviskrav.⁹

⁶ Skoghøy 2001 s 673-674, Hov 2007 I s 349, Eckhoff 1962 s 154 og Eckhoff 1943 s 15.

⁷ Se Hov 2007 I s 348-349, Skoghøy 2001 s 676, Eckhoff 1943 s 16-20 og HR-2008-01861-S premiss 38.

⁸ Nygaard 2007 s 341, Graver 2004 s 467, Michelsen 1999 s 217, Augdahl 1971 og HR-2008-01861-S premiss 38.

⁹ NOU-2001-32 s 459.

1.3.3 Metode

Beviskravsreglene er rettsregler.¹⁰ Det dreier seg også om materielle regler i den forstand at hvis retten har bygget på et for strengt eller mildt beviskrav er det feil rettsanvendelse, og ikke bare feil i saksbehandlingen.¹¹ Dette ble også lagt til grunn i noen dommer som vil være sentrale for avhandlingen. I Rt-1996-864 behandlet for eksempel Høyesterett beviskravet under ”anken over realiteten”, Rt-1999-14 bygde på at det dreide seg om ”lovtolkning”, mens det i Rt-2005-1322 dreide seg om en anke over rettsanvendelsen.

At beviskravet bestemmes av rettsregler, innebærer som ellers at reglene må tolkes. Det er her den alminnelige juridiske metode som er avgjørende, og relevansen og vekten av de forskjellige rettskildedefaktorene er den samme som i rettskildelæren for øvrig.

Det er ingen generell lovbestemmelse om beviskrav i tvisteloven (eller andre lover).¹² Beviskravet må derfor som regel fastlegges gjennom andre faktorer, først og fremst rettspraksis og reelle hensyn. Men beviskravet kan være regulert i særlovgivningen, eller være et resultat av en tolkning av denne, jf for så vidt HR-2008-01861-S hva gjaldt beviskravet for at de objektive vilkårene for tilleggsskatt er oppfylt etter ligningsloven § 10-2.

1.4 Kvalifisert sannsynlighetsovervekt

I mange av de dommene jeg kommer til å gjennomgå ble det krevd kvalifisert, klar, betydelig eller sterk sannsynlighetsovervekt for bevistemaet eller lignende. Utrykkene innebærer at beviskravet ligger høyere opp på sannsynlighetsskalaen enn 50 %. At bevistemaet er sannsynliggjort er altså ikke tilstrekkelig, men det er heller ikke nødvendig å

¹⁰ Eckhoff 1949 s 312.

¹¹ Graver 2004 s 468, Bratholm/Hov 1973 s 289, Hov 2007 I s 390, Nygaard 2007 s 341, og Strandbakken 2003 s 55-57 med henvisning til praksis om det strafferettslige beviskrav. Se også Rt-1998-1945 (straffesak).

¹² Se NOU-2001-32 s 459.

rydde unna all rimelig tvil.¹³ Nøyaktig hvor på sannsynlighetsskalaen beviskravet ligger er det vanskeligere å lese ut av begrepene.

Flere har forsøkt seg på prosentangivelser av det skjerpede beviskravet. Andorsen mener at man iallfall må noe over 80 %, ca 85 %.¹⁴ Krokeide antyder at man ligger på 70 eller 80 %.¹⁵ Mellomkategorien av beviskrav i amerikansk rett¹⁶ – ”clear and convincing evidence” – har blitt tallfestet til 75 %.¹⁷ Nes herredsrett mente i dom av 10. juni 1999 at klar sannsynlighetsovervekt innebærer mer enn 60 %.¹⁸

Forsøkene viser etter min mening problemene med å tallfeste begreper. Eckhoff og Strandbakken viser til en svensk undersøkelse hvor flere dommere ble bedt om å tallfeste ulike formuleringer av beviskravet. Begrepet ”sannolikt” ble tallfestet fra 0 til 90 %, mens ”uppenbart” ble tallfestet fra 50 til over 100 %. Forskjellene kan grunnes i at dommerne faktisk la noe forskjellig i de forskjellige begrepene,¹⁹ eller det kan dreie seg om en skinnuenighet hvor begrepene ble oppfattet likt (og hvor muligens resultatet av en bevisvurdering ville blitt den samme), men hvor dommerne var usikre på den korresponderende sannsynlighetsprosenten.²⁰

Men selv om det var mulig å angi ”kvalifisert sannsynlighetsovervekt” o.s.v. i prosent, er det ikke sikkert at det ville gjøre det lettere å vurdere om beviskravet var oppfylt, fordi bevisbedømmelsen er så intuitiv og skjønnsmessig. Det kunne hevdes at hvis beviskravet var angitt i en bestemt prosent, ville det redusere innslaget av skjønn til bevisvurderingen; retten slapp da å tolke et skjønnsmessig angitt beviskrav i tillegg. Men dette er langt unna

¹³ Se Rt-1985-211 (byrettens bemerkninger), Rt-1996-864, Rt-2004-321 og Rt-2004-970.

¹⁴ Andorsen 1999 s 72 og 58.

¹⁵ Krokeide 2003 s 211.

¹⁶ Altså det beviskravet som ligger mellom overvekt og hevet over enhver rimelig tvil.

¹⁷ Kokott 1998 s 134 med henvisning.

¹⁸ Sak 98-00443 M

¹⁹ Eckhoff 1992 s 86.

²⁰ Strandbakken 2003 s 345-346.

hvordan bevisvurderingen faktisk foregår. Man tenker ikke i prosent, men i dagligdagse begreper.²¹ Bevisvurderingen beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering av alle omstendighetene i saken, og ikke en sannsynlighetsregning.²² Hvis beviskravet var fastsatt i prosent ville det skapt et nytt problem: hva ligger det i at anførselen må være 75 % sannsynliggjort? Er det tilstrekkelig at forholdet er ”godtgjort” eller må det være ”åpenbart”?²³

På denne bakgrunn virker det som de fleste mener at tall kan være et godt hjelpemiddel for tanken, men heller ikke mer.²⁴ Ikke bare domstolene, men også lovgiver fastsetter beviskravet ved hjelp av skjønnsmessige begreper, for eksempel ”utvilsomt” i dekningsloven § 5-2, ”godtgjøre” i kjøpsloven § 27 eller ”truleg” i arveloven § 57.

Spørsmålet er så om det går an å si noe mer om hva som ligger i ”kvalifisert sannsynlighetsovervekt”.

I flere dommer er det fremhevet at kravet om klar overvekt er strengt.²⁵ Men dette sier oss ikke så mye utover at kravet ligger en del over alminnelig overvekt.

Et poeng kan være hvor fine inndelinger av sannsynlighetsskalaen det går an å operere med, siden bevisvurderingen er så skjønnsmessig og lite eksakt. Hvis det ikke er psykologisk mulig å skille mellom flere beviskrav enn overvektsprinsippet, klar sannsynlighetsovervekt og det strafferettslige beviskravet kan man vel si at det skjerpede beviskravet må ligge nokså midt imellom de to andre. Noen har vært av den oppfatningen

²¹ Hov 2007 I s 267 og Eckhoff, op.cit s 87.

²² Se bl.a. Krokeide 1999 s 120 og 122.

²³ Se sannsynlighetskalaen i Skoghøy 2001 s 674.

²⁴ Eckhoff 1962 s 153, Eckhoff 1949 s 316, Eckhoff 1943 s 31-32, Hov 2007 I s 267, Skoghøy 2001 s 691, Andenæs 2000 s 178, Strandbakken 2003 s 370.

²⁵ Se Rt-1995-1641 og Rt-1996-1635.

at det ikke engang er psykologisk mulig å forholde seg til ”klar sannsynlighetsovervekt”.²⁶ Man kan for eksempel ikke på bakgrunn av de samme bevisene legge til grunn at saksforholdet ikke er bevist utenfor enhver rimelig tvil, men at det er bevist i henhold til kravet om klar sannsynlighetsovervekt. Dette er tilbakevist i NOU-2000-33 ved en gjennomgang av underrettspraksis.²⁷ Skoghøy opererer med to grader av sannsynlighet mellom sannsynlig og tilnærmet sikkerhet, nemlig ”godtgjort” og ”åpenbart”.²⁸ Graver henfører imidlertid disse begrepene under samme sannsynlighetsgrad, nemlig ”overveiende sannsynlig”.²⁹ ”Overveiende sannsynlig” ligger etter hans mening mellom ”sannsynlighetsovervekt” og ”sikkert”/”ingen rimelig tvil”, men er for øvrig flertydig siden begrepet normalt innebærer at det er nok med mer enn 50 % sannsynlighet, jf Rt-1999-1473. Det er nok ingenting i veien for å operere med en finere skala slik som Skoghøy gjør, men dess mer fingradert skalaen blir, dess vanskeligere vil det bli å vurdere om beviskravet er oppfylt, og jo mer uenighet vil det bli mellom dommerne.³⁰

Et spørsmål er om uttrykkene Høyesterett bruker (klar/sterk/kvalifisert/betydelig overvekt) betyr det samme. Det er ikke gitt, fordi ”[h]vor sterkt beviskravet skal skjerpes, kan også variere”, jf Rt-2005-1322. Det samme følger for så vidt også av Rt-1990-688 hvor det ikke var ”rimelig å stille de samme strenge beviskrav til forsikringsselskapet når B gjennom sin egen klanderverdige atferd har skapt den uklarhet som foreligger” selv om det var ”tvilsomt hvor langt betraktningen gir grunnlag for å gå i retning av å lempe på beviskravene” i forhold til ”solid bevis”/”klar sannsynlighetsovervekt”. Beviskravet vil altså kunne variere både i tråd med forholdets alvorlighet eller stigmatiserende karakter, jf Rt-2005-1322, og fordi det kommer andre bevisrettslige hensyn inn, jf Rt-1990-688.

²⁶ Se Krokeide 1999 s 123 flg og Andorsen 1999 s 75 og 90. Se for så vidt også Tybjerg vist til i Brækhus 1940 s 9. Se også *Addington v Texas*, 441 U.S. 418 [1979] som fremholder at et krav om ”clear and convincing evidence” uansett kan ha symbolsk verdi.

²⁷ NOU-2000-33 kapittel 6.4.4.3.

²⁸ Skoghøy 2001 s 674.

²⁹ Graver 2004 s 467.

³⁰ NOU-2000-33 kapittel 6.4.4.3.

I Rt-1990-688 ble ”solid bevis” og ”klar sannsynlighetsovervekt” ansett som likestilte begreper.³¹ Skoghøy synes imidlertid å mene at ”kvalifisert sannsynlighetsovervekt” ligger noe lavere enn ”klar” og ”sterk” sannsynlighetsovervekt.³² Høyesterett har imidlertid ikke gitt uttrykk for at det ligger noen forskjell i begrepene, og mitt inntrykk er at begrepene brukes om hverandre.³³

Siden beviskravet er relativt skulle det i og for seg være en fordel å kunne uttrykke de forskjellige gradene med forskjellige begreper. Men de begrepene som Høyesterett har brukt er etter min mening ikke egnet til dette. Det kan også hende forskjellene i den sannsynlighet som kreves er så små at de ikke lar seg beskrive med egne begreper. Slik kan begrepet ”klar sannsynlighetsovervekt” oppfattes som en standard. Selv om det kreves klar sannsynlighetsovervekt i både den ene og den andre saken, kan det hende at den sannsynlighetsgrad som kreves er forskjellig, m.a.o. at det er forskjeller i hvor klar sannsynlighetsovervekten må være.

1.5 Kort om EMK artikkel 6

EMK gjelder som norsk lov og har forrang fremfor annen lovgivning, jf menneskerettsloven §§ 2 og 3.

I det følgende skal jeg drøfte forholdet mellom kravet om klar sannsynlighetsovervekt og prinsippet om ”equality of arms” i EMK art 6.1 og uskyldspresumsjonen i art 6.2.

Etter EMK artikkel 6 har enhver ved avgjørelsen av sine borgerlige rettigheter og plikter, eller en straffesiktelse mot seg, rett til en rettferdig rettergang (”fair hearing”). I rettferdig rettergang ligger prinsippet om ”equality of arms”, som går ut på at partene skal ha de

³¹ Se også NOU-2000-33 kapittel 4.6.3.3.

³² Skoghøy 2001 s 674 og 687.

³³ Se for eksempel Rt-1995-1641, Rt-1996-1635, Rt-1999-14, Rt-1999-1363, Rt-2007-1217 og Rt-2007-1851.

samme prosessuelle rettighetene.³⁴ At rimelig tvil skal komme tiltalte til gode er selvfølgelig ikke i strid med dette likestillingsprinsippet, all den tid det skal beskytte private mot overgrep fra staten med sitt rettslige og faktiske overtak i en straffesak. Strandbakken hevder imidlertid at kravet om klar sannsynlighetsovervekt begunstiger den ene parten i en sivil sak på en slik måte at det bryter med likestillingsprinsippet.³⁵

Etter EMD's praksis er regler om bevisføring og bevisvurdering i utgangspunktet overlatt til nasjonal rett.³⁶ Artikkel 6.1 gir i utgangspunktet heller ingen føringer for bevisbyrden, med mindre det skapes en ubalanse mellom partene, jf G mot Frankrike (11941/86) DR 57 s 100. Spørsmålet som var oppe for kommisjonen var om en *presumsjon for ansvar* i en sivil sak skapte slik ubalanse. Etter min mening må det være ganske klart at kravet til kvalifisert sannsynlighetsovervekt ikke er i strid med likestillingsprinsippet. Mange stater opererer med et ganske høyt beviskrav i sivile saker. I tysk rett må for eksempel retten i en sivil sak også være overbevist forbi enhver rimelig tvil.³⁷ I dansk rett må det som regel en ganske høy grad av sannsynlighet til.³⁸ I Sverige har heller ikke overvektsprinsippet noen særlig betydning.³⁹ Det er slik jeg har forstått det først og fremst i Common law land og Norge at overvektsprinsippet følges.⁴⁰ Men det kan ikke medføre at et krav om klar sannsynlighetsovervekt er i strid med konvensjonen. At det skjerpede beviskravet ikke er i strid med likestillingsprinsippet følger også av EMD's praksis.⁴¹

Etter EMK artikkel 6.2 skal enhver som blir siktet for en straffbar handling antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Et spørsmål er om et skjerpet beviskrav i en sivil sak for

³⁴ Hov 2007 I s 59.

³⁵ Strandbakken 2003 s 607. Han gjør imidlertid unntak hvor den andre parten er et forsikringsselskap, jf s 604.

³⁶ Se bl.a. Trojanowski mfl mot Polen (EMD-1996-32731).

³⁷ Kokott 1998 s 18.

³⁸ Gomard 2007 s 568 og 578.

³⁹ Heuman 2005 s 457.

⁴⁰ *lc.*

⁴¹ Bl.a. Ringvold mot Norge (EMDN-1997-34964).

en straffbar handling vedkommende er frifunnet for, kan innebære at det kastes mistanke om straffeskyld i strid med bestemmelsen. I *Y mot Norge*⁴² fant EMD det konvensjonsstridig når lagmannsretten hadde formulert seg slik at det var *”clearly probable that [the applicant] has committed the offences against Ms T. with which he was charged”*. Det var dermed skapt en ”clear link” til straffesaken som ikke kunne tolereres. Dette kunne tyde på at kravet om klar sannsynlighetsovervekt (”clearly probable”) i slike saker var i strid med uskyldspresumsjonen i art 6.2. I *Ringvold mot Norge*⁴³ ble imidlertid formuleringen *”klar sannsynlighetsovervekt for at C har begått overgrep mot A”* ansett konvensjonsmessig. Det er altså ikke konvensjonsstridig å operere med et skjerpet beviskrav i seg selv, men dess høyere beviskrav det blir tale om dess vanskeligere blir det å formulere seg med den tilstrekkelige avstand til straffesaken.⁴⁴

Et annet spørsmål er om EMK artikkel 6.2 oppstiller et operasjonelt beviskrav når den for straffbare handlinger (”charged with a criminal offence”) sier at skyld må være bevist etter loven. Hvis det gjelder et strengt beviskrav etter art 6.2, for eksempel hevet over enhver rimelig tvil, vil ikke kravet om klar sannsynlighetsovervekt leve opp til konvensjonens krav. Spørsmålet er aktuelt for en rekke forvaltningssanksjoner som behandles som sivil sak internt, og hvor det er tilstrekkelig med klar sannsynlighetsovervekt for at grunnlaget for sanksjonen er til stede etter den interne retten, men som utgjør en ”criminal charge” etter bestemmelsen ut fra en vurdering av de såkalte Engel-kriteriene.⁴⁵

Ordlyden i art 6.2 gir ikke klare holdepunkter for om bestemmelsen oppstiller et beviskrav. Er det avgjørende at skylden må være ”bevist”, slik at det ikke kan være rimelig tvil om forholdet, eller at dette skal skje ”etter loven”, slik at fastsettelsen av beviskravet er overlatt til nasjonal rett. I flere dommer uttaler EMD at *”the burden of proof is on the prosecution,*

⁴² EMDN-2000-56568.

⁴³ EMDN-1997-34964.

⁴⁴ Se Rt-2003-1671, Rt-2004-321 og Rt-2004-970.

⁴⁵ Engel m fl mot Nederland, EMD 8. Juni 1976.

and any doubt should benefit the accused.”⁴⁶ Men oppstiller EMD her et operasjonelt beviskrav, eller henviser de bare til et overordnet prinsipp som ikke nødvendigvis er brutt selv om ikke all rimelig tvil kommer tiltalte til gode?

På denne bakgrunn kom Høyesterett i Rt-2007-1217 med dissens 3-2 til at det kan utledes et bestemt beviskrav av EMK art 6.2. Mindretallet viste til at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen og at norske domstoler må kunne trekke inn tradisjonelle norske verdiprioriteringer der det er tvil om tolkingen.⁴⁷ Men selv om flertallet mente art 6.2 gav uttrykk for et operasjonelt beviskrav, var det i saken tilstrekkelig med klar sannsynlighetsovervekt, fordi sanksjonen ikke lå i ”the hard core of criminal law”, jf Jussila mot Finland.⁴⁸

I HR-2008-01861-S kom Høyesterett med dissens 6-5 til samme resultat og med omtrent den samme begrunnelse som Rt-2007-1217.

Vil disse dommene være retningsgivende for fremtiden? Dommene er avsagt under skarp dissens. Det er ikke gitt at Høyesterett ville kommet til samme resultat dersom sammensetningen hadde vært annerledes. Dommene er ferske, og flere underrettsdommer viser at det ikke har skjedd noen særlig innrettelse fra rettsvesenets eller ligningsmyndighetenes side siden Rt-2007-1217. De gjelder heller ikke et spørsmål det kan bli tale om noen innrettelse etter fra borgernes side utenfor en forvaltnings- eller domstolsprosess. I tillegg er det mindre betenkelig å fravike et prejudikat hvor det er EMD som har det avgjørende ord, og hvor praksisen kan måtte endres etter at spørsmålet har vært forelagt EMD.

På den annen side foreligger det nå to dommer som sier at det kan utledes et bestemt beviskrav ut av EMD. Den siste dommen ble også avsagt av Høyesterett i storkammer, og

⁴⁶ Se bl.a. Barbera m fl mot Spania (EMD-1983-10588).

⁴⁷ Rt-2007-1217 premiss 91 og 92.

⁴⁸ EMDN-2001-73053.

noe av poenget med en slik behandling er å sørge for rettsavklaring og rettsutvikling. En fravikelse vil også være til ugunst for borgerne. På denne bakgrunn må rettsstilstanden, så lenge spørsmålet ikke har vært forelagt EMD, anses avklart.

Selv om det gjelder et operasjonelt beviskrav etter art 6.2, vil jeg anta at et krav om klar sannsynlighetsovervekt ved illeggelse av forvaltningssanskjoner som regel vil tilfredsstillende bestemme seg. Både i Rt-2007-1217 og HR-2008-01861-S talte effektivitetshensyn for å stille lavere beviskrav enn i tradisjonelle saker om straff, selv om både inndragning og tilleggsskatt ble ansett som inngripende reaksjoner.⁴⁹

2 Unntak fra overvektsprinsippet

2.1 Kort om overvektsprinsippet

Hovedregelen om beviskravet i sivile saker er at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn.⁵⁰ Begrunnelsen for prinsippet er at partenes interesser i sivile saker er kontrære, og at det å bygge på det alternativ som fremstår som mest sannsynlig, som retten altså tror er riktig, vil sørge for flest riktige dommer i det lange løp.⁵¹

Det er diskutert om overvektsprinsippet virkelig gir flest riktige dommer.⁵² Det er blant annet anført at dersom størstedelen av tvilsrisikoen påhviler den part som har sterkest mulighet og oppfordring til å sikre og føre bevis, vil det sørge for at sakene blir best mulig

⁴⁹ Rt-2007-1217 premiss 65-66 og HR-2008-01861-S premiss 103-105.

⁵⁰ Se bl.a. Rt-1992-64, Rt-1996-864, Rt-1999-14, Rt-2003-1671, Rt-2006-1657, Rt-2007-1851, NOU-2001-32 Rett på sak s 459-460, Eckhoff 1943 s 64 flg, Bratholm/Hov 1973 s 298, Hov 2007 I s 350-351 og 354 og Skoghøy 2001 s 675.

⁵¹ Se bl.a. førstvoterende i Rt-1999-14 og HR-2008-01861-S premiss 39.

⁵² Se bl.a. Ekeløf 1992 s 105 flg.

opplyst slik at retten får et sikrere grunnlag for sin avgjørelse.⁵³ Det er imidlertid tvilsomt hvor langt dette synspunktet rekker. For det første kommer dette forholdet inn allerede ved bevisvurderingen.⁵⁴ For det andre er vel de fleste interessert i å sikre seg og føre de bevis som går i ens favør, uavhengig av om det gjelder et høyt eller lavt beviskrav.⁵⁵

2.2 Hensyn som kan tale for å fravike overvektsprinsippet

Hensynet til flest mulig materielt riktige dommer er ikke det eneste som kommer i betraktning når man skal fastlegge beviskravet. I Høyesteretts dom av 29. oktober 2008 uttalte førstvoterende at *”[d]et at man i sivile saker legger til grunn det faktum som er mest sannsynlig, danner bare et utgangspunkt, og dette prinsippet kan ikke strekkes lenger enn begrunnelsen rekker”*.⁵⁶

Når beviskravet er regulert i lovgivningen, finner vi alle slags variasjoner i kravet til bevisenes styrke. Bl.a. brukes beviskravet for å nyansere den materielle retten.⁵⁷ Et eksempel er kontrollansvaret i kjøpsloven § 27. Her må selgeren ”godtgjøre” at vilkårene for ansvarsfrihet foreligger, noe som innebærer et strengere ansvar enn om overvektsprinsippet gjaldt.⁵⁸

Det sies ofte at bevisbyrden bør gå utover den som kunne og burde ha sikret seg bevis.⁵⁹ Ovenfor i kapittel 2.1 er det gjort rede for at dette ikke nødvendigvis vil sikre en riktigere avgjørelse. Men andre grunner kan gjøre dette rimelig. I Rt-1990-688 ble det således både anført preventive hensyn og rettferdighetshensyn: *”Det er ikke rimelig å stille de samme strenge beviskrav til forsikringsselskapet når B gjennom sin egen klanderverdige atferd har skapt den uklarhet som foreligger”*.

⁵³ Se bl.a. Heuman 2005 s 458.

⁵⁴ Se Rt-1990-688 og Hov 2007 I s 337.

⁵⁵ Se Hov 2007 I s 358 og Eckhoffs meget prinsipielle drøftelse i Tvilsrisikoen s 67 flg.

⁵⁶ HR-2008-01861-S premiss 41.

⁵⁷ Hov 2007 I s 360.

⁵⁸ Se også Rt-2001-1062.

⁵⁹ Skoghøy 2001 s 688, Hov 2007 I s 357 flg.

Overvektsprinsippet bygger som sagt på en forutsetning om at partenes interesser i saken veier like tungt. Hvis både A og B gjør gjeldende at de er eiere av et grensestykke, er det den samme verdien som står på spill for begge partene. Retten bør da bygge på det hendelsesforløpet han tror er riktig, altså det som fremstår som mest sannsynlig.

I straffesaker står ikke interessene likt. Tiltalte risikerer ofte både straff og varig stigmatisering. For han står både friheten og æren på spill.⁶⁰ Påtalemyndigheten representerer imidlertid bare det offentliges interesse i effektiv kriminalitetsbekjempelse, både ved å få dømt de skyldige og ved å påvirke andre til å avstå fra kriminalitet. Det er derfor en større ulykke om en uskyldig skulle bli dømt enn om en skyldig skulle gå fri. Ofte sies det at det er bedre at ti skyldige går fri enn at en uskyldig dømmes.⁶¹ I strafferettspleien er altså ikke det viktigste å sørge for flest mulig materielt riktige dommer, men å forhindre flest mulig gale dommer i den ene retningen. Det er bare når det er hevet over enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig at han kan dømmes.

Men også i sivile saker vil partenes interesse i saken kunne være forskjellig. Det er tilfellet med en del administrative inngrep, jf HR-2008-01861-S premiss 41: *”Ved ileggelse av forvaltningssanksjoner er partenes interesser av vidt forskjellig karakter. Her står borgernes behov for å bli beskyttet mot sanksjoner på uriktig grunnlag mot det offentliges interesse i effektiv håndhevelse av forvaltningslovgivningen. Borgernes beskyttelsesbehov tilsier at det for ileggelse av slike sanksjoner stilles krav om mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet er hvor strengt beviskravet kan stilles uten at det går utover det offentliges behov for en effektiv rettshåndhevelse.”*

⁶⁰ Andenæs 2000 s 179.

⁶¹ Det høye beviskravet i straffesaker er imidlertid også begrunnet i mer samfunnsmessige betraktninger enn hensynet til tiltalte. Dersom altfor mange uskyldige ble dømt ville folk miste respekten og tilliten til strafferettspleien, og straffebudenes preventive og moraldannende effekt ville utebli, jf Strandbakken 2003 s 69 og 72 og Eckhoff 1943 s 111.

Interessene knyttet til domsutfallet kan også være forskjellig i saker mellom to private parter. Når det for eksempel gjelder avskjed risikerer arbeidstakeren uriktig å miste sitt livsgrunnlag, samtidig som det kan være vanskelig å finne en ny jobb, mens det arbeidsgiveren risikerer er å måtte beholde en arbeidstaker han har mistet tilliten til. Det kan også hende at interessene knyttet til domsutfallet tilsynelatende er de samme, men at en uriktig dom likevel vil være lettere å bære for den ene parten. I en erstatnings sak betyr domsutfallet som regel like meget for partene, men noe annet kan være tilfellet dersom den ene parten er rik og den andre fattig.

Men selv om interessene knyttet til og konsekvensene av domsresultatet vil være de samme for begge partene, kan et bestemt domsresultat forutsette at retten bygger på et faktum som stiller den ene parten i et dårlig lys, slik at selve domsgrunnene innebærer en tilleggsbelastning.

Også i sivile saker vil dermed en uriktig dom i den ene retningen kunne innebære en større ulykke enn en uriktig dom den andre veien. Det oppstår derfor spørsmål om man av hensynet til den ene parten bør la avgjørelsene få en tendens til å falle ut i den ene retningen, ved å la tvilsrisikoen påhvile motparten. Gode grunner kunne i og for seg tale for at man justerte beviskravet etter styrken av de interessene som befant seg på hver side av bordet i den enkelte sak. Men ved fastsettelsen av beviskravet kommer også hensynet til likhet og forutberegnelighet inn.⁶² Skulle retten fastsette etter et fritt skjønn hvilket krav som skulle stilles til bevisene fra sak til sak, ville det kunne føre til uvisshet, diskriminering, misbruk og vilkårlighet. Dette har betydning for hvor langt man kan gå i å ta hensyn til de konkrete omstendighetene i saken ved fastsettelsen av beviskravet. Eckhoff tok til orde for at beviskravet bør fastsettes etter en interesseavveining av typetilfeller.⁶³ Andre bruker uttrykk som ”sakens beskaffenhet” og ”rettsforholdets art”.⁶⁴ Det avgjørende

⁶² Se Gomard 2007 s 572 og NOU-2000-33 kapittel 6.4.5.4.

⁶³ Eckhoff 1992 s 86.

⁶⁴ Aasland 2004 s 754, Augdahl 1971 s 97 og Schei 2007 s 990.

bør altså være hvordan konsekvensene normalt vil bli for partene ved en uriktig dom i den ene eller den andre retningen, og ikke hvordan de vil bli for akkurat disse partene.

2.3 I hvilken grad må beviskravet skjerpes fordi domsresultatet har større betydning for den ene enn for den andre parten?

Vi har flere eksempler på at beviskravet har blitt skjerpet fordi domsresultatet har hatt vesentlig større betydning for en av partene. En dom som ofte trekkes frem er Rt-1939-365 hvor det ble krevd *”full sikkerhet”* for at et samtykke til adopsjon *”bygget på morens rolige og modne overlegg og med full sikkerhet over alle rettsfølgene”*.⁶⁵ Det samme synspunktet ble lagt til grunn i Rt-1990-1274 hvor det var spørsmål om omsorgsovertakelse med sikte på adopsjon: *”Hensett til inngrepets karakter er det etter min oppfatning grunn til å oppstille det strengere beviskrav justiskomiteen går inn for. Et uriktig vedtak som avskjærer enhver forbindelse mellom barnet og de biologiske foreldre er vesentlig mer alvorlig enn en uriktig avgjørelse som opprettholder forbindelsen. At forbindelsen opprettholdes er ikke bare barnevernslovens normalordning. Men dette forhindrer heller ikke at adopsjonsspørsmålet tas opp på et senere tidspunkt”*. Synspunktet kom også til syne i Rt-1995-109 som gjaldt inndragning av skjenkebevilling på grunn av brudd på skjenkereglene. Ordlyden pekte ikke i retning av et særlig strengt beviskrav, og man måtte også ta hensyn til alkohollovens formål om å begrense de helsemessige og sosiale skader ved misbruk av skjenkereglene, men *”[d]et er likevel grunn til å ta hensyn til at inndragning av skjenkebevilling er en meget inngripende forvaltningsrettslig sanksjon”*. Rt-2006-1657 gjaldt spørsmålet om et ekteskap var reelt og gav rett til opphold og arbeide i Norge. En av dommerne la ved vurderingen av hvilket beviskrav som måtte stilles vekt på at *”[k]onsekvensene av en uriktig dom i ektefellenes disfavør vil normalt medføre at samlivet mellom dem vanskelig- eller umuliggjøres og innebære en krenkelse av ektefellenes følelsesmessige tilknytning til hverandre. Det står for meg som innlysende at disse personlige konsekvensene er vesentlig verre enn konsekvensene av en uriktig dom i*

⁶⁵ Eckhoff 1943 s 112-113, Hov 2007 I s 355 og Skoghøy 2001 s 686.

statens disfavør.” De fire andre dommerne ville ikke fravike overvektsprinsippet og la avgjørende vekt på faren for omgåelse av lovens vilkår for oppholds- og arbeidstillatelse.⁶⁶

Dommene bygger på at domsresultatet vil få vesentlig større konsekvenser for den ene parten enn den andre. Det er hevdet i teorien at ulike konsekvenser for partene av en uriktig dom bare skal kunne tillegges betydning for beviskravet dersom det dreier seg om personlige, ikke-økonomiske konsekvenser.⁶⁷ Jeg er usikker på om det er noen klar grense mellom disse. Hvis en person blir avskjediget kan man vel si at det medfører personlige konsekvenser for arbeidstakeren, selv om det å ha et arbeid i bunn og grunn dreier seg om økonomi. Det samme er tilfellet ved inndragning av skjenkebevilling, jf Rt-1995-109. Det vil uansett forekomme saker hvor domsutfallet kan ha store økonomiske konsekvenser for bare en av partene, og hvor således en uriktig dom vil være en mye større ulykke dersom den går mot denne parten. Dette gjelder for eksempel i saker om forvaltningssanksjoner, hvor forvaltningens interesser ikke egentlig er økonomiske, men går ut på håndhevingen av reglene. Rt-1999-14 gjaldt inndragning av fisk etter saltvannsfiskeoven § 11 på grunn av overfiske. Mindretallet mente straffeprosessens beviskrav måtte komme til anvendelse fordi det gjaldt *”forhold som materielt sett må likestilles med straff”*. Det ble også lagt vekt på at *”administrativ inndragning etter § 11... kan være langt mer inngripende enn en bot”*. Flertallet ville ikke la det straffeprosessuelle beviskravet komme til anvendelse, men mente det måtte stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt bl.a. fordi *”vi står over for en reaksjonsform som utvilsomt har store likhetspunkter med det straffeprosessuelle inndragningsinstituttet”*. Det var ikke i seg selv noe sterkt argument at inndragning regelmessig vil være et tungt økonomisk inngrep: *”Mange forvaltningsvedtak har store økonomiske konsekvenser uten at dette har ført til særlig bevisstyrke i slike saker”*. Som påpekt av Berg⁶⁸ var denne forutsetningen imidlertid ikke opplagt, noe som også senere

⁶⁶ I amerikansk rett har det blitt stilt krav om ”clear and convincing evidence” i saker om utvisning, fratakelse av statsborgerskap og tvangsinnleggelse på psykiatrisk sykehus, jf Kokott 1998 s 128 flg og Dennis 2007 485-486.

⁶⁷ Skoghøy 2001 s 686.

⁶⁸ Berg 2000 s 161.

saker har vist. I Rt-2007-1217, som også gjaldt inndragning av fangst, La flertallet bl.a. lagt vekt på at vedtaket *”har følgbare økonomiske følger for ham”* (mindretallet ga ikke uttrykk for at de var uenige på dette punktet). I HR-2008-01861-S avsagt av Høyesterett i storkammer, mente Høyesteretts flertall på 7 dommere at det måtte stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at de objektive vilkårene ved ileggelse av tilleggsskatt var oppfylt. Flertallet mente dette fulgte av forarbeidene og forhistorien, men 5 av dommerne fra flertallet la bl.a. også vekt på at *”[t]illeggsskatt kan være en tyngende økonomisk sanksjon for skattyter”*.⁶⁹ Mindretallet, som mente alminnelig overvekt var tilstrekkelig, la ikke særlig vekt på dette, men fremholdt at *”løsningen beror på en tolking av bestemmelsen, og ikke på en mer fri vurdering av hvilken bevisregel som her bør gjelde”*.⁷⁰ Det er derfor ikke utelukket at mindretallet hadde lagt større vekt på de økonomiske følgene av sanksjonen dersom de ikke hadde funnet støtte i lovtekst, lovforarbeider og praksis.⁷¹

I saker om forvaltningssanksjoner vil det altså kunne ha betydning for beviskravet om vedtaket innebærer en inngripende økonomisk sanksjon for den private parten. Man kan derimot som regel ikke ta hensyn til de økonomiske virkningene av dommen i saker om formuesrettigheter. De økonomiske verdiene som står på spill er like store for begge parter, uavhengig av om tvistegjenstanden er høy eller lav. Partene bør derfor ha like stor del av tvilsrisikoen. Et spørsmål som reiser seg er om det bør ha betydning for beviskravet om dommen blir tyngre for den ene parten fordi han har svakere økonomi. Det er argumentert med at dette er best i samsvar med rettsfølelsen.⁷² Men på den annen side ville det resulterte i uforutsigbarhet. Da måtte man også sett på andre konkrete omstendigheter som kunne gjøre dommen tyngre å bære for den ene parten, for eksempel om vedkommende var ung eller gammel, robust eller nærtagende, syk eller frisk o.s.v.⁷³ Og selv om man bare skulle se

⁶⁹ Premiss 64.

⁷⁰ Premiss 117.

⁷¹ Se også premiss 164 og 165.

⁷² Bratholm/Hov 1973 s 301.

⁷³ Augdahl 1971 s 97.

hen til partenes økonomi, er det ikke alltid lett å vurdere hvem som sitter best i det. Man måtte da tillatt en kanskje omfattende bevisførsel om partenes økonomiske forhold. Man kunne ha forbeholdt en eventuell skjerpelse av beviskravet for tilfeller der det er klart at den ene parten er vesentlig rikere enn den andre.⁷⁴ Men skal man først utjevne forskjellene mellom fattig og rik, bør man ikke bruke bevisbyrdereglene som hjelpemiddel. Da ville utjevningen være avhengig av at partene er i prosess med hverandre og at saken er tvilsom.⁷⁵ Det kan nok tenkes at enkelte dommere bevisst eller underbevisst tar slike hensyn, men det betyr ikke at man bør opphøye det til rett.

Saken vil muligens stille seg annerledes dersom konekvensene av en uriktig dom i en sak der begge partene har økonomiske interesser etter sin art rammer den ene parten vesentlig hardere.⁷⁶ I Rt-1990-688 var Høyesteretts begrunnelse for å skjerpe forsikringsselskapets bevisbyrde i en sak om nektelse av forsikringsutbetaling under henvisning til kjøring under påvirket tilstand bl.a. at en forsikringstaker ikke bør *”være utsatt for å tape sin forsikringsdekning på et uklart faktisk grunnlag”*.⁷⁷ For den forsikrede kan det dreie seg om hus og hjem, mens forsikringsselskapet kan pulverisere tapet gjennom å forhøye premien. I tillegg har forsikringstakeren betalt for å holdes skadesløs i tilfelle av skade.⁷⁸

2.4 Grensedragning mellom belastende faktum og konsekvenser av domsresultatet

Avhandlingen gjelder skjerpet beviskrav for belastende faktum. Hva er så forskjellen på avhandlingens tema, og det jeg behandlet i kapittel 2.3?

Utgangspunktet er greit nok: det jeg har sett på til nå er situasjoner hvor selve *rettsfølgen* er tyngre å bære for den ene enn for den andre parten. Det jeg skal ta for meg i kapittel 3 er

⁷⁴ Bratholm/Hov, op.cit. s 301.

⁷⁵ Se Eckhoff 1943 s 135 flg, Skoghøy 2001 s 686-687, Schei 2007 s 990, Von Eyben 1986 s 109 flg, Heuman 2005 s 462.

⁷⁶ Schei 1998 s 633.

⁷⁷ Se for øvrig også Heuman, op.cit. s 471 og Von Eyben, op.cit. s 110.

⁷⁸ Strandbakken 2003 s 600 flg.

situasjoner hvor rettsfølgen i og for seg kan være like betydningsfull for partene, men hvor *domsgrunnene* i tillegg medfører negative faktiske konsekvenser for en av partene. Dersom begrunnelsen for rettsfølgen for eksempel er en straffbar handling, kan det resultere i moralsk og sosial stigmatisering, som igjen kan gjøre det vanskelig å få seg jobb etc.

Men også rettsfølgen kan ha lignende *faktiske virkninger* som dem jeg nå har skissert. Et eksempel er farskapsaker. Her vil en uriktig dom som går ut på at ektemannen ikke er faren stemple barnet som illegitimt og moren som ekteskapsbryter.⁷⁹ Også hvor rettsfølgen ikke går ut på å avgjøre et faktisk forhold kan den være infamerende. For eksempel kan det nevnes at ikke bare den straffbare handlingen, men også straffereaksjonen i seg selv kan virke stigmatiserende. Andenæs fremholder at *”det ofte er det å være straffet mer enn selve lovovertrædelsen som regnes for vanærende”*.⁸⁰ Det samme kan antakelig sies å gjelde for avskjed. Avskjed forutsetter nokså grove forhold, men arbeidstakeren blir neppe like stigmatisert om arbeidsgiveren velger å ikke avskjedige ham til tross for pliktbruddet. Når det gjelder omsorgsovertakelse etter barnevernloven skriver Graver at vedtaket kan basere seg på straffbare handlinger, eller *”på at barnet lider under alvorlig omsorgssvikt. Selv om dette ikke nødvendigvis innebærer en beskyldning om et straffbart forhold eller moralske brister hos omsorgspersonene, vil det ofte bli oppfattet som sterkt moralsk belastende å bli fratatt sitt barn”*.⁸¹

Men grunnen til at rettsfølgen er stigmatiserende er nok ofte fordi den baserer seg på forhold som gjennomgående er stigmatiserende. Dersom en person er straffedømt til tross for at han er uskyldig, vil han nok ikke bli stemplet i øynene til dem som vet at han er uskyldig. Det er derfor en nær sammenheng mellom et infamerende faktum og en infamerende rettsfølge. Jeg konsentrerer meg i kapittel 3 om når beviskravet må skjerpes på grunn av det faktumet det er spørsmål om å legge til grunn for dommen.

⁷⁹ Bratholm/Hov 1973 s 300 og Augdahl 1971 s 97.

⁸⁰ Andenæs 2004 s 99. Se også Hov 2007 I s 356-357.

⁸¹ Graver 2004 s 482-483.

3 I hvilken grad må beviskravet skjerpes fordi faktum vil stille den ene parten i et dårlig lys? Prinsippet om et skjerpet beviskrav for belastende faktum

3.1 Saker om forsikringssvik, oppreisning der saksøkte er frifunnet for straff og visse typer forvaltningsvedtak

Høyesterett har stilt krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt i en rekke saker hvor faktum kan sies å stille den ene parten i et uheldig lys. Alle sakene faller innenfor tre grupper.

For det første er det oppstilt et skjerpet beviskrav i en del forsikringssaker hvor forsikringsselskapet har nektet å utbetale forsikring på grunn av straffbare forhold.

I Rt-1985-211, Rt-1987-657, Rt-1990-1082, Rt-1995-1641, Rt-1996-1635 og Rt-2002-1517 var spørsmålet om forsikringsselskapet kunne nekte forsikringsutbetaling under henvisning til at sikrede (eller noen sikrede kan identifiseres med) forsettlig hadde fremkalt forsikringstilfellet, jf bl.a. forsikringsavtaleloven av 1930 § 18 (§ 4-9 i forsikringsavtaleloven av 1989). I Rt-1989-689, Rt-1989-950 og Rt-2000-59 var det henholdsvis ufullstendige og uriktige opplysninger som var grunnlaget for å nekte utbetaling, se fal § 4-2. I alle tilfellene var det tale om forsikringsbedrageri etter strl § 272. I Rt-1990-688 mente forsikringsselskapet at sikrede hadde vært påvirket under kjøringen da ulykken inntraff, selv om han var frifunnet for promillekjøring.

For det andre er det blitt oppstilt et krav om klar overvekt i en del saker hvor det har vært fremsatt krav om erstatning og/eller oppreisning mot noen som har vært frifunnet for nokså alvorlige straffbare handlinger.

Jeg viser til Rt-1996-864 (seksuelle overgrep), Rt-1999-1363 (hensettelse i og utuktig omgang med noen i bevisstløs tilstand og drap), Rt-2003-1671 (voldtekt), Rt-2004-321 (grovt uaktsom voldtekt), Rt-2004-970 (sovevoldtekt) og Rt-2005-1322 (grovt uaktsom skadeforvoldelse på person).

For det tredje har beviskravet blitt hevet i noen saker om tyngende forvaltningsvedtak på bakgrunn av lovovertridelser.

Det var tilfellet i Rt-1999-14 (administrativ inndragning av fangst på grunn av overfiske), Rt-2007-1217 (inndragning av fangst fordi et fartøy hadde fisket et annet fartøys kvote) og Rt-2007-1851 (tilbakekall av autorisasjon som lege på grunn av overgrep mot barn).

I lignende saker må det oppstilles et skjerpet beviskrav.

3.2 Kan beviskravet måtte skjerpes i andre saker enn de nevnte?

3.2.1 Innledning

Spørsmålet som reiser seg er om det i andre saker enn de som er nevnt i kapittel 3.1 må oppstilles et skjerpet beviskrav fordi faktumet det er spørsmål om å bygge på kan være infamerende. Allerede variasjonen av saker hvor Høyesterett har skjerpet kravet til bevisene kunne tilsi at man kunne generalisere og si at det må gjelde et skjerpet beviskrav for straffbare handlinger og lovovertridelser, i alle fall hvis de er alvorlige, og muligens også andre saker av tilsvarende alvorlighetsgrad. For forsikringsaker og forvaltningssanksjoner vil imidlertid rettsfølgen også kunne være inngripende for parten, slik at det av den grunn kan være usikkert hvor langt dommene har overføringsverdi til andre saker. For oppreisningsaker gjør imidlertid ingen andre hensyn seg gjeldende som taler for å skjerpe beviskravet enn at faktum vil virke belastende. Det er riktignok slik at en sivil dom som slår fast at den frifunnede likevel har begått ugjerningen kan undergrave frifinnelsen. Men dette hensynet taler like mye i retning av at det ikke bør gjelde et skjerpet beviskrav, jf kapittel 1.5 og Y mot Norge.⁸² Uansett inneholder en del dommer uttalelser som rekker videre enn løsningen i den enkelte sak.

3.2.2 Opptakt: Rt-1990-688

Den første dommen som inneholder generelle uttalelser om at beviskravet må skjerpes på grunn av forhold som stiller den ene parten i et dårlig lys er Rt-1990-688. Spørsmålet var om forsikringselskapet kunne nekte forsikringsutbetaling under henvisning til at sikrede hadde kjørt med promille. Høyesterett uttaler: *"I avgjørelsen i Rt-1985-211, som lagmannsrettens flertall har vist til, var spørsmålet om forsikringstakeren forsettlig hadde*

⁸² EMDN-2000-56568.

voldt den skade han krevet dekket hos forsikringsselskapet. Høyesterett la til grunn at forsikringsselskapet bare kunne frifinnes dersom det forelå en sterk overvekt av sannsynlighet for forsettlig skadeforvoldelse. Spørsmålet i vår sak er et noe annet, men jeg antar at det i utgangspunktet må kreves en klar sannsynlighetsovervekt for i et forsikringsoppgjør å legge til grunn at bilføreren har kjørt i påvirket tilstand. Det er særlig to betraktninger som tilsier dette. For det første bør det i alminnelighet kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold. For det annet bør ikke en forsikringstaker være utsatt for å tape dekning på et uklart faktisk grunnlag.”

Dommen gir uttrykk for at det er et argument for å skjerpe beviskravet at det dreier seg om straffbare eller sterkt klanderverdige forhold i alle saker (”i alminnelighet”). Ut fra uttalelsene skulle det også være tilstrekkelig for å skjerpe beviskravet at det er spørsmål om å bygge på slike forhold.

3.2.3 Den grunnleggende dommen: Rt-1996-864

Rt-1996-864 inneholder noen svært prinsipielle uttalelser om beviskravet der faktum vil ha negative konsekvenser for en part. C var frifunnet av lagmannsretten for både straff og oppreisning for å ha begått seksuelle overgrep (strl §§ 192 og 195) mot sin stesøster. Fornærmede anket avgjørelsen om ikke å tilkjenne oppreisning til Høyesterett. For Høyesterett oppsto det blant annet spørsmål om hvilket beviskrav som måtte stilles for å kunne legge til grunn at C hadde begått overgrep i oppreisningssaken. En enstemmig Høyesterett la til grunn at: *”Det alminnelige beviskrav i erstatningsretten er sannsynlighetsovervekt. Lagmannsretten har bygget på at det må stilles strengere krav til beviset i en sak om et så graverende forhold som her og vist til dom inntatt i Rt-1990-688. Den nevnte avgjørelse gjaldt en forsikringssak hvor det ved siden av hensynet til forsikringsforholdet, ble fremhevet at det bør kreves solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i et straffbart eller sterkt klanderverdig forhold. Dette er et alminnelig prinsipp. Som fremhevet i Schei, Tvistemålsloven med kommentarer, bind II, side 13, kan det være et moment som taler for at det stilles strenge krav til beviset for å legge et faktum til grunn, at dette faktum er belastende og dommen kan tenkes å få*

alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme... Det må lede til at det stilles strengere krav til beviset for de handlinger som danner grunnlag for et slikt oppreisningskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt.”

Dommen fastslår at det dreier seg om et ”alminnelig prinsipp”. Beviskravet må derfor skjerpes i alle saker der faktum er belastende og dommen kan tenkes å få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme. Dommen sier at dette er ”et moment” for å skjerpe beviskravet, men det er klart at dette momentet i seg selv kan være tilstrekkelig, slik som det var i dommen.

3.2.4 Etterspill: Rt-1999-1363, Rt-2005-1322 og Rt-2007-1217

Rt-1996-864 er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser. I Rt-1999-1363 var A frifunnet for tiltale for bl.a. drap i lagmannsretten, men dømt til å betale oppreisning. Han anket over rettsanvendelsen, og anførte bl.a. at det skjerpete beviskravet i oppreisningssaken bidro til å kaste mistanke om straffeskyld i strid med EMK art 6.2. Skoghøy bemerket på vegne av flertallet at ”[n]år det for pådømmelse av oppreisningskrav i tilfeller hvor tiltalte er frifunnet for straff, blir stilt krav om klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har begått handlingen, er det ut fra et **generelt synspunkt** [min utheving] om at det må stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at retten skal kunne legge til grunn et sterkt belastende faktum, se f.eks. Rt-1985-211, Rt-1987-657, Rt-1990-688, Rt-1990-1082, Rt-1995-1641, Rt-1996-864 og Rt-1999-14. Det at det i slike tilfeller av hensyn til den som kravet er rettet mot, stilles skjerpede beviskrav, kan ikke innebære noen krenkelse av EMK.”

Rt-2005-1322 viser til Rt-1999-1363 og understreker at ”begrunnelsen for det skjerpede beviskravet er av **generell karakter** [min utheving]”.

I Rt-2007-1217 var spørsmålet om inndragning av fangst etter saltvannsfiskeoven og vedtak om tidsbegrenset tilbakekall av ervervstillatelse var straff etter EMK art 6, og om EMK art 6.2 stilte opp bestemte beviskrav. Høyesterett var enige om at inndragningen ikke var straff etter EMK, og det ble heller ikke uttrykt noen uenighet om hvilket beviskrav som

måtte stilles etter norsk rett med hensyn til forholdene som lå til grunn for inndragningen: ”Siden vedtaket bygger på at A har begått en straffbar handling, og vedtaket ikke bare har følbare økonomiske følger for ham, men også vil kunne få konsekvenser for den tillitt han har behov for i sin næringsutøvelse, mener jeg at det – ut fra **alminnelige norske prinsipper for bevisbedømmelse** [min utheving]– også for denne sanksjonen må stilles krav om klar sannsynlighetsovervekt for at den handling som danner grunnlag for sanksjonen er begått...”

3.2.5 Konklusjon: Prinsippet om et skjerpet beviskrav for belastende faktum

Av dommene fremgår det at det er et generelt bevisrettslig prinsipp at beviskravet må skjerpes når det er spørsmål om å bygge på et belastende faktum. Dette må anses som sikker ulovfestet rett. At prinsippet er generelt innebærer at det må stilles strengere krav til bevisene i alle saker hvor faktumet kan tenkes å få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme. Reelle hensyn taler også for at det bør være slik. Retten kan jo måtte ta stilling til det samme infamerende faktumet i en rekke forskjellige saker eller i forhold til en rekke spørsmål. Faktumet vil virke like stigmatiserende uansett hvilket spørsmål som er oppe for retten. I visse saker kan imidlertid særlige mothensyn gjøre seg gjeldende, jf kapittel 3.7.⁸³

3.3 Domstolenes beskrivelse av rettssetningen

3.3.1 Beviskravet må skjerpes når det dreier seg om straffbare eller sterkt klanderverdige handlinger, eller når faktum er belastende eller infamerende

I rettspraksis er det benyttet flere ord og uttrykk som beskrivelse for når det må oppstilles et skjerpet beviskrav. Et uttrykk som går igjen er ”straffbart eller sterkt klanderverdig forhold”.⁸⁴ Ordet ”infamerende” er også brukt.⁸⁵ Mange dommer bruker også uttrykket ”belastende faktum”.⁸⁶

⁸³ Se Eckhoff 1943 s 140.

⁸⁴ Se Rt-1990-688 (”straffbart eller sterkt klanderverdig forhold”), Rt-1990-1082 (”straffbart og sterkt klanderverdig forhold”), Rt-1996-1635 (”sterkt klanderverdig forhold”), Rt-1999-14 (”forhold som er sterkt

3.3.2 Nærmere om begrepene

3.3.2.1 Hva ligger det i "straffbar handling"?

"Straffbar handling" omfatter etter sin ordlyd både forbrytelser og forseelser, uavhengig av om straffen er bøter eller fengsel, om strafferammen er høy eller lav etc.

Men når Høyesterett bruker begrepet "straffbar handling" eller "straffbart forhold" oppstår det spørsmål om de legger i begrepet at både de objektive og subjektive vilkårene for straff må være oppfylt, eller om det er tilstrekkelig at det foreligger en overtredelse av den objektive gjerningsbeskrivelse. Når ordet "straffbar handling" brukes i straffeloven, sikter det gjennomgående til at alle straffbarhetsbetingelsene må være oppfylt, ellers vil jo ikke handlingen være straffbar.⁸⁷ Det foreligger ingen holdepunkter for at Høyesterett har ment at begrepet skulle ha et annet innhold i forhold til det som er vårt tema. I omtrent alle dommene hvor Høyesterett bruker begrepet var både de objektive og subjektive vilkårene for straff oppfylt. Et unntak er muligens Rt-2007-1217, hvor Høyesterett uttalte at *"vedtaket bygger på at A har begått en straffbar handling"*, og det gjaldt altså selv om inndragning etter saltvannsfiskeloven § 11.3 *"blir besluttet av fiskeriforvaltningen på rent objektivt grunnlag"*, sml saltvfl §§ 53 og 54. Uttalelsene kunne tyde på at det er tilstrekkelig at den objektive gjerningsbeskrivelse er overtrådt. Men det var nok ikke tenkelig at A kunne ha fisket det andre fartøyets kvote uten å ha utvist skyld. I Rt-1999-14, som også gjaldt inndragning av fangst, er det imidlertid ikke sikkert Høyesterett mente at det måtte ha vært utvist skyld. Men der ble heller ikke ordet "straffbar handling" brukt, men "lovovertrudelse". I HR-2008-01861-S uttalte førstvoterende at forhøyd tilleggsatt på grunn av forsett eller grov uaktsomhet etter ligningsloven § 10-4 forutsetter et forhold som

klanderverdige eller infamerende"), Rt-2005-1322 ("belastende eller klanderverdig faktum"), Rt-2007-1217 ("straffbar handling") og HR-2008-01861-S ("forhold som er klanderverdige eller infamerende").

⁸⁵ Se Rt-1999-14, Rt-2007-1851 og HR-2008-01861-S.

⁸⁶ Rt-1996-864 ("faktum er belastende") Rt-1999-1363 ("sterkt belastende faktum"), Rt-2003-256 ("belastning"), Rt-2003-1671 ("faktum som er sterkt belastende"), Rt-2004-1046 ("belastede forhold"), Rt-2005-1322 ("særlig belastende faktum"), og Rt-2007-1851 ("særlig belastende faktum").

⁸⁷ Se Andenæs 2004 s 101, 138, 417, 517.

kan være straffbart etter lignl § 12-1 bokstav a. Uttalelsen synes å implisere at ordinær tilleggsatt som ilegges på tilnærmet objektivt grunnlag ikke utgjør et straffbart forhold fordi skyldkravet i § 12-1 bokstav a ikke er oppfylt, selv om den objektive handlingen er den samme for ordinær som for forhøyd tilleggsatt, jf lignl § 10-2.

Det ser altså ut til at Høyesterett bruker begrepet ”straffbar handling” om handlinger som fyller både de objektive og subjektive vilkårene for straff, også når det gjelder spørsmålet om å anvende et skjerpet beviskrav. En innvending mot å anse innholdet av begrepet ”straffbar handling” som det samme i straffeloven og når det brukes for å skjerpe beviskravet, er at en handling kan være omtrent like stigmatiserende selv om ikke alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt, for eksempel dersom det foreligger utilregnelighet. Men noe stort behov for å legge begrepet ”straffbar handling” på strekk er det ikke; her vil noen av de andre uttrykkene som er brukt som begrunnelse for å skjerpe beviskravet kunne komme inn.

Det oppstår også spørsmål om det har noen betydning om forholdet er forfulgt strafferettslig. Reelle hensyn taler mot at det skal ha noen betydning; forholdet kan være like stigmatiserende uansett. Og slik er også løsningen etter gjeldende rett. Det spiller ingen rolle om handlingen er forfulgt i en straffesak, og om vedkommende er dømt⁸⁸ eller frifunnet,⁸⁹ om saken er henlagt eller om den ikke er anmeldt og etterforsket i det hele tatt.⁹⁰ Heller ikke har det betydning om straffansvaret er foreldet.⁹¹

3.3.2.2 Hva ligger det i ”sterkt klanderverdig handling”?

I Rt-1970-1235 og Rt-1983-1222 er grov uaktsomhet definert som ”en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet”. Dette er fulgt opp i straffeloven 2005 som definerer grov uaktsomhet i § 23.2 som en svært

⁸⁸ Se til illustrasjon LA-2007-80035

⁸⁹ Jf Rt-2005-1322 premiss 25 og 26.

⁹⁰ Se NOU-2000-33 kapittel 6.4.5.2 og 6.4.5.4 og Strandbakken 2003 s 604.

⁹¹ Jf Rt-2007-1851 og LG-2006-56703.

klanderverdig handling som gir grunnlag for sterk bebreidelse. Når Høyesterett bruker uttrykket ”sterkt klanderverdig forhold” i forbindelse med spørsmålet om å skjerpe beviskravet virker det derfor som de sikter til forhold som minst er grovt uaktsomme. Men det kan også tenkes at uttrykket brukes i en mer folkelig mening om handlinger som gir grunnlag for sterk kritikk eller fordømmelse, uavhengig av om det foreligger grov uaktsomhet i juridisk forstand. For eksempel vil vel de fleste synes det er mer kritikkverdig å ha hatt seksuell omgang med noen man burde skjønt var mindreårig, selv om det bare foreligger uaktsomhet, enn å grovt uaktsomt ha gitt uriktige opplysninger i forbindelse med et salg av en gjenstand. I det første tilfellet risikerer man da også fengsel inntil 15 år, jf strl § 195.1.2 jf § 17, mens det sistnevnte forholdet ikke engang er straffbart.

Høyesterett har ikke presisert nærmere hva som ligger i uttrykket. I flere dommer kan det imidlertid synes som om de bruker uttrykket i den mer folkelige betydningen som et synonym med belastende og infamerende. I Rt-1999-14 vises det til *”forhold som er sterkt klanderverdige eller infamerende for en part”*. Rt-2005-1322 taler om *”et slikt belastende eller klanderverdig faktum”*. I HR-2008-01861-S sies det at *”[f]orhøyd tilleggsatt forutsetter ofte forhold som er klanderverdige eller infamerende for skattyter”*. Hadde ”sterkt klanderverdig” betydd det samme som grov uaktsomhet, ville ikke forhøyd tilleggsatt bare ofte forutsatt klanderverdige handlinger, men alltid, jf lignl § 10-4 nr 1. I de to siste dommene brukes heller ikke uttrykket ”sterkt klanderverdig”, men ”klanderverdig”, noe som i så fall også skulle omfatte uaktsomme handlinger.

Hvis det er riktig at uttrykket brukes i den mer ”folkelige” meningen som skissert,⁹² mener jeg at Høyesteretts ordbruk kan kritiseres. Det foreligger slik jeg kan forstå det en nokså sterk tradisjon for å knytte begrepene ”klanderverdig” og ”sterkt klanderverdig” til uaktsomhet og grov uaktsomhet. Men heller ikke her har det så stor betydning å foreta en eksakt grensedraining, fordi forhold som ikke er grovt uaktsomme kan falle inn under en av de andre uttrykksmåtene Høyesterett har brukt. En nærmere grensedraining kunne

⁹² Slik synes oppfatningen å være i NOU-2000-33 kapittel 6.4.5.2.

imidlertid være av interesse for spørsmålet om grovt uaktsomme handlinger alltid skal resultere i et skjerpet beviskrav. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 3.3.3.

3.3.2.3 Hva ligger det i "belastende" eller "infamerende" faktum?

Høyesterett har ikke gjort rede for hva de legger i ordet "infamerende". Etter en naturlig språklig forståelse betyr ordet vanærende eller ærekrenkende. Når Høyesterett taler om et "infamerende forhold" må det derfor dreie seg om et forhold som går på æren løs. "Ære" har vært betegnet som "innbegrepet av de egenskaper som betinger [en persons] stilling og omdømme hos andre, tillikemed hans egen forestilling om sitt verd".⁹³

En belastning er det samme som en påkjenning eller byrde. "Belastende faktum" er dermed et faktum som vil være byrdefullt for parten. For å være en byrde må det få negative konsekvenser. Men ut fra ordlyden er det ikke lett å si noe nærmere om på hvilken måte faktumet må være en byrde.

I Rt-1996-864 uttalte Høyesterett at det kan være *"et moment som taler for at det stilles strengere krav til beviset for å legge et faktum til grunn, at dette faktum er belastende og dommen kan tenkes å få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme"*. Dette kan tyde på at det først og fremst er det moralske (sosial-etiske)⁹⁴ omdømmet Høyesterett har i tankene når de benytter seg av begrepet belastende.⁹⁵ Det er dette som er betegnet som "en annens gode navn og rykte" i strl § 247.⁹⁶ I Rt-2004-970 viser førstvoterende til at det i Rt-1996-864 ble stilt strengere krav til beviset *"på bakgrunn av at en dom om et belastende faktum kan få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme"*.

⁹³ P Kjerschow, Straffeloven med kommentarer, Oslo 1930 s 608, sitert fra Andenæs/Bratholm 1996 s 139.

⁹⁴ Se Andenæs/Bratholm 1996 s 168.

⁹⁵ Se også Rt-1989-689 hvor det måtte kreves klart bevis for at sikrede hadde opptrådt svikaktig fordi det *"[o]gså moralsk felles [...] en hård dom over sikrede når hans adferd karakteriseres som svik"*.

⁹⁶ Andenæs/Bratholm, op.cit. s 168.

I uttrykket ”belastende faktum” kan man muligens legge at det må dreie seg om saker av en viss alvorlighetsgrad. I de to nevnte dommene uttaler Høyesterett at det må få ”alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme”. Uansett om man kan lese en slik ”terskel” inn i ”belastende”, må det være på det rene at det skal en del til for å skjerpe beviskravet. I Rt-1999-1363 bruker Høyesterett uttrykket ”sterkt belastende faktum”. I Rt-2003-256 brukes ”betydelig belastning, i Rt-2003-1671 ”sterkt belastende” og i Rt-2005-1322 og Rt-2007-1851 ”særlig belastende faktum”. I Rt-2006-1657 uttales det at *”[o]vervektsprinsippet fravikes i noen typer saker der en uriktig dom i en retning vil føre til vesentlig [min utheving] større personlige konsekvenser for en part enn en uriktig dom i den andre retningen.”* En viss kritikk må man derfor tåle før beviskravet må skjerpes. For å skjerpe beviskravet må dreie seg om mer graverende omstendigheter som kan bli hengende over en. Ord vi finner igjen i teorien, forarbeider og underrettspraksis er samfunnsmessig eller sosial fordømmelse,⁹⁷ stemping⁹⁸ og stigmatisering.⁹⁹

Et par underrettsdommer som illustrerer denne stigmatiseringseffekten, og hvor det ble oppstilt et skjerpet beviskrav, er LE-1986-135, LB-1995-2120, LB-2006-358 og TOSLO-2003-18756.

Et aksjeselskap eller en annen juridisk person kan også få sitt omdømme skadet.¹⁰⁰ For å skjerpe beviskravet må det imidlertid antakelig kreves at faktumet får negative personlige konsekvenser, jf Rt-2006-1657 og Skoghøy, Tvistemål s 686. Det gjelder derfor trolig ikke et skjerpet beviskrav til beskyttelse av omdømmet til juridiske personer. Se til illustrasjon LB-2000-339.

⁹⁷ Hov 2007 I s 356 og LG-2006-56703.

⁹⁸ NOU-2001-32 s 459, LE-1986-135, Andenæs/Bratholm 1996 s 211, Augdahl 1971 s 97 og Strandbakken 2003 kapittel 16.8.

⁹⁹ NOU-2000-33 bl.a. kapittel 2.3, NOU-2003-15 Fra bot til bedring kapittel 5.6.2.2, RG-2006-269, Strandbakken, op.cit. kapittel 16.8, Matre 2008 s 172, og Andorsen 1999 kapittel 3.2.

¹⁰⁰ Se Andenæs/Bratholm 1996 s 151.

Strl § 247 første alternativ verner som sagt også det moralske omdømmet. Det ser imidlertid ut til at det skal mer til for at et faktum skal være belastende enn for at beskyldningen skal kunne være ”egnet til å skade en annens gode navn og rykte” etter strl § 247, siden faktumet må kunne få ”alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme”.¹⁰¹

3.3.2.4 Forholdet mellom begrepene

Ut fra det jeg har sagt til nå, går det an å si noe om forholdet mellom de begrepene Høyesterett har brukt. ”Infamerende” omfatter etter sin ordlyd flere sider av æren enn det Høyesterett har lagt i ”belastende”, siden ”infamerende” ikke bare omfatter omdømmet men også selvaktelsen. Men Høyesterett bruker begrepene om hverandre, og det foreligger ikke holdepunkter for at de skal ha forskjellig innhold. ”Infamerende” og ”belastende” er derfor antakelig sammenfallende begreper.

Uttrykket ”sterkt klanderverdig” er som sagt flertydig, men det synes som om Høyesterett bruker det som et synonym med ”belastende” og ”infamerende”. ”Straffbar handling” omfatter etter sin ordlyd både forhold som kan sies å være belastende og forhold som ikke er det, og faller således dels innenfor og dels utenfor de andre begrepene.

3.3.3 Kan man oppstille et avgjørende vurderingskriterium?

Spørsmålet jeg skal drøfte nå er om det må oppstilles et skjerpet beviskrav i alle de tilfellene det er snakk om en straffbar eller sterkt klanderverdig handling osv, eller om et av kriteriene ovenfor er avgjørende.

Som det har fremgått har en rekke dommer uttalt at det må oppstilles et skjerpet beviskrav for straffbare og sterkt klanderverdige forhold.¹⁰² Etter sin ordlyd omfattes alle straffbare (og evt grovt uaktsomme) handlinger. Men reelle hensyn kunne tale for å tolke uttalelsene slik at de bare omfatter forhold som er stigmatiserende. Bare da veier hensynet til parten så

¹⁰¹ Om § 247 første alternativ, se Andenæs/Bratholm 1996 s 168 flg.

¹⁰² Bl.a. Rt-1990-688 og Rt-1990-1082.

mye at overvektsprinsippet bør fravikes. Selv om forholdet er straffbart, bør ikke vedkommende beskyttes på bekostning av et materielt riktig resultat, hvis ikke forholdet har konsekvenser for hans omdømme. Og selv om uttalelsene måtte tolkes slik at alle straffbare forhold omfattes, er de uansett så generelle at deres rettskildemessige vekt for mer bagatellmessige forhold ikke er særlig stor.

Det kunne innvendes at regelen ville bli mer forutberegnelig og enklere å praktisere om alle straffbare forhold var omfattet. Men siden regelen ellers omfatter forhold som er belastende eller infamerende, er den uansett så skjønnsmessig at det ikke ville være så mye å vinne på det. At alle straffbare forhold skulle være omfattet uavhengig av deres alvorlighet ville også være i strid med det grunnleggende hensynet bak regelen.

Spørsmålet er løst av Høyesterett. I Rt-2003-256 og Rt-2003-1671 mente Høyesterett at beviskravet måtte skjerpes ved henholdsvis ”alvorlige straffbare handlinger” og hvor tiltalte er frifunnet ”i en straffesak av noe alvorligere karakter”. I Rt-2004-970 sier førstvoterende at siktemålet i Rt-1996-864 var å vurdere om det burde være strengere beviskrav ”ved spesielt graverende handlinger”. I Rt-2005-1322 la Høyesterett til grunn at ”[d]et er altså hvor det sivilrettslige kravet må baseres på et særlig belastende faktum, at beviskravet må skjerpes. Men rettspraksis kan ikke forstås slik at ethvert straffbart forhold innebærer et slikt belastende eller klanderverdig faktum at det skjerpede beviskrav kommer inn. De sakene jeg har vært inne på, gjaldt seksuelle overgrep, voldtekt og drap. Spørsmålet må avgjøres ut fra en konkret vurdering av det aktuelle forholdet. Hvor sterkt beviskravet skal skjerpes, kan også variere.”

Etter dette må det legges til grunn at det avgjørende i vurderingen av om beviskravet skal skjerpes er om forholdet vil være infamerende eller belastende, og ikke om forholdet er straffbart eller om det er utvist grov uaktsomhet.

3.4 Hovedtrekk ved vurderingstemaet

3.4.1 Skal man se på rettsreglenes innhold eller det konkrete faktumet?

Et spørsmål som reiser seg er hva man skal se på når man skal vurdere om et forhold vil virke belastende eller infamerende. Etter Rt-2005-1322 må det ”avgjøres ut fra en konkret vurdering av det aktuelle forholdet” om det dreier seg om et slikt belastende eller klanderverdig faktum at beviskravet må skjerpes. Førstvoterende fortsetter med at ”[i] vår sak – som gjelder oppreisning – er grunnlaget grovt uaktsom skadeforvoldelse på person, jf skadeserstatningsloven § 3-5 bokstav a. Handlingen er i tilfelle begått ved bruk av en hurtiggående båt og i ruspåvirket tilstand, mot en person som befant seg svømmende i vannet. Jeg finner at et slikt forhold for de aller fleste vil bli oppfattet som så belastende at det er grunnlag for et noe skjerpet beviskrav.”

Dommer Stabel viser både til vilkårene for oppreisning etter skl § 3-5 bokstav a og til hvordan ”[h]andlingen i tilfelle [er] begått”. Jeg leser det slik at det er dette som er ”et slikt forhold”. Det synes derfor som det har betydning både hvordan regelen er utformet, og hvilken handling det konkret er spørsmål om å legge til grunn. Dette samsvarer med en uttalelse av Dommer Stang Lund i Rt-1999-14 om at beviskravet avhenger bl.a. ”av selve bevistemaet” og ”den rettslige beskrivelse av dette”.¹⁰³

Det er imidlertid mulig henvisningen til vilkårene i skl § 3-5 bokstav a bare var for å vise nærmere hvilken handling det konkret var aktuelt å bygge på, nemlig grovt uaktsom skade på person som befant seg svømmende i vannet ved bruk av hurtiggående båt i ruspåvirket tilstand.

Å bare se på hvordan regelen er utformet er derimot ikke tilfredsstillende. I saken kunne man for eksempel ikke nøyd seg med å se på vilkårene i skl § 3-5 bokstav a. Det at den grovt uaktsomme skadetilføyelsen skjedde under slike omstendigheter som den gjorde kunne nemlig være mer belastende enn andre grovt uaktsomme skadetilføyelser. Bl.a.

¹⁰³ På s 22.

finnes det også grader av grov uaktsomhet. Hendelsen kunne meget vel hatt et fatalt utfall. Påtalemyndigheten hadde da også påstått at det forelå særdeles skjerpene omstendigheter i saken etter strl § 232 på grunn av bruk av særlig farlig redskap. Synspunktet illustreres kanskje bedre av LB-1997-2358, hvor det var krevd erstatning av naboen for å ha tatt ned et gjerde. Lagmannsretten påpekte at *”[s]kyldvilkåret for erstatningsansvar er bare simpel uaktsomhet, men det er i denne saken utelukket at A av uaktsomhet har forårsaket skaden. Dersom det er han som har tatt ned gjerdet, må det ha skjedd ved en straffbar handling.”* Jeg viser også til TOSLO-2003-18756 hvor saksøker hadde anført at det var et mildere beviskrav ved erstatning enn ved oppreisning for voldtekt: *”Det er vanskelig å karakterisere handlingen som simpel uaktsomhet. Belastningen ved å legge faktum til grunn vil følgelig være den samme uavhengig av om kravet gjelder erstatning eller oppreisning, og hensynene bak et strengt beviskrav gjør seg like sterkt gjeldende i begge tilfeller”*. Se for så vidt også Rt-1996-864, Rt-1999-1363, Rt-2003-1671 hvor det for oppresning krevdes grov uaktsomhet, mens handlingene det var spørsmål om å legge til grunn var forsettlige.

Man må altså først og fremst se på det konkrete faktumet det er spørsmål om å legge til grunn for dommen i vurderingen av om forholdet vil være belastende.

Reelle hensyn taler videre for at alle momenter som kan gjøre forholdet belastende må vektlegges, uavhengig av om de er en del av bevisetemaet eller ikke. Man bør beskytte dem som risikerer sterk sosial fordømmelse uavhengig av om rettsfaktum alene, eller rettsfaktum i kombinasjon med andre forhold gjør tilfellet belastende. Det vises for så vidt til LB-2007-6582: *”I nærværende sak er det spørsmål om hvorvidt A kan holdes erstatningsrettslig ansvarlig for å ha antent sprit, med den følge at hennes sønn ble påført betydelig skade på legeme eller helbred. Skadenes meget alvorlige karakter sammenholdt med den nære familierelasjonen medfører etter lagmannsrettens syn at kravet om klar sannsynlighetsovervekt i dette tilfellet må komme til anvendelse”*. Selv om det at skadevolder og skadelidte var i familie ikke var relevant i forhold til om

erstatningsvilkårene var oppfylt, la lagmannsretten vekt på det ved vurderingen av om beviskravet måtte skjerpes.

3.4.2 Objektiv eller subjektiv vurdering?

Det neste spørsmålet er om man må foreta en objektiv eller subjektiv vurdering av om faktum vil være belastende slik at beviskravet må skjerpes. Er det med andre ord avgjørende om et slikt faktum normalt vil virke belastende for den det gjelder, eller om akkurat denne personen vil bli stigmatisert.

Når Høyesterett sier at faktum må ”kunne” få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme, tyder det på at det er tilstrekkelig at forholdet vil være egnet til å virke stigmatiserende. Det er altså ikke nødvendig at det vil virke slik. Dette trekker i retning av at det må foretas en objektiv vurdering. Også reelle hensyn taler for at det i utgangspunktet må være en objektiv vurdering man foretar. Hvis ikke ville det blitt svært vanskelig å vurdere og nokså tilfeldig om et skjerpet beviskrav skulle bli oppstilt i saken eller ikke,¹⁰⁴ og det ville også kunne medføre en sosial diskriminering i rettsapparatet.¹⁰⁵ Da ville man kunne resonnerer som så at siden Peder Ås allerede er så lite ansett, spiller det ikke noen stor rolle fra eller til for hans omdømme om vi legger faktumet til grunn.

Spørsmålet var oppe i Rt-2005-1322, som jeg allerede har vært inne på. Høyesterett fant at *”et slikt forhold for de aller fleste vil bli oppfattet som så belastende at det er grunnlag for et noe skjerpet beviskrav. Jeg tilføyer at jeg ikke finner grunnlag for å relativisere normen i forhold til ulike personer og miljøer. Jeg har således ikke lagt vekt på det forhold at B tilhører et belastet miljø, og at han flere ganger tidligere er straffet for legemsbeskadigelser”*. Se også RG-2006-269, LA-2007-80035 og LG-2007-42987. Se for så vidt også Rt-1970-1087 som var en ærekrenkelsessak.

¹⁰⁴ Se RG-2006-269.

¹⁰⁵ Strandbakken 2003 s 565.

Om beviskravet skal skjerpes beror dermed i utgangspunktet på en objektiv vurdering. Også den som ikke har et godt navn og rykte er vernet av det skjerpede beviskravet. Synspunktet må innebære at heller ikke den som er del av et miljø hvor det stilles strengere krav til adferd enn ellers, for eksempel en religiøs sekt, har et bedre vern.¹⁰⁶ Man kan heller ikke legge vekt på rent lokale forhold, for eksempel at befolkningen på et sted er mindre nøyeregnende enn man er ellers i landet.¹⁰⁷

Når Høyesterett sier at normen ikke kan relativiseres i forhold til ulike personer, oppstår det spørsmål om døde personer er likestilte med levende. I RG-2005-321 var det krevd oppreisning av en kvinne fordi hun med vitende og vilje hadde hatt ubeskyttet sex med skadelidte mens hun var HIV-smittet, noe som ville vært straffbart etter strl § 155. Retten mente (som et obiter dictum) at dette tilsa et skjerpet beviskrav: "*[a]t C nå er død kan i utgangspunktet ikke endre dette*".¹⁰⁸

Det kan hende en person innehar en stilling som krever en særlig tillit. Av en politimester ventes det for eksempel absolutt lovlydighet. Her vil selv mer bagatellmessige forhold, for eksempel en fartsoverskridelse, kunne få store konsekvenser for hans gode navn og rykte som politimester. Det er usikkert om et slikt forhold faller inn under strl § 247 første alternativ, men i paragrafen er det et særskilt alternativ som beskytter "den for hans stilling eller næring fornødne tillit".¹⁰⁹

Uttalelsen i Rt-2005-1322 (om at det ikke er "*grunnlag for å relativisere normen i forhold til ulike personer og miljøer*") kunne tyde på at heller ikke den som innehar en stilling som krever en særlig tillit er bedre beskyttet enn andre, men uttalelsen var ikke direkte avgitt med sikte på slike forhold. I Rt-2007-1217 ble det imidlertid stilt krav om klar sannsynlighetsovervekt fordi "*vedtaket bygger på at A har begått en straffbar handling, og*

¹⁰⁶ Andenæs/Bratholm 1996 s 169.

¹⁰⁷ *ibid* s 170.

¹⁰⁸ Strl § 252 beskytter også en avdøds minne mot ærekrenkelser, jf Andenæs/Bratholm 1996 s 150-151.

¹⁰⁹ Andenæs/Bratholm 1996 s 168-170.

vedtaket ikke bare har følbare økonomiske følger for ham, men også vil kunne få konsekvenser for den tillit han har behov for i sin næringsutøvelse".¹¹⁰ Uttalelsen ser ut til å bygge på at det er tilstrekkelig at forholdet vil kunne få konsekvenser for den nødvendige tilliten for stillingen eller næringen, selv om ikke forholdet vil være belastende for "de aller fleste", jf Rt-2005-1322. Men man kan kanskje også hevde at meningen med uttalelsen var at vedtaket ville kunne være belastende for de aller fleste, noe som ville gi seg konkret utslag i at han ville kunne miste den fornødne tilliten for næringsutøvelsen.

Om man skal kunne ta i betraktning en persons stilling eller næring er etter min mening usikkert. Uttalelsene i Rt-2005-1322 og Rt-2007-1217 er tilsynelatende motstridende, og heller ikke helt klare. Reelle hensyn kunne i og for seg tale for å beskytte den som har en særlig stilling eller næring. Men det vil kunne oppleves som en urettferdig forskjellsbehandling av andre som har foretatt tilsvarende handlinger. Handlingsnormen i Rt-2007-1217 rettet seg imidlertid bare mot fiskenæringen (forbud mot å fiske et annet fartøys kvote), slik at det sånn sett ikke kunne bli tale om noen forskjellsbehandling.

3.4.3 Vurderingstemaet – en rettslig standard

Ovenfor har jeg redegjort for at det avgjørende kriterium for om beviskravet må skjerpes er om faktumet for de aller fleste vil kunne få alvorlige konsekvenser for det moralske omdømmet. Siden moraloppfatningen i samfunnet til enhver tid må bli avgjørende er det tale om en rettslig standard. I noen tilfeller er det forholdsvis lett å konstatere om en handling vil medføre fordømmelse eller ikke. Det er klart at det må oppstilles et skjerpet beviskrav for voldtekt og drap. Likeledes er det klart at det ikke er sosialt belastende å prestere en ytelse som ikke lever opp til kontraktens krav i seg selv. Men i grensetilfeller vil det kunne være vanskelig å vite hva som er folk flests oppfatning. Her vil nok rettsanvenderen i mange tilfeller anse sine egne følelser og meninger om hvor graverende forholdet er som representative. I neste kapittel skal jeg redegjøre for hvilke momenter som kan ha betydning for den moralske dommen over handlingen, m.a.o. hva som kan gjøre et forhold belastende.

¹¹⁰ Se også LF-2002-673 og LA-2007-24425.

3.5 Hvilke momenter kan tilsi at det må oppstilles et skjerpet beviskrav?

3.5.1 Den rettslige beskrivelse

Som påpekt i kapittel 3.4.1 er det mulig man må ta hensyn til den rettslige beskrivelse av bevisetemaet i vurderingen av om faktum vil være belastende. I så fall skulle det ha betydning om loven beskriver faktum som ”utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling”, jf krrl § 11, istedenfor for eksempel ”benyttelse av sterk markedsposisjon”.¹¹¹ Også i skl § 3-5 bokstav b som bruker ordene ”tilføyd krenking eller utvist mislig adferd” er ”*den etisk klandrende dommen bygget inn i selve lovteksten*”.¹¹²

3.5.2 Har det selvstendig betydning om forholdet er straffbart?

Jeg har allerede sagt at ikke alle straffbare handlinger resulterer i et skjerpet beviskrav, men at det avgjørende er om forholdet i tilstrekkelig grad går utover en parts moralske omdømme. Her skal jeg ta opp i hvilken grad det at forholdet er straffbart er et selvstendig argument for at faktum vil være belastende slik at det må stilles strengere krav til bevisene.

De mest moralsk forkastelige handlingene i et samfunn vil gjerne være straffbare. Dette gjelder for eksempel forbrytelser mot liv og legeme, sedelighetsforbrytelser, vinningsforbrytelser o.s.v.¹¹³ Ut fra dette perspektivet har det ikke noen selvstendig betydning at forholdet er straffbart, siden forholdet ville kunne fått alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme uansett. Straffen har også en holdningsskapende virkning eller moralpåvirkning.¹¹⁴ Det at det settes strenge straffer for promillekjøring, og promillegrensen settes lavt, innarbeider en oppfatning om at promillekjøring er kritikkverdig i seg selv.¹¹⁵ Men en handlings straffbarhet kan også være et mer selvstendig argument for å skjerpe beviskravet. Simpelthen det at noe kalles straffbart er uttrykk for en

¹¹¹ Se for så vidt Graver 2004 s 489.

¹¹² Andorsen 1999 s 59.

¹¹³ Andenæs 2004 s 74.

¹¹⁴ *ibid* s 84.

¹¹⁵ Se for eksempel Rt-1990-688.

samfunnsmessig misbilligelse.¹¹⁶ Som Skeie uttrykker det: det er alltid moralsk forkastelig å overtre et straffebud.¹¹⁷ Den fordømmelse en person vil bli utsatt for fra omgivelsene vil etter dette perspektivet kunne være avhengig av om forholdet er straffbart eller ikke. Det ser ut til at det er bygd på slike betraktninger i Rt-1999-14,¹¹⁸ Rt-2007-1217 og HR-2008-01861-S.

3.5.3 Eventuell strafferamme

Det er vanskelig å si noe om og i hvilken grad strafferammene har selvstendig betydning for folks sosiale og moralske fordømmelse av handlingen. Men strafferammene kan i hvert fall antyde hvordan handlingen vil bli vurdert av allmennheten. Siden det ofte er satt høyere straffer dess mer moralsk forkastelig handlingen er, vil strafferammen kunne gi en pekepinn på i hvilken grad gjerningsmannen vil utsettes for sosial fordømmelse. Streng straffer kan også påvirke moraloppfatningen. I noen tilfeller er det imidlertid satt strenge straffer for å avskrekke folk fra et lovbrudd som det er små moralske hemninger mot.¹¹⁹

3.5.4 Har skillet mellom forbrytelser og forseelser betydning?

Forbrytelser er gjerne sett på som mer alvorlige handlinger enn forseelser, jf strl § 2, men skillet har liten selvstendig betydning i vurderingen av hvor belastende faktum vil være.¹²⁰ For eksempel vil et naskeri kunne være like stigmatiserende som et tyveri.¹²¹

3.5.5 Skyldgradens betydning

I hvilken grad kan graden av skyld ha betydning for hvor belastende faktum vil være? Det er opplagt at skyldgraden har stor betydning.¹²² Overlagt drap er noe av det verste vi kan

¹¹⁶ Andenæs, op.cit. s 2-3, 6, 12 og 16.

¹¹⁷ Gjengitt fra Andenæs/Bratholm 1996 s 170.

¹¹⁸ Annenvoterende fremholdt at en lovovertrødelse kunne virke infamerende selv om det ikke skjer noen skyldkonstatering.

¹¹⁹ Andenæs 2004 s 88-89 og 466

¹²⁰ *ibid* s 8.

¹²¹ Se LB-2004-15641.

¹²² Andenæs 2004 s 466.

tenke oss, mens den som uten skyld forårsaker en annens død ikke blir gjenstand for noen bred fordømmelse. Overlagt drap straffes da også med lovens strengeste straff, jf strl § 233.2, mens en ulykke ikke er straffbar og som regel heller ikke erstatningsbetingende når det ikke er utvist skyld. Dess større grad av skyld som er utvist, dess mer taler det for et skjerpet beviskrav og jo mer må beviskravet skjerpes.

Det foreligger en rekke dommer som oppstiller et strengt beviskrav ved forsettlig forbrytelser og vinningsforbrytelser.

Det vises til forsikringssakene om forsikringsbedrageri og promillekjøring, og Rt-1996-864, Rt-1999-1363, Rt-2003-1671, Rt-2007-1601 og Rt-2007-1851 som gjaldt seksuelle overgrep, voldtekt og drap. Av underrettspraksis vises det til TOSLO-2008-26714 (drapsforsøk), LG-2001-1692 (legemsbeskadigelse), LA-2008-15987, LB-2005-8280 og LF-2006-29046, som gjaldt legemsfornærmelser, LA-2008-24428, LG-2007-185473, LF-2004-85340, RG-2003-1520, LG-2003-13634, LF-2002-673, LB-2001-1114, LG-2001-696 og LB-1995-2120, som alle gjaldt tyveri, LB-2005-50301 (ran), LG-2007-56265, LE-1986-135 og NAD-1987-912 Tromsø byrett som alle gjaldt underslag, LA-2007-80035 (utroskap), LH-2000-93 (unndragelse av bomidler) LH-2007-30865 (ildspåsettelse), LB-1997-2358 (skadeverk), LE-2005-23035 og THAFE-2006-188406 som gjaldt trusler, NAD-1986-565 Eidsivating (fusk med timelister), og TOSLO-2003-12003 (dokumentfalsk).

Også hvor vilkårene for straff ikke er oppfylt bør det stilles opp et skjerpet beviskrav hvor det foreligger en eller annen form for svik, uhederlighet, uredelighet eller uærlighet.¹²³ Et eksempel er fusk til eksamen, jf TOSLO-2003-4863 og TOSLO-2005-114640. Men at det er utvist forsett kan ikke alltid være tilstrekkelig. For eksempel er ”overbooking” ansett som et forsettlig kontraktsbrudd, selv om det som regel er så mange avbestillinger at overbookingen ikke får noen betydning.¹²⁴ Denne handlingen er etter min mening ikke så graverende objektivt sett at det skjerpede beviskravet kommer inn. For det første er ikke faren for negative konsekvenser så stor, jf kapittel 3.5.6, og for det andre er det ikke tale om så alvorlige konsekvenser, jf kapittel 3.5.7.

¹²³ Se NOU-2001-32 s 459, Hov 2007 I s 35 og Aasland 2004 s 754.

¹²⁴ Hagstrøm 2003 s 465.

Hvor det er spørsmål om det foreligger grov uaktsomhet kan forholdet også ofte være så belastende at parten bør beskyttes gjennom et strengere beviskrav.

Jeg viser til Rt-2004-321 (grovt uaktsom voldtekt), Rt-2004-970 (grovt uaktsom sovevoldtekt) og Rt-2005-1322 (grovt uaktsom legemsbeskadigelse).

Det er imidlertid antatt at det ikke er tilstrekkelig for å skjerpe beviskravet at det foreligger uaktsomhet – hvis ikke handlingen er straffbar.¹²⁵ Uaktsomhet er noe mange kan gjøre seg skyldig i, og noen massiv fordømmelse blir det ofte ikke snakk om. En dom som slår fast at noen har handlet uaktsomt kan nok tenkes å ha en viss innvirkning på ens omdømme, men det dreier seg som regel ikke om slike ”alvorlige konsekvenser” som skissert av førstvoterende i Rt-1996-864. Hensynet til å verne partene mot ubegrunnet kritikk må veies mot et annet hensyn, nemlig hensynet til å oppnå et materielt riktig resultat. Og hvor det kun er tale om en mildere kritikk, veier ikke hensynet til parten så tungt at overvektsprinsippet bør fravikes.

At uaktsomme handlinger (som ikke er straffbare) som regel ikke omfattes av det skjerpede beviskravet må sies å være støttet av rettspraksis. Rt-1980-1299 og Rt-1989-674 legger til grunn at det samme beviskravet gjelder for forhold som har betydning for om en part har opptrådt uaktsomt som for årsakssammenhengen. Og for årsakssammenhengen gjelder som kjent overvektsprinsippet, jf bl.a. Rt-1992-64. Rt-2005-1050 ser også ut til å bygge på overvektsprinsippet ved spørsmålet om det forelå uaktsomhet.

Dersom det ikke er utvist skyld vil det sjelden bli tale om å skjerpe beviskravet. Selv den som har forårsaket en annens død vil ikke bli utsatt for noen bred fordømmelse dersom han ikke har vært uaktsom (men han vil nok ofte kunne oppleve kritikk fra de etterlatte). I Rt-1999-14 ble det imidlertid lagt en ”viss vekt” på at inndragning på bakgrunn av en lovovertrødelse vil kunne oppfattes som infamerende selv om det ikke skjer noen

¹²⁵ Skoghøy 2001 s 687 og Hov 2007 I s 356.

”skyldkonstatering”. Bakgrunnen for det må være at inndragningen innebærer en mistanke om at det også er utvist skyld. I hvert fall holdes spørsmålet om det er utvist skyld åpent. Hvis det var på det rene at overfisket skjedde uten skyld kan jeg ikke tro det ville resultert i noen sosial og moralsk belastning.

3.5.6 Handlingens karakter

Like selvsagt som partenes skyld har betydning for den moralske bedømmelsen, er det også nødvendig å se på den handlingen som er foretatt. Et forsettlig drap er mye verre enn at en advokat tilsidesetter sin klients interesser ved å komme helt uforberedt i retten, noe som vil være et forsettlig kontraktsbrudd. Hvis man ikke holder seg strengt til de juridiske skyldgradene, kan man imidlertid også si at det er utvist større skyld i det førstnevnte tilfellet. Den som har prøvd å drepe noen har også subjektivt opptrådt mer lastverdig enn den som bare har latt være å utføre jobben sin.¹²⁶

For at en handling skal være belastende må den i utgangspunktet på en eller annen måte være farlig eller skadelig. Dess grovere eller mer skadelig handlingen er dess mer taler det for et strengt beviskrav.¹²⁷ Her har det også betydning hvilket rettsgode som utsettes for fare eller skade, for eksempel om der dreier seg om menneskeliv, tingsskade eller formuestap. I neste kapittel skal jeg redegjøre for betydningen av handlingens konsekvenser. Her skal jeg se på omstendigheter ved selve handlingen.

I flere dommer er det ved skjerpingen av beviskravet tatt hensyn til handlingens farlighet. I LA-2006-9433 ble det lagt vekt på at skadene var påført i ansiktet ”ved bruk av en knust flaske”, noe som var et særlig farlig redskap etter strl § 232. I LA-2007-24425 var spørsmålet om ”B med b e armar og ikkje lita kraft dytta bakover ein mann som han visste var sterkt p averka, og som d  stod sv ert n r toppen av ei steintrapp. Dette vil vere ei handling som har eit stort skadepotensiale, noko som og realiserte seg i denne saka. Det

¹²⁶ Andenæs 2004 s 463.

¹²⁷ Andenæs 2004 s 463.

kan ikkje vere tvilsamt at det vil bli oppfatta som svært belastande, både for ei dørvakt og for kven som helst annan, å bli halden ansvarleg for ei slik handling.”

Dess farligere en handling er, dess større skyld vil som regel også være utvist med hensyn til det skadelige resultat, avhengig av om faren var synbar for gjerningsmannen eller ikke. Hvis det var over 50 % sannsynlighet for at skade ville inntre dreier det seg om forsett, mens det for mindre grader av sannsynlighet dreier seg om større eller mindre uaktsomhet (men det kan også foreligge forsett dersom det foreligger hensikt). Dersom faren var minimal vil det som regel heller ikke være utvist uaktsomhet.

En del handlinger ses på som svært alvorlige i seg selv, uavhengig av om det er voldt skade eller fare i det enkelte tilfellet.¹²⁸ Et eksempel er seksuelle overgrep mot barn. Slike handlinger kan medføre store skadevirkninger.¹²⁹ Men uavhengig av om slike skadevirkninger kan påvises, vil gjerningspersonen utsettes for sterk fordømmelse.¹³⁰ Her er det strenge strafferammer, selv om gjerningsmannen bare var uaktsom med hensyn til barnets alder. Det bør likeledes oppstilles et strengt beviskrav. Det er imidlertid også forskjell på slike handlinger. På den ene siden kan det være tale om jevnaldrende kjærester hvor den ene fyller år før den andre, på den andre siden en voksen mann som misbruker et lite barn. Etter §§ 195 og 196 er det bestemt i siste ledd at straff kan falle bort hvis de som har hatt omgangen er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. I noen slike tilfeller kan det tenkes at det heller ikke bør bli oppstilt et strengt beviskrav i en sivil sak, fordi handlingen ikke vil være moralsk belastende.

Måten handlingen er utført på kan ha betydning for hvor belastende den vil være, for eksempel om det dreier seg om uprovosert vold eller mishandling, jf LF-2008-30112.¹³¹

¹²⁸ *ibid* s 109.

¹²⁹ Andenæs/Bratholm 1996 s 107.

¹³⁰ *ibid* s 119.

¹³¹ Andenæs 2004 s 465.

Dommen viser at også momenter utenfor selve handlingen kan ha betydning, for eksempel om det dreier seg om et familieforhold.

3.5.7 Handlingens konsekvenser

Hvilken betydning har handlingens konsekvenser for hvor belastende forholdet vil være? Det er klart at det er mye verre å forsettlig påføre store enn små skader. Den som forsettlig har drept en annen har opptrådt med et helt annet avvik fra samfunnets normer enn den som forsettlig har legemsfornærmet en annen, og risikerer en mye sterkere fordømmelse. Strafferammene er da også ganske forskjellige, fra 6 til 15 år i førstnevnte tilfelle og bøter eller fengsel i inntil 6 måneder i sistnevnte. Det bør derfor kreves sterkere bevis i førstnevnte tilfelle.

Men har det egentlig noen betydning om det skadelige resultat inntreffer? Den som forsettlig har drept en annen har jo utvist mye større skyld og farlighet enn den som bare har fornærmet en annen på legemet, og det kan jo være derfor vi fordømmer ham mer. Hva hvis det er den samme handlingen som er foretatt i begge tilfeller, men det skadelige resultat uteblir i det ene? Begge to har for eksempel skutt etter en fiende, men den ene bommer og den andre treffer? Eller det dreier seg om to uaktsomme bilister. Begge har opptrådt med den samme grad av skyld og farlighet. Men for den ene kan det ha gått bra, mens den andre kan ha kjørt inn i og drept et par skolejenter. Her har bilistene foretatt den samme handlingen, og prinsipielt sett kan man si at de bør vurderes etter den handlingen de har foretatt og ikke konsekvensene. Men vurderingstemaet for om beviskravet skal skjerpes eller ikke er ikke hvilken grad av fordømmelse bilistene bør utsettes for, men om dommen kan tenkes å få alvorlige konsekvenser for deres moralske omdømme. Og folk flests dom over handlingen vil nok i stor grad påvirkes av skadens størrelse.¹³² Straffeloven selv opererer også med forskjellige strafferammer alt ettersom hvor stor skade som er inntrådt. Uaktsomhet som ikke resulterer i skade eller bare lettere legemsskader er ikke engang straffbar,¹³³ mens uaktsomt drap straffes med fengsel inntil 3 år.

¹³² *ibid* s 80-81 og 463-464.

¹³³ Uaktsom kjøring kan imidlertid straffes etter vtrl § 31, jf § 3 med bøter eller fengsel inntil 1 år.

I Rt-2005-1322 ble det krevd klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn ”grovt uaktsom skadeforvoldelse på person”.¹³⁴ Det ble altså lagt vekt på at båtkjøringen resulterte i personskade. Grovt uaktsom båtkjøring isolert sett hadde derfor muligens ikke vært tilstrekkelig for å skjerpe beviskravet. Jeg er imidlertid usikker på om dommen generelt innebærer at det må oppstilles et skjerpet beviskrav for grovt uaktsomme personskader. Bl.a. karakteriserte Høyesterett adferden som ”klart grov uaktsom”. Dette trenger imidlertid ikke bety at det var utvist en høy grad av grov uaktsomhet, men kan bety at det var bevist med klar sannsynlighetsovervekt at atferden var grovt uaktsom. I tillegg dreide det seg om ganske store skader,¹³⁵ men det ser ikke ut til at Høyesterett la nevneverdig vekt på det i begrunnelsen for å skjerpe beviskravet.¹³⁶ I dommen var det ”grunnlag for et noe skjerpet beviskrav”. Dette kan tyde på at vi nærmer oss den nedre grensen for i hvilke saker beviskravet må skjerpes. Det hadde for eksempel neppe vært tilstrekkelig med uaktsomhet i saken.¹³⁷ Men hvis det hadde dreid seg om svært alvorlige følger, for eksempel død, ville uaktsomhet kanskje vært tilstrekkelig. En uriktig dom som går ut på at noen uaktsomt har tatt livet av en annen vil kunne medføre et sosialt og moralsk stempel,¹³⁸ kanskje i enda høyere grad en grovt uaktsom legemsbeskadigelse vil gjøre. En uaktsom drapsmann risikerer også fengsel på opp til 3 år, jf strl § 239, mens grovt uaktsom legemsbeskadigelse ikke engang er straffbar så lenge det dreier seg om mindre skader. I LB-2004-27450, som gjaldt uaktsomt drap i forbindelse med en arrestasjon, ble det da også oppstilt et skjerpet beviskrav fordi lagmannsretten fant at ”[e]n sivil dom basert på at Ls dødsfall er en følge av uaktsomhet fra Es side, vil være klart belastende for ham”. I LB-2005-136955 ble det derimot ansett for tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt i vurderingen av om en farmasøyt grovt uaktsomt hadde utlevert feil preparat med den følge at et barn døde. Dommen rimer dårlig med Rt-2005-1322, men kan muligens forklares med at retten kan ha

¹³⁴ Se også LB-2007-6582.

¹³⁵ Se premiss 40 i dommen.

¹³⁶ Se premiss 28.

¹³⁷ LA-2001-1877 er muligens av en annen oppfatning, men er noe uklar.

¹³⁸ Andenæs/Bratholm 1996 s 90.

ment at handlingen ikke var så farlig slik at en eventuell grov uaktsomhet ikke omfattet følgene av handlingen, noe som er et vilkår for straff etter strl § 239 og som også må sies å ha vært tilfellet i Rt-2005-1322. Dommen kan vel imidlertid også medføre stigmatisering selv om skylden ikke omfatter følgen, og i så fall burde det vært oppstilt et skjerpet beviskrav. Handlingen ville også vært straffbar etter helsepersonelloven §§ 67, jf 4, som setter straff for den som grovt uaktsomt overtrer plikten til å utføre forsvarlig arbeid. I LA-2007-5667 og TSALT-2004-857 ble det imidlertid krevd klar sannsynlighetsovervekt for at gjerningsmannen hadde opptrådt grovt uaktsomt selv om det ikke var nødvendig at skylden omfattet dødsfølgen.

I THAFE-2006-114560 ble det krevd klar sannsynlighetsovervekt for at selgeren kjente eller måtte kjenne til vannskader etter avhl § 3-7, siden bestemmelsen forutsetter at det er utvist grov uaktsomhet. Ifølge retten var det tale om *”et sterkt belastende faktum som vil bli hengende på saksøkte”*. Løsningen kan etter min mening diskuteres. Jeg vet ikke i hvilken grad folk flest vil bry seg med at vedkommende ikke opplyste om skader han ikke visste om, men hvor denne uvitenheten kan karakteriseres grovt uaktsom. Det dreier seg heller ikke om slike uerstattelige skader som i Rt-2005-1322, og der kunne hendelsen endog fått et fatalt utfall.

3.6 Hvilke bevistema må bevises med klar sannsynlighetsovervekt?

3.6.1 Innledning

I kapittel 3.5 drøftet jeg hvilke forhold eller momenter som kan gjøre at en handling vil få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme slik at beviskravet må skjerpes. Her skal jeg ta opp spørsmålet om hvilke momenter eller bevistema skjerpingen av beviskravet omfatter. For selv om det blir oppstilt et krav om klar sannsynlighetsovervekt, må ikke det skjerpede beviskravet gjelde for alle spørsmålene i saken. For noen bevistema kan overvektsprinsippet gjelde.

På samme måte som for overvektsprinsippet bør ikke det skjerpede beviskravet rekke videre enn det begrunnelsen tilsier.¹³⁹ Hvis konstatering av at ett eller flere bevistema er oppfylt ikke vil påføre parten noen stor moralsk belastning, bør overvektsprinsippet gjelde. For disse bevistemaene vil nemlig partenes interesser veie like tungt. På den annen side taler reelle hensyn for at alle bevistema som vil gjøre forholdet belastende, enten i seg selv eller i kombinasjon med andre bevistema, må bevises med klar overvekt.

3.6.2 Handlingen

Det skjerpede beviskravet må i utgangspunktet klart nok omfatte spørsmålet om den aktuelle handlingen har funnet sted. Hvis det ikke er foretatt en farlig eller skadegjørende handling vil det i alminnelighet ikke være tale om et belastende faktum. I Rt-1996-864 måtte det *”kreves klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at det påståtte overgrep er begått.”* Førstvoterende i Rt-1999-1363 uttaler at det blir stilt *”krav om klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har begått handlingen”*. I Rt-2003-256 sier Høyesteretts kjæremålsutvalg at *”[d]et må foreligge klar sannsynlighetsovervekt for at de handlingene som er grunnlag for erstatningskravet, er begått”*. Tilsvarende uttalelser finnes i Rt-2003-1671 og Rt-2004-321.

Når det gjelder svik i forsikringsforhold er det imidlertid satt spørsmålstegn ved om det strenge beviskravet også omfatter de objektive sidene av sviksbegrepet (i tillegg til de subjektive), nemlig om det er gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger.¹⁴⁰ Det strenge beviskravet skal bl.a. verne parten mot den belastning moralsk og sosial stigmatisering kan føre til. Vernet ville blitt ganske illusorisk om man kunne bygge på at det var begått svik i tilfeller hvor det var omtrent like sannsynlig at det var gitt uriktige opplysninger som at det ikke var det, men hvor det hvis det først var gitt uriktige opplysninger forelå en høy sannsynlighet for at det var skjedd bevisst.¹⁴¹ HR-2008-01861-S er for så vidt inne på lignende tanker. Flertallet la til grunn at det må gjelde et skjerpet beviskrav for de objektive

¹³⁹ Jf HR-2008-01861-S og Rt-2005-1322.

¹⁴⁰ Brynildsen 2008 s 95, 418-419 og 572.

¹⁴¹ *lc.*

vilkårene for tilleggsskatt i lignl § 10-2 (uriktige eller ufullstendige opplysninger). De la bl.a. vekt på at forholdet kan være klanderverdig eller infamerende for skattyter dersom det er utvist forsett eller grov uaktsomhet slik at det er grunnlag for forhøyd tilleggsskatt etter § 10-4.¹⁴² I saken var det ikke spørsmål om forhøyd tilleggsskatt, men lovens oppbygning tydet på at det samme beviskravet skulle gjelde for de objektive vilkårene uavhengig av om tilleggsskatten deretter skulle beregnes etter ordinær eller forhøyet sats.¹⁴³

Det må også kreves klar sannsynlighetsovervekt for at vi har med rett gjerningsperson å gjøre, selv om det måtte være på det rene at en belastende handling er begått.

Bevistemaet i saken er nemlig om vedkommende har begått handlingen. Dersom det både er tvil om handlingen i det hele tatt har funnet sted (for eksempel slik at det er 70 % sannsynlig), og tvil om det i så fall er vår mann som har begått den (la oss si at dette også er 70 % sannsynlig), vil tvilen om at vår mann har begått en slik handling bli enda større ($0,7 \times 0,7 = 0,49$). Se om dette Rt-1999-1569. Også reelle hensyn taler for en slik løsning. Behovet for å få sitt gode navn og rykte beskyttet er like stort selv om noen utvilsomt har begått en infamerende handling. Se også Rt-1999-1363, LE-2007-177882 og LG-1999-2253.¹⁴⁴

3.6.3 Skylden

I teorien er det også reist spørsmål ved om det skjerpede beviskravet omfatter skylden.¹⁴⁵ Svaret er etter min mening i utgangspunktet opplagt. I de fleste tilfeller må det være utvist en ganske høy grad av skyld for at forholdet skal være belastende, og det ville vært meningsløst om det her skulle være tilstrekkelig med overvekt. At det skjerpede beviskravet ikke skulle omfatte skylden var nok etter teorien forbeholdt tilfeller hvor det i en sivil sak er spørsmål om å legge til grunn en annen skyldgrad enn i en straffesak. Tanken var at det måtte kreves klar overvekt for å legge til grunn at det er foretatt en

¹⁴² Premiss 64.

¹⁴³ Premiss 47.

¹⁴⁴ Lødrup 1999 s 508 er muligens av en annen oppfatning.

¹⁴⁵ NOU-2000-33 kapittel 6.4.5.2 og 6.4.5.4 med henvisning til Lødrup 1999 s 508.

handling som objektivt fyller vilkårene for straff, mens det for den lavere, ”ikke-straffbare” skyldgraden var nok med overvekt. Men som jeg har vært inne på en rekke ganger er det ikke det at handlingen er straffbar som er avgjørende for om det skal oppstilles et skjerpet beviskrav, men om faktum er belastende, og her vil skylden selvsagt ha stor betydning. At beviskravet også må omfatte skylden er slått fast i Rt-2005-1322 hvor det ”i en sak som denne” måtte ”kreves klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene for å idømme oppreisning er oppfylt”, noe som både omfatter selve handlingen og skylden.

Unntak kan imidlertid tenkes hvis det er spørsmål om skylden omfatter forhold som ikke vil medføre noen merbelastning for parten, jf neste kapittel.

3.6.4 Om det er inntrådt realskade og om denne står i årsakssammenheng med handlingen

I kapittel 3.5.7 er det redegjort for at handlingens konsekvenser kan ha betydning for om det må oppstilles et skjerpet beviskrav, og i så fall hvor strengt. Dersom det at det er inntrådt en skade som følge av handlingen tilsier at parten kan bli utsatt for stor sosial belastning, bør det skjerpede beviskravet også omfatte denne omstendigheten. Det å overtre fartsgrensene er noe det ikke er så store sosiale og moralske hemninger mot,¹⁴⁶ men dersom kjøringen resulterer i påkjørsel kan det å bli sett på som en uaktsom drapsmann medføre sterk stigmatisering. Følgen av handlingen bør derfor bevises med klar overvekt. Dette ble resultatet i Rt-2005-1322, hvor grunnlaget for oppreisning var ”grovt uaktsom skadeforvoldelse på person”, og hvor det ble krevd ”klar sannsynlighetsovervekt for at vilkårene for å idømme oppreisning er oppfylt i en sak som denne”. Retten fant det ”klart mest sannsynlig” at ”skaden ble forårsaket ved at B førte båten mot A mens hun svømte på vei bort fra den”.¹⁴⁷

Men dersom det ikke vil være mer belastende om det er inntrådt skade eller ikke som følge av handlingen, bør ikke det skjerpede beviskravet også omfatte spørsmålet om skade er

¹⁴⁶ Andenæs 2004 s 88.

¹⁴⁷ Premiss 36.

oppstått. For dette spørsmålet vil partenes interesser være likestilte, og da bør overvektsprinsippet gjelde.

I Rt-1997-852 var skadevolder dømt for seksuelle overgrep mot sin datter etter strl § 196. Skadelidte krevde bl.a. erstatning fordi hun måtte gå ett år om igjen på videregående og derfor kom ett år senere ut i yrkeslivet. Høyesterett bygde på at det *”[e]tter den sakkyndiges uttalelse... må anses overveiende sannsynlig at farens overgrep sommeren 1992 har vært en medvirkende årsak til at A er blitt forsinket i sin skolegang, og en så vidt vesentlig årsak at det er naturlig å knytte ansvar til den.”* Høyesterett bygde altså på at det var tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at det var årsakssammenheng mellom overgrepet og realskaden (psykiske problemer). Det ser ikke ut til å ha vært et tema i saken om en konstatering av årsakssammenheng ville innebære en sosial og moralsk belastning for skadevolder. Men det tyder jo også på at det ikke ville være tilfellet.

Men hvordan forklarer man i så fall nærmere at Høyesterett lot det skjerpede beviskravet omfatte årsakssammenhengen i Rt-2005-1322, men ikke i Rt-1997-852? I Rt-2005-1322 var skadefølgen en del av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, jf strl § 237, mens i Rt-1997-852 var gjerningspersonen allerede dømt for overgrep. Det gjorde ikke handlingen noe mer straffbar om datteren fikk psykiske skader eller ikke, så lenge det ikke dreide seg om betydelig psykisk skade etter § 196.2.d (i så fall ville strafferammen tredobles). I LF-2007-70264 ble det også ansett tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for skaden i det selve den straffbare seksuelle handlingen var erkjent. I LB-2006-106091 (voldtekt) var *”[s]kadefølgene... i denne sammenheng i høyden et straffutmålingsmoment som ikke betinger det samme skjerpede krav til sannsynlighetsovervekt”* i motsetning til *”faktum som utløser spørsmål om straffeskyld eller ikke”*.¹⁴⁸ Ut fra underrettsdommenes begrunnelse skulle det altså ha betydning om vi sto overfor et skadedelikt, hvor den straffbare handlingen består av fremkallelse av et skadelig resultat, eller et handlingsdelikt,

¹⁴⁸ Denne forutsetningen var i saken neppe riktig siden spørsmålet var om forsettet omfattet de psykiske skadene, noe som ville medført at strl § 229 hadde kommet til anvendelse ved siden av § 192 i idealkonkurrens.

hvor selve handlingen som sådan er gjort straffbar uavhengig av om skade er inntrådt.¹⁴⁹ I så fall skulle det også ha betydning om skylden omfatter følgen, noe som er en forutsetning for at det foreligger en straffbar handling. I LB-2006-106091 ble det imidlertid ikke tillagt vekt at forsettet omfattet følgene. Og i Rt-2005-1322 ser det heller ikke ut til å ha vært avgjørende om det forelå en straffbar handling eller ikke. I sin begrunnelse for å skjerpe beviskravet viser Høyesterett bare til at det dreier seg om grovt uaktsom personskade, og ikke at skaden var så stor at handlingen ville vært straffbar etter strl § 237.¹⁵⁰ Jeg går likevel utifra at det om skadefølgen vil gjøre handlingen straffbar eller ikke har en viss vekt.

I spørsmålet om hvilke skader som må bevises med klar overvekt eller ikke antar jeg det vil bli et visst rom for intuisjon og skjønn fra rettens side. Det avgjørende må bli om skadefølgen vil gjøre forholdet så mye mer belastende at gjerningspersonen bør beskyttes gjennom et strengt beviskrav. Jeg vil tro både handlingens art, og skadenes karakter og størrelse kommer inn. Når det gjelder seksuelle overgrep mot barn eller voldtekt tror jeg for eksempel psykisk skade som følge av handlingen er så normalt at det ikke vil gjøre handlingen som sådan særlig mye mer belastende i folks øyne. Det ville kanskje stilt seg forskjellig dersom det dreide seg om fysisk skade, og spesielt dersom skaden var omfattet av et eventuelt forsett eller var av en viss størrelse. Dersom det dreier seg om betydelig skade eller død, vil som sagt strafferammene mangedobles, og for slik skade bør det etter min mening i hvert fall oppstilles et skjerpet beviskrav.

3.6.5 Andre omstendigheter

Det vil som regel ikke være særlig mer belastende for skadevolder om skadelidtes tap er på ti eller tjue tusen. For utmålingen av et eventuelt tap (og årsakssammenhengen mellom de enkelte tapspostene og realskaden) bør derfor overvektsprinsippet gjelde. I RG-2006-269 var det klar sannsynlighetsovervekt for at B hadde deltatt i tyveriet av et pengeskap. Når det gjaldt hvilket beløp som befant seg i pengeskabet var det *”den alminnelige sivilrettslige*

¹⁴⁹ Se også Ot.prp.nr.10 (2007-2008) kapittel 3.4 og Ot.prp.nr.73 (2006-2007) kapittel 5.11.2.

¹⁵⁰ Premiss 28 og 40.

bevisbyrde som må anvendes, da de hensyn som tilsier en skjerping av beviskravene ikke gjør seg gjeldende med hensyn til dette.” I LH-2002-427 mente banken at ikke alle pengene hadde kommet til rette etter et grovt ran, og krevde differansen erstattet av den domfelte ransmannen. Lagmannsretten kunne ikke se *”at det kreves sterk eller klar sannsynlighetsovervekt for at de pengene som tvisten gjelder, er borttatt av A for at banken skal kunne gis medhold. De hensyn som bærer et skjerpet sannsynlighetskrav, er ikke til stede i et tilfelle som det foreliggende.*” Det samme ble lagt til grunn i LE-2007-177882 for så vidt gjaldt utgifter til psykolog som følge av seksuell handling.

Når det gjelder utmåling av oppreisning for seksuelle overgrep etter skl § 3-5.1.2 skal det bl.a. legges vekt på *”handlingens art, hvor lang tid forholdet har pågått”* etc. Om det skulle bli lagt til grunn at skadevolder har begått 10 overgrep istedenfor 2, vil det medføre en ganske stor tilleggsbelastning for ham. For antall overgrep som er begått bør det derfor kreves klar sannsynlighetsovervekt, jf HR-2008-1736-A og LF-1999-479. I LF-1998-94 måtte det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å *”legge til grunn som godtgjort andre faktiske sider ved overgrepene med hensyn til art, antall, varighet osv enn det som fremgår av premissene for skyldavgjørelsen og straffutmålingen i straffedommene.”*

3.7 Mothensyn som reduserer betydningen av at faktum vil være belastende for en part

Selv om det er forhold som taler for at faktum vil være belastende for en part, kan det gjøre seg mothensyn gjeldende som gjør at overvektsprinsippet likevel må legges til grunn.

I Rt-1990-688 ville faktumet i utgangspunktet være belastende for forsikringstaker etc, men *”[d]isse betraktninger kan imidlertid etter omstendighetene krysses av andre hensyn som det er alminnelig akseptert at retten må legge vekt på når det foreligger uklarhet om de faktiske forhold”*. I saken talte bevissikringshensyn for å lempe noe på beviskravet.

I Rt-1996-864 og Rt-2005-1322 hadde skadelidte gjort gjeldende at overvektsprinsippet måtte gjelde fordi hennes moralske omdømme kunne bli hardt rammet om hun ikke ble trodd. I Rt-1996-864 ble det oppstilt et skjerpet beviskrav *”på tross av de*

rettferdighetshensyn og særlige hensyn til fornærmede i sedelighetssaker som den ankende part har fremhevet". I Rt-2005-1322 ble det også krevd klar sannsynlighetsovervekt. Man kan si at stigmatiseringseffekten overfor skadevolder dersom det blir lagt til grunn at han har foretatt handlingen vil bli verre enn konsekvensene for skadelidte ved å ikke bli trodd.¹⁵¹ I LB-2007-44528 og LH-2001-320 hadde den ene parten anført at det krevdes klar sannsynlighetsovervekt for at deres versjon av saken var feil, noe som jo ville innebære at de hadde forklart seg uriktig, men som påpekt av retten kunne dette argumentet like gjerne vært anført av motparten.

Rt-2004-1046 gjaldt samværsrett, og spørsmålet var om foreldrene hadde mishandlet barnet. Overvektsprinsippet måtte gjelde fordi det retten skulle ta stilling til var *"hvilken risiko for skader og belastninger et barn skal utsettes for"*.¹⁵²

Hensynet til pasientsikkerhet og allmennhetens tillit til helsevesenet gjorde seg gjeldende i Rt-2007-1851 ved spørsmål om tilbakekall av autorisasjon som lege på grunn av seksuelle overgrep mot barn, men når det *"er tale om å legge til grunn eldre forhold av sterkt infamerende karakter, og disse forhold ikke har noen umiddelbar tilknytning til den aktuelle yrkesutøvelse, må det stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt"*.¹⁵³

¹⁵¹ Se Andorsen 1999 s 77-79. Se også NOU-2000-33 kapittel 6.4.5.4.

¹⁵² Se Graver 2004 s 482-483 og Ot.prp.nr.103 (2004-2005) kapittel 5.3.1, 5.3.4 og 5.3.5.

¹⁵³ Illustrerende er også Rt-2006-1657, men den gjaldt ikke belastende faktum.

Litteraturliste

Andenæs/Bratholm 1996	Andenæs, Johs og Bratholm, Anders: Spesiell strafferett, 3 utg Oslo 1996
Andenæs 2000	Andenæs, Johs: Norsk straffeprosess I, 3 utg Oslo 2000
Andenæs 2004	Andenæs, Johs: Alminnelig strafferett, 5 utg Oslo 2004
Andersen 1999	Andersen, Kjell V: Frifunnet for straff, dømt til erstatning, Nytt i strafferetten 1999
Augdahl 1971	Augdahl, Per: Norsk civilprosess, 4 utg Oslo 1971
Berg 2005	Berg, Bjørn O: Forvaltningssanksjoner, Oslo 2005
Berg 2000	Berg, Bjørn O: Når forvaltningen straffer, Lov og Rett 2000 s 148
Bratholm/Hov 1973	Bratholm, Anders og Hov, Jo: Sivil rettergang, Oslo 1973
Brynildsen 2008	Brynildsen, Claus m.fl.: Forsikringsavtaleloven, Oslo 2008
Brækhus 1940	Brækhus, Sjur: Et par bemerkninger til bevislæren, Stud jur nr 3 1940 s 5
Dennis 2007	Dennis, I H: The law of evidence, London 2007
Eckhoff 1992	Eckhoff, Torstein: Temametode og bevisverdimetode på ny, Festskrift til Per Olof Bolding, Stockholm 1992
Eckhoff 1962	Eckhoff, Torstein: Sivilprosess, 2 utg Oslo 1962
Eckhoff 1949	Eckhoff, Torstein: Noen ord om bevisbyrde og bevisbyrde teorier, Tidsskrift for rettsvitenskap 1949 s 298
Eckhoff 1943	Eckhoff, Torstein: Tvilsrisikoen, Oslo 1943
Ekeløf 1992	Ekeløf, Per Olof og Boman, Robert: Rattegang 4, Stockholm 1992
Gomard 2007	Gomard, Bernard og Kistrup, Michael: Civilprocessen, 6

	utg København 2007
Graver 2004	Graver, Hans Petter: Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten, Tidsskrift for rettsvitenskap 2004 s 465
Hagstrøm 2003	Hagstrøm, Viggo: Obligasjonsrett, Oslo 2003
Heuman 2005	Heuman, Lars: Bevisbørda och beviskrav i tvistemål, Stockholm 2005
Hov 2007 I	Hov, Jo: Rettergang I, Oslo 2007
Kokott 1998	Kokott, Juliane: The burden of proof in comparative and international human rights law, Haag 1998
Krokeide 2003	Krokeide, Kjetil: Bom stopp for sprikende konklusjoner, Tidsskrift for strafferett 2003 s 194
Krokeide 1999	Krokeide, Kjetil: Om behandlingen av borgerlige rettskrav i straffesak - eller hvordan det oppstår en ny "rettsregel" ut av ingenting, Nytt i strafferetten 1999 s 17
Lødrup 1999	Lødrup, Peter: Lærebok i erstatningsrett, 4 utg Oslo 1999
Matre 2008	Matre, Hugo P: Beviskrav ved tilleggsskatt, Skatterett 2008 s 166
Michelsen 1999	Michelsen, Hans M: Sivilprosess, Oslo 1999
Nygaard 2007	Nygaard, Nils: Skade og ansvar, 6 utg Bergen 2007
Schei 2007	Schei, Tore: Tvisteloven med kommentarer, Oslo 2007
Schei 1998	Schei, Tore: Tvistemålsloven med kommentarer, Oslo 1998
Skoghøy 2001	Skoghøy, Jens Edvin: Tvistemål, 2 utg 2001
Strandbakken 2003	Strandbakken, Asbjørn: Uskyldspresumsjonen, Bergen 2003
Von Eyben 1986	Von Eyben, W E: Bevis, København, 1986
Aasland 2004	Aasland, Gunnar: Sivilprosess, Knophs oversikt over Norges rett, 12 utg 2004

Forarbeider

Ot.prp.nr.10 (2007-2008) Om lov om endringer i lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)

Ot.prp.nr.73 (2006-2007) Om lov om endring i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (gjennomføring av Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon)

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 mv.)

Ot.prp.nr.4 (2000-2001) Om lov om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling m.m. (voldsoffererstatningsloven)

NOU-2003-15 Fra bot til bedring

NOU-2003-7 Tilleggsatt m.m.

NOU-2001-32 Bind A Rett på sak

NOU-2000-33 Erstatning til ofrene hvor tiltalte frifinnes for straff

Høyesterettsavgjørelser

HR-2008-01861-S

HR-2008-1736-A

Rt-2007-1851

Rt-2007-1601

Rt-2007-1217

Rt-2006-1657

Rt-2005-1322

Rt-2005-1050

Rt-2004-1046

Rt-2004-970

Rt-2004-321

Rt-2003-1671

Rt-2003-256
Rt-2002-1517
Rt-2001-1062
Rt-2000-59
Rt-1999-1569
Rt-1999-1473
Rt-1999-1363
Rt-1999-14
Rt-1998-1945
Rt-1997-852
Rt-1996-1635
Rt-1996-864
Rt-1995-1641
Rt-1995-1460
Rt-1995-109
Rt-1992-64
Rt-1990-1274
Rt-1990-1082
Rt-1990-688
Rt-1989-950
Rt-1989-689
Rt-1989-674
Rt-1988-1078
Rt-1987-657
Rt-1985-211
Rt-1983-1222
Rt-1980-1299
Rt-1970-1235
Rt-1970-1087
Rt-1939-365

Lagmannsrettsavgjørelser

LA-2008-24428

LA-2008-15987

LF-2008-30112

LB-2007-44528

LB-2007-6582

LA-2007-80035

LA-2007-24425

LA-2007-5667

LG-2007-185473

LG-2007-56265

LG-2007-42987

LF-2007-70264

LH-2007-30865

LE-2007-177882

LB-2006-106091

LB-2006-358

LA-2006-9433

LG-2006-56703

LF-2006-29046

RG-2006-269

LB-2005-136955

LB-2005-50301

LB-2005-8280

LE-2005-23035

RG-2005-321

LB-2004-27450

LB-2004-15641

LF-2004-85340
LG-2003-13634
RG-2003-1520
LF-2002-673
LH-2002-427
LB-2001-1114
LA-2001-1877
LG-2001-1692
LG-2001-696
LH-2001-320
LB-2000-339
LH-2000-93
LG-1999-2253
LF-1999-479
LF-1998-94
LB-1997-2358
LB-1995-2120
LE-1986-135
NAD-1986-565

Tingrettsavgjørelser

TOSLO-2008-26714
THAFE-2006-114560
THAFE-2006-188406
TOSLO-2005-114640
TSALT-2004-857
TOSLO-2003-18756
TOSLO-2003-12003
TOSLO-2003-4863

Nes herredsrett 10.06.1999 (Sak 98-00443 M)
NAD-1987-912

Avgjørelser av EMD og Kommisjonen

Orr mot Norge (EMDN-2004-31283)
Jussila mot Finland (EMDN-2001-73053)
Y mot Norge (EMDN-2000-56568)
Ringvold mot Norge (EMDN-1997-34964)
Trojanowski mfl mot Polen (EMD-1996-32731)
Barbera mfl mot Spania (EMD-1983-10588)
G mot Frankrike (11941/86) DR 57 s 100

Utenlandske avgjørelser

Addington v Texas, 441 U.S. 418 [1979]

