

Skriftlige forklaringer som bevis

Tvisteloven § 21-12

Kandidatnr: 151348

Leveringsfrist: 15. desember 2007

Til sammen 11855 ord

10.12.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	EMNET OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	OMFANG OG AVGRENSNINGER	2
1.3	OPPLEGGET FREMOVER	3
<u>2</u>	<u>KOMPARATIVT UTSYN</u>	<u>3</u>
2.1	DANMARK	3
2.2	SVERIGE	4
2.3	FINLAND	5
<u>3</u>	<u>HISTORIKK OG LEGISLATIVE HENSYN</u>	<u>6</u>
3.1	HISTORIKK	6
3.2	LEGISLATIVE HENSYN BAK BESTEMMELSEN	7
<u>4</u>	<u>ANALYSE AV TVL. § 21-12</u>	<u>8</u>
4.1	INNLEDNING	8
4.2	HVA SLAGS DOKUMENTER OMFATTES AV REGLENE § 21-12 (1)?	9
4.3	HVA SLAGS TYPE DOKUMENTER OMFATTES AV REGLENE I § 21-12 (2)?	9
4.3.1	DET MÅ VÆRE EN "SKRIFTLIG FORKLARING"	9
4.3.2	"I SAKEN"	11
4.3.3	UTTALELSER OG VEDTAK FRA KONFLIKTLØSNINGSORGANER	16
4.3.4	FORKLARINGER SOM STAMMER FRA EN TIDLIGERE STRAFFESAK	18
4.3.5	FORKLARINGER FRA FORVALTNINGSMYNDIGHETER	18
4.3.6	JURIDISKE BETENKNINGER	21
4.3.7	UTTALELSER FRA INTERNASJONALE ORGANER OG ORGANISASJONER	22
4.3.8	HJELPEDOKUMENTER	24
4.3.9	OPPLYSNINGER FRA REGISTRE, KURANTE ERKLÆRINGER MM.	26
4.4	NÅR KAN EN SKRIFTLIG FORKLARING I SAKEN FØRES SOM BEVIS?	27
4.4.1	INNLEDNING	27
4.4.2	PARTENE ER "ENIGE OM DET"	28
4.4.3	DET "GIS ADGANG TIL Å AVHØRE DEN SOM HAR GITT FORKLARINGEN", MEN FORKLARINGEN KAN IKKE FØRES FØR DET ER "KLART AT VEDKOMMENDE MØTER"	29
4.4.4	KAN BEVISET FØRES SELV OM DE OVENNEVNTE VILKÅR IKKE ER OPPFYLT?	30
4.4.5	FØLGENE AV AT INGEN AV DE OVENNEVNTE VILKÅR ER OPPFYLT	31
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>33</u>

1 Innledning

1.1 Emnet og problemstilling

Emnet for denne oppgaven er § 21-12 i Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) fra 2005, som gir regler for bruk av skriftlige forklaringer som bevis. Bestemmelsen står i kapittel 21, som oppstiller de alminnelige regler for bevisførsel, og lyder som følger:

(1) Skriftlig erklæring i saken fra sakkyndig etter § 25-5 kan føres som bevis.

(2) Skriftlig forklaring i saken fra andre kan føres som bevis hvis partene er enige om det, eller hvis de gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen. Beviset føres ikke før det er klart at vedkommende møter. Hvis det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen, kan den føres som bevis hvis det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1.

I tvistemålsloven fra 1915 fremgikk reglene om utenrettslige forklaringer som bevis av § 197:

Utenrettslige forklaringer eller erklæringer, som andre end opnævnte sakkyndige har avgitt i anledning av saken, kan bare brukes, naar retslig avhørelse ikke kan foretages, eller naar motparten samtykker. Sakkyndige erklæringer innhentet av Forbrukerrådet eller Markedsrådets utvalg for forbrukertvister til bruk ved behandlingen av tvist i forbrukerkjøp kan dog benyttes.

Med mindre det på forhånd er på det rene at vilkårene etter første ledd er til stede, må utenrettslige forklaringer eller erklæringer som der nevnt ikke sendes inn til retten. Forklaringer og erklæringer som ikke kan brukes, skal av dommeren straks tas ut av sakens dokumenter og sendes tilbake til vedkommende part.

Spørsmålet om et dokument må karakteriseres som en utenrettslig forklaring eller erklæring etter tvml. § 197 har ofte vært et tvistetema i rettssaker. Bestemmelsen har

altså hatt stor betydning i praksis. Det er derfor av interesse å se nærmere på den nye regelen om skriftlig forklaringer i tvl. § 21-12.

Oppgavens hovedproblemstilling er å avgjøre i hvilke tilfeller det foreligger en skriftlig forklaring i saken, og når en slik forklaring kan føres som bevis i sivile saker. Formålet med oppgaven er å gjøre rede for hvordan rettstilstanden på dette området endres når tvisteloven trer i kraft den 1. januar 2008.

1.2 Omfang og avgrensninger

Tvl. § 21-12 (1) om skriftlig erklæring fra sakkyndig viderefører regelen i tvml. § 197 om at slike erklæringer fritt kan fremlegges. I forhold til skriftlige forklaringer fra andre snus imidlertid hovedregelen på hodet. Utgangspunktet etter tvml. § 197 var at slike forklaringer *ikke* kunne føres som bevis, mens de etter tvl. § 21-12 (2) som hovedregel *kan* føres. I og med at § 21-12 (1) er en klar og entydig regel vil hovedfokuset i denne oppgaven rettes mot bestemmelsens 2. ledd.

Til tross for at tvl. § 21-12 på mange måter bryter med regelen i tvml. § 197 videreføres samtidig rettstilstanden etter sistnevnte bestemmelse på flere områder, bl.a. med hensyn til hva en ”skriftlig forklaring” er og når en slik forklaring er avgitt ”i saken”. Rettspraksis og juridisk teori knyttet til tvml. § 197 er følgelig sentrale rettskilder for forståelsen av tvl. § 21-12, og utgjør derfor en viktig del av oppgaven.

Oppgaven avgrenses mot å redegjøre for andre former for dokumentbevis enn dem som knytter seg til skriftlige forklaringer, samt mot andre vitneavhør eller partsforklaringer enn dem som foretas i tilknytning til en skriftlig forklaring. Sakkyndiges rolle i rettsaker utover deres avgivelse eller utarbeidelse av skriftlige forklaringer vil heller ikke bli behandlet. Når det gjelder det komparative utsynet begrenser jeg dette til å omfatte rettsreglene i Danmark, Sverige og Finland. Disse nabolandenes rettssystemer har større likheter med vårt eget enn andre europeiske land, og en sammenligning av reglene om skriftlige forklaringer kan derfor foretas uten å måtte gå nærmere inn på grunnleggende trekk ved de ulike landenes prosessregler.

1.3 Opplegget fremover

I neste kapittel vil jeg foreta et kort komparativt utsyn til andre nordiske lands rettsregler om skriftlige forklaringer. I kapittel 3 redegjøres det for historikken bak tvisteloven generelt og § 21-12 spesielt, samt de legislative hensyn bak bestemmelsen. I oppgavens hoveddel, kapittel 4, foretas en nærmere analyse av tvl. § 21-12, med hovedvekt på bestemmelsens andre ledd. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 sammenfatte noen de lege ferenda-betraktninger og tanker om hvordan den nye bestemmelsen kan komme til å fungere i praksis.

2 Komparativt utsyn

2.1 Danmark

Ifølge dansk rett skal sakkyndige ("syns-" eller "skønsmand") som er oppnevnt av retten i medhold av retsplejeloven¹ § 196 avgi en skriftlig erklæring til retten, jf. § 204. Dette tilsvarer til en viss grad den norske regelen i tvl. § 25-5, selv om retten etter denne bestemmelsen kan bestemme at den sakkyndige ikke behøver å avgi skriftlig erklæring. Dersom partene ønsker det, kan de(n) sakkyndige etter dansk rett avhøres om innholdet av erklæringen i retten.²

Tidligere hadde retsplejeloven ingen konkrete bestemmelser knyttet til bevisførsel av skriftlige forklaringer fra andre enn rettsoppnevnte sakkyndige. Det var opp til rettens skjønn i den enkelte sak om slike dokumenter skulle tillates fremlagt. Normalt ble ikke erklæringer fra private sakkyndige som var innhentet etter at rettssak var anlagt eller kunne forutses, tillatt fremlagt dersom motparten protesterte mot fremleggelse.³ I "Lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love" fra 8. juni 2006 fikk imidlertid retsplejeloven et tillegg om skriftlige forklaringer i § 297, som i dag lyder:⁴

¹ Lov nr. 90 af 11. april 1916 om rettens pleje.

² Smith (2000) s. 175.

³ ibid. s. 176.

⁴ Jf. Lovbekendtgørelse nr. 1261 af 23. oktober 2007.

Retten kan tillade, at der indhentes en skriftlig erklæring fra en part eller fra en person, der ville kunne afhøres som vidne under sagen, hvis det findes ubetænkeligt. Før retten træffer afgørelse efter 1. pkt., skal modparten have adgang til at udtale sig om spørgsmålet.

Etter denne bestemmelsen vil det fortsatt i stor grad være opp til rettens skjønn om slike dokumenter skal tillates fremlagt. I motsetning til tvl. § 21-12 (2) er det verken et vilkår at motparten samtykker, eller at det aktuelle vitnet kan avhøres. En forutsetning for fremleggelse er imidlertid at det finnes ”ubetænkeligt”. Etter tvistelovens ikrafttredelse vil adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer som bevis i utgangspunktet være større i Norge enn i Danmark. Dette fordi hovedregelen etter tvl. § 21-12 (2) er at fremleggelse er tillatt, mens fremleggelse må finnes ”ubetænkeligt” etter dansk rett, samt at avgjørelsen er opp til rettens skjønn slik at det ikke gjelder noen presumsjon for fremleggelse.

2.2 Sverige

Etter den svenske rättegångsbalkens (1942:740) 40:7 skal rettsoppnevnte sakkyndige avgi en ”skriftlig utlåtande” til retten. Senere skal den sakkyndige avhøres i retten dersom en av partene krever det og ”hans hörande ej uppenbart saknar betydelse eller om rätten eljest finner det erforderligt”, jf. rättegångsbalkens 40:8.

Ifølge rättegångsbalkens 35:14 kan en utenrettslig forklaring i saken fra andre enn sakkyndige bare føres som bevis i følgende tilfeller:

- 1. om det är särskilt föreskrivet,*
- 2. om förhör med den som lämnat berättelsen inte kan hållas vid eller utom huvudförhandling eller i övrigt inför rätten eller*
- 3. om det finns särskilda skäl med hänsyn till de kostnader eller olägenheter som ett förhör vid eller utom huvudförhandling kan antas medföra, vad som kan antas stå att vinna med ett sådant förhör, berättelsens betydelse och övriga omständigheter.*

Norsk og svensk rettsstilstand på området er etter dette forholdsvis lik så lenge tvml. § 197 gjelder, selv om punkt 3 i rättegångsbalkens 35:14 gjør adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer i noe videre Sverige. Når regelen i tvl. § 21-12 tar til å gjelde 1.

januar 2008 vil derimot fremleggelsesadgangen for skriftlige forklaringer være videre i Norge enn i Sverige. Den 1. november 2008 får den svenske 35:14 imidlertid et nytt annet ledd, som tillater fremleggelse av en skriftlig forklaring dersom ”parterna godtar det och det inte är uppenbart olämpligt” Svensk rett vil etter dette fortsatt være noe mer restriktiv enn tvl. § 21-12 (2), men like fullt mer åpen for føring av slike bevis enn etter dagens regler.

2.3 Finland

Sakkyndige som er oppnevnt etter reglene i den finske Rättegångs Balk⁵ kapittel 17 44 § skal ifølge 50 § i utgangspunktet avgi en skriftlig redegjørelse til retten, og siden ”*muntligen höras av domstolen, om en part så yrkar och det är uppenbart att det inte saknar betydelse att han hörs, eller om domstolen anser det vara nödvändigt att han hörs*”

Når det gjelder skriftlige forklaringer fra andre enn rettsoppnevnte sakkyndige bestemmer den finske Rättegångs Balk kapittel 17, 11 § at

”Om inte annat stadgas i lag, får såsom bevis vid domstol inte åberopas

1) skriftlig berättelse av privat natur, som någon med anledning av redan inledd eller förestående rättegång har avgivit, om inte domstolen av särskilda skäl beslutar tillåta det”

I og med at denne regelen åpner for at domstolen i spesielle tilfeller kan tillate at slike forklaringer føres som bevis, er finsk rett noe mindre restriktiv enn norsk rett frem til 1. januar 2008. Imidlertid vil finsk rett være mest restriktiv av alle de nordiske landenes rett når tvl. § 21-12 trer i kraft i Norge, og den svenske rättegångsbalken 35:14 får et nytt annet ledd den 1. november 2008.

⁵ Rättegångs Balk 1.1.1734/4.

3 Historikk og legislative hensyn

3.1 Historikk

Tvistemålsloven fra 1915 avløste en prosessordning for sivile saker som var skriftlig og bevismiddelbar i de lavere rettsinstanser. Partene forklarte seg skriftlig om så vel faktum som juss, og dommene ble avsagt på bakgrunn av dette skriftlige materialet. Ved å innføre muntlige forhandlinger og bevisumiddelbarhet for alle rettsinstanser reformerte Tvistemålsloven dette systemet fullstendig. Reglene i tvistemålsloven tillot følgelig i mindre grad skriftlighet og bevismiddelbarhet – lovgiverne ønsket å bryte med den tidligere prosessordningen. I likhet med andre bestemmelser i tvml. ga § 197 uttrykk for en restriktiv holdning til skriftlighet, nærmere bestemt til fremleggelse av utenrettslige forklaringer som bevis for domstolen.

Tvistemålsloven trådte først i kraft i 1927. Mot slutten av 1900-tallet var flere av bestemmelsene blitt utdatert, og loven ble kritisert for å medføre altfor tids- og kostnadskrevende rettssaker. Prosessordningen var rigid og for lite tilpasset den enkelte sak – blant annet ble flere av reglene om bruk av skriftlig materiale oppfattet som for restriktive. I juridisk teori ble det tatt til orde for å myke opp reglene i forhold til skriftlighet, herunder reglene om utenrettslige forklaringer.⁶ Denne oppfatningen eksisterte også blant praktiserende jurister – flere ønsket en større adgang til å fremlegge utenrettslige forklaringer, særlig fra vitner i underrettene.⁷ I praksis var nok også domstolene mer positivt innstilt til utenrettslige forklaringer enn det ordlyden i tvml. § 197 åpnet for. I retningslinjene til Borgarting lagmannsrett for behandling av sivile ankesaker, punkt 2, ble det nærmest oppfordret til bruk av slike forklaringer:

”Når det gjelder avgrensede vitneforklaringer kan det være hensiktsmessig at partene blir enige om fremleggelse av en skriftlig erklæring fra vitnet – jf. tvml. § 197 – og slik at vitnet eventuelt gir en supplerende forklaring direkte for den dømmende rett”.

Tvistemålsutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon den 9. april 1999. Utvalgets mandat bestod i korte trekk av å ”vurdere reformer innen sivilprosessen, i første rekke

⁶ Skoghøy (2001) s. 634.

⁷ Se Christian Elind, ”Muntlighet i norsk sivilprosess”, studentavhandling ved UiO våren 2004. Elinds utvalg av advokater som ble spurt om deres oppfatning av muntlighet i norsk sivilprosess bestod kun av 15 personer fra Oslo-distriktet, men kan antas å ha gitt uttrykk for en gjengs oppfatning blant praktiserende jurister.

med sikte på å utarbeide en ny tvistemålslov”.⁸ Utvalget fremla NOU 2001:32 ”Rett på sak” med utkast til ny tvistelov den 20. desember 2001. Justis- og politidepartementet avga sin innstilling til ny tvistelov den 4. mars 2005, og innstilling til Odelstinget ble lagt frem den 1. juni samme år. Loven ble vedtatt i Odelstinget og i Lagtinget henholdsvis 6. og 14. juni. Loven ble sanksjonert av Kongen i statsråd 17. juni 2005, og iverksettes 1. januar 2008.⁹

Til tross for at tvisteloven også bygger på et muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsipp er den generelt mer åpen for bruk av skriftlig materiale. Dette gjenspeiles i Tvistemålsutvalgets forslag til ny regel om skriftlige forklaringer som bevis, jf. § 24-12. Forslaget var tilnærmet identisk med den regelen som senere ble vedtatt i tvl. § 21-12. Opprinnelig inneholdt forslaget et vilkår om at det ikke måtte være ”betenkelig av hensyn til sakens opplysning” å bruke en skriftlig forklaring som bevis. Vilkåret ble imidlertid sløffet under behandlingen i departementet, idet det etter departementets mening ikke var behov for en slik ”sikkerhetsventil” når avgiveren av forklaringen kan avhøres.¹⁰ Tv. § 21-12 ble sanksjonert i sin nåværende form sammen med resten av tvisteloven den 17. juni 2005.

3.2 Legislative hensyn bak bestemmelsen

Bakgrunnen for at Tvistemålsutvalget kom med forslaget til en ny regel om skriftlige forklaringer som bevis, var at tvml. § 197 etter utvalgets mening gikk altfor langt i å forby fremleggelse av skriftlige forklaringer.¹¹ Ifølge utvalget ville en oppmykning av dette forbudet føre til at den muntlige tilleggsforklaringen kunne konsentreres om de viktigste punktene i forklaringen, siden motparten og domstolen på forhånd da vil ha fått anledning til å sette seg inn i den. Følgelig ville en også spare så vel tid som omkostninger, noe som var to av hovedformålene med den nye tvisteloven. En slik kombinasjon av skriftlighet og muntlighet ville ifølge utvalget særlig være hensiktsmessig i større og mer kompliserte saker, hvor forklaringer fra for eksempel sakkyndige ofte kan være både omfattende og kompliserte.

⁸ Jf. kongelig resolusjon 9. april 1999, gjengitt i NOU 2001:32 s. 81.

⁹ Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 58.

¹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208.

¹¹ NOU 2001:32 s. 466.

Samtidig var det viktig for utvalget at den nye regelen om skriftlige forklaringer ivaretok hensynet til forsvarlighet og kontradiksjon.¹² Derfor ble det satt som vilkår for å legge frem en skriftlig forklaring at motparten og retten ble gitt anledning til å avhøre den som hadde avgitt den aktuelle forklaringen.

Departementet sluttet seg til disse synspunktene i Ot. prp. nr. 51 (2004-2005). Det at retten får mulighet til å sette seg inn i en (ofte komplisert) forklaring på forhånd ville etter departementets mening både styrke rettens forståelse for saken og være en fordel for saksstyringen, både under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen.¹³ Ved at den som har avgitt forklaringen som oftest må avhøres under hovedforhandlingen blir muntlighetsprinsippet langt på vei videreført, om enn ikke i like stor grad som etter tvml. § 197.

4 Analyse av tvl. § 21-12

4.1 Innledning

Kapittel 21 i tvisteloven har tittelen ”Alminnelige regler om bevis”. Reglene om skriftlige forklaringer som bevis i tvl. § 21-12 gjelder derfor bevisførsel i sin alminnelighet knyttet til de faktiske forhold i saken, både bevis som skal benyttes under hovedforhandlingen og under saksforberedelsen. Bevis for rettssetninger omfattes ikke av reglene i kapittel 21, se pkt. 4.3.4.

Som hovedregel skal sakkyndige og vitner avgi muntlig forklaring for retten i saker som behandles muntlig, jf. tvl. § 21-9. Tvl. § 21-12 åpner imidlertid for at også *skriftlige* forklaringer fra sakkyndige og vitner kan føres som bevis på visse nærmere vilkår. Slike forklaringer faller innunder kategorien realbevis, nærmere bestemt dokumentbevis, jf. tvl. § 26-1. Dokumentbevis fremlegges som kopier ved prosesskrift til retten under saksforberedelsen, for senere å føres og gjennomgås i original form under selve rettssaken, jf. tvl. § 26-2.

¹² NOU 2001:32 s. 466.

¹³ Ot.prp. nr. 51(2004-2005) s. 208.

4.2 Hva slags dokumenter omfattes av reglene § 21-12 (1)?

Etter § 21-12 (1) kan ”skriftlig erklæring fra sakkyndig” etter § 25-5 føres som bevis. Dersom den aktuelle erklæringen gis av en person som er oppnevnt av retten i medhold av tvl. kapittel 25, altså en *rettsoppnevnt* sakkyndig, kan erklæringen fritt fremlegges for retten. Dette tilsvarer tvistemålslovens regel om erklæringer fra rettsoppnevnte sakkyndige i tvml. § 197, jf. kapittel 18 i samme lov. Både etter tvistemålsloven og tvisteloven anses det altså uproblematisk at skriftlige forklaringer fra rettsoppnevnte sakkyndige føres som bevis. Bakgrunnen for dette er at sakkyndige uttaler seg om kompliserte saksforhold, som normalt vil kunne fremstilles bedre og mer oversiktelig skriftlig enn muntlig. I tillegg er en rettsoppnevnt sakkyndig uavhengig av partene i saken, slik at faren for bevisst eller ubevisst påvirkning er minimal.

Dersom en av partene har engasjert en sakkyndig på egne vegne forklarer han eller hun seg som vitne i saken, jf. tvl. § 25-6. En sakkyndigrapport fra vedkommende vil være å regne som en ”skriftlig forklaring” etter § 21-12 (2). Forklaringen kan da bare føres som bevis dersom vilkårene i denne delen av bestemmelsen er oppfylt.

4.3 Hva slags type dokumenter omfattes av reglene i § 21-12 (2)?

4.3.1 Det må være en ”skriftlig forklaring”

En ”skriftlig forklaring” er en redegjørelse fra et vitne knyttet til det omtvistede saksforholdet. Vitnet kan være så vel en av partene som en tredjemann,¹⁴ og redegjørelsen kan både dreie seg om faktiske opplysninger og vurderinger. Formuleringen erstatter ”utenrettslige forklaringer og erklæringer” i tvml. § 197, men tvistemålsutvalget mente ikke å forandre bestemmelsens virkeområde ved denne språklige endringen.¹⁵ Følgelig får bestemmelsen fortsatt anvendelse på alle typer skriftstykker, inkludert brev, dagboknotater og lignende.¹⁶ Lydopptak av forklaringer må også anses å falle innunder bestemmelsen.¹⁷ Det samme gjelder videoopptak, forutsatt at det er budskapet eller innholdet av opptaket som utgjør beviset – ikke

¹⁴ Aasland (1984). s. 247.

¹⁵ NOU 2001:32 s. 955.

¹⁶ Aasland (1984) s. 246.

¹⁷ Schei (1998) s. 663.

egenskaper ved lagringen eller selve videoen.¹⁸ Så lenge det dreier seg om en forklaring avgitt eller utarbeidet utenfor noen form for rettsmøte er dette altså en skriftlig forklaring, uavhengig av hva slags medium forklaringen er bevart på.

Isolert sett kunne ordlyden ”erklæringer” i tvml. § 197 tilsi at også dispositive utsagn var ment omfattet.¹⁹ Formuleringen finnes ikke lenger i tvl. § 21-12 (2), men som vist ovenfor, tilsiktet ikke utvalget å endre bestemmelsens virkeområde. Spørsmålet i det følgende er om dispositive utsagn faller innunder formuleringen ”skriftlig forklaring”.

Det fremgår av rettspraksis og teori knyttet til tvml. § 197 at dispositive utsagn ikke var omfattet av fremleggelsesforbudet i denne bestemmelsen.²⁰ I og med at bestemmelsens virkeområde ikke er ment endret faller dispositive utsagn heller ikke innunder regelen i tvl. § 21-12 (2). Hva som er et dispositivt utsagn vil imidlertid ikke alltid være like klart. I Rt. 1993 s. 1071 var spørsmålet om en avtale som presiserte hvordan en tidligere avtale skulle forstås, falt innunder bevisforbudet i tvml. § 197. Det avgjørende var om avtalen var et dispositivt utsagn. Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at

”den ankende part er avskåret fra å legge fram utenrettslige erklæringer som bevis for hvordan han og hans mor forstod den opprinnelige avtalen. På den annen side kan den ankende part fremlegge avtale som går ut på at den opprinnelige avtale omgjøres. Det samme må gjelde en avtale som presiserer innholdet av den opprinnelige – utvalget forutsetter da at den nye avtale gir uttrykk for en rettslig disposisjon mellom partene og ikke bare presiserer partenes opprinnelige mening.”

Kjennelsen illustrerer grensegangen mellom når noe må regnes som en ny avtale, og følgelig er et dispositivt utsagn, og når det kun dreier seg om en type erklæring uten dispositiv virkning av noe slag. At tilleggs- og endringsavtaler gir uttrykk for rettslige disposisjoner – er dispositive utsagn – og faller dermed utenfor forbudet i tvml. § 197 er etter kjennelsen på det rene. Det samme gjelder for avtaler av blandet karakter:

”Hvis avtalen er av blandet karakter ved at den dels kan sies å inneholde rettslige disposisjoner, dels utsagn om hvordan partene oppfattet den opprinnelige avtalen er det etter utvalgets mening riktig å tillate den fremlagt.”

¹⁸ Se Rt. 2003 s. 926.

¹⁹ Et dispositivt utsagn er et ”utsagn som fremtrer som bestemt til å skape rettsvirkninger i form av rettigheter og/eller plikter for den som avgir utsagnet og/eller andre”, jf. Gisle m.fl. (2007) s. 63.

²⁰ Skoghøy (2001) s. 639.

En slik avtale vil følgelig være å anse som et dispositivt utsagn og faller verken innunder tvml. § 197 eller tvl. § 21-12. En forutsetning for dette er ifølge utvalget likevel at avtalen ikke ”tillegges bevismessig betydning for spørsmålet om partenes opprinnelige oppfatning”.

Dersom det er tvil om et dokument er et dispositivt utsagn eller ikke, vil det antakelig være mest riktig at retten tillater det fremlagt under hovedforhandlingen slik at en der kan avgjøre spørsmålet. På denne måten får begge parter anledning til full kontradiksjon om spørsmålet og det blir derfor en mer betryggende behandling.

4.3.2 ”i saken”

En forutsetning for at en skriftlig forklaring skal omfattes av regelen i § 21-12 (2) er at den er avgitt ”i saken”. Denne formuleringen bygger på vilkåret ” i anledning saken” i tvml. § 197, og skal ifølge forarbeidene forstås på samme måte.²¹ I det følgende vil de rettsregler som kan utledes av rettspraksis og juridisk teori knyttet til tvml. § 197 følgelig gjelde i like stor grad når det skal avgjøres om en forklaring er avgitt ”i saken” etter tvl. § 21-12 (2). Siden tvisteloven i utgangspunktet åpner for at skriftlige forklaringer *kan* fremlegges er det ikke av like stor betydning å avgjøre om en forklaring er avgitt ”i saken” som det var etter tvistemålsloven. Imidlertid vil det like fullt fortsatt være av interesse, siden partene da kan fremlegge de forklaringer de ønsker, uavhengig av vilkårene i § 21-12 (2) om samtykke fra motparten eller vitneavhør fra den som har avgitt forklaringen.²²

Når er så en forklaring avgitt ”i saken”?

Isolert sett tyder formuleringen ”i saken” på at vilkåret tilsikter å ramme alle forklaringer som er avgitt i forbindelse med den tvist rettssaken dreier seg om. På bakgrunn av rettspraksis knyttet til tvml. § 197 sitt vilkår ”i anledning saken” er det imidlertid klart at vilkåret ikke favner så vidt. I Rt. 1972 s. 831 uttalte kjæremålsutvalget at

²¹ NOU 2001:32 s. 954.

²² NOU 2001:32 s. 954-955.

”det bare er ”utenrettslige forklaringer eller erklæringer” som må anses avgitt i anledning av selve rettssaken som rammes, herunder også forklaringer mv. som er innhentet på et tidligere tidspunkt særskilt med sikte på å kunne brukes i et planlagt søksmål.”

I Rt. 1981 s. 681 videreutvikles denne tolkningen. Kjæremålsutvalget uttaler her at tvml. § 197 bare gjelder ”utenrettslige erklæringer som er avgitt i anledning av eller med tanke på en verserende rettssak.”

Formålet med å avgi en forklaring blir etter dette det avgjørende i forhold til om forklaringen skal anses avgitt ”i saken”, jf. tvl. § 21-12 (2). Dersom forklaringen ble avgitt eller innhentet med det formål å tjene som bevis i en verserende eller mulig fremtidig rettssak er den avgitt ”i saken”. Det samme gjelder dersom formålet var å bruke forklaringen til å forberede en rettssak²³, og det er tilstrekkelig at enten avgiveren eller innhenteren var klar over den tilsiktede bruk.²⁴ Imidlertid er det etter dette altså ikke tilstrekkelig at forklaringen kun er avgitt eller innhentet *i forbindelse* med den tvisten som er oppe i domstolene, dersom verken avgiveren eller innhenteren hadde det mål for øye å bruke den som bevis i en eventuell rettssak. Skriftlig materiale som utarbeides uten tanke på å skulle brukes i en senere rettssak faller dermed ikke innunder tvl. § 21-12 (2). Dette kan være svært ulikt materiale; alt fra dagboknotater og lydopptak til korrespondanse mellom partene før forlikssklage tas ut.²⁵

Det fremgår av praksis at selv om et av formålene med å innhente den aktuelle forklaringen var å anvende den i en mulig rettssak, er det ikke dermed gitt at forklaringen er avgitt i saken. I Rt. 2002 s. 637 var spørsmålet om en uttalelse fra Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser var avgitt ”i anledning saken”, jf. tvml. § 197. Uttalelsen var innhentet før stevning var tatt ut, men på et tidspunkt hvor muligheten for at en ikke ville oppnå en minnelig løsning var forholdsvis stor. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at uttalelsen ble innhentet med sikte på flere formål:

”Den kjærende part ønsket å avklare sin rettslige posisjon og eventuelt styrke muligheten for en minnelig løsning og – om dette skulle slå feil – å benytte uttalelsen i den rettssak det da ville bli tale om. Det kan etter utvalgets syn vanskelig legges til grunn at det siste formålet er så dominerende at uttalelsen må anses å være innhentet i anledning søksmålet... Uttalelsen

²³ Skoghøy (2001) s. 634.

²⁴ Se RG 1963 s. 620 Eidsivating og RG 1972 s. 290 Oslo skjønnsrett.

²⁵ Se Rt. 1960 s. 1398 og Rt. 1971 s. 767 hvor korrespondanse mellom partene forut for saksanlegget ikke ble ansett avgitt ”i anledning saken” idet formålet bak korrespondansen ikke var at den skulle tjene som bevis i en senere rettssak.

rammes da ikke av tvistemålsloven § 197, og kan legges frem uten hinder av denne bestemmelsen.”

Det følger av denne avgjørelsen at dersom det er flere formål bak innhentelsen av en forklaring, anses forklaringen bare avgitt i saken dersom *det dominerende formålet* med innhentelsen var å bruke forklaringen i en verserende eller fremtidig rettssak. Et spørsmål i tilknytning til denne avgjørelsen er om kjæremålsutvalget kom til et slikt resultat delvis på grunn av at uttalelsen kom fra et upartisk konfliktløsningsorgan.

Den kjærende parts prinsipale anførsel var at uttalelsen ikke var innhentet ”i anledning saken”, jf. tvml. § 197. Subsidiært ble det anført at uttalelsen måtte kunne fremlegges etter analogi fra tvml. § 197, 1. ledd, 2. pkt., idet ”Næringslivets Forum for Offentlige Anskaffelser har en tilsvarende funksjon som Forbrukerrådet”. Utvalget ga den kjærende part medhold i at uttalelsen ikke var innhentet i anledning saken, og la altså ikke vekt på hva slags organ eller person som hadde avgitt den aktuelle uttalelsen.

Den hovedformålslæren som kjæremålsutvalget lanserer i nevnte dom er fulgt opp i senere rettspraksis, bl.a. i Rt. 2007 s. 920. I denne saken var et av spørsmålene om noen bilag var utarbeidet ”i anledning saken”, jf. tvml. § 197. Kjæremålsutvalget la til grunn at hovedformålet med å innhente de fleste bilagene ikke hadde vært å bruke dem i en eventuell rettssak, men et par av bilagene måtte likevel anses å være innhentet i anledning saken. På tidspunktet for innhentelsen av disse forklaringene måtte nemlig ”granskningen anses å ha fått såpass fokus på As rolle at det sentrale formålet må anses å ha vært å forberede søksmålet mot ham.”

Rettstilstanden på området er den samme etter tvl. § 21-12 (2), idet vilkåret ”i saken” bygger på vilkåret ”i anledning saken” fra tvml. § 197. Denne hovedformålslæren vil altså fortsatt være gjeldende rett når tvisteloven trår i kraft.

Ofte vil det være flere formål bak det å innhente en skriftlig forklaring før stevning tas ut. Et eksempel kan være sakkyndiguttalelser. Gjennom slike uttalelser ønsker en både å klargjøre saksforholdene og sin egen rettslige posisjon i forhandlinger om forklik, samt å ha en uttalelse som kan brukes i retten dersom man ikke skulle lykkes med å finne en minnelig løsning. Enda et formål kan være å overbevise motparten om at en selv har retten på sin side, slik at man lettere kommer frem til en løsning utenfor rettsapparatet. Dersom hovedformålet ikke er å bruke uttalelsen i en eventuell rettssak

vil den etter hovedformålslæren ikke være avgitt i saken og følgelig falle utenfor tvl. § 21-12 sitt anvendelsesområde. Dermed kan den fritt legges frem i en senere rettssak, uten at personen som utarbeidet forklaringen må avhøres for retten. Dette kan være til fordel for den parten som har innhentet sakkyndiguttalelsen, siden motparten da ikke får anledning til å stille kritiske spørsmål til utarbeidelsen av forklaringen – hva vedkommende har lagt vekt på og muligens samtidig sett bort i fra og lignende. Videre kan en part innhente flere sakkyndiguttalelser, og ”sile” hvilke han velger å legge frem som bevis i retten. I slike tilfeller taler mye for at den som har avgitt forklaringen bør avhøres i retten, og hovedformålslæren har i slike situasjoner visse svakheter. På den annen side har retten alltid mulighet til å avskjære et bevis med hjemmel i tvl. § 21-7, annet ledd bokstav c. Ifølge denne bestemmelsen kan retten “nekte ført bevis som...retten finner det nødvendig å føre på annen måte”. Følgelig vil det å bygge på hovedformålslæren ikke være en motsetning til rettssikkerhet, så lenge domstolene er klar over denne problematikken. Det er også sannsynlig at domstolene antakelig vil være skeptiske til utelukkende å bygge på hovedformålslæren i situasjoner som den skisserte, der det er et åpenbart behov for å avhøre den som har avgitt den aktuelle forklaringen.

For å avgjøre hva hensikten bak å avgi eller innhente en aktuell forklaring var, må det foretas en konkret og ordinær bevisbedømmelse, jf. bl.a. Rt. 1997 s. 93, hvor kjæremålsutvalget uttaler at

”sentralt i... vurderingen [av om to erklæringer måtte anses avgitt i anledning saken] står spørsmålet om hvilket formål erklæringene skulle tjene. Til nærmere belysning av dette spørsmål må utgangspunkt tas i de opplysninger som er gitt av konkursboets prosessfullmektig, og disse må sammenholdes med den situasjon som forelå og med innholdet i erklæringene.”

I denne saken kom utvalget til at erklæringene ikke kunne anses å være avgitt ”i anledning saken”, til tross for at de var datert *etter* at konkursdebitor hadde påkjært konkursåpningskjennelsen. Formålet med erklæringene var å innhente nødvendig informasjon om konkursdebitors økonomiske stilling, slik at boet kunne vurdere om det ville være tjent med at konkursdebitors virksomhet fortsatte. Følgelig kunne ikke erklæringene anses utarbeidet med sikte på å tjene som bevis i den aktuelle rettssaken, og ble derfor tillatt fremlagt for retten, jf. tvml. § 197. Det samme ble resultatet i Rt. 1998 s. 110, hvor en rapport ikke ble ansett avgitt ”i anledning saken” – til tross for at den først ble ferdigstilt mer enn en måned etter at krav om erstatning var fremsatt. Dette

fordi ”formålet med granskningen synes i første rekke å ha vært å innhente opplysninger for å kunne bedømme om det forelå kritikkverdige forhold innen bedriften”.

Ovennevnte saker illustrerer at formålet bak innhentelsen av en forklaring uansett er avgjørende i forhold til om den anses avgitt i saken – tidspunktet for når en forklaring er utarbeidet vil kun være et moment i denne vurderingen. I tvilstilfeller er det imidlertid en presumsjon for at dokumenter utarbeidet *etter* at forkliksklage eller stevning er inngitt, er avgitt i anledning saken, jf. Rt. 1997 s. 2043.

Dersom det har vært flere formål bak innhentelsen av en forklaring, må det også foretas en normal bevisvurdering for å avgjøre hva hovedhensikten var, se bl.a. Rt. 2007 s. 290.

Hva så med dokumenter og forklaringer som er innhentet med tanke på mulige, men ennå ikke-eksisterende, fremtidige rettssaker? Er slikt materiale innhentet ”i saken”? I dagens informasjonssamfunn er det forholdsvis enkelt å samle inn slikt materiale, og det vil være en aktuell problemstilling for ulike interesseorganisasjoner, religiøse miljøer eller andre sammenslutninger som med jevne mellomrom er involvert i rettssaker om stadig tilbakevendende og lignende temaer.

I beslutning fra forberedende rettsmøte i Høyesterett 2. april 1993 (Lnr. 16C/1993, nr. 162/1992) var spørsmålet om ”en samling uttalelser fra navngitte personer om hvorvidt Jehovas Vitner er skikket som foreldre” kunne fremlegges i en sak om foreldreansvar og daglig omsorg eller om det falt innunder forbudet i tvml. § 197.²⁶ Materialet tilhørte Vaktårnets Bibel- og Traktatselskap, og var samlet inn til bruk i rettssaker om foreldremyndighet. Forberedende dommer la til grunn at uttalelsene kunne fremlegges idet de ikke var innhentet i anledning saken. Juridisk teori har gitt sin tilslutning til beslutningen, men presiserer at dersom slikt materiale samles inn på et tidspunkt hvor den konkrete tvisten verserer, og det innhentes med kunnskap om denne saken og med det formål å brukes også der, er tvml. § 197 til hinder for fremleggelse.²⁷ Det avgjørende etter tvl. § 21-12 (2) sitt vilkår ”i saken” er som tidligere nevnt også formålet bak innhentelsen av det aktuelle materialet. Dokumenter som er innhentet med

²⁶ Slike beslutninger fra forberedende rettsmøter er ikke publiserte, og har følgelig mindre rettskildemessig vekt enn kjennelser og dommer fra samme instans.

²⁷ Schei (1998) s. 665.

tanke på mulige, men ennå ikke-eksisterende fremtidige rettssaker vil jf. ovenfor ikke være avgitt ”i saken”. Dette forutsatt at materialet ikke ble innhentet mens den konkrete tvisten verserte og med formål om å bli brukt i denne. I motsetning til etter tvml. § 197 medfører dette imidlertid ikke at dokumentene ikke kan fremlegges, men at de øvrige vilkårene i § 21-12 (2) må være oppfylt for at beviset skal kunne føres.

4.3.3 Uttalelser og vedtak fra konfliktløsningsorganer

Ulike konfliktløsningsorganer, så vel private som offentlige, kan ha behandlet tvisten før den kommer opp for domstolene. Vil uttalelser og vedtak fra slike organer anses å være avgitt ”i saken”?

I forbindelse med at forbrukertvistloven ble vedtatt i 1978 fikk tvml. § 197 i 2. pkt. et tillegg om at ”sakkyndige erklæringer innhentet av Forbrukerrådet eller Markedsrådets utvalg for forbrukertvister til bruk ved behandlingen av tvist i forbrukerkjøp” fritt kunne fremlegges som bevis for retten. I Rt. 1983 s. 1567²⁸ forutsetter Høyesteretts kjeremålsutvalg at det samme gjaldt vedtak fra de nevnte organer.²⁹ Det fremgår av samme sak at heller ikke uttalelser fra andre private konfliktløsningsorganer enn dem som eksplisitt nevnes i tvml. § 197 ble ansett avgitt ”i anledning saken” i forhold til en etterfølgende rettssak om den tvist som har vært oppe for konfliktløsningsorganet. Juridisk teori har lagt til grunn at det samme må gjelde organets vedtak i saken.³⁰ Forutsetningen for fremleggelse var imidlertid uansett at formålet med å avgi eller innhente uttalelsene eller vedtakene ikke var å bruke dem i en fremtidig eller verserende rettssak, jf. Rt. 1990 s. 343.³¹

Tvl. § 21-12 (2) inneholder imidlertid ingen regel om uttalelser fra konfliktløsningsorganer, verken private eller offentlige. Siden skriftlige forklaringer etter § 21-12 (2) som utgangspunkt *kan* fremlegges, ville en slik regel etter tvistemålsutvalgets mening være av så liten betydning at det ikke ble ansett nødvendig å lovfeste.³² Spørsmålet i det følgende er hva denne manglende lovfestingen medfører i

²⁸ Saken gjaldt spørsmål om en uttalelse fra Klagenemnda for bilsaker var avgitt ”i anledning saken”, jf. tvml. § 197.

²⁹ Dette blir ikke eksplisitt uttalt, men uttalelsen om at lovendringen i 1978 ikke omfattet avgjørelser fra de aktuelle organer har i teorien blitt fortolket slik, jf. Skoghøy (2001) s. 636 og Aasland (1984) s. 250.

³⁰ Se Schei (1998) s. 666.

³¹ Som vist under pkt. 4.4.2 ovenfor.

³² NOU 2001:32 s. 955.

forhold til om uttalelser og vedtak fra konfliktløsningsorganer kan fremlegges etter tvl. § 21-12 (2).

Bakgrunnen for at det ikke ble ansett nødvendig å lovfeste noe lignende unntak som i tvml. § 197, 2. pkt. var ifølge tvistemålsutvalget at ”For det første er altså hovedregelen at skriftlige forklaringer og redegjørelser kan fremlegges. Dersom uttalelsene påberopes som bevis for det faktiske forhold, vil det kunne være behov for å få en forklaring fra den som har ført uttalelsen i pennen.”³³ Siste setning henspeiler på vilkåret i tvl. § 21-12 (2) om at det må gis ”adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen” dersom en skriftlig forklaring skal legges frem. Et annet alternativ er at partene er ”enige” om at forklaringen kan føres som bevis, men dette vil sannsynligvis sjelden være tilfelle når en uttalelse eller et vedtak fra et konfliktløsningsorgan nødvendigvis går i en av partenes disfavør. I slike tilfeller blir det da nødvendig å avhøre den som har avgitt forklaringen, eller ”ført uttalelsen i pennen”, som tvistemålsutvalget skriver.

En slik regel vil imidlertid kunne by på praktiske problemer. Noe av bakgrunnen for at Høyesterett utviklet unntaksregelen for uttalelser og vedtak fra konfliktløsningsorganer må antas å ha vært de praktiske utfordringene det ville by på å måtte avhøre alle som hadde avgitt slike. Selv om en etter tvl. § 21-12 (2) kan konsentrere avhøret om de viktigste punktene i uttalelsen eller vedtaket, vil det likevel kunne oppstå situasjoner hvor det vil være lite praktisk å måtte avhøre den som har avgitt uttalelsene. Et eksempel kan være uttalelser fra Bankklagenemnda – skal en person herfra måtte dra fra Oslo for å avhøres i en sak som er oppe i for eksempel Brønnøy tingrett? Til tross for at det kan være upraktisk og vanskelig å avhøre disse personene, vil det likevel sjelden være ”umulig” å avhøre dem, jf. tvl. § 21-12. Følgelig kan beviset normalt bare føres dersom et slikt avhør foretas, jf. samme bestemmelse.

På den annen side vil det sentrale formålet bak å innhente uttalelser eller vedtak fra slike organer ofte være å løse konflikten utenfor rettsapparatet. Slike skriftlige forklaringer vil derfor ofte falle utenfor regelen i tvl. § 21-12 etter hovedformåls læren. Selv om det kan by på noen praktiske problemer å avhøre avgiverne av forklaringene i de gjenværende tilfellene, vil dette normalt kunne løses ved fjernavhør, jf. tvl. § 21-10.

³³ NOU 2001:32 s. 955.

4.3.4 Forklaringer som stammer fra en tidligere straffesak

Et annet spørsmål er om forklaringer avgitt for eller innhentet av politiet i forbindelse med en straffesak anses avgitt ”i saken” i forhold til en senere sivil sak, oppstått med tilknytning til straffesaken. Dette kan f.eks. dreie seg om erstatningskrav for det tap den aktuelle straffbare handlingen har påført fornærmede. Ifølge en notis i Rt. 1963 s. 508, hvor det vises til en ikke-publisert kjennelse fra 14. februar 1936 samt uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 17. desember 1962, er slike forklaringer ikke avgitt ”i anledning saken” og omfattes følgelig ikke av bevisforbudet i tvml. § 197. Avgjørelsen har siden blitt fulgt opp i underrettspraksis.³⁴ Som tidligere sagt er tvl. § 21-12 (2) sitt vilkår ”i saken” ment å tilsvare tvml. § 197s ”i anledning saken”. En forklaring som stammer fra en tidligere straffesak kan følgelig fritt fremlegges i en etterfølgende sivil sak uten at motparten har krav på å avhøre den som avga forklaringen, jf. § 21-12 (2).

4.3.5 Forklaringer fra forvaltningsmyndigheter

Ulike forvaltningsmyndigheter vil ofte ha behandlet det forhold saken gjelder forut for eller under rettssaken. Fra denne behandlingen kan det foreligge ulike typer dokumenter tilknyttet saksforholdet. Er slike dokumenter avgitt ”i saken”?

Dette spørsmålet var første gang oppe i forhold til tvml. § 197 i Rt. 1968 s. 1080. Saken gjaldt etterberegning av merverdiavgift, og mens saken sto for domstolene ble det utført et nytt bokettersyn hos den private parten. På bakgrunn av dette ettersynet utarbeidet skatteinspektøren en tilleggsrapport. Flertallet i kjæremålsutvalget la til grunn at hovedformålet med tvml. § 197 var å ”hindre at utenrettslige erklæringer fra vitner og privat engasjerte sakkyndige mot den annen parts vilje trer i stedet for forklaringer avgitt umiddelbart for retten.” De tillot rapporten ført som bevis, siden det her dreide seg om

”en rapport fra offentlig tjenestemann vedrørende undersøkelser foretatt som ledd i offentlig kontrollvirksomhet og i første hånd rettet til hans administrative overordnede” og det var ”uantagelig at tvistemålslovens § 197 kan ha tilsiktet å hindre fremleggelse av dokumenter som inneholder rapport vedrørende offentlige tjenestehandlinger av denne art”.

³⁴ Se RG 1984 s. 212 Toten herredsrett.

Utvalgets mindretall mente imidlertid at rapporten falt innunder tvml. § 197, idet dommer Roll-Matthiesen ikke kunne se grunnlag for ”å fortolke tvistemålsloven § 197 der hen, at den ikke rammer utenrettslige erklæringer vedrørende undersøkelse foretatt som ledd i offentlig kontrollvirksomhet.”

I Rt. 1971 s. 767 kom kjæremålsutvalget til at en korrespondanse mellom partene forut for saksanlegget ikke var avgitt ”i anledning saken” idet formålet med korrespondansen var å belyse de faktiske forhold – ikke å sikre seg uttalelser til en fremtidig rettssak. Høyesteretts kjæremålsutvalg tilføyde imidlertid også at ”etter Utvalgets mening har § 197 i prinsippet bare adresse til dokumenter av privat karakter”. Denne uttalelsen er et obiter dictum, altså en uttalelse som ikke er nødvendig for å begrunne domsresultatet.³⁵ Slike uttalelser har atskillig mindre rettskildemessig vekt enn dommens ratio decidendi; den rettssetning som er kommet til uttrykk som grunnlag for domsresultatet.³⁶ Det har vært enighet i juridisk teori om at sistnevnte uttalelse fra Rt. 1971 s. 767 går for langt i å ekskludere dokumenter utarbeidet av forvaltningen fra tvml. § 197 sitt anvendelsesområde.³⁷

Synspunktene fra Rt. 1968 s. 1080 ble videreført i Rt. 1974 s. 506 hvor kjæremålsutvalget la til grunn at regelen i tvml. § 197 ikke kom til anvendelse på en bokettersynrapport utarbeidet av en offentlig tjenestemann. I beslutning fra forberedende rettsmøte i Høyesterett 24. mars 2000 (Lnr. 17c/2000, nr. 171/1999) kom forberedende dommer Skoghøy til at heller ikke en skriftlig redegjørelse fra en jordskiftedommer falt innunder fremleggelsesforbudet i tvml. § 197. Dommeren la til grunn at

”Etter sikker rettspraksis kan dokumenter som er blitt til i forbindelse med en forvaltningsmessig behandling av det forhold saken gjelder, ikke anses avgitt i anledning saken, se Skoghøy, op.cit. [Tvistemål (1998)] side 617-618.”

Idet ”Det skifteplanforslag som det nå er spørsmål om å fremlegge...etter det som er opplyst, [må] anses utarbeidet som ledd i behandlingen av saken for jordskifteretten”

³⁵ Nygaard (2004) s. 115.

³⁶ ibid. s. 78.

³⁷ Skoghøy (2001) s. 636, Schei (1998) s. 666 og Aasland (1984) s. 252-253.

kom dommeren til at redegjørelsen fra jordskiftedommeren ikke var avgitt i saken. Det kunne følgelig fremlegges som bevis for retten.

Slike forberedende beslutninger avgjøres kun av en enkelt dommer. I dette tilfellet var synspunktene til den juridiske teoretikeren som dommeren henviste til, det rettslige grunnlaget for avgjørelsen. Følgelig er det noe problematisk at dommeren og den juridiske teoretikeren her var en og samme person, nemlig Jens Edvin A. Skoghøy. Rettssetningen om at dokumenter fra forvaltningen ikke anses avgitt i anledning saken var heller ikke uomstridt eller uten forbehold, slik beslutningen gir inntrykk av.³⁸ I Rt. 1979 s. 1693 og Rt. 1986 s. 834 (barnefordelingsaker) ble uttalelser fra henholdsvis en sosialkurator, og en barnevernspedagog og sosialsjef, ansett å falle innunder forbudet i tvml. § 197. Dette til tross for at dokumentene var blitt til i forbindelse med forvaltningens behandling av saken. Kjæremålet i sistnevnte kjennelse ble imidlertid forkastet, idet det var usannsynlig at uttalelsene hadde hatt noen betydning for det resultatet lagmannsretten kom til.

Det er blitt hevdet i juridisk teori at unntaket for forvaltningsdokumenter etter tvml. § 197 bare gjelder under visse forutsetninger. Det aktuelle organet må ha kompetanse til å treffe vedtak eller håndheve vedtak om det forhold dokumentet gjelder. I tillegg må dokumentet være utarbeidet som ledd i utøvelsen av organets håndhevelses- eller vedtakskompetanse, ikke bare for å tjene som bevis i en rettssak, og det må være et reelt behov for å bruke dokumentet som skriftlig bevis i saken.³⁹

Unntaket fremgår ikke direkte av ordlyden i tvml. § 197, og det kan virke som om rettspraksis utarbeidet det mer av hensyn til hva som var praktisk enn på grunn av at rettskildene klart ga støtte til at et slikt unntak fantes. Etter Hovs mening er unntaket dårlig legislativt begrunnet.⁴⁰

Spørsmålet er om denne mulige særregelen for forvaltningsdokumenter gjelder etter tvl. § 21-12 (2). Den nye bestemmelsen åpner i mye større grad enn tvml. § 197 for at skriftlige forklaringer kan fremlegges – så vel offentlige som private. Følgelig er det mindre behov for en slik unntaksregel. På bakgrunn av dette, samt det faktum at det ikke forelå noe helt klart prejudikat eller konsensus i juridisk teori om en slik

³⁸ Se Hov (1999) s. 239-240.

³⁹ Schei (1998) s. 666 og Skoghøy (2001) s. 636.

⁴⁰ Hov (2007) s. 289.

unntaksregel etter tvml. § 197, kan det hevdes at det ikke gjelder noen særregel for dokumenter fra forvaltningen etter tvisteloven § 21-12 (2).⁴¹

4.3.6 Juridiske betenkninger

En betenkning er en skriftlig uttalelse om et forelagt spørsmål.⁴² En juridisk betenkning er en skriftlig uttalelse om ett eller flere juridiske spørsmål, normalt avgitt av en person med særlig innsikt i rettsspørsmålet.⁴³ Rettsspørsmålene som behandles kan være knyttet opp til de faktiske forhold i den konkrete saken, eller dreie seg om generelle rettssetninger. Bevisforbudet i tvml. § 197 omfattet også juridiske betenkninger utarbeidet i anledning saken, jf. Rt. 1933 s. 1114 og senere avgjørelser.⁴⁴

I tvisteloven gir § 11-3, femte pkt regler for bruk av juridiske betenkninger (eller ”juridiske utredninger” som de kalles i loven). Bestemmelsen er plassert i et annet kapittel enn reglene om skriftlige forklaringer som bevis. Tvistemålsutvalget presiserer at

”§ 24-12 [utvalgets forslag, i dag tvl. § 21-12], som de øvrige bestemmelsene i kapitlet, kun gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Juridiske betenkninger vil derfor falle utenfor denne bestemmelsen. Adgangen til å fremlegge slike betenkninger er regulert i § 5-2 (3). [utvalget forslag, i dag tvl. § 11-3 (5)]”⁴⁵

Om juridiske betenkninger skal regnes som skriftlige forklaringer i saken etter § 21-12 (2) er altså ikke lenger noen problemstilling etter tvisteloven. Ifølge tvl. § 11-3 (5) kan ”juridiske utredninger foranlediget av saken” bare legges frem som bevis dersom en får ”samtykke fra alle parter”. Regelen skiller ikke mellom betenkninger om konkrete saksforhold og betenkninger knyttet til generelle rettssetninger og krever altså

⁴¹ Slik også Hov (2007) s. 289.

⁴² Bokmålsordboka (1990) s. 53.

⁴³ NOU 2001:32 s. 706.

⁴⁴ I hvilken *utstrekning* juridiske betenkninger falt innunder bevisforbudet i tvml. § 197 var imidlertid omdiskutert i juridisk teori. De fleste teoretikere på området – Hov (1999) s. 416, Schei (1998) s. 666 og Aasland (1984) s. 253 – var av den oppfatning at kun betenkninger om de konkrete faktiske omstendigheter i saken falt innunder tvml. § 197, men at dette ikke gjaldt betenkninger knyttet til generelle rettsspørsmål. Skoghøy (2001) s. 640 tok imidlertid til orde for at også slike betenkninger måtte anses omfattet av forbudet i tvml. § 197. I Rt. 2003 s. 1564 ga Høyesteretts kjæremålsutvalg sin tilslutning til denne oppfatningen, og uttalte at “tvistemålsloven § 197 [omfatter] juridiske betenkninger hva enten disse er knyttet til det konkrete saksforhold eller utelukkende gjelder generelle rettssetninger”.

⁴⁵ NOU 2001:32 s. 955.

samtykke fra partene for *alle* typer juridiske betenkninger.⁴⁶ Annet juridisk materiale i form av artikler o.l. faller utenfor bestemmelsen,⁴⁷ og kan således i utgangspunktet fremlegges som bevis – forutsatt at vilkårene i § 21-12 (2) er oppfylt.

4.3.7 Uttalelser fra internasjonale organer og organisasjoner

I et stadig mer internasjonalt juridisk landskap vil ulike internasjonale organer eller organisasjoner ofte avgi uttalelser med tilknytning til saker som er oppe for norske domstoler. Er en slik uttalelse en ”skriftlig forklaring i saken”?

I Rt. 2003 s. 1031 var problemstillingen om bevisforbudet i tvml. § 197 omfattet en rådgivende uttalelse fra World Customs Organization (WCO). Uttalelsen knyttet seg til en tollnomenklatur, og var innhentet under saksforberedelsen for lagmannsretten av Toll- og avgiftsdirektoratet. Staten v/Finansdepartementet anførte at selv om den innhentede uttalelsen i utgangspunktet falt innunder ordlyden i tvml. § 197, måtte bestemmelsen i tilfeller som det foreliggende tolkes innskrenkende.

Høyesteretts kjæremålsutvalg var ikke enig med Staten i denne tolkningen. Utvalget pekte på at

”et viktig hensyn bak bestemmelsen i § 197 er vanskene med å bygge på uttalelser som er blitt til med sikte på en aktuell rettssak, der den parten som ønsker uttalelsen fremlagt, også har tatt initiativet til og tilrettelagt grunnlaget for denne. Det er riktignok slik, som understreket av staten, at WCO har en uavhengig stilling i forhold til medlemsstatene, slik at staten ikke kan påvirke innholdet av WCOs uttalelse. I det foreliggende tilfellet ble imidlertid uttalelsen avgitt på grunnlag av en fremstilling som etter det opplyste ble utformet uten medvirkning av kjæremålsmotparten, og som denne har vesentlige innvendinger mot. Selv om det senere etter anmodning fra kjæremålsmotparten er stilt tilleggsspørsmål til WCO, er ikke alle kjæremålsmotpartens anmodninger i så måte etterkommet.”

På bakgrunn av dette kom utvalget til at uttalelsen ikke kunne fremlegges som bevis, jf. tvml. § 197. Sitatet ovenfor illustrerer at utvalget traff sin beslutning hovedsakelig på bakgrunn av omstendighetene i det foreliggende tilfellet. Kjæremålsutvalget avskar bevisføringen ut fra den manglende kontradiksjonen for den ene parten da uttalelsen ble

⁴⁶ Dette i samsvar med slik regelen var etter tvml. § 197, jf. Rt. 2003 s. 1564.

⁴⁷ NOU 2001:32 s. 706.

innhentet. Hensynet til kontradiksjon var et av de viktigste hensynene bak bevisforbudet i tvml. § 197, og føring av uttalelsen fra WCO ville bryte med dette viktige prinsippet. Utvalget avviste imidlertid ikke fullstendig muligheten for at uttalelser fra internasjonale organer og organisasjoner kan falle utenfor forbudet i tvml. § 197 – det avgjørende etter kjennelsen er om de hensyn bestemmelsen bygger på under prosessen med å innhente en uttalelse.

I Rt. 2004 s. 754 hadde forberedende dommer bedt EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse, jf. domstoloven § 51a, jf. ODA-avtalen art. 34. Partene i saken hadde avgitt uttalelser til EFTA-domstolen, og den ene parten hadde i et vedlegg til sin uttalelse fremlagt en uttalelse fra The International Trademark Association. Problemstillingen i saken var om denne uttalelsen falt innunder bevisforbudet i tvml. § 197.

Kjæremålsutvalget kom til at den aktuelle uttalelsen måtte kunne fremlegges. Dokumentet var etter dommer Bruzelius' mening ”allerede en del av sakens dokumenter ved at det har vært fremlagt for EFTA-domstolen og er oversendt Høyesterett sammen med domstolens rådgivende uttalelse i saken.” Dette må oppfattes som at utvalget ikke anså uttalelsen for å være noen ”utenretslig erklæring”, jf. tvml. § 197, slik den ankende part hadde anført. Dommer Bruzelius begrunnet resultatet nærmere med at det etter hennes mening ville være

”uakseptabelt om den nasjonale domstolen som mottar EFTA-domstolens rådgivende uttalelse etter anmodning, skulle være avskåret fra dokumenter som EFTA-domstolen har fått fremlagt under sin behandling av anmodningen. Tvistemålsloven § 197 gir således etter mitt syn ikke grunnlag for å nekte fremleggelse av utenrettslige forklaringer eller erklæringer som er blitt en del av sakens dokumenter gjennom prosessen med innhenting av rådgivende uttalelse i medhold av domstoloven § 51 a, jf. ODA artikkel 34.”

På den ene siden åpner en slik rettsregel for at parter kan forsøke å få inn en uttalelse som i utgangspunktet ville være avskåret etter tvml. § 197 inn ”bakveien” der en sak blir forelagt EFTA-domstolen med forespørsel om en rådgivende uttalelse. Den motsatte løsningen ville imidlertid være enda mer uheldig, siden Høyesterett da ikke ville få tilgang til dokumenter som EFTA-domstolen har bygget sin rådgivende uttalelse på.

Hva medfører så endringen fra tvml. § 197 til tvl. § 21-12 (2) for den type uttalelser som de ovennevnte kjennelsene behandler?

Det fremgår av forarbeidene at regelendringen fra tvml. § 197 til tvl. § 21-12 (2) ikke var ment å medføre at virkeområdet for hva som er utenrettslige forklaringer og erklæringer forandres.⁴⁸ Dette må også gjelde for uttalelser fra internasjonale organer eller organisasjoner. Når det gjelder den rettssetning som fremgår av Rt. 2004 s. 754 må denne derfor fortsatt anses å være gjeldende rett. Uttalelser som har inngått som en del av dokumenter forelagt EFTA-domstolen anses ikke å være ”skriftlige forklaringer” i det hele tatt, og faller utenfor tvl. § 21-12 (2) sitt anvendelsesområde.

Med tanke på at utgangspunktet etter tvl. § 21-12 (2) er at skriftlige forklaringer *kan* fremlegges, vil spørsmål knyttet til bevisføring av uttalelser fra internasjonale organer eller organisasjoner først og fremst oppstå i de tilfeller der partene ikke er enige om fremleggelse og det viser seg å være ”umulig” å avhøre den eller de som har avgitt uttalelsen. I så tilfelle kan forklaringen ikke føres dersom det ville ”stride mot lovens formål etter § 1-1”. Et av formålene som fremgår av denne bestemmelsen er nettopp hensynet til kontradiksjon og en forsvarlig saksbehandling. Dersom disse hensynene ikke er betryggende ivaretatt under prosessen med å innhente forklaringen, slik tilfellet var i Rt. 2003 s. 1031, kan forklaringen ikke føres som bevis.

Hovedregelen for uttalelser og vedtak fra internasjonale organer og organisasjoner er altså som for skriftlige forklaringer ellers – de kan i utgangspunktet fremlegges som bevis, jf. tvl. § 21-12 (2).

4.3.8 Hjelpedokumenter

Etter tvl. § 9-14 (2) er kravet om muntlighet ”ikke til hinder for at part, vitne, sakkyndig eller prosessfullmektig fremlegger og viser til hjelpedokumenter til støtte for sin redegjørelse.” Slike hjelpedokumenter skal imidlertid ikke ”utgjøre bevis i saken uavhengig av den redegjørelse de skal være til støtte for.”

⁴⁸ NOU 2001:32 s. 977.

Tvml. inneholdt ingen regler om slike hjelpedokumenter, men § 217 tillot vitner å bruke ”opptegetninger [...] til støtte for hukommelsen”. Spørsmålet om hjelpedokumenter kunne tillates brukt ble imidlertid i større grad knyttet til tvml. § 197 i rettspraksis, idet slike dokumenter i utgangspunktet må karakteriseres som ”utenrettslige erklæringer eller forklaringer”. Problemstillingen i det følgende er når et dokument må karakteriseres som et rent hjelpedokument og følgelig kan fremlegges fritt etter tvl. § 9-14 (2), og når det faller utenfor dette begrepet. I så tilfelle er dokumentet å regne som et selvstendig bevis, og reglene om bevis i tvisteloven kommer da til anvendelse. Disse inkluderer bl.a. tvl. § 21-12 (2), slik at vilkårene i denne bestemmelsen må være oppfylt for at dokumentet skal kunne fremlegges.

Tvl. § 9-14 (2) bygger på rettsavgjørelser om hjelpedokumenter knyttet til bevisforbudet i tvml. § 197. Det fremgår av rettspraksis at rene talloppstillinger, slik som beregninger av økonomisk tap,⁴⁹ eller redegjørelse for regnskaper,⁵⁰ er rene hjelpedokumenter som derfor ikke omfattes av tvml. § 197. Spørsmålet om et dokument, nærmere bestemt et notat, kunne tillates fremlagt var for første gang oppe i Rt. 1991 s. 851. Notatet var utarbeidet av en revisor og dreide seg om et verdianslag over aksjer. Det bestod av ulike matematiske beregninger, samt en kort oversikt over forutsetningene for disse beregningene. Kjæremålsutvalget karakteriserte notatet som ”et rent hjelpedokument” for den muntlige forklaringen revisoren skulle avgi for retten og uttalte at notatet bare hadde ”betydning som bevis om – og så langt – det følges opp av vitneforklaring”. På bakgrunn av dette anså ikke utvalget fremleggelse av notatet for å være i strid med tvml. § 197, og kjæremålet ble forkastet.

Det fremgår motsetningsvis av kjæremålsutvalgets uttalelser at dersom notatet i saken hadde hatt en selvstendig bevisverdi, ville det falt innunder forbudet i tvml. § 197. En forutsetning for at slike dokumenter kunne fremlegges var altså at de hadde karakter av å være rene hjelpedokumenter, som et vitne kun skulle bruke til støtte for rettsforklaringen. Denne avgjørelsen er siden blitt fulgt opp og videreutviklet i andre rettssaker.⁵¹ I Rt. 1991 s. 922 uttalte kjæremålsutvalget at fremleggelsesadgangen ”ikke kan være snevrere for hjelpedokumenter som skal benyttes ved partsforklaringer” enn

⁴⁹ Se Rt. 1991 s. 1240.

⁵⁰ Se Rt. 1991 s. 922.

⁵¹ Se Rt. 1991 s. 922, Rt. 1993 s. 660 og Rt. 2005 s. 446. I Rt. 1993 s. 660 fastslo kjæremålsutvalget at anførsler om feilaktige talloppstillinger eller opplysninger i de aktuelle dokumenter ikke hindrer fremleggelse, men må tas opp under hovedforhandlingen.

for dem som skal benyttes ved vitneforklaringer, og det ble lagt til grunn i teorien at det samme gjaldt for prosessfullmektiger.⁵² Dette er nå kodifisert i tvl. § 9-14 (2).

Når har så et dokument selvstendig bevisverdi, slik at det ikke faller innunder tvl. § 9-14 (2)?

I Rt. 1991 s. 1240 hadde så vel byretten som lagmannsretten kommet til at to skriv vedrørende erstatningsberegning ikke kunne karakteriseres som rene hjelpedokumenter, idet dokumentene i tillegg til diverse tallmessige oppstillinger inneholdt subjektive vurderinger. Dokumentene kunne derfor ikke fremlegges for retten. Kjæremålsutvalget kunne ikke se at dette var en uriktig tolkning av tvml. § 197, og forkastet kjæremålet. I Rt. 1991 s. 1411, Rt. 1996 s. 601 og Rt. 1996 s. 1008 ble tilsvarende kjæremål forkastet med samme begrunnelse: Forklaringene inneholdt subjektive vurderinger og hadde derfor selvstendig bevisverdi. Følgelig hadde de ikke lenger karakter av å være rene hjelpedokumenter og falt innunder fremleggelsesforbudet i tvml. § 197.

Et dokument vil altså utgjøre ”bevis i saken”, jf. § 9-14 (2), der dokumentet inneholder ”subjektive vurderinger og argumentasjon” og kan ”... tillegges bevisbetydning uavhengig av [en] senere forklaring...”.⁵³ I så tilfelle faller dokumentet utenfor § 9-14 (2) sitt anvendelsesområde og omfattes av reglene i tvl. § 21-12 (2). Dokumentet vil da i utgangspunktet kunne fremlegges, forutsatt at bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt.

4.3.9 Opplysninger fra registre, kurante erklæringer mm.

Rettspraksis har også gjort et unntak fra fremleggelsesforbudet i tvml. § 197 for ordinære dataopplysninger fra ulike registre, arkiv eller lignende.⁵⁴ Juridisk teori om emnet legger til grunn at også private erklæringer fritt kan fremlegges, så lenge de er helt kurante og ikke inneholder noen form for vurderinger.⁵⁵ I Rt. 2006 s. 1530 oppsummerer kjæremålsutvalget rettstilstanden slik:

”... det dreier seg om registrerte opplysninger hvis riktighet det ikke er grunn til å trekke i tvil og som ikke er vurderingsbestemte. Det er lagt til grunn at slike opplysninger ikke rammes av §

⁵² Skoghøy (2001) s. 640.

⁵³ Rt. 1996 s. 1008.

⁵⁴ Se bl.a. Rt. 2004 s. 1191 (med henvisninger) og Rt. 2006 s. 907.

⁵⁵ Schei (1998) s. 668, Skoghøy (2001) s. 649, Aasland (1984) s. 251.

197 dersom det åpenbart er ubetenkelig at opplysningene gis i form av en skriftlig erklæring og ikke gjennom vanlig vitneforklaring”.

Dette er opplysninger som anses for å ha selvstendig bevisverdi, og slike dokumenter kan altså – i motsetning til hjelpedokumenter – tre i stedet for en muntlig forklaring fra part eller vitne. Gjelder så dette unntaket fortsatt etter tvl. § 21-12 (2)?

Forarbeidene gir ikke noe eksplisitt svar på spørsmålet. Under høringsrunden foreslo imidlertid Oslo tingrett at § 21-12 (2) burde få følgende tilføyelse: *”Erklæringer om faktiske forhold, utskrifter av registre mv. kan fremlegges, når det ikke er grunn til å tvile på erklæringens ekthet eller innhold.”*⁵⁶ I tilknytning til dette forslaget bemerket departementet at det ikke fant

”tilstrekkelig grunn til å ta inn en særskilt bestemmelse om dokumenter som etter rettspraksis ikke anses som blitt til i anledning saken mv., slik Oslo tingrett har foreslått. Departementet mener at lovforslaget uansett vil løse mange av de problemer som har oppstått i praksis etter den nåværende bestemmelsen, og at en slik lovbestemmelse enten vil bli så standardpreget at den neppe vil gi særlig konkret veiledning, eller så detaljert at den kan komme til å utelukke en hensiktsmessig utvikling i rettspraksis.”⁵⁷

Departementets begrunnelse for å avslå forslaget fra Oslo tingrett gjaldt altså ikke det *materielle* innholdet i forslaget, men de lovtekniske følger et slikt tillegg kunne medføre. Deres uttalelse må kunne fortolkes dit hen at det praktiske unntaket for opplysninger fra registre og kurante erklæringer mm. fortsatt er gjeldende rett etter tvl. § 21-12 (2). Juridisk teori legger også dette til grunn.⁵⁸

4.4 Når kan en skriftlig forklaring i saken føres som bevis?

4.4.1 Innledning

For at en skriftlig forklaring i saken skal kunne fremlegges, må partene enten være ”enige om det” eller gis ”adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen”, jf. § 21-12 (2). Dersom partene ikke er enige om fremleggelse slik at avhør skal foretas, må det i tillegg være ”klart” at den som har avgitt forklaringen møter i retten. Hvis det er

⁵⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 211.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 213.

⁵⁸ Mæland (2006) s. 168-169.

umulig å avhøre den som har avgitt forklaringen, kan den likevel fremlegges som bevis, forutsatt at dette ikke ”strider mot lovens formål etter § 1-1”, jf. § 21-12 (2).

4.4.2 Partene er ”enige om det”

Formuleringen ”partene” viser at *alle* partene i saken må være enige for at vilkåret skal anses oppfylt. Ifølge Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 er det ”ikke noe formkrav til hvordan enighet mellom partene skal komme til uttrykk”. Dersom enigheten er eksplisitt kan den skriftlige forklaringen klart legges frem. Et spørsmål er om partene også kan sies å være ”enige om” fremleggelse uten at det foreligger noen slik uttrykt enighet.

At en skriftlig forklaring kan brukes når partene er enige om det er ifølge Tvistemålsutvalget i samsvar med gjeldende rett.⁵⁹ Utvalget henviser her til tvml. § 197 sin formulering om at en utenrettslig forklaring kan fremlegges som bevis dersom motparten ”samtykker”. Rettspraksis har for denne bestemmelsen lagt til grunn at også konkludent atferd kan oppfylle kravet til samtykke, for eksempel ved at det ikke protesteres når den ene parten har sendt inn en forklaring som omfattes av fremleggelsesforbudet i tvml. § 197.⁶⁰ Dette forutsetter imidlertid at parten kjenner til at en skriftlig forklaring er fremlagt og at han må forstå at motparten eller retten vil oppfatte en manglende protest som enighet.⁶¹ Om en manglende protest kan tas til inntekt for samtykke vil likevel bero på omstendighetene rundt fremleggelsen. I Rt. 1976 s. 1506 ble en utenrettslig erklæring ikke godtatt fremlagt, idet passivitet i det konkrete tilfellet ikke kunne likestilles med et samtykke.

Det fremgår av Rt. 1984 s. 1456 at tvml. § 197 ikke er til hinder for at det kan avgis et bindende forhåndssamtykke om at en bestemt utenrettslig erklæring kan innhentes. Samtykket kan ikke trekkes tilbake selv om det gis før den aktuelle forklaringen er avgitt eller utferdiget.⁶² Idet formuleringen ”enige om det” ifølge forarbeidene tilsvarer begrepet ”samtykke”, vil ovennevnte rettssetninger også være gjeldende rett etter § 21-

⁵⁹ NOU 2001:32 s. 954.

⁶⁰ Se Rt. 1933 s. 1114 og Rt. 1995 s. 1820.

⁶¹ Schei (1998) s. 669.

⁶² Kjennelse 13. juni 1960 fra Høyesteretts kjæremålsutvalg (Inr 164 B/1960).

12 (2). Det er ikke noe i veien for at en part setter betingelser for at han eller hun skal erklære seg enig i at en skriftlig forklaring føres som bevis for retten.⁶³

4.4.3 Det ”gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen”, men forklaringen kan ikke føres før det er ”klart at vedkommende møter”

Dersom partene ikke er ”enige om” at en skriftlig forklaring kan føres som bevis, er det fortsatt mulig å fremlegge den aktuelle forklaringen. Dette forutsetter imidlertid at motparten(e) og retten under hovedforhandlingen får avhøre den som har avgitt eller utarbeidet forklaringen. Ifølge forarbeidene skal dette muntlige avhøret som hovedregel skje umiddelbart for den dømmende rett, alternativt som fjernavhør eller ved bevisopptak.⁶⁴

Bakgrunnen for vilkåret om avhøring er både ønsket om å videreføre muntlighetsprinsippet, og å sikre hensynet til kontradiksjon. Det kan ofte hefte en usikkerhet ved skriftlig utarbeidede forklaringer – verken domstolen eller motparten har noen sikkerhet for hvordan disse er blitt til. Den som avgir forklaringen kan bevisst eller ubevisst komme til å utforme den på en måte som først og fremst ivaretar interessene til den som har bedt om forklaringen. Dette var et av hovedhensynene bak forbudet mot skriftlige forklaringer som bevis etter tvml. § 197. Ved at den som har avgitt forklaringen også må forklare seg muntlig i retten sikres fortsatt hensynet til kontradiksjon, og så vel motparten som retten vil da regulært ha mulighet for å avdekke svakheter i den skriftlige redegjørelsen som er gitt.⁶⁵ Bestemmelsen åpner imidlertid ikke for at ordinære vitneforklaringer skal kunne skrives ned av vitnet etterfulgt av et krav om å kunne legge forklaringen fram i saken.⁶⁶

Forklaringen kan imidlertid ikke føres som bevis før det er ”klart at vedkommende [den som har avgitt eller utarbeidet forklaringen] møter”, jf. tvl. § 21-12 (2). Når det gjelder å føre en skriftlig forklaring under saksforberedelsen, innebærer formuleringen etter departementets oppfatning at forklaringen ikke kan fremlegges før parten har klarlagt mulighetene for avhør av den som har skrevet forklaringen.⁶⁷ Det vil si at

⁶³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456.

⁶⁴ NOU 2001:32 s. 954.

⁶⁵ l.c.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 51 s. 208.

⁶⁷ l.c.

vitneforklaringen må tilbys som bevis samtidig med at forklaringen legges fram. Dersom forklaringen f.eks. vedlegges et prosesskrift må vitneforklaring tilbys i det samme prosesskriftet – partens prosessfullmektig kan altså ikke sende en skriftlig forklaring til retten uten at vitnesbyrdet knyttet til forklaringen samtidig tilbys fremlagt. I relasjon til å føre skriftlige forklaringer som bevis under hovedforhandlingen fremholder departementet at dette ikke kan skje før det er klart at vitnet møter.⁶⁸

Når er det så ”klart” at vitnet vil møte? Ifølge departementet medfører ikke regelen at vitnet fysisk må befinne seg i eller ved rettssalen før bevisføring kan skje, men det må kunne dokumenteres at vitnet er innkalt til å møte, og det må kunne bekreftes at vitnet vil møte.⁶⁹ Dersom vitnet likevel ikke møter må saken vurderes utsatt med hjemmel i tvl. § 16-4. Dersom dommeren finner at saken ikke bør utsettes må det vurderes om den skriftlige forklaringen likevel kan føres.⁷⁰

4.4.4 Kan beviset føres selv om de ovennevnte vilkår ikke er oppfylt?

Dersom det viser seg å være ”umulig” å avhøre den som har avgitt forklaringen kan forklaringen likevel fremlegges som bevis – forutsatt at dette ikke ”strider mot lovens formål etter § 1-1”, jf. § 21-12 (2). Når er det så ”umulig” å få avhørt en person?

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at terskelen for at vilkåret skal anses oppfylt er meget høy. Departementets merknader til regelen nyanserer det absolutte preget noe: ”Vilkåret ”umulig” er strengt: Det må være rimelig sikkert at vitnet ikke vil bli avhørt for retten.”⁷¹ Ordet ”rimelig” trekker i retning av at det kan tenkes tilfeller der en etter daglig tale ikke vil karakterisere det som umulig å avhøre personen, men der vilkåret likevel må anses å være oppfylt. Slik sett minner vilkåret noe om tvml. § 197 sin formulering om at ”retslig avhørelse ikke kan foretages”. Ifølge juridisk teori var dette vilkåret oppfylt der vitnet rent faktisk ikke var å få tak i, og det heller ikke kunne antas at det innen rimelig tid ville være mulig å få forklaringen hans.⁷²

⁶⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208-

⁶⁹ *ibid.* s. 456.

⁷⁰ *ibid.* s. 208.

⁷¹ *ibid.* s. 456.

⁷² Schei (1998) s. 668.

Ifølge tvl. § 1-1 skal loven sikre ”en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister”. Dersom det ville stride mot noen av disse formålene å føre en skriftlig forklaring som bevis, vil føringen av den altså måtte avskjæres, jf. tvl. § 21-12 (2).

Ifølge Tvistemålsutvalget skal dette vilkåret motvirke urimelig tilsidesettelse av en parts mulighet til å ivareta sine interesser.⁷³ Saksforholdet i Rt. 1995 s. 1242 er her illustrerende. I denne saken hadde en av partene fått en utenrettslig forklaring fra et skipsverft i Romania, uten å varsle den andre parten om at forklaringen skulle innhentes. Motparten fikk følgelig ikke anledning til å stille egne spørsmål eller på annen måte påvirke prosessen. Parten som innhentet forklaringen var oppmerksom på risikoen for at det kunne være umulig å få noen tilleggsforklaring fra skipsverftet. Dette viste seg å stemme – det lot seg ikke gjøre å få avhørt dem som hadde avgitt uttalelsen. Høyesterett tillot derfor forklaringen lagt frem som bevis, med hjemmel i tvml. § 197 sin regel om at en utenrettslig forklaring kan legges frem dersom ”retslig avhørelse ikke kan foretages”. Som en følge av dette fikk ikke den ene parten ivaretatt sine interesser på en tilfredsstillende måte, og det er nettopp slike konsekvenser den nye regelen søker å forhindre.

4.4.5 Følgene av at ingen av de ovennevnte vilkår er oppfylt

Dersom ingen av vilkårene i nevnt under pkt. 4.4.2 – 4.4.4 er oppfylt, kan den skriftlige forklaringen ikke føres som bevis for retten. Det vil si at den skal tas ut av saken, og ikke anses som en del av avgjørelsesgrunnlaget. Et eksempel på en slik situasjon kan være at dommeren allerede har mottatt forklaringen i et prosesskrift, som ble lagt ved under forutsetning av at det aktuelle vitnet skulle avhøres. Under hovedforhandlingen viser det seg at det er umulig å avhøre vitnet, og at det vil stride mot tvl. § 1-1 å la forklaringen føres som bevis. I så tilfelle skal dommeren se bort fra den kunnskap han eller hun har fra gjennomlesningen av forklaringen. En kan imidlertid spørre seg om hvor realistisk det er å forvente at dommeren makter å fullstendig se bort ifra opplysninger han eller hun er blitt kjent med på et tidligere tidspunkt. Dersom det dreier seg om en viktig opplysning er det stor sannsynlighet for at dommeren ubevisst vil bli påvirket, selv om han eller hun forsøker å se bort fra denne kunnskapen.

⁷³ NOU 2001:32 s. 954.

Det kan tenkes at noen prosessfullmektiger vil spekulere i dette ved å sende inn skriftlige forklaringer til retten til tross for at de er klar over at det vil bli umulig å avhøre vitnet og at bevisførselen vil stride mot tvl. § 1-1. Som forsøk på å omgå fremleggelsesforbudet i tvml. § 197 hendte det at prosessfullmektiger sendte inn utenrettslige forklaringer i saken til retten, selv om slike etter bestemmelsens annet ledd straks skulle "tas ut av sakens dokumenter og sendes tilbake til vedkommende part". Dette ble gjort i håp om at dommeren kanskje likevel kastet et blikk på forklaringen før den ble sendt tilbake.

I saker som behandles under tvisteloven vil det være mer alvorlig enn etter tvml. § 197 at slike forklaringer sendes inn til retten dersom de på et senere tidspunkt viser seg å likevel ikke kunne fremlegges, siden dommeren da normalt vil ha lest gjennom forklaringen på forhånd. Regelen kan by på utfordringer for domstolsapparatet, siden det som sagt sjelden er mulig for dommeren å "viske ut" kunnskap han eller hun allerede har fått tilgang til.

En mulig løsning på dette problemet kan være å tolke vilkåret "klart" i § 21-12 (2) strengt, slik at vitnet positivt må ha gitt uttrykk for at det kommer og at en ikke nøyer seg med advokatens forsikring om at det vil skje. Imidlertid vil en slik tolkning være strengere enn den forarbeidene gir anvisning på, og det foreligger ikke andre rettskilder som åpner for en såpass streng tolkning. En annen løsning kan være at en annen dommer overtar ansvaret for hovedforhandlingen der en skriftlig forklaring som ikke kan føres som bevis allerede er blitt lest av ansvarshavende dommer. Med tanke på at den nye tvisteloven forutsetter at dommeren skal ha vært aktivt inne i saksforberedelsene og satt seg godt inn i saken før den kommer opp fremstår denne løsningen likevel ikke som optimal. Etter tvl. § 21-12 (2) vil det uansett sjelden forholde seg slik at en skriftlig forklaring *ikke* kan legges frem, slik at problemstillingen kun er aktuell i visse tilfeller. Noe av hovedformålet bak den nye regelen var nettopp at dommeren skal få anledning til å sette seg inn i forklaringen på forhånd, slik at han eller hun kan konsentrere avhøret av vitnet om de mest interessante og kompliserte punktene i forklaringen. Dette vil igjen sikre høyere effektivitet under hovedforhandlingen, og bedre innsikt for den som skal treffe avgjørelsen. Ut fra en avveining ser det ut til at fordelene med den nye regelen overstiger ulempene det kan medføre at en forklaring som ikke blir tillatt ført, likevel er lest før hovedforhandlingen.

Dersom det aktuelle dokumentet inneholder viktige opplysninger bør det like fullt være en lav terskel for å skifte dommer i saken, siden dommeren vanskelig vil være helt upåvirket av den viten han eller hun allerede sitter inne med. I slike situasjoner vil formålene bak tvisteloven ivaretas bedre ved at saken utsettes enn ved at den fortsetter med samme dommer.

5 Avslutning

Den 1. januar 2008 gjelder ikke lenger tvml. § 197 sin regel om utenrettslige erklæringer som bevis. Om en skriftlig forklaring skal kunne føres som bevis for retten må etter denne dato avgjøres etter tvl. § 21-12. Jeg håper i denne oppgaven å ha gitt et bidrag til å klargjøre forholdet mellom den gamle og den nye bestemmelsen; hvilke likheter og forskjeller det er mellom dem og hva slags endringer i praksis tvl. § 21-12 kan komme til å medføre. Videre håper jeg å ha fått belyst hvilke deler av rettspraksis knyttet til tvml. § 197 som fortsatt er aktuelle som rettskilder etter at den nye bestemmelsen trer i kraft.

Tvml. § 197 var i likhet med resten av tvistemålsloven moden for revisjon. Reglene om skriftlige forklaringer som bevis ble vesentlig endret i tvl. § 21-12. Hovedregelen gikk fra å være forbud mot slike dokumenter til som utgangspunkt å tillate skriftlige forklaringer. Det eksisterer en mulighet for at den nye regelen til en viss grad kan bidra til å nedtone muntlighetsprinsippet noe, idet en i større grad kan basere seg på skriftlighet enn etter den forrige regelen. Dette forutsetter imidlertid at vilkåret ”umulig” i tvl. § 21-12 (2) ikke praktiseres like strengt som ordlyden isolert sett skulle tilsi, eller at avhørene av de som har avgitt de aktuelle skriftlige forklaringene reduseres til et intetsigende ”pliktløp”. Imidlertid er vilkåret ”umulig” i alle tilfeller strengt, og den nye regelen medfører en prosess som bedre kan tilpasses den enkelte sak. Dette henger godt sammen med et av hovedformålene med tvisteloven, som var å legge større vekt på en effektiv prosess. Generelt ser fordelene med den nye regelen ut til å oppveie

de mulige ulempene den kan tenkes å medføre. Dette vil likevel ikke kunne avklares endelig før den nye loven har trådt i kraft og har vært i bruk en tid.

Domsregister

Rt. 1933 s. 1114

Rt. 1960 s. 1398

Rt. 1963 s. 508

Rt. 1968 s. 1080

Rt. 1971 s. 767

Rt. 1972 s. 831

Rt. 1974 s. 506

Rt. 1976 s. 1506

Rt. 1979 s. 1693

Rt. 1981 s. 681

Rt. 1983 s. 1567

Rt. 1984 s. 1456

Rt. 1986 s. 834

Rt. 1990 s. 343

Rt. 1991 s. 851

Rt. 1991 s. 922

Rt. 1991 s. 1240

Rt. 1991 s. 1411

Rt. 1993 s. 660

Rt. 1993 s. 1071

Rt. 1995 s. 1242

Rt. 1995 s. 1820

Rt. 1996 s. 601

Rt. 1996 s. 1008

Rt. 1997 s. 93

Rt. 1997 s. 2043

Rt. 1998 s. 110

Rt. 2002 s. 637

Rt. 2003 s. 926

Rt. 2003 s. 1031

Rt. 2003 s. 1564

Rt. 2004 s. 754

Rt. 2004 s. 1191

Rt. 2005 s. 446

Rt. 2006 s. 907

Rt. 2006 s. 1530

Rt. 2007 s. 920

Litteraturliste

Bokmålsordboka, Universitetsforlaget, Oslo 1990.

Elind, Christian *Muntlighet i norsk sivilprosess*. Oslo, 2004

Gisle, Jon m.fl: *Jusleksikon*. 3. utg. Oslo, 2007

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 1999.

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2007.

Mæland, Henry John *Kort prosess*. Bergen, 2006

Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004

Schei, Tore *Tvistemålsloven*. 2. utg. Oslo, 1998

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*. 2. utg. Oslo, 2001

Smith, Eva *Civilproces*. 4. utg. København, 2000

Aasland, Gunnar *Utenrettslige erklæringer – tvistemålsloven § 197*. I Rett og rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal. Oslo, 1984, s. [243]-257