

BEVISSIKRING – ET GRUNNLOVSSTRIDIG INSTITUTT?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 714
Leveringsfrist: 25.04.2011

Til sammen 17.611 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	1
1.3	Metode og rettskildebilde	3
1.4	Den videre fremstilling	4
<u>2</u>	<u>BEVISSIKRINGSINSTITUTTET I TVISTELOVEN KAPITTEL 28</u>	<u>5</u>
2.1	Kort om bevissikringsinstituttet	5
2.2	Bevissikring før tvisteloven	5
2.3	Bevissikring etter tvisteloven	8
2.4	Eksemplifisering	11
<u>3</u>	<u>GRUNNLOVEN § 102</u>	<u>13</u>
3.1	Den historiske epoken	13
3.2	Bakgrunnen for utformingen av Grunnloven § 102	14
<u>4</u>	<u>ER BEVISSIKRINGSINSTITUTTET TIDLIGERE VURDERT OPP MOT GRUNNLOVEN § 102?</u>	<u>17</u>
4.1	Forarbeidenes syn	17
4.2	Rettspraksis syn	19
4.3	Juridisk teori	20
4.4	Sammenfatning	20

<u>5</u>	<u>HVILKE OMRÅDER NYTER VERN ETTER GRUNNLOVEN § 102?</u>	<u>21</u>
5.1	Ordlyden	21
5.2	Det tradisjonelle syn	23
5.3	Rettspraksis	24
5.4	Metodekontrollutvalgets evaluering	24
5.5	Utfordring av det tradisjonelle syn	28
5.6	Konklusjon	29
<u>6</u>	<u>KAN BEVISSIKRING ETTER TVISTELOVEN KAPITTEL 28 SEES PÅ SOM EN</u>	<u>31</u>
	<u>”INKVISISJON”?</u>	<u>31</u>
6.1	Inkvisisjon – en undersøkelse	31
6.2	Krenkende mistanke	32
6.3	Bevissikring – midt mellom ransaking i straffeprosessuell forstand og forvaltningsmessige kontroller	34
6.4	Høyesteretts brede vurderingstema	36
6.4.1	Formålet med kontrollen i Rt 2004 s. 1723	36
6.4.2	Muligheten til å begrense og ha tilsyn med området kontrollen foretas på	37
6.4.3	Forhåndsvarsling	38
6.4.4	Politiets medvirkning	38
6.4.5	Muligheten for misbruk	39
6.4.6	Sammenfatning av Rt 2004 s. 1724	40
6.5	Bevissikring etter konkurranseloven § 25	40
6.6	Adgangen til å gjennomføre en bevissikring med tvang/makt	41
6.6.1	Innledning	41
6.6.2	Namsmannens kompetanse ved en bevissikring	42
6.6.3	Adgangen til å nekte namsmannen å gjennomføre en bevissikring	45
6.6.4	Domstolloven § 210	46
6.6.5	Straffeloven § 326	47

6.7	Konklusjon	48
<u>7</u>	<u>KAN UNNTAKET FOR KRIMINELLE TILFELLER ANVENDES?</u>	<u>49</u>
7.1	Hva kan utledes av "kriminelle Tilfælde"?	49
7.2	Muligheten for å finne bevis som kan anvendes i en eventuell straffesak	50
7.3	Bevissikringsinstituttet i konkurranseretten – grunnlag for analogislutninger?	51
7.4	Konklusjon	52
<u>8</u>	<u>TILFELLER HVOR EN BEVISSIKRING VIL VÆRE I STRID MED GRUNNLOVEN § 102.</u>	<u>53</u>
<u>9</u>	<u>KONSEKVENSER AV AT EN BEVISSIKRING ER GRUNNLOVSSTRIDIG</u>	<u>55</u>
9.1	Innledning	55
9.2	Innskrenkende fortolkning av tvisteloven kapittel 28	55
9.3	Etterfølgende muntlig forhandling	56
9.4	Bevisavskjæring	56
9.4.1	Utgangspunktet om fri bevisførsel	56
9.4.2	Grunnloven § 102	57
9.4.3	Tvisteloven § 22-7	57
9.5	Veien videre	59
<u>10</u>	<u>KILDER</u>	<u>60</u>
10.1	Lover, forskrifter, utenlandske lover og traktater	60
10.2	Forarbeider	61
10.3	Rettspraksis og andre uttalelser	62
10.4	Litteraturliste	63

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema omhandler forholdet mellom bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102. Oppgaven favner dermed over både statsrettslige og sivilprosessuelle problemstillinger.

Grunnloven § 102 setter et forbud for husinkvisisjoner og tillater slike inkvisisjoner kun i kriminelle tilfeller. Tvisteloven kapittel 28 gir adgang til å sikre bevis i en sivil sak før det er på det rene om tvisten vil bli brakt inn for domstolene. En slik bevissikring kan for eksempel innebære å innhente elektronisk lagrede data fra en datamaskin. Både Grunnloven § 102 og bevissikringsinstituttet vil bli behandlet grundig i kapitlene 2 og 3. Oppgaven ligger i spenningsfeltet mellom bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102.

Den nærmere problemstillingen for oppgaven lyder; Begrenser Grunnloven § 102 adgangen til å foreta bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28, og hvilke konsekvenser får det eventuelt for bevissikringsinstituttet dersom Grunnloven § 102 begrenser bevissikringsadgangen?

1.2 Avgrensning

Problemstillingen tar altså for seg hvorvidt Grunnloven § 102 begrenser bevissikringsadgangen etter tvisteloven kapittel 28. En annen mulig begrensning for bevissikringsinstituttet er EMK¹ art. 8.

EMK art. 8 verner privatlivet og beskytter mange av de samme interessene som Grunnloven § 102. Jeg har imidlertid valgt å avgrense mot EMK art. 8. Dette er delvis begrunnet i oppgavens omfang. Avgrensningen er uproblematisk dersom EMK art. 8

¹ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon

kun er en selvstendig begrensning for bevissikringsinstituttet. I så fall er EMK art. 8 ikke relevant for besvarelsen av problemstillingen.

Det er også mulig å se EMK art. 8 som et relevant tolkningsmoment når innholdet i Grunnloven § 102 skal fastlegges. Dersom dette er tilfellet, er det derimot mer problematisk å avgrense mot anvendelsen av bestemmelsen.

Hvorvidt EMK skal dras inn i tolkningen av de tilsvarende rettighetsbestemmelsene i Grunnloven hersker det uenighet om. Fliflet er av den oppfatning at man ved fortolkningen av en grunnlovsbestemmelse må forstå og anvende denne "*i lys av de tilsvarende bestemmelsene i de konvensjoner Norge har sluttet seg til*".² Det samme synspunkt fremmes også av Kierulf som mener at EMK bør anses som en relevant og tillatt tolkningsfaktor ved grunnlovstolkning.³ Fliflet mener derfor at Grunnloven § 102 må tolkes opp mot EMK art. 8.⁴ Eivind Smith synes å være av den oppfatning at Grunnloven skal tolkes autonomt i forhold til internasjonal rett, men ser ikke bort fra at inspirasjon fra internasjonal rett vil kunne åpne for nye perspektiver og løsninger.⁵ I forhold til Grunnloven § 102 synes Stub å være av den oppfatning at Grunnloven § 102 må undergis en selvstendig fortolkning, uavhengig av EMK art. 8.⁶

Det kan tenkes at man ved de nyere bestemmelser i Grunnloven, som er kommet til etter menneskerettighetenes inntog i norsk rett (ca. 1980-1990), kan være mer åpen for å legge vekt på de tilsvarende rettighetsbestemmelsene i EMK.⁷ Grunnloven § 102 ble imidlertid til i 1814. Av denne grunn vil ikke nødvendigvis nyere menneskerettigheter være av like stor betydning for tolkningen. Ved å legge vekt på den tilsvarende rettighetsbestemmelsen i EMK, og dermed også den dynamiske fortolkningen til EMD,⁸ risikerer man, ved tolkningen, å endre Grunnloven i strid med § 112.

² Fliflet (2005) s. 29

³ Kierulf (2011) s. 2

⁴ Fliflet (2005) s. 438

⁵ Smith (2009) s. 160

⁶ Stub (2010) s. 66

⁷ Et eksempel på en slik bestemmelse er Grunnloven § 100 som ble endret i 2004

⁸ Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol

Den eneste nyere høyesterettsdom om Grunnloven § 102 taler uansett ikke i mot en selvstendig tolkning av Grunnloven § 102. I Rt 2004 s. 1723 vurderte Høyesterett hvorvidt en våpenkontroll var i strid med Grunnloven § 102. Etter å ha konkludert med at det ikke forelå Grunnlovsstrid gikk Høyesterett videre og vurderte om kontrollen var i strid med EMK art. 8. EMK art. 8 ble ikke trukket inn i vurderingen av Grunnloven § 102.

I vurderingen av innholdet i Grunnloven § 102 vil ikke EMK art. 8 bli anvendt som et tolkningsmoment. En slik fremgangsmåte ser ut til å ha støtte i den ovennevnte rettspraksis. Det vil kunne være delte meninger om denne fremgangsmåten, men det synes riktig med en slik avgrensning for å besvare problemstillingen.

1.3 Metode og rettskildebilde

Jeg har i arbeidet anvendt alminnelig juridisk metode basert på den rettskildelæren som Eckhoff legger til grunn.⁹

Siden mye av arbeidet er fokusert rundt Grunnloven § 102 kan det være grunn til å knytte noen bemerkninger til den metode som gjelder ved grunnlovstolkning. Som utgangspunkt er det alminnelig juridisk metode som anvendes ved grunnlovstolkning.¹⁰ Ved tolkningen støter man imidlertid på noen vanskeligheter som ikke så ofte materialiserer seg ved tolkning av alminnelige lover. Grunnloven § 102 er fra 1814 og det foreligger ingen tradisjonelle forarbeider til bestemmelsen, slik at man ikke som vanlig kan støtte seg til disse ved tolkningen. Det eksisterer imidlertid andre kilder som kan være til hjelp ved tolkningen. Den historiske konteksten bestemmelsen ble til i kan være av stor betydning når meningsinnholdet skal fastlegges. Bestemmelsens forhistorie er et moment ved all lovtolkning og kan således være av betydning for fortolkningen av Grunnloven § 102.¹¹ Se nærmere om forhistorien til § 102 i kapittel 3.

⁹ Eckhoff (2001)

¹⁰ Fleischer (1969) s. 437

¹¹ Eckhoff (2001) s. 94

Juridisk teori er en rettskilde som ofte tillegges liten vekt.¹² I statsretten er dette annerledes. Ofte er det tynt med andre rettskilder av betydning for det tolkningsspørsmål en står ovenfor.¹³ Det vil bli henvist mye til juridisk teori i oppgaven, men de tradisjonelle synspunkter vil ikke ukritisk bli lagt til grunn.

Avslutningsvis kan det også være på sin plass å fremheve at reelle hensyn har en forholdsvis fremtredende plass ved grunnlovstolkning.¹⁴ Dette kan igjen begrunnes med det noe spinkle rettskildebilde på området.

Dersom fremstillingen for øvrig krever enkelte bemerkninger av rettskildemessig karakter, vil det bli gjort der det fremstår som nødvendig.

1.4 Den videre fremstilling

Fremstillingen er delt opp i ni hovedkapitler. I kapittel 2 og 3 vil jeg ta for meg henholdsvis bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102. For best å kunne besvare problemstillingen er det nødvendig med en viss kunnskap om bevissikringsinstituttet og Grunnloven § 102, for å kunne vurdere disse opp mot hverandre.

I kapittel 4-8 analyseres Grunnloven § 102 nærmere. Grunnloven § 102 omhandler "hus-inkvisitioner". Fremstillingen er bygd slik opp at det i kapittel 5 vil bli tatt stilling til hva som ligger i begrepet hus. Deretter vil det i kapittel 6 bli redegjort for hva som er en inkvisisjon i Grunnloven forstand, og om en bevissikring kan anses som en inkvisisjon. I kapittel 7 stilles spørsmålet om unntaket for kriminelle tilfeller i Grunnloven § 102 kan komme til anvendelse på en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. Kapittel 8 kan ses på som en konkretisering av de konklusjoner som er trukket i kapittel 5-7. For det tilfellet at en bevissikring er grunnlovsstridig tas det i kapittel 9 opp hva de eventuelle konsekvensene av dette er.

¹² Eckhoff (2001) s. 270

¹³ Andenæs, J. (2006) s. 50

¹⁴ Andenæs, J. (2006) s. 49

2 Bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28

2.1 Kort om bevissikringsinstituttet

Som det fremgår av kapitteloverskriften i tvisteloven kapittel 28 gir bevissikringsinstituttet adgang til å sikre bevis utenfor rettssak, før en sak reises. Det gis anledning til å sikre bevis før det er tatt ut stevning i saken, endog før det er bestemt om en tvist skal bringes inn for domstolene. Bakgrunnen for at loven gir en slik mulighet er at bevissikringen skal kunne bidra til å klargjøre hvorvidt det er grunnlag for søksmål eller ikke, og for å sikre bevis som ellers kan gå tapt.¹⁵ Loven åpner også for å gjennomføre bevissikring uten at motparten varsles.¹⁶

Tvisteloven bestemmer at det kan *”foretas rettslig avhør av parter og vitner og gis tilgang til og foretas undersøkelse av realbevis”*.¹⁷ Problemstillingen gjør at det ikke er muligheten til å foreta rettslig avhør av parter og vitner som det er interessant å holde opp mot Grunnloven § 102. Det er bevissikring i form av muligheten til å få tilgang til realbevis og undersøke disse, som potensielt kan komme i konflikt med Grunnloven § 102. Det er denne sistnevnte form for bevissikring som det i kapittel 6 undersøkes om kan være en inkvisisjon i Grunnlovens forstand.

2.2 Bevissikring før tvisteloven

Også tvistemålsloven ga adgang til å foreta bevissikring. Dette var regulert i lovens §§ 267-271a. Det er relevant å gå noe inn på forhistorien til det bevissikringsinstituttet vi i dag har, fordi forhistorien vil kunne kaste et lys over bakgrunnen for bevissikringsinstituttet og således være av betydning for tolkningen.

¹⁵ Reusch (2010) note 1328

¹⁶ Tvl. § 28-3 fjerde ledd

¹⁷ Tvl. § 28-1

Opprinnelig åpnet loven kun for bevissikring utenfor rettssak ved at motparten ble varslet. Ved en endring i kapittel 20 som trådte i kraft den 1. juli 2004 ble det gjennom § 271a åpnet for å holde bevisopptak uten varsel til motparten.¹⁸ Denne endringen kom som følge av Rt 2000 s. 1261. Saken gjaldt begjæring om bevisopptak utenfor rettssak, hvor saksøker ønsket å foreta bevissikringen uten varsel til motparten. Dette fordi man fryktet at den som satt med beviset kunne komme til å ødelegge det dersom begjæringen ble gjort kjent. Kjæremålsutvalget kom til at tvml. § 270 andre ledd ikke åpnet for bevisopptak uten varsel. Kjæremålsutvalget uttalte i den forbindelse følgende;

*”konsekvensen av de kjærende parters oppfatning synes å måtte bli at det må gjennomføres en form for hemmelig rettergang, der verken begjæringen, rettsmiddelerklæringer eller rettslige avgjørelser gjøres kjent for motparten før i forbindelse med gjennomføringen av bevisopptaket... Forbeholdet i § 270 annet ledd 'og der ikke er fare ved opphold' tar sikte på situasjoner der bevisopptak må skje umiddelbart og motparten derfor ikke kan høres fordi det tar tid. Bestemmelsen åpner ikke for bevisopptak uten varsel fordi man frykter at den som sitter med beviset kan komme til å ødelegge det hvis begjæringen gjøres kjent”.*¹⁹

Lovgiver mente kjennelsen førte til at norsk rett ikke var i samsvar med TRIPS-avtalen²⁰.²¹ TRIPS-avtalen er en del av WTO-avtalen²² som Norge har ratifisert. TRIPS-avtalen stiller visse minimumskrav til de ratifiserende staters beskyttelse av immaterielle rettigheter. I avtalens del III artikkel 50 finnes nærmere regler om midlertidig tiltak for å sikre immaterielle rettigheter. Den relevante del av artikkel 50 lyder:

“1. The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective provisional measures:

¹⁸ Tilføyd ved lov 25 juni 2004 nr. 49 (i kraft 1 juli 2004 iflg. res. 25 juni 2004 nr. 979).

¹⁹ Rt 2000 1261 s. 1263 og 1264

²⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

²¹ Ot.prp. nr 33 (2003-2004) s. 2

²² Avtale om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon

(a) to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring, and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of goods, including imported goods immediately after customs clearance;

(b) to preserve relevant evidence in regard to the alleged infringement.

2. *The judicial authorities shall have the authority to adopt provisional measures inaudita altera parte where appropriate, in particular where any delay is likely to cause irreparable harm to the right holder, or where there is a demonstrable risk of evidence being destroyed... ”.*

På denne bakgrunn besluttet lovgiver å innføre § 271a i tvistemålsloven.

Lovgiver ønsket ”å legge til rette for bevisopptak uten at motparten varsles på forhånd der det er fare for at formålet med bevisopptaket ellers vil forfeiles, for eksempel fordi det er grunn til å mistenke motparten for å ville ødelegge de aktuelle bevisene før bevisopptaket iverksettes dersom vedkommende varsles på forhånd”.²³

Bestemmelsen ble gitt et generelt anvendelsesområde. Dette ble i forarbeidene begrunnet med at man da unngikk å ta stilling til i hvilke saker bestemmelsen kom til anvendelse. Videre ble det fremhevet at faren for materielt uriktige avgjørelser som følge av bevisforspillelse var et rettsikkerhetsproblem som var større enn konsekvensene av det brudd på kontradiksjonsprinsippet som bestemmelsen innebar.²⁴

Lovgiver fant fordelene ved bevisopptak uten varsel til motparten større enn ulempene motparten ble utsatt for. Det kan være betenkelig at en bestemmelse som lovgiver tidligere ikke hadde funnet nødvendig å innføre – eventuelt ikke hadde tenkt på, blir innført som ledd i oppfyllelsen av TRIPS-avtalen, men da ikke bare på det området som TRIPS-avtalen regulerer, men for alle sivile saker. Årsaken er at bevissikring uten varsel til motparten innebærer et grunnleggende brudd på det kontradiktoriske prinsipp og innføringen er relativt svakt begrunnet i forarbeidene. Ettersom

²³ Ot.prp. nr 33 (2003-2004) s. 1

²⁴ Ot.prp. nr 33 (2003-2004) s. 5

bevissikringsinstituttet kan stå i et problematisk forhold til Grunnloven § 102, kunne man også forvente denne problemstillingen reist i forarbeidene, uten at dette er gjort.

2.3 Bevissikring etter tvisteloven

Tvistemålslovens regler i §§ 267-271a er i all hovedsak videreført i kapittel 28 i tvisteloven. Tvisteloven § 28-2 oppstiller vilkårene for bevissikring:

”Bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist” (mine understrekninger).

Tvl. § 28-3 fjerde ledd åpner for å gjennomføre bevissikring uten at motparten varsles;

”Dersom det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres, kan retten treffe avgjørelse om at bevissikring skal holdes før motparten varsles”.

Grunnvilkåret for bevissikring er at beviset kan få betydning i en sak hvor den som setter fram begjæringen vil kunne bli part eller partshjelper. I tillegg må ett av to tilleggsvilkår være oppfylt. Vilket om nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket innebærer en videreføring av gjeldende rett etter tvistemålsloven. Alternativet om at det av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset, innebærer en utvidelse av bevissikringsadgangen.²⁵ Forarbeidene fremhever at vilkåret gir uttrykk for en streng avveiningsnorm og at det dreier seg om *”en unntaksregel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde”*.²⁶ Forarbeidene gir imidlertid ikke eksempler på når vilkåret er oppfylt. I kommentarutgaven til tvisteloven gis det eksempel på et tilfelle hvor A er påført en skade, men av ukjent skadevolder. Situasjonen kan være den at A varsler de tre mulige skadevolderne om mulig søksmål

²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 470

²⁶ NOU 2001:32 s. 988 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 470

etter tvisteloven § 5-2 første ledd, men at disse ikke følger opp sin plikt etter § 5-2 annet ledd om å ta stilling til kravet og grunnlaget. Det er da lite hensiktsmessig at A må saksøke alle tre og A bør derfor gis mulighet til å finne ut hvem kravet bør rettes mot gjennom bevissikring.²⁷

Tvistemålslovens § 271a er videreført i tvisteloven § 28-3 fjerde til sjette ledd.²⁸ Bestemmelsens fjerde ledd krever at det *”er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres”* for at man kan foreta en bevissikring uten å varsle motparten. Dette vil for eksempel være tilfellet dersom varsel kan føre til at motparten vil destruere eller på annen måte manipulere beviset og dermed umuliggjøre bevissikring.²⁹

Forarbeidene fremhever at det bare rent unntaksvis kan være adgang til å treffe viktige rettslige avgjørelser uten at den annen part er hørt.³⁰ Det skal med andre ord en del til for å få adgang til å foreta en bevissikring på denne måten.

Dersom retten gir parten medhold i at det skal foretas bevissikring uten varsel, fastslår § 28-3 fjerde ledd at parten skal varsles straks etter at bevissikringen er gjennomført. Gir retten ikke medhold i kravet om bevissikring forblir avgjørelsen hemmelig inntil *”seks måneder er gått siden saken ble avsluttet”*.³¹ Dette innebærer et unntak fra tvisteloven § 14-1 som fastslår partenes rett til innsyn i rettens avgjørelser.³²

Denne seks måneders ”karantenetiden” forsterker inntrykket av en hemmelig rettergang, som blir fremhevet av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelsen av 17. juli 2000.³³ Dette perspektivet rekker imidlertid ikke veldig langt, ettersom

²⁷ Schei (2007) s. 1249

²⁸ Schei (2007) s. 1253

²⁹ Schei (2007) s. 1253

³⁰ NOU 2001:32 s. 989

³¹ Tvisteloven § 28-3 fjerde ledd, annet punktum.

³² Schei (2007) s. 1254-1255

³³ Rt 2000 1261 (Storbyguiden)

karantenetiden kun gjelder i de tilfellene hvor bevissikringen er nektet gjennomført – og i disse tilfellene er det jo ikke tale om et inngrep hos saksøkte.

Karantenetiden er ikke inngående diskutert i forarbeidene, men det fremkommer at departementet slutter seg til hva en av høringsinstansene i forbindelse med lovarbeidet (Business Software Alliance - BSA) fremhevet.³⁴ BSA pekte på at de har erfaring med at enkelte ansatte kan være tilbakeholdne med å stå frem og gi konkrete opplysninger, men at man gjerne etter en tid får samlet flere bevis. Denne muligheten til å samle flere bevis vil, etter BSA sin oppfatning, kunne bli forspilt dersom motparten får meddelt at det er nektet bevisopptak. Dette vil gi *”den/de mistenkte en foranledning til å ødelegge/slette bevisene”*.³⁵

Ved å vente noe med å varsle motparten gir man den part, som har bedt om bevissikring uten å få medhold, tid til å forsøke å få tilgang til bevis på andre måter. Dette gjør bevissikringen praktisk. Alt er ikke tapt om ikke retten gir adgang til bevissikring. Saksøker kan fortsatt søke å sikre bevis på en annen måte.

Seks måneder er uansett et langt tidsrom, som muligens ble fastsatt av lovgiver uten for mye omtanke. I forarbeidene finner man kun at *”seks måneder synes passende”*.³⁶

Tvisteloven § 28-3 fjerde ledd tredje punktum fastsetter at den som har fremsatt begjæringen om bevissikring uten varsel til motparten, ikke bør gis tilgang til beviset før avgjørelsen er endelig, dersom det er viktig for motparten å hindre dette. Avgjørelsen er endelig når det etter en muntlig forhandling er stadfestet at det var adgang til å gjennomføre bevissikringen, eller fristen for å begjære muntlig forhandling er utløpt uten at motparten har begjært det.³⁷ Motparten må altså begjære etterfølgende muntlig forhandling for å forhindre at saksøkte får tilgang til beviset.³⁸

³⁴ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 7

³⁵ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 6

³⁶ Ot.prp. nr.33 (2003-2004) s. 7

³⁷ Ot.prp nr.33 (2003-2004) s. 8 jf. Ot.prp nr.51 (2004-2005) s. 471

³⁸ Reusch (2010) note 1352

I mellomtiden vil det i praksis være namsmannen som tar hånd om det bevissikrede materialet, ettersom namsmannen vanligvis står for gjennomføringen av bevissikringen.³⁹ Dette sikrer kontroll med rettens første avgjørelse som tillot bevissikring. Hvis retten, etter å ha hørt saksøkte, finner at bevissikringen ikke burde ha vært gjennomført, kan retten oppheve sin tidligere kjennelse slik at det bevissikrede materialet overføres til saksøkte eller destrueres dersom bevissikringen har bestått av for eksempel en speilkopiering av en server/harddisk. Det er altså en toleddet prosess for å få tilgang på beviset. Først må saksøker få rettens kjennelse på at det skal gjennomføres en bevissikring. Deretter må retten i den etterfølgende muntlige forhandlingen gi saksøker tilgang til de sikrede bevisene. Å få tilgang til de aktuelle bevisene kan dermed bli en lang prosess. Et ekstremt eksempel i så henseende er den såkalte Normarc-saken.⁴⁰ Bevissikringen ble i denne saken foretatt 13. september 2004 og hva Normarc skal få tilgang til av det bevissikrede materiale er ennå ikke avgjort.⁴¹

2.4 Eksemplifisering

Med bakgrunn i det ovenstående og ved hjelp av et eksempel fra rettspraksis vil jeg nå skissere opp et eksempel hvor retten ga medhold i et krav om bevissikring. Det kan være nyttig å ha et konkret eksempel å forholde seg til når bevissikringsinstituttet siden skal vurderes opp mot Grunnloven § 102.

Asker og Bærum tingrett gav i 2008 medhold i et krav om bevissikring uten å varsle motparten.⁴² Forholdet til Grunnloven § 102 ble ikke vurdert. Saksøker var i denne saken en bedrift (A) som ønsket bevissikring blant annet hos en tidligere ansatt (B). Bakgrunnen for dette var at man mistenkte at B hadde opptrådt illojalt i oppsigelsesperioden samt i strid med en konkurranseklausul som forbød B å drive konkurrerende virksomhet i tolv måneder etter endt arbeidsforhold. A ønsket å sikre seg tilgang til e-post og dokumenter som B satt på. Dersom B ble varslet om bevissikringen, fryktet man at e-poster ville bli slettet eller gjort utilgjengelige. Bevissikringen foregikk

³⁹ Se mer om namsmannens kompetanse ved en bevissikring i kapittel 6.6.

⁴⁰ Rt 2006 626

⁴¹ De foreløpige rettsavgjørelsene i Normarc-saken er; TOSLO-2004-42431, LB-2005-59502, Rt-2006-146, Rt-2006-626, Toslo-2005-4190-1, LB-2009-11069, HR-2009-2233-U

⁴² Asker og Bærum tingretts kjennelse av 30. juni 2008

ved sikring av e-post på en bestemt e-postkonto samt ved å kopiere e-poster og dokumenter fra Bs PC, stående i hans privatbolig.

Bevissikring kan være aktuelt i andre tilfeller enn det overnevnte, men eksemplet gir en god illustrasjon på et tilfelle hvor bevissikring er en aktuell fremgangsmåte. Samtidig kan oppmerksomheten rettes mot at bevissikringen i dette tilfellet må karakteriseres som relativt inngripende da det ble gitt adgang til å foreta bevissikring i det private hjemmet til den tidligere ansatte.

3 Grunnloven § 102⁴³

3.1 Den historiske epoken

Grunnloven § 102 lyder:

”Hus-Inkvisitioner maa ikke finde Sted, uden i kriminelle Tilfælde”.

Grunnloven er siden 17. mai 1814 blitt endret en rekke ganger. § 102 er imidlertid aldri endret, og står i dag lik som den var 17. mai 1814. En nærmere analyse av bestemmelsen holdt opp mot bevissikringsinstituttet i tvisteloven kap. 28 utstår til de følgende kapitler. Her vil fokuset ligge på den historiske bakgrunnen for § 102. Dette fordi den historiske bakgrunnen vil kunne være relevant ved tolkningen av bestemmelsen og således av betydning for å besvare problemstillingen.

Den perioden Grunnloven ble til i var en tid med store sosiale og politiske omveltninger i Europa og Amerika. Det var en periode hvor undertrykte folk frigjorde seg fra sine stort sett eneveldige herskere.⁴⁴ Opplysningsfilosofenes ideer om de grunnleggende og ukrenkelige menneskerettigheter sto sterkt i samtiden.⁴⁵ John Locke hevdet at staten måtte respektere noen ukrenkelige og naturgitte menneskerettigheter. Dette fikk direkte betydning da Jefferson utformet Den Amerikanske uavhengighetserklæringen. Frankrike fikk Den Franske rettighetserklæringen i 1789 (Declaration des droits de l’homme et du citoyen).⁴⁶ Til alle disse nasjonale, politiske og sosiale omveltninger hører også Norges løsrivelse fra Danmark og vedtakelsen av Grunnloven.⁴⁷ Det er på denne bakgrunn ikke unaturlig å legge til grunn at den amerikanske

⁴³ Dette kapitlet baserer seg for en stor del på Marius Stub sin artikkel "Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102" inntatt i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 3 i 2009 s. 389-443

⁴⁴ Mykland (1989) s. 19

⁴⁵ Helset (1998) s. 60-61

⁴⁶ Helset (1998) s. 62

⁴⁷ Mykland (1989) s. 19

uavhengighetserklæringen og den franske rettighetserklæringen begge har påvirket den norske Grunnloven.⁴⁸

Andenæs fremhever imidlertid at formuleringene i Grunnloven som regel er utpreget selvstendige, selv der innholdet i bestemmelsen stemmer overens med de utenlandske rettighetserklæringer. Videre skriver han følgende:

”Et viktig moment er også de uttalelser som konstitusjonskomitéen kom med da den la sitt utkast fram for Riksforsamlingen. Her heter det: ’Den private Lovgivnings Bud ere udenfor Constitutionens egentlige Grændser. – Committeeen har derfor kun fremsat nogle didhørende Principer, hvis Nødvendighed i den borgerlige Lovgivning ved den norske Nations egen Erfaring er godtgjort.’ Klarere kan det ikke sies, at det er i vår egen historie vi må søke forutsetningene for grunnlovens ’almindelige Bestemmelser’.”⁴⁹ (min understrekning)

3.2 Bakgrunnen for utformingen av Grunnloven § 102

Grunnloven § 102 var fra Konstitusjonskomiteen opprinnelig tenkt med en annen ordlyd enn den bestemmelsen til slutt fikk. Utkastets § 107 lød som følger: *”Hver Borgers Huus er helligt; Ingen maa betræde det mod hans Villie, uden i Kraft af skriftlig Ordre fra Øvrigheden”*.⁵⁰ På tampen av riksforsamlingens arbeid på Eidsvoll fikk imidlertid bestemmelsen en helt ny ordlyd.⁵¹ Endringen førte ikke til noe særlig debatt, og det er derfor vanskelig å vite hva slags begrunnelse grunnlovsfedrene hadde for å velge en ny ordlyd.⁵² Det gjenstår også å finne frem til hva grunnen kan ha vært til at man i det hele tatt så behovet for en bestemmelse som Grunnloven § 102.

En antydning av svar på dette kan man finne i det faktum at særlig kjøpmennene bifalt § 102:

⁴⁸ Helset (1998) s. 64 og Andenæs, J. (1942) s. 485

⁴⁹ Andenæs, J. (1942) s. 486

⁵⁰ Riksforsamlingens forhandlinger 3die del, s. 316

⁵¹ Andenæs, J. (1942) s. 494

⁵² Motzfeldt (1846) s. 186 (Vidar Iversen ved Nasjonalbiblioteket hjalp til med å tyde bokens skrifttype)

*”Diriks foreslog §en saaledes, som i Udkastet er anmærket, hvilket blev bifaldt, især af Kjøbmændene, der saaledes saae sig befriede for Inquisitioner om Toldsvig, hvilken Diriks ikke ansaae for en offentlig Forbrydelse”.*⁵³

Kjøpmennenes begeistring for bestemmelsen må forstås i lys av de restriksjoner som myndighetene satte for handelen. Disse restriksjonene kom blant annet som en følge av Napoleonskrigen. Britene tok i 1807 den dansk-norske flåten. Dette tvang Danmark-Norge til å ta standpunkt i stormaktskrigen. Valget ble allianse med Frankrike og krig mot Storbritannia. Dette betydde for Norge blokade, stopp i all eksport og noen harde nødsår.⁵⁴

En omfattende forordning av 23. mai 1812 innebar forbud mot import av koloni- og manufakturvarer.⁵⁵ For å overholde dette forbudet ble det bestemt at det i alle byer skulle nedsettes varekontrollkommisjoner som skulle foreta husundersøkelser på jakt etter forbudte varer.⁵⁶

Dette ble naturlig nok ikke tatt godt i mot av innbyggerne: *”Forordningen av 23. mai 1812 med påbud om husundersøkelser vakte overalt i landets byer en storm av raseri.”*⁵⁷ Også de som ble pålagt å gjennomføre husundersøkelsene vegret seg. Fire embetsmenn i Trondheim, som ble pålagt arbeidet, søkte seg alle fritatt. De hevdet at de alt hadde mange andre offentlige gjøremål slik at tiden ikke strakk til.⁵⁸

Også på andre områder tok staten mer kontroll. I 1812-1813 overtok staten hovedansvaret for rikets kornforsyning. Det ble samtidig innført enda sterkere kontroll med den private kornhandelen. Dermed var det ikke lenger en fri omsetning av korn slik som kjøpmennene ønsket. I stedet regulerte staten det meste av kornhandelen. Dette ble

⁵³ Motzfeldt (1846) s. 186

⁵⁴ Mykland (1989) s. 24-25

⁵⁵ Forordningen er inntatt hos Schou (1814) s. 79-99

⁵⁶ Mykland (1978) s. 234

⁵⁷ Mykland (1978) s. 247

⁵⁸ Mykland (1978) s. 249

gjort ved kontroll av kjøpmennenes pakkboder, ved konfiskasjoner og ved bruk av maksimalpriser.⁵⁹ Også på dette området ble det altså benyttet husinkvisisjoner for å kontrollere kjøpmennene.

Det er ikke mulig i dag å vite med sikkerhet hva grunnen er til at Grunnloven fikk en bestemmelse som § 102. Det fremstår imidlertid rimelig å anta at både inspirasjonen fra andre europeiske rettighetserklæringer og de hjemlige forhold har påvirket bestemmelsens endelige utforming. Jeg kan derfor si meg enig i følgende uttalelse:

*”Ser man bakgrunnen for bestemmelsen under ett, er det nok sammenhengen med datidens vidtfavnende regler om husundersøkelser som vil kunne få størst betydning for tolkningen. Misnøyen med disse husundersøkelsene og lettelsen over å slippe dem tyder på at man forutsatte at forbudet mot husinkvisisjoner ville være til hinder for å videreføre det tidligere kontrollregime, og at nettopp dette var hovedformålet med Grunnloven § 102”.*⁶⁰

⁵⁹ Mykland (1978) s. 281

⁶⁰ Stub (2009) s. 409

4 Er bevissikringsinstituttet tidligere vurdert opp mot Grunnloven § 102?

4.1 Forarbeidenes syn

Det er naturlig å starte analysen ved å stille spørsmålet om bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 tidligere er vurdert opp mot Grunnloven § 102. Dette fordi bevissikringsinstituttet i utgangspunktet ligger svært nært det området som Grunnloven § 102 beskytter, slik at det er grunn til å anta at temaet har vært berørt tidligere.

I forarbeidene til bevissikringskapittelet i tvisteloven og den gamle tvistemålsloven er Grunnloven § 102 ikke nevnt.⁶¹ Lovgiver fremhever at ved utformingen av regler om bevis, må hensikten være å fremme materielt riktige avgjørelser.⁶² Samtidig er lovgiver oppmerksom på at andre hensyn kan føre til at formålet om materielt riktige avgjørelser må vike. Det pekes på bevisforbud begrunnet i personvern hensyn eller andre tungtveiende hensyn.⁶³

Lovgiver har også fremhevet at et bevisforbud kan være nødvendig for å hindre at bevisføringen i unødig grad rammer privatlivet til en part eller et vitne, og viser i den forbindelse til EMK artikkel 8 og SP⁶⁴ artikkel 17.⁶⁵ Her er lovgiver svært nært selve innholdet i Grunnloven § 102, uten tilsynelatende å være oppmerksom på det. Lovgiver går ikke noe nærmere inn på artiklene. Henvisningen blir derfor hengende noe i lufta.

⁶¹ Ikke nevnt i NOU 2001:32, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), Ot.prp. nr.33 (2003-2004) eller Innst. O. nr. 66 (2003-2004)

⁶² NOU 2001:32 s. 454

⁶³ NOU 2001:32 s. 454

⁶⁴ De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter

⁶⁵ NOU 2001:32 s. 456

For best å kunne besvare problemstillingen må det tas stilling til hvilken betydning det har at lovgiver ikke har drøftet § 102 i forarbeidene. Kan det at forholdet til Grunnloven § 102 ikke er drøftet i forarbeidene tas til inntekt for at § 102 ikke begrenser adgangen til å foreta en bevissikring? Det er ikke lovgiver som har siste ordet i spørsmålet om hvorvidt en lov er grunnlovsstridig eller ikke. Domstolenes prøvelsesadgang kommer inn og innebærer at det er domstolene som i siste instans vurderer grunnlovsmessigheten av en lov.⁶⁶ I Kløftadommen⁶⁷ lanserte Høyesterett en tredeling av grunnlovsbestemmelser som har betydning for prøvingsintensiteten:

”Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at Grunnloven gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg... at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling”.

Grunnloven § 102 tilhører de bestemmelser i Grunnloven som er til for å verne enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet. Prøvelsesretten er her på det sterkeste. I Rt 2010 s. 143 uttalte Høyesterett seg nærmere om prøvelsesadgangen:

”For at Stortinget sitt syn skal innebære at prøvingsretten skal avgrensast i tvilstilfelle, jf. førstvoterande i dommen i Rt-2007-1308 (Sørheim), må det stillast eit kvalitetskrav. Det inneber at Stortinget må ha lagt til grunn eit relevant prøvingstema og vore merksam på vesentlege konsekvensar av ei lov”.

Det at lovgiver ikke har nevnt Grunnloven § 102 i forarbeidene kan ikke tas til inntekt for at § 102 ikke er en skranke for bevissikringsinstituttet. Et slikt syn måtte ha kommet klart til uttrykk i forarbeidene for at det skulle hatt noen vekt.

⁶⁶ Se for eksempel Andenæs, J. (2006) s. 345 flg. for en nærmere redegjørelse av prøvelsesretten

⁶⁷ Rt 1976 1

4.2 Rettspraksis syn

Det finnes ikke mye rettspraksis rundt tvisteloven kapittel 28. Det at tvisteloven er relativt ny kan være en del av forklaringen. Et søk i Lovdata etter rettspraksis om tvisteloven kapittel 28 gir tretten treff.⁶⁸ Ingen av de rettsavgjørelsene jeg har vært gjennom tar opp forholdet til Grunnloven § 102. Rettspraksis etter den gamle tvistemålsloven kan også være av interesse ettersom kapittel 28 i tvisteloven for en stor del er en videreføring av bestemmelsene i tvistemålsloven, dog med noen utvidelser. Et søk på tvistemålsloven §§ 268-271a gir tredve treff i Lovdata.⁶⁹ Ingen av disse avgjørelsene bringer noe av interesse for å ta stilling til hvorvidt bevissikringsinstituttet står i et problematisk forhold til Grunnloven § 102.

Jeg vil på tross av dette trekke frem Rt 2010 s. 774. Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om rettighetshaverne til to spillefilmer kunne kreve utlevert identiteten til en abonnent av en internettleverandør. Det var anført at abonnenten ved ulovlig fildeling hadde brutt bestemmelser i åndsverksloven. Høyesterett kom til at det var grunnlag for bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. Av interesse for denne oppgaven kan det nevnes at Høyesterett var innom EMK artikkel 8.

*”Det er ikke nødvendig for meg å gå inn på spørsmålet om et pålegg om utlevering av opplysninger om en abonnents identitet utgjør et ’inngrep’ i vedkommendes rett til privatliv og korrespondanse etter artikkel. 8 nr. 1, da bevistilgang etter omstendighetene i denne saken klart oppfyller vilkårene etter artikkel 8 nr.2”.*⁷⁰

⁶⁸ Søket ble foretatt 18. februar 2011 i base HRSIV LASIV LBSIV LESIV LXSIV LFSIV LGSIV LHSIV TRSIV på Lovdata. Det ble søkt på lov-2005-06-17-90-§28-1 til § 28-5. Dette gav fire treff på § 28-1, ti treff på § 28-2, åtte treff på § 28-3, fire treff på § 28-4 og åtte treff på § 28-5. Mange avgjørelser gav treff på ulike bestemmelser, samlet fant jeg altså tretten ulike avgjørelser på denne måten.

⁶⁹ Søket ble foretatt 18. februar 2011 i base HRSIV LASIV LBSIV LESIV LXSIV LFSIV LGSIV LHSIV TRSIV på Lovdata. Det ble søkt på lov-1915-08-13-6-§267 til § 271a. Dette gav seksten treff på § 267, åtte treff på § 268, to treff på § 269, seks treff på § 270, seks treff på § 271 og ni treff på § 271a. Mange avgjørelser gav treff på ulike bestemmelser, samlet fant jeg altså tredve ulike avgjørelser på denne måten.

⁷⁰ Rt 2010 774 avsnitt 56

Høyesterett viser deretter til at inngrepet har en klar hjemmel i lov og at det har et legitimt formål ved at det er begrunnet i hensynet til beskyttelse av andres rettigheter.

Som det er redegjort for i kapittel 1.2 er oppgaven avgrenset mot EMK art. 8. Det er likevel interessant å se at retten finner grunn til å gå inn og vurdere forholdet til EMK artikkel 8. Grunnloven § 102 var ikke påberopt. EMK art. 8 verner mange av de samme interesser som Grunnloven § 102 gjør. At bestemmelsen er interessant i vurderingen av bevissikringsinstituttet etter tvisteloven kapittel 28 innebærer at retten ser muligheten for at EMK artikkel 8 kan begrense adgangen til å foreta en bevissikring. Dette er igjen en indikasjon på at også Grunnloven § 102 kan være en slik begrensning for adgangen til å foreta bevissikring etter tvisteloven kapittel 28.

4.3 Juridisk teori

Det er ikke mulig innen rammen av denne oppgave å foreta en fullstendig gjennomgang av all den litteratur som gjelder henholdsvis tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102. Jeg har imidlertid tatt for meg en rekke sentrale verk og kan på bakgrunn av dette konkludere med at ingen av forfatterne tar opp forholdet mellom bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102.⁷¹

4.4 Sammenfatning

Det er så langt jeg kan se ingen rettskilder som direkte behandler forholdet mellom bevissikringsinstituttet i tvisteloven kapittel 28 og Grunnloven § 102.

I kapitlene 5-7 vil jeg gå konkret inn på hvorvidt Grunnloven § 102 kan sies å begrense adgangen til å foreta bevissikring etter tvisteloven kapittel 28.

⁷¹ Litteratur som er gjennomgått er følgende: Andenæs, M. (1983), Andenæs, J. (2006), Smith (2009), Helset (1998), Mæland (2006), Robberstad (2009), Schei (2007) og Stub (2010)

5 Hvilke områder nyter vern etter Grunnloven § 102?

5.1 Ordlyden

For å finne ut om Grunnloven § 102 begrenser adgangen til å foreta bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 må det undersøkes hvilke språklige slutninger som kan trekkes ut av ordlyden "hus" i § 102. Eller for å formulere spørsmålet på en annen måte; hvilke områder er det Grunnloven § 102 verner?

Hus fremstår i bestemmelsen sammen med begrepet inkvisisjon; "*Hus-Inkvisitioner*". Det kan hevdes at begrepet må fortolkes samlet slik det fremstår. Jeg er likevel av den oppfatning at begrepet må deles opp slik at både "hus" og "inkvisitioner" underlegges en selvstendig fortolkning. På den måten er det større mulighet for et høyere presisjonsnivå i fortolkningen. Samtidig er det viktig å ikke miste av syne at ordene fremstår samlet som ett begrep i Grunnloven.

En alminnelig språklig forståelse av ordlyden er det naturlige utgangspunkt for en fortolkning.⁷² I ordboken ser man at hus har flere betydninger. Bosted eller hjem er én betydning, mens en annen er en bygning med tak og vegger.⁷³ Noen vil muligens først og fremst forbinde ordet hus med den private bolig, den bolig der man bor og oppholder seg privat. Det er imidlertid ikke gitt at dette nødvendigvis er den mest nærliggende tolkningen. Den private bolig er dekket av ordlyden i § 102.⁷⁴ Det må tas stilling til om også andre steder enn den private bolig kan være omfattet. Dersom dette er tilfellet vil det innebære at bestemmelsens anvendelsesområde vil kunne bli noe videre enn det den eldre teori tradisjonelt har antatt.⁷⁵

⁷² Echhoff (2001) s. 39

⁷³ Bokmålsordboka s. 213-214

⁷⁴ Andenæs, J. (2006) s. 407

⁷⁵ Den eldre juridiske teori kan regnes fra Morgenstjerne (1900) frem til Andenæs, J. (2006), mens Smith (2009) og Stub (2010) kan synes å ha lagt enn noe videre fortolkning av bestemmelsens anvendelsesområde til grunn.

Ved fortolkning av Grunnloven må man ha for øye at det er språkbruken i 1814 som må tas som utgangspunkt for tolkningen.⁷⁶ Dette vil ikke alltid være like enkelt å finne frem til. I "Ordbog over det danske Sprog", som dekker dansk fra 1700 til 1955, står "*Husinkvisition*" definert som "*det samme som husundersøgelse*". Og Husundersøgelse er definert slik: "*(jur.) retslig (ell. paa øvrighedens foranstaltning foretaget) undersøgelse af et privat hus*".⁷⁷

Sammenstillingen av ordene "*privat*" og "*hus*" i ordboken gjør at ordlyden etter dette synes å være et tungtveiende argument for at Grunnloven § 102 kun verner det private hus/bolig. Dersom en ved tolkningen av bestemmelsen kun skulle forholde seg til en streng ordlydsfortolkning ville det ikke være nødvendig å gå videre i undersøkelsen av hvilke områder Grunnloven § 102 verner. Det er imidlertid ikke sikkert at ordet hadde et bestemt meningsinnhold i 1814, ofte har et ord flere betydninger.⁷⁸ En indikasjon på dette finner man i forordningen av 23. mai 1812 som tillot "*Husinkquisitioner*".⁷⁹ Det var anledning til å gjennomføre denne husinkvisisjonen i "*Varelagere; offentlige Udsalgssteder og Boutiquer*".⁸⁰ Dette indikerer at "*Husinkquisitioner*" også ble anvendt for å beskrive en undersøkelse som ikke bare ble foretatt i de private hjem. Det er da en rimelig antagelse at "*Hus-Inkvisitioner*" kanskje spiller vel så mye på selve den undersøkende aktivitet og ikke nødvendigvis på hvilket område som er vernet.⁸¹ En annen naturlig slutning er at bestemmelsen verner flere områder enn kun det private hjem. Uansett datidens antatte syn på ordlyden synes det nødvendig å utvide undersøkelsen fra bare å omfatte den rene språklige fortolkning for å finne frem til hva som vernes av Grunnloven § 102.⁸²

⁷⁶ Andenæs, J. (2006) s. 47

⁷⁷ Vikør (2011) og Dahlerup (1918-1956)

⁷⁸ Echhoff (2001) s. 55

⁷⁹ Stub (2010) s. 76-77

⁸⁰ Schou (1814) s. 82

⁸¹ Stub (2010) s. 77

⁸² Stub (2010) s. 77

5.2 Det tradisjonelle syn

Den eldre juridiske teori er ganske samstemt i sin vurdering av hvilke områder § 102 verner. Det kan virke som om innholdet i ”hus” er blitt definert ut fra hva som var konstitusjonskomiteens opprinnelige forslag *”hver Borgers Hus er hellig”*.⁸³ Morgenstjerne skriver følgende i sin lærebok i statsforfatningsrett: *”Denne Bestemmelse er, som det viser sig af dens Tilblivelseshistorie, tænkt at skulle være en Gjennemførelse af Principet: ’hver Borgers Hus er hellig’, saaledes som det udtrykkes i det af Konstitutionskomiteen paa Eidsvold afgivne Grundlovsudkast”*.⁸⁴ Også Aschehoug tar utgangspunkt i konstitusjonskomiteens utkast og konstaterer at forbudet etter utkastet var rettet mot inntrengen i en *”Mands Huus”*.⁸⁵ Hos Andenæs (både Johs. og Mads) synes også utgangspunktet å være det at bestemmelsen beskytter boligens ukrenkelighet, mens forretningslokaler, kafeer og lagerhus faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.⁸⁶ Hvorfor Grunnloven § 102 kun verner privatboligen, men ikke for eksempel forretningslokaler, er ikke spesielt godt begrunnet i noen av fremstillingene, rent bortsett fra de som viser til konstitusjonskomiteens forslag. Det mer konstateres hvordan bestemmelsen er å forstå fremfor å ha fokus på bakgrunnen for denne forståelsen.

Den historiske bakgrunnen for bestemmelsen som ble skissert i kapittel 3 gjør at det synes noe underlig at den eldre juridiske teori så bastant har avvist at bestemmelsen kan tenkes å komme til anvendelse også på inkvisisjoner som foretas på andre steder enn i det private hjem. Historien gir indikasjoner på at bestemmelsen var en reaksjon på nettopp et kontrollregime som innebar undersøkelser i kjøpmennenes butikklokaler. Dette styrkes av at det særlig var kjøpmennene som var fornøyde med den nye bestemmelsen.⁸⁷ Deres begeistring kan forklares med at de nå så seg fritatt for den form for husinkvisisjoner som forordningen av 23. mai 1812 åpnet for og som er behandlet nærmere i kapittel 3. Det er med andre ord hendelser i historien forut for vedtagelsen av

⁸³ Riksforsamlingens forhandlinger 3die del s. 316

⁸⁴ Morgenstjerne (1900) s. 628

⁸⁵ Aschehoug (1893) s. 12

⁸⁶ Andenæs, J. (2006) s. 407

⁸⁷ Motzfeldt (1846) s. 186

Grunnloven som indikerer at Grunnloven § 102 var ment å ha et større nedslagsområde enn kun å verne den private bolig. Disse historiske forutsetningene blir imidlertid kun indisier ettersom det ikke er mulig med sikkerhet å si hva Grunnlovsfedrene mente med bestemmelsen og hvorfor ordlyden ble utformet slik den ble når man nå nesten 200 år senere skal forsøke å tolke bestemmelsen.⁸⁸

5.3 Rettspraksis

Det finnes kun én nyere dom om Grunnloven § 102.

Rt 2004 s. 1723 gjaldt en vurdering av våpenloven § 27a opp mot Grunnloven § 102. Våpenloven § 27a tillater at politiet etter forhåndsvarsel kan kontrollere oppbevaringen av skytevåpen hos den som oppbevarer våpnene i sitt hjem. Våpeneieren som ble varslet om en slik kontroll mente at kontrollen ville være i strid med Grunnloven § 102, men fikk ikke medhold av Høyesterett.

Saken gjaldt en kontroll i det private hjem. Det var derfor ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til om også andre steder enn den private bolig nøytt et vern fra bestemmelsen, og avgjørelsen er ikke til særlig hjelp i det tolkningsspørsmålet vi står overfor.

Det finnes tre gamle dommer på Lovdata som også går nærmere inn på Grunnloven § 102, men heller ingen av disse dommene gir noen indikasjoner på hvilke områder "hus" verner.⁸⁹

5.4 Metodekontrollutvalgets evaluering

I forarbeidene til reglene om bruk av tvangsmidler i forebyggende øyemed (straffeprosessloven kapittel 17b) forutsettes det at Grunnloven § 102 setter begrensninger når det gjelder ransaking i private hjem.⁹⁰ Her ser også holdningen ut til å være at Grunnloven § 102 utelukkende får anvendelse på inkvisisjoner i private boliger.

⁸⁸ Stub (2010) s. 77 og 79

⁸⁹ Rt 1838 561, Rt 1871 221 og Rt 1873 605

⁹⁰ Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 132 se også s. 152

Forarbeidene foretar imidlertid ingen inngående vurdering slik at uttalelsene vanskelig kan tillegges vekt.⁹¹

Mer interessant er uttalelsene som finnes i Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivning om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.⁹² Utvalgets mandat var blant annet å påse at reglene om skjult tvangsmiddelbruk lå innenfor rammen av Grunnloven § 102.⁹³ Utvalget innhentet to ulike og uavhengige betenkninger om spørsmålet. De to betenkningene var forfattet av henholdsvis professor dr. juris Erling Johannes Husabø og av professor dr. juris Alf Petter Høgberg og universitetsstipendiat Marius Stub (nå Ph.D.).⁹⁴ Begge betenkningene går nærmere inn på hva § 102 verner – herunder hva som må sies å ligge i begrepet ”hus”.⁹⁵

Husabø mener at formuleringen det private hjem er dekkende for det stedet som Grunnloven § 102 er ment å beskytte. Husabøs begrunnelse ligner mye på det vi ellers finner i den juridiske teori. Han peker på at bestemmelsen alltid har vært forstått slik og at dette er den vanlige rekkevidden på lignende bestemmelser i andre land. Videre fremheves ordlyden i grunnlovskastet, samt at formålet med regelen tilsier en slik fortolkning.⁹⁶ Husabø går imidlertid ikke inn på hva formålet med regelen kan sies å være og hvorfor dette eventuelle formålet støtter hans snevre fortolkning av Grunnloven § 102.

Alf Petter Høgberg og Marius Stub har et annet syn på hvilke bygninger som er vernet av § 102. De er av den oppfatning at bestemmelsen nok verner flere typer lokaler enn det juridisk teori tradisjonelt har ment. Dette begrunnes på flere måter. Det pekes på den tidligere nevnte forordningen av 23. mai 1812. Den hjemlet husinkvisisjoner og åpnet

⁹¹ Se mer om betydningen av lovgivers syn på grunnlovsspørsmål i kapittel 4.1

⁹² NOU 2009:15 kapittel 13

⁹³ NOU 2009:15 s. 152

⁹⁴ Deler av Høgbergs og Stubs betenkning bygger på Stubs artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 3 i 2009 s. 389-443

⁹⁵ Betenkningene er vedlegg 2 og 3 til NOU 2009:15

⁹⁶ NOU 2009:15 s. 409

for at inkvisisjonene kunne foretas i blant annet varelagre, offentlige utsalgssteder og butikker.⁹⁷ Bestemmelsens forhistorie trekkes også frem. Man ønsket å beskytte seg mot husundersøkelser som ikke utelukkende rettet seg mot folks boliger. Og siden det var kjøpmennene som var mest fornøyd med bestemmelsen, tyder det på at de anså flere steder enn den private bolig for omfattet.⁹⁸ Avslutningsvis peker forfatterne på at beskyttelse av privatsfæren er bestemmelsens bærende hensyn, slik at grensen for bestemmelsens anvendelsesområde må trekkes ut fra hvor man har en berettiget forventning om å være privat.⁹⁹ Slikt sett vil et kontor man tilbringer store deler av dagen på kunne tenkes å nyte godt av det vern som Grunnloven § 102 gir.

Metodekontrollutvalget har disse to betenkningene som grunnlag for sin vurdering av hvilke lokaler som er vernet av bestemmelsen. Flertallet slutter seg for det meste til Husabø sin betenkning og konkluderer med at begrepet privat bolig er et begrep som svarer til § 102 sitt anvendelsesområde. Flertallet peker også på at bestemmelsen tradisjonelt har vært oppfattet på denne måten samtidig som de mener dette samsvarer med Høyesteretts forståelse av at bestemmelsen skal beskytte hjemmets fred og ukrenkelighet i Rt 2004 s. 1723:

”Jeg legger videre avgjørende vekt på to sider ved ordningen [etter våpenloven § 27a] som begge representerer en innskrenkning i adgangen til kontroll, og dermed også i det inngrep i hjemmets fred og ukrenkelighet som den enkelte med noen grunn kan oppfatte at ordningen representerer. Den ene innskrenkningen følger av våpenforskriften § 22-5: Kontrollen skal skje på det eller de steder som anvises av våpeneieren som oppbevaringssted for våpen. Det følger av dette at det ikke skal skje noen gjennom søkning av hjemmet. Polititjenestemannen blir fulgt til det sted våpnene oppbevares og gjør sin kontroll av oppbevaringen der. Ønsker en våpeneier å holde deler av sitt hjem unna et eventuelt fremtidig besøk fra politiet, vil han i adskillig grad selv kunne velge et oppbevaringssted som gjør dette mulig”.

⁹⁷ NOU 2009:15 s. 431

⁹⁸ NOU 2009:15 s. 432

⁹⁹ NOU 2009:15 s. 433

Det er mulig at dette sitatet kan tolkes på en noe annen måte enn det flertallet i metodekontrollutvalget gjør. Sitatet innebærer ikke nødvendigvis at man kan tillegge Høyesterett den oppfatning at Grunnloven § 102 kun beskytter hjemmets fred og ukrenkelighet. Sitatet viser at Høyesterett mener at de inngrep våpenloven åpner for ikke er så inngripende i hjemmets fred og ukrenkelighet, ettersom våpenkontrollen skal foregå på det sted våpeneieren anviser. I neste avsnitt peker Høyesterett på at siden kontrollen skal forhåndsvarsles minker også dette graden av inngripen i hjemmets fred og ukrenkelighet. Dette kan ses som at Høyesterett bruker begrepet hjemmets fred og ukrenkelighet i sin vurdering av våpenloven og ikke Grunnloven. Nå kan det hevdes at ettersom det er våpenloven som skal vurderes opp mot Grunnloven har Høyesteretts uttalelse betydning også for tolkningen av Grunnloven. Men man må ikke ut fra dette nødvendigvis slutte at Grunnloven § 102 kun beskytter hjemmets fred og ukrenkelighet. Avgjørelsen omhandlet en våpenkontroll i det private hjem. Derfor ble det aldri prøvd hvorvidt Grunnloven § 102 også kunne beskytte andre steder enn det private hjem. Jeg er derfor ikke enig med flertallet i metodekontrollutvalget i at Høyesterett sitt votum indikerer at Høyesterett forstår Grunnloven § 102 dit hen at den kun skal beskytte hjemmets fred og ukrenkelighet.

På tross av at flertallet i metodekontrollutvalget konkluderer med at § 102 kun verner den private bolig er ikke dette avgjørende. Metodekontrollutvalgets flertall foreslo endringer i politiloven § 17d og straffeprosessloven § 222d for å unngå strid med Grunnloven § 102.¹⁰⁰ Metodekontrollutvalgets konklusjoner er imidlertid ikke i ettertid fulgt opp av verken Stortinget eller regjeringen, ingen lovendring har altså fulgt utredningen. Konklusjonene kan dermed ikke tillegges større vekt enn den juridiske teori, ettersom utredningen ikke har den legitimitet ordinære forarbeider har ved at de gir uttrykk for lovgivers vurderinger. Det er derfor argumentasjonsverdien som blir avgjørende når det skal tas stilling til hvor stor vekt som skal legges på konklusjonene i utredningen. Og som vist ovenfor er ikke nødvendigvis flertallets konklusjon om at § 102 kun verner den private bolig helt overbevisende.

¹⁰⁰ NOU 2009:15 s. 24

5.5 Utfordring av det tradisjonelle syn

Synet på at § 102 ikke verner andre steder enn den private bolig, som er å finne i deler av den juridiske teori, i Ot.prp. nr.60 (2004-2005) og hos metodekontrollutvalget, kan utfordres noe. Dette fordi ingen av de gjennomgåtte rettskildefaktorene gir et entydig og klart forankret svar på hvilke områder Grunnloven § 102 er ment å beskytte.

Bestemmelsens historiske bakteppe og de hensyn som bestemmelsen er ment å beskytte, nemlig den private sfære eller privatlivets fred må særlig fremheves som vektige momenter.¹⁰¹ Det samme hensyn er fremhevet i kommentarutgaven til Grunnloven; ”*Husundersøkelse er et inngrep i privatlivets fred*”.¹⁰² Bestemmelsen bør derfor gis det nedslagsfelt som er nødvendig for at den skal tjene sitt formål, å beskytte privatlivets fred – den private sfære.

Eivind Smith støtter opp under dette syn. Han peker på at dersom bestemmelsens hensikt var å verne visse sider av privatlivet, må dette føre til en avvisning av ”bolig” som det avgjørende kriterium for bestemmelsens anvendelsesområde.¹⁰³

Spørsmålet som må stilles blir på hvilke områder det er behov for det vern som Grunnloven § 102 gir privatlivet.

Smith peker på at skillet mellom hjem og arbeidsplass stadig blir svakere i dagenes samfunn. Dette mener han må lede til at for eksempel et hjemmekontor må være beskyttet, likeledes private rom på arbeidsplassen som for eksempel en skuff og en hylle.¹⁰⁴ De samme synspunktene kan også finnes hos Stub.¹⁰⁵ I forlengelsen av dette kan det pekes på at jo mer privat man er på jobb jo større er behovet for at det private også her beskyttes av Grunnloven § 102. Dette forsterkes av at vi tilbringer mer og mer

¹⁰¹NOU 1999:27 s. 113 og NOU 2009:1 s. 71

¹⁰² Andenæs, M. (1983) s. 141

¹⁰³ Smith (2009) s. 446

¹⁰⁴ Smith (2009) s. 446

¹⁰⁵ Stub (2010) s. 81

tid på jobb. Det er dermed ikke til å unngå at mer og mer av det private liv også flyttes inn på jobben.

Høgberg og Stub fremhever også lignende synspunkter:

”...privatsfæren er ikke uløselig knyttet til det sted man bor. Privatsfæren bør heller oppfattes som et knippe av interesser som kan melde seg med ulik styrke også andre steder. Også i yrkesmessig sammenheng kan man ha en rimelig forventning om å få være i fred fra andre, f.eks. om man sitter alene på sitt kontor... I tillegg vil nok en undersøkelse kunne kaste lys over forhold som er av privat karakter. Kvalitativt sett er dette hensyn av samme karakter som dem en kontroll av en bolig griper inn i”.¹⁰⁶

Dette synet på privatsfæren synes som en fornuftig innfallsvinkel. Høgberg og Stub er av den oppfatning at vernet imidlertid bare kan gjelde steder som ikke allmennheten har åpen tilgang til. Eksempelet de trekker frem er en person som arbeider som kunderådgiver i en bank og som holder til et sted der bankens kunder fritt kan oppsøke en. Denne personen har ikke samme forventning om å få være i fred fra uvedkommende som den som sitter i en del av bygningen som utenforstående ikke har adgang til.¹⁰⁷

Det ovenstående indikerer at man bør reservere seg mot standpunktet om at Grunnloven § 102 kun verner privatboligen, og være åpen for at det er andre områder som har behov for å nyte godt av det vern som § 102 gir.

5.6 Konklusjon

Det er ikke mulig i en enkelt setning å redegjøre for de områder som nyter vern etter Grunnloven § 102. Løsningen vil bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. I denne vurderingen vil det være av betydning om det området det er aktuelt å foreta bevissikringen på er et område hvor man har en berettiget forventning om å kunne være privat. Sett slik er det klart at en bevissikring i den private bolig kommer inn under

¹⁰⁶ NOU 2009:15 s. 433

¹⁰⁷ NOU 2009:15 s. 434

bestemmelsens anvendelsesområde. Videre vil antagelig ikke en bevissikring i en fabrikk's produksjonslokale omfattes av bestemmelsen. Her er ikke forventningen om beskyttelse like stor. Kontoret til fabrikkens økonomisjef eller for eksempel den it-ansvarlige står i en mellomstilling. Vedkommende har her en rimelig forventning om å være privat. Også dette området må anses å nyte det vern Grunnloven § 102 gir. Kontoret er et sted man oppholder seg store deler av dagen. Det er også sannsynlig at en rekke private gjøremål blir utført der. Med denne forståelsen utgjør Grunnloven § 102 potensielt en skranke for mange bevissikringssaker – ikke bare de som blir foretatt i private hjem. Det gjenstår imidlertid fremdeles å undersøke hvorvidt en bevissikring i det hele tatt kan sies å være en inkvisisjon i Grunnlovens forstand, samt hvorvidt unntaket for kriminelle tilfeller innebærer at § 102 ikke begrenser adgangen til å gjennomføre en bevissikring.

6 Kan bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 sees på som en "inkvisisjon"?

6.1 Inkvisisjon – en undersøkelse

I dette kapitlet skal det tas stilling til om bevissikring etter kapittel 28 i tvisteloven kan anses som en inkvisisjon i Grunnlovens forstand.

"Inkvisitioner" stammer fra det latinske ordet *inquirere* som betyr å undersøke.¹⁰⁸ Det fremgår av ordboken at med inkvisisjon forstår man en undersøkelse eller et strengt forhør.¹⁰⁹ Av sammenhengen med ordet hus; *"Hus-Inkvisitioner"* forstår man at Grunnloven snakker om en undersøkelse og ikke om et forhør. Dette blir enda tydeligere ettersom det er Grunnloven § 96 om blant annet *"pinlig forhør"* som regulerer forhørssituasjonen.

I NOU 2009:15 fremheves det at tyngdepunktet i ordet inkvisisjon ligger i at det offentlige tvinger seg inn for å undersøke noe.¹¹⁰ En bevissikring blir imidlertid som regel initiert av private parter. De private som anmoder om en bevissikring får imidlertid hjelp til gjennomføringen av det offentlige. Det er domstolene som gir adgang til å foreta en bevissikring, som deretter gjennomføres ved hjelp av namsmannen og gjerne også med bistand fra politiet.¹¹¹ Bevissikring er således initiert av private, men iverksatt og gjennomført av det offentlige. At det er den private som tar initiativ til bevissikringen kan dermed ikke være avgjørende for om bevissikringen skal anses som en inkvisisjon i Grunnloven § 102 sin forstand.

¹⁰⁸ Bokmålsordboka s. 228

¹⁰⁹ Bokmålsordboka s. 228

¹¹⁰ NOU 2009:15 s. 410

¹¹¹ Se mer om selve gjennomføringen i kapittel 6.6

En bevissikring kan foretas på flere måter jf. tvisteloven § 28-1. Som nevnt i kapittel 2.1 er det bevissikring i form av muligheten til å få tilgang til realbevis og undersøke disse, som må vurderes i forhold til begrepet inkvisisjon i Grunnlovens forstand.

6.2 Krenkende mistanke

Den juridiske teorien har tradisjonelt bygget på det syn at ransaking i straffeprosessuell forstand rammes av § 102, mens rene forvaltningsmessige kontroller går klar av bestemmelsen. Aschehoug mener at Grunnloven § 102 kun omfatter undersøkelser *"som ere forbundne med krænkende Mistanke mod nogen. Grundloven lægger altsaa ingen Hindring i Veien for Undersøgelser, som anstilles ikke for at opspore nogen bestemt Forbrydelse, men for at eftersee, hvorvidt visse Bestemmelser i Lovgivningen overholdes, f. Ex. Brandvisitation"* (min understrekning).¹¹² Aschehoug sine synspunkter følges opp av Morgenstjerne som mener at *"Hensigten har været at udelukke Ransagning i ganske ubetydelige Straffesager"*.¹¹³ Castberg forfekter også lignende synspunkter. Han er av den oppfatning av at dersom *"en undersøkelse av en bolig ikke har til øyemed å efterspore lovovertrædelser med henblikk på straffeforfølgning, rammes undersøkelsen ikke av grunnlovens § 102"*.¹¹⁴

Det tradisjonelle synet i teorien er ikke helt enkelt å forankre i bestemmelsens ordlyd, som setter et forbud mot husinkvisisjoner. At dette forbudet kun gjelder i tilfeller som er forbundet med en krenkende mistanke mot noen, følger ikke åpenbart av ordlyden i § 102. Det virker også upassende å anvende begrepet mistenkt når det er snakk om bevissikring i en sivil sak. Det er tvilsomt om det er mulig å anvende et strafferettslig begrep i en sivilprosessuell kontekst. Begrepet mistenkt er sterkt knyttet opp mot strafferetten og er ikke nødvendigvis overførbart til en sivilrettslig sammenheng, da begrepet ikke ble til for å anvendes i sivilprosessen.

Jeg vil, på tross av dette, forsøke å ta stilling til om en bevissikring kan være forbundet med en *"krænkende mistanke"*. Uansett begrepets overførbarhet til sivilprosessen, er det

¹¹² Aschehoug (1893) s. 12

¹¹³ Morgenstjerne (1900) s. 629

¹¹⁴ Castberg (1947) s. 421

interessant å forsøke og anvende det kriteriet som den juridiske teorien har sett på som avgjørende, i vurderingen av hvorvidt man står ovenfor en inkvisisjon. Dette støttes også opp av en uttalelse fra lovavdelingen hvor det antas at det sentrale vurderingstemaet for om det foreligger en husinkvisisjon fortsatt er om en husundersøkelse er forbundet med krenkende mistanke.¹¹⁵

Det kan hevdes at man ber om en bevissikring grunnet mistanke om at motparten sitter på viktige bevis som kan benyttes i en eventuell senere sivil sak mellom partene. Edisjonsplikten, som følger av tvisteloven § 21-4, skulle tilsi at motparten selv fremlegger de aktuelle bevis, men en slik ærlighet fra alle kan man neppe forvente. I realiteten innebærer et krav om bevissikring at man mistenker at motparten sitter på viktige bevis, og at han ikke vil oppfylle edisjonsplikten ved selv å legge bevisene frem. Sett på denne måten kan det muligens argumenteres for at bevissikringen retter seg mot en bestemt mistenkt.¹¹⁶

I Ringerike tingretts kjennelse av 3. desember 2007 fremgår det at saksøker (bedrift A) mente det sannsynliggjort at tidligere ansatte i A hadde tatt med seg programvare fra A til bedrift B. Saksøkers prosessfullmektig fremholdt at dette ikke bare var en opphavsrettskrenkelse, men også et straffbart forhold i henhold til straffelovens regler om underslag.¹¹⁷ Jeg skal ikke gå nærmere inn på den strafferettslige siden av dette, men vil bare poengtere at dersom saksøker mener at saksøkte har gjort seg skyldig i en straffbar handling vil det kunne hevdes at bevissikringen retter seg mot en bestemt mistenkt. Dette må være tilfellet selv om bevissikringen i første omgang er tenkt å skulle fremskaffe bevis til bruk i en eventuell senere sivil sak og ikke i en straffesak. Dette taler således for at teoriens kriterium "*krænkende Mistanke*" i enkelte bevissikringssaker vil være oppfylt. Sett slik kan en bevissikring være en inkvisisjon etter Grunnloven § 102.

¹¹⁵ JDLOV-2008-7477 s. 3

¹¹⁶ Hjort (2010)

¹¹⁷ Ringerike tingretts kjennelse av 3. desember 2007 s. 3

6.3 Bevissikring – midt mellom ransaking i straffeprosessuell forstand og forvaltningsmessige kontroller

Det følger av det ovenstående at selv om det er mulig å anvende teoriens kriterium "*krænkende Mistanke*" på bevissikringsinstituttet så treffer ikke det tradisjonelle skillet mellom ransaking i straffeprosessuell forstand og de rene forvaltningsmessige kontroller helt. En bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 er ingen ransaking i straffeprosessuell forstand og heller ingen forvaltningsmessig kontroll. Muligens kan det hevdes at en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 står i en slags mellomstilling – uten at dette nødvendigvis fører en noe nærmere en løsning. Grensetilfellene kan være mange slik at skillet mellom straffeprosess og forvaltningskontroll ikke nødvendigvis er egnet som kriterium for grensedragningen av hva som er en inkvisisjon.

Smith er av den oppfatning av at gjennom søkning av hus med sikte på å finne bevis faller inn under Grunnloven § 102.¹¹⁸ Dette er også oppfatningen hos Stub.¹¹⁹

Uttalelsene fremstår som generelle og er ikke knyttet til kriteriet "*krænkende Mistanke*". De er dermed interessante med tanke på å ta stilling til hvorvidt en bevissikring kan anses som en inkvisisjon.

I en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 vil nettopp siktemålet være å finne frem til bevis. Hvor omfattende gjennom søkning det er behov for, vil avhenge av flere forhold. Det vil være av betydning om saksøkte er samarbeidsvillig når det gjelder å finne frem til de relevante bevis, og det vil være av betydning hvor stor grad av spesifisering rettens kjennelse har. Er det helt klart hvilke bevis som skal sikres vil det ikke være behov for en like omfattende gjennom søkning som i de tilfeller hvor det ikke fremkommer like klart av rettens kjennelse hvilke bevis som skal sikres. I RG 2007 s. 736 ble det i kjennelsen fastslått at bevissikringen skulle foretas i "*fysiske eksemplarer av VHS og DVD inneholdende 'Tom & Jerry' filmer, samt eventuelle mastertapes og annet materiale som inneholder 'Tom & Jerry' figurer eller filmer. Det foretas også bevissikring i skriftlige og elektronisk lagrede fakturaer og kontrakter med leverandører av Tom & Jerry artikler*". Forutsatt at saksøkte er behjelpelig med å finne

¹¹⁸ Smith (2009) s. 445

¹¹⁹ Stub (2010) s. 87

frem til dette materialet trenger ikke gjennom søkningen å bli så omfattende. Det er imidlertid ikke sikkert at saksøkte selv har oversikt over hvor alt materialet befinner seg og det vil ikke alltid være troverdig at saksøkte har funnet frem til alt det aktuelle materialet. Dermed blir en gjennom søkning nødvendig. En gjennom søkning var muligens nødvendig i RG 2007 s. 736 ettersom man her ikke nøyaktig visste hvor mange relevante VHS og DVD filmer som fantes.

Hvor langt saksøker må gå i spesifiseringen av hvilke bevis som skal sikres er nærmere drøftet i Rt 2006 s. 626. Avgjørelsen er basert på tvistemålsloven, men ettersom tvisteloven for en stor del viderefører de gamle reglene i tvistemålsloven har rettens vurdering også betydning i dag.¹²⁰ Retten poengterte her følgende;

"Begjæringen om bevissikring skal gi en mulighet for retten til å vurdere om bevis skal tillates sikret for å hindre at det blir slettet, gjemt bort eller liknende. Ikke minst for elektronisk lagrede data gjør praktiske forhold at det kan være vanskelig å komme langt i spesifisering. Skjer sikringen ved speilkopiering av data, mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet. I tilfeller der det bevismessig er på det rene at det er foretatt ulovlig kopiering, bør da ikke kravet til spesifisering stilles så strengt at man blir avskåret fra å få vite hva som er ulovlig kopiert".

Av dette fremgår det at retten ikke har stilt altfor strenge krav til spesifisering, i hvert fall ikke når det gjelder elektroniske bevis. Dette kan bidra til en omfattende gjennom søkning.

Dersom en bevissikring kan karakteriseres som en gjennom søkning innebærer Smith og Stubs synspunkt at en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 blir å anse som en inkvisisjon. Dette synspunkt gjør skillet mellom ransakning i straffeprosessuell forstand og forvaltningsmessige kontroller overflødig. Det avgjørende blir hvorvidt det finner sted en gjennom søkning.

¹²⁰ Schei (2007) s. 1246

Også Castberg synes villig til å forlate den tradisjonelle grensedragningen mellom ransaking i straffeprosessuell forstand og forvaltningsmessige kontroller. Han ser i alle fall at denne grensedragningen ikke nødvendigvis harmonerer særlig godt med ordlyden i bestemmelsen: *"Det er mulig man kan gå så vidt som til å anse en hvilken som helst husundersøkelse i rent forvaltningsmessig øyemed for tillatt, uaktet en slik fortolkning av grunnlovens § 102 unektelig står i avgjort strid med ordlyden i bestemmelsen"*.¹²¹ Johs Andenæs fremhever at grensedragningen mellom den tillatte kontroll og den forbudte inkvisisjon ikke alltid vil være så enkel å trekke. Videre pekes det på at lovgivning som gir rasjoneringsmyndighetene rett til å foreta inspeksjoner rundt om i hjemmene har vært gitt, men at dette ikke harmonerer godt, verken med ordlyden eller tanken bak Grunnloven § 102.¹²²

6.4 Høyesteretts brede vurderingstema

I den tidligere omtalte Høyesterettsdommen av 12. november 2004 la Høyesterett et svært bredt vurderingstema til grunn for å ta stilling til hva som kunne anses som en inkvisisjon¹²³. Spørsmålet var om en forvaltningskontroll etter våpenloven kunne anses å være en inkvisisjon.¹²⁴ Høyesterett la således et bredere vurderingstema til grunn enn det som har vært fremmet av deler av den juridiske teori.¹²⁵ Jeg vil i det følgende benytte meg av samme metode som Høyesterett for å forsøke å bringe på det rene hvorvidt en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 kan ses som en inkvisisjon.

6.4.1 Formålet med kontrollen i Rt 2004 s. 1723

Høyesterett fant at den forvaltningskontrollen det var snakk om ikke var i strid med Grunnloven § 102. Det ble pekt på at formålet med kontrollen i all hovedsak var forebyggende, og at kontrollen ikke var for å avdekke forhold som kunne medføre straff eller forvaltningssanksjoner. Overført til et bevissikringstilfelle kan det hevdes at formålet med en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 er å finne frem til relevante bevis og ikke, først og fremst, å virke forebyggende. Vissheten om at motparten kan få

¹²¹ Castberg (1947) s. 421

¹²² Andenæs, J. (2006) s. 408-409

¹²³ Rt 2004 1723 (Våpenkontroll)

¹²⁴ Det er nærmere redegjort for faktum i dommen i kapittel 5.3

¹²⁵ Stub (2010) s. 86

gjennomført en bevissikring kan få partene til å være mer behjelpelig med å legge frem alle relevante bevis, også de som taler mot ens egen sak. Dette følger alt av edisjonsplikten i tvisteloven § 21-4. Dette argumentet rekker imidlertid ikke særlig langt ettersom en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 nettopp vil foregå før det er på det rene om det vil bli en sak, og gjerne for å finne ut om det er grunnlag for å reise en sak.¹²⁶ Formålet med en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 vil ikke være å avdekke forhold som kan medføre straff eller forvaltningssanksjoner. Formålet vil være å finne frem til bevis som kan brukes mot saksøkte i en eventuell senere sak, noe som for saksøkte nok vil innebære at bevissikringen oppleves som inngripende. Høyesteretts første argument, at kontrollen var forebyggende, trakk i retning av at våpenkontrollen ikke var i strid med Grunnloven § 102. Overført til bevissikringstilfellet peker bevissikringens formål i retning av at en bevissikring vil kunne være en inkvisisjon, og således stå i et problematisk forhold til Grunnloven § 102.

6.4.2 Muligheten til å begrense og ha tilsyn med området kontrollen foretas på Høyesterett peker også på en annen omstendighet ved våpenkontrollen som gjør den mindre problematisk i forhold til Grunnloven § 102. Det fremheves at våpenkontrollen skal skje "*på det eller de steder som anvises av våpeneieren som oppbevaringssted for våpen*".¹²⁷ Høyesterett fremhever at dette innebærer at det ikke vil skje en gjennomsøking av hjemmet da en polititjenestemann kan bli fulgt til det stedet våpnene er og foreta kontrollen der. Den samme muligheten vil ikke nødvendigvis foreligge i bevissikringstilfellet, da det kan være tale om bevissikring av flere gjenstander som ikke nødvendigvis oppbevares på samme sted. Eksempelet fra RG 2007 s. 736 i kapittel 6.3 fungerer her som illustrasjon.

Høyesterett påpeker også at våpeneieren kan hindre kontrollen i hjemmet ved å oppbevare våpnene et annet sted.¹²⁸ En bevissikring som foretas uten forhåndsvarsel vil ikke saksøkte kunne styre hvor foregår. Den kommer nettopp overraskende på saksøkte. Den manglende kontradiksjonen medvirker dermed til å øke bevissikringens

¹²⁶ NOU 2001:32 s. 987

¹²⁷ Rt 2004 1723 avsnitt 46

¹²⁸ Rt 2004 1723 avsnitt 46

inkvisitoriske preg. Videre vil en bevissikring, som nødvendiggjør en omfattende undersøkelse, heller ikke kunne styres av saksøkte selv om denne blir varslet på forhånd. De omstendighetene Høyesterett fremhever og som gjør våpenkontrollen mindre problematisk i forhold til Grunnloven § 102 slår ikke til når det er tale om en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. Disse omstendighetene trekker tvert i mot i retning av at en bevissikring er å anse som en inkvisisjon i Grunnlovens forstand.

6.4.3 Forhåndsvarsling

Høyesterett peker også på at våpenkontrollen kun kan gjennomføres etter et forhåndsvarsel. Slik kan saksøkte rydde unna gjenstander som han ikke ønsker skal bli kjent. Retten viser deretter til at et varsel gir husstanden tid til å forberede seg mentalt på hjemmebesøket som er i vente.¹²⁹ I en bevissikring etter kapittel 28 i tvisteloven er utgangspunktet en kontradiktorisk prosess hvor begge partene får uttale seg og hvor retten deretter tar stilling til om bevissikring skal tillates. Tvisteloven § 28-3 fjerde ledd åpner imidlertid også for bevissikring uten varsel til saksøkte. I disse tilfellene vil ikke parten ha en mulighet til å forberede seg på bevissikringen, og dette gjør bevissikringen mer problematisk i forhold til Grunnloven § 102. Det virker sannsynlig at man i mange tilfeller, hvor man ser det nødvendig å gå til bevissikring, også frykter at motparten vil kunne komme til å ødelegge bevis dersom motparten får vite om bevissikringen før den er gjennomført. Slikt sett kan det tenkes en rekke saker hvor det blir bedt om bevissikring uten at motparten varsles.

6.4.4 Politiets medvirkning

Høyesterett peker også på det faktum at våpenkontrollen skal gjennomføres av politiets tjenestemenn er en omstendighet som må vektlegges når forholdet til Grunnloven § 102 skal bedømmes.¹³⁰ Høyesterett mente imidlertid at det ikke var avgjørende i den aktuelle saken, da våpenkontrollen ville ha skjedd ved besøk av en sivil polititjenestemann.

Gjennomføringen av en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 reguleres av § 28-4; *"For gjennomføringen av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og*

¹²⁹ Rt 2004 1723 avsnitt 47 og 48

¹³⁰ Rt 2004 1723 avsnitt 49

bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer". Reglene om tilgang til realbevis reguleres i tvisteloven kapittel 26 og reglene om bevisopptak i rettssak reguleres av kapittel 27. § 26-8 første ledd gir også tvangsfullbyrdelsesloven anvendelse: *"Hvis en som ikke er part, nekter å etterkomme rettskraftig kjennelse om tilgang til bevis, kan retten treffe avgjørelse om at kjennelsen skal tvangsfullbyrdes".* Av tvangsfullbyrdelsesloven § 5-10 første ledd, annet punktum følger det at namsmyndighetene kan be om bistand fra politiet. Det er uklart hvor ofte det er nødvendig med bistand fra politiet for å gjennomføre en bevissikring og om politiet vil stille i sivilt. Dette vil bli drøftet nærmere i kapittel 6.6. Uansett er muligheten for bistand fra politiet et moment for at bevissikring er å anse som en inkvisisjon.

6.4.5 Muligheten for misbruk

Saksøker hevdet i Rt 2004 s. 1723 at politiet kunne komme til å misbruke kontrollordningen, Høyesterett avviste dette med at risikoen for misbruk var svært liten.¹³¹ Det at Høyesterett valgte å ta stilling til den potensielle faren for misbruk av kontrollordningen antyder at Høyesterett kanskje er av den oppfatning at jo større faren for misbruk er, jo mer problematisk er en ordning i forhold til Grunnloven § 102. Dette synes som en naturlig slutning ettersom det kan hevdes at noe av begrunnelsen bak Grunnloven § 102 nettopp var å hindre at myndighetene misbrakte sin myndighet.¹³² I en bevissikringssak vil det være private parter på begge sider. Dette innebærer muligens en større fare for misbruk. Man kan tenke seg det scenariet at en part bruker bevissikringen som et middel til å sjikanere den andre part. Dette vil det kunne være vanskelig å unngå i de saker hvor bevissikringen holdes skjult for motparten inntil den er gjennomført. Manglende kontradiksjon vil nødvendigvis gi retten et noe spinkelt avgjørelsesgrunnlag. Faren for misbruk er fremhevet både i forarbeidene og i teorien; *"...en slik adgang vil kunne bli misbrukt til å snoke i andres affærer".*¹³³ Det kan hevdes at muligheten for misbruk kanskje ikke er så stor som forarbeidene og teorien skal ha det til. Vilklårene for å få en bevissikring uten varsel til motparten er relativt strenge. Dette vanskeliggjør misbruk. Det er imidlertid slik at en bevissikring kan gjennomføres

¹³¹ Rt 2004 1723 avsnitt 52

¹³² Se nærmere om forarbeidenes syn på dette i kapittel 6.1

¹³³ Robberstad (2009) s. 160 og NOU 2001:32 s. 988

fordi saksøker ønsker å finne ut om det er grunnlag for å gå til sak. Forarbeidene peker på situasjoner der det kan være behov for bevissikring for å kunne vurdere sin rettslige posisjon med henblikk på en aktuell rettstvist.¹³⁴ Dette innebærer at det er vanskelig å skille mellom de tilfellene hvor man er relativt sikker på at det vil komme til en sak, og derfor ønsker å sikre seg bevis, og de tilfellene hvor en bevissikring kun gjennomføres for å "fiske" etter mulige bevis som kan brukes mot saksøkte. Bevisene kan også brukes for å komme i en god posisjon med tanke på en eventuell forhandlingssituasjon.¹³⁵ Dersom det kun er den ene parten som har sikret seg bevis forut for en forhandling kan det resultere i et skjevt forlik, hvor den part som har sikret seg bevis vil kunne komme bedre ut av forhandlingene en den underliggende rettslige situasjon egentlig skulle tilsi. Hvilke tilfeller som skal betegnes som misbruk beror på hva man velger å definere som misbruk. Uansett er grensetilfellene mange slik at faren for misbruk er tilstedeværende. Faren for misbruk er et moment som indikerer at en bevissikring er en inkvisisjon.

6.4.6 Sammenfatning av Rt 2004 s. 1724

Det vide vurderingstemaet som Høyesterett anvendte i Rt 2004 s. 1723 er overførbart også til bevissikring etter tvisteloven kapittel 28. I spørsmålet om hvorvidt en bevissikring kan anses som en inkvisisjon synes Høyesteretts fremgangsmåte å innebære at dette kan være tilfelle. De momenter som har vært av særlig stor betydning for dette tolkningsresultatet er at formålet med en bevissikring er å finne frem til bevis som kan brukes mot saksøkte, den begrensede mulighet saksøkte har til å styre hvor bevissikringen gjennomføres og muligheten til å foreta en bevissikring uten forhåndsvarsel.

6.5 Bevissikring etter konkurranseloven § 25

Marius Stub har i sin doktorgradsavhandling *"Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet - Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess"* blant annet tatt for seg bevissikringsinstituttet i konkurranseloven og vurdert dette opp mot Grunnloven § 102.¹³⁶ Konkurranseloven § 25 er ikke i sin ordlyd tilsvarende noen av bestemmelsene i tvisteloven kapittel 28. Bestemmelsen gir konkurransetilsynet adgang

¹³⁴ NOU 2001:32 s. 987

¹³⁵ NOU 2001:32 s. 988

¹³⁶ Stub (2010)

til å foreta bevissikring i *"lokaler, eiendommer, transportmidler og andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse"*. En slik bevissikring kan foretas *"når det er rimelig grunn til å anta at loven eller vedtak i medhold av loven er overtrådt, eller det er nødvendig for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon"*. Loven åpner også for bevissikring i bolig dersom det er *"særlig grunn til å anta at bevis oppbevares der"*. Av annet ledd, tredje punktum i § 25 fremgår det at den begjæring om bevissikring retter seg mot ikke skal varsles. Stub er av den oppfatning at en bevissikring etter konkurranseloven § 25 utgjør en "inkvisisjon". Dette begrunner han i at bevissikringen skjer uanmeldt samt at bevissikringen som oftest vil bli gjennomført i den hensikt å avklare om det er grunnlag for å ilegge en forvaltningssanksjon.¹³⁷

Stubs undersøkelser vil imidlertid ikke kunne gis direkte overføringsverdi til den problemstilling som her skal besvares. Til det er de to bevissikringsinstituttene for ulike. En bevissikring etter konkurranseloven § 25 vil normalt bare kunne foretas når det er rimelig grunn til å anta at loven er overtrådt og vil kunne gi grunnlag for forvaltningssanksjoner¹³⁸. Stub fremhever imidlertid også at løsningen vil bli mindre sikker jo mer begrensede undersøkelser det er tale om å foreta.¹³⁹ Dette synspunktet kan jeg slutte meg til, jo mindre inngripende en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 er, jo mindre problematisk er den i forhold til Grunnloven § 102. Jeg er også enig med Stub i at det faktum at en bevissikring skjer uanmeldt gjør den mer problematisk i forhold til Grunnloven § 102.¹⁴⁰

6.6 Adgangen til å gjennomføre en bevissikring med tvang/makt

6.6.1 Innledning

Det ble i kapittel 5.5 pekt på at Grunnloven § 102 var ment å verne privatlivet. En bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 vil alltid innebære en viss invadering av privatlivet. Jo mer tvang/makt som blir brukt for å få gjennomført en bevissikring, jo

¹³⁷ Stub (2010) s. 180

¹³⁸ Konkurranseloven § 25 (1) 1 pkt og konkurranseloven kapittel 7

¹³⁹ Stub (2010) s. 180

¹⁴⁰ Stub (2010) s. 180

mer invaderende og inngripende vil bevissikringen kjennes for saksøkte. Dette vil igjen være noe som peker hen mot at man her har å gjøre med en inkvisisjon i Grunnlovens forstand. Det er derfor interessant å gå nærmere inn på hvor stor adgang det egentlig er til å få gjennomført en bevissikring med tvang når man i dette kapitlet vurderer hva som ligger i inkvisisjonsbegrepet.

6.6.2 Namsmannens kompetanse ved en bevissikring

Jeg har i kapittel 6.4.4 vist til tvisteloven § 28-4 som regulerer gjennomføringen av bevissikringen. Som alt nevnt gir imidlertid denne bestemmelsen oss ikke noe særlig informasjon om gjennomføringen. Heller ikke forarbeidene til bestemmelsen bringer en noe særlig videre;

"Det er ikke påkrevd å gi egne regler om hvordan bevissikring eller bevisatilgang skal gjennomføres. Her gir de øvrige kapitler, spesielt kapitlene om bevisopptak og realbevis, de nødvendige regler ved at de gis tilsvarende anvendelse".¹⁴¹

Særlig er det usikkert hvilken fremgangsmåte som skal anvendes når bevis skal sikres uten varsel til motparten jf tvisteloven § 28-3 fjerde ledd. Kommentartutgaven synes å være av den oppfatning at retten må kunne overlate gjennomføringen til namsmannen, som kan bruke de tvangsmidler som han har til rådighet etter tvangsfullbyrdelsesloven.¹⁴²

I en kjennelse av Asker og Bærum tingrett fra 2007 uttaler tingretten seg nærmere om gjennomføringen.¹⁴³ Retten antar at gjennomføringen av å innhente bevismidler kan overlates til den lokale namsfogd.¹⁴⁴ Det blir vist til at dette er systemet i saker om midlertidige forføyninger etter tvangsfullbyrdelsesloven og at ingen reelle hensyn tilsier at det skal være annerledes for bevissikring. En tingrettsdom har begrenset

¹⁴¹ NOU 2001:32 s. 990

¹⁴² Schei (2007) s. 1259

¹⁴³ RG 2007 736

¹⁴⁴ I lensmannsdistrikter er lensmannen namsmann, men i namsfogddistrikter er namsfogden namsmann. Namsmann blir således en samlebetegnelse. Se tvangsfullbyrdelsesloven §§ 2-1 og 2-2.

rettskildemessig verdi.¹⁴⁵ Det finnes imidlertid få rettsavgjørelser som omhandler bevissikring etter tvisteloven kapittel 28.¹⁴⁶ Samtidig er kjennelsen publisert i Rettens Gang, noe som gjør avgjørelsen mer tilgjengelig. Disse faktorene indikerer at kjennelsen kan tillegges en viss vekt.

Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2006 s. 626 gjaldt kravene til spesifisering når det blir begjært sikring av bevis etter tvistemålsloven § 271a. Oslo tingrett hadde besluttet at bevissikring skulle skje ved bistand av namsmannen. Høyesterett kom ikke med noen bemerkninger om dette, noe som indikerer at en bevissikring gjennomført ved bistand av namsmannen er en akseptert praksis. Dette er også den praktiske løsningen med mindre bevisene ligger lagret hos en tredjeperson som kan finne de frem uten fare for tap av materialet. At retten selv gjennomfører bevissikringen er neppe særlig praktisk med tanke på de begrensede ressurser og tid som domstolene har til rådighet. Inntrykket er dermed at den vanlige ordningen er å la namsmannen gjennomføre bevissikringen.

Jeg har sendt ut en forespørsel til namsmannen på åtte ulike steder i Norge for å høre om det foreligger noen retningslinjer for gjennomføringen. Jeg har ikke fått noen svar på min forespørsel. Det fremstår som usikkert hvordan gjennomføringen pleier å finne sted. Denne usikkerheten er problematisk. Jo mindre en part kan forberede seg på hvordan en eventuell bevissikring vil finne sted, jo mindre forutsigbar blir gjennomføringen. Dette er i seg selv et moment for at en bevissikring kan anses som en inkvisisjon.

Ut fra det ovenstående kan det legges til grunn at gjennomføringen av en bevissikring som hovedregel overlates til namsmannen. Det videre spørsmålet det gjenstår å ta stilling til er hvor mye makt namsmannen kan anvende for å få gjennomført bevissikringen. For, som det er fremhevet i kapittel 6.6.1, vil graden av maktbruk være med på å bestemme om en bevissikring kan anses som en inkvisisjon. Også dette spørsmålet er berørt i RG 2007 s. 736:

¹⁴⁵ Echhoff (2001) s. 162

¹⁴⁶ Se kapittel 4.2

"Det ses ikke berørt hvilke virkemidler som står til disposisjon for å få tilgang til den lokalitet hvor bevismiddelet formodes å være. Retten vil derfor bemerke at den legger til grunn at det ikke er gitt hjemmel for å bryte seg inn i et lokale. Man må komme uanmeldt og be om å få komme inn. For å sikre at slik tillatelse blir gitt, tilsier bestemmelsens formål at retten i slutningen må kunne pålegge motparten å gi tilgang til de(t) aktuelle lokale(r)".

Ved at retten ikke åpner for at man kan bryte seg inn i et lokale under bevissikringen reduseres maktelementet. Men det ligger fortsatt et betydelig maktelement i det at man pålegges å gi namsmannen adgang for å gjennomføre en bevissikring.

Men hva hvis saksøkte på tross av pålegget nekter å gi namsmannen adgang? Kan namsmannen fysisk trenge seg forbi for å gjennomføre bevissikringen? I RG 2007 s. 736 var oppfatningen den at man ikke kan bryte seg inn i et lokale. Men det vil ikke nødvendigvis være snakk om dette dersom man fysisk trenger seg forbi saksøkte som nekter namsmannen adgang. Det er tvangsfullbyrdelsesloven som regulerer namsmannens kompetanse. Lovens § 5-10 første ledd gir en anledning til å anvende makt;

"Dersom tvangsfullbyrdelse møter motstand, eller en person som er varslet om en tvangsforretning unnlater å være til stede for å åpne, kan namsmannen bruke nødvendig makt. Namsmannen kan om nødvendig kreve bistand fra politiet".

Det innledende alternativet *"tvangsfullbyrdelse møter motstand"* gjelder i følge forarbeidene for eksempel motstand som direkte går på å nekte namsmannen adgang til bolig eller annen eiendom. Forarbeidene peker også på at bestemmelsen vil få anvendelse dersom noen under en utleggsforretning skulle gjemme bort eller ødelegge gjenstander eller forsøke å hindre namsmyndigheten i å ta med seg en utlagt gjenstand ved for eksempel å holde på den.¹⁴⁷ Videre konstateres det at namsmyndigheten ved

¹⁴⁷ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 127

behov kan kreve bistand av politiet.¹⁴⁸ Det følger av politiinstruksen at politiet plikter å yte slik bistand.¹⁴⁹

Kommentarutgaven til tvangsfullbyrdelsesloven peker på at politiet brukes ganske ofte der det kan bli aktuelt å anvende makt overfor en person, eller hvor det er fare for en tilspisset situasjon.¹⁵⁰ Fare for en tilspisset situasjon vil det kunne være i de tilfeller hvor bevissikring gjennomføres uten forhåndsvarsel. Selv om namsmyndighetene har adgang til å bruke makt, vil de nok ofte foretrekke assistanse fra politiet. Særlig vil dette være tilfellet hvor bevissikringen gjennomføres av sivile namsmenn uten politimyndighet og uten den trening som kan være nødvendig for å hankses med vanskelige situasjoner.¹⁵¹ Det ovenstående innebærer at en person som nekter namsmannen adgang for å gjennomføre en bevissikring, risikerer at namsmannen eller politiet med makt likevel gjennomfører bevissikringen. En slik maktanvendelse for å gjennomføre bevissikringen følger ikke direkte av tvisteloven kapittel 28, men kan sies å følge av at rettspraksis har åpnet for at det er namsmannen som står for gjennomføringen av bevissikringen. Namsmannens opptreden reguleres av tvangsfullbyrdelsesloven – som dermed gis anvendelse på et område som lovgiver muligens ikke mente at den skulle anvendes på.

Denne maktanvendelsen, som tvangsfullbyrdelseslovens åpner for, er en indikasjon på at en bevissikring vil kunne være en inkvisisjon i Grunnlovens forstand.

6.6.3 Adgangen til å nekte namsmannen å gjennomføre en bevissikring

Det kan tenkes at det i mange tilfeller ikke blir nødvendig for namsmannen å anvende makt for å gjennomføre en bevissikring. Selv om saksøkte i mange tilfeller ikke ønsker bevissikringen gjennomført, vil nok en rettslig kjennelse få de fleste til å bøye av. I selve kjennelsen ligger det et maktelement. Større blir dette maktelementet dersom man risikerer sanksjoner ved at man ikke gir namsmannen den nødvendige tilgang for å gjennomføre bevissikringen. Jeg vil derfor i det følgende undersøke konsekvensene av å

¹⁴⁸ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 128

¹⁴⁹ Politiinstruksen § 13-2

¹⁵⁰ Falkanger (2002) s. 278-279

¹⁵¹ Falkanger (2002) s. 279

ikke følge pålegget i rettens kjennelse om å gi namsmannen tilgang til de aktuelle lokaler for å gjennomføre bevissikringen. Dersom det foreligger sanksjonsmuligheter gjør det bevissikringen problematisk i forhold til Grunnloven § 102, og forholdet til Grunnloven § 102 blir mer problematisk jo strengere sanksjonsmulighetene er.

6.6.4 Domstolloven § 210

Domstolloven § 210 er en mulig anvendbar sanksjonsbestemmelse;

"Straf og erstatningsansvar efter §§ 205, 206, 207 og 209 kan ogsaa ilægges parter og stedfortredere, naar de efter tvisteloven § 23-1 eller § 23-2 pligter at møte, avgi forklaring eller forsikring, eller naar de efter samme lovs § 26-8 annet ledd pligter at fremlægge eller gi tilgang til realbevis. Straff etter § 206 kan også ilegges en saksøkt som i en sak om tvangsfullbyrdelse eller midlertidig sikring forsettlig unnlater å gi namsmyndigheten opplysninger som vedkommende er pålagt å gi etter tvangsfullbyrdesloven § 5-9 første ledd".

Bestemmelsens henvisning til tvisteloven § 26-8 tilsier at bestemmelsen også får anvendelse i bevissikringstilfellene etter tvisteloven kapittel 28 ettersom § 28-4 gir kapittel 26 anvendelse. Bestemmelsen er imidlertid forstått slik i rettspraksis at adgangen til å anvende straff bare bør brukes i saker uten fri rådighet.¹⁵² Dette fordi henvisningen til § 26-8 kun gjelder bestemmelsen siste ledd som igjen viser til § 21-3 annet ledd om saker uten fri rådighet.¹⁵³ Det samme synspunkt er lagt til grunn i kommentarutgaven til domstolloven hvor det uttales at rettergangsansvar etter domstolloven § 210 bare kan ilegges hvor parten ikke har fri rådighet over forholdet.¹⁵⁴

Domstolloven § 210 blir dermed ikke en særlig praktisk sanksjonsbestemmelse ettersom den kun anvendes i saker uten fri rådighet.

¹⁵² LB 1998 686

¹⁵³ Tvisteloven § 11-4 gir svar på i hvilke tilfeller partenes rådighet er begrenset.

¹⁵⁴ Bøhn (2000) s. 630

6.6.5 Straffeloven § 326

I søket etter mulige sanksjonsbestemmelser kan det være naturlig å se hen mot straffeloven. Straffeloven har særlig en aktuell bestemmelse, nemlig § 326;

"Med Bøder eller med Fængsel indtil 6 Maaneder straffes den, som

- 1. hindrer eller søger at hindre en offentlig Tjenestemand i den lovlige Udførelse av Tjenesten eller vægrer sig ved at tilstede ham Adgang til Steder, hvor han er berettiget til saadan, eller*
- 2. forulemper ham under hans Udførelse af Tjenesten ved Skjældsord eller anden fornærmelig Adfærd, eller som medvirker hertil*

Med Hensyn til, hvem der er at anse for offentlige Tjenestemænd, gjælder det i § 127 bestemte".

Det er imidlertid ikke gitt at en bestemmelse inntatt i straffeloven, beregnet på straffesaker, kan anvendes på sivile saker som man her står ovenfor. Denne innvendingen rekker imidlertid ikke langt ettersom straffeloven gjør en rekke handlinger på ulike områder straffbare. Hvorvidt det å ikke følge pålegget om å gi namsmannen tilgang til de aktuelle lokaler for å gjennomføre bevissikringen, er straffbart, beror på en konkret tolkning av den aktuelle straffebestemmelse.

En konkret tolkning av straffeloven § 326 er dermed nødvendig.

Det tas først stilling til om namsmannen kan regnes som en offentlig tjenestemann. Straffeloven har ingen legaldefinisjon av begrepet.¹⁵⁵ I rettspraksis er det lagt til grunn at begrepet omfatter *"de personer som i kraft av valg eller ansettelse kan utøve offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune"*.¹⁵⁶ Namsmannen utøver offentlig myndighet og er dermed å regne som en offentlig tjenestemann.

Det neste det må tas stilling til er om bestemmelsen kan komme til anvendelse på det å nekte namsmannen adgang til de relevante lokaler for å gjennomføre bevissikringen.

¹⁵⁵ Oth. Prp. Nr. 24 for 1898/1899. II Motiver. 1896 s. 11

¹⁵⁶ Rt 1983 868

"Hindre" krever en positiv handling eller aktiv opptreden.¹⁵⁷ Det å ikke fjerne seg etter namsmannens anmodning vil dermed ikke rammes av bestemmelsens første straffealternativ. Men forsøker saksøkte mer aktivt å hindre gjennomføringen vil dette rammes av bestemmelsen. Annet straffealternativ vil også kunne komme til anvendelse. "Vægre sig" gjør man når man nekter samtykke eller forbyr adgang til stedet.¹⁵⁸ Dette alternativet krever altså ingen positiv handling og vil ramme saksøkte som nekter namsmannen adgang til de aktuelle lokaler.

Dermed synes det klart at den saksøkte som forsøker å hindre namsmannen i å gjennomføre bevissikringen eller nekter namsmannen adgang til de aktuelle lokaler vil kunne bli straffet med bøter eller fengsel inntil seks måneder for overtredelse av straffeloven § 326. Denne sanksjonsmuligheten innebærer at det ligger et betydelig maktelement i domstolens pålegg om å gi namsmannen adgang til de aktuelle lokaler for å gjennomføre bevissikringen. Med fare for gjentakelse; jo større mulighet det er for å gjennomføre bevissikringen med makt, jo mer inkvisitorisk er den. Og det at saksøkte risikerer straff, dersom han ikke tillater bevissikringen gjennomført, eller dersom han søker å hindre gjennomføringen, er et maktelement.

6.7 Konklusjon

De ovenstående momenter har vist at det er grunnlag for å konkludere med at enkelte bevissikringer etter tvisteloven er å anse som inkvisisjoner. Bakgrunnen for denne konklusjonen er blant annet det faktum at en bevissikring har som formål å finne frem bevis som kan anvendes mot saksøkte i en eventuelt senere sak, de slutninger som kan trekkes ut av Rt 2004 s. 1723 samt det tvangs- eller maktelement som kan sies å ligge i domstolens pålegg om å gi namsmannen adgang til de aktuelle lokaler for å gjennomføre bevissikringen.

Hvilke bevissikringer som etter dette blir å anse som husinkvisisjoner vil bli drøftet nærmere i kapittel 8. Om bevissikringen på tross av å være en husinkvisisjon vil gå klar av Grunnloven § 102 beror på om unntaket for kriminelle tilfeller kan anvendes.

¹⁵⁷ Matningsdal (2010) note 2389

¹⁵⁸ Matningsdal (2010) note 2392

7 Kan unntaket for kriminelle tilfeller anvendes?

7.1 Hva kan utledes av "kriminelle Tilfælde"?

Med de slutninger som er trukket i de ovenstående kapitler er det enkelte tilfeller av bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 som er å anse som husinkvisisjoner slik at Grunnloven § 102 kommer til anvendelse. For disse tilfellene gjenstår det å undersøke om unntaket for kriminelle tilfeller kan innebære at bevissikringene likevel går klar av Grunnloven § 102.

Tilsynelatende kan unntaket for kriminelle tilfeller ikke redde en bevissikring fra å være grunnlovsstridig. Dette følger nokså implisitt av ordlyden. Unntaket gjelder for kriminelle tilfeller og en bevissikring i en sivil sak vil således ikke komme inn under det unntaket bestemmelsen oppstiller. Dette syn støttes opp av Schweigaard som mener at "*civile Tilfælde, der udelukke sig selv*".¹⁵⁹ Den samme holdning kan spores hos grunnlovsfedrene på Eidsvoll. I kapittel 3.2 pekte jeg på at særlig kjøpmennene bifalt Grunnloven § 102 da de "*saaledes saae sig befriede for Inquisitioner om Toldsvig, hvilken Diriks ikke ansaae for en offentlig Forbrydelse*".¹⁶⁰ Tollovgivningen på den tiden ble behandlet i sivilprosessuelle former.¹⁶¹ Kjøpmennene var begeistret for Grunnloven § 102 fordi de var av den oppfatning at ordlyden i § 102 "*kriminelle Tilfælde*" gjorde at bestemmelsen ikke kom til anvendelse på de sivile saker, og dermed var ikke tollovgivningen omfattet av unntaket. Slik antok kjøpmennene at Grunnloven § 102 gav dem det vern de ønsket mot husinkvisisjoner hjemlet i tollovgivningen.

¹⁵⁹ Schweigaard (1858) s. 218

¹⁶⁰ Motzfeldt (1846) s. 186

¹⁶¹ Schweigaard (1893) s. 177

Også hos Andenæs synes synspunktet å være at unntaket i Grunnloven § 102 ikke gjelder de sivile saker. Dette fordi drøftelsen av unntaket er sentrert rundt hvor alvorlige forbrytelser og forseelser som er dekket av unntaket, og ikke hvorvidt sivile saker omfattes.¹⁶²

I Rt 1871 s. 221 uttaler Høyesterett seg nærmere om hva som ligger i unntaket i Grunnloven § 102. Også her synes Høyesterett å legge til grunn at unntaket tar sikte på straffbare handlinger;

"Tvivlen maatte hentes fra Bestemmelsen i Grundl.s § 102, der siger, at Husinkvisition ikke maa finde Sted uden i kriminelle Tilfælde, Nævnte Grundlovsbestemmelse fortolkes som bekjendt i Almindelighed saaledes, at Meningen er, at Husinkvisitioner ikke maa finde Sted for de mindre Lovovertrædelser".

Høyesterett er altså av den oppfatning at unntaket innebærer at man ikke har anledning til å foreta husundersøkelser i mindre straffesaker. Dette tyder igjen på at Høyesterett mener det kun er i straffesakene unntaket kommer til anvendelse.

7.2 Muligheten for å finne bevis som kan anvendes i en eventuell straffesak

Det ovenstående indikerer at unntaket for "kriminelle Tilfælde" i Grunnloven § 102 ikke omfatter bevissikringer etter tvisteloven som er en sivil sak. Det bør imidlertid foretas en nærmere vurdering av hvorvidt unntaket i enkelte bevissikringstilfeller likevel kan komme til anvendelse. Det er i kapittel 6.2 pekt på at en bevissikring kan lede til at man finner bevis for straffbare forhold. Det må undersøkes om det er tilstrekkelig for å komme inn under "kriminelle Tilfælde" i Grunnloven § 102 at det kan tenkes man finner bevis som muligens vil kunne bli brukt i en straffesak og ikke bare i en sivil sak.

Smith er av den oppfatning at i uttrykket "*kriminelle tilfelle*" ligger det at formålet må være å etterforske straffbare forhold. At undersøkelser med et annet formål kan avdekke

¹⁶² Andenæs, J. (2006) s. 408

forhold som kan medføre straff mener han ikke i seg selv trenger å være avgjørende.¹⁶³ Overført til bevissikringstilfellene innebærer det at selv om man ved en bevissikring kan avdekke forhold som kan medføre straff, gjør ikke dette at bevissikringen kommer inn under unntaket "*kriminelle tilfelle*". Unntaket var nok ment å gi politiet mulighet til å foreta ransaker i etterforskningsøyemed. Det blir av den grunn ikke riktig å anvende unntaket for å legitimere at private parter foretar en form for privat etterforskning. Dersom private parter har mistanke om et straffbart forhold må de henvende seg til politiet som deretter kan beslutte ransakning. En slik ransakning vil i de fleste tilfeller gå klar av Grunnloven § 102 grunnet unntaket for "*kriminelle Tilfælde*". Det er politiet som skal stå for etterforskningen av straffbare forhold og ikke privatpersoner. En bevissikring, som er en husinkvisisjon, kan derfor ikke reddes av unntaket i § 102. Dermed synes det som at det foreligger grunnlovsstrid for de bevissikringer som er en husinkvisisjon.

7.3 Bevissikringsinstituttet i konkurranseretten – grunnlag for analogislutninger?

Jeg har i kapittel 6.5 vist til at Marius Stub i sin doktorgradsavhandling tar opp forholdet mellom bevissikringsinstituttet i konkurranseretten og Grunnloven § 102. Stub har i sin vurdering av unntaket for kriminelle tilfeller konkludert med at et overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 vil utgjøre et kriminelt tilfelle.¹⁶⁴ Dette innebærer at unntaket i Grunnloven § 102 kommer til anvendelse slik at det for konkurranselovens vedkommende ikke foreligger grunnlovsstrid. Ettersom bevissikringsinstituttet i konkurranseretten har noen likhetstrekk med bevissikringsinstituttet i tvisteloven kan det vurderes om Stubs slutninger kan ha overføringsverdi. Dette er imidlertid tvilsomt ettersom konkurranseloven i kapittel 7 har egne sanksjoner som kan anvendes dersom det under en bevissikring finnes bevis for at loven er overtrådt. Noen slike sanksjoner oppstiller ikke tvisteloven. Fraværet av slike sanksjoner innebærer at Stubs slutning om at unntaket for kriminelle tilfeller kommer til anvendelse på bevissikringer etter konkurranseloven ikke kan gis en analogisk anvendelse. Til det er forskjellen mellom instituttene for stor.

¹⁶³ Smith (2009) s. 446

¹⁶⁴ Stub (2010) s. 93

Stub peker i sin doktorgrad på at dersom det ikke er adgang til å ilegge formell eller annen materiell straff, vil det ikke kunne foreligge noe kriminelt tilfelle i Grunnlovens forstand. Stub hevder videre at *"den praktiske betydningen av dette er neppe stor, for i slike tilfeller vil det nok bare unntaksvis være adgang til å foreta inngrep av den type Grunnloven § 102 setter forbud mot"*.¹⁶⁵ Undersøkelsen av bevissikringsinstituttet viser imidlertid at den praktiske betydningen muligens er noe større enn hva som her blir antatt.

7.4 Konklusjon

De slutninger som til nå er trukket innebærer at en bevissikring, som er en husinkvisisjon i Grunnlovens forstand ikke redde av bestemmelsens unntak *"kriminelle Tilfælde"*. Grunnloven § 102 kan sies å inneholde en interesseavveining. Man må veie den interesse den enkelte har på beskyttelse mot en husinkvisisjon mot den interessen som både det offentlige og private parter kan ha i å foreta en husinkvisisjon. Overført til bevissikringstilfellet blir det et spørsmål om det er et så stort behov for bevissikring at man er villig til å se bort fra den enkeltes interesse i beskyttelse av sitt privatliv. Dersom noe kan karakteriseres som en husinkvisisjon er dette noe som er så inngripende i privatlivet at lovgiver kun har åpnet for å foreta slike inkvisisjoner i de kriminelle tilfellene. En bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 kommer således ikke inn under dette unntaket og situasjonen er da den at enkelte former for bevissikring vil være i strid med Grunnloven § 102.

¹⁶⁵ Stub (2010) s. 93

8 Tilfeller hvor en bevissikring vil være i strid med Grunnloven § 102.

Det ovenstående viser at i de tilfeller hvor en bevissikring vil være en husinkvisisjon i Grunnloven § 102s forstand kan ikke unntaket for kriminelle tilfeller redde bevissikringen fra å være grunnlovsstridig. Dette må gjelde så lenge formålet med bevissikringen er å finne frem til bevis som kan anvendes i en sivil sak. Det er da uten betydning om det er muligheter for at man også kan finne bevis som kan anvendes i en straffesak. Dette innebærer altså at enkelte tilfeller av bevissikringer etter tvisteloven kapittel 28 er grunnlovsstridige. Grunnlovsstriden vil bero på hvilke bevissikringer som blir å anse som husinkvisisjoner. Det skal nå skisseres ut en del typetilfeller hvor en bevissikring vil utgjøre en husinkvisisjon. Med dette er det ikke uttømmende sagt hvilke bevissikringer som vil være en husinkvisisjon, men forhåpentligvis vil typetilfellene innebære en oppklarende konkretisering.

Som det fremkom av kapittel 5 rammer Grunnloven § 102 bevissikringer gjennomført i det private hjem, men også bevissikring gjennomført på områder hvor man har en berettiget forventning om å være privat. Eksempler på slike områder er et skjermet kontor på arbeidsplassen, eventuelt et privat skap eller skuff dersom man sitter i et mer åpent kontorlandskap. Dersom bedrift A har en mistanke om at en av deres tidligere ansatte urettmessig har tatt med seg dataprogramvare fra bedriften og nå anvender denne i den konkurrerende bedrift B vil det kunne være en krenkelse av opphavsrettighetene til bedrift A. For bedrift A kan det være ønskelig å gjennomføre for eksempel den tidligere ansattes PC både hjemme og på den nye arbeidsplassen i bedrift B.

Av bevissikringer gjennomført på disse områdene er det bevissikring uten forhåndsvarsel som først og fremst rammes av Grunnloven § 102. Dette fordi man da ikke kan forberede seg mentalt på bevissikringen, og heller ikke ved medvirkning kan kontrollere hvor og hvordan bevissikringen gjennomføres. Faren for misbruk, samt det tvangselementet som ligger i en rettskraftig kjennelse fra domstolene, er også

medvirkende faktorer til at bevissikringen i et slikt tilfelle blir å anse som en husinkvisisjon. Dette innebærer at uanmeldte bevissikringer gjennomført på de ovennevnte områder vil være i strid med Grunnloven § 102. Dersom bedrift A i det tidligere tenkte eksemplet får rettens kjennelse til å foreta bevissikring uten forvarsel hos den tidligere ansatte, enten hjemme eller på kontoret hans, vil dette være en grunnlovsstridig bevissikring.

Det videre spørsmålet blir om også bevissikringer som gjennomføres etter varsel til motparten kan være problematiske i forhold til Grunnloven § 102. Igjen kan eksemplet om den ansatte som deler forretningshemmeligheter med konkurrerende bedrift tjene som eksempel. Ved en bevissikring på arbeidsplassen vil selve forhåndsvarselet bidra til å fjerne de mest problematiske sidene. Den ansatte vil her kunne fjerne sine private eiendeler slik at inngrepet i privatlivet blir minimalt. Like enkelt er ikke dette dersom det er snakk om sikring av elektroniske bevis. Her vil det på tross av forhåndsvarsel være vanskelig å fjerne alt privat innhold på for eksempel harddisken/serveren. Men også her vil forhåndsvarslet føre til at man har mulighet til å redusere inngrepet i privatsfæren. Slik sett vil en bevissikring utenfor det private hjem, gjennomført etter forhåndsvarsel, ikke være i strid med Grunnloven § 102. Dermed gjenstår det kun å ta stilling til om en bevissikring, i det private hjem, etter forhåndsvarsel, er i strid med Grunnloven § 102. Jeg er av den oppfatning av at en slik bevissikring heller ikke vil være i strid med Grunnloven. Selv om det i det i dette tilfelle ikke vil være like enkelt å rydde unna private eiendeler som på et kontor innebærer forhåndsvarselet likevel at inngrepet i privatsfæren blir mindre ettersom man får forberedt seg mentalt på bevissikringen, samtidig som enkelte private eiendeler kan ryddes unna. Det at man har hatt en kontradiktorisk prosess på forhånd minker også faren for misbruk. Selve varselet fratrar altså bevissikringen mange av de trekkene som gjør den problematisk i forhold til Grunnloven. Det er derfor kun bevissikringer gjennomført uten varsel som er grunnlovsstridige.

9 Konsekvenser av at en bevissikring er grunnlovsstridig

9.1 Innledning

Som det alt har framkommet av de ovenstående kapitler er det konkludert med at en bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 i enkelte tilfeller vil kunne være i strid med Grunnloven § 102. For de tilfellene hvor en kommer frem til at bevissikringen vil være i strid med Grunnloven § 102, blir spørsmålet hvilke konsekvenser dette får. Svaret vil kunne bero på hvilket stadium i bevissikringsprosessen man finner ut at det foreligger grunnlovsstrid.

9.2 Innskrenkende fortolkning av tvisteloven kapittel 28

Det kan tenkes at det før en bevissikring er gjennomført blir klart at den vil være i strid med Grunnloven § 102. Når retten ved kjennelse skal ta stilling til om det skal gis adgang til å gjennomføre en bevissikring, kommer domstolenes prøvelsesrett inn. Domstolene har en rett og en plikt til å sette en grunnlovsstridig lov til side.¹⁶⁶ Domstolen skal videre ta opp forholdet til Grunnloven av eget tiltak, dersom dette er nødvendig for å ta standpunkt til partenes krav.¹⁶⁷

Konsekvensen av at retten finner at en bevissikring vil være i strid med Grunnloven § 102 er at retten må avstå fra å gi tillatelse til en bevissikring som er i strid med Grunnloven § 102. Det kan ikke gis adgang til gjennomføringen av bevissikringen. Eventuelt kan domstolen velge å tolke tvisteloven kapittel 28 innskrenkende slik at retten åpner for en mindre inngripende bevissikring enn det saksøker ønsker, og tvisteloven kapittel 28 åpner for. Saksøker kan for eksempel ha ønsket bevissikring både i saksøktes hjem og i lokalene til bedriften til saksøkte. Her kan retten etter en konkret vurdering for eksempel komme frem til at bevissikringen kan gjennomføres,

¹⁶⁶ Andenæs, J. (2006) s. 346

¹⁶⁷ Andenæs, J. (2006) s. 347

men kun i bedriftens lokaler og ikke i det private hjem, da det er denne delen av bevissikringen retten kommer frem til vil være grunnlovsstridig.

9.3 Etterfølgende muntlig forhandling

For det tilfellet at bevissikringen alt er gjennomført blir spørsmålet hva som blir konsekvensen av at man har innhentet bevis i strid med Grunnloven.

Dersom bevissikringen er gjennomført uten varsel til motparten, fastsetter tvisteloven § 28-3 fjerde ledd, fjerde punktum jf § 32-8 at det kan gjennomføres en etterfølgende muntlig forhandling. Her kan retten *"helt eller delvis stadfeste, endre eller oppheve sin første beslutning"*.¹⁶⁸ Ettersom prosessen frem til dette har vært relativt ensidig kan det tenkes at det først er i den etterfølgende muntlige forhandlingen retten blir gjort oppmerksom på konflikten med Grunnloven § 102. Retten bør her, for å unngå en fortsatt grunnlovsstrid, endre eller oppheve sin første beslutning. Retten kan også velge å begrense den begjærende parts innsyn/tilgang i det sikrede materialet. Dersom det er innhentet bevis fra et lager og fra eierens private hjem, kan retten konkludere med at det kun var bevissikringen i det private hjem som var grunnlovsstridig. Slik kan retten gi saksøkeren tilgang til de bevisene som er innhentet fra lageret, men ikke de bevis innhentet fra det private hjem. Bevis innhentet i det private hjem får saksøker dermed aldri tilgang til. Dette blir tilbakeført til den bevissikringen ble gjennomført hos, eventuelt vil elektroniske kopier av dette materialet destrueres.

9.4 Bevisavskjæring

9.4.1 Utgangspunktet om fri bevisførsel

Det kan også tenkes at grunnlovsstriden heller ikke kommer opp i den etterfølgende muntlige forhandlingen. Grunnlovsstriden kan komme opp når beviset som er innhentet ved bevissikringen skal anvendes på et senere tidspunkt, hvor den aktuelle tvisten, som var bakgrunnen for bevissikringen, er brakt inn for domstolen. Det blir her et spørsmål om man skal tillate beviset ført, eller om det må avskjæres.

¹⁶⁸ Tvisteloven § 32-8 andre ledd

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel.¹⁶⁹ Fra dette utgangspunktet finnes det en del unntak.

9.4.2 Grunnloven § 102

Det kan være aktuelt å stille spørsmålet om Grunnloven § 102 selv kan sies å hjemle en bevisavskjæringsadgang.¹⁷⁰ Noe slikt kan ikke sies å følge av ordlyden i § 102 og det finnes heller ikke rettskildemessig grunnlag for å hevde dette.¹⁷¹ Dette innebærer at Grunnloven § 102 i seg selv ikke vil være til hinder for at de bevis som er innhentet ved en grunnlovsstridig bevissikring kan anvendes i en senere rettssak.

Dette står i motsetning til systemet i USA. Det fjerde grunnlovstillegget i den amerikanske føderale grunnloven forbyr "*unreasonable searches and seizures*" i personers "*houses, papers, and effects*". Akkurat slik som med Grunnloven § 102 følger ikke adgangen til bevisavskjæring av bestemmelsens ordlyd, men er lagt til grunn i praksis fra US Supreme Court.¹⁷²

Selv om en tilsvarende bevisavskjæringsadgang ikke kan utledes av Grunnloven § 102 kan det tenkes at andre regler forhindrer bruken av bevis innhentet ved en grunnlovsstridig bevissikring.

9.4.3 Tvisteloven § 22-7

Det mest aktuelle unntaket fra prinsippet om fri bevisføring er nå nedfelt i tvisteloven § 22-7. Bestemmelsen lyder;

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

Bestemmelsen er ment å være en kodifisering av tidligere rettspraksis på området, og det er derfor i rettspraksis en må søke veiledning for å fastsette det nærmere innholdet i

¹⁶⁹ Tvisteloven § 21-3 første ledd, første punktum

¹⁷⁰ Stub (2010) s. 97-98 og Torgersen (2009) s. 68-69

¹⁷¹ Stub (2010) s. 98

¹⁷² Stub (2010) s. 97

bestemmelsen.¹⁷³ Forarbeidene presiserer også at det er tale om en regel med et forholdsvis snevert anvendelsesområde, dette er søkt markert med ordlyden "*i særlige tilfeller*".¹⁷⁴

Det tas først stilling til om bevisene innhentet ved bevissikringen er skaffet til veie på utilbørlig måte. Om bevisene er innhentet i strid med Grunnloven § 102, er det helt på det rene at bevisene er innhentet på en utilbørlig måte. At bevisene er innhentet på en utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for bevisavskjæring. I tillegg må føringen av beviset medføre en krenkelse av tungtveiende personvern hensyn eller rettssikkerhetshensyn.¹⁷⁵

Rt 1991 s. 616 omhandlet bevisavskjæring. Saken var her den at en ansatt i et gatekjøkken var tiltalt for underslag fra arbeidsgiveren. Spørsmålet var om påtalemyndigheten skulle få anledning til å legge frem som bevis et videoopptak som arbeidsgiver i hemmelighet hadde foretatt på arbeidsplassen. Retten kom til at beviset ikke kunne tillates ført. Dette ble begrunnet i at et slikt inngrep i den personlige integritet måtte anses uakseptabelt ut fra alminnelige personvern hensyn.¹⁷⁶ I Rt 2004 s. 1366 ble det fremhevet at hensynet til personvern eller rettssikkerhet må være tilstrekkelig tungtveiende for at prinsippet om fri bevisføring må vike. Begrunnelsen for at et bevis anses fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte og grovheten i krenkelsen, har også betydning ved den avveining av hensyn som skal finne sted.¹⁷⁷

En bevissikring gjennomført i strid med Grunnloven § 102 vil være gjennomført på bekostning av de personvern hensyn som bestemmelsen er ment å beskytte. I tillegg taler det faktisk at det er personvern hensyn fastsatt i en grunnlovsbestemmelse, for at prinsippet om fri bevisføring må vike. Bevis innhentet ved en grunnlovsstridig bevissikring kan dermed ikke tillates ført.

¹⁷³ NOU 2001:32 s. 960

¹⁷⁴ NOU 2001:32 s. 961

¹⁷⁵ NOU 2001:32 s. 961

¹⁷⁶ Rt 1991 616 s. 623

¹⁷⁷ Rt 2003 1266

9.5 Veien videre

Drøftelsene frem til nå har vist at Grunnloven § 102 begrenser adgangen til å foreta bevissikring utenfor rettssak etter tvisteloven kapittel 28. Dette følger av Grunnlovens stilling som *lex superior*. Grunnloven § 102 benytter en del gamle begreper som gjør at bestemmelsen ikke er like lett tilgjengelig som andre grunnlovsbestemmelser som er kommet til i nyere tid. Men vanskelig tilgjengelig begrepsbruk betyr ikke at bestemmelsen kan overses. Dette innebærer at lovgiver må gå veien om en grunnlovsendring som fastsatt i Grunnloven § 112 for å kunne beholde alle de mulighetene for bevissikring som tvisteloven kapittel 28 i dag åpner for. En grunnlovsendring er en omfattende prosess, slik at det blir nødvendig for lovgiver å ta stilling til om bevissikringsinstituttet er av så stor betydning at man vil velge å gå den veien.

Så lenge man har en konstitusjon med grunnleggende rettigheter som skal fungere som en skranke og en rettesnor for lovgiver, må man ta konsekvensen av dette.

Grunnloven § 102 beskytter viktige hensyn som den private sfære, og ønsker lovgiver at Grunnloven § 102 ikke skal hindre anvendelsen av bevissikringsinstituttet, er grunnlovsendring den eneste farbare vei å gå. Tiden er inne for å ta Grunnloven § 102 på alvor.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Stub (2008) s. 258

10 Kilder

10.1 Lover, forskrifter, utenlandske lover og traktater

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven) av 17. mai 1814
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr. 6
- 1961 Lov om skytevåpen og ammunisjon m.v. (våpenloven) av 9. Juni 1961 nr. 1
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse av 26. juni 1992 nr. 86
- 1995 Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr. 53
- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
- 2004 Lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak) av 25 juni 2004 nr 49
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 1990 Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) av 22 juni 1990 nr. 3963

1791 The Constitution of the United States of America. Amendment IV. URL:
<http://topics.law.cornell.edu/constitution/billofrights> (besøkt 16. april 2011)

WTO-avtalen Avtale om opprettelsen av Verdens Handelsorganisasjon. Marrakesh 15. april 1994

TRIPS-avtalen Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.
Annex 1C av WTO-avtalen.

EMK Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon. Roma 4. november 1950

SP De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter. 16. desember 1966

10.2 Forarbeider

NOU 1999:27 "Ytringsfrihet bør finde sted"

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

NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll. Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker

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

Oth. Prp. Nr. 24 for 1898/1899 Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. II Motiver. Udarbejdet af den ved kgl. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission, Kristiania, 1896. Tillegg til Oth. Prp. Nr. 24 for 1898/1899.

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven)

- Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) Om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)
- Innst. O. nr. 66 (2003-2004) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i tvistemålsloven (bevisopptak utenfor rettssak)

10.3 Rettspraksis og andre uttalelser

TOSLO-2005-4190-1

TOSLO-2004-42431

RG 2007 736 (Tom & Jerry)

Asker og Bærum tingretts kjennelse av 30. juni 2008

Ringerike tingretts kjennelse av 3. desember 2007

LB-2009-11069

LB-2005-59502

LB 1998 686

Rt 2010 143 (Rederiskatt)

Rt 2010 774

HR-2009-2233-U

Rt 2006 626 (Normarc)

Rt 2006 146

Rt 2004 1723 (våpenkontroll)

Rt 2004 1366

Rt 2003 1266

Rt 2000 1261 (Storbyguiden)

Rt 1991 616

Rt 1983 868

Rt 1976 1 (Kløfta)

Rt 1873 605

Rt 1871 221

Rt 1838 561

JDLOV-2008-7477 Lovavdelingens uttalelse av 4. mars 2009.

10.4 Litteraturliste

Andenæs, Johs. "Menneskerettighetserklæringene i det 18. århundre og den norske Grunnlov". I: *Tidskrift for Rettsvitenskap*. Årg. 55 (1942) s. 474-496

Andenæs, Johs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*. 10. utg. Oslo, 2006

Andenæs, Mads og Ingeborg Wilberg. *Grunnloven Kommentarutgave*. Oslo, 1983

Aschehoug, T. H. *Norges nuværende Statsforfatning*, tredje bind, andre utgave. Christiania, 1893

Bokmålsordboka Definisjons- og rettskrivningsordbok. 2. utgave 3. opplag. Red: Marit Ingebjørg Landrø og Boye Wangensteen. Universitetsforlaget. Oslo, 1997

Bøhn, Anders. *Domstolloven kommentarutgave*. 2000.

Castberg, Frede. *Norges statsforfatning*. Andre utgave. Oslo, 1947

Dahlerup, Verner. *Ordbog over det danske Sprog*. Udgivet af det Danske Sprog- og Litteraturselskab. København, 1918-1956.

Echoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001

Falkanger, Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler. *Tvangsfullbyrdelsesloven kommentarutgave*, bind 1. 3. utg. Oslo, 2002

Fleischer, Carl August. "Prinsipper for grunnlovsfortolkning". I: *Lov og rett*, 1969. s. 433-452

Fliflet, Arne. *Grunnloven Kommentarutgave*. Oslo, 2005.

Helset, Per og Bjørn Stordrange. *Norsk Statsforfatningsrett*. Oslo 1998

Hjort, Maria Astrup. *Sikring av elektroniske bevis i sivile saker*. Foredrag for advokatfirmaet Schjødt Oslo. 30. september 2010.

Kierulf, Anine. "Er internasjonale menneskerettigheter en relevant kilde ved grunnlovstolking?", *Retfærd* 2011/1 s. 23 flg.

Matningsdal, Magnus. *Kommentar til straffeloven*. 2010. I: Norsk lovkommentar (online), note 2389 og 2392 (sitert 3. mars 2011)

Morgenstjerne, Bredo. *Lærebog i Den norske Statsforfatningsret*. Kristiania, 1900

Motzfeldt, Carl Frederik og Vogt, Jørgen Herman. *Rigsretssagen mod Statsraad Vogt i 1845 : tilligemed en Udsigt over de foregaaende Rigsretssagers Historie*. Christiania, 1846. Tilgjengelig på

<http://www.nb.no/utlevering/nb/294a73332a2c59b91964804e4e0accbf> (sitert 20. januar 2011)

Mykland, Knut. *Norges historie*, bind 9. (Kampen om Norge 1784-1814) Oslo 1978

Mykland, Knut, Torkel Opsahl, Guttorm Hansen. *Norges Grunnlov i 175 år*. Oslo, 1989.

Mæland, John Henry. *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. Bergen, 2006

Reusch, Christian H.P. *Kommentar til tvisteloven*. I: Norsk lovkommentar (online), 2010, note 1328 (sitert 21. Januar 2011) og note 1352 (sitert 17. mars 2011)

Riksforsamlingens forhandlinger 3 die del. Grundlovsutkast. Grøndahl & søns boktrykkeri. Kristiania, 1916

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2009

Schei, Tore ... [et al.] *Tvisteloven Kommentartutgave Bind II*. Universitetsforlaget 2007

Schou, Jacob Henrik. *Chronologisk Register over de Kongelige Forordninger og Aabne Breve, samt andre trykte Anordninger, som fra Aar 1670 af ere udkomne, tilligemed et nøiagtigt Udtog af de endnu giældende, for saavidt samme i Almindelighed angaae Undersaatterne i Danmark og Norge, forsynet med et alphabetisk Register*. XVI Deel. Som indeholder K. Frederik VI Frr. for 1812 og 1813. Kiøbenhavn, 1814.

Schwigaard, A. *Den norske Proces*. Andet bind. Christiania, 1858

Schweigaard, A. *Den norske Proces*. Andet bind, fjerde utgave. Christiania 1893.

Smith, Eivind. *Konstitusjonelt demokrati*. Oslo, 2009.

Stub, Marius. "Når Grunnloven overses". I: *Lov og rett*. 2008 nr. 5 s.257-258.

Stub, Marius. "Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102". I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 2009 nr. 03 s. 389-443 (Sitert fra Idunn.no)

Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet – Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*. Doktoravhandling forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Nr. 41, 2010.

Torgersen, Runar. *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*. Oslo, 2009.

10.5 Personlig meddelelse

Iversen, Vidar. E-post. 20. januar 2011.

Vikør, Lars Sigurdsson. E-post. 2. februar 2011

