

Avskjæring av bevis i sivile saker

Med hovedvekt på preklusjon

Kandidatnummer: 637

Leveringsfrist: 26.11.2007

Til sammen 17831 ord

26.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1	Et utgangspunkt	4
1.2	Presentasjon av tema og problemstilling	4
1.3	Oversikt over fremstillingen	5
1.4	Avgrensning	5
1.5	Metode	5
1.5.1	Prosessreglenes kilder	5
1.5.2	Høyesteretts metode ved bevisavskjæringsspørsmål	6
1.5.3	Nærmere om prinsippterminologien	6
1.5.4	Forholdet til internasjonale konvensjoner	7
1.5.5	Forholdet mellom tvistemålsloven og tvisteloven	8
1.6	Kort om terminologien rundt bevis	9
1.7	Komparativ analyse av norsk, svensk og dansk bevisavskjæringsrett	9
1.8	Historisk oversikt	10
1.9	Forholdet mellom sivilprosess og straffeprosess	11
1.9.1	Ulike hensyn	11
1.9.2	Skillet mellom materiell og formell sannhet	12
1.10	Saker med og uten fri rådighet over sakens gjenstand	14
1.10.1	Generelt	14
1.10.2	Betydningen av skillet for bevisføringen	14
<u>2</u>	<u>GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER</u>	<u>15</u>
2.1	Innledning. Den videre fremstilling	15

2.2	Fellesprosessuelle grunnprinsipper	16
2.2.1	Forsvarlighetsprinsippet	16
2.2.2	Prinsippet om fri bevisbedømmelse	16
2.2.3	Prinsippet om fri bevisførsel	17
2.2.4	Kontradiksjonsprinsippet	17
2.2.5	Parts- eller likhetsprinsippet ("Equality of arms")	18
2.2.6	Konsentrasjonsprinsippet	19
2.2.7	Muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet	19
2.3	Sivilprosessuelle grunnprinsipper	19
2.3.1	Disposisjonsprinsippet	19
2.3.2	Forhandlingsprinsippet	20
<u>3</u>	<u>NÆRMERE OM AVGRENSNINGEN AV DEN FRIE BEVISFØRINGSRETTE</u>	<u>21</u>
3.1	Innledning	21
3.2	Oversikt over hovedtyper av bevisforbud	21
3.3	Kort om hensyn bak bevisforbudene	21
3.4	Relevans som grunnvilkår for bevisføringsadgangen	22
3.4.1	Generelt	22
3.4.2	Materiell tilknytning	23
3.4.3	Beviskraft	24
<u>4</u>	<u>PREKLUSJONSREGLENE</u>	<u>26</u>
4.1	Innledning	26
4.1.1	Presentasjon av preklusjon	26
4.1.2	Særlig om preklusjon av bevis og problemstilling	28
4.2	Nærmere om forholdet mellom nye krav, påstander, anførsler og bevis	28
4.3	Kort om historisk bakgrunn	30
4.4	Generelle hensyn bak preklusjonsreglene (ratio bak reglene)	30

4.4.1	Preklusjonsreglene generelt	30
4.4.2	Særlige momenter som bør vektlegges ved spørsmål om preklusjon av bevis	31
4.5	Fremgangsmåte ved preklusjon av bevis	32
4.6	Virkingen av preklusjon av bevis for videre rettergang	33
4.7	Kort redegjørelse for preklusjonsvilkårene	34
4.7.1	Rettsgrunnlag og anvendelsesområde	34
4.7.2	Saksforberedelsen	34
4.7.3	Hovedforhandling	36
4.7.4	Ankesaker	39
4.8	Nærmere redegjørelse for preklusjonsvilkårene	41
4.8.1	Kort bemerkning	41
4.8.2	Grunnvilkåret	41
4.8.3	Første tilleggsvilkår	48
4.8.4	Andre tilleggsvilkår	54
4.9	Særlig om bevisavskjæring i forvaltningssaker	55
4.9.1	Innledning	55
4.9.2	Forholdet til preklusjonsreglene	56
4.9.3	Domstolens kompetanse	56
4.9.4	Nærmere om innholdet av avskjæringsregelen i forvaltningssaker	57
4.9.5	Oppfordringsprinsippet	57
4.9.6	Beviset oppstår etter forvaltningens vedtak og parten ikke er å bebreide	60
4.9.7	Bevisfakta som taler til ugunst for enkeltindividet	60
4.9.8	Mulighet til kontradiksjon	60
4.9.9	Konklusjon	61
4.10	Preklusjonsreglenes forhold til EMK art. 6	61
4.10.1	Generelt	61
4.10.2	Konklusjon	62
4.11	Egen vurdering	62
4.11.1	Konklusjon	62
4.11.2	De lege ferenda	63

1 Innledning

1.1 Et utgangspunkt

En grunnleggende målsetting for norsk rettergang er å sikre at retten får et best mulig grunnlag for å treffe en riktig avgjørelse. Utgangspunktet er at partene fritt kan fremlegge for retten alle tenkelige bevis for å belyse og begrunne sine anførsler i saken. Samtidig står retten selv fritt til å vurdere vekten og påliteligheten av de ulike bevisene. Kort sagt har vi i norsk rett fri bevisprøvelse. I dette inngår fri bevisførsel og fri bevisvurdering.

Begrunnelsen er at fri bevisprøvelse er sannhetsfremmende. Med dette menes at så lenge beviset er relevant for sakens opplysning, vil beviset være sannhetsfremmende. Jo mer opplyst et tvistemål er, desto bedre er avgjørelsesgrunnlaget. Dette fremmer siktemålet bak prosesslovene, nemlig å fatte materielt riktige avgjørelser, hvilket er et grunnleggende utgangspunkt for vår rettergang, både i sivil- og straffeprosess..

1.2 Presentasjon av tema og problemstilling

Sannheten søkes imidlertid ikke ubetinget. Hensynet til at avgjørelsen skal bli truffet på best mulig grunnlag, kan ikke gjennomføres for enhver pris. Det foreligger unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel. Andre hensyn må også ivaretas. Hvilke hensyn dette er, og hvordan de gjør seg gjeldende, er tema for oppgaven. Hovedtema er vilkårene for preklusjon av bevis. Problemstillingen er hvordan de ulike sivilrettslige prinsippene vurderes mot hensyn som gjør seg gjeldende i reglene om preklusjon av bevis.

1.3 Oversikt over fremstillingen

For å belyse temaet og problemstillingen gjør jeg først rede for prinsippene som ligger til grunn for behandling av sivilrettslige tvister i kapittel 2. Dette gjøres ettersom forholdet mellom fri bevisvurdering og fri bevisførsel på den ene siden, og bevisavskjæringsreglene på den andre siden, reguleres av prinsippene som ligger til grunn for vår rettergangslovgivning. Deretter vil jeg kort redegjøre for avgrensningen av den frie bevisføringsretten i kapittel 3. Her vil jeg kort konstatere hvilke hensyn som ligger til grunn for de ulike bevisavskjæringsreglene. Relevans som grunnvilkår for bevisføringsadgangen vil jeg imidlertid redegjøre grundig for. Til slutt tar jeg for meg vilkårene for preklusjon av bevis i kapittel 4. Oppgavens hovedvekt legges på denne delen.

1.4 Avgrensning

Det avgrenses mot redegjørelse av straffeprosesslovens regler vedrørende bevisavskjæring. Jeg vil imidlertid belyse forskjeller i sivil- og straffeprosessens bevisavskjæringsregler på områder hvor dette er naturlig.

1.5 Metode

1.5.1 Prosessreglenes kilder

Rettergangen for sivilrettens vedkommende er sterkt positivrettslig, dvs. den er lovregulert i detalj. Eksempelvis har lovgiver fastslått gjennom prosesslovene klare regler om frister ved anke og kjæremål. Av denne grunn vil lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (tvistemålsloven) være en viktig rettskilde. Videre er rettspraksis og juridisk teori relevant på prosessens område som den er på andre fagområder. Også sedvaneretten er av betydning, men denne rettskilden spiller en mindre rolle på prosessens område på grunn av prosessens utpregede positivrettslige karakter.¹

For oppgavens del vil den viktigste rettskilden være tvistemålsloven, etterfulgt av lovforarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Utgangspunktet for drøftelsene baseres i stor

¹ Jfr. Bratholm og Hov, 1973. s.11.

grad på lovteksten. Dette gjelder dog ikke i kapittel 2 som består av en gjennomgang av de ulike prinsippene; prinsippene forankres med henvisninger til juridisk teori samt rettspraksis. I kapittel 4 vil det også vises til utenlands litteratur.

1.5.2 Høyesteretts metode ved bevisavskjæringsspørsmål

Når Høyesterett tolker de alminnelige bevisavskjæringsreglene i tvistemålslovens annen del om bevis, argumenterer Høyesterett gjerne på bakgrunn av lovens ordlyd. Dette er fordi lovgiver i disse tilfellene har funnet det hensiktsmessig å gi bestemte løsninger på bevisavskjæringsspørsmål, forutsatt at enkelte vilkår er oppfylt. Eksempelvis anvender Høyesterett, ved reglene om avskjæring av taushetsbelagte opplysninger, i stor grad rettsregelargumentasjon for å komme til resultatet. Denne måten å argumentere på er ikke nyskapende, ettersom løsningen i det vesentlige følger av de alminnelige rettskildene. I tilfeller hvor det er tvil om forståelsen av ordlyden, tolkes denne på bakgrunn av andre relevante rettskilder som forarbeider, rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.

Imidlertid vil det i kapittel 4, hvor vilkårene for preklusjon av bevis gjennomgås, være grunn til å påpeke at lovgiver i stor grad har overlatt til Høyesterett å avklare hva rettsreglene nærmere skal gå ut på. Retten har kompetanse til selv å vurdere hvilke hensyn, innenfor lovens ramme, som skal få avgjørende betydning for avgjørelsen. Dette er fordi lovbestemmelsene består av en vag og "litt rund" ordlyd. Det stilles krav til en avveining av relevante hensyn innenfor lovens ramme. Retten står ikke fritt i denne vurderingen, men styres av de grunnleggende normative prinsippene som ligger til grunn for sivilrettslig rettergang. Høyesterett anvender gjerne en annen form for argumentasjon innenfor disse rettsreglenes rammer; en såkalt prinsippargumentasjon.

1.5.3 Nærmere om prinsippterminologien

Prinsippargumentasjon kjennetegnes ved at det tas utgangspunkt i rettslige prinsipper og deres normative innhold, for så avveie dem mot hverandre. Prinsippene består av

retningslinjer, i den forstand at de i motsetning til regler ikke angir et bestemt resultat.² I avveiningen vil momentene ofte trekke i ulike retninger og ha ulik vekt, slik at resultatet beror på en pro contra vurdering. Retten er i denne vurderingen bundet av rettsregelens rammer, men innenfor regelens rammer kan retten vektlegge momentene etter eget skjønn. Eksempelvis kan det grunnleggende prinsipp om ytringsfrihet i et konkret tilfelle måtte vike for personvernet etter en nærmere konkret avveining.³ Det er imidlertid ikke alltid det går fram av begrunnelsen hvilke mothensyn som gjorde seg gjeldende i avveiningen. Derfor forekommer det i rettspraksis at det kun henvises til de retningslinjene som støtter resultatet, uten at motfaktorene nevnes, når det gis begrunnelse for resultatet.

1.5.4 Forholdet til internasjonale konvensjoner

Ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norske rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 § 2 ble både Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 (EMK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP), gjeldende norsk rett. Det foreligger ingen regler verken i EMK eller SP som direkte angår spørsmål knyttet til bevisvurdering og bevisførsel. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) fastslår selv i sine avgjørelser at domstolen ikke er en fjerde instans, og avstår fra direkte å prøve de enkeltes lands bevisvurderinger.⁴

Imidlertid berører EMD medlemsstatenes nasjonale bevisrett indirekte ved å ivareta prinsippet om ”rettferdig rettergang” (”fair trial”), jfr. EMK art. 6. Det samme gjelder SP art. 14, som i sitt innhold tilsvarende EMK art. 6. Jeg forholder meg kun til EMK art 6 i det følgende.

I EMK art. 6 inngår prinsippet om kontradiksjon og prinsippet om likhet (”equality of arms”) som to grunnleggende prinsipper. EMD har med støtte i disse prinsippene fastslått at de ulike nasjoners regler om bevis, herunder regler om bevisførsel og bevisvurdering, må

² Jfr. Graver, 2006, s.195

³ Eksempelen er hentet fra Graver, 2006 s.195.

⁴ Jfr. Shenk vs. Sveits (1988)

være av en slik art at de gir partene rett til å kontradiktere motpartens anførsler og bevis.⁵ Videre at partene gis rett til innsyn i bevisene som fremlegges retten, og at en part ikke stilles i en dårligere posisjon enn motparten med hensyn til bevisføringsadgangen.⁶ I tillegg tolkes EMK art. 6 slik at bevisreglene må gi partene en rimelig mulighet til å redegjøre for sitt syn gjennom egen bevisførsel.⁷ EMDs kompetanse innebærer således at den kan tilsidesette norske bevisregler dersom de er i strid med de ovenfor nevnte prinsippene. EMK og EMD vil derfor være av betydning i spørsmål om norsk retts bevisregler. Norske domstoler må i sine avgjørelser være seg bevisst på EMK art. 6 og EMDs rettspraksis.

1.5.5 Forholdet mellom tvistemålsloven og tvisteloven

Lov om mekling og rettergang i sivile saker av 17. juni 2005 nr. 90 (tvisteloven) trer i kraft 1. januar 2008. På nåværende tidspunkt er tvistemålsloven fortsatt gjeldende rett, og er i hovedsak den primære rettskilde ved sivilrettslig lovanvendelse. Jeg vil vise til tvisteloven når dette vil være hensiktsmessig.

Tvistelovens bevisregler tar sikte på at reglene skal være lettere tilgjengelig gjennom en mer logisk oppbygning.⁸ Prinsippet om fri bevisvurdering er lovfestet i tvisteloven § 21-2, mens tvisteloven § 21-3 knesetter prinsippet om fri bevisføring. Deretter følger regler om bevisforbud og bevisfritak som skal gjelde for alle typer bevismidler, jfr. tvisteloven kapittel 22. Ellers er bevisavskjæringsreglene i stor grad en videreføring av gjeldende regler om bevis, likevel med en rekke større eller mindre endringer.⁹ Jeg går ikke nærmere inn på dette. I kapittel 23 til 26 gis regler om enkelte former for bevismidler. Ved gjennomgang av gjeldende regler om preklusjon av bevis vil jeg vise til tvistelovens forarbeider, ettersom både NOU 2001:32 og Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) inneholder relevant materiale også for tvistemålslovens preklusjonsregler.

⁵ Jfr. Feldbrugge vs. Nederland (1986).

⁶ Jfr. Dombo Beheer B.V. vs. Nederland (1993).

⁷ Jfr. Kraska vs. Sveits (1993).

⁸ Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004-2005), s.18.

⁹ Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004-2005), s.203.

1.6 Kort om terminologien rundt bevis

Ordet bevis brukes i forskjellige betydninger i prosessen. Dels brukes det i betydningen *bevismiddel*, for eksempel vitneprov, dokument, og partsutsagn. Med bevismidler menes de kilder som retten kan bygge på ved avgjørelsen av hva som er riktig faktum. Dels brukes det også i betydningen *overbevisningsgrunn*. Eksempelvis ved utsagn som at kvittering er tilstrekkelig bevis for at gjeld er betalt. Bevis kan også brukes i verbform; å *bevise* brukes dels om det å føre bevis, dels om å overbevise. Endelig vil et forhold som er gjenstand for bevis under saken kalles et *bevistema*. Sakens bevistema gjelder som hovedregel bare faktiske omstendigheter.¹⁰ Dette er fordi dommeren skal sette seg inn i de fleste reglene selv, jfr. Tvml. § 191, som knesetter prinsippet *Iura novit curia* (retten kjenner loven). Unntak kan foreligge når jussen er komplisert eller det tvistes om hvilken rettsregel som skal anvendes. I slike tilfeller kan partene føre bevis for hvordan jussen bør forstås. Det avgrensens mot nærmere redegjørelse av bevis rundt rettsregler og erfaringsgrunnsetninger.

1.7 Komparativ analyse av norsk, svensk og dansk bevisavskjæringsrett

Læren om bevis er omfattende og har fått stor oppmerksomhet av juridiske forfattere i både norsk, dansk og svensk retts sivilprosess. Svensk sivilprosess bygger på prinsippet om fri bevisprøvelse, som igjen innbefatter fri bevisføring og fri bevisvurdering.¹¹ Den danske sivilprosessen er bygd opp på tilsvarende måte. Gomard skriver at ”som en konsekvens af regelen om rettens frie bevisbedømmelse, er også partenes adgang til bevisførelse fri”.¹² Videre skriver han at ”parterne kan under bevisførselen fremføre enhver omstændighed, som er egnet til at bestyrke eller avkræfte rigtigheden af oplysninger, der kan have betydning for rettens avgørelse af, hvilket faktisk hændelsesforløb den vil lægge til grund for dommen”.¹³ Dette gjelder imidlertid ikke unntaksfritt, og også den danske rettspleielov inneholder flere regler for avskjæring av bevis. Eksempelvis inneholder reglene om

¹⁰ Jfr. Eckhoff, 1962, s.129.

¹¹ Jfr. Hassler, 1963, s.346.

¹² Jfr. Gomard, 2000, s.486.

¹³ Jfr. Gomard, 2000, s.486.

vitnefritakelse og -utelukkelse visse begrensinger i bevisførselsadgangen.¹⁴ Videre vil bevis som ikke har relevans kunne avskjæres, jfr. Gomard, som fastslår at bevisets relevans må avgjøres på bakgrunn av partenes prosesskrav og anbringender, jfr. den danske rettspleielovens § 341. Dette gjelder også for svensk rett, jfr. Hässler, som fastslår at "rätten skall tillse, att i målet ej inndras något, som icke är relevant."¹⁵ Det samme gjelder for bevis uten betydning. Reglene tilsvarer tvml. § 189 (1) nr. 1. og nr. 3.

Både dansk, svensk og norsk sivilrettslige rettergang inneholder således likeartede regler som begrenser den fri bevisføringsretten. Prosessordningen er den samme. Den nærmere avgrensningen av bevis beror på en konkret begrunnet avgjørelse på det enkelte felt som det ikke er grunn til å gå nærmere inn på her.

1.8 Historisk oversikt

I moderne sivilprosess er det grunnleggende utgangspunkt om fri bevisførsel og vurdering, en selvfølge. Slik har det ikke alltid vært. Både ved bevisføringsadgangen og vurderingen har retten vært preget av bundne regler. I eldre norsk rett fantes regler for bevisvurderingen som anga hva som skulle være nødvendig bevis for at et bestemt faktum skulle legges til grunn, og som dommeren burde og skulle føle seg bundet av.¹⁶ Eksempelvis fastslo Norsk Lov 1-13-1 at "Vidne er ei mindre enn to Personer, over eens stemmende, og udi een Ting". Når to vitner forklarte seg likt, ble dette lagt til grunn som sannheten av dommeren.

Det hendte også at bevisbedømmelsen helt ble overlatt til de høyere makter, eksempelvis ved at partene kjempet om rett gjennom tvekamp. Tvekamp var en fysisk kamp mellom partene hvor den som gikk seirende ut av kampen hadde retten på sin side, og saksøkeren hadde rett til å utfordre saksøkte både i sivil- og straffesak.¹⁷ Den seirende hadde gudenes støtte, og gudene var overordnet dommeren. Det kom overhodet ikke på tale med bevisførsel eller bevisvurdering, og man anså tvekamp som mer pålitelig enn ed, som ofte

¹⁴ Jfr. Dansk rettspleielov §§ 168-172, 298, 299 og 205.

¹⁵ Jfr. Hassler, 1963, s.349.

¹⁶ Jfr. Aasland, 2003. 753-754.

¹⁷ Jfr. Robberstad, 1999, s.61

kunne være falske.¹⁸ Slike lovbestemte regler om hvor stor vekt bevisene skal inneha, kalles legale bevisbedømmelsesregler.¹⁹ Fortsatt har vi regler med snev av legal bevisbedømmelse i vår rettergangsgivning. For eksempel fastslår tvml. § 184 at innrømmelser i dispositive saker ikke trenger bevis.

Det har også vært tider hvor verken bevisførsel eller bevisbedømmelse har kommet på tale i noen form. På 1000-, 1100- og 1200-tallet var blodhevn en måte å avgjøre en tvist på. Blodhevn var den tidligste reaksjonen mot overgrep fra noen utenfor ætten. Slike overgrep gikk ut over hele slektens ære, og gjerningsmannens nærmeste slekt ble holdt ansvarlig, til tross for slektningenes uskyld.²⁰ Det var ikke aktuelt med bevisførsel. Hadde det skjedd overgrep hadde fornærmede rett til å gjenreise æren ved å gjengjelde angrepet ved blodhevn. Alle midler var tillatt. Etter hvert gikk man fra denne formen for gjenopprettelse av urett, og fremla saken for tinget, jfr. for eksempel Gulatingloven av ca. år 1000. Tinget skulle godkjenne hevners rettmessighet eller sette opp alternativer for den, først og fremst i form av bot.²¹ Gulatingloven inneholdt ingen bevisavskjæringsregler. For tinget fantes det trolig ingen begrensninger i hvilke bevis som kunne føres. For eksempel dersom storbonden ville få en person dømt, var det ikke noe som hindret ham i fremlegge alt som forelå av bevis. Bevisavskjæring kom ikke på tale. *Likheten* mellom begge tiders bevisføringsregler er at prinsippet om fri bevisførsel gjaldt både da og nå. *Forskjellen* er at ved tidligere tider fantes ikke unntak fra dette prinsipp.

1.9 Forholdet mellom sivilprosess og straffeprosess

1.9.1 Ulike hensyn

Utgangspunktet er det samme i begge prosesslovene: Sannheten søkes i den hensikt å fatte materielt sett riktige avgjørelser. Likevel er det forskjeller mellom straff- og sivilprosess når det gjelder bevisføringsadgangen, og hvem som har ansvar for sakens opplysning.

¹⁸ Jfr. Robberstad, 1999, s.60

¹⁹ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.283.

²⁰ Jfr. Robberstad, 1999, s.55

²¹ Jfr. Robberstad, 1999, s.55

Hensikten bak straffeprosessen er å finne av om siktede har foretatt den straffbare handling eller ikke, uavhengig av partenes disposisjoner. Hensynet til at siktede ikke blir dømt uskyldig gjør seg særlig gjeldende. Domstolens bevisgrunnlag er ikke begrenset til de bevis partene legger fram. Det er således særlig grunn til å fatte materielt sett riktig avgjørelser når det er tale om å pålegge et enkeltindivid straffereaksjoner, som kan sies å være den strengeste sanksjon det moderne samfunnet kan påføre et individ. Den siktede må frifinnes hvis det er tvil om hans skyld, selv om han mest sannsynlig har gjort handlingen.

I sivilprosessen kan retten derimot legge til grunn den løsning som er mest sannsynlig. Forskjellen har sammenheng med at sivilrettslige regler først og fremst tar sikte på å beskytte enkeltindividets interesser, mens straffeprosessenes regler verner om samfunnets interesser. Dette kan igjen få følger for den frie bevisførsel. Det kan hevdes at samfunnsinteressene er viktigere å ivareta enn enkeltindividets interesse, slik at det ikke er like viktig med full opplysning av sakens faktiske side i sivile saker, som i straffesaker. I sivilprosessen er derfor den frie bevisførsel i større grad begrenset enn i straffeprosessen. Et annet hensyn som støtter opp om dette er interessemotsetningen i sivile saker. I og med at begge parter vil vinne saken, vil dette i stor grad føre til at partene sørger for en grundig og allsidig belysning av saken. I straffeprosessen tar det offentlige seg av strafferettspleien i mye større grad. Hensynet til sakens opplysning gjør seg i større utstrekning gjeldende på grunn av den skjeve partsstillingen.

1.9.2 Skillet mellom materiell og formell sannhet

Det skilles mellom materiell og formell sannhet. Med *materiell* sannhet menes sannheten slik den inntreffer i virkeligheten, det som objektivt sett er sant. Et annet ord for dette er det aletiske nivået i bevisvurderingen. Med dette menes virkelighetsnivået – hva som er de faktiske forhold, uavhengige av våre antagelser og hvilke bevis som foreligger.²² Med *formell* sannhet, også kalt prosessuell sannhet, menes at det som ikke blir bevist av partene, legges heller ikke til grunn i avgjørelsen. Et annet ord for dette er det epistemiske nivået i

²² Jfr. Kolflaath, JV. 2004 nr. 06, s.281.

bevisvurderingen. Med dette menes hva det i lys av bevissituasjonen er grunn til tro har skjedd, uavhengig av det faktiske virkelighetsnivået, men med utgangspunkt i bevissituasjonen.²³ I tillegg har vi det psykologiske nivået ved bevisbedømmelsen. Med dette menes hva det i lys av bevissituasjonen er grunn for bevisbedømmeren å tro om hvilket sannhetsnivå som må legges til grunn.²⁴

Det følger av straffeprosessens formål at man i straffeprosessen, i større grad enn i sivilprosessen, må sørge for at det ikke blir noen forskjell på det aletiske og epistemiske nivået. Det søkes etter sannheten i alle straffesaker.²⁵ Dette er ikke tilfelle i sivilprosessen ved saker hvor partene selv rår over bevismidlene og hva dommeren skal legge til grunn for avgjørelsen. Det må her skilles mellom saker hvor partene har fri rådighet over sakens gjenstand (dispositive saker), og saker hvor partene ikke har det (indispositive saker).²⁶ I dispositive saker er det opp til partene å fremskaffe det faktiske grunnlaget som retten skal bygge på. Hvis partene har unnlatt å gjøre dette, herunder unnlatt å føre viktige bevis, er det fare for at dommeren bygger på feil faktum. Dette som en konsekvens av at dommeren kun forholder seg til det kunstige, partsskapte faktum (det epistemiske nivået), noe han for så vidt alltid må gjøre. Dommeren vil aldri nå det aletiske nivået, ettersom han ikke under noen omstendigheter med 100 % sikkerhet kan fastslå hva som var de faktiske omstedighetene.

I indispositive saker opptrer dommeren på samme måte som i straffeprosessen: Hensynet til den materielle sannhet veier tyngre enn den formelle sannhet. Det aletiske nivået søkes oppnådd i større grad. Dette følger av tvml. § 86 (2) som pålegger retten det fulle ansvaret for å opplyse saken tilstrekkelig for å sikre en riktig avgjørelse.

²³ Jfr. Kolflaath, JV. 2004 nr. 06, s.281.

²⁴ Jfr. Kolflaath, JV. 2004 nr. 06, s.281.

²⁵ Unntak forekommer, eksempelvis hvor siktede selv er å bebreide for manglende bevisførsel eller ved ulovlig fremskaffet bevis.

²⁶ Mer om dette i punkt 1.6.

1.10 Saker med og uten fri rådighet over sakens gjenstand

1.10.1 Generelt

Som nevnt ovenfor skilles det mellom såkalte dispositive og indispositive saker.

Rettergangslovene bygger på at partene har fri rådighet over sakens gjenstand der de har adgang til å inngå avtale om det saken gjelder.²⁷ Dette følger av forhandlingsprinsippet, se punkt 2.8. Motsetningsvis kan det sluttet at når partene ikke fritt kan inngå avtaler om det saken gjelder, har partene ikke fri rådighet over sakens gjenstand. Ulikhetene som finnes mellom saker med og uten fri rådighet, bygger på at når partene kan disponere over saksgjenstanden utenfor prosessen, bør disposisjonsfriheten være den samme under prosessen.²⁸ Videre kan det fastslås at når partene mangler disposisjonsfrihet utenfor prosessen, skal ikke partene kunne oppnå en slik frihet ved å opptre på en bestemt måte under prosessen – partene vil derfor ikke kunne binde retten gjennom sine prosesshandlinger.

Det foreligger ulik grad av indispositivitet. Eksempelvis er umyndiggjørelsessaker og farskapsaker fullstendig indispositive. Alle sider av saken er her unndratt partenes frie rådighet, og retten skal prøve det faktiske og rettslige i enhver henseende.²⁹ I delvis indispositive saker kan partene avtale fritt i en retning, men ikke i en annen. For eksempel kan partene i en skilsmisesak binde retten til ikke å avsi skilsmisedom, men partene kan derimot ikke binde retten til å avsi dom om skilsmisse. Eksempel på dispositive saker kan være foreldelsessaker og erstatningssaker.

1.10.2 Betydningen av skillet for bevisføringen

Reglene om bevisføring er ulike i dispositive og indispositive saker. Utgangspunktet er at partene har hovedansvaret for å legge frem relevant bevis i begge typer saker, jfr. tvml. § 86(1). Men retten kan, og har også i noen tilfeller plikt til det, supplere partenes bevisføring

²⁷ Jfr. Skoghøy, 1994, s.121

²⁸ Jfr. Skoghøy, 1994, s.121

²⁹ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.15.

i indispositive saker. Det kan hevdes at det også er mulig at loven bør tolkes slik at retten også i dispositive saker kan ha en plikt til å sørge for ytterligere bevisførsel. Hov mener dette vil være aktuelt ”i saker som betyr mye for den enkelte, og ganske særlig dersom vedkommende ikke har tilstrekkelig ressurser til å ivareta sine interesser på en forsvarlig måte. En supplering av partenes bevis vil for eksempel være aktuelt i saker om pensjon, saker om erstatning for uførhet og saker om oppsigelse i arbeids- og husleieforhold”.³⁰ I indispositive saker pålegges retten en plikt til å sørge for sakens opplysning. I dispositive saker gjør hensynet til sakens opplysning seg ikke like gjeldende, og partenes bevisførsel utgjør grunnlaget for avgjørelsen.

2 Grunnleggende prinsipper

2.1 Innledning. Den videre fremstilling

De mange enkeltregler man finner om sakens behandling og avgjørelse er basert på visse alminnelige prinsipper eller grunnsetninger som vår sivilprosessordning hviler på. De som har betydning for oppgavens tema redegjør jeg for i det følgende, og vil bli forankret ved en henvisning til juridisk litteratur og rettspraksis. I punkt 2.1 behandles prinsipper som er felles for all rettergang, mens i punkt 2.2 behandles sivilrettslige prinsipper. Felles for prinsippene er at de har viktig sider til reglene om preklusjon. Gjennom tvistemålslovens preklusjonsregler kommer prinsippene til uttrykk når det nærmere innholdet av preklusjonsreglene skal gjennomgås. Eksempelvis stilles det krav til at partene på et tidligst mulig tidspunkt gjør rede for krav, påstander, anførsler og bevis som skal føres i saken, jfr. tvml. §§ 62, 189, 335, 366-368 og 375 (2).

³⁰ Jfr. Hov, 2007, s.293.

2.2 Fellesprosessuelle grunnprinsipper

2.2.1 Forsvarlighetsprinsippet

Forsvarlighetsprinsippet kan sies å være det mest grunnleggende prinsippet som ligger til grunn både for sivil- og straffeprosessen. Prinsippet kan sees på som et slags mantra som skinner gjennom rettergangslovgivningen, og innebærer at uavhengig av hvilke prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende, må saksgangen i alle tilfeller være rimelig og forsvarlig.³¹ Prinsippet kan også utledes fra kravet om rettferdig rettergang i EMK art. 6 nr. 1. Dette innebærer at selv om en norsk intern prosessregel ikke er overtrådt, kan avgjørelsen settes til side dersom saksbehandlingen etter en konkret vurdering ikke anses betryggende eller forsvarlig.³² Et eksempel på hvordan prinsippet kommer til uttrykk er Rt. 1977 s. 799. Avgjørelsen gjaldt anke over saksbehandlingen i en straffesak, men dommen belyser hvordan prinsippet er tillagt vekt ved tolkningen av bestemmelser i prosesslovgivningen generelt. Høyesterett fastslo at det ikke var forsvarlig å holde jurymøter så sent som kl 2155, og opphevet lagmannsrettens dom. En konkret bestemmelse var ikke overtrådt, men avgjørelsen ble begrunnet i ”en totalvurdering av lovsystemet som klart nok tar sikte på å komme fram til avgjørelser en kan stole på riktigheten av”(side 801).

2.2.2 Prinsippet om fri bevisbedømmelse

Prinsippet om fri bevisbedømmelse skal sikre at avgjørelsen bygger på et riktig grunnlag. Prinsippet er kommet til uttrykk i tvistemålsloven § 183 og fastslår at ”Naar ikke andet er bestemt ved lov, avgjør retten etter en samvittighetsfuld prøvelse av hele forhandlingen og bevisførselen hvilket saksforhold som skal legges til grund for dommen”. I dette prinsipp ligger for det første at det er opp til partene hvilke bevismidler de vil påberope seg.³³ For det andre er det opp til retten etter en samvittighetsfull prøvelse av det som kommer frem under saken, å vurdere hva som kan utledes av de ulike bevismidler, og hvilken vekt disse

³¹ Jfr. Skoghøy, 1998, s.403.

³² Jfr. Skoghøy, 1994, s.96.

³³ Jfr. Skoghøy, 1994, s.111.

skal tillegges.³⁴ Det må foretas en konkret vurdering av de bevis som er ført, og dommerens skjønn avgjør hvilken vekt som skal tillegges de ulike bevisene. I dette ligger at dommeren ikke kan bygge sin dom på ren subjektiv vilkårlighet. Tvml. § 183 krever full objektivitet og upartiskhet, og loven forutsetter at dommerens grunnlag har vært gjenstand for kontradiktorisk forhandling fra begge parter side.

2.2.3 Prinsippet om fri bevisførsel

Prinsippet om fri bevisbedømmelse forutsetter at det foreligger fri anledning til å påberope bevismidler for retten. Prinsippet om fri bevisførsel er ikke kommet direkte til uttrykk i tvistemålsloven, men det er klart at det gjelder en hovedregel om fri bevisføringsrett, jfr. Rt.1980 s.1008, som gjaldt for straffeprosessens vedkommende, men som også må gjelde for sivilprosessen. Kjennelsen fastslo at partene har ”i utgangspunktet anledning til å føre de bevis de ønsker vedrørende saken. Denne forutsetningen er ikke direkte kommet til uttrykk i loven, men hovedregelen er klar”. Prinsippet bidrar til å fremme sannheten og til å sikre en betryggende og tillitsvekkende rettergang.

2.2.4 Kontradiksjonsprinsippet

Med kontradiksjonsprinsippet menes at avgjørelse i saken ikke skal treffes uten at begge parter har fått anledning til å redegjøre for sitt syn og uttale seg om prosessstoffet.³⁵ Kontradiksjon bidrar i stor grad til sakens opplysning, og til at det avses materielt riktige avgjørelser. En part skal ha adgang til å gjøre seg kjent med og kommentere alt bevismateriale og all argumentasjon om bevis og faktum som tilflyter retten. Det er fremhevet av EMD at for at retten til kontradiksjon skal være effektiv må partene også gis den nødvendige tid til å sette seg inn i materialet.³⁶

³⁴ Jfr. Skoghøy, 1994, s.111.

³⁵ Jfr. Skoghøy, 2001, s.425.

³⁶ Jfr. Krcmar vs. Den Tsjekiske Republikk (2000), avsnitt 42.

Prinsippet har også en side mot hensynet til domstolens tillitt. Det skapes større tillit til domstolen ved at partene har en ubetinget rett til å uttale seg om alt i anledning saken.³⁷ At partene ikke benytter seg av retten til å kontradiktere, krenker ikke prinsippet. Eksempelvis kan retten fastslå uteblivelsesdom når vilkårene er oppfylt. Det er tilstrekkelig at parten har fått en reell mulighet til å uttale seg.

At det i norsk rett foreligger et kontradiksjonsprinsipp kan belyses av avgjørelsen inntatt i Rt. 1980 s. 8. I forbindelse med kjøp av en borettslagsleilighet hadde kjøperen gjort gjeldende at det var inngått bindende avtale om overtakelse av en leilighet, mens selgeren bestred dette. Lagmannsretten kom til at det forelå bindende avtale, med den modifikasjon at kjøperen måtte betale maksimal pris, til tross for at partene ikke hadde anført dette som en mulig løsning i påstanden. Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom fordi lagmannsretten hadde unnlatt å forelegge for partene spørsmålet om den aktuelle tolkningen av avtalen. Høyesterett uttalte at:

”(...) plikten kan (...) bygges direkte på det kontradiktoriske prinsipp, som er en grunnsetning i vår rettergangsordning. Retten må ikke ved sin avgjørelse bygge på en begrunnelse eller komme til et resultat som partene ikke har hatt rimelig anledning til å uttale seg om, med mindre det anses klart at slik uttalelse ville være uten betydning.”

2.2.5 Parts- eller likhetsprinsippet (“Equality of arms”)

I parts- eller likhetsprinsippet ligger at partene skal være likestilte og være utrustet med de samme beføyelser i prosessen.³⁸ Dette innebærer at en part skal ha en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten.³⁹ Likhetsprinsippet fastslår ulike regler på ulike plan.⁴⁰ For det første forutsetter det likestilling med hensyn til å få føre bevis knyttet til et nærmere angitt bevistema. Videre forutsetter det at en part gis samme mulighet til å eksaminere vitner og sakkyndige i saken som den annen part. Tilsvarende må parten ha adgang til annet bevismateriale som den

³⁷ Jfr. Skoghøy, 2001, s.425.

³⁸ Jfr. Skoghøy, 2001, s.430.

³⁹ Jfr. *Dombo Beheer B.V. v. Nederland* (1993).

⁴⁰ De følgende reglene fremgår av NOU 2001:32 kap. 4.4.4.

annen part legger frem for retten, og gis mulighet til å kommentere og imøtegå dette. Likhetsprinsippet er en viktig del av kravet til rettferdig rettergang i EMK art. 6.

2.2.6 Konsentrasjonsprinsippet

Vår rettergangsordning bygger også på et prinsipp om at saksgangen søkes å konsentreres.⁴¹ Dette prinsippet følger også av EMK art. 6 nr. 1, som fastslår at rettergang for domstolen skal avgjøres ”innen rimelig tid”. Prinsippet stiller krav til domstolsprosessen under ett, og pålegger både partene og domstolen å konsentrere prosessen i tid og omfang. Prinsippet søker å spare partene og det offentlige for tid og ressurser, i tillegg til å fremme rett. Skoghøy eksemplifiserer ved at det er lite gunstig å ha rett dersom parten ikke går til sak på grunn av for dyr og langtrukken prosess.⁴²

2.2.7 Muntlighets- og bevisumiddelbarhetsprinsippet

Partenes innlegg og bevisstoff skal i stor utstrekning presenteres i muntlig form og ikke gjennom skriftlighet. Bevisene skal så vidt mulig presenteres direkte for den dømmende rett, slik at retten selv kan vurdere vekten og påliteligheten av beviset.⁴³

2.3 Sivilprosessuelle grunnprinsipper

2.3.1 Disposisjonsprinsippet

Utgangspunktet i sivilprosessen er at partene selv har kontroll over gjenstanden for prosessen, også kalt disposisjonsprinsippet.⁴⁴ Disposisjonsprinsippet inneholder flere begrensninger i rettens adgang til å styre saken. For det første innebærer prinsippet at det er opp til partene å avgjøre om domstolene skal behandle saken. Rettsapparatet trer ikke i virkning uten en parts begjæring. Det er partene selv som bestemmer om det skal reises

⁴¹ Jfr. Skoghøy, 1995, s.239.

⁴² Jfr. Skoghøy, 1994, s.109.

⁴³ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.37 og s.40.

⁴⁴ Jfr. Skoghøy, 1995, s.232.

sak, hvilke prosesshandlinger som skal foretas og om rettsmidler skal benyttes.⁴⁵ Denne siden av disposisjonsprinsippet gjelder både for dispositive og indispositive saker. For det andre følger det av disposisjonsprinsippet at retten ikke kan pådømme et *krav* eller *rettsforhold* som ikke er brakt inn i saken av noen av partene.⁴⁶ Dette gjelder både for dispositive og indispositive saker. Retten må også som hovedregel holde seg innenfor de *påstander* som er påberopt, jfr. tvml. § 85. Begrunnelsen for dette er at når partene har fri rådighet over det forhold saken gjelder utenfor prosess, bør partene også ha det i prosessen. Unntak fra hovedregelen er ved indispositive saker. I slike saker faller grunnen til at retten må forholde seg til partenes påstander bort, ettersom denne begrunnelsen bygger på at partene fritt kan disponere over det forhold saken gjelder.

2.3.2 Forhandlingsprinsippet

Forhandlingsprinsippet har nær sammenheng med disposisjonsprinsippet, og prinsippene går dels over i hverandre. Forhandlingsprinsippet innebærer at det er opp til partene å fremskaffe det faktiske grunnlag for rettens avgjørelse, jfr. tvml. § 86(1). Dette begrunnes med at rettens nøytralitet kan være i fare ved en annen ordning, for eksempel ved at retten i stor grad hjelper en faglig svak part med å fremskaffe bevis. Partene har selv ansvaret for å redegjøre for sitt krav, samt føre de bevis som støtter opp om deres påstander. Partene har selv ansvaret for å sørge for sakens opplysning. Det har imidlertid foreligget et visst behov for å styrke rettsstillingen til den svakere part. Det ville være utilfredsstillende om retten skulle være tvunget til å avgjøre saker av stor betydning på et utilstrekkelig grunnlag, og kanskje også avsi en materielt uriktig dom. Derfor kan domstolen veilede partene både prosessuelt og materielt, og stille spørsmål vedrørende det fremførte. Domstolen kan oppfordre parter til å føre bevis som har betydning for sakens innhold, samt gjøre dem oppmerksomme på at påstandsgrunnlaget er riktig. Av veiledningsplikten kan det også fastslås at det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse må ligge innenfor det som har vært påberopt av partene. Dette følger implisitt av tvml. § 86(1), samt Rt. 1988 s. 1304.

⁴⁵ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.31.

⁴⁶ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.32.

3 Nærmere om avgrensningen av den frie bevisføringsretten

3.1 Innledning

I punkt 3.2 skal jeg kort redegjøre for ulike typer unntak fra hovedregelen om fri bevisførsel. Jeg slår deretter i punkt 3.3 kort fast hvilke hensyn som begrunner de ulike avskjæringsreglene. Til slutt redegjør jeg utførlig for relevanskravet som grunnvilkår for bevisføringsadgang i punkt 3.3.

3.2 Oversikt over hovedtyper av bevisforbud

Unntakene fra prinsippet om fri bevisførsel – bevisforbud – kan grovt avgrenses punktvis til følgende typer bevisforbud:

- Bevis som ikke får betydning for avgjørelsens innhold (manglende relevans)
- Potensielt villedende eller forstyrrende bevis
- Rett til å nekte å gi opplysninger eller gi tilgang til opplysninger (taushetsplikt)
- Ulovlig eller illojalt fremskaffet bevis
- Bevisføringsmåten
- For sen fremsettelse av beviset (preklusjon)

3.3 Kort om hensyn bak bevisforbudene

Potensielt villedende eller forstyrrende bevis kan avskjæres dels på grunn av manglende relevans, og dels på grunn av at beviset strider mot hensynet til å fatte materielt riktige avgjørelser.⁴⁷ Et eksempel kan være fabrikkerte bevis.

⁴⁷ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 1.4

Avskjæring av ulovlig eller illojalt fremskaffet bevis begrunnes i hensynet til personvern og rettsikkerhet. Eksempelvis vil bruk av hemmelig videoopptak være utilbørlig fremskaffet bevis, jfr. Rt. 1991 s. 616.

Rett til å nekte å gi opplysninger eller tilgang til opplysninger er begrunnet i hensynet til å beskytte betroede opplysninger og å verne om visse relasjoner. For eksempel fastslår tvml. § 205 (1) at retten ikke må ta imot forklaring av advokat om noe som er betrodd advokaten i hennes stilling.

Bevisføringsmåten kan også føre til at bevis må avskjæres. Avskjæring kan begrunnes i hensynet til bevisumiddelbarhet og muntlighet. Det fremgår av tvml. § 329 (1) at hovedforhandling skal skje muntlig, mens tvml. § 195 fastslår at bevis skal føres umiddelbart for den dømmende rett.

For sen fremsettelse av beviset – preklusjon – vil jeg redegjøre for i kapittel 4.

3.4 Relevans som grunnvilkår for bevisføringsadgangen

3.4.1 Generelt

For at det i det hele tatt skal være aktuelt med de øvrige bevisavskjæringsreglene, er det en forutsetning at beviset er relevant for avgjørelsens innhold. Dette følger av det grunnleggende hensyn bak prinsippet om fri bevisførsel, nemlig saksopplysningen.

Hensynet til saksopplysningen strekker seg ikke lenger enn til å tillate relevante bevis.

Således er relevans et grunnvilkår for bevisføringsadgang.⁴⁸ Det eksisterer ingen definisjon av relevans i norsk rett, men det rettslige relevansbegrepet kan utledes fra de krav tvml. § 189 (1) nr. 1 og 3 stiller til bevisførselen. Relevansbegrepet innebærer at ”Retten kan negte

⁴⁸ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

at la et tilbudt bevis bli tilveiebragt eller ført” 1)”når det ikke kommer saken ved” og 3) ”når det åpenbart ikke har noen beviskraft”.

Dette svarer til relevansbegrepets to komponenter, henholdsvis *materiell tilknytning* og *beviskraft*.⁴⁹

Med at et bevis blir nektet ”tilveiebragt”, siktes til tilfeller hvor bevisavskjæring skjer før det er frembrakt eller fremlagt for retten. Eksempler på dette kan være at retten nekter å oppnevne en sakkyndig eller innkalle et vitne. Hvis et bevis blir avskåret etter at det er frembrakt eller fremlagt for retten, sier man at beviset blir nektet ”ført”.⁵⁰ Et eksempel her kan være at et innkommet dokument blir nektet ført under hovedforhandling.

I tilfeller hvor spørsmålet om bevisavskjæring ikke blir avgjort før etter at beviset er frembrakt eller fremlagt, vil retten ha et sikrere grunnlag for å ta stilling til spørsmålet om beviset skal avskjæres eller ikke, se Rt. 1977 s. 1368. Dette vil være tilfellet for eksempel ved preklusjonsregelen i § 189 (2).⁵¹

Tvml. § 189 er inntatt i kapittel 14 som har overskriften ”Almindelige regler om bevis og bevisførsel”. Dette betyr at anvendelsesområdet for reglene ikke er begrenset til nærmere bestemte typer bevis, men gjelder for alle typer bevis.

3.4.2 Materiell tilknytning

Relevansbegrepets første komponent, materiell tilknytning, angår forholdet mellom beviset og sakens gjenstand.⁵² Kun bevis som kan få betydning for det saken gjelder, har materiell tilknytning. Spørsmålet om et bevis ”kommer saken ved”, jfr. tvml. § 189 (1) nr. 1, må vurderes opp mot det krav eller rettsforhold retten skal ta stilling til, de anføres partene

⁴⁹ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

⁵⁰ Jfr. Skoghøy, 1998, s.636.

⁵¹ Mer om dette i del 4.

⁵² Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

har gjort gjeldende, og de interesser som skal håndheves gjennom søksmålet.⁵³ Når det er på det rene at beviset ikke får betydning for sakens gjenstand, vil hensynet til sakens opplysning overhodet ikke gjøre seg gjeldende, mens hensynet til sakens fremdrift og hensynet til prosessøkonomi blir utslagsgivende. Et eksempel fra rettspraksis er Rt. 1988 s. 1176 som omhandlet bevis som ikke kom saken ved. Staten hadde reist avskjedssak mot en sogneprest. I den anledning ønsket presten å føre bevis for at abortloven var i strid med statskirkens syn på menneskeverd og overordnede rettsprinsipper. Bevisføringen ble avskåret da bevisførselen var uten betydning ved avgjørelsen av om det var grunnlag for å avskjedige presten.

Dommeren vil i praksis ofte tillate at det føres bevis uten materiell tilknytning, ettersom parten selv ofte er av den oppfatning at beviset er av betydning. Hensynet til domstolens tillit taler for dette. Partene har da fått uttalte seg og fremlagt bevis de mener er av betydning i saken, uten at domstolen setter seg over deres innsikt og forståelse av hva som er relevant. Det må imidlertid ikke skje på bekostning av sakens fremdrift.

I de tilfeller hvor retten er i tvil om hvorvidt beviset kan være av betydning for avgjørelsen, bør avskjæring ikke skje, jfr. Rt. 1977 s. 1368. Hvorvidt et bevis faktisk har materiell tilknytning, kan være usikkert i det konkrete tilfellet, særlig på det tidspunkt i prosessen hvor parten tilbyr å føre beviset. I prinsippet er tilknytningsvilkåret ikke relativt til andre forhold ved beviset, som beviskraft eller tiden det tar å føre beviset. Det må tas separat stilling til om beviset vedkommer forhold av betydning.

3.4.3 Beviskraft

Relevansbegrepets andre komponent, beviskraft, innebærer at enhver bevisverdi er tilstrekkelig, det vil si et minimalt krav til bevisets styrke.⁵⁴ Dette følger av ordlyden i § 189 (1) nr. 3, som fastslår at bare bevis som ”åpenbart ikke har nogen beviskraft”, kan

⁵³ Se NOU 2001:32, kap. 24, § 24-7.

⁵⁴ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

avskjæres. At prinsippet om fri bevisførsel ikke gjør seg gjeldende begrunnes også her med hensynet til saksgangen og prosessøkonomi. Når det er på det rene at beviset ikke har noen beviskraft, vil dommeren i utgangspunktet ikke ha behov for å ta med beviset i vurderingen i saken. Også overfor motparten vil det være uhensiktsmessig å føre beviset, da det ikke er noen grunn for denne å redegjøre for sitt syn og uttale seg om beviset, når det ikke får betydning for avgjørelsens innhold. Prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling setter ingen sperre for bevisavskjæringen. Det er legitimt å avskjære bevisførselen med hensyn til saksgangen og prosessøkonomi. Dommeren vil i praksis også her kunne tillate beviset ført på grunn av hensynet til domstolens tillit, slik som ved manglende tilknytning.

Det kan imidlertid være grunn til å gå noe nærmere inn på beviskraftens nedre grense. Enkelte bevis bør i praksis avskjæres til tross for at ordlyden i § 189 (1) skulle tilsi at beviset kan føres. Dette gjelder bevis med marginal beviskraft. Det kan belyses med for eksempel at et vitne i en erstatningssak forklarer at saksøkte ikke hadde gipset foten. Dersom ingen har hevdet at foten var gipset, vil vitneforklaringen normalt ikke ha noen praktisk interesse for eksempel ved avgjørelsen av spørsmålet om saksøkte oppholdte seg i området hvor det ble sparket en fotball som knuste et vindu. Dette selv om opplysningen i vid forstand bidrar til å innsnevre kretsen av mulige gjerningsmenn. I mangel av annet avskjæringsgrunnlag bør et slikt bevis derfor ikke anses rettslig relevant, selv om det må sies å ha logisk relevans. Denne avgrensningen påpekte Bernhard Getz i 1892. Han antok ”at den juridiske Relevans overhodet ikke falder fuldt ud sammen med den rent logisk eller, om man vil, historiske, at ikke ethvert Faktum, som i seg selv kan erkjendes at være et Argument eller et Indicium for Riktigheden af et andet Faktum, derfor i Rettergang er brugbart som Bevismiddel. Dette vil vistnok fremstille sig som noget nyt for vore Jurister, men jeg tror, at man ved nøiere Overveielse vil finde, at Tingen i seg selv ikke er saa ny, idet den hører til den Slags, som instinktmæssig er bleven praktiseret, uden at man har behøvet at være sig det bevidst.”⁵⁵

⁵⁵ Jfr. Getz, TfR, 1892-93 s. 88-114, kap. IV.

De bevis som er gjennomgått ovenfor representerer spesiell relevans. Med dette menes at det isolert sett må tas stilling til relevanskravet for hvert enkelt bevis. Dersom beviset er relevant betyr dette imidlertid ikke at beviset vil ha selvstendig betydning i saken. Beviset kan for eksempel ikke få selvstendig betydning dersom beviset ”angaar omstændigheter, som er vitterlige, erkjendt eller fuldt bevist”, jfr. tvml. § 189 (1) nr. 2. Slike overflødige bevis må avskjæres etter denne bestemmelsen, og ikke etter tvml. § 189 (1) nr. 3. Regelen i nr. 2 forstås slik at bevis som skal underbygge et omstridt faktum som allerede anses fullt ut bevist, kan avskjæres. Hensynet til forsvarlig saksgang samt kontradiksjonsprinsippet er ikke til hinder for å avskjære slike bevis. Motparten har ikke behov for å redegjøre nærmere for et bevis som støtter opp under forhold som allerede anses tilstrekkelig bevist. Dette gjelder imidlertid ikke ved relevant motbevis. Slike bevis kan neppe avskjæres fordi et faktum synes tilstrekkelig bevist.⁵⁶ Dette antas å gjelde selv om de bevis som allerede er ført er så overbevisende at det ikke er noen rimelig mulighet for å nå frem med motbeviset.⁵⁷

4 Preklusjonsreglene

4.1 Innledning

4.1.1 Presentasjon av preklusjon

Ordet preklusjon stammer fra det latinske ordet *pracludere* som betyr *sperre* eller *lukke*, mens det å precludere betyr å *utelukke*.⁵⁸ I norsk rett brukes begrepet i ulike lover, men betydningen av ordet er det samme i alle tilfeller. Med preklusjon i vid forstand menes at en rett går tapt fordi rettighetshaveren unnlater å foreta enkelte handlinger for å beskytte

⁵⁶ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

⁵⁷ Jfr. Torgersen, 2006, punkt 2

⁵⁸ Jfr. Kunnskapsforlagets fremmedordbok.

den.⁵⁹ Eksempelvis tales det om preklusivt proklama etter skiftelovens regler i kapittel 12, og i lov om hittegoods § 3 tales det om preklusjon av den tidligere eiers eiendomsrett til tingen. Tilsvarende for kjøpsrettens reklamasjonsregler, som også har avskjærende virkning. Når det i sivilprosessen tales om preklusjon, menes det at en part mister retten til å påberope nye anførsler fordi han ikke er kommet fram med dette i tide.⁶⁰

Det skilles mellom preklusjon av anførsler av prosessuell karakter, og anførsler som gjelder sakens realitet. Tvml. § 91 har regler om førstnevnte form for preklusjon. Eksempelvis må innsigelser som går ut på at saken må avvises eller heves fremsettes ”saasart der under saksbehandlingen blir anledning til det”. Dersom en innsigelse ”mot fremme av saken eller enkelte rettergangsskritt” er fremsatt for sent, kan den settes ut av betraktning, eller prekluderes. Det er imidlertid sistnevnte, preklusjon av anførsler, som gjelder sakens realitet som er relevant for oppgaven.

Preklusjon av anførsler som gjelder sakens realitet kan deles opp i følgende forhold:

- Preklusjon av nye krav og påstander
- Preklusjon av nye anførsler
- Preklusjon av nye bevis

Preklusjon av nye krav og påstander reguleres av tvml. § 62. Preklusjon av nye anførsler reguleres av tvml. § 335. Preklusjon av nye bevis reguleres av lovens § 189. For ankesaker generelt gjelder § 375 (2) både for preklusjon av nye ankegrunner, nye rettsfakta og bevisfakta. For anke til Høyesterett gjelder en særlig regel i § 373 (3).

Reglene er ulikt plassert i tvistemålsloven, avhengig av hvilket stadium man er på i saken. Men stort sett er vilkårene for å ”sette ut av betragtning” den aktuelle prosesshandling (preklusjon) de samme etter §§ 62(3), 189(2) eller 335(1). Bestemmelsene inneholder to

⁵⁹ Jfr. Eckhoff, 1962, s.103.

⁶⁰ Jfr. Eckhoff, 1962, s.103.

sett vilkår som må være oppfylt. Vilkårene går forenklet ut på at ”prosesshandlingen ikke er foretatt så tidlig som den med rimelighet kunne” og at ”prosesshandlingen vil lede til at avslutningen av hele saken vil bli betraktelig forsinket, eller at den er foretatt for å forhale eller overrumple motparten”.⁶¹ Avgjørelsen av hvorvidt preklusjon kan skje beror likevel på en skjønsmessig helhetsvurdering.⁶²

4.1.2 Særlig om preklusjon av bevis og problemstilling

Preklusjon av bevis innebærer at retten, når den skal avgjøre saken, ikke tar med det aktuelle bevisfaktum i bevisbedømmelsesvurderingen. Av denne grunn er det åpenbart at preklusjonsreglene kan få stor betydning for utfallet av tvisten, ettersom bevis med både materiell tilknytning og beviskraft kan prekluderes.

Spørsmålet om hvorvidt det er adgang til å fremlegge nye opplysninger og bevis beror på en nærmere vurdering av forholdet. Hovedproblemstillingen er å klargjøre hvilke hensyn som er relevante, og hvordan de vektlegges, ved vurderingen av hvorvidt preklusjonsvilkårene er oppfylt. Jeg foretar en analyse av rettens pro og contra vurdering som foretas i rettspraksis, for å belyse problemstillingen.

4.2 Nærmere om forholdet mellom nye krav, påstander, anførsler og bevis

Utgangspunktet for saksgangen er at retten bare kan avgjøre de krav – eller rettsforhold – som er reist i saken. For hvert rettsforhold det kreves dom for, må det formuleres en påstand som skal gi uttrykk for det domsresultat parten ønsker.⁶³ En påstand kan for eksempel være et krav om at det skal betales et pengebeløp, eller at den annen part må respektere at naboen bygger hus på sin eiendom. Videre kan det også nedlegges subsidiære påstander: Dersom parten ikke gis medhold i den primære påstanden kan han likevel få

⁶¹ Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004 – 2005) kap. 13.4.

⁶² Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004 – 2005) kap. 13.4.

⁶³ Jfr. tvisteloven § 9-2(2) c) og § 9-3(3) a).

medhold i den subsidiære. Et eksempel er hvor parten primært krever utlevering av en gjenstand og subsidiært et pengebeløp i erstatning.

Partenes anførsler er de konkrete rettsfakta som støtter påstanden. Et eksempel: Parten krever at motparten plikter å betale 10.000 for et parti mango. Den nærmere begrunnelsen for dette vil være anførselen, som for eksempel kan være at parten leverte et parti friske mango, og etter avtale skulle ha betalt kroner 10.000 for dette, som ikke er gjort opp. Dersom motparten hevder at han ikke er pliktig å betale for mangoen, ettersom det viste seg at hele partiet var råttent ved levering, vil hans frifinnelseskrav være påstanden, mens anførselen er at han må frifinnes fordi mangoen var mangelfull og at det derfor foreligger grunnlag for prisavslag eller erstatning.

Bevisene kan være faktiske omstendigheter, for eksempel vitneforklaringer, dokumenter eller tekniske bevis, som støtter opp om partenes anførsler. I eksempelet kan bevis for motparten være fotografier av den råtne mangoen, mens bevis for den andre parten kan være en kvittering hvor motparten har underskrevet på at varen var mangelfri ved levering. Når det gjelder forholdet mellom anførsler og bevis kan sontringen mellom kunstordene rettsfaktum og bevisfaktum belyse forskjellen.⁶⁴ Med *bevisfakta* siktes det til faktiske opplysninger, eller indisier, som skal underbygge de faktiske omstendigheter partene gjør gjeldende til støtte for det de har fremsatt krav om.⁶⁵ *Rettsfakta* er derimot bevis som – om de finnes bevist å foreligge – umiddelbart bringer en rettsregel til anvendelse, jfr. LG 2000 s. 503.

Påbudet i tvml. § 86 (1) om at retten kun kan bygge på de anførsler som er påberopt av partene, gjelder således bare for rettsfaktum. Når det derimot gjelder spørsmålet om hvorvidt retten skal anse en anførsel som bevist, kan den ta i betraktning alle opplysninger som er fremkommet i anledning saken. Dette følger av prinsippet om fri bevisbedømmelse, jfr. tvml. § 183. Dersom retten kommer til at en anførsel må prekluderes etter tvml. § 335

⁶⁴ Jfr. Aasland, 1967, s.186-187.

⁶⁵ Jfr. Hov, "Rettergang I", 2007, s.40.

eller § 375 (2), har dette også direkte betydning for bevisførselen i saken. Det er en konsekvens at også bevis som skal støtte opp om anførselen prekluderes, når selve anførselen blir prekludert. Når anførselen prekluderes, mangler beviset den nødvendige materielle tilknytningen. Imidlertid kan beviset belyse andre tema i saken. I så fall må preklusjonsspørsmålet vurderes særskilt til dette.

4.3 Kort om historisk bakgrunn

Preklusjonsreglene har nær sammenheng med eventualmaksimen, eller konsentrasjonsprinsippet, jfr. punkt 2.2.6. Eventualmaksimen innebar at både saksøker og saksøkte måtte fremstille alt av angreps- og forsvarsmidler ved første anledning, og med den eventualitet for øye at det er siste gang de får fremlegge nytt prosessstoff i saken. Maksimen var gjennomført med større konsekvens i den prosessordning som gjaldt før tvistemålsloven av 1915 trådte i kraft. Partene måtte allerede fra først av ”*medtage ogsaa de angrebs- og forsvarsmidler, som de egentlig kun eventuelt – d.e. hvis de ikke trænger igjennem med de principale – har brug for*”.⁶⁶ Regelen fremgikk ikke av loven, men var likevel ansett som sikker rett. Ved mislighold kunne anførselen prekluderes. Tvistemålsloven søker ved flere anledninger å gjøre det samme, jfr. de ovenfor nevnte reglene om preklusjon av anførsler i vid forstand.

4.4 Generelle hensyn bak preklusjonsreglene (ratio bak reglene)

4.4.1 Preklusjonsreglene generelt

Preklusjonsreglene har to sider: den preventive og den operative. Med preventiv side menes at partene er seg bevisst rettens preklusjonsadgang, slik at partene skjerper seg og anfører det vesentlige prosessstoffet så tidlig som mulig, av frykt for preklusjon.⁶⁷ Dette medfører videre at det blir lettere å få oversikt over saken på et tidlig tidspunkt, jfr.

⁶⁶ Jfr. Skoghøy, 1994, s.110 med henvisning til Hagerup.

⁶⁷ Jfr. Lindell, 1993, s.28.

konsentrasjonsprinsippet.⁶⁸ Med den operative siden menes den faktiske konsekvens av at regelen kommer til anvendelse; prosessstoffet prekluderes og uteblir fra den videre rettergangsbehandling.⁶⁹ Denne siden innebærer en beskyttelse mot illojal prosessføring; en part kan ikke overrumple motparten med nytt materiale, og reglene hindrer at en part ”sitter på” bevis og anførsler for plutselig å komme med dem.⁷⁰ Hensynet skal forebygge at partene oppfører seg illojalt mot hverandre, samt forhindre at den ene parten stilles bedre rustet til realitetsbehandling enn den andre. Forholdet mellom den preventive og operative side er at jo mer avskrekkende effekt reglene har, desto sjeldnere trer regelens operative side i kraft.⁷¹ Et bakenforliggende hensyn er søken etter materiell sannhet.

Det forligger også hensyn som taler imot preklusjonsregler. Et viktig mothensyn er at dommen materielt sett kan bli uriktig. Det er relevant for partene, men også for tredjemenn som indirekte må forholde seg til resultatet.⁷² I tillegg kan uriktige resultater skade domstolens anseelse.⁷³ Endelig nevnes at preklusjonsreglene kan føre til en oppsvulming av prosessmaterialet i første instans, eksempelvis ved at parten fremlegger alt prosessmaterialet i frykt for at stoffet ellers kunne prekluderes.

4.4.2 Særlige momenter som bør vektlegges ved spørsmål om preklusjon av bevis

I bestemmelsene om preklusjon av bevis har lovgiver overlatt til domstolen å fastslå det nærmere innholdet i regelen. Preklusjonsadgangen er rettslig regulert og beror på en nærmere vurdering av forholdet. I teorien er det fremhevet ulike momenter som det bør legges vekt på i vurderingen. Hovedvurderingen av hvorvidt preklusjon skal finne sted beror først og fremst på en avveining av de skadelige virkninger det vil ha for saken at det tas hensyn til beviset og sannsynligheten for at dommen blir uriktig dersom beviset

⁶⁸ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.349.

⁶⁹ Jfr. Lindell, 1993, s.28.

⁷⁰ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.349.

⁷¹ Jfr. Lindell, 1993, s.28.

⁷² Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.349.

⁷³ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.349.

prekluderes.”⁷⁴ I denne forbindelse vil *sakens art* ha betydning.⁷⁵ Ifølge Schei ligger det i dette at om det ”*er en stor og betydningsfull sak, taler det mot avskjæring*”.⁷⁶ Det taler også mot preklusjon dersom det er tale om en indispositiv sak, jfr. Eckhoff, som fastslår at i *saker hvor parten mangler fri rådighet over sakens gjensand, bør preklusjon overhodet ikke finne sted, med mindre beviset er uten betydning*.⁷⁷ Skoghøy tillegger at også *bevisets betydning* kan spille inn.⁷⁸ Det taler mot preklusjon dersom beviset er av stor betydning. Bratholm og Hov fastslår at det også bør tas hensyn til *hvor stor skylden* er hos den forsømmelige part.⁷⁹ Jo større grad av skyld, desto større grunn er det til å prekludere. *Behovet for rask avgjørelse* er også et moment som taler for preklusjon.⁸⁰ Endelig er det i seg selv er et moment mot preklusjon dersom *retten er i tvil* om preklusjon bør skje.⁸¹

Det har vært en samlet oppfatning om at preklusjonsreglene bør anvendes varsomt, og at dommeren bør være tilbakeholden med å foreta preklusjon.⁸²

4.5 Fremgangsmåte ved preklusjon av bevis

Preklusjon av bevisførsel før hovedforhandling, jfr. tvml. § 189 (1) nr. 5 og nr. 6 fastslås av forberedende dommer ved beslutning, jfr. tvml. § 166. Preklusjon under hovedforhandling etter tvml. § 189 (2) skjer ved kjennelse, jfr. tvml. § 189 (3). Bestemmelsen i tvml. § 397 om at kjennelser og beslutninger truffet under hovedforhandling ikke kan påkjæres, innebærer at preklusjonsavgjørelser etter tvml. § 189 under hovedforhandling aldri kan angripes ved kjæremål.⁸³ Kjennelsen om preklusjon kan brukes som ankegrunn ved en anke over saksbehandlingen etter domsavsigelsen, jfr. tvml. § 396, og dersom ankedomstolen finner at preklusjon ikke skulle skjedd, kan dommen oppheves dersom det

⁷⁴ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.359.

⁷⁵ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.359.

⁷⁶ Jfr. Schei, bind II, 1990, s.23.

⁷⁷ Jfr. Eckhoff, 1962, s.105.

⁷⁸ Jfr. Skoghøy, 2001, s.722, jfr. også Ot. prp. nr. 51(2004-2005), s.175

⁷⁹ Jfr. også Ot. prp. nr. 51(2004-2005), s.175.

⁸⁰ Jfr. Schei, bind II, 1990, s.23.

⁸¹ Jfr. Schei, bind II, 1990, s.23 og Eckhoff, 1962, s.106

⁸² Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.359 med videre henvisning til Eckhoff, 1962, s.105.

⁸³ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.357.

er sannsynlig at feilen kan ha virket bestemmende på dommens innhold, jfr. tvml. § 384 (1). Annerledes er det imidlertid ved preklusjon etter § 375 (2). Her skjer preklusjonsbeslutningen formløst dersom dette skjer før hovedforhandling, og beslutningen kan påkjæres, jfr. § 396.

Preklusjon etter tvml. § 189 (2) kan bare skje under hovedforhandling. Selv om preklusjon ikke kan skje under saksforberedelsen, er det ikke noe i veien for at et bevis blir prekludert under hovedforhandling, fordi det ble fremsatt på et for sent stadium under saksforberedelsen.⁸⁴ Derimot kan preklusjon etter tvml. § 189 (1) nr. 5 og nr. 6 skje under saksforberedelsen. Imidlertid gjelder disse bestemmelsene så vel for saksforberedelsen som for hovedforhandling, og i alle instanser.

Med at et bevis blir nektet ”tilveiebrakt” eller ”ført”, henvises til punkt 3.2. Under saksforberedelsen gjøres dette av forberedende dommer, jfr. tvml. § 166. Retten kan også under hovedforhandling sette beviset ”ut av betraktning”, jfr. tvml. § 189 (2), jfr. kapittel 4.8.2 nedenfor.

4.6 Virkningen av preklusjon av bevis for videre rettergang

Preklusjon av bevis vil som hovedregel bare virke for den aktuelle instans, ved at det ses bort fra beviset ved realitetsbehandling av saken. Dette vil ikke gjelde for ankeinstansen dersom bevisene blir fremmet etter vanlig prosedyre for denne instansen. At bevistilbud avskjæres i underinstansen hindrer ikke at bevistilbudet likevel tilveiebringes og føres for ankeinstansen. Unntak fra dette er ved anke til Høyesterett: Dersom det er den ankendes parts skyld at beviset ikke er ført, kan kjæremålsutvalget nekte å fremme saken helt eller for en del, jfr. tvml. § 373 (3) nr. 3. Med andre ord vil preklusjon etter en instans også kunne føre til preklusjon for en annen instans.

⁸⁴ Jfr. Eckhoff, 1962, s.105

4.7 Kort redegjørelse for preklusjonsvilkårene

4.7.1 Rettsgrunnlag og anvendelsesområde

Ved saksforberedelsen finnes preklusjonshjemler i § 189 (1) nr. 5. og nr. 6. Bestemmelsene gjelder for både førsteinstans, hovedforhandling og alle ankeinstanser. Under selve hovedforhandlingen suppleres disse av § 189 (2). Ved ankesaker gir tvml. § 375 (2) preklusjonshjemmel.

Preklusjonsreglene gjelder ikke for bevis hvor domstolen selv skal sørge for opplysningen, for eksempel ved sakkyndige vitner som er oppnevnt av retten. Reglene gjelder videre ikke for erfaringssetninger, slike kan partene alltid føre bevis for, jfr. Rt. 2001 s. 1265. Bevis som skal belyse rettssetninger kan heller ikke prekluderes. Dette følger av at retten kjenner loven, jfr. tvml. § 191. Riktignok forekommer utførlig prosedyre på hvordan rettsreglene er å forstå, men ansvaret for riktig rettsanvendelse er pålagt dommeren alene. Reglene kan heller ikke anvendes på ny rettslig argumentasjon. Hvordan parten velger å fremføre opplysningene og bevisene må være opp til parten å bestemme på et hvert tidspunkt av saken. Det sondres mellom dispositive og indispositive saker. Det er fordi preklusjonsreglenes anvendelsesområde begrenses betraktelig i indispositive saker på grunn av rettens ansvar for sakens opplysning. Parten identifiseres med prosessfullmektigen.

4.7.2 Saksforberedelsen

4.7.2.1 Tvistemålsloven § 189 (1) nr. 5

Tvml. § 189 (1) nr. 5. fastslår at preklusjon kan skje når *”bevisførselen betraktelig vilde oppholde saken, og parten enten forsættlig eller av grov uagtsomhet har undlatt at fremme den tidligere”*.

For det første er det et vilkår at dersom bevisførselen tillates, må den oppholde saken *betraktelig*. I dette ligger at avviklingen av saken i instansen må bli betydelig forsinket.⁸⁵

For det andre må unnlattelsen av bevisførselen etter § 189 (1) nr. 5 være forsettlig eller grovt uaktsom. Her er graden av skyld inntatt som et lovskrav. Vilkårene etter bestemmelsen er strenge, men det må foretas en konkret vurdering.⁸⁶ I denne vurderingen bør det for eksempel legges vekt på at hvis saksforberedelsen har vært langvarig, skal det mindre til før vilkåret for avskjæring anses oppfylt. Det bør også legges vekt på hvilken oppfordring parten har hatt til å varsle om beviset tidligere.⁸⁷ Relevant er også om beviset nettopp er dukket opp og om motparten har kjent til dette hele tiden.

4.7.2.2 Tvistemålsloven § 189 (1) nr. 6

Bevis kan prekluderes etter tvml. § 189 (1) nr. 6 når *”bevisførselen vilde medføre et opphold, som ikke staar i et rimelig forhold til bevisets antagelige betydning”*.

Bestemmelsen gjelder avskjæring av bevis med liten beviskraft og som vil medføre et opphold i saken. Det er ikke noe i veien for å føre bevis med lav beviskraft, men det må ikke skje på bekostning av sakens fremdrift. Forutsetningen for at preklusjon kan skje er at bevisførselen vil medføre et opphold i saksgangen som ikke står i forhold til bevisets betydning. Dette ble fastslått av Høyesteretts kjæremålsutvalg l.nr. 182K/1989, hvor retten uttalte at for at avskjæring skal kunne skje, må det ikke være et misforhold mellom den forsinkelse bevisførselen vil medføre og bevisets sannsynlige verdi for avgjørelsen. Dette gjelder både for bevis som er for hånden og bevis som ikke er for hånden. Det er altså tale om en avveining av hensynet til sakens fremdrift mot bevisets betydning, eller saksopplysningen. I utgangspunktet er således tidsfaktoren det relevante hensyn i preklusjonsvurderingen. Og av forarbeidene fremgår det at ”regelen gjælder, selv om parten ingen skyld har i, at beviset ikke er tilveiebrakt eller kunde tilveiebringes

⁸⁵ Jfr. Schei, 1990, s.22.

⁸⁶ Jfr. LB-2005-124668.

⁸⁷ Jfr. LB-2005-124668.

tidligere”.⁸⁸ Imidlertid må det også være plass til en mer helhetlig vurdering, der en blant annet må kunne ta hensyn til om parten kan bebreides for at beviset ikke er tilbudt tidligere, jfr. LB-2005-124668.

Den omstendighet at rettens formann under saksforberedelsene har nektet et bevis etter bestemmelsen, avskjærer ikke parten fra å fornye sitt bevisstilbud under hovedforhandling.⁸⁹

4.7.3 Hovedforhandling

4.7.3.1 Tvistemålsloven § 189 (2)

Tvml. § 189 (2) fastslår at under hovedforhandling kan retten ”*sette ut av betraktning bevisstilbud, som ikke er fremsatt, saasntar der blev anledning til det, hvis fremsettelsen er forsinket i den hensikt at forhale saken eller overrumple motparten, eller hvis den annen part forlanger det og saken ellers vilde bli betraktelig forsinket*”.

Bestemmelsen inneholder et hovedvilkår og to alternativ tilleggsvilkår.

Hovedvilkåret innebærer at bevisstilbudet *ikke er fremsatt så snart det ble anledning til det*. Forarbeidene fastslår at ”*hvor den forsinkede fremsættelse skyldes uagtsomhet*” har retten anledning til å sette bevis ut av betraktning.⁹⁰ Altså vil det være av betydning hvorvidt beviset ”*kunde have været fremsatt tidligere*”.

Første tilleggsvilkår er at *motparten forlanger preklusjon og tillatelse til å føre bevisstilbudet ville lede til at avslutningen av hele saken ville bli betraktelig forsinket*.

Vilkåret er i praksis tilsvarende vilkåret i tvml. § 189 (1) nr. 5 om ”*at bevisførselen betraktelig vilde opholde saken*”, tross noe ulik ordlyd. Forskjellen er at § 189 (1) nr. 5 gjelder for saksforberedelsen med den konsekvens at berammelsen av hovedforhandlingen må utsettes, mens etter § 189 (2) som gjelder under hovedforhandling, må selve

⁸⁸ Jfr. Ot. prp. nr.1(1910), s.177.

⁸⁹ Jfr. Ot. prp. nr.1(1910), s.177.

⁹⁰ Jfr. Ot. prp. nr.1(1910), ”Utkast til lov om rettergangsmaaden I tvistemaal med motiver”, s.231.

hovedforhandlingen utsettes. I begge tilfeller menes at avgjørelse i saken utsettes, enten hovedforhandlingen er påbegynt eller ikke. Imidlertid er det en vesentlig forskjell i og med at tvml. § 189 (1) nr. 5 og nr. 6 ikke setter som vilkår at motparten krever preklusjon, i motsetning til tvml. § 189 (2).

Andre tilleggsvilkår er at forsinkelsen var i hensikt for å *forhale saken eller overrumple motparten*. Bestemmelsens forarbeider fastslår at under hovedforhandling kan retten sette ut av betraktning bevisstilbud ”som bundet i chikane, eller som kunde have været fremsatte tidligere.”⁹¹

Bestemmelsen søker å ivareta hensynet til rask saksavvikling, samt åpenhet mellom partene og deres bevisførsler.⁹² Dette er i overensstemmelse både med konsentrasjonsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet. Vurderingen av hvorvidt vilkårene for preklusjon er oppfylt, baserer seg på en skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet.⁹³

4.7.3.2 Å ”sætte ut av betraktning bevisstilbud”, jfr. tvistemålsloven § 189 (2)

Før vilkårene for preklusjon utdypes i punkt 4.7.2 vil jeg redegjøre nærmere for hva det innebærer at retten kan ”sætte ut av betraktning bevisstilbud”, jfr. tvml. § 189 (2). Etter en naturlig forståelse av ordlyden menes at retten avskjærer beviset. Retten kan hindre at beviset blir tilveiebrakt. Også bevisfakta kan prekluderes, ettersom opplysninger som i utgangspunktet skulle vært avskåret kan komme til rettens kunnskap. Gitt at en advokat eller lege forklarer seg om opplysninger som ikke er betrodd dem i deres stilling, men forsnakker seg og likevel forklarer seg om taushetsbelagte opplysninger. Et lignende tilfelle kan tenkes hvor parten ønsker å føre et vitne, men som blir prekludert. Parten kan da tenkes under partsforhøret å viderefortelle det prekluderte vitnes opplysninger til retten. Spørsmålet blir hva retten gjør med opplysningene. Et annet eksempel kan være at et dokumentbevis prekluderes. Anta så at under hovedforhandlingene spør partsfullmektigen

⁹¹ Jfr. Ot. prp. nr.1(1910), ”Utkast til lov om rettergangsmaaden I tvistemaal med motiver”, s.231.

⁹² Jfr. Michelsen, 1999, s.119.

⁹³ Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004-2005), s.175.

ut et vitne om innholdet i dokumentbeviset (som ble prekludert). Problemstillingen er om retten på bakgrunn av prinsippet om fri bevisprøvelse også må vurdere de bevisfakta som i utgangspunktet skulle vært prekludert. Utgangspunktet er at opplysningene ikke kan legges til grunn for retten, slik at retten ikke kan bygge på dem. Dette strider mot prinsippet om fri bevisprøvelse. Retten kan og bør bygge på alle relevante opplysninger som har tilkommet rettens kunnskap, gitt kontradiktorisk behandling. I slike tilfelle bør retten ha anledning til å se bort fra bevisfakta som kommer frem. Bevisfakta som skulle vært prekludert trenger retten ikke bygge på, og retten kan "se bort" fra beviset.

Imidlertid kan det hevdes at når bevisene først er kommet til rettens kunnskap, vil det være en ikke ubetydelig mulighet for at retten likevel velger å legge vekt på opplysningen ved bevisprøvelsen samlet sett, enten bevisst eller ubevisst. Dette er ikke uproblematisk i praksis. Det kan spørres om det i det hele tatt er mulig for bevisbedømmeren å se bort fra et bevisfaktum som han har kjennskap til. Når beviset først har kommet til dommerens kunnskap, vil det særlige i tvilstilfeller være grunn til å undres om dommerens skjønn er vurdert utelukkende på bakgrunn av de påberopte bevis, eller om også det prekluderte bevisfaktum har innvirket på denne vurderingen.

Dette spørsmålet ble det redegjort for i kjennelsen HR-2007-01742-A. Saken gjaldt for straffeprosessens vedkommende, men synspunktene gjør seg like gjeldende for sivilprosessen. Høyesterett uttalte at generelt sett *"er en plikt for retten til å se bort fra bevis som allerede er ført, ikke uproblematisk. Det man vet, kan lett påvirke vurderingene av de bevisene man ellers har. Det er kanskje også fare for at det motsatte skjer, at retten av frykt for at det skjer en slik påvirkning, vurderer de øvrige bevisene strengere enn man ellers ville gjort"*.

Avskjæringsregelen blir imidlertid praktisert slik at retten "ser bort" fra beviset i bevisbedømmelsen. Dette var tilfellet i Rt. 1988 s. 539 og Rt. 1995 s. 1768. I begge sakene ble de omstridte bevis ført, men retten valgte å ikke tillegge bevisene betydning. I Rt. 1991 s. 695 prekluderte retten beviset etter at begge partene hadde uttalt seg utførlig om

preklusjonsspørsmålet under hovedforhandling. I dette tilfellet må dommerne ha besittet store kunnskaper om bevisfakta som overhodet ikke kunne vektlegges. På den annen side medfører dette at retten vil ha et sikrere grunnlag for å ta stilling til om beviset skal avskjæres eller ikke, jfr. Rt. 1977 s. 1368. Ut fra dette perspektivet vil rettssikkerheten fremmes ved at det sikres riktigere preklusjonsavgjørelser. For øvrig kan det også nevnes at det vil være vanskelig å føre kontroll med hvilke bevisfakta som er lagt til grunn for avgjørelsen, ettersom tvml. § 144 nr. 4 ikke krever at domsgrunnen skal gjøre rede for bevisbedømmelsen.⁹⁴

4.7.4 Ankesaker

4.7.4.1 Tvistemålsloven § 375 (2)

I utgangspunktet gjelder tvml. § 189 (1) nr. 5 og nr. 6 og tvml. § 189 (2) også for ankeinstansen, men § 375 (2) gir praktisk sett en videre preklusjonsadgang enn disse reglene, ettersom regelen er strengere. Etter § 375 (1) skal retten sette en frist for innlevering av bevisoppgave til ankeinstansen, mens bestemmelsens andre ledd fastslår at *”etter utløpet av denne frist kan nye ankegrunner ikke fremsettes for lagmannsretten med mindre motparten samtykker eller retten finner at han ikke har rimelig grunn til å motsette seg endringer. Det samme gjelder nye omstendigheter og nye bevisstilbud, enten det er den ankende part eller motparten som kommer med dem.”* Bestemmelsens formål er å unngå overraskelser og å fremme en konsentrert behandling i ankeinstansen, samt unngå utsettelse.⁹⁵ Av forarbeidene fremgår at adgangen til å komme med nye bevis etter utløpet av den endelige frist er *”praktisk talt avskåret”*.⁹⁶ Imidlertid følger det av rettspraksis at bestemmelsen gir rom for å tillate bevisførsel til tross for at fristen er betraktelig oversittet.

Utgangspunktet etter bestemmelsen er at preklusjon *skal* skje, dersom vilkårene er oppfylt, jfr. ordlyden innledningsvis: *”kan nye ankegrunner ikke fremsettes”*. Imidlertid innebærer

⁹⁴ Jfr. Aasland, 1967, s.187.

⁹⁵ Jfr. ”Utkast til lov om forandringer i rettergangsloven med motiver” i ”forarbeider til lovene i 1935”, s.29.

⁹⁶ Jfr. ”Utkast til lov om forandringer i rettergangsloven med motiver” i ”forarbeider til lovene i 1935”, s.29.

lovens kriterium om at preklusjon ikke kan skje dersom retten finner at motparten har *rimelig grunn* til å motsette seg at bevilbud fremsettes, at retten har anledning til å utvise skjønn. Hvilke momenter retten vektlegger i denne skjønnsutøvelsen er i realiteten de samme som ved vilkårene etter tvml. § 189. Preklusjon skal ikke skje om motparten samtykker i bevisfremleggelsen. Likestilt med samtykke er at motparten møter og forhandler uten å gjøre innvendinger.⁹⁷

Bestemmelsen må forstås slik at det som utgangspunkt og hovedregel må foretas en individuell vurdering av hvert enkelt bevilbud med hensyn til lovens kriterier, jfr. Rt. 2000 s. 1117. I denne kjennelsen ble saken hjemvist til lagmannsrett for at denne kunne vurdere 74 nye bevis individuelt.

For Høyesterett gjelder en særlig regel, jfr. fjerde ledd. Etter at saken er henvist til realitetsbehandling i Høyesterett kreves samtykke til at nye omstendigheter og bevis bringes inn i saken. Samtykke kan bare gis dersom særlige grunner taler for det. Regelen ble innført ved lovendring 28. april 2000 nr. 34, jfr. tvml. § 375 (4). Begrunnelsen var å hindre at saken skiftet karakter for Høyesterett.⁹⁸ Nye bevis kan godtas dersom de er knyttet til omstendigheter og bevis som er gjort gjeldende fra før.⁹⁹

4.7.4.2 Tvistemålsloven § 373 (3) nr. 3

Av bestemmelsens ordlyd fremgår at Høyesteretts kjæremålsutvalg kan nekte å fremme anken helt eller for en del, når det enstemmig finner, ”*at den ankende part ikke har sannsynliggjort, at det er uten hans skyld at nye påberopte beviser som under punkt 2 nevnt ikke har vært ført umiddelbart for den rett som har dømt i saken.*” Bestemmelsen åpner for adgang for kjæremålsutvalget til å ”*hindre at en sak bringes inn for Høyesterett under*

⁹⁷ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.356.

⁹⁸ Jfr. Inst. O. nr. 45(1999-2000), kap 8-4.

⁹⁹ Jfr. Inst. O. nr. 45(1999-2000), kap 8-4.

påberopelse av nytt bevis som kunde og burde vært ført umiddelbart for Lagmannsretten”.¹⁰⁰ Bestemmelsen er av liten praktisk betydning.

4.8 Nærmere redegjørelse for preklusjonsvilkårene

4.8.1 Kort bemerkning

Det er en utfordring å systematisere de relevante momenter som retten avveier i vurderingen av hvorvidt vilkårene er oppfylt. Dette kommer av at momentene er tilknyttet hverandre og må sees i sammenheng. Jeg tar utgangspunkt i momentene for så å redegjøre for hvordan rettspraksis vektlegger momentene, og hvordan rettspraksis argumenterer på bakgrunn av de grunnleggende prinsippene, jfr. kapittel 2.

Det følgende stoffet systematiseres annerledes enn i punkt 4.7. Dette fordi momentene er de samme både under saksforberedelsen, hovedforhandling og ankesaker. Imidlertid kan momentene ha ulik vekt. Dette tydeliggjøres fortløpende.

4.8.2 Grunnvilkåret

4.8.2.1 Innledning

Grunnvilkåret er ifølge ordlyden i tvml. § 189 (2) at bevistilbudet ”ikke er fremsat, saasnt der blev anledning til det”. I vilkåret ligger at bevistilbudet må fremlegges for motparten og retten så tidlig som det med rimelighet kunne gjøres.¹⁰¹ Vurderingstema for vilkåret er hva parten ”med rimelighet kunne” gjøre. Det er av interesse å finne ut av hva som var grunnen til at beviset ikke var opplyst om på et tidligere stadium i saken. Momenter som er av betydning i denne vurderingen er i hvilken grad parten er å bebreide for manglende bevisfremleggelse, samt bevisets betydning i saken.¹⁰² Tidsfaktoren er også av betydning. Rettspraksis har en tendens til særlig å vektlegge om parten var å bebreide for manglende bevisfremleggelse, ved vurderingen av hvorvidt preklusjon bør skje, jfr. eksempelvis Rt.

¹⁰⁰ Jfr. Inst. O. XVIII(1935), s.21

¹⁰¹ Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004 – 2005), s.175.

¹⁰² Jfr. Ot. prp. nr. 51(2004 – 2005), s.175.

1997 s. 961 og Rt. 2000 s. 1926. Videre følger det av Skoghøy at for at en part skal anses å ha ”anledning” til å fremsette et bevistilbud, må han ha ”kjennskap til beviset”, ha ”mulighet for å fremlegge eller fremskaffe det”, og ”forstå eller burde forstå at bevisene er av betydning for saken”.¹⁰³

Det sondres mellom dispositive og indispositive saker på grunn av rettens ansvar for sakens opplysning.

4.8.2.2 Dispositiv saker

4.8.2.2.1 Parten er å bebreide

Et viktig moment i vurderingen av om bevistilbudet er fremsatt så tidlig som det med rimelighet kunne forventes er hvorvidt parten er å bebreide for at bevisetilbudet ikke ble fremlagt på et tidligere tidspunkt. Når parten er å bebreide for å være for sent ute med bevistilbudet tenderer Høyesterett mot å ”straffe” parten i form av preklusjon. Skyldgraden har også betydning: Jo større grad av aktsomhet parten har utvist ved forhold rundt bevistilbudet, desto mindre grunn er det til å prekludere. Og motsatt: Jo mer partene er å bebreide for manglende fremsettelse av bevistilbud, desto større grunn er det til å prekludere. Til belysning kan det eksemplifiseres med at dersom en part har tilbakeholdt et bevis i forhalings- eller overrumplingshensikt vil det normalt være færre motforestillinger mot å prekludere dette, enn mot å prekludere bevis som parten ikke visste om.

I vurderingen av aktsomhetsnormen er det av betydning om det har foreligget en oppfordring til å fremlegge beviset på et tidligere tidspunkt. Foreligger slik oppfordring, og denne ikke er etterfulgt av parten, vil parten være å bebreide dersom bevisfremleggelsesfristen oversittes som følge av misligholdelse av oppfordringen, jfr. rettspraksis.¹⁰⁴ Praksisen følger også av forhandlingsprinsippet: Det er i utgangspunktet opp til partene å skaffe til veie det faktiske grunnlaget for rettens avgjørelse.

¹⁰³ Jfr. Skoghøy, 2001, s.721.

¹⁰⁴ Se eksempelvis, Rt. 1924 s. 417, Rt. 1928 s. 495, Rt. 1997 s. 985, HR-1998-00026c, Rt. 2001 s. 1265 og Rt. 2002 s. 509.

Motsetningsvis: Dersom parten ikke har hatt en oppfordring til å fremlegge eller undersøke potensielle bevis, men har gjort det man ellers med rimelighet må kunne forvente av henne, og fristen for bevisfremleggelsen likevel oversittes, taler dette mot preklusjon. Dette var tilfellet i Rt. 1997 s. 985. Saken gjaldt tvist om en eiendomsgrense, hvor et vitnebevis ble påberopt som nytt bevis under saksforberedelsen etter en lengre oversittelse av bevisfremleggelsesfristen. Høyesterett kom til at preklusjon ikke kunne skje til tross for lengre tidsoversittelse av bevisfremleggelsesfristen. Begrunnelsen var at parten ikke var å bebreide for at beviset ble frembrakt for sent. Parten hadde ikke hatt foranledning til å undersøke hvorvidt det burde skaffes motbevis på et tidligere tidspunkt i saken. Det forelå således ikke noen oppfordring til å undersøke nærmere rundt det omtvistede bevis før etter at hovedforhandlingen i underinstansen var unnagjort. Og da det først forelå en oppfordring til nærmere undersøkelser, ble det undersøkt rundt dette så fort det lot seg gjøre. Parten var derfor ikke å klandre for at bevistilbudet og anførselen ble fremsatt etter fristen, og preklusjonsinnsigelsen ble avvist. Relevante mothensyn i saken var at det var tale om en lengre oversittelse av bevisfremleggelsesfristen, og at det ville bli vanskelig å stille kontradiktoriske motspørsmål til vitnet da parten ikke var forberedt på at det ville føres bevis rundt en anførsel som parten var taus om under saksforberedelsen. For øvrig fant Høyesterett det forståelig at anførselene ikke var tatt opp på et tidligere tidspunkt. Parten hadde ikke noe konkret bevis å vise til før beviset hadde oppstått. Tillatelse av bevistilbudet innebar ikke at retten tilsidesatt de krav kontradiksjonsprinsippet stiller til saksbehandlingen, ettersom motparten ble gitt en ny frist til å fremlegge nye bevis i anledning den nye anførselen.

At det er en forutsetning at partene har kjennskap til beviset for at parten med rimelighet skal kunne fremlegge det fremgår av Rt. 1997 s. 961. Saken gjaldt en jordskiftesak om fiskerett i Hurdalssjøen, hvor det under saksforberedelsene for lagmannsretten ble fremlagt en omfattende mappe med avisutklipp ca 10 mnd. etter at bevisfremleggelsesfristen etter tvml. § 375(1) var utløpt. Avisutklippene ble delt i tre kategorier. Avisutklipp som også hadde vært fremmet før bevisfristens utløp, kunne fremlegges. Avisutklippene var ikke ukjent for motpartene, ei heller var de av et slik omfang at de vil overrumple eller gjøre

saken mer vidløftig. Resultatet støttes av hensynet til sakens opplysning. Avisutklipp som kunne vært fremlagt før bevisfristens utløp, ble imidlertid avskåret. For så vidt gjaldt disse avisutklippene, ble de prekludert som følge av at parten var å bebreide for ikke å ha frembrakt utklippene på et tidligere stadium i saken. Hensynet til sakens opplysning ble her tilsidesatt på grunn av at parten var å bebreide. For avisutklipp som ikke forelå ved bevisfristens utløp, måtte preklusjonsspørsmålet vurderes særskilt etter tvistemålsloven § 189, ettersom disse bevis ikke rammes av 375 (2), da denne regelen forutsetter at beviset er oppstått. Høyesterett fant at vurderingen av hvorvidt fremleggelsen av disse bevistilbud var skjedd innen rimelig tid etter at utklippene forelå, jfr. § 189, burde foretas av lagmannsretten. Konklusjonen støttes av bevisumiddelbarhetsprinsippet.

I en personskadeerstatningssak inntatt i HR-1998-00026c var spørsmålet hvorvidt parten under saksforberedelsen kunne fremlegge ytterligere bevis etter bevisfremleggelsesfristen var oversittet, selv om det ennå ikke var satt frist etter tvml. § 375(1). Når det gjaldt det klanderverdige forholdet fant den forberedende dommer at det forelå en klar oppfordring til å fremme bevisbegjæringen på et tidligere tidspunkt i saken, ettersom parten forsto eller burde forstått at begjæringen om supplerende bevisførsel burde vært påberopt på et tidligere stadium i saken. For det ene bevistilbudets vedkommende var det ”åpenbart” at bevisførselen burde vært fremmet tidligere. Parten var således å bebreide for ikke å ha fremlagt bevistilbudet på et tidligere tidspunkt. Bevisene ble prekludert etter tvml. § 189 (1) nr. 5.

Dette var også tilfellet i en personskadeerstatningssak av Borgarting lagmannsrett.¹⁰⁵ Hjemmelen i saken var tvml. § 189 (1) nr. 6. I en avveining av sakens relevante faktorer fant lagmannsretten det avgjørende at parten var sterkt å bebreide for ikke å ha fremkommet med opplysninger om det nye bevistilbudet på et langt tidligere tidspunkt i saken.

¹⁰⁵ LB-2005-124668.

Et eksempel på at parten ikke er å bebreide for at beviset ikke er fremkommet på et tidligere tidspunkt vil være dersom et vitne under hovedforhandling spontant berettiger om nye opplysninger, jfr. kap. 4.7.3.2. Slike relevante opplysninger må som hovedregel tillates ført, gitt at parten ikke har hatt foranledning til å frembringe opplysningen tidligere. Et annet eksempel på at parten ikke er å bebreide er dersom det kommer for dagen et nytt etterfølgende bevisfaktum bare dager før hovedforhandling. Oppstår beviset først etter saksforberedelsen, og parten ikke er å bebreide for dette, taler dette mot preklusjon.

4.8.2.2.2 Slutning

Hvorvidt parten er å bebreide er et vesentlig moment i rimelighetsvurderingen. Dette gjelder så vel under saksforberedelsen, hovedforhandling og for ankesaker. Imidlertid vil skyldgraden også være av betydning. Jo lengre tid det tar før beviset fremlegges, og jo lenger prosessen har vedvart, desto mer er parten å bebreide for manglende bevisfremleggelse. Har beviset foreligget allerede ved første instans, og parten hadde anledning til å fremskaffe det, taler det sterkt for at beviset må prekluderes dersom det påberopes for Høyesterett.

4.8.2.2.3 Bevisets betydning

Det er et moment for preklusjon at beviset er av liten betydning. Derimot taler det mot preklusjon dersom beviset er av stor betydning. Slike bevis bør ikke prekluderes, verken i dispositive eller indispositive saker, på grunn av hensynet til sakens opplysning. Dette er fordi jo større betydning beviset har for sakens opplysning, desto større grunn er det til å tillate bevisførselen på grunn av hensynet til å fatte materielt riktige avgjørelser.

Bevisets betydning ble det avgjørende momentet i jfr. Rt. 2003 s. 5, som gjaldt sak om erstatningsansvar for advokat. Det ble anført at det avgjørende for hvorvidt det var adgang til å tillate bevistilbud, tross lengre oversittelse av fremsettelsesfristen, berodde på hvor lang tid det var igjen til hovedforhandling, og ikke hvor lang tid det er gått siden bevisfremleggelsesfristen etter § 375 (2) gikk ut. Begrunnelsen ble støttet på det

kontradiktoriske prinsipp, ettersom motparten burde ha tilstrekkelig tid til å imøtegå bevisstilbudet, samt fremlegge motbevis, jfr. partens anførsler. Høyesterett kom imidlertid til at bevisstilbudet måtte prekluderes, tross 10 uker igjen til hovedforhandling. Det ble lagt vekt på at bevisstilbudet hadde liten beviskraft. Beviskraften var i utgangspunktet ikke tilstrekkelig til at tvml. § 189 (1) nr. 1 kunne avskjære bevisstilbudet, men det ble likevel et betydelig moment i rimelighetsvurderingen etter § 375 (2) at beviset ”under enhver omstendighet vil måtte være perifere bevis i saken”. I tillegg ble det vektlagt at dersom bevisene ble tillatt ført, ville det nødvendiggjøre en nokså bred bevisførsel rundt dette beviset, og selv da ville bevisverdien måtte bli begrenset. At beviset er av lav bevisverdi er således et pro argument i vurderingen av hvorvidt preklusjon bør skje.

I en forsikrings sak i Borgarting lagmannsrett kom retten etter en konkret vurdering av bevisstilbudet, jfr. tvml. § 189 (1) nr. 6 at det ikke var grunnlag for å avskjære nye bevis, som måtte antas å være av vesentlig betydning, og som neppe alene ville nødvendiggjøre utsettelse av saken.¹⁰⁶ Det var ikke avgjørende at bevisstilbudet ble fremlagt kort tid før hovedforhandling. Grunnen til dette var at beviset ikke hadde oppstått før, og derfor var det ingen mulighet til å fremlegge beviset på et tidligere tidspunkt. Bevis som var av mindre betydning ble avskåret. Begrunnelsen var at en forsinkelse av saken som følge av beviset kunne ikke antas å stå i rimelig forhold til betydningen av beviset.

I prinsipielle saker for Høyesterett vil bevisets betydning være særlig tungveiende. I prinsipielle saker vil hensynet til sakens opplysning tale sterkt mot at bevis prekluderes. Dette fordi prinsipsaker ofte vil ha stor prejudikatsverdi.

4.8.2.2.4 Slutning

Bevisets betydning er et viktig moment i rimelighetsvurderingen. Jo større betydning et bevis har, desto mer taler det mot preklusjon. Dersom det er et viktig bevis, som får en reell

¹⁰⁶ LB-2004-4834.

innflytelse på avgjørelsen, taler det sterkt mot preklusjon. Dette grunnes på hensynet til å fatte materielt sett riktige dommer. Dette gjelder på alle stadier i prosessen.

4.8.2.3 Indispositiv sak

4.8.2.3.1 Parten er å bebreide

Betydningen av at parten er å bebreide i saker hvor hun ikke har fri rådighet over sakens gjenstand er i utgangspunktet mindre enn i saker hvor parten har fri rådighet. Hensynet til sakens opplysning er av en slik tungtveiende verdi at det som hovedregel fører til at preklusjon ikke kan skje til tross for at parten er å bebreide. Partenes klanderverdige oppførsel må imidlertid sees i sammenheng med bevisets betydning, jfr. neste punkt.

4.8.2.3.2 Bevisets betydning

Er beviset av særlig betydning, i den forstand at det belyser forhold som ikke blir opplyst av andre beviser i saken, bør preklusjon ikke skje. Det var tilfellet i Rt. 2000 s. 2111. Til tross for at bevisfremleggelsesfristen var oversittet med relativt lang tid, og parten kunne bebreides for dette, ble bevisene tillatt ført med den begrunnelse at det ”her dreier seg om en indispositiv sak, der retten må sørge for sakens opplysning”. Når saken er indispositiv, og de omtvistede bevis belyser sider av det faktiske hendelsesforløpet som ikke blir belyst av andre bevis, vil dette virke som en brems på preklusjonsregelen på grunn av saksopplysningen.

Derimot vil bevistilbudet også kunne prekluderes i indispositive saker når beviset belyser forhold som allerede blir tilstrekkelig opplyst av andre bevis i saken. Dette var tilfellet i en barnefordelingssak inntatt i Rt. 2000 s. 1926. I saken var vurderingstema en relativt lang uaktsom fristoversittelse versus rettens ansvar for sakens opplysning i indispositive saker. Retten prekluderte tre vitner som skulle forklare seg i favør av den uaktsomme part. Begrunnelsen var at parten var å bebreide for manglende bevisfremleggelse. Retten fastslo at hensynet til sakens opplysning ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å hindre

bevisavskjæring, ettersom vitnene skulle forklare seg om et bevis tema som allerede ble belyst av andre bevis i saken.

4.8.2.3.3 Felles slutning

Det kan synes som om Høyesterett alltid ilegger hensynet til sakens opplysning avgjørende vekt i rimelighetsvurderingen i indispositive saker. Dette gjelder på alle stadier i prosessen.

4.8.2.4 Delkonklusjon

Det er et vesentlig moment i rimelighetsvurderingen hvorvidt parten er å bebreide for manglende bevisførsel. Dette gjelder for saksforberedelsen, hovedforhandling og for alle instanser. Jo lenger tid det går før beviset fremlegges, desto mer taler det for preklusjon. Hvor langt parten må strekke seg for å undersøke hvorvidt det foreligger en oppfordring, beror på en nærmere konkret vurdering. Man må imidlertid kunne kreve at parten foretar seg det som man med rimelighet må kunne forvente av henne. Når det er på det rene at beviset først oppsto på et senere tidspunkt, er parten ikke å bebreide. Det samme er tilfellet dersom parten først på et senere tidspunkt i saken hadde anledning til å gjøre seg bekjent med beviset. I indispositive saker kan preklusjon av bevis skje dersom parten er å bebreide og beviset er av liten reell betydning.

4.8.3 Første tilleggsvilkår

4.8.3.1 Innledning

Etter første tilleggsvilkår kan preklusjon finne sted dersom ”*den anden part forlanger det og saken ellers vilde bli betraktelig forsinket*”, jfr. tvml. § 189 (2). Altså kan ikke enhver forsinkelse medføre preklusjon, det må være fare for at forsinkelsen blir betraktelig.

Betingelsene er kumulative; Parten må forlange preklusjon i tillegg til at saken ellers vil bli betraktelig forsinket. Vilkåret om at parten må forlange det under hovedforhandling følger av at siktemålet til preklusjonsreglene blant annet er å beskytte motparten. Det vil derfor ikke være grunn til å prekludere bevis dersom motparten ikke forlanger det, ettersom

hensynet bak regelen ikke gjør seg gjeldende. I vurderingen av om saken vil bli ”betraktelig forsinket”, må retten ta hensyn til hvor sterkt behov det er for en rask avgjørelse, og hvor komplisert saken er, jfr. punk 4.4.2 At parten er å bebreide vil også her være et moment av betydning, jfr. LB-2005-124668. Det enkelte bevilbudets betydning må også vurderes i forhold til den forsinkelsen som det må forutsettes at bevisførselen ville medføre, jfr. LB-2004-4834. Også her sondres det mellom dispositive og indispositive saker av samme grunn som under hovedvilkåret.

4.8.3.2 Dispositive saker

4.8.3.2.1 Behovet for rask avgjørelse

I behovet for rask avgjørelse ligger at hvis saksforberedelsene allerede har vært langvarig og innviklet, skal det mindre forsinkelse til for at den skal anses for å være betraktelig, jfr. LB-2005-124668. Saken gjaldt i utgangspunktet saksforberedelsen, jfr. tvistemålsloven § 189 (1) nr 5, men er også relevant for tvistemålsloven § 189 (2). Dersom saken er innviklet og har pågått over lengre tid taler dette for preklusjon. I tillegg vil det moment at saken er blitt gammel, slik at det generelt er uheldig med utsettelse, tale for preklusjon.

I vurderingen av hvorvidt forsinkelsen er betraktelig, bør det nevnes at det i utgangspunktet ikke er et spørsmål om hvor lang tid det tar å føre det nye bevilbudet under hovedforhandling, men heller et spørsmål om hvilke forberedelser og undersøkelser bevilbudet medfører for motparten. Kontradiksjonsprinsippet tilsier at motparten bør gis anledning til å innhente tilstrekkelig motbevis. Hvor lang tid dette vil ta bør være med i rettens vurdering av om forsinkelsen blir betraktelig. I mange tilfeller vil det medføre at hovedforhandlingen utsettes, hvilket bør tale sterkt for at preklusjon kan skje. Dette på grunn av tap av tid og resurser. Det kan fastslås at når hovedforhandling er berammet vil det være av betydning om bevisføring av det nye bevis medfører utsettelse av hovedforhandlingen. Hensynet til kontradiksjon tilsier at preklusjon bør skje dersom

saksutsettelse ikke kommer på tale, og bevisførsel medfører at motparten må gis anledning til å skaffe motbevis.

4.8.3.2.2 Slutning

Hvis saksforberedelsen allerede har vært langvarig, skal det mindre forsinkelse til før vilkåret er oppfylt. Behovet for rask avgjørelse er av større betydning desto lengre saken verserer for domstolen. Under saksforberedelsen til ankeinstansen vil det således være større grunn til å prekludere nye bevis, enn under førsteinstans.

4.8.3.2.3 Hvor komplisert saken er

På den annen side vil det tale mot preklusjon at det er tale om en stor og kostbar prosess: Når ressursbruken er stor, bør en også få opplyst saken så godt som mulig på grunn av best mulig utnyttelse av ressursene. I store og intrikate saker vil det ofte være tale om store og vektige verdier, som er et argument mot preklusjon. I tillegg vil det være et moment i seg selv at kompliserte saker løses på best mulig opplyst grunnlag.

4.8.3.2.4 Slutning

Jo mer komplisert saken er, desto mer taler det mot preklusjon.

4.8.3.2.5 Parten er å bebreide

I LB-2005-124668 ble det i vurderingen av hvorvidt forsinkelsen hadde vært langvarig fastslått at det *”også må legges vekt på hvilken oppfordring parten har hatt til å varsle beviset tidligere – og sakens dimensjon for øvrig”*. Dersom parten er å bebreide for ikke å ha varslet om bevistilbudet på et tidligere stadium, slik at det er fare for å måtte utsette saken for å ivareta motpartens rett til kontradiksjon, taler dette for at utsettelsen er betraktelig. Se punkt 4.8.2.2.1 for redegjørelse av klanderverdig opptreden av parten.

4.8.3.2.6 Slutning

Hvorvidt parten er å bebreide er også et moment i vurderingen av om utsettelsen er betraktelig.

4.8.3.2.7 Bevisets betydning

Er beviset av stor betydning vil det ofte forsvarliggjøre en utsettelse av saken. Motsatt; Saken bør ikke utsettes dersom beviset er av mindre betydning. Når beviset er av slik betydning at det nødvendiggjør at motparten får tid og anledning til å skaffe motbevis, taler det for preklusjon. Ulempene ved å utsette saken må veies mot bevisets reelle betydning i saken. Dersom motparten lett kan sette seg inn i beviset, slik at han med enkelthet kan forsvare seg mot det, taler kontradiksjonsprinsippet for at beviset tillates. Derimot taler det for preklusjon dersom beviset er av slik betydning at hovedforhandling må utsettes slik at motparten får tid og anledning til å fremskaffe motbeviset.

Når prosessøkonomiske grunner medfører at saken ikke utsettes, bør retten ha adgang til å prekludere bevis for å ivareta hensynet til kontradiktorisk rettergang. Dette var tilfellet i Rt. 1991 s. 695. Saken gjaldt for ankeinstansen, jfr. tvml. § 375, men hensynene gjør seg også gjeldende for vilkårene etter tvml. § 189. Det omtvistede bevis belyste sakens sentrale spørsmål, og det ville ikke være mulig for ankemotparten å forberede seg på det nye materialet bare en uke før hovedforhandlingen tok sted. Det var helt nødvendig for ankemotparten å få sakkyndig støtte for å kunne forsvare seg mot de nye bevisene. Høyesterett uttalte med tyngde at det var ”av stor viktighet at slike bevis fremlegges i tide under ankeforberedelsene, slik at den annen part i tilfellet kan imøtegå dem.”¹⁰⁷ Resultatet var i overensstemmelse med disposisjonsprinsippet og kontradiksjonsprinsippet: Det var klart at saken ikke i noen tilfeller ville bli utsatt, og kontradiksjonsprinsippet tilsa at beviset måtte avskjæres, ettersom parten ikke hadde tid til å forberede seg på det nye materialet bare uker før hovedforhandling. Av disposisjonsprinsippet følger det at når parten ikke selv fremla de relevante bevis i dispositive saker, må parten finne seg i at bevistilbudet kan

¹⁰⁷ På s.696

prekluderes som følge av dette. Hensynet til sakens opplysning er ikke tilstrekkelig tungtveiende til å hindre preklusjon.

Det er ikke nødvendig å konstatere at saken utsettes betraktelig. At det foreligger en reell risiko må være tilstrekkelig, jfr. Rt. 2003 s. 5. Høyesterett prekluderte bevistilbudet, og i begrunnelsen ble det lagt betydelig vekt på at beviset hadde liten beviskraft, og at dersom bevistilbudet skulle tillates ført, ville det bli nødvendig med en omfattende motbevisførsel, som igjen ville føre til mye usikkerhet rundt hvilke motbevis som kunne bli brakt frem. Bevisføringen ville skape en risiko for forsinkelse av sakens fremdrift.

Det samme var tilfellet i HR-1998-00026c, jfr. punkt 4.9.6.1.1. Høyesterett kom til at vilkåret om at bevisførselen betraktelig ville oppholde saken var oppfylt, da det var nærliggende at den supplerende bevisførsel ”*vil kunne medføre begjæring om ytterligere bevisførsel fra ankemotpartens side*”.¹⁰⁸ Løsningen følger av kontradiksjonsprinsippet, som her kommer til uttrykk gjennom retten til å ta til motmæle. Faren for at saken måtte utsettes, var tilstrekkelig til at vilkåret var oppfylt.

4.8.3.2.8 Slutning

Jo større betydning beviset er for sakens opplysning, desto mindre taler det for preklusjon. Er beviset av liten betydning taler dette for preklusjon.

4.8.3.3 Indispositive saker

4.8.3.3.1 Generelt

I indispositive saker er utgangspunktet at preklusjon av bevistilbud på grunn av at saken ellers ville bli betraktelig forsinket lite anvendt i praksis. Rettens ansvar for saken opplysning synes å være begrunnelsen for dette. I Rt. 2000 s. 1926, som vist ovenfor, ble imidlertid et vitnebevis som skulle forklare seg om faktiske forhold som allerede var

¹⁰⁸ Jfr. avsnitt 13

tilstrekkelig belyst av andre bevis i saken, prekludert. Bevisets betydning er av interesse for vurderingen av hvorvidt preklusjon i indispositive saker bør skje. Er beviset av liten betydning for sakens opplysning, kan preklusjon skje også i indispositive saker. Preklusjon bør likevel ikke skje ettersom bevis med liten betydning tross alt har en bevisverdi. Partene kan være av den oppfatning at beviset er relevant. I Rt. 2000 s. 1926 var imidlertid parten i saken, i tillegg til at beviset var av liten betydning, også å bebreide for at beviset ikke ble fremlagt på et tidligere tidspunkt i saken.

Et annet moment som kan tenkes få særlig betydning i indispositive saker er behovet for rask avgjørelse. Dette kan tenkes å være tilfellet i barnefordelingssaker. Hensynet til barnets beste tilsier at saken avsluttes så fort som mulig.

4.8.3.4 Delkonklusjon

Dersom saken må utsettes taler dette sterkt for at delvilkåret er oppfylt. Det er et tungtveiende moment for preklusjon dersom motparten ikke kan sette seg inn i bevisets betydning uten at saken omberammes. Retten kan imidlertid velge å utsette saken hvor det er anledning til dette. Jo lenger saken verserer for domstolen, og jo mer grundig saksforberedelsen har vært, desto mer taler det for preklusjon.

I andre tilfeller, bør beviset prekluderes. Denne løsning støttes av kontradiksjonsprinsippet. I indispositive saker kan preklusjon skje når parten er å bebreide for ikke å ha fremlagt beviset på et tidligere tidspunkt og at den anførsel beviset skal belyse allerede blir tilstrekkelig opplyst av andre beviser i saken.

4.8.4 Andre tilleggsvilkår

4.8.4.1 Innledning

Etter andre tilleggsalternativ er vilkåret at fremsettelsen er forsinket ”i den hensikt at forhale saken eller overrumple motparten”. Å ”overrumple” betyr å komme uforvarende på eller å overraske, mens med forhale menes å forsinke eller trenere saken.

4.8.4.2 Dispositive og indispositive saker

I utgangspunktet følger det av loven at så lenge det foreligger *hensikt* om å overrumple eller forhale saken, kan preklusjon skje. Imidlertid må bestemmelsen forstå slik at selv om det foreligger slik hensikt, er det ingen grunn til å precludere bevis dersom det faktisk ikke vil finne sted noen forhaling av saken.¹⁰⁹ Spørsmålet om det foreligger slik utilbørlig hensikt er et bevissspørsmål, som retten må finne bevist i det konkrete tilfellet. Retten har imidlertid hatt vanskeligheter med å bevise dette, hvilket kan forklare den svært begrensede rettspraksisen. Dette må trolig være en følge av at retten har funnet at andre vilkår for preklusjon har vært oppfylt, slik at det ikke har vært nødvendig å konstatere forhalings- eller overrumplingshensikt. Det kan også være grunn til å tro at retten unnlater å konstatere hensikt på grunn av den ekstra byrden det kan være å bli stemplet som en ”overrumpler” eller ”forhaler”, enn det vil være å tape retten til å føre beviset på grunn av bebreidelse og at saken ellers ville bli betraktelig forsinket.

Det foreligger imidlertid uttalelser om tilleggsvilkåret i en underrettsdom av Borgarting lagmannsrett.¹¹⁰ Det ble uttalt at den fremgangsmåten parten hadde valgt under saksforberedelsen ”ligger nær opp til det som naturlig kan kalles overrumpling”. Parten var sterkt å bebreide for ikke å ha kommet med opplysninger på et langt tidligere tidspunkt i saken. Saksforberedelsen hadde vart i over to år da parten kom med nye bevis, til tross for klare anmodninger om å redegjøre for sin bevisførsel. Parten måtte forstå at opplysningene rundt det nye beviset var av stor interesse for motparten og etter all sannsynlighet ville

¹⁰⁹ Jfr. Bratholm og Hov, 1973, s.354, jfr. Eckhoff, 1962, s.105.

¹¹⁰ LB-2005-124668.

foranledige at også motparten ønsket å innhente nye opplysninger til støtte for deres syn. Retten kom, ikke overraskende, til at tvml. § 189 (1) nr. 6 ble gitt anvendelse, slik at det ikke var nødvendig å konstatere overrumplingshensikt.

4.8.4.3 Delkonklusjon

Dersom retten finner bevist at det foreligger forhalings- eller overrumplingshensikt og saken faktisk forhales, er vilkåret oppfylt. Rettspraksis rundt dette alternative vilkåret er imidlertid svært begrenset. Dette kan komme av at retten finner at andre vilkår for preklusjon er oppfylt, for eksempel at saken blir betraktelig forsinket og parten er å bebreide for dette.

4.9 Særlig om bevisavskjæring i forvaltningssaker

4.9.1 Innledning

Et område hvor sakens art er av betydning for bevisavskjæringsspørsmålet er forvaltningstvister. Når et forvaltningsorgan og et individ tvistes om hvorvidt organets vedtak er riktig, må retten leilighetsvis avskjære bevis som først påberopes under rettergangsbehandlingen. Avskjæringsspørsmålet er basert på et spørsmål om bevisets relevans. Regelen grunner på en tolkning av tvml. § 189 (1) nr. 1 ”kommer ikke saken ved”¹¹¹. Regelens innhold er at *beviset vedkommer ikke saken for domstolen dersom det ikke var opplyst om beviset da forvaltningen fattet vedtak*. Hensyn bak regelen er at domstolen ikke skal være et overordnet forvaltningsorgan.

¹¹¹ Jfr. Klingenberg, 2002, s.211. Artikkelen gjelder i utgangspunktet bevisavskjæring i skattesaker, men hensynene gjør seg også gjeldende i forvaltningssaker generelt.

4.9.2 Forholdet til preklusjonsreglene

Regelen følger av relevansbegrepets første komponent, *materiell tilknytning*, jfr. punkt 3.2.1. Spørsmålet om et bevis ”kommer saken ved”, må vurderes opp mot det krav eller rettsforhold retten skal ta stilling til. Når det tvistes om hvorvidt et organs vedtak var lovlig, må prøvingen skje på bakgrunn av de premisser som forelå da organet fattet vedtak.¹¹²

Bevis som først oppstår etter vedtakstidspunktet mangler i utgangspunktet relevans.

Bevisføringsadgangen beror imidlertid på en nærmere vurdering av forholdet.

Avskjæringsregelen kan dermed sees på som en form for preklusjon. Begge avskjæringsreglene består av en nærmere vurdering av forholdet hvor de samme hensyn ønskes ivaretatt. Dette gjelder både med hensyn til resultatet og argumentasjonen. Med hensyn til resultatet må retten se bort fra bevis med tilknytning til sakens gjenstand. Med hensyn til argumentasjonen styres retten av de samme grunnleggende prinsippene. Tidsfaktoren og klanderverdige omstendigheter er vesentlige momenter i begge vurderingene.

4.9.3 Domstolens kompetanse

Forholdet mellom preklusjon av nye bevis og domstolens kompetanse til å prøve saken er følgende. Når retten kan prøve forvaltningens skjønn, *kan* den også vurdere nye bevis ved prøvelsen. Motsetningsvis; er domstolens prøvelsesrett begrenset, må naturligvis også nye bevis avskjæres fra domstolsprøvelsen. Dette kan også sees på som en form for preklusjon. Forutsetningen for domstolsprøvelse av nye bevis, er at domstolen har kompetanse til å overprøve forvaltningens vedtak. Domstolens prøvelsesadgang beror på en tolkning av den bestemmelse forvaltningsvedtaket grunner på.

Utgangspunktet er at domstolen ikke kan prøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn, mens rettsanvendelsesskjønnet og det faktiske grunnlaget kan prøves fullt ut.

Utgangspunktet modifieres ettersom hvilket rettsområde man befinner seg på.

Eksempelvis kan domstolens begrensede prøvelsesrett i skattesaker forklare at nye

¹¹² Jfr. Klingenberg, 2002, s.211.

omstendigheter avskjæres når skatteyter har blitt skjønnsliqnet. Her tilsier også hensynet til effektiv ligningsbehandling og at domstolen ikke skal være et ligningsorgan at opplysningene prekluderes.¹¹³

Utviklingen har kommet vesentlig lenger i for eksempel utvisningssaker, hvor retten har full prøvelsesadgang, jfr. Rt. 2007 s.667. Når retten har full prøvelsesadgang kan retten prøve alle sider av saken, herunder også tillate bevisførsel om nye opplysninger og bevis som ikke var tilgjengelig på vedtakstidspunktet. Det sondres her mellom såkalte bevisfakta og rettsfakta. Nye rettsfakta kan ikke påberopes, mens nye bevisfakta kan føres.

4.9.4 Nærmere om innholdet av avskjæringsregelen i forvaltningssaker

Regelens innhold er at preklusjon kan skje i tilfeller hvor parten *burde* ha kommet med opplysningene til myndighetene tidligere. Spørsmålet om når dette er tilfellet vil være gjenstand for den videre drøftelse. I motsatte tilfeller, hvor parten ikke er å bebreide for at beviset ikke ble ført, eksempelvis ved at beviset først oppsto etter forvaltningsvedtaket, beror preklusjonsspørsmålet på en sontring mellom bevisfakta og rettsfakta; Bevisfakta tillates ført, mens rettsfakta prekluderes.

Det sondres mellom "saken" og "forholdet". Med "saken" menes her selve rettssaken, eller domstolsprosessen. Med "forholdet" menes de faktiske omstendighetene som tvisten bygger på.

4.9.5 Oppfordringsprinsippet

I Rt. 2001 s. 1265 lanserte Høyesterett et oppfordringsprinsipp. Dommen gjaldt i utgangspunktet for skatterettens vedkommende, men hensynene gjør seg gjeldende i forvaltningsretten generelt. Prinsippet går ut på at bevis som parten har hatt en særlig oppfordring til å fremlegge på vedtakstidspunktet, ikke kan fremmes i en senere rettssak.

¹¹³ Se Banoun, 2004, s.262.

Når en slik oppfordring foreligger har parten selv risikoen for at bevisene fremlegges. I det videre skal jeg redegjøre for når det foreligger en oppfordring.

4.9.5.1 Utgangspunktet – forvaltningens veiledningsplikt

Utgangspunktet i forvaltningsretten er at forvaltningen har en veiledningsplikt overfor parten, jfr. forvaltningslovens § 17. Forvaltningen har risikoen for at saken er tilstrekkelig opplyst før vedtak fattes, og herunder at parten har forstått hvilke opplysninger og bevis han bør fremlegge for forvaltningsorganet. Bevis som ikke er fremlagt på vedtakstidspunktet kan likevel tillates ført når forvaltningen har misligholdt sin veiledningsplikt. Det bør også gjelde når forvaltningen har særlig grunn til å stille spørsmål ved riktigheten og fullstendigheten av de opplysninger parten har gitt, jfr. Rt. 1995 s. 1768. Forvaltningens veiledningsplikt går foran individets opplysningsplikt når det er på det rene at forvaltningen har grunn til å stusse over de bevis som er fremlagt. I så fall må myndighetene ha en utvidet plikt til å bringe klarhet i forholdet. Individet har rett til å gjøre seg kjent med hva myndighetene vil bygge deres avgjørelser på, og rett til å komme med en uttalelse vedrørende dette. Dette følger av kontradiksjonsprinsippet. Konsekvensen av at ansvaret er pålagt forvaltningen er at individet i en senere rettssak har anledning til å føre de bevis som var relevante.

4.9.5.2 Partenes opplysningsplikt

Selv om forvaltningen i utgangspunktet har risikoen for sakens opplysning, modifiseres dette av bestemmelser i særlovgivningen som pålegger enkeltindividene en plikt til å gi opplysninger av eget tiltak eller etter krav fra forvaltningen. Eksempel er ligningslovens § 4-8, merverdiavgiftslovens § 46 eller utlendingslovens § 44 (2). Opplysningsplikten innebærer en oppfordring til å komme med opplysninger fastlagt ved lov. Misligholdelse av opplysningsplikten kan danne grunnlag for at ethvert bevis som det ikke er opplyst om under vedtaksbehandling, kan prekluderes.

Opplysningsplikten gjør seg særlig gjeldende i skattesaker, jfr. Rt. 2001 s. 509, ettersom opplysningsplikten særlig springer ut av selvangivelsesprinsippet. Selvangivelsesplikten anses som fundamentet i norsk ligningspraksis, jfr. mindretallets votum i Rt. 2002 s. 509; ”skatteyter er pålagt en omfattende opplysningsplikt med sikte på å fremlegge og klarlegge det faktiske materialet som danner grunnlag for ligning og beskatning”. Det er således skattyteren, og ikke forvaltningen, som har hovedansvaret for sakens opplysning. Når denne opplysningsplikten ikke overholdes, kan ethvert bevis prekluderes som følge av misligholdet.

4.9.5.3 Opplysningsplikten kan følge av omstendighetene

At en oppfordring kan følge av omstendighetene innebærer at det må foretas en konkret vurdering av hvorvidt parten burde forstå at beviset var relevante på vedtakstidspunktet. Dette beror på en subjektiv vurdering av forholdet. I Rt. 2002 s. 509 presiserte Høyesterett nærmere hva som lå i en oppfordring. Førstvoterende, som fikk flertallets støtte, fastslo at ”forståinga av kva som er ei oppfordring i stor grad byggje på ei vurdering hos retten, der det må leggjast vekt på kva krav det er rimeleg å stille til skattyteren om å gi opplysninger på det aktuelle tidspunkt. I denne avveginga må det trekkjast inn om skattyteren kan klandrast for ikkje å ha kome med opplysninga. Det må takast omsyn til at skattytar ikkje – for å vere på den sikre sida – skal måtte leggje fram materiale som det er lite truleg er av interesse”.

Det kan hevdes at spørsmålet om hvorvidt parten har hatt en oppfordring til å redegjøre nærmere for uklarheter beror på hvor langt opplysningsplikten rekker. Så lenge parten omfattes av opplysningsplikten, vil parten også være å bebreide for ikke å ha fremkommet med opplysningene tidligere, eller gjort det som man med rimelighet må kunne forevente at parten foretar seg for å undersøke forholdet nærmere. Det er etter dette klart at når parten har hatt en oppfordring til å fremlegge beviset tidligere vil det kunne prekluderes i alle tilfeller. Det må gjelde både for bevisfakta og rettsfakta.

4.9.6 Beviset oppstår etter forvaltningens vedtak og parten ikke er å bebreide

Når beviset først oppstår etter forvaltningens vedtak og parten ikke er å bebreide for dette, beror preklusjonsadgangen på en sontring mellom rettsfakta og bevisfakta. Bevisfakta tillates ført, mens rettsfakta prekluderes. Begrunnelsen for skillet er at dersom domstolen skal tillate et annet rettsfakta av umiddelbar forvaltningsmessig betydning enn det som ble lagt til grunn på vedtakstidspunktet, vil det være fare for at tvisten skifter karakter for domstolen. Det vil også trekke for langt ut i tid. Dette kan medføre at domstolen opererer som et forvaltningsorgan i første instans. Derimot kan det ikke ha like sterke grunner for seg at partene skulle være forhindrede fra å påberope nye bevisfakta til støtte for en opprinnelig medelt opplysning med karakter av rettsfaktum. Dette ble fastslått av Gulating lagmannsrett, UTV-2001-1013, som gjaldt tvist om gyldigheten av vedtak om ligningsendring. Begrunnelsen må gjelde generelt i forvaltningen.

4.9.7 Bevisfakta som taler til ugunst for enkeltindividet

Bevisfakta som oppstår etter vedtakstidspunktet, kan ikke prekluderes med den begrunnelsen at det taler til ugunst for individet, jfr. Rt. 2007 s. 667. Saken gjaldt prøvelse av forvaltningens vedtak i utvisningssak, og retten tillot bevisførsel av bevisfakta som hadde oppstått etter vedtaket, og som talte til ugunst for utlendingen. Det offentlig kan også påberope seg etterfølgende opplysninger til tross for at dette går på bekostning av enkeltindividets interesse. Forutsetningen er imidlertid at domstolen har full prøvelseskompetanse. Også i Rt. 2002 s. 1247, som gjaldt skattesak, ble det fastslått at domstolen må kunne bygge på nye opplysninger både i favør og disfavør av skattyteren.

4.9.8 Mulighet til kontradiksjon

Det fremgår av Rt. 2001 s. 1265 at selv om et bevis i utgangspunktet må avskjæres på grunn av at parten er å bebreide for ikke å ha framlagt det under vedtaksbehandlingen, kan parten likevel være berettiget til å føre beviset. Forutsetningen er at forvaltningen selv har fremlagt nye opplysninger og bevis til å underbygge vedtaket under domstolsbehandlingen. Prinsippet om kontradiksjon under rettergang tilsier at parten må ha adgang til å føre

motbevis, herunder også bevis som ellers ville vært avskåret. Retten til å ta til motmæle, også kalt kontradiksjonsprinsippet, ville ellers få liten betydning dersom parten ikke fikk anledning til å forsvare seg med å føre motbevis.

4.9.9 Konklusjon

I likhet med preklusjonsreglene, vil det være et vesentlig moment i bevisavskjæringsvurderingen hvorvidt parten er å bebreide for ikke å ha fremskaffe beviset på et tidligere tidspunkt. Det samme gjelder for tidsmomentet. Jo lenger tid det går før beviset fremlegges desto mer taler det for avskjæring.

4.10 Preklusjonsreglenes forhold til EMK art. 6

4.10.1 Generelt

I Rt. 2002 s. 509 prøvde Høyesterett bevisavskjæring mot EMK art. 6. Som nevnt i punkt 1.5.4 kan medlemsstatenes interne bevisføringsregler prøves indirekte av EMD for å ivareta prinsippet om rettferdig rettergang, jfr. EMK art 6. Saken gjaldt bevisavskjæring i skattesak, men dommen har også betydning for preklusjonsreglene generelt. Høyesterett fant at bevisavskjæringsregelen måtte settes til side for forhold som falt inn under ”criminal charge”, jfr. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d. Høyesterett kom til at bevisavskjæringsregelen måtte settes til side for så vidt angikk tilleggsstraff, da dette ble sett på som straff. Ved straffespørsmål vil hensynet til sakens opplysning veie tyngre enn de begrunnende hensyn bak preklusjon. Både kontradiksjonsprinsippet og prinsippet om likhet taler mot preklusjon. Begge prinsippene inngår som grunnprinsipper i rettferdig rettergang, jfr. punkt 1.2.2. Av parts- og likhetsprinsippet følger det at en part skal ha rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten. Det vil ikke være tilfellet dersom beviset blir prekludert. Prinsippet forutsetter også likestilling med hensyn til å føre bevis knyttet til et nærmere angitt bevistema. Preklusjon vil stå seg imot også denne forutsetningen, ettersom preklusjon nettopp innebærer at parten ikke kan føre

bevis knyttet til et nærmere angitt tema. Mothensynet i den ovenfor nevnte sak, at parten var å bebreide, var ikke tungtveiende nok til å tilsidesette grunnprinsippene.

Derimot vil preklusjonsregelen stå seg i sivile saker som ikke faller inn under betegnelsen ”strafferettslig siktelse”. Hensynet til rettferdig rettergang, herunder hensynet til sakens opplysning, er ikke like tungtveiende hensyn, og tilsidersetter ikke de hensyn som begrunner preklusjon.

4.10.2 Konklusjon

Sondringen mellom forhold som faller inn under ”strafferettslig siktelse” og forhold som ikke gjør det, vil kunne føre til noe oppsiktsvekkende tilfeller, jfr. Rt. 2002 s. 509. For så vidt gjaldt tilleggsskatten kunne parten føre de bevis han måtte ønske. Derimot kunne bevisførselen begrenses vedrørende den øvrige ligningen. Parten kunne for tilleggsskattens del føre bevis for, og få medhold i at ligningen var basert på feil faktum, samtidig som retten likevel måtte legge til grunn et helt annet faktum for endringsligningen. Som nevnt i punkt 4.7.1.3.2 er det ikke uproblematisk å måtte se bort fra bevis retten allerede har fått kunnskap om.

4.11 Egen vurdering

4.11.1 Konklusjon

Preklusjonsspørsmålet beror på en rimelighetsvurdering. I denne vurderingen er klanderverdig opptreden fra bevistilbyder et vesentlig moment. Rettspraksis viser at retten i dispositive saker avskjærer nye bevis når parten er å bebreide for sen bevisfremleggelse. I tilfeller hvor bevistilbyder ikke er å bebreide for manglende bevisfremleggelse, beror preklusjonsadgangen på hvorvidt motparten har en reell kontradiksjonsmulighet. Dersom dette er tilfellet, vil beviset neppe prekluderes. Motsatt; dersom kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, bør preklusjon finne sted. Kontradiksjonsmuligheten vil sikres ved å utsette saken. En slik løsning er ofte å foretrekke når parten ikke er å bebreide for en sen

bevisfremleggelse. Sakens art, bevisets betydning, graden av skyld, tidsfaktoren og behovet for rask avgjørelser er momenter av betydning i denne vurderingen.

I forbindelse med preklusjonsreglene bør tvml. § 172 (2) kort nevnes. Den tapende parts saksomkostninger kan etter denne regelen oppheves hvis de omstendigheter som utfallet berodde på først under hovedforhandlingen er kommet til hans kunnskap, uten at han kan bebreides dette. Dommeren kan legge til grunn et nytt bevisfaktum mot at den tapende part slipper å betale saksomkostningene. Retten prekluderer sjeldent bevis dersom retten er inneforstått med at preklusjon vil medføre at resultatet strider mot rettens bedre vitende. Opphevelse av saksomkostninger kan rettfærdiggjøre fremleggelse av nytt bevis.

4.11.2 De lege ferenda

Det kan diskuteres hvor strenge preklusjonsreglene bør være. Fremsettelse av nytt stoff kan forsinke og fordyre saken, særlig ettersom nytt stoff fra motparten vil bli møtt med mottrekk fra den annen part. Preklusjonsreglene hindrer at saken blir for langtrukken. På den annen side trengs forholdsvis elastiske preklusjonsregler om man vil oppnå flest mulig materielt sett riktige resultater. Dette kan også være i motpartens interesse ettersom en ankesak vil trekke ut både tid og ressursbruken, med mindre preklusjonen også gjelder for ankeinstansen. Etter min mening er dagens restriktive preklusjonsregler hensiktsmessig, på grunn av hensynet til sakens opplysning. Jeg foreslår ingen endringer.

Litteraturliste

- Banoun: Bettina Banoun, "Rett, plikt og effektivitet i skattesaker", Lov og Rett, 2004, s.245.
- Bratholm: Anders Bratholm og Jo Hov "Sivil rettergang", 1973.
- Eckhoff: Torstein Eckhoff, "Sivilprosess", 1962.
- Getz: Bernhard Getz, "Om bevisførelsens Begrænsning I Straffesager", Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1892-1893, s. 88-114.
- Gomar: Bernhard Gomar, "Civil prosessen", under medvirkning av Michael Kistrup, 5. udgave, 2000
- Graver: Hans Petter Graver, "I prinsippet prinsipiell - om rettsprinsipper", Tidsskrift for Rettsvitenskap, 2006 nr. 02-03, s.189.
- Hassler: Åke Hassler, "Svensk civilprosessrett", 1963.
- Hov: Anders Bratholm og Jo Hov "Sivil rettergang", 1973.
Jo Hov, "Rettergang I Sivil- og straffeprosess", 1999.
Jo Hov, "Rettergang I Sivil- og straffeprosess", 2007.
- Klingenberg: Olav Klingenberg, "Bevisavskjæring i skattesaker" Skatterett 2002, s.211.
- Kolflaath: Eivind Kolflaath: "Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller

fortellinger?”, Jussens venner, 2004 nr. 06, s.281.

- Lindell: Bengt Lindell, ”Processuell preklusjon”,
Institutet för rättsvitenskaplig forskning, 1993.
- Michelsen: Hans Michelsen, ”Sivilprosess”, 1999.
- Robberstad: Anne Robberstad, ”Mellom tvekamp og inkvisasjon”, 1990.
- Schei: Tore Schei, ”Tvistemålsloven”, bind II, 1990.
- Skoghøy: Jens Edvin A. Skoghøy, ”Tvistemål”, 1998.
Jens Edvin A. Skoghøy, ”Tvistemål”, 2001.
Jens Edvin A. Skoghøy, ”Emner fra sivilprosess”, 2.utgave
del 2, 1995.
Jens Edvin A. Skoghøy, ”Søksmålsbetingelser,
saksbehandlingsprinsipper og partenes rådighet over
sakens gjenstand”, inntatt i lovdata, 1994
- Torgersen: Runar Torgersen, ”Bør adgang til bevisavskjæring i
straffesaker utvides?”, inntatt i festskrift til Carl August
Fleischer ”Dog fred er ei det bedste”, 2006.
- Aasland: Gunnar Asland, ”Rettens stilling til partenes anførsler”
Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1967, s. 157.
Gunnar Aasland, ”Sivilprosess” i ”Knophs oversikt over
norsk rett”, 12, utg. 2003.

Lover:

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

Lov om mekling og rettergang i sivile saker av 17. juni 2005 nr. 90
(tvisteloven – trer i kraft 1. januar 2008).

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967
(forvaltningsloven)

Lov om ligningsforvaltning av 6. juni 1980 nr. 24
(ligningsloven)

Lov om merverdiavgift av 19. juni 1969 nr. 66
(merverdiavgiftsloven)

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni. 1988
nr. 64. (Utlendingsloven)

Lovforarbeider

Ot. prp. nr. 1 (1910).

”Utkast til lov om forandringer i rettergangsloven med motiver”, hentet fra
”forarbeider til lovene i 1935”.

Inst. O. XVIII (Ot. prp. nr. 23-1935).

Inst. O. nr. 45 (1999-2000).

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

NOU 2001:32. ”Rett på sak”

Rettspraksis

Nasjonale avgjørelser:

LB-2004-4834.

LB-2005-124668.

Rt. 1924 s. 417.

Rt. 1928 s. 495.

Rt. 1997 s. 985.

Rt. 2001 s. 1265.

Rt. 2002 s. 509.

Høyesteretts kjæremålsutvalg l.nr. 182K/1989 (avgjørelsen er ikke publisert, jfr. Schei, ”tvistemålsloven” bind II, s.490).

HR-1998-00026c.

Internasjonale avgjørelser:

Shenk v. Switzerland - 10862/84 [1988] ECHR 17 (12 July 1988).

Feldbrugge v. The Netherlands - 8562/79 [1986] ECHR 4 (29 May 1986).

Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands - 14448/88 [1993] ECHR 49 (27 October 1993).

Kraska v. Switzerland - 13942/88 [1993] ECHR 17 (19 April 1993).

Krcmar and others v. the Czech Republic - 35376/97 [2000] ECHR 99 (3 March 2000).

Internettsider:

www.bibsys.no

www.lovdata.no

<http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/>

<http://www.echr.coe.int/echr/>

<http://www.ohchr.org/english/law/ccpr.htm>

<https://www.retsinformation.dk/Forms/R0220.aspx?char=R>

Annet:

Kunnskapsforlagets fremmedordbok, 2001.

