

Bevistilgang til privat heim under saksførebuinga i sivile saker

Kandidatnummer: 41

Antall ord: 14 650



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2023

Føreord

Denne oppgåva står som endepunktet i ei fleire år lang jussutdanning, og ei endå lengre studietid. Arbeidet har vore både spennande og givande. Undervegs har skriveprosessen gjeve auka kunnskap, både reint metodisk og fagleg. Mykje har komme som eit resultat av sjølvstudium, og gjennom safari i rettskjeldene. Mest har likevel komme som fylgje av diskusjonar og drøftingar med andre. I denne samanheng er det to som skal nemnast særskilt.

Først og fremst må eg få rette ein stor takk til min veileidar ved Det juridiske fakultet i Bergen, Johannes Lundeby Mella. Han har komme med fleire viktige innspel, og vist ein stor interesse for mitt arbeid. Gjennom hans rettleiing har det komme fleire viktige kursendringar i skriveprosessen, og denne rettleiinga har vore heilt sentral for oppgåva si utforminga i dag.

Vidare må eg få rette ein stor takk til Ingrid Kyvig, som har vore min andre veileidar. Det var Ingrid som gav meg ideen til oppgåva, og ho viste stor interesse for oppgåva, allereie før skriveprosessen hadde starta. Undervegs har Ingrid vore ein viktig diskusjonspartner kring oppgåva, og særskilt kring det faglege. Ho har bidrege med gode innspel etter gjennomlesingar, og dedikert mykje tid til oppgåva i ein elles hektisk arbeidskvardag. Dette set eg sær stor pris på.

Innholdsliste

1. INNLEIING	4
1.1 PROBLEMSTILLING.....	4
1.2 AKTUALITET	4
1.3 GENERELT OM RETTSKJELDENE OG VIDARE FRAMSTILLING	5
1.4 AVGRENSING	6
1.5 METODISKE UTFORDRINGAR.....	7
2. GENERELLE RAMMER FOR VURDERINGA KRING BEVISTILGANG.....	8
2.1 OPPLYSNINGS- OG BEVISPLIKTA ETTER TVL. § 21-4, JF. § 21-5	8
2.2 BEVISFØRINGSREGLANE SI INNVERKNAD PÅ BEVISTILGANGEN.....	9
3. RETTEN TIL RETTVIS RETTARGANG OG RESPEKT FOR HEIM.....	10
3.1 KRAVET OM RETTVIS RETTARGANG OG “EQUALITY OF ARMS”	10
3.2 RETTEN TIL RESPEKT FOR HEIM.....	11
3.2.1 Rekkevidda av vern og inngrep.....	11
3.2.2 Lovskravet	12
3.2.3 Føremålskravet	13
3.2.4 Forholdsmessighetskravet.....	13
4. TILGANG TIL PRIVAT HEIM GJENNOM BEVISOPPTAK UNDER SAKSFØREBUINGA	14
4.1 VURDERINGA KRING BEVISOPPTAK UNDER SAKSFØREBUINGA ETTER TVL. § 27-1 (2) – «SÆRLIG VIKTIG» .	14
4.1.1 Innleiande om terskelen og vurderinga opp mot lovskravet for inngrep i heim.....	14
4.1.2 Omsynet til forsvarleg handsaming.....	16
4.1.3 Proporsjonalitetsvurderinga	20
4.2 GRUNNGJEVINGS- OG KLARGJERINGSKRAVET – TVL. § 27-2 (2)	23
4.3 TILGANG FOR PRIVATENGASJERT SAKKUNNIG	25
5. DIREKTE TILGANG TIL PRIVAT HEIM ETTER TVL. § 26-5.....	28
5.1 INNLEIANDE OM BEVISTILGANG ETTER TVL. § 26-5 OG VURDERINGA OPP MOT LOVSKRAVET ETTER GRL. § 102 OG EMK ART. 8	28
5.2 HØGSTERETT SITT SYN PÅ TVL. § 26-5 OPP MOT LOVSKRAVET.....	30
5.2.1 Rt. 2012 s. 1819.....	30
5.2.2 Rt. 2014 s. 1084.....	31
5.2.3 Betydninga av HR-2020-2469-A.....	35
5.3 FORHOLDMESSIGHETSIVURDERINGA FOR INNGREP I HEIM VED PÅLEGG OM DIREKTE TILGANG ETTER § 26-5 JF. § 26-7 (3).....	38
6. OPPSUMMERING OG KONKLUSJON.....	39
KJELDELISTE:	41

1. Innleiing

1.1 Problemstilling

For å vinne fram ved rettargang, er det ein føresetnad at partane kan godtgjere dei faktiske sidene av si sak gjennom bevis. Prosessen som leiar fram til at eit bevis vert ført for domstolen kan delast inn i to hovudfasar: bevistilgangsfasen og bevisføringsfasen.¹ Retten til å føre dei bevis ein sjølv ynskjer, byggjer på føresetnaden om at parten først får *tilgang* til det aktuelle beviset. Som Høgsterett sjølv har uttalt det: “[b]evistilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål”.² Denne oppgåva rettar fokus mot bevistilgangsfasen.

På fleire saksfelt kan ein privat heim utgjere eit sentralt, eller heilt avgjerande, bevis i saka. For parten utan tilgang til heimen, vil det då kunne vere avgjerande å undersøke heimen på eit tidleg stadium, for å kunne avklare dei faktiske forholda, førebu eigen bevisføring, eller for å kunne ta stilling til eventuelle forliksløysingar i saka. Den vidare framstillinga tek sikte på å avklare i kva grad det kan krevjast bevistilgang til private heimar i sivile saker. Den konkrete problemstillinga er: “*I kva grad kan ein part krevje bevistilgang til motparten sin heim under saksførebuinga i sivile tvistesaker?*”.

Drøftinga tek utgangspunkt i situasjonar der det er uomtvisteleg at motparten sin heim utgjer eit bevis i den aktuelle saka, men motparten ikkje gjev tilgang til heimen frivillig, og det må krevjast bevistilgang gjennom rettsleg pålegg. I det vidare vert omgrepet ”bevistilgang” difor nytta spesifikt om prosessen der ein part får tilgang til ein heim som vedkommande i utgangspunktet ikkje har tilgang til.³

1.2 Aktualitet

Konfliktnivået er ofte høgt i saker der partane ikkje maktar å løyse saka utan rettargang. Sjølv om ein part kan ha stort behov for å undersøke motparten sin heim, kan det for sistnemnde opplevast særst inngripande med ei slik bevisundersøking. Rettspraksis syner at

¹ Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker - Særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget 2016, s. 13

² Rt. 2010 s. 774 avsn. 57

³ Sjå tilsvarende generell definisjon av «bevistilgang» i Hjort (2016) s. 18

problemstillinga ofte har kome på spissen, særleg i mangelssaker ved sal av fast eigedom, der den private heimen utgjer tvistegjenstanden.⁴ Dette må sjåast i samanheng med at heimen ofte utgjer det klart største formuesgodet på individnivå, noko som gjev grobotn for konflikt ved heimelsoverføring. Problemstillinga har også fleire gongar kome opp i samband med arv og skiftesaker, der verdsetting av heimen kan ha stor betydning.⁵ Vidare har problemstillinga blitt aktualisert der andre bevisgjenstandar er i heimen.⁶ Til trass for at problemstillinga ofte har blitt handsama i rettspraksis, syner nyare praksis at tilgangskrav til heim framleis skipar utfordringar for domstolane.⁷ Behovet for avklaring av problemstillinga verkar difor å vere til stades, noko oppgåva tek sikte på å bidra til.

1.3 Generelt om rettskjeldene og vidare framstilling

Tvisteloven si generelle bevisregulering oppstiller rammer for vurderingar kring bevistilgang. Desse rammene vert presentert i *punkt 2*.

Bevistilgang til heim aktualiserar det særlege vernet kring retten til respekt for heim, som er knesett i både Grunnlova § 102,⁸ EMK art. 8,⁹ og SP artikkel 17,¹⁰ der nemnde konvensjonsføresegner gjeld som norsk lov.¹¹ Omgrepet “heim” vert i framstillinga nytta med den same rekkevidda som “heimen” har etter Grl. § 102, og den rekkevidda “home” har etter nemnte konvensjonsføresegner.¹² Spørsmål om bevistilgang aktualiserar vidare balanseforholdet mellom partane, og den overordna retten til rettviss rettargang, som er knesett i Grl. § 95, EMK art. 6 og SP art. 14. Retten til respekt for heim og rettviss rettargang gjev overordna rammer for spørsmålet om bevistilgang, og desse rammene vert presentert i *punkt 3*.

⁴ Sjå eksempelvis Rt. 2014 s. 1084

⁵ Sjå eksempelvis LG-2021-75619 og LG-2023-100815

⁶ Rt. 2012 s. 1819

⁷ Sjå til illustrasjon både LG-2023-100815 og LG-2023-158703, der tingretten si lovanvending vart funne uriktig

⁸ Kongeriket Noregs grunnlov 17.mai 1814 (Grunnlova – Grl.) § 102

⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4.november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon - EMK) artikkel 8.

¹⁰ International Covenant on Civil and Political rights (FN sin konvensjon om sivile og politiske rettar - SP), 16. Desember 1966 (trede i kraft 23.mars. 1976) artikkel 17

¹¹ Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven – mrl.) § 2 nr. 1 og 3

¹² Sjå punkt 3.2.1

Sjølve drøftinga av problemstillinga tek utgangspunkt i tvisteloven¹³ sine to generelle heimlar for bevilgang under saksførebuinga. I *punkt 4* fylgjer drøftinga av bevilgang etter tvl. § 27-1 (2), som knyt seg til bevisopptak leia av retten eller oppnemnt sakkunnig. I *punkt 5* fylgjer drøftinga av *direkte* bevilgang etter § 26-5. Forutan lovtekst og førearbeid, vil høgsterettspraksis her vere ein sentral tolkingsfaktor i drøftinga av dei enkelte tolkingsspørsmåla som oppstår, der slik praksis ligg føre. Spørsmålet om bevisopptak etter § 27-1 (2), som er drøfta i *punkt 4*, har Høgsterett enno ikkje teke stilling til opp mot privat heim.¹⁴ Her vil underrettspraksis difor utgjere ein sentral tolkingsfaktor.

Det er ikkje funne norsk juridisk litteratur som inngåande drøftar spørsmålet om bevilgang til privat heim i sivile saker. Spørsmålet er lyfta fram av enkelte forfattarar, men drøftingane er knappe, og avgrensa til spørsmålet om bevilgang etter § 26-5.¹⁵ Juridisk litteratur spelar difor ei avgrensa rolle ved drøftinga. Den får likevel ei rolle som tolkingsfaktor der den bidreg til avklaring av dei rettslege vilkåra i tilgangsheimlane.

1.4 Avgrensing

I sivile saker går det eit skilje mellom saker der partane har fri rådigheit, og saker der partane har avgrensa rådigheit - omtalt som høvesvis dispositive og indispositive saker.¹⁶ Framstillinga er avgrensa til dispositive saker.

Ved drøftinga av rettane til rettvís rettargang og respekt for heim, syner høgsterettspraksis at SP spelar ei avgrensa rolle ved sidan av dei korresponderande rettane etter Grunnlova og EMK.¹⁷ Presentasjonen i *punkt 3*, og den vidare drøftinga av desse rettane, er difor avgrensa til dei to sistnemnde.

¹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

¹⁴ Søk i lovdata på høgsterettsavgjerder etter § 27-1 knytt til ”hjem” gjev ingen treff. Vurderinga etter føresegna byggjer på eit forsvarlegheits- og hensiktsmessigheitsskjønn. Etter tvl. § 29-3 (2) kan desse vurderingane berre angripast på det grunnlag at avgjerda er ”uforsvarlig eller klart urimelig“, noko som avgrensar ankemoglegheitene.

¹⁵ Hjort (2016) s. 126-128 gjev den mest inngåande drøftinga. Sjå også Sjå Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning* (4.utg), Universitetsforlaget 2022, s. 853 og Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, 2. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 310

¹⁶ Backer (2020) s. 81

¹⁷ Ved påberopt krenking av SP art. 17 ved sidan av EMK art. 8, har Høgsterett teke utgangspunkt i sistnemnde konvensjonsføresegn i vurderinga, sjå eksempelvis Rt. 2011 s. 304 avsn. 51 og Rt. 1998 s. 1190 på s. 1207. Tilsvarende ser ein at Høgsterett fastet innhaldet i retten til rettvís rettargang ut frå EMK art. 6, utan anna enn ei henvising til SP art. 14, sjå eksempelvis HR-2020-2469-A avsn. 44-47.

I samband med vurderinga kring bevisopptak under saksførebuinga etter tvl. § 27-1 (2) har rettspraksis fleire gongar handsama spørsmålet om oppnemning av rettsleg sakkunnig etter § 27-2 (4) jf. § 25-2 ved bevisopptaket.¹⁸ Slik oppnemning er ikkje avgjerande for vurderinga av om tilgang skal gjevast gjennom bevisopptak,¹⁹ og det vert avgrensa mot denne vurderinga.

Ved vurderinga av direkte bevistilgang etter tvl. § 26-5, fylgjer det visse andre krav til tilgangskravet. Mellom anna må kravet vere spesifisert etter § 26-6. Spesifikasjonskravet vert ikkje rekna som problematisk i samband med privat heim. Det gjeld også eit relevanskrav, ved at heimen må vere “bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter”.²⁰ Framstillinga tek som nemnt sikte på situasjonar der det er klart at heimen utgjer eit bevis i saka, noko som avgrensar mot denne relevansvurderinga. Til sist må eit krav om tilgang etter § 26-5 vere forholdsmessig opp mot tvisten og den moglege verdien av beviset, etter nemnde føresegn sitt tredje ledd. I rettspraksis har det nemnde kravet til forholdsmessigheit ikkje blitt problematisert opp mot vurderinga av bevistilgang til privat heim etter § 26-5. Det vert difor avgrensa mot ei nærare drøfting av dei nemnde krava til spesifisering, forholdsmessigheit og relevans ved drøftinga under *punkt 5*.

1.5 Metodiske utfordringar

Det metodiske utgangspunktet for drøftinga vil vere alminneleg juridisk metode, slik denne har festna seg i tradisjonell norsk metodelære.²¹ Ei særskilt metodisk utfordring reiser seg ved bruken av underrettspraksis, som vert særleg aktuelt under *punkt 4*. Avgjerder frå lagmannsrettane og tingrettane har ikkje den same autoritative vekta som høgsterettsavgjerder, jf. Grl. §§ 88 og 90. Underrettspraksis vil difor berre bli nytta som tolkingsbidrag i drøftinga der avgjerdene understøttar eit tolkingsresultat som er forankra i det øvrige rettskjeldematerialet, eller der underrettspraksisen samla gjev uttrykk for ein festna praksis kring tolkingsspørsmålet.²²

¹⁸ Sjå eksempelvis LB-2016-111549 og LB-2016-197217

¹⁹ Sjå eksempelvis LE-2016-197217 og LE-2018-139203

²⁰ HR-2019-997-A avsn. 56

²¹ For ein nærare presentasjon av den overordna juridiske metoden, sjå Jørn Øyrehagen Sunde, «Den juridiske verktøykassen» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.) Universitetsforlaget 2019, s. 27-34 på s. 27

²² Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018, s. 227

Ei anna utfordring oppstår ved handsaminga av dei grunnlovs- og konvensjonsfesta rettane til rettvís rettargang og respekt for heim, då *lex superior*-prinsippet gjer det klart at grunnlovsføresegnene er overordna dei parallelle konvensjonsfesta rettane.²³ Rettane etter EMK og SP gjeld derimot også som norsk lov,²⁴ og Grl. § 92 oppstiller ei plikt overfor styresmaktene om å sikre og trygge også desse konvensjonsfesta rettane. Høgsterett har presisert at Grl. § 92 *ikkje* inneber at konvensjonsføresegnene får grunnlovs rang.²⁵ Grunnlovsførearbeida understrekar likevel at vernet etter grunnlovsføresegnene må tolkast i lys av dei tilsvarende konvensjonsføresegnene og praksis knytt til desse.²⁶ Forutan konvensjonsføresegnene sitt sjølvstendige bidrag til drøftinga, vil vernet etter konvensjonsføresegnene i EMK, og den rikshaldige praksisen frå EMD²⁷ knytt til desse, også danne ei viktig tolkingskjelde for innhaldet i dei parallelle *grunnlovsfesta* rettane. Ein prinsipiell reservasjon må oppstillast, ved at det er Høgsterett som har det primære ansvaret for tolkinga og utviklinga av Grunnloven sine menneskerettsføresegner.²⁸ Grunnlovsføresegnene får difor ei sjølvstendig betydning der Høgsterett har oppstilt eit vern som går utover det som fylgjer av dei parallelle konvensjonsrettane.

2. Generelle rammer for vurderinga kring bevis tilgang

2.1 Opplysnings- og bevisplikta etter tvl. § 21-4, jf. § 21-5

Forut for drøftinga av dei konkrete tilgangsheimlane, må det primært avdekkast kva rammeverk tvisteloven oppstiller for bevis tilgangsvurderingane.

Dei konkrete bevis tilgangsreglane spring ut av partane si sannings- og opplysningsplikt, som er knesett i § tvl. § 21-4. Føresegna slår fast at partane har ei plikt til å sørge for at saka vert “riktig og fullstendig opplyst”.²⁹ Ordlyden oppstiller vide rammer for opplysningsplikta, då

²³ Om *lex superior*-prinsippet si nærare betydning for tolkinga, sjå *ibid.* s. 256-258

²⁴ Mrl. § 2 nr. 1 og 3

²⁵ HR-2016-2554-P avsn. 39-40

²⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 90

²⁷ Den europeiske menneskerettsdomstol

²⁸ Sjø Rt. 2015 s. 93 avsn. 57

²⁹ Tvl. § 21-4 (1) første punktum

partane skal sikre at saka vert ”fullstendig» opplyst. Etter § 21-4 (1) jf. § 21-5 inneber dette å tilby dei bevis som er naudsynt for å oppfylle plikta, samt å gje tilgang til ”gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak, med de begrensninger som følger av [...] andre bevisregler i loven”. Sett i samanheng gjer ordlyden i § 21-4 jf. 21-5 det klart at partane har ei generell og vidtgåande plikt til å gje *tilgang til bevis*, då plikta omfattar alle dei “gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak”.

Føremålet bak den generelle sannings- og opplysningsplikta i § 21-4 jf. § 21-5 var å leggje til rette for auka bevistilgang under saksførebuinga. Plikta var ei nyvinning ved tvisteloven, då ein i tvistemålsloven berre fann ei kodifisering av ei *forklaringsplikt* overfor partane.³⁰ Førearbeida framheva at ei sentral målsetjing ved bevisreglane i tvisteloven var å leggje til rette for auka bevistilgang- og føring, og slik også materielt riktige avgjerder, gjennom reglar som ikkje var like kostnadsdrivande som dei angloamerikanske ordningane *discovery* og *disclosure*.³¹ Desse uttalte føremåla, og den vidtgåande opplysningsplikta som spring ut av dei, dannar først og fremst utgangspunktet for dei konkrete bevistilgangsheimlane. Som det overordna utgangspunktet vil både plikta og føremåla også kunne spele inn som *tolkingsfaktor* ved vurderingane som tilgangsheimlane oppstiller.³²

2.2 Bevisføringsreglane si innverknad på bevistilgangen

Drøftinga reiser vidare spørsmål ved korleis den øvrige bevisreguleringa vil spele inn ved tilgangsvurderingane. Til trass for at bevistilgangsfasen under saksførebuinga skil seg frå bevisføringsfasen, som rettar seg mot hovudforhandlinga, kan ikkje tilgangsspørsmål vurderast isolert frå reguleringa knytt til bevisføring.³³ I sistnemnde fase er utgangspunktet at partane har fri bevisføring, jf. tvl. § 21-3 (1). Førearbeida framhevar dette som eit sjølvsgatt utgangspunkt for ein forsvarleg sivil rettargang.³⁴ På den andre sida føreligg det visse generelle avgrensingar i den frie bevisføringa, som også vil kunne spele inn i vurderingane

³⁰ Lov 13.august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven - tvml.) § 111

³¹ NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 465. Desse ordningane knytt seg til reglar som skal sikre bevisavklaring- og tilgang under saksførebuinga, og som oppstiller vidtgåande plikter for å sikre dette, sjå ibid. s. 460.

³² Sjøå *punkt 5.2.3*.

³³ Hjort (2016) s. 13

³⁴ NOU 2001:32 B Rett på sak s. 945

kring bevisstilgang.³⁵ Høgsterett har eksempelvis slått fast at ved tvist om bevisstilgang, må ein også ta stilling til om beviset skal nektast ført grunna manglande relevans eller ut frå proporsjonalitetsvurderinga etter høvesvis tvl. § 21-7 og § 21-8.³⁶ Desse konkrete relevans- og proporsjonalitetsvurderingane kan spele inn ved særskilte spørsmål knytt til bevisstilgangsvurderingane, noko som vert aktualisert under drøftinga i punkt 4.³⁷

3. Retten til rettvis rettargang og respekt for heim

3.1 Kravet om rettvis rettargang og “equality of arms”

Spørsmål om bevisstilgang har primært ei side til den overordna retten til rettvis rettargang. Det må difor fastsetjast korleis denne retten vil påverke dei konkrete vurderingane av om bevisstilgang kan påleggast. Retten er knesett Grl. § 95, som fastslår at rettargangen skal vere “rettvis”, og i EMK art. 6 (1), der det går fram at “[i]n the determination of his civil rights and obligations [...] everyone is entitled to a fair [...] hearing”.³⁸

Både grunnlovs- og konvensjonsføresegna oppstiller ein overordna rett til ”rettvis” eller ”fair” rettargang. Dette gjev lita rettleiing for det nærare innhaldet i retten. EMD har konkretisert det nærare innhaldet etter EMK art. 6, ved å fastslå at føresegna omfattar eit prinsipp om ”equality of arms”.³⁹ Prinsippet inneber at partane må ha fått like moglegheiter til å presentere si sak under rettargangen, utan å bli stilt under ein ”substantial disadvantage” – altså ei vesentleg ulempe – overfor motparten.⁴⁰ Same prinsipp er lagt til grunn ved tolkinga av Grl. 95.⁴¹ I lys av dette prinsippet vil eit pålegg om bevisstilgang verte naudsynt der pålegget krevst for å hindre at ein av partane vert stilt under ei vesentleg ulempe overfor

³⁵ Tvisteloven kapittel 22 inneheld konkrete unntak frå den frie bevisføringa, i form av bevisforbod og bevisfritak. Ingen av desse har umiddelbar aktualitet opp mot spørsmålet om bevisstilgang til privat heim, og vil ikkje bli omtala nærare.

³⁶ Rt. 2013 s. 1719 avsn. 34

³⁷ Dette vert illustrert og drøfta nærare i *punkt 4.1.3* og *4.2*.

³⁸ Nær identisk ordlyd finn ein i SP art. 14 første ledd

³⁹ Regner mot Tsjekkia [GC], ECHR:2017:0919JUD003528911, avsn. 146

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ Sjå eksempelvis HR-2020-2469-A avsn. 44-45. Tilsvarende prinsipp er også lagt til grunn ved tolkinga av SP art. 14, sjå William A. Schabas, *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights – Nowak's CCPR Commentary*, 3.utg., N.P Engel Publisher 2019, s. 472

motparten. Kravet til rettviss rettargang og prinsippet om “equality of arms” dannar slik sett ei nedre grense for når bevestilgang må påleggast.

3.2 Retten til respekt for heim

3.2.1 Rekkevidda av vern og inngrep

For at eit pålegg om bevestilgang skal røre ved den overordna retten til respekt for heim, må pålegget rette seg mot den verna sfæra. Rekkevidda av den verna sfæra må difor fastsetjast først. Utgangspunktet fylgjer av Grunnloven § 102, som slår fast at alle har rett til respekt for “heimen” sin. Ordlyden “heimen” gjev lita rettleiing kring rekkevidda av den beskytta sfæra. Den parallelle konvensjonsføresegna i EMK artikkel 8 (1) slår fast at “[e]veryone has the right to respect for [...] his home”.⁴² Konvensjonsføresegna oppstiller vern kring den enkelte sitt “home”, noko som gjev like avgrensa rettleiing for omfanget som “heimen” i Grl. § 102.

Kjernen av både “heimen” og “home” rettar seg mot området der den enkelte har sin faste bustad. EMD har oppstilt ei vidare ramme for vernet, då det er lagt til grunn at omgrepet rommar “*the physically defined area, where private and family life develops*”.⁴³ I forlenginga av dette er det lagt til grunn at vernet etter omstenda kan omfatte forretnings- og yrkeslokaler, då privatlivet i stor grad kan verte utøvd i desse lokala.^{44 45} Her må det leggjast til grunn at det same vide vernet skal innfortolkast i Grl. § 102, i lys av den parallelle konvensjonsretten. Ved fastsetjinga av om pålegg om bevestilgang rettar seg mot den verna sfæra etter Grl. 102 og EMK art. 8, vil det avgjerande vurderingstemaet vere om pålegget rettar seg mot eit fysisk avgrensa område knytt til utøvinga av privatlivet. Dersom pålegget først rettar seg mot den verna sfæra, vil *graden av inngrep* kunne bli påverka av om inngrepet rettar seg mot kjernen av den verna sfæra, eller om det rettar seg mot meir perifere områder av vernet.⁴⁶

⁴² Tilsvarande slår SP art. 17 første ledd fast at ingen skal utsetjast for «arbitrary or unlawful interference with his [...] home».

⁴³ National Federation of Sportspersons’ Associations and Unions (FNASS) mfl. mot Frankrike [J], ECHR:2018:0118JUD004815111, avsn. 154

⁴⁴ Sjø Niemi^{et} mot Tyskland [J], ECHR:1992:1216JUD001371088, avsn. 30-31. EMD har likevel avgrensa mot områder som er nytta utelukkande for yrkes- eller forretningsmessige føremål, sjå Khamidov mot Russland [J], ECHR:2007:1115JUD007211801, avsn. 131

⁴⁵ Det er antyda at vernet etter SP art. 17 må tolkast på same måte, men rekkevidda er her uklar, jf. Schabas (2019) s. 485

⁴⁶ Sjø HR-2022-718-A avsn. 138. Denne sontringa har difor ei innverknad på forholdsmessigheitsvurderinga ved inngrep, sjå punkt 3.2.4.

Vernet etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene er ikkje absolutt, då det vert opna for inngrep under visse vilkår.⁴⁷ Både Grl. § 102 og EMK art. 8 krev her at eit inngrep i den verna sfæra er heimla, fylgjer eit legitimt føremål, og er forholdsmessig. Desse tre krava vert drøfta nærare i det fylgjande.

3.2.2 Lovskravet

Skal bevistilgang kunne påleggast i den verna sfæra kring heimen, må eit slikt inngrep primært vere heimla. I Grl. § 102 fylgjer ikkje dette av ordlyden. Ved tolkinga av Grl. § 102 har Høgsterett uansett lagt til grunn eit krav om at eit eventuelt inngrep er heimla i formell lov.⁴⁸ Tilsvarande slår det alminnelege legalitetsprinsippet i Grl. § 113 fast at “styresmaktene” må ha grunnlag i «lov» for å gripe inn overfor einskildmennesket. Ordlyden “styresmaktene” gjer det her uklart om føresegna omfattar domstolane si verksemd, og det er uvisst om Grl. § 113 også har innverknad på bevistilgang pålagt av retten.⁴⁹ Kravet om formell lov vert uansett ikkje problematisert ved tilgangsheimlane i tvl. § 27-1 (2) og § 26-5.

Høgsterett har vidare oppstilt kvalitative krav til lovheimelen for inngrep, ved at den er så tilgjengeleg og presis som forholda tillèt.⁵⁰ Tilsvarande kvalitetskrav er lagt til grunn etter EMK art. 8 (2), då det er framheva at heimelen må ivareta omsynet til rettsvise i tilstrekkeleg grad.⁵¹ Det gjeld difor eit generelt kvalitetskrav ved både grunnlovs- og konvensjonsføresegna. EMD har utdjupa kvalitetskravet etter sistnemnde, ved at heimelen må vere eigna til å gje borgarane tilstrekkeleg grunnlag til å føresjå i kva situasjonar, og under kva vilkår, det kan gjennomførast inngrep i den verna sfæra.⁵² Tilsvarande gjeld etter Grl. 102, då det er lagt til grunn at presisjonskravet for heimelen er identisk etter grunnlovs- og konvensjonsføresegna.⁵³ Skal tilgangsheimlane kunne danne grunnlag for inngrep, må dei

⁴⁷ I Grl. § 102 opnar ikkje ordlyden for inngrep utanom i kriminelle tilfelle, jf, første ledd andre punktum. Høgsterett har likevel slått fast at retten etter § 102, til liks med dei parallelle folkerettslege førebileta, ikkje er absolutt, jf. eksempelvis Rt. 2015 s. 93 avsn. 60

⁴⁸ Rt. 2014 s. 1105 avsn. 30

Ved EMK gjeld eit autonomt lovbegrep, og EMK art. 8 oppstiller ikkje eit absolutt krav om heimel i formell lov, sjå Aall (2022) s. 131

⁴⁹ Førearbeida slår fast at føresegna i hovudsak rettar seg mot den utøvande makta, og reiser vidare tvil ved om domstolane er omfatta av dette kravet, sjå Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 250

⁵⁰ Rt. 2014 s. 1105 avsn. 30

⁵¹ Sjø eksempelvis Malone mot Storbritannia [P], ECHR:1984:0802JUD000869179, avsn. 67

⁵² *ibid.*

⁵³ Aall (2022) s. 162 med tilvising til Rt. 2014 s. 238. For ein nærare presentasjon og samanstilling av Grunnloven og EMK sine lovskrav for inngrep, sjå Aall (2022) s. 130-162

difor gjere det klart når bevis tilgang kan påleggast, ved å oppstille så føreseielege vilkår som mogleg.

3.2.3 Føremålskravet

Vidare må det klarleggjast om eit pålegg om bevis tilgang innfrir kravet til legitimt føremål ved inngrep i heimen. Kravet til legitimt føremål ved inngrepet fylgjer ikkje av grunnlovsteksten, men er lagt til grunn av Høgsterett ved tolkinga av Grl. § 102.⁵⁴

Føremålskravet må tolkast i lys av EMK art. 8 (2). Konvensjonsføresegna oppstiller fleire konkrete legitimerte føremål, der eitt av dei er “for the protection of the rights and freedoms of others”. Praksis frå EMD har lagt til grunn at søk etter bevis i privat heim, vil vere legitimt i lys av nemnde føremål, der dette vert gjort i samband med etterforsking for offentleg ærekrenking.⁵⁵ Eit inngrep for å gje motparten bevis tilgang i sivile saker, vil ha eit meir direkte preg av å sikre andre sine rettar enn ved bevissikring i straffesaker. Det vert difor lagt til grunn at eit pålegg om bevis tilgang i sivile saker vil innfri føremålskravet etter både Grl. § 102 og EMK art. 8.⁵⁶

3.2.4 Forholdsmessighetskravet

Til sist gjeld det eit krav om forholdsmessigheit ved inngrep i heimen. Her må det fastsetjast kva som er dei nærare vurderingsmomenta for forholdsmessighetsvurderinga.

Forholdsmessighetskravet etter Grl. § 102 er berre slått fast i høgsterettspraksis, der det er peika på at avveginga inneber ei overordna balansering av dei beskytta individuelle interessene, opp mot dei legitimerte samfunnsmessige behova som inngrepet er grunngeve i.⁵⁷ Dette må tolkast i lys for forholdsmessighetskravet etter EMK art. 8 (2), som oppstiller vurderinga av om inngrepet er “necessary in a democratic society” i lys av det aktuelle føremålet. Båe føresegner legg i utgangspunktet opp til ei konkret og skjønsmessig avveging. Dei nærare vurderingsmomenta i denne avveginga er presisert i EMD, ved at inngrepet må vere forankra i ein “pressing social need” og at det er “proportionate to the legitimate aim pursued”.⁵⁸ Vidare er det presisert at forholdsmessighetskravet oppstiller eit integrert krav til heimelsgrunnlaget, ved at det må føreligge “sufficient and adequate

⁵⁴ Sjå eksempelvis Rt. 2015 s. 93 avsn. 60.

⁵⁵ Soini mfl. mot Finland [J], ECHR:2006:0117JUD003640497, avsn. 46

⁵⁶ Tilsvarande er lagt til grunn i underrettspraksis, sjå eksempelvis LE-2016-208397

⁵⁷ Rt. 2015 s. 93 avsn. 60

⁵⁸ jf. eksempelvis Wolland mot Noreg [J], ECHR:2018:0517JUD003973112, avsn. 74. Saka knytte seg her til inngrep heimen ved søk etter bevis.

guarantees against arbitrariness, including the possibility of effective control of the measure at issue”.⁵⁹ Forholdsmessigheitskravet inneber etter dette ei vurdering av om det føreligg eit klart behov for å sikre motparten bevisatilgang, og om graden av inngrep ved pålegget framstår proporsjonal opp mot dette føremålet. Kravet omfattar også ei vurdering av om tilgangsheimlane gjev tilstrekkelege tryggingfaktorar til å hindre vilkårlege inngrep.⁶⁰

4. Tilgang til privat heim gjennom bevisopptak under saksførebuinga

4.1 Vurderinga kring bevisopptak under saksførebuinga etter tvl. § 27-1 (2) – «særleg viktig»

4.1.1 Innleiande om terskelen og vurderinga opp mot lovskravet for inngrep i heim

Den første bevisatilgangsheimelen som problemstillinga skal drøftast opp mot, fylgjer av tvl. § 27-1 (2), som rettar seg mot bevisopptak under saksførebuinga. Føresegna slår fast fylgjande:

“Til bruk under saksforberedelsen kan bevisopptak foretas hvis det er særleg viktig å få tilgang til beviset på dette trinnet”

Bevisopptaket er etter ordlyden avgrensa til “bruk under saksforberedelsen”,⁶¹ men kan etter førearbeida også førast som bevis *under hovudforhandlinga*, med mindre partane krev bevisføringa gjenteke her.⁶² Ut frå ordlyden er det ikkje klart kva eit bevisopptak kan rette seg *mot*. Føresegna må her lesast i lys av § 27-1 (1), som slår fast at det kan gjennomførast bevisopptak for “undersøkelse av realbevis”. Ordlyden rettar seg her mot “realbevis”

⁵⁹ *ibid.* avsn. 75.

⁶⁰ For ein nærare presentasjon av forholdsmessigheitsvurderinga etter EMK art. 8, sjå eksempelvis Robert Spano, “Foreword”, i *Proportionality in Crime control and Criminal Justice*, Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.), Hart publishing 2021

⁶¹ Sjø mottatt bevisopptak under hovudforhandlinga etter § 27-1 (1), som heimlar bevisopptak til “bruk for avgjørelsen”

⁶² NOU 2001:32 B Rett på sak s. 983. Sjø også tvl. § 21-11 (2) andre punktum

generelt, noko som etter § 26-1 omfattar fast eigedom og heimen. Bevisopptak etter § 27-1 (2) kan då også rette seg mot undersøking av privat heim.

Det sentrale vilkåret for om bevisopptak kan gjennomførast under saksførebuinga, er då om bevisopptaket er «særleg viktig» på dette stadiet. Ordlyden “særleg viktig” oppstiller ei utprega skjønsmessig vurdering, og ein relativt høg terskel for å pålegge bevisopptak under saksførebuinga. Dette tilseier at bevisopptak berre unntaksvis vil vere aktuelt på dette stadiet. Ein for streng terskel er ikkje samanfallande med dei uttalte føremåla i førearbeida, der det vart framheva at tvisteloven skulle opne for større innsyn og tilgang til bevis under saksførebuinga.⁶³ Desse føremåla opnar for at det kan vere aktuelt praktisere terskelen etter § 27-1 (2) lempelegare enn ordlyden tilseier, og særleg der det ikkje er andre måtar for parten å få bevistilgang til heimen under saksførebuinga.⁶⁴

Ordlyden gjev avgrensa rettleiing for den konkrete vurderinga, då den ikkje oppstiller spesifikke vurderingsmoment for når bevisopptak er «særleg viktig». Førearbeida peikar på at bevisopptak vert aktualisert der undersøking av realbevis er naudsynt under saksførebuinga, eksempelvis for å førebu øvrig bevisføring.⁶⁵ Vidare vert det peika på at vurderingstemaet inneber ei ”behovsprøving først og fremst på hensynet til forsvarlig behandling”, men at også ”proporsjonalitetsbetraktninger [vil] måtte komme inn”.⁶⁶ Det vert vidare framheva at vurderinga vert utprega skjønsmessig, og i praksis vil kunne by på vanskar.⁶⁷ Både lovtekst og førearbeid legg difor opp til ei konkret vurdering, med visse overordna vurderingstema.

Denne skjønsmessige vurderinga reiser spørsmål ved om føresegna vil innfri lovskravet for inngrep i heimen.⁶⁸ Skal føresegna innfri lovskravet etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene, må dei rettslege vilkåra i føresegna vere så presise og føreseielege som mogleg. I Høgsterettspraksis er det lagt til grunn at lovskravet for inngrep vil vere innfridd ved bevisopptak etter § 27-1.⁶⁹ Dette til trass for at vilkåret «særleg viktig» ikkje umiddelbart bidreg til rettsvise kring vurderinga. Presisjonskravet etter Grl. § 102 og EMK art. 8 oppstiller derimot ikkje eit absolutt krav om transparens med omsyn til når det kan

⁶³ Sjø *punkt* 2.3. Sjø også Backer (2020) s. 324 om dette.

⁶⁴ Høgsterett har også lagt til grunn at bevistilgang til heim under saksførebuinga må søkast gjennom bevisopptak, sjå Rt. 2014 s. 1084 avsn. 15. Tilsvarende er lagt til grunn i underrettspraksis, sjå eksempelvis LB-2015-90330.

⁶⁵ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 984

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ *ibid.*

⁶⁸ Sjø *punkt* 3.2.2

⁶⁹ Sjø Rt. 2014 s. 1084 avsn. 15

gjennomførast inngrep, då det avgjerande er at lovheimelen er så presis som forholda tillét.⁷⁰ Vurderinga av om bevisopptak skal påleggast må nødvendigvis også avhenge av dei aktuelle forholda, i lys av førearbeida sine oppstilte vurderingsmoment. Den høge terskelen som vilkåret i utgangspunktet oppstiller, syner at opninga for inngrep er innstramma, noko som er ein tryggingfaktor for vilkårlegheit ved inngrep. Bevisopptak etter § 27-1 (2) må i lys av det nemnde reknast for å innfri lovskravet for inngrep i heimen.

Skal eit bevisopptak etter § 27-1 (2) passere som inngrep i heimen, må opptaket også innfri *forholdsmessigheitskravet* etter Grl. § 102 og EMK art. 8. Avgjerande vert då om bevisopptak framstår naudsynt for å sikre motparten tilstrekkeleg bevistilgang. Denne forholdsmessigheitsvurderinga vil inngå som ein integrert del i den heilskaplege vurderinga av om bevisopptaket er “særlig viktig”. Den nærare drøftinga av dette vilkåret tek utgangspunkt i dei to vurderingstema oppstilt i førearbeida, knytt til omsynet til forsvarleg handsaming og proporsjonalitetsbetraktningar, og det konkrete innhaldet i desse.

4.1.2 Omsynet til forsvarleg handsaming

Det første spørsmålet som reiser seg, er kva moment som gjer seg gjeldande kring omsynet til forsvarleg handsaming. Førearbeida gjev inga nærare peikepinn på kva omsynet til forsvarleg handsaming rettar seg mot, men lovproposisjonen peikar på at omsynet rettar seg mot «saksbehandling».⁷¹ Det vert då naturleg å sjå hen til dei prosessuelle grunnkrava til rettargangen. Her står kravet til rettviss rettargang og prinsippet om “equality of arms” sentralt. Sistnemnde oppstiller ei vurdering av om bevistilgang er naudsynt for å hindre at ein av partane vert stilt under ei vesentleg ulempe overfor motparten. Prinsippet ivaretek eit grunnleggjande krav til *kontradiksjon* mellom partane. Kravet til kontradiksjon mellom partane er også slått fast i tvl. § 1-1 (2) andre strekpunkt, som framhevar at for å oppnå rettviss og forsvarleg rettargang, skal “partene få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis”. Føremålsføresegna understrekar at kontradiksjon og bevistilgang har ein nær samanheng.⁷² Høgsterettspraksis har også lagt til grunn at omsynet til

⁷⁰ Rt. 2014 s. 1105 avsn. 30

⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 469

⁷² Også juridisk litteratur trekk fram den næra samanhengen mellom bevistilgang og kontradiksjon, då det er peika på at bevistilgang kan vere avgjerande for at ein part skal kunne utøve ei reell og effektiv ivaretaking av eigne interesser, sjå Magnus Matningsdal, «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker» *Jussens venner*, 48 (2013) 1-2 utg., s. 1-115 på s. 23.

kontradiksjon vert ivareteke *gjennom* bevis tilgangsheimelen i § 27-1.⁷³ Ved omsynet til forsvarleg handsaming vil kravet til kontradiksjon difor stå sentralt

I underrettspraksis har kravet til reell kontradiksjon også festna seg som det styrande momentet ved vurderinga av om bevisopptak til heim er “særleg viktig» etter § 27-1 (2). Illustrerande er LE-2018-139203, som gjaldt krav om prisavslag og skadebot ved sal av fast eigedom. Kjøparen hadde nekta seljar tilgang til eigedommen, og opptaket skulle omfatte undersøkingar for å konstatere bygningstekniske avvik og behov for utbetring.

Lagmannsretten stadfesta tingretten si vurdering, der kravsmålet vart teke til fylgje. Retten framheva at omsynet til forsvarleg sakshandsaming krev at det vert sikra “reell kontradiksjon rundt sakens faktiske grunnlag”. Kravet til reell kontradiksjon er også lyfta fram som det styrande momentet i vurderinga etter § 27-1 (2) i øvrig underrettspraksis.⁷⁴ Dette syner at omsynet til forsvarleg handsaming må ta utgangspunkt i om bevisopptak til heimen er *naudsynt for å sikre reell kontradiksjon i saka*. Same vurdering dannar utgangspunktet for forholdsmessigheitsvurderinga ved inngrep etter Grl. § 102 og EMK art. 8. Sistnemnde inneheld derimot eit særskilt moment, ved at behovet for kontradiksjon må avvegast mot det aktuelle *inngrepet*, sjå nærare om dette i *punkt 4.1.3*.

I forlenginga av dette må det nærare innhaldet i kravet til reell kontradiksjon fastsetjast. Kontradiksjonskrava kan belysast av tvl. 1-1, som fastset at innsyn i bevis skal gje partane “mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon”. Reell kontradiksjon krev då at parten får slik tilgang til bevis som er naudsynt for at parten skal kunne imøtegå motparten sin argumentasjon og bevisføring, og at parten får tilstrekkeleg tid til å førebu dette.⁷⁵ Dette må sjåast i lys av prinsippet om “equality of arms”, som oppstiller minstekrav for når bevisopptaket må gjennomførast. Ut frå dette vil kontradiksjonskravet primært oppstille ei vurdering av om manglande bevisopptak medfører vesentleg ulempe for parten sin moglegheit til å imøtegå motparten sin argumentasjon kring heimen som bevistema.

Dette reiser spørsmålet knytt til kva moment som reint praktisk vil skjerpe kravet til kontradiksjon kring heimen. Spørsmålet vart belyst i LB-2015-90330, som gjaldt bevisopptak i sak om utbetaling av tilbakehalde vederlag ved oppføring av bustadbygg. Vederlagskravet frå handverkarverksemda var på 1,2 millionar kroner, medan kjøparane fremja motkrav om

⁷³ Sjø obiter dictum Rt. 2014 s. 1084 avsn. 15

⁷⁴ Sjø særleg LB-2015-90330 og LE-2016-208397 der dette vert eksplisitt uttrykt.

⁷⁵ Sjø Backer (2020) s. 112

prisavslag og skadebot på kr 700 000, grunna påståtte manglar ved bustaden. Lagmannsretten stadfesta tingretten si vurdering, der kravsmålet om bevisopptak frå handverkarverksemda vart teke til fylgje. Det vart framheva at spørsmålet om manglar var eit “sentralt bevistema”, noko som aktualiserte eit særleg behov for tilgang under saksførebuinga. Verksemda ville, utan bevisopptak, ikkje få tilgang til det sentrale realbeviset før under hovudforhandlinga, noko som ikkje vart funne i tråd med omsynet til forsvarleg sakshandsaming. Tilsvarande vart det i nemnte LE-2018-139203 peika på at kravet til reell kontradiksjon tilsa at begge partar hadde “lik tilgang til sentrale bevis i saken”. Underrettsavgjerdene legg til grunn at der heimen utgjør eit sentralt bevistema, vil dette skjerpe krava til kontradiksjon kring heimen. Same synspunkt har festna seg i øvrig underrettspraksis.⁷⁶ Praksisen klargjer at kravet til kontradiksjon må skjerpast ut frå kor sentralt heimen står i bevismaterialet. Belyser heimen eit sentralt bevistema, tilseier dette at bevisopptak under saksførebuinga vil kunne vere naudsynt for å sikre tilstrekkeleg balanse mellom partane.

Vidare må det spørjast om krava til kontradiksjon vert påverka av *omfanget* av saka. Underrettspraksis knytt til § 27-1 (2) syner at krava til kontradiksjon vil kunne bli skjerpa i lys av storleiken på kravet knytt til heimen. Dette vart lyfta fram i LE-2018-139203. Her vart det som nemnt peika på at kravet til reell kontradiksjon tilsa at baa partar hadde lik tilgang til sentrale bevis, og det vart framheva at dette “i særleg grad gjør seg gjeldende i tvister om betydelige økonomiske verdier”. Lagmannsretten la til grunn at kravet i saka, som var på 1,2 millionar kroner, knytte seg til “betydelige økonomiske verdier”.⁷⁷ Tilsvarande vart kravet om bevisopptak teke til fylgje i TOSLO-2016-58592, som også gjaldt krav om skadebot og prisavslag etter sal av bustad. Retten fann at vilkåra for bevisopptak av heimen etter § 27-1 (2) var klart innfridd for at seljaren skulle få ei forsvarleg handsaming av saka, og det vart framheva at “kravet er høyt – over en million kroner”. Også her var bustaden det sentrale beviset i saka, og seljaren hadde ikkje fått høve til å synfare bustaden på noko tidspunkt. Dei nemnde avgjerdene dannar ikkje grunnlag for ein klar og festna praksis knytt til vekting av kravet sin storleik i heilskapsvurderinga etter § 27-1 (2). I endå mindre gjev dei grunnlag for ei *numerisk grense* for slik vekting av kravet. Dette gjev likevel uttrykk for ein tendens, ved at kravet sin storleik er ein ytterlegare skjerpande faktor opp mot krava kontradiksjon, dersom heimen også belyser eit sentralt bevistema. Vert denne tendensen understøtta gjennom vidare

⁷⁶ Sjå eksempelvis LE-2016-208397 og LB-2016-111549

⁷⁷ Om det underliggjande kravet i saka, sjå anke i LE-2019-110050

praksis, vil dette opne for at kravet sin storleik kan få ei meir sjølvstendig vekt opp mot krava til kontradiksjon.

Reint praktisk vil den manglande tilgangen til heimen kunne medføre at omfanget av kravet i saka er *uklart* for den parten som krev bevisopptak. I slike tilfelle er det også nærliggjande å sei at omsynet til forsvarleg handsaming gjer bevisopptak “særlig viktig” for å belyse saka på eit tidleg stadium. Førarbeida framhevar at tvisteloven søkjer å leggje til rette for materielt riktige resultat, gjennom auka innsyn og tilgang til bevis.⁷⁸ Ein føresetnad for denne målsetjinga er at saka vert fullstendig opplyst. Partane si sannings- og opplysningsplikt gjev partane eit sjølvstendig og vidtgående ansvar for slik opplysning. Der partane ikkje sjølve legg til rette for dette, tilseier omsynet til forsvarleg handsaming at retten må trygge opplysninga gjennom *pålegg* om bevis tilgang. Same synspunkt har kome fram i underrettspraksis, ved at behovet for å avklare saka sitt omfang har blitt brukt som argument *for* gjennomføring av bevisopptak under saksførebuinga.⁷⁹ Omsynet til forsvarleg handsaming omfattar difor òg ei vurdering av i kor stor grad saksforholdet allereie er belyst. Der saksforholdet eller omfanget av saka er uklart, og eit bevisopptak i heimen vil kunne auke opplysninga kring dette, tilseier dette at bevisopptak er ”særlig viktig”.

Uklarheita kring det faktiske saksforholdet må likevel nyanserast opp mot behovet for opplysninga under saksførebuinga, og kor stor uklarheit som føreligg. Skal gjennomføringa av bevisopptaket vere ”særlig viktig” etter § 27-1 (2) og forholdsmessig etter Grl. § 102 og EMK art. 8, må eit bevisopptak på dette stadiet vere naudsynt for å ivareta omsynet til kontradiksjon. Her må ein også vurdere om eit bevisopptak *under hovudforhandlinga* etter § 27-1 (1) vil trygge tilstrekkeleg saksopplysning. Dersom bevisopptaket eksempelvis knyt seg til tilstanden i den indre konstruksjonen av heimen, og gjer omfattande nedringstiltak naudsynt, vil eit bevisopptak først under hovudforhandlinga gje avgrensa tid til både undersøkinga og saksførebuinga kring beviset.⁸⁰ I slike tilfelle vil omsynet til saka si opplysning og reell kontradiksjon tilseie at bevisopptak under saksførebuinga er naudsynt.

Til trass for at omsynet til forsvarleg handsaming primært rettar seg mot krava til reell kontradiksjon, opnar vurderingskriteriet “særlig viktig” for at det kan takast omsyn til eit

⁷⁸ NOU 2001:32 A s. 465

⁷⁹ Sjø nemnte LB-2015-90330, der det vart framheva at håndverkartenesesteverksemda ikkje hadde fått tilgang til bustaden etter saksanlegg, og difor heller ikkje fått moglegheit til å avklare kva for punkt partane var samde om ved mangelsspørsmålet

⁸⁰ Sjø LB-2016-111549

breiare sett av moment som gjer bevis tilgang presserande og naudsynt. Vurderingstemaet må lesast i lys av dei overordna føremåla med tvistelovgjevinga etter § 1-1, der det ved sidan av omsynet til forsvarleg handsaming er peika på at lova skal leggje til rette for “effektiv og tillitsskapende behandling”. Dette tilseier at bevisopptak etter § 27-1 (2) kan vere “særleg viktig” også der dette legg til rette for ei meir effektiv handsaming av tvisten.

At effektivitetsomsyn kan grunnge pålegg om bevisopptak i heimen, vert illustrert av tre underrettsavgjerder knytt til mangelssaker ved sal av bustad. I LA-2016-63106 stadfesta lagmannsretten tingretten si vurdering om gjennomføring av bevisopptak etter § 27-1 (2), der det vart framheva at det var satt opp rettsmekling i saka. I forlenginga av dette vart det peika på at seljaren ikkje hadde oversikt over dei påståtte manglane i heimen, noko som ville gjere det “uforsvarlig å ta stilling til eventuelle forliksløsningar”. Moglegheita for å kunne gjennomføre rettsmekling vart også trekt fram som eit generelt omsyn for bevisopptak i LE-2016-208397. I TOSLO-2016-58592 vart det vektlagt at det var forhold som tilsa ein fortsatt løpande reklamasjonsrett ved eitt av mangelsforholda for firmaet som prosjekterte bustaden. På bakgrunn av dette vart det lagt til grunn at det var viktig å få tilgang til bustaden gjennom bevisopptak under saksførebuinga. Praksisen understøttar at vilkåret “særleg viktig” byggjer på ei brei vurdering av om bevisopptak framstår naudsynt under saksførebuinga. Dersom bevisopptaket er naudsynt for å ivareta andre prosessar som kan *effektivisere* domstolshandsaminga, vil dette kunne vektast mot at bevisopptak vert gjennomført etter § 27-1 (2).

4.1.3 Proporsjonalitetsvurderinga

Ved sidan av omsynet til forsvarleg handsaming, framhevar førearbeida proporsjonalitetsbetraktningar som det andre hovudmomentet i vurderinga etter § 27-1 (2). Det nærare innhaldet i denne proporsjonalitetsvurderinga må då fastsetjast.

Proporsjonalitetsvurderinga er nærare utdjupa i lovproposisjonen, der det er peika på at ein må sjå hen til vurderinga etter § 21-8.⁸¹ Sistnemnde føresegn slår i første ledd første punktum fast at det skal vere eit ”rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen”. Vurderinga etter § 27-1 (2) vil då også innebere ei konkret og skjønsmessig avveging av om det er eit rimeleg forhold mellom omfanget av saka og bevisopptaket sitt bidrag opp mot det øvrige bevismaterialet i saka. Dette tilseier at

⁸¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 469

proporsjonalitetsbetraktningar primært kjem på spissen der bevisopptaket i mindre grad bidreg til opplysninga av saka, eller der saka knyt seg til mindre verdier. I slike saker vil heller ikkje omsynet til forsvarleg handsaming kome inn med særleg styrke. Det er difor ein nær samanheng mellom dei to hovudmomenta i vurderinga etter § 27-1 (2).

Til trass for at forholdsmessigheitsvurderinga oppstilt gjennom § 27-1 (2) jf. § 21-8 er utprega skjønsmessig, må den nærare vektinga søkjast klarlagt. Eit naturleg utgangspunkt er bevisopptaket sitt bidrag opp mot det øvrige bevismaterialet, som er eitt av hovudmomenta i avveginga. Vurderingsmomentet tilseier at proporsjonalitetsbetraktningar får avgrensa betydning dess meir sentralt heimen står i bevisbiletet. Belyser heimen eit sentralt bevistema, er dette også eit tungtvegande moment *for* at bevisopptak vert gjennomført i lys av omsynet til forsvarleg handsaming. Systemomsyn understøttar då at det vert mindre aktuelt å avskjere eit bevisopptak etter proporsjonalitetsvurderinga i desse tilfella. Synspunktet vert understøtta av LE-2016-208397, som knytte seg til sak om mangel ved fast eigedom. Lagmannsretten fann at bevisopptak ikkje ville vere uforholdsmessig etter § 21-8, og stadfesta tingretten si vurdering, der det vart trekt fram at bustaden utgjorde det sentrale bevistemaet i saka. Saka syner at det er ein høg terskel for å avskjere bevisopptaket der heimen står sentralt i bevisbiletet, også etter proporsjonalitetsvurderinga.⁸² Proporsjonalitetsbetraktningar kjem difor inn med større styrke der heimen belyser eit mindre sentralt bevistema.

Vidare må det fastsetjast korleis bevisopptaket sitt bidrag til opplysninga av saka skal vektast opp mot det andre hovudmomentet, knytt til omfanget av saka. Proporsjonalitetsbetraktningar tilseier at bevisopptak vert mindre aktuelt der tvisten er av mindre omfang og knyt seg til mindre krav.⁸³ Ressursbruken ved bevisopptaket vil også spele inn i avveginga. Belyser heimen eit sentralt bevistema, er det likevel ein høg terskel for å avskjere bevisopptak, også der ressursbruken er omfattande. Dette vert illustrert i mangelssaka i LA-2016-63106. Det var her fleire påståtte mangelsforhold, og desse knytte seg mellom anna til ulike konstruksjonsmanglar. Lagmannsretten, som støtta seg på tingretten si vurdering, framheva at omfanget av manglane var “omfattende” og strakk seg til “tilnærmet hele boligen”. Seljaren

⁸² Synspunktet vert også understøtta av nemnte LE-2018-139203, der heimen utgjorde det sentrale beviset. Lagmannsretten trekte fram at det, på generell basis, er viktig at bevissituasjonen vert avklart på eit tidleg stadium i saka. Utsetjing av bevisopptaket til hovudforhandlinga ville her innebere ein risiko for at partane måtte ta stilling til nye funn utan førebuing. På bakgrunn av dette fann lagmannsretten at bevisopptak under saksførebuinga ikkje ville medføre “*uforholdsmessig ressursbruk eller vidløftiggjøring av saken*”.

⁸³ Søk i praksis har ikkje funne avgjerder der saksomfanget har problematisert proporsjonalitetsvurderinga etter § 27-1 (2)

sitt krav om bevisopptak vart heller ikkje her rekna for å vere uforholdsmessig. Dette til trass for at bevisopptaket, som skulle undersøke dei påståtte manglane, nødvendigvis ville vere omfattande. Vurderinga må sjåast i samanheng med at bustaden utgjorde det sentrale bevistemaet i saka. Avgjerda understrekar at proporsjonalitetsbetraktningar får mindre betydning der heimen belyser eit sentralt bevistema, og at dette gjeld også der ressursbruken ved bevisopptaket er omfattande.⁸⁴ Bevisopptaket sitt bidrag til opplysninga av saka er difor det viktigaste vurderingsmomentet i proporsjonalitetsvurderinga.

Proporsjonalitetsvurderinga etter § 27-1 (2) jf. § 21-8 aktualiserer spørsmålet om korleis denne vurderinga slår ut opp mot forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. 102 og EMK art. 8 (2). Sistnemnde inneber ei avveging av det aktuelle inngrepet ved bevisopptaket opp mot føremålet om å sikre motparten bevistilgang og reell kontradiksjon. Vurderingane inneber slik sett ikkje ei avveging av dei same momenta, og er ikkje samanfallande. Dette medfører at eit bevisopptak kan passere den *isolerte* proporsjonalitetsvurderinga etter § 27-1 (2) jf. § 21-8, utan å passere forholdsmessigheitsvurderinga etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene. Dette vert eksempelvis aktualisert der det prinsipalt er kravd bevisopptak under hovudforhandlinga og subsidiært under saksførebuinga. Bevisopptak av heimen kan vanskeleg avskjerast ut frå proporsjonalitetsbetraktningar etter § 27-1 (2) jf. § 21-8, dersom heimen knyt seg til eit sentralt bevistema i saka. Ved forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. § 102 og EMK art. 8 vil eit bevisopptak likevel kunne bli avskore under saksførebuinga, dersom bevisopptak under hovudforhandlinga vert funne tilstrekkeleg til å ivareta omsynet til kontradiksjon.⁸⁵ Den isolerte proporsjonalitetsvurderinga etter § 27-1 (2) jf. § 21-8 vil difor ikkje konsumere forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. 102 og EMK art. 8.

Skilnaden i vurderingane reiser spørsmål ved kva vurderingsmoment som gjer seg særskilt gjeldande ved forholdsmessigheitsvurderinga etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene. Den nemnde vurderinga skil seg frå proporsjonalitetsvurderinga etter § 27-1 (2) jf. § 21-8, ved at behovet for bevisopptak må avvegast opp mot det aktuelle *inngrepet*. Den grunnlovs-

⁸⁴ Proporsjonalitetsbetraktningar kan spele inn ved ressursbruken av bevisopptaket på andre måtar. Det fylgjer av § 27-2 (2) at eit kravsmål om bevisopptak må grunnkje og klarlegge behovet for det aktuelle bevisopptaket. Knyt kravsmålet seg til eit bevisopptak av større omfang, som parten ikkje klarlegg behovet for, kan retten avslå kravsmålet etter § 27-2 (1). Etter § 11-5 (1) vil retten likevel plikte å gje partane slik prosessuell rettleiing som er “nødvendig for at de kan ivareta sine interesser i saken”. Slik veiledning kan difor medføre at partane avgrensar omfanget av bevisopptaket, på bakgrunn av proporsjonalitetsbetraktningar, jf. § 27-2 (1) jf. (2).

⁸⁵ Dette synspunktet vert likevel fanga opp i *heilskapsvurderinga* etter § 27-1 (2), då omsynet til forsvarleg handsaming også inneber ei vurdering av om bevisopptak under hovudforhandlinga vil sikre tilstrekkeleg opplysning, sjå punkt 4.1.2

og konvensjonsmessige forholdsmessigheitsvurderinga krev då ei særskilt avveging av *kor inngripande* det aktuelle bevisopptaket vil vere.

I forlenginga av dette må det fastsetjast kva moment reint konkret kan påverke vurderinga kring graden av inngrep ved bevisopptak. Praksis frå EMD, knytt til inngrep i heimen for søk etter bevis, har framheva at inngrepet må ha tilstrekkelege tryggingfaktorar mot vilkårlegheit, og at nærværet av objektive tredjepartar vil kunne vere ein slik tryggingfaktor.⁸⁶ Bevisopptak vil bli *leia* av ein nøytral tredjepart, då det er retten som leiar gjennomføringa av opptaket, eller ein rettsoppnemnt sakkunnig, der sakkunne er naudsynt for å utføre bevisundersøkinga.⁸⁷ Retten si leiing og organisering vert då ein tryggingfaktor mot vilkårlegheit.⁸⁸ For parten som eig heimen, vil den nøytrale tredjeparten si leiing også kunne bidra til å dempe bevisopptaket sin invaderande karakter, og særleg der konfliktnivået mellom partane er høgt.

I underrettspraksis er det antyda at det ved vurderinga av inngrep er relevant å sjå hen til kven av partane som har gått til søksmål, og slik sett aktualisert behovet for tilgang.⁸⁹ For eigaren av heimen vil inngrepet kunne opplevast større dersom vedkommande først får eit søksmål *mot* seg, for deretter å motta eit krav om tilgang til heimen. Tilgangskravet vert både meir føreseieleg, og slik sett også mindre inngripande, der søksmålet vert reist av eigaren sjølv. Denne sontringa kan difor også ha ei viss innverknad på den skjønsmessige vurderinga av inngrepet, og den samla forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. § 102 og EMK art. 8.

4.2 Grunnjevings- og klargjeringskravet – tvl. § 27-2 (2)

Forutan vilkåret om at bevisopptaket er “særleg viktig” etter § 27-1 (2), vil eit rettsleg pålegg om bevisopptak i heimen vere føresett av at det er lagt fram begjæring som innfrir krava oppstilt i tvl. § 27-2. Dette fylgjer av føresegna sitt første ledd, der det er fastsett at retten “kan beslutte bevisopptak foretatt etter begjæring fra en part”. Det sentrale er her dei kvalitative krava oppstilt i § 27-2 (2) andre punktum, som seier at begjæringa skal “begrunnes og bevistilbudet klarlegges i henhold til § 21-6 andre ledd”.⁹⁰ Ordlyden gjer det

⁸⁶ jf. eksempelvis Wolland mot Noreg [J], ECHR:2018:0517JUD003973112, avsn. 75

⁸⁷ Sjå tvl. § 27-3 (1) jf. §§ 26-3 og 27-2 (4)

⁸⁸ Synspunktet er også lagt til grunn i underrettspraksis, sjå LB-2016-197217 og LE-2016-208397

⁸⁹ LE-2016-208397

⁹⁰ Sjå også § 27-2 (2) første punktum, som oppstiller krav om at begjæringa vert lagt fram snarast mogleg under saksførebuinga.

klart at begjæringa må konkretisere behovet for tilgang gjennom bevisopptak. Vidare vert det vist til at begjæringa må klarleggjast etter § 21-6 (2), som seier at parten “skal angi hva beviset skal godtgjøre, og [...] kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset [...]”. Ordlyden oppstiller krav om at begjæringa fastset kva bevistema som skal belyst, og kva informasjon som skal komme fram gjennom bevisopptaket.

Det krevst likevel ei nærare fastsetjing av rammene for grunngevings- og klargjeringskravet. Førearbeida framhevar at klarlegginga skal vere kort, då den ikkje skal gripe inn i prinsippet om bevisumiddelbarheit.⁹¹ Dei nemnde krava vil då først og fremst oppstille minstekrav til innhaldet i begjæringa. Høgsterettspraksis belyser dette nærare, då det har blitt framheva at begjæringa må kunne godtgjere at bevisopptaket er “egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget”, og slik sett ikkje kan avskjerast etter § 21-7 (2) bokstav b.⁹² Begjæringa må då primært godtgjere at bevisopptaket kan styrke opplysninga ved bevistemaet knytt til heimen. Dette er likevel ikkje tilstrekkeleg, då ei gjennomføring av bevisopptak etter § 27-1 (2) krev at dette er «særlig viktig». Innhaldet i begjæringa må difor også gje retten eit forsvarleg grunnlag for denne vurderinga, slik den er presentert i *punkt 4.2*.⁹³

Grunngjevings- og klargjeringskrava har slik sett ei side mot forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. § 102 og EMK art. 8. Dersom parten som krev tilgang ikkje klarlegg kva informasjon bevisopptaket skal påvise, eller ikkje påviser det naudsynte behovet, vil eit bevisopptak kunne framstå vilkårleg. Grunngjevings- og klargjeringskravet utgjer då ein tryggingfaktor mot vilkårlegheit, ved å vere ein integrert del av den domstolskontrollen som forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. § 102 og EMK art. 8 krev for å hindre vilkårlige inngrep.

Minstekravet til innhaldet i begjæringa kan illustrerast av LE-2016-19087, som gjaldt sak om heving og skadebot ved sal av fast eigedom. Som grunngeving for begjæringa oppgav seljarsida ei eigeninteresse i å avdekke kva utbetningsarbeid som var utført i bustaden etter overtaking, korleis dette var utført, og om det hadde påført eigdommen skader den ikkje hadde på tidspunktet for overdraginga. Lagmannsretten fann at begjæringa ikkje kunne takast til fylgje. Grunngevinga var at det både var uklart ”hvilke konkrete faktiske omstendigheter et bevisopptak skal klarlegge, hvordan disse omstendighetene forholder seg til tvistetemaene i

⁹¹ NOU 2001:32 B s. 948.

⁹² HR-2016-2534-U avsn. 7

⁹³ Sjå punkt 4.2

saken og hvordan den eventuelle klarleggingen er tenkt gjennomført og redegjort for”. Argumentasjonen syner at begjæringa *som eit minimum* må godtgjere kva informasjon bevisopptaket skal avdekke, og korleis denne informasjonen er relevant i lys av bevistemaa i saka. Der dette ikkje er klarlagt, vil eit bevisopptak framstå vilkårleg og vere aktuelt for avskjering også etter forholdsmessigheitsvurderinga i Grl. § 102 og EMK art. 8.

Det kan likevel ikkje stillast for høge krav til omfanget av begjæringa, då både lovtekst og førearbeid framhevar at grunngevinga og klargjeringa skal vere kort. Dette tilseier at grunnjevings- og klargjeringskravet ikkje kan praktiserast for strengt, i den grad begjæringa klargjer kva informasjon som skal komme fram av bevisopptaket, og korleis informasjonen belyser dei aktuelle bevistemaa i saka. I nemnde TOSLO-2016-58592 vart det frå kjøparsida påstått at begjæringa ikkje tilfredsstilte krava i § 27-2 (2), noko tingretten ikkje gav medhald i. Tingretten viste til at seljarsida hadde presisert rammene for undersøkinga ved å knytte denne til dei påståtte bygningstekniske avvika, og at det var dei eventuelle behova for utbetring, og kostnadane knytt til dette, som var gjenstand for undersøkinga. Avgjerda understøttar at grunnjevings- og klargjeringskravet ikkje oppstiller strenge rammer for det nærare innhaldet i begjæringa. Det avgjerande er om begjæringa gjev tilfredsstillande grunnlag for vurderinga kring bevisopptaket si opplysning av bevistemaa i saka.

4.3 Tilgang for privatengasjert sakkunnig

Der bevisopptak vert pålagt gjennomført etter § 27-1 (2), oppstår spørsmålet om parten også kan nytte privatengasjert sakkunnig ved bevisopptaket i heimen. Problemstillinga har vist seg særskilt aktuell i praksis, då ein stor del av praksis knytt til bevisopptak i heim etter § 27-1 (2) knyt seg til avhendingssaker, der mangelsforholda reiser bygningstekniske vurderingar. Høvet til å *føre* eigne privatengasjerte sakkunnige som vitner fylgjer av tvl. § 25-6 (1). Føresegna sitt andre ledd slår fast at sakkunnige vitner kan “følge forhandlingene i sin helhet og kan tillates å stille spørsmål til parter, vitner og sakkyndige”. Ordlyden avgrensar det sakkunnige vitnet si rolle til “forhandlingene”, noko som rettar seg mot hovudforhandlinga. Dette heimlar isolert sett ikkje ein rett til å fylgje eit bevisopptak under saksførebuinga etter § 27-1 (2).

Behovet for å ha med eigen sakkunnig under bevisopptaket vert aktualisert der bevistemaet knytt til heimen krev sakkunne. I slike saker vil det også vere særskilt aktuelt å oppnemne

rettsleg sakkunnig ved gjennomføringa av bevisopptaket etter tvl. § 27-2 (4). Ved undersøkingar leia av rettsoppnemnt sakkunnig fylgjer det av § 27-3 (2) fjerde punktum at partane skal varslast og “gis anledning til å ivareta sine interesser så langt det lar seg forene med oppdraget”. Ordlyden “gis anledning til å ivareta sine interesser” opnar for at tilgangen også kan omfatte privatengasjerte sakkunnige, der parten sjølv ikkje innehar den naudsynte sakkunna. Dette gjev likevel ikkje ein klar heimel for tilgang til privatengasjerte sakkunnige ved bevisopptaket. I førearbeida er det heller ikkje antyda at verken § 25-6 eller § 27-3 (2) opnar for at private sakkunnige kan delta ved bevisopptak under saksførebuinga.

Spørsmålet om tilgang for privatengasjerte sakkunnige ved bevisopptak under saksførebuinga vart handsama i HR-2016-1162-U.⁹⁴ Med tilvising til Rt. 2014 s. 1084, slo Høgsterett fast at privatengasjert sakkunnig kan delta i bevisopptak av privat heim ”så langt det er nødvendig for å ivareta partens interesser”. Saka knytte seg til bevisopptak ved rettsoppnemnt sakkunnig,⁹⁵ og Høgsterett heimla tilgangen til den private sakkunnige i tvl. § 25-6 (2) og § 27-3 (2). Tilvisinga til sistnemnde føresegn syner at det for heimelsspørsmålet var avgjerande at bevisopptaket vart leia av rettsoppnemnt sakkunnig. Avgjerda gjer det klart at privatengasjert sakkunnig *kan* delta under bevisopptaket der dette er naudsynt for å ivareta parten sine interesser. Ut frå avgjerda byggjer deltakinga likevel på føresetnaden om at rettsoppnemnt sakkunnig leiar bevisopptaket.

Dette reiser spørsmålet knytt til kva som gjer tilgang for den privatengasjerte sakkunnige naudsynt for å ivareta partens interesser. Prinsippet om “equality of arms” vil her oppstille ein minsteterskel for vurderinga, ved at tilgang må gjevast der parten vert stilt under ei vesentleg ulempe utan tilgang for den sakkunnige. Praksis frå EMD syner at dersom ein av partane har større tilgang til informasjon som dannar utgangspunktet for opplysning av bevistema som krev særleg fagkunnskap, vil dette kunne representere eit brot på prinsippet om “equality of arms”.⁹⁶ Praksisen tilseier at dersom den eine parten både har *eksklusiv tilgang* til heimen, og har innhenta *sakkunnige rapportar* om bevistemaet knytt til heimen, vil dette kunne medføre ei vesentleg ulempe for parten utan tilgang. Tilgang for den privatengasjerte sakkunnige vert difor særleg aktuelt der sakkunne kring heimen er blitt aktualisert av motparten.

⁹⁴ Om saksforholdet, sjå lagmannsretten si handsaming i LA-2016-63106

⁹⁵ *ibid.*

⁹⁶ Yvon mot Frankrike [J], ECHR:2003:0424JUD004496298, sjå særleg avsn. 37

Der vurderingane aktualiserar sakkunne, syner rettspraksis også at retten i stor grad må byggje på dei vurderingane som har kome fram i dei sakkunnige rapportane.⁹⁷ Dersom parten utan tilgang ikkje får nytte eigen privatengasjert sakkunnig ved bevisopptaket, vil dette skape ein risiko for at retten byggjer på sakkunnige vurderingar frå eigaren av heimen, utan reell kontradiksjon frå parten utan tilgang. Sistnemnde vil då vere avgrensa til å oppmode retten om å ta eventuell tvil i betraktning ved den frie bevisvurderinga.⁹⁸ Slik vekting kjem derimot ikkje nødvendigvis klart til uttrykk i avgjerda, og partane har då liten moglegheit til å etterprøve dette.⁹⁹ Effekten av å påberope seg vekting i disfavør av motparten ved bevisvurderinga er difor avgrensa, og parten utan tilgang vert slik sett avhengig av at eigen sakkunnig får tilgang.

Avgjerande vert då om sakkunnig bistand under bevisopptaket er naudsynt for å sikre reell kontradiksjon kring heimen som bevistema. I LA-2016-63106, som nemnte HR-2016-1162-U byggjer på,¹⁰⁰ hadde motparten innhenta fleire sakkunnige utsegner knytt til dei påståtte manglane. Lagmannsretten fann at tilgang for den privatengasjerte sakkunnige ville vere naudsynt for at parten kunne ta stilling til motparten sitt krav, og for førebuing til rettsmekling og eventuell hovudforhandling. Avgjerda syner at omsynet til reell kontradiksjon er styrande i vurderinga av om tilgang for privat sakkunnig skal gjevast.¹⁰¹ Dei konkrete krava til kontradiksjon må her vurderast i lys av bevistemaet knytt til heimen.¹⁰² Den nemnde avgjerda understøttar også at tilgang vert særleg aktualisert der motparten har innhenta sakkunnige utsegner om heimen sin tilstand.

Avgjerda i HR-2016-1162-U reiser spørsmålet om privatengasjerte sakkunnige også kan få tilgang ved bevisopptak leia av *retten*. Tilgangen i HR-2016-1162-U vart mellom anna heimla i § 27-3 (2), som ut frå ordlyden avgrensa spørsmålet til bevisopptak ”ved sakkyndig”. I avgjerda tok Høgsterett ikkje stilling til om privat sakkunnig også kan gjevast tilgang ved bevisopptak leia av retten. Dette spørsmålet har ikkje blitt ikkje teke stilling til av Høgsterett

⁹⁷ Rt. 2010 s. 1025, sjå særleg avsn. 44

⁹⁸ Hjørt (2016) s. 144

⁹⁹ *ibid.* Sjø motsatt Rt. 2004 s. 1668 avsn. 41

¹⁰⁰ Høgsterett si handsaming var avgrensa til lovtolkinga, og ankeutvalet kunne ikkje foreta ei konkret vurdering av om tilgang var naudsynt i den aktuelle saka, jf. tvl. § 30-6

¹⁰¹ Sjø også LB-2016-111549. Her vart begjæringa om tilgang for privatengasjert sakkunnig teke til fylgje, i sak om prisavslag og skadebot ved sal av bustad. Lagmannsretten trekte fram at det ikkje ville vere forsvarleg at dei privatengasjerte sakkunnige måtte forholde seg til ein rapport utarbeida av sakkunnig engasjert av motparten. Ei forsvarleg belysing av bevistemaet tilsa difor at parten sine privatengasjerte sakkunnige også vart gjeve tilgang til bustaden.

¹⁰² Sjø *punkt 4.1.2*

per dags dato. Der bevisopptaket vert leia av retten, vil heimelsgrunnlaget for tilgang vere avgrensa til § 25-6 (2), som ikkje heimlar deltaking for den sakkunnige utanom ”forhandlingene”. Ved slike bevisopptak kan det difor ikkje påvisast ein klar heimel for tilgang til private sakkunnige.

Underrettspraksis har lagt til grunn at private sakkunnige også kan bli gjeve tilgang ved bevisopptak leia av retten.¹⁰³ Tilsvarande synspunkt vert understøtta av Schei mfl., der det i kommentaren til § 25-6 (2) vert lagt til grunn at privatengasjert sakkunnig også må ”kunne delta i bevisopptak”, med tilvising til HR-2016-1162-U.¹⁰⁴ Eit prinsipielt skilje ved tilgangsvurderinga framstår heller ikkje forankra i reelle omsyn. For parten som krev tilgang vil behovet for sakkunnig bistand kunne vere minst like stort der bevisopptaket vert leia av retten. Ligg bevistemaet eksempelvis nær å krevje rettsoppnemnt sakkunnig, vil retten sin kunnskap kunne avgrense opplysninga kring bevistemaet. Behovet for sakkunnig bistand vil her vere stort for parten som ikkje har tilgang til heimen, særleg dersom motparten har innhenta sakkunnige vurderingar kring bevistemaet. Til trass for at Høgsterett ikkje har teke stilling til spørsmålet, tilseier både underrettspraksis, teori og reelle omsyn at tilgang for privatengasjert også må kunne gjevast ved bevisopptak leia av retten.

5. Direkte tilgang til privat heim etter tvl. § 26-5

5.1 Innleiande om bevistilgang etter tvl. § 26-5 og vurderinga opp mot lovskravet etter Grl. § 102 og EMK art. 8

Den andre heimelen som opnar for bevistilgang under saksførebuinga er tvl. § 26-5 (1).

Føresegna seier at:

“Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie”.

Ordlyden rettar seg mot “[e]nhver”, og plikta etter føresegna er slik sett allmenn.

Føresetnaden for at plikta vert aktualisert, er at vedkommande ”har hånd om eller kan skaffe

¹⁰³ Sjå særleg LB-2016-197217, jf. også LB-2016-111549

¹⁰⁴ Tore Schei mfl, *Lovkommentar – Tvisteloven*, Juridika.no (lest 17.11.2023), sjå kommentar til § 25-6 punkt 2 første avsnitt

til veie” gjenstanden, noko som ikkje er problematisk opp mot heimen. Etter lovteksten rettar plikta seg til “gjenstander”, og den vil då også omfatte «fast eigedom» og heimen, jf. tvl. § 26-1.

Den sentrale vurderinga for spørsmålet om bevistilgang, er då omfanget av plikta til å “stille til rådighet som bevis». Ordlyden er vidt utforma, noko som må lesast i lys av at den gjeld generelt for ulike realbevis, og spring ut av den generelle forklarings- og bevisplikta etter tvl. § 21-5.¹⁰⁵ Lovteksten gjev likevel uttrykk for ei klar og generell plikt til å stille realbevis til rådighet for bevisføremål. Førearbeida knyt plikta opp til tilgjengelegheit for “bevisundersøkelse”, og framhevar at “[f]remgangsmåten vil kunne variere blant annet med gjenstandens art og behov for undersøkelse av den”.¹⁰⁶ Dette vert utdjupa, ved at plikta etter omstenda ”kan oppfylles ved at motparten gis adgang til beviset og selv får mulighet for å sørge for at det fremlegges som bevis i saken”.¹⁰⁷ Førearbeida understrekar at plikta er vid, og at den vil kunne omfatte ulike framgangsmåtar, deriblant at motparten får beviset stilt til rådighet. Både ordlyd og førearbeid tilseier difor at plikta vil kunne omfatte å gje motparten *direkte tilgang* til heimen for bevisundersøking.¹⁰⁸

Skal plikta etter § 26-5 danne grunnlag for inngrep i heimen, krev dette at retten kan gje pålegg om at heimen skal stillast til rådighet overfor motparten. I § 26-7 (3) er det slått fast at dersom det oppstår tvist om bevistilgang etter § 26-5, kan retten ”i nødvendig utstrekning [treffe] nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på”. Ordlyden gjev retten vide rammer ved fastsetjinga av korleis realbeviset skal stillast til rådighet for parten. Førearbeida presiserar at det vanlege vil vere at beviset vert sendt inn til retten, men at retten også vil kunne treffe avgjerd om at beviset vert stilt til rådighet direkte til motparten.¹⁰⁹ Også førearbeida til § 26-5, som presiserar at plikta etter føresegna vil kunne oppfyllast direkte overfor motparten, set dette i samanheng med retten sitt høve til å fastsetje framgangsmåten etter § 26-7 (3).¹¹⁰ Både ordlyd og førearbeid opnar slik sett for at retten kan pålegge ein part å stille realbevis direkte til rådighet for motparten etter § 26-7 (3).

¹⁰⁵ NOU 2001: 32 B s. 979

¹⁰⁶ *ibid.*

¹⁰⁷ *ibid.*

¹⁰⁸ Det er lagt til grunn at plikta etter § 26-5 oppstiller ein korresponderande rett til å *krevje* tilgang til beviset, jf. Per M. Ristvedt, og Amund Bjøranger Tørum, ”Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte discovery» *Tidsskrift for Forrettingsjus*, 2015, s. 103-178 på s. 127

¹⁰⁹ NOU 2001:32 B s. 982

¹¹⁰ *ibid.* s. 979

Avgjerande vert då om eit pålegg om å stille heimen direkte til rådighet for motparten etter § 26-5 jf. § 26-7 (3) innfrir lovskravet for inngrep i heimen. Til trass for at plikta etter § 26-5 er vidt utforma, gjev den uttrykk for ei generell plikt til å stille heim til disposisjon for bevisundersøking. Førearbeida understrekar også at framgangsmåten vil avhenge av behovet for undersøking, og at den kan omfatte direkte tilgang for motparten. Då dette vert satt i samanheng med retten sitt høve til å fastsetje framgangsmåten for tilgang etter § 26-7 (3), tilseier dette at føresegnene er tilstrekkeleg presise til å innfri lovskravet for pålegg om direkte tilgang for motparten. Den konkrete vurderinga av om direkte tilgang *skal* påleggast, vil då avhenge av forholdsmessigheitsvurderinga.

Spørsmålet om tilgang til heim etter tvl. § 26-5 har vore oppe til vurdering i to høgsterettsavgjerder, der Høgsterett har gjeve uttrykk for ei anna tolking av føresegna opp mot lovskravet. Desse vert drøfta nærare i det fylgjande.

5.2 Høgsterett sitt syn på tvl. § 26-5 opp mot lovskravet

5.2.1 Rt. 2012 s. 1819

Den første høgsterettsavgjerda som tok stilling til spørsmålet om tilgang til privat heim etter § 26-5, er Rt. 2012 s. 1819. Saka knytte seg til etterleving av rettsforlik i samband med skifteoppgjer mellom tre sysken og deira far. Etter rettsforliket skulle borna tilbakelevere eit måleri til faren. Tilbakeleveringa skjedde ikkje, og tingretten avsa dom om at borna plikta å erstatte måleriet til faren, samt enkelte andre måleri. Ved anke til lagmannsretten kravde borna at faren opplyste kvar han oppbevarte eigen biletkunst, og kravde samstundes tilgang til faren sin heim, for å kunne avdekke om faren sjølv sat på av nokre av dei omstridde måleria. Lagmannsretten fann at faren plikta å gje tilgang til biletkunsten etter § 26-5. Faren anka orskurda, og påstod at orskurda opna for ei husundersøking som krenka Grl. § 102 og EMK art. 8.

Høgsterett tok utgangspunkt i vurderinga av om tvl. §§ 21-5 og 26-5 gjev heimel for å undersøke ein motpart sin heim. Høgsterett fann at ingen av desse føresegnene, og heller ikkje § 26-7 (3), gjev heimel for at retten kan pålegge ein part å gi tilgang til sitt lukka rom for eit slikt søk som saka aktualiserte.¹¹¹ Ankeutvalet framheva at heller ikkje førearbeid eller

¹¹¹ Rt. 2012 s. 1819 avsn. 32

sentral juridisk teori opna for at retten kan pålegge ein part å gje tilgang til sin heim for at motparten skal kunne "søke etter gjenstander som kan ha betydning som bevis".¹¹² Det vart framheva at "en slik undersøkelse som lagmannsrettens kjennelse gir adgang til måtte kunne forankres i en klar lovbestemmelse."¹¹³ Høgsterett viste her generelt til lovskravet som fylgjer for inngrep i retten etter Grl. § 102 og EMK art. 8, og fann at dette ikkje var innfridd gjennom § 26-5 for eit slikt inngrep som saka aktualiserte.¹¹⁴

Ankeutvalet understreka det sentrale momentet i denne samanheng, ved at inngrepet i saka knytte seg til å "søke etter gjenstander som kan ha betydning som bevis". Plikta etter § 26-5 er avgrensa til å stille gjenstandar til rådighet "som bevis". Eit tilgangskrav etter føresegna må difor knytte seg til gjenstandar som "inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken", og slik sett utgjør bevis etter § 26-1. Kravet om bevistilgang i Rt. 2012 s. 1819 retta seg mot heimen. Det var likevel berre eit positivt funn av dei aktuelle *måleria* som kunne avdekke informasjon av betydning for det faktiske avgjerdsgrunnlaget. Dersom søket hadde gjeve *negativt* resultat, ville undersøkinga av heimen uansett ikkje ha bevisverdi, då dette ikkje ville kunne avklare om faren faktisk sat på måleria. I eit slikt tilfelle vil ordlyden i § 26-5 langt på veg stenge for at det vert gjeve tilgang til heimen, då heimen isolert sett ikkje utgjorde eit "bevis" etter § 26-5 jf. § 26-1. Høgsterett framheva implisitt denne avgrensinga, ved å peike på at ordlyden ikkje opnar for å "søke etter bevis".¹¹⁵ Ordlyden avgrensa difor mot det aktuelle inngrepet.

Avgjerda avklarar at § 26-5 ikkje gjev heimel for tilgang til privat heim for *søk* etter øvrige bevis, noko som langt på veg fylgjer av ordlyden i føresegna. Avgjerda held det slik sett opent om § 26-5 innfrir lovskravet for direkte tilgang til heimen, der heimen i seg sjølv representerer eit bevis.

5.2.2 Rt. 2014 s. 1084

Problemstillinga vart belyst ytterlegare i Rt. 2014 s. 1084, som er den andre og mest sentrale avgjerda frå Høgsterett som tek for seg § 26-5 opp mot tilgang til privat heim. Saka knytte seg til tvist om heving av bustadkjøp. Etter at kjøparen hadde gått til søksmål og påstått ein rekke manglar, kravde seljaren og hans forsikringsselskap tilgang til bustaden for synfaring

¹¹² *ibid.* avsn. 33

¹¹³ *ibid.* avsn. 35

¹¹⁴ *ibid.*

¹¹⁵ *ibid.* avsn. 32

med privatengasjert sakkunnig. Kjøparen imøtegjekk ikkje dette kravet, og seljaren fekk heller ikkje medhald i kravet verken i tingretten eller lagmannsretten. Dette vart anka av forsikringsselskapet, som påstod at omsynet til rettviss rettargang og kontradiksjon tilsa at det vart gjeve tilgang til eigdommen i medhald av § 26-5.

Høgsterett sitt ankeutval, som stadfesta lagmannsretten si grunngeving, tok utgangspunkt i Grl. § 102 og EMK art. 8, og viste til at kravsmålet om tilgang måtte bli vurdert som eit inngrep i ein beskytta rett etter desse grunnlovs- og konvensjonsføresegnene. Det vart understreka at eit pålegg om tilgang for synfaring krev “klar lovhjemmel”.¹¹⁶ Ankeutvalet fann at § 26-5 ikkje gav slik heimel.¹¹⁷ Med tilvising til Schei mfl. sin omtale av den allmenne bevis- og forklaringsplikta etter § 21-5, vart det framheva at plikta til bevistilgang gjeld ”bare overfor retten” i samband med ei verserande sak eller unntaksvis i medhald av bevissikring etter kapittel 28, då dette fylgjer av reglane for dei enkelte bevismiddel.¹¹⁸ Høgsterett viste vidare til standpunktet i Rt. 2012 s. 1819, der det vart framheva at retten, ut frå tvisteloven sine føresegner om bevistilgang, ikkje kan avgjere at ein part må gje tilgang til sin heim for at motparten skal kunne søke etter bevis.¹¹⁹ I forlenginga av dette uttalte Høgsterett at dette må ”gjelde tilsvarende også i en sak hvor boligens tilstand er det sentrale bevisetema”.¹²⁰ Avslutningsvis framheva Høgsterett at omsynet til kontradiksjon og rettviss rettargang etter EMK art. 6 vert ivareteke gjennom andre føresegner, og det vart her peika på at bevistilgang «kan [...] sikres gjennom begjæring om bevisopptak”.¹²¹

Argumentasjonen i avgjerda reiser fleire spørsmål. Primært krev standpunktet om at plikta etter § 26-5 gjeld “bare overfor retten” ei nærare drøfting. Som nemnt framhevar førearbeida at plikta etter § 26-5 vil “kunne oppfylles ved at motparten gis adgang til beviset og selv får mulighet for å sørge for at det fremlegges som bevis i saken”. Førearbeida opnar her for at plikta etter § 26-5 *kan* oppfyllast gjennom å stille beviset direkte til rådighet for motparten.¹²² Dette oppstiller ikkje ei *plikt* til å gje direkte tilgang til beviset. Førearbeida

¹¹⁶ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 13

¹¹⁷ *ibid.*

¹¹⁸ *ibid.*, med vidare tilvising til Schei mfl., *Tvisteloven – Kommentarutgave – Bind II*, 2.utg., Universitetsforlaget 2013 s. 791

¹¹⁹ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 14 med tilvising til Rt. 2012 s. 1819 avsn. 33.

¹²⁰ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 15

¹²¹ *ibid.*

¹²² Hjort har kritisert Høgsterett sin argumentasjon på dette punktet. Med tilvising til mellom anna dei nemnte førearbeidsutsegnene, reiser ho tvil kring ankeutvalet sitt standpunkt om at plikta til å gje bevistilgang gjeld berre overfor retten, sjå Hjort (2016) s. 127

knytt likevel moglegheita til slik direkte tilgang opp mot § 26-7 (3), og retten sitt høve til å fastsetje korleis beviset skal gjerast tilgjengeleg.¹²³ Dette opnar for at ei plikt til å gje motparten direkte tilgang til heimen kan oppstillast *gjennom* retten etter § 26-7 (3).

Ankeutvalet trekk ikkje fram dei nemnte førearbeidsutsegna, og koplinga til § 26-7 vert heller ikkje framheva. Standpunktet om at plikta etter § 26-5 gjeld "bare overfor retten" vert difor ikkje nyansert tilstrekkeleg i avgjerda.

Vidare gjev argumentasjonen grunn til å drøfte kvifor Høgsterett, med tilvising til Rt. 2012 s. 1819, finn at § 26-5 heller ikkje heimlar bevistilgang der heimen utgjer det sentrale bevistemaet. Ankeutvalet gjev inga nærare grunngjeving for dette standpunktet. Skilnaden mellom tilgang til heim for *søk etter øvrige gjenstandar* som utgjer bevis, og tilgang til heim der *heimen* utgjer bevis, vert difor ikkje problematisert. I sistnemnde tilfelle vil ordlyden i større grad aktualisere plikta etter § 26-5, då plikta inneber å stille "bevis" til rådighet. Mangelen på denne nyanseringa svekkar den rettskjeldemessige vekta av avgjerda.

Til sist er det grunn til å sjå nærare på kvifor Høgsterett finn at lovskravet for inngrep i heimen er innfridd ved bevisopptak under saksførebuinga etter § 27-1 (2), medan § 26-5 ikkje gjev tilstrekkeleg heimel for slikt inngrep. Høgsterett legg dette implisitt til grunn, då det vert peika på at bevistilgang «kan [...] sikres gjennom begjæring om bevisopptak».¹²⁴ Høgsterettsavgjerda drøftar ikkje bevisopptak nærare, og grunngjev ikkje kvifor lovskravet vil slå ulikt ut ved desse to heimlane.

Set ein ordlyden i § 26-5 opp mot ordlyden i § 27-1, verkar skilnaden opp mot lovskravet ikkje klar. I sistnemnde føresegn opnar ordlyden for at tilgang "kan" gis for "undersøkelse av realbevis", også privat heim, etter ei skjønsmessig vurdering. I § 26-5 er det oppstilt ei "plikt" til å stille "gjenstander", også heim, til rådighet som bevis. I lys av ordlyden er det difor vanskeleg å konkludere med at § 27-1 skipar ein klarare heimel for inngrep i heimen enn § 26-5. Argumentasjonen i avgjerda bidreg ikkje til avklaring av dette spørsmålet. Dette gjev grunn til å reise spørsmål ved Høgsterett sitt standpunkt kring § 26-5 opp mot lovskravet etter Grl. § 102 og EMK art. 8.

Ein mogleg grunn er at Høgsterett generelt legg til grunn at tilgang gjennom bevisopptak vil vere det minst inngripande tiltaket som sikrar motparten bevistilgang til heimen, og at § 26-5

¹²³ NOU 2001:32 B s. 979

¹²⁴ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 15

av den grunn vert avskoren som mogleg heimel for inngrep. I motsetnad til bevisopptak etter § 27-1 (2), vil ikkje ei bevisundersøking gjennom direkte tilgang etter § 26-5 skje under leiing av retten. Vurderinga av inngrepet vil difor stille seg annleis ved pålegg om bevistilgang etter § 26-5, då retten si leiing og organisering er ein tryggingfaktor mot vilkårlegheit ved inngrepet.¹²⁵ Dette er likevel omsyn som først og fremst skal ivaretakast av *forholdsmessigheitsvurderinga* etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene, og desse får ikkje avgjerande vekt ved vurderinga opp mot *lovskravet*.

Ut frå systembetragtningar reiser dei forskjellige utslaga opp mot lovskravet spørsmål kring § 26-5 jf. § 26-7 (3) si sjølvstendige betydning som bevistilgangsheimlar. Dersom § 27-1 vert rekna som den einaste reelle bevistilgangsheimelen til heim, tilseier dette at § 26-5 snarare må reknast som uttrykk for ei generell bevisplikt. Ei slik føresegn har vi i § 21-5. Skal § 26-5 ha ei sjølvstendig betydning som bevistilgangsheimel, må den kunne gje konkrete utslag gjennom pålegg om tilgang, noko § 26-7 sikrar. Vidare er det klart at § 26-5 jf. § 26-7 heimlar pålegg om direkte bevistilgang til motparten ved *andre realbevis*, då det ved desse ikkje oppstår ei vurdering opp mot retten til heim.¹²⁶ I lys av dette er det likevel ikkje klart kvifor dette skal slå annleis ut ved heim, då ordlyden i føresegna rettar seg generelt mot ”gjenstander“. Dette tilseier at § 26-5 jf. § 26-7 (3) også må kunne heimle pålegg om bevistilgang til *heim*.

Standpunktet om at føresegnene slår ulikt ut ved lovskravet kan også få uheldige fylgjer i praksis. Det kan eksempelvis tenkast tilfelle der bevistemaet kring heimen står heilt sentralt i saka, og samstundes er av eit så stort omfang at eit bevisopptak gjev avgrensa moglegheit til å belyse bevistemaet.¹²⁷ For parten som krev tilgang vil det då kunne vere behov for å gjennomføre meir omfattande undersøkingar uavbrote, noko eit bevisopptak ikkje nødvendigvis legg til rette for.¹²⁸ Knyt tilgangskravet seg også til tilstøytande uteområde til

¹²⁵ Sjå *punkt 4.1.3*

¹²⁶ Sjå eksempelvis HR-2020-2469-A, som vert handsama nærare under *punkt 5.2.3*

¹²⁷ Sjå til illustrasjon LB-2016-111549, der tingretten hadde nekta bevisopptak under saksførebuinga mellom anna grunna at dette ikkje ville vere mogleg å gjennomføre utan utsetjing av hovudforhandlinga.

¹²⁸ Her kan det vere aktuelt å nytte konsekvensane manglande tilgang kan ha for sakskostnadsansvaret som *pressmiddel* for å oppnå tilgang. Til trass for at parten som vinn saka har krav på full skadebot for sine sakskostnader frå motparten etter tvl. § 20-2 (1), kan motparten etter føresegna sitt tredje ledd heilt eller delvis fritakast frå skadebotsansvaret der «tungtveiende grunner gjør det rimelig». Her skal det mellom anna leggjast særleg vekt på om den vinnande parten kan ”bebreides at det kom til sak”, jf. § 20-2 (3) bokstav b. Tilsvarande gjer § 20-3 det klart at ein part som har fått ”medhold av betydning uten å vinne saken” heilt eller delvis kan tilkjennast sakskostnader frå motparten etter det same vurderingsmomentet. LE-2019-110050 illustrerar sistnemnde, i sak om prisavslag og skadebot ved sal av fast eigedom. Seljaren fekk her medhald av betydning utan å vinne saka, og lagmannsretten fann at det låg føre tungtvegande grunnar for å tilkjenne seljaren

privat bustad, som ligg i grenseområdet for den verna sfæra kring heimen, vil undersøkinga kunne ha ein mindre inngripande karakter.¹²⁹ Direkte tilgang for undersøking etter § 26-5 kan i slike tilfelle vere naudsynt for å sikre reell kontradiksjon kring det sentrale bevistemaet, og samstundes passere forholdsmessigheitsvurderinga etter Grl. § 102 og EMK art 8. Det vert då avgjerande om § 26-5 innfrir lovskravet, og i det heile *opnar* for ei forholdsmessigheitsvurdering. Dette gjer det særskilt problematisk at Høgsterett i Rt. 2014 s. 1084 legg til grunn at lovskravet ikkje er innfridd, utan å ha ei klar forankring for dette standpunktet.

Avgjerda er fylgt opp i seinare underrettspraksis, då det med bakgrunn i denne er lagt til grunn at § 26-5 ikkje heimlar direkte tilgang til heim.¹³⁰ Tilsvarande synspunkt er lagt til grunn av både Skoghøy og Backer.¹³¹ Verken Skoghøy, Backer eller den nemnte underrettspraksisen føretek ei nærare analyse av avgjerda. Drøftinga ovanfor syner at avgjerda inneheld fleire problematiske standpunkt. For det første oppstiller ankeutvalet eit utgangspunkt om at plikta etter § 26-5 gjeld ”bare overfor retten”, utan å ta i betraktning førearbeidsutsegnene som legg opp til at plikta kan oppfyllest gjennom direkte tilgang til motpart, og at retten kan fastsetje slik direkte tilgang etter § 26-7 (3). For det andre vert standpunktet i Rt. 2012 s. 1819 utan vidare lagt til grunn, utan å nyansere dette med at plikta etter ordlyden i § 26-5 i større grad vert aktualisert der heimen i seg sjølv utgjer ”bevis”. For det tredje legg avgjerda til grunn at bevisopptak etter § 27-1 (2) vil innfri lovskravet for inngrep etter Grl. § 102 og EMK art. 8, utan å klargjere kva som vert utslagsgjevande for at lovskravet slår ulikt ut ved § 26-5. Dette framstår problematisk, då ordlyden i dei to føresegnene ikkje umiddelbart tilseier eit ulikt utslag opp mot lovskravet. Samla sett er det difor fleire grunnar til å trekke i tvil den rettskjeldemessige vekta av avgjerda ved vurderinga av direkte tilgang etter § 26-5 opp mot lovskravet for inngrep i heim.

5.2.3 Betydninga av HR-2020-2469-A

Lovanvendinga i Rt. 2014 s. 1984 blir nyansert i Høgsterett si orskurd i HR-2020-2469-A. Til trass for at saka omhandla bevistilgang til lausøyre, inneheld grunngjevinga her viktige

sakskostnader. Det vart mellom anna lagt avgjerande vekt på at seljaren erkjente at det låg føre manglar etter at dei fekk tilgang til bustaden, “noe de alt ba om før eller i tilsvaret til stevningen”. Ordlyden klargjer likevel at det er høge tersklar for at sakskostnadane skal bli påverka. Den reelle effekten av dette pressmiddelet må slik sett ikkje overdrivast.

¹²⁹ Sjø LB-2023-32342 med vidare tilvisingar.

¹³⁰ Sjø eksempelvis LE-2016-208397 og LG-2023-100815

¹³¹ Skoghøy (2022) s. 853 og Backer (2020) s. 310

presiseringar kring den generelle lovtolkinga ved § 26-5 og § 26-7 (3). Saka knytte seg reint konkret til bevistilgang i ei skadebotssak. Ved transport av kunstgjødsla på eit lasteskip oppstod det varmeutvikling i gjødsla, med vidare utvikling av røyk og giftige gassar. Dette førte til at skipet vart erklært tapt, og det meste av gjødsla vart øydelagd. Produsenten av kunstgjødsla retta krav om skadebot mot frakteselskapet. I samband med dette kravde frakteselskapet utlevert kunstgjødsla for eigen testing av gjødsla sine eigenskapar.

Retten tok utgangspunkt i § 26-5 i vurderinga av om tvisteloven gjev heimel for pålegg om at realbevis skal utleverast direkte til motparten, og fann at verken ordlyden eller førearbeida gav eit klart svar på tolkingsspørsmålet.¹³² Vidare peika retten på at § 26-7 (3) opnar for eit vidt, skjønnsmessig høve for retten til å treffe avgjerd om korleis beviset skal stillast til rådighet.¹³³ Dette vart sett i samanheng med partane si opplysnings- og bevisplikt etter § 21-4 jf. § 21-5, der det i førearbeida til sistnemnde føresegn vert uttalt at det for realbevis vert oppstilt ei særskilt føresegn om plikt til å stille gjenstandar ”til rådighet for motparten”, med tilvising til § 26-5.¹³⁴ Retten la etter dette til grunn at realbevis skal stilles til rådighet ”for motparten”.¹³⁵ Høgsterett understøtta standpunktet med at ei slik plikt spring ut av det generelle forhandlingsprinsippet¹³⁶ og kravet til rettviss rettargang etter EMK art. 6.¹³⁷ Retten trakk her fram tvisteloven sine førearbeidsutsegn knytt til prinsippet om ”equality of arms”. Dei nemnde førearbeida peikar på at der tilgang til bevismateriale er vesentleg for at ein part skal ha reell moglegheit til å leggje fram si sak, vil retten ha eit sjølvstendig ansvar for at parten vert gjeve slik tilgang, ”om nødvendig gjennom pålegg til den som har hånd om det aktuelle bevismaterialet”.¹³⁸ Høgsterett fann difor at § 26-5 jf. § 26-7 (3) gjev heimel for retten til å pålegge ein part å stille realbevis direkte til rådighet for motparten.¹³⁹

Avgjerda inneheld viktige presiseringar sett opp mot den generelle anvendinga av § 26-5 og § 26-7 (3). For det første slår Høgsterett fast at plikta til å stille bevis til rådighet etter § 26-5 gjeld overfor *motparten*. Avgjerda er stikk i strid med standpunktet i Rt. 2014 s. 1084, som ut

¹³² HR-2020-2469-A avsn. 32-33

¹³³ *ibid.* avsn. 36

¹³⁴ *ibid.* avsn. 43 med tilvising til Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 205

¹³⁵ *ibid.* avsn. 44

¹³⁶ Forhandlingsprinsippet inneber at partane sjølve har ansvaret for å skaffe, og legge fram, det faktiske grunnlaget for retten si avgjerd, sjå Jo Hov, *Rettergang i sivile saker*, 3.utg., Papinian 2017, s. 54. Prinsippet kjem til uttrykk i tvl. § 11-2 (2) første punktum, som seier at «[p]artene har hovedansvaret for å sørge for bevisføring».

¹³⁷ HR-2020-2469-A avsn. 44

¹³⁸ *ibid.* med tilvising til NOU 2001: 32 A s. 174

¹³⁹ *ibid.* avsn. 53

frå argumentasjonen ser ut til å ha lagt avgjerande vekt på at plikta etter § 26-5 gjeld “bare overfor retten”.¹⁴⁰ Standpunktet i HR-2020-2469-A framstår i større grad nyansert, då det der vert føreteke ei breiare drøfting av tolkingsspørsmålet i lys av førearbeid, den øvrige bevistilgangsreguleringa i tvisteloven, og generelle prosessuelle prinsipp. Standpunktet i Rt. 2014 s. 1084 ser på den andre sida ut til å byggje på éi enkelt utsegn i juridisk teori.¹⁴¹ Vidare må det framhevast at den siste avgjerda er avsagt einstemmig av Høgsterett i avdeling, medan Rt. 2014 s. 1084 er avsagt av ankeutvalet. Nivået innanfor Høgsterett si handsaming er også bakgrunnen for kor grundig spørsmålet er drøfta i dei to avgjerdene, og medfører at det vil vere lettare å fråvike lovtolkinga i Rt. 2014 s. 1084.¹⁴² Den rettskjeldemessige vekta av HR-2020-2469-A er difor langt større.

For det andre presiserar HR-2020-2469-A at § 26-5 jf. § 26-7 (3) gjev heimel for at retten kan pålegge ein part å stille realbevis direkte til rådighet for motparten, og å setje nærare vilkår for slik tilgang. Også her går avgjerda i strid med ankeutvalet i Rt. 2014 s. 1084, der det vart lagt til grunn at retten ikkje hadde høve til å gje slikt pålegg.¹⁴³ I den første avgjerda avgrensa ankeutvalet si grunngjeving til å vise direkte til vurderinga i Rt. 2012 s. 1819, utan å nyansere dette opp mot det aktuelle saksforholdet.¹⁴⁴ Grunngjevinga i den siste avgjerda byggjer på ei breiare analyse av rettskjeldene, og denne lovtolkinga er fylgt opp i seinare praksis.¹⁴⁵ Etter dette må det reknast som avklart at § 26-5 jf. § 26-7 (3) gjev heimel for at retten kan pålegge ein part å stille realbevis direkte til rådighet for motparten.

Vurderinga av om nemnde føresegner innfrir lovskravet for pålegg om å stille *heimen* til rådighet for motparten, kjem ikkje på spissen i HR-2020-2469-A.¹⁴⁶ Samstundes syner drøftinga ovanfor at det, ut frå argumentasjonen i avgjerda, må leggjast til grunn ei lovtolking som går i strid med den avgjerande grunngjevinga for at lovskravet for inngrep i heim ikkje vart funne innfridd i Rt. 2014 s. 1084. Spørsmålet om bevistilgang til heim i medhald av § 26-5 jf. § 26-7 (3) står difor i større grad open etter avgjerda i HR-2020-2469-A.

¹⁴⁰ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 13

¹⁴¹ *ibid.*

¹⁴² Skoghøy (2018) s. 145

¹⁴³ Rt. 2014 s. 1084 avsn. 14-15

¹⁴⁴ *ibid.*

¹⁴⁵ HR-2022-1981-U avsn. 6

¹⁴⁶ I avgjerda omtalar Høgsterett Rt. 2012 s. 1819 og Rt. 2014 s. 1084, og slår fast at desse avgjerdene avklarar at § 26-5 ikkje gjev heimel for pålegg som kan medføre inngrep i retten etter Grl. 102 og EMK art. 8, sjå HR-2020-2469-A avsn. 51. Avgjerda aktualiserar derimot ikkje nærare drøfting av § 26-5 opp mot Grl. § 102 og EMK art. 8. Standpunktet får difor avgrensa rettskjeldemessig vekt, då det kjem til uttrykk i eit obiter dictum.

5.3 Forholdsmessigheitsvurderinga for inngrep i heim ved pålegg om direkte tilgang etter § 26-5 jf. § 26-7 (3)

I etterkant av HR-2020-2469-A er det inga høgsterettsavgjerd som har utfordra standpunktet i Rt. 2014 s. 1084. Drøftinga under *punkt 5.2.2* og *5.2.3* syner at det er fleire grunnar til å reise tvil kring ankeutvalet i Rt. 2014 s. 1084 si vurdering av § 26-5 opp mot lovskravet for inngrep i heim. Dersom det vert opna for at lovskravet er innfridd for pålegg om direkte tilgang til heim etter § 26-5 jf. § 26-7 (3), vil eit pålegg vere føresett av at forholdsmessigheitskravet etter grunnlovs- og konvensjonsføresegnene er innfridd.

Her oppstår spørsmålet knytt til kva moment som vil spele inn i denne forholdsmessigheitsvurderinga. Spørsmålet vart ikkje aktualisert i nokon av dei tre nemnde høgsterettsavgjerdene, og det vart difor ikkje oppstilt nærare vurderingsmoment for denne vurderinga.¹⁴⁷ Forholdsmessighetsvurderinga vil her innebere ei grunnleggjande avveging av om pålegg er naudsynt for å sikre parten bevis tilgang og reell kontradiksjon. Her må ein mellom anna vurdere om kravet til reell kontradiksjon vil kunne bli tilstrekkeleg ivareteke gjennom bevisopptak under sakførebuinga, eventuelt under hovudforhandlinga, etter § 27-1.¹⁴⁸ I vurderinga må ein også sjå hen til om det er tilstrekkelege kontroll- og tryggingfaktorar til å hindre vilkårlege inngrep ved pålegg etter § 26-5 jf. § 26-7 (3). Som nemnd under *punkt 5.2.2*, vil ei bevisundersøking ved direkte tilgang til heimen etter § 26-5 ikkje ha same tryggingfaktorar for vilkårlegheit som eit bevisopptak, då opptaket skjer under leiing av tredjepart. På den andre sida vart det i HR-2020-2469-A lagt til grunn at retten, i medhald av § 26-7 (3), kan setje som vilkår for tilgang at den andre parten er til stades ved undersøkinga av realbeviset.¹⁴⁹ Til trass for at dette ikkje nødvendigvis har den same tryggingseffekten ved inngrepet som der ein tredjepart leiar bevisundersøkinga, vil det kunne avdempe graden av inngrep.

Ved avveginga opp mot *graden av inngrep*, vil det også vere avgjerande å sjå hen til kva som er gjenstand for undersøkinga. Der undersøkinga ikkje knyt seg til kjerneområda av den verna

¹⁴⁷ I Rt. 2012 s. 1819 framheva ankeutvalet at eit inngrep nødvendigvis må vurderast opp mot kravet til forholdsmessighet, noko lagmannsretten ikkje hadde teke stilling til. Høgsterett oppstilte derimot ikkje nærare vurderingsmoment for denne vurderinga.

¹⁴⁸ Sjå punkt 4.1.3

¹⁴⁹ HR-2020-2469-A avsn. 60. Her peika Høgsterett også på at det i vurderinga av om slikt vilkår skal oppstillast, må takast omsyn til behovet for kontradiksjon, omsynet til effektiv bevisførsel og saka si opplysning.

sfæra, vil undersøkinga kunne framstå mindre inngripande.¹⁵⁰ Er undersøkinga også avgrensa i tid og knyt seg til mindre områder, er dette også moment som truleg vil kunne dempe graden av inngrep. I slike tilfelle er det difor meir nærliggjande at ei bevisundersøking ved direkte tilgang også innfrir forholdsmessigheitsvurderinga ved inngrep i heimen.

6. Oppsummering og konklusjon

Som vi har sett oppstiller tvisteloven i utgangspunktet ei vidtgående plikt overfor partane til å stille gjenstandar til rådighet, som tek sikte på å sikre større innsyn og tilgang til bevis under saksførebuinga. Drøftinga i *punkt 4* og *5* syner likevel at ein part har avgrensa moglegheiter til å få bevistilgang til motparten sin private heim under saksførebuinga.

Ut frå dagens rettstilstand er bevisopptak etter § 27-1 (2) den einaste klare heimelen for bevistilgang til heim under saksførebuinga. Vurderinga av om slikt bevisopptak skal påleggast, knyt seg til eit breitt og skjønnsprega vurderingsmoment, der omsynet til forsvarleg handsaming står sentralt. Det avgjerande vil her vere om bevisopptak under saksførebuinga er naudsynt for å sikre reell kontradiksjon i saka. Knyt heimen seg til eit sentralt bevistema i saka, og bevistemaet i tillegg er utilstrekkeleg opplyst og knyt seg til krav av større storleik, vil dette kunne vektast mot at pålegg vert gjeve. Dersom heimen belyser eit mindre sentralt bevistema, vil omsynet til forsvarleg handsaming ikkje gjere seg like gjeldande. I slike tilfelle vil det også vere aktuelt å avskjere eit bevisopptak ut frå proporsjonalitetsbetraktningar.

Ved den alternative heimelen for bevistilgang i tvl. § 26-5, har Høgsterett lagt til grunn at føresegna ikkje innfrir lovskravet for inngrep i heimen gjennom direkte tilgang, heller ikkje der heimen utgjer det sentrale bevistemaet i saka. I utgangspunktet må denne tolkinga leggjast til grunn, i lys av den tunge rettskjeldemessige vekta til høgsterettsavgjerder. Drøftinga under *punkt 5* syner samstundes at det er fleire grunnar til å reise i tvil om Høgsterett sitt standpunkt er tilstrekkeleg nyansert. Dette vert særleg understøtta av at seinare høgsterettspraksis har lagt til grunn ei anna lovtolking, der det vert lagt til grunn at føresegna,

¹⁵⁰ Dette kan knyte seg til tilstøytande uteområder som ligg i grenseområdet for den verna heim-sfæra, jf. LB-2023-32342 med vidare tilvisingar

saman med § 26-7 (3), heimlar pålegg om å stille realbevis direkte til rådigheit for motparten. Dette opnar for at Høgsterett sitt standpunkt ved vurderinga av § 26-5 opp mot lovskravet etter Grl. § 102 og EMK art. 8 kan bli utfordra.

Som drøftinga syner, har problemstillinga hatt stor betydning i praksis. Dette gjeld særleg i avhendingssaker, og må sjåast i samanheng med dei store verdiane som ligg i bustader. Ofte er det eigaren av heimen som sjølv aktualiserer heimen som bevis gjennom søksmål. For motparten føreligg det då berre éin skjønnsprega heimel for tilgang under saksførebuinga. Dette utgjer ei sårbar regulering. Avgrensinga i denne reguleringa vil kunne bli utfordra i saker der heimen knyt seg til eit omfattande bevistema, som krev større undersøkingar enn eit bevisopptak legg til rette for, og der det omtvista området ligg i ytterkanten av inngrepsvernet etter Grl. § 102 og EMK art. 8. I slike tilfelle vil eit pålegg om direkte tilgang for bevisundersøking både kunne vere naudsynt for å sikre reell kontradiksjon, og samstundes passere forholdsmessigheitsvurderinga etter nemnde grunnlovs- og konvensjonsføresegner. Moglegheita for slik tilgang er likevel utelukka ut frå den rettspraksisen som føreligg i dag. Det er difor grunn til å reise tvil om den dagens rettstilstand i tilstrekkeleg grad sikrar naudsynt bevistilgang til privat heim under saksførebuinga, i tråd med tvisteloven sitt føremål om å legge til rette for større innsyn og bevistilgang på dette stadiet.

Kjeldeliste:

Lover:

Kongeriket Noregs grunnlov 17.mai 1814

Lov 13.august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Traktatar:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4.november 1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon)

International covenant on Civil and Political rights (SP), 16. Desember 1966 (trede i kraft 23.mars. 1976)

Førearbeid

NOU 2001:32 A Rett på sak

NOU 2001: 32 B Rett på sak

Ot.prp. Nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport frå Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i

Grunnloven

Rettspraksis

Høgsterettspraksis

Rt. 1998 s. 1190

Rt. 2004 s.1668

Rt. 2010 s. 774

Rt. 2010 s. 1025

Rt. 2011 s. 304

Rt. 2012 s. 1819

Rt. 2013 s. 1719

Rt. 2014 s. 238

Rt. 2014 s. 1105

Rt. 2014 s. 1084

Rt. 2015 s. 93

Rt. 2015 s. 270

HR-2016-322-U

HR-2016-1162-U

HR-2016-2543-U

HR-2016-2554-P

HR-2019-997-A

HR-2020-661-S

HR-2020-2469-A

HR-2022-718-A

HR-2022-1981-U

Underrettspraksis

LB-2015-90330

LB-2016-111549

LB-2016-197217

LE-2016-208397

LA-2016-63106

LE-2018-139203

LE-2019-110050

LG-2021-75619

LG-2023-100815

LG-2023-158703

LB-2023-32343

TOSLO-2016-58592

Internasjonal praksis

Malone mot Storbritannia [P], ECHR:1984:0802JUD000869179

Bönisch mot Austerrike [J], ECHR:1985:0506JUD000865879

Niemietz mot Tyskland [J], ECHR:1992:1216JUD001371088

Yvon mot Frankrike [J], ECHR:2003:0424JUD004496298

Soini mfl. mot Finland [J], ECHR:2006:0117JUD003640497

Khamidov mot Russland [J], ECHR:2007:1115JUD007211801

Regner mot Tsjekkia [GC], ECHR:2017:0919JUD003528911

Wolland mot Noreg [J], ECHR:2018:0517JUD003973112

National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) mfl. mot Frankrike [J], ECHR:2018:0118JUD004815111

Litteratur

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter 1 – en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter.*, Fagbokforlaget 2022
- Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utg., Universitetsforlaget 2020
- Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker - Særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget 2016
- Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 3.utg., Papinian 2017
- Matningsdal, Magnus, ”Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker” *Jussens venner*, 48 (2013) 1-2 utg., s. 1-115
- Ristvedt, Per M. og Tørum, Amund Bjøranger, ”Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte discovery” *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2015, s. 103-178
- Schabas, William A., *U.N. International Covenant on Civil and Political Rights – Nowak's CCPR Commentary*, 3.utg., N.P Engel Publisher 2019
- Schei, Tore mfl, *Lovkommentar – Tvisteloven*, Juridika.no (lest 17.11.2023)
- Schei, Tore mfl., *Tvisteloven – Kommentartutgave – Bind II*, 2.utg., Universitetsforlaget 2013
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 4.utg, Universitetsforlaget 2022
- Spano, Robert, ”Foreword”, i *Proportionality in Crime control and Criminal Justice*, Emmanouil Billis, Nandor Knust og Jon Petter Rui (red.), Hart publishing 2021
- Sunde, Jørn Øyrehagen, «Den juridiske verktøykassen» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen (red.) Universitetsforlaget 2019, s. 27-34