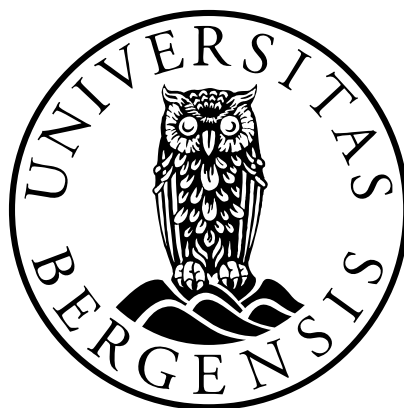


Tvistelovens bevisfritak ved risiko for vesentlig tap av sosialt omdømme

Kandidatnummer: 215

Antall ord: 14 115



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.15

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstillinger	4
1.2 Metodespørsmål	5
2. Sivilprosessens mål.	7
2.1 Ulike prosessideologier	7
2.2 Behovet for innskrenkninger i informasjonsadgangen.....	9
2.3 Unntak i norsk sivilprosess- bevisforbud og bevisfritak	10
2.4 Lignende fritaksregler i Norden	12
2.5 Reaksjoner ved unnlatt oppfyllelse av opplysningsplikten	13
3. Gjennomgang av bestemmelsen.....	15
3.1 Den vernede personkretsen	15
3.2 De vernede bevismidlene	16
3.3 Oppdagelse av fritaksmuligheten og påberopelse av den	17
3.3.1 Rettens mulige opplysningsplikt	17
3.3.2 Bevisbyrde.....	19
3.4 Avgjørelsesform og ankemuligheter	21
3.5 Fare-kriteriet.....	21
3.6 Omdømmebegrepet	23
3.7 Skadepotensialet.....	25
3.8 Betydningen av bevispersonens stilling og status	27
3.9 Rettens avveining	31
3.9.1 Generelt	31
3.9.2 Sakens art	31
3.9.3 Forklaringens betydning for sakens opplysning.....	33
3.9.4 Forholdene ellers	36
4 Trenger vi regelen om bevisfritak ved fare for vesentlig omdømmetap?	40
Registre.....	43

1. Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Å være deltaker i en rettsak kan være en ubehagelig opplevelse. Det kan være gamle vennskap som ødelegges og uheldige forhold fra fortiden som tvinges fram i lyset. Saken kan dreie seg om store pengesummer, som oppsigelse fra arbeidsforhold og å bli pålagt å betale erstatning eller oppreisning for forhold som for «vanlige folk» framstår som sterkt klanderverdige.

Denne oppgaven handler om bevisfritak ved risiko for «vesentlig tap av sosialt omdømme» i sivile saker, jf. tvisteloven(tvl.)¹ § 22-9 tredje ledd. Jeg ønsker å klare opp i hvor langt bestemmelsen rekker, og drøfte om det er behov for den.

Twistemålsutvalget, som ledet utredningsarbeidet i forbindelse med den nye tvisteloven, uttalte at prosessreglene måtte utformes slik at terskelen for å gå til sak ikke blir unødvendig høy.² Samtidig ble viktigheten av en materielt riktig dom poengtert.³ En materielt riktig dom er «en dom eller domsvirkning som samsvarer med det materielle rettighetsforholdet mellom partene».⁴ For å oppnå slike dommer er prinsippet om fri bevisføring lovfestet i § 21-3 første ledd første punktum (heretter pkt.), som angir hovedregelen om at partene har rett til å føre de bevisene de vil. Utvalget omtalte dette som et «selvfølgelig utgangspunkt for en forsvarlig sivil rettergang».⁵

Tvl. § 21-4 første ledd første pkt. pålegger partene å bidra til at saken blir «riktig og fullstendig opplyst».⁶ Lovgiver ønsket ett korrekt faktagrunnlag i sakene slik at resultatet av dem blir materielt riktig.⁷ Samtidig understreket utvalget at det i enkelte tilfeller kan være

¹ Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

² NOU 2001: 32 s. 131

³ Se blant annet NOU 2001: 32 s. 114, 129, 131, 650 og 709

⁴ Magne Strandberg, «Bevisrettens sannhetsmålsetning», i *Festskrift till Christian Diesen*, Stockholm 2014 s. 467-491 (s. 468)

⁵ NOU 2001: 32 s. 945, I forsvarlighetskravet ligger blant annet målet om en materielt riktig dom, men det ligger også andre hensyn bak begrepet, se NOU 2001: 32 s. 650.

⁶ NOU 2001: 32 s. 946

⁷ NOU 2001: 32 s. 946

andre tungtveiende grunner som taler for å holde enkelte bevis utenfor rettssaken, og dette kommer blant annet til uttrykk i reglene om bevisforbud og bevisfritak.⁸

Jeg tar kun for meg bevisfritak ved risiko for vesentlig tap av sosialt omdømme i *sivile saker*. Noe annet kunne sprengt rammene for en masteroppgave. I tillegg vil jeg kun behandle dispositive saker. Dette for å sette en grense for oppgaven, og fordi indispositive saker aktualiserer særlige hensyn. For eksempel vil en ikke kunne få fritak etter § 22-9 tredje ledd i farskapssaker, jf. barnelova⁹ § 21 tredje ledd.

Eksemplene i oppgaven forutsetter at personen som ser muligheten til å påberope seg § 22-9 tredje ledd også velger å gjøre det. Dersom parten samtykker til bevisframlegg vil ikke spørsmålet komme på spissen, og slike situasjoner faller derfor utenfor problemstillingen.

1.2 Metodespørsmål

Temaet er rettskildefattig. Lovteksten er utførlig, men forarbeidene¹⁰ er knappe. Det er rettspraksis på området, men bestemmelsens dynamiske karakter gjør at man ikke uten videre kan legge vekt på eldre avgjørelser.¹¹ Forarbeidene har også uttalt at to av de få dommene på området ikke vil kunne opprettholdes etter dagens lovverk.¹²

Jeg anvender i stor grad rettskilder knyttet til straffeloven(strl.) § 221 andre ledd andre pkt. og straffeprosessloven (strpl.) § 123 første ledd tredje pkt.¹³. Alle henvisninger i oppgaven er til straffeloven fra 2005, med mindre noe annet framgår. Bestemmelsene har tilnærmet samme ordlyd som § 22-9 tredje ledd og det er slått fast i rettspraksis og forarbeid at de skal tolkes på samme måte.¹⁴ Dette gjelder også praksis etter straffeloven fra 1902, siden det ikke var tilsiktet noen realitetsendring hva gjelder punktet om sosialt omdømme.¹⁵ I utgangspunktet ser jeg derfor få problemer med denne rettsbruken, med unntak av de konkrete bevisavveiningene.

⁸ NOU 2001: 32 s. 945

⁹ Lov 8 april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

¹⁰ NOU 2001: 32 s. 962-963, Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 459-460

¹¹ Schei mfl., *Tvisteloven: (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister)* : kommentarutgave, 2. utgave, Bind II, Oslo 2013 s. 879

¹² Prp. 51 s.460 om Rt. 1958 s. 276 A og Rt. 1970 s. 1547 U

¹³ Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) og Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

¹⁴ Rt. 2015 s. 1012 A (avsnitt 21), Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) s. 407-409

¹⁵ Prp. 22 s. 408-409

Det er vesentlige forskjeller mellom sivil- og straffeprosessen.¹⁶ Strafferetten ses i større grad som en samfunns sak, der samfunnet har en objektiv interesse. I tillegg er det ingen reell interessen motsetning i straffesaker, slik det som regel er i sivile saker.

I saker om § 22-9 tredje ledd er det en interessen motsetning mellom parten som ønsker «tilgang til» beviset og parten som ønsker fritak. Førstnevnte vil ha saken bedre opplyst, helst med tanke på å vinne fram. Motparten vil verne eget eller andres omdømme. Hvis beviset holdes utenfor har parten som ba om tilgang tapt en mulighet. Det samme vil ikke være tilfelle i en straffesak, påtalemyndigheten taper ingenting på at beviset holdes utenfor saken.

Den manglende interessen motsetningen i straffesaker gjør det problematisk å fokusere sterkt på konkrete bevisavveininger derfra. Derfor legger jeg liten vekt på denne praksisen.

Tvl. § 22-9 tredje ledd inneholder flere vage og uklare begreper.¹⁷ Siden det også er et begrenset kildemateriale til den, trekker jeg inn formålsbetraktninger og reelle hensyn i drøftelsen. Formålsbetraktningene angår både tvisteloven generelt og bevisreglene spesielt.

Dersom jeg kun bruker paragraftegnet foran en bestemmelse viser jeg til tvisteloven. Dette gjør jeg fordi jeg mener det skaper bedre flyt i teksten. Hvis jeg anvender bestemmelser fra andre lover vil det derimot alltid stå en forkortelse for disse. Uttrykket «bevispersonen» bruker jeg om den som bes om å «gi tilgang» til beviset.

¹⁶ Avsnittet bygger på Jo Hov, *Rettergang: I*, Oslo 2010 s. 48-50

¹⁷ Henry John Mæland, *Æreskrenkelses*, Bergen 1986 s. 27 karakteriserer reglene om æres- og omdømmekrenkelses i den opphevede straffeloven 1902 på samme måte.

2. Sivilprosessens mål.

2.1 Ulike prosessideologier

Prosessideologier er «lokale normative etiske teorier, dvs. teorier som forsvarende visse standarder for hva som er gode beslutninger gjort av en dommer, eller som angir hvilke verdier eller målsettinger prosessretten bør ivareta».¹⁸

I de fleste vestlige land er sivilprossen en partsprosess.¹⁹ Her er partsautonomien det viktigste stikkordet.²⁰ Det er partene som drar saken til domstolene, som avgjør hva som er hovedspørsmålet og hvilke argumenter som tas med.²¹ Tvisteloven er ment å være en partsprosess, riktignok med visse innskrenkninger av partsautonomien sammenlignet med tvistemålsloven.²²

Tvisteloven har to hovedfunksjoner.²³ For det første skal den sikre borgernes rettsikkerhet. Tvisteløsningsorganene skal beskytte enkeltmenneskenes rettigheter og rette opp den skade eller urett de er rammet av. For det andre skal loven sikre gjennomslag for den materielle retten. Dette innebærer blant annet at den som har solgt en vare skal kunne stole på at kjøperen gir vedkommende de pengene han eller hun har krav på. Det innebærer også at den som ikke har en betalingsforpliktelse, for eksempel fordi gjelden er betalt eller foreldet, skal slippe å betale. Et av hovedformålene med tvisteloven er derfor målet om flest mulig materielt riktige dommer.²⁴

Bevisreglene angår kun det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, jf. § 21-1. De angår ikke rettsanvendelsen.²⁵ Målet er å redusere risikoen for feil i faktumbeskrivelsen slik at retten

¹⁸ Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012 s. 187

¹⁹ Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprossen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181 (s. 165)

²⁰ Strandberg 2011 s. 165

²¹ Strandberg 2011 s. 165

²² Lov 13 august 1915 nr. 6 (tvistemålsloven), NOU 2001: 32 s. 136, Strandberg 2012 s. 208

²³ Avsnittet, med unntak av siste setning, bygger på NOU 2001: 32 s. 127 og Prp. 51 s. 41

²⁴ Se blant annet Prp. 51 s. 36 og 459

²⁵ NOU 2001: 32 s. 942-943

anvender korrekte domspremisser.²⁶ Dette regnes som den beste måten å oppnå en materielt riktig domsvirkning på.²⁷

Som et middel for å nå målet om materielt riktige dommer har man lovfestet prinsippet om fri bevisføring i § 21-3 første ledd første pkt.²⁸ I tillegg skal partene sørge for at saken blir «riktig og fullstendig opplyst», jf. § 21-4 første ledd første pkt. Tanken er også her å bidra til at dommen blir materielt riktig.²⁹ Hva partene skal gjøre for å oppfylle plikten er utdypet i § 21-4 første ledd andre pkt. og andre ledd, og i § 21-5.

Målet om materielt riktige dommer har påvirket flere deler av loven, blant annet kapittel 26 som ifølge forarbeidene skal «ses i sammenheng» med kapittel 21 og 22.³⁰ Bevisplikten etter dette kapittelet gjelder både gjenstander bevispersonen «har hånd om» og dem vedkommende kan «skaffe til veie», jf. § 26-5 første ledd. En sentral bestemmelse er § 26-5 andre ledd som gir retten mulighet til å be parten «utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander», jf. § 26-5 andre ledd andre pkt. Bestemmelsen er et utslag av den generelle plikten i § 21-4.³¹ I tillegg har i utgangspunktet enhver som har «noe å forklare av betydning for det faktiske avgjørelsesgrunlaget», vitneplikt jf. § 24-1. Et ytterligere utslag er reglene i kapittel 27 og 28 om bevisopptak henholdsvis i- og utenfor rettssak. Disse reglene strekker seg svært langt.³² Domstolene har også både rett og plikt til å veilede om både prosessuelle og materielle forhold, jf. § 11-5 første til sjette ledd. Den materielle veiledningsplikten skal bidra til at saken får «en riktig avgjørelse», jf. andre ledd.

Ikke alle prosessideologier deler målet om en materielt riktig dom. I liberalistisk prosessideologi lar dommeren partene ta seg av prosesshandlingene, mens han eller hun tar seg av rettsreglene.³³ Domstolsapparatet stilles til disposisjon slik at partene kan få løst konflikten seg imellom.³⁴ Det er ikke noe uttalt mål om en materielt riktig dom.³⁵ Det vanlige

²⁶ Strandberg 2012 s. 172

²⁷ Strandberg 2012 s. 174, det er likevel fullt mulig at domsvirkningen blir uriktig selv om domspremissene er riktige, og motsatt, se Strandberg 2012 s.175

²⁸ NOU 2001: 32 s. 945

²⁹ NOU 2001: 32 s. 946

³⁰ Prp. 51 s. 466

³¹ Prp. 51 s.467

³² Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker*, Oslo 2015 s.187-206

³³ Strandberg 2011 s. 168

³⁴ Strandberg 2011 s. 168-169

³⁵ Strandberg 2011 s. 168-169

er å se dette som uforenlig med den sterke partsautonomien.³⁶ Tvistemålsutvalget så derimot ingen motsetning mellom disse to interessene.³⁷ Magne Strandberg problematiserer dette, men kommer fram til at forarbeidene er koherente så lenge en ikke ser sannhet som bevisrettens «*eneste*» målsetting.³⁸ At en part skal måtte legge fram bevis mot sin vilje virker usannsynlig i en renskåret liberalistisk prosessideologi.³⁹

I svensk sivilprosesslitteratur tar Bengt Lindell avstand fra målet om materielt riktige dommer.⁴⁰ Lindell anser «*rättskyddsfunktionen*», muligheten til å beskytte sine rettigheter, som sivilprosessens viktigste målsetting, men ser målsettingen om materielt riktige resultat som svært problematisk, spesielt i dispositive saker. Han mener den gir et misvisende inntrykk av at prosessen er en slags ligning der resultatet blir matematisk korrekt bare en anstrenger seg nok. Lindell anfører at partenes mulighet til å begrense domstolens bevisgrunnlag gjør at retten kun kan oppnå en dom som er *formelt riktig*(*min kursivering*).⁴¹

Spørsmålet om når en part kan og bør pålegges å gi tilgang til bevis mot sin vilje står svært ulikt alt ettersom hvilken prosessideologi man forholder seg til. Siden oppgaven omhandler norsk rett, der man er svært opptatt av korrekte dommer og domspremisser,⁴² forutsetter jeg i den videre framstillingen at vi ønsker en materielt riktig dom. Når kan det, til tross for dette klare målet, være forsvarlig å begrense informasjonsadgangen?

2.2 Behovet for innskrenkninger i informasjonsadgangen

Peter Westberg presenterer flere forklaringer på hvorfor man begrenser informasjonsadgangen i en rettssak.⁴³ En mulighet er rent praktiske hensyn. Et annet argument er teorien om at en vil unngå at prosessen blir et sted hvor all mulig informasjon «dras ut i ljuset», for så å bli sortert etter relevans. Han sammenfatter de innledende argumentene med at det å skape rettferdighet er viktig, men ikke for enhver pris.

³⁶ Strandberg 2012 s. 213

³⁷ Strandberg 2012 s. 214

³⁸ Strandberg 2012 s. 214-217

³⁹ Strandberg 2012 s. 217

⁴⁰ Avsnittet bygger, med unntak av siste setning, på Bengt Lindell, *Civilprocessen: Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3. opplag, Uppsala 2012 s. 21-22

⁴¹ Lindell 2012 s. 45-47

⁴² Se blant annet NOU 2001: 32 s. 114, 129, 131, 650 og 709

⁴³ Avsnittet bygger på Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm 2010 s. 676-677

Westberg kaller området som er fritt for innsyn for «den fredade zonen».⁴⁴ Westberg er usikker på hvilke prinsipper sonen bygger på, og hvor langt den rekker. Han er imidlertid klar på at sonen påvirkes av samfunnsutviklingen. Han er også klar på at den kan knyttes til enhvers rett til å få være i fred. Problemet, mener Westberg, er å gi sonen et såpass definert innhold at den kan anvendes i praksis.

Westberg mener skillet mellom inkvisisjons- og kooperativ prosess dreier seg om synet på informasjonsinnhenting.⁴⁵ Førstnevnte er skeptisk til at den ene parten skal få «fiske» i den andres bevismateriale, og derfor oppstiller inkvisisjonsprosessen krav til relevans, bevisverdi, presisjon og aktualitet. Den kooperative prosessen ser derimot på «fisketuren» som et nyttig redskap i informasjonsinnhenting. Likevel anerkjenner også denne at det kan være grunner til at informasjonen ikke skal legges fram. I disse tilfellene er det parten som må overbevise retten om at informasjonen er av en slik karakter.

Som vi skal se, kan unntakene i norsk rett begrunnes med hensyn fra både inkvisisjons- og partsprosessen.

2.3 Unntak i norsk sivilprosess- bevisforbud og bevisfritak

Tvistemålsutvalget uttalte at fri bevisføring skal være en «klar hovedregel», men presiserte at prinsippet «må tåle unntak».⁴⁶ Liknende formuleringer brukte utvalget i merknadene til § 21-3. Det ble uttalt at det skulle «tungtveiende grunner til» for å begrense prinsippet.⁴⁷

Utvalget kom til at hensynet til beskyttelse av andre «viktige interesser» gjorde det nødvendig med regler om bevisforbud og bevisfritak.⁴⁸ Derfor åpner § 21-3 første ledd andre pkt. for unntak i medhold av «§§21-7 og, kapittel 22 og øvrige bevisregler i loven her». Også forklaringsplikten i § 21-5, jf. 21-4 begrenses av «reglene om bevisforbud og bevisfritak...».

Bevisforbud- og bevisfritaksreglene ivaretar ulike hensyn. Formålet med bevisforbudsregler er å unngå at bestemte opplysninger kommer for dagen, og reglene gjelder selv om

⁴⁴ Avsnittet bygger på Westberg 2010 s. 676-677

⁴⁵ Avsnittet bygger på Westberg 2010 s. 678-679

⁴⁶ NOU 2001: 32 s. 141

⁴⁷ NOU 2001: 32 s. 945

⁴⁸ NOU 2001: 32 s. 945

bevispersonen ønsker å legge fram beviset.⁴⁹ Bevisfritaksreglene derimot, er begrunnet i hensynet til bevispersonen, vedkommende som på en eller måte har tilgang til beviset.⁵⁰ Lovgiveren har kommet til at enkelte særlig hensyn, som veier tyngre enn hensynet til saksopplysningen, tilsier at personen som sitter med opplysningene skal få slippe belastningen som følger med å legge dem fram.⁵¹ Det er opp til vedkommende selv å be om fritak, dette gjelder uavhengig av om vi har å gjøre med en absolutt eller relativ fritaksgrunn.⁵²

Skillet mellom absolutte og relative fritaksgrunner går på om bevispersonens standpunkt kan overprøves av retten.⁵³ Dersom fritaksgrunnen er absolutt, må retten akseptere at parten nekter. Hvis fritaksgrunnen derimot er relativ, kan retten pålegge vedkommende å legge fram beviset. Tvl. § 22-9 tredje ledd er relativ, retten «kan» fritta.

Formålet med § 22-9 tredje ledd er å unngå at bevispersonen utsettes for en samvittighetskonflikt.⁵⁴ Vedkommende kan komme i en situasjon der han eller hun må velge mellom å skade relasjonen til nær slekt og venner, og å risikere ulike sanksjoner fra rettssystemets side.

Tvl. § 22-9 tredje ledd er nedjustert med tanke på tvistemålsloven § 208 første ledd første pkt.⁵⁵ Tidligere var «vesentlig tap av borgerlig aktelse», som tilsvarer «vesentlig tap av sosialt omdømme» etter dagens lov⁵⁶, en absolutt fritaksgrunn.⁵⁷ Det samme var tilfellet etter strpl. § 123 første ledd tredje pkt. før loven ble endret.⁵⁸ Justisdepartementet mente at «samfunnsutviklingen» tilsa at den absolutte fritaksretten ikke burde videreføres.⁵⁹ Holdbarheten av denne argumentasjonen blir behandlet seinere i oppgaven.

⁴⁹ Henry John Mæland, *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave, Bergen 2013 s. 170

⁵⁰ Schei mfl. s. 822, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014 s. 770

⁵¹ Schei mfl. s. 822

⁵² Skoghøy 2014 s. 770

⁵³ Avsnittet bygger på Schei mfl. s. 822 og Skoghøy 2014 s. 770

⁵⁴ Schei mfl. s. 877

⁵⁵ Prp. 51 s.459, Schei mfl. s. 822 og 877, Skoghøy 2014 s. 773-774, Jo Hov, *Rettergang: II*, Oslo 2010 s. 1119

⁵⁶ NOU 2001: 32 s. 963

⁵⁷ Se tvistemålsloven § 208 første ledd første pkt.

⁵⁸ Ot.prp nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover) s. 407

⁵⁹ Prp. 51 s. 459

2.4 Lignende fritaksregler i Norden

Etter dansk retsplejelov⁶⁰ § 171 første ledd har en parts «nærmeste» ikke «pligt til å afgive forklaring som vidne». Andre ledd første alternativ slår fast at et vitne ikke har forklaringsplikt når svaret «antages at ville udsætte vitnet selv for straff eller tap av vælfærd». Tredje alternativ i bestemmelsen klargjør at dette også gjelder der forklaringen kan «påføre vidnet eller hans nærmeste anden væsentlig skade». Alternativet «anden væsentlig skade» omfatter både økonomiske og ideelle interesser.⁶¹ Litteraturen nevner tilfeller hvor det å forklare seg vil sette vitnet i en alvorlig samvittighetskonflikt eller i «modsætningsforhold» til nær slekt.⁶² Begrunnelsen er dermed svært lik som for den norske regelen, som også skal hindre samvittighetskonflikter.⁶³ Retten kan likevel pålegge bevispersonen å forklare seg. Vilkårene er at forklaringen «anses» å være av «avgjørende betydning for sagens utfald» og «sagens beskaffendhed og dens betydning for vedkommende part eller samfundet finnes at berettigede dertil», jf. retsplejelov § 171 tredje ledd.

Kapittel 36 § 6 i den svenske rättegångsbalk⁶⁴ gir vitnet rett til å nekte å uttale seg om forhold som kan røpe at vitnet eller noen av dets «närstående, som avses i 3 §, har «förövat... vanärande handling». Bestemmelsen har blant annet blitt påberopt i et utroskapstilfelle og i et tilfelle med foreldede forbrytelser.⁶⁵ I førstnevnte ble det innvilget fritak. Bestemmelsen er et absolutt bevisfritak, dermed skal det gis fritak om inngangsvilkåret er oppfylt. Slik sett er det svenske vernet sterkere enn det norske.

Finnene har ingen bestemmelse som tilsvarende § 22-9 tredje ledd. Imidlertid gir rättegångsbalk⁶⁶ kap 17 § 17 første ledd partens kone, samboer, søsken, slektninger i rett opp- eller nedstigende ledd eller andre med en like nær tilknytning, rett til å nekte å vitne.

Bestemmelsen minner om tvl. § 22-8, men går tilsynelatende lenger, i det tvistelovens regel kun gir partens nærmeste bevisfritak for det som er «meddelt dem av parten».

⁶⁰ Lov om rettens pleje (retsplejelov) 1916 jf. Lovbekendtgørelse 16. november 2015

⁶¹ Bernhard Gomard, Jens Møller, Oliver Talevski og Peter Thønnings (red.), *Kommenteret retsplejelov: Bruxelles I-forordning: lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1008 af 24. oktober 2012*, Bind I, 9. udgave, København 2013 s.405

⁶² Gomard mfl. (red.) s.405-406

⁶³ Schei mfl. s. 877

⁶⁴ Lov 18 juli 1942:740 Rättegångsbalk

⁶⁵ NJA 1952 s. 262 og NJA 1985 s.744

⁶⁶ Rättegångs Balk 1734/4

2.5 Reaksjoner ved unnlatt oppfyllelse av opplysningsplikten

Manglende oppfyllelse av opplysningsplikten etter § 21-4 kan få konsekvenser for bevispersonen. Den mest alvorlige er straffansvar for uriktig forklaring etter strl. § 221 første ledd. Retten plikter å underrette vitnet om følgene av uriktig forklaring, jf. § 24-8 fjerde ledd første pkt. Vitnet er videre pålagt å avgi forsikring på «ære og samvittighet», jf. § 24-8 fjerde ledd andre og tredje pkt. Dette er ment å understreke alvoret.⁶⁷

Dersom bevispersonen er part i saken vil han eller hun risikere et fristforelegg etter § 16-7 første ledd første pkt., om vedkommende ikke oppfyller opplysningsplikten etter § 21-4. Vilkåret er at beviset er av «vesentlig betydning» for motparten, eller «nødvendig» for forsvarlig saksbehandling. Dersom vedkommende er saksøkt og lar være å etterkomme pålegget, risikerer han eller hun fraværdom etter § 16-10 første ledd første pkt. En saksøker i samme situasjon risikerer å få saken avvist i medhold av § 16-9 første ledd første pkt. Vedkommende blir i slike tilfeller også avskåret fra å reise ny sak om det samme kravet, jf. § 16-9 første ledd andre pkt.

Mangelfull etterlevelse av opplysningsplikten kan få betydning for saksomkostningene. Den klare hovedregelen er at den som vinner saken har krav på at motparten dekker saksomkostningene, jf. § 20-2 første ledd, men tredje ledd første pkt. åpner for å lempe erstatningsansvaret helt eller delvis dersom «tungtveiende grunner» gjør det rimelig. Tvistemålsutvalget brukte blant annet den vinnende parts tilsidesettelse av opplysningsplikten før sak som eksempel.⁶⁸ Jeg ser ingen grunn til at dette argumentet ikke skal kunne brukes om opplysningsplikten *under* saken. LB-2008-186582 (Borgarting) kan bidra til illustrasjon. Her hadde ingen vunnet saken. Likevel fikk den ene parten dekket deler av saksomkostningene i medhold av § 20-3 første pkt., som også anvender «tungtveiende grunner». Bakgrunnen var, blant annet, at motparten både før og etter saksanlegg hadde unnlatt å legge fram relevant informasjon.

⁶⁷ Prp. 51 s. 464, NOU 2001: 32 s. 971

⁶⁸ NOU 2001: 32 s. 540

Hvis bevispersonen er vitne i saken, har vedkommende møteplikt, jf. § 24-1 første ledd. Dersom vitnet unnlater å møte, av frykt for å måtte besvare følsomme spørsmål, risikerer det pågripelse i medhold av § 24-5 samt rettergangsbot etter domstolloven(dl.) § 205.⁶⁹

Det som likevel framstår som mest aktuelt, er at den manglende oppfyllelsen av § 21-4 vil kunne tale i partens disfavør ved bevisvurderingen.⁷⁰ Hjort antar at denne sanksjonen anvendes i «forholdsvis stor grad.»⁷¹ Vi har også eksempler i rettspraksis på at manglende bevissikring har påvirket bevisbyrden.⁷²

Der langt ifra sikkert at bevispersonen så for seg muligheten til ødelegge eget eller andres omdømme da saken startet. Nå må vedkommende ta et svært vanskelig valg mellom å forklare seg uriktig og å sette omdømmet på spill. Tvl. § 22-9 tredje ledd regulerer når bevispersonen kan få slippe å ta dette valget.

⁶⁹ Lov 13 august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven), Schei mfl. s. 904

⁷⁰ NOU 2001: 32 s. 947

⁷¹ Maria Astrup Hjort, Godkjent merknad for alle, merknad til tvl. § 21-4 på lovdata pro, skrevet 28. oktober 2009 kl. 09:25, sist sjekket 03.12.15

⁷² Rt. 1976 s. 239 A, Rt. 2010 s. 584 A, se Skoghøy 2014 s. 897-898

3. Gjennomgang av bestemmelsen

3.1 Den vernede personkretsen

Etter ordlyden i § 22-9 tredje ledd kan fritak gis for «parten... vitnet» eller noen av vedkommendes «nærmeste etter første ledd». Det er imidlertid lagt til grunn i teorien at bestemmelsen må tolkes utvidende til å gjelde alle bevispersoner, siden den gjør unntak fra regelen i § 21-5 som omfatter «enhver».⁷³

Forarbeidene til kapittel 22 i tvisteloven uttaler at bestemmelsene skal gjelde «alle bevissituasjoner».⁷⁴ I tillegg kan spørsmålet om hvordan beviset skal føres bero på prosessøkonomiske eller praktiske omstendigheter, jf. § 21-11 første ledd bokstav c, for eksempel om parten har lang reisevei.⁷⁵ Det er etter min mening uheldig om slike tilfældigheter skal begrense bevispersonens vern. Når jeg nå kommer til at bestemmelsen gjelder alle bevispersoner medfører det at det den også gjelder dem som pålegges å utlevere realbevis etter § 26-3 eller 26-5.⁷⁶

Tvl. § 22-9 første ledd bokstav a-d angir hvilke personer som kan få bevisfritak grunnet strafferisiko for personer i kretsen rundt dem, og denne kretsen gjelder også for potensielt omdømmeskadelige opplysninger, jf. tredje ledd. Oppregningen er lang og Tvistemålsutvalget innrømmet at den kan virke omstendelig.⁷⁷ Utvalget vurderte å bruke vitnet eller noens «nærmeste» etter mønster fra dansk prosessrett, men kom til at dette ville skape usikkerhet. De uttalte videre at «området for en bevisfritaksregel bør være så klart avgrenset som mulig».

Tvistemålsutvalgets ønske om mest mulig avgrensede bevisregler taler for å se personangivelsen i § 22-9 som uttømmende. Å åpne opp for konkrete vurderinger av tredjemenns tilknytning vil kunne gjøre bestemmelsen vanskeligere å anvende. I

⁷³ Schei mfl. s. 878, Christian H.P Reusch; med assistanse av Kine Steinsvik, Note 1169 til tvl. § 22-9, rettsdata.no, sist hovedrevidert 19.01.2014, (skrevet ut 03.12.15)

⁷⁴ Prp. 51 s. 457

⁷⁵ Schei mfl. s. 809

⁷⁶ Schei mfl. s. 878

⁷⁷ Dette og resten av avsnittet bygger på NOU 2001: 32 s. 963

straffeprosessen er det eksempler på at tredjepersoner har fått innvilget fritak⁷⁸, men Schei mfl. legger til grunn at dette «neppe» er aktuelt i sivile saker.⁷⁹

3.2 De vernede bevismidlene

Tvl. § 22-9 tredje ledd bruker uttrykksmåten «gi tilgang til bevis». En lignende formulering er brukt i § 21-4 første ledd andre pkt. som pålegger parten å gi «forklaringer» og «bevistilgang» etter § 21-5. Uttrykket er en nyvinning⁸⁰ og er ikke definert verken i loven eller forarbeidene.⁸¹ Man kan spørre seg om dette omfatter alle typer bevismidler, og om det regulerer både forholdet mellom partene og forholdet til retten. Ordlyden i § 21-4 første ledd andre pkt. kan gi inntrykk av at forklaringer ikke omfattes, siden det skilles mellom disse og «bevistilgang».

Maria Astrup Hjort har gått tvistelovens begrepsbruk nærmere etter i sømmene. Hun viser til at tvisteloven bruker «bevistilgang» både i en vid betydning, som en betegnelse på alle former for bevis, og i en snevrere betydning, som en framgangsmåte for få å tilgang til bevis etter eksempelvis § 26-5 tredje ledd⁸². Som nevnt tidligere skal denne ses i sammenheng med kapittel 21 og 22, blant annet 21-4.⁸³ Hjort mener de ulike bruksmåtene gir begrepet et uklart innhold.⁸⁴

Hjort setter opp tre hovedtrekk for hva som skal regnes som bevistilgang.⁸⁵ Det første trekket er at parten som ber om tilgang ikke selv har adgang til beviset, nummer to er at parten får tilgang under saksforberedelsen og det tredje er at personen som får tilgang kan velge om beviset skal inntas i bevistilbudet. Begrunnelsen for sistnevnte er at dersom beviset blir tilgjengelig først etter at fristen for å inngi bevistilbud er ute, så vil det i realiteten bli et spørsmål om bevisføring. Fristen for å levere bevisoppgave er normalt sammenfallende med fristen for avsluttet saksforberedelse i § 9-10 første ledd⁸⁶, slik at beviset som hovedregel skal være inkludert i bevistilbudet innen to uker før hovedforhandlingen. Hjort oppstiller et unntak fra de «typiske trekkene» der informasjonen avdekkes under hovedforhandlingen

⁷⁸ Rt. 1992 s.1691 U og Rt. 1998 s. 2001 A

⁷⁹ Schei mfl. s.880

⁸⁰ Hjort 2015 s. 13, Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2008 s. 17, Schei mfl. s. 790

⁸¹ Hjort 2015 s. 13

⁸² Hjort 2015 s. 13

⁸³ Prp. 51 s. 466-467

⁸⁴ Hjort 2015 s. 13

⁸⁵ Teksten fram til-, og etter setningen om bevisoppgave bygger på Hjort 2015 s. 14-15

⁸⁶ Schei mfl. s. 793

Hjort skriver at blant annet § 21-5 gir inntrykk av at bevistilgangsbegrepet kun gjelder realbevis, siden bestemmelsen lager et skille mellom «forklaring om faktiske forhold» og «gjenstander».⁸⁷ Dette er omtrent sammenfallende med § 26-1 som definerer realbevis som «*personer og gjenstander som kan være av betydning i saken*» (min utheving).

Et argument mot å skille mellom bevismidler i spørsmål om bevistilgang, er forarbeidene til kapittel 22. Her presiseres det at bestemmelsene i kapitlet er ment å være generelle, slik at de gjelder «alle bevismidler og bevissituasjoner».⁸⁸ Forarbeidene til § 22-8 om bevisfritak for nærstående uttaler også at bestemmelsen skal være generell⁸⁹, og forarbeidene til § 22-9 bruker forklaringer som eksempel.⁹⁰ At begrepet omfatter alle bevismidler er også lagt til grunn i teorien.⁹¹ Også retts tekniske hensyn taler etter mitt syn for denne løsningen. Dersom begrepet bevistilgang skal ha to forskjellige betydninger i tvisteloven, kan dette skape forvirring.

Samlet sett taler ordlyden i § 21-4 og 21-5 mot at å «gi tilgang» omfatter alle bevismidlene, men tvistelovens inkonsekvente bruk av begrepet svekker rettskildeværdien. Klare forarbeidsuttalelser, juridisk teori og retts tekniske hensyn taler for at begrepet skal omfatte alle bevismidler og bevissituasjoner, altså både overfor retten og motparten. Dette er etter mitt syn tilstrekkelig til å konstatere at å «gi tilgang» omfatter alle bevismidler og bevissituasjoner.

3.3 Oppdagelse av fritaksmuligheten og påberopelse av den

3.3.1 Rettens mulige opplysningsplikt

Tvl. § 24-8 tredje ledd gir føringer på hvordan retten skal gå fram for å løse en tvist om bevisfritak etter § 22-9. Bestemmelsen gjelder kun direkte for vitneavhør, men i henhold til § 23-2 andre ledd fjerde pkt. gjelder den tilsvarende for partsavhør. Andre- og tredje pkt. gjelder også tilsvarende i tvister om realbevis, jf. § 26-7 andre ledd tredje pkt.

⁸⁷ Hjort 2015 s. 18

⁸⁸ Prp. 51 s.457

⁸⁹ NOU 2001: 32 s. 962

⁹⁰ Prp. 51 s. 459-460

⁹¹ Hjort 2015 s. 18, Skoghøy 2014 s. 770, Schei mfl. s. 790, mer indirekte Hov 2010 s. 1120

Dersom retten «antar» at vitnet «etter regler om... bevisfritak» har «begrenset forklaringsplikt» skal den opplyse vitnet om dette, jf. § 24-8 tredje ledd første pkt. Dette gjelder ikke tilsvarende i tvister om realbevis, jf. en antitetisk tolkning av § 26-7 andre ledd tredje pkt. Utelatelsen kan skyldes at § 26-7 andre ledd tar utgangspunkt i at bevispersonen allerede har påberopt seg en bevisforbuds- eller bevisfritaksregel. En normal språklig forståelse av § 24-8 tredje ledd første pkt. tilsier at parten eller vitnet i mange tilfeller vil bli orientert om fritaksmuligheten på forhånd. Dermed reduseres tilsynelatende muligheten for at § 22-9 tredje ledd går bevispersonen hus forbi. Imidlertid faller tilfeller der retten «kan» gi fritak, utenfor bestemmelsen, og retten vil derfor ikke ha plikt til å informere om fritaksmuligheten etter § 22-9 tredje ledd.⁹² Schei mfl. understreker likevel at dersom det er en «realistisk mulighet» for bevisfritak, vil «skikkelig prosessledelse» normalt tilsi at vitnet blir gjort oppmerksom på fritaksmuligheten.⁹³ Schei mfl. tar ikke for seg realbevis. På den andre siden taler retts tekniske hensyn mot å forskjellsbehandle bevismidler, og jeg ser heller ingen andre grunner til at retten skal se annerledes på den potensielt belastende dokumentasjon om den ligger i en dokumentmappe eller på en minnepinne. Etter mitt syn bør derfor retten, dersom den antar at et realbevis kan inneholde slik informasjon, også her veilede parten for å bidra til en «skikkelig prosessledelse».

Hovedregelen om beviskrav i sivile saker er sannsynlighetsovervekt.⁹⁴ En kan spørre seg om uttrykket «antar» tilsier at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Skoghøy mener uttrykk som det nærmest tilsvarende «må antas», som brukes i arvelova § 33,⁹⁵ må oppfattes som et krav om simpel sannsynlighetsovervekt, med mindre det er holdepunkter for noe annet.⁹⁶ I og med at vi ikke har slike holdepunkter, følger vi hovedregelen.

I mange tilfeller vil bevistemaet gi en indikasjon på om det kan være aktuelt med bevisfritak etter § 22-9 tredje ledd.⁹⁷ Eksempelvis blir et ektepar spurt om filmer de har innelåst på soverommet. I andre tilfeller kan bevistemaet være ganske nøytralt, og det vil være vanskelig å se for seg at et svar på spørsmålet vil kunne innebære en belastning for parten⁹⁸, slik som et spørsmål om hva parten foretok seg i hjemmet på en gitt dato. Dette er bakgrunnen for at

⁹² Prp. 51 s. 463-464

⁹³ Schei mfl. s. 916

⁹⁴ Se blant annet Rt. 1992 s. 64 A (P-pilledom II) og Rt. 2012 s. 1035 A (Dommerforsikring). NOU 2001: 32 s. 459. Skoghøy 2014 s. 877

⁹⁵ Lov 3 mars 1972 nr. 5 om arv m.m{arvelova}

⁹⁶ Skoghøy 2014 s. 890-891

⁹⁷ Schei mfl. s. 916

⁹⁸ Schei mfl. s. 916, Hov 2010 s. 1121

opplysningsplikten kun oppstår dersom retten «antar» at parten kan oppnå bevisfritak.⁹⁹ Dersom retten manglet en slik antagelsesgrunn, kan det tale for at det heller ikke er snakk om en saksbehandlingsfeil.¹⁰⁰

Hvis parten likevel ikke blir orientert om fritaksmuligheten kan det være nærliggende å drøfte dette opp mot bevisforbudsregelen i § 22-7 om bevis som er anskaffet på «utilbørlig måte» og i «særlige tilfeller» kan avskjæres.¹⁰¹ Vi kan se for oss at en part har utlevert dokumenter til retten uten å ha blitt orientert på forhånd, og at han eller hun anker den påfølgende dommen grunnet den mulige saksbehandlingsfeilen.

Utilbørlig er etter alminnelig språkbruk et sterkt ord.¹⁰² Det virker derfor unaturlig å anvende det i et tilfelle der retten ikke har informert om § 22-9 tredje ledd, selv om den «burde» ha gjort det. I tillegg er den rådende oppfatningen i juridisk teori at manglende orientering om fritaksgrunnene ikke er opphevelsesgrunn etter § 29-21.¹⁰³ Schei mfl. begrunner det med at feilen har rammet vitnet, ikke parten.¹⁰⁴ Her kan det anføres at forfatteren bommer på målet dersom det er snakk om et partsavhør. Skoghøys begrunnelse virker mer treffende. Han poengterer at reglene ivaretar ulike hensyn.¹⁰⁵ Fritaksreglene tar ikke sikte på å bearbeide avgjørelsesgrunnlaget, men å beskytte vedkommende som skal forklare seg.¹⁰⁶ Synspunktene ovenfor gjelder de tilfellene hvor retten *skulle* ha opplyst bevispersonen. Det mest nærliggende er å konkludere med at parten ikke kan påberope seg manglende orientering om § 22-9 tredje ledd som opphevelsesgrunn.

3.3.2 Bevisbyrde

Vi ser her for oss at en part har påberopt § 22-9 tredje ledd, men at man kan mistenke at han gjør dette som et påskudd for å holde viktige bevis unna motpartens- og rettens hender.

Tvl. § 24-8 tredje ledd andre pkt. slår fast at en part «som påstår at det ikke har ... plikt» til å forklare seg, må gjøre grunnen «sannsynlig». Altså har personen som påberoper fritaksretten,

⁹⁹ Schei mfl. s. 916

¹⁰⁰ Schei mfl. s. 916

¹⁰¹ Se i den forbindelse: Ørnulf 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 (på s. 432)

¹⁰² Se for eksempel Thor Falkanger, «Utilbørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9», *Jussens Venner*, 1998 s.105-131 (på s. 105)

¹⁰³ Skoghøy 2014 s. 791, Schei mfl. s. 918, Annerledes Øyen 2010a s. 432

¹⁰⁴ Schei mfl. s. 918

¹⁰⁵ Skoghøy 2014 s. 791

¹⁰⁶ Skoghøy 2014 s. 791 med henvisning til Rt. 1978 s. 859 A

bevisbyrden. Formålet er at vitnet ikke skal bruke bevisfritaksreglene som en unnskyldning for å slippe å forklare seg om ubehagelige ting.¹⁰⁷ Paragrafen gjelder tilsvarende for partsavhør og realbevis, jf. § 23-2 andre ledd fjerde pkt. og § 26-7 andre ledd tredje pkt. Vi legger til grunn at «sannsynlig», i tråd med hovedregelen i sivile saker, tilsvarer alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁸

Retten skal basere vurderingen av mulige fritaksmuligheter etter § 22-9 tredje ledd på spørsmålet karakter.¹⁰⁹ Vi ser for oss at bevistemaet ofte vil gi en indikasjon. Parten blir for eksempel spurt om hva han og kompisgjengen foretok seg på guttturen til Amsterdam eller han kan bli bedt om å utlevere en dagbok.

I noen tilfeller vil det være vanskelig å lese ut ifra spørsmålet eller realbevisets karakter om det kan foreligge en bevisfritaksgrunn. Dette er bakgrunnen for § 24-8 tredje ledd tredje pkt., som uttaler at «i mangel av annet bevis» vil det være tilstrekkelig at «vitnet» bekrefter grunnen med forsikring.¹¹⁰ Uttrykksmåten «i mangel av» er ment å understreke bestemmelsens subsidiære karakter.¹¹¹ Den er, i alle fall i hovedsak¹¹², kun anvendelig der spørsmålet ikke gir holdepunkter for at svaret kan være belastende, for eksempel et spørsmål om hvorfor vitnet var på et gitt sted til en gitt tid.¹¹³ Dersom spørsmålet gir holdepunkter kan ikke vitnet avgi forsikring på at spørsmålet medfører risiko for vesentlig omdømme- eller velferdstap, jf. Rt. 1986 s. 1170 U. I denne saken hevdet en av Hilmar Rekstens døtre at hun kunne avgi vitneforsikring på at svar på spørsmål om den avdøde farens virksomhet på Lanzarote ville kunne utsette «farens minne og/eller en eller av hennes søsken for tap av den borgerlige aktelse»¹¹⁴ Dette var kjæremålsutvalget uenig i, de uttalte at forsikringsmuligheten er subsidiær, at slike vurderinger er rettens oppgave og videre at «vitnets subjektive mening er ikke avgjørende».

¹⁰⁷ Schei mfl. s. 916-917

¹⁰⁸ Jf. Rt. 1992 s. 64 A (P-pilledom II), Skoghøy 2014 s. 877

¹⁰⁹ Skoghøy 2014 s. 778

¹¹⁰ Prp. 51 s. 464, Hov 2010 s. 1121, Skoghøy 2014 s. 778

¹¹¹ Schei mfl. s. 916

¹¹² Schei mfl. s. 916

¹¹³ Hov 2010 s. 1121

¹¹⁴ Side 1171 i kjennelsen

3.4 Avgjørelsesform og ankemuligheter

Ved «tvist om bevis» er avgjørelsesformen kjennelse, jf. § 19-1 andre ledd bokstav d. Dette medfører at en tvist om bevisstilling skal avgjøres på denne måten hvis det er tvist mellom partene.¹¹⁵ Selv om det ikke er en slik konflikt mellom partene vil formen også være kjennelse dersom det er en tredjeperson som sitter med beviset, siden vedkommende får partsrettigheter i spørsmål som gjelder «prosessuelle plikter», jf. § 29-8 andre ledd.¹¹⁶

Kjennelser kan ankes, jf. § 29-2 første ledd. Utgangspunktet er at man kan anke over påståtte «feil i ... rettsanvendelsen», jf. § 29-3 første ledd. En innskrenkning følger av § 29-3 andre ledd. Denne slår fast at ved kjennelser om saksbehandlinger som «etter loven» skal treffes etter «et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling», kan en kun angripe skjønnet på grunnlag av at avgjørelsen er «uforsvarlig eller klart urimelig». Bakgrunnen er at det i enkelte saker vil være et så sterkt innslag av skjønn at det er umulig å si om avgjørelsen var korrekt eller ikke.¹¹⁷ Ordlyden i § 29-3 andre ledd kan tilsi at ankemulighetene ved avgjørelser etter § 22-9 er begrenset, siden slike avgjørelser er skjønnsmessige. Imidlertid er det slått fast både i forarbeidene, rettspraksis og teori at avgjørelser om bevisfritak etter kapittel 22 faller utenfor bestemmelsens virkeområde.¹¹⁸ Avveiningen av interesser er annerledes enn den bestemmelsen tar sikte på.¹¹⁹ Dermed kan kjennelser om bevisfritak etter § 22-9 tredje ledd ankes i henhold til hovedregelen i § 29-3 første ledd. Skriftlig behandling er i så fall hovedregelen, jf. § 29-15 første ledd.¹²⁰

3.5 Fare-kriteriet

Tvl. § 22-9 tredje ledd krever at det er en «fare for» vesentlig omdømme- eller velferdstap. En normal språklig forståelse av ordlyden gir lite tolkingsbidrag til hvor stor faren må være.

Det er slått fast i rettspraksis at dersom motparten allerede besitter beviset vil det ikke være noen fare for ytterligere omdømmetap og kausalitetskravet etter § 22-9 tredje ledd vil derfor

¹¹⁵ Schei mfl. s. 600 og 826

¹¹⁶ Schei mfl. s.600 og 827 som også viser til domstoloven § 206

¹¹⁷ Hov 2010 s. 1385

¹¹⁸ Prp. 51 s. 472, NOU 2001: 32 s. 768-769, Rt. 2009 s. 1480 U avsnitt 28, Schei mfl. s. 828 og 1012, Skoghøy 2014 s. 1199, Hov 2010 s. 1385

¹¹⁹ Schei mfl. s.828

¹²⁰ NOU 2001: 32 s.781

ikke være oppfylt.¹²¹ Det samme gjelder dersom det kun er snakk om en rent teoretisk mulighet for å forverre omdømmet.¹²² Dersom bevistilgangen det blir bedt om vil gi høyere bevisverdi, kan fritak fortsatt gis.¹²³

Schei mfl. bruker uttrykket «reell mulighet» (for vesentlig skår) om hva slags risiko som kreves etter § 22-9 tredje ledd.¹²⁴ Skoghøy bruker uttrykksmåten «nærliggende mulighet».¹²⁵ Begge legger til grunn at kausalitetskravet skal tolkes likt som «kan»-kriteriet i § 22-9 første ledd¹²⁶, som gir parter og vitner rett til å nekte å «gi tilgang» til bevis som «kan medføre straff». I rettspraksis om den nærmest likelydende bestemmelsen i strpl. § 123 er uttrykket «forholdsvis nærliggende mulighet» satt som kriterium¹²⁷

Vilkåret om kausalitet i § 22-9 er oppfylt selv om beviset kun er et ledd i rekke av bevis.¹²⁸ Det avgjørende er om belysning av bevistemaet innebærer risiko for omdømmetap for bevispersonen eller noen i den vernede kretsen rundt vedkommende.¹²⁹

Rettskildenes runde formuleringer om farekravet i § 22-9 tredje ledd og strpl. § 123 første ledd tredje pkt. gir begrenset veiledning.¹³⁰ Et spørsmål kan være om det er anledning til å relativisere kravet. Ørnulf Øyen tolker «forholdsvis nærliggende» slik at farekravet til «en viss grad» er relativt. Han er derimot usikker på hvor langt en i så fall kan dra dette og mener uansett at behovet for relativisering for det meste falt bort da strpl. § 123 første ledd andre pkt., som er nesten lik § 22-9 andre ledd, ble vedtatt. Øyen mener «nærliggende mulighet» er et bedre kriterium og at det er dette som avgjør når fritak kan gis etter § 123 første ledd.

Samlet sett mener jeg rettstilstanden om kravet til «fare» i § 22-9 tredje ledd er usikker. Å oppstille en bestemt prosentsats lar seg vanskelig gjøre, uten at dette nødvendigvis er problematisk. Det mest vesentlige er etter min mening å unngå at motparten bruker bestemmelsen enten for å skjule viktige bevis, eller for å skjule bevis som bare er en smule ubehagelige. Hvorvidt man bør kunne relativisere er jeg enda mer usikker på. En bør i alle fall ha i bakhodet at enhver relativisering gjør bestemmelsen vanskeligere å praktisere.

¹²¹ Rt. 1995 s. 289 A

¹²² Rt. 1984 s. 1113 A

¹²³ Schei mfl. s. 879 om «kan»-vilkåret i § 22-9 første ledd

¹²⁴ Schei mfl. s. 879

¹²⁵ Skoghøy 2014 s. 777

¹²⁶ Schei mfl. s. 879, Skoghøy 2014 s. 777

¹²⁷ Rt. 2008 s. 1481 U avsnitt 15

¹²⁸ Schei mfl. s. 879, Skoghøy 2014 s. 775, Hov 2010 s. 1121, Rt. 2008 s. 1481 U avsnitt 17

¹²⁹ Schei mfl. s. 879, Skoghøy 2014 s. 775, Hov 2010 s. 1121, Rt. 2008 s. 1481 U avsnitt 17

¹³⁰ Avsnittet bygger på: Ørnulf Øyen, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Bergen 2010 s. 161-162

3.6 Omdømmebegrepet

En persons omdømme er det samme som hans eller hennes sosiale anseelse.¹³¹ Vi skiller dette og æresbegrepet, som tar sikte på en persons selvfølelse. Anseelsen dreier seg om hvordan andre mennesker ser på deg. De fleste vil gjerne at andre mennesker ser positivt på en, man ønsker helst å være godt likt. Dersom omdømmet svekkes kan dette påvirke personens hverdag i en negativ retning.¹³² Et dårlig omdømme kan føre til sanksjoner fra omgivelsene. Det kan skape gnisninger både på arbeidsplassen og på fritiden. En risikerer å bli fratatt arbeidsoppgaver eller spissplassen på bedriftslaget. Slike problemer med å omgås andre kan gå ut over livskvaliteten hos den som blir rammet av sanksjonene.

Omdømmet til en person er vanskelig å måle.¹³³ Dette skaper problemer i en juridisk kontekst. Det er vanskelig å vite sikkert hvordan omgivelsene vil reagere på opplysningene om bevispersonen, og man kan da måtte nøye seg med en form for kvalifisert gjetning.

Begrepet «sosialt omdømme» er nytt med tanke på ordbruken i tvistemålsloven, som brukte uttrykket «borgerlig aktelse».¹³⁴ Tvistemålsutvalget mente dette begrepet var «gammeldags», og at «sosialt omdømme» ville være mer i tråd med dagens språkbruk. Det var ikke tilsiktet noen realitetsendring.¹³⁵

En normal språklig forståelse av «sosialt omdømme» tilsier at ethvert bevis som er ufordelaktig for bevispersonens omdømme i prinsippet kan omfattes. Vi kan tenke oss at retten, av gode eller dårlige grunner, mistenker at et vitne har vansker med å forstå utsagn, kroppsspråk og lignende, slik at den kanskje må ta dette i betraktning når vedkommende forklarer seg. Retten stiller så spørsmål for å finne ut om personen ofte misoppfatter eller mistolker utsagn, gester, situasjoner og lignende. Personen nekter imidlertid å svare fordi han vil unngå å bli stemplet av omgivelsene som «enkel» eller «dum». Ordlyden kan tilsi at personen vil kunne påberope seg § 22-9 tredje ledd. Imidlertid er det lagt til grunn i nyere rettspraksis og teori at «sosialt omdømme», må tolkes innskrenkende, slik at det bare tas sikte

¹³¹ Dette avsnittet bygger på Mæland 1986 s. 41

¹³² Avsnittet bygger på Mæland 1986 s. 42-43

¹³³ Avsnittet bygger på Mæland 1986 s. 43-44

¹³⁴ Tvistemålsloven § 208 første ledd første pkt.

¹³⁵ NOU 2001: 32 s. 963, Rt. 2015 s. 1012 A avsnitt 21

på det moralske omdømmet.¹³⁶ Dette medfører blant annet at spørsmål om parten eller vitnet har blitt «sløv» faller utenfor.¹³⁷

Om det blir kjent at noen har blitt svekket av alderen kan dette påvirke andre menneskers handlinger overfor vedkommende. Vedkommende kan bli tildelt mindre krevende oppgaver på arbeidsplassen, eller miste venner som ikke lenger finner glede i å diskutere med vedkommende. Disse sanksjonene innebærer derimot ingen klander. At en person er blitt mentalt svekket gjør ikke vedkommende til et bedre eller dårligere menneske i andres øyne. Det er snakk om forhold en ikke kan noe for.¹³⁸

I Rt. 1908 s.623 U hadde en sakførers to døtre nektet å svare på spørsmål om han var blitt «sløv». De henviste til at dagjeldende straffeprosesslov § 177 første ledd første pkt. som ga fritak for opplysninger som kunne utsette vitnet eller noen det sto i nært forhold til, for tap av «borgerlig aktelse».¹³⁹ Døtrene mente opplysninger om farens eventuelle sløvhet ville gå ut over hans «almindelige Omdømme» på en slik måte at det var omfattet av fritaksretten. Dette var kjæremålsutvalget uenig i. Det mente slike spørsmål falt utenfor.

Moral kan defineres som «regler for handling og atferd som innenfor storsamfunnet anses for riktige, samt den personlige evne til å holde handling og tanke i overensstemmelse med disse regler».¹⁴⁰

Hva som kan regnes moralsk eller umoralsk endrer seg med tiden. Hva som regnes som tap av «moralisk omdømme» har derfor karakter av en rettslig standard. Departementet presiserer også at hva som regnes som «vesentlig tap av sosialt omdømme... må forstås i lys av samfunnsutviklingen».¹⁴¹ Den dynamiske fortolkningen medfører at en må se på tidligere rettspraksis med et kritisk blikk.¹⁴² I tillegg har departementet uttalt at avgjørelsene i Rt. 1958 s.276 A og Rt. 1970 s. 1547 U ikke kan opprettholdes.¹⁴³

¹³⁶ Rt. 2015 s. 1012 A (avsnitt 24), Schei mfl. s. 879 og Skoghøy 2014 s. 776.

¹³⁷ jf. Rt. 1908 s. 623 U og Skoghøy 2014 s. 776-777.

¹³⁸ Mæland 1986 s. 58-59 med videre henvisninger

¹³⁹ Lov 1 juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i straffesager § 177

¹⁴⁰ Mæland 1986 s. 49

¹⁴¹ Prp. 51 s. 460

¹⁴² Schei mfl. s. 879 Skoghøy 2014 s. 777, Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010 s. 505

¹⁴³ Prp. 51 s. 460

I Rt. 1958 s. 276 A ble en kvinne tiltalt for falsk forklaring da hun innrømmet utroskap, etter først å ha benektet dette i en skilsmisssak.¹⁴⁴ Et slikt ekteskapsbrudd var skilsmissegrunn etter dagjeldende ekteskapslov § 48.¹⁴⁵ Byretten mente at ekteskapsbrudd, selv om det ikke lenger var ulovlig, medførte sterk fordømmelse. Hun ble frifunnet av byretten i medhold av strl.1902 § 167 andre ledd fordi svaret dermed ville kunne utsette henne for «tap av borgerlig aktelse». Høyesterett godtok denne lovanvendelsen, og påtalemyndighetens anke ble forkastet.

I Rt. 1970 s. 1547 U gjaldt en nesten tilsvarende situasjon som Rt. 1958 s. 276 A. Også her var det anlagt skilsmisssak etter ekteskapslov 1918 § 48. Konen begjærte vitneavhør av en ung kvinne mannen hadde erkjent å ha hatt samleie med. Kvinnen nektet imidlertid å uttale seg om dette, og påberopte seg tvml.§ 208. Lagmannsretten la vekt på hennes unge alder og uttalte i den forbindelse: «B er 21 år gammel. Lagmannsretten må gå ut fra at hun finner det infamerende for seg å bli stillet spørsmål om hun har hatt samleie eller annen kjønnslig forbindelse med en gift person.» Kvinnen fikk medhold i lagmannsretten og kjæremålsutvalget forkastet konens kjæremål.

3.7 Skadepotensialet

Ordlyden oppstiller krav om at tapet av sosialt omdømme må være «vesentlig». Dette tilsier en viss terskel, slik at ikke alle omdømmetap er omfattet.¹⁴⁶ Det må være snakk om et «vesentlig skår» i omdømmet, men det kreves ikke at omdømmet tapes fullstendig.¹⁴⁷

Vi antar at storsamfunnet aksepterer at mennesker gjør feil.¹⁴⁸ Hvis en tenåringsjente sier hun skal på kino med en venninne når hun egentlig skal treffe kjæresten, er dette et normbrudd. Hun lyver, og enkelte vil mene det er ekstra klanderverdig at hun gjør det til sin egen mor. Likevel er det liten grunn til å tro at dette skaper noe stort skår i jentens omdømme. Vi må ta utgangspunkt i hva et gjennomsnittsmenneske kunne funnet på.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Se byrettens dom som er inntatt i avgjørelsen

¹⁴⁵ Se lov 31 mai 1918 nr.2 om indgaaelse og opløsning av egteskap § 48

¹⁴⁶ Skoghøy 2014 s. 777

¹⁴⁷ Rt. 2015 s.1012 A (avsnitt 23), Schei mfl. s. 879.

¹⁴⁸ Mæland 1986 s. 49

¹⁴⁹ Eksempelet er inspirert av Mæland 1986 s. 49

Alvorlige normbrudd vil kunne føre til sanksjoner og utestengelse fra enkelte miljøer. Likevel synes et fullstendig «tap» av omdømmet etter min mening kun aktuelt der personens omdømme er på et minimum fra før. Vi kan tenke oss at en eldre rusavhengig har lånt, lurt og stjålet penger fra en rekke personer for å finansiere misbruket og at opplysninger om et foreldet eldreran fjerner siste rest av vedkommendes sosiale anseelse.

Vesentlighetsvilkåret etter tvml. § 208 ble ansett uoppfylt i Rt. 1987 s.1134 U. Sakens parter var Bjørg Reksten, datter av Hilmar Reksten, og den avdøde rederens konkursbo. Boet ønsket å avhøre datteren om farens eierinteresser på Lanzarote, for å finne ut hvilke eventuelle verdier som tilhørte bomassen. Hun nektet og henviste til at svaret ville kunne utsette farens minne og/eller en eller flere søsken for «tap av borgerlig aktelse», etter tvml.§ 208. Hun anførte også at lagmannsretten feilaktig hadde lagt avgjørende vekt på at selve nektelsen innebar slik mistanke at «det ikke lenger finnes noen borgerlig aktelse som kan tapes». Kjæremålsutvalget var enig med datteren i at en ikke kan pålegges vitneplikt kun fordi nektelsen som sådan innebærer tap av borgerlig aktelse. Derimot var utvalget uenig i at dette var tillagt avgjørende vekt, det mente dette berodde på en misforståelse som skyldtes uheldige og uklare formuleringer. Kjæremålsutvalget mente lagmannsretten hadde vurdert saken med utgangspunkt i hva som allerede var kjent om Rekstens virksomhet, og at dette ikke var noen uriktig tolkning av § 208. Kjæremålet ble forkastet. Som eksempler på hva som allerede var kjent kan det nevnes at en av rekstens sønner hadde skrevet om farens forretninger i en bok utgitt i 1983.¹⁵⁰

Vilkåret ble også ansett uoppfylt i Rt. 2015 s.1012 A. En kvinne hadde i vitneavhør forklart at en avdød mann som det er antatt at var terrorist og døde i terrorangrepet i Kenya i 2013¹⁵¹, var hennes biologiske bror, men senere innrømmet hun at han kun var hennes fosterbror. Hun hadde også kommet med samme uriktige opplysning til utlendingsmyndighetene da, blant andre, hun og avdøde fikk innvilget familiegjening i 2003 og 2004.¹⁵² Hun påberopte seg fritaksregelen i strl. 1902 § 167 andre ledd og ble hørt med dette i lagmannsretten, som blant annet la vekt på at det somaliske miljøet ville betrakte usannheten som «en sterk kritikkverdig og moralsk uakseptabel løgnhistorie for å få opphold i landet».¹⁵³ Høyesterett var uenig i konklusjonen. Retten la vekt på at tiltalte kun var ni år gammel da hun snakket usant til

¹⁵⁰ Se boets anførsler på s. 1138 i kjennelsen.

¹⁵¹ Se avsnitt 5 og 15.

¹⁵² Avsnitt 3 og 4 i dommen.

¹⁵³ Avsnitt 33

utlendingsmyndighetene og mente det var «forståelig» at hun lot være å «rette opp i» forholdet etter at hun ble voksen og at dette «vanskelig» kunne bli oppfattet som noen «vesentlig moralsk brist» hos henne. Lagmannsrettens frifinnende dom ble derfor opphevet.

Dersom vi lar enhver klanderverdig opplysning lede til bevisfritak vil dette kunne gå på akkord med målet om en materielt riktig dom, siden fritaket uansett vil begrense informasjonsmengden retten har å forholde seg til. I tillegg kan det anføres at man, dersom man er redd for at ubehageligheter kan komme fram, heller skulle ha løst tvisten på annen måte.

3.8 Betydningen av bevispersonens stilling og status

I rettspraksis etter tvml.§ 208 ble det lagt vekt på vitnets stilling eller posisjon ved vurderingen av om det var snakk om «tap av borgerlig aktelse». Eksempler er Rt. 1970 s.1547 U og Rt. 1986 s.1170 U. Kjæremålsutvalget uttalte i sistnevnte: «Det vil måtte foretas en helt konkret vurdering, jfr... Rt. 1970 s.1547, særlig side 1548 hvor det ble pekt på at spørsmålet måtte vurderes i forhold til de personer det gjaldt, og deres miljø.» Schei skriver i kommentarutgaven til tvistemålsloven, med henvisning til dommene nevnt ovenfor, at «en prest vil lettere enn mange andre yrkesutøvere kunne fritas for å svare på spørsmål som har betydning for hans moralske omdømme. En ligningsfunksjonær må kunne nekte å svare på spørsmål om han noen gang har snytt på skatten.»¹⁵⁴

I forarbeidene til dagens lov, uttales det at: «Hensynet til opplysning av saken tilsier også at det som utgangspunkt er uten betydning om parten eller vitnet har en stilling eller posisjon som gjør vedkommende mer utsatt enn andre for tap av sosialt omdømme.»¹⁵⁵

Forarbeidenes uttalelse om å, som utgangspunkt, se bort fra stilling og status er kritisert i teorien.¹⁵⁶ Hov mener vurderingen fortsatt avhenger av både stilling og miljø.¹⁵⁷ Skoghøy mener også at vi fortsatt må legge vekt på stilling og posisjon.¹⁵⁸ Han karakteriserer

¹⁵⁴ Tore Schei, *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6 1915 : med kommentarer: B. 2 : §§ 183-486*, 2. bind, 2. utgave, Oslo 1998 s. 704

¹⁵⁵ Prp. 51 s. 459-460

¹⁵⁶ Skoghøy 2014 s. 777-778 og Schei mfl. s. 879

¹⁵⁷ Hov 2010 s. 1119

¹⁵⁸ Skoghøy 2014 s. 777

departementets uttalelse som «lite reflektert» og sier seg enig med Schei i at den vanskeliggjør en konkret vurdering.¹⁵⁹

Rent umiddelbart kan kritikken mot departementets uttalelse¹⁶⁰ virke treffende. Ved vurderingen av om omdømmetapet er vesentlig er det vanskelig å se bort fra at personer med en særskilt status eller stilling kan oppleve fallet som dypere enn andre. Scheis eksempel med prester og skattesnyttende ligningsfunksjonærer gir en god illustrasjon.¹⁶¹ Likevel kan departementets uttalelse om å se bort fra slike individuelle forhold, slik jeg ser det, ha gode grunner for seg.

Å legge stor vekt på vedkommende stilling og status ved vurderingen av omdømmetapet kan bidra til at man gjør forskjell på folk.¹⁶² Hvis den ene parten har en belastet fortid, for eksempel som kriminell, kan man hevde at det ikke er så farlig med ny skrape i omdømmet. Annerledes dersom vedkommende har en høy sosial stjerne som lett vil falme dersom opplysningene kommer ut. En slik differensiering kan imidlertid virke støtende. Den straffedømte vil kunne ha et sterkt ønske om å resosialisere seg, og vi bør respektere dette, selv om forsøket ikke alltid vil lykkes. Hvis vi så skal behandle dem med høy sosial status ekstra pent, leder det tankene hen mot et klassesamfunn.

Tvistemålsutvalget uttalte at det å være deltaker i en rettsak kan oppleves ganske ubehagelig for «vanlige folk» og at prosessreglene må ta hensyn til dette, slik at terskelen ikke blir unødvendig høy.¹⁶³ I tråd med dette skal «ulikheter i ressurser hos partene ikke være avgjørende for sakens utfall», jf. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt. Man søkte å motvirke at den ressurssterke parten får økt prosesstyrke kun på bakgrunn av egne ressurser.¹⁶⁴ Tvl. § 21-8 har også innslag av de samme tankene. Første ledd første pkt. i bestemmelsen uttaler at det skal være et «rimelig forhold» mellom tvistens betydning og omfanget av bevisføringen. Første ledd andre pkt. gir i den forbindelse retten mulighet til å «begrense bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1, men innenfor rammen av de begrensninger som følger av

¹⁵⁹ Skoghøy 2014 s. 778, Schei mfl. s. 879

¹⁶⁰ Prp. 51 s. 459-460

¹⁶¹ Schei 1998 s. 704

¹⁶² Dette avsnittet er sterkt inspirert av Mæland 1986 s. 46-47

¹⁶³ NOU 2001: 32 s. 131

¹⁶⁴ NOU 2001: 32 s. 651

formålet». Et av poengene er at prosessen ikke skal være så ressurskrevende at det i mange tilfeller hindrer saker i å bli fremmet for domstolene.¹⁶⁵

Samlet sett gir blant annet § 1-1 andre ledd femte strekpunkt og 21-8 og flere forarbeidsuttalelser et inntrykk av at det først og fremst er den mer ressursvake parten som trenger beskyttelse.¹⁶⁶ Et sterkere vern for den mer ressurssterke parten i bevisspørsmål kan dermed gi et inntrykk av at man snur problemet på hodet. Det kan virke urimelig at den som i utgangspunktet framstår som best egnet til å takle atmosfæren i rettsal skal få et større vern mot å utlevere følsomme bevis.

Rettspraksis fra beslektede områder synes avvisende til å relativisere på bakgrunn av stilling og status. Et eksempel er Rt. 2005 s.1322 A, en sak om oppreisning etter skadeserstatningsloven § 3-5 a.¹⁶⁷ B var beskyldt for å ha handlet grovt uaktsomt ved å kjøre på en svømmende A med en hurtiggående motorbåt. B fikk store skader på lårene som førte til skjemmende arr i etterkant. Retten uttalte i avsnitt 28: «Jeg finner at et slikt forhold *for de aller fleste(min utheving)* vil bli oppfattet som så belastende at det er grunnlag for et noe skjerpet beviskrav. Jeg tilføyer at jeg ikke finner grunnlag for å relativisere normen i forhold til ulike personer og miljøer. Jeg har således ikke lagt vekt på det forhold at B tilhører et belastet miljø, og at han flere ganger tidligere er straffet for legemsbeskadigelser.» B tapte for øvrig saken. Siden avgjørelsen angår beviskrav er den ikke direkte overførbar til oppgavetemaet, men den kan si noe om i hvilken grad en eller bør legge vekt på status.

I Rt. 2015 s.1012 A ble ikke As somaliske bakgrunn trukket fram ved vurderingen av omdømmetapet. Lagmannsrettens vurdering tok derimot dette i betraktning.¹⁶⁸

Henry John Mæland uttaler om æres- og omdømmekrenkelser at «dersom vi ser bort fra... helt outrerte eksempler, skulle det vel være mulig å ta hensyn til særegne æreskrav innen snevrere samfunnsgrupperinger».¹⁶⁹ Om vi overfører dette til vårt tema, så er det klart at enkelte samfunnsgrupperinger kan ha sterkere oppfatninger om bestemte handlinger enn det storsamfunnet har. Dette kan igjen føre til at omdømmetapet blir større og mer merkbart. På den andre siden vil slike vurderinger komplisere prosessen ytterligere, en er jo i så fall avhengig av kunnskap om et kanskje lukket miljø og å skaffe denne kunnskapen kan forsinke

¹⁶⁵ NOU 2001: 32 s. 950

¹⁶⁶ NOU 2001: 32 s. 131 og 950

¹⁶⁷ Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

¹⁶⁸ Se avsnitt 33 i kjennelsen

¹⁶⁹ Mæland 1986 s. 54

saken og øke omkostningene. Det kan være utfordrende nok for retten å gjøre seg opp en mening om storsamfunnets mulige reaksjon.

Dersom vi legger forarbeidenes uttalelse til grunn, får vi en svært snever bevisfritaksregel. Vurderingen blir i større grad objektivisert. Samtidig utelukket ikke departementet at stilling og status kan ha betydning. De uttalte seg bare om utgangspunktet. Dersom vi legger justisdepartementets uttalelse til grunn, blir neste spørsmål hva som skal til for å gjøre unntak. Er Scheis eksempler fortsatt holdbare?

Scheis eksempler om prester og skattesnyttende ligningsfunksjonærer kan ved første øyekast virke som passende unntak fra hovedregelen om å se bort fra stilling og status. Problemet melder seg når man forsøker å streke opp hvilke tilfeller som gir grunnlag for spesialbehandling. Skal for eksempel en politimann måtte tåle å uttale seg om småkriminelle forhold fra ungdomstiden? Her ligger, slik jeg ser det, hovedpunktet i Schei mfl. - og Skoghøys kritikk. En risikerer at bestemmelsen blir svært vanskelig å anvende i praksis og at vurderingen av denne uansett ganske snevre unntaksregelen forsinker prosessen unødige. Paragrafen vår har, som vi har sett ovenfor, flere uklare ord og uttrykk. Hvis vi i tillegg skal se bort fra stilling og status blir bestemmelsen enda vanskeligere å praktisere. Som påpekt av Tvistemålsutvalget bør bevisfritaksregler ha et klart definert anvendelsesområde.¹⁷⁰ Å se bort fra stilling og status samsvarer ikke med dette idealet og passer dessuten dårlig med målsettingene i § 1-1 om en «rask» og «effektiv» saksbehandling, siden det vil gjøre vurderingen mer komplisert. Rettstekniske hensyn taler dermed forfatterens sak.

Alt i alt må rettstilstanden ansees som usikker. Skoghøy og Scheis løsning er etter mitt syn lite i tråd med likhetstankene bak tvisteloven, i tillegg ser jeg det som problematisk å se bort fra en så tung rettskilde som forarbeider er. Hvis vi følger departementet vil vi derimot få en svært snever og vanskelig praktikabel regel. På bakgrunn av forarbeiders status som rettskilde og likhetshensynet heller jeg likevel mot å følge departementet.

¹⁷⁰ NOU 2001: 32 s. 963

3.9 Rettens avveining

3.9.1 Generelt

Hvis inngangsvilkåret om vesentlig omdømmetap er oppfylt «kan» retten «frita» bevispersonen fra å «gi tilgang» til det bestemte beviset. Vi har tidligere konkludert med at tilgangsbegrepet omfatter alle bevismidler. Spørsmålet her er hva som skal til for at den belastende opplysningen skal gi bevisfritak.

Tvl. § 22-9 første ledd er annerledes utformet enn tredje ledd. I første ledd er ordlyden slik at bevispersonen «kan nekte» dersom vilkåret om strafferisiko for vedkommende eller kretsen rundt han eller henne er oppfylt. Utgangspunktet er bevisfritak.¹⁷¹ Juridisk litteratur betrakter dette som en hovedregel og Schei mfl. ser denne hovedregelen som klar.¹⁷² Unntaket følger av andre ledd. Retten kan «gi pålegg» om at parten «forklarer seg» etter en «samlet vurdering» av nærmere bestemte momenter, jf. andre ledd.

Fritaksretten etter § 22-9 tredje ledd regnes for å stå svakere enn etter første ledd.¹⁷³ Det er lagt til grunn i juridisk teori at terskelen for å få innvilget fritak ligger «relativt» høyt.¹⁷⁴ Schei mfl. skriver at den skal ikke være en generell hjemmel for å slippe å besvare spørsmål som kan lede til ubehagelige reaksjoner fra omgivelsene.¹⁷⁵ Retten skal vurdere om det ut ifra en vurdering av «sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og forholdene ellers...» er «urimelig» å pålegge «parten eller vitnet» å gi bevisfritak. Den skal foreta en konkret vurdering av virkningene i hver enkelt sak.¹⁷⁶ Jeg har valgt å ta for meg momentene etter tur nedover.

3.9.2 Sakens art

Ordlyden tar tilsynelatende høyde for bredden i sivile saker.

Noen ganger ligger det i sakens natur at det kan komme fram ubehagelige forhold. Dette kan for eksempel være saker hvor partene har eller har hatt nære relasjoner, og derfor har kommet

¹⁷¹ Prp. 51 s.459, Schei mfl. s. 877 og 880

¹⁷² Schei mfl. s. 880, Skoghøy 2014 s. 774 er mer forbeholden

¹⁷³ Schei mfl. s. 877 og 880-881, Skoghøy 2014 s. 773

¹⁷⁴ Schei mfl. s. 881, Skoghøy 2014 s. 776, Rt. 1991 s. 790 U

¹⁷⁵ Schei mfl. s. 881

¹⁷⁶ Rt. 1958 s. 276 A, Rt. 1970 s. 1547 U, Rt. 1986 s. 1170 U, Schei mfl. s. 879, Skoghøy 2014 s. 778

tett på hverandre både på godt og vondt. Vi kan tenke oss et større familieeid aksjeselskap som har gått konkurs og hvor det mistenkes at ett eller flere av familiemedlemmene har foretatt svært kritikkverdige disposisjoner. Her kan det være svært vanskelig å komme noen vei i saken uten å komme inn på potensielt omdømmeskadelige forhold. På den andre siden kan vi tenke oss en tvist mellom en hytteutleier og en leietaker om hvem som er skyld i fuktskadene på badet. Leietakeren blir stilt et tilsynelatende nøytralt spørsmål om hva han gjorde på hytten en bestemt helg i januar, men ber om bevisfritak siden vedkommende mener disse aktivitetene kan gå hardt ut over omdømmet hans eller hennes.¹⁷⁷

Kriteriet «sakens art» kan videre medføre bevisplikt i saker der offentlige hensyn står sterkt.¹⁷⁸ Dersom offentlige hensyn gjør saken helt eller delvis indispositiv, jf. § 11-4 første pkt. er vi imidlertid utenfor oppgavens tema.

Tvistesummen vil trolig ha betydning i vurderingen av «sakens art». Jo større pengesummer det er snakk om, desto større følger kan en materielt uriktig dom ha for partene. Hvis det derimot kun er snakk om et mindre pengebeløp kan dette tale for at omdømmevernet veier tyngst i avveiningen.

I saker hvor noen i kretsen rundt bevisperson risikerer straff vil det lettere kunne gis pålegg dersom vedkommende står «relativt fjernt» fra den som forklarer seg.¹⁷⁹ Jeg tolker dette dithen at departementet siktet til relasjonen mellom den som forklarer seg og den som risikerer straff. Jeg ser ingen grunn til at det samme momentet ikke skal kunne legges vekt på etter tredje ledd. Rettstekniske hensyn tilsier det samme. Momentet tilsier at det skal mer til for å bli fritatt for å forklare seg om forhold knyttet til ens tidligere samboers nye ektefelle, jf. § 22-9 første ledd bokstav d, jf. bokstav c, enn for forhold som gjelder en selv.

Forarbeidene til § 22-9 første ledd legger også vekt på om det aktuelle forholdet er av «relativt bagatellmessig karakter».¹⁸⁰ Når inngangsvilkåret for bevisfritaksregelen vår er såpass strengt virker det mindre treffende å snakke om bagateller her enn det gjør i straffesaker, for eksempel der hvor bevispersonen må forklare seg om et mindre tyveri etter strl. § 323 første ledd. Likevel vil jo det å måtte forklare seg om guttturen til Amsterdam blekne i forhold til å bli pålagt å forklare seg om mulig deltagelse i grovt ran etter strl. § 328

¹⁷⁷ Eksempelet er inspirert av Hov 2010 s. 1121

¹⁷⁸ Schei mfl. s. 881

¹⁷⁹ Prp. 51 s. 459

¹⁸⁰ Prp. 51 s. 459

første ledd jf. § 327 hvor straffansvaret er foreldet etter strl. § 86 første ledd bokstav d. Hov uttaler generelt at bevisfritak etter tredje ledd «ofte» vil kunne bli resultatet hvis straffansvaret er foreldet.¹⁸¹

3.9.3 Forklaringens betydning for sakens opplysning

Ved å utelukke bevis blir saken dårligere opplyst, noe som øker risikoen for en materielt uriktig dom. Likevel er det tilfeller hvor disse hensynene kan måtte vike. I vårt tilfelle skal de vurderes opp mot hensynet til bevispersonen. En normal språklig forståelse av ordlyden tilsier at jo mindre viktig beviset er, jo mer vil det tale for at pålegg om bevisframlegg er «urimelig».

Dersom vi vender tilbake til fuktskadesaken nevnt ovenfor i pkt. 3.9.1 kan vi i tilfelle nummer en se for oss at bevissituasjonen er sparsom. Fuktskadene er innsisert og omfanget kartlagt, men retten mangler holdepunkter for å vurdere når de oppsto. Her virker det klart at partens aktiviteter den nevnte helgen kan ha stor betydning for opplysningen av saken, og dette vil tale mot å innvilge bevisfritak for vedkommende. I tilfelle nummer to forestiller vi oss at en rørlegger, etter en grundig inspeksjon, har konkludert med at det er svært usannsynlig at fuktskadene oppsto i januar måned. I dette tilfellet framstår det mindre rimelig å pålegge leietakeren bevisplikt for den nevnte helgen. Saken blir trolig ikke stort bedre opplyst om parten må forklare seg om helgens aktiviteter. Selv i slike tilfeller har retten ingen lett oppgave. Det er ikke lagt føringer i lovverket for hvordan vurderingen skal gjennomføres.

Det klare utgangspunktet i sivile saker er prinsippet om fri bevisvurdering, jf. § 21-2 første ledd. Prinsippet medfører at retten står fritt i bedømmelsen av bevisverdien til det omtvistede beviset. Spørsmålet blir hvordan retten skal kunne bedømme bevisverdien i avveiningen etter § 22-9 tredje ledd. Dette ser ut til å være forskjellig etter hva slags bevistype det er snakk om.

Hvis det er snakk om en forklaring tilsier ordlyden at retten må vurdere forklaringens mulige betydning uten å ha hørt den. Hovedforhandlingen i sivile saker er i utgangspunktet muntlig og bygd på umiddelbar bevisførsel etter § 21-9, jf. § 9-14 første ledd. Når saken behandles muntlig skal bevisene som klar hovedregel føres for den dømmende rett, med de unntakene

¹⁸¹ Hov 2010 s. 1119

som følger av § 21-10 til 21-12 og andre bevisregler, jf. § 21-9 første pkt. Når retten ikke får høre forklaringen har den ingen mulighet til å vurdere hva svaret på spørsmålene vil bli.¹⁸²

Hvis retten ser det slik at saken er mangelfullt opplyst og det er bevispersonen, i dette eksempelet parten, som bør skape klarhet for å ha mulighet til å finne fram, skal retten da respektere at vedkommende vurderer bevisfritaket som viktigere? Vi forutsetter her at parten er fullt klar over at saken er mangelfullt opplyst fra hans eller hennes side.

I saker etter tvisteloven har retten et ansvar for å anvende loven på en måte som kan «ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter... og samfunnets behov for å få respektert... rettsreglene», jf. § 1-1 første ledd andre pkt. Siden jeg har forutsatt at parten har fått nødvendig veiledning kan man si retten har gjort sitt når det gjelder det første punktet, men muligens ikke det andre.

Det vil være uheldig om man skal umyndiggjøre parten i stor grad. Likevel er det ikke til å stikke under en stol at partenes vurderingsevne noen ganger kan være svekket. Vedkommende kan, i iveren etter å beskytte seg og sine, glemme hvor mye som ellers står på spill i saken, og retten kan i større grad vurdere dette opp mot partens behov for hemmelighold.

Når domstolen har en plikt til å bidra til at rettsreglene blir respektert kan retten anføre at selv om den konkrete parten ikke har mye å tape, så vil samfunnet tape på at det avsies potensielt uriktige dommer.

Jeg regner at spørsmålet sjelden vil komme på spissen. Et bevisfritak vil bare omfatte bestemte spørsmål eller opplysninger, fritaket gir ikke rett til å nekte å avgi forklaring.¹⁸³ Da skal det etter min mening mye til for at det følsomme forholdet får såpass stor betydning for saken.

Er det likevel måter retten kan skaffe seg et bedre avgjørelsesgrunnlag på?

Etter § 11-6 har retten en plikt til aktiv saksstyring. Den skal legge en plan for saksbehandlingen og følge planen slik at «saken effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning», jf. § 11-6 første ledd.

Hvis retten utsetter ett eller flere punkt kan dette forsinke saken. Likevel kan det, underveis i saken, oppstå behov for mer inngående drøftelser av enkelte spørsmål, for eksempel

¹⁸² Skoghøy 2014 s. 778

¹⁸³ Schei mfl. s. 823

bevisføringsspørsmål etter § 9-4 andre ledd bokstav f.¹⁸⁴ Dersom retten vil ha et bedre avgjørelsesgrunnlag kan den velge å ta det konkrete bevisspørsmålet seinere i forhandlingen. En slik avgjørelse om saksstyring fattes ved beslutning etter § 19-1 tredje ledd bokstav a.¹⁸⁵

Dersom det omtvistede beviset er et realbevis etter § 26-1 har retten flere muligheter enn ved forklaringer. Utgangspunktet etter § 26-7 andre ledd er at retten, hvis det blir tvist om bevisstilgang grunnet et mulig bevisfritak, ikke kan få kreve å få bevisgjenstanden lagt fram. Unntaket er dersom retten i kraft av «særlig lovbestemmelse» kan komme til at beviset likevel skal føres. Dette er aktuelt i saker hvor det er påberopt relative bevisfritak¹⁸⁶, slik som § 22-9. I slike tilfeller «kan» retten velge å be om at gjenstanden legges fram for dem. En normal språklig forståelse av ordet «kan» tilsier at vurderingen er basert på skjønn.

Dersom retten lar være å be om at bevisgjenstanden legges fram, står den, slik jeg ser det, i samme stilling som om det var en forklaring, slik at retten må avgjøre spørsmålet på bakgrunn av bevisgjenstandens karakter.¹⁸⁷

Hvis retten velger å kikke nærmere på bevisgjenstanden vil den kunne få et bedre grunnlag for å avgjøre hvor betydningsfull den er. Skulle den komme til at gjenstanden skal unntas fra bevisføringen vil ikke den andre parten få se beviset, jf. § 26-7 tredje ledd andre pkt. Skaden vil i så fall bestå i at dommeren kjenner til beviset.¹⁸⁸ Dersom dommeren fratrer vil dette kunne bøte på skaden.¹⁸⁹ Tilfellet er ingen automatisk inhabilitetsgrunn.¹⁹⁰ I medhold av § 26-7 andre ledd andre pkt. kan retten kan også komme til at kun deler av bevisgjenstanden er underlagt bevisfritak, i så fall skal «om mulig» det øvrige materialet legges fram. Da er det bevispersonens ansvar å sortere ut de opplysningene vedkommende ikke plikter å forklare seg om, for eksempel ved å sladde dem.¹⁹¹

¹⁸⁴ Schei mfl. s. 427

¹⁸⁵ NOU 2001: 32 s. 884, Schei mfl. s. 601-602

¹⁸⁶ NOU 2001: 32 s. 981

¹⁸⁷ Slik tilfellet er for forklaringer, se Skoghøy 2014 s. 778

¹⁸⁸ NOU 2001: 32 s. 981

¹⁸⁹ NOU 2001: 32 s. 981

¹⁹⁰ Schei mfl. s. 962

¹⁹¹ Per M. Ristvedt og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevisstilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2015 s. 103-178 (på s. 166-167)

3.9.4 Forholdene ellers

Ordlyden er åpen og tilsier at retten har en vid adgang til å legge vekt på ytterligere forhold som kan gjøre det urimelig å pålegge bevisplikt.

Jeg ser for meg tilfeller der flere forhold ved rettsaken fører til at den samlede belastningen på bevispersonen blir svært stor. Enten ved at det samme beviset leder til flere alvorlige følger, eller hvor beviset kommer på toppen av en bunke med følsomme bevis som kan vurderes etter § 22-9.

Vi kan se for oss at beviset også medfører risiko for vesentlig omdømme- eller velferdstap for personer oppregnet i § 22-9 fjerde ledd. Terskelen for å bli fritatt etter fjerde ledd er enda høyere enn etter tredje ledd på grunn av den fjernere persontilknytningen.¹⁹² Et mulig scenario er at de nyforlovede la bryllupsreisen til Amsterdam for å oppsøke de av byens muligheter som både er ulovlig og til dels sterkt moralsk belastende å oppsøke i Norge.

Vi forestiller oss at bevispersonen blir bedt om å forklare seg om et kriminelt forhold han skal ha begått sammen med sin fosterbror. Fritak fra å angi fosterbroren må vurderes etter fjerde ledd, her er ikke fritaksrett hovedregel slik som etter første ledd.¹⁹³ Vi forutsetter at bevispersonen var under femten år på gjerningstidspunktet, slik at vedkommende ikke selv risikerer straff, jf. strl. § 20 første ledd bokstav a. Det kan tenkes at dette, i kombinasjon med tredje ledd, gjør bevisplikt mer urimelig.

Dersom bevispersonen allerede har utlevert en serie med følsomme bevis som ikke ble fritatt etter § 22-9, kan vedkommende være helt utkjørt og bør muligens få slippe lettere av den grunn.

Flere forhold kan gjøre bevispersonen ekstra sårbar ved et vesentlig omdømmetap.

Vedkommende kan være ung og i en sårbar livssituasjon. Personen kan også være ekstra sårbar på grunn av en medfødt psykisk lidelse eller akutte psykiske problemer. Da vil det kunne være ekstra uheldig om samfunnet blir mer negativt innstilt til en. Det kan ha gått lang tid siden hendelsen fant sted og vedkommende kan være etablert med samboer og unger siden den gang. Det er ikke sikkert forholdet, eller særlig mange forhold, vil takle at fortiden til bevispersonen kommer fram.

¹⁹² Schei mfl. s. 881

¹⁹³ Skoghøy 2014 s. 775

En hypotetisk situasjon er at bevispersonen, som part i saken, har forsøkt innstendig å komme fram til en minnelig løsning før saken kom for retten, fordi han eller hun vil hindre at de belastende opplysninger kommer ut. Disse forsøkene blir avvist av motparten, tilsynelatende uten noen god grunn. Kanskje kan en spekulere i at motparten gjør det fordi han eller hun har et ønske om å «ta» bevispersonen.¹⁹⁴ Slikt prosessmisbruk kan være vanskelig å bevise¹⁹⁵, men dersom retten mistenker dette bør den etter mitt syn ta dette i betraktning ved avveiningen.

Hvilke andre forhold det er akseptabelt av retten å legge vekt på framstår usikkert. Etter min mening bør i alle fall hensynet til unge og spesielt sårbare parter kunne tas med i den konkrete vurderingen. En bør, slik jeg ser det, ha best mulig oversikt over de mulige konsekvensene for bevisperson, i alle fall dersom en aksepterer at rettferdighet er viktig, men ikke for enhver pris.¹⁹⁶

Det at retten skal foreta en konkret vurdering tilsier etter min mening at den kan legge vekt på om personen som besitter beviset har et spesielt godt forhold til den som risikerer omdømmetap, et forhold utover det relasjonen i seg selv skulle tilsi. Det synes for eksempel ganske klart at bevispersonen og svogeren hans er nære venner, jf. § 22-9 første ledd bokstav b og § 22-8 første ledd.

Etter mitt syn kan og bør retten ta hensyn til prosessøkonomien. Tvl. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt vektlegger at saksbehandlingen og – omkostningene skal stå i «rimelig forhold» til sakens betydning. Hvis bevisfritaket kan føre til at saken drar ut slik at saksomkostningene øker vil det virke mindre rimelig å gi bevisfritak. Spesielt dersom saken går som småkravsprosess etter kapittel 10, kan en utsettelse føre til at saksbehandlingen tar såpass med tid at den ikke lenger er «tilpasset betydningen av tvisten», se § 10-1 første ledd.

Til sist bør retten etter mitt syn også vurdere om, og eventuelt i hvilken grad, det er andre virkemidler som kan benyttes i stedet for bevisfritak.

¹⁹⁴ Eksempelet er inspirert av: Peter Westberg, *Civilrättsskipning*, Andra upplagen, Stockholm 2013 s. 57

¹⁹⁵ Westberg 2013 s. 58

¹⁹⁶ Dette ser Westberg 2010 s. 676 som grunntanken bak alle innskrenkninger i bevisførelsen.

Det er etter mitt syn sannsynlig at et vitne som blir pålagt å forklare seg tross samvittighetskvalene kan ønske å avgi forklaring anonymt, men det framgår klart av både rettspraksis og forarbeidene at det ikke er adgang til anonym vitneførsel i sivile saker.¹⁹⁷

Et alternativ som kan være aktuelt etter § 22-9, er å lukke dørene og ilegge taushetsplikt for de tilstedeværende.. Tvl. § 22-12 regulerer «taushetsplikt og lukkede dører». Retten har en skjønnsmessig adgang til å pålegge taushetsplikt og lukke dørene dersom den gir pålegg om bevisføring, jf. andre ledd første pkt. Etter denne «kan» retten gjøre dette også i tilfeller hvor den «ikke har fritatt for bevisplikt etter...§22-9 tredje... ledd, jf. andre ledd andre pkt. Også dl. § 125 første ledd bokstav b kan anvendes, denne gir retten adgang til å lukke dørene ved kjennelse «når hensynet til privatlivets fred... krever det». Det er ikke bare partene som er beskyttet, dørene kan også lukkes av hensyn til «tredjemanns tarv».¹⁹⁸ Dermed vil også hensynet til vitner kunne begrunne lukkede dører.¹⁹⁹ Dersom rettsmøtet holdes for lukkede dører gir dl. § 128 første pkt. retten adgang til å ilegge de tilstedeværende taushetsplikt, dersom «særlige grunner» foreligger. Dl. § 128 første pkt. imidlertid forutsatt brukt kun i «helt spesielle unntakstilfeller».²⁰⁰

Ellers åpner tvl. § 14-4 andre ledd bokstav b for at retten «kan» nekte innsyn i saksdokumenter når «privatlivets fred eller strengt personlige forhold krever det». Som eksempler på slike forhold nevner Schei mfl. opplysninger om «seksuelle forhold, utroskap», samlivsproblemer...».²⁰¹, med andre ord opplysninger som historisk sett har vært i kjerneområdet for vår bestemmelse.

For øvrig kan retten, av hensyn til «privatlivets fred», legge ned helt eller delvis forbud mot offentliggjøring av rettsavgjørelsen, jf. dl. § 130 første ledd bokstav a. Fullstendig forbud antas på den andre siden å være lite praktisk i slike saker.²⁰²

Selv om det nok er svært sjelden at bevisframleggelsen vil innebære et «fullstendig» omdømmetap taler reelle hensyn for at man også tar i betraktning hvor stort omdømmetap det er snakk om. Det kan nok virke «urimelig» å pålegge en person opplysningsplikt når dette

¹⁹⁷ HR-2015-1452-U, prp. s. 462, NOU 2001: 32 s. 968, Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»)», *Jussens Venner*, 2015 s. 287-309 (på s. 303) er kritisk til forarbeidenes konklusjon, men han kritiserer ikke avgjørelsen.

¹⁹⁸ jf. Ot.prp.nr.1 (1910) s. 63.

¹⁹⁹ Anders Bøhn, *Domstoloven: lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene: kommentarutgave*, 2.utgave, Oslo 2013 s. 546

²⁰⁰ Ot.prp.nr.55 (1997-1998) s. 41

²⁰¹ Schei mfl. s. 502

²⁰² Bøhn 2013 s. 572-573 med henvisninger til rettspraksis

sannsynligvis vil ødelegge vedkommendes sosiale liv. Likevel må vi huske på at bekjentskapskretsen til et menneske sjelden er den samme gjennom hele livet. U moralske handlinger kan ødelegge både venns- og kjærlighetsforhold, men disse kan like godt brytes opp av mer dagligdagse hendelser som at man flytter på seg eller får nye interesser. Selv om parten kan føle at han aldri vil få et like godt sosialt liv igjen kan ikke retten uten videre legge dette til grunn.

Det framstår mer urimelig å framlegge bevisplikt dersom man kan legge til grunn at omdømmetapet er såpass stort at bevispersonen vil ha store vansker med å etablere seg på nytt. Slike vansker er lettest å tenke seg der personen har tilknytningsvansker, og gjerne har lagt svært stor innsats i å opparbeide seg det sosiale livet han eller hun nå står i fare for å miste.

4 Trenger vi regelen om bevisfritak ved fare for vesentlig omdømmetap?

Som vi var inne på i innledningen kan en rettsak være en vond opplevelse. Tvistelovens mål om en materielt riktig dom vil nødvendigvis medføre at følsomme opplysninger kommer til overflaten. Når utgangspunktet går i retning av at alle steiner skal snus er det nesten ikke til å unngå at det dukker opp slike opplysninger.

Når hovedreglene om fri bevisføring og opplysningsplikt står såpass sterkt bør unntak være tilsvarende godt begrunnet. Regelens uklare ordlyd og mangelen på begrunnelse i forarbeidene etterlater tvil om i hvilken grad den er godt gjennomtenkt. Det som er av begrunnelse for den stammer fra teorien og er svært kortfattet.²⁰³

Regelens karakter av rettslig standard gjør den vanskelig å anvende. Det er på den andre siden også tilfellet med flere bestemmelser i kapittel 22. Tvl. § 22-11 andre ledd første pkt. viser for eksempel til «viktige samfunnsinteresser» og § 22-3 andre ledd andre pkt. til «allmenne interesser». Hva som regnes som viktige allmenne interesser vil, i likhet med moraloppfatningen i samfunnet, endre seg med tiden.

At bestemmelsen er lite brukt er ikke nødvendigvis en god begrunnelse for å fjerne den. Dette kan like godt komme av den vanskelige utformingen som nok er enda vanskeligere å trenge gjennom for ikke-jurister.

Departementet omgjorde § 22-9 til relativ fritaksgrunn fordi de mente «samfunnsutviklingen» talte mot en absolutt fritaksregel.²⁰⁴ Siden stortinget er demokratisk valgt kan forarbeidene gi uttrykk for en allmenn oppfatning.²⁰⁵

Omdømmekrenkelser, slik som i strl. 1902 § 247, er avkriminalisert. Det ble uttalt at omdømmekrenkelser fremdeles har en forankring i «den alminnelige rettsoppfatningen».²⁰⁶ Justisdepartementet kom likevel til at straff verken var en praktisk eller formålstjenlig sanksjon mot slike krenkelser.²⁰⁷

²⁰³ Schei mfl. s. 877

²⁰⁴ Prp. 51 s. 459

²⁰⁵ Se Skoghøys mindretallsvotum i Rt. 2009 s. 1412 S avsnitt 46

²⁰⁶ Prp. 22 s. 166

²⁰⁷ Prp. 22 s. 166

I erstatningsretten har vi skadeerstatningsloven § 3-6 a første ledd første pkt. som tar sikte på den som «uaktsomt setter fram en ytring som er egnet til å krenke en annens ... omdømme». Den som gjør dette risikerer å måtte betale erstatning jf. første ledd første pkt., og/eller oppreisning jf. første ledd andre pkt. Bestemmelsen ble vedtatt som en følge av at § 246 og 247 i straffeloven 1902 ikke ble videreført.²⁰⁸

Selv om skadeerstatningsloven § 3-6 a åpner for erstatningsansvar med omdømmekrenkninger, gjør avkriminaliseringen av æres- og omdømmekrenkninger, endringen av tvl. § 22-9 fra absolutt- til relativ bevisfritaksregel og forarbeidenes uttalelse om å, i utgangspunktet, se bort fra stilling og status i vurderingen etter § 22-9 inntrykk av at omdømmevernet står svakere i både lovgivningen og samfunnet nå enn tidligere.

Regelen vår kan bli påberopt i mange saker, men den høye terskelen for fritak gjør anvendelsesområdet svært snevert. Domstolen kan måtte bruke ressurser på å behandle mange tilfeller der løsningen nærmest er gitt på forhånd. Noen ganger, spesielt i saker med foreldede forbrytelser, kan det virke svært hardt å pålegge bevisplikt. Jeg er likevel sterkt i tvil om disse er tilstrekkelige som begrunnelse for å beholde regelen.

Hvis vi legger til grunn at en persons moralske omdømme fortjener rettslig vern, er det grunn til å se på om vi har andre regler som kan avhjelpe dette uten såpass drastiske følger som et bevisfritak er. Er det andre måter å redusere belastningen på?

I utgangspunktet forbyr § 22-6 første ledd første pkt. bevisføring om parter eller vitners «vandel, seksuelle atferd eller alminnelige troverdighet». Forbudet har imidlertid et snevert anvendelsesområde, siden bevis som tar sikte på den konkrete saken faller utenfor.²⁰⁹ Etter andre ledd første pkt. er hovedregelen at spørsmål om parten eller vitnet «har vært» straffet» blir stilt og besvart skriftlig. Andre ledd andre pkt. uttaler at samme fremgangsmåte «kan» brukes ved andre spørsmål om «parten eller vitnets person eller privatliv».

Tvl. § 21-7 første ledd uttaler at «partene» kun kan føre bevis «som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes». Bestemmelsen er begrenset til irrelevante bevis. At beviset er «perifert» eller av «liten betydning» er utilstrekkelig.²¹⁰ Tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b virker mer aktuell. I medhold av denne «kan» retten nekte bevisførsel som «ikke er egnet til å

²⁰⁸ Prp. 22 s. 167

²⁰⁹ Rt. 2014 s. 246 U

²¹⁰ Skoghøy 2014 s. 850, Schei mfl. s. 795 og Rt. 2013 s. 817 U (avsnitt 10)

styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig». Vi kan tenke oss at bevispersonen er sagt opp på grunn av gjentatte seksuelle tilnærmelser overfor kollegaer. I så fall vil retten kunne nekte motparten, i dette tilfellet arbeidsgiveren, å føre noen av vitnene.

Tvl. § 21-8 første ledd første pkt. uttaler at det skal være et «rimelig forhold» mellom tvistens betydning og omfanget av bevisføringen. Bestemmelsen er begrunnet i prosessøkonomiske hensyn.²¹¹ Man har først og fremst tenkt på partenes ressurser, men også domstolenes midler har betydning.²¹² Dersom «det er varslet» bevisføring som retten ser som uforholdsmessig, kan retten begrense denne, jf. første ledd andre pkt.

Av bestemmelsene som kan tjene samme funksjon som § 22-9 tredje ledd er det etter min mening størst grunn til å vektlegge muligheten for lukking av dørene etter § 22-12 andre ledd og dl. § 125. Å øke bruken av referatforbud, stengte dører og taushetsplikt kan være problematisk med tanke på prinsippet om offentlighet i rettspleien, men jeg ser det som lite problematisk i vårt tilfelle, siden området for § 22-9 tredje ledd er såpass lite.

Reglene om forhøyet beviskrav spiller inn. Hovedregelen er sannsynlighetsovervekt, men det er antatt i rettspraksis og teori at det gjelder et krav om «klar sannsynlighetsovervekt» ved «særlig belastende» faktum.²¹³ Rt. 2007 s. 1851 A gjaldt en tilsynssak mot en lege grunnet overgrep mot mindreårige før han ble autorisert. Forholdene var foreldet. Retten uttalte: «Jeg finner imidlertid at når det, som i denne sak, er tale om å legge til grunn eldre forhold av sterkt infamerende karakter, og disse forhold ikke har noen umiddelbar tilknytning til den aktuelle yrkesutøvelse, må det stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.» Dette kan motvirke at parten får skadet omdømmet på mangelfullt grunnlag.

Det er forståelig at den som har opptrådt umoralsk kan ha et sterkt ønske om å legge dette bak seg og la fortid være fortid. Det er likevel usikkert om bevisfritak er den rette veien å gå. Om en vil bli ferdig med saken kan en velge å ta tyren med hornene, vedgå det som skjedde og forsøke å gå videre i livet. Dagens informasjonssamfunn begrenser muligheten til å få lagt fullstendig lokk på slike opplysninger. Ofte vil de komme for en dag, før eller siden. Jeg ser det slik at tvistelovens bevisfritaksregel for sosialt omdømme har såpass mange problematiske sider at den bør oppheves.

²¹¹ NOU 2001: 32 s. 950

²¹² NOU 2001: 32 s. 950

²¹³ Rt. 1990 s. 688 A (tapt forsikringspremie grunnet fyllekjøring), Rt. 1999 s. 1363 A (Karmøysaken). Rt. 2007 s. 1851 A, Rt. 2014 s. 1161 A avsnitt 21-25, Hov 2010 s. 1155-1156, Mæland 2013 s. 198, Skoghøy 2014 s. 896-897, Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 3. utgave, Bergen 2015 s. 280-281

Registre

Litteraturliste med forkortelser:

- Bøhn 2013 Bøhn, Anders, *Domstolloven: lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene: kommentarutgave*, 2.utgave, Oslo 2013
- Falkanger, Thor, «Utilbørighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9», *Jussens Venner*, 1998 s. 105-131
- Gomard mfl. (red.) Gomard, Bernhard, Møller, Jens, Talevski, Oliver og Thønnings, Peter (red.) *Kommenteret retsplejelov : Bruxelles I-forordning : lov om rettens pleje, jf. lovbekendtgørelse nr. 1008 af 24. oktober 2012*, Bind I, 9. udgave, København 2013
- Hjort, Maria Astrup, godkjent merknad for alle, merknad skrevet til tvl. § 21-4, lovdata pro, 28. oktober 2009 (sjekket 1. desember 2015)
- Hjort 2015 Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker: særlig om digitale bevis*, Oslo 2015
- Hov 2010 Hov, Jo, *Rettergang, I og II*, 2. utgave, Oslo 2010
- Lindell 2012 Lindell, Bengt, *Civilprocessen: Rättegång samt skiljeförfarande och medling*, 3. upplag, Uppsala 2012 s. 21-22
- Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*, Bergen 2010
- Mæland 1986 Mæland, Henry John, *Æreskrenkelser*, Bergen 1986
- Mæland 2013 Mæland, Henry John, *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave, Bergen 2013
- Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utgave, 2015
- Reusch, Christian H.P; med assistanse av Steinsvik, Kine, Note 1169 til tvl. § 22-9, rettsdata.no, sist hovedrevidert 19.01.2014, (skrevet ut 03.12.15)

- Ristvedt, Per M. og Tørum, Amund Bjøranger, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2015 s. 103-178
- Schei 1998 Schei, Tore, *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6 1915 : med kommentarer: B. 2 : §§ 183-486*, 2. bind, 2. utgave, Oslo 1998 s. 704
- Schei mfl. Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian H.P., Øie, Toril M., *Tvisteloven: (Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister), Kommentartutgave 2. utgave , Bind I-II*, Oslo 2013
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2008
- Skoghøy 2014 Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave, Oslo 2014
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger («reelle hensyn»)», *Jussens Venner*, 2015 s. 287-309
- Strandberg 2011 Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181
- Strandberg 2012 Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker, en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Bergen 2012
- Strandberg, Magne, «Bevisrettens sannhetsmålsetning» i *Festskrift till Christian Diesen*, Simon Andersson og Katrin Lainpelto (red.), Stockholm 2014 s. 467-491

Westberg 2010	Westberg, Peter, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål, Stockholm 2010
Westberg 2013	Westberg, Peter, <i>Civilrättskipning</i> , Andra upplagan, Stockholm 2013
Øyen 2010a	Øyen, Ørnulf, «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?», <i>Lov og Rett</i> , 2010 s. 423-438
	Ørnulf Øyen, <i>Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen</i> , Bergen 2010
Forarbeider:	
	Ot.prp. nr. 1 (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal
NOU 2001: 32	NOU 2001: 32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven) Bind A og B
Prp. 22	Ot. prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov og endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)
Prp. 51	Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
	Ot.prp. nr. 55 (1997-1998) Om lov om endringer i rettergangslovene m.m (kildevern og offentlighet i rettspleien)
	Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)
Lover	
	Lov 1 juli 1887 om Rettergangsmaaden i straffesager
strl. 1902	Almindelig borgerlig Straffelov 22 mai 1902 nr. 10 (straffeloven 1902)

dl.	Lov 13 august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
tvml.	Lov 13 august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
ekteskapslov 1918	Lov 31 mai 1918 nr. 2 om indgaaelse og opløsning av egteskap Lov 13 juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven)
	Lov 3 mars 1972 nr. 5 om arv m.m (arvelova)
	Lov 8 april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)
strpl.	Lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)
strl.	Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)
tvf.	Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Utenlandske lover

Rättegångs balk 1734/4

rättegångsbalk Lov 18 juli 1942:740 rättegångsbalk

retsplejelov lov om rettens pleje jf. Lovbekendtgørelse 16 november 2015 (retsplejelov)

Øvrige forkortelser

NOU Norges offentlige utredninger

Ot.prp. Odelstingsproposisjon

Rt Norsk Retstidende

Tvistemålsutvalget Utvalg opprettet ved kgl. res. 9. april 1999 for gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker. Utvalget la fram

innstillingen 20. desember 2001 og denne er trykt som NOU 2001: 32 A og B.

NJA Nytt juridisk arkiv
A Høyesterett i avdeling
S Storkammeravgjørelse fra Høyesterett
U Avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg/kjæremålsutvalg (før tvisteloven)

Rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1908 s. 623 U

Rt. 1958 s. 276 A

Rt. 1970 s. 1547 U

Rt. 1976 s. 239 A

Rt. 1978 s. 859 A

Rt. 1984 s. 1113 A

Rt. 1986 s. 1170 U

Rt. 1987 s. 1134 U

Rt. 1990 s. 688 A

Rt. 1991 s. 790 U

Rt. 1992 s. 64 A

Rt. 1992 s. 1691 U

Rt. 1995 s. 289 A

Rt. 1998 s. 2001 A

Rt. 1999 s. 1363 A

Rt. 2005 s. 1322 A

Rt. 2007 s. 1851 A

Rt. 2008 s. 1481 U

Rt. 2009 s. 1412 S

Rt. 2009 s. 1480 U

Rt. 2010 s. 584 A

Rt. 2012 s. 1035 A

Rt. 2013 s. 817 U

Rt. 2014 s. 246 U

Rt. 2014 s. 1161 A

Rt. 2015 s. 1012 A

HR-2015-1452-U

Lagmannsrettene

LB-2008-186582 (Borgarting)

Høgsta domstolen

NJA 1952 s. 262

NJA 1985 s.744