



Skriftlige forklaringer som bevis i sivile saker

En analyse av adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer som bevis i sivile saker i et historisk, rettspolitisk og skandinavisk perspektiv

av Elisabeth Strand Bachmann

Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Høsten 2009

Innholdsfortegnelse:

1. Innledning	4
1.1. Tema og rettslig plassering	4
1.2. Et rettshistorisk bilde av sivilprosessen i Skandinavia.....	5
1.3. Domstolssystemet i Norge, Sverige og Danmark	9
1.4. Hensyn bak de sivilprosessuelle reglene – tvistelovens formålsparagraf	10
1.5. Sivilprosessuelle regler i internasjonal rett	11
1.6. Litteratur og lovforarbeider	12
1.7. Videre fremstilling.....	13
2. Prinsipper i sivilprosessen.....	14
2.1. Innledende bemerkninger	14
2.2. Prinsippet om en forsvarlig saksbehandling og kravet til en rettferdig rettergang	14
2.3. Muntlighetsprinsippet.....	15
2.4. Bevisumiddelbarhetsprinsippet	17
2.5. Prinsippet om det beste bevis	18
2.6. Kontradiksjonsprinsippet	18
2.7. Konsentrasjonsprinsippet.....	19
2.8. Proporsjonalitetsprinsippet.....	20
3. Skriftlige forklaringer – betenkelig eller behjelpelig for prosessen?	21
3.1. Innledende bemerkninger	21
3.2. Betenkelig eller behjelpelig?	21
4. Fra tvistemålslovens § 197 til tvistelovens § 21-12 (2)	23
4.1. Innledende bemerkninger	23
4.2. Forbudet mot skriftlig forklaring i saken	24

4.2.1.	Skriftlig forklaring.....	25
4.2.2.	Særlig om juridiske utredninger	27
4.2.3.	Skriftlig forklaring i saken/foranlediget av saken	29
4.2.4.	Særlig om uttalelser fra tvistenemnder og konfliktløsningsorgan.....	31
4.2.5.	Særlig om dokumenter fra forvaltningsmessig behandling av saken	32
4.3.	<i>Når kan skriftlig forklaring legges frem, jfr tvl § 21-12 (2)?</i>	<i>34</i>
4.3.1.	Partene er enige	34
4.3.2.	Det gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, og det er klart at vedkommende møter	36
4.3.3.	Det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen og fremleggelse av forklaringen er ikke stridende mot lovens formål etter tvl § 1-1.....	39
4.4.	<i>Skriftlige forklaringer i henhold til andre lovbestemmelser.....</i>	<i>40</i>
5.	<i>Svensk rett – Rättegångsbalken 35:14</i>	<i>41</i>
5.1.	<i>Innledende bemerkninger</i>	<i>41</i>
5.2.	<i>Rättegångsbalken 35:14.....</i>	<i>42</i>
5.3.	<i>Rättegångsbalken 35:14 sammenholdt tvisteloven § 21-12 (2).....</i>	<i>44</i>
6.	<i>Dansk rett – Adgang til å fremlegge skriftlig forklaring?</i>	<i>45</i>
6.1.	<i>Innledende bemerkninger</i>	<i>45</i>
6.2.	<i>Gjeldende dansk rett.....</i>	<i>46</i>
6.3.	<i>Dansk rett sammenholdt norsk og svensk rett</i>	<i>48</i>
7.	<i>Sammenfatning.....</i>	<i>49</i>
7.1.	<i>I hvilken utstrekning bør det tillates med skriftlige innlegg i en muntlig prosess?</i>	<i>49</i>
7.2.	<i>En vurdering av adgangen til å fremlegge skriftlig forklaring i henholdsvis Norge, Sverige og Danmark.....</i>	<i>51</i>

1. Innledning

1.1. Tema og rettslig plassering

Tema for denne avhandlingen er å undersøke i hvilken utstrekning det etter norsk rett er adgang til å legge frem skriftlige forklaringer fra andre enn sakkyndige som bevis i sivile saker. Med sivile saker menes alle saker som ikke behandles i straffeprosessens former.¹ Adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer reguleres av tvisteloven (tv1)² § 21-12 (2), som lyder:

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

Reglene om bevis er de regler som er av betydning når det faktum avgjørelsen skal bygge på, skal fastlegges.³ Norsk rett bygger på prinsippet om fri bevisførsel og fri bevisføring. Prinsippene innebærer at partene som hovedregel har rett til å føre de bevis de ønsker, og det er opp til retten fritt å avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn.⁴ Dette utgangspunktet modifieres imidlertid ved en rekke regler om bevisforbud og om bevisfritak. Bestemmelsen i tv1 § 21-12 (2) er i tvisteloven plassert under de alminnelige regler om bevis. Den representerer en oppmykning av den tidligere rettstilstand etter tvml § 197. En av målsetningene med denne avhandlingen er å belyse adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer i et historisk perspektiv.

En annen målsetning med avhandlingen er å undersøke hvilken løsning svensk og dansk rett anvender når det reises spørsmål om skriftlige forklaringer kan legges frem i Sverige og Danmark. De grunnleggende prinsipper og hensyn som legges til grunn i sivilprosessen, er som avhandlingen vil vise i vid utstrekning de samme i Norge, Sverige og Danmark. Når det gjelder spørsmålet om skriftlige forklaringer, er løsningene imidlertid noe forskjellige. I

¹ Jfr lov 22. mai 1981 nr 25 - straffeprosessloven

² Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven/tv1)

³ NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A, s. 454 første spalte

⁴ Se tv1 §§ 21-3 og 21-2

svensk rett reguleres adgangen til fremleggelse av skriftlige forklaringer av rättegångsbalken (RB)⁵ 35:14. I dansk rett er adgangen til å legge frem skriftlig forklaring delvis ulovfestet og delvis lovfestet i retsplejeloven (rpl)⁶ § 297.

Endelig er det et mål for avhandlingen å ta stilling til noen rettspolitiske spørsmål som reiser seg i dette henseende. Historien bak dagens sivilprosessuelle regler i Skandinavia viser et bilde av en prosess som har gått fra å være muntlig til å bli skriftlig for så å bli muntlig igjen. Ved den norske lovreformen i 2005 tok lovgiver et lite skritt tilbake ved å utvide adgangen til å legge frem skriftlig forklaring. En aktuell problemstilling er således om det er en muntlig eller en skriftlig prosess som best ivaretar den enkelte borgers rettssikkerhet, eventuelt i hvilken grad skriftlige innslag bør tillates i prosessen. Reglene som anvendes i Norge, Sverige og Danmark har ulik utforming. Norge og Sverige har en utførlig lovfestet regel, mens den danske regelen delvis er lovfestet og delvis ulovfestet. Et annet mål for oppgaven er derfor å ta stilling til de ulike reglene som gjelder i Skandinavia og vurdere dem opp mot hverandre.

1.2. Et rettshistorisk bilde av sivilprosessen i Skandinavia

Tvisteløsning er grunnleggende for at samspillet mellom mennesker i et samfunn og samfunnet som sådant skal fungere. I tidlig nordisk rettshistorie var det ættesamfunnet som stod for konfliktløsningen, og konflikter ble ofte løst ved såkalt blodhevn. Det bibelske ordtaket ”øye for øye, tann for tann” er illustrerende. Men etter hvert som samfunnene utviklet seg videre, oppstod behovet for en mer ordnet og fredelig tvisteløsning.⁷

Lagtingene ble opprettet som organ for minnelig tvisteløsning. Det er antatt at tingordningen ble tatt i bruk allerede i forhistorisk tid, men begrepet lagting dukker opp i skriftlige kilder først på 1100-tallet.⁸ Tvisteløsning på tingene foregikk muntlig. Den første lovreguleringen av betydning for norsk rettergang var Magnus Lagabøters lovgivning fra 1270-årene som gav tingene en mer aktiv rolle i konfliktløsning.

⁵ Rättegångsbalken (1942:740)

⁶ Lov om rettsens pleje (LBK nr. 910 af 27. september 2005)

⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) s. 28 annen spalte

⁸ Rolf Danielsen m.fl., ”Grunntrekk i norsk historie - Fra vikingetiden til våre dager”, Oslo 2000 s. 36

Norge var i union med Danmark fra 1450 til 1814.⁹ Danmark og Norge var ved inngåelsen av unionen forutsatt å skulle fungere som to selvstendige stater, men denne forutsetningen viste seg vanskelig å gjennomføre. Hvert rike skulle ha sitt eget riksråd, men det skulle være en felles konge. I 1660 ble eneveldet innført. Eneveldet førte med seg et behov for en revidering av den domstolsstrukturen som hadde vokst frem.¹⁰ En slik revisjon kom med Christian Vs Danske lov av 1683 og Christian Vs Norske Lov av 1687. Den norske lovboken var i form og innhold tilnærmet lik den danske.

Lovgivningene stadfestet rettergangsreglene i større grad enn tidligere, og utgangspunktet for prosessen var et prinsipp om muntlighet. Det var imidlertid sterke innslag av skiftlige elementer i saksbehandlingen. Den muntlige saksbehandlingen skulle gi dommeren et godt utgangspunkt for aktivt å styre prosessen fremover. Ved overprøving skulle saken legges skriftlig frem for overretten nøyaktig slik den var blitt ført i underretten.

Skriftligheten i overretten spredte seg til underrettene og førte etter hvert til en prosess som bar preg av å være nærmest rendyrket skriftlig og svært langtekkelig.¹¹ Den skriftlige prosessen vanskeliggjorde dommerens adgang til aktivt å styre rettergangen. Følgelig ble det svært kostbart å bringe saker inn for rettsvesenet. Resultatet av utviklingen var at dommerens rolle ble passiv og tilbaketrukket, og prosessen som skulle bidra til "*å bringe det sande saksforhold for dagen*" sviktet.¹² Som en følge av dette oppsto på nytt et sterkt behov for revisjon av hele domstolsstrukturen.

I Sverige kom den såkalte "gamla Rättegångsbalken" i 1736. Loven stadfestet en prosess som var til dels skriftlig og til dels muntlig. Prosessmaterialet ble fremført muntlig og deretter nedtegnet. Det var det skriftlige materialet som utgjorde grunnlaget for avgjørelsen. Prinsippene om fri bevisførsel og fri bevisvurdering var begrenset. For eksempel måtte to vitner avgi samsvarende vitnemål for at deres forklaring kunne anses bevist. Loven hadde også inkvisitoriske innslag. Dommeren skulle dømme og samtidig utrede hendelsesforløpet. Dommeren var således ikke bundet av partenes disposisjoner.¹³

⁹ Ole Georg Moseng m.fl., "Norsk Historie - 750-1537". Oslo 1999 s. 350

¹⁰ Danielsen m.fl., *op.cit.* s. 167-168 og Ot.prp. nr 51 (2004-2005) s. 28 annen spalte

¹¹ NOU 2001: 32 Bind A s. 118 flg

¹² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 29 annen spalte

¹³ SOU 2001: 103 En modernare rättegång Del 1 s. 76

Skriftlige prosessordninger var også vanlig i Europa for øvrig. På 1700-tallet var misnøyen med de skriftlige prosessordningene stor, og i løpet av 1800-tallet spredte denne misnøyen seg til Skandinavia. Etter at muntlighetsprinsippet hadde reformert prosessordninger på kontinentet, fikk det sitt inntog i de nordiske landene. Det ble publisert omfattende litteratur hvor den muntlige prosessens fordeler ble fremhevet fremfor den skriftlige. I Norge utgav Emil Aubert sitt verk *"Om muntlig Rettergang og Edsvorne"* (1849), som i første rekke rettet seg mot straffeprosessen, men som senere også fikk betydning for rettergangen i sivile saker. I Danmark kom Johannes Nelleman med *"Om muntlig rettergang i Civile Sager"* (1874), og i Sverige, Ernst Kallenberg med *"Svensk Civilprocessrätt"* (1927). Prosesslovgivningene som reformerte de nordiske land på 1900-tallet, bygde på denne bakgrunn på et strengt prinsipp om muntlighet.¹⁴

For den norske prosesslovgivningen var Kongeriket Norges Grundlov av 1814 av stor betydning. Grunnlovens § 88 ledet til at Norges Høyesterett ble opprettet i 1815, og § 94 ble startskuddet for arbeidet med en ny "almindelig civil og kriminal Lovbog", som også omfattet prosessreglene. Den første vesentlige endringen i prosesslovgivningen var straffeprosessloven av 1887, som stadfestet prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Lovreguleringen tydeliggjorde også det sterke behovet for muntlighet og bevisumiddelbarhet på sivilprosessens område.

Domstolloven, tvistemålsloven og tvangsfuldbyrdelsesloven ble vedtatt den 13. august 1915, men trådte først i kraft 1. juli 1927.¹⁵ Tvistemålslovens kapittel om anke trådte imidlertid ikke i kraft før i 1936. Som det fremheves av både Tvistemålsutvalget og Justis- og Politidepartementet, var nøkkelord for reformen *"større prosessenergi, saksbehandlingstiden skulle reduseres ved at sakene ble behandlet mer konsentrert, muntlighet ville bedre muligheten for dommerens saksstyring, og sammen med bevisumiddelbarhet ville man også oppnå sikrere resultat"*.¹⁶

Danmarks Riges Grundlov (1849) var av betydning for reformen av den danske rettergangslovgivningen. Den inneholdt regler om at prosessen skulle adskilles fra

¹⁴ Ulla Jacobsson, "Prosessformer i Norden: Muntliga eller skriftliga?", *Det 30. nordiske juristmøte*, Oslo 15.-17. august 1984, s. 214

¹⁵ Lov 13. august 1915 nr 5 om domstolene, lov 13. august 1915 nr 6 om rettergangsmåten for tvistemål og lov 13. august 1915 nr 7 om tvangsfuldbyrdelse. De to sistnevnte er senere opphevet og revidert.

¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 30 første spalte

forvaltningen, og at offentlighet og muntlighet skulle gjennomføres i vid utstrekning.¹⁷ Retsplejeloven ble vedtatt i 1916 og trådte i kraft 1. oktober 1919. Loven er svært omfattende og inneholder regler om saksbehandlingen i både sivil- og straffeprosessuelle saker. Siden 1916 er loven endret en rekke ganger.¹⁸

Sverige var sist ute med sin prosesslovgivning. Den nye rättegångsbalken ble først vedtatt i 1942 og trådte i kraft i 1948. Loven førte til gjennomgripende omveltninger i den svenske prosessen. Grunnleggende tanker i lovreformen var å knesette prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og konsentrasjon i alle instanser. Disposisjons- og forhandlingsprinsippene ble vektlagt i større grad enn tidligere, og dommeren ble tildelt rollen som aktiv saksstyrer fremfor utreder.¹⁹ Rättegångsbalken regulerer på samme måte som retsplejeloven saksbehandlingen i sivilprosessuelle og i straffeprosessuelle saker. Loven er siden 1942 endret en rekke ganger. I 1988 ble det foretatt en større revisjon av reglene for første instans, som gav retten større frihet til å velge mellom muntlig og skriftlig behandling. Det ble også innført regler som skulle virke for en mer effektiv saksbehandling. Også for annen instans ble det gjennomført en ytterligere oppmykning av kravet til muntlig behandling.²⁰

I nyere tid har både Norge og Danmark arbeidet med en fullstendig revisjon av det sivilprosessuelle lovverket. Utredning av en generell reform av den sivile rettspleie i Danmark ble satt i verk i 1998.²¹ Den danske lovgiver har funnet det mest hensiktsmessig å foreta en etappevis endring av lovverket. Retsplejerådet har avgitt flere betenkninger. Av særlig betydning for avhandlingens tema er *”Reform af den civile retspleje I; om instansordningen, byrettens sammensetning og alminnelige regler om saksbehandlingen i første instans”*, (nr. 1401/2001). I brev fra den danske Dommerforening, gjengitt i *Reform af den civile retspleje I*, uttales det at det er *”nødvendigt, at dommeren spiller en mere aktiv rolle med hensyn til styring og hurtig gennemførelse af retssagerne”*. Dommerforeningen foreslo en mer fleksibel anvendelse av skriftlig og muntlig behandling i prosessen *”i en mer samarbejdspræget arbejdsform mellem dommer, advokater og parter. Man kunne f.eks. forestille sig, at to parter advokater i fællesskab udarbejder en skriftlig sagsfremstilling. Noget sådant kunne*

¹⁷ Se Wikipedia i Danmark om Retsplejeloven (<http://da.wikipedia.org/wiki/Retsplejeloven>)

¹⁸ Se Wikipedia i Danmark (<http://da.wikipedia.org/wiki/Retsplejeloven>)

¹⁹ SOU 2001: 103 Del 1 s. 77 og 78

²⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 31 første spalte

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 31 første spalte

tjene til en mere effektiv forberedelse, bedre forligsmuligheter og en koncentration af domsforhandling og domsudfærdigelse”.

I Norge ble Tvistemålsutvalget opprettet ved kongelig resolusjon 9. april 1999. Utvalgets mandat var å foreta en *”bred gjennomgang av regelverket for domstolenes behandling av sivile saker, som i hovedsak baserer seg på lov om rettergangsmåten for tvistemål fra 1915”*. På grunnlag av utvalgets utredning – NOU 2001: 32 *Rett på sak* – ble odelstingsproposisjon Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) fremsatt i 2005. Loven ble vedtatt 17. juni 2005 og trådte i kraft 1. januar 2008. Det er den første fullstendige revisjon av de norske sivilprosessuelle regler siden tvistemålsloven fra 1915. Bakgrunnen for arbeidet med ny prosessordning for sivile saker utdypes i Justisdepartementets foredrag til den kongelige resolusjon. Innledningsvis legges det vekt på at en god prosessordning må bidra til *”kvalitet, effektivitet og rettsikkerhet i den sivile rettspleien, og den må åpne for rasjonell bruk av moderne informasjonsteknologi”*. Av spørsmål departementet særskilt mente burde vurderes, var tvistemålslovens regler om bevis og bevisføring fremhevet.²² Departementet utdyper at det bør vurderes *”hvilke regler som bør gjelde om bevisføring og om konsentrasjon av bevisførselen. Herunder bør reglene om fremlegging av skriftlige bevis overveies”*.

1.3. Domstolssystemet i Norge, Sverige og Danmark

Norsk og dansk rettergang har historisk sett gått hånd i hånd. Som et resultat av dette bærer rettergangene i Norge og Danmark preg av å være svært like. I Norge består det alminnelig domstolshierarkiet av Høyesterett, lagmannsrettene og tingrettene, jfr domstoloven § 1. Før en tvist om formuesverdier kan bringes inn for tingretten, er det som hovedregel pålagt med mekling i forliksrådet.²³ Hovedforhandlingen for tingrettene er muntlig, jfr tvl § 9-14. Anke over kjennelser og beslutninger til lagmannsretten avgjøres normalt etter skriftlig behandling, men når hensynet til forsvarlig og rettferdig rettergang tilsier det, skal muntlig forhandling holdes, jfr tvl § 29-15. Anke til lagmannsretten over dommer skal derimot avgjøres etter muntlig ankeforhandling, jfr tvl §§ 29-16 og 29-18. Behandling av anke over kjennelser og beslutninger for Høyesterett skjer som regel skriftlig, jfr tvl § 30-9 (1). Høyesteretts

²² Justisdepartementets foredrag til den kongelige resolusjon, pkt 8. Gjengitt i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 24

²³ Jfr tvl § 6-1 flg.

ankeutvalg kan imidlertid bestemme at det skal avholdes rettsmøter til nærmere behandling av deler av det som er tatt opp i ankesaken, jfr tvl § 30-9 (3). Anke over dommer til Høyesterett avgjøres etter muntlig ankeforhandling, men det gis adgang til visse skriftlige innslag, jfr tvl § 30-10.

Danmark har et lignende system med byretterne, landsretterne (Østre og Vestre Landsret) og Højesteret.²⁴ Den svenske rettergangsordningen er beslektet med den norske og danske, men avviker på enkelte punkter. Det svenske domstolsvesenet består av tingsrätterne, hovrätterna og Högsta domstolen. Til forskjell fra ordningen i Norge og Danmark har Sverige i tillegg et forvaltningsdomstolssystem som består av länsrätterna, kammarrätt og Regeringsrätten.²⁵

1.4. Hensyn bak de sivilprosessuelle reglene – tvistelovens formålsparagraf

Det grunnleggende formål bak en domstolsordning er tvisteløsning, men domstolene er også tillagt oppgaver som å sørge for gjennomføring av den materielle rett og å sørge for rettsavklaring og rettsutvikling.²⁶ Sistnevnte oppgave tilligger i hovedsak Høyesterett. For å oppfylle denne oppgave må de avgjørelser som treffes i domstolene, naturligvis være materielt riktige, og saksbehandlingen må bidra til å skape tillit til domstolene som tvisteløsningsorgan. Det er avgjørende at saken kommer til en ende innen rimelig tid, og at prosessen ikke blir så kostbar at den enkelte borger ikke har råd til å benytte seg av systemet.

De grunnleggende hensyn som ble fremhevet under lovreformen av 1915, blir videreført i tvisteloven. Som en sammenfatning kan man si at prosessen skal være betryggende og tillitskapende, samtidig som den skal være hurtig, rimelig og hensynsfull mot partene.²⁷ Samme hensyn gjør seg også gjeldende for domstolsordningen i Sverige og Danmark.²⁸

Tvisteloven skiller seg fra den gamle tvistemålsloven, retsplejeloven og rättegångsbalken ved at den i tvl § 1-1 angir formålet bak reglene i prosessen. Bestemmelsen er inspirert av den

²⁴ Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 6. utgave, København 2007 s. 57

²⁵ Retsplejerådets betenkning, *Reform af den civile retspleje I: Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans* (nr. 1401/2001), s. 163, se også Wikipedia i Sverige (http://sv.wikipedia.org/wiki/Allm%C3%A4nna_f%C3%B6rvaltningsdomstolar)

²⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Forelesninger i sivilprosess ved Universitetet i Tromsø*, våren 2008, s. 1-2

²⁷ Henry John Mæland, *Kort Prosess, En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 2. opplag, Bergen 2007 s. 17

²⁸ Se for eksempel Retsplejerådets betenkning, *Reform af den civile retspleje I*, (nr. 1401/2001), s. 83

europiske menneskerettskonvensjon (EMK)²⁹ art 6 og fanger opp helt sentrale elementer i kravet til en rettferdig rettergang. Formålsparagrafen skal bidra til å skape bevissthet om de viktigste hensyn ved anvendelsen av loven.³⁰ I første ledd uttales det at loven skal legge til rette for en *”rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister”*. Det presiseres at domstolene skal være *”uavhengige og upartiske”* og at loven skal ivareta den *”enkeltets behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene”*. I annet ledd listes opp en rekke strekpunkter som i første rekke henspiller på de prinsipper som ligger til grunn for lovgivningen. Listen er imidlertid ikke uttømmende.³¹ Bestemmelsen er av betydning ved tolkningen av de øvrige bestemmelser i tvisteloven.

1.5. Sivilprosessuelle regler i internasjonal rett

Internasjonal rett eller folkeretten regulerer i utgangspunktet rettsforholdet mellom statene.³² Norsk, svensk og dansk rett bygger på det såkalte dualistiske prinsipp. Det dualistiske prinsipp er et tosporet system som innebærer at den internasjonale rett og den nasjonale rett er adskilt. For at den internasjonale retten skal gjelde nasjonalt, må den vedtas særskilt gjennom transformasjon eller inkorporasjon. Transformasjon innebærer at det vedtas en lov nasjonalt, som gjengir de materielle bestemmelsene i den internasjonale retten. De internasjonale materielle bestemmelser kommer da til uttrykk i nasjonal språkdrakt og kan være mer eller mindre bearbeidet av nasjonal lovgiver. Inkorporasjon av internasjonal rett vil si at det fastsettes i lovs form at den aktuelle internasjonale retten skal gjelde direkte i nasjonal rett.³³ Den internasjonale retten likestilles med intern rett når den gis status som lov. De prinsipper som kommer til uttrykk i den internasjonale retten er autonome, og kan ikke tilsidesettes ved annen lovgivning. De har således særskilt rettskildemessig tyngde.³⁴

På sivilprosessens område er EMK art 6 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art 14 av betydning. Førstnevnte er inkorporert i Norge, Sverige og Danmark. Norge har

²⁹ Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Vedtatt i Roma, 4.november 1950 og trådte i kraft 3. September 1953.

³⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 363 første spalte

³¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 44 første spalte

³² I visse tilfeller reguleres også rettsforholdene mellom enkeltindivider og stater, og mellom organisasjoner og stater

³³ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), s. 21-22, punkt 6.1.1. Se for eksempel lov av 21. mai 1999 nr 30 (menneskerettsloven)

³⁴ SOU 2001:103 Del 1 s. 74

også inkorporert SP, mens Sverige og Danmark kun har valgt å konstatere rettsharmoni med SP. Bestemmelsene har tilnærmet lik ordlyd, og det er kun art 6 som vil bli gjennomgått i det følgende.³⁵

EMK art 6 oppstiller en rekke minstekrav til domstolsadgang og til domstolens organisering og saksbehandling. Disse minstekrav sammenfattes i bestemmelsens overskrift som retten til en rettfærdig rettergang, i offisiell versjon: "Right to a fair trial". Bestemmelsen gjelder både for sivile saker og for straffesaker, jfr ordlyden: "*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge*".³⁶ Av minstekrav som fremhever seg som særskilt viktige, er blant annet kravet om at det skal være en reell adgang til domstolen, at domstolen skal være uavhengig og upartisk, at saken skal avgjøres innen en rimelig frist, at rettergangen skal være offentlig og at muntlig behandling skal finne sted i minst en instans³⁷, samt at rettergangen for øvrig skal være rettfærdig.³⁸

Bestemmelsen fanger opp flere av de grunnleggende prinsipper som allerede gjelder på sivilprosessens område i de skandinaviske land. Enkelte av de sivilprosessuelle prinsippene gir følgelig uttrykk for grunnleggende menneskerettigheter. Ved tolkningen av de enkelte bestemmelser i sivilprosessen vil prinsipper som gir uttrykk for grunnleggende menneskerettigheter ha særskilt sterk vekt. Menneskerettighetene er for norsk retts vedkommende også gitt grunnlovsbeskyttelse i Grunnlovens § 110c og har derfor ytterligere tyngde ved tolkning og anvendelse av interne norske regler.

1.6. Litteratur og lovforarbeider

Av norsk juridisk litteratur innenfor sivilprosessen er "*Tvistemål*" av Jens Edvin A. Skoghøy et sentralt verk.³⁹ I tillegg foretas det en grundig gjennomgang av lovverket i "*Tvisteloven Kommentanutgave*" av Tore Schei m.fl. Avhandlingens tema behandles også særskilt i artiklene "*Utenrettslige forklaringer – tvml 197*" av Gunnar Aasland og "*Utenrettslige*

³⁵ I Danmark ved lov 29. april 1992 om den europeiske menneskerettighedskonvention, i Sverige ved lag 1994:1219 om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, i Norge ved lov 21. mai 1999 nr 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), konvensjonene er vedlagt loven.

³⁶ Med civil rights menes privatrettslige tvister, også når det offentlige er en part. Offentligrettslige tvister faller imidlertid utenfor begrepets rekkevidde.

³⁷ EMD-praksis, jf. særlig storkammerdom 23. november 2006 i saken *Jussila mot Finland*

³⁸ Retsplejerådets betenkning, *Reform af den civile retspleje I*, s. 96

³⁹ Verket er under revidering for å oppdateres i forhold til rettsstilstanden etter tvisteloven

forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven” av Camilla Bernt. For øvrig er forarbeidene til tvisteloven av betydning, herunder NOU 2001: 32 Bind A og B, ”*Rett på sak*” og Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) ”*Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*”.

I svensk prosessrettslitteratur er hovedverket utarbeidet av Ekelöf. I Rättegång I-V gis en gjennomgang av hele den svenske prosessordningen. I tillegg har arbeidet med ”En modernare rättegång”, prop 2004: 05/131 og SOU 2001:103, vært av betydning.

I dansk juridisk litteratur er spørsmålet om adgang til å fremlegge skriftlig forklaring behandlet i liten grad. Bernhard Gomard og Michael Kistrups bok ”*Civilprocessen*” er sentral, samt Eva Smiths bok ”*Civilproces*”. Dansk rettslitteratur tar utgangspunkt i muntlighets- og umiddelbarhetsprinsippet og drøfter spørsmålet i denne sammenheng.

Med virkning fra 1. januar 2007 ble det i dansk rett gjennomført en domstolsreform, og til grunn for denne reformen ligger Retsplejerådets betenkning om ”*Reform af den civile retspleje I*” (1401/2001). Betenkningen behandler i en viss utstrekning adgangen til å fremlegge skriftlig forklaringer.

1.7. Videre fremstilling

Nedenfor i punkt 2 foretas en gjennomgang av de sivilprosessuelle prinsipper av betydning for adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer i norsk, svensk og dansk rett. I punkt 3 behandles de legislative hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til skriftlige forklaringer i en muntlig prosess. Deretter foretas en analyse av den norske rettsregelen, etterfulgt av en redegjørelse for regelen i Sverige og Danmark. Avslutningsvis drøftes det i hvilken utstrekning det bør tillates med skriftlige innlegg i en muntlig prosess, samt en vurdering av de ulike reglene som gjelder i Norge, Sverige og Danmark.

2. Prinsipper i sivilprosessen

2.1. Innledende bemerkninger

De sivilprosessuelle regelverkene bygger på visse grunnleggende prinsipper som i stor grad går igjen i de nordiske landene. Disse skal legge til rette for en prosessordning som verner om den enkeltes rettssikkerhet. Prinsippene har ikke nødvendigvis en uttrykkelig hjemmel i landenes prosesslovgivning, men kommer gjerne til uttrykk i de forskjellige bestemmelser. Ved tolkning av sivilprosessuelle regler er det viktig å ha for øye de ulike prinsipper som ligger til grunn for lovgivningen.

Av særlig viktighet for adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer er prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og kontradiksjon, men også prinsippet om konsentrasjon av prosessen og prinsippet om en forholdsmessig bevisføring (proporsjonalitetsprinsippet) er av betydning. I svensk og dansk rett anvendes i tillegg prinsippet om det beste bevismaterialet, og for norsk retts vedkommende gjelder det et overordnet prinsipp om at saksbehandlingen skal være forsvarlig. Endelig er kravet til en rettferdig rettergang etter EMK art 6 av betydning i forhold til adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer.

2.2. Prinsippet om en forsvarlig saksbehandling og kravet til en rettferdig rettergang

Enhver prosess har et overordnet mål om å resultere i en materielt riktig avgjørelse. For å nå dette målet må domstolen ta tilbørlig hensyn til de regler og prinsipper som gjelder for prosessen. På tross av at alle regler er overholdt, kan det likevel tenkes at prosessen som helhet ikke fremstår som forsvarlig. I norsk rett er det derfor oppstilt et overordnet prinsipp om at saksbehandlingen skal være forsvarlig.⁴⁰ Dette bidrar til å styrke domstolenes legitimitet, og borgernes tillit til rettssystemet.

⁴⁰ Prinsippet hadde tidligere ulovfestet forankring, men er nå delvis lovfestet i tvl § 1-1.

Prinsippet om en forsvarlig saksbehandling innebærer at en dom kan oppheves selv om det ikke kan konstateres brudd på enkeltregler, såfremt prosessen som helhet ikke har vært forsvarlig.⁴¹

Lignende prinsipp kan også utledes av kravet til en rettferdig rettergang i EMK art 6, jfr ovenfor. Kravet til en rettferdig rettergang er i juridisk teori uttrykt å være en såkalt ”paranorm”. Det innebærer at alle andre regler som kan utledes av art 6, er utslag nettopp av at rettergangen skal være rettferdig, jfr bestemmelsens overskrift. Det følger av regelen at det må foretas en totalbedømmelse av prosessen, og den danner således grunnlag for regelpresisering og regelutvikling fra EMD.⁴² EMK er inkorporert i de nordiske land, og samme prinsipp må derfor implementeres i de respektive lands regler for å oppfylle konvensjonens krav.

At rettergangen er rettferdig, innebærer blant annet at begge parter må få føre sin sak i tråd med de allmenne prinsipper som gjelder på sivilprosessens område. Herunder må partene få tilstrekkelig tid og anledning til å redegjøre for sin sak og legge frem sine bevis for retten, samt imøtegå motpartens argumenter og bevis slik at retten får et betryggende grunnlag til å avgjøre saken i samsvar med de materielle regler.⁴³

2.3. Muntlighetsprinsippet

Utgangspunktet er at hovedforhandlingen skal være muntlig. Retten har blant annet ikke adgang til å legge vekt på skriftlige dokumenter som ikke har vært lest opp for retten, se for eksempel tvl § 11-1 (1). Avgjørelser kan kun baseres på de muntlige presentasjoner som er kommet frem under forhandlingen. Dette innebærer at både innledningsforedrag, parts- og vitneavhør, redegjørelse for bevis og sluttprosedyre skal meddeles muntlig for den dømmende rett.

Prinsippet begrunnes med at en muntlig fremstilling gir det beste grunnlag for å avsi en materielt riktig dom. Muntlig saksbehandling sikrer en effektiv og prosessøkonomisk saksgang. Det gir partene en faktisk følelse av å ha redegjort for *hele* saken for den

⁴¹ Se for eksempel Rt. 1977 s. 799 (Nattmøtet i Eidsivating) særlig side 803 andre avsnitt.

⁴² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave, Bergen 2007 s. 357-358

⁴³ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 423

dømmende rett, og partene kan føle seg sikre på at dommerne har hørt *hele* sakens historie. Muntlighet skaper således tillit til rettssystemet og legger til rette for en umiddelbarhet og offentlig saksbehandling.

Muntlighet stiller på den annen side store krav til hukommelsen. Glemselen er som Andenæs fremhever en aktiv skapende prosess. Hjernen forandrer og forfalsker ubevisst erindringsstoffet over tid.⁴⁴ Dommere må også være særskilt årvåkne ved kompliserte og omfattende vitnemål som kan være vanskelig å tilegne seg gjennom muntlig forklaring alene. I norsk rett behandles anke over beslutninger og kjennelser vanligvis skriftlig, men ved anke over dommer må forhandlingene gjentas ved muntlig ankeforhandling, jfr tvl §§ 29-15 og 29-16.

I norsk rett kommer muntlighetsprinsippet først og fremst til uttrykk i tvistelovens formålsparagraf, tvl § 1-1 (2) tredje strekpunkt. Bestemmelsen uttrykker at partene på minst ett trinn av saken skal "*kunne redegjøre muntlig for den*". Prinsippet kommer også frem i flere andre bestemmelser, særlig fremtredende er tvl § 9-14 (1).

I svensk rett knesettes prinsippet om muntlighet i RB 43:5. Det kommer også til uttrykk i RB 36:16 om at vitner skal avgi sin forklaring muntlig, og 42:13 om at partene kan lese opp skriftlige "*inlagor eller andra skriftliga anföranden*" hvis retten finner at det vil lette forståelsen eller for øvrig er til fordel for prosessen. Et krav om muntlighet kan også utledes av bestemmelsen i RB 35:8. Bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om det beste bevis som vil bli behandlet nærmere nedenfor.⁴⁵

I Danmarks Riges Grundlov går det frem av § 65, stk. 1 at prosessen skal være offentlig og muntlig "*i videst muligt omfang*". Retsplejeloven legger til rette for en muntlig prosess i § 148 om at rettssaker forhandles "*mundlig*", og at skriftlighet kun finner sted hvor "*loven særlig bestemmer det*".

⁴⁴ Johs. Andenæs, *Norsk Straffeprosess – Bind I*, 3.utgave, 3.opplag, Oslo 2005 s. 195

⁴⁵ Per Olof Ekelöf, Robert Boman, *Rättegång IV*, 6.opplag, Göteborg 1993, s. 28-29

2.4. *Bevisumiddelbarhetsprinsippet*

Bevisumiddelbarhet vil si at bevis føres direkte for den dømmende rett. Dette innebærer for eksempel at retten drar på åstedsbefaring istedenfor å studere fotografier, at retten personlig studerer realbevis og at parts-, vitne-, og sakkyndigforklaring foretas muntlig og direkte overfor den dømmende rett.

Prinsippet begrunnes i at retten får et selvstendig inntrykk av saken og de bevis som føres. Det gir retten mulighet til å stille spørsmål om det som fremstår som uklart og sikrer dermed et pålitelig avgjørelsesgrunnlag. Bevisumiddelbarhet legger til rette for en effektiv og følgelig prosessøkonomisk saksbehandling.

I norsk rett hjemles bevisumiddelbarhetsprinsippet i sivilprosessen i tvl § 1-1 tredje strekpunkt som uttaler at partene på ett trinn av saken skal kunne *"føre sine bevis umiddelbart for retten"*. Det kommer videre til uttrykk i spredte bestemmelser i tvisteloven, se for eksempel tvl § 21-9 som uttaler at *"bevisene føres direkte for den dømmende rett"*.

I svensk rett kommer prinsippet til uttrykk blant annet i RB 17:2 og 30:2. Etter disse bestemmelsene kan retten kun legge vekt på det som har *"förekommit vid förhandlingen"*. "Förhandlingen" innebærer etter sikker tolkning i svensk rett, muntlig forhandling.⁴⁶ Selv om bevisføringen har *"förekommit vid förhandlingen"* er det likevel ikke ensbetydende med bevisumiddelbarhet. I sak om grensesetting er bevisføringen eksempelvis ikke umiddelbar, dersom dommeren får fremlagt bilder av det aktuelle området under hovedforhandlingen, fremfor å dra på befaring.

Bevisumiddelbarhetsprinsippet har heller ikke i dansk rett en direkte forankring i retsplejeloven, men kommer i en noe mer begrenset form til uttrykk i rpl § 365. Bevisumiddelbarhetsprinsippet antas å henge i så nær sammenheng med muntlighet at det også får sin forankring her. Retsplejerådet trekker i sin betenkning, *"Reform af den civile retspleje I"* på side 85, frem visse grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper som det er viktig å ha for øye ved avgjørelsen av rettspleiemessige spørsmål, herunder bevisumiddelbarhetsprinsippet. I betenkningen understrekes det at bevisumiddelbarhet også kan oppfattes som et prinsipp om det beste bevis.

⁴⁶ Per Carlson og Mikael Persson, *Processrättens grunder*, 7. opplag, Uppsala 2004, s. 30 og Ekelöf, *IV*, s. 28-29.

2.5. *Prinsippet om det beste bevis*

Svensk og dansk rett opererer også med prinsippet om det beste bevis.⁴⁷ Prinsippet innebærer at dersom en og samme kunnskapskilde uten vanskeligheter kan utnyttes på flere ulike måter, skal det bevismiddel som gir det sikreste bevismessige grunnlag anvendes.⁴⁸ Med andre ord skal det bevis som gir det beste grunnlaget for sakens opplysning, legges til grunn for avgjørelsen.

Prinsippet har nær sammenheng med bevisumiddelbarhetsprinsippet. Eksempelvis er det ikke adgang til å fremlegge en skriftlig vitneforklaring, men beviset må presenteres på best mulig måte. Vitner må forklare seg direkte for rettens medlemmer.⁴⁹

Prinsippet åpner for en helhetsvurdering av hva som vil gi prosessen det beste grunnlaget for å komme til riktig materielt resultat. Dette kan således tale for skriftlig bevisføring når det gir et bedre grunnlag for å bedømme det materielle forhold.

For svensk retts vedkommende er prinsippet antatt å kunne utledes av RB 35:8, men bestemmelsen gir ingen uttrykkelig hjemmel for prinsippet. Heller ikke i dansk rett finnes det en uttrykkelig og klar hjemmel, men det trekkes som ovenfor nevnt frem i Retsplejerådets betenkning, *Reform af den civile retspleje I*.

2.6. *Kontradiksjonsprinsippet*

En kontradiktorisk prosess gir alle parter anledning til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter og bevis som føres mot dem, samt imøtegå de anførsler som gjøres gjeldende mot dem.⁵⁰

⁴⁷ Inspirert av engelsk rett; "*The best evidence rule*". Prinsippet om det beste bevis legges også til grunn i blant annet USA og Canada. Det innebærer at bevis ikke kan legges frem, med mindre det er "the best that the nature of the case will allow". Se Wikipedia, English (http://en.wikipedia.org/wiki/Best_evidence_rule)

⁴⁸ Ekelöf m.fl., *IV*. s. 27 flg.

⁴⁹ Carlson m.fl., *op. cit.* s. 30

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 34 første spalte

Prinsippet er viktig av rettssikkerhetsmessige hensyn. Det er en forutsetning for reell forhandling mellom partene og bidrar til at saken blir tilstrekkelig opplyst. En kontradiktorisk saksbehandling bidrar på denne måte til å skape tillit til rettergangen.

Det følger av tvl § 1-1 (2) første og andre strekpunkt at partene skal få ”argumentere for sin sak og føre bevis”, samt innsyn i og mulighet for ”å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis”. Videre kommer det kontradiktoriske prinsipp til syne i tvl § 9-15 som omhandler de enkelte ledd i hovedforhandlingen.

Verken svensk eller dansk rett har en uttrykkelig hjemmel for kontradiksjonsprinsippet. Svensk juridisk litteratur anvender uttrykket ”*audiatur et altera pars*” om kontradiksjonsprinsippet, som oversettes med at ”*ingen skall dömas ohörd*”. I dansk juridisk litteratur fremheves kontradiksjonsprinsippet eksempelvis gjennom forhandlingsprinsippet. En forutsetning for forhandlingsprinsippet er at motparten kjenner til det materiale som gjøres gjeldende mot ham. Retsplejeloven krever derfor at alt materiale som skal fremlegges for retten, også sendes motparten.⁵¹

2.7. **Konsentrasjonsprinsippet**

Tvisteløsning for domstolene innebærer at prosessen må konsentreres i tid og omfang. For å sikre en reell tilgang til domstolene er det viktig at det ikke går uforholdsmessig lang tid fra en sak bringes inn for domstolene til hovedforhandling avholdes. Det er videre viktig at selve domstolsbehandlingen ikke drøyer for mye ut i tid. Langtekkelighet ved skriftlig behandling eller for omstendelig bevisføring kan føre til materielt tap og store omkostninger for partene.⁵² For å spare tid og kostnader må alle krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis legges frem på et så tidlig tidspunkt som mulig.⁵³ Dette legger til rette for at den videre prosessen kan konsentreres om de sentrale tvistepunkter, og dermed en hensiktsmessig bevisførsel.

I norsk rett legges det til rette for en konsentrert saksbehandling ved at dommeren pålegges en plikt til aktivt å styre sakens fremgang, se for eksempel tvl §§ 9-4 (1), 9-13 (2) og 11-6. Etter

⁵¹ Eva Smith, *Civilproces – Grundlæggende regler og principper*, 4. utgave, København 2000 s. 30

⁵² Skoghøy, *Tvistemål*, s. 435-436

⁵³ Se Skoghøy, *Forelesninger i sivilprosess*, s. 42. Den såkalte eventualmaksimen pålegger partene å disponere som om det var siste gang de hadde ordet.

tvl § 9-16 kan en part ikke etter avsluttet saksforberedelse fremsette nye krav, påstander, påstandsgrunnlag eller legge frem nye bevis mot motpartens protest, med mindre særskilte vilkår foreligger.

Hovedregelen etter svensk rett er tilsvarende. Etter avsluttet saksforberedelse kan nytt prosessmaterialet prekluderes, jfr RB 42:15 og 43:10. Saksforberedelsen skal legge til rette for en konsentrert hovedforhandling etter RB 43:11 og 46:11.⁵⁴

Lignende regler finnes også i retsplejeloven. Partene har i utgangspunktet fri adgang til å fremsette krav, påstander og påstandsgrunnlag, samt legge frem bevis under saksforberedelsen. Etter avsluttet saksforberedelse kan nye krav, påstander og påstandsgrunnlag eller bevis ikke fremlegges, jfr rpl §§ 358, stk 1 og 363.

2.8. Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at prosessen må stå i et rimelig forhold til sakens omfang og betydning. En prinsipielt viktig og omfattende sak må undergis en særskilt betryggende saksbehandling, mens det i en enkel og mindre betydningsfull sak vil være uhensiktsmessig med en for omfattende bevisføring. Prinsippet er en presisering av konsentrasjonsprinsippet.

I tvisteloven fremheves prinsippet i formålsparagrafen, tvl § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. Det kommer også til syne i tvl § 21-7 som setter alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis. Første ledd stadfester at partene kun kan føre bevis om faktiske forhold som *”kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes”*. Etter annet ledd kan bevis nektes ført dersom det ikke er *”egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig”*, jfr bokstav b, eller *”retten finner det nødvendig å føre [beviset] på annen måte”*.

Prinsippet anvendes ikke direkte i svensk og dansk rett, men anses som en del av konsentrasjonsprinsippet.

⁵⁴ Per Carlson m.fl., *op.cit.* s. 30

3. Skriftlige forklaringer – betenkelig eller behjelpelig for prosessen?

3.1. Innledende bemerkninger

For å nå målene om en betryggende og tillitskapende prosess som er hurtig, rimelig og hensynsfull mot partene, er det viktig at rettergangen gjennomføres i tråd med de ovenfor nevnte prinsipper. Prinsippet om en forsvarlig rettergang og retten til en rettferdig rettergang etter EMK fungerer som overordnede normer når de enkelte prinsipper hver for seg ikke resulterer i en fullt ut forsvarlig og rettferdig rettergang.

Prinsippet om en muntlig og en umiddelbar rettergang ligger til grunn for hovedregelen om at parts- og vitneforklaringer skal fremføres muntlig for den dømmende rett. Muntlige vitnemål vil imidlertid ikke alltid oppfylle kravene til en forsvarlig og rettferdig rettergang. Skriftlige forklaringer kan i enkelte tilfeller sikre kontradiksjon og konsentrasjon av prosessen i større grad enn muntlig vitnemål.

Forklaring for retten kan tenkes avgitt på tre forskjellige måter. Parten eller vitnet kan avgi en skriftlig forklaring som legges frem i retten. Parten eller vitnet kan avgi en muntlig forklaring i retten. Endelig kan parten eller vitnet avgi en skriftlig forklaring i forkant av et muntlig avhør i retten.

3.2. Betenkelig eller behjelpelig?

Skriftlige forklaringer er mest betenkelige når forklaringen gjelder partens eller vitnets redegjørelse for et særskilt hendelsesforløp eller vitnets beskrivelse av en gjenstand, person, samtale etc. Skriftlighet representerer i slike tilfelle en fare for at forklaringen kan være påvirket av den part som ønsker den fremlagt. En skriftlig forklaring kan således være upålitelig og fremstå som en trussel mot kravet til en forsvarlig rettergang.

Dersom det er umulig å foreta et muntlig avhør, kan hensynet til sakens opplysning tilsi at det likevel bør være adgang til å fremlegge en skriftlig forklaring. Eksempelvis hvis vitnet er avgått ved døden, eller hvis det er av ulike grunner er umulig å få tak i vedkommende.

Fremleggelse av en skriftlig forklaring sikrer i slike tilfelle et sterkere bevismessig avgjørelsesgrunnlag for retten.

Muntlige forklaringer gir retten adgang til personlig å vurdere vitnemålet, vitnets oppførsel og troverdighet. En skriftlig forklaring kan pyntes på. Den gode skribent kan renskrive og forbedre sitt vitnemål mange ganger. Utsagn vitnet ønsker å unndra offentlighet, kan gjemmes mellom ord og setninger, og således føre til at saken ikke blir tilstrekkelig opplyst. En muntlig forklaring kan nok også forberedes, men vanskelighetene vil være adskillig større. Det er større kvaler knyttet til å lyve direkte overfor den dømmende retten enn det er å forfatte usannheter på papir. Vitnet vil heller ikke kunne forberede seg på alle spørsmål fra prosessfullmektiger og dommere.

Muntlig avhør for den dømmende rett gir videre dommeren adgang til aktivt å styre prosessen, og legger grunnlaget for en konsentrert prosess. Et muntlig avhør av parten eller vitnet gir retten og motparten adgang til fortløpende å stille spørsmål ved uklarheter i forklaringen og legger således bedre til rette for en kontradiktorisk prosess.

Andre hensyn vil derimot gjøre seg gjeldende dersom forklaringen gjelder tekniske og kompliserte forhold, eller dersom forklaringen er svært omfattende. Det kan i slike tilfeller være vanskelig for retten på grunnlag av en muntlig fremstilling å tilegne seg den kunnskap retten må ha for å avsi en materielt riktig dom. Hensynet til sakens opplysning kan da tilsi at det er behov for å legge frem en skriftlig forklaring i forkant av et muntlig avhør. I slike tilfeller vil det også være en fordel for motparten å få mulighet til å forberede spørsmål til avhøret.

Sakkyndige avgir ofte kompliserte forklaringer. Både i norsk, svensk og dansk rett gis rettsoppnevnt sakkyndig adgang til å legge frem skriftlig forklaring eller erklæring. Hva så med private sakkyndige? Partene kan ha behov for å benytte seg av privat sakkyndig for å trekke rettsoppnevnte sakkyndiges uttalelse i tvil, eller privat sakkyndig har særskilt kunnskap i saken fordi vedkommende har befattet seg med saken på et tidligere tidspunkt. Adgang til å føre sakkyndiges forklaringer som bevis sikrer parten reell kontradiksjon. En løsning kan

være at den sakkyndige oppnevnes som rettsoppnevnt sakkyndig. Det vil på den annen side ikke alltid være mulig fordi vedkommende kan ha blitt inhabil.⁵⁵

En skriftlig forklaring i forkant av et omfattende muntlig avhør kan i større grad, enn en muntlig forklaring alene ivareta prinsippet om kontradiksjon og konsentrasjon av prosessen. Partene og retten kan forberede seg til det rettslige avhøret, og avhøret kan dreie seg om tvistepunktene eller usikkerhetsmomentene. De punkter partene allerede er enige om, kan utelates fra avhøret. En skriftlig forklaring vil i slike tilfeller være behjelpelig for prosessen.

Som hovedregel har en muntlig forklaring direkte for den dømmende rett de beste grunner for seg. Men at en skriftlig forklaring nektes fremlagt, kan i ytterste konsekvens komme i konflikt med kravet til en rettferdig rettergang, prinsippet om en forsvarlig saksbehandling og prinsippet om det beste bevis.⁵⁶

4. Fra tvistemålslovens § 197 til tvistelovens § 21-12 (2)

4.1. Innledende bemerkninger

Det var et overordnet mål ved tvistemålsreformen i 1915 å markere et skille fra en skriftlig til en muntlig prosess. Muntlighet ble sett på som avgjørende for den enkeltes rettssikkerhet og grunnleggende for at prosessen kunne gjennomføres på rimelig tid. Utgangspunktet etter tvml § 197 var derfor at utenrettslige forklaringer eller erklæringer som var avgitt i anledning saken, ikke kunne fremlegges. Bestemmelsen gjorde imidlertid unntak for forklaring eller erklæring fra rettsoppnevnt sakkyndig, samt for de tilfeller hvor rettslig avhør ikke kunne foretas eller motparten samtykket i fremleggelsen.

Forbudet mot skriftlige forklaringer etter tvml § 197 viste seg imidlertid å være tungdrevet, samtidig som muntlighet på alle punkter verken var avgjørende for den enkeltes rettssikkerhet eller for prosessens effektivitet. Man anså at en skriftlig behandling i visse tilfelle faktisk ville styrke rettssikkerheten og bidra til å konsentrere prosessen, og således virke

⁵⁵ Privat sakkyndig kan da bare avgi vitneforklaring.

⁵⁶ Se NOU 2001: 32 Bind A s. 466 annen spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208 første og annen spalte

prosessøkonomisk. Som en følge av dette var det et særegent mål for arbeidet med ny tvistelov å vurdere hvilke regler som burde gjelde for bevisføring og for konsentrasjon av bevisførselen. Særskilt var det behov for en revidering av reglene om fremlegging av skriftlige bevis.⁵⁷

Et forbud mot fremleggelse av skriftlige forklaringer har i alminnelighet gode grunner for seg. I enkelte tilfeller kan imidlertid sterke hensyn tale for fremleggelse av skriftlig forklaring, jfr punkt 3.2. ovenfor. Ved revisjon av tvistemålsloven hersket det bred enighet om at tvml § 197 gikk for langt i å forby utenrettslige forklaringer og erklæringer, og at det i den nye tvisteloven var på tide med en oppmykning av tidligere gjeldende rettstilstand.⁵⁸

Hovedregelen etter norsk rett er at parts- og vitneavhør avgis direkte for den dømmende rett, jfr tvl §§ 23-2 og 24-1 (3). Adgang til å fremlegge skriftlig forklaring er et unntak fra hovedregelen og reguleres derfor særskilt i tvistelovens femte del om bevis, kapittel 21 om de alminnelige regler om bevis.

4.2. Forbudet mot skriftlig forklaring i saken

Tvl § 21-12 viderefører i utgangspunktet det forbud mot fremleggelse av skriftlig forklaring som gjaldt etter tvml § 197. Etter første ledd kan imidlertid rettsoppnevnt sakkyndig føre skriftlig erklæring som bevis. I annet ledd gjøres det unntak fra forbudet, for fremleggelse av skriftlig forklaring fra andre når *"partene er enige om det"*, eller hvis det gis adgang til *"å avhøre den som har gitt forklaringen"*. Siste alternativ utvider adgangen til å fremlegge skriftlig forklaring i forhold til den gamle tvistemålsloven. Videre må det være *"klart at vedkommende møter"* før en eventuell fremleggelse kan foretas. Hvis det er *"umulig å avhøre"* den som har gitt forklaringen, kan den likevel føres, såfremt det *"ikke strider mot lovens formål etter § 1-1"*.

Forbudet mot skriftlig forklaring i tvl § 21-12 (2) er en naturlig følge av de ovenfor nevnte prinsipper om forsvarlig saksbehandling, muntlighet, bevisumiddelbarhet og konsentrasjon av

⁵⁷ NOU 2001: 32 Bind A s. 83 første spalte og Ot. Prp. nr. 51 (2004-2005) s. 24 annen spalte

⁵⁸ NOU 2001: 32 Bind A s. 466 annen spalte

prosessen. Av hensyn til de samme prinsipper er det imidlertid på visse vilkår gjort unntak fra hovedregelen.

I tvl § 21-12 (2) første setning knesettes hovedregelen om forbudet mot ”*skriftlig forklaring i saken*”. En endring fra tvml § 197 som rettet seg mot ”*utenrettslig forklaringer eller erklæringer (...) avgitt i anledning saken*”. Tvl § 21-12 (2) tar imidlertid sikte på å videreføre den rett som gjaldt etter tvml § 197.⁵⁹ Rettskilder knyttet til tvml § 197 er derfor relevante for tolkningen av tvl § 21-12 (2).

4.2.1. Skriftlig forklaring

Tvl § 21-12 (2) retter seg kun mot dokumenter som inneholder en forklaring avgitt i saken. Forklaring i saken avgis av parter, vitner og sakkyndige. Tvl § 21-12 (1) regulerer rettsoppnevnte sakkyndiges forklaringer, mens annet ledd retter seg mot parts- og vitneforklaringer, herunder forklaring fra sakkyndig vitne som ikke er oppnevnt av retten.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”*skriftlig forklaring*” er berettende, beskrivende eller vurderende utsagn som er nedtegnet på papir eller skrevet og lagret elektronisk.⁶⁰ Motsetningen til en skriftlig forklaring er at parten eller vitnet forklarer seg muntlig og direkte for den dømmende rett. Bevismateriale som ikke kan være gjenstand for muntlig avhør i retten, faller således utenfor rekkevidden av begrepet skriftlig forklaring etter tvl § 21-12 (2), for eksempel fotografi, kart eller lignende.⁶¹ Det er imidlertid en forutsetning for fremleggelse at slikt bevismateriale ikke suppleres med skrift eller lyd som oppfyller vilkårene til skriftlig forklaring etter tvl § 21-12 (2).⁶²

Den gamle bestemmelsen i tvml § 197 rettet seg mot de forklaringer eller erklæringer som var *utenrettslige*. En utenrettslig forklaring er en forklaring som har blitt til utenfor rettsmøte. Dette innebærer at også forklaringer som privat er lest inn på diktafon eller spilt inn på videoopptak, omfattes av ordlyden skriftlig forklaring.⁶³ Mens forklaring eller erklæring som er blitt til i et rettsmøte, faller utenfor området for forbudet. Det er på denne bakgrunn påfallende at lovgiver har valgt ordlyden ”*skriftlig forklaring*” når begrepet også rammer

⁵⁹ NOU 2001: 32 Bind B s. 955 første spalte

⁶⁰ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 639, Gunnar Aasland, *Utenrettslige erklæringer – tvml § 197*, i *Rett og rettsal: Festskrift til Rolv Ryssdal*, s. 246

⁶¹ Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, Forelesning på Elverum 11. mai 2009, s. 3

⁶² Se lignende tilfelle i Rt. 2003 s. 926 som gjaldt muntlige kommentarer på et videoopptak. Høyesterett kom til at beviset måtte avskjæres, jfr tvml § 197.

⁶³ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 615

utenrettslige forklaringer i form av lyd- eller videoopptak, mens forklaringer som er nedtegnet skriftlig i rettsmøte faller utenfor.

Det er ikke avgjørende hvilken utforming forklaringen er gitt. Et brev kan eksempelvis oppfylle kravet til skriftlig forklaring. I Rt. 1976 s. 1506 var det spørsmål om fremleggelse av et brev fra et vitne til den ene parts prosessfullmektig. Høyesterett fant at brevet oppfylte vilkåret etter tvml § 197 om utenrettslig forklaring eller erklæring og således måtte avskjæres.

Dokumenter som inneholder enkle faktaopplysninger som det ikke finnes noen grunn til å trekke i tvil, kan derimot fremlegges. Forutsetningen for fremleggelse er at dokumentene ikke inneholder vurderinger, og at det er finnes noen betenkeligheter ved at de legges frem i skriftlig form. I Rt. 2006 s. 907 var det spørsmål om fremleggelse av dokumentbevis var i strid med tvml § 197. Den kjærende part nedla påstand med krav om at seks dokumentbevis ble tillatt fremlagt fordi dokumentene gjaldt forhold som var uomtvistet. Det gjaldt blant annet attest fra arbeidsgiver vedrørende hvor lenge saksøker hadde arbeidet hos arbeidsgiver, og hvilken inntekt han hadde hatt. Motparten anførte at det var grunn til å betvile riktigheten av opplysningene i de fremlagte dokumentene, samt at en av erklæringene inneholdt vurderinger. Det ble nedlagt påstand om at tre av dokumentene skulle nektes fremlagt. Kjæremålet førte delvis frem.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte at tvml § 197 har vært forstått slik at *”erklæringer som ikke inneholder vurderinger og hvis riktighet det ikke er grunn til å trekke i tvil, kan legges fram uten samtykke. I tillegg kreves at det er ubetenkelig at opplysningene gis i skriftlig erklæring i stedet for vitneforklaring”*. To av dokumentene ble nektet fremlagt. Det tredje dokumentet som inneholdt opplysninger fra arbeidsgiver om ansettelsestid og lønnsforhold, ble tillatt fremlagt.

Også andre dokumenter som oppfyller vilkårene oppstilt av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2006 s. 907, kan fremlegges. Det kan for eksempel være utskrifter fra Meteorologisk institutt om vær- og temperaturforhold, data registrert i offentlig eller privat register, arkiv eller lignende.⁶⁴ I tvl § 21-2 (3) er det nå lovhjemlet at retten kan legge vekt på vitterlige kjensgjerninger uten at det har vært forhandlet om det.

⁶⁴ Se Skoghøy, *Twistemål*, s. 640 og Aasland, *Utenrettslige erklæringer* s. 251

Dispositive utsagn faller på den annen side utenfor området for skriftlig forklaring. I Rt. 1993 s. 1071 presiseres det at en utenrettslig erklæring om hvordan en avtale er å forstå, ikke kan legges frem. Derimot kan en endringsavtale fremlegges, samt avtale som gir uttrykk for hvordan den første avtalen mellom partene er å forstå, såfremt denne gir uttrykk for en rettslig disposisjon. Høyesterett legger i et obiter dictum til at hvis en avtale inneholder både rettslige disposisjoner og utsagn om hvordan partene oppfattet den første avtalen, må avtalen tillates fremlagt. Den del som inneholder utsagn om hvordan partene oppfattet den første avtalen, kan imidlertid ikke tillegges bevismessig betydning.⁶⁵

Enkelte skriftlige dokument er særskilt unntatt fra forbudet ved annen lovbestemmelse. For eksempel kan såkalte hjelpedokument fremlegges i kraft av tvl § 9-14. En skriftlig forklaring etter tvl § 21-12 (2) må ikke forveksles med hjelpedokument etter tvl § 9-14. Et hjelpedokument kan eksempelvis være en disposisjon, en oppsummering av komplisert tallmateriale, beregninger, tidslinjer eller lignende. Hensikten med hjelpedokumentet er å lette forståelsen av den forklaring vedkommende avgir for retten.⁶⁶ Det er imidlertid en forutsetning at dokumentet ikke inneholder beskrivelser, argumentasjon eller vurderinger.⁶⁷ I Rt. 1996 s. 1008 var det spørsmål om en skriftlig forklaring fra en privat engasjert sakkyndig var å anse som et hjelpedokument.⁶⁸ Høyesterett kom til at det aktuelle dokument inneholdt subjektive vurderinger og således ikke kunne legges frem. Et hjelpedokument har i motsetning til en skriftlig forklaring, ikke selvstendig bevisverdi. Det inneholder kun opplysninger som vil fremgå av den muntlige forklaringen. Lovgiver har på denne bakgrunn funnet at det ikke er betenkeligheter ved å tillate fremleggelse av hjelpedokument i tilknytning til den muntlige forklaringen.⁶⁹

4.2.2. Særlig om juridiske utredninger

Private sakkyndiges utredninger omfattes av begrepet skriftlig forklaring i tvl § 21-12 (2). Det stiller seg imidlertid noe annerledes i forhold til juridisk sakkyndiges utredninger vedrørende det rettslige avgjørelsesgrunnlaget i saken.

⁶⁵ Se også Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, s. 3

⁶⁶ Norsk lovkommentar note 493 til § 9-14

⁶⁷ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 640

⁶⁸ *Tvistemålsloven* ga ingen uttrykkelig hjemmel for å tillate fremlagt hjelpedokument, men en slik adgang utviklet seg etter hvert i rettspraksis.

⁶⁹ Bernt, *op.cit.* s. 280

Tvml § 197 gjaldt utenrettslige forklaringer og erklæringer om det faktiske og det rettslige avgjørelsesgrunnlaget i saken.⁷⁰ Bestemmelsen i § 21-12 (2) gjelder kun det faktiske, jfr tvl § 21-1. Tvisteloven regulerer nå adgangen til å fremlegge juridiske utredninger i § 11-3.

Etter tvml § 197 kunne forklaringer og erklæringer om det rettslige avgjørelsesgrunnlaget i saken legges frem når rettslig avhør ikke kunne gjennomføres, eller når motparten samtykket. Tvl § 11-3 femte punktum gir adgang til å føre en juridisk utredning foranlediget av saken som bevis, dersom det foreligger ”*samtykke fra alle parter*”. Adgangen til å legge frem juridisk utredning dersom avhør ikke kan gjennomføres, er følgelig fjernet.

Retten har en videre adgang til å vurdere hvilken bevisføring som skal tillates om rettsregler enn om faktiske forhold. I Ot. prp. nr 51 (2004-2005) s. 405 er det forutsatt at bevisføring om det rettslige avgjørelsesgrunnlaget bare skal skje unntaksvis. Sentralt i vurderingen av hvilke bevis som kan føres om rettsregler, er proporsjonalitetsprinsippet. Selv om vilkåret om samtykke er oppfylt, kan fremleggelse kun finne sted i den utstrekning retten finner ”*grunnlag for at det er ønskelig med slik bevisføring i henhold til tredje og fjerde punktum*”.

Tvl § 11-3 er ikke til hinder for at det føres bevis for rettsspørsmål, men det aktuelle materialet må ikke være foranlediget av saken. I forarbeidene til tvisteloven presiseres det at en juridisk utredning er foranlediget av saken når den er skrevet som en konsekvens av saken eller med henblikk på den. Det er uten betydning om betenkningen er formulert som en betenkning eller som et dokument som generelt behandler aktuelle rettsspørsmål. Og det er heller ikke et krav at betenkningen er skrevet etter anmodning av en av partene.⁷¹

Partene har i henhold til det kontradiktoriske prinsipp, rett til å redegjøre for sitt syn på de aktuelle rettsspørsmål saken reiser. Bestemmelsen i § 11-3 er ikke til hinder for å innhente en juridisk betenkning og legge den frem kamouflert som eget materiale. Det presiseres i NOU 2001: 23 Bind B, s. 706 at juridiske utredninger fra andre enn partene har betydning som bevis for rettsanvendelsen ”*fordi de er inngitt av en med særlig innsikt i rettsspørsmålet*”.⁷²

⁷⁰ Se for eksempel; Skoghøy, *Tvistemål*, s. 640 flg. og Rt. 2003 s. 1564

⁷¹ NOU 2001: 32 Bind B s. 706 første spalte

⁷² NOU 2001: 32 Bind B s. 706 annen spalte og Skoghøy, *Adgangen til å legge frem utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, s. 13

Både i rettspraksis og juridisk teori har det vært ytret stor skepsis mot å tillate fremlagt juridiske betenkninger. Normalt vil en juridisk betenkning innhentes fra en anerkjent jurist med høy faglig innsikt på det aktuelle rettsområde. Faremomentet er at den juridiske betenkningen er påvirket av parten som innhenter eller bestiller den. Betenkningen kan koste dyrt, og ofte vil det da oppstå et lojalitetsforhold mellom oppdragsgiver og oppdragstaker slik at betenkningen formes i favør av den part som innhenter eller bestiller den. Adgang til å legge frem en juridisk betenkning volder da også problemer i forhold til prinsippet om partslikhet. En dyr juridisk betenkning gir den sterkere part en fordel som den svakere part ikke har mulighet til å benytte seg av.⁷³

Når parten legger beviset frem uten å fremheve forfatteren bak utredningen, gjør imidlertid de ovenfor nevnte hensyn seg ikke gjeldende. Materialet omfattes for øvrig da heller ikke av ordlyden ”*juridiske utredninger*” i § 11-3.

Twistelovens differensiering av adgangen til å legge frem skriftlig forklaring når det gjelder det faktiske og det rettslige avgjørelsesgrunnlaget er etter dette hensiktsmessig, fordi det gjør seg gjeldende så vidt forskjellige hensyn i de ulike tilfellene.

4.2.3. Skriftlig forklaring i saken/foranlediget av saken

Forbudet mot fremleggelse av skriftlig forklaring i tvl § 21-12 (2) og juridisk utredning i tvl § 11-3 betinges begge av at den skriftlige forklaringen er avgitt ”*i saken*” eller at den er ”*foranlediget av saken*”. Samme tolkning må legges til grunn for uttrykkene ”*i saken*” og ”*foranlediget av saken*”. Med ”*saken*” menes den foreliggende eller kommende rettssak. Det er forklaringer avgitt eller innhentet med tanke på bruk under den foreliggende rettssaken som forbys.⁷⁴

Dette innebærer at skriftlige forklaringer som stammer fra tiden før den rettslige konflikten ble innledet, faller utenfor området for tvl § 21-12 (2). Korrespondanse som har gått mellom parter, vitner og prosessfullmektiger før rettssak ble anlagt, kan således legges frem. Betingelsen for fremleggelse er at korrespondansen tar sikte på å finne frem til en utenrettslig løsning av saken.

⁷³ Se Skoghøy, *Twistemål*, s.641

⁷⁴ Se Skoghøy, *Twistemål*, s. 633 ff og Rt. 2007 s. 920 avsnitt 77

Korrespondanse som har funnet sted etter at rettssak er anlagt, kan derimot ikke legges frem.⁷⁵ Rt. 1997 s. 2043 er illustrerende. Saken gjaldt korrespondanse mellom prosessfullmektigene og den ankende parts prosessfullmektig og motpart, og mellom samme parts prosessfullmektig og et vitne i saken. Korrespondansen hadde funnet sted etter at dom i herredsretten var avsagt. Kjæremålsutvalget uttalte at så lenge saken verserer i rettssystemet, vil korrespondanse mellom parter, vitner og prosessfullmektiger normalt omfattes av forbudet i tvml § 197.

Forklaringer som nedtegnes på et tidspunkt hvor det er klart at det har oppstått tvist mellom partene, og at denne tvisten vil føre til rettssak, rammes av forbudet i § 21-12 (2). Det gjør også de forklaringer som forfattes med kunnskap om at saken muligens vil ende i rettssystemet, og den ene parten tar sikte på å bruke forklaringen mot den annen part.⁷⁶

Saken skal forberedes for retten ved stevning, tilsvare og øvrige prosesskrift. I prosessskiftene skal partene redegjøre for krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis, se tvl §§ 9-2 og 9-3. Prosessskriftene skal fremstille saksforholdet. Det er imidlertid ikke adgang til å ta inn forklaringer eller argumentasjon i prosesskrift. I Rt. 2003 s. 213 var det spørsmål om å omgjøre en beslutning om å ta et prosesskrift ut av saken, jfr tvml § 197. Begrunnelsen for å ta ut prosessskriftet var at det inneholdt uttalelser fra rettsoppnevnt sakkyndig basert på utredninger etter at hans verv som sakkyndig var avsluttet. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant ikke grunnlag for å omgjøre beslutningen.⁷⁷

Rettspraksis har lagt til grunn at det er dokumentets dominerende formål som er avgjørende for spørsmålet om det er avgitt i anledning saken eller ikke. Rt. 1997 s. 93 gjaldt spørsmål om fremleggelse av dokumenter under saksforberedelsen i kjæremålssak om konkursåpning. Spørsmålet var om dokumentene var avgitt i anledning saken, jfr tvml § 197. Om dokumentene var avgitt i anledning saken måtte bero på en vurdering, hvor det avgjørende momentet var *”hvilket formål erklæringene skulle tjene”*. De aktuelle erklæringene var innhentet for å gi konkursboet tilstrekkelig informasjon for å avgjøre om debitors virksomhet kunne fortsettes eller ikke. Kjæremålsutvalget konkluderte med at erklæringene ikke var avgitt i anledning saken, men innhentet av andre grunner. De kunne derfor fremlegges.

⁷⁵ Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, s. 7

⁷⁶ Rt. 1972 s. 831. Se også Skoghøy, *Tvistemål* s. 634

⁷⁷ Se også Rt. 1993 s. 343 og Rt. 1980 s. 1679

I Rt. 2008 s. 79 var det også spørsmål om et dokument var blitt til i anledning saken, jfr tvml § 197. Førstvoterende, med tilslutning av de øvrige dommerne, uttalte at det ikke hadde vært det ”dominerende formål med utarbeidelsen at notatet skulle brukes i forberedelsen av en rettssak”. Høyesteretts kjæremålsutvalg tillot derfor dokumentet fremlagt.⁷⁸

Problemstillingen er hvilket formål som har vært dominerende i utarbeidelsen av dokumentet. Det kan være vanskelig å fastslå presist hva som har vært dokumentets dominerende formål. Avgjørende må, i henhold til rettspraksis, være en helhetsvurdering hvor den tidsmessige nærhet til rettssaken er sentralt.⁷⁹

I praksis er det lagt til grunn at rapporter fra offentlige eller private granskningsutvalg, samt forklaringer avgitt til slike utvalg, ikke har rettssaken som dominerende formål. Slike rapporter kan derfor legges frem. I Rt. 1998 s. 110 var det spørsmål om en rapport utarbeidet av Phillips Petroleum Company Norway kunne legges frem. Granskningen var satt i gang for å innhente opplysning for å bedømme om det forelå kritikkverdige forhold innad i bedriften. Selv om rapporten ikke var ferdigstillet før vel en måned etter at søksmålet var fremmet, var initiativet til granskningen tatt på et mye tidligere tidspunkt. Kjæremålsutvalget viste til avgjørelsen i Rt. 1997 s. 93, om betydningen av dokumentets formål. Rapportens dominerende formål var ikke rettssaken, men å fastslå om det forelå kritikkverdige forhold innad i bedriften. Den var dermed ikke omfanget av ordlyden ”i anledning saken”, jfr tvml § 197.

På lignende vis faller dokumenter som er kommet til gjennom etterforskning av straffesak også utenfor ordlyden i tvl § 21-12 (2).⁸⁰ Formålet med etterforskningsdokumenter er å slå fast om det har funnet sted en straffbar handling, samt anvende dokumentene i straffesaken. De tar ikke sikte på den etterfølgende sivile rettssaken.

4.2.4. Særlig om uttalelser fra tvistenemnder og konfliktløsningsorgan

Særlige spørsmål reiser seg vedrørende uttalelser fra tvistenemnder og uttalelser fra private eller offentlige konfliktløsningsorganer. Spørsmålet er om slike dokumenter kan anses avgitt i saken.

⁷⁸ Se også Rt. 2002 s. 637 og Rt. 2007 s. 920 m.fl.

⁷⁹ Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker* s. 5, Rt. 1997 s. 2043 og Rt. 2003 s. 1031

⁸⁰ Se Rt. 1996 s. 863

Spørsmålet om uttalelser fra tvistenemnder reguleres i tvl § 9-4 (4). Bestemmelsen legger til grunn at det, dersom det reises sak for å få overprøvd dom i forliksrådet eller *”tvistenemndsvedtak som får virkning som dom hvis det ikke bringes inn for domstolene”*, er tilstrekkelig å oversende avgjørelsen til retten. Det må videre angis at avgjørelsen ønskes overprøvd, hvilken endring som kreves, og hvilke feil det hevdes som hefter ved avgjørelsen. I annet punktum pålegges retten å innhente dokumentene fra den instans som har truffet avgjørelsen.

Spørsmålet er så om dokumenter fra private eller offentlige konfliktløsningsorgan som for eksempel Forbrukertvistutvalget, Bankklagenemnda, Klagenemnda for bilsaker m.fl. kan anses avgitt *i saken*.⁸¹

Rt. 1983 s. 1567 gjaldt krav om at saksøkeren skulle gis rett til å heve kjøpet av en lastebil. Problemstillingen for Høyesteretts Kjæremålsutvalg var om et brev fra Klagenemnda for bilsaker skulle fjernes fra saksdokumentene. Avgjørende var om uttalelsene i brevet kunne anses avgitt i anledning saken, jfr tvml § 197. Kjæremålsutvalg konstaterte at uttalelser fra Klagenemnda for bilsaker, *”eller tilsvarende uttalelser fra andre private konfliktløsende organer”* ikke er avgitt i anledning et planlagt søksmål. Slike uttalelser tilsikter å få til en utenrettslig løsning av tvisten. De kan derfor ikke anses å være avgitt i anledning saken, og faller således utenfor området for tvl § 21-12 (2).

4.2.5. Særlig om dokumenter fra forvaltningsmessig behandling av saken

I både privatrettslige og offentligrettslige saker har det ofte funnet sted en forvaltningsmessig behandling av saken før den bringes inn for domstolene. Problemstillingen er for det første om dokumenter som skriver seg fra forvaltningsmessig behandling, omfattes av tvl § 21-12 (2). Forutsatt at slike dokumenter omfattes, er det for det andre spørsmål om de kan anses avgitt i saken. Problemstillingene har vært gjenstand for adskillig drøftelser i juridisk teori og rettspraksis.⁸²

Diskusjonen oppsto som følge av avgjørelsene i Rt. 1968 s. 1080 og Rt. 1971 s. 767.⁸³ Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i disse avgjørelsene til at tvml § 197 bare gjaldt

⁸¹ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 637, Aasland, *Utenrettslige erklæringer* s. 249-250

⁸² Se for eksempel Aasland, *op. cit.* s. 252, Camilla Bernt, *”Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven”*, *Jussens Venner*, 2007, s. 280-281 og Skoghøy, *Tvistemål* s. 634-635

⁸³ Det finnes også eksempel på flere rettsavgjørelser som foranlediget diskusjonen.

dokumenter av privat karakter og ikke dokumenter avgitt i offentlig tjeneste. Samstemt juridisk teori hevdet imidlertid at disse avgjørelsene gikk for langt, og standpunktet er fraveket i senere rettspraksis.⁸⁴

Rt. 1968 s. 1080 gjaldt spørsmål om etterberegning av merverdiavgift. Forholdet i saken var at staten ønsket å legge frem tilleggsrapport utarbeidet av skatteinspektørens regnskapskontrollør. Rapporten var innhentet etter at saken var brakt inn for retten. Kjæremålsutvalget uttalte at § 197 tar sikte på ”å sikre bevisumiddelbarhet og skal hindre at utenrettslige erklæringer fra vitner og privat engasjerte sakkyndige mot den annen parts vilje trer i stedet for forklaringer avgitt umiddelbart for retten. I det foreliggende tilfelle dreier det seg om en rapport fra offentlig tjenestemann vedrørende undersøkelser foretatt som ledd i offentlig kontrollvirksomhet og i første hånd rettet til hans administrative overordnede”. Flertallet konkluderte på dette grunnlag med at tilleggsrapporten kunne fremlegges da § 197 ikke tilsiktet å avskjære skriftlige dokumenter vedrørende offentlige tjenestehandlinger av denne art. Avgjørelsen ble fulgt opp i Rt. 1971 s. 767 og Rt. 1974 s. 506 som la til grunn at tvml § 197 bare omfattet private dokumenter.

Standpunktet ble som nevnt fraveket i senere avgjørelser.⁸⁵ I Rt. 1979 s. 1693 var det spørsmål om brev fra en sosialkurator til en av partenes prosessfullmektiger kunne legges frem som bevis i sak om foreldreansvar. Den kjærende part anførte at brevet var avgitt i offentlig tjeneste, og at tvml § 197 da ikke kom til anvendelse, jfr avgjørelsene i Rt. 1968 s. 1080 og Rt. 1971 s. 767. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant imidlertid at tvml § 197 var til hinder for at brevet kunne legges frem.

Også i Rt. 1986 s. 834 var det spørsmål om barnefordeling. Det omtvistede tema var om uttalelser fra barnevernspedagog og sosialsjef kunne fremlegges. Kjæremålsutvalget kom til at fremleggelse var i strid med tvml § 197. De aktuelle erklæringer i saken hadde imidlertid ikke hatt betydning for lagmannsrettens resultat, og kjærmålet ble derfor forkastet.

Det er etter dette klart at dokumenter fra offentligrettslig behandling omfattes av forbudet mot skriftlige forklaringer.

⁸⁴ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 636, Aasland, *op.cit.* s. 252-253, Bernt, *op.cit.* s. 282.

⁸⁵ Se bl.a. Rt. 1979 s. 1693, Rt. 1986 s. 834

Offentlige dokumenter vil ofte likevel kunne legges frem fordi de ikke er avgitt *i saken*. I saken innebærer at det dreier seg om samme sak. Dreier det seg om dokumenter fra behandling av andre selvstendige saker, rettssaker eller forvaltningsaker, vil disse ikke omfattes av tvl § 21-12 (2).⁸⁶ Dokumentets dominerende formål er den tidligere selvstendige saken.

Samme sak kan imidlertid ha vært gjenstand for forvaltningsmessig behandling. Avgjørende for fremleggelse er da om forvaltningsorganet som har utformet dokumentene, har hatt kompetanse til å håndheve eller treffe en eller annen form for vedtak om det forhold dokumentet gjelder. Det aktuelle dokument må ha blitt til i utøvelsen av denne håndhevelses- eller vedtakskompetansen.⁸⁷

Beslutning 24. mars 2000 FHR (Inr. 17 C/2000, den såkalte Skottasaken) er illustrerende.⁸⁸ Saken gjaldt tvist om staten kunne gjøre bruk av forkjøpsrett etter konsesjonsloven. Bakgrunnen for beslutningen var spørsmål om fremleggelse av en skriftlig redegjørelse fra jordskiftedommer Olav Johansen med utkast til skifteplan som var utarbeidet i forbindelse med saksbehandlingen for jordskifteretten. Dommeren hadde tidligere vært avdelingsleder ved jordskiftekontoret og hadde som avdelingsleder utarbeidet tre skifteplanforslag som var fremlagt som bevis i saken. Den private part bestred at staten kunne legge frem redegjørelsen, men fikk ikke medhold. Etter forberedende dommers syn hindret tvml § 197 ikke fremleggelse av redegjørelsen. Det uttales i beslutning; *"Etter sikker rettspraksis kan dokumenter som er blitt til i forbindelse med en forvaltningsmessig behandling av det forhold saken gjelder, ikke kan anses avgitt i anledning saken, se Skoghøy, op.cit. side 617-618"*.

4.3. Når kan skriftlig forklaring legges frem, jfr tvl § 21-12 (2)?

4.3.1. Partene er enige

Når partene er enige om det, kan skriftlig forklaring i saken legges frem, jfr tvl § 21-12 (2) første alternativ. Tvml § 197 la til grunn at fremleggelse kunne skje når motparten samtykket.

⁸⁶ Schei m.fl. *Tvisteloven Kommentartutgave Bind II*, s. 1039

⁸⁷ Skoghøy, *Tvistemål*, s. 636

⁸⁸ Se Skoghøy, *Tvistemål*, s. 635

Bestemmelsene antas å ha samme innhold, jfr NOU 2001: 32 Bind B s. 955 første spalte. At partene er enige, innebærer derfor at alle motparter i saken må samtykke i fremleggelsen.⁸⁹

Det er ikke noe formkrav til hvordan enigheten mellom partene skal komme til uttrykk.⁹⁰ Et samtykke er imidlertid en tillatelse eller en tilslutning fra den en handling rammer.⁹¹ Et samtykke kan gis uttrykkelig på papir, ved muntlig lovnad eller ved konkludent adferd. Hvilke krav som kan stilles til samtykke etter tvl § 21-12 (2), må derfor bero på en tolkning av bestemmelsen. Rettspraksis til tvml § 197 har utfylt innholdet av samtykkekriteriet.

Det er klart at et samtykke kan gis uttrykkelig på papir eller ved muntlig lovnad. I Rt. 1995 s. 1820 ble det slått fast at samtykke også kan gis ved konkludent adferd. Søksmålet gjaldt krav om omsorg for partenes fem barn. For Høyesteretts kjæremålsutvalg ble det gjort gjeldende at lagmannsretten hadde lagt vekt på en erklæring gitt av kommunelegen som var av en slik art at den skulle ha vært tatt ut av saken, jfr tvml § 197. Mot dette ble det anført at motparten ikke hadde protestert mot fremleggelsen, og at dette måtte tolkes som et samtykke til fremleggelse. Kjærmålet ble forkastet med den begrunnelse at parten hadde vært kjent med erklæringen og kommentert den uten å reise innsigelser.⁹² Motpartens adferd ble således tolket som et samtykke til fremleggelse.⁹³

At samtykke kan gis ved konkludent adferd, ble også fulgt opp i Rt. 2007 s. 920. Saken konstaterer dessuten at samtykke til fremleggelse i underretten også innebærer at dokumentet kan fremlegges i overretten. I saken var det blant annet spørsmål om å ta ut dokumenter blitt til i anledning saken, jfr tvml § 197. Tvisten sto mellom Scancem International ANS (Scancem) og tidligere ansatt A. Forholdet var at Scancem hadde tatt ut stevning mot A med krav om erstatning for penger A hadde unnlatt å overføre til riktig mottaker. Kjæremålsutvalget antok at A ved sin prosessfullmektig hadde samtykket i fremleggelsen ved å unnlate å protestere på et tidligere tidspunkt. Han hadde vært kjent med dokumentene og uttalt seg om dem tidligere, jfr saksforholdet i Rt. 1995 s. 1820. Kjæremålsutvalget la videre til grunn at As samtykke til fremleggelse i tingretten medførte at han ikke kunne kreve dokumentene tatt ut av saken ved behandling i lagmannsretten.⁹⁴

⁸⁹ Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker* s. 8

⁹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 annen spalte

⁹¹ Jon Gisle, *Jusleksikon*, 2. utgave, Oslo 2003

⁹² Rt. 1995 s. 1820 på s. 1822

⁹³ Se også Rt. 1989 s. 364

⁹⁴ Rt. 2007 s. 920, premiss 74

Et samtykke kan ikke trekkes tilbake etter at det er gitt. Det gjelder også hvor den skriftlige forklaringen ennå ikke er skrevet. I Rt. 1984 s. 1456 ble det forgjeves gjort gjeldende at samtykke måtte innhentes for hver erklæring som legges frem. Høyesteretts kjæremålsutvalg stadfestet lagmannsrettens avgjørelse og uttalte at den kjærende part hadde samtykket i at en bestemt utenrettslig erklæring skulle innhentes og fremlegges, og at han da ikke senere kunne gå tilbake på dette samtykke.

I Rt. 1989 s. 364 ble det klart at en tilleggserklæring til en skriftlig forklaring som ikke inneholdt nye opplysninger, ikke kunne nektes fremlagt. I saken var det strid om foreldreomsorgen for en fire år gammel gutt. Tvisten sto mellom guttens tante og onkel i Sverige og hans fosterfamilie i Norge. Et av spørsmålene i saken var om kjærmålsmotpartene kunne legge frem en tilleggserklæring til en utenrettslig forklaring som de kjærende parter hadde samtykket til. Kjæremålsutvalget uttalte at tilleggserklæringen ikke hadde ”*selvstendig betydning som bevis, men [knyttet] seg til en allerede fremlagt utredning*”, den kunne derfor ikke nektes fremlagt.

Tvl § 21-12 (2) annet alternativ åpner for fremleggelse av skriftlig forklaring dersom det gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, se punkt 4.3.2. Det er imidlertid en forutsetning for fremleggelsen at vedkommende møter. Et samtykke etter tvisteloven får derfor ikke samme betydning som samtykke etter tvistemålsloven. Forklaringen kan legges frem uten samtykke når det gis adgang til å avhøre vedkommende og dette ikke er betenkelig med henblikk på en forsvarlig opplysning av saken.⁹⁵

Dersom en forklaring er lagt frem i overensstemmelse med tvl § 21-12 (2) annet alternativ, og det senere viser seg at vedkommende likevel ikke møter, kan manglende protest fra motparten derimot ikke anses som samtykke.⁹⁶

4.3.2. Det gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, og det er klart at vedkommende møter

I Rt. 1996 s. 1008 var det spørsmål om en skriftlig forklaring kunne fremlegges etter tvml § 197 dersom vitnet også lot seg avhøre i rettsmøte. Førstvoterende uttaler at tvml § 197 ikke

⁹⁵ NOU 2001: 32 Bind B s. 954 første og annen spalte

⁹⁶ Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker* s. 8

åpner for en særregel for slike tilfeller; ”forbudet i § 197 gjelder også hvor en skriftlig uttalelse tilsiktes etterfulgt av en muntlig”.

Denne rettstilstand er fraveket ved tvisteloven. Tvl § 21-12 (2) annet alternativ åpner for fremleggelse av skriftlig forklaring dersom det gis adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen, og det er klart at vedkommende møter. Bestemmelsen er et unntak fra hovedregelen om muntlighet og bevisumiddelbarhet, og det er kun i de tilfeller der det er et særskilt behov for å fremlegge en skriftlig forklaring i tillegg til den muntlige, at fremleggelse etter § 21-12 (2) bør tillates. Foreligger det ikke et særskilt behov for fremleggelse kan forklaringen nektes fremlagt, jfr tvl § 21-7 (2) bokstav c som gir retten adgang til å nekte bevis ført som den finner ”det nødvendig å føre på annen måte”.⁹⁷

Det må gis anledning til å foreta avhør. Det er ikke et krav at vitnet må være tilstede under rettssaken. Etter tvl § 21-10 og 21-11 kan avhør foretas ved fjernavhør eller ved bevisopptak etter reglene i tvl kapittel 27. Lovgiver fant at de hensyn og prinsipper som ligger til grunn for prosesslovgivningen, er ivaretatt ved at partene får mulighet til å imøtegå og stille spørsmål til forklaringen ved det rettslige avhøret.⁹⁸

Kontradiksjon og muntlighet er sikret ved lovens krav om at det er klart at vedkommende møter. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 presiseres det at det ikke er et krav at vitnet fysisk befinner ”seg i eller ved rettssalen før bevisføring tillates, men det må dokumenteres at vitnet er innkalt til å møte, og kunne bekreftes at vitnet vil møte”. Dersom den som har avgitt forklaringen, likevel ikke møter, og forklaringen er dokumentert, kan det bli nødvendig å utsette saken.⁹⁹

Det er klart at forklaringen ikke kan fremlegges uten at det samtidig tilbys vitneavhør.¹⁰⁰ Mer problematisk er det om tvl § 21-12 (2) annet punktum, kravet om at vitnet kan og vil møte, er til hinder for fremleggelse av forklaringen allerede under saksforberedelsen. Skoghøy har lagt til grunn at det er nødvendig å klargjøre at vitnet kan og vil møte før forklaringen legges frem. Bernt tolker bestemmelsen på samme måte.¹⁰¹ Schei m.fl. legger derimot til grunn at annet

⁹⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208 annen spalte og Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker* s. 11. Forholdet mellom tvl § 21-12 (2) og 21-7 (2) bokstav c kan sammenlignes med prinsippet om det beste bevis.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 annen spalte

⁹⁹ NOU 2001: 32 Bind B s. 954 annen spalte

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208 annen spalte

¹⁰¹ Se Skoghøy, *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, s. 10 og Bernt, *op.cit.* s. 287

punktum ikke er til hinder for at forklaringen legges frem under saksforberedelsen, men at regelen kun kommer til anvendelse på gjennomgangen av dokumentbeviset under hovedforhandlingen.¹⁰²

Problemstillingen ble satt på spissen i HR-2009-01734-U, (sak nr. 2009/1089). Ankeutvalget slo fast den tolkning Skoghøy har lagt til grunn for bestemmelsen. Saken gjaldt en skriftlig forklaring som ble fremlagt som bilag til anke til lagmannsretten. Forklaringen ble ikke tatt ut av saksdokumentene før etter partenes prosedyrer under ankeforhandlingen. Høyesteretts ankeutvalg uttalte at tvl § 21-12 (2) annet punktum ikke bare begrenser adgangen til *”å dokumentere utenrettslige forklaringer fra vitner som er innkalt til å avgi muntlig forklaring”*. For at bestemmelsen skal nå sitt formål, *”må den forstås slik at forklaringer heller ikke kan fremlegges under saksforberedelsen før rettsmøtet er berammet, vitnet er innkalt til å avgi muntlig forklaring, og vitnet har bekreftet at det vil møte eller fremstille seg for telefonavhør”*. Ankeutvalget fant således at det forelå en saksbehandlingsfeil. Feilen ble imidlertid ikke tillagt virkning fordi den ikke hadde virket inn på innholdet av lagmannsrettens dom, jfr tvl § 29-21.

Dette er også den naturlige tolkningen av bestemmelsen. En adgang til å fremlegge beviset under saksforberedelsen vil gjøre det mulig å omgå bestemmelsen ved at retten får lest dokumentet uten at kontradiksjonsprinsippet blir ivaretatt ved muntlig avhør. For å avgjøre hvorvidt et dokument omfattes av forbudet i tvl § 21-12 (2), er det derfor forberedende dommer som avgjør om en skriftlig forklaring kan legges frem, jfr tvl § 19-2 (2).

Det er etter dette sikker rett at skriftlig forklaring ikke kan legges frem under saksforberedelsen før rettsmøte er berammet, og vilkåret om at vitnet kan og vil møte er oppfylt.

Lignende problemstilling oppstår også når vitnet har bekreftet at det kan og vil møte, men når tiden kommer, likevel ikke møter. Dersom dommeren allerede har lest dokumentet, kan det vanskelig kreves at han sletter det fra hukommelsen. Unntaket i tvl § 21-12 (2) annet alternativ begrunnes i hensynet til en forsvarlig og prosessøkonomisk saksbehandling, samt hensynet til sakens opplysning, jfr ovenfor. Annet punktum i samme bestemmelse veier opp for den bekostning det er å anvende skriftlig forklaring, og ivaretar hensynet til en

¹⁰²Tore Schei m.fl., *Tvisteloven, Kommentarutgave Bind II*, Oslo 2007, s. 1042

kontradiktorisk saksbehandling. Selv om en lovnad fra vitnet om at det kan og vil møte ikke er en fullstendig garanti for oppmøte, fremstår det likevel som den mest hensiktsmessige løsningen for å få en effektiv regel.

4.3.3. Det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen og fremleggelse av forklaringen er ikke stridende mot lovens formål etter tvl § 1-1

Dersom det er umulig å avhøre vitnet, kan skriftlig forklaring føres etter tvl § 21-12 (2) tredje punktum. En forutsetning for fremleggelse er imidlertid at det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 annen spalte, under merknader til de enkelte bestemmelser fremheves det at vilkåret ”umulig” skal tolkes strengt. Det er også i samsvar med kravet som ble oppstilt etter tvml § 197.

Det er umulig å avhøre vitnet når det er alvorlig syk, svekket eller død.¹⁰³ Det er ikke nok at vitnet er sykt. Sykdommen må være så alvorlig at vitnet ikke har noen mulighet til å avgi en rettslig forklaring.

Kan den som har avgitt forklaringen avhøres ved bevisopptak, er vilkåret ikke oppfylt. Det kan imidlertid tenkes at det er umulig å få tak i vitnet eller at en muntlig forklaring av andre grunner er praktisk ugjennomførbart.¹⁰⁴ I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 456 annen spalte uttales det at det må være rimelig sikkert at vitnet ikke vil bli avhørt for retten.

Den særskilte henvisningen til tvl § 1-1 innebærer at det *må* foretas en konkret helhetsvurdering med hensyn til lovens formål og prinsipper før fremleggelse kan foretas. Bestemmelsen er tolket slik at beviset kan fremlegges, forutsatt at det ikke er uforenelig med kravet til en forsvarlig saksbehandling.¹⁰⁵ I vurderingen må det legges vekt på om motpartens interesser er ivaretatt i tråd med prinsippet om en forsvarlig saksbehandling og kravet til en rettferdig rettergang.¹⁰⁶

I Rt. 1995 s. 1242 var det tvist om meglerprovisjon mellom Fosen Mekaniske Verksteder AS (FMV) og Scandinavian Trading Partners AS (STP). FMV anførte at STP ikke hadde mottatt noe megleroppdrag. FMV fremla et spørsmålsskriv fra sin prosessfullmektig til Galatz

¹⁰³ Skoghøy, *Tvistemål* s. 643, Bernt, *op.cit.* s. 288

¹⁰⁴ Schei m.fl. *Tvisteloven Kommentartutgave Bind II* s. 1042

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 209 første spalte

¹⁰⁶ Schei m.fl., *op.cit.* s. 1043

Shipyard S A (GS), samt svarbrev fra GS. GS hadde imidlertid gitt uttrykk for at brevet ikke skulle kunne brukes i tvisten. STP anførte at brevet var i strid med tvml § 197 og ba om at det ble tatt ut av saken. Forberedende dommer i lagmannsretten fant at brevet falt innenfor anvendelsesområdet til tvl § 197 og at det måtte tas ut. FMV påanket lagmannsrettens beslutning til Høyesteretts kjæremålsutvalg. De påberopte at det var umulig å avhøre GS. STP anførte mot dette at tvml § 197 ikke åpnet for å fremlegge dokumenter som er avgitt av en part som uttrykkelig har gitt begrensninger hva angår bruken av informasjon. Det ble også anført at STP ikke hadde hatt anledning til å stille supplerende spørsmål. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at brevet kunne fremlegges med hjemmel i tvml § 197 fordi rettslig avhør ikke kunne gjennomføres.

Etter tvl § 21-12 (2) er det sannsynlig at beviset ville blitt avskåret fordi det strider mot lovens formål etter § 1-1.¹⁰⁷

4.4. Skriftlige forklaringer i henhold til andre lovbestemmelser

Skriftlige forklaringer kan legges frem eller nektes ført med hjemmel i andre lovbestemmelser. Eksempelvis følger det av tvl § 22-6 (1) at det under ingen omstendighet kan føres bevis om en parts eller et vitnes ”vandel, seksuelle atferd eller alminnelige troverdighet”, med mindre retten finner at slik bevisføring er av vesentlig betydning for avgjørelsen. Etter tredje ledd kan skriftlige erklæringer om partens eller vitnets ”gode eller dårlige navn eller rykte ikke brukes”, og etter fjerde ledd kan det heller ikke føres bevis om en ”parts eller et vitnes troverdighet hvor beviset er grunnet på testing av fysiologiske reaksjoner”.

I bestemmelsens annet ledd påbys det på den annen side at spørsmål om part eller vitne tidligere har vært straffet som regel skal ”stilles og besvares skriftlig”. Videre kan det gjøres på samme måte ved ”andre spørsmål om partens eller vitnets person eller privatliv”.¹⁰⁸

Domstolen kan også innhentes rådgivende uttalelser om tolkning av EØS-avtalen fra EFTA-domstolen i medhold av ODA¹⁰⁹ art 34, jfr domstolsloven § 51a.

¹⁰⁷ Se NOU 2001:32 Bind B, s. 954 annen spalte og Bernt, *op.cit.* s. 289-290

¹⁰⁸ Det finnes også flere eksempler på at skriftlig forklaring kan legges frem eller nektes ført med særskilt hjemmel.

5. Svensk rett – Rättegångsbalken 35:14

5.1. Innledende bemerkninger

I svensk rett kom skiftet fra en skriftlig til en muntlig prosess på et mye senere tidspunkt enn i norsk og dansk rett. Helt frem til 1942 var den svenske rettergangen dominert av en skriftlig saksbehandling. Med rättegångsbalken av 1942 kom imidlertid skifte fra en skriftlig til en muntlig rettskultur. Loven har senere vært gjenstand for flere endringer. I 1988 ble det foretatt en større revisjon av reglene for behandling i *tingsrätten*.¹¹⁰ Revisjonen førte til at retten fikk større frihet til å velge mellom muntlig og skriftlig behandling og innførte blant annet regler for en mer effektiv saksbehandling. I den senere tid er det også for annen instans gjort reformer innen saksbehandlingen. Reformene har bevirket en sterkere oppmykning av kravet til muntlig behandling, bruk av videokonferanser og videoopptak av parts- og vitneforklaringer, sterkere understreking av partenes ansvar for framdrift i saksbehandlingen og en hovedregel om samtykke til anke over en dom avsagt i første instans.¹¹¹

Forbudet mot skriftlig "*berättelse[r]*" (heretter forklaringer eller erklæringer) i RB 35:14 ble gitt for å sikre grunnlaget for materielt riktige avgjørelser og bevisumiddelbarhet. Skriftligheten var, på samme måte som i Norge og Danmark, særlig utbredt i overretten. Det forekom ofte skriftlige forklaringer eller erklæringer som var utformet i anledning den pågående sak. I forarbeidene til rättegångsbalken ble det fremhevet at slike forklaringer eller erklæringer ikke var troverdige og at de hadde lav bevisverdi.¹¹²

Skriftlige forklaringer gav et usikkert grunnlag for materielt riktige avgjørelser. Formålet med bestemmelsen i 35:14 var derfor å få en ende på bruken av slike forklaringer. Den svenske lovgiver valgte likevel ikke å innta et totalforbud. Skriftlige forklaringer kunne fremlegges dersom det var "*särskilt medgivet eller rätten på grund av särskilde omständigheter tillåt det*".¹¹³

¹⁰⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA)

¹¹⁰ Prop. 1986/87: 89 *Regeringens proposition om ett reformat tingsrättsförfarande*

¹¹¹ Se prop. 2004/05: 131 *En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol* og Ot. Prp nr. 51 (2004-2005) s. 31 første spalte

¹¹² SOU 1938: 44 s. 387 flg – henvisning fra SOU 2001: 103 Del 1 s. 239

¹¹³ SOU 2001: 103 Del 1 s. 239

Utviklingen gikk imidlertid i retning av en domstol som var for restriktiv ved bedømmelsen av om særskilte omstendigheter forelå. Fra det praktiske rettsliv ble det ytret et ønske om en oppmykning av bestemmelsen. På denne bakgrunn la Rättegångsutredningen frem et forslag om en reform av RB 35:14 som skulle tydeliggjøre når skriftlige forklaringer kunne anvendes. Forslaget ble vedtatt.¹¹⁴

5.2. Rättegångsbalken 35:14

I RB 35:14 nedsettes forbudet mot skriftlige forklaringer. Bestemmelsen lyder:

En berättelse, som någon har avgett skriftligen i anledning av en redan inledd eller förestående rättegång, eller en uppteckning av en berättelse, som någon i anledning av en sådan rättegång lämnat inför åklagare eller polismyndighet eller annars utom rätta, får åberopas som bevis i rättegången endast

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

Även i annat fall än som sägs i första stycket får dock i tvistemål en sådan skriftlig berättelse eller uppteckning av en berättelse som avses där åberopas som bevis i rättegången, om parterna godtar det och det inte är uppenbart olämpligt.

Vad som sägs i första och andra styckena om en skriftlig eller upptecknad berättelse skall också tillämpas i fråga om en ljudupptagning eller en ljud- och bildupptagning av en berättelse. Lag (2005:683).

Med skriftlig berättelse menes skriftlige forklaringer, men etter bestemmelsens siste ledd omfattes også lydskrift eller lignende opptak av bestemmelsen.¹¹⁵

Det gjøres i bestemmelsens første ledd tre unntak fra forbudet. For det første kan dokumentet fremlegges etter nr 1 dersom det er særskilt foreskrevet, for eksempel etter reglene om sakkyndigutredning i RB kapittel 40.¹¹⁶

¹¹⁴ SOU 2001: 103 Del 1 s. 239

¹¹⁵ SOU 2001: 103 Del 1 s. 240

¹¹⁶ SOU 2001: 103 Del 1 s. 240

For det andre kan fremleggelse etter nr 2 skje dersom forhør av den som har avgitt forklaringen, *"inte kan hållas vid eller utom huvudförhandling eller i övrigt inför rätten"*. I SOU 2001: 103 *"En modernare rättegång"* trekkes det som eksempel frem at den som har avgitt berettelsen, har gått bort eller er så alvorlig syk at vedkommende ikke kan delta på en forhandling. Et annet eksempel er at avgiveren befinner seg på ukjent sted, og det er grunn til å tro at vedkommende vil forbli utilgjengelig.¹¹⁷

For det tredje kan dokument etter nr 3 fremlegges hvis det foreligger særskilte grunner med hensyn til *"de kostnader eller olägenheter som ett förhör vid eller utom huvudförhandling kan antas medföra, vad som kan antas stå att vinna med ett sådant förhör, berättelsens betydelse och övriga omständigheter"*. Bestemmelsen gir en mer generell adgang til fremleggelse, og det er retten som har myndighet til å avgjøre om den skriftlige berettelsen kan legges frem. Avgjørelsen må fattes etter en konkret helhetsvurdering, der alle vurderingsmomenter må iakttas.¹¹⁸ Bestemmelsen gir i siste del av setningen uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet er av betydning i vurderingen.

Dessuten gis det i RB 35:14 annet ledd ytterligere unntak fra forbudet i sivile saker. I *"tvistemål"* kan en skriftlig forklaring påberopes som bevis dersom *"parterna godtar det och det inte är uppenbart olämpligt"*.

Når det gjelder juridiske betenkninger, har det vært reist spørsmål om en part kan legge frem en juridisk betenkning (i svensk rett et såkalt responsum) for å påvirke rettens oppfatning i rettsspørsmålet. Det ble tidligere argumentert for at dette var i strid med RB 43:5, men argumentasjonen førte ikke frem. I *Gärdes kommentar* ble det fremholdt at juridiske betenkninger skulle kunne fremlegges, og denne tolkningen ble opprettholdt av domstolene.¹¹⁹ RB 35:14 kan derfor ikke antas å omfatte juridiske betenkninger.¹²⁰

¹¹⁷ SOU 2001: 103 Del 1 s. 240

¹¹⁸ SOU 2001 :103 Del 1 s. 240

¹¹⁹ Se Ekelöf m.fl., IV. s. 242, note 46 NJA 1952:434 og 1953 s 645.

¹²⁰ Se Ekelöf m.fl., IV s 241-242

5.3. Rättegångsbalken 35:14 sammenholdt tvisteloven § 21-12 (2)

Bestemmelsene i RB 35:14 og tvl § 21-12 (2) er i det vesentlige samsvarende. De slår fast forbudet mot skriftlige forklaringer, samtidig som det i samme bestemmelse gjøres spesifikke unntak fra utgangspunktet. Bestemmelsene er likevel ikke helt likelydende, og det er noen forskjeller i rettsregelen som kan utledes i henholdsvis Norge og Sverige.

Både RB 35:14 og tvl § 21-12 (2) retter seg mot en skriftlig forklaring, men omfatter også lyd og videoopptak. I den svenske lovtekst er dette, i motsetning til den norske lovteksten, uttrykkelig fremhevet i bestemmelsens siste ledd.

Tvl § 21-12 (1) regulerer adgangen for rettsoppnevnt sakkyndig til å legge frem skriftlig erklæring, mens rättegångsbalken regulerer rettsoppnevnt sakkyndigs adgang til å legge frem skriftlig forklaring i RB kapittel 40. Tvl § 21-12 kan indirekte tolkes slik at annet ledd spesielt retter seg mot forklaringer av mer komplisert art.¹²¹ Eksempelvis forklaringer som avgis av private sakkyndige.

Den svenske loven gjør særskilt unntak fra forbudet når det er ”*särskilt föreskrivet*”. Dette unntaket eksisterer også i norsk rett, men kommer ikke uttrykkelig frem i lovteksten. Et eksempel er tvl § 22-6 som påbyr skriftlig forklaring i enkelte tilfeller og forbyr det i andre.

Begge bestemmelser gjør unntak fra forbudet når det er umulig å avhøre vedkommende som har avgitt forklaringen. Tvisteloven har i tillegg lovfestet et ytterligere krav om at fremleggelsen ikke må være stridende mot lovens formål etter lovens § 1-1. Dermed fanges de tilfeller hvor det er klart utilbørlig å fremlegge forklaringen opp, selv om det er umulig å avhøre avgiveren.

Til forskjell fra den norske bestemmelsen gjør RB 35:14 første ledd nr 3 et særegent unntak fra forbudet. Den legger i første ledd, tredje alternativ til rette for et rettskjønn som gir bestemmelsen et dynamisk preg. Adgangen til fremleggelse kan vurderes i forhold til den enkelte sak. På denne måten får retten en gunstig mulighet til å vurdere hvilke prinsipper som veier tyngst i det enkelte tilfelle.

¹²¹ Se for eksempel Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208 første spalte

Et unntak som ikke finnes i rättegångsbalken er tvistelovens vilkår om fremleggelse når det gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen, såfremt det er klart at vedkommende møter. Regelen representerer et vesentlig skritt bort fra det skandinaviske utgangspunktet om fullstendig muntlighet. Prinsippene om muntlighet, kontradiksjon og konsentrasjon av saken tilspisses slik at hensynet til sakens opplysning, samt hensynet til partene blir best mulig ivaretatt.

Både den svenske og norske bestemmelsen gjør unntak i sivile saker når begge parter er enige om fremleggelse. Rättegångsbalken fordrer imidlertid at fremleggelsen samtidig ikke er ”*uppenbart olämpligt*”.

Endelig skiller svensk rett seg fra norsk ved at juridiske utredninger tillates fremlagt uten særskilte restriksjoner.

6. Dansk rett – Adgang til å fremlegge skriftlig forklaring?

6.1. Innledende bemerkninger

Retsplejeloven gjennomgikk den siste større endringen i 1997. Hovedhensikten med revisjonen var blant annet å effektivisere saksbehandlingen. Allerede i 1998 ble det imidlertid satt i verk en generell reform av den sivile rettspleie som nå er under utredning og gjennomføring. Retsplejerådet har avgitt flere betenkninger: om instansordningen, byrettens sammensetning og alminnelige regler om saksbehandlingen i første instans (nr. 1401/2001), om offentlighet, særlig innsyn i rettsavgjørelser (nr. 1427/2003) og om tilgang til domstolene, særlig om økonomiske forhold som har betydning for borgernes tilgang til domstolene og om særlige prosessregler for inkassosaker og saker om små krav (nr. 1436/2004) er eksempel på noen. Betenkningene er i stor grad fulgt opp med lovendringer.¹²²

Retsplejerådet fremhever i betenkningen, *Reform af den civile retspleje I*, at det under revisjonen av loven er særlig viktig å ha følgende for øyet: ”*Domstolene skal være tilgjengelige som tvistløsningsorgan. Tvistløsningen skal være forsvarlig med henblik på*

¹²² Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 31 første spalte

*materielt rigtige afgørelser. Tvister for domstolene skal kunne løses inden for rimelig tid. [Og] Omkostningerne skal være acceptable for parterne og samfundet”.*¹²³

I betenkningens kapittel 9 om *Domsforhandlingen i 1.instans*, punkt 3.3., *Den muntlige bevisførelse* understrekes at bevisførselen under domsforhandlingen kan konsentreres på to måter. For det første ved en strammere styring av hvilke bevis som er relevante for saken. For det andre ved å anvende forenklete former for bevis, herunder blant annet skriftlige parts- og vitneforklaringer.

Retsplejeloven er omfattende og regulerer som nevnt saksbehandlingen for både sivile saker og straffesaker. Loven deles inn i fire deler. Første bok gjelder *”Domsmagten m.m.”*, annen bok inneholder *”Fælles bestemmelser for borgerlige sager og straffesager”*, tredje bok har regler om *”Den borgerlige retspleje”* og fjerde bok handler om *”Strafferetsplejen”*. Reglene om vitneavhør og forklaring fra rettsoppnevnt sakkyndig er plassert i lovens annen bok, mens reglene om partsavhør finnes i lovens tredje bok.

Hovedregelen i dansk rett er at prosessen skal være muntlig, og skriftlighet kan bare finne sted i den utstrekning loven *”særlig bestemmer det”*, jfr rpl § 148. Sakkyndige kan etter rpl § 204 avgi skriftlig forklaring. Skriftlige forklaringer fra andre enn sakkyndige har tidligere ikke vært uttrykkelig regulert i dansk rett. Etter forslag fra Retsplejerådet er det imidlertid tatt inn en bestemmelse i rpl § 297 som gjelder adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer.

6.2. Gjeldende dansk rett

Det har ikke vært noe lovfestet forbud mot fremleggelse av skriftlige forklaringer i dansk rett. Avgjørende for om skriftlige forklaringer har kunnet fremlegges, har vært et konkret skjønn.

Det har i praksis vært lagt til grunn at skriftlige parts- og vitneforklaringer kan benyttes som bevis *”hvis parterne er enige, og efter omstændighederne hvis et vidne ikke (nu) kan afgive forklaring for retten”*.¹²⁴ Regelen har imidlertid ikke vært praktisert konsekvent. Det finnes

¹²³ Retsplejerådets betenkning; Reform af den civile retspleje I, s. 17

¹²⁴ Retsplejerådets betenkning; Reform af den civile retspleje I, s.294

eksempler på rettsavgjørelser som har tillatt skriftlige vitneforklaringer selv om motparten har protestert, og vitnet var i stand til å møte.¹²⁵

Retsplejerådet foreslo i *Reform af den civile retspleje I*, at skriftlige parts- og vitneforklaringer kan benyttes i større omfang enn tidligere for å oppnå målet om en mer konsentrert prosess. Etter Rådets oppfatning bør skriftlige parts- og vitneforklaringer innhentes når det ikke finnes betenkeligheter ved det.

På denne bakgrunn er bestemmelsen i rpl § 297 vedtatt. Den lyder:

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

Det er imidlertid forutsatt at tidligere rettsstilstand fortsatt skal gjelde. Regelen som kan utledes i dansk rett, er således at skriftlige parts- og vitneforklaringer kan legges frem når partene er enige om det, eller når et vitne ikke kan avgi forklaring for retten. I tillegg kan retten tillate at det innhentes en skriftlig forklaring fra en part eller fra en person som kan avhøres som vitne under saken, hvis det ikke finnes noen betenkeligheter ved det.

Regelen om fremleggelse av skriftlig parts- og vitneforklaring omfatter også muntlige forklaringer og utenrettslige avhør som tas opp på bånd eller andre lyd- eller bildemedier.¹²⁶

Hvorvidt det finnes betenkeligheter ved å innhente en skriftlig forklaring må bero på en konkret vurdering. I vurderingen må det tas hensyn til innholdet i forklaringen og forklaringens betydning for saken. I U.2007.2927 Ø var det spørsmål om en vitneforklaring kunne avgis i form av skriftlig forklaring, jfr rpl § 297. Landsretten fant ut fra en samlet vurdering at det ikke kunne anses for betenkelig, og forklaringen ble tillatt fremlagt.¹²⁷

Verken parter eller vitner kan imidlertid pålegges å utforme en skriftlig forklaring. Særlig for en part kan det å avgi en muntlig forklaring direkte overfor den dømmende rett ha selvstendig verdi.¹²⁸ Etter rpl § 303 kan en part derfor alltid velge å avgi muntlig forklaring for retten.

¹²⁵ UfR 1989. 158 V.

¹²⁶ Retsplejerådets betenkning; Reform af den civile retspleje I, s.296

¹²⁷ Karnov – Danmark: Information om LBKG 2009-10-29 nr 1053 Retsplejeloven. Note 1285 til § 297.

¹²⁸ Retsplejerådets betenkning; Reform af den civile retspleje I, s.295

En skriftlig forklaring utelukker imidlertid ikke at det foretas et muntlig avhør for retten. En skriftlig forklaring kan gi opphav til supplerende spørsmål, og det kan tenkes at vitnet ønskes avhørt om andre forhold enn dem som er gjenstand for den skriftlige forklaringen, eller saken kan utvikle seg på en slik måte at vitnet viser seg å være mer sentralt enn først antatt. De konkrete omstendigheter i den enkelte sak er avgjørende for om den skriftlige forklaringen skal være et supplement til den muntlige, eller om det bør gjennomføres et fullstendig avhør.¹²⁹

Det var tidligere omdiskutert hvorvidt juridiske utredninger, såkalte responsa, kunne fremlegges i dansk rett. Utredninger som knytter seg til den alminnelige rettstilstanden, kan uten videre fremlegges. Striden stod imidlertid om utredninger som var utarbeidet med henblikk på den enkelte sak, kunne fremlegges. Gomard anfører blant annet at en utredning bør kunne fremlegges i saken, også når den er innhentet av den ene part alene. Standpunktet begrunnes med at det ofte er lettere for retten å etterprøve de fremsatte synspunkter dersom den har adgang til å lese utredningen selv, fremfor at den danner grunnlaget for partens prosedyre.¹³⁰ Spørsmålet er imidlertid løst i praksis hvor Højesteret fant at juridiske utredninger er upålitelige fordi den juridisk sakkyndige ofte vil være påvirket av den part som har innhentet erklæringen.¹³¹ Juridiske utredninger utformet med henblikk på den konkrete sak tillates etter dette ikke fremlagt i dansk rett.

6.3. Dansk rett sammenholdt norsk og svensk rett

Den umiddelbare forskjellen mellom dansk rett, og norsk og svensk rett er at adgangen til å fremlegge skriftlig forklaring bare er delvis lovfestet i Danmark. Tvl § 21-12 (2) og RB 35:14 fastsetter forbudet mot skriftlige forklaringer uttrykkelig i lovtekst. Rpl § 297 gjør på den annen side kun et unntak fra muntlighetsprinsippet. Bestemmelsen innehar ikke et direkte forbud mot skriftlig forklaringer. På tross av dette har den regelen som kan utledes i Danmark flere likhetstrekk med både den norske og den svenske bestemmelsen.

¹²⁹ Retsplejerådets betenkning; Reform af den civile retspleje I, s.295

¹³⁰ Gomard *m.fl.*, Civilprocessen, s. 526-527, note 61

¹³¹ U 1996.1293 og U 1998. 276 H. Se også *Smith*, *op. cit.*, s. 178

I både Norge, Sverige og Danmark er hovedregelen at sakkyndige kan fremlegge skriftlige forklaringer. Skriftlige forklaringer fra andre tillates når partene er enige i fremleggelsen og når det ikke er mulig å avhøre vedkommende som har avgitt forklaringen.

Til forskjell fra den norske og svenske regelen åpnes det i dansk rett for å innhente skriftlig forklaring i de tilfeller hvor det ikke finnes betenkeligheter ved det. En slik forklaring kan fremlegges alene, være et supplement til en muntlig forklaring eller foranledige et fullstendig nytt avhør. Til sammenligning tillates skriftlige forklaringer i norsk rett når det er adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen. Svensk rett har derimot ikke et unntak som omfatter en kombinasjon av muntlig og skriftlig forklaring for retten. Dansk rett tar således det lengste skrittet bort fra muntlighetsprinsippet.

Det er endelig en forskjell at juridiske utredninger ikke tillates fremlagt i Danmark. I norsk rett kan slike fremlegges med partenes samtykke, mens det i svensk rett ikke er knyttet restriksjoner mot å fremlegge slike utredninger.

7. Sammenfatning

7.1. I hvilken utstrekning bør det tillates med skriftlige innlegg i en muntlig prosess?

Forholdene i Skandinavia er i et internasjonalt perspektiv små, og som en naturlig følge av dette har rettergangsreglene i de skandinaviske land utviklet seg i takt. Prosessordningene har som et resultat av dette flere likhetstrekk også i dag.

Rettshistorisk sett har det vært utkjempet en drakamp mellom skriftlig og muntlig saksbehandling. Før skriftspråket kom til Skandinavia, var tvisteløsningen muntlig. Men etter hvert som skriftspråket ble innført i større og større grad, utviklet også skriftlighet innenfor rettergangen seg. Med tiden tok skriftlighet nesten fullstendig over for den muntlige rettergangen. Dette var en utvikling som førte med seg betydelige problemer for rettssikkerheten. Rundt 1900 startet derfor arbeidet med revisjon av den skriftlige rettskulturen. Lovgivningene som trådte i kraft på midten av 1900-tallet, bygde på dette grunnlag på et strengt prinsipp om muntlighet.

I nyere tid er det satt i verk større revisjoner av prosesslovgivningene i Norge, Sverige og Danmark. Selv om muntlighet fortsatt anses som avgjørende for å verne om rettssikkerheten, har alle de respektive lovgivere i Skandinavia sett grunn til å myke opp kravet til muntlighet. Det har vært satt et særskilt fokus på adgangen til å legge frem skriftlige forklaringer. Og alle tre land har utvidet adgangen til å fremlegge skriftlig forklaring etter loven.

Frem til revisjonen av tvistemålsloven i 2005 utviklet regelverket i Norge seg gradvis over lang tid. Utviklingen skjedde i stor grad innenfor domstolene, med Høyesterett i spissen. Høyesterett har eksempelvis foretatt flere utfyllende tolkninger av tvml § 197. Det strenge muntlighetsprinsippet har hatt sterk forankring, og Høyesterett har tidligere ikke tillatt skriftlige forklaringer i forkant av muntlig avhør. Med lovrevisjonen har lovgiver imidlertid tatt et skritt videre og tillatt en kombinasjon av skriftlige og muntlige forklaringer i tvisteloven. Regelen bidrar til bedre opplysning av den enkelte sak og gir således et sikrere grunnlag for materielt riktige avgjørelser.

På den annen side har lovgiver innstrammet regelen om fremleggelse av skriftlige forklaringer når det er umulig å avhøre den som har avgitt forklaringen. Det presiseres nå i lovteksten at fremleggelse kun kan skje hvis det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1. Presiseringen er viktig fordi den blant annet hindrer at forklaringer som er innhentet på en utilbørlig måte blir fremlagt.

De prinsipper som ligger til grunn for det sivilprosessuelle regelverket er i større grad trukket frem i lyset ved tvistemålsrevisjonen. Særlig tvistelovens formålsparagraf innebærer en sterkere forankring av prinsippet om en forsvarlig saksbehandling og kravet til en rettfærdig rettergang.

Det kan etter dette legges til grunn at en forsvarlig rettergang fortsatt er avhengig av at saksbehandlingen som hovedregel er muntlig. På samme tid viser det seg at en firkantet regel om muntlighet ikke er avgjørende for rettssikkerheten, men at kontradiksjon, konsentrasjon og prosessøkonomi taler for å tillate et kontrollert innslag av skriftlighet.

7.2. En vurdering av adgangen til å fremlegge skriftlig forklaring i henholdsvis Norge, Sverige og Danmark

En viktig forskjell mellom reglene vedrørende adgangen til å fremlegge skriftlige forklaringer i de skandinaviske land er at Norge og Sverige har en utførlig lovregulering, mens Danmark ikke har det. På tross av dette er reglene som utøves i de respektive land, i det vesentlige innholdsmessig like. Virkningene av reglene kan imidlertid være ulike.

Utgangspunktet for den skandinaviske samfunnsstrukturen er maktfordelingsprinsippet. Etter dette prinsippet skal makten skal fordeles mellom en lovgivende, en dømmende og en utøvende makt. Nasjonalforsamlingen vedtar lover og regler, domstolene dømmer og regjeringen utøver makten.

Bestemmelsene i Norge og Sverige har kommet til på bakgrunn av lovgivningsprosesser. I slike prosesser kan lovgiver sette den aktuelle regel inn i en større sammenheng og vurdere de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, tidligere praksis og mulige problemstillinger som kan oppstå i forhold til den enkelte regel. På dette grunnlaget har den norske lovgiver utformet en hensiktsmessig regel i den nye tvisteloven. Bakgrunnen for forandringen fra tvml § 197 til tvl § 21-12 (2) var en lite formålstjenlig tidligere praksis.

Danmark har anvendt en ulovfestet regel som har utviklet seg over tid. Den ulovfestede regelen er videreført slik at skriftlige forklaringer kan legges frem når partene er enige om det, eller parten eller vitnet ikke kan avhøres for retten. I tillegg har den danske lovgiver nå lovfestet en adgang til å innhente en skriftlig forklaring når det ikke finnes noen betenkeligheter ved dette. Regelen kan imidlertid kritiseres. For å forstå hele regelen må man studere rettspraksis. Dommer er vanskelig tilgjengelig for vanlige borgere, og den regel som utøves i Danmark, synes problematisk i forhold til å kunne forutberegne sin rettsstilling. I Norge og Sverige unngår man dette problemet ved nettopp å ha en utførlig lovregulering.

KILDEREGISTER:

1. Lovregister:

1.1. Norske lover

Kongeriget Norges Grundlov:	Kongeriget Norges Grundlov, givent i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Tvisteloven (tv):	Lov 17. juni 2005 nr 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Tvistemålsloven (tvml)	Lov 13. august 1915 nr 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) – opphevet
Domstolloven (dl):	Lov 13. august 1915 nr 5 Lov om domstolene (domstolloven)
Tvangsfuldbyrdelsesloven:	Lov 13. august 1915 nr 7 Lov om tvangsfuldbyrdelse - opphevet
Menneskerettsloven:	Lov 21. mai 1999 nr 30 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Straffeprosessloven (strpl)	Lov 22. mai 1981 nr 22 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

1.2. Svenske lover

Rättegångsbalken	Rättegångsbalken (1942:740)
Den europeiska konventionen	Lag 1994:1219 om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

1.3. Danske lover

Danmarks Riges Grundlov

Danmarks Riges Grundlov
nr. 169 af 5. juni 1953.

Den europeiske menneskerettighedskonvention

Lov 29. april 1992 om den
europeiske
menneskerettighedskonvention

Retsplejeloven

Lov om rettens pleje (LBK nr. 910
af 27. september 2005)

1.4. Internasjonale bestemmelser

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Konvensjon 3. September 1953 om
beskyttelse av
menneskerettighetene og de
grunnleggende friheter (EMK)

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

Den internasjonale konvensjon 23.
mars 1976 om sivile og politiske
rettigheter (SP)

2. Forarbeider:

2.1. Norske forarbeider

NOU 2001:32, Rett på Sak, bind A og bind B

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

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

2.2. Svenske forarbeider

Direktiv: 1999:62, Processen i allmän domstol

SOU 2001:103, En modernare rättegång

2.3. Danske forarbeider

Reform af den civile retspleje I, Instansordningen, byrettens sammensætning og almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans (nr. 1401/2001), Afgivet af Retsplejerådet.

3. Domsregister:

3.1. Norsk rettspraksis

Rt. 1968 s. 1080 U

Rt. 1971 s. 767 U

Rt. 1972 s. 831 U

Rt. 1974 s. 506 U

Rt. 1976 s. 1506 U

Rt. 1977 s. 799 NH

Rt. 1979 s. 1693 U

Rt. 1980 s. 1679 U

Rt. 1993 s. 343 U

Rt. 1983 s. 1567 U

Rt. 1984 s. 1456 U

Rt. 1986 s. 834 U

Rt. 1989 s. 364 U

Rt. 1993 s. 1071 U

Rt. 1995 s. 1242 U

Rt. 1995 s. 1820 U

Rt. 1996 s. 1008 U

Rt. 1997 s. 93 U

Rt. 1997 s. 2043 U

Rt. 1998 s. 110 U

Rt. 2002 s. 637 U

Rt. 2003 s. 213 U

Rt. 2003 s. 926 U

Rt. 2003 s. 1564 U

Rt. 2006 s. 907 U

Rt. 2007 s. 920 U

Rt. 2008 s. 79 U

HR-2009-1734-U sak nr. 2009/1089, 2. september 2009

3.2. Dansk rettspraksis

UfR 1989 158 V

U 1996 1293

U 1998 276 H

U 2007 2927 Ø

3.3. Dommer fra EMD

EMDs dom 23. november 2006 *Jussila mot Finland*

4. Litteratur:

4.1. Norsk litteratur

Andenæs, Johs.: *Norsk Straffeprosess Bind I*, 3.utgave, 3.opplag, Oslo 2005.

Bernt, Camilla: "Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven", *Jussens Venner* (05/2007 s. 273-294).

Danielsen, Rolf m.fl.: *Grunntrekk i norsk historie – Fra vikingtiden til våre dager*, Oslo 2000.

Ersland, Geir Atle og Hilde Sandvik: *Norsk Historie 1300-1625*, Oslo 1999.

Moseng, Ole Georg m.fl.: *Norsk historie 750-1537*, Oslo 1999.

Mæland, Henry John: *Kort prosess – En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 2.opplag, Bergen 2007.

Schei, Tore m.fl.: *Twisteloven Kommentarutgave Bind I og II*, Oslo 2007.

Skoghøy Jens Edvin A.: *Adgangen til å fremlegge utenrettslige forklaringer som bevis i sivile saker*, Forelesning på Elverum 11. mai 2009.

Skoghøy, Jens Edvin A. og Hauge, Christian: *Avgjørelser i sivilprosess*, Bergen 2001.

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Forelesninger i sivilprosess ved Universitetet i Tromsø*, våren 2008

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2008.

Skoghøy, Jens Edvin A.: *Twistemål*, 2.utgave, Oslo 2001.

Aall, Jørgen: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2.utgave, Bergen 2007.

Asland, Gunnar: "Utenrettslige erklæringer – tvistemålsloven § 197", *Rett og Rettssal: Festskrift til Rolv Ryssdal* 1984 s. 243 (FEST-1984-rr-243).

4.2. Svensk litteratur

Carlson, Per og Mikael Persson: *Processrättens Grunder*, 7.upplagan, Uppsala 1964.

Ekelöf, Per Olof og Robert Boman: *Rättegång Första Häftet*, 7.upplagan, Stockholm 1990.

Ekelöf, Per Olof og Robert Boman: *Rättegång Fjärde Häftet*, 6.upplagan, Stockholm 1993.

Jacobsson, Ulla: *Processformer i Norden: Muntliga eller skriftliga?*, Den 30. nordiske juristmøtet, Oslo 15. – 17.august 1984

4.3. Dansk litteratur

Gomard, Bernhard og Michael Kistrup: *Civilprocessen*, 6.udgave, København 2007.

Gomard, Bernhard, Victor Hansen og Stephan Hurwitz: *Kommenteret Retsplejelov, Bind I*, 2.udgave, 1964.

Jensen, Torben: *Højesteret og Retsplejen*, 1. udgave, København 1999.

Smith, Eva: *Civilproces – Grundlæggende regler og principper*, 4. udgave, 1. oplag, København 2000.