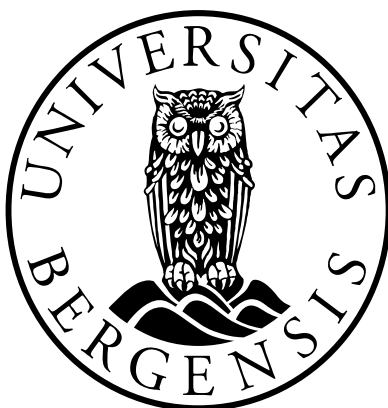


Bevisavskjæringsadgangen av utilbørlig framskaffede bevis etter tvisteloven § 22-7 i foreldretvister

Kandidatnummer: 124

Antall ord: 13493



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. juni 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og rettslig problemstilling.....	3
1.2 Bakgrunn og temaets aktualitet	3
1.3 Avgrensning.....	4
1.4 Rettskildebildet - metodiske utfordringer.....	6
1.5 Videre framstilling.....	7
2 Generelt om bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister.....	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Tvisteloven § 22-7.....	9
2.2.1 Utilbørlighetsvilkåret	10
2.2.2 Interesseavveiningen, nærmere om "kan"-vilkåret og "særlige tilfeller"	12
2.3 Hensynet til barnets beste	13
2.3.1 Innledning.....	13
2.3.2 Hensynets utvikling og betydning i norsk rett	14
2.3.3 Det nærmere innholdet i hensynet til barnets beste.....	15
2.3.4 Materielle og prosessuelle sider av hensynet til barnets beste	16
2.4 Skillet mellom indispositive og dispositive saker	17
3 Relevante momenter ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i foreldretvistene	19
3.1 Innledning.....	19
3.2 Hensynet til sakens opplysning	20
3.3 Personvern hensyn.....	21
3.4 Illojalt og støtende	24
3.5 Preventive hensyn.....	25
3.6 Begrenset bevisverdi.....	26
3.7 Muligheten for å belyse det samme faktum på en alternativ måte	30
3.7.1 Generelt om muligheten for å belyse det samme faktum på en alternativ måte	30
3.7.2 Førings av "avledede bevis"	32
3.8 Fortsatt og forsterket krenkelse	34
4 Blir hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad vektlagt i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7?	37

Litteraturliste 40

1 Innledning

1.1 Tema og rettslig problemstilling

Denne framstillingen skal ta for seg hvordan bevisavskjæringsregelen i tvisteloven¹ («tv1.») § 22-7 praktiseres i foreldretvister. Med "*foreldretvister*" menes i denne framstillingen tvister mellom to foreldre angående samvær med barn, et barns faste bosted eller foreldreansvar for barnet. Disse sakene omfattes av tvl. § 11-4, slik at det gjelder begrensninger i partenes rådighet i søksmålet.

Den overordnede problemstillingen for framstillingen er hvilke momenter som er relevante ved avskjæringen av utilbørlig fremskaffede bevis i foreldretvister, og hvor stor vekt disse momentene har. Særlig fokus vil vies til hvordan det grunnleggende hensynet til barnets beste spiller inn ved bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 i foreldretvister.

1.2 Bakgrunn og temaets aktualitet

Teknologien utvikler seg stadig, noe som har ført til at hemmelige video- og lydopptak kan foretas på en enkel måte, med minimal risiko for å bli oppdaget av motparten. Med dagens teknologi er man kun tastetrykk unna å kunne ta opp en telefonsamtale eller gjøre et videoopptak. Teknologien har nå blitt så god og effektiv at hvem som helst, hvor som helst, kan skaffe til veie potensielle bevis i en senere rettssak, uten at den andre har mulighet til å oppdage det.

I foreldretvister vil eksempelvis opptak av samtaler som ekspartner har med felles barn eller videoopptak av barnas samvær med ekspartner, kunne være av stor bevismessig betydning i en senere rettssak om samværsrett eller foreldreansvar.

Temaets aktualitet viser seg tydelig gjennom rettspraksis. De siste tiårene har det vært en rekke saker om bruk av telefonsamtaler, videoopptak, GPS-logg m.m. som bevis, som en part har fremskaffet uten at den andre har visst om det. Det finnes både Høyesterettssaker og underrettspraksis som omhandler avskjæring av slike bevis i foreldretvister, og særlig

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker

underrettspraksis viser at problemstillingen om utilbørlig fremskaffede bevis er et stadig tilbakevendende tema i foreldretvister.²

I de senere årene har også hensynet til barnets beste fått en stadig mer fremtredende rolle i saker som omhandler barn. Dette vises blant annet gjennom Norges inkorporering av Barnekonvensjonen³ som norsk lov i 2003, samt grunnlovsendringene i 2014 der hensynet til barnets beste gjennom Grunnloven⁴ § 104 andre ledd ble grunnlovfestet som et grunnleggende hensyn i alle saker som omhandler barn.

Samspeillet mellom teknologisk utvikling og et større fokus på hensynet til barnets beste, gjør en rettslig analyse av bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 i foreldretvister særlig aktuell.

1.3 Avgrensning

Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 kan være aktuelt i en rekke typetilfeller. Basert på rettspraksis de senere årene, er det særlig foreldretvister, saker om arbeidsforhold og straffesaker som aktualiserer bevisavskjæring etter tvl. § 22-7. Det totale omfanget av rettspraksis knyttet til de ulike typetilfellene er altfor omfattende og reiser for mange særspørsmål til at det kan bli behandlet samlet innenfor rammen av en masteroppgave. Framstillingen vil derfor i all hovedsak omhandle hvordan bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 praktiseres i foreldretvistene, og hvilke særlige problemstillinger som oppstår i slike saker. Det vil likevel noen steder bli vist til hvordan andre typetilfeller er behandlet i rettspraksis, særlig hvordan Høyesterett har behandlet disse typetilfellene. Dette vil bli gjort både for å undersøke hvilken prejudikatsverdi slike saker har ved bevisavskjæringsspørsmålet i foreldretvistsakene, samt for å illustrere mulige forskjeller ved interesseavveiningen i foreldretvister sammenlignet med øvrige typetilfeller.

Som nevnt under punkt 1.1 bruker jeg i denne framstillingen samlebegrepet "foreldretvister" om tvister mellom to foreldre angående samvær med barn, et barns faste bosted eller foreldreansvar for barnet. Framstillingens fokus på foreldretvistene innebærer at barnevernssakene som utgangspunkt vil holdes utenfor. Med barnevernssaker menes saker der en eller begge foreldrene (eller barnet selv) står i tvist mot barnevernet angående barnet eller

² Jf. eksempelvis Rt. 1997 s. 795, LB-2018-10930 og LH-2012-195300.

³ FNs konvensjon om barns rettigheter av 20. november 1989

⁴ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

barnas rettsforhold. Barnevernssakene vil som utgangspunkt holdes utenfor framstillingen fordi disse sakene i mindre grad synes å aktualisere bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7. For det første tyder den tilgjengelige rettspraksis fra Lovdata på at bevisavskjærings spørsmål etter tvl. § 22-7 sjeldent oppstår i barnevernssaker. For det andre vil det i barnevernssakene være andre partskonstellasjoner med et helt annet styrkeforhold enn ved foreldretvistene. Det vil av den grunn kunne oppstå mange særskilte problemstillinger, f.eks av forvaltningsrettslig og barnevernsrettslig karakter. Slike særskilte problemstillinger vil sprengte rammen for denne masteroppgaven.

Framstillingens problemstilling reiser også spørsmål som har en side til internasjonal rett, og da særlig rettigheter som er gjort til norsk rett gjennom den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen⁵ ("EMK"). Bevisavskjæring i foreldretvister har særlig en side til retten til privat- og familieliv etter EMK artikkel 8 og retten til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6. Jeg har likevel valgt å avgrense framstillingen mot eventuelle EMK-rettslige spørsmål som kan oppstå i forbindelse med bevisavskjæring i foreldretvister. Først og fremst er dette fordi menneskerettighetskonvensjonene har hatt liten betydning for rettsutviklingen på området.⁶ I forarbeidene til tvisteloven legges det dessuten til grunn at nasjonal praksis synes å være vel så restriktiv når det gjelder bevisavskjæring som praksis etter EMK, slik at EMK får liten selvstendig betydning utover det vernet som følger av nasjonal praksis.⁷ I tillegg er saker fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen ("EMD") som omhandler barn typisk sett barnevernssaker mellom staten og en eller begge foreldrene. Dette er naturlig, da det i barnevernssaker hviler langt flere folkerettslige forpliktelser på staten, sammenlignet med i foreldretvister som er en privatrettslig tvist uten en offentlig part. Spørsmålet om bevisavskjæring av utilbørlig fremskaffede bevis i foreldretvister kommer derfor sjeldent opp som en aktuell problemstilling for EMD. De mer klassiske EMK-problemstillingene som oppstår i saker som omhandler barn knytter seg typisk til brudd på foreldrenes rett til familieliv etter EMK artikkel 8 i forbindelse med barnevernsspørsmål.⁸ Slike spørsmål faller utenfor framstillingens rekkevidde. Det avgrenses derfor mot en ytterligere behandling av EMK-rettslige problemstillinger som kan tenkes å oppstå i forbindelse med bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister.

⁵ Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

⁶ Schei mfl., *Tvisteloven: kommentarutgave*, 2. utg., Oslo 2013 s. 869.

⁷ NOU 2001:32 s. 962

⁸ Jf. eksempelvis *AS mot Norge*, no. 60371/15, og *Abdi Ibrahim mot Norge*, no. 15379/16

1.4 Rettskildebildet - metodiske utfordringer

Hovedproblemstillingen for framstillingen knytter seg til anvendelsen av en lovtekst med en kortfattet og utpreget skjønnsmessig ordlyd. Særlig vil tvistelovens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori stå sentralt når innholdet og rekkevidden av tvl. § 22-7 i foreldretvister skal fastlegges. Ettersom framstillingens tema omhandler en krysning mellom sivilprosess og barnrett, vil også øvrige bestemmelser i tvisteloven og visse bestemmelser i barnelovgivningen være relevant å se hen til når det skal undersøkes hvordan bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 praktiseres - og bør praktiseres - i foreldretvister.

Selv om den gamle tvistemålsloven⁹ ikke inneholdt en direkte tilsvarende bestemmelse som tvl. § 22-7, er det forutsatt i tvistelovens forarbeider at praksis både før og etter tvistelovens ikrafttredelse er av relevans ved tolkningen av tvl. § 22-7.¹⁰ Dette er naturlig ettersom tvl. § 22-7 innebar en kodifisering av en ulovfestet avskjæringsregel som var utviklet gjennom rettspraksis.¹¹ I den sammenheng vil det være en metodisk utfordring for framstillingens tema og problemstilling at det er avsagt få avgjørelser fra Høyesterett som omhandler bevisavskjæring etter § 22-7 og den ulovfestede bevisavskjæringsregelen den bygger på i foreldretvister. De få høyesterettsavgjørelsene som er avsagt vil derfor måtte danne utgangspunktet for vurderingen av gjeldende rett, på bakgrunn av deres sentrale prejudikatsverdi.¹² En særskilt utfordring i den forbindelse er at de få Høyesterettsavgjørelsene som omhandler bevisavskjæring i foreldretvister kun omhandler visse typetilfeller, i tillegg til avgjørelsene begynner å bli nokså gamle. Ettersom det finnes lite Høyesterettspraksis på området, vil det være hensiktsmessig og også behandle den langt mer omfattende mengden lagmannsrettsavgjørelser som omhandler bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister. Lagmannsrettsavgjørelser har imidlertid liten selvstendig rettskildeværdi ved vurderingen av hva som er gjeldende rett.¹³ Når framstillingen likevel vil ta for seg visse lagmannsrettsavgjørelser, er dette gjort av to grunner. Den første grunnen er at lagmannsrettens avgjørelser kan ha argumentasjonsverdi for spørsmål som ikke er direkte behandlet av Høyesterett.¹⁴ Den andre grunnen er at de få avgjørelsene som er avsagt av

⁹ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

¹⁰ NOU 2001:32 s. 960-962

¹¹ Ibid.

¹² Nygaard, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave, 2004 s. 75-76

¹³ Andenæs, Rettskildelære, 2. utgave, 2009 s. 97

¹⁴ Op.cit. s. 96

Høyesterett om framstillingens tema, gir begrensede muligheter til å behandle de særproblemstillingene som kan oppstå ved bevisavskjæring i foreldretvister. Det vil derfor bli vist til lagmannsrettsavgjørelser som illustrasjon av ulike typetilfeller som har oppstått i praksis.

Bestemmelsens lov- og regelformål vil også stå sentralt når rekkevidden av tvl. § 22-7 skal fastlegges.¹⁵ Det tidligere regelformålet bak den ulovfestede avskjæringsregelen var særlig å avskjære bevis som utgjorde et inngrep i den personlige integritet på en slik måte at det ut fra alminnelige personvern hensyn var uakseptabelt.¹⁶ Tilsvarende formål er også lagt til grunn for den nå lovfestede tvl. § 22-7.¹⁷

Ettersom tvl. § 22-7 bygger på en bred interesseavveining, er det klart at også reelle hensyn mer generelt vil stå sentralt. Både den tidligere ulovfestede avskjæringsregelen og den nå lovfestede tvl. § 22-7 bygger på en vurdering av motstående reelle hensyn.¹⁸ Særlig framtreddende blir dette i foreldretvister, ettersom hensynet til barnets beste kommer inn som et grunnleggende hensyn ved vurderingen av om avskjæring skal skje eller ikke. Dette berøres nærmere i punkt 3.1 flg..

1.5 Videre framstilling

I den videre framstillingen vil jeg i kapittel 2 først ta for meg bevisavskjæringsregelen i tvisteloven § 22-7 i foreldretvistene på et mer generelt plan. Her vil jeg ta for meg oppbyggingen av bestemmelsen og hvilke vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal kunne anvendes. Skillet mellom dispositive og indispositive saker og hvordan dette får betydning for bevisavskjæringsspørsmålet vil også behandles i dette kapitlet. I tillegg vil det sentrale hensynet til barnets beste kort gjennomgå. Dette er et nødvendig bakteppe for å forstå hvordan bestemmelsen bør anvendes konkret i foreldretvister.

I kapittel 3 vil jeg forsøke å belyse hvordan bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 praktiseres konkret i foreldretvister, basert på den Høyesterett- og lagmannsrettspraksisen som er tilgjengelig på Lovdata. Til tross for at jeg har sett på all tilgjengelig Høyesterett- og

¹⁵ Monsen, Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, 1. utgave, 2014 s. 36-37

¹⁶ Jf. eksempelvis Rt. 1991 s. 616

¹⁷ NOU 2001:32 s. 960

¹⁸ Op.cit. s. 960-962

lagmannsrettspraksis som omhandler bevisavskjæring av utilbørlig fremskaffede bevis i foreldretvister på Lovdata, er denne framstillingen ikke en empirisk samfunnsvitenskapelig undersøkelse. Det sentrale for framstillingen er å anvende alminnelig juridisk metode for å finne frem til hva som er gjeldende rett ved bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvistsaker. I kapittel 3 vil det sentrale være hvilke hensyn og momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen av om et bevis skal avskjæres som utilbørlig, og hvordan avveiningen av disse motstående momentene faller ut i foreldretvistene. Et særlig viktig spørsmål i den forbindelse er hvordan hensynet til barnets beste påvirker bevisavskjæringsadgangen i foreldretvistene.

Til slutt vil jeg i kapittel 4 knytte noen bemerkninger til hvilken rolle hensynet til barnets beste spiller ved bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 i foreldretvister. Her vil jeg komme med noen betraktninger knyttet til hvilken gjennomslagskraft hensynet til barnets beste gis i praksis, og om barnets beste blir vektlagt i tilstrekkelig grad.

2 Generelt om bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister

2.1 Innledning

Bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister skiller seg noe fra andre typetilfeller der bevisavskjæring etter § 22-7 kan bli aktuelt. For det første vil skillet mellom dispositive og indispositive saker etter tvl. § 11-4 kunne være av betydning for hvordan vurderingen av de motstående hensynene som tvl. § 22-7 bygger på, faller ut. For det andre vil hensynet til barnets beste komme inn som et grunnleggende hensyn som domstolene må vektlegge i bevisavskjæringsvurderingen i foreldretvistsakene. I dette kapitlet vil disse aspektene belyses nærmere.

Først vil framstillingen ta for seg tvisteloven § 22-7 mer generelt, før hensynet til barnets beste og skillet mellom dispositive og indispositive saker analyseres nærmere.

2.2 Tvisteloven § 22-7

Det klare utgangspunktet i norsk rett er at partene har rett til å føre de bevis de ønsker, jf. tvisteloven § 21-3 første ledd. Dette utgangspunktet omtales gjerne som prinsippet om fri bevisføring.¹⁹ Retten skal deretter gjennom en fri bevisbedømmelse ta stilling til de enkelte bevisenes pålitelighet, jf. tvl. § 21-2.

Bevisavskjæringsregelen etter tvisteloven § 22-7 utgjør et unntak fra utgangspunktet om at partene kan føre de bevis de ønsker. Det er her tale om å nekte beviset ført *før* retten anvender beviset i sin frie bevisbedømmelse etter tvl. § 21-2. Et slikt inngrep i utgangspunktet fra partenes frie bevisføring krever en særskilt begrunnelse.²⁰ På et overordnet plan skal tvl. § 22-7 forhindre at saken blir avgjort på grunnlag av bevis som fremstår som upålitelige eller som

¹⁹ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, 2017 s. 895

²⁰ NOU 2001:32 s. 945

krenker andre interesser.²¹ At tvl. § 22-7 er et unntak som krever særskilt begrunnelse gjenspeiler seg også i bestemmelsens ordlyd. Tvisteloven § 22-7 angir at:

«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte»

Bestemmelsen legger opp til en totrinnsvurdering.²² Først må retten ta stilling til om det aktuelle beviset er skaffet til veie på en "utilbørlig" måte. Deretter må retten vurdere - basert på en avveining av en rekke motstående hensyn – om beviset skal nektes ført eller ikke.²³

2.2.1 Utilbørlighetsvilkåret

Grunnvilkåret for å anvende tvl. § 22-7 er at det aktuelle beviset er skaffet til veie på en «utilbørlig» måte. At beviset er skaffet til veie på en utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å nekte beviset ført.²⁴

Ordlyden «utilbørlig» vil etter en naturlig forståelse ramme bevis som er fremskaffet på en klanderverdig eller kritikkverdig måte. Schei beskriver utilbørlighetsvilkåret som en vurdering av om opplysningen er skaffet til veie ved et middel som bedømmes som uakseptabelt fordi det bryter med rettsordenens adferdsnormer.²⁵ Ved vedtakelsen av tvisteloven ble «utilbørlig» foretrukket framfor «ulovlig», som var uttrykket som ofte ble brukt om den ulovfestede bevisavskjæringsregelen i rettspraksis og juridisk teori. Dette var for å markere at det i rettspraksis ikke er lagt avgjørende vekt på at beviset er ervervet ved brudd på en lovregel.²⁶

For tilfellet der det er blitt tatt opptak av telefonsamtaler - som er det mest praktiske typetilfellet for denne framstillingens tema - bør straffeloven²⁷ § 205 bokstav a nevnes. Det følger av bestemmelsen at det er ulovlig og straffbart med fengsel inntil 2 år å ta opp samtaler man ikke selv deltar i. Når det etter strl. § 205 bokstav a er knyttet straffansvar til det å ta opp samtaler man ikke selv deltar i, har lovgiver stemplet det som særlig klanderverdig å foreta

²¹ Skoghøy (2017) s. 880

²² Schei mfl. (2013) s. 861.

²³ NOU 2001:32 s. 961

²⁴ Ibid.

²⁵ Schei mfl. (2013) s. 862.

²⁶ NOU 2001:32 s. 961

²⁷ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff

slike opptak, og ønsker gjennom straffebestemmelsen å motvirke slik atferd. Når det er knyttet straffansvar til det å ta opp samtaler man ikke selv deltar i, synes det nærliggende at et slikt lydopptak også ville blitt ansett som "utilbørlig" etter tvl. § 22-7 i en privatrettslig foreldretvist. Et lydopptak som er ulovlig og straffbart etter straffeloven § 205 bokstav a, og samtidig ikke "utilbørlig" fremskaffet etter tvl. § 22-7 er i utgangspunktet vanskelig å se for seg. Et mulig eksempel på et lydopptak som kan anses å være ulovlig, men ikke nødvendigvis «utilbørlig» etter tvl. § 22-7, er tilfellet der et lydopptak er tatt opp ved et uhell. Et slikt tilfelle kan tenkes å være ulovlig etter strl. §205 bokstav a (men ikke *straffbart* ettersom det ikke er utvist forsett), samtidig som det ikke er «utilbørlig» fremskaffet etter tvl. § 22-7. Et lydopptak som derimot *både* er ulovlig og straffbart etter straffeloven § 205 bokstav a, vil også gjennomgående anses som «utilbørlig» etter tvl. § 22-7. Et slikt syn synes forutsatt i Rt. 1997 s. 795 når det uttales at "*den ulovfestete adgang til å kreve bevis avskåret må imidlertid etter min oppfatning rekke lenger enn til bare å omfatte bevis som er skaffet til veie ved en straffbar handling*".²⁸

Til tross for at forarbeidene til tvl. § 22-7 angir at utilbørlighetsvilkåret er en nødvendig forutsetning for at bevisavskjæring skal kunne skje, åpnes det samtidig opp for en ulovfestet adgang til å avskjære bevis som *ikke* er fremskaffet på utilbørlig måte, men som vil krenke tungtveiende personvern hensyn eller hensynet til en rettfærdig rettergang.²⁹ Forarbeidene viser i den forbindelse til Rt. 1996 s. 1114, der en løgn detektortest ble nektet ført som bevis på dette grunnlaget.³⁰ Det *kan* tenkes at det i foreldretvister kunne oppstå et tilfelle der et bevis ikke er fremskaffet på en utilbørlig måte, men likevel måtte bli avskåret på bakgrunn av tungtveiende personvern hensyn. Et mulig eksempel er det ovenfor nevnte eksempelet om lydopptak som blir tatt opp ved et uhell. Et annet mer praktisk tilfelle er der barnet selv har tatt lyd- eller videoopptak med egen telefon. Slike opptak vil ikke nødvendigvis være «utilbørlig» fremskaffet, men kan likevel måtte bli avskåret på bakgrunn av tungtveiende personvern hensyn. Til tross for disse hypotetiske tilfellene, tyder rettspraksis på at et slikt scenario trolig ikke er særlig praktisk. Problemstillingen vil derfor ikke bli videre behandlet i det følgende.

²⁸ Jf. også tilsvarende betraktninger i LH-2011-110153

²⁹ NOU 2001:32 s. 962

³⁰ Avgjørelsen førte til regelen som nå er kodifisert i tvl. § 22-6 fjerde ledd

Et bevisstille som gjennomgående ikke vil betraktes som utilbørlig, er der et lyd- eller videoopptak er tatt etter å ha informert den andre parten om at slike opptak vil bli foretatt. Et eksempel på dette fremgår i kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1366. Kjennelsen gjaldt en foreldretvist om barnefordeling, og et av spørsmålene i saken var om flere lydopptak som barnets far hadde tatt av telefonsamtaler med barnets mor, kunne avskjæres etter den da ulovfestede avskjæringsregelen. Faren hadde tidligere informert moren om at han ville ta opp samtaler mellom dem, men informerte ikke om dette under hver samtale. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at lydopptakene ikke var utilbørlig fremskaffet på bakgrunn av at *«lydopptak av telefonsamtaler som en person selv deltar i normalt ikke vil være utilbørlig når det er gjort kjent for vedkommende at slike opptak vil finne sted»*. Dette har i dag en naturlig sammenheng med straffeloven § 205 bokstav a, der det tydelig framkommer at slike opptak heller ikke er ulovlige, jf. at bestemmelsen omfatter «hemmelige opptak» av samtaler «mellom andre». Av kjennelsen i Rt. 2004 s. 1366 kan det for det første slutes at informasjon om at opptak finner sted, som klart utgangspunkt vil utelukke at det anses som et utilbørlig fremskaffet bevis. For det andre kan det utledes at det ikke er et krav om å informere for hver samtale som tas opp - det er nok å informere om at opptak vil kunne finne sted.

2.2.2 Interesseavveiningen, nærmere om "kan"-vilkåret og "særlige tilfeller"

Dersom beviset blir ansett å være fremskaffet på utilbørlig måte, fremgår det av tvl. § 22-7 at retten "kan" i "særlige tilfeller" nekte beviset ført.

Vilkåret "særlige tilfeller" markerer at bestemmelsen er en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde.³¹ Det er derfor en høy terskel for bevisavskjæring etter tvl. § 22-7. At bestemmelsen er en unntaksregel med snevert anvendelsesområde er en naturlig og nødvendig forutsetning for en bevisavskjæringsregel i norsk rett, ettersom det klare utgangspunktet er at partene kan føre de bevis de ønsker, jf. tvl. § 21-3. Det bærende hensynet bak utgangspunktet i tvl. § 21-3 er hensynet til sakens opplysning.³² Når tvl. § 22-7 hjemler et unntak fra utgangspunktet i tvl. § 21-3, er det derfor hensynet til sakens opplysning som må vike for andre tungtveiende hensyn.

³¹ NOU 2001:32 s. 962

³² Op.cit s. 945

"Kan"-vilkåret markerer rettens skjønnsmessige adgang til å likevel tillate beviset ført, til tross for at det er fremskaffet på en utilbørlig måte. Det er derfor ingen automatikk i at utilbørlig fremskaffede bevis nektes ført.³³ Hvorvidt beviset skal avskjæres eller ikke, skal i henhold til argumentasjonsmønsteret i rettspraksis avgjøres etter en bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete saken må tas i betraktning.³⁴

Kjernen i interesseavveiningen i tvl. § 22-7 i foreldretvister fremgår tydelig av Rt. 2004 s. 1366. I avsnitt 13 i kjennelsen uttaler Høyesterett at et utilbørlig fremskaffet bevis kan nektes ført *"når føringen av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende hensyn til personvernet eller rettssikkerheten"*, i tillegg til at disse hensynene må *"være tilstrekkelig tungtveiende til at prinsippet om fri bevisføring må vike"*. På overordnet plan er det derfor hensynet til sakens opplysning, som ivaretas av utgangspunktet i tvl. § 21-3, som må veies opp mot tungtveiende personvern hensyn og rettssikkerhetshensyn, når det vurderes om et bevis skal nektes ført etter tvl. § 22-7. En nærmere konkretisering av disse hensynene fremgår ikke av bestemmelsens ordlyd, men er oppsummert i tvistelovens forarbeider, basert på rettspraksis.³⁵

I kapittel 3 vil framstillingen gå nærmere inn på de konkrete momentene som rettspraksis har framhevet som relevante ved interesseavveiningen i tvl. § 22-7, og vurdere hvilken betydning disse har i foreldretvistene. Hvordan hensynet til barnets beste spiller inn i denne interesseavveiningen vil også forsøkes belyst. Først må det imidlertid sies noe kort om hva som ligger i hensynet til barnets beste, samt hvilken betydning hensynet generelt er ment å ha i vurderinger etter § 22-7.

2.3 Hensynet til barnets beste

2.3.1 Innledning

Et særtrekk ved bevisavskjæring i foreldretvister er at det ikke bare er foreldrenes interesser som står på spill, men også barnas. Barnets interesser er blant annet forsøkt ivaretatt gjennom FNs Barnekonvensjon artikkel 3 (1), Grunnloven § 104, samt en rekke bestemmelser i

³³ Op.cit s. 961

³⁴ Ibid.

³⁵ NOU 2001:32 s. 962

barneloven³⁶. En konsekvens av dette er at retten ikke kan praktisere bevisavskjæring kun med foreldrenes interesser i tankene. Retten må også ta stilling til hvilken betydning bevisavskjæringsspørsmålet kan få for det involverte barnet. Ved en slik vurdering står det grunnleggende hensynet til barnets helt sentralt.

2.3.2 Hensynets utvikling og betydning i norsk rett

Den 8. januar 1991 ratifiserte Norge FNs Barnekonvensjon ("Barnekonvensjonen"), som innebar at Norge ble folkerettslig forpliktet til å oppfylle bestemmelsene i konvensjonen.³⁷ Konvensjonens primære funksjon er å sikre barnets rettigheter i mange ulike sammenhenger.³⁸ På dette tidspunktet ble det ikke foretatt noen endringer i norsk lovgivning, ettersom norsk rett i hovedsak ble antatt å være i samsvar med Barnekonvensjonen.³⁹

I 2003 valgte Stortinget å inkorporere FNs Barnekonvensjon direkte i norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2.⁴⁰ Dette innebærer blant annet at Barnekonvensjonens artikkel 3(1) om hensynet til barnets beste gjelder direkte som norsk lov, med forrang over annen lovgivning dersom det skulle oppstå motstrid. Barnekonvensjonens artikkel 3(1) angir at ved alle handlinger som berører barn skal barnets beste være et "grunnleggende hensyn". Norsk rett ble ved inkorporeringen "*i all hovedsak*" vurdert å være i samsvar med Barnekonvensjonen, men inkorporeringen ble likevel sett på som en styrking av barns rettigheter i norsk rett.⁴¹ Inkorporeringen av Barnekonvensjonen førte til flere nasjonale lovendringer for å "gi en bedre tilgjengelighet av disse bestemmelsene for brukerne" og gjøre de aktuelle bestemmelsene "mer presise, forståelige og brukervennlige".⁴² Dette gjaldt blant annet regler i barneloven, der hensynet til barnets beste ble gitt en mer uniform utforming og en mer fremtredende rolle.⁴³

Ved den omfattende norske grunnlovsreformen i 2014 ble vernet om barns rettigheter gitt en egen bestemmelse i Grunnloven § 104. Hensynet til barnets beste ble grunnlovfestet i

³⁶ Lov 4. august 1981 nr.7 om barn og foreldre

³⁷ Holgersen, Barnerett, 2008 s. 53

³⁸ Op.cit. s. 51

³⁹ Se nærmere i St.prp. nr. 104 (1989-1990). Det må bemerkes at det likevel ble tatt visse forbehold ved ratifiseringen, ettersom norsk rett ikke på *alle* punkter ble ansett å samsvare med reglene i Barnekonvensjonen.

⁴⁰ Ot.prp. nr.45 (2002-2003) s. 63

⁴¹ Op.cit. s. 24-25

⁴² Op.cit. s. 26

⁴³ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s. 82

Grunnloven § 104 andre ledd. Bestemmelsens andre ledd slår fast at "ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn".

Bestemmelsen er tydelig inspirert av Barnekonvensjonens artikkel 3(1), og ble vedtatt blant annet med et ønske om å synliggjøre barnets stilling i den norske konstitusjonen.⁴⁴ Når det gjelder den rettslige betydningen av grunnlovfesting av hensynet til barnets beste, ble det framhevet at bestemmelsen ville kunne fungere som et tolkningsmoment ved fortolkningen av annen lovgivning.⁴⁵ I praksis ville det ifølge forarbeidene til grunnlovsreformen innebære at en grunnlovsbestemmelse om barns rettigheter "*ofte måtte forstås slik at rettsanvenderen skal falle ned på det tolkningsalternativ som gir den beste løsning for barnet*".⁴⁶

Grunnlovfesting av hensynet til barnets beste innebar derfor en ytterligere styrking av barns rettigheter i norsk rett.

Hensynet til barnets beste er altså etter både Grunnloven, barneloven og FNs barnekonvensjon, et grunnleggende hensyn ved fortolkningen av lovbestemmelser som får betydning for barn. Det innebærer at hensynet til barnets beste skal gis betydelig vekt når innholdet i bestemmelser som omhandler eller får betydning for barn, skal fastlegges. I foreldretvister mellom to foreldre vil derfor hensynet til barnets beste få direkte betydning ved fortolkningen av tvl. § 22-7.

2.3.3 Det nærmere innholdet i hensynet til barnets beste

Hensynet til barnets beste vil alltid bero på en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering, basert på de særegne forholdene i den enkelte sak.⁴⁷ Hva som nærmere ligger i vurderingen av barnets beste har vært mye diskutert.⁴⁸ Innenfor denne framstillingens rammer vil det imidlertid ikke være mulig å gå inn på en nærmere drøftelse av innholdet av barnets beste. Jeg nøyer meg derfor med å vise til visse hovedmomenter som går igjen i vurderingen av hva som er til barnets beste, basert på Høyesterettspraksis i foreldretvister. Som momenter i vurderingen inngår blant annet risiko ved miljøskifte, hensynet til best samlet foreldrekontakt,

⁴⁴ Dok. nr.16 (2011-2012) s. 189

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Dok. nr.16 (2011-2012) s. 189

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Se Holgersen (2008) s. 53 med videre henvisninger.

hensynet til å ikke splitte søsken, barnets egen mening, og foreldrenes personlige egenskaper.⁴⁹

Det er særlig sistnevnte moment, foreldrenes personlige egenskaper, som er av betydning når bevisavskjæring i foreldretvister etter tvl. § 22-7 blir aktuelt. Typisk sett vil beviset som kreves ført av den ene forelderen, være et bevis som er ment å illustrere en av foreldrenes personlige (u)egnethet som forelder. Et slikt bevis kan potensielt ha stor betydning for hvordan retten ser på en forelders personlige egenskaper i saken, og dermed også stor betydning for hva som anses å være i tråd med hensynet til barnets beste. Muligheten til å ivareta hensynet til barnets beste ved avgjørelsen i saken, vil dermed kunne ha betydning for spørsmålet om et utilbørlig fremskaffet bevis skal føres i en foreldretvist.

2.3.4 Materielle og prosessuelle sider av hensynet til barnets beste

I foreldretvister der to foreldre står mot hverandre i en tvist om eksempelvis foreldreansvar eller samværsrett, vil barnet selv ikke være part i saken.⁵⁰

Det følger likevel direkte av barneloven § 48 første ledd at slike avgjørelser og håndteringen av slike saker "skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet". At "håndteringen" av slike saker nevnes eksplisitt, er for å presisere at barnets beste også skal legges til grunn for saksbehandlingen i slike saker, og ikke bare ved avgjørelsen av de materielle spørsmål.⁵¹ Dette innebærer at hensynet til barnets beste både har en materiell side og en prosessuell side.⁵² Den materielle siden av hensynet til barnets beste knytter seg særlig til viktigheten av et materielt riktig resultat, i tråd med det som anses som det beste for barnet. Den prosessuelle siden av hensynet til barnets beste knytter seg derimot til barnets interesser under selve behandlingen av saken, særlig i form av en skånsom prosess for barnet. I praksis innebærer forholdet mellom den materielle og prosessuelle siden av barnets beste at hensynet til barnets beste kan tale i to ulike retninger ved spørsmålet om bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister. På den ene siden kan hensynet til å oppnå en materielt riktig og forsvarlig dom for barnet tale for at et utilbørlig fremskaffet bevis skal føres. På den annen side kan hensynet til en så skånsom prosess som mulig for barnet, tale for at beviset nektes

⁴⁹ Kjølbberg/Johansen, Barnefordelingstvister, 2006 s. 19

⁵⁰ Kjølbberg/Johansen (2006) s. 196

⁵¹ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s. 83

⁵² Kjølbberg/Johansen (2006) s. 19

ført dersom en føring av beviset f.eks innebærer at barnet blir involvert i foreldrenes konflikt. Se nærmere under punkt 3.3.2 om dette skillet.

2.4 Skillet mellom indispositive og dispositive saker

Et annet relevant aspekt ved bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvistene, er skillet mellom såkalte indispositive og dispositive saker.

Det følger av tvisteloven § 11-4 første setning at i saker om personstatus, barns rettsforhold etter barneloven, administrative tvangsvedtak etter kapittel 36 og i andre saker hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet i søksmålet, er retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn.

I saker med begrenset rådighet etter tvl. § 11-4 følger det av tvl. § 21-3 andre ledd første punktum at retten har en selvstendig "*plikt* til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag".⁵³ Denne plikten er begrunnet i de offentlige hensyn som står på spill i slike saker.⁵⁴ Hensynet til barnets beste nevnes uttrykkelig i forarbeidene som et offentlig hensyn som «*tilsier at saken belyses eller avgjøres i et bredere perspektiv enn bare det som følger av partenes prosesshandlinger*».⁵⁵

Foreldretvister omtales i tvistelovens forarbeider som delvis indispositive.⁵⁶ Det innebærer at slike saker inneholder både indispositive og dispositive elementer. Når det gjelder dispositive elementer i foreldretvister, vil det for eksempel være vid frihet når det gjelder adgangen til å inngå forlik. En begrensning her er likevel at retten, på bakgrunn av de offentlige hensyn som står på spill, må sørge for at forliket ivaretar barnets interesser på en tilstrekkelig måte.⁵⁷ Når det gjelder det indispositive elementet i foreldretvister, knytter det seg til at retten har ansvar og plikt til å sørge for sakens fullstendige og forsvarlige opplysning, i tråd med det som følger av tvl. § 21-3 (2).

At retten har ansvar for foreldretvistens fullstendige og forsvarlige opplysning på bakgrunn av de offentlige hensyn som gjør seg gjeldende, får direkte betydning for

⁵³ Ot.prp. nr.51 (2004–2005) s. 454

⁵⁴ NOU 2001:32 s.706

⁵⁵ Op.cit. s. 707

⁵⁶ Op.cit. s. 708

⁵⁷ Ibid.

bevisavskjæringsadgangen i tvl. § 22-7. Som nevnt over i punkt 2.3 er hovedhensynet bak den høye terskelen for bevisavskjæring i tvl. § 22-7, hensynet til sakens opplysning. Dette gjelder generelt, uavhengig av hvilken sakstype bestemmelsen anvendes på. I foreldretvister, som delvis indispositive saker, vil derimot hensynet til sakens opplysning måtte tillegges ekstra stor vekt når bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 vurderes. Dette er fordi hensynet til barnets beste står på spill i slike saker. Behovet for en riktig og materielt forsvarlig dom er derfor enda større i foreldretvister enn i saker med fri rådighet. Dette kommer tydelig fram i Rt. 1997 s. 795 når det uttales at «*i saker om foreldreansvar og omsorg for barn, hvor retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, er det av stor betydning at avgjørelsen treffes på et så korrekt grunnlag som mulig*». Det samme fremgår av juridisk teori, der det blant annet omtales som «særlig viktig» at saker om foreldreansvar, omsorg og samvær med barn treffes på et korrekt faktisk grunnlag.⁵⁸ Hensynet til sakens opplysning i form av en materielt riktig dom må imidlertid alltid veies opp den prosessuelle siden av hensynet til barnets beste. Belastningen for barnet ved at det omtvistede beviset føres må derfor også tas i betraktning ved vurderingen av hensynet til sakens opplysning.

På bakgrunn av det ovenfor nevnte, må det likevel være grunnlag for å si at terskelen for bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldretvister generelt sett må være enda høyere enn for saker med fri rådighet, ettersom hensynet til sakens opplysning står i en særegen stilling i foreldretvistene.

⁵⁸ Schei mfl. (2013) s. 870.

3 Relevante momenter ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i foreldretvistene

3.1 Innledning

I dette kapittelet vil framstillingen ta for seg hvilke momenter som er sentrale ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i foreldretvistene, og hvilken vekt disse har. Ettersom tvl. § 22-7 gir begrensede retningslinjer for hvilke momenter som er relevante, blir det i dette kapittelet nødvendig å se hen til både Høyesterett- og lagmannsrettspraksis fra foreldretvistene for å belyse hvilke momenter som er av særlig relevans i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i slike saker. Det vil også ses hen til Høyesterettspraksis fra andre typetilfeller, for å undersøke hvilken overføringsverdi disse sakene har til foreldretvistsakene.

Som nevnt innledningsvis i punkt 1.4, foreligger det få avgjørelser fra Høyesterett som omhandler bevisavskjæring i foreldretvister. Disse avgjørelsene er helt sentrale for vurderingen av hvilke momenter som er relevante ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i foreldretvister. Under dette punktet vil framstillingen også ta for seg lagmannsrettspraksis, av de grunnene som nevnt under punkt 1.4.

Den mest sentrale kjennelsen for framstillingens tema er Rt. 1997 s. 795. Kjennelsen ble avsagt før tvisteloven § 22-7 trådte i kraft, men omhandlet den da ulovfestede avskjæringsregelen som senere ble lovfestet i tvl. § 22-7, og er derfor fortsatt av sentral betydning for framstillingens hovedspørsmål.⁵⁹

Kjennelsen i Rt. 1997 s. 795 omhandlet et klassisk tilfelle som går igjen i mange av foreldretvistene. I en foreldretvist om samværsretten til et barn, hadde moren i saken tatt lydopptak av en samtale hun hadde hatt med far, uten at han var klar over dette. Samtalen ble påberopt som bevis, da samtalen ifølge moren kunne belyse hvorfor hun hadde hatt store

⁵⁹ NOU 2001:32 s. 961-962

betenkeligheter med å la barna være med sin far. Lydopptaket ble ansett utilbørlig fremskaffet, og deretter avskåret på bakgrunn av den da ulovfestede avskjæringsregelen for utilbørlige og ulovlige fremskaffede bevis. Kjennelsen er av stor interesse, da den angir en rekke relevante momenter ved interesseavveiningen som må foretas. Disse momentene, samt andre relevante momenter vil behandles i det følgende.

3.2 Hensynet til sakens opplysning

Utgangspunktet om fri bevisføring i tvl. § 21-3 er primært ment å ivareta hensynet til sakens opplysning.⁶⁰ Det er derfor hensynet til sakens opplysning som eventuelt må vike dersom bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 blir foretatt. Basert på utgangspunktet i tvl. § 21-3 og den høye terskelen for bevisavskjæring etter tvl. § 22-7, må det gode grunner til for at hensynet til sakens opplysning skal måtte vike.

Ettersom foreldretvister som nevnt under punkt 2.4 er (delvis) indispositive saker der hensynet til barnets beste gjør seg sterkt gjeldende, er det forutsatt i rettspraksis at hensynet til sakens opplysning må stå særlig sterkt i slike saker.⁶¹ Dette er naturlig, ettersom jo bedre opplyst saken er, jo større mulighet har retten til å avsi en materielt riktig dom og på den måten ivareta hensynet til barnets beste. En lagmannsrettsavgjørelse som illustrerer dette godt, er LB-2018-10930. Saken gjaldt et lydopptak som far hadde tatt opp under samvær med barna, der også mor var til stede, og spørsmålet var om dette opptaket skulle nektes ført eller ikke. Lagmannsretten uttalte at:

"selv om selve opptaket kan utgjøre en krenkelse både overfor barna og den andre av foreldrene, kan nettopp det at saken blir bedre opplyst være til barnas beste. Selv om beviset er fremskaffet på utilbørlig vis, kan det derfor tenkes tilfeller der hensynet til sakens opplysninger (sic.) og barnas beste veier så tungt at retten likevel ikke bør nekte beviset ført".

På bakgrunn av hensynet til sakens opplysning og barnas beste, kom lagmannsretten til at lydopptaket ikke skulle nektes ført etter tvl. § 22-7. En forutsetning for lagmannsretten var imidlertid at det var tale om en vesentlig opplysning i saken om forhold som det ikke var

⁶⁰ Op.cit. s. 945

⁶¹ Se f.eks Rt. 1997 s. 795.

mulig å få belyst på annen måte, jf. Rt. 1997 s. 795. Lagmannsrettens forutsetning viser på dette punktet til uttalelsen i Rt. 1997 s. 795 om at "*det kan ikke ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike*".

Uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 1997 s. 795 reiser spørsmålet om utilbørlig fremskaffede lydopptak i foreldretvister *som hovedregel* skal avskjæres som bevis. Når Høyesterett uttaler at det ikke kan «*ses bort fra at hemmelige lydbåndopptak inneholder så vesentlige opplysninger om forhold som det ikke er mulig å få belyst på annen måte, at de hensyn som jeg har nevnt i det foregående bør vike*», synes det forutsatt at lydopptak som er fremskaffet på en slik utilbørlig måte som i den aktuelle saken, representerer et så stort inngrep i personvern hensyn og andre tungtveiende hensyn, at slike opptak som hovedregel må avskjæres. At det foreligger en hovedregel om avskjæring av utilbørlig fremskaffede lydopptak har også støtte i juridisk teori.⁶² Nyere lagmannsrettspraksis synes også å mene at en slik hovedregel om avskjæring foreligger.⁶³ Det må derfor kunne slås fast at utilbørlig fremskaffede lydopptak i foreldretvister *som hovedregel* skal avskjæres som bevis.

I tilfeller der det er tale om vesentlige opplysninger som ikke kan belyses på annen måte, må likevel denne hovedregelen vike, jf. den ovenfor siterte uttalelsen fra Rt. 1997 s. 795. Et typisk eksempel på en slik vesentlig opplysning vil være opplysninger som viser at barnet risikerer å bli utsatt for vold eller overgrep, jf. også plikten i straffeloven § 196 til å avverge at straffbare handlinger blir begått.⁶⁴ Et annet eksempel på en vesentlig opplysning vil være opplysninger om forhold som fører til at forvaltningsansatte får opplysningsplikt til barnevernet etter barneloven § 6-4. Dersom slike alvorlige forhold kun kan belyses gjennom et utilbørlig fremskaffet bevis, må beviset som hovedregel tillates. For disse eksemplene slår hensynet til sakens opplysning og hensynet til barnets beste inn med full kraft, og må tillegges avgjørende vekt i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7.

3.3 Personvern hensyn

⁶² Jf. også Schei. mfl. (2013) s. 870

⁶³ Se LB-2018-10930, der det uttales at "*det klare utgangspunktet er derfor at lydopptak tilveiebragt på denne måten ikke tillates ført som bevis i saker om omsorgen for og samvær med barna etter barneloven*"

⁶⁴ Se LB-2018-10930 for et slikt tilfelle

Hensynet til personvern står også sterkt ved vurderingen av om et utilbørlig fremskaffet bevis skal nektes ført eller ikke etter tvl. § 22-7 i foreldretvistsakene.

Det følger av Grunnloven § 102 første ledd at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Bestemmelsen gir en grunnlovfestet rett til blant annet personvern. Bestemmelsen kom inn ved grunnlovsreformen i 2014, med en tanke om at en *«grunnlovsfesting av personvern/privatlivets fred i større grad vil bidra til at personvern hensyn ivaretas i lovgivningsprosessen og ved fortolkning av lover»*.⁶⁵ Hensynet til personvern er et tungtveiende hensyn som lovgiver har ønsket å beskytte, og inngrep i personvernet må ha gode grunner for seg.

Det fremgår av forarbeidene til tvl. § 22-7 at *«etter departementets vurdering vil det normalt være tungtveiende rettssikkerhetshensyn, herunder personvern hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført»*.⁶⁶ Det er dermed personvern hensyn som gjennomgående vil representere det mest tungtveiende argumentet for å nekte et utilbørlig fremskaffet bevis ført etter tvl. § 22-7. At personvern hensyn ofte står på spill når utilbørlig fremskaffede bevis kreves ført, synes åpenbart. Når det f.eks. foretas et lyd- eller videoopptak uten at den andre parten vet om det, gjøres det et direkte inngrep i dennes rett til privatliv og personvern.

Et typetilfelle utenom lyd- og videoopptak tilfellene der hensynet til personvern synes å stå særlig sterkt i foreldretvister, er der et bevis er fremskaffet på en særlig uberettiget og kritikkverdig måte. De to lagmannsrettsavgjørelsene i LB-2016-169011 og LH-2012-195300-1 illustrerer dette typetilfellet godt.⁶⁷ I førstnevnte kjennelse ønsket far i en foreldretvist å føre som bevis utskrifter av meldinger som hadde ligget på morens mobiltelefon. Det var høyst uklart hvordan faren hadde skaffet seg tilgang til disse meldingene. Lagmannsretten fant det sannsynliggjort at det måtte være faren selv, eller noe som stod han nær, som på *"uberettiget og på kritikkverdig måte"* hadde skaffet seg tilgang til innholdet på morens telefon, uten hennes medvirkning. Det ble deretter vist til at mobiltelefoner ofte vil inneholde opplysninger av utpreget personlig karakter, og at personvern hensyn i et slikt tilfelle *"klart og med betydelig vekt"* taler for å nekte beviset ført. LH-2012-195300-1 gjaldt også en foreldretvist mellom mor og far. Faren i saken ønsket å føre bilder som han hadde tatt av rot i morens leilighet som bevis. Det var uklart hvordan faren hadde skaffet seg tilgang til leiligheten, men

⁶⁵ Dok. nr.16 (2011-2012) s. 173

⁶⁶ Ot.prp. nr.51 (2004–2005) s. 459

⁶⁷ Se også Schei. mfl. (2013) s. 861 for tilsvarende betraktninger

det var klart at dette var gjort uten morens viten. På bakgrunn av dette fant lagmannsretten at bildene som faren ønsket ført som bevis under alle omstendigheter var ervervet på en utilbørlig måte. Det ble særlig vist til at bildene var tatt uten at moren var kjent med at det ble gjort og at fotograferingen ble foretatt i hennes private sfære. Det ble deretter vist til at "tungtveiende personvern hensyn" tilsa at fotografier som er fremskaffet på en slik måte, må avskjæres som bevis etter tvl. § 22-7.

Et annet spørsmål som oppstår i forbindelse med personvern hensynets gjennomslag i foreldretvister, er hvilke personer som nyter vern. Typisk sett vil den forelderen som tar lyd- eller videoopptak av den andre forelderen, krenke dennes rett til personvern og privatliv. I noen tilfeller vil imidlertid også barna være del av lyd- eller videoopptaket. Barn har de samme rettigheter som voksne når det gjelder personvern, i tillegg til et særskilt internasjonalt vern gjennom Barnekonvensjonen artikkel 16.⁶⁸ Spørsmålet blir da hvor stor vekt det har at barnas rett til personvern og privatliv er utsatt for en krenkelse.

Saken i LB-2018-10930 er egnet som illustrasjon. I saken stod en hendelse under fars samvær med barna sentralt for spørsmålet om endring av en midlertidig avgjørelse om samvær. Far la fram som bevis et lydopptak fra samværet, som både moren og barna var en del av. Moren hadde ikke motsatt seg at lydopptaket ble ført som bevis. På bakgrunn av dette pekte lagmannsretten på at lydopptaket primært utgjorde en krenkelse av barnas personvern og privatliv, og at dette var "kritikkverdig inngrep". Til tross for dette ble det vist til at "*selv om beviset er fremskaffet på utilbørlig vis, kan det (..) tenkes tilfeller der hensynet til sakens opplysninger (sic.) og barnas beste veier så tungt at retten likevel ikke bør nekte beviset ført*". På bakgrunn av disse omstendighetene, samt at personvern inngrepet overfor barna måtte anses mindre når begge foreldrene godtok beviset ført, jf. Rt. 2004 s. 1366, fant lagmannsretten at beviset ikke skulle nektes ført. Lagmannsrettsavgjørelsen illustrerer tydelig skillet mellom barnets beste i prosessuell forstand og barnets beste i materiell forstand, som gjennomgått i punkt 3.1.2 over. Selv om barna ble utsatt for et "kritikkverdig" inngrep i sitt personvern og det ville utgjøre en fortsatt krenkelse å føre beviset (og dermed ikke være i tråd med barnets beste i prosessuell forstand), ble beviset tillatt ført, av hensynet til barnets beste i materiell forstand. I en sak der beviset er av særlig betydning for sakens opplysning, vil trolig det at beviset gjør et inngrep i barnas personvern og privatliv måtte bli tillagt nokså liten vekt. I et slikt tilfelle må hensynet til barnas beste i form av en materielt riktig dom stå sterkere enn

⁶⁸ NOU 2009:1 s. 128

hensynet til barnets beste i prosessuell forstand. Motsetningsvis vil hensynet til barnets personvern måtte veie tyngre dersom beviset ikke er så viktig for sakens opplysning.

3.4 Illojalt og støtende

Et annet relevant moment i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 i foreldretvistsakene, er at føring av et utilbørlig fremskaffet bevis gjennomgående kan fremstå som støtende og illojalt overfor den andre part. I foreldretvister vil konfliktnivået i mange tilfeller være høyt i utgangspunktet, og en bevisfremskaffelse som oppleves som illojal og støtende for den ene forelder vil kunne øke konfliktnivået ytterligere.

At hemmelige lydopptak ofte vil bli ansett som illojale og støtende overfor motparten i foreldretvister, er vektlagt i rettspraksis. I Rt. 1997 s. 795 ble dette momentet berørt og Høyesterett uttalte at "*Slike hemmelige lydbåndopptak vil ofte være både illojale og støtende. Den annen part må – i alle fall som et utgangspunkt – ha krav på å bli beskyttet mot en bevisførsel som utelukkende er gjort mulig ved handlinger av en slik karakter*".

At kjennelsen konkret gjaldt lydopptak utelukker neppe at momentet kan tillegges vekt også i andre saker. Dette underbygges av forarbeidene, som angir det som et generelt relevant moment at det kan virke støtende å tillate bevisføringen.⁶⁹ At bevisføringen kan virke støtende og illojalt fremstår som et utpreget skjønnsmessig moment, og det er ikke umiddelbart enkelt å se hva som ligger i momentet. Schei framhever at dette momentet knytter seg til antakelser om uheldige virkninger for den alminnelige rettsfølelse dersom domstolene, som skal håndheve gjeldende rett, selv godkjenner bruk av ulovlige eller utilbørlige midler.⁷⁰ Gjennom denne beskrivelsen fremstår momentet som et standardargument som vil gjøre seg gjeldende i nærmest alle bevisavskjæringsspørsmål etter tvl. § 22-7. Det ligger i dagen at et *utilbørlig* fremskaffet bevis i alle fall i noen grad vil fremstå illojalt eller støtende overfor den beviset ønskes ført mot.⁷¹ En slik tilnærming synes anvendt i Rt. 2004 s. 1366, der Høyesterett ikke fant det utilbørlig å ta opp telefonsamtaler når den andre parten hadde fått informasjon om at slike opptak ville bli foretatt. Det kan derfor hevdes at dette er et moment som det ikke også bør legges stor vekt på i den etterfølgende interesseavveiningen. En mer naturlig tilnærming

⁶⁹ NOU 2001:32 s. 961

⁷⁰ Schei mfl. (2013) s. 868

⁷¹ Jf. Schei mfl. (2013) s. 862 der det vises til at utilbørlighetsvilkåret er en "*vurdering av om opplysningen er skaffet til veie ved et middel som bedømmes som uakseptabelt fordi det bryter med rettsordenens adferdsnormer*"

vil i et slikt tilfelle være å vektlegge hvor sterkt personvern hensyn gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Dette vil også samsvare godt med departementets vurdering av at det normalt vil være *"tungtveiende rettsikkerhetshensyn, herunder personvern hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført"*.⁷² På den måten unngår man å vektlegge et generelt standardargument både ved vurderingen av om inngangsvilkåret i tvl. § 22-7 er oppfylt, samt i den etterfølgende interesseavveiningen.

3.5 Preventive hensyn

Et annet moment som er relevant ved interesseavveiningen i tvl. § 22-7 i foreldretvister er preventive hensyn, et moment som er framhevet i tvistelovens forarbeider.⁷³ Preventive hensyn vil si hensynet til å motvirke en gitt aktivitet. Ved at flere utilbørlige bevis blir avskåret, vil det incentivet partene har for å fremskaffe utilbørlige bevis i utgangspunktet, minske.

Preventive hensyn har også blitt vektlagt i rettspraksis. Fra Høyesterettspraksis ble det i Rt. 1997 s. 795 tydelig lagt vekt på preventive hensyn når det ble uttalt at *"en adgang til å legge frem lydband/utskrift basert på hemmelige opptak i denne type saker, ville kunne åpne for en aktivitet fra foreldrene – med barna som mer eller mindre intetanende aktører – som det er grunn til å motvirke"*.

I publisert lagmannsrettspraksis er dette prevensjonshensynet vektlagt i to avgjørelser. Den ene gjaldt fotografier og den andre bevis fra den andre partens mobiltelefon. I LH-2012-195300-1 som gjaldt utilbørlig fremskaffede fotografier, uttales det at *«et virkemiddel mot dette er å føre en restriktiv praksis med hensyn til å tillate fotografier»*. Også i LB-2016-169011 ble preventive hensyn gitt *«betydelig vekt»*. Saken gjaldt en far som uberettiget og utilbørlig hadde skaffet seg tilgang til morens mobil og ønsket å føre bevis av det han hadde funnet på mobilen. Bevisene ble nektet ført og særlig begrunnet i *«ønsket om å motvirke at personer involvert i tvister – i håp om å fremskaffe bevis – uberettiget forsøker å få tilgang til mobiltelefoner som tilhører andre involverte»*. Basert på den foreliggende rettspraksis har preventive hensyn klart nok relevans i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7.

⁷² Ot.prp. nr.51 (2004–2005) s. 459

⁷³ NOU 2001:32 s. 961

Vektleggingen av preventive hensyn har en klar sammenheng med personvern hensyn og tanken om at utilbørlig fremskaffede bevis gjennomgående vil kunne oppfattes som illojale og støtende overfor motparten. Det som ønskes forhindre er ikke føringen av beviset i seg selv, men den krenkelse fremskaffingen av beviset utgjør overfor motpartens personvern og privatliv. Desto større krenkelsen av personvernet er, jo større grunn til å motvirke de handlingene som ledet til fremskaffingen av beviset. Det fremstår derfor naturlig at preventive hensyn gis større vekt i takt med hvor stort personverninngrep det fremskaffede beviset representerer overfor motparten. Som nevnt over i punkt 3.2.2 gjaldt både LH-2012-195300-1 og LB-2016-169011 situasjoner med klare og kritikkverdige inngrep i privatlivet og personvernet. I sistnevnte sak fant lagmannsretten det unødvendig å ta stilling til «om forholdet er straffbart», men lagmannsrettens argumentasjon tyder likevel på at situasjonen lå tett opp mot det straffbare. I saker som LH-2012-195300-1 og LB-2016-169011, der det har skjedd klare og kritikkverdige inngrep i privatlivet, må det være riktig å vektlegge preventive hensyn i større grad, med den hensikt å motvirke slik uønsket aktivitet. Dette gjelder særlig der saksforholdet, som i LB-2016-16911, grenser mot en straffbar handling. Handlinger som ligger tett opp mot det straffbare vil gjennomgående bli ansett som særlig utilbørlige, og preventive hensyn vil i slike situasjoner kunne få økt gjennomslagskraft i interesseavveiningen i tvl. § 22-7.

At preventive hensyn blir vektlagt ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7, synes også å være i tråd med lovgivers generelle ønske om å innskjerpe kravene til redelighet og god skikk i prosessen ved tvisteloven.⁷⁴ Dette ønsket har også kommet til uttrykk i tvisteloven gjennom lovfesting av partenes opplysnings- og sannhetsplikt i tvl. § 21-4, samt gjennom den allmenne forklarings- og bevisplikten som fremgår av tvl. § 21-5.⁷⁵ Når preventive hensyn vektlegges etter tvl. § 22-7 viser det at domstolene på generelt grunnlag tar avstand fra fremskaffelsen av slike bevis. Incentivet for å innhente utilbørlig fremskaffede bevis blir da mindre, noe som fører til at lovgivers ønske om økt redelighet og god skikk i prosessen i større grad blir ivaretatt.

3.6 Begrenset bevisverdi

⁷⁴ NOU 2001:32 s. 947

⁷⁵ Ibid.

Et annet moment som ifølge forarbeidene er relevant ved vurderingen av om et utilbørlig fremskaffet bevis skal nektes ført i foreldretvister eller ikke, er om *"overtredelsen har betydning for bevisverdien"*.⁷⁶ Bevisverdi knytter seg til det aktuelle bevisets egnethet til å belyse de faktiske forholdene i saken.⁷⁷

At utilbørlig fremskaffede bevis kan ha lavere bevisverdi, ble vektlagt i Rt. 1997 s. 795. Høyesterett viste først til at det ved slike bevis kun er den parten som har forestått opptakene som vil ha kontroll over materialet. I tillegg ble det pekt på at på bakgrunn av *«de muligheter for tilretteleggelse av situasjonen som her lett vil foreligge, vil en adgang til slik bevisførsel regelmessig neppe kunne tilføre saken opplysninger av særlig verdi»*.

Et spørsmål som reiser seg i denne forbindelse, er hvilken vekt argumentet om begrenset bevisverdi har og bør ha i foreldretvister.

Det klare utgangspunktet om fri bevisføring og rettens frie bevisvurdering etter henholdsvis tvl. §§ 21-3 og 21-2 tilsier generelt at et moment om begrenset bevisverdi ikke bør tillegges veldig stor vekt i interesseavveiningen i tvl. § 22-7. Når utgangspunktet er at rettens skal til stilling til beviset gjennom en fri bevisvurdering, må det klart nok kreves at andre tungtveiende hensyn også taler for bevisavskjæring dersom avskjæring skal bli aktuelt.

Schei framhever at momentet om begrenset bevisverdi som utgangspunkt kan tjene som støtteargument, men at det i grensetilfeller kan bli tungen på vektskålen.⁷⁸ Øyen mener at en redusert pålitelighet neppe i seg selv en omstendighet som med tyngde tilsier at det bør gjelde et bevisforbud i den konkrete sak.⁷⁹ I rettspraksis finner man også spor av en slik tilnærming. Saken inntatt i Rt. 1994 s. 1139 gjaldt et straffeprosessuelt spørsmål, men er likevel illustrerende. I saken var det blant annet omtvistet om en mulig ulovlig innhentet forklaring kunne føres som bevis eller ikke. Forklaringen var gitt av tiltalte i forbindelse med en siktelse for forsettlig drap. Denne siktelsen ble henlagt på grunn av bevisets stilling. Senere ble samme person siktet for kjøp og salg av narkotika, og påtalemyndigheten ønsket å bruke deler av forklaringen som siktede hadde gitt i forbindelse med den henlagte drapssaken som bevis i narkotikasaken. Tiltalte motsatte seg dette, da han hevdet at politiet før avhøret hadde lovet

⁷⁶ NOU 2001:32 s. 961

⁷⁷ Se eksempelvis hvordan "bevisverdi" brukes i Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 468

⁷⁸ Schei. mfl. (2013) s. 870-871

⁷⁹ Øyen, *"I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?"*, Lov og Rett 2010 s 423-438

han amnesti for de narkotikaforbrytelsene som eventuelt skulle framkomme i det første avhøret. Om forklaringen kunne føres som bevis eller ikke uttalte Høyesterett at det:

«kan (...) reises tvil om riktigheten av en forklaring når den er fremkalt på en slik måte. Dette er imidlertid et forhold som retten kan ta i betraktning ved sin bevisbedømmelse».

Momentet om begrenset bevisverdi ble med andre ord ikke tillagt nevneverdig vekt i saken, med en henvisning til utgangspunktet om rettens frie bevisbedømmelse.

Et argument for å tillegge momentet om lav bevisverdi noe mer vekt, er at det vil være en utfordring for dommere å se helt bort fra bevis som tilsynelatende viser opplysninger av betydning, men som etter sin karakter kan være av tvilsom verdi. Det kan f.eks være vanskelig å se bort fra et utilbørlig fremskaffet lydopptak etter at det er hørt, selv om det er fremskaffet på en slik måte at det kaster tvil over bevisverdien. En dommer vil i slike tilfeller kunne bli ubevisst påvirket av beviset, til tross for at dommeren rasjonelt sett tenker at beviset ikke skal tillegges vekt. Bevis med lav bevisverdi vil derfor mer effektivt kunne bli sett bort fra hvis de avskjæres etter tvl. § 22-7 før retten tar beviset inn i bevisvurderingen.

Et poeng som derimot taler for å ikke gi begrenset bevisverdi særlig vekt i interesseavveiningen i tvl. § 22-7, er at det ved tvistelovens ikrafttredelse kom en egen avskjæringsregel for bevis som «ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig», i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b. Ordlyden i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b tilsier at bevis med lav bevisverdi eller bevis som belyser noe som allerede er belyst i tilstrekkelig grad, kan avskjæres. Forarbeidene til bestemmelsen framhever at dersom et bevis etter sin art eller karakter vil måtte tillegges liten betydning, kan det nå avskjæres etter tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b.⁸⁰ Forarbeidene framhever videre at dette er en regel som representerer en viss utvidelse i avskjæringsadgangen sammenlignet med den tidligere tvistemålsloven § 189.⁸¹ På bakgrunn av denne særskilte avskjæringsregelen for bevis med begrenset bevisverdi, kan det sies at behovet for å gi argumentet om begrenset bevisverdi særlig vekt i interesseavveiningen i tvl. § 22-7 er mindre.

⁸⁰ NOU 2001:32 s. 949

⁸¹ Ibid.

Et poeng er likevel at ordlyden i avskjæringsregelen i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b kan sies å ramme et noe annet tilfelle enn det avskjæringsregelen i tvl. § 22-7 rammer. Etter tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b er det bevis som «ikke *er* egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig». Bestemmelsen rammer etter ordlyden den situasjon der retten på forhånd, basert på hvilken type bevis det er og hvordan det er fremskaffet, ser at beviset ikke *er* egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig. Situasjonen i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 er derimot noe annerledes. Her vil situasjonen typisk være at beviset *kan være* upålitelig på bakgrunn av måten det er fremskaffet på, men retten kan vanskelig vite sikkert at det faktisk *er* upålitelig og av den grunn har liten bevisverdi. I foreldretvister foreligger det en generell risiko for at bevis *kan* være fremskaffet gjennom tilrettelegging, framprovosering, redigering eller annen atferd som gjør beviset upålitelig. Om denne generelle risikoen faktisk har manifestert seg vil retten imidlertid ha begrenset mulighet til å avgjøre konkret i den enkelte sak, i alle fall ikke før beviset er ført. Situasjonen etter tvl. § 22-7 skiller seg dermed fra den etter tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b, der retten på bakgrunn av egenskaper ved beviset kan *vite* på forhånd om beviset ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig. Denne forskjellen i anvendelsesområde taler med tyngde for at momentet om begrenset bevisverdi bør tillegges vekt i interesseavveiningen i tvl. § 22-7, til tross for avskjæringsregelen i § 21-7 andre ledd bokstav b.

For foreldretvistenes vedkommende vil det også måtte tas hensyn til barnets beste. På den ene siden vil et utilbørlig fremskaffet bevis kunne inneholde opplysninger som retten etter en fri og objektiv bevisvurdering finner at er sentrale og viktige. I en slik situasjon vil beviset kunne utgjøre en viktig del av avgjørelsesgrunnlaget og dermed føre til en materielt riktig dom i tråd med barnets beste.⁸² På den annen side vil et utilbørlig fremskaffet bevis innebære en risiko for at beviset gir et uriktig og skjevt bilde av den *reelle situasjonen* på domstidspunktet. I en slik situasjon kan retten, uten å være klar over det, legge til grunn et uriktig faktisk avgjørelsesgrunnlag. Dette kan igjen føre til en materielt uriktig dom, som ikke vil være i samsvar med barnets beste. Et eksempel på sistnevnte betraktningstype finnes i LE-2019-166470. I en foreldretvist var spørsmålet om et lydopptak skulle avskjæres etter tvl. § 22-7. Tingretten, som lagmannsretten støttet seg til, viste til at det kun var far i saken som hadde foretatt opptakene og også kun han som hadde foretatt seleksjonen av disse. Både tingretten og lagmannsretten fant at det forelå en «*betydelig risiko for at lydopptakene kan gi et skjevt*

⁸² Et slikt syn ble lagt til grunn i LB-2018-10930

inntrykk og dermed et uriktig faktisk avgjørelsesgrunnlag», og nektet derfor lydopptakene ført. Hensynet til barnets beste taler dermed ikke entydig i noen retning når det gjelder vekten momentet om begrenset bevisverdi har og bør ha ved bevisavskjæringsvurderingen i foreldretvistene.

Oppsummeringsvis kan det slås fast at rettskildene ikke gir et entydig svar på hvilken vekt momentet om begrenset bevisverdi bør ha ved interesseavveiningen etter tvl. § 22-7. På den ene siden tilsier utgangspunktet i tvl. § 21-2 og den særskilte bevisavskjæringsregelen i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b at momentet bør ha begrenset verdi. Samtidig viser drøftelsen over at regelen i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b ikke rammer nøyaktig samme bevissituasjon som tvl. § 22-7, noe som med tyngde taler for at momentet om begrenset bevisverdi bør kunne ha selvstendig betydning etter tvl. § 22-7.

Basert på det foreliggende rettskildematerialet synes Schei sitt ovenfor nevnte syn å være det med best rettskildemessig dekning. Basert på drøftelsen over må det derfor være grunnlag for å framholde at momentet om begrenset bevisverdi som utgangspunkt bør fungere som et *støtteargument* i interessevurderingen etter tvl. § 22-7. I visse situasjoner, f.eks der den generelle risikoen for at beviset er upålitelig er styrket gjennom konkrete forhold som framkommer i saken, bør imidlertid momentet kunne gis større vekt.

3.7 Muligheten for å belyse det samme faktum på en alternativ måte

3.7.1 Generelt om muligheten for å belyse det samme faktum på en alternativ måte

Et annet moment som er relevant å se hen til når bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 vurderes i foreldretvister, er muligheten for å belyse det samme faktum gjennom føringen av alternative bevis. Dersom det faktum som det utilbørlige fremskaffede beviset søker å belyse kan belyses gjennom bevis som *ikke* er fremskaffet på en utilbørlig måte, er dette et moment som kan tale for at avskjæring bør skje. Hensynet til sakens opplysning vil i et slikt tilfelle være tilstrekkelig ivaretatt gjennom at faktum belyses gjennom den alternative bevisføringsmåten.

Forarbeidene til tvisteloven angir muligheten for å belyse samme faktum på en alternativ måte som et relevant moment ved interesseavveiningen i tvl. § 22-7.⁸³ Høyesterett har imidlertid ikke lagt vekt på dette momentet i foreldretvistsakene som har vært oppe til behandling. Et spørsmål som reiser seg i den forbindelse er hvilken vekt muligheten for å føre belyse samme faktum på en alternativ måte har i foreldretvistene.

I foreldretvistene vil muligheter for å belyse samme faktum på en annen måte typisk knytte seg til det å høre barnet selv om de forhold som det utilbørlig fremskaffede bevis søker å belyse. I foreldretvister skal barnet få mulighet til å fremme sitt syn på saken, jf. barneloven § 31. Det vanlige er at retten har en samtale med barnet uten at foreldrene er til stede, jf. barneloven § 61 nr. 4, eller at det blir oppnevnt en sakkyndig som har samtaler med barnet.⁸⁴ En slik samtale regnes ikke som en vitneforklaring etter tvl. § 24-10, men er likevel av stor betydning. Barnets mening og forklaring skal tillegges økt vekt i takt med barnets modenhet og alder, og meningen til barn over 12 år skal tillegges stor vekt, jf. barneloven § 31. Et problematisk aspekt ved dette er at jo yngre et barn er, desto mer påvirkelige vil de typisk sett være.⁸⁵ Det kan derfor være vanskelig å vite om barnet gir uttrykk for sin egentlige mening, eller om barnet gir uttrykk for en av foreldrenes mening. I foreldretvister der muligheten for å belyse samme faktum som det utilbørlig fremskaffede beviset knytter seg til det å høre et svært ungt barn, vil ofte barnets uttalelser ikke være et fullgodt alternativ til å tillate beviset fremlagt. I slike tilfeller bør hensynet til muligheten for alternativ bevisføring gis begrenset vekt, da den alternative bevisføringsmåten neppe kan anses mer tilfredsstillende enn å føre det utilbørlig fremskaffede beviset og la det være gjenstand for en fri bevisvurdering i tråd med tvl. § 21-2.

Dersom den alternative bevisføringsmåten ikke består i å høre barnet selv, men andre personer, kan det også være grunn til å gi momentet en viss vekt. LH-2011-110153 kan vises til som illustrasjon. I denne foreldretvisten hadde faren i saken fått sønnen til morens samboer til å ta lydopptak av morens verbale oppførsel overfor deres felles barn. Lagmannsretten fant at lydopptakene måtte avskjæres etter tvl. § 22-7 og la blant annet vekt på at de forhold som lydopptakene skulle belyse, blant annet kunne belyses gjennom forklaringen til barnets eldre stesøster. Forutsetningen for at et slikt moment vektlegges, må være at hensynet til sakens

⁸³ NOU 2001:32 s. 961

⁸⁴ Schei. mfl. (2013) s. 926

⁸⁵ Kjølborg/Johansen (2006) s. 203.

opplysning i tilstrekkelig grad ivaretas. Dersom saken blir betydelig dårligere opplyst av at beviset føres på annen måte, vil det neppe være adgang til å vektlegge alternativ bevisføringsmåte i særlig grad. Dette gjør seg særlig gjeldende i foreldretvistene, der hensynet til sakens opplysning står særlig sterkt.

Vektleggingen av muligheten til å belyse faktum på en alternativ måte ved interesseavveiningen i tvl. § 22-7, har direkte sammenheng med bestemmelsen i tvl. § 21-7 andre ledd bokstav c.⁸⁶ I visse tilfeller vil et bevis kunne være skaffet til veie ved tilsidesettelse av personvern hensyn eller ved en krenkelse av andre viktige hensyn ved rettergangen, men ikke i den grad at avskjæring er hjemlet etter § 22-7. I slike tilfeller kan det være aktuelt å anvende tvl. § 21-7 andre ledd bokstav c i stedet, som gir retten mulighet til å nekte beviset ført dersom den finner det nødvendig å føre beviset på en annen måte. Et eksempel på et slikt tilfelle gir Rt. 1987 s. 548. Saken gjaldt en far i en samværssak, som ønsket å føre lydopptak som bevis for å bevise at barna ikke var redd han. Høyesterett tillot ikke lydopptaket ført, da beviset kunne føres på annen måte, jf. gamle tvistemålsloven § 184 nr. 4. Det ble pekt på at beviset ikke var tatt opp i "betryggende former" og at de samme forhold kunne belyses gjennom samtale med barna. Dersom avskjæring kan skje i medhold av tvl. § 22-7, må det antas at det er dette avskjæringsgrunnlaget som skal anvendes, ettersom § 22-7 særskilt regulerer bevisavskjæring av utilbørlig fremskaffede bevis.

3.7.2 Føring av "avledede bevis"

Et særskilt spørsmål som reiser seg i forbindelse med muligheten for å føre beviset på annen måte, er der beviset kan føres på annen måte, men der denne alternative måten representerer en "avledet føring" av det utilbørlig fremskaffede beviset. Et eksempel kan være der en person har sett et videoopptak som er utilbørlig fremskaffet, og denne personen er tilbudt som vitne for å forklare seg om det som fremkommer på videoopptaket. Spørsmålet er i hvor stor grad slik avledet bevisføring er tillatt i foreldretvistene.

Saken i Rt. 2001 s. 668, som gjaldt gyldigheten av en avskjed i en arbeidstvist, er egnet til illustrasjon. Når det vises til en arbeidstvist, er dette fordi det ikke finnes Høyesterettspraksis fra foreldretvistsakene der problemstillingen om føring av avledede bevis har vært aktuelt. Kjennelsen gir generelle prosessuelle betraktninger som også er overførbare til

⁸⁶ NOU 2001:32 s. 949

bevisavskjæring i foreldretvistsakene, og den er derfor relevant å se hen til. Saken gjaldt en butikkarbeider som av sin arbeidsgiver var mistenkt for et stort underslag. For å styrke avskjedsgrunnlaget installerte arbeidsgiver et skjult videokamera, slik at underslaget kunne dokumenteres. Høyesterett fant at beviset måtte avskjæres som utilbørlig. Lagmannsretten hadde lagt til grunn det samme, men pekt på at beviset kunne føres på alternativ måte, gjennom en avhørsrapport der arbeidstakeren hadde vedkjent underslaget. Om dette uttalte Høyesterett at når det ulovlige videoopptaket var en del av grunnlaget for avhøret og tilhørende avhørsrapport, var det ikke gitt at rapporten kunne føres som bevis. Det ble vist til at hensynet til effektiv avskjæring i slike tilfeller kunne føre til at bevis som bygger på det ulovlig eller utilbørlig fremskaffede beviset, også måtte nektes ført.

To foreldretvister for lagmannsretten, LE-2017-13402 og LB-2016-109383, er illustrerende for hvordan momentet om avledede bevis blir anvendt i foreldretvistsakene. I begge sakene var spørsmålet om sakkyndige rapporter skulle avskjæres etter tvl. § 22-7, da deler av rapportene bygget på henholdsvis utilbørlig fremskaffet elektronisk kommunikasjon og et utilbørlig fremskaffet lydopptak. Til tross for dette ble begge de aktuelle sakkyndig rapportene tillatt ført i sin helhet. I LB-2016-109383 ble det først vist til at lydopptaket ikke var en sentral del av rapporten. Deretter ble det vist til gjennomføringen av en ny sakkyndig vurdering ville medføre en belastning for barnet i saken, og slik sett ikke være i tråd med barnets beste (i prosessuell forstand). I LE-2017-13402 ble det lagt vekt på at den utilbørlig fremskaffede elektroniske kommunikasjonen uansett var omfattet av morens opplysningsplikt etter tvl. § 21-4. I tillegg ble det vist til at det i saker om fast bosted og samvær med barn etter barneloven er særlig viktig at avgjørelsen treffes på et korrekt faktisk grunnlag. I begge sakene ble det altså vist til hensynet til barnets beste for å tillate det avledede beviset ført. Dette synes å være i samsvar med den gjennomslagskraft hensynet til sakens opplysning har i foreldretvister, jf. punkt 3.3.1 over.

Det kan likevel sies at de to nevnte lagmannsrettsavgjørelsene og avgjørelsen i Rt. 2001 s. 668 ikke er helt i samsvar med hverandre, ettersom hensynet til effektiv avskjæring slik det ble framhevet i Rt. 2001 s. 668 kanskje skulle tilsi at sakkyndigrapportene i LE-2017-13402 og LB-2016-109383 ble nektet ført.

På bakgrunn av den betydning hensynet til sakens opplysning har i foreldretvister, er det imidlertid ikke gitt at synet i arbeidstvistavgjørelsen i Rt. 2001 s. 668 automatisk skal legges til grunn i foreldretvistene. Hensynet til barnets beste - både i materiell og prosessuell

forstand - taler med tyngde for at slike avledede bevis skal kunne føres i visse tilfeller, særlig der disse er knyttet til en omfattende sakkyndig vurdering som kan være en stor påkjenning for barnet. I slike tilfeller kan det derfor være grunn til å tillate avlede bevis ført i større grad enn det som legges opp til i arbeidsrettavgjørelsen i Rt. 2001 s. 668. Forutsetningen må imidlertid være - slik tilfellet var i begge lagmannsrettsavgjørelsene - at det utilbørlig fremskaffede beviset ikke utgjør en stor og sentral del av den sakkyndige rapporten. Hvis ikke ville virkeområdet for avskjæring etter tvl. § 22-7 blitt betydelig uthullet i foreldretvistene, og hensynet til effektiv avskjæring ville ikke vært tilstrekkelig ivaretatt.

3.8 Fortsatt og forsterket krenkelse

I noen tilfeller vil selve føringen av et utilbørlig fremskaffet bevis kunne innebære en fortsatt og forsterket krenkelse overfor den beviset er fremskaffet til ugunst for. Med det menes at de hensyn som er krenket ved selve innhenting av beviset, også blir krenket ved føringen av beviset i en etterfølgende rettssak. Momentet om at føringen av et utilbørlig fremskaffet bevis vil innebære en fortsatt og forsterket krenkelse overfor motparten, er framhevet i forarbeidene som et relevant moment i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7 som taler i retning avskjæring.⁸⁷ Momentet har også blitt vektlagt i Høyesterettspraksis i andre sakstyper enn foreldretvistsakene.⁸⁸ Momentet om fortsatt og forsterket krenkelse har derimot enda ikke vært oppe for Høyesterett i en foreldretvistsak, og momentets vekt i foreldretvistsakene er derfor fortsatt uavklart.

Spørsmålet blir da hvilken vekt momentet om fortsatt og forsterket krenkelse har i foreldretvistsakene etter gjeldende rett.

Etter ordlyden i tvl. § 22-7 er det sentrale for om avskjæring kan skje om beviset er «skaffet til veie» på en utilbørlig måte. Isolert sett kan ordlyden på dette punktet tas til inntekt for at en eventuell fortsatt krenkelse i *ettertid* er mindre relevant, ettersom det sentrale etter ordlyden er hvordan beviset er fremskaffet i forkant av rettssaken. Robberstad framhever særlig dette poenget, og mener at momentet om fortsatt og forsterket krenkelse på bakgrunn av ordlyden i tvl. § 22-7 ikke er særlig relevant i sivile saker.⁸⁹

⁸⁷ NOU 2001:32 s. 961

⁸⁸ Jf. eksempelvis Rt. 1991 s. 616

⁸⁹ Robberstad, Sivilprosess, 3. utgave, 2015 s. 268-269

Forarbeidene til tvisteloven må derimot sies å tale i motsatt retning. Forarbeidene angir for det første direkte at momentet om fortsatt krenkelse er relevant i interesseavveiningen etter tvl. § 22-7.⁹⁰ I tillegg inneholdt Tvistemålsutvalgets forslag til lovtekst et tillegg om at avskjæring kunne skje dersom «*føring av det vil medføre en krenkelse av tungtveiende personvern- eller rettssikkerhetshensyn*».⁹¹ Departementet strøk tillegget i Tvistemålsutvalgets forslag uten nærmere begrunnelse. Øyen mener at grunnen synes å ha vært at retningslinjen kunne innby til et for snevert perspektiv ved tolkningen av bestemmelsen, og at fjerningen av tillegget ikke var ment å innebære en realitetsendring.⁹² I tillegg kommer det at tvistelovens forarbeider presiserer at det kriterium utvalget hadde valgt i tvl. § 22-7 «*fremhever spesielt*» momentet om fortsatt og forsterket krenkelse.⁹³ Dette underbygges videre av at tvl. § 22-7 var ment å være en ren kodifisering av den da ulovfestede bevisavskjæringsregelen, en regel som bygget på Høyesterettspraksis der momentet om fortsatt og forsterket var blitt vektlagt.⁹⁴ Forarbeidene taler derfor tydelig for at momentet har relevans i sivile saker, og også i foreldretvistene.

Momentet om fortsatt og forsterket krenkelse er vektlagt i Høyesterettspraksis i andre saker enn foreldretvistene. Fra Høyesterettspraksis i sivile saker er det blant annet vist til momentet i avsnitt 57 i Rt. 2007 s. 920, som gjaldt et erstatningskrav rettet fra en bedrift rettet mot en tidligere ansatt i bedriften. Et av spørsmålene var om bevis som bedriften hadde innhentet ved hjelp av et privat etterforskningsbyrå skulle avskjæres som utilbørlig. Høyesterett vektla at føringen av de aktuelle bevisene ikke ville innebære en fortsatt krenkelse av den tidligere ansatte og fant at bevisene skulle tillates ført. Også i Rt. 1991 s. 616 ble momentet vektlagt. Saken gjaldt spørsmålet om påtalemyndigheten kunne framlegge et videoopptak som bedriften hadde tatt av sin tidligere ansatte i forbindelse med underslag fra bedriften. I denne saken vektla Høyesterett at føringen av beviset ville innebære en fortsatt krenkelse overfor den overvåkede. Basert på Høyesterettspraksis er det dermed av betydning etter tvl. § 22-7 om føringen av beviset vil innebære en fortsatt krenkelse.

Selv om momentet om fortsatt krenkelse verken har blitt vektlagt av Høyesterett eller i det hele tatt anført av partene i foreldretvistsakene, har momentet blitt tillagt vekt i

⁹⁰ NOU 2001:32 s. 961

⁹¹ Op.cit. s. 960

⁹² Øyen (2010) s. 430

⁹³ NOU 2001:32 s. 961

⁹⁴ Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 459

lagmannsrettspraksis. I LH-2012-195300-1, som gjaldt en fars hemmelige fotografering i mors bolig, ble det uttalt at bruken av fotografiene ville «*være en gjentatt krenkelse av den eller de som er blitt utsatt for hemmelig fotografering*». Fotografiene ble nektet ført som bevis. Også i LE-2017-13402 ble momentet om fortsatt krenkelse berørt. Spørsmålet var om en sakkyndig rapport skulle avskjæres som bevis på bakgrunn av at den inneholdt utilbørlig fremskaffet elektronisk materiale. Lagmannsretten fant at rapporten ikke skulle avskjæres, og vektla blant annet at siden opplysningene uansett var omfattet av morens opplysningsplikt, ville ikke føringen av rapporten innebære noen fortsatt krenkelse overfor moren.

I juridisk teori synes det å være en uenighet knyttet til relevansen av momentet om fortsatt og forsterket krenkelse i sivile saker. Øyen mener at dersom føringen av beviset innebærer en fortsatt eller gjentatt krenkelse, vil hovedregelen i sivile saker være at et bevisforbud oppstår.⁹⁵ Schei synes å være enig i dette, og framhever momentet om fortsatt og forsterket krenkelse som "*det viktigste momentet etter gjeldende rett*".⁹⁶ Robberstad mener derimot som nevnt at momentet ikke er særlig relevant i sivile saker, på bakgrunn av ordlyden i tvl. § 22-7.⁹⁷

Ettersom Høyesterett ikke direkte har lagt vekt på momentet om fortsatt og forsterket krenkelse i foreldretvistsakene, er det noe uklart hvor stor vekt momentet har i foreldretvister. Likevel taler tvistelovens forarbeider og Høyesterettspraksis fra andre sakstyper klart for at momentet også har relevans i foreldretvistene. Praksis fra lagmannsretten synes også å forutsette at momentet om fortsatt krenkelse er relevant i foreldretvistene. Dette standpunktet synes å være riktig ut ifra tvistelovens forarbeider, Høyesterettspraksis fra tilgrensende områder, samt et flertall forfattere i juridisk teori.

⁹⁵ Øyen (2010) s. 431

⁹⁶ Schei mfl. (2013) s. 868

⁹⁷ Robberstad (2015) s. 268-269

4 Blir hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad vektlagt i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7?

Som nevnt flere steder i framstillingen, finnes det kun en begrenset mengde Høyesterett- og lagmannsrettsavgjørelser som omhandler bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 i foreldrevister. Flertallet av disse avgjørelsene tar utgangspunkt i prejudikatsavgjørelsen i Rt. 1997 s. 795. I Rt. 1997 s. 795 framhevet Høyesterett flere relevante momenter ved bevisavskjæringsvurderingen, men hensynet til barnets beste er ikke uttrykkelig nevnt eller vektlagt. Dette er for så vidt naturlig, ettersom hensynet til barnets beste først fikk sin framtrekkende rolle i årene etter avgjørelsen i Rt. 1997 s. 795, som vist over i punkt 2.3.1.

Det faktum at Høyesterett ikke vektla hensynet til barnets beste i særlig grad i Rt. 1997 s. 795 - en avgjørelse som har dannet grunnlaget for en rekke senere kjennelser - reiser spørsmålet om hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad blir vektlagt i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 i foreldretvister. Spørsmålet blir særlig aktuelt når den tilgjengelige rettspraksisen som er publisert på Lovdata viser at få utilbørlig fremskaffede bevis tillates ført i foreldretvistsaker, til tross for at ordlyden i tvl. § 22-7 tydelig framhever at avskjæring bare skal skje i «særlige tilfeller».

Verken i Rt. 1997 s. 795 eller Rt.2004 s. 1366 viste Høyesterett til hensynet til barnets beste som argument for å tillate de omtvistede bevisene ført. Dette kan umiddelbart tilsi at barnets beste som hensyn ikke har blitt tillagt tilstrekkelig vekt i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 i foreldretvistsaker.

På den andre siden ble begge disse sakene behandlet av Høyesterett før hensynet til barnets beste fikk sin sentrale posisjon i norsk rett gjennom Barnekonvensjonens artikkel 3(1), Grunnloven § 104 og barneloven. Det er derfor nødvendig å se nærmere på nyere praksis i form av lagmannsrettspraksis, for å undersøke nærmere hvilken rolle hensynet til barnets beste ser ut til å spille i praksis i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7.

Tilgjengelig lagmannsrettspraksis viser at hensynet til barnets beste blir tillagt vekt i en rekke saker, og gjerne blir tillagt stor vekt der retten finner at et utilbørlig fremskaffet bevis skal tillates ført. Et tydelig eksempel på dette er den allerede nevnte LB-2018-10930, der et lydopptak fra samvær med A og Bs felles barn ble tillatt ført som bevis, til tross for at det var utilbørlig fremskaffet. Lagmannsretten viste eksplisitt til hensynet til barnets beste som argument for å tillate beviset ført:

«Dette kan også etter en konkret vurdering vise seg å være til barnas beste. Selv om selve opptaket kan utgjøre en krenkelse både overfor barna og den andre av foreldrene, kan nettopp det at saken blir bedre opplyst være til barnas beste.»

Også i LA-2015-79458 ble det vist direkte til hensynet til barnets beste som argument for å tillate lydopptak ført som bevis i en foreldretvist om samvær. Lagmannsretten tillot at de omtvistede lydopptakene ble ført som bevis og uttalte at *«partenes troverdighet er viktig for lagmannsrettens bevisvurdering med hensyn til faktiske forhold av stor betydning for avgjørelsen av spørsmålet om det vil være til barnets beste at far har samvær med barnet»*. Tilsvarende ble det direkte lagt vekt på hensynet til barnets beste i nevnte LB-2016-109383, som gjaldt spørsmålet om en sakkyndig rapport som inneholdt utilbørlige fremskaffede opplysninger skulle avskjæres som bevis. Lagmannsretten fant at den sakkyndige rapporten ikke skulle avskjæres og uttalte at *«gjennomføring av en ny sakkyndig vurdering vil være en belastning for C, og slikt sett ikke være til barnets beste»*.

Til tross for at barnets beste blir vektlagt i en rekke avgjørelser fra lagmannsretten, er ikke bildet helt entydig. Kjennelsen inntatt i LE-2019-166470 kan sies å være et eksempel på det. I denne foreldretvisten om samvær og fast bosted for barnet, hadde far i saken fremskaffet lydopptak av moren som inneholdt drapstrusler mot han selv og deres felles sønn. Lydopptakene ble ansett å inneholde «opplysninger av vesentlig betydning for saken», men ble likevel ikke tillatt ført. Det kan argumenteres for at hensynet til barnets beste ikke ble tatt tilstrekkelig hensyn til, da et bevis som illustrerer den ene parts manglende omsorgskompetanse og tilbøyelighet til trusler, typisk vil være egnet til å belyse hvilken samværs- og boløsning som er til barnets beste. Samtidig synes lagmannsretten å legge avgjørende vekt på at opptaket ville kunne danne et skjevt og usikkert faktisk avgjørelsesgrunnlag, særlig begrunnet i at det kun var far som hadde foretatt opptakene og gjort seleksjonen av disse, samt at opptakene var tatt i en særlig turbulent periode av partenes forhold. På den måten ville lydopptakene, dersom de ble tillatt ført som bevis, kunne

innebære at barnets beste på et uriktig grunnlag ble antatt å være fast bosted og samvær med far. Selv om barnets beste ikke blir *direkte* nevnt, kan det også argumenteres for at hensynet til barnets beste spilte en sentral rolle for utfallet av bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 i LE-2019-16670.

Basert på de nevnte avgjørelsene fra lagmannsretten, kan det sies at den prosessuelle bevisavskjæringsregelen i tvl. § 22-7 i stor grad har klart å holde følge med utviklingen hensynet til barnets beste har gjennomgått de siste årene. Hensynet blir vektlagt i flere av de nyere avgjørelsene som omhandler bevisavskjæring i foreldretvister etter tvl. § 22-7, i tråd med det som følger av Barnekonvensjonens artikkel 3(1) og Grunnloven § 104. Det synes derfor som om Høyesteretts manglende eksplisitte behandling av hensynet til barnets beste i Rt. 1997 s. 7995 og Rt.2004 s. 1366 ikke har vært til hinder for at hensynet i dag spiller en viktig rolle i praksis i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7.

Avslutningsvis må det understrekes at rettstilstanden knyttet til hensynet til barnets beste i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7 enda ikke er avklart av Høyesterett. Hvilken vekt Høyesterett vil gi hensynet til barnets beste ved neste bevisavskjæringsvurdering i en foreldretvistsak gjenstår å se. Basert på det økende omfanget bevisavskjæringsspørsmål i foreldretvister de siste årene, må det imidlertid forventes at hensynet til barnets beste vil komme på spissen i en foreldretvistsak for Høyesterett i løpet av kort tid. Da vil Høyesterett måtte komme med en avklaring av hvilken vekt hensynet til barnets beste har i bevisavskjæringsvurderingen i foreldretvistsakene.

En slik avklaring bør tydelig klargjøre hvilken vekt barnets beste har i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7. Dette kan f.eks gjøres ved å koble sammen Barnekonvensjonens artikkel 3(1), Grunnloven § 104 og/eller bestemmelser i barneloven opp mot viktigheten av å få foreldretvister tilstrekkelig opplyst, jf. tvl. § 11-4. I tråd med Barnekonvensjonens artikkel 3(1) og Grunnloven § 104, bør Høyesterett i en slik avklaring videre framheve hensynet til barnets beste som et sentralt og i mange tilfeller tungtveiende hensyn i bevisavskjæringsvurderingen etter tvl. § 22-7.

Litteraturliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven)

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

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Konvensjoner

Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettighetskonvensjon)

De Forente Nasjoners Konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter

Forarbeider

St.prp. nr. 104 (1989-1990) Om samtykke til ratifikasjon, med visse forbehold, av De Forente Nasjoners Konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter

NOU 2001: 32 B Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ot.prp. nr.29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Ot.prp. nr.45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

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

NOU 2009:1 Individ og integritet Personvern i det digitale samfunnet

Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra
Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1987 s. 548

Rt. 1991 s. 616

Rt. 1994 s. 1139

Rt. 1996 s. 1114

Rt. 1997 s. 795

Rt. 2001 s. 668

Rt. 2004 s. 1366

Rt. 2007 s. 920

Lagmannsrettspraksis

LH-2011-110153

LH-2012-195300-1

LA-2015-79458

LB-2016-109383

LB-2016-169011

LE-2017-13402

LB-2018-10930

LE-2019-166470

Avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

AS mot Norge [J], no. 60371/15, EMD 17. desember 2019

Abdi Ibrahim mot Norge [J], no. 15379/16, EMD 17. desember 2019

Juridisk litteratur

Bøker

Andenæs, Mads Henry, Rettskildelære, 2. utgave (Oslo 2009)

Hølgersen, Gudrun, Barnerett (Kristiansand 2008)

Kjølborg, Gunn-Mari og Johansen, Sigrid, Barnefordelingstvister (Oslo 2006)

Monsen, Erik, Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk, 1. utgave (Oslo 2012)

Nygaard, Nils, Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgave (2004)

Robberstad, Anne, Sivilprosess, 3. utgave (Bergen 2015)

Schei, Tore mfl., Tvisteloven: kommentarutgave, 2. utgave Bind II (Oslo 2013)

Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, 3. utgave (Oslo 2017)

Artikler

Øyen, Ørnulf, *"I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?"*, Lov og Rett nr. 7 (2010) s 423-438